

Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten in Kapitalgesellschaften

**Die eigene Gesundheit von GmbH-Geschäftsführer
und AG-Vorstandsmitglied**

Saskia Rolfes

Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten in Kapitalgesellschaften

Die eigene Gesundheit von GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstandsmitglied

Inauguraldissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von Saskia Rolfes
aus Mettingen
2017

Erster Berichtstatter: Prof. Dr. Frauke Wedemann
Zweiter Berichtstatter: Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer
Dekan: Prof. Dr. Janbernd Oebbecke
Tag der mündlichen Prüfung: 9. Mai 2017

Saskia Rolfes

**Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten
in Kapitalgesellschaften**



Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 24

Saskia Rolfes

Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten in Kapitalgesellschaften

Die eigene Gesundheit von GmbH-Geschäftsführer
und AG-Vorstandsmitglied

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

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

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Saskia Rolfes

„Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten in Kapitalgesellschaften. Die eigene Gesundheit von GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstandsmitglied“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 24

© 2017 der vorliegenden Ausgabe:

Die Reihe „Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster“ erscheint im Imprint „Münsterscher Verlag für Wissenschaft“ der readbox publishing GmbH – readbox unipress, Münster

<http://unipress.readbox.net>

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-NC-ND 4.0 International'

lizenziert: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Von dieser Lizenz ausgenommen sind Abbildungen, welche sich nicht im Besitz der Autorin oder der ULB Münster befinden.



ISBN 978-3-8405-0165-4

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-70289728476

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2017 Saskia Rolfes

Alle Rechte vorbehalten

Satz:

Saskia Rolfes

Umschlag:

readbox unipress



Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Mai 2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität als Dissertation angenommen. Sie berücksichtigt Literatur und Rechtsprechung bis März 2016.

Ich bedanke mich zunächst bei Prof. Dr. Frauke Wedemann. Sie hat mir wertvolle Ratschläge für die Erstellung dieser Arbeit gegeben und stand stets für konstruktive Gespräche zur Verfügung. Ich danke auch Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonders danke ich meinen Eltern Claudia Rolfes und Prof. Dr. Stephan Rolfes für ihre fortwährende Unterstützung während meiner Promotion und meinem Studium. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Für kritische Anmerkungen und regelmäßigen Austausch danke ich Dr. Kristin Boosfeld und Anja Hornbostl.

Zuletzt möchte ich meinem Mann, Fabian Zwirner, für den Rückhalt danken, den er mir während der Erstellung dieser Arbeit gab.

Saskia Rolfes im Juli 2017

Die Abkürzungen entnehmen Sie bitte *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Auflage 2015.

Personenbezeichnungen werden zur besseren Lesbarkeit nur in einer Form verwendet, sie schließen jedoch das jeweils andere Geschlecht mit ein.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Gegenstand der Untersuchung	1
B. Gang der Darstellung	4
Kapitel 1 Vorfragen.....	7
A. Begriffsbestimmung	7
I. Krankheit und Krankheitsverdacht	7
1. Umgangssprachliche Krankheitsbegriffe	8
2. Gesundheitsbegriff der WHO	9
3. Medizinischer Krankheitsbegriff.....	9
4. Rechtliche Krankheits- und Gesundheitsbegriffe.....	10
a. Grundrechte	11
b. Arbeitsrecht.....	12
c. Bürgerliches Recht.....	12
d. Strafrecht.....	13
e. Arzneimittelrecht	14
f. (Sozial-)Versicherungsrecht	15
5. Krankheit und Krankheitsverdacht im Rahmen dieser Arbeit.....	16
II. Gesundheitsvorsorge.....	19
B. Interesse der Gesellschaft an gesundheitsbezogenen Geschäftsleiterpflichten	20
C. Regulierungsbedarf gesundheitlicher Fragen	25
D. Arbeitsrechtliche Wertungen	28
I. Unmittelbare Anwendung des Arbeitsrechts	29
1. Eingliederung in die Organisation der Gesellschaft	30
2. Weisungsabhängigkeit.....	31
a. AG-Vorstand.....	31
b. GmbH-Geschäftsführer.....	33
aa. Kein Ausschluss der Arbeitnehmereigenschaft durch Wahrnehmung von Arbeitgeberaufgaben	33
bb. Abhängigkeit des GmbH-Geschäftsführers von der Gesellschaft	35

3. Europarecht	35
4. Zwischenfazit	37
II. Arbeitsrechtliche Wertungen im Gesellschaftsrecht.....	37
E. Reaktionsmöglichkeiten der Gesellschaft auf die Erkrankung des Geschäftsleiters.....	40
Kapitel 2 Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten in der Gesellschaft ...	43
A. Potentielles Pflichtenprogramm	43
I. Gesundheitsvorsorge	44
II. Krankheit.....	46
III. Organisationspflichten.....	50
IV. Das zu überprüfende Pflichtenprogramm	53
B. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte als äußerste Grenze gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten	53
I. Benachteiligung wegen einer Behinderung.....	56
II. Handlungsfreiheit	57
C. Konkrete Gesundheitspflichten	58
I. Gesundheitsbezogene Verhaltenspflichten	58
1. Sorgfaltspflicht	58
a. Die Sorgfaltspflicht im engeren Sinne als Quelle von Verhaltenspflichten	60
b. Pflichtenumfang	63
2. Organschaftliche Treuepflicht.....	65
a. Arbeitsrecht	66
b. Begrenzung von Verhaltenspflichten durch mittelbare Grundrechtswirkung.....	68
c. Folgen für die organschaftliche Treuepflicht.....	70
d. Mittelbare Verhaltenspflichten als Folge der Abberufungsmöglichkeit.....	72
3. Zwischenfazit	72
II. (Vorsorge-)Untersuchungspflichten.....	73
1. Sorgfaltspflicht	73
2. Organschaftliche Treuepflicht.....	73

a.	Das Grundrecht des Geschäftsleiters auf körperliche Unversehrtheit als mittelbare Grenze	73
aa.	Schutzbereich und Eingriff.....	74
bb.	Keine Schutzbereichsverletzung bei Einwilligung des Geschäftsleiters	75
cc.	Rechtfertigung durch das Rechtsinstitut der organschaftlichen Treuepflicht.....	75
b.	Das Grundrecht des Geschäftsleiters auf informationelle Selbstbestimmung als mittelbare Grenze	77
c.	Medizinische Untersuchungen im Arbeitsrecht	78
aa.	Für den Arbeitgeber verpflichtende Untersuchungen.....	79
bb.	Arbeitsrechtlicher Diskurs zu (Eignungs-)Untersuchungen.....	80
d.	Rückschlüsse für die Geschäftsleiter.....	82
e.	Untersuchungspflicht bei Krankheitsverdacht	84
f.	Umfang der Mitteilungspflicht	85
aa.	Weitergabe konkreter Gesundheitsdaten.....	85
bb.	Weitergabe einer Eignungseinschätzung.....	87
3.	Zwischenfazit.....	89
III.	Informationspflichten.....	90
1.	Informationsgläubiger und -schuldner.....	90
2.	Kollektive Informationspflichten.....	93
a.	Jahresabschluss	93
b.	Anhang.....	94
c.	Lagebericht	94
3.	Information der Gesellschafter	96
a.	Gesundheitszustand als Angelegenheit der Gesellschaft.....	97
b.	Gesundheitsbezogenes Auskunftsverlangen	103
c.	Kenntnis der Gesellschaft vom Gesundheitszustand ihres Geschäftsleiters	105
aa.	Wissenszurechnung nach der Organtheorie	108
bb.	Wissenszurechnung gemäß § 166 BGB.....	111
cc.	Wissenszurechnung nach den Regeln der passiven Empfangsberechtigung.....	114

dd.	Wissenszurechnung gemäß § 31 BGB (analog)	115
ee.	Wissenszurechnung als Organisationsverpflichtung ...	116
ff.	Wissensmittlung bei Ansprüchen gegen den Geschäftsleiter	121
gg.	Stellungnahme: Modifikation der Organtheorie	123
d.	Einschränkende Voraussetzungen des § 131 AktG	125
aa.	Verlangen in der Hauptversammlung	126
bb.	Erforderlichkeit der verlangten Auskunft	126
cc.	Ausschluss gemäß § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 AktG	128
dd.	Auswirkungen der Begrenzung auf den Informationsanspruch	132
e.	Grenzen des Informationsrechtes	133
aa.	Einschränkung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	134
bb.	Einwilligung	137
cc.	Rechtfertigung	138
dd.	Bedeutung für §§ 51a GmbHG, 131 AktG	139
f.	Untersuchungspflicht als Folge des Informationsanspruchs	143
g.	Zwischenfazit	144
4.	Information weiterer Geschäftsleiter	145
5.	Information des Aufsichtsrats	146
a.	Information des Gesamtaufsichtsrats, § 90 AktG	146
aa.	Schuldner des Informationsanspruches aus § 90 AktG	147
bb.	Informationspflicht aus § 90 Abs. 1 AktG	148
cc.	Informationspflicht aus § 90 Abs. 3 AktG auf Verlangen des Aufsichtsrats	150
b.	Information des Gesamtaufsichtsrats, organschaftliche Treuepflicht	151
c.	Information des Aufsichtsratsvorsitzenden	152
d.	Verhältnis der Mitteilungspflicht aus § 90 AktG zur Information des Aufsichtsratsvorsitzenden	154
e.	Bericht an den GmbH-Aufsichtsrat	155
6.	Informationspflicht auf Grundlage der organschaftlichen Treuepflicht	157

7. Informationspflicht als vertragliche Nebenpflicht.....	160
8. Keine Information der Öffentlichkeit – keine absolute Geheimhaltungspflicht.....	161
9. Zwischenfazit.....	163
IV. Behandlungspflicht/Verhaltenspflicht im Krankheitsfall.....	164
1. Sorgfaltspflicht.....	164
2. Organschaftliche Treuepflicht.....	165
a. Unterlassungspflicht genesungswidrigen Verhaltens in Arbeits- und Versicherungsrecht.....	165
b. Unterlassungspflicht genesungswidrigen Verhaltens der Geschäftsleiter.....	166
c. Pflicht zu genesungsförderndem Verhalten.....	167
V. Amtsniederlegung: Pflicht und Verbot.....	168
1. Sorgfaltspflicht.....	169
2. Organschaftliche Treuepflicht.....	169
VI. Geschäftsleitergesundheit als ermessenslenkendes Element gesellschaftsbezogener Organisationspflichten.....	171
1. Fürsorgepflicht der Gesellschaft.....	173
2. Arbeitsschutz.....	174
3. Zwischenfazit.....	176
4. Sonderfall: nur teilweise zur Geschäftsleitung befähigter Geschäftsleiter.....	177
VII. Anstellungsvertragliche Gesundheitspflichten.....	179
1. Anstellungsvertrag als Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Verbrauchervertrag.....	179
a. Anwendbarkeit des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	180
b. Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten.....	182
c. Unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	183
2. Anstellungsvertrag als Individualvertrag.....	184
a. Verhaltenspflichten.....	185
aa. Versicherungsrecht.....	186
bb. Arbeitsrecht.....	187

cc. Folgen für den Anstellungsvertrag.....	188
b. Vorsorgeuntersuchungen.....	189
c. Informationspflichten.....	190
3. Anstellungsvertragliche Vereinbarung geringerer Pflichtenstandards	190
D. Sanktionen bei Pflichtverletzung.....	196
I. Schadensersatz.....	196
1. Haftungsbegrenzung nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen.....	197
2. Haftungsbegrenzung aus dem Gesellschaftsrecht	199
3. Besonderheiten bei der Verletzung von Informationsansprüchen	200
4. Anstellungsvertragliche Beschränkung der Haftungssumme.....	201
II. Versagen des Bezügefortzahlungsanspruches.....	202
III. Enthebung aus der Organstellung	202
IV. Kündigung des Anstellungsvertrages.....	204
V. Durchsetzung der Ansprüche	205
1. Ahndungspflicht des AG-Aufsichtsrats	206
2. Ahndungspflicht der GmbH-Gesellschafterversammlung.....	208
E. Fazit Kapitel 2.....	209
Kapitel 3 Die Ad-hoc-Publizität	213
A. Grundlagen der Ad-hoc-Publizitätspflicht	213
B. Mitteilungsverpflichteter	214
C. Erkrankung als Insiderinformation.....	215
I. Information über nicht öffentliche Umstände, Emittentenbezug	215
1. Erkrankung	215
2. Niederlegen der Organstellung/Ausscheiden des Vorstandsmitglieds.....	216
a. Absicht als Insidertatsache	217
b. Ausscheiden als zukünftiger Umstand im Sinne von § 13 Abs. 1 S. 3 WpHG.....	218
II. Eignung zur erheblichen Kursbeeinflussung bei öffentlichem Bekanntwerden	219

III. Vorstufen der Krankheit als Insiderinformation.....	221
1. Übertragbarkeit der Wertungen zu gestreckten Geschehensabläufen auf den Krankheitsverdacht	221
2. Eignung des Krankheitsverdachtes zur Kursbeeinflussung.....	222
3. Krankheit als zukünftiges Ereignis bei Krankheitsverdacht.....	223
4. Krankheitsgerüchte als Insiderinformation	224
D. Unmittelbare Betroffenheit	227
E. (Selbst-)Befreiung von der Veröffentlichungspflicht, § 15 Abs. 3 WpHG	228
I. Berechtigtes Geheimhaltungsinteresse	229
II. Erforderlichkeit der Geheimhaltung	231
III. Keine Irreführung der Öffentlichkeit.....	232
IV. Gewährleistung der Vertraulichkeit.....	232
V. Entscheidung über die Selbstbefreiung	236
F. Inhalt der Ad-hoc-Mitteilung.....	237
G. Fazit Kapitel 3	238
Fazit.....	241
A. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	241
I. Kapitel 1: Vorfragen	241
II. Kapitel 2: Gesellschaftsrecht	242
III. Kapitel 3: Ad-hoc-Publizität.....	244
B. Abschließende Bemerkung	246
Literaturverzeichnis.....	249

Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

Organwalter in Führungsgremien sind Gesundheitsrisiken ausgesetzt.¹ Aufgrund ihrer besonderen Stellung an der Spitze der Organisation² wirken sich krankheitsbedingte Leistungseinschränkungen von Führungspersonen besonders auf die wirtschaftliche und organisatorische Lage der Unternehmen aus. Der Geschäftsgang verzögert sich, was finanzielle Einbußen der Gesellschaft zur Folge hat, weil das abwesende Organmitglied an gebotenen Entscheidungen der Unternehmensführung nicht mitwirken kann. Gegebenenfalls muss sogar eine andere gesunde Person das erkrankte Organmitglied ersetzen. In der Übergangszeit kann die Gesellschaft Entscheidungen, für die das Gesamtleitungsorgan zuständig ist, nicht treffen³ oder ist die Gesellschaft im Fall eines einköpfigen Führungsorgans zeitweise sogar faktisch, wenn auch nicht rechtlich, führungslos. Ist das Renommee eines Unternehmens speziell an die Person des Geschäftsleiters geknüpft, kann auch der wirtschaftliche Erfolg von der Beteiligung dieses Geschäftsleiters abhängen. Beispielhaft sei der Fall des Apple-Gründers Steve Jobs genannt, dessen wiederholte Erkrankungen zu Einbrüchen des Apple-Börsenkurses führten.⁴ Es erstaunt, dass trotz vielfältig denkbarer Probleme eine Auseinandersetzung mit den Folgen gesundheitlicher Probleme von Organwaltern in Leitungsorganen in der juristischen Literatur bislang kaum⁵ erfolgt ist. Dies mag daran liegen,

¹ Zu den Gesundheitsrisiken, die speziell eine Führungsposition mit sich bringen kann, siehe etwa *Meixner*, PersV 2013, 255 (255).

² Siehe beispielsweise die §§ 76, 78 Abs. 1 S. 1 AktG (AG) und § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG (GmbH).

³ Vgl. BGH, 12.11.2001 – II ZR 225/99, BGHZ 149, 158 (Rn. 5). Ein Vorstand, der mit weniger Vorstandsmitgliedern als gesetzlich vorgesehen besetzt ist kann Handlungen, die vom Gesamtvorstand zu treffen sind, nicht vornehmen. Anderes gilt nur, soweit die gesetzliche Regelung des § 76 Abs. 2 S. 2 AktG nicht wirksam abbedungen wurde.

⁴ Siehe etwa FAZ.net vom 17.01.2001 (<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/abwesenheit-auf-unbestimmte-zeit-apple-chef-steve-jobs-wieder-krank-1575867.html>), zuletzt besucht 29.03.2016; zeit.de vom 19.01.2011 (<http://www.zeit.de/2011/04/Apple-Steve-Jobs>), zuletzt besucht 29.03.2016.

⁵ Siehe aber *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (87 ff.); *Fleischer*, NZG 2010, 561 (561 ff.); *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2010, 86 (86); *Fleischer*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 333 (333 ff.); *Lutter*, Der Aufsichtsrat 2009, 97 (97).

dass sich Geschäftsleiter selbst mit ihrer Gesundheit kaum auseinandersetzen, weil sie entweder eine besonders guten Konstitution besitzen⁶ oder aber den Gedanken an mögliche Erkrankungen vermeiden,⁷ solange eine Krankheit nicht akut ist⁸. Hinzu kommt eine Neigung von Managern, sich selbst dauerhafte Einsatzbereitschaft für ihre Gesellschaft abzuverlangen.⁹ Diese Einstellung kann dazu führen, dass Führungspersonen Gedanken an den eigenen gesundheitsbedingten Ausfall nicht zulassen.

Verschiedene Normen betreffen hingegen die Gesundheit von Arbeitnehmern.¹⁰ Auch Rechtsprechung¹¹ und Literatur¹² befassen sich mit diesem Thema.¹³ Die Arbeitnehmergesundheit rückt immer weiter in den Fokus der Öffentlichkeit.¹⁴

⁶ So geben 70 % der deutschen Manager ihren Gesundheitszustand mit „gut“ oder „sehr gut“ an, Artikel „Wie fit sind Deutschlands Manager?“, FAS, 21.09.2014, S. 19.

⁷ So schreibt die FAS in dem Artikel „Wie fit sind Deutschlands Manager?“, FAS, 21.09.2014, S. 19.: „Schwäche dürfen Manager nicht zulassen, zumindest nicht zeigen. Jammern gilt nicht. Probleme existieren nicht, nur ‚Herausforderungen‘. Mentale Stärke ist für eine Führungskraft nicht verhandelbar.“

⁸ So auch *Fleischer*, NZG 2010, 561 (561).

⁹ *Institut für Demokratieforschung, Georg-August-Universität Göttingen, Unternehmer und Gesellschaft, Zusammenfassung, S. 5, Nr. 10: „Unternehmer lieben die Selbstzuschreibung, 24 Stunden am Tag alles für die Firma zu geben. Sie reagieren oft ungehalten, wenn man ihnen Probleme in der ‚Work-Life-Balance‘ attestiert. Für viele ist ‚Work‘ gleich ‚Life‘. Und sie bekennen sich trotzig zu dieser Koinzidenz.“*

¹⁰ Beispielsweise ArbSchG; EFZG; BildscharbV, ArbStättenV. Ein Überblick über EU-Richtlinien zum Arbeitnehmerschutz findet sich bei Kollmer, NZA 1997, 138 (139 f.).

¹¹ Aus neuerer Zeit etwa BAG, 23.01.2014 – 2 AZR 582/13, NZA 2014, 962; BAG, 18.03.2014 – 9 AZR 669/12, juris; BAG, 20.03.2014 – 2 AZ 825/12, BB 2014, 2164; BAG, 20.03.2014 – 2 AZ 565/12, NJW 2014, 2219; BAG, 09.04.2014 – 10 AZR 637/13, NJW 2014, 2302; BAG, 10.09.2014 – 10 AZR 651/12, juris.

¹² Beispielsweise *Aligbe*, ArbRAktuell 2012, 524 (524 ff.); *Beckschulze*, BB 2014, 1077 (1077 ff.); *Beckschulze*, BB 2014, 1013 (1013 ff.); *Behrens*, NZA 2014, 401 (401 ff.); *DGFP e.V. (Hrsg.)*, Integriertes Gesundheitsmanagement, S. 9 ff.; *Frey*, BB 1960, 212 (212 f.); *Fuhlrott/Hoppe*, ArbRAktuell 2010, 183 (183 ff.); *Houben*, NZA 2000, 128 (128 ff.); *Iraschko-Luscher/Kiekenbeck*, NZA 2009, 1239 (1239 ff.); *Jung*, NJW 1985, 2729 (2729 ff.); *Kolhagen*, VW 2014, 54; *Kort*, NZA 1996, 854 (854 ff.); *Kühn*, BB 2010, 120 (120 ff.); *Künzl*, NZA 1998, 122 (2 ff.12); *Legerlotz/Schmidt*, ArbRB 2014, 317 (317 ff.); *Lützel*, BB 2014, 309 (309 ff.); *Molkentin*, NZA 1997, 849 (849 ff.); *Sasse*, BB 2013, 1717 (1717 ff.); *Stück*, MDR 2000, 376 (376 ff.); *Wiebauer*, ArbRAktuell 2013, 491 (491 ff.); *Wlotzke*, NZA 1996, 1017 (1017 ff.).

¹³ Auch arbeitet die Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) an dem Thema der Arbeitnehmerschutz (www.baua.de). Schon *Ossenbühl*, NVwZ 1986, 161 (161) stellte eine Überschneidung von Gesundheitsschutz und Arbeitsschutz fest.

¹⁴ Vgl. *DGFP e.V. (Hrsg.)*, Integriertes Gesundheitsmanagement, S. 11 f.

Arbeitgeber haben erkannt, dass ein krankheitsbedingt ausfallender Mitarbeiter¹⁵ zum Verlust von Ressourcen, von Arbeitskraft und Finanzmitteln, führt.¹⁶ Gesetzgeberische Entscheidungen¹⁷ im Rahmen des Arbeitsrechts¹⁸ verpflichten Unternehmen, diese Belastungen begrenzt zu tragen.

Gerade unter diesem Aspekt ist es bemerkenswert, dass Fragen der Gesundheit und Gesundheitsvorsorge für Geschäftsleiter, die doch eine herausgehobene Rolle in der Gesellschaft einnehmen, bislang nicht Gegenstand der öffentlichen juristischen Diskussion waren. Die vorliegende Untersuchung schließt die aufgezeigte Lücke: Sie behandelt Erkrankungen von Organwaltern in den Führungsgremien von Kapitalgesellschaften¹⁹. Sie beschränkt sich dabei auf den Vorstand der Aktiengesellschaft sowie den Geschäftsführer der GmbH.²⁰ Diese fasst die Untersuchung unter dem Oberbegriff „Geschäftsleiter“ zusammen.²¹ Grundsätzlich kommen als Geschäftsleiter zwar auch solche Personen in Betracht, die in einer anderen Position einer Gesellschaft vorstehen oder Leitungsaufgaben wahrnehmen, wie zum Beispiel leitende Angestellte oder Prokuristen. Zur sprachlichen Vereinfachung bezeichnet der Begriff „Geschäftsleiter“ in dieser Untersuchung jedoch nur den AG-Vorstand und den GmbH-Geschäftsführer.

¹⁵ Im Jahr 2013 fielen deutsche Arbeitnehmer im Durchschnitt 15 Tage arbeitsunfähig aus, *Bundesministerium für Arbeit und Soziales/Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit 2013*, S. 160 f.

¹⁶ Im Jahr 2013 schätzt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales den durch Arbeitsunfähigkeit entstandenen volkswirtschaftlichen Produktionsausfall auf 59 Milliarden Euro, *Bundesministerium für Arbeit und Soziales/Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit 2013*, S. 161. Vgl. auch *DGFP e.V. (Hrsg.), Integriertes Gesundheitsmanagement*, S. 15 a.E. f.; *Kohlhagen, VW 2014*, 54 (54).

¹⁷ Vgl. *Schäfer, NZA 1992*, 529 (531).

¹⁸ Vgl. beispielsweise das Entgeltfortzahlungsgesetz.

¹⁹ Aktiengesellschaft (AG, §§ 1 ff. AktG), Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH, §§ 1 ff. GmbHG), Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA, §§ 278 ff. AktG), Societa Europaea (SE, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. Nr. L 294 S. 1; SE-Ausführungsgesetz; SE-Beteiligungsgesetz).

²⁰ Schon in der Allg. Begründung RegE zu AktG 1965, in: *Kropff, Aktiengesetz*, S. 14 heißt es: „Die Aktiengesellschaft ist die rechtliche Organisationsform für einen bedeutenden Teil der deutschen Wirtschaft.“

²¹ Vgl. zur Begrifflichkeit *Fleischer, GmbHR 2008*, 673 (679).

Die Untersuchung analysiert, inwieweit gesellschaftsrechtliche Normen Probleme im Zusammenhang mit der Gesundheit von Geschäftsleitern regeln. Sie untersucht auch, ob das geltende (Arbeits-)Recht allgemeine Prinzipien²² enthält, die zur Lösung von Problemen der Geschäftsleitergesundheit herangezogen werden können.

Dabei stellt sich wiederholt die Frage, wie private und gesellschaftliche Angelegenheiten voneinander abzugrenzen sind.²³ Die Untersuchung zeigt, dass die Gesundheit des Geschäftsleiters sowohl als private als auch als gesellschaftsbezogene Frage einzuordnen ist. Ein Rechtsdiskurs zur Behandlung derartiger Fragestellungen existiert nicht. Es gilt insbesondere herauszuarbeiten, welche Informationen innerhalb der Gesellschaft welcher Organisationseinheit zu erteilen sind, um einen angemessenen Umgang mit der Erkrankung für die Gesellschaft zu ermöglichen, zugleich jedoch die Persönlichkeitsrechte des erkrankten Geschäftsleiters zu wahren.

Ziel der Untersuchung ist, die Pflichten des erkrankten Geschäftsleiters in jedem Krankheitsstadium herauszuarbeiten. Gegenstand der Untersuchung sind sowohl Fragen der Gesundheitsvorsorge als auch der akuten Erkrankung. Zudem analysiert die Untersuchung, inwiefern Erkrankungen von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften der kapitalmarktrechtlichen Mitteilungspflicht unterliegen.

B. Gang der Darstellung

Zunächst klärt die Untersuchung die Vorfragen der Untersuchung (Kapitel 1). In Kapitel 1.A. werden die verwendeten Begrifflichkeiten definiert, insbesondere wird der Hauptanknüpfungspunkt gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten herausgearbeitet, nämlich, was im Sinne dieser Untersuchung als Krankheit und Krankheitsverdacht zu betrachten ist (Kapitel 1.A.I.). In Kapitel 1.B. wird das Interesse der Gesellschaft an gesundheitsbezogenen Pflichten erarbeitet, bevor in Kapitel 1.C. der Regulierungsbedarf gesundheitlicher Fragen analysiert wird. In Kapitel 1.D wird untersucht, inwieweit arbeitsrechtliche Wertungen auf das Verhältnis der Geschäftsleiter zu ihrer Gesellschaft übertragen werden können. Die Stellung der Geschäftsleiter wird unter der Fragestellung analysiert, ob

²² Zu den Möglichkeiten des Auffindens allgemeiner Prinzipien im Recht *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 204 ff.

²³ Zur Privatsphäre siehe *Fleischer*, NJW 2006, 3239.

diese als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts betrachtet werden können (Kapitel 1.D.I.). Sodann werden in Kapitel 1.D.II. die juristischen Methoden untersucht, mit deren Hilfe arbeitsrechtliche Wertungen auf das Gesellschaftsrecht übertragen werden können. Zuletzt wird kurz dargestellt, wie die Gesellschaft auf die Erkrankung ihres Geschäftsleiters reagieren kann, wenn der Geschäftsleiter keine gesundheitsbezogene Pflicht verletzt (Kapitel 1.E.).

Der Hauptteil der Arbeit (Kapitel 2 – 3) widmet sich der Frage, welche konkreten gesundheitsbezogenen Pflichten des Geschäftsleiters bestehen. Zunächst entwickelt die Untersuchung anhand des Gesellschaftsinteresses ein potentiell Pflichtenprogramm. Ausgehend von der These, dass Pflichten nur dort zu implementieren sind, wo diese den Interessen beziehungsweise Zielen der begünstigten Personengruppe entsprechen, erarbeitet die Untersuchung zunächst das denkbar weiteste Pflichtenprogramm (Kapitel 2.A.). In einem zweiten Schritt werden allgemeine Grenzen der möglichen Pflichten aufgezeigt (Kapitel 2.B.). Wichtigste Bezugspunkte sind die mittelbar wirkenden Grundrechte des Geschäftsleiters, die durch gesundheitsbezogene Pflichten beeinträchtigt werden können. In Kapitel 2.C. wird schließlich das zuvor herausgearbeitete Pflichtenprogramm anhand gesellschaftsrechtlicher Normen auf sein tatsächliches Bestehen analysiert. In den Blick werden dabei besonders die Sorgfaltspflicht und die organschaftliche Treuepflicht genommen, immer wieder werden auch die Rechte von Arbeitnehmern als Vergleichsmaßstab herangezogen. In Kapitel 2.D. werden die Möglichkeiten der Gesellschaft, die Verletzung gesundheitsbezogener Pflichten zu sanktionieren, untersucht.

In Kapitel 3 wird untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen Erkrankungen von AG-Vorstandsmitgliedern börsennotierter Aktiengesellschaften kapitalmarktrechtliche Publizitätspflichten auslösen. Kernpunkt ist dabei die Frage, ob beziehungsweise wann eine Erkrankung als Insiderinformation im Sinne von § 13 Abs. 1 WpHG zu qualifizieren ist (Kapitel 3.C.).

Zuletzt werden die Ergebnisse der Arbeit in Thesenform zusammengefasst und abschließend bewertet (Fazit).

Kapitel 1 Vorfragen

A. Begriffsbestimmung

Um die Rechtslage analysieren und gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten entwickeln zu können, müssen die Begriffe Krankheit, Krankheitsverdacht und Gesundheitsvorsorge definiert werden. Diese Begrifflichkeiten dienen der Untersuchung als Anknüpfungspunkte gesundheitsbezogener Pflichten. Ein allgemeines Begriffsverständnis existiert nicht. Den Begriffen kommen in verschiedenen Kontexten verschiedene Bedeutungen zu.

I. Krankheit und Krankheitsverdacht

Die Konturierung des Pflichtenprogrammes erfordert die begriffliche Konkretisierung der tatsächlichen Gegebenheiten, an die sich Rechtsfolgen knüpfen.²⁴ Gesundheitsbezogene Pflichten können an einen bestimmten Gesundheitszustand des Geschäftsleiters (Krankheit oder Krankheitsverdacht) anknüpfen.

Der „Krankheit“ steht die „Gesundheit“ gegenüber.²⁵ Beide Zustände werden alternativ verstanden: Ein Mensch ist entweder gesund oder krank.²⁶ Eine allgemeingültige Definition des Gegensatzpaares²⁷ „Gesundheit – Krankheit“ existiert jedoch nicht.²⁸ Krankheitsdefinitionen beschreiben tatsächliche Sachverhalte, wobei sie ohne den Rückgriff auf außerrechtliche Disziplinen, vorrangig die der Medizin, nicht auskommen.²⁹ Der Annäherung an die Definition dieser Arbeit hilft der Vergleich mit Krankheits- und Gesundheitsbegriffen anderer juristischer sowie außerrechtlicher Kontexte.

²⁴ *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 11 f.

²⁵ Vgl. *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 43. Krankheit und Gesundheit können als „Alternativbegriffe“ verstanden werden, so *Deutsch*, 25 Jahre Karlsruher Forum 1983, 93 (93).

²⁶ Wobei Gesundheit teilweise, über das Fehlen von Krankheiten hinaus, ein gewisses Maß an Wohlbefinden umfassen soll, so *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 38. Vgl. auch den Gesundheitsbegriff der WHO, Präambel der WHO, BGBl. 1974 II S. 43, 45.

²⁷ Oder „Alternativbegriffe“, so *Deutsch*, 25 Jahre Karlsruher Forum 1983, 93 (93).

²⁸ Für das österreichische Recht *Meyer*, Grundrecht auf Gesundheit, S. 10.

²⁹ So auch zum Verfassungsrecht *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 226; *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 9, 11 ff.

1. Umgangssprachliche Krankheitsbegriffe

Als Krankheit wird unter anderem das Auftreten typischer Symptome verstanden, die Krankheitsverläufe bezeichnen, welche als Gruppe zusammengefasst werden,³⁰ zum Beispiel die Infektionskrankheit Influenza (Grippe)³¹. Diese Definition des Krankheitsbegriffes ist für die vorliegende Arbeit jedoch nicht ausreichend, denn Auswirkung auf eine Kapitalgesellschaft hat nicht eine als solche benannte Krankheit. Bei gesundheitlichen Einschränkungen des Geschäftsleiters liegt zwar häufig eine konkrete Diagnose vor, zwingende Voraussetzung für Beeinträchtigungen einer Kapitalgesellschaft ist dies jedoch nicht. So kann der Geschäftsleiter an einer benannten Krankheit leiden, die seine Arbeit und die Belange der Gesellschaft nicht tangiert. Andererseits können gesundheitliche Beeinträchtigungen keiner bekannten Krankheit zuzuordnen sein, den Geschäftsleiter dennoch so beeinträchtigen, dass er seiner Arbeit nicht mehr ordnungsgemäß nachkommen kann. Diese Arbeit erfordert einen Krankheitsbegriff, der geeignet ist, die krankheitsbedingten Auswirkungen auf die Gesellschaft, unabhängig von einer konkreten Diagnose, zu erfassen.

Ebenso scheidet ein Verständnis von Krankheit als „Zeit des Krankseins“³² aus. Auch diese Definition kann die – im Zusammenhang mit gesundheitlichen Einschränkungen in der Gesellschaft auftretenden – Probleme nicht vollständig erfassen. Ziel dieser Arbeit ist auch die Betrachtung gesundheitlicher Einschränkungen von Geschäftsleitern im Vorfeld krankheitsbedingter Abwesenheit. Dies scheidet bei einem Verständnis von Krankheit als Zeit der Abwesenheit aus. Zudem erklärt diese Definition nicht, was „Kranksein“ bedeutet. Mangels abgrenzbarer Tatbestandsmerkmale ermöglicht diese Definition keinen Verständnisgewinn. Eine zeitliche Annäherung an den Krankheitsbegriff scheidet für die Definition dieser Arbeit aus. Die Krankheitsbegriffe des allgemeinen Sprachgebrauchs bieten mithin keine Anhaltspunkte für die Annäherung an eine valide Definition im Rahmen dieser Arbeit.

³⁰ *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, S. 1151; *Thiele*, Handlexikon der Medizin, S. 1376.

³¹ *Thiele*, Handlexikon der Medizin, S. 945.

³² *Duden*, Deutsches Universalwörterbuch, S. 1061.

2. Gesundheitsbegriff der WHO

Die World Health Organization (WHO) definiert Gesundheit als umfassendes physisches, psychisches und soziales Wohlbefinden.³³ Diese Definition kann der Definition dieser Arbeit nicht als Leitlinie dienen. Bloße Unzufriedenheit des Geschäftsleiters, entspringt diese nun seinem beruflichen oder privaten Umfeld, ziehen keine rechtlichen Verpflichtungen nach sich und können noch nicht als Krankheit eingestuft werden. Der Zustand umfassenden Wohlbefindens ist zwar wünschenswert, bietet als Anknüpfungspunkt für gesundheitsbezogene Pflichten jedoch kein Tatbestandsmerkmal an, das einer objektiven Betrachtung standhält. Die Definition der WHO ist als Anknüpfungspunkt für rechtliche Pflichten zu weit gefasst.³⁴

3. Medizinischer Krankheitsbegriff

Der Krankheitsbegriff muss diejenigen Lebenssachverhalte erfassen, die zu einer Beeinträchtigung der Geschäftsleitertätigkeit führen können.³⁵ Soweit eine Krankheit Anknüpfungspunkt von Rechtsnormen ist, knüpfen die divergierenden Krankheitsdefinitionen an einen medizinischen Krankheitsbegriff an.³⁶

³³ Präambel der WHO, BGBl. 1974 II S. 43, 45 („Gesundheit ist ein Zustand völligen körperlichen seelischen und sozialen Wohlbefindens und nicht nur das Freisein von Krankheit oder Gebrechen“).

³⁴ H.M. Beispielhaft seien genannt: *Deutsch*, 25 Jahre Karlsruher Forum 1983, 93 (93); *Joecks*, in: MünchKomm StGB, § 223 Rn. 30; *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 42 f.; *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 823 Rn. 135. Weitere Nachweise finden sich bei *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 32 f.

³⁵ Verfassungsrechtlich sieht *Seewald* die „Notwendigkeit des Rückgriffs auf nicht-rechtliche Vorstellungen von ‚Gesundheit‘ (und ‚Krankheit‘)“, *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 11.

³⁶ Zum Beispiel *Dörner/Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, § 1 KSchG Rn. 135; *Lepke*, NZA-RR 1999, 57 (58); *Oetker*, in: *Staudinger*, BGB, § 616 Rn. 197, 200.

Eine Krankheit im medizinischen Sinne³⁷ ist eine Störung der Organe oder des gesamten Organismus, die subjektiv empfundene beziehungsweise objektiv feststellbare physische oder psychische Veränderungen zur Folge hat.³⁸ Im juristischen Sprachgebrauch wird der medizinische Krankheitsbegriff als regelwidriger körperlicher Zustand, der einer Heilbehandlung bedarf, definiert.³⁹ Der medizinische Krankheitsbegriff bietet sich als Leitlinie für die Definition dieser Arbeit an, da er Tatbestandsmerkmale bietet, mit denen der tatsächliche Sachverhalt einer gesundheitlichen Beeinträchtigung erfasst werden kann.

4. Rechtliche Krankheits- und Gesundheitsbegriffe

Das Recht kennt verschiedene Krankheits- sowie Gesundheitsbegriffe, an welchen sich die Definition dieser Arbeit orientieren kann. Ein einheitlicher, die verschiedenen Rechtsgebiete überspannender Krankheitsbegriff findet sich allerdings nicht.⁴⁰ Im Zusammenhang verschiedener gesetzlicher Regelungen muss aufgrund unterschiedlicher gesetzgeberischer Zielsetzungen ein divergierendes Begriffsverständnis akzeptiert werden,⁴¹ dennoch kommt dem Begriff Krankheit in verschiedenen Rechtsgebieten eine zumindest ähnliche Bedeutung zu. Zum Teil wird ausdrücklich auf die in anderen Rechtsbereichen entwickelten Begrifflichkeiten Bezug genommen.⁴²

³⁷ Unterscheidungen innerhalb der Medizin werden im Sinne der Verständlichkeit nicht dargestellt. Kritisch gegenüber der Darstellung eines einzigen Krankheitsbegriffes in der Medizin *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 14 f. Zu der Schwierigkeit einer eindeutigen naturwissenschaftlichen Definition von Gesundheit *Meyer*, Grundrecht auf Gesundheit, S. 10.

³⁸ Reallexikon der Medizin, K 229; *Bley/u.a.*, Krankheitslehre, S. 12; *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, S. 1150 f.; *Reuter*, Klinisches Wörterbuch, S. 994; *Thiele*, Handlexikon der Medizin, S. 1376.

³⁹ So etwa BAG, 05.04.1976 – 5 AZR 397/75, AP LohnFG § 1 Nr. 40; *Dörner/Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, § 1 KSchG Rn. 135; *Lepke*, NZA-RR 1999, 57 (57).

⁴⁰ *Rathke*, in: *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, § 12 LFGB Rn. 16.

⁴¹ Vgl. *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 11 f.

⁴² So beispielsweise BFH, 16.12.2010 – VI R 43/10, BFHE 232, 179 (Rn. 17); *Bömelburg*, in: *Wendl/Dose*, Unterhaltsrecht, § 4 Rn. 238; *Mellinghoff*, in: *Kirchhof*, EStG, § 33 Rn. 36.

Exemplarisch werden die Krankheits- beziehungsweise Gesundheitsbegriffe verschiedener Gesetze⁴³ knapp dargestellt und ihre Tauglichkeit für die Herleitung der Definition dieser Arbeit analysiert. Es wird untersucht, inwieweit der Definitions- beziehungsweise Gesetzeszweck es zulässt, die unterschiedlichen Begriffe bei der Entwicklung der Definition dieser Arbeit heranzuziehen.

a. Grundrechte

Es wird vertreten, der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG erfasse (auch) die Gesundheit.⁴⁴ Dem liegt ein weites Verständnis zugrunde, wonach Gesundheit die Unversehrtheit des Körpers sowie die Abwesenheit von Schmerz, unabhängig von physischen oder psychischen Einwirkungen, sei.⁴⁵ Da die Grundrechte einen weitreichenden Schutz vor staatlichen Eingriffen gebieten, sind sie weit auszulegen.⁴⁶ Zu dem Zeitpunkt, zu dem eine staatliche Maßnahme als Grundrechtseingriff zu werten ist, muss im Gesellschaftsrecht allerdings noch keine gesundheitsbezogene Pflicht bestehen. Ein grundrechtlicher Gesundheitsbegriff ist für diese Arbeit also zu weit, diese Arbeit muss Krankheit im Vergleich zur grundrechtlichen Definition einschränken.

⁴³ Eine Untersuchung weiterer Rechtsnormen auf ihre Krankheits- beziehungsweise Untersuchungsbegriffe verspricht keinen weiteren Erkenntnisgewinn.

⁴⁴ Vgl. *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 223 ff. *Seewald* sieht Gesundheit auch von den Schutzbereichen anderer Grundrechte umfasst, *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 47 ff.

⁴⁵ *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 223 ff.

⁴⁶ Zu den Auswirkungen verschiedener Gesundheit-/Krankheitsbegriffe auf das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 56 f.

b. Arbeitsrecht

Der arbeitsrechtliche Krankheitsbegriff orientiert sich am medizinischen Krankheitsbegriff⁴⁷ und versteht Krankheit als heilungsbedürftigen Körper- oder Geisteszustand.⁴⁸ Die Krankheitsursache ist zunächst nicht relevant.⁴⁹ Im Fall selbst verschuldeter Krankheit ist jedoch der Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG ausgeschlossen. Keine Krankheiten im Sinne des Arbeitsrechts stellen natürliche Entwicklungen wie Schwangerschaft oder Alter dar.⁵⁰ Der arbeitsrechtliche Krankheitsbegriff bietet Tatbestandsmerkmale, die, ebenso wie der medizinische Krankheitsbegriff, dazu geeignet sind, den Sachverhalt gesundheitlicher Einschränkungen zu erfassen. Ein vergleichbarer Krankheitsbegriff ist auch als Definition dieser Arbeit denkbar.

Im Arbeitsrecht ist die Arbeitsunfähigkeit von Krankheit abzugrenzen. Arbeitsunfähig ist der Arbeitnehmer, dem es infolge einer Krankheit unmöglich ist, seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nachzukommen oder dessen Tätigwerden die Gefahr einer baldigen Gesundheitsverschlechterung in sich birgt.⁵¹ Für das Vorliegen einer Krankheit im Sinne des Arbeitsrechts ist die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit folglich nicht ausschlaggebend. Vielmehr kann die Arbeitsunfähigkeit als tatbestandliche Voraussetzung neben die Tatbestandsvoraussetzung „Krankheit“ treten.⁵²

c. Bürgerliches Recht

Verschiedene Normen des BGB schützen die Gesundheit. Gesundheit ist etwa deliktisches Schutzgut der §§ 823 Abs. 1, 833, 836 BGB. Ist die Gesundheit betroffen, greifen Sonderregelungen für den zu leistenden Schadensersatz (§§ 253

⁴⁷ BAG, 01.06.1983 – 5 AZR 536/80, NJW 1983, 2659 (Rn. 12); *Lepke*, NZA-RR 1999, 57 (58); *Oetker*, in: Staudinger, BGB, § 616 Rn. 197. Teilweise wird ein eigenständig arbeitsrechtlicher Krankheitsbegriff sogar abgelehnt, so *Oetker*, in: Staudinger, BGB, § 616 Rn. 200.

⁴⁸ BAG, 01.06.1983 – 5 AZR 536/80, NJW 1983, 2659 (Rn. 12); *Linck*, in: Schaub, ArbR Hdb., § 98 Rn. 9; *Moderegger*, ArbRB 2015, 144 (144); *Ricken*, in: BeckOK ArbR, § 3 EFZG Rn. 10.

⁴⁹ *Linck*, in: Schaub, ArbR Hdb., § 98 Rn. 9; *Oetker*, in: Staudinger, BGB, § 616 Rn. 201; *Ricken*, in: BeckOK ArbR, § 3 EFZG Rn. 10.

⁵⁰ *Linck*, in: Schaub, ArbR Hdb., § 98 Rn. 9; *Oetker*, in: Staudinger, BGB, § 616 Rn. 198, 203.

⁵¹ BAG, 26.07.1989 – 5 AZR 301/88, NZA 1990, 140 (Rn. 17); BAG, 07.08.1991 – 5 AZR 410/90, NZA 1992, 69 (Rn. 10); *Linck*, in: Schaub, ArbR Hdb., § 98 Rn. 10.

⁵² *Lepke*, NZA-RR 1999, 57 (58); *Oetker*, in: Staudinger, BGB, § 616 Rn. 200.

Abs. 2, 843, 845 BGB) und die Verjährung (§§ 197 Abs. 1 Nr. 1, 199 Abs. 2 BGB). Allgemeine Geschäftsbedingungen dürfen gemäß § 309 Nr. 7 lit. a BGB Vereinbarungen für Gesundheitsverletzungen nur beschränkt treffen.

Im Deliktsrecht bezieht sich „[d]ie Gesundheitsverletzung (...) auf das Funktioniieren der inneren Lebensvorgänge ohne Rücksicht auf die Integrität der Organe und Körperteile.“⁵³ Hinzutreten soll die Behandlungsbedürftigkeit⁵⁴ oder die Erheblichkeit⁵⁵ der Einschränkung. Anknüpfungspunkt ist also wieder der medizinische Krankheitsbegriff.⁵⁶

Im bürgerlichen Recht wird zwischen Körper und Gesundheit unterschieden. Im Gegensatz zum Körper umfasst die Gesundheit deliktsrechtlich auch psychische Einschränkungen, die ohne Verletzung der körperlichen Integrität erfolgen.⁵⁷ Eine Differenzierung zwischen Körperverletzung und Gesundheit bedarf es im Rahmen dieser Arbeit nicht. Sie erfolgt im Zivilrecht nur wegen der gesetzlichen Nennung beider Begriffe, die im Ergebnis keine Auswirkung hat, da regelmäßig an die Verletzung von Körper und Gesundheit die gleichen Rechtsfolgen geknüpft werden.⁵⁸ Die Definition dieser Arbeit muss beide Begrifflichkeiten umfassen, denn gerade Körperverletzungen können den Geschäftsleiter derart einschränken, dass sich Auswirkungen in der Gesellschaft zeigen.

d. Strafrecht

Das Strafrecht versteht eine Gesundheitsschädigung als „Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen und seelischen Funktionen nachteilig abweichenden pathologischen Zustands, unabhängig von dessen

⁵³ *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 823 Rn. 135. Vgl. auch *Staudinger*, in: Schulze, BGB, § 823 Rn. 8; *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 823 Rn. 3.

⁵⁴ *Deutsch*, 25 Jahre Karlsruher Forum 1983, 93 (94); *Lange/Schmidbauer*, in: jurisPK-BGB, § 823 Rn. 3; *Spindler*, in: BeckOK BGB, § 823 Rn. 30.

⁵⁵ *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 823 Rn. 135.

⁵⁶ *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 823 Rn. 135.

⁵⁷ *Schiemann*, in: Erman, BGB, § 823 Rn. 19; *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 823 Rn. 3; *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 823 Rn. 139.

⁵⁸ *Deutsch*, 25 Jahre Karlsruher Forum 1983, 93 (94); *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 823 Rn. 3; *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 823 Rn. 133. Vgl. auch *Spindler*, in: BeckOK BGB, § 823 Rn. 30: „Beide Tatbestände gehen indes fließend ineinander über (...)“.

Dauer⁵⁹. Es bedarf jedoch einer gewissen Erheblichkeit der Einwirkung.⁶⁰ Von besonderer Relevanz ist der Begriff der Gesundheit (beziehungsweise Gesundheitsschädigung) im Zusammenhang mit Körperverletzungsdelikten (§§ 223 ff. StGB). Wesentlich ist der Vergleich des (körperlichen) Zustandes vor und nach der fraglichen Tathandlung.⁶¹ Eine Gesundheitsschädigung wird als Geschehensablauf beschrieben. Eine solche Betrachtung ist in dieser Arbeit nicht möglich. Bei der Frage nach den Gesundheitspflichten erkrankter Geschäftsleiter kommt es nicht auf eine Krankheitsentwicklung an. Zwar ist Krankheit ein Zustand, der der Veränderung und Entwicklung zugänglich ist. So kann beispielsweise der erkrankte Geschäftsleiter wieder genesen oder eine Krankheit sich intensivieren. Auf den Vergleich des Gesundheitszustandes vor und nach einem konkreten Ereignis oder einer konkreten Handlung kommt es allerdings nicht an.

e. Arzneimittelrecht

Das Arzneimittelrecht versteht jede physische Abweichung von der gewöhnlichen Beschaffenheit oder Körperfunktion als Krankheit.⁶² Ebenso wie im Arbeitsrecht fällt ein natürlicher Körpervorgang wie eine normal verlaufende Schwangerschaft oder der Alterungsprozess nicht unter den Krankheitsbegriff.⁶³ Hinzutreten muss im Arzneimittelrecht zudem, dass die Heilung oder zumindest

⁵⁹ *Joecks*, in: MünchKomm StGB, § 223 Rn. 28 m.w.N. Ähnlich *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, § 223 Rn. 24; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 5; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 223 Rn. 5; *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, § 223 Rn. 14.

⁶⁰ *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, § 223 Rn. 16.

⁶¹ *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, § 223 Rn. 14. Vgl. auch *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, § 223 Rn. 26; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 5. Auch die Verschlimmerung einer Krankheit ist demnach eine Gesundheitsschädigung.

⁶² *Heßhaus*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 2 AMG Rn. 5; *Müller*, in: Kügel/Müller/Hoffmann, Arzneimittelgesetz, § 2 Rn. 75.

⁶³ BGH, 21.03.1958 – 2 StR 393/57, NJW 1958, 916 (918); *Müller*, in: Kügel/Müller/Hoffmann, Arzneimittelgesetz, § 2 Rn. 75; *Rathke*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, § 12 LFGB Rn. 16; *Rehmann*, in: Rehmann, Arzneimittelgesetz, § 2 Rn. 13.

eine Linderung des Leidens möglich ist.⁶⁴ Der Krankheitsbegriff des Arzneimittelgesetzes (AMG) umfasst auch unerhebliche Abweichungen von der Norm.⁶⁵ Der Krankheitsbegriff des Arzneimittelrechts unterscheidet sich aufgrund der speziellen Zielsetzung von den Definitionen anderer Rechtsgebiete, da er vornehmlich der Abgrenzung von Arznei und Lebensmittel dient.⁶⁶ Arzneien dienen der Heilung oder Linderung, weshalb die Heilungs- oder Linderungsmöglichkeit Voraussetzung einer Krankheit im Sinne des Arzneimittelrechts ist. Sinn und Zweck gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten ist jedoch nicht (nur) die Wiederherstellung der Gesundheit oder der Erhalt des Status quo. Vielmehr kommen gesundheitsbezogene Pflichten auch in Betracht, wenn eine Heilung ausgeschlossen ist, so etwa Informationspflichten. Die Auswirkungen gesundheitlicher Einschränkungen auf die Gesellschaft verschwinden nicht, weil eine Heilungsmöglichkeit nicht besteht. Die Besonderheiten des Arzneimittelgesetzes sind auf den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit nicht übertragbar.

f. (Sozial-)Versicherungsrecht

Auch das (Sozial-)Versicherungsrecht versteht Krankheit als regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand.⁶⁷ Ausgangspunkt ist also wieder der medizinische Krankheitsbegriff. Voraussetzung soll eine ärztliche Diagnose sein,⁶⁸ da das Vorliegen einer Krankheit im Versicherungsrecht objektiv beurteilt werden müsse⁶⁹. Voraussetzung für eine Krankheit sei zudem die Behandlungsbedürftigkeit⁷⁰

⁶⁴ BGH, 21.03.1958 – 2 StR 393/57, NJW 1958, 916 (916 ff.); *Rehmann*, in: *Rehmann, Arzneimittelgesetz*, § 2 Rn. 13. A.A. *Müller*, in: *Kügel/Müller/Hoffmann, Arzneimittelgesetz*, § 2 Rn. 76.

⁶⁵ *Müller*, in: *Kügel/Müller/Hoffmann, Arzneimittelgesetz*, § 2 Rn. 75. Anders *Heßhaus*, in: *Spickhoff, Medizinrecht*, § 2 AMG Rn. 5, der „ganz unerhebliche Beeinträchtigungen“ nicht berücksichtigen will.

⁶⁶ *Müller*, in: *Kügel/Müller/Hoffmann, Arzneimittelgesetz*, § 2 Rn. 74.

⁶⁷ BSG, 20.10.1972 – 3 RK 93/71, BeckRS 1972, 30405586; *Kalis*, in: *MünchKomm VVG*, § 192 Rn. 16; *Voit*, in: *Prölss/Martin, VVG*, § 192 Rn. 20.

⁶⁸ BGH, 17.12.1986 – IVa ZR 78/85, VersR 1987, 278 (Rn. 15); *Kalis*, in: *Bach/Moser, Private Krankenversicherung, MB/KK* § 1 Rn. 46.

⁶⁹ *Kalis*, in: *MünchKomm VVG*, § 192 Rn. 16; *Kalis*, in: *Bach/Moser, Private Krankenversicherung, MB/KK* § 1 Rn. 46; *Voit*, in: *Prölss/Martin, VVG*, § 192 Rn. 21.

⁷⁰ Anders etwa im Arbeitsrecht, vgl. *Oetker*, in: *Staudinger, BGB*, § 616 Rn. 199.

oder Arbeitsunfähigkeit.⁷¹ Körperliche Abweichungen von der Norm seien solange keine Krankheiten, wie sie keine physischen oder psychischen Störungen zur Folge haben.⁷² Dieser Arbeit kommt es darauf an, Beeinträchtigungen der Gesellschaft aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen entgegenzuwirken. Das (Sozial-)Versicherungsrecht zielt auf die Übernahme von Kosten ab. Um Missbräuche zu vermeiden und die Bedürftigkeit der Leistungsempfänger feststellen zu können, bedarf es ärztlicher Diagnosen, die die Anspruchsberechtigung belegen. Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten sind allerdings auch unabhängig davon vorstellbar. So kann es etwa die Pflicht des Geschäftsleiters sein, sich untersuchen zu lassen, was erst zu einer Diagnose führt. Der (sozial-)versicherungsrechtliche Krankheitsbegriff ist für diese Arbeit also zu eng.

5. Krankheit und Krankheitsverdacht im Rahmen dieser Arbeit

Die meisten der dargestellten Gesundheitsdefinitionen beschreiben die Einwirkungen von Handlungen oder Einflüssen auf den Menschen und ermöglichen die Feststellung von Rechtsverletzungen. Aus objektiver Sicht beurteilen sie, ob der Gesundheitszustand von der Norm abweicht. Diese Zielrichtung verfolgt diese Arbeit nicht.

Vergleichbar zum Arbeitsrecht soll „Krankheit“ den Zustand erfassen, der den Geschäftsleiter einschränkt. Es ist unerheblich, ob psychische Beeinträchtigungen eine „Gesundheitsschädigung“ darstellen, was etwa im Delikts- oder Strafrecht für die Ermittlung von Ersatzansprüchen wesentlich sein kann, solange ein Zustand besteht, der die Arbeitsfähigkeit des Geschäftsleiters herabsetzt. Ausgangspunkt des Krankheitsbegriffes dieser Untersuchung muss der medizinische Krankheitsbegriff sein, die Definition dieser Arbeit beurteilt den Gesundheitszustand zunächst also auch objektiv.

⁷¹ *Benkel/Hirschberg*, in: *Benkel/Hirschberg, Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung*, BUZ § 2 Rn. 67; *Bömelburg*, in: *Wendl/Dose, Unterhaltsrecht*, § 4 Rn. 238; BSG, 19.10.2004 – B 1 KR 3/03, BSGE 93, 252 (Rn. 13); *Fastabend*, NZS 2002, 299 (300); *Knipsel*, in: *BeckOK SozR, SGB V* § 27 Rn. 5.

⁷² *Voit*, in: *Prölss/Martin, VVG*, § 192 Rn. 23. Problematisch sind die Fälle, in denen körperliche Abweichungen ohne Behandlung mit großer Wahrscheinlichkeit in der Zukunft zu Störungen führen werden (beispielsweise Aids, Adipositas).

Die Krankheitsursache ist nicht relevant, denn für die Gesellschaft kommt es nicht darauf an, weshalb der Geschäftsleiter erkrankt ist. Zwar können Ansprüche (zum Beispiel auf Entgeltfortzahlung) oder der Umfang gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten von dem Verschulden des Geschäftsleiters an seiner Erkrankung abhängen. Die Gesellschaft wird jedoch unabhängig von der Krankheitsursache und dem Verschulden des Geschäftsleiters durch die Krankheit beeinträchtigt. Es kann daher – ebenso wie im Arbeitsrecht – auf das Verschulden nur als weitere Voraussetzung neben einer Krankheit ankommen.

Nicht jede physische oder psychische Normabweichung wirkt sich indes auf die Gesellschaft aus. Die Erkältung des Vorstandsmitglieds, die dessen Arbeit nur marginal beeinträchtigt, verursacht der Gesellschaft keine relevanten Probleme. Da es dieser Untersuchung jedoch darauf ankommt, Beeinträchtigungen der Gesellschaft abzubilden, ist der Krankheitsbegriff einzuschränken. Die Leistungsfähigkeit aller Menschen, einschließlich der Geschäftsleiter, unterliegt gewissen Schwankungen, welche nicht von rechtlicher Relevanz sind. Bagatellkrankheiten, die sich innerhalb des gewöhnlichen Leistungsspektrums einer natürlichen Person bewegen, müssen aus dem Krankheitsbegriff dieser Arbeit herausfallen. Kriterium für das Vorliegen einer Krankheit ist also die Eignung der Normabweichung zur Beeinträchtigung der Kapitalgesellschaft. Als Vergleichsmaßstab kann der arbeitsrechtliche Begriff der Arbeitsunfähigkeit herangezogen werden. Arbeitsunfähig ist ein Arbeitnehmer, der aufgrund einer Krankheit seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringen kann oder für den die Fortsetzung der Arbeit zu einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes führen würde.⁷³ Ebenso soll die Definition dieser Arbeit diejenigen Gesundheitseinschränkungen ausklammern, die nicht zur Beeinträchtigung der Arbeit des Geschäftsleiters geeignet sind. Der Begriff „Arbeitsunfähigkeit“ kann jedoch nicht uneingeschränkt übernommen werden. Dieser impliziert, dass der Arbeitnehmer zur Erbringung seiner Arbeitsleistung vollständig außerstande ist. Rechtsfolgen,

⁷³ BAG, 14.01.1972 – 5 AZR 264/71, AP LohnFG § 1 Nr. 12; BAG, 09.01.1985 – 5 AZR 415/82, NZA 1985, 562 (562 ff.); BAG, 26.07.1989 – 5 AZR 301/88, NZA 1990, 140 (Rn. 17); BAG, 07.08.1991 – 5 AZR 410/90, NZA 1992, 69 (Rn. 10); *Linck*, in: *Schaub, ArbR Hdb.*, § 98 Rn. 10; *Moderegger*, *ArbRB* 2015, 144 (144); *Müller-Glöge*, in: *MünchKomm BGB*, § 3 EFZG Rn. 6. Nicht ausreichend differenziert *Lepke*, NZA-RR 1999, 57 (58) zwischen Krankheit und Arbeitsunfähigkeit. Die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ist keine Voraussetzung für das Vorliegen einer Krankheit, davon gehen aber wohl *Schaub/Koch*, in: *Schaub/Koch, ArbR A-Z, Krankheit*. aus.

die an eine bloße Teil-Arbeitsunfähigkeit anknüpfen, sieht das Arbeitsrecht nicht vor.⁷⁴ Vielmehr wird ein nur teilweise zur Arbeitserbringung fähiger Arbeitnehmer als vollständig arbeitsunfähig behandelt.⁷⁵ Derart eng greift diese Untersuchung nicht. Berücksichtigung finden auch gesundheitliche Beeinträchtigungen, die den Geschäftsleiter nur teilweise an der Tätigkeit als Geschäftsleiter hindern. Relevante Auswirkungen hat eine Krankheit dann, wenn der Organwalter für einen längeren Zeitraum seine Aufgaben nicht wahrnehmen kann. Im Extremfall kann die Krankheit ihn sogar dauerhaft an seiner Amtsausübung hindern. Aber auch eine nur kurzfristige Verhinderung des Geschäftsleiters kann zu erheblichen Beeinträchtigungen der Gesellschaft führen. Exemplarisch genannt sei der Fall, dass innerhalb des Verhinderungszeitraums eine wichtige, zwingend vom Geschäftsleiter zu treffende Entscheidung erforderlich ist. Auch wiederholte gesundheitsbedingte Ausfälle, die für sich genommen noch keine erhebliche Beeinträchtigung der Gesellschaft nach sich ziehen, können kumuliert als Krankheit einzuordnen sein, insbesondere, wenn der Geschäftsablauf durch die unregelmäßige Anwesenheit des Geschäftsleiters gestört wird. Die Anwesenheit des kranken Geschäftsleiters kann aber ebenfalls erhebliche Auswirkungen haben, weil er etwa seine Leistungsfähigkeit überschätzt, weshalb es zu Fehlentscheidungen kommt. Ob sich eine Erkrankung erheblich auf die Gesellschaft auswirkt, ist im Einzelfall zu untersuchen. Dies hängt von der Art des Unternehmens ebenso ab wie von der konkreten Situation, in der sich die Gesellschaft und ihr Geschäftsleiter befinden. Um als Krankheit bezeichnet zu werden, muss sich der Gesundheitszustand des Geschäftsleiters nicht nur unerheblich auf die Gesellschaft auswirken.

Neben die Erheblichkeit der Beeinträchtigung muss als weiteres Kriterium die Kenntnis des Geschäftsleiters von seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung treten. Schon begrifflich ist zwischen Personen, die von ihrer Beeinträchtigung wissen und unwissenden Personen zu differenzieren. Art und Intensität von gesundheitsbezogenen Pflichten hängen von der Kenntnis um den eigenen Gesundheitszustand ab. Denn nur der Geschäftsleiter, der weiß, dass er gesundheitlich eingeschränkt ist, weiß, dass er gesundheitsbezogenen Pflichten, die an

⁷⁴ *Ricken*, in: BeckOK ArbR, § 3 EFZG Rn. 18. Anders *Oetker*, in: Staudinger, BGB, § 616 Rn. 215. Wohl auch *Müller-Glöge*, in: MünchKomm BGB, § 3 EFZG Rn. 9.

⁷⁵ Es gilt das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“, *Ricken*, in: BeckOK ArbR, § 3 EFZG Rn. 19.

eine Krankheit anknüpfen, erfüllen muss. Eine Krankheit im Sinne dieser Arbeit ist also auch aus subjektiver Sicht zu beurteilen. Weiß der Geschäftsleiter von seiner objektiv bestehenden Gesundheitsbeeinträchtigung, liegt eine Krankheit vor. Vermutet die betroffene Führungsperson oder vermuten andere, wie etwa die Mitglieder des Aufsichtsrats oder eventuell vorhandene weitere Mitglieder des Vorstands oder der Geschäftsführung, eine Erkrankung hingegen nur, können daran zunächst nur Maßnahmen geknüpft werden, die einen sicheren Schluss auf die Krankheit zulassen, wie zum Beispiel eine Untersuchungspflicht. Begrifflich bezeichnet diese Arbeit einen solchen Zustand als Krankheitsverdacht. Ein Krankheitsverdacht ist folglich das Für-wahrscheinlich-Halten einer Krankheit.⁷⁶

Die Kenntnis ist deshalb relevant, weil eine Pflichtbindung des Geschäftsleiters dessen Kenntnis von der Pflicht voraussetzt. Vermutet niemand das Vorliegen einer Krankheit, kann allein der objektiv schlechte Gesundheitszustand keine Pflichten auslösen. Dafür sprechen auch praktische Erwägungen, denn bei Unkenntnis aller Beteiligten von einem regelwidrigen Körperzustand des Geschäftsleiters kann niemand die gesundheitsbezogenen Geschäftsleiterpflichten feststellen. Objektiv vorliegende, aber nicht erkannte oder vermutete Abweichungen des physischen und/oder psychischen Zustandes vom Normalzustand behandelt die vorliegende Arbeit daher nicht.

Die Definition dieser Arbeit lautet im Ergebnis wie folgt: Eine Krankheit ist die objektiv vorliegende Abweichung des physischen und/oder psychischen Zustandes des Geschäftsleiters vom Normalzustand, die dessen Arbeitsfähigkeit nicht nur unerheblich beeinträchtigt⁷⁷ und die der Geschäftsleiter kennt. In Abgrenzung dazu ist ein Krankheitsverdacht das Für-wahrscheinlich-Halten einer Krankheit.

II. Gesundheitsvorsorge

Gesundheitsvorsorge bezeichnet diejenigen Maßnahmen, die den Erhalt der Gesundheit beziehungsweise die Vermeidung von Krankheiten bezwecken. Ziel ist

⁷⁶ Vgl. auch aus medizinischer Sicht Reallexikon der Medizin, K 230.

⁷⁷ Ähnlich die Gesundheitsdefinition in *DGFP e.V. (Hrsg.)*, Integriertes Gesundheitsmanagement, S. 19 f.

die Vermeidung konkreter Gesundheitsgefahren vor ihrem Entstehen.⁷⁸ Umfasst sind somit sowohl ärztliche Vorsorgeuntersuchungen, die einer möglichst frühen Erkennung von Krankheiten dienen, als auch alltägliches Verhalten wie gesunde Ernährung, Bewegung usw.

B. Interesse der Gesellschaft an gesundheitsbezogenen Geschäftsleiterpflichten

Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten sind nur sinnvoll, wenn sie im Gesellschaftsinteresse liegen. Einschränkungen des Geschäftsleiters sind nur erforderlich, wenn die Gesellschaft einen Nutzen daraus zieht. Anderenfalls sind Verpflichtungen des Geschäftsleiters nur eine beiderseitige Belastung, deren Erfüllung zu erhöhten Kosten führt, da die Pflichterfüllung Zeit in Anspruch nimmt, die für die Kernaufgaben des Geschäftsleiters nicht genutzt werden können.

Ziel gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten ist der Schutz der Gesellschaft vor Beeinträchtigungen durch die Erkrankung ihres Geschäftsleiters. Der Schutz des Geschäftsleiters selbst ist hingegen nachrangig. Zwar überschneiden sich, wie im Folgenden gezeigt wird, die Interessen von Gesellschaft und Geschäftsleiter in Bezug auf seine Gesundheit; der Schutz des Geschäftsleiters geht also mit gesundheitsbezogenen Geschäftsleiterpflichten einher. Vorrangig schützen jedoch seine Rechte, nicht seine Pflichten, die Gesundheit des Geschäftsleiters. Gesundheitsschutz als solcher ist keine Aufgabe des Gesellschaftsrechts. Nur wo Gesellschaftsinteressen berührt sind und etwaige Konflikte zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter zu lösen sind, ist das Gesellschaftsrecht zur Konfliktlösung gefragt.

⁷⁸ Vgl. *Ossenbühl*, NVwZ 1986, 161 (162 f.).

Die Konkretisierung des Gesellschafts- beziehungsweise Unternehmensinteresses⁷⁹ ist in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung nicht abschließend geklärt.⁸⁰ Einigkeit besteht nur dahingehend, dass die Interessen verschiedener Gruppen zu berücksichtigen sind. Das Gesellschaftsinteresse soll die Gesamtheit der verschiedenen Interessen in der Gesellschaft jedoch übersteigen.⁸¹ Welche Interessen bei der Konkretisierung des Gesellschaftsinteresses einzubeziehen sind, ist

⁷⁹ Teilweise wird Gesellschaftsinteresse synonym zu Unternehmensinteresse gebraucht, teilweise wird zwischen den Begriffen differenziert. Für eine Differenzierung *Kuhner*, ZGR 2004, 244 (247); *Laske*, ZGR 1979, 173 (176); *Raiser*, in: FS Reimer Schmidt, S. 101 (111). Gegen eine Differenzierung *Koch*, in: Hüffer, Aktiengesetz, § 76 Rn. 36; *Weber*, in: Hölters, AktG, § 76 Rn. 23. Vgl. auch die Darstellung mit Nachweisen bei *Klöhn*, ZGR 2008, 110 (118 f.). Kritisch *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 76 Rn. 66. Für diese Untersuchung ist eine Differenzierung nicht erforderlich, da sich Gesellschafts- wie Unternehmensinteresse in Hinblick auf die Geschäftsleitererkrankung decken.

⁸⁰ *Fleischer* sieht zu Recht eine „kaum mehr zu entwirrende Meinungsvielfalt“, *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 76 Rn. 24. Die existierende Literatur zum Unternehmensinteresse kann aufgrund ihrer Fülle nur auszugsweise dargestellt werden.

⁸¹ *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 76 AktG Rn. 10 f. Vgl. auch *Junge*, in: FS von Caemmerer, S. 547 (549, 551); *Raisch*, in: FS Hefermehl, S. 347 (357 f.); *Raiser*, in: FS Reimer Schmidt, S. 101 (108, ausführlich zu den widerstreitenden Interessen S. 109 ff.).

umstritten. Unstreitig ist jedoch, dass die Interessen der Gesellschafter berücksichtigt werden müssen.⁸² Vorrangig ist das Gesellschaftsinteresse auf Rentabilität⁸³ und den langfristigen Bestand des Unternehmens gerichtet.⁸⁴ Der Ausgleich verschiedener Interessen im Gesellschaftsinteresse hat logisch zur Folge,

⁸² *Eidenmüller*, JZ 2001, 1041 (1044); *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 1 Rn. 29; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 805; *Schneider/Crezelius*, in: *Scholz, GmbHG*, § 43 Rn. 68; *Seibt*, in: *K. Schmidt/Lutter, AktG*, § 76 Rn. 23; *Weber*, in: *Hölters, AktG*, § 76 Rn. 19; *Werder*, ZGR 1998, 69 (76). Vgl. allgemein auch *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 148 f. Es wird teilweise sogar behauptet, den Aktionärsinteressen sei ein „gewisse(r) Vorrang zu gewähren“, *Dauner-Lieb*, in: *Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht*, § 76 AktG Rn. 11. Im Ergebnis wohl auch *Wiedemann*, ZGR 2011, 183 (195 f.). Inwieweit auch Interessen von Arbeitnehmern, Gläubigern und der Öffentlichkeit zu berücksichtigen sind, ist umstritten, dazu etwa *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, § 76 Rn. 29 ff.; *Müller*, in: *FS Semler*, S. 195 (207 ff.); *Spindler*, in: *MünchKomm AktG*, § 76 Rn. 60 ff., 71 ff.; ablehnend etwa *Fleischer*, *GmbHR* 2010, 1307 (1309); *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, § 76 Rn. 34, 37; *Schneider/Crezelius*, in: *Scholz, GmbHG*, § 43 Rn. 68. Eine Verpflichtung auf andere als die Aktionärsinteressen in der AG im Ergebnis ablehnend *Weber*, in: *Hölters, AktG*, § 76 Rn. 22. Bejahend *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, S. 805; *Koch*, in: *Hüffer, Aktiengesetz*, § 76 Rn. 30 ff.; *Seibt*, in: *K. Schmidt/Lutter, AktG*, § 76 Rn. 23; tendenziell auch *Werder*, ZGR 1998, 69 (83 ff.). Ausführlich zu der Berücksichtigung von Gläubigerinteressen *Klöhn*, ZGR 2008, 110 (110 ff.). Auf den Streit kommt es jedoch nicht an, da die Interessen von Arbeitnehmern, Öffentlichkeit oder Gläubigern gesundheitsbezogenen Geschäftsleiterpflichten nicht entgegenstehen. *Mülbert*, ZGR 1997, 129 (156) lehnt es insgesamt ab, dass der Vorstand auf ein Unternehmensinteresse verpflichtet sei. Kritisch, zumindest in Bezug auf die Ausfüllung der Leitungsverantwortlichkeit der §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG, *Wiedemann*, ZGR 2011, 183 (191 f.). Einen „corporate actor“, der unabhängig von den an der Gesellschaft beteiligten Personen existiert, als „Träger“ des Unternehmensinteresses annehmend, *Teubner*, ZHR 1984, 470 (472). Dem widersprechend *Schön*, in: *FS Ulmer*, S. 1359 (1374 f.).

⁸³ Ausnahmen bilden gemeinnützige Unternehmen, das Unternehmen bezweckt dann jedoch zumindest, das gemeinnützige Ziel zu erreichen, *Raiser*, in: *FS Reimer Schmidt*, S. 101 (106).

⁸⁴ *Dauner-Lieb*, in: *Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht*, § 76 AktG Rn. 11; *Fleischer*, *AG* 2001, 171 (173); *Fleischer*, *GmbHR* 2010, 1307 (1307); *Haas/Ziemons*, in: *Michalski, GmbHG*, § 43 Rn. 76 ff.; *Raisch*, in: *FS Hefermehl*, S. 347 (361); *Raiser/Veil*, *KapGesR*, § 14 Rn. 14; *Schmidt-Leithoff*, *Die Verantwortung der Unternehmensleitung*, S. 85 ff.; *Seibt*, in: *K. Schmidt/Lutter, AktG*, § 76 Rn. 23; *Spindler*, in: *MünchKomm AktG*, § 76 Rn. 69; *Weber*, in: *Hölters, AktG*, § 76 Rn. 19; *Ziemons*, in: *Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung*, § 22 Rn. 10 ff. Kritisch *Laske*, ZGR 1979, 173 (190 ff., 193 ff.). Vgl. auch *Junge*, in: *FS von Caemmerer*, S. 547 (548, 554); *Koch*, in: *Hüffer, Aktiengesetz*, § 76 Rn. 34; *Raiser*, in: *FS Reimer Schmidt*, S. 101 (105, 107, 109). Zu „Handeln zum Wohle der Gesellschaft“ im Rahmen von § 93 Abs. 1 AktG vgl. auch *BT-Drks.* 15/5092, S. 11.

dass das Gesellschaftsinteresse mit den originären Interessen einzelner Interessengruppen kollidiert.⁸⁵ Bei der Frage, inwieweit das Gesellschaftsinteresse durch die Erkrankung des Geschäftsleiters beeinträchtigt wird, muss nicht im Einzelnen entschieden werden, welche Interessengruppen in welchem Maß das Gesellschaftsinteresse ausmachen. Erkrankt der Geschäftsleiter, sind die Interessen der möglichen Gruppen (Arbeitnehmer, Allgemeinheit, Gläubiger) im Wesentlichen kongruent.⁸⁶ Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten sind folglich zumindest dann anzuerkennen, wenn die Erkrankung des Geschäftsleiters Bestand oder Rentabilität der Gesellschaft gefährdet.

Ob und wie weit die Erkrankung des Geschäftsleiters das Gesellschaftsinteresse gefährdet, richtet sich nach den Auswirkungen, die die Krankheit auf die Gesellschaft hat. Die Auswirkungen auf die Kapitalgesellschaft hängen zum einen von Art und Intensität der Erkrankung und zum anderen von der Organisationsstruktur der konkreten Gesellschaft ab.⁸⁷ Am deutlichsten wird die Beeinträchtigung, wenn der Geschäftsleiter vollständig ausfällt, er seine Leitungsaufgabe also gar nicht mehr wahrnehmen kann. Dies führt rechtlich zwar nicht zu einem Ausscheiden des erkrankten Geschäftsleiters aus seinem Amt – auch im Fall eines einköpfigen Leitungsorgans ist die Gesellschaft nicht führungslos⁸⁸ – faktisch steht der Gesellschaft jedoch kein Führungsorgan (beziehungsweise nur ein Teilführungsorgan) zur Verfügung. Es kann innerhalb des Unternehmens zu Unklarheiten bezüglich der Zuständigkeiten, zu einem „Führungsvakuum“⁸⁹ kommen. Dies kann anstehende Unternehmensentscheidungen verzögern, was die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zumindest einschränken, wenn nicht gar aufheben kann.

⁸⁵ *Junge*, in: FS von Caemmerer, S. 547 (550 f.). Ausführlich zu den Interessenkonflikten *Raiser*, in: FS Reimer Schmidt, S. 101 (108 a.E. ff.).

⁸⁶ Auf die i.E. nur geringen Unterschiede der verschiedenen Theorien zum Unternehmensinteresse verweisen *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 1 Rn. 35; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 76 Rn. 44; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 21. Auf den Gleichlauf der Interessen derjenigen, die „Leistungen von den Unternehmen erwarten“ hinweisend *Raiser*, in: FS Reimer Schmidt, S. 101 (109).

⁸⁷ Die Eignung von Erkrankungen zur Beeinträchtigung der Gesellschaft bejahend, *Fleischer*, NZG 2010, 561 (561); *Picker*, GmbHHR 2011, 629 (629).

⁸⁸ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 78 Rn. 23; *Jaeger/Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 35 Rn. 240.

⁸⁹ *Fleischer*, NZG 2010, 561 (561).

Führt die Erkrankung des Geschäftsleiters formell (nicht nur durch Abwesenheit) zu seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft,⁹⁰ ohne dass ein direkter Nachfolger ernannt wird, ist das nur unvollständig besetzte Leitungsorgan zu Entscheidungen, die in die Zuständigkeit des Gesamtorgans fallen, nicht mehr fähig.⁹¹ Bestand das Führungsorgan aus nur einem Organmitglied, ist die Gesellschaft sogar führungslos. Letzter Fall kann gerade bei kleineren, nicht mit einer ausgereiften Informationsorganisation ausgestatteten Gesellschaften, zu einem Verlust des Geschäftsleiterwissens führen, das für die Führung der Gesellschaft unabdinglich ist. Dies kann den Betrieb der Gesellschaft erheblich erschweren.

Gleiches gilt, wenn der Geschäftsführer Zeit für Heilbehandlungen oder Arztbesuche zur Diagnosefindung benötigt, die ihm zur ordnungsgemäßen Führung der Gesellschaft fehlt. Vornehmlich in Zeiten besonders hoher Arbeitsbelastung, etwa bei der Vorbereitung wichtiger Vertragsabschlüsse, Fusionen oder in Krisenzeiten, kann es zu inneren Konflikten des Geschäftsleiters zwischen dem eigenen Wohlbefinden und dem Wohl der Gesellschaft kommen. Entscheidet sich der Geschäftsleiter trotz seiner Krankheit dafür, seine Arbeit fortzuführen, kann die Gesellschaft ebenfalls beeinträchtigt sein. Ist die Leistungsfähigkeit des Geschäftsleiters herabgesetzt, besteht die Gefahr von Fehlentscheidungen. Belastend kommen die Unsicherheit des Geschäftsleiters und die Sorge um den eigenen Gesundheitszustand hinzu, die ebenfalls seiner Leistungs- und Konzentrationsfähigkeit abträglich sein können.

Im Krankheitsfall kann zudem eine Interessenverschiebung stattfinden. Wo ein gesunder Geschäftsleiter seinen Entscheidungen eine langfristige Planung zugrunde legt, orientiert sich ein Geschäftsleiter, der mit seinem baldigen Ausscheiden aus dem Amt rechnet, womöglich an der Realisierung kurzfristiger Erfolge, an denen er selbst gemessen wird und an denen er partizipieren kann, statt den langfristigen Erfolg, der sich womöglich erst nach seinem Ausscheiden realisieren würde, zu verfolgen.

Ein weiteres Problem bezeichnet das Stichwort „Captive-King-Syndrom“.⁹² Gemeint ist der Vorgang, der in Gang gesetzt wird, falls der Geschäftsleiter – mit

⁹⁰ Zu den Möglichkeiten der Gesellschaft, auf die Krankheit ihres Geschäftsleiters zu reagieren, siehe Kapitel 1.E.

⁹¹ BGH, 12.11.2001 – II ZR 225/99, BGHZ 149, 158 (Rn. 5).

⁹² *Fleischer*, NZG 2010, 561 (561) m.w.N. aus der amerikanischen Literatur.

Unterstützung seiner engsten Mitarbeiter – versucht, seine Krankheit zu verbergen. Dies kann zu einem immer stärkeren Einfluss von Personen führen, die dem Geschäftsleiter nachgeordnet sind. Dies kann so weit gehen, dass Mitarbeiter faktisch selbst die Leitung des Unternehmens übernehmen.⁹³

Allein für die börsennotierte Aktiengesellschaft gilt zuletzt: Das öffentliche Bekanntwerden der Erkrankung oder des krankheitsbedingten Ausscheidens eines Vorstandsmitglieds ist dazu geeignet, den Börsenkurs der Aktiengesellschaft zu beeinflussen.⁹⁴

Die beschriebenen Auswirkungen einer Krankheit sind allesamt mit erhöhten Kosten für die Gesellschaft verbunden. Bei finanziell schwachen oder von der Person des Geschäftsleiters besonders abhängigen Gesellschaften kann dies den Bestand gefährden. Das Gesellschaftsinteresse richtet sich jedoch auf Bestandsicherung und Rentabilität, das heißt auf die Vermeidung erhöhter Kosten und die Sicherstellung einer funktionsfähigen Geschäftsleitung. Die Krankheit des Geschäftsleiters gefährdet dieses Ziel. Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten sind dazu geeignet, Krankheiten zu verhindern beziehungsweise der Gesellschaft frühzeitig Kenntnis von der Erkrankung ihres Geschäftsleiters zu vermitteln, sodass frühzeitig schonende Lösungen gefunden werden können. Damit können Kosten vermieden und somit Bestand und Rentabilität der Gesellschaft gesichert werden. Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten liegen somit im Gesellschaftsinteresse.

C. Regulierungsbedarf gesundheitlicher Fragen

Die Notwendigkeit, dem Geschäftsleiter Pflichten aufzuerlegen, ergibt sich aus der Struktur des Gesellschaftsrechts. Die Gesellschafter schaffen mit ihrem Vermögen eine rechtlich selbstständige juristische Person. Aus der Gesellschafterstellung folgen mitgliedschaftliche Rechte. Dem steht der Geschäftsleiter gegenüber, der als Vertreter der Gesellschaft dazu berufen ist, die Interessen der Gesellschaft zu vertreten.⁹⁵ Die Kongruenz der Gesellschaftsinteressen mit den

⁹³ *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2010, 86 (86).

⁹⁴ *Lutter*, Der Aufsichtsrat 2009, 97 (97). Zu dem Beispiel Steve Jobs siehe schon zuvor Fn. 4.

⁹⁵ Vgl. *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (71 f.).

Interessen der Gesellschafter oder des Geschäftsleiters kann sich mit fortschreitender Zeit auflösen.⁹⁶ Während der einzelne Gesellschafter regelmäßig möglichst hohe Renditen erzielen will,⁹⁷ hinter dem das Interesse an der Wahrnehmung mitgliedschaftlicher Rechte zurücktreten kann,⁹⁸ haben die Führungsorgane ein Interesse an Wachstum und Erhalt der Gesellschaft.⁹⁹ Dies geht zwar mit dem Streben nach Unternehmensgewinnen einher, richtet sich darüber hinaus jedoch auf die Fortentwicklung der Gesellschaft.

Dem Geschäftsleiter steht es allein oder als Teil des Leitungsorgans zu, über die Gesellschaftsmittel zu verfügen; Eigentum der Gesellschaft und die Verfügungsmacht über ihre Mittel fallen auseinander.¹⁰⁰ In diesem Rahmen kann der Geschäftsleiter bestrebt sein, eigene Interessen zu verfolgen.¹⁰¹ Ihm mag daran gelegen sein, seine Machtposition zu festigen beziehungsweise auszubauen.¹⁰² Insbesondere an der Aufdeckung von Missständen innerhalb des Unternehmens kann kein oder nur ein geringes Interesse des Geschäftsleiters bestehen, insbesondere, wenn er befürchten muss, dass seine Stellung, innerhalb der Gesellschaft ebenso wie wirtschaftlich, gefährdet ist. Je mehr sich der Gesellschafterkreis von dem Kreis der Gründungsmitglieder entfernt und je größer der Gesellschafterkreis wird, desto eher werden die Gesellschaftsinteressen von den Interessen der individuellen Gesellschafter abweichen und steigt die Gefahr, dass

⁹⁶ Es bestehen divergierende Interessen, BVerfG, 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290 (Rn. 132); BVerfG, 20.09.1999 – 1 BvR 168/93, ZIP 1999, 1801 (Rn. 19); *Weber*, in: Hölters, AktG, § 76 Rn. 19.

⁹⁷ BVerfG, 20.07.1954 – 1 BvR 459/52, BVerfGE 4, 7 (Rn. 65): „Im Wirtschaftsleben wird die Aktie (...) überwiegend als bloßes Vermögensrecht angesehen.“; BVerfG, 07.08.1962 – 1 BvL 16/60, BVerfGE 14, 263 (Rn. 47): „Die Aktie (...) ist (...) gesellschaftsrechtlich vermitteltes Eigentum.“; BVerfG, 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290 (Rn. 142): „Für die Vielzahl der Anteilseigner bedeutet das Anteilseigentum typischerweise mehr Kapitalanlage als Grundlage unternehmerischer Betätigung (...)“. Vgl. auch *Raisch*, in: FS Hefermehl, S. 347 (349).

⁹⁸ Vgl. BVerfG, 27.04.1999 – 1 BvR 1613/94, BVerfGE 100, 289 (Rn. 55), jedoch abhängig von der jeweiligen Gesellschaftsorganisation.

⁹⁹ *Raiser/Veil*, KapGesR, § 13 Rn. 4.

¹⁰⁰ Vgl. BVerfG, 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290 (Rn. 133).

¹⁰¹ *Raiser*, in: FS Reimer Schmidt, S. 101 (110 f.). Vgl. mit Verweis auf den sog. „Sechserbericht“ (Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung (1968), erstattet von Boettcher, Hax, Kunze, von Nell-Breuning, Ortlieb, Preller), *Raisch*, in: FS Hefermehl, S. 347 (355). Sog. Prinzipal-Agenten-Konflikt, siehe beispielsweise *Raiser/Veil*, KapGesR, § 13 Rn. 4.

¹⁰² *Raiser/Veil*, KapGesR, § 13 Rn. 4.

der Geschäftsleiter eigene Interessen verfolgt. In der Gesellschaft besteht eine konfligierende Interessenlage, die sich in der Person des Geschäftsleiters verdichtet, welcher sowohl an der Wahrung eigener Interessen interessiert als auch auf die Interessen der Gesellschaft verpflichtet ist.

Der Interessenkonflikt wird größer, je mehr sich die Kapitalgesellschaft von einer personalistischen Struktur entfernt.¹⁰³ Die Interessen von Gesellschaftern und Geschäftsleiter kollidieren in einer großen Publikums-AG eher, als in einer kleinen GmbH mit nur wenigen Gesellschaftern, die die Gesellschaft selbst gegründet haben und die Gesellschaft selbst führen.¹⁰⁴ Denn mit wachsender Gesellschafterzahl und auch im Vergleich von GmbH zu AG nimmt die Möglichkeit der Gesellschafter, Unternehmenshandlungen zu beeinflussen, ab.¹⁰⁵

Interessenkonflikte können zudem volkswirtschaftliche Auswirkungen haben. Insbesondere sind Interessenkonflikte, zumal wenn sie organisationsrechtlich begründet sind, dazu geeignet, grundsätzliches Misstrauen der Marktteilnehmer zu schüren, was die gesamte Wirtschaft dauerhaft beeinträchtigen kann.¹⁰⁶

Vorrangige Aufgabe des Gesellschaftsrechts ist der Ausgleich der verschiedenen Interessen innerhalb von Gesellschaften.¹⁰⁷ Das Kapitalgesellschaftsrecht nutzt die divergierenden Interessen zum Aufbau eines Kontrollsystems. Die Gesellschafter kontrollieren den GmbH-Geschäftsführer, der sein Handeln gegenüber den Gesellschaftern rechtfertigen muss; der Aufsichtsrat kontrolliert den AG-Vorstand, der ebenfalls Rechenschaftspflichten unterliegt. Eine direkte Kontrolle des Vorstands durch die Aktionäre erfolgt hingegen nicht.¹⁰⁸ Kontrollmechanismen greifen jedoch nur, wenn der Kontrollierte bestimmten Regeln folgen muss. Je mehr Macht der Geschäftsleiter über fremde Vermögenswerte ausüben kann, desto eher ist es gerechtfertigt, ihn Pflichten zu unterwerfen.¹⁰⁹ Die Zunahme von

¹⁰³ Im Vergleich zur AG ist die GmbH häufiger personalistisch geprägt, vgl. *Fleischer*, *GmbHR* 2008, 673 (674) m.w.N. Die GmbH wird auch als „personalistische(n) Kapitalgesellschaft“ bezeichnet, *Raiser/Veil*, *KapGesR*, § 1 Rn. 4. Vgl. auch *Raiser/Veil*, *KapGesR*, § 13 Rn. 1.

¹⁰⁴ Angedeutet in BVerfG, 07.08.1962 – 1 BvL 16/60, BVerfGE 14, 263 (Rn. 38).

¹⁰⁵ Vgl. BVerfG, 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290 (Rn. 133).

¹⁰⁶ *Kumpan*, *Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht*, S. 58.

¹⁰⁷ Vgl. *Raiser/Veil*, *KapGesR*, § 13 Rn. 7.

¹⁰⁸ Vgl. auch BVerfG, 20.09.1999 – 1 BvR 636/95, ZIP 1999, 1798 (Rn. 29).

¹⁰⁹ Sog. Principal-Agent-Problem, *Fleischer*, in: FS Wiedemann, S. 827 (829).

Macht geht mit einer Zunahme von (Rechtfertigungs-)Pflichten einher. Die Gesellschaft darf die Interessen ihres Geschäftsleiters jedoch nicht aus den Augen verlieren. Insbesondere die mittelbare Grundrechtswirkung gebietet es der Gesellschaft, die Rechte ihres Geschäftsleiters zu wahren. Ein ausgewogener Interessenausgleich bedarf also wechselseitiger Rechte und Pflichten.

Die Gesundheit als ein besonderes, da sehr persönliches Anliegen, stellt diesen Interessenausgleich auf die Probe. Auf der einen Seite handelt es sich bei der Gesundheit des Geschäftsleiters um eine wesentliche Voraussetzung für das Tätigwerden des Geschäftsleiters; auf der anderen Seite benötigt der Geschäftsleiter im Krankheitsfall besonderen Schutz. Es ist daher insbesondere in diesem sensiblen Bereich nach einem angemessenen Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen zu suchen. Ein solcher kann sich nur mittels wechselseitiger Rechte und Pflichten finden.¹¹⁰

Hinzu kommt, dass sich der Geschäftsleiter im Fall der Krankheit in einer Ausnahmesituation befindet, in der es sinnvoll ist, ihm einen Leitfaden an die Hand zu geben, an dem er sich orientieren kann. Wenig sinnvoll erscheint es hingegen, aus gesundheitlichen Beeinträchtigungen resultierende Probleme im Zeitpunkt ihres Auftretens den Beteiligten zu überlassen. Im Krankheitsfall besteht eine deutlich schwächere Verhandlungsposition des Geschäftsleiters, die sich durch die Unsicherheit über die geltende Rechtslage verstärken kann. Gerade gesundheitsbezogene Pflichten des Geschäftsleiters sind im Vorfeld einer Konfliktsituation auszuloten, um im Krankheitsfall potentielle Konflikte zu minimieren, so dass sowohl der Geschäftsleiter wie auch die Gesellschaft weiß, worauf sie sich einstellen kann. Dies wird nicht zuletzt den Druck auf den Geschäftsleiter verringern, der dadurch frei werdende Kapazitäten für seine Genesung nutzen kann.

D. Arbeitsrechtliche Wertungen

Für die Gesundheit von Arbeitnehmern existiert eine Vielzahl von Regelungen, Rechtsprechung und Literatur.¹¹¹ Vor der Analyse gesellschaftsrechtlicher Nor-

¹¹⁰ Die Untersuchung beschränkt sich jedoch auf die gesundheitsbezogenen Pflichten des Geschäftsleiters. Als Gesellschaftspflichten sind beispielsweise denkbar: die Pflicht, dem Geschäftsleiter ausreichenden Erholungsurlaub zu gewähren oder die Fortzahlung der Geschäftsleiterbezüge im Krankheitsfall.

¹¹¹ Siehe die Nachweise in Fn. 11 – 13.

men ist zu klären, ob diese Regeln für Geschäftsleiter herangezogen werden können. Es kommt in Betracht, arbeitsrechtliche Regelungen auf Geschäftsleiter unmittelbar anzuwenden (I.) oder zumindest die dem Arbeitsrecht zugrundeliegenden Wertungen heranzuziehen (II.).

I. Unmittelbare Anwendung des Arbeitsrechts

Voraussetzung für die unmittelbare Anwendung des Arbeitsrechts ist die Einordnung von Geschäftsleitern als Arbeitnehmer. Mit Ausnahme vereinzelter, auf das jeweilige Gesetz beschränkter Normen,¹¹² besteht keine Legaldefinition des Arbeitnehmers. Es ist auf den allgemeinen, durch Literatur und Rechtsprechung entwickelten, arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zurückzugreifen. Danach ist Arbeitnehmer, wer für einen anderen Dienstleistungen gegen Entgelt aufgrund dessen Weisungen erbringt und in die Organisation des Dienstherrn eingebunden ist.¹¹³

Unabhängig von der rechtlichen Beurteilung des Anstellungsvertrages sind einige Bereiche des Arbeitsrechts der Anwendung auf Geschäftsleiter von vornherein verschlossen.¹¹⁴ Verschiedene Normen (zum Beispiel §§ 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG,¹¹⁵ 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG) schließen ausdrücklich ihre Anwendbarkeit auf zur Vertretung von juristischen Personen berufene Personen aus.¹¹⁶ Dies lässt schon den

¹¹² So sollen Arbeitnehmer gemäß §§ 1 Abs. 2 EFZG, 2 Abs. 2 ArbZG „Arbeiter und Angestellte sowie zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte“ sein. Diese Definition hilft bei der Beurteilung eines konkreten Rechtsverhältnisses jedoch nicht weiter, da die Normen keine tatbestandmäßigen Voraussetzungen formulieren, an die die Arbeitnehmereigenschaft anknüpfen kann. Vgl. *Reinecke*, NZA 1999, 729 (730): „nichtssagende 'Minimaldefinitionen'“.

¹¹³ BAG, 06.05.1998 – 5 AZR 347/97, NZA 1998, 873 (875); BAG, 16.02.2000 – 5 AZB 71/99, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 70. m.w.N.; *Freckmann*, DStR 2008, 52 (52); *Müller-Glöge*, in: MünchKomm BGB, § 611 Rn. 154 f.; *Preis*, in: EK ArbR, § 611 BGB Rn. 35.

¹¹⁴ Siehe auch *Freckmann*, DStR 2008, 52 (52).

¹¹⁵ Aus dieser Vorschrift darauf schließend, dass GmbH-Geschäftsführer nie Arbeitnehmer sein können, *Tebben*, in: Michalski, GmbHG, § 6 Rn. 124.

¹¹⁶ Zu Recht weist *Hueck* darauf hin, dass sich aus dem ausdrücklichen Ausschluss der Geschäftsleiter aus dem Geltungsbereich der jeweiligen Normen kein Rückschluss auf die Arbeitnehmereigenschaft des Geschäftsleiters ziehen lasse, *Hueck*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 365 (368 ff.). Zur Möglichkeit, sowohl auf die Arbeitnehmereigenschaft als auch auf deren Ablehnung schließen zu können *Wank*, in: FS Wiedemann, S. 587 (604). Aus dem ausdrücklichen Ausschluss der Geschäftsleiter auf die Möglichkeit ihrer Einordnung als Arbeitnehmer schließend *Oberthür*, NZA 2011, 253 (256).

gesetzgeberischen Willen, Arbeitnehmer und Geschäftsleiter nicht gleichzustellen, erkennen.

1. Eingliederung in die Organisation der Gesellschaft

Aufgrund der Organisationsverantwortung des Geschäftsleiters ist seine Eingliederung in die Gesellschaftsorganisation zweifelhaft. Der Geschäftsleiter übt gemäß §§ 76 Abs. 1 AktG, 35 GmbHG Leitungsverantwortung in der Gesellschaft aus, steht also auf oberster Hierarchiestufe. Auch im Verhältnis zu Aufsichtsrat beziehungsweise Gesellschafterversammlung besteht kein Unterordnungsverhältnis.¹¹⁷ Die exponierte Stellung schließt die Eingliederung in die Gesellschaftsorganisation allerdings nicht zwingend aus, setzt doch eine hierarchische Organisation die Besetzung der Führungsebene voraus. Die Spitzenposition ist jedoch für den Arbeitgeber typisch, der, etwa als Einzelkaufmann, Arbeitnehmer anstellt. (Arbeits-)Organisation wie Weisungsrecht¹¹⁸ sind originäre Arbeitgeberrechte, sodass die Eingliederung an höchster Stelle einer Organisation kein taugliches Abgrenzungskriterium ist.¹¹⁹ Vertreten wird, Anknüpfungspunkt für die Eingliederung in den Betrieb könne die Nutzung eines im Betrieb gelegenen Arbeitszimmers sowie die regelmäßige Teilnahme an internen Besprechungen sein.¹²⁰ Dieses Kriterium kann Arbeitgeber und Arbeitnehmer jedoch nicht voneinander abgrenzen, da es auf beide gleichermaßen zutreffen kann, mag auch der Arbeitgeber die zeitliche Lage von Besprechungen selbst festlegen, während der Arbeitnehmer zur Teilnahme verpflichtet ist. Freie Arbeitszeiteinteilung ist als Abgrenzungskriterium ebenfalls untauglich. Diese steht häufig auch Arbeitnehmern, zum Beispiel bei Gleitzeitregelungen, zu.¹²¹ Bei genauer Betrachtung scheint wesentliches Argument gegen die Eingliederung des Geschäftsleiters in die Gesellschaftsorganisation die selbstbestimmte Wahrnehmung seiner Aufgaben in der Gesellschaft zu sein. In Zeiten fortschreitender Flexibilisierung von Arbeit, auch für Arbeitnehmer, genügt dies als Abgrenzungskriterium jedoch

¹¹⁷ *Bürgers/Israel*, in: HK AktG, § 76 Rn. 2.

¹¹⁸ Siehe § 106 GewO.

¹¹⁹ So schon *Hueck*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 365 (378 f.); ähnlich *Wank*, in: FS Wiedemann, S. 587 (600).

¹²⁰ So *Freckmann*, DStR 2008, 52 (53).

¹²¹ So schon *Martens*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 437 (440).

nicht. Das Kriterium der Eingliederung ist kein taugliches Kriterium, um die Arbeitnehmereigenschaft des Geschäftsleiters zu beurteilen.

2. Weisungsabhängigkeit

Wesentliches Element der Arbeitnehmereigenschaft ist die Weisungsabhängigkeit beziehungsweise die persönliche Abhängigkeit¹²² der angestellten Person. Die Weisungsgebundenheit ist bei AG-Vorstand und GmbH-Geschäftsführer unterschiedlich.

a. AG-Vorstand

AG-Vorständen kann die Gesellschaft weder durch den Aufsichtsrat noch durch die Hauptversammlung Weisungen hinsichtlich der Geschäftsführung erteilen.¹²³ Hauptsächlich aus diesem Grund lehnen Rechtsprechung und Literatur eine Einordnung als Arbeitnehmer ab.¹²⁴ Auch die Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses kann keine arbeitnehmerähnliche Abhängigkeit des AG-Vorstands begründen. Zwar hat die Aktiengesellschaft auf die konkrete Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses maßgeblichen Einfluss,¹²⁵ doch Vereinbarungen, die zu einer die Arbeitnehmereigenschaft begründenden Abhängigkeit

¹²² *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 57.

¹²³ *Bürgers/Israel*, in: HK AktG, § 76 Rn. 18; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 76 AktG Rn. 8 f.; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 76 Rn. 56 ff.; *Koch*, in: Hüffer, Aktiengesetz, § 76 Rn. 25; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 76 Rn. 22 ff.; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 57; *Thüsing*, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 4 Rn. 54; *Weber*, in: Hölter, AktG, § 76 Rn. 35. Kritisch für das österreichische Recht *Schuster-Bonnott*, in: FS Kastner, S. 421 (421 ff.). Eine differenzierte Auseinandersetzung mit der Weisungsgebundenheit des AG-Vorstands erfolgt bei *Hueck*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 365 (376). I.E. a.A. *Erren*, Das Vorstandsmitglied einer AG als Arbeitnehmer?, S. 446 f.

¹²⁴ BGH, 11.07.1953, BGHZ 10, 187 (Rn. 15); *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 197 (208); *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 25; *Hueck*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 365 (375 ff.); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 809; *Raiser/Veil*, KapGesR, § 14 Rn. 1. Auch die Danosa-Entscheidung des EuGH, 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143 hat auf diese Einordnung keinen Einfluss. Im Gegensatz zum GmbH-Geschäftsführer kommt eine derartige Weisungsgebundenheit des AG-Vorstands, die eine Einordnung als Arbeitnehmer ausnahmsweise rechtfertigen würde, nicht in Betracht. So auch *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 84 AktG Rn. 15; *Kruse/Stenslik*, NZA 2013, 596 (601); *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 57. A.A. nunmehr *Erren*, Das Vorstandsmitglied einer AG als Arbeitnehmer?, S. 1 ff.

¹²⁵ So auch für das österreichische Recht *Schuster-Bonnott*, in: FS Kastner, S. 421 (432 a.E. f.). Anders *Hueck*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 365 (376). *Hueck* differenziert zwischen „unternehmensbezogene(n)“ und „(rein) arbeitsbezogenen Weisungen“.

führen, sind unzulässig¹²⁶. Sofern der Anstellungsvertrag als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB oder Verbrauchervertrag im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB zu qualifizieren ist¹²⁷, ergibt sich dies aus §§ (310 Abs. 3), 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 76 AktG. Eine Abweichung von § 76 AktG benachteiligt das Vorstandsmitglied unangemessen. Die Vorschrift ist zwingend, sie kann also auch individualvertraglich nicht abbedungen werden, sondern verpflichtet den Vorstand zur Unternehmensleitung.¹²⁸ Anstellungsvertragliche Regelungen, die die Leitungspflicht faktisch einschränken, wie etwa die Pflicht des Vorstands, für alle über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehende Maßnahmen eine Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen, sind nichtig.¹²⁹

Satzungsmäßige Beschränkungen, insbesondere des Unternehmensgegenstandes, sind nur zulässig, soweit sie dem AG-Vorstand einen Entscheidungsspielraum lassen.¹³⁰ Insbesondere kann die Leitungskompetenz keinem anderen Organ als dem Vorstand übertragen werden (§ 23 Abs. 5 S. 1 AktG)¹³¹. Vorstandsbefugnisse dürfen im Innenverhältnis nicht derart eingeschränkt werden, dass die Geschäftsführung faktisch untergraben wird.¹³² Mangels Weisungsabhängigkeit kann es sich bei Mitgliedern des AG-Vorstands, auch bei entsprechenden vertraglichen oder satzungsmäßigen Regelungen, nicht um Arbeitnehmer handeln.

¹²⁶ A.A. wohl *Martens*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 437 (443). *Martens* geht von einer „Rechtformwahl“ der Parteien aus.

¹²⁷ Dazu später Kapitel 2 VII.1.a.

¹²⁸ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 76 Rn. 10.

¹²⁹ OLG Stuttgart, 27.02.1979 – 12 U 171/77, WM 1979, 1296 (Rn. 95); *Weber*, in: Hölters, AktG, § 76 Rn. 36.

¹³⁰ *Bürgers/Israel*, in: HK AktG, § 76 Rn. 2; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 76 Rn. 60; vgl. auch *Raiser/Veil*, KapGesR, § 14 Rn. 9.

¹³¹ *Weber*, in: Hölters, AktG, § 76 Rn. 35.

¹³² *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 197 (203).

b. GmbH-Geschäftsführer

Für den GmbH-Geschäftsführer¹³³ besteht ein differenziertes Meinungsbild schon innerhalb der Rechtsprechung: Der BGH¹³⁴ sieht in dem, neben dem Bestellungsakt zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsleiter bestehenden Vertrag einen Dienstvertrag. Er argumentiert, die Geschäftsleiter nähmen Arbeitgeberaufgaben für ihre Gesellschaft wahr und können nicht zugleich Arbeitnehmer sein.¹³⁵ Das BAG¹³⁶ lässt hingegen eine Einordnung als Arbeitsvertrag im Einzelfall zu.¹³⁷ Ausnahmsweise könne eine Situation bestehen, in der ein Mitglied der Geschäftsführung intern derart eingebunden sei, dass eigenständige Entscheidungen nicht möglich seien und ausnahmsweise Weisungsgebundenheit vorliege. In einem solchen Ausnahmefall sei es zumindest in mehrköpfigen Geschäftsführungsorganen dennoch denkbar, dass unternehmerische Entscheidungen¹³⁸ getroffen werden. Im Allgemeinen sei jedoch davon auszugehen, dass es sich bei dem Rechtsverhältnis um einen Dienstvertrag handele.

aa. Kein Ausschluss der Arbeitnehmereigenschaft durch Wahrnehmung von Arbeitgeberaufgaben

Das Argument des BGH, schon die Wahrnehmung von Arbeitgeberaufgaben durch den GmbH-Geschäftsführer schließe dessen Arbeitnehmereigenschaft aus,

¹³³ Der Fall, in dem der Anstellungsvertrag nicht von der Gesellschaft mit ihrem Geschäftsführer geschlossen wird, sondern etwa mit einer Obergesellschaft (bei Konzerngesellschaften), behandelt diese Untersuchung nicht.

¹³⁴ BGH, 09.11.1967 – II ZR 64/67, BGHZ 49, 30 (Rn. 9); BGH, 09.02.1978 – II ZR 189/76, BB 1978, 520 (Rn. 12); BGH, 29.01.1981 – II ZR 92/80, NJW 1981, 1270 (1270 f.). Ebenso OLG Hamm, 26.04.2007 – 27 U 7/07, NJOZ 2007, 4713 (4715).

¹³⁵ *Bauer*, BB 1994, 855 (855); *Hümmerich*, NJW 1995, 1177 (1178); So auch *Lenz*, in: Michalski, GmbHG, § 35 Rn. 116. Eine Qualifikation von GmbH-Geschäftsführern als Arbeitnehmer ebenfalls ablehnend *Wisskirchen/Kuhn*, in: BeckOK GmbHG, § 6 Rn. 73; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn. 171 ff. Kritisch zu dieser Argumentation *Wank*, RdA 2011, 178 (180).

¹³⁶ BAG, 15.04.1982 – 2 AZR 1101/79, MDR 1983, 785 (785 f.); BAG, 13.05.1992 – 5 AZR 344/91, GmbHR 1993, 35 (35 ff.); BAG, 06.05.1999 – 5 AZB 22/98, GmbHR 1999, 816 (816 ff.); BAG, 26.05.1999 – 5 AZR 664/98, GmbHR 1999, 925 (926). Nur in „extremen Ausnahmefällen“: BAG, 24.11.2005 – 2 AZR 614/04, GmbHR 2006, 592 (594).

¹³⁷ Vgl. aus der Literatur auch *Martens*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 437 (444); *Schrader/Hilgenstock*, ArbRAktuell 2011, 370 (371); *Schrader/Schubert*, DB 2005, 1457 (1460). Die Möglichkeit, dass die Geschäftsführerbestellung auf Arbeitsvertrag beruht, ebenfalls bejahend OLG München, 27.10.2014 – 7 W 2097/14, GmbHR 2014, 1263 (Rn. 9).

¹³⁸ Zu dem Abgrenzungskriterium der unternehmerischen Entscheidung *Wank*, in: FS Wiedemann, S. 587 (596 f.).

geht im Ergebnis fehl.¹³⁹ Zwar ist dem Geschäftsleiter keine natürliche Person übergeordnet, dennoch ist nicht er, sondern die Gesellschaft Arbeitgeber. Allein die Wahrnehmung von Arbeitgeberaufgaben vermag die Qualifizierung des Geschäftsleiters als Arbeitnehmer nicht auszuschließen.¹⁴⁰ Auch zwischen Arbeitnehmern bestehen Hierarchiestrukturen, in denen der höherrangige Arbeitnehmer weisungsbefugt ist und somit Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt. Hervorzuheben ist besonders der leitende Angestellte, dessen Einordnung als Arbeitnehmer unangezweifelt bleibt, obwohl er Arbeitgeberfunktionen¹⁴¹ ausübt.¹⁴² Entscheidend ist nicht, ob die Arbeitgeberaufgaben dem Geschäftsführer „originär“¹⁴³ aus der Organstellung oder durch die vertragliche Vermittlung zukommen.¹⁴⁴ Arbeitgeberaufgaben können gerade auch auf andere Personen als die Leitungsorgane delegiert werden, was allein nicht zur Qualifikation der ausführenden Personen als Arbeitgeber führt. Der Gesellschaftervertrag kann zudem Einschränkungen der disponiblen Geschäftsführungsaufgaben vorsehen, sodass eine Begrenzung der Arbeitgeberaufgaben des einzelnen Geschäftsführers denkbar, wenn auch regelmäßig wohl nicht zweckmäßig, ist. Entscheidend ist der Umfang der Weisungsbefugnis, die der Gesellschafterversammlung gegenüber dem GmbH-Geschäftsführer zusteht, nicht die Wahrnehmung von Arbeitgeberaufgaben durch den Geschäftsführer.

¹³⁹ So auch *Schrader/Schubert*, DB 2005, 1457 (1460); *Wank*, in: FS Wiedemann, S. 587 (595).

¹⁴⁰ Anders wohl *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 197 (203 f.); *Hümmerich*, NJW 1995, 1177 (1178). Eine arbeitnehmerähnliche Stellung von Organmitgliedern, zumindest bei entsprechender sozialer Schutzbedürftigkeit, annehmend *Martens*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 437 (441, 443).

¹⁴¹ Zum Beispiel kann er zu Einstellungen und Entlassungen berechtigt sein, vgl. § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BetrVG, § 14 Abs. 2 S. 1 KSchG. Leitenden Angestellten werden „unternehmerische Aufgaben“ übertragen, *Meents*, DStR 1995, 1353 (1353).

¹⁴² So auch *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2011, 55 (55); *Schrader/Schubert*, DB 2005, 1457 (1460); *Wank*, in: FS Wiedemann, S. 587 (595); *Wank*, RdA 2011, 178 (180). Anders *Hümmerich*, NJW 1995, 1177 (1178).

¹⁴³ *Hümmerich*, NJW 1995, 1177 (1178).

¹⁴⁴ So aber *Hümmerich*, NJW 1995, 1177 (1178).

bb. Abhängigkeit des GmbH-Geschäftsführers von der Gesellschaft

Der GmbH-Geschäftsführer ist im gesetzlichen Regelfall weisungsgebunden (§ 37 Abs. 1 GmbHG) und somit von der Gesellschaft abhängig.¹⁴⁵ Inwieweit die Gesellschafterversammlung von der Möglichkeit Weisungen zu erteilen tatsächlich Gebrauch macht, ist unerheblich, solange ihr die Befugnis, Weisungen zu erteilen, zusteht.¹⁴⁶ Das BAG argumentiert, bei der Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung handele es sich um eine „Norm zur Abgrenzung der Gesellschaftsorgane untereinander“¹⁴⁷. Zudem seien „unternehmerische Weisungen“ auch im Rahmen freier Dienstverhältnisse möglich.¹⁴⁸ Bei der Einordnung eines Vertrages als Arbeitsvertrag kommt es auf die Berechtigung des Arbeitgebers zu arbeitsausgestaltenden Weisungen an. Gerade solche Weisungen sind, abhängig von den konkreten vertraglichen Beziehungen des einzelnen Geschäftsführers, innerhalb der Geschäftsleiterbeziehungen jedoch möglich.¹⁴⁹ Der Geschäftsführeranstellungsvertrag kann im Einzelfall also als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sein.¹⁵⁰

3. Europarecht

Mit der Danosa-Entscheidung vom 11.11.2010¹⁵¹ entschied der EuGH, dass ein Geschäftsleiter Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne sein kann, soweit er sich vor einem Gremium rechtfertigen muss und die jederzeitige Möglichkeit der

¹⁴⁵ Nach dem konkreten Einzelfall differenzierend *Martens*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 437 (440 f.). Dieser stellt zudem „auf die generelle in dem Anstellungsvertrag vorbehaltene Verfügbarkeit über die Arbeitskraft“ (S. 449) ab. Zur Folgepflicht des GmbH-Geschäftsführers nach Erhalt von Weisungen *Ebert*, GmbHR 2003, 444 (444 ff.).

¹⁴⁶ *Wank*, RdA 2011, 178 (180).

¹⁴⁷ BAG, 24.11.2005 – 2 AZR 614/04, GmbHR 2006, 592 (593).

¹⁴⁸ BAG, 24.11.2005 – 2 AZR 614/04, GmbHR 2006, 592 (593 f.). Siehe auch *Reinecke*, NZA 1999, 729 (729 f.); *Tebben*, in: Michalski, GmbHG, § 6 Rn. 124.

¹⁴⁹ Vgl. *Schrader/Schubert*, DB 2005, 1457 (1460).

¹⁵⁰ An der Weisungsbefugnis fehlt es jedoch, wenn der Geschäftsführer selbst wesentlichen Einfluss auf den Inhalt der Gesellschafterbeschlüsse nehmen kann, das heißt, wenn er Allein- oder Mehrheitsgesellschafter ist und der Gesellschaftsvertrag die Erteilung von Weisungen nicht ausdrücklich ausschließt (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG). *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26 (43). Im Ergebnis auch *Wank*, in: FS Wiedemann, S. 587 (614). Der Gesellschafterversammlung steht allerdings die Möglichkeit offen, den Vertrag mit Dreiviertelmehrheit zu ändern, § 53 Abs. 1, Abs. 2 GmbHG.

¹⁵¹ EuGH, 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143.

Abberufung besteht.¹⁵² Mit der Balkaya-Entscheidung vom 09.07.2015¹⁵³ bestätigte der EuGH diese Auffassung bezüglich deutscher GmbH-Geschäftsführer. Der Fremdgeschäftsführer könne jederzeit abberufen werden und unterliege zudem den Weisungen der Gesellschafterversammlung.¹⁵⁴ Er sei somit unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu subsumieren. Dieser kommt bei der Umsetzung von Unionsrecht zum Tragen, soweit das Unionsrecht nicht auf die Arbeitnehmerbegriffe der Mitgliedsstaaten abstellt, und schließt einen Rückgriff auf abweichende nationale Arbeitgeberbegriffe aus.¹⁵⁵

Die Meinung des BGH, der grundsätzlich ein Dienstverhältnis zwischen dem GmbH-Geschäftsführer und der GmbH als gegeben sieht, ohne die Möglichkeit der Einordnung als Arbeitnehmer anzuerkennen, muss angesichts der EuGH-Rechtsprechung in Frage gestellt werden. Dennoch können nach den Kriterien des EuGH nicht sämtliche Geschäftsführer als Arbeitnehmer betrachtet werden. Lediglich Fremdgeschäftsführer und Gesellschaftergeschäftsführer mit Minderheitsbeteiligung stehen in einer Abhängigkeit zur GmbH, die eine Einordnung als Arbeitnehmer rechtfertigt.¹⁵⁶ Ihnen stehen keine Einflussmöglichkeiten in der Gesellschafterversammlung zu, sie sind durch Entscheidungen und Weisungen der Gesellschafterversammlung fremdbestimmt. Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff stimmt mit der Ansicht des BAG überein: Geschäftsführer können im Einzelfall als Arbeitnehmer zu behandeln sein.¹⁵⁷

Im deutschen Recht wirken sich die Entscheidungen des EuGH nur aus, wo arbeitsrechtliche Regelungen auf europarechtlichen Vorgaben beruhen.¹⁵⁸ Im All-

¹⁵² EuGH, 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143 (Rn. 51).

¹⁵³ EuGH, 09.07.2015 – C-229/14, EuZW 2015, 682.

¹⁵⁴ EuGH, 09.07.2015 – C-229/14, EuZW 2015, 682 (Rn. 40 f.).

¹⁵⁵ EuGH, 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143 (Rn. 40); EuGH, 09.07.2015 – C-229/14, EuZW 2015, 682 (Rn. 33, 35).

¹⁵⁶ *Bauer*, GWR 2010, 586 (586); „jedenfalls“ diese; *Fischer*, NJW 2011, 2329 (2331); *Forst*, EuZW 2015, 664 (666); *Lunk/Rodenbusch*, GmbHR 2012, 188 (190); *Oberthür*, NZA 2011, 253 (254); *Reinhard/Bitsch*, ArbRB 2011, 241 (242).

¹⁵⁷ EuGH, 09.07.2015 – C-229/14, EuZW 2015, 682 (Rn. 46).

¹⁵⁸ Differenziert *Lunk/Rodenbusch*, GmbHR 2012, 188 (190 f.). *Reinhard/Bitsch*, ArbRB 2011, 241 (243 f.).

gemeinen bleibt es nach heutigem Stand der Rechtsentwicklung bei der überwiegenden Ablehnung der Arbeitnehmereigenschaft des Geschäftsführers.¹⁵⁹ Vorstandsmitglieder in Aktiengesellschaften sind auch nach den Wertungen der Danosa-Entscheidung nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren.¹⁶⁰ Das Unionsrecht stützt die hier vertretene Ansicht, dass ein GmbH-Geschäftsführer bei entsprechendem Abhängigkeitsverhältnis als Arbeitnehmer einzuordnen ist.

4. Zwischenfazit

Arbeitsrechtliche Regelungen finden auf Geschäftsleiter nur im Einzelfall direkte Anwendung.¹⁶¹ Regelmäßig ist der Geschäftsleiter nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren. Anderes kann im Einzelfall in der GmbH für Fremd- beziehungsweise Minderheits-Geschäftsführer gelten.¹⁶² Besondere Berücksichtigung müssen bei der Beurteilung, ob ein Geschäftsführer als Arbeitnehmer einzuordnen ist, die unionsrechtlichen Regelungen finden. Nach dem Danosa-Urteil ist davon auszugehen, dass GmbH-Geschäftsführer im Geltungsbereich von auf Unionsrecht beruhenden Vorschriften in Zukunft häufiger als Arbeitnehmer qualifiziert werden. Die Untersuchung beschränkt sich auf diejenigen Geschäftsleiter, die nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind.

II. Arbeitsrechtliche Wertungen im Gesellschaftsrecht

Arbeitsrechtliche Wertungen können auf das Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Geschäftsleitern übertragen werden, auch wenn Geschäftsleiter nicht als Arbeitnehmer eingeordnet werden. Dies darf jedoch nicht undifferenziert geschehen, sondern muss in Hinblick auf jede arbeitsrechtliche Norm im Einzelfall untersucht werden. Voraussetzung einer Wertungsübernahme ist das Vorhandensein allgemeiner Rechtsprinzipien im Arbeitsrecht. Inwieweit arbeitsrechtliche Normen Ausdruck verallgemeinerungsfähiger Prinzipien sind, gilt es anhand der konkreten Norm und Fragestellung festzustellen. Für die grundsätzliche Frage

¹⁵⁹ Die Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern in jedem Fall ablehnend *Tebben*, in: Michalski, GmbHG, § 6 Rn. 124; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn. 174.

¹⁶⁰ *Bauer*, GWR 2010, 586 (586); *Junker*, NZA 2011, 950 (951); *Lunk/Rodenbusch*, GmbHR 2012, 188 (190); *Oberthür*, NZA 2011, 253 (254); *Reinhard/Bitsch*, ArbRB 2011, 241 (243).

¹⁶¹ Zum Beispiel § 6 Abs. 3 AGG.

¹⁶² Diese Untersuchung geht auf die Arbeitnehmer-Geschäftsführer nicht ein.

nach der Zulässigkeit einer Wertungsübernahme wird die Existenz derartiger Prinzipien zunächst unterstellt, um die abstrakte Möglichkeit des Rückgriffs auf gesetzesfremde Normen und Prinzipien untersuchen zu können.

Eine Übertragung (arbeits-)rechtlicher Wertungen kommt mittels Rechtsfortbildung im Rahmen von Einzel-¹⁶³ oder Rechtsanalogie in Betracht.¹⁶⁴ Vorrangig muss das Gesellschaftsrecht selbst auf die Regelungen des Verhältnisses zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter untersucht, also ausgelegt, werden. Erst bei lückenhaften gesellschaftsrechtlichen Regelungen¹⁶⁵ ist der Rückgriff auf das Arbeitsrecht zulässig.

Hat der Gesetzgeber sich nicht ausdrücklich gegen die Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften auf Geschäftsleiter ausgesprochen, ist die analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften denkbar.¹⁶⁶ Entscheidend ist nicht, ob der Geschäftsleiter als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist.¹⁶⁷ Analoge Anwendung setzt vielmehr die Vergleichbarkeit der Situation des Geschäftsleiters mit der Situation des Arbeitnehmers¹⁶⁸ und fehlende Beeinträchtigung bei Ausübung der Organfunktionen voraus.¹⁶⁹

Eine Rechtsanalogie liegt vor, wenn aus einer Mehrzahl von Normen auf ein allgemeines Prinzip geschlossen werden kann, welches wiederum Anwendung

¹⁶³ *Honsell*, in: Staudinger, BGB, Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch Rn. 156; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 202 ff.

¹⁶⁴ Grds. keine Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften auf den Anstellungsvertrag annehmend: *Wisskirchen/Kuhn*, in: BeckOK GmbHG, § 6 Rn. 70.

¹⁶⁵ Allgemein zur Rechtsfortbildung *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 187 ff.

¹⁶⁶ *Jaeger/Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 35 Rn. 282; *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 165; *Tebben*, in: Michalski, GmbHG, § 6 Rn. 126; *Thüsing*, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 4 Rn. 55. Angedeutet auch schon von BGH, 11.07.1953, BGHZ 10, 187 (Rn. 16).

¹⁶⁷ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 27.

¹⁶⁸ *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 84 AktG Rn. 21; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 59. Einschränkend dahingehend, dass sich die analog anzuwendende Norm nicht auf die spezielle wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers beziehen darf *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 64. Eine mit Arbeitnehmern vergleichbare wirtschaftliche Abhängigkeit fordert *Freckmann*, DStR 2008, 52 (56).

¹⁶⁹ *Goette*, in: FS Wiedemann, S. 873 (886). Eine Analogie grundsätzlich ablehnend OLG Hamm, 26.04.2007 – 27 U 7/07, NJOZ 2007, 4713 (4715).

auf vergleichbare Fälle findet.¹⁷⁰ Die Zulässigkeit eines solch induktiven Rechtsschlusses¹⁷¹ aus einzelnen Normen auf ein verallgemeinerungsfähiges, das einzelne Gesetz überspannendes Prinzip lässt sich aus Art. 20 Abs. 3 GG herleiten. Vollziehende Gewalt und Rechtsprechung sind an „Gesetz und Recht“ gebunden, schon das Grundgesetz lässt folglich eine Differenzierung zwischen normiertem Gesetz und Recht zu.¹⁷² Neben die einzelne Norm („Gesetz“) tritt das gesetzesüberspannende „Recht“, welches auch in anderen als den normierten Fällen Geltung beanspruchen kann.

Eine arbeitnehmerähnliche Stellung ist keine zwingende Voraussetzung für die Übertragung arbeitsrechtlicher Prinzipien ins Gesellschaftsrecht.¹⁷³ Arbeitnehmer sind Geschäftsleiter ja gerade nicht, bei arbeitnehmerähnlicher Stellung käme das Arbeitsrecht schon analog zur Anwendung. Dennoch muss die Situation der Geschäftsleiter mit der Situation von Arbeitnehmern zumindest in Hinblick auf die von der jeweiligen Norm in Bezug genommene Lage vergleichbar sein: Geschäftsleiter wie Arbeitnehmer bezwecken mit ihrer Tätigkeit vorrangig die Finanzierung ihres Lebensunterhaltes sowie der Altersvorsorge. Die Erlangung eines Entgeltes ist regelmäßig hauptsächlicher Tätigkeitsantrieb, handelt es sich bei diesem nun um Lohn aus einem Arbeitsverhältnis oder um Entgelt aus einem Dienstvertrag.¹⁷⁴ Dieses Interesse steht lediglich zurück, wenn der Geschäftsleiter an der Gesellschaft selbst in einem Maße beteiligt ist, dass er seinen Lebensunterhalt schon aus den Erträgen der Gesellschaft decken kann.¹⁷⁵ Dies wird in der Regel bei einem Mehrheits-Gesellschaftergeschäftsführer oder einem

¹⁷⁰ *Honsell*, in: Staudinger, BGB, Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch Rn. 156; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 205.

¹⁷¹ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 205.

¹⁷² So auch BVerfG, 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 (Rn. 38); *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 189.

¹⁷³ Anderes lässt die Entscheidung BGH, 14.05.1990 – II ZR 122/89, ZIP 1990, 859 vermuten.

¹⁷⁴ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 27 hält deshalb die analoge Anwendung einzelner arbeitsrechtlicher Vorschriften für zulässig, wenn diese Schutzvorschriften der „Sicherung der persönlichen und wirtschaftlichen Existenz des Vorstandsmitglieds im Rahmen einer ausschließlichen und langfristigen Bindung“ dienen. Ähnlich *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 67.

¹⁷⁵ Für die Anwendung von arbeitsrechtlichen Vorschriften auf Vorstandsanstellungsverträge nur, wenn die arbeitsrechtlichen Regelungen als Ausdruck einer allgemeinen Sicherung in Dauerschuldverhältnissen verstanden werden kann *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 64.

Alleingesellschafter-Geschäftsführer der Fall sein,¹⁷⁶ in Aktiengesellschaften jedoch eher selten vorkommen.

Der Geschäftsleiter muss im gleichen Maße wie ein Arbeitnehmer schutzwürdig sein.¹⁷⁷ Während der Zeit des Tätigwerdens entsprechen sich die Interessen von Arbeitnehmer und Geschäftsleiter, zumindest soweit beide Gruppen in gleicher Weise mit den tatsächlichen Gegebenheiten, zum Beispiel Ausstattung und Maßnahmen der Arbeitssicherheit, in Berührung kommen. Geschäftsleiter wie Arbeitnehmer sind gleichermaßen an möglichst gesundheitsschonenden Arbeitsbedingungen interessiert. Die Leitungsaufgabe der Geschäftsleiter schließt die Vergleichbarkeit nicht aus, zumindest nicht, soweit Vorschriften oder Prinzipien übertragen werden sollen, die den Schutz des einzelnen Menschen bezwecken. Die Lage von Geschäftsleitern und Arbeitnehmern ist also grundsätzlich vergleichbar. Eine Rechtsanalogie ist dort, wo im Arbeitsrecht ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck kommt, möglich, soweit in dem jeweiligen Fall die Lage von Arbeitnehmern und Geschäftsleitern nicht – aus bisher nicht genannten Gründen – voneinander abweicht.¹⁷⁸ Die analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Normen sowie die Übertragung rechtlicher Wertungen im Wege der Rechtsanalogie¹⁷⁹ auf das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter sind möglich.¹⁸⁰

E. Reaktionsmöglichkeiten der Gesellschaft auf die Erkrankung des Geschäftsleiters

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass die Gesundheit des Geschäftsleiters für Kapitalgesellschaften wesentlich ist. Eine Reaktion auf eine Erkrankung

¹⁷⁶ So auch *Freckmann*, DStR 2008, 52 (56).

¹⁷⁷ *Tebben*, in: Michalski, GmbHG, § 6 Rn. 126. Kritisch zum Analogieschluss der h.M. *Wank*, in: FS Wiedemann, S. 587 (606 f.).

¹⁷⁸ Als Begründung für die Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften reicht der Hinweis, auf den Anstellungsvertrag seien arbeitsrechtliche Grundprinzipien anwendbar, nicht aus. Zu kurz gegriffen daher *Lenz*, in: Michalski, GmbHG, § 35 Rn. 118.

¹⁷⁹ Für die Möglichkeit, sich aus arbeitsrechtlichen Normen ergebende gesetzliche Wertungen auch auf den GmbH-Geschäftsführer zu übertragen, auch *Jaeger/Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 35 Rn. 285.

¹⁸⁰ Die Notwendigkeit, arbeitsrechtliche Normen anzuwenden, ablehnend *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn. 177.

setzt nicht zwingend die Verletzung einer gesundheitsbezogenen Geschäftsleiterpflicht voraus. Der Gesellschaft stehen, unabhängig von schuldhaftem Verhalten des Geschäftsleiters, Reaktionsmöglichkeiten offen, mit denen sie sich vor Beeinträchtigungen durch die Erkrankung schützen kann. Insbesondere muss die Gesellschaft sicherstellen können, dass ihr ein handlungsfähiger Geschäftsleiter zur Verfügung steht. Dazu kann es erforderlich sein, den erkrankten Geschäftsleiter ohne sein Zutun aus der Organstellung zu entheben, sei es, weil dies dem Willen des Geschäftsleiters entgegensteht oder er krankheitsbedingt zu einer entsprechenden Willensbildung nicht in der Lage ist.

Die Erkrankung des AG-Vorstands kann seine Abberufung gemäß § 84 AktG rechtfertigen. Führt die Erkrankung zur Unfähigkeit des Vorstands, die Geschäfte ordentlich zu führen (§ 84 Abs. 3 S. 2 Var. 2 AktG), liegt ein wichtiger Grund vor.¹⁸¹ Die Organstellung des GmbH-Geschäftsführers ist, soweit nicht der Gesellschaftervertrag eine Abberufung nur aus wichtigem Grund zulässt, frei widerruflich, § 38 GmbHG. Dies gilt auch im Krankheitsfall. Auch kann der Anstellungsvertrag krankheitsbedingt gekündigt werden.

¹⁸¹ *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (93); *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 106; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 84 Rn. 36; *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 84 Rn. 49a; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 130; *Weber*, in: Hölters, AktG, § 84 Rn. 75.

Kapitel 2 Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten in der Gesellschaft

Zunächst entwickelt die Untersuchung anhand des Gesellschaftsinteresses ein mögliches gesundheitsbezogenes Pflichtenprogramm für Geschäftsleiter (Kapitel 2.A.). Im Anschluss werden die Grenzen derartiger Pflichten in den Blick genommen (Kapitel 2.B.), bevor das Bestehen der vorstellbaren Pflichten anhand gesetzlicher Grundlagen überprüft (Kapitel 2.C.) und zuletzt die Sanktionsmöglichkeiten der Gesellschaft auf die Verletzung gesundheitsbezogener Pflichten untersucht werden (Kapitel 2.D.).

A. Potentielles Pflichtenprogramm

Durchsetzbarer gesundheitsbezogener Pflichten bedarf es nur, soweit es einen Nutznießer gibt, dessen Interessen durch die Pflichten gefördert werden. Die Herleitung gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten muss sich folglich vornehmlich am Gesellschaftsinteresse orientieren, denn der Geschäftsleiter wird im Interesse der Gesellschaft tätig. Geschäftsleiterinteressen sind indes bei der Entwicklung des potentiellen Pflichtenprogramms noch zu vernachlässigen, ihre Rechte sind erst zu berücksichtigen, wenn der Bestand gesundheitsbezogener Pflichten überprüft wird.

Der gesundheitsbezogene Pflichtenkreis kann in Pflichten zur Gesundheitsvorsorge sowie in Pflichten im Krankheitsfall und in gesellschaftsbezogene Organisationspflichten gegliedert werden. Die verschiedenen Kategorien betreffen divergierende Gesellschaftsinteressen: Während es der Gesellschaft im Rahmen der Vorsorge hauptsächlich um den Erhalt der Gesundheit ihres Geschäftsleiters geht, hat sie im akuten Krankheitsfall ein besonderes Interesse an Information, um das weitere Vorgehen planen zu können, sowie an der Genesung des Geschäftsleiters. Diese Differenzierung leitet sich aus dem regelmäßig vorrangigen Ziel der Wirtschaftsunternehmen ab, möglichst hohe Gewinne zu erreichen.¹⁸² Die Erkrankung eines Geschäftsleiters kann dieses Ziel gefährden, denn der Um-

¹⁸² Vgl. *Harbarth*, in: MünchKomm GmbHG, § 53 Rn. 187; *Pentz*, in: MünchKomm AktG, § 23 Rn. 71; *Wicke*, in: *Wicke*, GmbHG, § 1 Rn. 2.

gang mit erkrankten Führungspersonen erfordert den Einsatz von Gesellschaftsmitteln, sei es im Rahmen von Neuausschreibungen oder der Finanzierung von Bezügefortzahlungen¹⁸³ etc. Um dies zu vermeiden, besteht schon im Vorfeld von Erkrankungen ein Interesse der Gesellschaft an der optimalen Gesundheit ihrer Geschäftsleiter. Konkret ist folgendes am Gesellschaftsinteresse orientierte Pflichtenprogramm denkbar.

I. Gesundheitsvorsorge

Das Interesse der Gesellschaft ist auf einen leistungsfähigen Geschäftsleiter gerichtet, der die ihm obliegenden Aufgaben optimal erfüllen kann. Ein gesunder Geschäftsleiter ist physisch und psychisch belastbarer und aufnahme- und konzentrationsfähiger als ein kranker Geschäftsleiter. In Betracht kommt dementsprechend eine Pflicht zur gesundheitserhaltenden Vorsorge. Kennzeichen derartiger Pflichten ist, dass es keiner Krankheit und keines Krankheitsverdachtes zu ihrer Begründung bedarf. Gesundheitsvorsorge bezweckt mindestens den Erhalt der Gesundheit eines gesunden Geschäftsleiters, zielt allerdings auch auf die Steigerung der Leistungsfähigkeit ab. Vorsorgepflichten können sich in einem gesundheitsfördernden Lebensstil niederschlagen, welcher jeden Tag zu berücksichtigende Verhaltensweisen umfasst. Denkbar sind alltägliche Verhaltenspflichten wie: gesunde Ernährung, Bewegung, das Unterlassen von gefährlichen Sportarten und Rauchen sowie sonstigen gesundheitsschädlichen Verhaltensweisen sowie die Pflicht des Geschäftsleiters, ihm zustehenden Erholungsurlaub zu nutzen.

Das Kapitalgesellschaftsrecht statuiert neben der allgemeinen Leitungsaufgabe, die sich aus § 76 Abs. 1 AktG, im Fall des GmbH-Geschäftsführers aus den ihm auferlegten Pflichten, ergibt,¹⁸⁴ vielfältige konkrete Geschäftsleiterpflichten.¹⁸⁵

¹⁸³ Der Anspruch des Geschäftsführers auf Bezügefortzahlung ergibt sich aus § 616 BGB und wird zudem häufig anstellungsvertraglich geregelt.

¹⁸⁴ *Raiser/Veil*, KapGesR, § 42 Rn. 1.

¹⁸⁵ Beispielfhaft genannt seien für Geschäftsführer die Pflicht zu bestimmten Angaben auf Geschäftsbriefen gemäß § 35a GmbHG, die Vorlagepflicht des Jahresabschlusses und des Jahresberichtes gemäß § 42a Abs. 1 GmbHG, Anmeldepflichten zum Handelsregister gemäß §§ 78 i.V.m. 7 Abs. 1, 57 Abs. 1 57i Abs. 1, 58 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG, die Pflicht den Verlust der Hälfte des Stammkapitals anzuzeigen gemäß § 84 Abs. 1 GmbHG sowie Geheimhaltungspflichten in Bezug auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gemäß § 85 Abs. 1 GmbHG. Zu Geschäftsführerpflichten siehe auch *Raiser/Veil*, KapGesR, § 42

Diese beziehen sich auf Handlungen, die mit der Gesellschaft in Zusammenhang stehen. Die private Lebensführung des Geschäftsleiters betreffen die normierten Geschäftsleiterpflichten nicht. Pflichten im Privaten können sich also nur aus Generalklauseln oder vertraglichen Vereinbarungen ergeben. Dabei besteht jedoch die Gefahr, in grundrechtlich relevante Bereiche des Geschäftsleiters vorzudringen, sodass die Herleitung von Pflichten im Privatleben des Geschäftsleiters einer besonderen Begründung bedarf.

Gesundheitsbezogene Verhaltenspflichten, die den Geschäftsleiter zur aktiven Erhaltung seiner Gesundheit beziehungsweise zum Unterlassen gesundheits-schädigenden Verhaltens anhalten, liegen im Gesellschaftsinteresse. Eine gesundheitsorientierte Lebensweise des Geschäftsleiters minimiert das Krankheitsrisiko und damit das Risiko krankheitsbedingter Ausfälle. Problematisch mag es jedoch sein, die Einhaltung derartiger Verhaltenspflichten zu kontrollieren und durchzusetzen.

Hinzukommen kann die Pflicht, sich regelmäßigen Vorsorgeuntersuchungen zu unterziehen. Diese bezwecken zwar nicht unmittelbar den Erhalt der Gesundheit. Vielmehr bezwecken Vorsorgeuntersuchungen, gesundheitliche Defizite möglichst frühzeitig zu erkennen und behandeln zu können. Dauerhaft fördern Vorsorgeuntersuchungen jedoch ebenfalls den Erhalt der Arbeitskraft des Geschäftsleiters beziehungsweise verhindern negative Auswirkungen auf die Gesellschaft. Bevor es zu regelmäßigen Untersuchungen kommen kann, ist eine Untersuchung vor Bestellung des Geschäftsleiters (Eignungsuntersuchung) denkbar. Vorsorgeuntersuchungen geben Aufschluss über die Konstitution des Geschäftsleiters. Die Untersuchungsergebnisse lassen Schlüsse auf die Einsatzfähigkeit des Geschäftsleiters zu. Gleiches gilt für Eignungsuntersuchungen. Auch solche erlauben einen objektiven Schluss auf die zukünftige Einsatzfähigkeit des potentiellen

Rn. 1. Für AG-Vorstände sei beispielhaft genannt: die Pflicht zur Anmeldung der Gesellschaft beim Handelsregister gemäß § 36 AktG, die Abgabe der Versicherungen gemäß § 37 Abs. 2 AktG, die Pflicht, bestimmte Angaben auf Geschäftsbriefen zu machen, gemäß § 80 AktG, die Pflicht, Änderungen in der Vorstandsbesetzung gemäß § 81 Abs. 1 AktG anzumelden, die Pflicht, die Hauptversammlung vorzubereiten und von ihr beschlossene Maßnahmen auszuführen gemäß § 83 AktG, Berichtspflichten an den Aufsichtsrat gemäß § 90 AktG, die Pflicht zum Führen der Handelsbücher gemäß § 91 Abs. 1 AktG sowie die Anzeigepflichten bei Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals gemäß § 92 Abs. 1 AktG. Zu Vorstandspflichten siehe auch *Raiser/Veil*, KapGesR, § 14 Rn. 2 ff.

Geschäftsleiters.¹⁸⁶ Die anstellungsvertragliche Vereinbarung von Vorsorgeuntersuchungspflichten auf Kosten der Gesellschaft für Geschäftsleiter entspricht bereits gängiger Praxis,¹⁸⁷ was auf das Interesse der Gesellschaften an derartigen Untersuchungen schließen lässt.

Regelmäßige Vorsorgeuntersuchungen entsprechen dem Interesse der Gesellschaft an möglichst umfassender Information über ihren (potentiellen) Geschäftsleiter. Sie ermöglichen es der Gesellschaft, die Leistungs- und Einsatzfähigkeit des Geschäftsleiters beurteilen zu können. Ziel von Vorsorgeuntersuchungen ist die Früherkennung von Gesundheitsrisiken. Die Gesellschaft wird in die Lage versetzt, in einem frühen Stadium der Krankheit bereits eine Strategie zum Umgang mit der Krankheit zu entwickeln. Regelmäßige Vorsorge- beziehungsweise Eignungsuntersuchungen werden vom Gesellschaftsinteresse getragen.

II. Krankheit

Bei Erkrankung des Geschäftsleiters sind auf Seiten der Gesellschaft hauptsächlich zwei Interessen auszumachen: Zum einen kommt es der Gesellschaft darauf an, zu wissen, wie es um den Geschäftsleiter bestellt ist. Insbesondere die Intensität der Erkrankung und deren Auswirkungen auf die Gesellschaft sind relevant. Es entstehen Fragen wie: Wie lange fällt der Geschäftsleiter aus? Wird er überhaupt genesen? Muss ein Nachfolger für den amtierenden Geschäftsleiter gefunden werden? Bedarf es einer vorübergehenden Vertretung oder kann der Ausfall des Geschäftsleiters durch eventuell vorhandene weitere Mitglieder des Führungsgremiums oder der nachgeordneten Ebene aufgefangen werden? Beeinträchtigt eine Krankheit, die derzeit nicht zum Ausfall des Geschäftsleiters führt, dennoch dessen Arbeit? Das Informationsinteresse der Gesellschaft kann mittels Informationspflichten des Geschäftsleiters befriedigt werden.

Zum anderen hat die Gesellschaft ein Interesse an der schnellen Genesung des Geschäftsleiters. Nur ein gesunder Geschäftsleiter kann seinen Aufgaben adäquat nachkommen. Der kranke Geschäftsleiter könnte verpflichtet sein, an seiner

¹⁸⁶ So auch für das Arbeitsrecht *Fuhlrott/Hoppe*, ArbRAktuell 2010, 183 (183).

¹⁸⁷ Vgl. *Binnewies*, in: Alvermann/u.a., Formularbuch Recht und Steuern, A. 1.10 Rn. 18; *Tomicic*, in: Weise/Krauß, Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 2.3.4 Rn. § 5 Abs. 6, § 10, Abs. 3, Rn. 22.

möglichst raschen Gesundung mitzuwirken. Wiederum würden ihn Verhaltenspflichten treffen. Ist eine Genesung nicht absehbar, ist zudem eine Pflicht des Geschäftsleiters zum frühzeitigen Niederlegen seines Amtes denkbar.

Im Rahmen konkret krankheitsbezogener Verhaltenspflichten stellt sich insbesondere die Frage nach einer Behandlungspflicht sowie der Pflicht, genesungswidriges Verhalten zu unterlassen¹⁸⁸ (zum Beispiel Verbot der Nichteinnahme erforderlicher Medikamente). Krankheitsbezogene Verhaltenspflichten, die es dem Geschäftsleiter auferlegen, sich möglichst optimal um seine Genesung zu bemühen, ermöglichen es der Gesellschaft, ihren Geschäftsleiter alsbald wieder einzusetzen. Sie fördern das Interesse der Gesellschaft an einem einsatzbereiten Geschäftsleiter. Zudem eröffnen sich Sanktionsmöglichkeiten,¹⁸⁹ die der Kapitalgesellschaft erlauben, ihren Geschäftsleiter zu einem im Gesellschaftsinteresse stehenden Verhalten zu zwingen. An eine Krankheit anknüpfende Verhaltenspflichten sind dem Gesellschaftsinteresse zuträglich, kommen somit als Geschäftsleiterpflichten in Betracht.

Information spielt innerhalb der Gesellschaft eine wichtige Rolle.¹⁹⁰ Daher sieht das Kapitalgesellschaftsrecht vielfältige Informationspflichten beziehungsweise Informationsansprüche¹⁹¹ der verschiedenen Gesellschaftsorgane vor. Beispielfürhaft sei für die Aktiengesellschaft der Auskunftsanspruch des Aktionärs aus § 131 AktG, die Berichtspflicht des Vorstands an den Aufsichtsrat gemäß § 90 AktG und die Verpflichtung der Gesellschaft zu Mitteilungen, etwa im Fall des Erreichens einer bestimmten Beteiligung an einem anderen Unternehmen (§§ 20, 21 AktG) genannt. Innerhalb der GmbH steht beispielsweise jedem Gesellschafter gemäß § 51a GmbHG ein Anspruch auf Auskunft zu.¹⁹²

¹⁸⁸ So in Erwägung gezogen von *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2010, 86 (86).

¹⁸⁹ Zu den Reaktionsmöglichkeiten der Gesellschaft auf die Verletzung gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten siehe Kapitel 2.D.

¹⁹⁰ Vgl. *Druey*, in: FS Wiedemann, S. 809 (809 ff.).

¹⁹¹ Es findet eine Differenzierung zwischen individuellen und kollektiven Informationsrechten statt, vgl. etwa *Karasu*, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 6 ff.; *Kersting*, in: KK AktG, § 131 Rn. 6, 24.

¹⁹² Weiter muss die Gesellschaft unter anderem bestimmte Informationen ins Handelsregister eintragen lassen (zum Beispiel Gesellschaftsvertrag und Gesellschafterliste, §§ 7, 8, 40 GmbHG, Firma und Sitz, § 10 GmbHG, die Person des Geschäftsführers, § 39 GmbHG, Satzungsänderungen, § 54 GmbHG oder die Erhöhung des Stammkapitals, § 57 GmbHG.). Auf Geschäftsbriefen müssen bestimmte Angaben gemacht werden (§ 35a GmbHG). Jahresabschluss und Lagebericht sind den Gesellschaftern vorzulegen, § 42a GmbHG.

Ziel kapitalgesellschaftsrechtlicher Informationspflichten ist es, den verschiedenen Akteuren in der Gesellschaft die Ausübung ihrer Rechte zu ermöglichen,¹⁹³ um Informationsasymmetrien¹⁹⁴ in der Gesellschaft auszugleichen. Diese resultieren aus der Trennung von Eigentümerstellung und Leitungsmacht.¹⁹⁵ Das Informationsbedürfnis ergibt sich zudem aus der Überwachungsaufgabe der Gesellschafter.¹⁹⁶ Der Geschäftsleiter kann für die Gesellschaft handeln, ihm steht ein Handlungsspielraum zu, der es ihm ermöglicht, eigene Interessen zu verfolgen.¹⁹⁷ Interessenkonflikte sollen durch Überwachung vermieden werden, die wiederum nur möglich ist, wenn das überwachende Organ über ausreichende Informationen verfügt. In Bezug auf die Erkrankung des Geschäftsleiters bestehen in der Gesellschaft Informationsasymmetrien: Während der Geschäftsleiter von seinen Einschränkungen oder der Gefahr des drohenden Ausscheidens weiß, sind Gesellschafter wie Aufsichtsrat ahnungslos. Dies schränkt die Gesellschaft in ihren Reaktionsmöglichkeiten ein. Sie wird schlimmstenfalls auf den Zeitraum nach dem endgültigen Ausfall des Geschäftsleiters verwiesen, um einen geordneten Übergang der Organstellung oder eine geeignete Übergangsregelung im Fall möglicher Genesung zu schaffen. In diesem Zusammenhang können gesundheitsbezogene Informationspflichten des Geschäftsleiters helfen, Informationsasymmetrien abzubauen. Eine frühzeitige Information der Gesellschaft ermöglicht es dieser, ihren Aufgaben zur Gesellschaftsorganisation, zum Beispiel

¹⁹³ Siehe nur *Drinhausen*, in: Hölters, AktG, § 131 Rn. 1; *Geißler*, NZG 2001, 539 (539); *Hellwig*, in: FS Budde, S. 265 (269); *Hillmann*, in: MünchKomm GmbHG, § 51a Rn. 5; *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 23; *Karasu*, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 8; *Kersting*, in: KK AktG, § 131 Rn. 6, 24; vgl. auch *Kleindiek*, ZGR 1998, 466 (471); *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 131 Rn. 1; *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 1; *Liebscher*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 131 Rn. 1; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 2 f., 34; *Müller-Michaels*, in: Hölters, AktG, § 90 Rn. 1; *Raiser/Veil*, KapGesR, § 16 Rn. 38; *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 51a Rn. 20; *Schneider*, in: FS Lutter, S. 1193 (1199); kritisch *Siems*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 131 Rn. 2 f.; *Strohn*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 51a GmbHG Rn. 1; *Zetsche*, Aktionärsinformation, S. 21.

¹⁹⁴ *Theiselmann*, GmbH-StB 2011, 334 (335).

¹⁹⁵ Vgl. *Geißler*, NZG 2001, 539 (539); *Theiselmann*, GmbH-StB 2011, 334 (335).

¹⁹⁶ *Karasu* ordnet die Wahrnehmung des Informationsrechts zur Ermöglichung der Kontrolle durch die Gesellschafter dem Gesellschaftsinteresse in Abgrenzung zum Gesellschafterinteresse zu, *Karasu*, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 14 f.

¹⁹⁷ Vgl. *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 64 f. zur Agency-Theorie.

Abberufung und Neubestellung des Geschäftsleiters, nachzukommen. Im Fall eines Interessenkonfliktes, der bei schwerer Erkrankung des Geschäftsleiters entsteht, besteht die Gefahr, dass der Geschäftsleiter übermäßiges Selbstvertrauen in seine eigenen Fähigkeiten setzt und nicht mehr dazu in der Lage ist, selbst den Interessenkonflikt und seine Beeinträchtigung zu erkennen.¹⁹⁸

Ein Informationsrecht des Aktionärs ergibt sich zudem aus Art. 14 Abs. 1 GG.¹⁹⁹ Das Aktieneigentum beziehungsweise die aktienrechtliche Mitgliedschaft, ist als Vermögenswert von Art. 14 Abs. 1 GG umfasst.²⁰⁰ Aus dem Vermögensrecht folgt das Recht des Aktionärs, über „seine“ Gesellschaft informiert zu werden. Auch darin liegt letztlich die Absicherung mitgliedschaftlicher Rechte,²⁰¹ Einschränkungen des Informationsrechtes, die dieser Zwecksetzung nicht zuwiderlaufen, sind zulässig.²⁰² Auch mit Blick auf Veräußerungen von Geschäftsanteilen muss ein Informationsrecht aus Art. 14 GG folgen.²⁰³ Zwar stellt die Veräußerung kein unmittelbar mitgliedschaftliches Recht dar, dennoch setzt die

¹⁹⁸ Überzeugend von *Kumpan* anhand der Verhaltensökonomik nachgewiesen, *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 81 f.

¹⁹⁹ BVerfG, 20.09.1999 – 1 BvR 168/93, ZIP 1999, 1801 (Rn. 17); BVerfG, 20.09.1999 – 1 BvR 636/95, ZIP 1999, 1798 (Rn. 17); *Hellwig*, in: FS Budde, S. 265 (269 mit Fn. 12); *Kersting*, in: KK AktG, § 131 Rn. 7; *Schneider*, in: FS Lutter, S. 1193 (1195); *Stumpf*, NJW 2003, 9 (11). Vgl. auch die Begründung des Regierungsentwurfs zum AktG 1965 in: *Kropff*, Aktiengesetz, S. 15: „Als wirtschaftlicher Miteigentümer des Unternehmens muß der Aktionär (...) das Recht haben, sich vor seiner Stimmabgabe in der Hauptversammlung über alle für seine Stellungnahme wesentlichen Angelegenheiten unterrichten zu können.“. Kritisch zur Herleitung des aktienrechtlichen Auskunftsanspruches aus Art. 14 GG *Mülbert/Leuschner*, ZHR 2006, 615 (622). *Reul* leitet Informationsrechte zudem aus Art. 2 Abs. 1 GG her, *Reul*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, S. 97 (130).

²⁰⁰ BVerfG, 07.08.1962 – 1 BvL 16/60, BVerfGE 14, 263 (Rn. 47); BVerfG, 27.04.1999 – 1 BvR 1613/94, BVerfGE 100, 289 (Rn. 55); BVerfG, 19.04.2007 – 1 BvR 1995/06, NJW 2007, 3265 (Rn. 9); BVerfG, 30.05.2007 – 1 BvR 1267/06, NJW 2007, 3266 (Rn. 15); BVerfG, 07.09.2011 – 1 BvR 1460/10, WM 2011, 1946 (Rn. 16); *Schön*, in: FS Ulmer, S. 1359 (1370); *Stumpf*, NJW 2003, 9 (10). Kritisch *Leuschner*, NJW 2007, 3248 (3248 ff.); *Mülbert/Leuschner*, ZHR 2006, 615 (635 ff.).

²⁰¹ Vgl. BVerfG, 20.09.1999 – 1 BvR 636/95, ZIP 1999, 1798 (Rn. 17); *Schön*, in: FS Ulmer, S. 1359 (1370 a.E. f.).

²⁰² BVerfG, 20.09.1999 – 1 BvR 636/95, ZIP 1999, 1798 (Rn. 21); *Geißler*, NZG 2001, 539 (540); *Kersting*, in: KK AktG, § 131 Rn. 7.

²⁰³ *Schön*, in: FS Ulmer, S. 1359 (1381). I.E. ähnlich, jedoch ohne ausreichende Begründung, *Karasu*, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 13, 67 f. Er erkennt jedoch, dass die Kontrollrechte/-funktion der Gesellschafter gerade auch Teil ihrer mitgliedschaftlichen Rechte sind.

Fungibilität der Gesellschaftsanteile voraus, dass der Verkäufer sich über die Situation seiner Gesellschaft informieren kann, um eine Entscheidung über die Veräußerung treffen zu können.²⁰⁴

Die Pflicht, im Krankheitsfall die Organwalterstellung niederzulegen, fördert vordergründig nicht das Gesellschaftsinteresse an einem gesunden, einsatzfähigen Geschäftsleiter. Dennoch kann der Gesellschaft die Amtsniederlegung durch den erkrankten Geschäftsleiter nützlich sein. Der erkrankte Geschäftsleiter ist unter Umständen nicht mehr in der Lage, die Gesellschaft zu leiten. Indem er sein Amt abgibt, ermöglicht er es der Gesellschaft, einen gesunden Nachfolger einzusetzen. Auch kann eine Interessenverschiebung weg vom langfristigen Unternehmenserfolg hin zu kurzfristigem Erfolg nicht ausgeschlossen werden. Das Ausscheiden des beeinträchtigten Geschäftsleiters macht den Weg für einen neuen Geschäftsleiter frei, der dann im Sinne einer langfristigen stringenten Unternehmensführung effektiv tätig werden kann. Eine Pflicht zur Amtsniederlegung ist aus dem Gesellschaftsinteresse heraus durchaus denkbar.

III. Organisationspflichten

In Betracht kommen auch Organisationspflichten. Das Gesellschaftsinteresse ist, neben der Einsatzfähigkeit des Geschäftsleiters, auf die langfristige Bestandssicherung gerichtet. Diese setzt voraus, dass die Gesellschaft nicht existenziell von der Person des Geschäftsleiters abhängt. Vielmehr erwartet die Gesellschaft von ihrem Geschäftsleiter, dass dieser seine Tätigkeit so ausgestaltet, dass ein personeller Wechsel im Fall seines krankheitsbedingten Ausscheidens möglich ist, auch wenn sich das Ausscheiden des Geschäftsleiters nicht langfristig abgezeichnet hat.

Für die Organisation²⁰⁵ einer Gesellschaft ist der Geschäftsleiter zuständig, was sich aus der Leitungsmacht sowie der Sorgfaltspflicht ergibt.²⁰⁶ Die Pflicht des

²⁰⁴ Das Aktieneigentum ist folglich in zwei Richtungen geschützt: zum einen als vermitteltes Eigentum an der Aktiengesellschaft, zum anderen als disponibles Vermögensrecht an sich, BVerfG, 27.04.1999 – 1 BvR 1613/94, BVerfGE 100, 289 (Rn. 42, 55); *Schmidt-Aßmann*, in: FS Badura, S. 1009 (1015); *Schön*, in: FS Ulmer, S. 1359 (1370).

²⁰⁵ Zum Organisationsbegriff siehe *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 13 f.

²⁰⁶ BT-Drks. 13/9712, S. 15; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 93 AktG Rn. 7; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 91 Rn. 1; *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 75 ff.; *Preußner/Becker*, NZG 2002, 846 (847); angedeutet auch bei

AG-Vorstands, ein Kontrollsystem einzuführen, ergibt sich zudem ausdrücklich aus § 91 Abs. 2 AktG.²⁰⁷

„Organisationspflicht“ bezieht sich auf die Strukturierung der Gesellschaft in Hinblick auf Aufgabenverteilung (Delegation) und die Einrichtung verschiedener Führungsebenen, soweit es gesetzliche Spielräume gibt, samt eines geeigneten Überwachungssystems.²⁰⁸ Auch die Verteilung von Geschäftsleitungsaufgaben innerhalb des Führungsorgans²⁰⁹ kann als Organisationsmaßnahme verstanden werden. Daneben kann auch die konkrete Gestaltung der Arbeitsabläufe, samt Schaffung eines gesundheitsfördernden Arbeitsumfeldes, wie zum Beispiel Schaffung von ausreichenden Lichtquellen oder die ergonomische Einstellung von Schreibtischen, als Organisationsmaßnahme verstanden werden. Derartige Pflichten werden mit Zielsetzung der Arbeitnehmergesundheit im Bereich der Arbeitssicherheit begründet.²¹⁰ Sie kommen jedoch auch in Hinblick auf die Gesundheit des Geschäftsleiters in Betracht.

Eine Pflicht zu einer bestimmten Organisationsausgestaltung durch den Geschäftsleiter besteht nicht.²¹¹ Bei Organisationsentscheidungen handelt es sich vielmehr um unternehmerische Ermessensentscheidungen des Geschäftsleiters. Die Ausgestaltung der Organisationsstruktur muss sich an den Bedürfnissen des jeweiligen Unternehmens orientieren.²¹² Wesentliches Ziel von Organisationspflichten ist, den reibungslosen und fehlerfreien Ablauf innerhalb des Unternehmens zu ermöglichen; ebenso sollen Fehlverhalten oder Fehlentwicklungen aufgedeckt und behoben werden. Weiter bezwecken Organisationspflichten das

Schneider/Crezelius, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 16; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 76 Rn. 16; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 98.

²⁰⁷ Dies hat jedoch nur klarstellende Funktion, die Organisationspflichten ergeben sich bereits aus §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG, BT-Drks. 13/9712, S. 15; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 91 Rn. 1, 29; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 91 Rn. 1.

²⁰⁸ *Abeltshausen*, *Leitungshaftung*, S. 221 ff. (auch zu aufgrund von Organisation auftretenden Haftungsfragen); *Hölters*, in: *Hölters*, AktG, § 93 Rn. 46; *Rodewald/Unger*, BB 2006, 113 (114 f.); *Schlechtriem*, in: *Kreuzer*, *Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften*, S. 9 (30 f.); *Pflicht zu vertikaler und horizontaler Arbeitsteilung* *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 98.

²⁰⁹ *Abeltshausen*, *Leitungshaftung*, S. 221, 223 ff.; *Hölters*, in: *Hölters*, AktG, § 93 Rn. 44; *Rodewald/Unger*, BB 2006, 113 (114). Dazu etwa *Geiser*, *Leitungspflichten des Vorstandes*, S. 89 ff.

²¹⁰ Zum Beispiel § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG.

²¹¹ *Hölters*, in: *Hölters*, AktG, § 93 Rn. 43.

²¹² Vgl. kritisch *Spindler*, *Unternehmensorganisationspflichten*, S. 606.

Wohlbefinden der Arbeitnehmer, was in den arbeitsschutzrechtlichen Regelungen zum Ausdruck kommt.²¹³

Gesundheitsbezogene Organisationspflichten können sich aus allen dargestellten Zielrichtungen ergeben. Zum einen kommt die Pflicht des Geschäftsleiters zur horizontalen Aufgabenverteilung unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Überlastungen in Betracht. Mit gleicher Zielsetzung kann eine Pflicht zur Implementierung verschiedener Hierarchieebenen bestehen. Zuletzt kommt in Anbetracht einer gesundheitsschonenden Gestaltung des Arbeitsalltags eine Organisationspflicht in Bezug auf Ausstattung und Gestaltung von Büroräumen, vergleichbar mit den vom Arbeitsschutzrecht vorgeschriebenen Pflichten, in Betracht. Zudem kann der Geschäftsleiter zu Maßnahmen verpflichtet sein, die es einem Nachfolger im plötzlichen Krankheitsfall und dadurch bedingten Ausfall erleichtern, sich in die Geschäftsführung der Gesellschaft einzuarbeiten. Denkbar wäre etwa die Pflicht zu einer verständlichen und nachvollziehbaren Aktenführung über alle Gesellschaftsangelegenheiten und Gesellschaftsabläufe. Aus der Befugnis der Geschäftsleiter zur Gesellschaftsorganisation könnte die Pflicht zu einer auf konkrete Ziele ausgerichtete Organisation hergeleitet werden.

Eine gesundheitsfördernde Organisation der Gesellschaft unterstützt den Geschäftsleiter bei dem Erhalt seiner Gesundheit und fördert so mittelbar das Gesellschaftsinteresse, denn die Gesellschaft kann auf einen besonders leistungsstarken Geschäftsleiter zurückgreifen. Auf der anderen Seite erfordern gesundheitsbezogene Organisationsbemühungen den Einsatz von Geld und Arbeitskraft und führen zudem zu einer Beschränkung der unternehmerischen Freiheit.²¹⁴ Organisationspflichten sind sinnvoll, wenn der Gesellschaftsnutzen den erforderlichen Aufwand überwiegt, sie sind im Ergebnis dem Gesellschaftsinteresse förderlich und aus Sicht der Gesellschaft wünschenswert. Gesundheitsbezogene Organisationspflichten können Teil gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten sein.

Aufgrund des weiten Ermessensspielraums der Geschäftsleiter bei der Ausgestaltung der Unternehmensorganisation fragt diese Untersuchung nicht nach kon-

²¹³ Kollmer, in: Kollmer/Klindt, Arbeitsschutzgesetz, Vor § 1 Rn. 8 f.

²¹⁴ Vgl. Hemeling, ZHR 2011, 368 (369).

kreten Ausprägungen gesundheitsbezogener Organisationspflichten, sondern beschränkt sich auf die Frage, inwieweit die Geschäftsleitergesundheit bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen ist.

IV. Das zu überprüfende Pflichtenprogramm

Aus dem Gesellschaftsinteresse heraus ergibt sich folgendes potentiell gesundheitsbezogenes Pflichtenprogramm: Im Stadium der Gesundheitsvorsorge können alltägliche Verhaltenspflichten und die Pflicht zu Vorsorgeuntersuchungen bestehen. Im Krankheitsfalle kommen Informationspflichten, Behandlungs- beziehungsweise Verhaltenspflichten sowie die Pflicht zur Amtsniederlegung in Betracht. Zudem können den Geschäftsleiter Organisationspflichten treffen, bei denen die Gesundheit des Geschäftsleiters ermessensleitend zu berücksichtigen ist.

B. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte als äußerste Grenze gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten

Bei der Herleitung gesundheitsbezogener Pflichten sind allgemeine Grenzen zu berücksichtigen. Primär besteht die Gefahr von Grundrechtseingriffen. Die Geschäftsleitergrundrechte begrenzen mittelbar zwangsweise durchsetzbare Gesundheitspflichten.²¹⁵ Sie nehmen als objektive Wertordnung Einfluss auf privatrechtliche Normen.²¹⁶ Zwar gelten zwischen Privatrechtssubjekten die Grundrechte nicht unmittelbar, ausdrücklich binden die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG nur staatliche Gewalt. Aus dem Schutzauftrag des Staates²¹⁷ (als „Garant der Grundrechte“²¹⁸) folgt jedoch, dass Gesetzgeber wie Justiz zur

²¹⁵ Kritisch zur Begrifflichkeit der „mittelbaren Drittwirkung“ *Diederichsen*, in: Rangordnung, S. 39 (80); *Diederichsen*, AcP 1998, 171 (199 f. Fn. 116).

²¹⁶ Vgl. BVerfG, 23.04.1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261 (Rn. 25); *Canaris*, AcP 1984, 201 (226 a.E. f.); *Dürig*, in: FS Nawiasky, S. 157 (176). Siehe auch die Darstellung bei *Reul*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, S. 97 (110). Kritisch *Diederichsen*, in: Rangordnung, S. 39 (46 ff.); *Diederichsen*, AcP 1998, 171 (214 ff.).

²¹⁷ *Klein*, NJW 1989, 1633 (1635 ff.); *Lang*, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 74.

²¹⁸ *Epping*, Grundrechte, Rn. 123.

Wahrung der Grundrechte bei der Ausgestaltung von Gesetzen und der Gesetzesanwendung verpflichtet sind.²¹⁹ Privatrechtliche Normen müssen sich an den Grundrechten messen lassen.²²⁰ Eine Grundrechtsverletzung kann also auch im staatlichen Unterlassen geeigneter Schutzmaßnahmen liegen.²²¹ Dem Gesetzgeber verbleibt bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben jedoch ein Gestaltungsspielraum.²²² Dieser endet dort, wo Grundrechtsschutz nicht mehr gewährleistet ist (sog. Untermaßverbot²²³). Grundrechte wirken also auf die gesamte Rechtsordnung ein. Im Privatrecht nehmen sie insbesondere über Generalklauseln, die von der Rechtsprechung im Lichte des Grundgesetzes auszulegen sind, Einfluss.²²⁴ Der Gesetzgeber muss handeln, wenn eine Beeinträchtigung, ginge sie vom Staat aus, Grundrechtsrelevanz besäße und entsprechende Verletzungshandlungen hinreichend wahrscheinlich sind.²²⁵ Grundrechte müssen also auch

²¹⁹ *Canaris*, AcP 1984, 201 (225 ff.); darauf bezugnehmend *Reul*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, S. 97 (111). *Diederichsen* kritisiert zwar die Methodik im Zusammenhang mit der Fragestellung nach der „mittelbaren Drittwirkung“, kommt aber dennoch zu dem Ergebnis, dass Zivilrechtsnormen an der Verfassung zu messen sind: „Soweit sich aber die Persönlichkeit nur innerhalb einer verlässlichen Zivilrechtsdogmatik entfalten kann, muß auch diese institutionell unter dem Schutz des Grundgesetzes stehen.“ *Diederichsen*, AcP 1998, 171 (211). Ähnlich *Diederichsen*, in: Rangordnung, S. 39 (54 f., 63 a.E. f., 80). Vgl. zur Ausstrahlungswirkung der Grundrechte aus der Rspr. zum Beispiel BVerfG, 03.04.1992 – 2 BvR 1837/91, NVwZ 1992, 660 (Rn. 19 ff.). Vgl. auch *Klein*, NJW 1989, 1633 (1640).

²²⁰ *Jarass*, NJW 1989, 857 (861); *Roth*, in: Einwirkungen der Grundrechte, S. 229 (230). Den Grundrechten komme eine „überragende Bedeutung bei der Setzung und Anwendung von Normen für den Rechtsverkehr unmittelbar zwischen Grundrechtsträgern“ zu, *Stumpf*, NJW 2003, 9 (9).

²²¹ *Schmidt*, in: EK ArbR, Art. 2 GG Rn. 105.

²²² *Klein*, NJW 1989, 1633 (1637); *Stumpf*, NJW 2003, 9 (10).

²²³ Siehe auch *Reul*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, S. 97 (111); *Stumpf*, NJW 2003, 9 (10).

²²⁴ BVerfG, 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (Rn. 28); BVerfG, 23.04.1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261 (Rn. 25); BVerfG, 11.06.1991 – 1 BvR 239/90, BVerfGE 84, 192 (Rn. 11); *Dürig*, in: FS Nawiasky, S. 157 (176); *Epping*, Grundrechte, Rn. 136; *Roth*, in: Einwirkungen der Grundrechte, S. 229 (231). Dazu auch *Reul*, in: Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, S. 97 (112). Diese Art der Grundrechtswirkung kann nicht als „mittelbare Drittwirkung“ bezeichnet werden. Vielmehr sind Privatrechtsgesetzgeber sowie Zivilrichter direkt an die Grundrechte gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG). Der Zivilrichter muss jedoch das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts berücksichtigen. Ebenso *Canaris*, AcP 1984, 201 (228); *Medicus*, AcP 1992, 35 (44).

²²⁵ *Epping*, Grundrechte, Rn. 124.

bei der Herleitung von Pflichten aus dem Gesellschaftsrecht, insbesondere bei der Auslegung gesellschaftsrechtlicher Generalklauseln, berücksichtigt werden. Geschäftsleiterpflichten sind nur zulässig, wenn mit ihnen keine unzulässige Grundrechtsbeeinträchtigung einhergeht. Grundrechte stellen also die äußerste Grenze von Geschäftsleiterpflichten dar.

Verhindern Grundrechte die Herleitung gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten, ist die vertragliche Vereinbarung entsprechender Pflicht nicht automatisch ausgeschlossen.²²⁶ Jeder Grundrechtsträger ist in Grenzen frei, über seine Grundrechte zu disponieren. Rechtsgeschäftlich vereinbarte gesundheitsbezogene Pflichten sind daher an einem geringeren verfassungsrechtlichen Maßstab zu messen als gesetzliche Pflichten.²²⁷ Es kommt bei der Prüfung vertraglicher Verpflichtungen vornehmlich auf die Disponibilität des jeweiligen Grundrechts sowie die Wirksamkeit entsprechender Einwilligungen an. Der Grundrechtsschutz ist dennoch nicht ausgeschlossen: Die Wahl zivilrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten ist mit der Entscheidung für die verfassungsrechtliche Kontrolle verknüpft.²²⁸ Dies führt im Wege mittelbarer Drittwirkung im vertraglichen Kontext zu einer abgeschwächten Wirkungsmacht der Grundrechte.²²⁹

Gesetzliche Regelungen, insbesondere Generalklauseln, sind im Lichte der Grundrechte auszulegen. Doch auch vertragliche Vereinbarungen werden durch die Grundrechte begrenzt, soweit das betroffene Grundrecht nicht disponibel ist. Die jeweiligen Auswirkungen der Grundrechte auf gesundheitsbezogene Pflichten werden dort erörtert, wo sie relevant werden. Vorab sei jedoch für alle potentiellen Pflichten gleichermaßen Geltendes ausgeführt.

²²⁶ Vgl. *Dürig*, in: FS Nawiasky, S. 157 (159).

²²⁷ Vgl. *Medicus*, AcP 1992, 35 (61). Anders wohl *Diederichsen*, AcP 1998, 171 (231).

²²⁸ *Roth* formuliert, die Einschaltung staatlicher Macht zur Rechtsdurchsetzung sei nur um den Preis der Anwendung staatlicher Regelungen, auch der Grundrechte, zu haben, *Roth*, in: *Einwirkungen der Grundrechte*, S. 229 (238). *Roth* sieht allerdings Verträge als Anwendung rechtlicher Normen, unter der Bedingung des Vertragsschlusses, direkt an die Grundrechte gebunden. Kritisch *Reul*, in: *Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht*, S. 97 (122 f.).

²²⁹ *Medicus*, AcP 1992, 35 (61). A.A. *Reul*, in: *Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht*, S. 97 (123).

I. Benachteiligung wegen einer Behinderung

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verbietet als spezielle Ausprägung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) die Benachteiligung wegen Behinderung.²³⁰ Eine Beeinträchtigung dieses Grundrechts kommt etwa bei der Abberufung von Geschäftsleitern wegen Krankheit in Betracht oder bei Bejahung einer Geschäftsleiterpflicht zur Amtsniederlegung.

Ein Grundrechtseingriff liegt bei Ungleichbehandlungen, die an Behinderungen anknüpfen, vor.²³¹ Eine Behinderung ist „die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht“²³². Zusätzlich knüpft der Behindertenbegriff an die Beeinträchtigung zur Wahrnehmung gesellschaftlicher Funktionen an.²³³ Ist eine Krankheit des Geschäftsleiters als Behinderung zu qualifizieren, darf ihm aus der Behinderung keine Benachteiligung gegenüber nicht behinderten Geschäftsleitern erwachsen. Art. 3 Abs. 3 S. 3 GG ist einer Differenzierung grundsätzlich nicht zugänglich; einzige Ausnahme besteht, wenn sich die Gleichbehandlung ausnahmsweise als willkürlich darstellt.²³⁴ Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist als Auslegungsmaßstab für Generalklauseln heranzuziehen.²³⁵ Geschäftsleiterpflichten stellen auf die Befähigung des jeweiligen Geschäftsleiters zur Wahrnehmung der Geschäftsaufgaben ab. Ernennung und Abberufung von Geschäftsleitern erfolgen auch unter Berücksichtigung der jeweiligen Qualifikation des (potentiellen) Geschäftsleiters. Die Funktionsfähigkeit der Kapitalgesellschaft setzt voraus, dass an ihrer Spitze eine zur Geschäftsleitung fähige Person steht. Ist ein Geschäftsführer aufgrund einer Behinderung zu der Wahr-

²³⁰ Vgl. *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 142; *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 14.

²³¹ Zur Anknüpfung *Epping*, Grundrechte, Rn. 825 ff.; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 212.

²³² BVerfG, 08.10.1997 – 1 BvR 9/97, BVerfGE 96, 288 (Rn. 65) m.w.N. auch aus den Gesetzesmaterialien. Im Anschluss daran *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 73. EL, Art. 3 Abs. 3 Rn. 176; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 233.

²³³ *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 136. Zur Problematik der Begrifflichkeit vgl. näher *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 73. EL, Art. 3 Abs. 3 Rn. 176.

²³⁴ *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 73. EL, Art. 3 Abs. 3 Rn. 3.

²³⁵ *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 73. EL, Art. 3 Abs. 3 Rn. 174; vgl. *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 139.

nehmung der Geschäftsleitungsaufgaben nicht in der Lage, wird er nicht benachteiligt. Er kann deshalb nicht Geschäftsleiter sein, weil ihm, wie vielen Menschen, die Fähigkeiten zur Ausfüllung dieser Position fehlen. Die Versagung knüpft nicht unmittelbar an die Behinderung an. Aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ergeben sich keine Einschränkungen gesundheitsbezogener Pflichten.

II. Handlungsfreiheit

Geschäftsleiterpflichten schränken zwar die Freiheit des Geschäftsleiters ein, berühren also den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG.²³⁶ Dies folgt jedoch aus der freiwilligen Entscheidung des Geschäftsleiters für die Organstellung. Damit unterwirft er sich von vornherein gesetzlichen Regelungen. Die Grundrechtsbeeinträchtigung folgt also einer bewussten Willensentscheidung des Geschäftsleiters. Sie beruht auf einer vertraglichen Abrede, jedenfalls aber auf einem übereinstimmenden Willen der Beteiligten.²³⁷

Art. 2 Abs. 1 GG schützt die Privatautonomie, also das Recht, Verträge beliebigen Inhalts zu schließen.²³⁸ Dasselbe Grundrecht kann nicht bemüht werden, wenn der freiwillige Vertragsschluss zu Freiheitseinschränkungen führt, denn diese haben die Vertragspartner bewusst in Kauf genommen.²³⁹ Die Schutzpflicht des Staates gebietet es lediglich, Regelungen zu schaffen, die den unterlegenen Vertragspartner, dessen Entschlussfreiheit eingeschränkt ist, schützen.²⁴⁰ Der Schutzpflicht ist der Gesetzgeber durch Schaffung der §§ 138, 242, 305 ff. BGB nachgekommen. Gesetzliche Regelungen, die Vertragsinhalte beeinflussen, können Art. 2 Abs. 1 GG nur beeinträchtigen, wenn sie den Inhalt bereits bestehender Verträge nachträglich zu Lasten einer Partei ändern.²⁴¹ Darüber hinaus berühren Verträge die Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG nicht.²⁴² Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten, die sich aus dem geltenden Recht herleiten, werden nicht von Art. 2 Abs. 1 GG beschränkt.

²³⁶ Vgl. *Roth*, in: *Einwirkungen der Grundrechte*, S. 229 (233).

²³⁷ A.A. *Roth*, in: *Einwirkungen der Grundrechte*, S. 229 (233).

²³⁸ *Reul*, in: *Schmoeckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht*, S. 97 (100, 108).

²³⁹ Vgl. *Sachs*, in: *FS Reiner Schmidt*, S. 385 (385 a.E. f.).

²⁴⁰ Vgl. *Sachs*, in: *FS Reiner Schmidt*, S. 385 (386).

²⁴¹ Vgl. kritisch *Sachs*, in: *FS Reiner Schmidt*, S. 385 (392).

²⁴² Vgl. auch *Sachs*, in: *FS Reiner Schmidt*, S. 385 (396).

C. Konkrete Gesundheitspflichten

Normen, die gesundheitsbezogene Pflichten der Geschäftsleiter ausdrücklich anordnen, existieren nicht. Pflichtenquelle können jedoch Generalklauseln sein. Solche sind vornehmlich im Bereich des Gesellschaftsrechts zu suchen, denn das Gesellschaftsrecht regelt die rechtliche Stellung der Geschäftsleiter. Erwogen werden muss zudem ein Rückgriff auf Wertungen des Arbeitsrechts. Nachdem ein mögliches Pflichtenprogramm gesundheitsbezogener Pflichten erarbeitet wurde und dessen Grenzen abstrakt erläutert wurden, gilt es nun, den Bestand der potentiellen Pflichten zu überprüfen.

I. Gesundheitsbezogene Verhaltenspflichten

Verhaltenspflichten bezeichnen die Pflicht des Geschäftsleiters, sein Verhalten im privaten wie beruflichen Umfeld gesundheitsfördernd auszugestalten. Ihre Grundlage kann eine solche Pflicht in der Sorgfaltspflicht oder der organschaftlichen Treuepflicht finden.

1. Sorgfaltspflicht

§§ 93 Abs. 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG normieren die Sorgfaltspflicht der Geschäftsleiter. Trotz leicht abweichender Formulierungen laufen aktien- und GmbH-rechtliche Vorschriften parallel.²⁴³ §§ 93 Abs. 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG verpflichten die Geschäftsleiter auf die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ beziehungsweise „Geschäftsmannes“. Die Sorgfaltspflicht wird zum einen als Verschuldensmaßstab für die Geschäftslei-

²⁴³ *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (69); *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 5; *Hoor*, DStR 2004, 2104 (2104); *Hopt*, in: FS Mestmäcker, S. 909 (913); *Meckbach*, NZG 2015, 580 (580); *Oetker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 43 GmbHG Rn. 15; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 7.

terhaftung (§ 93 Abs. 2 AktG beziehungsweise § 43 Abs. 2 GmbHG) betrachtet,²⁴⁴ zum anderen ergeben sich aus der Norm Verhaltensstandards für Geschäftsleiter,²⁴⁵ die sog. Doppelfunktion^{246, 247}. Letzteres ist umstritten: Während die wohl überwiegende Meinung die Sorgfaltspflicht als eigenständige Pflichtenquelle versteht,²⁴⁸ geht eine andere Ansicht davon aus, dass sich Geschäftsleiterpflichten allein aus der Stellung als Organmitglied ergeben, welche unabhängig von §§ 93 Abs. 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG begründet und von der Sorgfaltspflicht lediglich vorausgesetzt werden.²⁴⁹ Im Ergebnis besteht in der Literatur jedoch Einigkeit darüber, dass Geschäftsleiter ein zu konkretisierendes Pflichtenprogramm einzuhalten haben.²⁵⁰ Im Rahmen dieser Untersuchung wird die Sorgfaltspflicht daher als Quelle konkreter Verhaltensanforderungen herangezogen.

²⁴⁴ *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 3; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 10; *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 10; *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 38, 40; *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 40; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 43 GmbHG Rn. 414; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 27.

²⁴⁵ *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 93 AktG Rn. 5; *Fleischer*, NJW 2009, 2337 (2338); *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 10; *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 10; *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 1; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 93 Rn. 4.

²⁴⁶ *Bürgers/Israel*, in: HK AktG, § 93 Rn. 2; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 93 AktG Rn. 6; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 10; *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 10; *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 40; *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 43; *Horn*, ZIP 1997, 1129 (1134); *Raiser/Veil*, KapGesR, § 14 Rn. 65.

²⁴⁷ *Bedkowski*, Die Geschäftsleiterpflichten, S. 165; *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (69 f.); *Habersack*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 429 (430); *Hoor*, DStR 2004, 2104 (2104); *Horn*, in: FS Westermann, S. 1053 (1055).

²⁴⁸ *Bürgers/Israel*, in: HK AktG, § 93 Rn. 2; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 93 AktG Rn. 6; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 41; *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 40; *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 43; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 93 Rn. 5; *Mertens/Cahn*, in: KK AktG, § 93 Rn. 11.

²⁴⁹ *Oetker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 43 GmbHG Rn. 14 f.

²⁵⁰ Ebenso *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 40; *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 42. Ergebnisorientiert auch *Hopt*, in: FS Mestmäcker, S. 909 (916).

Der Sorgfaltspflichtenkatalog teilt sich in verschiedene Kategorien: Legalitätspflicht,²⁵¹ Sorgfaltspflicht im engeren Sinne²⁵² und Überwachungspflichten.²⁵³ Vereinzelt wird als eigene Kategorie eine Compliance-Pflicht anerkannt.²⁵⁴ Die Legalitätspflicht verlangt von den Geschäftsleitern die Einhaltung der gesetzlichen, satzungsmäßigen sowie anstellungsvertraglichen Vorschriften.²⁵⁵ Soweit sich daraus gesundheitsbezogene Verhaltenspflichten ergeben können, diskutiert die Untersuchung dies im Rahmen der jeweiligen Norm beziehungsweise vertraglichen Regelung. Aus Überwachungspflichten können keine Pflichten der Geschäftsleiter im Zusammenhang mit der eigenen Gesundheitsvorsorge hergeleitet werden. Überwachungspflichten sind vielmehr darauf gerichtet, den reibungslosen Ablauf innerhalb der Gesellschaft zu gewährleisten, bei dem der Geschäftsleiter selbst nicht direkt involviert ist, sondern der Organisation an der Spitze vorsteht. Überwachen muss er die ihm nachgeordneten Mitarbeiter sowie gegebenenfalls weitere Organmitglieder. Gesundheitsbezogene Verhaltenspflichten lassen sich allein aus der Sorgfaltspflicht im engeren Sinne herleiten.

a. Die Sorgfaltspflicht im engeren Sinne als Quelle von Verhaltenspflichten

Sorgfaltspflichten im engeren Sinne beinhalten konkrete an den Geschäftsleiter gerichtete Verhaltensanforderungen. Diese lassen sich nicht abstrakt bestimmen, sondern ergeben sich im Einzelfall aus dem Verhalten eines durchschnittlichen

²⁵¹ *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247 (2248); *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (71); *Habersack*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 429 (431 ff.); *Paefgen*, AG 2014, 554 (556).

²⁵² Im GmbH-Recht auch als „Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung im engeren Sinne“ bezeichnet, so *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 47.

²⁵³ *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 2; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 93 Rn. 14 ff.; *Fleischer*, in: *MünchKomm GmbHG*, § 43 Rn. 12.

²⁵⁴ *Fleischer*, in: *MünchKomm GmbHG*, § 43 Rn. 12. Aus einer solchen können gesundheitsbezogene Pflichten jedoch nicht hergeleitet werden, sodass diese Kategorie vernachlässigt werden kann.

²⁵⁵ *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247 (2248); *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 4; *Habersack*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 429 (431); *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (302 ff.).

Geschäftsleiters einer vergleichbaren Gesellschaft in vergleichbaren Situationen.²⁵⁶ Als Vergleichsmaßstab ist der „professionelle und hauptamtliche(r) Geschäftsleiter, der die zur Ausübung seines Amtes erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse besitzt“²⁵⁷, heranzuziehen. Die Konkretisierung der Sorgfaltspflicht muss unter Bezugnahme auf die konkreten Bedürfnisse und die konkrete Ausgestaltung der Kapitalgesellschaft erfolgen. Da diese sich in jedem Unternehmen unterscheiden, sind konkrete Verhaltenspflichten im Einzelfall zu bestimmen. Kriterien können Art und Größe des Unternehmens, Anzahl der Arbeitnehmer, die wirtschaftliche Situation des Unternehmens, die Bedeutung der jeweiligen Maßnahme, etc. sein.²⁵⁸ Da sich die Bedürfnisse jedoch häufig decken, ist es dennoch möglich, typisierte Pflichten zu bestimmen.

Als Beispiele für Verhaltenspflichten, die ihren Ursprung in der Sorgfaltspflicht im engeren Sinne finden, nennt die Literatur die mittel- bis langfristige Unternehmensplanung²⁵⁹ einschließlich der Finanz- und Personalplanung, die Unternehmenssteuerung sowie die allgemeine Unternehmenskontrolle, die Organisations- und Finanzverantwortung, die Informationsverantwortung, die Pflicht zur kollegialen Zusammenarbeit innerhalb eines mehrköpfigen Organs sowie die Fortentwicklung der für die Tätigkeit notwendigen Kenntnisse.²⁶⁰ Diese Pflichten beziehen sich direkt auf das unternehmerische Handeln des Geschäftsleiters. Der Wortlaut der §§ 93 Abs. 1, 43 Abs. 1 GmbHG stellt auf den „Geschäftsleiter“ (beziehungsweise „Geschäftsmann“) ab. Das Organmitglied wird allein in dieser Funktion angesprochen. Aus der Sorgfaltspflicht im engeren Sinne kön-

²⁵⁶ *Bürgers/Israel*, in: HK AktG, § 93 Rn. 3; *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 27; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 93 Rn. 41. Vgl. auch *Habersack*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 429 (430 a.E.).

²⁵⁷ *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 27; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 93 Rn. 41; *Fleischer*, in: *MünchKomm GmbHG*, § 43 Rn. 48.

²⁵⁸ *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 27; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 93 Rn. 41; *Fleischer*, in: *MünchKomm GmbHG*, § 43 Rn. 48; *Mertens/Cahn*, in: *KK AktG*, § 93 Rn. 66; *Raiser/Veil*, *KapGesR*, § 14 Rn. 89; *Spindler*, in: *MünchKomm AktG*, § 93 Rn. 25; *Wicke*, in: *Wicke*, *GmbHG*, § 43 Rn. 4.

²⁵⁹ In der GmbH teilen sich Geschäftsführer und Gesellschafter die Planungsverantwortung, *Fleischer*, in: *MünchKomm GmbHG*, § 43 Rn. 57.

²⁶⁰ *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 38, 42 ff.; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 93 Rn. 52, 58; *Fleischer*, in: *MünchKomm GmbHG*, § 43 Rn. 58 ff., 62, 65; *Raiser/Veil*, *KapGesR*, § 14 Rn. 83, 88.

nen sich nur Pflichten mit Gesellschaftsbezug ergeben. Für Verhaltensanforderungen im privaten Bereich ist die Sorgfaltspflicht im engeren Sinne keine taugliche Rechtsgrundlage.²⁶¹ Unternehmensbezogene Handlungen lassen sich von privaten Handlungen danach abgrenzen, ob die konkrete Handlung des Geschäftsleiters ebenso von einer nicht mit der Gesellschaft verbundenen Person hätte vorgenommen werden können.²⁶² Ist dies der Fall, ist die Handlung dem privaten Bereich zuzuordnen. Eine Handlungspflicht im Privaten kann, mangels Unternehmensbezug, der Sorgfaltspflicht nicht entspringen.

Diese vordergründig eindeutig erscheinende Abgrenzung kann jedoch nicht verhindern, dass unternehmensbezogene Pflichten sich auf das Leben des Geschäftsleiters nach Arbeitsschluss auswirken. Besonders die Pflicht des Geschäftsleiters, sein für die Geschäftsführung erforderliches Wissen fortzuentwickeln,²⁶³ nimmt Einfluss auf seine private Lebensgestaltung. Der Geschäftsleiter ist dazu verpflichtet, aktuelle Literatur zur Kenntnis zu nehmen und sich auch mit Fragen, die nicht direkt unternehmensrelevant sind, zu befassen. Ein Bezug zu konkreten unternehmerischen Entscheidungen fehlt. Die Pflicht wird hauptsächlich im privaten Bereich nach der eigentlichen, auf die konkreten Unternehmensbelange bezogenen Tätigkeit als Geschäftsleiter erfüllt. Auswirkungen auf das Privatleben sind nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr wahrscheinlich.

Den anerkannten Verhaltenspflichten aus der Sorgfaltspflicht liegt der Gedanke zugrunde, die jeweilige Führungsperson müsse in der Lage sein, ihren Aufgaben möglichst gerecht zu werden. Das Verhaltensprogramm aus der Sorgfaltspflicht kann somit wie folgt konkretisiert werden: Jeder Geschäftsleiter ist zum Erhalt der Fähigkeiten verpflichtet, die für seine Tätigkeit erforderlich sind.²⁶⁴ Aus diesem Grundgedanken kann wiederum gefolgert werden, der Geschäftsleiter sei nicht nur zum Erhalt seiner fachlichen Expertise verpflichtet, sondern auch zum Erhalt seiner physischen Fähigkeiten. Dies kann jedoch nur insoweit gelten, als überhaupt ein Unternehmensbezug besteht, denn auch, wenn an Geschäftsleiter Verhaltensanforderungen mit Auswirkungen auf ihr Privatleben gestellt werden

²⁶¹ *Hopt*, in: Großkommentar AktG, § 93 Rn. 74.

²⁶² *Hopt*, in: Großkommentar AktG, § 93 Rn. 74.

²⁶³ *Bedkowski*, Die Geschäftsleiterpflichten, S. 182; *Raiser/Veil*, KapGesR, § 14 Rn. 88.

²⁶⁴ So wohl auch *Hopt*, in: Großkommentar AktG, § 93 Rn. 79.

können, ist doch zumindest ein irgendwie gearteter Unternehmensbezug erforderlich. Eine allgemeine, allumfassende Verpflichtung zu gesundem Leben auch im Privaten ergibt sich aus der Sorgfaltspflicht nicht.

b. Pflichtenumfang

Fragen der Gesundheitsvorsorge sind Fragen, die das private Leben des Vorstands betreffen und bei entsprechenden Verpflichtungen auch beeinträchtigen können. Da sich für den privaten Bereich aus der Sorgfaltspflicht keine Pflichten ergeben, kann sich die Pflicht zur Erhaltung der Arbeitskraft nur auf den grundlegenden Erhalt richten und muss sich vornehmlich auf die Zeit der Tätigkeit beschränken. Tatsächlich können gesundheitsbezogene Pflichten aus §§ 93 Abs. 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG nur hergeleitet werden, wenn solche weit überwiegend in engem inhaltlichen wie zeitlichen Zusammenhang mit dem unternehmerischen Handeln des Geschäftsleiters stehen.

Der Unternehmensbezug gesundheitsbezogener Pflichten ist jedoch zweifelhaft. Der Erhalt der Gesundheit ist keine originäre Geschäftsaufgabe, Hauptaufgabe des Geschäftsleiters ist vielmehr die Unternehmensleitung (vgl. § 76 Abs. 1 AktG, 35 Abs. 1 GmbHG). Fragen, die etwa die Ernährung, ausreichenden Schlaf oder Bewegung betreffen, fallen nicht in den Bereich unternehmerischer Entscheidungen, sondern sind ausschließlich der privaten Lebensführung zuzuordnen. Darin liegt gerade der Unterschied im Vergleich zu der Pflicht, die zur Geschäftsführung erforderlichen Kenntnisse sicherzustellen, denn diese ist unmittelbar auf die Geschäftsführung gerichtet. Etwas anderes kann sich auch nicht ergeben, wenn eine Handlung, die sich auf die Gesundheit auswirken kann, während der Arbeitszeit vorgenommen wird, etwa während eines Geschäftsessens. Zwar steht die Veranstaltung des Essens selbst im Zusammenhang mit unternehmerischen Entscheidungen und der Geschäftsleiter kann zur Teilnahme verpflichtet sein. Die Unternehmensbezogenheit des Zusammenkommens erstreckt sich jedoch nicht auf die Wahl der Speisen. Diese steht in keinem Zusammenhang mit der unternehmerischen Entscheidung.

Eine Pflicht zu gesundheitsförderndem Verhalten, die sich auf die Arbeitszeit beschränkt, ist zudem nicht sinnvoll. Ein zeitlich begrenztes gesundheitsbewusstes Verhalten wird ad absurdum geführt, wenn der Geschäftsleiter im Anschluss an die Arbeitszeit auf jegliche Gesundheitserwägungen verzichtet. In der Ge-

samt Betrachtung verhält er sich nicht gesundheitsfördernd. Aus der Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG lassen sich alltägliche Verhaltenspflichten nicht herleiten.

Anderes gilt nur für offensichtlich erheblich gesundheitsschädigende Verhaltensweisen. Während der Arbeitszeit erfordert schon die Sorgfaltspflicht, gefährliche Tätigkeiten zu unterlassen. Der Geschäftsführer muss seine Einsatzbereitschaft zumindest grundlegend erhalten. Während der Tätigkeit als Geschäftsleiter vorgenommene, offensichtlich erheblich gesundheitsschädigende Handlungen besitzen den erforderlichen Unternehmensbezug, dessen es bedarf, um eine konkrete Verhaltenspflicht aus der Sorgfaltspflicht herzuleiten. Die Unterlassungspflicht ist wesentliche Voraussetzung für unternehmerisches Tätigwerden des Geschäftsleiters, was für den Unternehmensbezug ausreicht, auch wenn kein unmittelbarer Bezug zu unternehmerischen Entscheidungen besteht. Verhaltensanforderungen in der Freizeit lassen sich unter diesem Gesichtspunkt jedoch nicht rechtfertigen. Im Privaten wirkt die Sorgfaltspflicht gerade nicht, sodass auch offensichtlich und erheblich schädigende Verhaltensweisen nicht untersagt werden können.

Der Geschäftsleiter muss auch auf seine Gesundheit Rücksicht nehmen, wenn die konkrete Unternehmenssituation einen besonderen Einsatz für die Gesellschaft erfordert, das heißt ein Verhalten erfordert, das sich gesundheitsschädigend für den Geschäftsleiter auswirkt. Dann muss der Geschäftsleiter auch aus dem Gesellschaftsinteresse heraus seine Gesundheit im Blick behalten. In einer Krisensituation ist der Geschäftsleiter zwar zu besonderem Einsatz für die Gesellschaft verpflichtet, dies darf aber nicht so weit gehen, dass eine Gesundheitsschädigung eintritt, die wiederum zu einem zeitweiligen oder dauerhaften Ausfall des Geschäftsleiters führt. In Zeiten erhöhter Belastung verpflichtet die Sorgfaltspflicht den Geschäftsleiter zur Rücksichtnahme auf seine Gesundheit. Der Geschäftsleiter muss gerade in Krisensituationen einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Einsatz für die Gesellschaft und der Rücksichtnahme auf die eigene Gesundheit finden.

2. Organschaftliche Treuepflicht

Aus der organschaftlichen Treuepflicht²⁶⁵, die aus der Verfügungsmacht der Geschäftsleiter über fremde Mittel²⁶⁶ (das Gesellschaftsvermögen) resultiert, leiten sich Geschäftsleiterpflichten ab.²⁶⁷ Dem Geschäftsleiter kommt die Stellung eines Vermögensverwalters zu,²⁶⁸ der als Treuhänder²⁶⁹ oder treuhänderähnliche Person²⁷⁰ betrachtet wird.²⁷¹ Zum Ausgleich der Verfügungsmacht treffen den Geschäftsleiter besonders ausgeprägte Pflichten, die den Schutz der Gesellschaftermittel bezwecken.²⁷² Daraus folgt, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer einer Ein-Personen-GmbH von der organschaftlichen Treuepflicht nicht betroffen sein kann, denn dieser hat nicht die Möglichkeit, fremde Vermögensinteressen durch die Geschäftsausübung zu schädigen.²⁷³

²⁶⁵ Es wird vertreten, es bedürfe eines Rückgriffes auf die rechtliche Figur der Treuepflicht nicht, da sich alle aus dieser ergebenden Pflichten auch als Haupt- beziehungsweise Nebenpflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB herleiten ließen. So etwa *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 9 Rn. 17; *Fleischer*, in: *MünchKomm GmbHG*, § 43 Rn. 169. Dann ist jedoch weiter zu klären, inwieweit es sich um Pflichten aus der Organstellung oder um (Neben-)Pflichten aus dem Anstellungsvertrag handelt. Da im Ergebnis eine Verpflichtung auf die Gesellschaftsinteressen jedoch nicht angezweifelt wird (so auch selbst *Fleischer*, in: *MünchKomm GmbHG*, § 43 Rn. 152 f.), bedarf es einer dezidierten Auseinandersetzung mit den Grundlagen und der Berechtigung von organschaftlichen Treuepflichten nicht. Kritisch zur Verwendung des Begriffes „Treuepflicht“, *Lutter*, AcP 1980, 84 (103 ff.).

²⁶⁶ Eigentum und Verfügungsmacht fallen typischerweise auseinander, BVerfG, 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290 (Rn. 133). Dies gilt (nur) nicht im Fall der Selbstorganschaft, in dem der Geschäftsleiter als Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist.

²⁶⁷ *Haas/Ziemons*, in: *Michalski*, GmbHG, § 43 Rn. 86; *Torwegge*, Treue- und Sorgfaltpflichten im englischen und deutschen Gesellschaftsrecht, S. 198.

²⁶⁸ *Hopt*, in: *Großkommentar AktG*, § 93 Rn. 144.

²⁶⁹ *Lutter*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/Werder*, Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 3. Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat Rn. 445; *Raiser/Veil*, KapGesR, § 14 Rn. 92; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 149; *Spindler*, in: *MünchKomm AktG*, § 93 Rn. 25, 108; *Wiedemann*, in: *FS Heinsius*, S. 949 (951).

²⁷⁰ "Verwalter fremder Vermögensinteressen": *Haas/Ziemons*, in: *Michalski*, GmbHG, § 43 Rn. 86; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43 Rn. 19; „treuhänderische Position“: *Raiser*, NJW 1996, 552 (553).

²⁷¹ Kritisch *Dubovitskaya*, NZG 2015, 983 (983 ff.).

²⁷² *Haas/Ziemons*, in: *Michalski*, GmbHG, § 43 Rn. 86, 88; *Haas/Ziemons*, in: *BeckOK GmbHG*, § 43 Rn. 139, 143; *Raiser*, NJW 1996, 552 (553). Vgl. auch *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (74); *Hopt*, ZGR 2004, 1 (18).

²⁷³ *Lenz*, in: *Michalski*, GmbHG, § 35 Rn. 131.

Private Interessen muss der Geschäftsleiter hinter den Gesellschaftsinteressen zurückstellen.²⁷⁴ Der Geschäftsleiter muss im Interesse der Gesellschaft handeln und Interessenkonflikte vermeiden.²⁷⁵ Dies bestätigt Ziffer 4.3.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex, der ausdrücklich die Verpflichtung von Vorstandsmitgliedern auf das Unternehmensinteresse formuliert.²⁷⁶ Das Gesellschaftsinteresse richtet sich auf eine möglichst gesunde und leistungsfähige Führungsperson.²⁷⁷ Würde der Geschäftsleiter sich allein am Gesellschaftsinteresse orientieren, müsste er sein gesamtes Wirken auf die Interessen der Gesellschaft ausrichten. Eine oberflächliche Betrachtung lässt keine Grenzen der Treuepflicht erkennen. Der Geschäftsleiter hätte dementsprechend auch für seine Gesundheit zu sorgen. Andererseits liegt auch ein großer Einsatz für die Gesellschaft ohne Rücksichtnahme auf eigene Befindlichkeiten im Gesellschaftsinteresse. Dies kann jedoch Gesundheitsbeeinträchtigungen führen, was dem Gesellschaftsinteresse widerspricht. Diese widerstreitenden Interessen erfordern einen Interessenausgleich. Ein derart weites Verständnis der Treuepflicht, das die Beeinflussung des gesamten Lebens des Geschäftsleiters zulässt, ist wegen grundrechtlicher und arbeitsrechtlicher Wertungen nicht möglich.

a. Arbeitsrecht

Im Arbeitsrecht wird eine Gesunderhaltungspflicht des Arbeitnehmers aus arbeitsrechtlicher Neben- beziehungsweise Treuepflicht²⁷⁸ diskutiert.²⁷⁹ Kündi-

²⁷⁴ *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (74); *Hopt*, ZGR 2004, 1 (12 f., 39); *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (306); *Semler*, in: FS Ulmer, S. 627 (637). Dies der Sorgfaltspflicht entnehmend BGH, 23.09.1985 – II ZR 246/84, NJW 1986, 585 (Rn. 6 f.). Zu der Frage, wie das Gesellschaftsinteresse zu bestimmen ist, s. *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 149 f. m.w.N.

²⁷⁵ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 31; *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 161; *Lenz*, in: Michalski, GmbHG, § 35 Rn. 131; vgl. *Wiedemann*, in: FS Heinsius, S. 949 (951).

²⁷⁶ *Lutter*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 3. Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat Rn. 451.

²⁷⁷ Siehe dazu schon zuvor Kapitel 1.B.

²⁷⁸ *Linck*, in: Schaub, ArbR Hdb., § 55 Rn. 2 meint in Bezug auf das Arbeitsrecht, der Begriff der Treuepflicht sei „heute überholt“; kritisch auch *Richardi/Fischinger*, in: Staudinger, BGB, § 611 Rn. 1166 f.

²⁷⁹ *Houben*, NZA 2000, 128 (128 ff.); *Preis*, in: EK ArbR, § 611 BGB Rn. 731; *Schäfer*, NZA 1992, 529 (529 ff.).

gungen des Arbeitsvertrages aufgrund von Krankheit sind – außerhalb der Grenzen des Entgeltfortzahlungsgesetzes – anerkannt.²⁸⁰ Zumindest mittelbar ergibt sich eine Obliegenheit des Arbeitnehmers, sich gesund zu halten, da er anderenfalls seinen Arbeitsplatz riskiert.²⁸¹ Es stellt sich jedoch die Frage, ob ihm gesundheitsschädliches Verhalten – auch unabhängig von seinen tatsächlichen Auswirkungen – allein wegen seines Arbeitnehmerstatus untersagt ist. Verhaltenspflichten können sich aus der arbeitsrechtlichen Treuepflicht ergeben, soweit ausdrückliche arbeitsvertragliche Regelungen nicht bestehen.²⁸² Es gilt die Frage zu beantworten, ob der Arbeitnehmer pflichtwidrig handelt, der sich gesundheitswidrig verhält, aber dennoch noch nicht krank ist. Wäre dies der Fall, käme allein wegen der gesundheitsschädigenden Handlung eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht.²⁸³

Grundsätzlich verbietet die Treuepflicht dem Arbeitnehmer solches Verhalten, das den Arbeitgeber schädigen kann. Dies gilt jedoch nicht unbeschränkt. Der Arbeitgeber ist nicht dazu berechtigt, sich gegen jede Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses zu wenden.²⁸⁴ Vielmehr sind die Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber gegeneinander abzuwiegen.²⁸⁵ Soweit der Bereich der Lebensgestaltung betroffen ist, der dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts unterliegt, lässt sich eine Pflicht des Arbeitnehmers zu einem bestimmten Verhalten nicht rechtfertigen.²⁸⁶ Dies gilt umso mehr, wenn das private Verhalten sich nicht negativ auf das Arbeitsverhältnis auswirkt.²⁸⁷ Pflichten, die außerhalb des Tätigkeitsbereiches des Arbeitgebers liegen, werden daher im Allgemeinen abgelehnt.²⁸⁸

²⁸⁰ Zum Beispiel BAG, 22.02.1980 – 7 AZR 295/78, NJW 1981, 298 (298 ff.); *Müller-Glöge*, in: EK ArbR, § 626 BGB Rn. 108 ff.

²⁸¹ So *Künzl*, NZA 1999, 744 (745).

²⁸² Vgl. zum Beispiel *Müller-Glöge*, in: MünchKomm BGB, § 611 Rn. 1074.

²⁸³ Ebenso *Schäfer*, NZA 1992, 529 (529).

²⁸⁴ *Schäfer*, NZA 1992, 529 (530).

²⁸⁵ Im Ergebnis auch *Schäfer*, NZA 1992, 529 (530).

²⁸⁶ BAG, 19.01.1999 – 1 AZR 499/98, NJW 1999, 2203 (2205) in Bezug auf Betriebsvereinbarungen; *Schäfer*, NZA 1992, 529 (530).

²⁸⁷ Vgl. *Joussen*, in: BeckOK ArbR, § 611 BGB Rn. 390 f.

²⁸⁸ *Linck*, in: Schaub, ArbR Hdb., § 55 Rn. 7; *Preis*, Arbeitsrecht, S. 361; *Preis*, in: EK ArbR, § 611 BGB Rn. 730; *Reichold*, in: Münchener Hdb. ArbeitsR, § 49 Rn. 45; *Schäfer*, NZA 1992, 529 (530). Vgl. auch LAG Düsseldorf, 25.02.1997 – 9 Sa 1673/96,

Eine Pflicht zur Gesunderhaltung bei Ablehnung einer Pflicht des Arbeitnehmers zu einer bestimmten Lebensführung lässt sich nicht entwickeln.²⁸⁹ Eine freie Lebensgestaltung ist, wenn eine allgemeine Pflicht zur Gesunderhaltung besteht, gerade nicht mehr möglich. Vielmehr müsste der Arbeitnehmer sein Leben an den Interessen des Arbeitgebers ausrichten und könnte sich gerade nicht wie ein „normaler Mensch“²⁹⁰ benehmen, da er das Risiko gesundheitsschädlichen Verhaltens berücksichtigen muss. Zwar verpflichtet sich der Arbeitnehmer durch Eingehen eines Arbeitsvertrages und beschränkt dadurch selbstverantwortlich seine Freiheit.²⁹¹ Jedoch wird bei Anerkennung einer Pflicht zur Gesunderhaltung verkannt, dass davon nicht nur die Pflicht erfasst wäre, während der Arbeitszeit arbeitsfähig zu sein, sondern auch die Pflicht, sich langfristig gesund zu erhalten. Es bestünde auch die Pflicht zum Beispiel zu ausreichend Bewegung, gesunder Ernährung und dem Verzicht auf das Rauchen, was die Lebensführung des Arbeitnehmers nachhaltig beeinflussen würde. Der Arbeitnehmer könnte sich nicht selbst für oder gegen gesundheitsbezogene Handlungen entscheiden, sondern müsste sich für seinen Arbeitgeber um seine Gesundheit bemühen. Auch unvernünftiges Verhalten ist jedoch grundrechtlich geschützt.²⁹² Jeder, auch jeder Arbeitnehmer, hat das Recht, über gesundheitlich relevantes Verhalten selbst zu entscheiden. Dies umfasst eben auch das Recht zur Entscheidung zu gesundheitsschädigendem, objektiv unvernünftigem Handeln. Im Arbeitsrecht besteht keine allgemeine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die eigene Gesundheit.²⁹³

b. Begrenzung von Verhaltenspflichten durch mittelbare Grundrechtswirkung

Bei der Herleitung gesundheitsbezogener Verhaltenspflichten ist zu berücksichtigen, dass eine Person nie nur Organwahrer ist, sondern der Geschäftsleiter immer auch Privatperson bleibt und als solche eigenständig handeln und Rechte

NZA-RR 1997, 381 (382), das annimmt, außerdienstliches Verhalten könne eine verhaltensbedingte Kündigung nur rechtfertigen, wenn eine entsprechende vertragliche Nebenpflicht des Arbeitnehmers bestehe.

²⁸⁹ So aber *Houben*, NZA 2000, 128 (130 f.).

²⁹⁰ *Houben*, NZA 2000, 128 (130).

²⁹¹ So auch *Houben*, NZA 2000, 128 (131).

²⁹² *Schäfer*, NZA 1992, 529 (530 f.).

²⁹³ Ebenso *Künzl*, NZA 1999, 744 (745); *Reichold*, in: Münchener Hdb. ArbeitsR, § 49 Rn. 46; *Schäfer*, NZA 1992, 529 (530). A.A. *Houben*, NZA 2000, 128 (130).

wahrnehmen kann.²⁹⁴ Dem Geschäftsleiter muss gegenüber der Gesellschaft ein privater Bereich verbleiben. Diese Wertung ergibt sich schon verfassungsrechtlich aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Die verfassungsrechtliche Wertung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts entfaltet gemäß den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung auch im organschaftlichen Pflichtenkreis Wirkung.²⁹⁵ Ausdruck dieses Prinzips ist, dass der Geschäftsleiter regelmäßig von der Beschränkung des § 181 BGB befreit ist. Mit der Befreiung kommt die Eigenständigkeit des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft zum Vorschein. Anerkannt ist die Eigenständigkeit des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft auch bei Vergütungsverhandlungen. Dann ist der Geschäftsleiter nicht dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet, sondern darf im eigenen Interesse handeln.²⁹⁶

Handlungen und Verpflichtungen des Geschäftsleiters sind in dem Spannungsfeld zwischen privatem Interesse und dem Gesellschaftsinteresse zu betrachten. Soweit Pflichten aus ungeschriebenen Rechtsinstituten hergeleitet werden, ist eine Interessenabwägung zwischen den Gesellschaftsinteressen und den grundrechtlich geschützten Interessen der Geschäftsleiter vorzunehmen.²⁹⁷ Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Ein Automatismus, der ein Einwirken der organschaftlichen Pflichten auf den privaten Bereich verbietet, besteht allerdings nicht. Anerkannt ist etwa die Geschäftsleiterpflicht, im Bedarfsfall Urlaub abzurechnen oder Überstunden zu leisten.²⁹⁸ In besonderen Krisenzeiten oder vor bedeutenden Vertragsabschlüssen kann so die freie Zeit des Geschäftsleiters derart minimiert werden, dass eine private Persönlichkeitsentfaltung außerhalb der Tätigkeit als Geschäftsleiter faktisch nicht

²⁹⁴ Vgl. *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 326.

²⁹⁵ Zur Wirkung der Grundrechte siehe schon zuvor Kapitel 2.B.

²⁹⁶ *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 159.

²⁹⁷ Vgl. *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 9 Rn. 17; *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 169. Dadurch ergeben sich Grenzen der Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 87b; *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 141, 151; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 116.

²⁹⁸ *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 29; *Fleischer*, WM 2003, 1045 (1050); *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 9 Rn. 16; *Fleischer*, NJW 2006, 3239 (3241); *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 92; *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 145; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 115; *Hopt*, in: Großkommentar AktG, § 93 Rn. 156; *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 43; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 109.

möglich ist. Allerdings wirken sich verlängerte Arbeitszeiten nur mittelbar auf Privatleben und Persönlichkeitsentfaltung aus. Eine bestimmte Lebensweise wird dem Geschäftsleiter nicht aufgezwungen. Anders stellt sich dies bei konkreten Gesundheitspflichten dar.

Bestandteil der Treuepflicht ist ebenfalls die Pflicht, gesellschaftsschädigende Äußerungen, auch und gerade im privaten Bereich, zu unterlassen.²⁹⁹ Bei einem Verstoß nimmt der Geschäftsleiter direkten Einfluss auf das Ansehen des Unternehmens. Auch wenn er Äußerungen im Privaten tätigt, wird er doch gerade als Geschäftsleiter seiner Gesellschaft angesehen. Eine Differenzierung zwischen dem Geschäftsleiter als Privatperson und als Organwalter erfolgt in der öffentlichen Wahrnehmung nicht, soweit er sich über die Gesellschaft äußert. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht erfordert also nicht, dass Einwirkungen auf das Privatleben des Geschäftsleiters vollständig unterbunden werden. Dem Geschäftsleiter muss jedoch ein Spielraum zur eigenen Persönlichkeitsverwirklichung verbleiben. Vorgaben, die eines Gesellschaftsbezuges entbehren, oder die in einem Umfang bestehen, der Entscheidungen der privaten Lebensführung ausschließt, widersprechen hingegen dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.³⁰⁰ Dort, wo die Tätigkeit des Geschäftsleiters für die Gesellschaft endet, muss auch die Zuständigkeit der Gesellschaft enden.³⁰¹ Pflichten im privaten Lebensbereich bestehen also nur begrenzt.

c. Folgen für die organschaftliche Treuepflicht

Die Lebensweise des Geschäftsleiters nimmt keinen unmittelbaren Einfluss auf die Gesellschaft. Sie beeinflusst zwar die Einsatzfähigkeit des Geschäftsleiters, dies wirkt sich jedoch nur mittelbar auf die Gesellschaft aus. Die Gestaltung sei-

²⁹⁹ *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 94; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 117; *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 44; *Mertens/Cahn*, in: KK AktG, § 93 Rn. 98.

³⁰⁰ Vgl. *Fleischer*, NZG 2010, 561 (562).

³⁰¹ So auch *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2010, 86 (86): „Die Verpflichtungen eines Organwalters gegenüber seiner Gesellschaft [en]den grundsätzlich dort, wo sein privater Bereich beginnt.“. *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 151: „Dort, wo das Handeln des Geschäftsführers im Privatbereich offensichtlich losgelöst von seiner unternehmensleitenden Tätigkeit erfolgt, unterliegt der Geschäftsführer (...) keinem Mäßigungsgebot“.

ner Lebensweise ist der Privatsphäre des Geschäftsleiters zuzuordnen. Gesundheitsbezogene Verhaltenspflichten können sich nicht ergeben, denn Pflichten im Privatbereich können nur bestehen, wo privates Verhalten Auswirkungen auf die Gesellschaftssphäre hat und dort zu Störungen führen kann.³⁰² Überwiegend werden konkrete Verhaltenspflichten, wie die Vermeidung gefährlicher Sportarten oder ein Rauchverbot, daher verneint.³⁰³ Eine vermittelnde Ansicht nimmt eine, auch gesundheitsbezogene, Gefahrvermeidungspflicht an, wenn der Ausfall eines Vorstandsmitglieds die Existenz der Aktiengesellschaft bedrohen würde.³⁰⁴ Dafür spricht, dass im Fall einer Bedrohungssituation die privaten Interessen des Geschäftsleiters stärker hinter den Gesellschaftsinteressen zurücktreten müssen, als dies normalerweise der Fall ist.³⁰⁵ In einer Krise fordert die Interessenwahrungspflicht, die sich aus der Treuepflicht ergibt, einen erhöhten Einsatz für die Gesellschaft. Die Verpflichtungen aus der Treuepflicht richten sich auch nach den Bedürfnissen der Gesellschaft. Die im Rahmen der organschaftlichen Treuepflicht vorzunehmende Interessenabwägung muss dann eher zu Gunsten der Gesellschaft ausfallen. Einen völligen Gleichlauf mit den Wertungen des Arbeitsrechts, also eines vollständigen Verbots der Einflussnahme auf die private Lebensführung, bedarf es nicht, da der Geschäftsleiter wegen seiner exponierten Stellung in der Gesellschaft stärker als der Arbeitnehmer den Gesellschaftsinteressen verpflichtet ist. Die Organstellung fordert einen weitergehenden Einsatz

³⁰² Vgl. *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 168; *Hopt*, in: Großkommentar AktG, § 93 Rn. 157; *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 44. Laut *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 109, können Pflichten im Bereich der Privatsphäre im Einzelfall bestehen.

³⁰³ *Fleischer*, WM 2003, 1045 (1051); *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 9 Rn. 16; *Fleischer*, NZG 2010, 561 (562); *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 168; *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 92a; *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 146; *Hopt*, in: Großkommentar AktG, § 93 Rn. 157; *Moll/Eckhoff*, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 81 Rn. 38; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 107; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 109. Andere Ansicht für AG-Vorstände, angedeutet *Raiser/Veil*, KapGesR, § 14 Rn. 92. Dabei entspricht die Treuepflicht der GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich der Treuepflicht der AG-Vorstände, siehe *Raiser/Veil*, KapGesR, § 42 Rn. 87.

³⁰⁴ *Hölters*, in: *Hölters*, AktG, § 93 Rn. 116; ebenso *Mertens/Cahn*, in: KK AktG, § 93 Rn. 96.

³⁰⁵ *Lutter* leitet die Pflicht zur Hintanstellung eigener Interessen bei Interessenkonflikten aus der Treuehand her, *Lutter*, AcP 1980, 84 (93).

für die Gesellschaft, ihm kann auch die Akzeptanz von im Vergleich zum Arbeitnehmer weiterreichenden Pflichten abverlangt werden. Eine Pflicht zu bestimmten Verhaltensweisen mit gesundheitlichen Auswirkungen besteht dennoch nicht, denn auch in Krisenzeiten wird die Grundrechtswirkung nicht überlagert. Dem Geschäftsleiter kann jedoch zugemutet werden, auf besonders gefährliche Tätigkeiten, von denen eine erhebliche Gefahr für ihn ausgeht, wie etwa das Bungee-Jumping, zu verzichten.

d. Mittelbare Verhaltenspflichten als Folge der Abberufungsmöglichkeit

Auch wenn keine unmittelbaren Verhaltenspflichten bestehen, ist eine Abberufung aus Krankheitsgründen oder wegen bestimmter gesundheitsschädlicher Verhaltensweisen möglich. Konkret wird dies im Fall von Alkohol- oder Medikamentenmissbrauchs befürwortet.³⁰⁶ Daraus ergibt sich eine Obliegenheit des Geschäftsleiters, sich gesund zu erhalten, die mit der Obliegenheit des Arbeitnehmers, sich gesund zu halten,³⁰⁷ korrespondiert. Im Vordergrund steht dabei jedoch nicht der Gesundheitserhalt an sich. Vielmehr verletzt der alkoholisiert zur Arbeit erscheinende Arbeitnehmer seine Pflicht, arbeitsfähig am Arbeitsplatz zu erscheinen. Gleiches gilt für Geschäftsleiter. Es besteht keine Verpflichtung zu gesunder Lebensweise, vielmehr ist der Geschäftsleiter verpflichtet, die Geschäftsführertätigkeit in einem dazu geeigneten Zustand wahrzunehmen. Verstößt der Geschäftsführer dagegen, kommt die Abberufung in Betracht.³⁰⁸

3. Zwischenfazit

Konkrete gesundheitsbezogene Verhaltenspflichten ergeben sich weder aus der Sorgfalts- noch aus der Treuepflicht. Die Interessen der Gesellschaft können die Privatsphäre des Geschäftsleiters nicht überlagern. Lediglich, wenn sich die Gesellschaft in einer Krisensituation befindet, führt die erhöhte Treuebindung des Geschäftsleiters zu der Pflicht, besonders gefährliche Handlungen zu unterlassen und fordert die Sorgfaltspflicht vom Geschäftsleiter, seinen Einsatz für die Gesellschaft nicht auf ein gesundheitsschädigendes Maß zu erhöhen.

³⁰⁶ *Fleischer*, WM 2003, 1045 (1051); *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 9 Rn. 16; *Hopt*, in: *Großkommentar AktG*, § 93 Rn. 157.

³⁰⁷ Siehe dazu bereits zuvor Kapitel 2 I.2.a.

³⁰⁸ Näher zur Abberufung Kapitel 2.D.III.

II. (Vorsorge-)Untersuchungspflichten

(Vorsorge-)Untersuchungspflichten sind im Gesellschaftsrecht nicht normiert. Untersuchungen des Geschäftsleiters vor dessen Ernennung sowie während dessen Tätigkeit liegen jedoch im Gesellschaftsinteresse.³⁰⁹ Sie verhelfen der Gesellschaft zu Kenntnissen über den Gesundheitszustand des (potentiellen) Geschäftsleiters³¹⁰ und ermöglichen damit die Beurteilung der weiteren Einsatzfähigkeit.

1. Sorgfaltspflicht

Die Sorgfaltspflicht der Geschäftsleiter aus §§ 93 Abs. 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG ist als Rechtsgrundlage nicht geeignet. Schon allgemeine gesundheitsbezogene Verhaltenspflichten lassen sich aus den Sorgfaltspflichten im engeren Sinne nicht herleiten. Die dort angestellten Erwägungen gelten auch für Vorsorgeuntersuchungspflichten.³¹¹ Der Unternehmensbezug zu unternehmerischen Entscheidungen, der zur Begründung einer konkreten Sorgfaltspflicht zwingend erforderlich ist, fehlt.

2. Organschaftliche Treuepflicht

Aus der organschaftlichen Treuepflicht ergibt sich die Geschäftsleiterpflicht, das Gesellschaftsinteresse zu fördern. Die Herleitung konkreter Pflichten hat auch Rechte und Interessen des Geschäftsleiters zu berücksichtigen, die es gegen die Gesellschaftsinteressen abzuwägen gilt.³¹² Anhaltspunkte für die Zulässigkeit von (Vorsorge-)Untersuchungen können die Grundrechte sowie der Diskurs im Arbeitsrecht bieten.

a. Das Grundrecht des Geschäftsleiters auf körperliche Unversehrtheit als mittelbare Grenze

Untersuchungspflichten betreffen das Grundrecht des Geschäftsleiters auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).

³⁰⁹ Ausführlich dazu bereits Kapitel 2.A.I.

³¹⁰ Vgl. für Bewerber im Arbeitsrecht *Fuhlrott/Hoppe*, ArbRAktuell 2010, 183 (183).

³¹¹ Vgl. Kapitel 2 I.1.a.

³¹² *Fleischer*, NZG 2010, 561 (565).

aa. Schutzbereich und Eingriff

Art. 2 Abs. 2 S. 1, 2. Var. GG garantiert die körperliche Unversehrtheit. Die Garantien des Art. 2 Abs. 2 GG sollen die körperliche Existenz als Voraussetzung der Persönlichkeitsentwicklung sichern.³¹³ Der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG umfasst die physische wie psychische Integrität des Einzelnen.³¹⁴ Bagatelleingriffe³¹⁵ fallen in ebenso wie die Gesundheit³¹⁶ in den Schutzbereich des Grundrechts.

Aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgt das Recht des Geschäftsleiters, Eingriffe in seine körperliche Unversehrtheit abzuwehren.³¹⁷ Einen solchen Eingriff stellen Untersuchungshandlungen dar,³¹⁸ wenn sie die physische Integrität beeinträchtigen, wie beispielsweise bei Blutentnahmen³¹⁹. Aus der Abwehrfunktion des Grundrechts folgt das Verbot für den Staat, Grundrechtseingriffe in das Recht auf körperliche Unversehrtheit mittels Gesetz festzuschreiben. Auch Gesetzesauslegungen, die Grundrechtseingriffe ermöglichen, schließt Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG aus.³²⁰ Fremdbestimmte Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit, das heißt Untersuchungshandlungen ohne Einwilligung, sind von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht gedeckt. Gegen den Willen des Geschäftsleiters darf dieser an seiner Gesundheit nicht geschädigt werden.³²¹

³¹³ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 II Rn. 20.

³¹⁴ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 55; *Lang*, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 62; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 II Rn. 33. *Seewald* sieht einen Grundrechtseingriff bei „Versehrung“ des Körpers als gegeben an. Eine Differenzierung danach, ob ein Eingriff positive, negative oder nur neutrale Folgen habe, sei nicht möglich, *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 57 f.

³¹⁵ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 II Rn. 50.

³¹⁶ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 II Rn. 33; vgl. *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 47 m.w.N., 54 ff. A.A. *Epping*, Grundrechte, Rn. 108.

³¹⁷ Vgl. allgemein zum Verfassungsrecht *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 70 ff.

³¹⁸ So für die Untersuchung von Arbeitnehmern *Diller/Powietzka*, NZA 2001, 1227 (1227).

³¹⁹ So für Arbeitnehmer BAG, 12.08.1999 – 2 AZR 55/99, NZA 1999, 1209 (Rn. 19); *Kleinebrink*, DB 2014, 776 (777).

³²⁰ Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 II Rn. 58, 97.

³²¹ Es kommt nicht darauf an, ob die Untersuchungshandlung am Ende nützlich für den Geschäftsleiter ist. Relevant ist allein die objektive Schädigung der körperlichen Integrität.

bb. Keine Schutzbereichsverletzung bei Einwilligung des Geschäftsleiters

Das von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit ist für den Grundrechtsträger disponibel. Er kann in Verletzungen ebenso wie in gefährliche Situationen, die zu Verletzungen führen können, einwilligen.³²² Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung ist, dass diese freiwillig unter Kenntnis aller Risiken, bei Heilbehandlungen insbesondere nach vollständiger Risikoaufklärung über die Behandlungsmaßnahme, erteilt wurde.³²³ Soweit eine ausdrückliche Einwilligung des Geschäftsleiters vorliegt, scheidet ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG wegen rechtfertigenden Einverständnisses aus, sodass schon kein Eingriff vorliegt.³²⁴

Die Einwilligung in den Grundrechtseingriff kann auch vertraglich vereinbart werden. Zu berücksichtigen ist bei jedem konkreten Eingriff, dass das Einverständnis des Geschäftsleiters in die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit noch vorliegen muss.³²⁵ Mit Mitteln des Zwangsvollstreckungsrechts kann eine vertragliche Einwilligung in Untersuchungen nicht durchgesetzt werden. Im Fall vertragswidrig versagter Einwilligung kommt im Einzelfall jedoch ein Anspruch der Gesellschaft auf Schadensersatz in Betracht oder kann sich ein Kündigungsgrund für den Geschäftsführeranstellungsvertrag ergeben. Bei vertraglicher Vereinbarung ist im Einzelfall zu klären, ob diese tatsächlich freiwillig³²⁶ und nicht unter dem Eindruck einer erheblichen Machtposition des Vertragspartners erteilt wurde.

cc. Rechtfertigung durch das Rechtsinstitut der organschaftlichen Treuepflicht

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit besteht allerdings nicht schrankenlos. Vielmehr ordnet Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG einen einfachen Gesetzesvorbehalt an.³²⁷

³²² *Epping*, Grundrechte, Rn. 113; *Schmidt*, in: EK ArbR, Art. 2 GG Rn. 109.

³²³ *Schmidt*, in: EK ArbR, Art. 2 GG Rn. 109; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 II Rn. 56.

³²⁴ *Epping*, Grundrechte, Rn. 111; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 II Rn. 55.

³²⁵ Vgl. *Kleinebrink*, DB 2014, 776 (778).

³²⁶ *Epping*, Grundrechte, Rn. 112.

³²⁷ *Lang*, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 68.

Soweit dieser gewahrt ist, ist eine Einschränkung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit zulässig.

Ein dem Gesetzesvorbehalt genügendes Eingriffsgesetz muss selbst gewissen Anforderungen genügen.³²⁸ Insbesondere muss es das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG wahren,³²⁹ das heißt das Grundrecht, das durch das Gesetz eingeschränkt wird, angeben. In Bezug auf Geschäftsleitergesundheitspflichten existiert ein Eingriffsgesetz jedoch nicht. Generalklauseln können das Zitiergebot nicht wahren, da diese eingeschränkte Grundrechte gerade nicht nennen. Weiter muss ein Schrankengesetz dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.³³⁰ Verhältnismäßig ist ein Gesetz, wenn es einen legitimen Zweck mit erforderlichen und verhältnismäßigen Mitteln verfolgt.³³¹ Als legitimes Interesse kommt das Informationsinteresse der Gesellschaft beziehungsweise ihrer Gesellschafter über den Gesundheitszustand in Betracht. Legitimes Ziel können jedoch im Fall eines Eingriffes in die körperliche Unversehrtheit nur Belange der Allgemeinheit sein, die die Belange des Einzelnen überwiegen.³³² Es ist bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein strenger Maßstab anzulegen.³³³ Das Wohl einer einzelnen Gesellschaft ist kein Interesse der Allgemeinheit. Mittels Grundrechtseingriffes kann das Recht des Geschäftsleiters auf körperliche Unversehrtheit nicht wegen eines privaten Ziels verkürzt werden. Dies kann als Folge der mittelbaren Drittwirkung auch nicht als Ergebnis der Normauslegung erreicht werden. Das Interesse der Gesellschaft an Wissen über die gesundheitliche Situation ihres Geschäftsleiters kann in der Abwägung nicht berücksichtigt werden. Der Gesellschaft stehen keine Allgemeinwohlinteressen zur Seite. Anderes gilt nur in dem Fall, in dem mittels Untersuchung eine Krankheit des Geschäftsleiters ausgeschlossen werden soll, die anderenfalls zu Gefahren für Dritte führen würde.³³⁴

³²⁸ Sog. Schranken-Schranken, dazu *Epping*, Grundrechte, Rn. 46 ff.

³²⁹ *Lang*, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 70; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 II Rn. 57.

³³⁰ *Epping*, Grundrechte, Rn. 116; *Lang*, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 72; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 II Rn. 57, 59.

³³¹ *Epping*, Grundrechte, Rn. 48 ff.; *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 184 ff.

³³² Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 66; *Lang*, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 72.

³³³ *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 282.

³³⁴ Dies wäre zum Beispiel bei der Gefahr bakterieller Infektionen von Lebensmitteln gegeben.

Die organschaftliche Treuepflicht als nicht gesetzmäßig fixiertes Rechtsinstitut genügt nicht dem Gesetzesvorbehalt. Das Rechtsinstitut stellt schon kein förmliches Gesetz dar.³³⁵ Sinn und Zweck des Gesetzesvorbehaltes ist es zum einen, Entscheidungen über Eingriffe dem Gesetzgeber vorzubehalten. Zum anderen soll für den Einzelnen erkennbar sein, dass und mit welcher Intensität seine Grundrechte beeinträchtigt werden dürfen. Letzteres untermauert auch das verfassungsrechtliche Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG. Auch dieser Anforderung kann die organschaftliche Treuepflicht nicht genügen. Soweit körperliche Beeinträchtigungen Folge von Untersuchungshandlungen sind, können diese nicht auf die organschaftliche Treuepflicht gestützt werden.

Das Grundrecht des Geschäftsleiters auf körperliche Unversehrtheit stellt die äußere Grenze von Untersuchungspflichten dar. Normen des Gesellschaftsrechts und ungeschriebene Rechtsinstitute dürfen nicht so ausgelegt werden, dass körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt wird. Aus der organschaftlichen Treuepflicht ergibt sich keine Pflicht des Geschäftsleiters, körperliche Eingriffe zu dulden.

b. Das Grundrecht des Geschäftsleiters auf informationelle Selbstbestimmung als mittelbare Grenze

Untersuchungspflichten können zudem in das Recht des Geschäftsleiters auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eingreifen.³³⁶ Das Grundrecht ist eine Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sichert dem Einzelnen den Schutz seiner Daten.³³⁷ Grundrechtsverletzungen sind aus zwei Aspekten denkbar: Zum einen kommt eine Beeinträchtigung in Betracht, wenn mit der Untersuchung Mitteilungen an die Gesellschaft verbunden sind. Dem Einzelnen steht das Recht zur Seite, selbst über die Informationen, die er freigeben möchte, zu entscheiden. Dies gilt umso mehr, wenn besonders sensible Gesundheitsdaten betroffen sind. Zum anderen steht jedem Geschäftsleiter das Recht auf Nichtwissen als Bestandteil des Rechts auf

³³⁵ Ein solches ist erforderlich *Lang*, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 68; *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 281; *Schmidt*, in: EK ArbR, Art. 2 GG Rn. 108.

³³⁶ So für die Untersuchung von Arbeitnehmern *Diller/Powietzka*, NZA 2001, 1227 (1227); *Kleinebrink*, DB 2014, 776 (777). Vgl. auch BAG, 12.08.1999 – 2 AZR 55/99, NZA 1999, 1209 (Rn. 19).

³³⁷ BVerfG, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1 (Rn. 146 ff.).

informationelle Selbstbestimmung zur Seite.³³⁸ Es steht dem Geschäftsleiter also zu, sich Informationen über Krankheiten zu verschließen. Wird dem Geschäftsleiter nach einer ungewollten Untersuchung eine Krankheit gegen seinen Willen mitgeteilt, liegt ein Grundrechtseingriff vor.

Ein Eingriff ist jedoch nicht jeder aus der Treuepflicht hergeleiteten Untersuchungspflicht inhärent. Es kommt vielmehr auf die konkrete Ausgestaltung der Untersuchung an. Stellt sich eine Maßnahme als Grundrechtseingriff dar, stellt dies, mangels förmlichen Rechtfertigungsgesetzes,³³⁹ die Grenze zulässiger Maßnahmen aus der organschaftlichen Treuepflicht dar. Aufgrund der mittelbaren Drittwirkung ist eine Auslegung der Treuepflicht, die Grundrechtsverletzungen zulässt, unzulässig. Es ist jedoch möglich, Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung mittels Einwilligung zu rechtfertigen.³⁴⁰ Vertragliche Regelungen, die mit einer Einwilligung des Geschäftsleiters einhergehen, sind wirksam. Die Auslegung der organschaftlichen Treuepflicht ersetzt eine Einwilligung jedoch nicht.

c. Medizinische Untersuchungen im Arbeitsrecht

Im Arbeitsrecht findet seit langem ein Diskurs über die Zulässigkeit von Arbeitnehmeruntersuchungen statt.³⁴¹ Eine Verpflichtung der Arbeitnehmer, sich untersuchen zu lassen, ist auch im Arbeitsrecht nicht ausdrücklich normiert. Die geplante Regelung des § 32a Abs. 1 BDSG-E³⁴² kam wegen Ablaufs der Wahlperiode nicht zustande.³⁴³ Rechtsgrundlage für Untersuchungen von Arbeitnehmern können somit nur die Treuepflicht oder besondere Abreden wie Arbeits- oder Tarifverträge sein.³⁴⁴

³³⁸ BGH, 20.05.2014 – VI ZR 381/13, NJW 2014, 2190 (Rn. 14) bezüglich Informationen über die genetische Anlage zu einer Erbkrankheit.

³³⁹ *Jarass*, NJW 1989, 857 (861).

³⁴⁰ *Jarass*, NJW 1989, 857 (860).

³⁴¹ Siehe bereits aus dem Jahre 1988 *Keller*, NZA 1988, 561 (561 ff.).

³⁴² BT-Drks. 17/4230, S. 6.

³⁴³ Siehe <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/291/29178.html> zuletzt abgerufen 29.03.2016.

³⁴⁴ *Stück/Wein*, NZA-RR 2005, 505 (507).

aa. Für den Arbeitgeber verpflichtende Untersuchungen

Zwar existieren Normen, die dem Arbeitgeber die Pflicht auferlegen, die gesundheitliche Eignung der Mitarbeiter festzustellen, etwa § 7 ArbSchG. Im Rahmen arbeitsmedizinischer Vorsorge gemäß dem ArbSchG (§ 1 Abs. 2 ArbMedVV) sind ebenfalls Untersuchungen zulässig (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbMedVV), deren Ziel jedoch der Schutz der Arbeitnehmer ist.³⁴⁵ Sie berücksichtigen über den Erhalt der Beschäftigungsfähigkeit³⁴⁶ hinaus (§ 1 Abs. 1 ArbMedVV) nicht das Arbeitgeberinteresse an der Feststellung der gesundheitlichen Eignung der Arbeitnehmer.³⁴⁷ Vorrangig wird das Gefährdungspotential der Tätigkeit beurteilt (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbMedVV). Eine korrespondierende Untersuchungspflicht des Arbeitnehmers besteht nicht.³⁴⁸ Die Teilnahme an Vorsorgeuntersuchungen ist für die Beschäftigten optional, lediglich in konkret benannten Gefährdungsfällen ist der Arbeitgeber verpflichtet, Vorsorgemaßnahmen vor Aufnahme der Tätigkeit zu veranlassen (sog. Pflichtvorsorge, § 4 ArbMedVV). Anderenfalls darf er den Arbeitnehmer die Tätigkeit nicht ausführen lassen (§ 4 Abs. 2 ArbMedVV). Die Untersuchungspflicht des Arbeitnehmers im Arbeitnehmerinteresse bedarf folglich einer eigenen Anspruchsgrundlage,³⁴⁹ sie kann nicht im Umkehrschluss aus den Arbeitgeberpflichten zur Eignungsfeststellung hergeleitet werden. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbMedVV umfasst eine arbeitsmedizinische Untersuchung körperliche und klinische Untersuchungen nur bei Einverständnis des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber wird über die Vornahme solcher Untersuchungen nicht informiert.³⁵⁰ Die ärztliche Schweigepflicht gilt auch im Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer muss sich allerdings bei Verweigerung der Teilnahme an der Vorsorgeuntersuchung mit den negativen Folgen der Nebenpflichtverletzung bis

³⁴⁵ *Kreizberg*, in: Kollmer/Klindt, Arbeitsschutzgesetz, § 1 ArbMedVV Rn. 2; *Kreizberg*, in: Kollmer/Klindt, Arbeitsschutzgesetz, Einführung zur ArbMedVV Rn. 14. Vgl. auch BR-Drks. 643/08, S. 1 f., 28.

³⁴⁶ BR-Drks. 643/08, S. 2; *Kreizberg*, in: Kollmer/Klindt, Arbeitsschutzgesetz, § 1 ArbMedVV Rn. 6.

³⁴⁷ *Kreizberg*, in: Kollmer/Klindt, Arbeitsschutzgesetz, § 1 ArbMedVV Rn. 2.

³⁴⁸ *Behrens*, NZA 2014, 401 (402).

³⁴⁹ Vgl. *Kreizberg*, in: Kollmer/Klindt, Arbeitsschutzgesetz, Einführung zur ArbMedVV Rn. 12.

³⁵⁰ *Kleinebrink*, DB 2014, 776 (776).

hin zur Kündigung abfinden.³⁵¹ Der Arbeitnehmer kann Tätigkeiten, die eine Eignungsfeststellung voraussetzen, nicht ausüben.

bb. Arbeitsrechtlicher Diskurs zu (Eignungs-)Untersuchungen

Die Zulässigkeit von Eignungsuntersuchungen³⁵² wird im Arbeitsrecht bejaht, wenn ein enger Zusammenhang der Untersuchung mit der ausgeübten Tätigkeit besteht.³⁵³ Das ist dann der Fall, wenn durch die Untersuchung festgestellt werden soll, ob der Arbeitnehmer langfristig zu seiner Tätigkeit in der Lage sein wird.³⁵⁴

Rechtsprechung und Literatur lehnen regelmäßige Untersuchungen im laufenden Arbeitsverhältnis bei Fehlen einer speziellen gesetzlichen Anordnung grundsätzlich ab.³⁵⁵ Etwas anderes gilt, wenn für die Untersuchung ein begründeter Anlass besteht.³⁵⁶ Ein begründeter Anlass liegt insbesondere bei bestehenden oder vermuteten Gefahren für den Arbeitnehmer oder Dritte vor.³⁵⁷ Es müssen objektive,

³⁵¹ *Kleinebrink*, DB 2014, 776 (777); *Klöcker*, MedR 2001, 183 (184). Es kann dem Arbeitnehmer obliegen, an einer amtsärztlichen Untersuchung zur Feststellung seiner Erwerbsunfähigkeit auch durch Entbinden seiner Ärzte von der Schweigepflicht mitzuwirken BAG, 06.11.1997 – 2 AZR 801/96, NZA 1998, 326 (327). In diesem Fall war der Arbeitnehmer bei Erwerbsunfähigkeit tarifvertraglich zur rechtzeitigen Stellung eines Rentenantrages verpflichtet.

³⁵² Eignungsuntersuchung als Untersuchung im Interesse des Arbeitgebers, die dazu dient festzustellen, ob der Arbeitnehmer für die Ausübung der ihm zugeordneten Aufgabe geeignet ist, im Gegensatz zu arbeitsmedizinischen Untersuchungen, die dazu dienen, den Arbeitnehmer über die Wechselwirkung zwischen ausgeübter Tätigkeit und Gesundheit aufzuklären. Zur Differenzierung siehe *Beckschulze*, BB 2014, 1013 (1013); *Behrens*, NZA 2014, 401 (402).

³⁵³ Dies ergibt sich aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers BAG, 12.08.1999 – 2 AZR 55/99, NZA 1999, 1209 (Rn. 17); *Fuhlrott/Hoppe*, ArbRAktuell 2010, 183 (184); *Hey/Linse*, BB 2012, 2881 (2882); *Keller*, NZA 1988, 561 (562).

³⁵⁴ Vgl. *Fuhlrott/Hoppe*, ArbRAktuell 2010, 183 (183): Zulässigkeit einer Untersuchung nur, wenn damit eine erhebliche Einschränkung der Eignung festgestellt werden soll.

³⁵⁵ BAG, 12.08.1999 – 2 AZR 55/99, NZA 1999, 1209 (Rn. 20); *Hey/Linse*, BB 2012, 2881 (2882); *Kleinebrink*, DB 2014, 776 (777); *Müller-Glöge*, in: MünchKomm BGB, § 611 Rn. 295; *Preis*, in: EK ArbR, § 611 BGB Rn. 746.

³⁵⁶ *Kleinebrink*, DB 2014, 776 (779); *Müller-Glöge*, in: MünchKomm BGB, § 611 Rn. 1085.

³⁵⁷ *Müller-Glöge*, in: MünchKomm BGB, § 611 Rn. 1085 f.

beweisbare Anhaltspunkte vorliegen,³⁵⁸ die zu begründeten Zweifeln an der Eignung des Arbeitnehmers für dessen Tätigkeit führen.³⁵⁹ Die Reichweite zulässiger Untersuchungen entspricht dem, was der Arbeitgeber zulässigerweise im Einstellungsgespräch erfragen darf.³⁶⁰ Auf gesundheitliche Umstände erstreckt sich das Fragerecht des Arbeitgebers nur, wenn ein Zusammenhang mit der Tätigkeit besteht, der Arbeitgeber also ein berechtigtes Interesse an der Information geltend machen kann.³⁶¹ Der Zusammenhang muss derart ausgeprägt sein, dass gesundheitliche Beschwerden dem Arbeitnehmer die Ausübung eines wesentlichen Tätigkeitsschwerpunkts unmöglich machen.³⁶² Die Untersuchung muss außerdem für die Eignungsbeurteilung erforderlich sein.³⁶³

Die äußere Grenze zulässiger Untersuchungen ergibt sich aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Gemäß §§ 7 Abs. 1, 1 AGG darf eine Benachteiligung nicht wegen einer Behinderung erfolgen. Schon die Frage nach einer für die Tätigkeit nicht relevanten Behinderung indiziert die Benachteiligung des behinderten Bewerbers.³⁶⁴ Fragen, die sechs Monate nach Einstellung zur Erfüllung rechtlicher Pflichten, etwa im Zuge der Vorbereitung einer Kündigung, gestellt werden, verstoßen hingegen nicht gegen das AGG.³⁶⁵ Fragen nach der Gesundheit sind unzulässig, wenn sie auf eine Krankheit zielen, die zugleich eine Behinderung im Sinne des AGG ist und die für die Ausübung der Tätigkeit nicht relevant ist. Dementsprechend müssen Untersuchungen unterbleiben, die dazu dienen, Informationen zu erlangen, die dem Arbeitgeber nicht zustehen.³⁶⁶

³⁵⁸ *Behrens*, NZA 2014, 401 (404).

³⁵⁹ *Keller*, NZA 1988, 561 (564). So *Bengelsdorf*, NZA 2001, 993 (994) für den Fall des Verdachtes auf Alkoholabhängigkeit.

³⁶⁰ *Künzl*, BB 1993, 1581 (1583). Zu Fragen nach dem Gesundheitszustand im Arbeitsverhältnis siehe auch *Moderegger*, ArbRB 2015, 144 (145). Kritisch *Bayreuther*, NZA 2010, 679 (682).

³⁶¹ BAG, 07.06.1984 – 2 AZR 270/83, DB 1984, 2706 (Rn. 34); *Künzl*, BB 1993, 1581 (1583); *Künzl*, ArbRAktuell 2012, 235 (236); *Wisskirchen/Bissels*, NZA 2007, 169 (171 f.).

³⁶² *Behrens*, NZA 2014, 401 (404).

³⁶³ *Kreizberg*, in: Kollmer/Klindt, Arbeitsschutzgesetz, Einführung zur ArbMedVV Rn. 20.

³⁶⁴ *Joussen*, in: BeckOK ArbR, § 611 BGB Rn. 90.

³⁶⁵ *Thüsing/Forst*, in: Thüsing, Beschäftigtendatenschutz und Compliance, § 7 Rn. 25.

³⁶⁶ Für die Unzulässigkeit von Bluttests, da aus diesen zum Beispiel auf eine bestehende Schwangerschaft geschlossen werden kann *Raif*, ArbRAktuell 2010, 617 (619).

Ein praktisches Problem ergibt sich, wenn der untersuchende Arzt sich die Arbeitgeberinteressen zu eigen macht. Unabhängig davon, was der Arzt dem Arbeitgeber für ein Ergebnis mitteilen darf, besteht die Gefahr, dass der Arzt, ohne dies offenzulegen oder gegen seine Schweigepflicht zu verstoßen, in sein Urteil Untersuchungsergebnisse einfließen lässt, auf die der Arbeitgeber nicht hätte zugreifen dürfen.³⁶⁷ Dies wird jedoch kaum nachweisbar sein und kann die rechtliche Beurteilung zulässiger Untersuchungen nicht beeinflussen.

Untersuchungen vor und während des Arbeitsverhältnisses sind ausnahmsweise zulässig, wenn die Eignung des Bewerbers beziehungsweise Arbeitnehmers für die konkrete Tätigkeit in Frage steht. Voraussetzung ist, dass die Untersuchung aufgrund objektiver Anhaltspunkte für erforderlich erachtet wird.³⁶⁸ Auch bei einer zulässigen Untersuchung darf der Arbeitnehmer jedoch seine Einwilligung verweigern.³⁶⁹ Dann muss er jedoch die Konsequenzen wie Nicht-Einstellung, und Nicht-Einsetzbarkeit mit der Folge der Kündigung in Kauf nehmen.

d. Rückschlüsse für die Geschäftsleiter

Die Interessenlage von Arbeitgeber an Arbeitnehmer und Gesellschaft an Geschäftsleiter ist vergleichbar. Ebenso wie der Arbeitgeber ein Interesse an der gesundheitlichen Eignung des Arbeitnehmers für die konkret zu besetzende Tätigkeit beziehungsweise die bereits ausgeübte Tätigkeit besitzt, ist die Gesellschaft an der gesundheitlichen Eignung des Geschäftsleiters für die Geschäftsführertätigkeit interessiert.³⁷⁰ Auch im Verhältnis der Gesellschaft zu ihrem (potentiellen) Geschäftsleiter gilt es einen Ausgleich zwischen Informations- und Geheimhaltungsinteresse sowie den sonstigen grundrechtlich geschützten Geschäftsleiterinteressen zu finden.

Im Arbeitsrecht wird diese Frage im Sinne einer beiderseitigen Risikotragung entschieden: Untersuchungen sind ausnahmsweise zulässig.³⁷¹ Dieses Prinzip kann auf das Verhältnis von Gesellschaft zu Geschäftsleiter übertragen werden. Es stellt sich als ein dem Recht inhärentes Prinzip dar, welches als wechselseitige

³⁶⁷ Bayreuther, NZA 2010, 679 (682).

³⁶⁸ Vorbehaltlich anderer gesetzlicher Anordnungen, einer Untersuchung etwa im Rahmen der Arbeitssicherheit.

³⁶⁹ Moderegger, ArbRB 2015, 144 (144).

³⁷⁰ Kapitel 1.B.

³⁷¹ Siehe Kapitel 2 II.2.c.

Abhängigkeit beschrieben werden kann: Eine Partei (Arbeitgeber oder Gesellschaft) ist auf die Leistung der anderen Partei (Arbeitnehmer oder Geschäftsleiter) angewiesen, wobei die angestellte Partei (Arbeitnehmer oder Geschäftsleiter) auf die Entlohnung durch die andere Partei zur Sicherung von Lebensgrundlage und Altersvorsorge angewiesen ist. Die Fähigkeiten der tätig werdenden Personen spielen eine herausgehobene Rolle für den wirtschaftlichen Erfolg von Arbeitgeber und Gesellschaft. Je leistungsfähiger Arbeitnehmer und Gesellschafter sind, desto größeren wirtschaftlichen Erfolg kann die wirtschaftende Partei erzielen. Ebenso besteht ein Interesse daran, Kosten zu vermeiden, die durch den Ausfall einzelner Personen aufgrund gesundheitlicher Probleme entstehen, wie Entgeltfortzahlung, Bezahlung einer Vertretung, stärkere Einbindung anderer Personen, die dadurch Überstunden leisten oder an andere Stelle nicht einsatzfähig sind. Das Ausfallrisiko muss zwischen den beteiligten Parteien verteilt werden. Zu berücksichtigen ist, dass häufig die anstellende Partei eine größere Verhandlungsmacht besitzt als die angestellte Partei. Es gilt also besonders, die unterlegene Partei zu schützen, ohne die Interessen der anstellenden Partei zu vernachlässigen. Ein solcher Ausgleich ist im Arbeitsrecht gelungen. Die Abwägung der betroffenen Interessen führt zu einem gerechten Ergebnis, das als allgemeines Rechtsprinzip im Wege der Rechtsanalogie³⁷² auf das gesellschaftsrechtliche Verhältnis von Gesellschaft zu Geschäftsleiter übertragen werden kann.

Die besondere Position, die Geschäftsleiter in der Gesellschaft innehaben, führt zu keiner anderen Wertung. Geschäftsleiter vertreten zwar die Gesellschaft und handeln für diese. Dies hebt ihre Abhängigkeit von der Gesellschaft jedoch nicht auf. In Anbetracht der Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft, insbesondere bei Verhandlungen über den Anstellungsvertrag, steht der Geschäftsleiter der Gesellschaft als Dritter gegenüber. In diesem Fall ist er ausnahmsweise nicht an das Gesellschaftsinteresse gebunden. Er darf auf eine für ihn positive Vertragsgestaltung hinwirken. Zwar mag die Verhandlungsmacht des (potentiellen) Geschäftsleiters im Vergleich zu einem Arbeitnehmer größer sein, da häufig, besonders im Fall börsennotierter Aktiengesellschaften, der Kreis geeigneter Personen eingeschränkt ist. Dennoch ist während des laufenden Beschäftigungsverhält-

³⁷² Vgl. Kapitel 1 II.

nisses der Geschäftsleiter materiell von der Gesellschaft abhängig. Die arbeitsrechtliche Wertung bezüglich Eignungsuntersuchungen lässt sich deswegen auf das gesellschaftsrechtliche Verhältnis zwischen Geschäftsleiter und Gesellschaft übertragen.

Eine Untersuchung des Geschäftsleiters ist folglich nur zulässig, wenn eine solche im Hinblick auf dessen konkrete Tätigkeit erforderlich ist. Dies ist bei Geschäftsleitern nur in Ausnahmefällen denkbar.

e. Untersuchungspflicht bei Krankheitsverdacht

Aus der Treuepflicht ergibt sich keine anlasslose Untersuchungspflicht des Geschäftsleiters. Eine andere Beurteilung kann sich jedoch ergeben, wenn Gründe vorliegen, die an der Gesundheit des Geschäftsleiters und insbesondere an dessen Leistungs- und Einsatzfähigkeit zweifeln lassen, also ein Krankheitsverdacht besteht. Auch in diesem Fall muss eine Interessenabwägung erfolgen. Das Interesse des Geschäftsleiters am Erhalt seiner körperlichen Integrität sowie sein Interesse an Geheimhaltung verlieren dabei an Gewicht. Hingegen gewinnt das Informationsinteresse der Gesellschaft, welches nur durch die Untersuchung befriedigt werden kann, an Bedeutung. Die Treue- wie Sorgfaltspflicht gebietet es dem Geschäftsleiter, in einer Krisensituation mehr als sonst auf die Interessen der Gesellschaft Rücksicht zu nehmen.³⁷³ Dies schließt es bei objektiv begründeten Zweifeln ein, der Gesellschaft zu ermöglichen, sich Klarheit über die Einsatzfähigkeit ihres Geschäftsleiters zu verschaffen.³⁷⁴

Indiz für eine solche Situation kann die Aufforderung der Gesellschaft oder der Gesellschafter zu einer ärztlichen Untersuchung sein. Nimmt der Geschäftsleiter Anzeichen einer etwaigen Erkrankung nicht wahr, mag eine Aufforderung durch die Gesellschaft oder vorangehende Gespräche mit einzelnen Personen aus dem Gesellschafterkreis ein Warnzeichen sein. Zwingende Voraussetzung für eine Untersuchungspflicht ist eine Aufforderung jedoch nicht.³⁷⁵ Sobald der Geschäftsleiter selbst einen Krankheitsverdacht hegt und befürchtet, seine Tätigkeit

³⁷³ Horn, ZIP 1997, 1129 (1132).

³⁷⁴ Fleischer, NZG 2010, 561 (565); Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 129. Vgl. für das Arbeitsrecht Behrens, NZA 2014, 401 (404 f.); Kleinebrink, DB 2014, 776 (779).

³⁷⁵ Vereinbar mit Fleischer, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 168, der davon ausgeht, die Gesellschafterversammlung könne von dem GmbH-Geschäftsführer eine Untersuchung dann verlangen, wenn „konkrete Zweifel (...) an seiner Diensttauglichkeit oder (...) erhebliche (...) krankheitsbedingte Leistungsminderung“ vorliegt.

nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen zu können, muss er sich einer Untersuchung unterziehen. Allein aus einer Untersuchungsaufforderung folgt noch keine Untersuchungspflicht.

Im Ergebnis besteht weder eine anlasslose Untersuchungspflicht noch ist der Geschäftsleiter auf Aufforderung der Gesellschaft zu einer Untersuchung verpflichtet. Voraussetzung für eine Untersuchungspflicht ist das Vorliegen eines begründeten Krankheitsverdachtes.

f. Umfang der Mitteilungspflicht

Nach einer zulässigen Untersuchung stellt sich die Frage, in welchem Umfang die Gesellschaft Zugriff auf die Untersuchungsergebnisse verlangen kann. Die Ergebnisse medizinischer Untersuchungen sind gesundheitsbezogene Daten im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes.³⁷⁶ Gesundheitsbezogene Daten unterfallen dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und dürfen der Gesellschaft ohne Einverständnis des Geschäftsleiters nicht zugänglich gemacht werden.³⁷⁷

aa. Weitergabe konkreter Gesundheitsdaten

Grundsätzlich gilt auch im Fall arbeitsbezogener Untersuchungen die Schweigepflicht des untersuchenden Arztes.³⁷⁸ Soweit Gesundheitsdaten weitergegeben werden sollen, bedarf es einer Rechtsgrundlage.

(1) Zulässigkeit aufgrund Gesetzes

Die Weitergabe konkreter Gesundheitsdaten muss sich an § 32 Abs. 1 BDSG messen lassen. Gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses nur erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, soweit diese für die Entscheidung zur Be-

³⁷⁶ *Fuhlrott/Hoppe*, ArbRAktuell 2010, 183 (186).

³⁷⁷ Vgl. auch §§ 4 Abs. 1 a.E., 4a BDSG, dazu zum Beispiel *Franzen*, RdA 2010, 257 (259); *Riesenhuber*, RdA 2011, 257 (257 ff.). Siehe auch zur Eignungsuntersuchung *Künzl*, BB 1993, 1581 (1583). Zweifelhaft ist, inwieweit bei einer Einwilligung von deren Freiwilligkeit ausgegangen werden kann. Die Möglichkeit der Freiwilligkeit im Arbeitsverhältnis bejahend *Riesenhuber*, RdA 2011, 257 (261), der sich auch gegen eine Berücksichtigung wirtschaftlichen Ungleichgewichts im Rahmen der Einwilligung ausspricht (S. 260). Auch § 15 Abs. 2 Nr. 9 SGB VII verbietet die Weitergabe konkreter Gesundheitsdaten an der Arbeitgeber.

³⁷⁸ *Moderegger*, ArbRB 2015, 144 (144).

gründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder zu dessen Durchführung erforderlich sind. Die Datenverarbeitung ist erlaubt, wenn sie der Durchführung des Arbeitsverhältnisses dient. Das ist der Fall, wenn der Datenverarbeitung ein berechtigtes Interesse der Gesellschaft zugrunde liegt und der Geschäftsleiter nicht unverhältnismäßig belastet wird.³⁷⁹ Der Geschäftsleiteranstellungsvertrag kann allerdings auch ohne die Erhebung von Gesundheitsdaten und ohne deren Weitergabe an die Gesellschaft, Aufsichtsrat oder Gesellschafter, erfüllt werden. Ist dies nicht der Fall, bedarf es zur Erkenntnis über den Gesundheitszustand regelmäßig auch keiner Untersuchung durch die Gesellschaft. § 32 BDSG ist jedenfalls für anlasslose Eignungs- und Vorsorgeuntersuchungen nicht einschlägig. Lediglich, wenn die Untersuchung eines voraussichtlich nicht mehr zur Geschäftsleitung geeigneten Geschäftsleiters erfolgt, kommt eine Untersuchung auf Grundlage von § 32 BDSG in Betracht.

Beschäftigte im Sinne des BDSG sind in § 3 Abs. 11 BDSG definiert. Geschäftsleiter nennt die Norm nicht ausdrücklich. Gemäß § 3 Abs. 11 Nr. 1 BDSG sind jedoch Arbeitnehmer Beschäftigte. Geschäftsleiter sind hingegen regelmäßig keine Arbeitnehmer.³⁸⁰ Aus § 3 Abs. 11 Nr. 6 BDSG wird teilweise hergeleitet, dass es sich bei Organmitgliedern nicht um Beschäftigte im Sinne der Norm handle.³⁸¹ Greift § 32 BDSG nicht ein, kommt ein Rückgriff auf § 28 BDSG in Betracht. Gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG ist die Datenerhebung und -verarbeitung für Geschäftszwecke erlaubt, wenn diese für die Durchführung des Vertrages erforderlich ist. Insoweit kann auf die Ausführungen zu § 32 BDSG zurückgegriffen werden: (Eignungs-)Untersuchungen sind für die Durchführung des Anstellungsvertrages regelmäßig nicht erforderlich, mit Ausnahme der Untersuchung eines wahrscheinlich zur Geschäftsführung nicht mehr geeigneten Geschäftsleiters.

Untersuchungen können jedoch nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG zulässig sein. Danach ist Datenerhebung und -verarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen

³⁷⁹ *Gola/Klug/Körffer*, in: Gola/Schomerus, BDSG, § 32 Rn. 10; *Lembke*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 32 BDSG Rn. 10; *Stamer/Kuhnke*, in: Plath, BDSG, § 32 Rn. 17. A.A. *Thüsing*, NZA 2009, 865 (867), der Erforderlichkeit dann annimmt, wenn der Vertrag ohne die entsprechenden Daten nicht durchgeführt werden kann.

³⁸⁰ Kapitel 1.D.I.4.

³⁸¹ *Stamer/Kuhnke*, in: Plath, BDSG, § 32 Rn. 4. Zweifelnd *Gola/Klug/Körffer*, in: Gola/Schomerus, BDSG, § 3 Rn. 59b.

der verantwortlichen Stelle zulässig, soweit nicht die Interessen des Betroffenen überwiegen. Die Kapitalgesellschaft als verarbeitende Stelle hat, wie bereits an anderer Stelle ausgeführt,³⁸² ein Interesse an der Kenntnis des Gesundheitszustandes des Geschäftsleiters. Im Sinne der von der Norm geforderten Interessenabwägung müssen jedoch auch die Belange des Geschäftsleiters berücksichtigt werden. Erforderlich ist für die Kapitalgesellschaft nicht die Kenntnis über konkrete Diagnosen, relevant ist für sie nur, ob der Geschäftsleiter dienstfähig ist. Nur auf solche Informationen kann sich Datenerhebung und -verarbeitung nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG stützen. Für die Preisgabe konkreter Gesundheitsinformationen bietet § 28 BDSG keine Rechtfertigung.

Zulässig ist die Weitergabe von Gesundheitsdaten, wenn dies zum Schutz Dritter, wie Patienten oder Mitarbeiter, erforderlich ist, um diese vor Ansteckungsgefahren zu schützen.³⁸³ Dann rechtfertigt die Abwägung mit den Interessen der Allgemeinheit beziehungsweise weiterer Personen den Grundrechtseingriff. Im Fall von Geschäftsführern greift diese Ausnahme jedoch selten, sodass sie praktisch kaum relevant wird.

(2) Zulässigkeit aufgrund Einwilligung

Der Geschäftsleiter darf über seine Gesundheitsdaten frei disponieren. Er kann sie auch an die Gesellschaft weitergeben oder in die Weitergabe durch Dritte einwilligen. Eine einmal erteilte Einwilligung in die Weitergabe von Gesundheitsdaten ist jederzeit (ex nunc) widerruflich.³⁸⁴ Die Einwilligung muss sich gemäß §§ 4a Abs. 3, 3 Abs. 9 BDSG ausdrücklich auf die Gesundheitsdaten beziehen. Eine anstellungsvertraglich erteilte Einwilligung in die Datenerhebung und Nutzung ist der AGB-Kontrolle zugänglich.³⁸⁵

bb. Weitergabe einer Eignungseinschätzung

Wird der Gesellschaft nur mitgeteilt, ob der (potentielle) Geschäftsleiter für das Amt geeignet ist, ist diese Mitteilung nicht als Gesundheitsdatum einzustufen. Die Gesellschaft kann keinen Rückschluss auf konkrete Krankheiten des Geschäftsführers ziehen. Auch wird die ärztliche Schweigepflicht nicht verletzt.

³⁸² Kapitel 2.A.II.

³⁸³ Klöcker, MedR 2001, 183 (186).

³⁸⁴ Plath, in: Plath, BDSG, § 4a Rn. 70 f.; Riesenhuber, RdA 2011, 257 (258).

³⁸⁵ Riesenhuber, RdA 2011, 257 (261).

Zwar steht bei Einschätzung als ungeeignet fest, dass die Gesundheit des Geschäftsleiters eingeschränkt ist. Worin die Einschränkung konkret besteht, geht aus der Beurteilung jedoch nicht hervor. Aus der Einschätzung als geeignet kann wiederum nicht der Umkehrschluss gezogen werden, der Geschäftsführer sei gesundheitlich gar nicht eingeschränkt. Vielmehr kann er an einer für die Beurteilung nicht relevanten Krankheit leiden oder an einer Erkrankung, die von dem Untersuchungsumfang nicht umfasst wurde. Ein Rückschluss auf die allgemeine, umfassende gesundheitliche Situation ist nicht möglich.

Wird nur die Einschätzung des Arztes weitergegeben, wird auf der einen Seite das Interesse des Geschäftsleiters an einer möglichst weitgehenden Geheimhaltung gewahrt und auf der anderen Seite der Gesellschaft ermöglicht, die Bestellung an der gesundheitlichen Situation festzumachen. Entsprechende Mitteilungen, ob jemand geeignet oder ungeeignet ist, werden auch im Arbeitsrecht als zulässig erachtet.³⁸⁶

Problematisch wird eine derart schematische Mitteilung, wenn der Geschäftsleiter nur teilweise seine Tätigkeit nicht ausüben kann. Im Arbeitsrecht ist die Kategorie der teilweisen Arbeitsunfähigkeit nicht vorgesehen.³⁸⁷ Dies hindert jedoch nicht, im Gesellschaftsrecht Rechtsfolgen an teilweise Leistungseinschränkungen zu knüpfen, denn soweit der Geschäftsleiter einer Gesellschaft nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist, finden die arbeitsrechtlichen Vorschriften keine Anwendung. Auch die Übertragung arbeitsrechtlicher Wertungen im Wege der Einzel- oder Rechtsanalogie auf das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter hindert nicht daran, andere Sachverhalte abweichend zu beurteilen. Anderenfalls lösen sich die Unterschiede zwischen Arbeitnehmer und Geschäftsleiter – zumindest in ihrem Verhältnis zum anstellenden Arbeitgeber beziehungsweise zur anstellenden Gesellschaft – auf. Es ist keineswegs zwingend davon auszugehen, dass ein Geschäftsleiter bei gesundheitlicher Einschränkung nicht mehr für die Gesellschaft tätig wird oder werden darf. Seine Treubindung an die Gesellschaftsinteressen ist größer als die Bindung des Arbeitnehmers an die Interessen seines Arbeitgebers. Dies resultiert aus seiner besonders wichtigen Stellung in der Gesellschaft, die mit großer Verantwortung

³⁸⁶ *Beckschulze*, BB 2014, 1013 (1016); *Fuhlrott/Hoppe*, ArbRAktuell 2010, 183 (184); *Keller*, NZA 1988, 561 (563); *Klöcker*, MedR 2001, 183 (185 f.). A.A. wohl *Kleinebrink*, DB 2014, 776 (776 a.E. f.).

³⁸⁷ BAG, 13.06.2006 – 9 AZR 229/05, NZA 2007, 91 (92 Rn. 23).

und erhöhtem Verantwortungsbewusstsein einhergeht. Soweit der Geschäftsleiter nur teilweise eingeschränkt ist, hat er dennoch seine noch verbleibenden Fähigkeiten in den Dienst der Gesellschaft zu stellen. Dies vermag nichts daran zu ändern, dass auch dem Geschäftsleiter Zeit zur Genesung gewährt werden muss. Für die Gesellschaft ist demnach die Mitteilung über den Grad der Eignung für die jeweilige Tätigkeit relevant.

Um die zuvor dargestellten Vorteile und Schutzmechanismen einer schematischen Mitteilung nicht zu untergraben, kommt auch die Kategorie der „teilweisen Eignung“ in Betracht. Dann ist jedoch weiter die Mitteilung erforderlich, zu welchen Maßnahmen der Geschäftsleiter nicht in der Lage ist. Dies kann Rückschlüsse auf seinen Gesundheitszustand zulassen. Jedoch ist in Anbetracht des gesteigerten Interesses der Gesellschaft an der Tätigkeit des Gesellschafters eine derartige Einschränkung hinzunehmen. Insbesondere da ein Rückschluss auf ein konkretes Krankheitsbild auch bei Mitteilung der nicht möglichen Tätigkeit nicht eindeutig möglich sein wird. Im Ergebnis umfasst die Mitteilungspflicht nur das Vorlegen einer schematischen ärztlichen Bescheinigung.³⁸⁸

3. Zwischenfazit

Untersuchungen sind nur sehr eingeschränkt zulässig, wenn die Beurteilung seiner Gesundheitssituation für die Ausübung seiner konkreten Tätigkeit erforderlich ist. Dies ergibt sich aus der organschaftlichen Treuepflicht unter Heranziehung der arbeitsrechtlichen Grundsätze im Wege der Rechtsanalogie. Regelmäßig sind turnusmäßige Untersuchungen, ohne entsprechende vertragliche Abreden, unzulässig. Besteht ein objektiv begründeter Krankheitsverdacht, muss sich der Geschäftsleiter allerdings auf seine Einsatzfähigkeit untersuchen lassen. Indiz für eine Untersuchungspflicht kann eine Aufforderung der Gesellschaft sein, dies ist jedoch keine zwingende Voraussetzung der Untersuchungspflicht. Das Ergebnis zulässiger Untersuchungen darf der Gesellschaft nur schematisch, bezogen auf die Einsatzfähigkeit des Geschäftsleiters, mitgeteilt werden.

³⁸⁸ Ebenso *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (88). Vgl. auch *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 84 Rn. 108.

III. Informationspflichten

Informationspflichten, die den Umgang des Geschäftsleiters mit seiner Erkrankung regeln, liegen im Gesellschaftsinteresse.³⁸⁹ Gesundheitsbezogene Informationspflichten bewegen sich im Spannungsfeld zwischen Gesellschaftsinteresse, dem Informationsbedürfnis,³⁹⁰ und der grundrechtlich geschützten Rechtssphäre des Geschäftsleiters. Das Recht steht vor der Herausforderung, diese Interessen angemessen auszugleichen.

Zur Lösung dieses Konfliktes kommt die Begrenzung des Anspruches auf einen beschränkten Informationsadressatenkreis sowie einen eingeschränkten Informationsgehalt in Betracht. Auch eine einschränkende Auslegung der relevanten Tatbestandsmerkmale kann zu einem erhöhten Schutz des Geschäftsleiters beitragen.

1. Informationsgläubiger und -schuldner

Zweck kapitalgesellschaftlicher Information ist vornehmlich den verschiedenen Akteuren in der Gesellschaft die Wahrnehmung ihrer Rechte zu ermöglichen.³⁹¹ Gemäß dieser Zielsetzung ist Information nur erforderlich, wo dem jeweiligen Informationsadressaten (Informationsgläubiger) in der Gesellschaft Rechte im Zusammenhang mit der Information zustehen.³⁹² Dies sind in der Aktiengesellschaft die übrigen Vorstandsmitglieder, der Aufsichtsrat, der Aufsichtsratsvorsitzende sowie die Aktionäre beziehungsweise die Hauptversammlung. In der GmbH kommen als Informationsadressaten die übrigen Geschäftsführer, die Gesellschafter sowie gegebenenfalls der (fakultative) Aufsichtsrat in Betracht.

Weitere Organmitglieder sind Informationsadressaten, weil sie ebenso wie der erkrankte Geschäftsleiter zur Führung der Gesellschaft berufen sind (§§ 76 AktG, 35 Abs. 1 GmbHG), was nur dem informierten Geschäftsleiter möglich

³⁸⁹ Ausführlich Kapitel 2.A.II.

³⁹⁰ Welches wesentliche Voraussetzung eines Informationsanspruches ist, *Roth*, Das einheitliche Recht auf Information, S. 93 ff.

³⁹¹ Nachweise in Fn. 193.

³⁹² Vgl. *Druey*, in: FS Wiedemann, S. 809 (813): Die Legitimität des Informationsinteresses ergebe sich im Gesellschaftsrecht aus den „wahrzunehmenden Funktionen“. *Druey* zieht als Begründung auch die Kosten der Information heran, S. 813. Informationsrechte einschränkend, S. 816. Für eine funktionale Bestimmung der Informationspflichten auch *Wilde*, ZGR 1998, 423 (424).

ist. Die Gesellschafter entscheiden über die Entlastung ihres Geschäftsleiters (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 AktG, § 46 Nr. 5 Var. 3 GmbHG). Die GmbH-Gesellschafter sind darüber hinaus auch für Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers (§ 46 Nr. 5 Var. 1 und 2 GmbHG) sowie dessen Überwachung (§ 46 Nr. 6 GmbHG) zuständig. Den AG-Aktionären steht zudem ein grundrechtliches Informationsrecht zur Seite: Informationsansprüche sind schon aus Art. 14 Abs. 1 GG heraus erforderlich, um den Gesellschaftern die Mitwirkung an der Gesellschaft zu ermöglichen.³⁹³ Das Bundesverfassungsgericht akzeptiert jedoch eine Einschränkung der Aktionärsinformation abhängig von der konkreten Gesellschaftsorganisation, das heißt abhängig von konkreten Aktionärsrechten, denn nur zu deren Erfüllung benötigen die Aktionäre Informationen.³⁹⁴ Ein völliger Ausschluss von den Vorgängen in der Gesellschaft ist jedoch in Anbetracht von Art. 14 GG nicht zulässig. Der Aufsichtsrat kommt als Informationsadressat wegen seiner Überwachungsaufgabe (§ 111 Abs. 1 AktG) in Betracht. Überwachung setzt zwingend Information voraus.³⁹⁵ Nur ein informiertes Aufsichtsratsmitglied kann die Vorgänge in der Gesellschaft richtig beurteilen und einschätzen. Zudem ist der Aufsichtsrat zuständig für die Bestellung und Abberufung des Vorstands, § 84 AktG.³⁹⁶ Ein in der GmbH fakultativ eingerichteter Aufsichtsrat kann ebenfalls Informationsadressat sein. Welche Rechte dem Aufsichtsrat zustehen, richtet sich nach der konkreten Ausgestaltung im Gesellschaftsvertrag. Bestehen keine Regelungen, kommt das Aktienrecht zur Anwendung (§ 52 Abs. 1 GmbHG). Inwiefern der Aufsichtsrat Informationsadressat sein kann, ist im Einzelfall anhand der konkreten Ausgestaltung des Aufsichtsrats zu bestimmen. Die Öffentlichkeit, genauer der Kapitalmarkt, kommt als Informationsadressat gemäß den vorstehenden Erwägungen nicht in Betracht, dennoch werden auch kollektive Informationspflichten auf ihren Informationsgehalt über den Gesundheitszustand überprüft. Ein Informationsrecht kann sich jedoch aus gesonderten kapitalmarktrechtlichen Vorschriften ergeben.³⁹⁷

³⁹³ BVerfG, 20.09.1999 – 1 BvR 636/95, ZIP 1999, 1798 (Rn. 17).

³⁹⁴ BVerfG, 20.09.1999 – 1 BvR 636/95, ZIP 1999, 1798 (Rn. 19).

³⁹⁵ *Habersack*, in: MünchKomm AktG, § 111 Rn. 44; vgl. auch *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 1; *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 111 Rn. 34.

³⁹⁶ Dies ist „eine der wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats“, *Drinhausen/Marsch-Barner*, AG 2014, 337 (346). Vgl. auch *Beckmann*, Informationsversorgung, S. 22.

³⁹⁷ Dazu Kapitel 3.

Als Informationsschuldner kommt vorrangig die Gesellschaft in Betracht. Das Informationsinteresse sämtlicher Akteure richtet sich in erster Linie auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft, die als juristische Person auch Gegnerin eines Anspruches sein kann. Tatsächlich handelt die Gesellschaft jedoch nur mittels natürlicher Personen, vornehmlich durch die Geschäftsleiter. Der Geschäftsleiter selbst kann wiederum der Gesellschaft gegenüber verpflichtet sein, gegen diese gerichtete Informationsansprüche zu erfüllen beziehungsweise erfüllbar zu machen, indem er sein Wissen der Gesellschaft faktisch zur Verfügung stellt.³⁹⁸ Ein gegen die Gesellschaft gerichteter Anspruch verpflichtet also realiter den Geschäftsleiter.³⁹⁹ Im Allgemeinen wird das gesamte Geschäftsleitungsorgan als Informationsschuldner betrachtet.⁴⁰⁰ Da die Gesellschaft ohne Wissensmittlung einer natürlichen Person nichts wissen kann, ist die beschriebene Situation immer gegeben, wenn die Gesellschaft mit Informationsansprüchen konfrontiert wird. Besondere Bedeutung hat diese Überlegung, wenn ein Informationsanspruch auf Belange gerichtet ist, deren Kenntnis der Geschäftsleiters typischerweise in seiner Privatsphäre erhält, was bei seiner eigenen Erkrankung der Fall ist. Naturgemäß ist der Geschäftsleiter der erste, der eine Krankheit vermutet oder Gewissheit über die Krankheit hat. Dann kommt es, obwohl formal die Gesellschaft Anspruchsgegnerin eines Informationsanspruches ist, faktisch zur Schuldnerstellung des Geschäftsleiters. Da sein Privatbereich betroffen ist, kann der Auskunftsanspruch nur durch seine Mitwirkung erfüllt werden. Obwohl die Gesellschaft vorrangige Informationsschuldnerin ist, sind gesundheitsbezogene Informationsansprüche im Ergebnis faktisch gegen den Geschäftsleiter gerichtet.

³⁹⁸ Vgl. auch *Druey*, in: FS Wiedemann, S. 809 (814): „Informationsverteilung ist im Unternehmen (...) eine Leitungsfunktion (...)“.

³⁹⁹ Vgl. auch *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 1: „(...) kann diese Aufgabe der Information des Aufsichtsrats im Wesentlichen nur durch den Vorstand erfüllt werden.“.

⁴⁰⁰ *Meilicke/Heidel*, DStR 1992, 72 (74).

2. Kollektive Informationspflichten

Kollektive Informationsvorgänge richten sich an die Gesamtheit der Gesellschafter und die (interessierte Kapitalmarkt-⁴⁰¹)Öffentlichkeit.⁴⁰² Informationsadressat ist derjenige, der mit der Gesellschaft in Berührung kommt. Dies sind Gläubiger ebenso wie Gesellschafter.⁴⁰³ Auch außerhalb der Gesellschaft stehende Dritte können auf die Informationen zugreifen. Quelle kollektiver Informationen sind die Bilanzen der Gesellschaft. Die handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften verpflichten das Geschäftsleitungsgesamtorgan⁴⁰⁴ zur Rechenschaftslegung über die Verwendung des Gesellschaftsvermögens.⁴⁰⁵ Mit der Veröffentlichung des Jahresabschlusses samt Anhang sowie des Lageberichtes (§ 264 Abs. 1 S. 1 HGB) ist die Veröffentlichung gesellschaftsbezogener Informationen verbunden.

a. Jahresabschluss

Im Jahresabschluss (§ 325 Abs. 1, 2 HGB) erfolgt eine bilanzielle Aufstellung der Vermögensverhältnisse, aus der Erfolg oder Misserfolg des Unternehmens ersichtlich werden; auch der Personalaufwand der Gesellschaft ist anzugeben (§ 275 Abs. 2 Nr. 6 lit. a HGB: Löhne und Gehälter). Die Angaben müssen sich auf das gesamte Personal der Gesellschaft beziehen, unabhängig von deren Einordnung als Arbeitnehmer.⁴⁰⁶ Auch die Bezüge der Geschäftsleiter werden von diesen Angaben erfasst.⁴⁰⁷ Die Angabe der Vergütung enthält zwar keine gesundheitsbezogenen Informationen, allerdings erfassen Löhne und Gehälter auch Entgeltfortzahlungen.⁴⁰⁸ Soweit krankheitsbedingte Bezügefortzahlungen an den Geschäftsleiter erfolgt sind, sind diese also Bestandteil des Personalaufwandes

⁴⁰¹ Zum Kapitalmarktrecht siehe Kapitel 3.

⁴⁰² Vgl. *Hommelhoff*, ZGR 2000, 748 (750); *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 15 f.

⁴⁰³ Vgl. *Kleindiek*, ZGR 1998, 466 (471). Bei der Verarbeitung der in diesem Abschnitt behandelten Informationen bedarf es regelmäßig entsprechender Fachkenntnisse, *Hommelhoff*, ZGR 2000, 748 (755).

⁴⁰⁴ *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (508).

⁴⁰⁵ Vgl. *Kleindiek*, ZGR 1998, 466 (467 f., 471) m.w.N.

⁴⁰⁶ *Kessler/Freisleben*, in: MünchKomm BilanzR, § 275 HGB Rn. 85; *Reiner/Haußer*, in: MünchKomm HGB, § 275 Rn. 47, 50.

⁴⁰⁷ *Kessler/Freisleben*, in: MünchKomm BilanzR, § 275 HGB Rn. 85; *Reiner/Haußer*, in: MünchKomm HGB, § 275 Rn. 47, 50.

⁴⁰⁸ *Reiner/Haußer*, in: MünchKomm HGB, § 275 Rn. 48, 56.

im Jahresabschluss. Aus der Tatsache, dass Entgeltfortzahlungen geleistet wurden, kann zumindest auf das Vorliegen einer Krankheit in der Vergangenheit geschlossen werden.⁴⁰⁹ Aussagekraft für die Zukunft haben vergangene Bezügefortzahlungen allenfalls in der Zusammenschau mehrerer Jahre; diese Daten könnten unter Umständen einen Schluss auf zukünftig zu erwartende Bezügefortzahlungen zulassen.⁴¹⁰ Allerdings besteht keine Pflicht, die Zahlungen an einzelne Mitarbeiter – auch nicht an die Geschäftsleiter – separat offenzulegen, die Angabe der krankheitsbedingt gezahlten Entgeltfortzahlungen erfolgt vielmehr für das gesamte Gesellschaftspersonal gemeinsam. Einen Schluss auf eine einzelne Person lassen diese Angaben nicht zu. Auch wenn die an den Geschäftsleiter gezahlten Bezügefortzahlungen zu bilanzieren sind, folgt daraus also keine Offenlegungspflicht seines Gesundheitszustandes.

b. Anhang

Auch dem Anhang des Jahresabschlusses kommt eine Informationsfunktion zu.⁴¹¹ Soweit wegen der Wahl des Umsatzkostenverfahrens nicht bereits im Jahresabschluss selbst geschehen, ist im Anhang der Personalaufwand anzugeben (§ 285 Nr. 8 lit. b HGB). Damit wird der Gesundheitszustand des Geschäftsleiters jedoch nicht offengelegt. § 285 Nr. 9 HGB verlangt darüber hinaus Angaben zur Geschäftsleitervergütung, deren Bestandteil auch die geleisteten Bezügefortzahlungen sind. Wieder sind nur die Gesamtbezüge anzugeben, sodass Rückschlüsse auf vergangene oder zukünftige Krankheiten nicht möglich sind. Die Angaben zu Geschäftsleitern erfolgen auch nach dessen Ausscheiden, welches selbst mitteilungspflichtig ist⁴¹² (§ 285 Nr. 10 HGB). Der Grund des Ausscheidens muss allerdings nicht mitgeteilt werden, sodass Rückschlüsse auf eine Erkrankung nicht möglich sind.

c. Lagebericht

Der Lagebericht, der gemäß § 264 Abs. 1 S. 1 HGB von den gesetzlichen Vertretern der Kapitalgesellschaft aufzustellen ist, dient der Darstellung der „Lage

⁴⁰⁹ Vgl. zur Vergangenheitsbezogenheit der Bilanzen *Kleindiek*, ZGR 1998, 466 (472).

⁴¹⁰ Zukunftsbezogene Aussagekraft haben Angaben der Jahresabschlusses nur bei entsprechender analytischer Aufbereitung, vgl. *Kleindiek*, ZGR 1998, 466 (472).

⁴¹¹ *Bitz/Schneeloch/Wittstock/Patek*, Der Jahresabschluss, S. 332 f.

⁴¹² Vgl. *Fleischer*, NZG 2006, 561 (563).

der Kapitalgesellschaft“ entsprechend ihren tatsächlichen Verhältnissen (§ 289 S. 1 HGB). Im Lagebericht ist auch die voraussichtliche Entwicklung der Gesellschaft (§ 289 S. 4 HGB) darzustellen. Er dient der Vermittlung eines Überblicks über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft und beschränkt sich dabei nicht auf zahlenmäßige Darstellungen, sondern ist vielmehr beschreibender und analytischer Natur.⁴¹³ Dem erstellenden Unternehmen steht bei der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung ein Beurteilungsspielraum zu.⁴¹⁴ Der Lagebericht bezieht sich auf die wesentlichen Umstände, die die wirtschaftliche Lage des Unternehmens nachhaltig beeinflussen.⁴¹⁵

Der Lagebericht kann Angaben zum Krankenstand der Arbeitnehmer enthalten,⁴¹⁶ dies ist insoweit relevant, als Krankentage die Gesellschaft mit Entgeltfortzahlungen belasten und die Leistungsfähigkeit des Unternehmens mangels einsetzbaren Personals gemindert ist. Gesonderte Angaben zur Krankheit des Geschäftsleiters erfolgen jedoch nicht.

Der Lagebericht enthält auch Angaben zu den Risiken, denen die Gesellschaft ausgesetzt ist. Diese beschränken sich allerdings regelmäßig auf allgemeine Angaben; konkrete Risikoszenarien werden nicht dargestellt. Eine Krankheit des Geschäftsleiters kann Vergangenheit wie Zukunft der Gesellschaft beeinflussen: Die Erkrankung des Geschäftsleiters verpflichtet zu Bezügefortzahlungen, zudem ist eine längere Abwesenheit des Geschäftsleiters personell zu kompensieren, was die Gesellschaft, je nach Organisationsstruktur, vor Probleme stellen kann. Problematisch ist die Überbrückung der Abwesenheit besonders im Fall eines einköpfigen Geschäftsleitungsorgans.

Es ist im Einzelfall zu beurteilen, ob die Krankheit des Geschäftsleiters tatsächlich einen derart bedeutenden Einfluss auf die Gesellschaft nehmen kann, dass sie in den Lagebericht aufzunehmen ist. Dies ist wohl nur der Fall, wenn das Unternehmen stark von der Person des Geschäftsleiters geprägt ist, sodass sich

⁴¹³ *Bitz/Schneeloch/Wittstock/Patek*, Der Jahresabschluss, S. 347; *Lange*, in: MünchKomm HGB, § 289 Rn. 2. Anders als der Jahresbericht, wird der Lagebericht in Textform erstattet, *Beckmann*, Informationsversorgung, S. 139.

⁴¹⁴ *Lange*, in: MünchKomm HGB, § 289 Rn. 60.

⁴¹⁵ Vgl. *Bitz/Schneeloch/Wittstock/Patek*, Der Jahresabschluss, S. 349; *Lange*, in: MünchKomm HGB, § 289 Rn. 29, 57.

⁴¹⁶ *Kleindiek*, in: MünchKomm BilanzR, § 289 HGB Rn. 106.

dessen Verhinderung oder Ausscheiden aus der Gesellschaft wesentlich wertmindernd auswirkt. Im Regelfall hat der Ausfall des Geschäftsleiters wohl keinen so erheblichen Einfluss auf die Gesellschaft, dass schon im Lagebericht auf dessen Erkrankung hinzuweisen ist.

3. Information der Gesellschafter

Die wichtigsten individuellen⁴¹⁷ gesellschaftsrechtlichen Informationspflichten finden sich in §§ 51a GmbHG, 131 AktG.⁴¹⁸ Aktien- und GmbH-rechtlicher Auskunftsanspruch entsprechen sich in ihren wesentlichen Tatbestandsvoraussetzungen.⁴¹⁹ Beide Normen gewähren Ansprüche auf Information, sofern es sich bei dem Auskunftsgegenstand um eine Angelegenheit der Gesellschaft handelt und ein Auskunftsverlangen eines Gesellschafters vorliegt. Der aktienrechtliche Anspruch aus § 131 AktG ist jedoch enger gefasst als die GmbH-rechtliche Regelung des § 51a GmbHG.⁴²⁰ Während in einer GmbH keine zeitliche Beschränkung des Auskunftsrechts besteht,⁴²¹ gesteht § 131 AktG den Aktionären nur in der Hauptversammlung Auskunft zu. Zudem muss das Auskunftsverlangen in der AG zur sachgerechten Beurteilung der Tagesordnung erforderlich sein. Der individualrechtliche mitgliedschaftliche Informationsanspruch aus § 51a GmbHG befähigt den Gesellschafter zur Ausübung seiner mitgliedschaftlichen Rechte.⁴²² Die adäquate Ausübung der Überwachung kann die Frage nach dem

⁴¹⁷ *Flore/Lewinski*, GmbH-StB 2001, 115 (115); *Geißler*, NZG 2001, 539 (539); *Hillmann*, in: MünchKomm GmbHG, § 51a Rn. 5; *Kersting*, in: KK AktG, § 131 Rn. 6; *Lack*, Rechtsfragen des individuellen Auskunftsrechts, S. 44; *Lutter*, ZGR 1982, 1 (3); *Raiser/Veil*, KapGesR, § 16 Rn. 42, § 37 Rn. 12; *Theiselmann*, GmbH-StB 2011, 334 (335).

⁴¹⁸ Daneben bestehen weitere individuelle Informationsansprüche, wie zum Beispiel §§ 295 Abs. 2 S. 3, 319 Abs. 3 S. 5, 326 AktG. Daraus lassen sich jedoch keine über die Ansprüche aus §§ 131 AktG, 51a GmbHG hinausgehenden Erkenntnisse gewinnen, weshalb die Untersuchung weitere individuelle Informationsansprüche nicht behandelt.

⁴¹⁹ Vgl. *Raiser/Veil*, KapGesR, § 27 Rn. 11.

⁴²⁰ Vgl. auch *Raiser/Veil*, KapGesR, § 37 Rn. 11.

⁴²¹ *Flore/Lewinski*, GmbH-StB 2001, 115 (116).

⁴²² BGH, 06.03.1997 – II ZB 4/96, GmbHR 1997, 705 (Rn. 6); *Grunewald*, ZHR 1982, 211 (217); *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 51a Rn. 1; *Lutter*, ZGR 1982, 1 (3); OLG Düsseldorf, 13.07.2015 – 26 W 16/14, ZIP 2015, 1779 (Rn. 60 m.w.N.); OLG Hamm, 25.10.2001 – 15 W 118/01, GmbHR 2002, 163 (Rn. 15). Zur Entwicklung des § 51a GmbHG *K. Schmidt*, in: FS 100 Jahre GmbHG, S. 559 (559 ff.).

Gesundheitszustand des Geschäftsführers erfordern.⁴²³ Neben die Funktion als Individualrecht tritt bei § 131 AktG die Funktion zur beschlussvorbereitenden Information der Hauptversammlung.⁴²⁴ Auch dabei kann die Kenntnis des Gesundheitszustandes des Geschäftsleiters relevant werden, etwa wenn die Entlastung des Vorstands auf der Tagesordnung steht (§ 119 Abs. 1 Nr. 3, 1. Var. AktG). In diesem Zusammenhang wird das Fragerecht häufig auch dazu genutzt, allgemeine Informationen über Gesellschaft wie Vorstandsmitglieder zu erfragen, die der Hauptversammlung ansonsten versagt sind, weil die Vorstandsüberwachung nicht in ihren Zuständigkeitsbereich fällt.

a. Gesundheitszustand als Angelegenheit der Gesellschaft

Der Gesundheitszustand des Geschäftsführers kann als Angelegenheit der Gesellschaft tauglicher Gegenstand eines Auskunftsverlangens sein. Das Tatbestandsmerkmal konkretisiert das rechtlich anerkannte Informationsinteresse.⁴²⁵ Das Tatbestandsmerkmal „Angelegenheit der Gesellschaft“ legen Rechtsprechung⁴²⁶ wie Literatur⁴²⁷ weit aus, es umfasst alle rechtlichen und wirtschaftli-

⁴²³ Vgl. zum Auskunftsanspruch des Aktionärs: *Ebenroth*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs, S. 112 f.

⁴²⁴ *Kubis*, in: FS Kropff, S. 172 (180 ff.); *Stöber*, DStR 2014, 1680 (1680); *Zetzsche*, Aktionärsinformation, S. 20 f.

⁴²⁵ Vgl. *Roth*, Das einheitliche Recht auf Information, S. 196 f.

⁴²⁶ Zum Beispiel OLG Jena, 14.09.2004 – 6 W 417/04, ZIP 2004, 2003 (Rn. 16); OLG München, 13.12.2007 – 31 Wx 48/07, GmbHR 2008, 104 (Rn. 11).

⁴²⁷ Zum Beispiel *Flore/Lewinski*, GmbH-StB 2001, 115 (116); *Grunewald*, ZHR 1982, 211 (214); *Hillmann*, in: MünchKomm GmbHG, § 51a Rn. 26; *Karl*, DStR 1995, 940 (943); *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 131 Rn. 11; *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Auflage 2009, § 51a Rn. 8; *Masuch*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 51a Rn. 11; *Raiser/Veil*, KapGesR, § 16 Rn. 44; *Reger*, in: HK AktG, § 131 Rn. 7; *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 51a Rn. 5; *Siems*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 131 Rn. 23; *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 131 Rn. 28; *Teichmann*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 51a Rn. 15; *Tietze*, Informationsrechte, S. 15.

chen Verhältnisse, die die Unternehmensführung sowie das Gesellschaftsvermögen betreffen,⁴²⁸ also alle Tatsachen mit Gesellschaftsbezug⁴²⁹. Auch Tatsachen außerhalb der Gesellschaft können einen derart engen Bezug zur Gesellschaft aufweisen, dass sie als Angelegenheiten der Gesellschaft einzuordnen sind („mittelbare Gesellschaftsangelegenheiten“⁴³⁰).⁴³¹ Dieser Kategorie sind auch Informationen über den Geschäftsleiter als Person zuzuordnen. Angelegenheiten des Geschäftsleiters sind bei entsprechendem Gesellschaftsbezug mittelbare Gesellschaftsangelegenheiten und somit als Auskunftsgegenstand der §§ 51a GmbHG, 131 Abs. 1 AktG geeignet.⁴³²

Verschiedene Stimmen der Literatur weisen hingegen pauschal darauf hin, private Angelegenheiten der Geschäftsleiter seien keine Angelegenheiten der Gesellschaft.⁴³³ Demnach wäre der Gesundheitszustand des Geschäftsleiters dem Auskunftsanspruch nicht zugänglich. Eine valide Begründung erfolgt allerdings nicht. Überwiegend⁴³⁴ wird ohne nähere Erläuterung Bezug auf einen Beschluss des Oberlandesgerichts Jena vom 14.09.2004⁴³⁵ genommen, in dem das Gericht zu der Frage eines Anspruches aus § 51a GmbHG ausführt: „Ein Informationsrecht ist lediglich dann nicht gegeben, wenn rein private Umstände Gegenstand

⁴²⁸ *Flore/Lewinski*, GmbH-StB 2001, 115 (116); *Hillmann*, in: MünchKomm GmbHG, § 51a Rn. 26; vgl. auch *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 32 f.; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 51a Rn. 19; *Karl*, DStR 1995, 940 (943); *Masuch*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 51a Rn. 11; *Schneider*, GmbHR 2008, 638 (638); *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 131 Rn. 28; *Teichmann*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 51a Rn. 15.

⁴²⁹ *Grunewald*, ZHR 1982, 211 (214); *Raiser/Veil*, KapGesR, § 16 Rn. 45. Die Angelegenheiten der Gesellschaft können auch als die „vergemeinschafteten Angelegenheiten der Gesellschafter“ (*Müller*, GmbHR 1987, 87 (88)) bezeichnet werden.

⁴³⁰ *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 37.

⁴³¹ *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 131 Rn. 28.

⁴³² Vgl. auch *Kubis*, ZGR 2014, 608 (610).

⁴³³ *Hillmann*, in: MünchKomm GmbHG, § 51a Rn. 26; *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Auflage 2009, § 51a Rn. 8; *Masuch*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 51a Rn. 11; *Schneider*, GmbHR 2008, 638 (638); *Teichmann*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 51a Rn. 15; *Theiselmann*, GmbH-StB 2011, 334 (335); *Wicke*, in: Wicke, GmbHG, § 51a Rn. 3. Auf „fließende Grenzen“ hinweisend *Karl*, DStR 1995, 940 (943). Anders *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 37; *Raiser/Veil*, KapGesR, § 37 Rn. 16. Differenzierter *Karasu*, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 48.

⁴³⁴ *Masuch*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 51a Rn. 11; *Teichmann*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 51a Rn. 15; *Wicke*, in: Wicke, GmbHG, § 51a Rn. 3.

⁴³⁵ OLG Jena, 14.09.2004 – 6 W 417/04, ZIP 2004, 2003.

der Auskunft sein sollen“.⁴³⁶ Das Gericht hatte sich mit einem Antrag auf Prozesskostenhilfe zu befassen, die der Antragsteller für einen auf Auskunftserteilung gerichteten Antrag begehrte. Er kündigte unter anderem den Antrag auf Einsichtnahme in Buchungsbelege an, die die Rückführung von Darlehen betreffen, welche von Gesellschaftern gewährt wurden. Die Darlehen hatte das Landgericht Mühlhausen zuvor wegen der Wahrnehmung persönlicher Interessen nicht als Angelegenheit der Gesellschaft eingeordnet. Davon abweichend wollte das Oberlandesgericht Jena private Umstände nur nicht als Angelegenheit der Gesellschaft werten, wenn es sich um „rein private“ Umstände handelt.⁴³⁷ „Rein privat“ sind Umstände jedoch nur, wenn kein Bezug zu der Gesellschaft besteht. Die Frage, ob der Gesellschaftsbezug bei Privatangelegenheiten der Geschäftsführer grundsätzlich fehlt, beantwortet das Gericht ebenso wenig wie die Autoren, die sich auf den Beschluss beziehen. Die Formulierung „rein privat“ lässt darauf schließen, dass das Gericht es zu Recht für möglich hielt, dass Angelegenheiten zugleich privater wie gesellschaftlicher Natur sein können. Gerade die Gesundheit des Geschäftsführers stellt eine Privatangelegenheit dar, die enorme Auswirkungen auf die Gesellschaft haben kann.⁴³⁸ Das Oberlandesgericht Jena hatte sich mit einer solchen Frage jedoch nicht auseinanderzusetzen. Eine grundsätzliche Aussage zu der Problematik gleichfalls unternehmensbezogener wie privater Angelegenheiten enthält der Beschluss nicht.

Auch der Hinweis⁴³⁹ auf eine Urteilsanmerkung von Ebenroth/Wilken⁴⁴⁰ verfährt nicht. Die der Urteilsanmerkung zugrundeliegende Entscheidung des Landgerichts Berlin⁴⁴¹ befasst sich mit dem aktienrechtlichen Informationsanspruch aus § 131 AktG. Die Autoren kritisieren, dass die Mitgliedschaft von Vorstandsmitgliedern des Vorstands der Mutter- sowie der Tochtergesellschaft in

⁴³⁶ OLG Jena, 14.09.2004 – 6 W 417/04, ZIP 2004, 2003 (Rn. 16).

⁴³⁷ Ebenfalls rein private Umstände als Informationsgegenstand ausschließend *Theiselmann*, GmbH-StB 2011, 334 (335).

⁴³⁸ Siehe bereits zuvor Kapitel 1.B.

⁴³⁹ *Lutter*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, 17. Auflage 2009, § 51a Rn. 8.

⁴⁴⁰ *Ebenroth/Wilken*, BB 1993, 1818.

⁴⁴¹ LG Berlin, 24.06.1993 – 93 O 244/92, BB 1993, 1827.

der gleichen Studentenverbindung implizit vom Landgericht Berlin als Angelegenheit der Gesellschaft behandelt wurde.⁴⁴² Sie machen jedoch keine weitergehenden Ausführungen zu einem generellen Ausschluss privater Angelegenheiten der Vorstandsmitglieder. Vielmehr verweisen sie darauf, dass die Form der angegriffenen Fragestellung nicht korrekt gewesen sei. Mangels Darstellung des Gesellschaftsbezuges sei keine Angelegenheit der Gesellschaft erfragt worden. In dem Auskunftsverlangen habe bereits eine Begründung dafür enthalten sein müssen, weshalb die Privatangelegenheit, die Mitgliedschaft in einer Studentenorganisation, eine Angelegenheit der Gesellschaft darstellen solle.⁴⁴³ Ebenroth/Wilken gehen also sehr wohl davon aus, dass Privatangelegenheiten zu Angelegenheiten der Gesellschaft werden können, jedoch die Fragestellung im Rahmen des Auskunftsbegehrens bereits deutlich machen muss, warum es sich bei einer Privatangelegenheit (ausnahmsweise) um eine Angelegenheit der Gesellschaft handelt.⁴⁴⁴

Eine valide Begründung, weshalb eine sowohl private als auch unternehmensbezogene Angelegenheit nicht Gegenstand eines Auskunftsanspruches sein kann, ist in Rechtsprechung wie Literatur nicht auszumachen. Ausgehend von der Konzeption der §§ 51a GmbHG, 131 AktG ist eine Begrenzung auf rein gesellschaftsbezogene Sachverhalte auch nicht überzeugend. Der den Gesellschaftern gewährte Auskunftsanspruch sichert ihre Möglichkeit, die Geschäftsführung zu überwachen. Für die Geschäftsführung können sowohl rein unternehmensbezogene wie auch zugleich privat- und unternehmensbezogene Belange relevant sein.⁴⁴⁵ Lediglich ausschließlich private Belange spielen keine Rolle. Eine effektive Überwachung der Geschäftsführungstätigkeiten erfordert den Zugang der Gesellschafter zu allen Informationen, die die Geschäftsführung betreffen. Als Ausgleich für die Überlassung von Kapital an die Geschäftsleiter, über das diese eigenverantwortlich verfügen können, muss den Gesellschaftern ein Anspruch

⁴⁴² *Ebenroth/Wilken*, BB 1993, 1818 (1820).

⁴⁴³ *Ebenroth/Wilken*, BB 1993, 1818 (1820).

⁴⁴⁴ So auch *Kubis*, ZGR 2014, 608 (610).

⁴⁴⁵ Anerkannt ist etwa die Vorbildung des Geschäftsleiters als Gesellschaftsangelegenheit, OLG Düsseldorf, 22.07.1986 – 19 W 2/87, NJW-RR 1987, 551 (551 f.).

auf die Einschätzung, ob der jeweilige Geschäftsleiter zur Geschäftsführung geeignet ist, zustehen.⁴⁴⁶ Demnach müssen alle Informationen mit Gesellschaftsbezug als Angelegenheiten der Gesellschaft qualifiziert werden. Erst in einem weiteren Schritt kann nach entgegenstehenden Geschäftsleiterrechten gefragt werden.

Rechtsprechung und vereinzelte Literaturstimmen sehen Sinn und Zweck des § 131 AktG auch im Schutz der Aktionäre als Anleger. Die Information solle gewährleisten, dass der Aktionär die Qualität der Geschäftsführung beurteilen und über den Umgang mit seiner Investition entscheiden könne.⁴⁴⁷ Mittelbar dient § 131 AktG damit auch dem Schutz des gesamten Kapitalmarktes.⁴⁴⁸ Wird Sinn und Zweck des § 131 AktG in der Möglichkeit des Aktionärs gesehen, sich über die Qualität der Geschäftsführung zu informieren, muss als Angelegenheit der Gesellschaft auch gelten, was die persönliche Geeignetheit des Vorstands als Geschäftsleiter betrifft,⁴⁴⁹ also für die Leistungsfähigkeit des Vorstands von Bedeutung ist. Damit ist der Gesundheitszustand Angelegenheit der Gesellschaft und als solche dem Informationsverlangen nach § 131 AktG grundsätzlich zugänglich.

Mit Beschluss vom 24.08.1995⁴⁵⁰ hat das Kammergericht entschieden, eine Tätigkeit eines AG-Vorstands außerhalb der Gesellschaft (im konkreten Fall als Aufsichtsratsmitglied einer anderen Gesellschaft) könne als gesellschaftliche Angelegenheit eingestuft werden, wenn diese derart zeitaufwändig sei, dass sie sich auf die Pflicht des Vorstands zu ordentlicher und sorgfältiger Geschäftsführung (§ 93 Abs. 1 AktG) auswirke.⁴⁵¹ Gleiches muss auch für den Gesundheitszustand des Geschäftsleiters gelten. Wirkt sich der Gesundheitszustand derart auf seine Tätigkeit aus, dass er dieser nicht mehr ordnungsgemäß nachgehen kann, ist dieser nicht nur um eine persönliche Angelegenheit, sondern muss der

⁴⁴⁶ *Ebenroth*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs, S. 113.

⁴⁴⁷ Ständige Rspr., beispielhaft BGH, 05.11.2013 – II ZB 28/12, BGHZ 198, 354 (Rn. 20); BGH, 14.01.2014 – II ZB 5/12, NZG 2014, 423 (Rn. 26).

⁴⁴⁸ *Siems*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 131 Rn. 2 f.

⁴⁴⁹ Fragen zur Person des Vorstandes, des Aufsichtsrates u.U. auch zur Person von Geschäftspartnern, sollen zulässig sein nicht jedoch Fragen nach Angaben über die Aktionäre, *Siems*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 131 Rn. 23.

⁴⁵⁰ KG, 24.08.1995 – 2 W 4557/94, ZIP 1995, 1592 (1592 ff.).

⁴⁵¹ KG, 24.08.1995 – 2 W 4557/94, ZIP 1995, 1592 (1594).

Gesundheitszustand auch als Angelegenheit der Gesellschaft eingestuft werden.⁴⁵²

Der Gesundheitszustand des Geschäftsführers ist als Angelegenheit der Gesellschaft zu qualifizieren, soweit dieser einen Bezug zur Gesellschaft aufweist, die Gesundheit des Geschäftsleiters sich also auf die Gesellschaft auswirken kann.⁴⁵³

Dies kann durchaus der Fall sein:⁴⁵⁴ Eine Krankheit des Geschäftsleiters ist wegen dessen eingeschränkter Leistungsfähigkeit dazu geeignet, die Qualität seiner Arbeit zu beeinträchtigen. Zudem kann sie die Entscheidungsfindung des Geschäftsleiters beeinflussen, der sich etwa nur noch auf kurzfristige und nicht mehr auf langfristige Ziele besinnt. Am deutlichsten tritt der Gesellschaftsbezug zu Tage, wenn die Krankheit zum Ausfall des Geschäftsführers führen wird. Die Krankheit wirkt sich auch auf die rechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft aus, etwa wenn die Kündigung des Geschäftsleiteranstellungsvertrages erforderlich wird. Betroffen sind auch die finanziellen Interessen der Gesellschaft, weil zum Beispiel Geschäftsführerbezüge im Krankheitsfalle fortgezahlt werden müssen, und die tatsächlichen Verhältnisse, wenn beispielsweise ein Wechsel in der Person des Geschäftsführers erforderlich wird.

Anders zu beurteilen ist ein Krankheitsverdacht,⁴⁵⁵ denn Beeinträchtigungen der Gesellschaft stehen in diesem Stadium noch nicht fest. Ebenso wie im Krankheitsfall muss allerdings jede Beeinträchtigung der Gesellschaft aufgrund des Krankheitsverdachts als Angelegenheit der Gesellschaft qualifiziert werden. Soweit die Gefahr besteht, dass durch Arztbesuche oder Ähnliches eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit des Geschäftsleiters erfolgt, ist auch der Krankheitsverdacht als Angelegenheit der Gesellschaft zu qualifizieren.

⁴⁵² Sehr knapp auch *Karasu*, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 139; angedeutet auch bei *Tietze*, Informationsrechte, S. 13.

⁴⁵³ Vgl. zu privaten Angelegenheiten *Müller*, GmbHR 1987, 87 (93); *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 131 Rn. 51, 56. Den Gesundheitszustand ohne Begründung als tauglichen Informationszustand zulassend, *Karasu*, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 48. Vgl. auch *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 51a Rn. 19; *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 37.

⁴⁵⁴ Angedeutet bei *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 51a Rn. 5.

⁴⁵⁵ Eine Informationspflicht bei Krankheitsverdacht ablehnend *Lutter*, Der Aufsichtsrat 2009, 97 (97). Die vertragliche Vereinbarung einer solchen Pflicht ablehnend *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 108.

Der Gesundheitszustand des Geschäftsleiters ist als Angelegenheit der Gesellschaft⁴⁵⁶ zu qualifizieren, wenn eine Erkrankung wesentliche Auswirkungen auf die Gesellschaft hat. Damit ist der Gesundheitszustand ein tauglicher Informationsgegenstand der Ansprüche aus §§ 51a GmbH, 131 AktG.

b. Gesundheitsbezogenes Auskunftsverlangen

Individuelle Informationsansprüche müssen durch einen berechtigten Gesellschafter geltend gemacht werden. Anlasslose Mitteilungspflichten des Geschäftsleiters ergeben sich aus § 51a Abs. 1 GmbHG oder § 131 Abs. 1 AktG nicht,⁴⁵⁷ dies gilt umso mehr für einen so sensiblen Bereich wie den der Gesundheitsdaten, der einen zurückhaltenden Umgang mit Veröffentlichungen erfordert. Der Gesellschafter muss in seinem Auskunftsverlangen den Gegenstand sowie die Art der verlangten Information angeben,⁴⁵⁸ er muss also ausdrücklich Informationen zum Gesundheitszustand beziehungsweise der Einsatzfähigkeit des Geschäftsleiters erfragen.

Umstritten ist, ob der Gesellschafter, der einen Anspruch geltend macht, sein Informationsinteresse darlegen muss, er also einen objektiven Anlass geltend machen muss, der ihn an der Gesundheit des Geschäftsführers zweifeln lässt. Die Befürworter dieser Frage sind der Ansicht, ein Gesellschafter dürfe generell

⁴⁵⁶ In Bezug auf den aktienrechtlichen Auskunftsanspruch ist umstritten, ob dem Merkmal Angelegenheit der Gesellschaft eine eigenständige Bedeutung zukommt, da § 131 AktG auch die Voraussetzung der Erforderlichkeit enthält. Ablehnend etwa *Kersting*, in: KK AktG, § 131 Rn. 94 ff.; wohl auch *Wüsthoff*, Auskunftsanspruch des Aktionärs nach § 131 AktG, S. 7. Die Gegner des Tatbestandsmerkmals meinen, es könne grundsätzlich keiner Information die Eignung als Angelegenheit der Gesellschaft abgesprochen werden, denn immer könne ein irgendwie gearteter Zusammenhang zur Gesellschaft konstruiert werden (*Kersting*, in: KK AktG, § 131 Rn. 97). Zur ausreichenden Begrenzung des Auskunftsrechts aus § 131 AktG sei das Erforderlichkeitskriterium ausreichend: Soweit eine Angelegenheit erforderlich für die Beurteilung eines Tagesordnungspunktes sei, sei sie auch Angelegenheit der Gesellschaft; ist die Erforderlichkeit zu verneinen, sei es unerheblich, ob es sich um eine Angelegenheit der Gesellschaft handle, da ein Anspruch aus § 131 AktG jedenfalls nicht bestehe (*Kersting*, in: KK AktG, § 131 Rn. 96). Würde dem zugestimmt, wäre die Untersuchung, ob der Gesundheitszustand eine Angelegenheit der Gesellschaft ist, nicht erforderlich. Die zuvor angestellten Erwägungen müssten dann jedoch im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung berücksichtigt werden, sodass sich keine abweichenden Ergebnisse ergeben.

⁴⁵⁷ *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 51a Rn. 4; *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 24; OLG Jena, 14.09.2004 – 6 W 417/04, ZIP 2004, 2003 (Rn. 15); *Siems*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 131 Rn. 18, der jedoch eine allgemeine Informationspflicht „de lege ferenda“ befürwortet; *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 131 Rn. 20.

⁴⁵⁸ *Bitter*, ZIP 1981, 825 (827); *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 51a Rn. 18.

keine Ansprüche geltend machen, wenn diese nicht von gesellschaftsrelevanten Interessen getragen werden.⁴⁵⁹ Zudem diene das Informationsbedürfnis der Begrenzung des Informationsanspruches.⁴⁶⁰ Dies folge schon aus der mitgliederschaftlichen Treuepflicht der Gesellschafter. Laut überwiegender Meinung in der Literatur ist das Informationsbedürfnis des Gesellschafters als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal hingegen abzulehnen.⁴⁶¹ Das Gesetz biete keine Grundlage für eine Einschränkung des Informationsrechts der Gesellschafter.⁴⁶² Der Gesetzgeber habe ein umfassendes, nicht über den Wortlaut der Normen hinaus einschränkbares Informationsrecht⁴⁶³ als Korrelat zu den großen Einflussmöglichkeiten des Geschäftsführers vorgesehen.⁴⁶⁴ Derjenige Gesellschafter, der völlig ohne Informationsinteresse handele, verhalte sich allerdings rechtsmissbräuchlich, weshalb der Informationsanspruch gemäß § 242 BGB ausnahmsweise ausgeschlossen sei.⁴⁶⁵ Das Informationsinteresse müsse daher nur dargelegt werden, wenn dies zur Feststellung einer rechtsmissbräuchlichen Anspruchsstellung erforderlich sei.⁴⁶⁶

Letzterer Ansicht ist zuzustimmen. Grundsätzlich ist das Auskunftsverlangen nicht zu begründen.⁴⁶⁷ Ist jedoch das Informationsbedürfnis beziehungsweise die Qualifikation oder im Fall des § 131 AktG der Sachzusammenhang mit der Tagesordnung nicht eindeutig, muss dieses Interesse dargelegt werden.⁴⁶⁸ Dies gilt insbesondere für gemischt privat- wie gesellschaftsbezogene Angelegenheiten.

⁴⁵⁹ *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 37.

⁴⁶⁰ *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 37. *K. Schmidt* sieht jedoch die ausdrückliche Geltendmachung eines Informationsinteresse dort für nicht erforderlich, wo dieses bereits Eingang in den Tatbestand des Informationsanspruches gefunden habe, wie die bei § 131 AktG der Fall sei.

⁴⁶¹ *Grunewald*, ZHR 1982, 211 (222); *Karl*, DStR 1995, 940 (941); *Lutter*, ZGR 1982, 1 (4 f.); *Müller*, GmbHR 1987, 87 (89); *Tietze*, Informationsrechte, S. 17 ff. Ebenso OLG Frankfurt a.M., 07.08.2007 – 20 W 104/07, NZG 2008, 158 (Rn. 10).

⁴⁶² *Tietze*, Informationsrechte, S. 17.

⁴⁶³ BT-Drks. 8/1347, S. 44; BT-Drks. 8/3908, S. 75.

⁴⁶⁴ Vgl. *Tietze*, Informationsrechte, S. 17. BT-Drks. 8/1347, S. 44; BT-Drks. 8/3908, S. 75 für ein „umfassendes Auskunftsrecht“.

⁴⁶⁵ *Bitter*, ZIP 1981, 825 (829); *Karl*, DStR 1995, 940 (941); *Müller*, GmbHR 1987, 87 (89 f.); OLG Frankfurt a.M., 07.08.2007 – 20 W 104/07, NZG 2008, 158 (Rn. 10).

⁴⁶⁶ *Bitter*, ZIP 1981, 825 (829).

⁴⁶⁷ So auch *Karl*, DStR 1995, 940 (943).

⁴⁶⁸ Vgl. auch *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 39.

Es bedarf einer besonderen Begründung, weshalb ein privater Umstand ausnahmsweise als Angelegenheit der Gesellschaft zu qualifizieren ist (als gemischt gesellschaftlich-privater Umstand). Der anspruchstellende Gesellschafter muss einen solchen Ausnahmefall vortragen. Er muss sich dabei auf objektive Anhaltspunkte stützen können, die ihn an der Gesundheit des Geschäftsleiters zweifeln lassen und mögliche Beeinträchtigungen der Gesellschaft darstellen. Denn in Anbetracht der den Geschäftsleiter treffenden Beeinträchtigungen ist der Informationsanspruch nur in engen Grenzen zulässig. Das Gesellschaftsinteresse überwiegt die Rechte des Geschäftsleiters nur, wenn es gefährdet ist, insbesondere der Geschäftsablauf gestört ist oder vernünftige Entscheidungen des Geschäftsleiters nicht gewährleistet sind.

c. Kenntnis der Gesellschaft vom Gesundheitszustand ihres Geschäftsleiters

Der Auskunftsanspruch aus §§ 51a GmbHG, 131 AktG richtet sich gegen die Gesellschaft. Zwar lässt der Wortlaut beider Normen bei erster Lektüre vermuten, der Anspruch richte sich gegen die Geschäftsleiter selbst, jedoch ist heute allgemein anerkannt, dass tatsächlich die Gesellschaft als Trägerin der Informationspflicht Anspruchsgegnerin des Informationsanspruches ist.⁴⁶⁹ Die Geschäftsleiter handeln bei der Erfüllung des Informationsanspruchs lediglich als Organ für die Gesellschaft (vgl. §§ 35 Abs. 1 GmbHG, 78 Abs. 1 S. 1 AktG).⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ BGH, 06.03.1997 – II ZB 4/96, GmbHR 1997, 705 (Rn. 5); *Bitter*, ZIP 1981, 825 (827); *Flore/Lewinski*, GmbH-StB 2001, 115 (116); *Geißler*, NZG 2001, 539 (540); *Grunewald*, ZHR 1982, 211 (223); *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 27 f., 50, 60 f.; *Karasu*, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 32; *Karl*, DStR 1995, 940 (942); *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 19; *Lack*, Rechtsfragen des individuellen Auskunftsrechts, S. 101; OLG Hamm, 25.10.2001 – 15 W 118/01, GmbHR 2002, 163 (Rn. 11); *Schneider*, GmbHR 2008, 638 (638); *Siems*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 131 Rn. 16; *Theisemann*, GmbH-StB 2011, 334 (335); *Tietze*, Informationsrechte, S. 24; *Wilde*, ZGR 1998, 423 (441). Bei Verletzung der Informationsansprüche durch die Geschäftsleiter können jedoch Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihren Geschäftsleiter entstehen. Vgl. Kapitel 2.D.I.3. Für die anspruchsberechtigten Gesellschafter ist es vorteilhaft, dass die Gesellschaft und nicht die Gesellschafter selbst das Insolvenzrisiko der Geschäftsleiter tragen, da die Gesellschaft regelmäßig solventer sein wird als der Geschäftsleiter.

⁴⁷⁰ *Flore/Lewinski*, GmbH-StB 2001, 115 (116); *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 51a Rn. 16; *Karl*, DStR 1995, 940 (942); *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 19; *Lack*, Rechtsfragen des individuellen Auskunftsrechts, S. 102; OLG Hamm, 25.10.2001 – 15 W 118/01, GmbHR 2002, 163 (Rn. 11); *Schneider*, GmbHR 2008, 638 (638).

Daraus resultiert ein praktisches Problem: Informationen kann die Gesellschaft nur über ihr bekannte Umstände oder über solche, die sie in zumutbarer Weise ermitteln kann, erteilen. Bei Unkenntnis der Gesellschaft ist der Informationsanspruch nach § 275 Abs. 1 BGB (analog)⁴⁷¹ wegen subjektiver Unmöglichkeit ausgeschlossen.⁴⁷² Die Gesellschaft als juristisches Konstrukt ist jedoch nicht wissensfähig. Zu Wahrnehmungen, Erinnerungen und Wissen sind nur natürliche Personen fähig. Die Fähigkeit juristischer Personen, unbeschränkt am Rechtsverkehr teilzunehmen, setzt zwingend die Fähigkeit zu Wissen voraus, da verschiedene gesetzliche Tatbestände an Wissen anknüpfen, wie zum Beispiel §§ 121 Abs. 1, 626 Abs. 2 S. 2, 814, 819 BGB. Wissen der Gesellschaft kann nur zugerechnetes Wissen natürlicher Personen, nämlich ihrer Organe beziehungsweise deren Organwalter oder ihrer Mitarbeiter,⁴⁷³ sein.⁴⁷⁴ Informationen über seinen Gesundheitszustand besitzt in der Gesellschaft typischerweise zunächst der Geschäftsleiter.⁴⁷⁵ Ein Auskunftsanspruch, der sich auf den Gesundheitszustand des Geschäftsleiters richtet, kann also nur bestehen, wenn sein Wissen der Gesellschaft zuzurechnen ist. Mangels ausdrücklicher Regelung lässt sich diese Frage nur im Wege der Rechtsfortbildung beantworten.⁴⁷⁶

⁴⁷¹ Vgl. *Karasu*, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 140; die Anwendung des allgemeinen Schuldrechts i.R.v. Auskunftsansprüchen ablehnend, eine analoge Anwendung von § 275 BGB jedoch dennoch bejahend *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 76.

⁴⁷² *Müller*, GmbHR 1987, 87 (90 f.); *Siems*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 131 Rn. 62; *Tietze*, Informationsrechte, S. 36.

⁴⁷³ *Bohrer*, DNotZ 1991, 124 (126); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 248; *Richardi*, AcP 1969, 385 (388); *Schneider/Schneider/Hohenstatt*, in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 122; *Taupitz*, Karlsruher Forum 1994, 16 (29 f.); *Waltermann*, AcP 1992, 181 (218); *Waltermann*, NJW 1993, 889 (890); *Wiesner*, BB 1981, 1533 (1533). Die Vertretertheorie, die davon ausgeht, dass die juristische Person selbst nicht handlungs- und willensfähig ist und vergleichbar einer geschäftsunfähigen natürlichen Person der Vertretung bedarf, soll im Rahmen dieser Arbeit nicht (erneut) erörtert werden. Siehe zu der Problematik zum Beispiel: *Beuthien*, in: FS Zöllner, S. 87 (93 ff.); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 250 ff.

⁴⁷⁴ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 248 bezeichnet dies als ein Problem der „Eigenzurechnung“.

⁴⁷⁵ Kenntnisse, die dem Geschäftsleiter nahestehende Personen, die in keinem Zusammenhang zu der Gesellschaft stehen, besitzen, sind bei der Frage nach dem Gesellschaftswissen nicht relevant, vgl. *Taupitz*, Karlsruher Forum 1994, 16 (26).

⁴⁷⁶ Mit weiteren Nachweisen *Raiser*, in: FS Bezenberger, S. 561 (563); *Waltermann*, AcP 1992, 181 (220).

Der Diskurs um das Wissen juristischer Personen wird hauptsächlich im Zusammenhang mit Vertragsschlüssen, zum Beispiel um arglistige Täuschung feststellen zu können, sowie der Kenntnis von Kündigungsgründen, zum Beispiel im Rahmen von § 626 Abs. 2 BGB, oder Verjährungsfristen geführt. Für Informationsansprüche kommt es jedoch auf Wissenszurechnung unabhängig von konkreten Rechtsgeschäften an, denn die Gesundheit des Geschäftsleiters spielt im Rahmen von Verträgen oder anderen Rechtshandlungen regelmäßig keine Rolle.⁴⁷⁷

Die Theorien zur Wissenszurechnung juristischer Personen müssen auf die Anwendbarkeit auch außerhalb von Vertragsschlüssen untersucht werden.

In Literatur und Rechtsprechung haben sich im Laufe der Jahre verschiedene Ansätze zur Wissenszurechnung herausgebildet: Zunächst herrschend war die sogenannte Organtheorie, bei der das Wissen eines Organwalters mit dem Wissen der Gesellschaft gleichgesetzt wird. Diskutiert wurde auch eine Wissenszurechnung nach den Grundsätzen von § 166 BGB sowie auf Grundlage der Regelungen zur passiven Empfangsberechtigung oder nach § 31 BGB (analog). Nunmehr herrscht die Meinung vor, der Gesellschaft sei Wissen aufgrund einer Wissensorganisationspflicht zuzurechnen. Dies wird zum Teil neben einer Wissenszurechnung über § 166 BGB vertreten.⁴⁷⁸ Eine gesicherte Rechtslage besteht in der Frage der Wissenszurechnung nicht.⁴⁷⁹

Trotz verschiedener dogmatischer Begründungen besteht Einigkeit dahingehend, dass das Wissen des handelnden Organ(walter)s der Gesellschaft zuzurechnen ist.⁴⁸⁰ Handelt der alleinvertretungsbefugte Geschäftsführer für die Gesellschaft, ist bei Vertragsschluss auf dessen Kenntnisstand abzustellen. Zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen die verschiedenen Wissenstheorien jedoch, wenn in einem mehrköpfigen, gesamtvertretungsbefugten Vertretungsorgan nur ein Organmitglied Kenntnis von relevanten Umständen hat, dieses Organmitglied an

⁴⁷⁷ Anders mag es in dem Extremfall sein, dass schon die Geschäftsfähigkeit des Geschäftsleiters zweifelhaft ist und daher die wirksame Vertretung der Gesellschaft und die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes in Frage stehen.

⁴⁷⁸ So etwa *Taupitz*, *Karlsruher Forum* 1994, 16 (24 f.).

⁴⁷⁹ *Thomale*, *AG* 2015, 641 (647).

⁴⁸⁰ *Buck-Heeb*, *WM* 2008, 281 (283); *Grunewald*, in: *FS Beusch*, S. 301 (302); *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, § 35 Rn. 60; *Taupitz*, *Karlsruher Forum* 1994, 16 (25); *Verse*, *AG* 2015, 413 (415).

dem konkreten Rechtsgeschäft jedoch nicht beteiligt ist und eventuell von dem Rechtsgeschäft noch nicht einmal wusste.⁴⁸¹

aa. Wissenszurechnung nach der Organtheorie

Die Organtheorie setzt das Wissen des Geschäftsleiters mit dem Wissen der Gesellschaft gleich.⁴⁸² Die Vertreter dieser Theorie⁴⁸³ meinen, zwischen dem Wissen von Gesellschaft und Geschäftsleiter könne nicht unterschieden werden, da „Wissensidentität von Privatperson und Organ“⁴⁸⁴ bestehe.⁴⁸⁵ Wie der Geschäftsleiter Informationen erlangt und worauf sie sich beziehen, ist für die Wissenszurechnung zur Gesellschaft ohne Belang. Die Gesellschaft weiß demnach auch, was der Geschäftsleiter im privaten, von der Gesellschaft unabhängigen Umfeld erfahren hat.⁴⁸⁶ Ebenso gilt das Wissen des Geschäftsleiters über Privates als Wissen der Gesellschaft.⁴⁸⁷ Im Fall eines mehrköpfigen gesamtvertretungsberechtigten Organs reiche bereits die Kenntnis eines einzelnen Organmitgliedes zur Wissensmittlung aus,⁴⁸⁸ da eine Person, gleich ob natürlich oder juristisch, bloßes Teilwissen nicht besitzen könne.⁴⁸⁹

⁴⁸¹ Im Rahmen der Diskussion um das Wissen juristischer Personen wird auch die Frage erörtert, inwieweit Wissen eines ausgeschiedenen Organmitglieds als Wissen der Gesellschaft gelten muss. Diese Frage wird im Zusammenhang mit dem Anspruch der Gesellschafter auf Information über den Gesundheitszustand des Geschäftsleiters jedoch nicht relevant. Im Zeitpunkt des Informationsverlangens ist der betroffene Geschäftsleiter noch Teil des Vertretungsorgans. Ist der Geschäftsleiter bereits aus dem Organ ausgeschieden, fehlt es an einer „Angelegenheit der Gesellschaft“, sodass schon aus diesem Grund ein Anspruch des Gesellschafters auf Auskunftserteilung zu verneinen ist.

⁴⁸² *Richardi*, AcP 1969, 385 (388). Die Organtheorie wird auf Otto von Gierke zurückgeführt, vgl. *Baumann*, ZGR 1973, 284 (288 f.); *Schöpfli*, in: BeckOK BGB, § 21 Rn. 15.

⁴⁸³ Eine der Organtheorie ähnliche Ansicht geht sogar davon aus, dass geschäftsbezogenes Wissen eines jeden Unternehmensmitarbeiters das Wissen der juristischen Person beziehungsweise der Unternehmensorganisation ist (*Aden*, NJW 1999, 3098 (3099)). Wissen wird als die „geschäftszweckbezogene Informationsaufnahme durch zuständige Mitarbeiter jeder Ebene“ (*Aden*, NJW 1999, 3098 (3099)) verstanden, sodass eine abstrakte Wissenszurechnung privaten Wissens nicht in Betracht kommt, unabhängig davon, ob die Informationen eine Bedeutung für die juristische Person haben oder nicht.

⁴⁸⁴ *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 35 Rn. 214.

⁴⁸⁵ So formuliert BGH, 06.04.1964 – II ZR 75/62, BGHZ 41, 282 (Rn. 20), dass „das Wissen schon eines Mitglieds des in der Angelegenheit vertretungsberechtigten Organs (...) das Wissen der Gesellschaft“ sei; ebenso BGH, 08.12.1989 – V ZR 246/87, WM 1990, 524 (525).

⁴⁸⁶ *Goldschmidt*, Die Wissenszurechnung, S. 214.

⁴⁸⁷ *Goldschmidt*, Die Wissenszurechnung, S. 214.

⁴⁸⁸ BGH, 05.04.1990 – IX ZR 16/89, WM 1990, 1028 (Rn. 18).

⁴⁸⁹ *Hartung*, NZG 1999, 524 (526).

Die Gleichsetzung von Organwalter- und Gesellschaftswissen bedeutet, dass die Gesellschaft zeitgleich mit dem Geschäftsführer von dessen Krankheit erfährt. Vermutet der Geschäftsführer, an einer Krankheit zu leiden, vermutet die Gesellschaft dies ebenfalls. Erfährt der tatsächlich erkrankte Geschäftsleiter seine Diagnose, erlangt die Gesellschaft zeitgleich mit ihm Kenntnis. Der Geschäftsführer hätte gegenüber der Gesellschaft keine rechtliche Möglichkeit, Wissen zu verheimlichen. Kenntnisse des Geschäftsleiters wären immer Kenntnisse der Gesellschaft. Der Geschäftsleiter könnte der Gesellschaft folglich nicht als eigenständige Person gegenüberstehen, ein eigenständiger Wissens- und Handlungskreis verbliebe ihm nicht; vielmehr ginge er beziehungsweise sein Wissen vollständig in der Gesellschaft auf. Dies geht jedoch zu weit.⁴⁹⁰

Eine derart weitgreifende Wissenszurechnung ist vom Gesetzgeber nicht gewollt. Das Recht sieht ausdrücklich Situationen vor, in denen der Geschäftsleiter seiner Gesellschaft als Privatperson gegenüber treten kann. Dies ergibt sich etwa aus der Wertung des § 181 BGB. Diese Norm eröffnet dem Geschäftsleiter die Möglichkeit, im eigenen Namen Geschäfte mit der Gesellschaft zu schließen. Der Geschäftsleiter kann etwa über eine Verlängerung seines Anstellungsvertrages verhandeln, ohne dass er als Wissensmittler der Gesellschaft eingeordnet wird. In diesen Fällen kollidiert das Interesse der Gesellschaft mit den Eigeninteressen des Geschäftsleiters; Gesellschaft und Geschäftsleiter stehen einander gegenüber. Der Geschäftsleiter verliert dann folgerichtig die Zuständigkeit, die Verhandlungen als Vertreter der Gesellschaft zu führen. Vielmehr verhandelt er für sich selbst. Unterstützt wird dies auch durch die Rechtsprechung. So geht der BGH davon aus, die Kenntnis des alleinigen Geschäftsführers einer GmbH von Umständen über einen gegen den Geschäftsführer selbst gerichteten Anspruch könne die Verjährung nicht in Gang setzen.⁴⁹¹

Innerhalb der Organtheorie wird eine differenzierte Wissenszurechnung nur hinsichtlich der Beteiligung des wissenden Organwalters vertreten. Ist dieser an einem konkreten Rechtsgeschäft nicht beteiligt, soll sein Wissen der GmbH auch nicht zugerechnet werden.⁴⁹² Wissenszurechnung setzt demnach ein konkretes

⁴⁹⁰ Im Ergebnis wohl ebenso *Taupitz*, *Karlsruher Forum* 1994, 16 (18).

⁴⁹¹ BGH, 15.03.2011 – II ZR 301/09, *GmbHR* 2011, 534 (Rn. 10).

⁴⁹² *Stephan/Tieves*, in: *MünchKomm GmbHG*, § 35 Rn. 214.

Rechtsgeschäft als Anknüpfungspunkt voraus. Bei der Frage nach der Gesundheit des Geschäftsleiters im Rahmen von §§ 51a GmbHG, 131 AktG liegt jedoch kein Rechtsgeschäft vor. Dennoch kann das Wissen um die Gesundheit für die Gesellschaft relevant sein.⁴⁹³ Der Gedanke, die Wissenszurechnung nach der Beteiligung an Rechtsgeschäften zu differenzieren, zielt darauf ab, das zufällig bei einem unbeteiligten Organmitglied vorhandene Wissen nicht zuzurechnen, sondern allein auf das Wissen der handelnden Personen abzustellen.⁴⁹⁴ Wird jedoch ein Informationsanspruch der Gesellschafter an die Gesellschaft gerichtet, ist dieser durch das Leitungsorgan der Gesellschaft, auch unter Mitwirkung des betroffenen Geschäftsleiters, zu beantworten. Da dieser jedoch die von dem Gesellschafter geforderten Informationen besitzt, muss insoweit die Frage als Anknüpfungspunkt ausreichen, sodass das Wissen des Geschäftsleiters um seinen Gesundheitszustand nach dieser einschränkenden Ansicht als Wissen der Gesellschaft gelten muss.

Die Wissensidentität von Gesellschaft und Geschäftsführer lehnen verschiedenen Stimmen der Literatur ab.⁴⁹⁵ Die Zuordnung des Wissens des Organwalters zur Gesellschaft sei keineswegs zwingend, vielmehr handele es sich um eine Wertungsfrage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Wissenszurechnung gerechtfertigt sei.⁴⁹⁶ Auch die Rechtsprechung, die ausdrücklich nie auf die Organtheorie Bezug genommen hat, diese im Ergebnis aber zugrunde legte, spricht schon früh von einer Wissenszurechnung unter wertender Betrachtung.⁴⁹⁷ Die Organtheorie wird auch deshalb als unzureichend erachtet, weil mit ihr nur das Wissen von Organmitgliedern zugerechnet werden kann, was als Wissenszurechnung nicht ausreichend sei.⁴⁹⁸

Für die Organtheorie spricht jedoch folgende Überlegung: Weiß der Geschäftsleiter um seine Krankheit und ist seine Kenntnis dennoch der Gesellschaft nicht zuzurechnen, darf er sein Wissen bei seiner Geschäftsleitertätigkeit außer Acht

⁴⁹³ Vgl. Kapitel 2.A.II.

⁴⁹⁴ Etwas anderes muss gelten, wenn das wissende Organmitglied sich absichtlich an dem Abschluss des relevanten Geschäftes nicht beteiligt. Dann kann es der Gesellschaft nach § 242 BGB versagt sein, sich auf ihre Unwissenheit zu berufen.

⁴⁹⁵ So etwa *Baumann*, ZGR 1973, 284 (289); *Goldschmidt*, Die Wissenszurechnung, S. 214; *Kieser/Kloster*, GmbHR 2001, 176 (177); *Taupitz*, Karlsruher Forum 1994, 16 (27).

⁴⁹⁶ *Baumann*, ZGR 1973, 284 (289).

⁴⁹⁷ Vgl. BGH, 08.12.1989 – V ZR 246/87, WM 1990, 524 (525).

⁴⁹⁸ *Meyer*, WM 2012, 2040 (2042).

lassen, weil er als Privatperson und nicht als Organwalter weiß. Er darf im Extremfall sehenden Auges die Gesellschaft in eine Führungskrise geraten lassen. Gegenüber der Gesellschaft kann er sich darauf berufen, er habe als Geschäftsführer nichts von der fraglichen Information gewusst, weshalb seine Haftung ausscheide.

Der Organtheorie folgend wäre der Gesellschaft das Wissen des erkrankten Geschäftsführers um seinen Gesundheitszustand zuzurechnen. Es bestünde ein Informationsanspruch der Gesellschafter gemäß §§ 51a GmbHG, 131 AktG. Die Organtheorie ist jedoch abzulehnen, da diese die Eigenständigkeit des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft vernachlässigt und ihn damit unzulässig beschränkt.

bb. Wissenszurechnung gemäß § 166 BGB

Andere wollen die Frage nach dem Gesellschaftswissen über § 166 BGB lösen.⁴⁹⁹ § 166 Abs. 1 BGB regelt die Wissenszurechnung im Fall der Stellvertretung, dabei ist auf die Kenntnis der Vertreters, nicht auf die Person des Vertretenen abzustellen. Dies ist nach § 166 Abs. 2 BGB ausnahmsweise anders, wenn der Vertreter im Fall rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht gemäß einer Weisung des Vollmachtgebers handelt. Vertreter dieser Ansicht meinen, der Norm sei die grundsätzliche Wertung zu entnehmen, dass die Kenntnis derjenigen Person relevant sei, die den rechtsgeschäftlichen Tatbestand verwirkliche, dies sei im Fall von Körperschaften das jeweilige Geschäftsführungsmitglied.⁵⁰⁰ Diese Wertung sei der Frage zugrunde zu legen, was die Gesellschaft wisse. Zwar handle es sich insbesondere bei Handlungen von Organen nicht um Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff. BGB. Dies könne der Anwendung von § 166 BGB jedoch nicht entgegenstehen. Die Wissenszurechnung von einer natürlichen Person zu einer nicht wissensfähigen juristischen Person sei mit der Vertretungssituation

⁴⁹⁹ *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, § 35 Rn. 115 ff.; *Baumann*, ZGR 1973, 284 (290 ff.); *Klose*, GmbHR 2012, 1288 (1288); *Lenz*, in: Michalski, GmbHG, § 35 Rn. 105; *Wisskirchen/Kuhn*, in: BeckOK GmbHG, § 35 Rn. 103 ff.; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn. 147.

⁵⁰⁰ *Baumann*, ZGR 1973, 284 (292).

des § 166 BGB vergleichbar.⁵⁰¹ Entsprechend § 166 Abs. 2 BGB sei der Gesellschaft auch das Wissen des nicht an einem Rechtsgeschäft beteiligten Organmitgliedes zuzurechnen.⁵⁰² Aus dem Gesetzeszweck folge die Anwendbarkeit der Vorschrift, auch wenn eine Weisung oder eine Einzelvollmacht nicht erteilt worden sei. Ausreichend sei, dass der Vertretene relevante Kenntnisse besitze und er es gleichwohl zum Abschluss eines Rechtsgeschäftes kommen lasse⁵⁰³ beziehungsweise eine Organisation bestehe, die die Kenntnisnahme durch die handelnde Person nicht ermöglicht⁵⁰⁴. Diese Wertung sei mit Blick auf den Verkehrsschutz anzuerkennen und verhindere eine Besserstellung der Gesellschaft aufgrund ihrer arbeitsteiligen Organisation im Vergleich zu natürlichen Personen,⁵⁰⁵ die nicht erfolgen dürfe⁵⁰⁶. Der Gesellschaft zuzurechnen ist demnach das Wissen der Organmitglieder, die an einem Rechtsgeschäft beteiligt sind beziehungsweise auf ein solches Einfluss nehmen konnten, mithin von dem konkreten Rechtsgeschäft wussten. Etwas anderes soll nur für den Geschäftsleiter gelten, der selbst Schuldner einer Forderung ist und Kenntnis von die Verjährung in Gang setzenden Umständen hat.⁵⁰⁷

⁵⁰¹ *Baumann*, ZGR 1973, 284 (292). Zudem wird aus dem Rechtsgedanken von § 166 BGB auch auf die Figur des „Wissensvertreters“ geschlossen. Wissensvertreter ist, wer zur Erledigung von Aufgaben in eigener Verantwortung betraut ist und in dieser Funktion für seine Tätigkeit relevante Kenntnisse erhält. BGH, 24.01.1992 – V ZR 262/90, BGHZ 117, 104 (Rn. 11); BGH, 18.01.1994 – VI ZR 190/93, MDR 1994, 452 (Rn. 12); BGH, 25.06.1996 – VI ZR 117/95, MDR 1996, 1128 (Rn. 26); BGH, 15.03.2011 – VI ZR 162/10, MDR 2011, 596 (597); BGH, 23.01.2014 – III ZR 436/12, MDR 2014, 330 (Rn. 16). Relevant wird die Figur des Wissensvertreters jedoch nicht für Geschäftsleiter, sondern nur für innerhalb einer Organisation handelnde Personen.

⁵⁰² *Baumann*, ZGR 1973, 284 (292).

⁵⁰³ *Altmeppen*, BB 1999, 749 (752); *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 35 Rn. 115; *Baumann*, ZGR 1973, 284 (292 f.). Kritisch zur Einschränkung der Wissenszurechnung auf beteiligte beziehungsweise wissende Personen, *Waltermann*, AcP 1992, 181 (221).

⁵⁰⁴ BGH, 24.01.1992 – V ZR 262/90, BGHZ 117, 104 (Rn. 15).

⁵⁰⁵ *Wisskirchen/Kuhn*, in: BeckOK GmbHG, § 35 Rn. 104.

⁵⁰⁶ *Lenz*, in: Michalski, GmbHG, § 35 Rn. 107. Das sog. Gleichstellungsargument ist laut *Raiser* in der Praxis jedoch „wenig hilfreich“, *Raiser*, in: FS Bezzenger, S. 561 (576). Das sogenannte Gleichstellungsargument ablehnend *Koller*, JZ 1998, 75 (77 ff.).

⁵⁰⁷ *Wisskirchen/Kuhn*, in: BeckOK GmbHG, § 35 Rn. 103.

Auch über § 166 Abs. 1 BGB kann Wissen nur im Zusammenhang mit einer konkreten Rechtshandlung zugerechnet werden.⁵⁰⁸ Die Norm stellt auf das Wissen des Stellvertreters ab, „soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung (...) beeinflusst werden“. Ein Rechtsgeschäft oder eine konkrete Rechtshandlung, an die eine Wissenszurechnung anknüpfen könnte, liegen bei der Frage nach der Gesundheit des Geschäftsführers im Rahmen individueller Informationsansprüche nicht vor. Es geht vielmehr abstrakt um das Wissen der Gesellschaft. Das Auskunftsverlangen ist kein tauglicher Anknüpfungspunkt für eine analoge Anwendung von § 166 BGB.

Aus § 166 BGB analog lässt sich zudem nur eine Wissenszurechnung nach außen, gegenüber außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten, herleiten. Zu einer Wissenszurechnung innerhalb einer Gesellschaft verhält sich § 166 BGB nicht.⁵⁰⁹ Anknüpfungskriterium ist ein Rechtsgeschäft der Gesellschaft mit außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten. Eine Wissenszurechnung unabhängig von konkreten Rechtshandlungen lässt § 166 BGB nicht zu.⁵¹⁰

Soweit eine Wissenszurechnung gemäß § 166 BGB dennoch akzeptiert wird, kann das Wissen des Geschäftsleiters über seinen Gesundheitszustand nur zugerechnet werden, wenn ein konkretes Rechtsgeschäft vorgenommen wird. Ein Rechtsgeschäft liegt im Fall des Auskunftsverlangens jedoch gerade nicht vor. Das Wissen beeinflusst keine Willenserklärung, sondern ist selbst Anspruchsgegenstand. Eine Zurechnung des Wissens über die Gesundheit kommt nicht in Betracht. Die Regelung des § 166 BGB lässt eine abstrakte, rechtsgeschäftsunabhängige Zurechnung von Wissen nicht zu.⁵¹¹ Demnach kann die Gesellschaft kein abstraktes Wissen über den Gesundheitszustand ihres Geschäftsleiters besitzen.

⁵⁰⁸ *Thomale*, AG 2015, 641 (647); *Waltermann*, AcP 1992, 181 (187); *Waltermann*, NJW 1993, 889 (892).

⁵⁰⁹ „§ 166 I BGB erlaubt bei genauem Hinsehen keine Wissenszusammenrechnung.“, *Waltermann*, NJW 1993, 889 (892). Die Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB auf organschaftliche Vertretungen ablehnend, *Hartung*, NZG 1999, 524 (527).

⁵¹⁰ *Raiser*, in: FS Bezenberger, S. 561 (575); *Thomale*, AG 2015, 641 (647); *Waltermann*, AcP 1992, 181 (187).

⁵¹¹ *Faßbender/Neuhaus*, WM 2002, 1253 (1258); *Kieser/Kloster*, GmbHR 2001, 176 (178).

cc. Wissenszurechnung nach den Regeln der passiven Empfangsberechtigung

Andere ziehen als Grundlage der Wissenszurechnung die Regeln der passiven Empfangsvertretung heran, die insoweit analog anzuwenden sein sollen.⁵¹² Gemäß §§ 28 Abs. 2 BGB a.F., 78 Abs. 2 AktG, 35 Abs. 2 S. 3, 25 Abs. 1 S. 3 GenG gelte eine Willenserklärung als der Gesellschaft zugegangen, wenn sie einem einzelnen Organmitglied zugeht. Daraus könne auf den allgemeinen Grundsatz geschlossen werden, dass das Wissen einzelner Organmitglieder der gesamten Gesellschaft zuzurechnen sei. Der Zugang einer Willenserklärung stelle ebenso wie die Wissenserlangung einen tatsächlichen Vorgang dar. Auf die Frage der tatsächlichen Kenntnisnahme komme es bei der Feststellung des Zugangs einer Willenserklärung nicht an. Die Regeln der Passivvertretung seien ein Tatbestand der Wissenszurechnung, welcher in analoger Anwendung⁵¹³ die Zurechnung des durch ein Organmitglied erlangten Wissens zur Gesellschaft vorsehe. Demnach wäre das Wissen des Geschäftsführers Wissen der GmbH.

Die Heranziehung der Regeln zur passiven Empfangsvertretung lässt eine Eingrenzung auf das gesellschaftsbezogene Wissen zu und bietet damit einen Vorteil gegenüber der Organtheorie. Denn spätestens wenn sich herausstellt, dass eine Erkrankung die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Geschäftsleiteraufgaben beeinträchtigt, steht dessen Erkrankung in direktem Zusammenhang mit der Gesellschaft.

Dennoch ist Wissenszurechnung unter Zuhilfenahme der Regeln zur passiven Empfangsberechtigung abzulehnen. Diese gehen nicht von einer Wissenszurechnung aus, sondern fingieren nur den Zugang auf einen vorgelagerten Zeitpunkt. Praxisnah lässt das Gesetz den Zugang bei einem einzelnen Organmitglied ausreichen. Dies lässt jedoch keine Rückschlüsse auf die Kenntnis eines einzelnen Organmitglieds zu. Zugang ist keine Kenntnisnahme. Allein daraus, dass auch die Kenntniserlangung einen tatsächlichen Vorgang darstellt, kann die analoge Anwendung der Regeln zur passiven Empfangsvertretung nicht hergeleitet werden.⁵¹⁴

⁵¹² *Wiesner*, BB 1981, 1533 (1536).

⁵¹³ *Wiesner*, BB 1981, 1533 (1536).

⁵¹⁴ Vgl. *Thomale*, AG 2015, 641 (647).

dd. Wissenszurechnung gemäß § 31 BGB (analog)

Vertreten wird auch die Wissenszurechnung über § 31 BGB (analog).⁵¹⁵ § 31 BGB stellt auf Handlungen ab, die „in Ausführung der ihm (Anm.: dem Vorstand des Vereins) zustehenden Verrichtungen“ vorgenommen werden. Die analoge Anwendung von § 31 BGB auf die Wissenszurechnung führt zur Zurechnung des Wissensstands, nicht jedoch des Akts der Wissenserlangung.⁵¹⁶ Eine Differenzierung nach der Herkunft des Wissens kann folglich nicht erfolgen. Auch privat erlangtes Wissen wäre demnach Wissen der Gesellschaft.⁵¹⁷

Gemäß einer anderen Spielart dieser Ansicht soll über § 31 BGB nur „Handeln in organschaftlicher Eigenschaft“ zurechenbar sein. Die Zurechnung privat erlangten Wissens sei gemäß des Wortlautes gerade nicht möglich.⁵¹⁸ Aus eben diesem Grund wird eine Wissenszurechnung über § 31 BGB zur Gesellschaft abgelehnt. Ein Ausklammern privat erlangten Wissens mache keinen Sinn und würde zudem geradezu dazu einladen, sich in einem Prozess darauf zu berufen, relevante Kenntnisse seien auf privatem Wege erlangt worden.⁵¹⁹ Dieser Ansicht folgend, könnte die Gesellschaft nichts über den Gesundheitszustand ihres Geschäftsleiters wissen, da Kenntnisse über den Gesundheitszustand regelmäßig privat erlangt sind. Etwas anderes mag ausnahmsweise bei durch die Gesellschaft initiierten Untersuchungen der Fall sein.

§ 31 BGB stellt auf die Vornahme einer Handlung ab. Eine Handlung fehlt jedoch bei abstrakter Wissenszurechnung. Die Konstruktion einer handlungsunabhängigen Wissenszurechnung ist über § 31 BGB (analog) somit nicht möglich.⁵²⁰ Kritisiert wird an der Wissenszurechnung über § 31 BGB zudem zu Recht, dass Haftung mit Wissen gleichgesetzt werde.⁵²¹ Fragen der Wissenszurechnung be-

⁵¹⁵ *Goldschmidt*, Die Wissenszurechnung, S. 241; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 288; *Waltermann*, AcP 1992, 181 (223 f.).

⁵¹⁶ *Goldschmidt*, Die Wissenszurechnung, S. 249.

⁵¹⁷ *Goldschmidt*, Die Wissenszurechnung, S. 249.

⁵¹⁸ *Kieser/Kloster*, GmbHR 2001, 176 (179); *Thomale*, AG 2015, 641 (649).

⁵¹⁹ *Kieser/Kloster*, GmbHR 2001, 176 (179) lehnen die Wissenszurechnung gemäß § 31 BGB analog unter anderem aus diesem Grund ab.

⁵²⁰ *Faßbender/Neuhaus*, WM 2002, 1253 (1258); *Raiser*, in: FS Bezzenger, S. 561 (575).

⁵²¹ *Kieser/Kloster*, GmbHR 2001, 176 (178).

inhalten jedoch nicht zwingend Haftungsfragen, § 31 BGB ist gerade nicht einschlägig.⁵²² Auch eine Analogie lässt sich nicht begründen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich Haftung und Wissenszurechnung ähneln. Eine vergleichbare Interessenlage, die Voraussetzung einer Analogie ist, besteht nicht. Zudem ist der Personenkreis, über den eine Zurechnung nach § 31 BGB (analog) erfolgen kann, begrenzt.⁵²³ Damit ist § 31 BGB nicht zur Lösung aller im Rahmen der Wissenszurechnung auftretenden Probleme geeignet.

Soweit eine Wissenszurechnung über § 31 BGB (analog) dennoch akzeptiert würde, wäre die Zurechnung des Wissens über den Gesundheitszustand möglich. Dies gilt jedoch nicht, wenn Wissenserlangung in organschaftlicher Funktion vorausgesetzt wird, denn Kenntnis von der Gesundheit erlangt der Geschäftsleiter regelmäßig als Privatperson und nicht in seiner Funktion als Geschäftsleiter.

ee. Wissenszurechnung als Organisationsverpflichtung

Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, der juristischen Person seien Kenntnisse im Wege des Informationsmanagements beziehungsweise einer ordnungsgemäßen Wissensorganisation zuzuschreiben.⁵²⁴ Tatsächlich stelle sich die Frage nach der Wissenszurechnung nicht. In den Fällen, in denen Wissenszurechnung diskutiert werde, gehe es tatsächlich um die Zurechnung fehlerhaften Verhaltens bzw. tatsächlicher Umstände.⁵²⁵ Dieser Begründungsansatz stellt auf die Erwartungen des Vertragspartners sowie dessen Schutzbedürftigkeit ab. Der Vertragspartner erwarte, dass das handelnde Organmitglied die Informationen innerhalb der Gesellschaft, die diese üblicherweise abrufbar vorhalte, auch abrufe.⁵²⁶

⁵²² *Kieser/Kloster*, GmbHR 2001, 176 (178). Vgl. *Thomale*, AG 2015, 641 (647).

⁵²³ *Kieser/Kloster*, GmbHR 2001, 176 (179); *Meyer-Reim/Testorf*, VersR 1994, 1137 (1140).

⁵²⁴ BGH, 02.02.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30 (Rn. 20 ff.); aus der Literatur etwa *Bohrer*, DNotZ 1991, 124 (129 f.); *Buck-Heeb*, WM 2008, 281 (282 ff.); *Grunewald*, in: FS Beusch, S. 301 (304 ff.); *Kieser/Kloster*, GmbHR 2001, 176 (180); i. E. wohl auch *Raiser*, in: FS Bezenberger, S. 561 (576); wohl auch *Schneider/Schneider/Hohenstatt*, in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 124 ff.; *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 35 Rn. 218; i.E. neben der Wissenszurechnung nach § 166 BGB auch *Taupitz*, Karlsruher Forum 1994, 16 (26 ff.); *Waltermann*, NJW 1993, 889 (895).

⁵²⁵ *Bohrer*, DNotZ 1991, 124 (129); *Kieser/Kloster*, GmbHR 2001, 176 (180).

⁵²⁶ *Grunewald*, in: FS Beusch, S. 301 (304); *Schneider/Schneider/Hohenstatt*, in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 125 f. Kritisch *Taupitz*, Karlsruher Forum 1994, 16 (27), der meint, derjenige, der einer Organisation gegenüber trete, wisse, dass er einer arbeitsteilig organisierten juristischen Person gegenüberstehe. Ebenfalls kritisch *Koller*, JZ 1998, 75 (80 f.).

Dieser Ansatz bezweckt, eine Besserstellung juristischer Personen im Vergleich zu natürlichen Personen zu vermeiden („Gleichstellungsprinzip“⁵²⁷).⁵²⁸ Eine Gesellschaft mache sich im Rechtsverkehr den Vorteil der Arbeitsteilung zunutze, was auch im Rahmen der Wissenszurechnung berücksichtigt werden müsse und juristischen Personen nicht zugutekommen dürfe. Wissenszuschreibung sei auch eine Frage der gerechten Risikoverteilung. Von einer Gesellschaft könne und müsse erwartet werden, dass sie sich ordnungsgemäß verhalte. Ordnungsgemäße Wissensorganisation erfordere die Implementierung einer ordnungsgemäßen Informationsverwaltung, welche die Verfügbarkeit von Wissen sicherstellt.⁵²⁹

Demnach weiß eine Gesellschaft um einen Umstand, wenn entweder der Wissensträger selbst handelt oder dieser zur Abfrage der entsprechenden Informationen verpflichtet war. Letzteres setzt wiederum eine vorausgehende Pflicht des Wissenden zur Informationsspeicherung voraus.⁵³⁰ Daraus folgt die Zurechenbarkeit von typischerweise in Akten oder anderen Informationssystemen niedergelegten Informationen. Hinzukommen muss zudem, dass die handelnde Person typischerweise eine Informationsabfrage durchführt.

Wissenszurechnung scheitert also nicht an dem Fehlen eines konkreten Rechtsgeschäftes, da organisiertes Wissen jederzeit, auch abstrakt und ohne Anlass, zur Abfrage bereitsteht. Einen über den bloßen Abfragewillen hinausgehenden Anknüpfungspunkt bedarf die Wissenszurechnung nach dieser Theorie nicht. Wissen um die Gesundheit des Geschäftsleiters ist demnach Wissen der Gesellschaft, wenn es typischerweise aktenmäßig festgehalten wird.

Es stellt sich die Folgefrage, ob und wann Wissen über den Gesundheitszustand des Geschäftsleiters typischerweise aktenmäßig festgehalten wird. Zu untersu-

⁵²⁷ *Thomale*, AG 2015, 641 (648).

⁵²⁸ BGH, 02.02.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30 (Rn. 20 f.); *Grunewald*, in: FS Beusch, S. 301 (317); *Schneider/Schneider/Hohenstatt*, in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 126; *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 35 Rn. 35 Rn. 217; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn. 148. Das sog. Gleichstellungsargument i.E. ablehnend *Koller*, JZ 1998, 75 (77 ff.).

⁵²⁹ *Bohrer*, DNotZ 1991, 124 (130); *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn. 150.

⁵³⁰ *Buck-Heeb*, WM 2008, 281 (282); *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 35 Rn. 218. Zwischen Behörden eines Rechtsträgers soll eine Wissenszurechnung schon ab dem Zeitpunkt erfolgen, zu dem von der Wissensabfrage gebraucht gemacht wurde und eine Wissenszusammenführung möglich ist BGH, 26.06.2014 – IX ZR 200/12, juris (Rn. 2).

chen ist, ob eine entsprechende Pflicht des Geschäftsleiters zur Weitergabe seiner gesundheitsbezogenen Angaben an die Gesellschaft besteht. In diesem Rahmen stellt sich zunächst die Frage, ob privat erlangtes Wissen der Gesellschaft zugerechnet werden kann (1). Die Wissenszurechnung könnte auch daran scheitern, dass die Information eine Information über Privates ist (2). Wird eine Mitteilungspflicht der Geschäftsleiter bejaht, ist auch der Fall der Verletzung dieser Mitteilungspflicht zu beleuchten (3).

(1) Privat erlangtes Wissen

Unter den Vertretern der auf Organisationspflichten beruhenden Wissenszurechnung gibt es sowohl befürwortende⁵³¹ als auch ablehnende⁵³² Stimmen bezüglich der Wissenszuordnung privat erlangten Wissens.

Gegen eine Zuordnung privat erlangten Wissens zur Gesellschaft spreche, dass der Wissensträger nicht zu einer Weitergabe privat erlangter Informationen verpflichtet sein könne, denn der Nutzen der arbeitsteiligen Organisation stoße dort an seine Grenze, wo der Bereich des Unternehmens ende.⁵³³ In einem Urteil des BGH vom 13.10.2000⁵³⁴ sieht *Petra Buck-Heeb* die mittelbare Ablehnung der Zurechnung von privatem Wissen durch den BGH.⁵³⁵ In diesem Urteil entschied der BGH, innerhalb einer Gesellschaft einem Mitglied des Leitungsorgans zugerechnetes Wissen könne ihm in einem außergesellschaftlichen Zusammenhang nicht zugerechnet werden.⁵³⁶ Tatsächlich handelt es sich in dieser Konstellation jedoch nicht um die Frage der Zurechnung privaten Wissens zu der Gesellschaft, denn das betroffene Organmitglied hatte in dem zu entscheidenden Fall unstrittig keine Kenntnis von den in Rede stehenden Umständen. Soweit der Geschäftsleiter als Organmitglied einer anderen Gesellschaft agiert, kommt keine Wissenszurechnung zur zweiten Gesellschaft in Betracht, denn das Vorstandsmitglied wusste tatsächlich nichts von den relevanten Umständen. In die Entscheidung hineinzulesen, eine Zurechnung außerhalb der Gesellschaft erworbenen Wissens

⁵³¹ *Buck-Heeb*, WM 2008, 281 (284); angedeutet bei *Grunewald*, in: FS Beusch, S. 301 (306); angedeutet bei *Schneider/Schneider/Hohenstatt*, in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 128.

⁵³² *Taupitz*, Karlsruher Forum 1994, 16 (27).

⁵³³ *Taupitz*, Karlsruher Forum 1994, 16 (27).

⁵³⁴ BGH, 13.10.2000 – V ZR 34/99, WM 2000, 2515 (Rn. 1 ff.).

⁵³⁵ *Buck-Heeb*, WM 2008, 281 (284).

⁵³⁶ BGH, 13.10.2000 – V ZR 34/99, WM 2000, 2515 (Rn. 15).

finde nicht statt, geht zu weit, denn einen entsprechenden Sachverhalt hatte der BGH nicht zu entscheiden. Vielmehr hatte sich die Entscheidung mit der Frage der Zurechnung von Wissen von einem Mitglied zu einem anderen und über dieses zu einer zweiten Gesellschaft zu befassen. Die Schlussfolgerung, die Zurechnung privat erlangten Wissens sei abzulehnen, hätte nur Bestand, wenn das Organmitglied in einer Gesellschaft tatsächlich für die andere Gesellschaft relevante Kenntnisse erlangt hätte. Die Zurechnung von in einer Gesellschaft vorhandenem Wissen zu einer anderen Gesellschaft nur aufgrund der Personenidentität eines Mitglieds des Leitungsorganes, das die relevanten Kenntnisse nicht besitzt, wurde vom BGH gerade abgelehnt. Eine solch weitgehende Wissenszurechnung lässt sich weder dogmatisch noch aus Gerechtigkeitserwägungen begründen. Eine mittelbare Stellungnahme des BGH zur Zurechnung privat erlangter Kenntnis ist dem Urteil nicht zu entnehmen, denn der fragliche Organwaller hatte gerade keine Kenntnis, hatte folglich auch privat keine Kenntnis erlangt.

Der Nutzen arbeitsteiliger Information im Sinne von Organisationsverschulden verfolgt auch das Ziel der Gleichstellung von Unternehmen mit natürlichen Personen. Handeln natürliche Personen, ist es unzweifelhaft, dass sie privat erlangtes Wissen auch im geschäftlichen Umfeld besitzen. Eine Differenzierung zwischen verschiedenen Wahrnehmungszusammenhängen erfolgt nicht. Das Gleichstellungsargument schließt die Zuordnung privat erlangter Kenntnisse zur Gesellschaft also nicht grundsätzlich aus. Es muss sich allerdings um Wissen handeln, welches typischerweise aktenmäßig niedergelegt wird.

(2) Wissen über private Sachverhalte

Wissenszurechnung scheidet aus, wenn die Weitergabe der entsprechenden Informationen, unabhängig davon, ob es sich um beruflich oder privat erlangtes Wissen handelt, unzulässig wäre.⁵³⁷ Die Informationszurechnung kann folglich an entgegenstehenden Rechten scheitern. Die Weitergabe des Wissens über den Gesundheitszustand des Geschäftsleiters kann nur durch diesen selbst erfolgen. Informiert er die Gesellschaft, willigt er zumindest konkludent in etwaige Verletzungen eigener Rechte ein. Sofern die Informationsweitergabe auf einem freien Entschluss des Geschäftsleiters beruht, steht der Wissenszuordnung zur

⁵³⁷ *Buck-Heeb*, WM 2008, 281 (285).

Gesellschaft nicht entgegen, dass die Information Wissen um Privates ist. Dies gilt umso mehr, wenn der Geschäftsleiter eine Erkrankung mitteilt, die sich wesentlich auf die Gesellschaft auswirken kann. Dann handelt es sich nicht mehr um eine rein private Angelegenheit, sondern das Wissen über den Gesundheitszustand ist vielmehr auch eine der Gesellschaft zuzuordnende Angelegenheit (gemischt gesellschaftlich-privat). Der Gesellschaft steht das Recht zu, über ihre Angelegenheiten informiert zu werden. Dem stehen dann keine Rechte des Geschäftsleiters entgegen. Der Umfang der mitzuteilenden Informationen ist allerdings auf die Mitteilung der Dienstfähigkeit beschränkt.⁵³⁸

(3) Verletzung der Mitteilungspflicht durch den Geschäftsleiter

In Betracht könnte eine Wissenszurechnung kommen, wenn die Organisation der Gesellschaft zwar ordnungsgemäß ausgestaltet ist, der Geschäftsleiter das relevante Wissen jedoch bewusst verschweigt.⁵³⁹ Anknüpfungspunkt der Wissenszurechnung wäre dann die Pflichtverletzung des Geschäftsleiters. Eine solche Konstruktion ist dem BGH nicht fremd: Er hat bereits innerhalb einer Personengesellschaft eine Wissenszurechnung an die Verletzung der Mitteilungspflicht eines Gesellschafters geknüpft.⁵⁴⁰ Dies ist sachgerecht und muss auf Kapitalgesellschaften übertragen werden, denn anderenfalls hat es der Geschäftsleiter in der Hand, den Wissensstand der Gesellschaft zu beeinflussen. Er macht sich zwar unter Umständen schadensersatzpflichtig, kann aber zugleich (Informations-)Ansprüche gegen die Gesellschaft verhindern. Diese Möglichkeit darf dem Geschäftsleiter nicht eröffnet werden. Das Gesellschaftswissen darf nicht vom Willen des Geschäftsleiters abhängen. Geschäftsleiterwissen, das der Gesellschaft zu offenbaren ist, muss als Wissen der Gesellschaft betrachtet werden. Dies ergibt sich gerade auch aus dem Gleichstellungsargument, denn auch der natürlichen Person ist es rechtlich nicht gestattet, Wissen absichtlich zurückzuhalten, auch wenn der Beweis des Wissens problematisch sein mag. Wissenszurechnung ist nicht von dem bewussten Verhalten des Geschäftsleiters abhängig, sondern ist an objektive Kriterien zu knüpfen. Es kommt vorrangig darauf an, ob

⁵³⁸ Vgl. Kapitel 2.C.II.2.f.

⁵³⁹ Dies ist ein Problem von Informationspflichten, denn „Informationspflichten sind in natura (...) nur mit der Kooperation des Schuldners vollständig durchsetzbar“, *Druey*, in: FS Wiedemann, S. 809 (811).

⁵⁴⁰ BGH, 12.11.1998 – IX ZR 145/98, BGHZ 140, 54 (Rn. 31).

die jeweilige Information typischerweise der Gesellschaft zur Verfügung gestellt und aktenmäßig festgehalten wird.

(4) Stellungnahme

Nach der Theorie der Zurechnung typischerweise aktenmäßig festgehaltenen Wissens kann der Gesellschaft nur das Wissen über die Dienstfähigkeit des Geschäftsleiters zugerechnet werden. Dies kommt dem rechtlichen Erfordernis eines eigenständigen privaten Bereiches des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) entgegen. Die grundrechtliche Wertung nimmt im Wege der mittelbaren Drittwirkung beziehungsweise als wertende Grundentscheidung des Rechts Einfluss auf die Beziehungen zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter.⁵⁴¹ Die Auslegung privatrechtlicher Normen hat unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertungen zu erfolgen.⁵⁴² Im Rahmen von Wissenszurechnung ist die grundrechtlich geschützte Privatsphäre zu berücksichtigen. Da allerdings nur die Zurechnung des Wissens über die Einsatzfähigkeit des Geschäftsleiters in Frage kommt, besteht die Gefahr einer Grundrechtsverletzung nicht. Private Angelegenheiten des Geschäftsführers bleiben so lange privat, wie sie nicht ausnahmsweise zur Angelegenheit der Gesellschaft werden.

Dennoch führt diese Ansicht dazu, dass die GmbH regelmäßig, vorbehaltlich eines Informationsaktes des Geschäftsführers, keine Kenntnis von der gesundheitlichen Verfassung ihres Geschäftsleiters besitzt, da Informationen über den Gesundheitszustand des Geschäftsleiters typischerweise nicht in Akten vermerkt werden.

ff. Wissensmittlung bei Ansprüchen gegen den Geschäftsleiter

Eine Ablehnung der Wissenszurechnung könnte sich ausnahmsweise für Auskunftsansprüche aus §§ 51a GmbHG, 131 AktG, unabhängig von der zugrunde zu legenden Wissenstheorie, aus den Erwägungen des BGH in seiner Entscheidung vom 15.03.2011⁵⁴³ ergeben. Der BGH hatte darüber zu entscheiden, ob der

⁵⁴¹ BVerfG, 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 (Rn. 24).

⁵⁴² *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 160.

⁵⁴³ BGH, 15.03.2011 – II ZR 301/09, GmbHR 2011, 534 (Rn. 1 ff.). Kritisch zu der Entscheidung *Klose*, GmbHR 2012, 1288 (1288 ff.).

Geschäftsführer einer GmbH Wissen über eine gegen ihn selbst bestehende Forderungmitteln kann, das die Verjährungsfrist in Gang setzt. Der BGH entschied, dass eine Wissenszurechnung nicht in Betracht kommt, wenn der Geschäftsleiter selbst Schuldner der in Frage stehenden Forderung ist.⁵⁴⁴ Wesentlich war, dass neben dem Schuldner-Geschäftsleiter keine weiteren Geschäftsleiter bestellt waren, die Kenntnis von dem Anspruch hätten haben können.⁵⁴⁵ Hinter der Entscheidung steht der Gedanke des Kollisionsausgleichs: Der Schuldner der Forderung soll nicht durch seine alleinige Kenntnis die Verjährung in Gang setzen können, ohne dass eine tatsächlich zur Geltendmachung des Anspruchs bereite Person Kenntnis besitzt. Der BGH geht davon aus, der Geschäftsführer werde eine gegen ihn selbst gerichtete Forderung nicht geltend machen und erachtet eine dahingehende Erwartung auch als nach Treu und Glauben nicht zumutbar.⁵⁴⁶ Wissenszurechnung soll nicht erfolgen, wenn Schuldner des in Frage stehenden Anspruches der Wissensvertreter ist.⁵⁴⁷ Damit durchbricht der BGH die Grundsätze der Wissenszurechnung, denn es soll, wie bereits dargestellt, der Gesellschaft die Kenntnis des handelnden Geschäftsleiters zugerechnet werden. Zudem wird das Wissen über bestehende Forderungen auch typischerweise aktenmäßig festgehalten. Nach allen Theorien wäre von einer Wissenszurechnung auszugehen.

Informationsansprüche gemäß §§ 51a GmbHG, 131 AktG richten sich gegen die Gesellschaft. Die Haftung des Geschäftsleiters selbst steht nicht in Frage. Der Gesellschaft steht jedoch im Rahmen der Innenhaftung ein Anspruch gegen den Geschäftsleiter zu, wenn der Geschäftsleiter einen bestehenden Auskunftsanspruch pflichtwidrig nicht erfüllt. Die Möglichkeit der Inanspruchnahme wegen Pflichtverletzung kann jedoch nicht den Ausschluss der Wissensmittlung durch den Geschäftsleiter begründen, denn immer dann, wenn der Geschäftsleiter gegen seine Pflichten verstößt, besteht die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches (§§ 43 GmbHG, 93 AktG). Die Weitergabe gesundheitsbezogener Informationen mag für den Geschäftsleiter zwar unerwünscht sein, Wissen bezüglich

⁵⁴⁴ BGH, 15.03.2011 – II ZR 301/09, GmbHR 2011, 534 (Rn. 10). Auch die Kenntnis desjenigen, gegen den ein Anspruch in engem Zusammenhang mit dem eigentlichen Anspruch besteht, kann die Verjährungsfrist nicht in Gang setzen. BGH, 21.02.2013 – IX ZR 52/10, GmbHR 2013, 529 (Rn. 25); BGH, 23.01.2014 – III ZR 436/12, MDR 2014, 330 (Rn. 21); *Nassall*, NJW 2014, 3681 (3682).

⁵⁴⁵ BGH, 15.03.2011 – II ZR 301/09, GmbHR 2011, 534 (Rn. 10).

⁵⁴⁶ Vgl. BGH, 15.03.2011 – II ZR 301/09, GmbHR 2011, 534 (Rn. 10).

⁵⁴⁷ So *Nassall*, NJW 2014, 3681 (3682).

eines unmittelbar gegen ihn selbst gerichteten Anspruches vermittelt er aber nicht. Sinn und Zweck des Ausschlusses der Wissensmittlung war in dem vom BGH entschiedenen Fall zudem, dass der Anspruch durch spätere Geschäftsleiter weiterhin geltend gemacht werden kann und dies nicht wegen einer langen Verjährungszeit während der Geschäftszeit des Schuldner-Geschäftsführers ausgeschlossen ist. Die Wissenszurechnung wurde zum Vorteil der Gesellschaft ausgesetzt. Anders liegt der Fall der Wissenszurechnung im Rahmen der individuellen Auskunftsansprüche. Die Aussetzung der Wissenszurechnung würde der Gesellschaft nicht zum Vorteil gereichen. Das Wissen der Gesellschaft begründet vielmehr erst den Auskunftsanspruch des Gesellschafters aus §§ 51a GmbHG, 131 AktG.

Die der BGH-Entscheidung vom 15.03.2011 zugrundeliegenden Erwägungen können die Wissenszurechnung über den Gesundheitszustand des Geschäftsleiters nicht ausschließen. Es kommt vielmehr darauf an, welche der dargestellten Theorien zur Wissenszurechnung anzuwenden ist.

gg. Stellungnahme: Modifikation der Organtheorie

Die Grundsatzfrage, die sich im Rahmen der Wissenszurechnung stellt, ist die, ob Wissenszurechnung unabhängig von einem konkreten Anlass gerechtfertigt werden⁵⁴⁸ kann oder ob es eines konkreten Zurechnungsanlasses bedarf. Einen Zurechnungsanlass, das heißt ein Rechtsgeschäft oder Anlass zur typenmäßigen aktenmäßigen Niederlegung, verlangen bis auf die Organtheorie sämtliche dargestellte Zurechnungstheorien. Dies korrespondiert mit der Anerkennung des Geschäftsleiters als einer von der Gesellschaft verschiedenen Person,⁵⁴⁹ was schon die Wertungen des Grundgesetzes vorschreiben. Ein Gleichsetzen von Geschäftsleiter- mit Gesellschaftswissen verstößt gegen die Rechte des Geschäftsleiters aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG.

Schon daraus, dass der Geschäftsleiter in der Kapitalgesellschaft die Leitungsmacht ausübt, aber nicht am Gesellschaftsvermögen beteiligt sein muss, resultiert, dass der Geschäftsleiter sich für die Gesellschaft einsetzen muss. Er ist der Gesellschaft in Angelegenheiten, die für sie relevant sind, verpflichtet. Diese Verpflichtung endet jedoch, wo der private Bereich des Geschäftsleiters beginnt.

⁵⁴⁸ So wohl *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 287.

⁵⁴⁹ Vgl. *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 326.

Eine Beschränkung der Wissenszurechnung auf Fälle, in denen ein konkretes Rechtsgeschäft in Frage steht, greift zu kurz. Die Theorien, die zu diesem Ergebnis kommen, verkennen die besondere Verantwortung des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft. Für den Geschäftsleiter ist daher die Zurechnung nur des typischerweise aktenmäßig festgehaltenen Wissens nicht ausreichend. Die entsprechenden Erwägungen führen zwar zu tauglichen Zurechnungsergebnissen, diese beziehen sich aber hauptsächlich auf Wissensvorgänge unterhalb der Organebene etwa von Angestellten.⁵⁵⁰

Wird das Wissen nicht zugerechnet, ist es dem handelnden Geschäftsleiter möglich, für die Gesellschaft so zu handeln, als hätte er keine Kenntnis von seiner Krankheit. Der Geschäftsleiter muss sein Wissen nicht für die Gesellschaft verwenden. Daraus folgt, dass er trotz tatsächlicher Kenntnis ohne Rücksicht auf die Erkrankung handeln kann, was ihm ermöglicht, Strukturen zu schaffen, in denen die Gesellschaft auf seine Person angewiesen ist, obwohl der Geschäftsleiter zu einer langfristigen Tätigkeit für die Gesellschaft nicht in der Lage sein wird. Es stellt sich die Frage, ob es gerechtfertigt ist, dem Geschäftsleiter zu erlauben, bewusst Risiken für die Gesellschaft zu begründen. Wissen einer Person kann faktisch nicht aufgespalten werden.⁵⁵¹ Handelt der Geschäftsleiter als Organ für die juristische Person kann er das Wissen, das er als Privatperson besitzt, nicht abtrennen. Es erscheint jedoch widersprüchlich, dem Geschäftsleiter zu erlauben, in den Fällen, in denen er privat Kenntnis von Umständen erlangt hat oder diese auch Privates betreffen, sehenden Auges Risiken einzugehen, die sich mit großer Wahrscheinlichkeit zum Nachteil der Gesellschaft realisieren werden. Diese Erwägung spricht dafür, eine Wissenszurechnung von privat erlangtem Wissen und Wissen von Privatem vorzunehmen, soweit die Information einen Zusammenhang zu der Gesellschaft aufweist.

Abstrakte Wissenszurechnung kann sich nur ergeben, wenn das Wissen des Geschäftsleiters für die Gesellschaft relevant ist. Das heißt, immer, wenn Wissen des Geschäftsleiters Angelegenheiten der Gesellschaft betrifft, kommt eine Zurechnung in Betracht. Hingegen scheidet eine Wissenszurechnung aus, wenn sich Geschäftsleiter und Gesellschaft etwa im Fall von Verhandlungen über den Geschäftsleiteranstellungsvertrag gegenüberstehen. Eine Differenzierung nach

⁵⁵⁰ So auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 285.

⁵⁵¹ *Buck-Heeb*, WM 2008, 281 (283).

den Umständen der Wissenserlangung ist nicht erforderlich. Entscheidend ist vielmehr die Art der Information. Zuzurechnen ist das für die Gesellschaft wichtige Wissen. Diesem Ergebnis kommt die Wissenszurechnung über § 31 BGB (analog) am nächsten. Allerdings kann der Einwand, § 31 BGB beziehe sich nur auf Handlungen, schwer überwunden werden.

Im Sinne einer einheitlichen Wissenszurechnung in juristischen Personen sollte das Wissen des Geschäftsleiters vielmehr unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Treuepflicht zugerechnet werden. Eine Modifikation der Organtheorie kommt zu belastbaren Ergebnissen:⁵⁵² Wissen eines Organmitglieds wird der Gesellschaft zugerechnet, wenn dies durch wertende Betrachtung gerechtfertigt ist.⁵⁵³ Das ist der Fall, wenn die Information die Gesellschaft betrifft. In diesem Fall kommt es auf die Art und Weise der Wissenserlangung nicht mehr an. Das bedeutet, dass das Wissen des Geschäftsleiters um seine Gesundheit der Gesellschaft zugerechnet wird, wenn die Gesundheit zu einer Angelegenheit der Gesellschaft wird.

Daraus folgt vorbehaltlich anderer Ausschlussgründe, dass bei Vorliegen der erläuterten Voraussetzungen die Gesellschafter einen Anspruch gegen die GmbH auf Auskunft über den Gesundheitszustand des Geschäftsleiters nach §§ 51a GmbHG, 131 AktG geltend machen können, sofern dieser für die Gesellschaft von Bedeutung ist. Die Nichterteilung einer Auskunft, die der Geschäftsleiter nachweisbar kannte, kann zu gegen ihn und/oder die Gesellschaft gerichteten Schadensersatzansprüchen führen.

d. Einschränkung der Voraussetzungen des § 131 AktG

§ 131 AktG schränkt den Auskunftsanspruch, anders als § 51a GmbHG, weiter ein. Der anspruchstellende Gesellschafter muss die Auskunft in der Hauptversammlung verlangen, wo die Information zur sachgemäßen Beurteilung eines Tagesordnungspunktes erforderlich sein muss. Zudem kommt ein Ausschluss gemäß § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 AktG in Betracht.

⁵⁵² Vgl. zur Auflösung des vermeintlichen Widerspruchs zwischen Organ- und Vertretertheorie in Bezug auf organschaftlichen Handeln überzeugend *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 17 ff., der im Ergebnis „eine moderne Spielart der klassischen Organtheorie“ (a.a.O. S. 21) vertritt.

⁵⁵³ Vgl. *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 27, der im Weiteren auf die Rspr. verweist.

aa. Verlangen in der Hauptversammlung

Gemäß § 131 Abs. 1 AktG ist das Auskunftsverlangen in der Hauptversammlung geltend zu machen. Damit ist der Aktionär einer AG im Vergleich zum Gesellschafter einer GmbH zeitlich in der Geltendmachung seines Auskunftsverlangens begrenzt. Dies ist im Hinblick auf die unterschiedlichen Gesellschaftsstrukturen auch erforderlich, denn eine Aktiengesellschaft mit regelmäßig großem Aktionärskreis wäre von einer dauernden Geltendmachung von Auskunftsansprüchen überfordert und in ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkt, wohingegen Auskunftsverlangen in einer GmbH mit regelmäßig begrenztem Gesellschafterkreis eher zu bewältigen sein werden. Zudem ist die Einschränkung auch Ausfluss der verschiedenen Organisationsstrukturen: Während in der GmbH die Gesellschafter zur Überwachung der Geschäftsführung berufen sind (§ 46 Nr. 6 GmbHG), was zwingend umfassende Information voraussetzt, übernimmt in der Aktiengesellschaft der Aufsichtsrat diese Aufgabe (§ 111 AktG). Die AG-Aktionäre bedürfen daher keiner alles umfassenden Kenntnisse über die gesellschaftlichen Angelegenheiten. Aus der zeitlichen Einschränkung des § 131 Abs. 1 AktG folgen für den auf die Gesundheit des Geschäftsleiters gerichteten Informationsanspruch jedoch keine über die zeitliche Dimension hinausgehenden Einschränkungen.

bb. Erforderlichkeit der verlangten Auskunft

Ein Auskunftsanspruch der AG-Aktionäre besteht nur, wenn die Auskunft über die Gesundheit des AG-Vorstands für die sachgemäße Beurteilung eines Gegenstandes der Tagesordnung erforderlich ist.⁵⁵⁴ Die Kenntnis vom Gesundheitszustand muss aus Sicht eines objektiven Aktionärs zur sachgemäßen Beurteilung

⁵⁵⁴ Zur Richtlinienkonformität insbesondere dieses Tatbestandsmerkmals mit der Aktionärsrechte-Richtlinie (Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften): BGH, 05.11.2013 – II ZB 28/12, BGHZ 198, 354 (Rn. 21 ff.); BGH, 14.01.2014 – II ZB 5/12, NZG 2014, 423 (Rn. 27). Aus der Literatur zum Beispiel *Kocher/Lönnner*, AG 2010, 153 (153 ff.); *Kubis*, ZGR 2014, 608 (613 ff.); *Pöschke*, ZIP 2010, 1221 (1221 ff.); *Stöber*, DStR 2014, 1680 (1680 ff.). Kritisch *Teichmann*, NZG 2014, 401 (401 ff.). Das Erforderlichkeitskriterium stelle „zumindest eine formale Beschränkung“ dar, *Kubis*, in: FS Kropff, S. 172 (173).

eines Tagesordnungspunktes notwendig sein⁵⁵⁵ („besonderes Informationsinteresse“⁵⁵⁶).⁵⁵⁷ Denkbar ist ein Bezug zur Tagesordnung nur, wenn über die Person des erkrankten Vorstandsmitglieds beraten wird. Der Gesundheitszustand kann etwa relevant werden, wenn Leistungsfähigkeit und Belastbarkeit des Vorstandsmitglieds in Frage stehen. Dies kann bei der vorbereitenden Debatte um die Entlastung eine Rolle spielen. Vorrangig geht es jedoch um vergangene Handlungen des Vorstands. Ein Anspruch auf Angaben zum aktuellen Gesundheitszustand ergibt sich nicht. Für die Entlastungsentscheidung kommt es auf die Informationen an, die die Beurteilung der vergangenen Handlungen des Vorstands als rechts- und ordnungsgemäß ermöglichen. Der Gesundheitszustand des Geschäftsleiters ermöglicht diese Beurteilung nicht. Vielmehr sind Handlungen selbst wesentliches Kriterium. Zwar kann die Erkrankung des Vorstands den Grund für einen Pflichtverstoß darstellen, sie bietet jedoch selbst keinen Grund, die Entlastung zu verweigern. Soweit der Geschäftsleiter trotz Krankheit ordnungsgemäß handelt, kommt es auf die Krankheit nicht an. Im Rahmen der Entlastungsdebatte kann der Gesundheitszustand des Vorstands folglich nur eine unmittelbare Rolle spielen, wenn die Verletzung gesundheitsbezogener Pflichten im Raum steht. Wann konkret ein unmittelbarer Bezug zur Tagesordnung besteht, ist im Einzelfall zu beurteilen.⁵⁵⁸

In der GmbH ergibt sich der Gesellschaftsbezug aus der Überwachungsaufgabe der Gesellschafter. Diese Aufgabe nehmen in der AG jedoch nicht die Gesellschafter, sondern es nimmt sie der Aufsichtsrat wahr, während die Hauptversammlung als „Willensbildungsorgan der Gesellschaft“⁵⁵⁹ fungiert. Die Gesellschafter benötigen in der Hauptversammlung nur die entscheidungsvorbereitenden Informationen. Einen auf die Gesundheit gerichteten Informationsanspruch kann in der AG deswegen vorrangig der Aufsichtsrat geltend machen.

⁵⁵⁵ *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 41; *Kubis*, ZGR 2014, 608 (612) m.w.N.

⁵⁵⁶ *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 38; *Kubis*, ZGR 2014, 608 (611). Vgl. auch *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 49.

⁵⁵⁷ Eine Beschlussfassung ist nicht erforderlich, *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 40.

⁵⁵⁸ *Raiser/Veil*, KapGesR, § 16 Rn. 48.

⁵⁵⁹ *Wilde*, ZGR 1998, 423 (436).

cc. Ausschluss gemäß § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 AktG

Gemäß § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG darf der Vorstand die verlangte Auskunft verweigern, soweit die Erteilung der Auskunft dazu geeignet ist, der Gesellschaft einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen. Es ist zwischen den Nachteilen, die mit Nichterfüllung des Auskunftsbegehrens für die Gesellschaft beziehungsweise für ihre Aktionäre einhergehen, und den Vorteilen der Auskunftserteilung abzuwägen.⁵⁶⁰ Das Vorliegen eines Auskunftsverweigerungsrechts ist allein aus objektiver Sicht zu beurteilen.⁵⁶¹

(1) Geheimhaltungsabrede

Eine vertragliche Geheimhaltungsabrede der Gesellschaft mit dem betroffenen Vorstandsmitglied ist kein Ausschlussgrund. Würde die Vereinbarung von Verschwiegenheitspflichten zu einem Auskunftsverweigerungsrecht der Gesellschaft aus § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 AktG führen, läge der Umfang des Auskunftsanspruches allein in den Händen der Gesellschaft, im Ergebnis in den Händen des Vorstands beziehungsweise des Aufsichtsrats.⁵⁶² Eine Einschränkung kann sich nur ergeben, wenn die Kontraktionsfähigkeit der Gesellschaft beeinträchtigt wird, weil der Vertragspartner nicht auf die Geheimhaltung vertrauen kann.⁵⁶³ Eine solche Situation kann im Zusammenhang mit der Vorstandsgesundheit allerdings nicht ausgemacht werden. Das Vorstandsmitglied muss damit rechnen, dass im Fall einer für die Gesellschaft bedeutenden Beeinträchtigung diese auch publik wird. Geheimhaltungsabreden beeinflussen den Informationsanspruch nicht.

⁵⁶⁰ BGH, 29.11.1982 – II ZR 88/81, BGHZ 86, 1 (Rn. 48); BGH, 14.01.2014 – II ZB 5/12, NZG 2014, 423 (Rn. 28); *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 111. Anders *Lieder*, NZG 2014, 601 (604).

⁵⁶¹ BGH, 14.01.2014 – II ZB 5/12, NZG 2014, 423 (Rn. 43). Zustimmend *Lieder*, NZG 2014, 601 (603 Fn. 29 m.w.N.). Ebenso *Raiser/Veil*, KapGesR, § 16 Rn. 54.

⁵⁶² *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 112; *Lieder*, NZG 2014, 601 (604).

⁵⁶³ BGH, 16.02.2009 – II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 (Rn. 42); BGH, 14.01.2014 – II ZB 5/12, NZG 2014, 423 (Rn. 45); *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 112; *Lieder*, NZG 2014, 601 (604).

(2) Verstoß gegen das Bundesdatenschutzgesetz als Gesellschaftsnachteil

Ein Gesellschaftsnachteil läge in einem Verstoß gegen das Bundesdatenschutzgesetz.⁵⁶⁴ Gemäß § 3 Abs. 9 BDSG ist die Gesundheit eine besondere Art des personenbezogenen Datums. Von § 3 Abs. 9 BDSG werden neben Angaben zum Gesundheitszustand auch die Informationen über Arztbesuche erfasst.⁵⁶⁵ Gemäß § 4 Abs. 1 BDSG ist die Erhebung, Nutzung oder Weitergabe eines personenbezogenen Datums nur mit ausdrücklicher gesetzlicher Erlaubnis oder der Einwilligung des Betroffenen möglich.

Ein Gesetzesverstoß scheidet aus, wenn § 131 AktG selbst eine solche gesetzliche Erlaubnis darstellt. Allerdings gibt diese Norm keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Zulässigkeit der Weitergabe personenbezogener Daten. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit Schaffung des § 131 AktG den Aktionären unbeschränkten Zugang zu jeglichen Informationen verschaffen wollte, begrenzt nur durch die inneren Grenzen des § 131 AktG. Erforderlich ist vielmehr, gerade unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, dass der Erlaubnisnorm unmittelbar die Einschränkung des § 4 Abs. 1 BDSG entnommen werden kann;⁵⁶⁶ eine Generalklausel genügt diesen Anforderungen nicht. § 131 AktG selbst kann eine entgegen § 4 Abs. 1 BDSG erfolgte Offenlegung des Gesundheitszustandes des Geschäftsleiters nicht rechtfertigen.

Etwas anderes gilt, wenn der Geschäftsleiter in die Offenlegung seines Gesundheitszustandes eingewilligt hat. Dann müssen die Voraussetzungen des § 4a BDSG gewahrt werden: Eine Einwilligung ist nur bei freier Entscheidung des betroffenen Geschäftsleiters möglich (§ 4a Abs. 1 S. 1 BDSG). Zudem muss eine angemessene Aufklärung des Geschäftsleiters über den Verwendungszweck der Datenerhebung erfolgen (§ 4a Abs. 1 S. 2 BDSG) und die Einwilligung muss der Schriftform genügen (§ 4a Abs. 1 S. 3 BDSG).

§ 4 BDSG gibt dem Recht des Betroffenen, hier des Vorstandsmitglieds, auf informationelle Selbstbestimmung den Vorrang vor etwaigen Informationsinteressen der Allgemeinheit. Gerade im Fall des Anspruchs aus § 131 AktG resultiert dies auch aus der Weitergabe von Informationen an einen kaum zu übersehenden

⁵⁶⁴ OLG Frankfurt a. M., 08.11.2012 – 21 W 33/11, NZG 2013, 23 (Rn. 82).

⁵⁶⁵ *Moderegger*, ArbRB 2015, 144 (147); *Plath/Schreiber*, in: Plath, BDSG, § 3 Rn. 78.

⁵⁶⁶ *Gola/Schomerus*, in: Gola/Schomerus, BDSG, § 4 Rn. 8; *Plath*, in: Plath, BDSG, § 4 Rn. 3.

Aktionärskreis.⁵⁶⁷ Eine Veröffentlichung gesundheitsbezogener Daten verstößt nur dann nicht gegen das BDSG, wenn die Daten derart aufbereitet werden, dass diese nicht vom BDSG erfasst werden.⁵⁶⁸

(3) Gesellschaftsnachteile durch Veröffentlichung der Geschäftsleitererkrankung

Ein Auskunftsanspruch ist auch ausgeschlossen, wenn die Veröffentlichung der Daten zu unmittelbaren Gesellschaftsnachteilen führt. Nachteile können etwa im medialen Druck, der auf die Veröffentlichung folgen kann, liegen. Es kann angebracht sein, bei ihrem Bekanntwerden die Krankheit des Geschäftsführers zunächst geheim zu halten, um einen Zeitraum zu schaffen, in dem die Reaktionen auf die Krankheit und das weitere Vorgehen geplant werden können. Die Veröffentlichung kann zudem das Verhältnis von Gesellschaft zu Geschäftsleiter beeinträchtigen, was ebenfalls als Gesellschaftsnachteil zu werten ist.⁵⁶⁹ Erschwerend tritt hinzu, dass die Auskunft von dem Geschäftsleiter selbst zu erteilen ist, der sich gegebenenfalls widersetzen wird. Es mag zwar ein weiterer Geschäftsleiter dem Auskunftsverlangen nachkommen, dies kann jedoch Spannungen innerhalb der Gesellschaft sowie des Führungsorganes hervorrufen oder intensivieren. Inwiefern die Veröffentlichung einer Geschäftsleitererkrankung für die Gesellschaft unmittelbar nachteilig ist, ist anhand der konkreten Situation der Gesellschaft zu beurteilen.

(4) Kollision mit dem Insiderrecht

Börsennotierte Aktiengesellschaften unterliegen neben den gesellschaftsrechtlichen Informationspflichten auch der kapitalmarktrechtlichen Informationspflicht. Richtet sich ein Auskunftsbegehren auf eine Insidertatsache (§ 13 WpHG), ist die Auswirkung auf den Informationsanspruch nach § 131 AktG zu

⁵⁶⁷ Vgl. zur Offenlegung von Abfindungszahlungen an Arbeitnehmer OLG Frankfurt a. M., 08.11.2012 – 21 W 33/11, NZG 2013, 23 (Rn. 91 f.).

⁵⁶⁸ Vgl. dazu Kapitel 2.C.II.2.f.

⁵⁶⁹ Vgl. in Bezug auf Arbeitnehmer OLG Frankfurt a. M., 08.11.2012 – 21 W 33/11, NZG 2013, 23 (Rn. 93). Zustimmung *Reger*, NZG 2013, 48 (49).

untersuchen.⁵⁷⁰ Insidertatsachen sind gemäß § 15 Abs. 1 WpHG ad hoc zu publizieren.⁵⁷¹ Im Anschluss ist eine Veröffentlichung in der Hauptversammlung der AG unproblematisch, eine Kollision mit dem Wertpapierhandelsgesetz ist nicht mehr möglich. Ist eine Insidertatsache noch nicht veröffentlicht worden, muss die Information nach dem Wertpapierhandelsgesetz zumindest gleichzeitig mit der Information der Hauptversammlung erfolgen. Kann die Gesellschaft dies nicht leisten, sollte sie in Anbetracht der Strafbewährung (§ 14 WpHG) die Insidertatsache in der Hauptversammlung nicht weitergeben. In der Folge des § 14 WpHG liegt ein unmittelbarer Gesellschaftsnachteil. Die Gesellschaft ist also gemäß § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 AktG zur Geheimhaltung berechtigt.

Richtet sich das Auskunftsbegehren auf eine Insidertatsache, deren Veröffentlichung gemäß § 15 Abs. 3 WpHG aufgeschoben ist,⁵⁷² könnte der Auskunftsanspruch aus § 131 AktG durch die Befreiung gemäß § 15 Abs. 3 WpHG gesperrt sein. Gemäß § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG darf der Vorstand die Auskunft verweigern, sofern die Auskunftserteilung mit einem nicht unerheblichen Nachteil für die Gesellschaft einherginge. Der Aufschub der Ad-hoc-Publizität gemäß § 15 Abs. 3 WpHG setzt die Erforderlichkeit der Geheimhaltung der Insidertatsache zum Schutz berechtigter Interessen voraus. Die Geheimhaltung wäre jedoch nicht gewährleistet, müsste die Insiderinformation gemäß § 131 Abs. 1 AktG der Hauptversammlung mitgeteilt werden. Die Geheimhaltungsinteressen des § 15 Abs. 3 WpHG entsprechen jedoch einem nicht unerheblichen Nachteil im Sinne von § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG. Soweit die Gesellschaft die Ad-hoc-Publizitätspflicht des § 15 Abs. 1 WpHG aufgrund berechtigter Geheimhaltungsinteressen aufgeschoben hat, ist der Anspruch des Aktionärs auf Erteilung der Auskunft

⁵⁷⁰ Ein Problemaufriss findet sich schon bei *Wüsthoff*, Auskunftsanspruch des Aktionärs nach § 131 AktG, S. 3 f.

⁵⁷¹ Ausführlich zur Ad-hoc-Publizitätspflicht bei der Krankheit eines Vorstandsmitglieds siehe Kapitel 3.

⁵⁷² Dazu ausführlich Kapitel 3.E.

über diese Insidertatsache aus § 131 Abs. 1 AktG ausgeschlossen.⁵⁷³ Dieses Ergebnis gebietet schon die Chancengleichheit:⁵⁷⁴ Kämen beide Normen zu unterschiedlichen Ergebnissen, würde der Zweck der Geheimhaltung der jeweils anderen Norm unterlaufen.

(5) Kein abschließender Charakter des § 131 Abs. 3 AktG

Die erste Lektüre von § 131 Abs. 3 S. 2 AktG verleitet zu der Annahme, die aufgezählten Verweigerungsgründe seien abschließend, sodass eine Auskunftsverweigerung aus anderen Gründen – etwa wegen entgegenstehender Grundrechte des Geschäftsleiters – nicht in Betracht käme. Eine solche Betrachtung verkennt jedoch, dass die Anwendung des § 131 Abs. 3 AktG zunächst einen bestehenden Anspruch auf Information voraussetzt.⁵⁷⁵ Ein Auskunftsanspruch besteht jedenfalls nicht, wenn die Erkrankung des Vorstands keine Angelegenheit der Gesellschaft ist oder die Erkrankung nicht zur Beurteilung eines Tagesordnungspunktes erforderlich ist.

Erst wenn diese Fragen bejaht werden, kommt § 131 Abs. 3 S. 2 AktG zur Anwendung. Als einfaches Recht kann § 131 Abs. 3 AktG jedoch die Wertungen des Grundgesetzes nicht aushebeln. An den Grundrechten sind alle einfachgesetzlichen Normen zu messen. Sofern ein einzelfallbezogener, auf § 131 AktG beruhender Informationsanspruch Grundrechtverletzungen nach sich zieht, ist die Norm verfassungskonform auszulegen. Der entsprechende Anspruch kann nicht geltend gemacht werden. § 131 AktG kann die Berücksichtigung der Geschäftsleitergrundrechte folglich nicht sperren.

dd. Auswirkungen der Begrenzung auf den Informationsanspruch

Aus § 131 AktG ergibt sich ein Anspruch der Aktionäre auf Auskunft über die Gesundheit eines Vorstandsmitglieds nur begrenzt. Da in der Aktiengesellschaft die Überwachung der Geschäftsleitung dem Aufsichtsrat obliegt, steht vorrangig diesem das Informationsrecht zu. Nur ausnahmsweise müssen die Aktionäre

⁵⁷³ *Wüsthoff* sieht einen Vorrang des Kapitalmarktrechts, *Wüsthoff*, Auskunftsanspruch des Aktionärs nach § 131 AktG, S. 159. Der Entscheidung bedarf es jedoch nicht, da die Subsumtion der jeweiligen Tatbestände unter Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht jeweils zum Ausschluss des Informationsanspruchs führt.

⁵⁷⁴ So *Wüsthoff*, Auskunftsanspruch des Aktionärs nach § 131 AktG, S. 159.

⁵⁷⁵ *Geißler*, NZG 2001, 539 (541).

Kenntnis vom Gesundheitszustand eines Vorstandsmitglieds besitzen, um einen Tagesordnungspunkt sachgerecht beurteilen zu können.

Besteht ausnahmsweise ein Informationsanspruch der Aktionäre, darf dieser nicht gemäß § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 AktG ausgeschlossen sein. Eine vertragliche Geheimhaltungsabrede zwischen der Gesellschaft und dem Vorstandsmitglied schließt den Auskunftsanspruch nicht aus. Eine Veröffentlichung von Gesundheitsdaten ohne Einwilligung des Vorstandsmitglieds verstößt jedoch gegen das Bundesdatenschutzgesetz. Inwiefern die Veröffentlichung unmittelbare Nachteile für die Gesellschaft mit sich bringt, ist im Einzelfall zu prüfen. Berücksichtigt werden muss neben dem Aktienrecht auch das Kapitalmarktrecht. Richtet sich ein Auskunftsbegehren auf eine Insiderinformation im Sinne von § 13 WpHG, hat die Gesellschaft sicherzustellen, dass in der Hauptversammlung keine Auskunft über den Gesundheitszustand gegeben wird, bevor der Mitteilungspflicht des § 15 WpHG nachgekommen wurde. Zuletzt sind auch die Grundrechte des Geschäftsleiters durch ihre mittelbare Wirkung dazu geeignet, den Auskunftsanspruch aus § 131 AktG zu begrenzen.

e. Grenzen des Informationsrechtes

Die mittelbare Wirkung der Grundrechte kann Informationsansprüche aus §§ 51a GmbHG, 131 AktG begrenzen. Die Normen sind grundrechtskonform auszulegen. Bedeutet die Anerkennung eines auf die Gesundheit des Geschäftsleiters gerichteten Auskunftsanspruches einen ungerechtfertigten Eingriff in Geschäftsleitergrundrechte, ist die entsprechende Auslegung zu verwerfen, um dem Gehalt der Grundrechte Wirkung zu verschaffen.

Gesundheitsinformationen sind besonders sensible Daten aus der Privatsphäre des Einzelnen, die in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG)⁵⁷⁶ fallen.⁵⁷⁷ Dieses schützt vor der ungewollten Veröffentlichung von Daten, die der Privatsphäre zuzurechnen sind.⁵⁷⁸ In verschiedenen Entscheidungen hat der BGH deutlich gemacht,

⁵⁷⁶ BVerfG, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1 (Rn. 145 ff.).

⁵⁷⁷ Vgl. BVerfG, 24.05.1977 – 2 BvR 988/75, BVerfGE 44, 353 (Rn. 60), Suchtkrankenberatungsstelle, zu Klientenakten.

⁵⁷⁸ Vgl. BVerfG, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1 (149).

dass die eigene Erkrankung der Privatsphäre zuzurechnen ist.⁵⁷⁹ Auch das BVerfG sieht die „Erhebung und Weitergabe von Befunden über den Gesundheitszustand“⁵⁸⁰ als vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfasst.⁵⁸¹ Dies gilt besonders für Krankenunterlagen.⁵⁸² Für einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung genügt die Bekanntgabe eines sensiblen Gesundheitsdatums an nur einen Vertragspartner.⁵⁸³ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung muss auch im Rahmen der Privatrechtsordnung geachtet werden, zumindest, wenn gerichtliche Entscheidungen zu treffen sind.⁵⁸⁴

aa. Einschränkung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Einschränkungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts erkennt der BGH für wichtige Politiker, Wirtschaftsführer und Staatsoberhäupter an.⁵⁸⁵ Berichterstattungen über eine Krankheit sind außerdem zulässig, wenn die Erkrankung ein „zeitgeschichtliches Ereignis“ darstellt.⁵⁸⁶ Menschen sind nur ausnahmsweise Personen des Zeitgeschehens. Das Rechtskonstrukt wurde geschaffen, um die Berichterstattung über Personen des öffentlichen Lebens zu ermöglichen, wenn ein Interesse der Allgemeinheit an Berichten über das Leben und Wirken der betroffenen Person besteht. Im Fall gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten ist allerdings sowohl mit einer gesellschaftsinternen Veröffentlichung von Gesundheitsdaten zu rechnen, die nicht im Interesse der Allgemeinheit erfolgt,

⁵⁷⁹ I.E. wohl schon BGH, 02.04.1957 – VI ZR 9/56, NJW 1957, 1146 (Rn. 20); BGH, 05.12.1995 – VI ZR 332/94, NJW 1996, 984 (Rn. 11); BGH, 14.10.2008 – VI ZR 271/06, VersR 2009, 513 (Rn. 18); BGH, 14.10.2008 – VI ZR 260/06, VersR 2009, 511 (Rn. 19); BGH, 14.10.2008 – VI ZR 256/06, MDR 2009, 86 (Rn. 21); BGH, 14.10.2008 – VI ZR 272/06, NJW 2009, 754 (Rn. 20); BGH, 18.09.2012 – VI ZR 291/10, NJW 2012, 3645 (Rn. 8, 12); BGH, 07.11.2013 – III ZR 54/13, NJW 2013, 298 (Rn. 16).

⁵⁸⁰ BVerfG, 24.06.1993 – 1 BvR 689/92, BVerfGE 89, 69 (Rn. 51); BVerfG, 01.12.2010 – 1 BvR 1562/10, NJW 2011, 1661 (Rn. 14).

⁵⁸¹ So auch BGH, 07.11.2013 – III ZR 54/13, NJW 2013, 298 (Rn. 16).

⁵⁸² BGH, 07.11.2013 – III ZR 54/13, NJW 2013, 298 (Rn. 17); BVerfG, 08.03.1972 – 2 BvR 28/71, NJW 1972, 1123 (Rn. 24).

⁵⁸³ Vgl. BVerfG, 11.06.1991 – 1 BvR 239/90, BVerfGE 84, 192 (Rn. 12).

⁵⁸⁴ BGH, 05.11.2013 – VI ZR 304/12, NJW 2014, 768 (Rn. 10) m.w.N.

⁵⁸⁵ BGH, 14.10.2008 – VI ZR 256/06, MDR 2009, 86 (Rn. 20); BGH, 14.10.2008 – VI ZR 272/06, NJW 2009, 754 (Rn. 20); BGH, 18.09.2012 – VI ZR 291/10, NJW 2012, 3645 (Rn. 17).

⁵⁸⁶ So BGH, 06.03.2007 – VI ZR 51/06, NJW 2007, 1977 (Rn. 32) bezüglich der Krankheit des Fürsten von Monaco.

als auch mit einer der (Kapitalmarkt-)Öffentlichkeit zugänglichen Veröffentlichung. Die innergesellschaftliche Veröffentlichung lässt sich nicht anhand der Figur der Person des Zeitgeschehens rechtfertigen. Dennoch kommt es je nach Bedeutung und Bekanntheit des Unternehmens in der Gesellschaft und der Verhaltensweise des jeweiligen Geschäftsleiters durchaus in Betracht, dass auch dieser als Person des öffentlichen Lebens und auch der Zeitgeschichte wahrgenommen wird.⁵⁸⁷ Relevant wird dies, wenn ein allgemeines Interesse an den Gesundheitsdaten des Geschäftsleiters besteht.

Die exponierte Stellung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu Beginn der Grundrechte verdeutlicht seine Bedeutung. Wertungen des einfachen Rechts verdeutlichen den Stellenwert der Gesundheit,⁵⁸⁸ über die Informationen grundsätzlich nicht erteilt werden müssen. So unterliegt der Arzt einer strafrechtlich geschützten Verschwiegenheitspflicht (§ 203 StGB). Im Straf- und Zivilprozessrecht besteht für Ärzte ein Zeugnisverweigerungsrecht (§§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, 383 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 3 ZPO). Zudem wird die Gesundheit als eigenes Schutzgut des § 823 Abs. 1 BGB besonders geschützt. § 3 Abs. 9 BDSG stuft Angaben zur Gesundheit als besonderes personenbezogenes Datum ein. Die Begrenzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts muss, auch um dessen Aushöhlung zu vermeiden, ein eng begrenzter Ausnahmefall bleiben. Nicht jeder Geschäftsleiter kann als „Wirtschaftsführer“ eingeordnet werden. Die gerichtlich benannten Ausnahmen, wie Politiker, Wirtschaftsführer, Staatsoberhäupter, beziehen sich auf Personen von besonderem öffentlichem Interesse, die im gesellschaftlichen Zusammenleben exponierte Rollen einnehmen und zu Entscheidungen an gesellschaftlichen Schlüsselpositionen berechtigt und verpflichtet sind. Wirtschaftsführer kann also nur der Geschäftsleiter sein, dessen Unternehmen von herausragender gesellschaftlicher Bedeutung ist.

Die Qualifikation als Wirtschaftsführer kann anhand verschiedener Kriterien erfolgen. In Betracht kommt zunächst die Größe des Unternehmens, die sich anhand von Umsatz oder Gewinn oder der Mitarbeiterzahl beurteilen lässt. Allein die Erzielung großer Umsätze geht nicht zwingend mit einer gesellschaftlich bedeutenden Entscheidungsmacht einher. Wenn ein Unternehmen jedoch eine

⁵⁸⁷ *Fleischer*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 333 (350).

⁵⁸⁸ Vgl. in Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 54.

Vielzahl von Mitarbeitern beschäftigt, trägt es eine große soziale Verantwortung. Entscheidungen der Unternehmensleitung können sich erheblich auf gesellschaftliche Belange auswirken, insbesondere, wenn es um die Schließung großer Standorte oder die Verlagerung von Produktionsstätten ins Ausland geht, also Arbeitsplätze auf dem Spiel stehen. Der grundrechtliche Schutzbereich darf jedoch nur in Ausnahmefällen eingeschränkt werden. Es muss also an die Einordnung als Wirtschaftsführer eine hohe Hürde gelegt werden und kann erst ab einer sehr hohen Mitarbeiterzahl angenommen werden.

Die besondere Bedeutung des Unternehmens kann sich auch aus dem Unternehmensgegenstand gegebenenfalls in Verbindung mit der Marktmacht ergeben, wenn der Unternehmensgegenstand von großer gesellschaftlicher Bedeutung ist. Gibt es jedoch eine Vielzahl von Unternehmen, die das gleiche Produkt oder die gleiche Dienstleistung anbieten, kommt es auf das einzelne Unternehmen nicht entscheidend an. Ein Wirtschaftsführer kann nur derjenige Geschäftsleiter sein, dessen Unternehmen zum einen eine für die Gesellschaft besonders relevante Leistung erbringt und dessen Unternehmen zum anderen eine gewisse Marktmacht besitzt.

Zu untersuchen bleibt, ob als Wirtschaftsführer in mehrköpfigen Leitungsorganen nur das vorsitzende Organmitglied bezeichnet werden kann. Der Begriff Wirtschaftsführer enthält den Begriff des Führens. Von Bedeutung für die Qualifikation als Wirtschaftsführer muss der Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens und die Wirtschaft sein. Sofern das Unternehmen die bereits herausgearbeitete Bedeutung hat, müssen die Entscheidungsstrukturen des Leitungsorgans untersucht werden. Der Vorstandsvorsitzende ist in jedem Fall von besonders herausragender Bedeutung innerhalb des Leitungsorgans. Andere Geschäftsleiter sind nicht zwingend ausreichend einflussreich, um als Wirtschaftsführer im Sinne der BGH-Rechtsprechung angesehen zu werden. Je wichtiger das Ressort des jeweiligen Geschäftsleiters für die Gesellschaft ist, desto wichtiger ist der Geschäftsleiter selbst für das Unternehmen und desto größer ist des-

sen Einfluss auf die Wirtschaft beziehungsweise die Gesellschaft. Die Qualifikation des einzelnen Geschäftsführers hängt also von seiner Stellung in der jeweiligen Gesellschaft ab.⁵⁸⁹

Ist ein Geschäftsleiter als Wirtschaftsführer zu qualifizieren, hebt dies sein Allgemeines Persönlichkeitsrecht nicht auf.⁵⁹⁰ Einschränkungen können nur hingenommen werden, wenn sie sich auf das Wirken im Zusammenhang mit der Tätigkeit als Wirtschaftsführer beschränken.⁵⁹¹ Einschränkungen im Bereich seiner Intimsphäre muss auch ein Wirtschaftsführer nicht hinnehmen. Zumindest, wenn der Wirtschaftsführer so schwer erkrankt ist, dass in Frage steht, ob er seine Funktion auch in Zukunft wird ausführen können, ist allerdings gerade sein Wirken als Wirtschaftsführer betroffen.

bb. Einwilligung

Eine Beschränkung des Informationsanspruches entfällt, wenn der Geschäftsleiter in die Preisgabe gesundheitsrelevanter Daten einwilligt. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist grundsätzlich disponibel, auch vertraglich kann der Geschäftsleiter auf den Schutz von Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG verzichten. Der Geschäftsleiter kann Informationen freiwillig offenbaren oder einen vertraglichen Informationsanspruch vereinbaren.⁵⁹²

Freiwillig handelt der Geschäftsleiter allerdings nicht, wenn die Gesellschaft eine derartige Machtposition innehat, dass sie den Geschäftsleiter faktisch einseitig zum Eingehen der Informationsverpflichtung drängen kann. Dies kann der Fall sein, wenn der Geschäftsleiter auf den Vertragsschluss derart angewiesen ist, dass ihm der Verzicht auf den Anstellungsvertrag unzumutbar ist.⁵⁹³ Dann hält die Abrede einer gerichtlichen Überprüfung, in der die beiderseitigen Belange gegeneinander abzuwägen sind, nicht stand.⁵⁹⁴ Ein derartiges Verhand-

⁵⁸⁹ So auch *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (95). Ohne Begründung davon ausgehend, dass ein Geschäftsleiter ein Wirtschaftsführer sein kann, *Fleischer*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 333 (351).

⁵⁹⁰ Vgl. *Fleischer*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 333 (351).

⁵⁹¹ Vorausgesetzt, der Geschäftsleiter hat seine Lebensumstände nicht selbst der Öffentlichkeit preisgegeben, vgl. *Jahn*, NJW 2009, 3344 (3345).

⁵⁹² BVerfG, 23.10.2006 – 1 BvR 2027/02, WM 2006, 2270 (Rn. 30).

⁵⁹³ BVerfG, 23.10.2006 – 1 BvR 2027/02, WM 2006, 2270 (Rn. 32).

⁵⁹⁴ BVerfG, 23.10.2006 – 1 BvR 2027/02, WM 2006, 2270 (Rn. 32).

lungsdefizit des Geschäftsleiters kann im Rahmen von Geschäftsleiteranstellungsverträgen jedoch nur ausnahmsweise eintreten. Zwar dient der Anstellungsvertrag dem Geschäftsleiter zur Sicherung seiner Existenzgrundlage, dennoch kann er regelmäßig Einfluss auf die einzelnen Vertragsklauseln nehmen. Die Fähigkeiten des Geschäftsleiters können für die Gesellschaft eine solche Bedeutung haben, dass der Geschäftsleiter eine gute Verhandlungsposition innehat. Ist dies nicht der Fall, bedarf die Vereinbarung einer gerichtlichen Überprüfung.

cc. Rechtfertigung

Ein Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht kann verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, denn das Allgemeine Persönlichkeitsrecht besteht nicht uneingeschränkt. Einschränkungen müssen hingenommen werden, wenn diese sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bewegen und dem Interesse der Allgemeinheit dienlich sind.⁵⁹⁵ Sie müssen zudem durch die verfassungsmäßige Ordnung gerechtfertigt sein.⁵⁹⁶ Eingriffe in die Intimsphäre können nicht verhältnismäßig sein.⁵⁹⁷ Dem Einzelnen kann in der Öffentlichkeit aber faktisch auch nicht die absolute Verfügungsmacht über seine Daten beziehungsweise über sein Erscheinen in der Öffentlichkeit oder innerhalb eines begrenzten Personenkreises gewährt werden.⁵⁹⁸

Als Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung kommen Normen des Gesellschaftsrechts in Betracht. Grundlage für gesundheitsbezogene Informationspflichten des Geschäftsleiters können die §§ 90, 131 AktG, 51a, 39 Abs. 1

⁵⁹⁵ BVerfG, 08.03.1972 – 2 BvR 28/71, NJW 1972, 1123 (Rn. 23); BVerfG, 24.05.1977 – 2 BvR 988/75, BVerfGE 44, 353 (Rn. 61); zur grundsätzlichen Einschränkung im Allgemeininteresse, BVerfG, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1 (Rn. 150); BVerfG, 09.03.1988 – 1 BvL 49/86, BVerfGE 78, 77 (Rn. 29); BVerfG, 14.09.1989 – 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367 (Rn. 14); BVerfG, 24.06.1993 – 1 BvR 689/92, BVerfGE 89, 69 (Rn. 58); BVerfG, 01.12.2010 – 1 BvR 1562/10, NJW 2011, 1661 (Rn. 18). „Seine Schranken sind in der Wechselwirkung mit den Rechten anderer und den Bedürfnissen der sozialen Gemeinschaft zu finden.“, BGH, 05.11.2013 – VI ZR 304/12, NJW 2014, 768 (Rn. 11).

⁵⁹⁶ Lang, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 24, 52. Die Einschränkung durch ‚Rechte anderer‘ sowie Sittengesetze (Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG) können vernachlässigt werden, da diese in der verfassungsmäßigen Ordnung aufgehen, Epping, Grundrechte, S. Rn. 647.

⁵⁹⁷ Vgl. BVerfG, 14.09.1989 – 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367 (Rn. 15); vgl. BVerfG, 13.06.2007 – 1 BvR 1783/05, BVerfGE 119, 1 (Rn. 88); Lang, in: BeckOK GG, Art. 2 Rn. 52.

⁵⁹⁸ BGH, 05.11.2013 – VI ZR 304/12, NJW 2014, 768 (Rn. 11); BVerfG, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1 (Rn. 150).

GmbHG oder die organschaftliche Treuepflicht sein. Soweit sich Informationspflichten ergeben, müssen Sie im Sinne mittelbarer Drittwirkung unter dem Gesichtspunkt des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ausgelegt werden. Soweit eine Informationspflicht bejaht wird, muss eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen werden. Im Fall von Wirtschaftsführern sind geringere Anforderungen an die Rechtfertigung zu stellen, als dies sonst der Fall ist.

dd. Bedeutung für §§ 51a GmbHG, 131 AktG

Die Grundrechte des Geschäftsleiters begrenzen mittelbar den Auskunftsanspruch der Gesellschafter aus §§ 51a GmbHG, 131 AktG.⁵⁹⁹ Als einfachrechtliche Normen sind § 51a GmbHG sowie § 131 AktG an den Grundrechten zu messen. Grundsätzlich hat gemäß § 131 Abs. 2 S. 1 AktG der Geschäftsleiter gewissenhaft zu informieren. Das Auskunftsverlangen muss vollständig und sachlich richtig erfüllt werden.⁶⁰⁰ Eine vergleichbare Regelung sieht § 51a GmbHG nicht ausdrücklich vor. Schon die organschaftliche Treuepflicht verpflichtet jedoch die Gesellschaft, vertreten durch die Geschäftsführer, Auskunft nach den Grundsätzen der gewissenhaften Rechenschaft zu erteilen.⁶⁰¹ Die Gesellschaft ist dabei auf das Gesellschaftsinteresse verpflichtet. Ein etwaiges Geheimhaltungsinteresse des Geschäftsleiters muss, soweit keine der normierten Ausschlussgründe vorliegen, hinter dem Informationsinteresse der Gesellschafter zurücktreten. Gleichzeitig ist die Gesellschaft den Interessen ihrer Geschäftsleiter verpflichtet (sog. Fürsorgepflicht). Allein die Organstellung des Geschäftsleiters ist zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen nicht geeignet. Grundrechtsbeeinträchtigungen können vielmehr ein Geheimhaltungsrecht des Geschäftsleiters gegenüber seiner Gesellschaft begründen. § 131 Abs. 2 S. 1 AktG beziehungsweise die sich aus der organschaftlichen Treuepflicht ergebenden vergleichbaren GmbH-rechtlichen Regelungen versagen dem Geschäftsleiter die Berufung auf seine Grundrechte nicht. Dies folgt – wie dargestellt – Sinn

⁵⁹⁹ Vgl. *Karasu*, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 137.

⁶⁰⁰ *Drinhausen*, in: Hölters, AktG, § 131 Rn. 22; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 131 Rn. 21; *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 77; *Siems*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 131 Rn. 69. Zu der Problematik dieses Unterfangens *Druey*, in: FS K. Schmidt, S. 249 (249 ff.).

⁶⁰¹ *Hillmann*, in: MünchKomm GmbHG, § 51a Rn. 44; *Schindler*, in: BeckOK GmbHG, § 51a Rn. 21; Mit leicht abweichender Begründung i.E. auch *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 51a Rn. 14.

und Zweck der Norm, ergibt sich zugleich aber auch aus der Normhierarchie. Einfaches Recht kann die Grundrechte nicht verdrängen.

Informationsansprüche sind Teil der verfassungsmäßigen Ordnung, sie kommen daher als Rechtfertigungsgrund für auslegungsbedingte Eingriffe in das Recht des Geschäftsleiters auf informationelle Selbstbestimmung in Betracht. Erforderlich ist eine Interessenabwägung zwischen den widerstreitenden Interessen: Es gilt einen verhältnismäßigen Ausgleich zu finden zwischen dem von Art. 14 GG gedeckten Informationsinteresse der Gesellschafter⁶⁰² und dem Interesse des Geschäftsleiters, seine Grundrechte zu wahren.⁶⁰³ Das Informationsinteresse der Gesellschafter ist legitimes Ziel im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Intensität des Informationsinteresses hängt von den Auswirkungen der Erkrankung auf die Gesellschaft ab, also auch von der Intensität der Schwere des Geschäftsleiters. Fällt der Geschäftsleiter etwa wegen Grippe für einen Tag aus, stört dies den Ablauf in der Gesellschaft nicht wesentlich; das Informationsinteresse ist als gering zu bewerten. Etwas anderes gilt, wenn bei dem Geschäftsleiter eine Krankheit diagnostiziert wird, bei der von einem baldigen Ausscheiden aus der Organstellung auszugehen ist. Da einem nur als unbedeutend einzustufenden Informationsinteresse kein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht folgen darf, erfordert ein auf persönliche Belange des Geschäftsleiters gerichtetes Informationsverlangen, dass die Information von erheblicher Relevanz für das Unternehmen ist.⁶⁰⁴ Sie hat ein Interesse an der Information über die gesundheitliche Situation ihres Geschäftsleiters, jedenfalls, wenn ein baldiges Ausscheiden oder wesentliche Einschränkungen bevorstehen.⁶⁰⁵ Das Interesse der Gesellschafter an umfassender Information über ihre Gesellschaft ist ebenfalls grundrechtlich (Art. 14 GG) abgesichert. Die Gesellschafter können ihr Informationsinteresse nicht anders befriedigen als durch Information durch die Gesellschaft, faktisch also durch den Geschäftsleiter.

Die Eingriffsintensität und der damit einhergehende Rechtfertigungsaufwand hängen zudem von der Art der offengelegten Information ab. Je allgemeiner die erteilten Informationen sind, desto geringer ist der Grundrechtseingriff. Das

⁶⁰² Vgl. Nachweise in Fn. 199.

⁶⁰³ Angedeutet schon von *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 33.

⁶⁰⁴ Vgl. unter Bezugnahme auf *Wohlleben: Karasu*, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 138.

⁶⁰⁵ Kapitel 2.A.II.

Schutzniveau ist auch herabgesetzt, wenn es sich bei dem Geschäftsleiter um einen Wirtschaftsführer handelt. Dies muss im Einzelfall festgestellt werden, kommt jedoch nur bei Geschäftsleitern, deren Person von herausragender Bedeutung ist, in Betracht. Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Geschäftsleiter sich freiwillig für eine Tätigkeit in der Gesellschaft entschieden hat. Er muss auch die mit der Organwalterstellung einhergehenden Rechte und Pflichten, einschließlich der organschaftlichen Treuepflicht, akzeptieren und Eingriffe in seine Rechte hinnehmen, solange diese im Gesellschaftsinteresse erforderlich und angemessen sind.

Vollständig wird das Recht des Geschäftsleiters nicht ausgehebelt. So ist er vor der Veröffentlichung der konkreten Diagnose zu schützen, denn für die Gesellschaft und die Öffentlichkeit ist der Grund, der den Wirtschaftsführer an der Fortführung seiner Tätigkeit hindert, nicht relevant. Dies erfordert jedoch keine Einschränkung des Schutzbereichs des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts für Wirtschaftsführer. Vorzugswürdig ist, die Anforderungen an die Rechtfertigung für Eingriffe in das unbeschränkt bestehende Allgemeine Persönlichkeitsrecht niedriger anzusetzen als bei sonstigen Personen.

§§ 51a GmbHG, 131 AktG verpflichten den Geschäftsleiter zur Information über seinen Gesundheitszustand. Die Verpflichtung kann sich auf alle ihm bekannten gesundheitlichen Informationen, einschließlich gestellter Diagnosen, beziehen oder sich auf die Mitteilung beschränken, dass der Geschäftsleiter erkrankt ist und in welchem Umfang dies seine Tätigkeit beeinträchtigt. Ziel der Informationsansprüche ist eine möglichst weitgehende Information der Gesellschafter bei Wahrung der Geschäftsleiterrechte.

Eine Einschränkung ergibt sich schon anhand des Begriffes der Angelegenheit der Gesellschaft auf Tatbestandsebene. Eine Angelegenheit der Gesellschaft liegt nur bei Bezug des Gesundheitszustands zur Gesellschaft vor. Unzweifelhaft besteht ein solcher, wenn es um die Frage der Arbeitsfähigkeit des Geschäftsführers geht. Zweifelhaft ist dies aber schon, wenn die zur Arbeitsunfähigkeit führende Diagnose betroffen ist. Die konkrete Diagnose wird über deren Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit des Geschäftsführers hinaus regelmäßig keine weitergehenden Auswirkungen auf die Gesellschaft haben.

Dagegen ist einzuwenden, dass der Informationsanspruch des § 51 Abs. 1 GmbHG implementiert wurde, um den Gesellschaftern die Überwachung der

Geschäftsführung zu ermöglichen. Insbesondere das Einsichtsrecht ermöglicht es den Gesellschaftern, sich nicht auf Angaben und Bewertungen des Geschäftsführers verlassen zu müssen, sondern vielmehr auch die Bewertungsgrundlagen überprüfen zu können. Gerade in Bezug auf die Frage des Gesundheitszustandes kann es dem Geschäftsführer selbst schwer fallen, eine objektive Einschätzung abgeben zu können. Wird jedoch die Diagnose bekanntgegeben, liegt der stärkste in diesem Zusammenhang denkbare Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vor, denn dann hat es der Geschäftsleiter nicht mehr in der Hand, die nahezu öffentliche Bekanntgabe seiner Krankheit zu verhindern. Einem derartigen Eingriff müssen zur Rechtfertigung gewichtige Interessen der Gesellschaft gegenüberstehen. Die Gesellschaft oder auch die Gesellschafter haben an der Kenntnis der Diagnose jedoch kein Interesse. Für sie ist die konkrete Diagnose nicht relevant.

Dies mag ausnahmsweise anders sein, wenn der Geschäftsleiter an einer schweren ansteckenden Krankheit leidet. In dem Fall besteht eine Verpflichtung, diejenigen, bei denen Ansteckungsgefahr besteht, über diese Möglichkeit aufzuklären. Die Aufklärungspflicht ist dann jedoch dem Gefahrenabwehrrecht zuzuordnen und ergibt sich nicht aus gesellschaftsrechtlichen Informationsansprüchen. Für den Auskunftsanspruch aus §§ 51a GmbHG, 131 AktG kann die Bekanntgabe der konkreten Diagnose nur relevant werden, wenn der Geschäftsleiter so schwer erkrankt ist, dass aus der konkret diagnostizierten Krankheit erhebliche Beeinträchtigungen der Gesellschaft folgen. Dies kann ganz ausnahmsweise der Fall sein, etwa wenn die Erkrankung zur Verunreinigung produzierter Produkte führen könnte.

Die Offenlegung der Dienstfähigkeit des Geschäftsleiters stellt hingegen einen wesentlich geringeren Eingriff dar als die Offenlegung der Diagnose. Die bloße Mitteilung der Dienstfähigkeit ist kein Datum im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes, was verdeutlicht, dass ein niedrigeres Schutzniveau anzulegen ist als bei Veröffentlichung der konkreten Diagnose. Das Informationsinteresse der Gesellschaft reicht als Rechtfertigung, denn die Belange der Gesellschaft sind wesentlich betroffen, wenn eine ernsthafte Erkrankung des Geschäftsleiters vorliegt. Es ist eine geringe Eingriffsintensität in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gegen ein gewichtiges Informationsinteresse der Gesellschaft abzuwägen. In dieser Situation muss der Geschäftsleiter den Eingriff in sein

Recht unter dem Gesichtspunkt der organschaftlichen Treuepflicht hinnehmen. Der Geschäftsleiter hat sich frei für die Wahrnehmung der Geschäftsleiterstellung entschieden und muss die damit einhergehenden Einschränkungen akzeptieren. Ebenso muss der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber eine Erkrankung mitteilen, ohne dass er zur Offenlegung der Diagnose verpflichtet ist.⁶⁰⁶ Die Interessen von Gesellschaft und Arbeitgeber an Information sind vergleichbar, ebenso wie das Geheimhaltungs- und Schutzinteresse von Geschäftsleiter und Arbeitnehmer. Der Geschäftsleiter muss bei entsprechendem Auskunftsverlangen also Auskunft über seine Dienstfähigkeit geben.

Soweit der Geschäftsleiter in die Veröffentlichung seiner Diagnose einwilligt, besteht kein Eingriff in sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Der Gesellschaft steht allerdings kein Anspruch auf die Einwilligung des Geschäftsleiters zu. Dieser kann frei entscheiden, ob er auf seinen Grundrechtsschutz verzichtet.

f. Untersuchungspflicht als Folge des Informationsanspruchs

Der Anspruch aus § 51a Abs. 1 GmbHG, § 131 AktG verpflichtet die Gesellschaft zur Information über ihr bekannte Sachverhalte. Darüber hinaus besteht jedoch auch eine Informationspflicht über Sachverhalte, die durch einfache Nachforschungen oder Nachfragen ermittelt werden können (Informationsbeschaffungspflicht).⁶⁰⁷ Ansprüche aus § 51a GmbHG, § 131 AktG sind gemäß § 275 BGB ausgeschlossen, wenn die Gesellschaft die erfragte Information nicht besitzt und diese auch nicht in zumutbarer Weise beschaffen kann (§ 275 Abs. 2 BGB).⁶⁰⁸ Insbesondere besteht die Vorstandspflicht zur Vorbereitung auf die Hauptversammlung und die dort zu erwartenden Fragen, was die Beschaffung entsprechender Informationen umfasst.⁶⁰⁹ Für die Frage nach dem Gesundheitszustand des Geschäftsleiters könnte daraus eine Untersuchungspflicht folgen. Der Informationsanspruch des Gesellschafters kann auch durch einen geeigneten Sachverständigen erfüllt werden⁶¹⁰. Solcher kann auch ein Arzt sein, wenn es um

⁶⁰⁶ ArbG Mannheim, 12.01.2000 – 11 Ca 310/99, RDV 2000, 281 (Rn. 16 f.).

⁶⁰⁷ *Schneider*, in: FS Lutter, S. 1193 (1196); *Tietze*, Informationsrechte, S. 44 f. Kritisch: *Grunewald*, ZHR 1982, 211 (221).

⁶⁰⁸ *Müller*, GmbHR 1987, 87 (90 f.).

⁶⁰⁹ *Schneider*, in: FS Lutter, S. 1193 (1196).

⁶¹⁰ *Bitter*, ZIP 1981, 825 (828).

die Frage nach dem Gesundheitszustand des Geschäftsleiters geht. Allerdings unterliegt der Arzt der ärztlichen Schweigepflicht. Folge einer Untersuchungspflicht und einer Berichterstattung durch den Arzt als Sachverständigen müsste dann auch eine Verpflichtung des Geschäftsführers sein, den Arzt von seiner Schweigepflicht zu entbinden.

Es gilt das Recht des Geschäftsleiters aus Art. 2 Abs. 2 S. 1, 2. Var. GG (Recht auf körperliche Unversehrtheit) zu berücksichtigen, welches durch die Untersuchung beeinträchtigt wird. Dem Geschäftsleiter steht auch das Recht auf Unwissenheit zur Seite, welches sich als negative Freiheit aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ergibt. Es steht dem Geschäftsleiter grundsätzlich frei, selbst zu entscheiden, was er hinsichtlich seines Gesundheitszustandes über sich wissen möchte. Das Grundrecht gesteht ihm zu, Untersuchungen zu unterlassen, deren Ergebnis er nicht kennen möchte. Sobald sich jedoch aus §§ 51a GmbHG, 131 AktG ein Anspruch der Gesellschafter auch auf Untersuchung des Geschäftsleiters ergibt, wird dieses Recht beeinträchtigt. Zur Eingriffsrechtfertigung genügt allerdings das anzuerkennende Interesse der Gesellschaft, von einer beeinträchtigenden Krankheit des Geschäftsleiters zu wissen.

Um einen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1, 2. Var. GG) rechtfertigen zu können, muss das Eingriffsgesetz – also hier §§ 51a GmbHG, 131 AktG – verhältnismäßig sein. Legitimer Zweck kann das Informationsinteresse der Gesellschaft beziehungsweise ihrer Gesellschafter sein. Dieses ist jedoch, da es kein Allgemeinwohlinteresse verfolgt, kein durch einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit verfolgbarer Zweck. Untersuchungen sind schon aus diesem Gesichtspunkt unzulässig. Etwas anderes gilt nur, wenn der Geschäftsleiter in die Untersuchung eingewilligt hat.

g. Zwischenfazit

Ein Informationsanspruch des Gesellschafters aus §§ 51a GmbHG, 131 AktG auf Auskunft über den Gesundheitszustand des Geschäftsführers ist möglich. Voraussetzung ist, dass

1. es sich bei dem Gesundheitszustand des Geschäftsleiters (ausnahmsweise) um eine Angelegenheit der Gesellschaft handelt, die Gesundheit des Geschäftsführers in Zusammenhang mit der Gesellschaft steht,

2. ein Gesellschafter Auskunft verlangt und die Gründe darlegt, aus denen sich die Qualifikation des Gesundheitszustandes als Angelegenheit der Gesellschaft ergibt und
3. der Gesellschaft die Kenntnis von der Krankheit des Geschäftsleiters zugerechnet werden kann und
4. im Fall des § 131 AktG ein Bezug zu dem jeweiligen Tagesordnung besteht und
5. keine Rechte des Geschäftsleiters entgegenstehen. Dies ist in der Regel der Fall, wenn nur die Dienstfähigkeit, nicht aber die Diagnose mitgeteilt wird.

Auf den Gesundheitszustand des Geschäftsleiters gerichtete Informationsansprüche realisieren sich vorwiegend in der GmbH. Folge davon ist nicht, dass in der GmbH weitergehende Auskünfte zu erteilen sind. Vielmehr divergieren die innergesellschaftlichen Berichtssysteme der Gesellschaftsformen. Während in der GmbH die Gesellschafter die Aufgabe der Überwachung übernehmen (§ 46 Nr. 6 GmbHG), wird diese in der Aktiengesellschaft hauptsächlich vom Aufsichtsrat übernommen (§ 111 AktG). Daraus folgt, dass den Gesellschaftern in der GmbH ein weitergehendes Informationsrecht einzuräumen ist, als dies in der AG für die Aktionäre erforderlich ist.

4. Information weiterer Geschäftsleiter

Eine Pflicht des Geschäftsleiters zur Information der übrigen Geschäftsleiter kann aus der organschaftlichen Treuepflicht resultieren.⁶¹¹ Der Gesellschaft obliegt es, Informationsansprüche aus §§ 90, 131 AktG, 51a GmbHG zu erfüllen, wobei der Geschäftsleiter die Gesellschaft vertritt. Soweit der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Regelungen trifft, sind die Geschäftsleiter gemeinsam zur Erfüllung des Informationsanspruches verpflichtet⁶¹². Eine gemeinsame Entscheidung über die Informationserteilung kann jedoch nur getroffen werden, wenn das gesamte Leitungsorgan Kenntnis von den Informationen hat. Daraus

⁶¹¹ Für den Fall einer festgestellten Krankheit *Lutter*, Der Aufsichtsrat 2009, 97 (97). Vgl. auch *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 108.

⁶¹² *Karasu*, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 33; *Kubis*, in: MünchKomm AktG, § 131 Rn. 20; *Siems*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 131 Rn. 16 mit Hinweis auf eine abweichende Praxis. A.A. wohl *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 51a Rn. 77.

folgt, dass der Geschäftsleiter, dessen Krankheit zur Angelegenheit der Gesellschaft wird, die übrigen Geschäftsleiter informieren muss.⁶¹³

Dies ergibt sich schon aus den Grundsätzen der organinternen Zusammenarbeit. Die Mitglieder des Leitungsorgans haben sich untereinander abzustimmen, um die Einheit der Unternehmensleitung sicherzustellen. Verschiedene Aufgaben müssen durch die Organgesamtheit wahrgenommen werden. Mit der Zusammenarbeit geht die Information der anderen Organmitglieder über die jeweiligen Geschehnisse, die in der eigenen Verantwortungs- oder Kenntnissphäre eintreten, zwingend einher. Abhängig von den anstehenden Entscheidungen und der inneren Organisation des Vorstands muss dieser unter Umständen schon den ersten Tag seiner Abwesenheit mitteilen, um den ordnungsgemäßen Ablauf in der Gesellschaft zu garantieren. Die genaue Diagnose muss das erkrankte Vorstandsmitglied jedoch nicht mitteilen. Erst wenn deutlich wird, dass die Erkrankung von längerer Dauer sein wird, muss das Vorstandsmitglied den Gesamtvorstand über die erwartete Dauer des Ausfalles oder die dauerhafte Dienstunfähigkeit aufklären.⁶¹⁴

Eine derartige Informationspflicht besteht indes nur, wenn der Informationsweitergabe keine Rechte des erkrankten Geschäftsleiters im Wege stehen. Es gilt das zu §§ 51a GmbHG, 131 AktG Ausgeführte:⁶¹⁵ Eine Pflicht zur Information besteht nur in Hinblick auf eine beeinträchtigende Erkrankung. Die Pflicht, auch die Diagnose mitzuteilen, besteht grundsätzlich nicht.

5. Information des Aufsichtsrats

Ist der Aufsichtsrat Informationsgläubiger, können sowohl die Gesamtheit des Aufsichtsrats wie auch der Aufsichtsratsvorsitzende Informationsempfänger sein.

a. Information des Gesamtaufsichtsrats, § 90 AktG

§ 90 Abs. 1 S. 1 AktG sieht eine Berichtspflicht des Gesamtvorstands gegenüber dem Gesamtaufsichtsrat vor und dient der Sicherung der Überwachungstätigkeit aus § 111 Abs. 1 AktG.⁶¹⁶ Aus § 90 AktG kann sich also die Verpflichtung eines

⁶¹³ Angedeutet bei *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (91).

⁶¹⁴ *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (91); *Lutter*, Der Aufsichtsrat 2009, 97.

⁶¹⁵ Kapitel 2.C.III.3.e.dd.

⁶¹⁶ *Elsing/Schmidt*, BB 2002, 1705 (1705); *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 34; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 90 Rn. 1.

Vorstandsmitglieds ergeben, den Gesamtaufsichtsrat über seine Erkrankung zu informieren.

aa. Schuldner des Informationsanspruches aus § 90 AktG

Schuldner des Informationsanspruches aus § 90 AktG ist der Gesamtvorstand.⁶¹⁷ Daneben stellt sich die Informationspflicht jedoch auch als Pflicht des einzelnen Vorstandsmitglieds (im Sinne von § 93 Abs. 1 AktG) zur Mitwirkung⁶¹⁸ an den Berichten dar.⁶¹⁹ Gemäß § 111 Abs. 2 S. 1 AktG steht dem Aufsichtsrat ein eigenes Einsichts- und Prüfungsrecht in die Unterlagen der Gesellschaft zu. Insbesondere, wenn der Vorstand als zuverlässiger Informationsmittler ausscheidet, da er selbst „dem Aufsichtsrat den Strick zu reichen hat, mit dem er selbst gebunden werden soll“⁶²⁰, kann der Aufsichtsrat sein Informationsbedürfnis so dennoch befriedigen.⁶²¹ Richtet sich das Informationsinteresse des Aufsichtsrats jedoch auf den Gesundheitszustand des Geschäftsleiters, versagt dieser Kontrollmechanismus. Die Unterlagen der Gesellschaft enthalten regelmäßig keine Aufzeichnungen über eine Erkrankung des Vorstands. Obwohl § 111 Abs. 2 AktG auch zum Zugriff auf personenbezogene Angaben ermächtigt,⁶²² kann das Einsichtsrecht folglich nicht zum Ziel führen. Der Aufsichtsrat ist in dieser Situation vielmehr zwingend auf die Mitwirkung des erkrankten Vorstandsmitglieds angewiesen.

⁶¹⁷ *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (508); *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 74; *Manger*, NZG 2010, 1255 (1256); *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 90 Rn. 6.

⁶¹⁸ Zum Vorgehen bei Meinungsverschiedenheiten im Vorstand *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 76 f.; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 90 Rn. 7.

⁶¹⁹ *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 77; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 90 Rn. 6. Schon 1956 entschied der *BGH*, dass jedes Vorstandsmitglied den Aufsichtsrat „gewissenhaft und treu unterrichten“ müsse, *BGH*, 26.03.1956 – II ZR 57/55, BGHZ 20, 239 (Rn. 23).

⁶²⁰ *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 1.

⁶²¹ *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 4. Relevant ist dies besonders bei dem Verdacht auf Pflichtwidrigkeiten des Vorstands, *Habersack*, in: MünchKomm AktG, § 111 Rn. 60 f.; *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 111 Rn. 37.

⁶²² *Habersack*, in: MünchKomm AktG, § 111 Rn. 63.

bb. Informationspflicht aus § 90 Abs. 1 AktG

Gemäß § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG hat der Vorstand den Aufsichtsrat über die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung zu informieren. Dazu gehört die Personalplanung. Teil der Personalplanung ist auch die Besetzung der Führungspositionen. Während die sonstigen Einstellungen und das Konzept der Belegung im Verantwortungsbereich des Vorstands liegen, stellt die Ernennung der Organmitglieder die einzige originäre Personalkompetenz des Aufsichtsrats dar, § 84 Abs. 1 S. 1 AktG.⁶²³ Mit der Entscheidung für oder gegen bestimmte Personen im Vorstand beeinflusst der Aufsichtsrat (mittelbar) auch die nachgeordnete Personalplanung.⁶²⁴ Die Vorstandsmitglieder werden vom Aufsichtsrat ernannt, wozu es eines Aufsichtsratsbeschlusses bedarf, der wiederum eine entsprechende Informationsgrundlage voraussetzt. Die Erkrankung eines Vorstandsmitglieds hat allerdings nicht zwingend dessen Ausscheiden aus dem Gesamtorgan zur Folge. Die Reaktion auf eine länger andauernde Krankheit eines Vorstandsmitglieds hängt wesentlich von der Entscheidung des Aufsichtsrats ab.⁶²⁵ Um seinen Aufgaben gerecht zu werden, muss der Aufsichtsrat informiert werden. Gesundheitliche Einschränkungen auf der Führungsebene beeinflussen die grundsätzliche Planung. Eine Mitteilungspflicht folgt schon aus § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG.

Nach § 90 Abs. 1 S. 3 AktG hat der Vorstand den Aufsichtsrat über sonstige wichtige Angelegenheiten der Gesellschaft zu informieren (sog. Sonderberichte⁶²⁶). Wann ein Sonderbericht zu erstatten ist, richtet sich nach dem jeweiligen Einzelfall und orientiert sich an der konkreten Ausgestaltung der Aktiengesellschaft sowie der Bedeutung des jeweiligen Vorkommnisses.⁶²⁷ Berichts-

⁶²³ Die Besetzung des Vorstands fällt nicht in den Bereich der ordnungsgemäßen Unternehmensleitung, soweit Unternehmensleitung als Kompetenz des Vorstands im Sinne von § 76 Abs. 1 AktG verstanden wird. So aber wohl *Henze*, BB 2000, 209 (214).

⁶²⁴ Davon abzugrenzen ist die Personalplanung im Sinne von § 92 BetrVG. Der Betriebsrat ist an der Besetzung der Vorstandsposten nicht zu beteiligen, da diese eine Maßnahme auf Arbeitgeberseite darstellt, während der Betriebsrat Interessenvertreter der Arbeitnehmer ist (vgl. § 80 Abs. 1 BetrVG).

⁶²⁵ So bedarf etwa die Abberufung des Vorstandsmitglieds eines Aufsichtsratsbeschlusses, § 84 Abs. 3 AktG.

⁶²⁶ *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 90 AktG Rn. 17; *Manger*, NZG 2010, 1255 (1255).

⁶²⁷ *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 90 AktG Rn. 17.

pflichtig sind insbesondere erhebliche Betriebsstörungen.⁶²⁸ Wesentlich ist, ob Auswirkungen auf die rechtliche oder wirtschaftliche Situation der Gesellschaft eingetreten oder zu erwarten sind.⁶²⁹ Die Literatur sieht § 90 Abs. 1 S. 3 AktG insbesondere dann erfüllt, wenn von außen auf die Gesellschaft einwirkende Ereignisse in Frage stehen.⁶³⁰ Fällt ein Vorstandsmitglied für einen längeren Zeitraum aus, ist eine erhebliche Betriebsstörung jedoch ebenfalls gegeben. Mag man auch darum streiten, ob eine Krankheit ein von außen auf die Gesellschaft einwirkendes Ereignis darstellt, ist die uneingeschränkte Funktionsfähigkeit des Vorstands eine wesentliche Voraussetzung für den geordneten Ablauf der Gesellschaft. Bei der Erkrankung eines Vorstandsmitglieds ist also ein Sonderbericht zu erstatten.

Der Aufsichtsrat ist grundsätzlich dazu berechtigt, die gleichen Kenntnisse wie der Vorstand selbst zu besitzen.⁶³¹ Ein „Geheimhaltungsrecht“⁶³² des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat besteht nicht. Soweit eine Erkrankung eine wesentliche Angelegenheit der Gesellschaft darstellt, ist der Aufsichtsrat zu deren Kenntnis berechtigt.

Die Berichtspflicht des § 90 AktG verpflichtet Vorstandsmitglieder zur Mitteilung über ihre Erkrankung an den Aufsichtsrat, sofern damit wesentliche Einschränkungen der Gesellschaft einhergehen. Die Information hat korrespondierend zu der umfassenden Überwachungspflicht aus § 111 AktG umfassend zu erfolgen.⁶³³ Benötigt der Aufsichtsrat die Information über den Gesundheitszustand des Geschäftsleiters zur Wahrnehmung seiner Aufgaben nicht, ist die Information hingegen nicht zu erteilen.⁶³⁴ Eine Pflicht, die Diagnose offenzulegen, besteht nicht.⁶³⁵

⁶²⁸ *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 90 AktG Rn. 17; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 23.

⁶²⁹ *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 23.

⁶³⁰ *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 90 Rn. 8; *Müller-Michaels*, in: Hölter, AktG, § 90 Rn. 11.

⁶³¹ *Burgard/Heimann*, AG 2014, 360 (363); *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 36, 47, 91; *Wilde*, ZGR 1998, 423 (430). *Lutter* zustimmend *Theisen*, ZGR 2013, 1 (5).

⁶³² *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 91.

⁶³³ So *Wilde*, ZGR 1998, 423 (428).

⁶³⁴ Vgl. *Sina*, NJW 1990, 1016 (1018).

⁶³⁵ Vgl. Kapitel 2.C.III.3.e.dd.

Es stellt sich jedoch die Frage, welches Stadium der Erkrankung eine Berichtspflicht auslöst. Nicht jede Erkrankung des Geschäftsleiters ist von einer derartigen Bedeutung für die Gesellschaft, dass sie die Information des Aufsichtsrats erfordert. Vielmehr muss eine wesentliche Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebs zu befürchten sein. Mitteilungspflichtig ist jedenfalls die mehrwöchige krankheitsbedingte Abwesenheit eines Vorstandsmitglieds. Die Grenze kann bei einer krankheitsbedingten Abwesenheit von mehr als einem Monat angenommen werden,⁶³⁶ denn dann ist mit einer wesentlichen Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes zu rechnen, da davon auszugehen ist, dass in diesen Zeitraum entscheidende Entscheidungen fallen und die Abwesenheit des Geschäftsleiters besonderer Organisation bedarf.

cc. Informationspflicht aus § 90 Abs. 3 AktG auf Verlangen des Aufsichtsrats

Auf Verlangen des Aufsichtsrats hat der Vorstand den Aufsichtsrat über die Angelegenheiten der Gesellschaft gemäß § 90 Abs. 3 AktG zu informieren. Vor dem Verlangen des Aufsichtsrats muss gemäß § 108 AktG ein Aufsichtsratsbeschluss ergehen,⁶³⁷ denn § 90 Abs. 3 AktG berechtigt den Aufsichtsrat als Gesamtorgan. Gemäß § 90 Abs. 3 S. 2 AktG kann auch ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied den Anspruch – jedoch nur auf Berichtserstattung an den Aufsichtsrat – geltend machen. Die Regelung des § 90 Abs. 3 AktG macht den Aufsichtsrat rechtlich unabhängig von der Einschätzung des Vorstands, welche Sachverhalte der Berichterstattung bedürfen und welche nicht.⁶³⁸ Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind in gleichem Maße wie der Vorstand zur Kenntnis der Gesellschaftsangelegenheiten berechtigt; Geheimhaltungsrechte des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat bestehen grundsätzlich nicht.⁶³⁹ Ist eine Erkrankung also als Angelegenheit der Gesellschaft zu qualifizieren,⁶⁴⁰ steht dem Aufsichtsrat ein

⁶³⁶ Auf einen Zeitraum von drei bis vier Wochen abstellend *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (90).

⁶³⁷ *Elsing/Schmidt*, BB 2002, 1705 (1706); *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 90 Rn. 11; *Schenck*, NZG 2002, 64 (65). Vgl. auch *Wilde*, ZGR 1998, 423 (429).

⁶³⁸ Vgl. *Elsing/Schmidt*, BB 2002, 1705 (1706).

⁶³⁹ *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 47 f.

⁶⁴⁰ Dazu ausführlich Kapitel 2.C.III.3.a.

Informationsanspruch aus § 90 Abs. 3 AktG zu. Grundrechte des Geschäftsleiters stehen der Berichtspflicht nur insoweit entgegen, als die konkrete Diagnose erfragt wird.⁶⁴¹

b. Information des Gesamtaufsichtsrats, organschaftliche Treuepflicht

§ 90 AktG regelt die Berichtspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat nicht abschließend.⁶⁴² Insbesondere wenn der Vorstand einen Beschluss des Aufsichtsrats erwirken will oder muss, ist er zur Information des Aufsichtsrats verpflichtet.⁶⁴³ Es stellt sich die Frage, ob der Vorstand bei Erkrankung eines Vorstandmitgliedes zur Herbeiführung eines Aufsichtsratsbeschlusses verpflichtet ist. Dies kann der Fall sein, wenn der Vorstand sein Vorstandsmandat niederlegen möchte oder er dies in das Ermessen des Aufsichtsrats stellen will oder er befürchten muss, seine Erkrankung sei so wesentlich,⁶⁴⁴ dass sie den Aufsichtsrat zu seiner Abberufung veranlassen werde. Die Information kann dem Vorstand zugemutet werden, obwohl ihn dann die Verpflichtung treffen kann, an seiner eigenen Abberufung mitzuwirken, da die organschaftliche Treuepflicht ihn verpflichtet, seine privaten Interessen hintanzustellen. Der Geschäftsleiter ist auch auf Grundlage der organschaftlichen Treuepflicht verpflichtet, dem Aufsichtsrat eine schwere Erkrankung mitzuteilen.⁶⁴⁵

⁶⁴¹ Vgl. dazu ausführlich Kapitel 2.C.III.3.e.

⁶⁴² *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 90 AktG Rn. 2; *Elsing/Schmidt*, BB 2002, 1705 (1705); *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 90 Rn. 2; *Manger*, NZG 2010, 1255 (1256); *Müller-Michaels*, in: Hölters, AktG, § 90 Rn. 2; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 90 Rn. 3.

⁶⁴³ *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 90 AktG Rn. 2; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 90 Rn. 2; *Müller-Michaels*, in: Hölters, AktG, § 90 Rn. 2; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 90 Rn. 3.

⁶⁴⁴ Vgl. dazu *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 108.

⁶⁴⁵ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 130a; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 84 Rn. 10.

c. Information des Aufsichtsratsvorsitzenden

Auch dem Aufsichtsratsvorsitzenden kann ein Informationsanspruch bezogen auf den Gesundheitszustand des Geschäftsleiters zustehen.⁶⁴⁶ Der Aufsichtsratsvorsitzende (§ 107 Abs. 1 S. 1 AktG)⁶⁴⁷ übernimmt im Wesentlichen die Koordination zwischen Vorstand und Aufsichtsrat⁶⁴⁸ und steht zu diesem Zweck in ständigem Kontakt zum Vorstand,⁶⁴⁹ woraus zwingend folgt, dass der Aufsichtsratsvorsitzende das bestinformierte Aufsichtsratsmitglied ist⁶⁵⁰. Er mittelt Informationen dabei nur,⁶⁵¹ ist also nicht dazu berechtigt, Informationen für sich zu behalten. Gemäß § 90 Abs. 5 S. 2 AktG hat der Aufsichtsratsvorsitzende die weiteren Aufsichtsratsmitglieder spätestens in der nächsten Aufsichtsratssitzung über die ihm auf Grundlage von § 90 Abs. 1 S. 3 AktG erteilten Informationen zu unterrichten.⁶⁵² Bis dahin bleibt es ihm überlassen, wie er mit der erlangten Information verfahren will.⁶⁵³ Grund für eine erst späte Unterrichtung des Aufsichtsrats kann die besondere Vertraulichkeit der Informationen sein.⁶⁵⁴ Eine Information von besonderer Bedeutung für die Gesellschaft kann den Aufsichtsratsvorsitzenden ausnahmsweise zur Einberufung einer außerordentlichen

⁶⁴⁶ Dafür *Lutter*, Der Aufsichtsrat 2009, 97 (97), der bereits bei Untersuchungen zum Verifizieren des Krankheitsverdachts ein vertrauliches Gespräch mit dem Aufsichtsratsvorsitzendem empfiehlt.

⁶⁴⁷ Er ist ein „zwingend erforderliche(r) Funktionsträger“, jedoch kein Gesellschaftsorgan *Drygala*, in: K. Schmidt/Lutter, Aktiengesetz, § 107 Rn. 4. Vgl. auch *Habersack*, in: MünchKomm AktG, § 107 Rn. 44.

⁶⁴⁸ *Drinhausen/Marsch-Barner*, AG 2014, 337 (341); *Drygala*, in: K. Schmidt/Lutter, Aktiengesetz, § 107 Rn. 4; *Luther/Rosga*, in: FS Meilicke, S. 80 (83); *Schlitt*, DB 2005, 2007 (2008). Vgl. auch Ziffer 5.2 Abs. 3 S. 1 DCGK.

⁶⁴⁹ *Roth*, ZGR 2012, 343 (366). Vgl. auch Ziffer 5.2 Abs. 3 S. 1 DCGK.

⁶⁵⁰ Vgl. *Drygala*, in: K. Schmidt/Lutter, Aktiengesetz, § 107 Rn. 4.

⁶⁵¹ *Schlitt*, DB 2005, 2007 (2008).

⁶⁵² *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 65. Vgl. auch Ziffer 5.2 Abs. 3 S. 3 DCGK.

⁶⁵³ *Drinhausen/Marsch-Barner*, AG 2014, 337 (341).

⁶⁵⁴ *Drinhausen/Marsch-Barner*, AG 2014, 337 (341). Eine persönliche Mitteilung des Aufsichtsratsvorsitzenden mit dem Zweck, die Information des Aufsichtsrates zu verhindern, ist hingegen pflichtwidrig, *Burgard/Heimann*, AG 2014, 360 (364).

Aufsichtsratssitzung und einer zügigen Information der übrigen Aufsichtsratsmitglieder verpflichtet.⁶⁵⁵ Ein gewichtiger Grund ist jedenfalls das sofortige krankheitsbedingte Ausscheiden eines Vorstandsmitglieds.

§ 90 AktG beschränkt eine weitergehende Information des Aufsichtsratsvorsitzenden durch ein einzelnes Mitglied des Vorstands nicht.⁶⁵⁶ Einige Literaturstimmen empfehlen daher, zur Wahrung der Vertraulichkeit zunächst nur den Aufsichtsratsvorsitzenden zu informieren.⁶⁵⁷ Eine alleinige Mitteilung über den Gesundheitszustand eines potentiellen Vorstandsmitglieds an den Aufsichtsratsvorsitzenden kann im Rahmen der Auswahl eines geeigneten Nachfolgekandidaten erfolgen. Die Vorauswahl, die der endgültigen Entscheidung des Gesamtaufichtsrats vorausgeht, wird regelmäßig vom Personalausschuss, vom Präsidium oder vom Aufsichtsratsvorsitzenden allein getroffen.⁶⁵⁸ Der informierte Personenkreis wird wegen des Prestigeverlusts, den der Bewerber bei Ablehnung erleiden kann, beschränkt, denn gerade bei Vorstandsposten handelt es sich regelmäßig um öffentlichkeitswirksame Posten.⁶⁵⁹ Ein Kriterium im Auswahlprozess sollte die gesundheitliche Situation des potentiellen Vorstandsmitglieds sein.⁶⁶⁰ Die gesundheitliche Eignung kann mittels einer Eignungsuntersuchung nachgewiesen werden. Das Ergebnis der Untersuchung darf nur an denjenigen weitergeleitet werden, der die Vorauswahl trifft. Ist dies der Aufsichtsratsvorsitzende, ist die Information nur ihm mitzuteilen. Erst wenn sich der Bewerber abschließend durchgesetzt hat und es zu einer Entscheidung im Gesamtaufichtsrat kommt, kommt eine Information des Gesamtorgans über den Gesundheitszustand des Bewerbers in Betracht.⁶⁶¹

⁶⁵⁵ Vgl. auch Ziffer 5.2 Abs. 3 S. 3 DCGK; *Beckmann*, Informationsversorgung, S. 143; *Drinhausen/Marsch-Barner*, AG 2014, 337 (341); *Roth*, ZGR 2012, 343 (366).

⁶⁵⁶ *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (91); *Schlitt*, DB 2005, 2007 (2011).

⁶⁵⁷ *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (91); *Fleischer*, NZG 2010, 561 (564); *Lutter*, Der Aufsichtsrat 2009, 97 teilweise jedoch ohne (ausdrückliche) Bezugnahme auf § 90 AktG.

⁶⁵⁸ *Beckmann*, Informationsversorgung, S. 35; *Drinhausen/Marsch-Barner*, AG 2014, 337 (346).

⁶⁵⁹ *Drinhausen/Marsch-Barner*, AG 2014, 337 (346).

⁶⁶⁰ Vgl. auch *Beckmann*, Informationsversorgung, S. 34.

⁶⁶¹ Die Beteiligung des Gesamtorgans darf jedoch nicht zu einem bloßen formalen Akt verkommen, *Götz*, AG 1995, 337 (348).

Weitergehende Einzelinformationen des Aufsichtsratsvorsitzenden sieht das AktG nicht vor. Gesetzlich steht dem Aufsichtsratsvorsitzenden eine herausgehobene Informationsstellung nicht zu. Die ihm von einem Vorstandsmitglied gelieferten Informationen muss er gegebenenfalls an den Gesamtaufwichtsrat weitergeben.⁶⁶² In der Praxis ist dies allerdings nicht in Bezug auf jede ihm gelieferte Information möglich.⁶⁶³ Der Aufsichtsratsvorsitzende filtert die ihm zugetragenen Informationen und leitet regelmäßig nur wichtige Informationen weiter.⁶⁶⁴ Dies ist im Fall besonderer Geheimhaltungsinteressen (zum Beispiel Nachfolgeregelung) auch gerechtfertigt, ergibt sich im Wesentlichen jedoch aus Praktikabilitätsgründen. Solange die Entscheidungsbasis des Gesamtorgans Aufsichtsrat darunter nicht leidet, stehen dem keine größeren Bedenken entgegen. Gesundheitsbezogene Informationen werden regelmäßig zunächst dem Aufsichtsratsvorsitzenden zugeleitet, der die Information des Gesamtaufwichtsrats übernimmt, soweit eine Informationspflicht besteht.

d. Verhältnis der Mitteilungspflicht aus § 90 AktG zur Information des Aufsichtsratsvorsitzenden

Das erkrankte Vorstandsmitglied erfüllt die Informationspflichten aus § 90 AktG nicht durch die alleinige Information des Aufsichtsratsvorsitzenden. Angesichts der betroffenen Grundrechte akzeptiert die Literatur dennoch eine gestufte Mitteilungspflicht, die auf der ersten Stufe die Information allein des Aufsichtsratsvorsitzenden vorsieht.⁶⁶⁵ Dies ist jedoch nur solange möglich, wie die Erkrankung noch keine Angelegenheit der Gesellschaft ist.⁶⁶⁶ Zwar ist der Aufsichtsratsvorsitzende Adressat der nach § 90 Abs. 1 S. 3 AktG erstatteten Berichte, jedoch müssen diese spätestens in der nächsten Aufsichtsratssitzung dem Gesamtaufwichtsrat zugeleitet werden.⁶⁶⁷ Der zwischen diesen Zeitpunkten bestehende Zeitraum kann zwar zur Orientierung in Bezug auf das weitere Vorgehen, auch

⁶⁶² *Schenck*, AG 2010, 649 (653); *Schlitt*, DB 2005, 2007 (2012).

⁶⁶³ *Schenck*, AG 2010, 649 (653).

⁶⁶⁴ *Schenck*, AG 2010, 649 (653).

⁶⁶⁵ *Fleischer*, NZG 2010, 561 (564); *Lutter*, Der Aufsichtsrat 2009, 97.

⁶⁶⁶ Vgl. *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (91).

⁶⁶⁷ *Drinhausen/Marsch-Barner*, AG 2014, 337 (341); *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 65. Der Aufsichtsratsvorsitzende agiert dann als Empfangsvertreter des Gesamtaufwichtsrats, *Luther/Rosga*, in: FS Meilicke, S. 80 (83).

in Abstimmung mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden, genutzt werden. Ist eine Information von besonderer Bedeutung für die Gesellschaft, wie etwa das krankheitsbedingte Ausscheiden, hat der Aufsichtsratsvorsitzende jedoch eine außerordentliche Aufsichtsratssitzung einzuberufen.⁶⁶⁸ Dann reduziert sich der Zeitraum, in dem nur wenige Beteiligte über die Krankheit des Vorstandsmitglieds informiert sind, deutlich. Eine gestufte Mitteilungspflicht, bei der die Information des Gesamtaufsichtsrats im Rahmen der gesetzlichen Regelungen erfolgt, ist zulässig. Die Geheimhaltungsinteressen von Geschäftsleiter und Gesellschaft sind insofern kongruent und rechtfertigen die Geheimhaltung gegenüber dem Aufsichtsrat für eine gewisse, nicht zu lange Zeit. Um eine ruhige und geordnete Entscheidungsfindung zu ermöglichen, erscheint es auch sinnvoll, die Erkrankung des Vorstandsmitglieds nach und nach zu verbreiten, sodass eine Vorgehensstrategie bereits vorbereitet werden kann. Dabei darf die Zuständigkeit des Aufsichtsrats allerdings nicht untergraben werden.

e. Bericht an den GmbH-Aufsichtsrat

Die regelmäßige Berichtspflicht des § 90 AktG findet auf den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH keine Anwendung. Ein Aufsichtsrat wird in der GmbH nur eingerichtet, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht.⁶⁶⁹ Vorrangig gestaltet die Satzung die Rechte des fakultativen Aufsichtsrats,⁶⁷⁰ erst bei Fehlen einer speziellen Regelung ist gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG ein Rückgriff auf das Aktienrecht möglich, einen Verweis auf § 90 Abs. 1 AktG enthält § 52 Abs. 1 GmbHG jedoch nicht.⁶⁷¹ Die Geschäftsführung ist bei schwerer Erkrankung nicht dazu verpflichtet, auf dieser Grundlage an den Aufsichtsrat zu berichten, es sei denn, die Satzung sieht eine § 90 Abs. 1 AktG entsprechende Regelung vor. Gleichwohl besteht eine Berichtspflicht der Geschäftsführung gegenüber dem fakultativen Aufsichtsrat. Dies ergibt sich aus § 46 Nr. 6 GmbHG,⁶⁷² wonach die Gesellschafter für die Überwachung der Geschäftsführung zuständig sind. Mit Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats wird die Überwachungsaufgabe an

⁶⁶⁸ *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 65. Vgl. auch Ziffer 5.2 Abs. 3 S. 2 DCGK.

⁶⁶⁹ *Raiser/Veil*, KapGesR, § 34 Rn. 1.

⁶⁷⁰ *Spindler*, in: MünchKomm GmbHG, § 52 Rn. 9.

⁶⁷¹ *Meier*, DStR 1997, 1894 (1894).

⁶⁷² *Meier*, DStR 1997, 1894 (1894).

diesen übertragen,⁶⁷³ die Gesellschafter bleiben daneben aber ebenfalls zur Überwachung berechtigt.⁶⁷⁴ Die Überwachungspflicht des fakultativen GmbH-Aufsichtsrats ergibt sich zudem aus § 111 AktG (i.V.m. § 52 Abs. 1 GmbHG).⁶⁷⁵ Korrelat der Überwachungspflicht ist die Berichtspflicht.⁶⁷⁶ Die Verwendung der Begrifflichkeit „Aufsichtsrat“ zwingt somit zur Einräumung von Überwachungsaufgaben und -kompetenzen, auch wenn die konkrete Ausgestaltung dem fakultativen Aufsichtsrat gesetzlich nicht vorgeschrieben ist.⁶⁷⁷

Die Information muss sich inhaltlich auf wichtige Gesellschaftsangelegenheiten beziehen.⁶⁷⁸ Darunter ist die schwere Erkrankung des Geschäftsführers zu verstehen, die wesentlichen Einfluss auf die Gesellschaft nimmt.⁶⁷⁹ Zwar ist der fakultative Aufsichtsrat grundsätzlich nicht zu Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers berechtigt,⁶⁸⁰ dazu sind gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG die Gesellschafter berufen, dennoch kann die Gesundheit des Geschäftsführers wesentlich für die Gesellschaft in dem Bereich sein, der für die Überwachungstätigkeit des fakultativen Aufsichtsrats relevant ist. Haben die Gesellschafter den Aufsichtsrat so ausgestaltet, dass diesem die Personalkompetenz über die Geschäftsführung zukommt,⁶⁸¹ besteht unzweifelhaft eine Pflicht, den fakultativen Aufsichtsrat über eine Erkrankung zu informieren.⁶⁸²

§ 52 Abs. 1 GmbHG verweist auf § 90 Abs. 3 AktG. Der Aufsichtsrat ist also, vorbehaltlich abweichender Regelungen, berechtigt, von der Geschäftsführung Berichte über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen. Da auch die Gesundheit des Geschäftsleiters als Angelegenheit der Gesellschaft eingeordnet werden kann, hat die Geschäftsführung auf Verlangen des Aufsichtsrats über die

⁶⁷³ *Stimpel/Ulmer*, in: FS Zöllner, S. 589 (590).

⁶⁷⁴ *Spindler*, in: MünchKomm GmbHG, § 52 Rn. 265.

⁶⁷⁵ *Spindler*, in: MünchKomm GmbHG, § 52 Rn. 263.

⁶⁷⁶ *Meier*, DStR 1997, 1894 (1894).

⁶⁷⁷ Vgl. *Raiser/Veil*, KapGesR, § 34 Rn. 2; *Spindler*, in: MünchKomm GmbHG, § 52 Rn. 263.

⁶⁷⁸ *Meier*, DStR 1997, 1894 (1894).

⁶⁷⁹ Siehe Kapitel 2.C.III.3.a.

⁶⁸⁰ *Spindler*, in: MünchKomm GmbHG, § 52 Rn. 385; *Stimpel/Ulmer*, in: FS Zöllner, S. 589 (590 f.).

⁶⁸¹ *Spindler*, in: MünchKomm GmbHG, § 52 Rn. 385; *Stimpel/Ulmer*, in: FS Zöllner, S. 589 (592).

⁶⁸² Vgl. insoweit die Ausführungen zur AG.

gesundheitliche Situation der Geschäftsführer Auskunft zu geben. Auch der fakultative Aufsichtsrat hat nur einen Anspruch auf die Mitteilung der Einsatzfähigkeit des Geschäftsführers, nicht auf Mitteilung der Diagnose.

Die Implementierung eines fakultativen Aufsichtsrats führt zu gespaltenen Berichtspflichten der Geschäftsführer gegenüber zwei Gesellschaftsorganen, der Gesellschafterversammlung und dem Aufsichtsrat. In welchem Umfang welchem Organ zu berichten ist, ergibt sich aus der konkreten Ausgestaltung des fakultativen Aufsichtsrats. Sowohl Aufsichtsrat als auch Gesellschaft können aus eigener Initiative jederzeit Informationen über die Gesellschaftsangelegenheiten erlangen (§§ 51a GmbHG, 90 Abs. 3 AktG i.V.m. 52 Abs. 1 GmbHG).

6. Informationspflicht auf Grundlage der organschaftlichen Treuepflicht

Die organschaftliche Treuepflicht ist ebenfalls Grundlage von Mitteilungspflichten. Die Pflicht korreliert mit der Verpflichtung des Geschäftsleiters auf die Gesellschaftsinteressen. Der Geschäftsleiter muss die für die Gesellschaft förderlichste Entscheidung treffen und entsprechend Informationen offen legen. Dies gilt besonders, wenn der Geschäftsleiter für längere Zeit krankheitsbedingt ausfällt.⁶⁸³ Begrenzt wird die Offenlegungspflicht durch die Rechte, insbesondere die Grundrechte, des Geschäftsleiters.⁶⁸⁴ Dem Geschäftsleiter obliegt die Information der Gesellschaft jedoch bereits aus § 51a GmbHG, § 131 AktG sowie aus § 90 AktG. Mitteilungspflichten aus der organschaftlichen Treuepflicht ergänzen lediglich das normierte Pflichtenprogramm. Sie kommen nur zur Anwendung, wenn die genannten Rechtsgrundlagen lückenhaft sind.

Im Arbeitsrecht wird eine Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers aus arbeitsrechtlicher Treuepflicht in den Fällen in Erwägung gezogen, in denen der Arbeitnehmer seiner Tätigkeit „nicht nur vorübergehend nicht nachkommen kann“⁶⁸⁵. Zur Offenlegung der Diagnose ist auch der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht

⁶⁸³ *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (90); *Fleischer*, NZG 2010, 561 (564); *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2010, 86 (86); *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 130a; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 108.

⁶⁸⁴ Siehe schon zuvor Kapitel 2.C.III.3.e.

⁶⁸⁵ *Beckschulze*, BB 2014, 1013 (1016).

verpflichtet.⁶⁸⁶ Eine Ausnahme besteht, wenn der Arbeitnehmer an einer ansteckenden Krankheit erkrankt ist,⁶⁸⁷ das heißt Ansteckungsgefahr für Kollegen besteht. Rückschlüsse auf die organschaftliche Treuepflicht lassen sich daraus jedoch nicht ziehen. Die Offenlegung einer langfristigen Erkrankung obliegt dem Geschäftsleiter schon aus konkreten Normen des Gesellschaftsrechts. Vergleichbare Regelungen existieren im Arbeitsrecht nicht, was den Rückgriff auf das nicht normierte Rechtsinstitut der Treuepflicht erforderlich macht. Erkrankt der Geschäftsleiter, bedarf es eines Rückgriffs auf die organschaftliche Treuepflicht in Hinblick auf ein längeres oder dauerhaftes Ausscheiden aus der Gesellschaft nicht.

Zu untersuchen bleibt, ob sich aus der organschaftlichen Treuepflicht eine Pflicht zur Veröffentlichung von Krankheitsverdacht oder Krankheitsursache ergibt. Ein bloßer Krankheitsverdacht begründet auch auf Grundlage der organschaftlichen Treuepflicht keine Mitteilungspflicht des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft.⁶⁸⁸ Die grundrechtlich geschützten Interessen des Geschäftsleiters an der Geheimhaltung überwiegen die Interessen der Gesellschaft.⁶⁸⁹ Jedoch kann die Treuepflicht zu einer Untersuchung verpflichten, die bezweckt, die Beeinträchtigung der Geschäftsleitertätigkeit zu ermitteln.⁶⁹⁰

Auch eine Informationspflicht bezüglich der Krankheitsursache lässt sich aus der organschaftlichen Treuepflicht nicht herleiten. Die Information liegt im Gesellschaftsinteresse, wenn der Geschäftsleiter die Krankheit selbst zu vertreten hat und für diesen Fall ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung (entsprechend der Regelung des Entgeltfortzahlungsgesetzes⁶⁹¹) ausgeschlossen ist. Wesen der organschaftlichen Treuepflicht ist es, Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Die Geltendmachung eines ungerechtfertigten Anspruchs kollidiert damit. Ein Blick ins Arbeitsrecht kann bei der gesellschaftsrechtlichen Beurteilung helfen: Verweigert der Arbeitgeber Entgeltfortzahlung und beruft sich auf Verschulden des Arbeitnehmers, hat der Arbeitgeber Tatsachen darzulegen, aus denen sich das

⁶⁸⁶ ArbG Mannheim, 12.01.2000 – 11 Ca 310/99, RDV 2000, 281 (Rn. 16 f.).

⁶⁸⁷ *Stück/Wein*, NZA-RR 2005, 505 (507).

⁶⁸⁸ *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (89); *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 108.

⁶⁸⁹ *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 108.

⁶⁹⁰ Dazu bereits Kapitel 2.C.II.3.

⁶⁹¹ Noch zum LohnFG BAG, 25.02.1972 – 5 AZR 471/71, NJW 1972, 1215 (1215).

Verschulden ergibt. Der Arbeitnehmer ist dann zur Aufklärung über die Krankheitsursache verpflichtet, sodass festgestellt werden kann, ob die Krankheit selbst verschuldet ist oder nicht.⁶⁹² Informationen über die Krankheitsursache, ohne dass der Arbeitgeber sich auf Verschulden des Arbeitnehmers beruft, muss dieser nicht offenlegen.

Im Gesellschaftsrecht gilt: Der Offenlegungspflicht ist die Pflicht zur Mitwirkung an der eigenen Abberufung inhärent. Eine vergleichbare Problematik besteht bei der Offenlegung eigenen Fehlverhaltens. Dies ist aufgrund der Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse geboten. Aus der dienstunfähigen Erkrankung des Geschäftsleiters folgt die teilweise Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft.⁶⁹³ Dies zu verhindern kann dem Geschäftsleiter zugemutet werden, auch unter dem Risiko des Verlustes der Geschäftsleiterstellung.

Dennoch sind die Grundsätze des Arbeitsrechts auf das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter für die Verweigerung von Entgeltfortzahlungsansprüchen des Geschäftsleiters zu übertragen. Gegenüber der Gesellschaft muss sich der Geschäftsleiter nicht selbst bezichtigen, sofern es um den Vergütungsanspruch aus dem Anstellungsvertrag geht. Dies gilt für das Aushandeln des Anstellungsvertrages und muss auch im Weiteren für den Vollzug dieses Vertrags gelten. Insofern ist der Geschäftsleiter als eine der Gesellschaft als Dritter gegenüberstehende Person zu betrachten. In diesem Fall ist nicht der Geschäftsleiter, sondern Aufsichtsrat oder Gesellschafterversammlung Vertreter der Gesellschaft. Die Grundsätze der Offenlegung eigenen Fehlverhaltens greifen nicht, da ein anderes Rechtsverhältnis in Frage steht. Problematisiert wird nicht die Durchführung der Organstellung, sondern die Durchsetzung von Vergütungsansprüchen aus dem Anstellungsvertrag. Diese sind nicht kongruent. Etwas anderes mag für Regelungen des Anstellungsvertrages gelten, die der Konkretisierung des Organverhältnisses dienen, also die konkrete Amtsausübung betreffen.

Die Gesellschaft, die sich auf Selbstverschulden des Geschäftsleiters beruft, hat die Tatsachen, die die Einwendungen tragen, darzulegen. Dem Geschäftsführer

⁶⁹² *Müller-Glöge*, in: MünchKomm BGB, § 3 EFZG Rn. 85; *Reinhard*, in: EK ArbR, § 3 EFZG Rn. 32.

⁶⁹³ Kapitel 1.B., S. 23.

obliegt es, an der Ermittlung der tragenden Tatsachen mitzuwirken, denn typischerweise hat die Gesellschaft keinen Zugriff auf Informationen, die den Verschuldensvorwurf beweisen können.

7. Informationspflicht als vertragliche Nebenpflicht

Informationspflichten bestehen auch im allgemeinen Bürgerlichen Recht. Als vertragliche Nebenpflicht ergeben sie sich aus § 241 Abs. 2 BGB beziehungsweise dem Verschulden bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*). Die Vertragsparteien des Anstellungsvertrags sind bei Vertragsschluss zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet. Das bedeutet für den Geschäftsleiter, dass er bei Vertragsschluss in der Lage sein muss, die vertragliche Tätigkeit auszuüben. Ist er bereits vor Antritt dienstunfähig erkrankt, verlangt die vertragliche Rücksichtnahmepflicht von ihm, den Anstellungsvertrag nicht abzuschließen beziehungsweise die Gesellschaft über seine Erkrankung aufzuklären, was meist den gleichen Effekt – die Nichtanstellung und Nichternennung des potentiellen Geschäftsleiters – haben wird.⁶⁹⁴ Verschweigt der Geschäftsleiter seine Erkrankung, kann die Gesellschaft den Anstellungsvertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten. Allerdings besteht keine allumfassende Offenbarungspflicht bezüglich der Geschäftsleitergesundheit, vielmehr ist das Risiko einer Erkrankung dem Anstellungsvertrag inhärent. Der Gesellschaft ist jedoch kein Vertrag zuzumuten, zu dessen Erfüllung der Geschäftsleiter nie in der Lage ist. Er muss folglich über solche Erkrankungen aufklären, die ihm schon vor Dienstantritt die Tätigkeit unmöglich machen. Zugrunde zu legen ist dabei die *ex-ante* vorgenommene Einschätzung eines „objektiven und informierten Beobachters bei Vertragsschluss“.⁶⁹⁵ Es kommt darauf an, ob der Geschäftsleiter hätte erkennen müssen, dass er in absehbarer Zeit mit großer Wahrscheinlichkeit dienstunfähig wird.⁶⁹⁶ Die Verpflichtung erstreckt sich jedoch nicht auf die Offenlegung der Diagnose.⁶⁹⁷ Die freiwillige Offenlegung kann für den Geschäftsleiter allerdings vorteilhaft sein, denn dann kann die Gesellschaft darüber entscheiden, ob sie den

⁶⁹⁴ Im Umkehrschluss: OLG Brandenburg, 12.12.2006 – 6 U 26/06, BeckRS 2007, 14004.

⁶⁹⁵ OLG Brandenburg, 12.12.2006 – 6 U 26/06, BeckRS 2007, 14004. In dem Fall gehörten ausgeprägte Selbstzweifel zum Krankheitsbild des Geschäftsleiters, was eine realistische Selbsteinschätzung der eigenen Einsatzfähigkeit ausschloss.

⁶⁹⁶ OLG Brandenburg, 12.12.2006 – 6 U 26/06, BeckRS 2007, 14004.

⁶⁹⁷ Vgl. Kapitel 2.C.III.3.e.dd.

Anstellungsvertrag – trotz der Krankheit – eingehen möchte, gegebenenfalls, indem sie das Risiko mittels entsprechender Vertragsklauseln dem Geschäftsleiter überträgt. Entscheidet sich die Gesellschaft trotz der Information für den Abschluss des Anstellungsvertrages, trägt sie das Krankheitsrisiko in gewöhnlichem Umfang, auch wenn der Geschäftsleiter seine Tätigkeit nie antreten kann.

8. Keine Information der Öffentlichkeit – keine absolute Geheimhaltungspflicht

Eine Pflicht des Geschäftsleiters, die Öffentlichkeit über seine Erkrankung zu informieren, besteht, über kapitalmarktrechtliche Verpflichtungen⁶⁹⁸ hinaus, nicht.⁶⁹⁹ Zwar ist eine Änderung der Geschäftsleitung zum Handelsregister anzumelden,⁷⁰⁰ die Gründe des Wechsels unterliegen jedoch keiner Veröffentlichungspflicht, sodass sich Publikationspflichten aus der Registerpublizität nicht ergeben.⁷⁰¹

Im Gegenteil kommt sogar ein Verbot des Geschäftsleiters, seine Krankheit öffentlich zu machen, in Betracht, sofern es sich bei der Erkrankung um ein Unternehmensgeheimnis handelt. Die Geheimhaltungspflicht des Geschäftsleiters leitet sich aus der organschaftlichen Treuepflicht ab⁷⁰² und wird im Aktienrecht von § 93 Abs. 1 S. 3 AktG konkretisiert. Sie wird zudem von den Strafvorschriften der §§ 404 Abs. 1 AktG, 85 GmbHG, 17 Abs. 1 UWG flankiert. Bezugspunkt der Geheimhaltungspflicht ist das Unternehmensgeheimnis (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse) sowie vertrauliche Angaben. Die verschiedenen Begrifflichkeiten haben eine gemeinsame Schnittmenge, decken sich jedoch nicht vollständig. Im Rahmen dieser Untersuchung genügt es, den engeren Begriff des Unternehmensgeheimnisses zu Grunde zu legen, da eine weitere Ausdehnung

⁶⁹⁸ Kapitel 3.

⁶⁹⁹ Dies folgt auch schon daraus, dass die Öffentlichkeit zur Geltendmachung von Rechten in der Gesellschaft nicht berechtigt ist, siehe schon Kapitel 2 III.1.

⁷⁰⁰ §§ 81 Abs. 1 AktG, 39 Abs. 1 GmbHG.

⁷⁰¹ *Fleischer*, NZG 2006, 561 (562).

⁷⁰² *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 93 AktG Rn. 10; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 160; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 133; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 93 Rn. 29; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 155; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 113.

des Begriffes keine weiterführenden Erkenntnisse ermöglicht. Ein Unternehmensgeheimnis ist eine nicht offenkundige Tatsache, an der die Gesellschaft ein objektives Geheimhaltungsinteresse und auch den Willen zur Geheimhaltung hat.⁷⁰³ Die Erkrankung eines Geschäftsleiters kann im Einzelfall unter diese Definition subsumiert werden, sofern die Erkrankung von wesentlicher Bedeutung für die Gesellschaft ist. Hinzutreten muss, dass der Geschäftsleiter das Geheimnis „in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer/Mitglied des Vorstandes“⁷⁰⁴ erfahren hat, allein die Geschäftsleiterstellung also kausal für die Kenntnis ist.⁷⁰⁵ Dies ist bei einer Erkrankung des Geschäftsleiters aber gerade nicht der Fall. Informationen über eine Krankheit erlangt die erkrankte Person unabhängig von ihrer Tätigkeit. Im Geltungsbereich des UWG geht der Geheimnischarakter einer Information verloren, wenn die Privatsphäre betroffen ist, also auch bei Erkrankungen.⁷⁰⁶

Dies stimmt auch mit den grundrechtlichen Wertungen überein. Denn selbst wenn der Geschäftsleiter von einer Krankheit in gesellschaftlichen Zusammenhängen erfährt, etwa bei einer von der Gesellschaft veranlassten Vorsorgeuntersuchung, scheidet die Qualifikation höchstpersönlicher Gegebenheiten als Geschäftsgeheimnis aus, soweit der Geschäftsleiter nicht vertraglich in die Geheimhaltung einwilligt. Seine Krankheit kann als gemischt privat-gesellschaftliche Angelegenheit zu qualifizieren sein.⁷⁰⁷ Dies genügt aber nicht, um die Einordnung des Gesundheitszustandes als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren.

⁷⁰³ *Dannecker*, in: Michalski, GmbHG, § 85 Rn. 27 ff.; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 93 AktG Rn. 12; *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 85 Rn. 7 ff.; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 135; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 17 Rn. 4; *Müller-Michaels*, in: Hölters, Aktiengesetz, § 404 Rn. 18; *Raum*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 404 AktG Rn. 2 ff.; *Schaal*, in: MünchKomm AktG, § 404 Rn. 20 ff.

⁷⁰⁴ § 404 Abs. 1 Nr. 1 AktG, § 85 Abs. 1 GmbHG.

⁷⁰⁵ *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 17 Rn. 9; *Janssen/Maluga*, in: MünchKomm StGB, § 17 UWG Rn. 46; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 17 Rn. 15; *Möhrenschlager*, in: Wabnitz/Javbovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 15. Kap, II. 1. Rn. 12.

⁷⁰⁶ *Möhrenschlager*, in: Wabnitz/Javbovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 15. Kap, II. 1. Rn. 9 mit Fn. 4; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 17 Rn. 6. Die Einordnung als Unternehmensgeheimnis ausschließend soweit sich eine Tatsache „nur“ auf die Privatsphäre bezieht *Janssen/Maluga*, in: MünchKomm StGB, § 17 UWG Rn. 18; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 17 Rn. 5.

⁷⁰⁷ Vgl. Kapitel 2.C.III.3.a.

Dem Geschäftsleiter steht das grundrechtlich geschützte Recht zu, über die Offenlegung ihn betreffender Belange zu entscheiden.⁷⁰⁸ Ihm zu verbieten, über seine eigene Krankheit zu sprechen, stellt einen Eingriff in sein Allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG dar. Aus der Abwägung unterschiedlicher Interessen folgt, dass es dem Geschäftsleiter nicht verwehrt werden kann, mit seinem engen Umfeld über die Erkrankung zu sprechen. Im Sinne eines angemessenen Interessenausgleichs kann dem Geschäftsleiter jedoch versagt werden, über die Auswirkung seiner Krankheit auf die Gesellschaft in der Öffentlichkeit zu berichten, wenn Belange der Gesellschaft entgegenstehen. Der Geschäftsleiter ist dann nur als Organwahrer, nicht jedoch als Privatperson von den Restriktionen betroffen. Öffentliches Interesse besteht regelmäßig nicht um seiner selbst willen, sondern auf Grund seiner Organstellung. Da es dem Geschäftsleiter obliegt, Schaden von der Gesellschaft abzuwenden und gerade auch schädigende Äußerungen in der Öffentlichkeit zu unterlassen, sind ihm auch die Gesellschaft negativ beeinflussende Äußerungen über seine Zukunft im Unternehmen untersagt.

Diese Differenzierung zwischen privaten und öffentlichen Äußerungen führt zu Problemen, wenn sich die Bereiche überschneiden. Zudem kann bei eingeschränktem Adressatenkreis die absolute Geheimhaltung nicht gewahrt bleiben. Handelt es sich bei der Krankheit des Geschäftsleiters um eine Insiderinformation, sind zudem die kapitalmarktrechtlichen Vorschriften zu beachten.⁷⁰⁹ Absolute Geheimhaltung kann die Gesellschaft von ihrem Geschäftsleiter nicht verlangen.

9. Zwischenfazit

Geschäftsleiter sind bei Erkrankung verschiedenen Gesellschaftsorganen gegenüber zur Mitteilung verpflichtet. Wesentlicher Anknüpfungspunkt ist jeweils die Beeinträchtigung der Gesellschaft. Die erste Information muss dabei an gegebenenfalls vorhandene weitere Organmitglieder erfolgen, da mit diesen bei der Gesellschaftsführung eine enge Zusammenarbeit erforderlich ist. In GmbH und AG divergieren die Informationsadressaten teilweise. Während in der GmbH die Gesellschafterversammlung vorrangiger Informationsadressat ist, ist dies in der AG

⁷⁰⁸ Zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung siehe zuvor Kapitel 2.C.II.b.

⁷⁰⁹ Dazu Kapitel 3.

der Aufsichtsrat. Dabei ist eine gestufte Mitteilung möglich, die zunächst nur eine Information des Aufsichtsratsvorsitzenden erlaubt. Dies allerdings in engen Grenzen, denn der Aufsichtsratsvorsitzende ist lediglich Mittler zwischen Aufsichtsrat und Vorstand, nimmt jedoch keine eigene Organstellung ein. Begrenzt werden die Informationsrechte durch die Grundrechte der Geschäftsleiter. Informiert werden muss nur über die Erkrankung, nicht jedoch über die Diagnose. Eine Wissenszurechnung des Geschäftsleiters zur Gesellschaft erfolgt im Sinne einer modifizierten Organtheorie, wenn die Erkrankung zu einer Gesellschaftsangelegenheit wird.

Auch aus dem allgemeinen Bürgerlichen Recht ergibt sich eine Mitteilungspflicht über eine schwere Erkrankung als Nebenpflicht des Anstellungsvertrages gemäß § 241 Abs. 2 BGB. Die gegenseitige Rücksichtnahmepflicht fordert vom Geschäftsleiter die Mitteilung einer Erkrankung, wenn diese es ihm unmöglich macht, die vertragliche Vereinbarung jemals zu erfüllen.

IV. Behandlungspflicht/Verhaltenspflicht im Krankheitsfall

Im Krankheitsfall ist die Gesellschaft neben Information auch an der Genesung des Geschäftsleiters interessiert, um die Beeinträchtigung der Gesellschaft zu minimieren.⁷¹⁰ Dies wird durch genesungsfreundliches Verhalten des Geschäftsleiters erreicht, insbesondere ist die Gesellschaft daran interessiert, dass der Geschäftsleiter seine Krankheit behandeln lässt und ärztlichen Empfehlungen folgt.

1. Sorgfaltspflicht

Konkrete gesundheitsbezogene Pflichten lassen sich mangels Unternehmensbezugs aus der Sorgfaltspflicht nicht herleiten. Sobald sich jedoch abzeichnet, dass der Geschäftsleiter derart schwer erkrankt ist, dass er für einen langen Zeitraum oder sogar dauerhaft ausfällt, kann ihn die Pflicht treffen, an der Nachfolgeregelung mitzuwirken.⁷¹¹ Diese Verpflichtung leitet sich aus der Sorgfaltspflicht der Geschäftsleiter gemäß §§ 93 Abs. 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG her. Bei Maßnahmen des geordneten Übergangs handelt es sich um unternehmensbezogene (organisatorische) Maßnahmen. Vorhandene Unterlagen müssen so aufbereitet werden, dass ein Nachfolger die Unternehmensorganisation schnell nachvollziehen

⁷¹⁰ Siehe Kapitel 2.A.II.

⁷¹¹ *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (92).

kann. Derartige Pflichten bestehen auch im Vorfeld einer Krankheit, verdichten sich aber jedenfalls mit Kenntniserlangung über das baldige Ausscheiden zu der Pflicht, alle erforderlichen Maßnahmen einzuleiten. Soweit der Geschäftsleiter aufgrund seiner gesundheitlichen Situation nicht mehr zu Vorbereitungsmaßnahmen in der Lage ist, ist er gemäß § 275 Abs. 1 BGB von der Pflicht, eine geordnete Nachfolge zu organisieren, befreit, er muss nur noch das tun, zu dem er auch in der Lage ist.

2. Organschaftliche Treuepflicht

Während eine Pflicht zu gesundheitsförderndem Lebenswandel im Allgemeinen abgelehnt wird, erwägen einige Literaturstimmen die Pflicht des Geschäftsleiters, sich im Fall einer Krankheit nicht genesungsfeindlich zu verhalten.⁷¹² Als Rechtsgrundlage kommt einzig die organschaftliche Treuepflicht in Betracht. Bevor das Gesellschaftsrecht analysiert wird, werden Unterlassenspflichten aus dem Arbeits- und Versicherungsrecht untersucht.

a. Unterlassungspflicht genesungswidrigen Verhaltens in Arbeits- und Versicherungsrecht

Arbeitsrechtliche Literatur⁷¹³ und Rechtsprechung⁷¹⁴ befürworten eine Pflicht des Arbeitnehmers, genesungswidriges Verhalten zu unterlassen. Diese Pflicht lasse sich aus der arbeitsrechtlichen Treuepflicht herleiten.⁷¹⁵ Sie sei in Hinblick auf die vom Arbeitgeber zu leistende Entgeltfortzahlung anzunehmen⁷¹⁶ und

⁷¹² *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2010, 86 (86); *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 129; *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 168.

⁷¹³ *Dörner/Vossen*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, § 626 BGB Rn. 77, 244; *Linck*, in: Schaub, ArbR Hdb., § 98 Rn. 39; *Müller-Glöge*, in: MünchKomm BGB, § 611 Rn. 1077, 1085; *Reichold*, in: Münchener Hdb. ArbeitsR, § 49 Rn. 46; *Reinfeld*, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 33 Rn. 62. *Gottwald*, NZA 1997, 635 (637) geht sogar von einer Pflicht des Arbeitnehmers aus, sich um „Wiedergesundung“ zu bemühen.

⁷¹⁴ BAG, 11.11.1965 – 2 AZR 69/65, BB 1966, 80 (Rn. 6); BAG, 13.11.1979 – 6 AZR 934/77, NJW 1980, 1917 (Rn. 15); BAG, 26.08.1993 – 2 AZR 154-93, BB 1994, 142 (143); BAG, 02.03.2006 – 2 AZR 53/05, NZA-RR 2006, 636 (Rn. 23).

⁷¹⁵ BAG, 11.11.1965 – 2 AZR 69/65, BB 1966, 80 (Rn. 6); BAG, 13.11.1979 – 6 AZR 934/77, NJW 1980, 1917 (Rn. 15).

⁷¹⁶ BAG, 02.03.2006 – 2 AZR 53/05, NZA-RR 2006, 636 (Rn. 23).

stelle nicht bereits eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht dar.⁷¹⁷ Eine Ersatzpflicht des Arbeitnehmers beziehungsweise ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf den Anspruch auf Entgeltfortzahlung bestehe jedoch nur, wenn dem Arbeitgeber tatsächlich ein Schaden entstanden ist.⁷¹⁸ Bei genesungswidrigem Verhalten im Krankheitsfalle kommt zudem eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht.

Das Versicherungsrecht legt dem Versicherten sogar ausdrücklich ein Verbot genesungswidrigen Verhaltens auf (§ 9 Abs. 4 MB/ST 2009 (Standardtarif)). Verstöße gegen diese Pflicht führen zu einem Verlust der Versicherungsleistungen.

b. Unterlassungspflicht genesungswidrigen Verhaltens der Geschäftsleiter

Nach allgemeiner Meinung muss der Arbeitnehmer genesungswidriges Verhalten unterlassen. Die Übertragung dieser Wertung auf Geschäftsleiter erfordert, den Widerspruch zwischen Verhaltensvorgaben bei Gesundheit und Krankheit aufzulösen. Zumindest auf den ersten Blick ist nicht einzusehen, weshalb Verhaltenspflichten im Krankheitsfall bestehen sollen, während gesundheitsbezogene Pflichten bei Gesundheit mit Verweis auf die Privatsphäre des Geschäftsleiters abgelehnt werden⁷¹⁹. Denn auch im Krankheitsfall gehört die Gesundheit des Geschäftsleiters zu dessen Privatbereich. Es bedarf einer Begründung, warum bei Erkrankung des Geschäftsleiters lebensgestaltende Vorgaben gemacht werden können, die bei Gesundheit nicht zulässig sein sollen.

Einen Begründungsansatz kann die Treuepflicht bieten, sofern die Pflicht, genesungswidriges Verhalten zu unterlassen, aus dem Anspruch des Geschäftsleiters auf Bezügefortzahlung hergeleitet wird.⁷²⁰ Dieser Anspruch des Geschäftsleiters ergibt sich aus § 616 BGB oder dem Anstellungsvertrag und entsteht im Rahmen eines auf Dauer angelegten Austauschverhältnisses. Der Geschäftsleiter schuldet der Gesellschaft in Zeiten der Gesundheit seine Tätigkeit als Organwalter gegen Zahlung der Bezüge. Bei Erkrankung wandelt sich das Schuldverhältnis dahingehend, dass nunmehr Bezügefortzahlung gegen Zeit zur Genesung geschuldet wird. Diesem Vertragszweck widerspricht das Verhalten des Geschäftsleiters,

⁷¹⁷ Reichold, in: Münchener Hdb. ArbeitsR, § 49 Rn. 46.

⁷¹⁸ BAG, 11.11.1965 – 2 AZR 69/65, BB 1966, 80 (Rn. 8).

⁷¹⁹ Siehe die Nachweise in Fn. 303.

⁷²⁰ So für das Arbeitsrecht Reichold, in: Münchener Hdb. ArbeitsR, § 49 Rn. 46.

das zur Verzögerung der Genesung geeignet ist. Damit ist jedoch noch keine Begründung dafür geliefert, weshalb der Schutz der Gesundheit beziehungsweise gesundheitsbezogenen Verhaltens hinter Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zurücktreten soll.

Die Unterlassungspflicht ist Ergebnis der Abwägung von Gesellschafts- und Geschäftsleiterinteresse. Soweit ein Bezügefertzahlungsanspruch besteht, stellt dies eine Durchbrechung des Prinzips „Ohne Leistung keine Gegenleistung“ (§ 275 Abs. 1 BGB) dar. Im Gegenzug für die Leistungen der Gesellschaft können dem erkrankten Geschäftsleiter Rücksichtnahmepflichten auferlegt werden. Diese ergeben sich aus § 241 Abs. 2 BGB als Nebenpflicht des Bezügefertzahlungsanspruchs, allerdings nicht als Nebenpflicht des Anstellungsvertrages selbst, denn dieser erlegt dem Geschäftsleiter grundsätzlich keine Gesundheitsrücksichtnahmepflichten auf⁷²¹. Es findet eine Interessenverschiebung in der Gesellschaft statt. Das Gesellschaftsinteresse ist nunmehr darauf gerichtet, dass der Geschäftsleiter die ihm zur Verfügung stehende Zeit möglichst effektiv für seine Genesung nutzt.

c. Pflicht zu genesungsförderndem Verhalten

Es stellt sich weiter die Frage, ob der Geschäftsleiter auch aktiv zu Genesungsmaßnahmen verpflichtet ist. In Betracht kommt etwa die Pflicht, einen Arzt aufzusuchen und von diesem befürwortete Therapiemaßnahmen durchzuführen. Im Arbeitsrecht ist umstritten, ob eine allgemeine Pflicht zu genesungsförderndem Verhalten besteht.⁷²² Die Befürworter stellen auf das Interesse des Arbeitgebers ab, hinter dem das Interesse des Arbeitnehmers im Sinne der Rücksichtnahme zurücktreten müsse.⁷²³ Die Gegner einer positiven Pflicht zur Genesungsförderung betonen hingegen den grundrechtlichen Schutz der Gesundheit. Es müsse dem Einzelnen überlassen sein, ob und wie er mit seiner Gesundheit umgehe.⁷²⁴

⁷²¹ Siehe dazu Kapitel 2 I.

⁷²² Dafür: *Dörner/Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht*, § 626 BGB Rn. 77; *Gottwald*, NZA 1997, 635 (637). Dagegen: *Preis*, in: *EK ArbR*, § 611 BGB Rn. 731; *Schäfer*, NZA 1992, 529 (530 f.).

⁷²³ *Dörner/Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht*, § 626 BGB Rn. 77.

⁷²⁴ *Schäfer*, NZA 1992, 529 (530 f.).

Direkt gesundheitsbeeinflussende Handlungspflichten beschränken die körperliche Selbstbestimmung der Geschäftsleiter sowie dessen Allgemeines Persönlichkeitsrecht, schließen diese sogar aus. Dem Geschäftsleiter muss es jedoch zustehen, selbst über die Behandlungsmethode zu entscheiden.⁷²⁵ Auch muss er sich sanktionslos gegen eine Behandlung entscheiden können. Eine Behandlungspflicht kommt aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Betracht.

Die Verletzung dieser Pflicht zu beurteilen, würde auch praktische Probleme aufwerfen: Verstößt der Geschäftsleiter schon gegen seine organschaftliche Pflicht, wenn er sich von einem Arzt mit schlechtem Ruf behandeln lässt? Ist es zulässig, homöopathische Behandlungen klassischen Methoden vorzuziehen?⁷²⁶

Soweit eine aktive Genesungsförderpflicht des Geschäftsleiters in Abrede steht, kann kein Anknüpfungspunkt gefunden werden, der im Vergleich zum gesunden Geschäftsleiter eine abweichende Behandlung rechtfertigt. Dem gesunden Geschäftsleiter können aus Rücksicht auf sein Allgemeines Persönlichkeitsrecht keine gesundheitsbezogenen Verhaltenspflichten auferlegt werden. Dies gilt auch für den erkrankten Geschäftsleiter. Das Interesse der Gesellschaft, für einen möglichst kurzen Zeitraum Bezügefortzahlungen zu leisten, kann das Interesse des Geschäftsleiters an einem selbstbestimmten Umgang mit seiner Gesundheit nicht ausschließen. Anders als bei genesungswidrigem Verhalten besteht auch aus Sicht des Fortzahlungsanspruches kein überwiegendes Gesellschaftsinteresse.

V. Amtsniederlegung: Pflicht und Verbot

Im Krankheitsfall ist eine Verpflichtung des Geschäftsleiters, seine Organstellung niederzulegen, zu erwägen.⁷²⁷ Die Organbestellung stellt zwar formal einen einseitigen Akt seitens der Gesellschaft dar, dennoch ist das Einverständnis des Geschäftsleiters wesentliche Voraussetzung für dessen Ernennung.⁷²⁸ Im Umkehrschluss folgt daraus die Befugnis des Geschäftsleiters, die Organstellung

⁷²⁵ So für das Arbeitsrecht auch *Schäfer*, NZA 1992, 529 (530 f.).

⁷²⁶ *Schäfer*, NZA 1992, 529 (530).

⁷²⁷ Dazu *Hopt*, ZGR 2004, 1 (34 f.).

⁷²⁸ *Dauner-Lieb*, in: Hensler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 84 AktG Rn. 4; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 84 Rn. 3; *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 84 Rn. 6; *Spindler*, in: Münch-Komm AktG, § 84 Rn. 22; *Weber*, in: Hölter, AktG, § 84 Rn. 3.

niederzulegen. Die Amtsniederlegung erfolgt mittels einseitiger, empfangsbedürftiger Willenserklärung.⁷²⁹ Während es dem Geschäftsleiter im Krankheitsfall also unzweifelhaft erlaubt ist, sein Amt niederzulegen,⁷³⁰ bedarf die Frage nach einer Niederlegungspflicht näherer Untersuchung. Als Rechtsgrundlage kommen die Sorgfaltspflicht sowie die organschaftliche Treuepflicht in Betracht.

1. Sorgfaltspflicht

Die Sorgfaltspflicht fordert vom Geschäftsleiter, unternehmensbezogene Entscheidungen am Wohl der Gesellschaft auszurichten. Soweit es um Entscheidungen seine eigene Stellung betreffend geht, wie etwa bei der Frage nach seinem Gehalt, darf er jedoch eigene Interessen verfolgen. Die Sorgfaltspflicht fordert von ihm nicht, seine Organstellung gegen seinen Willen niederzulegen. Zum Schutz des Gesellschaftsinteresses bestehen ausreichende Kündigungs- und Abberufungsmöglichkeiten. Würde eine Pflicht des Geschäftsleiters zum Niederlegen seines Amtes bejaht, könnte er bei einem Pflichtverstoß von der Gesellschaft auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Dies führt auch aufgrund der Einwirkungsmöglichkeit anderer Gesellschaftsorgane zu abwegigen Ergebnissen. Über Benennung und Abberufung entscheidet das Bestellungsorgan (GmbH-Gesellschafter beziehungsweise Aufsichtsrat) nach eigenem Ermessen. Gegen seinen Willen muss der Geschäftsleiter dem Bestellungsorgan diese Entscheidung nicht abnehmen. Jedoch muss er dem über die Abberufung entscheidenden Gesellschaftsorgan seine Erkrankung mitteilen, um eine fundierte Entscheidung zu ermöglichen.⁷³¹

2. Organschaftliche Treuepflicht

Eine Pflicht zur Niederlegung der Organstellung könnte angenommen werden, wenn der Geschäftsleiter erkennt, dass er die Gesellschaft nicht mehr führen kann, weil dies dem Gesellschaftsinteresse widerspräche. Die Treuepflicht besteht jedoch, wie bereits herausgearbeitet, nicht schrankenlos. Auf der einen Seite sind die Grundrechte der Geschäftsleiter zu berücksichtigen. Auf der ande-

⁷²⁹ Goette, DStR 1998, 938 (941); Lohr, RNotZ 2002, 164 (165).

⁷³⁰ Lohr, RNotZ 2002, 164 (169).

⁷³¹ Zu den Informationspflichten Kapitel 2.C.III.

ren Seite kann die Treuepflicht des Geschäftsleiters von diesem nicht mehr verlangen, als die Gesellschafter entscheiden dürfen. Dem Bestellungs- und Abberufungsorgan steht bei der Entscheidung für oder gegen einen Geschäftsleiter Ermessen zu. Vor Ernennung oder Wiederernennung eines Geschäftsleiters muss es nicht garantieren, dass der objektiv Beste benannt wird. Vielmehr gilt es, eine geeignete Person zu finden. Andersherum kann für den Geschäftsleiter nicht die Pflicht bestehen, dafür zu sorgen, dass er im Vergleich zu anderen potentiellen Geschäftsleitern der objektiv Beste ist. Die Auswahl des Geschäftsleiters fällt vielmehr in die Kompetenz des Berufungsorgans. Dem Geschäftsleiter obliegt es zwar, seine Organstellung bestmöglich auszufüllen, dies kann jedoch nicht so weit gehen, dass er sich selbst seiner Stellung entledigen muss.⁷³²

Die Niederlegung der Geschäftsleiterstellung ist, auch wenn der Geschäftsleiter seine Stellung faktisch nicht mehr wahrnehmen kann, zudem nicht zwingend die beste Entscheidung für die Gesellschaft. Insbesondere in den Fällen, in denen die Gesellschaft sehr stark von der Person des Geschäftsleiters geprägt ist und das Bild in der Öffentlichkeit maßgeblich von der Persönlichkeit des Geschäftsleiters beeinflusst wird, kann die formale Trennung von dem Geschäftsleiter für die Gesellschaft schädlich sein. In Anbetracht der organschaftlichen Treuepflicht kommt dann statt einer Amtsniederlegungspflicht vorrangig das Verbot der Niederlegung in Betracht (vgl. Verbot der Amtsniederlegung zur Unzeit⁷³³). Eine solche Pflicht kann nur in einem Umfang bestehen, der die grundrechtlich geschützten, gesundheitlichen Interessen des Geschäftsleiters nicht einschränkt. Auf Dauer kann keine Pflicht, eine bestimmte Position (wie die Geschäftsleiterstellung) einzunehmen, begründet werden. Gerade im Fall widerstreitender Interessen des Geschäftsleiters (Wohl der Gesellschaft und sein eigenes Wohl) kann dem Geschäftsleiter nicht zugemutet werden, seine Gesundheit den Interessen der Gesellschaft unterzuordnen. Überwiegt sein Interesse an der Gesunderhaltung, muss ihm die Möglichkeit eröffnet werden, diesem Interesse Vorrang zu

⁷³² Dies bei Interessenkonflikten des Geschäftsleiters jedoch grundsätzlich anerkennend *Hopt*, ZGR 2004, 1 (35).

⁷³³ *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 38 Rn. 80; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 143; *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 93 f.; *Terlau*, in: Michalski, GmbHG, § 38 Rn. 84. Kritisch zur Amtsniederlegung zur Unzeit *Oetker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 38 GmbHG Rn. 49. Die Wirksamkeit der Amtsniederlegung zur Unzeit ist umstritten, jedenfalls besteht ein Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen ihren (vormaligen) Geschäftsleiter wegen Pflichtverletzung.

geben. Seiner Rolle als Geschäftsleiter ermöglicht ihm dies jedoch nicht, denn die organschaftliche Treuepflicht verpflichtet ihn, die Interessen der Gesellschaft seinen eigenen Interessen voranzustellen. Soweit keine einvernehmliche Regelung mit der Gesellschaft gefunden werden kann, die ihm das Weiterführen seiner Organstellung bei gleichzeitiger eigener Interessenwahrung erlaubt, kann dem Geschäftsleiter nicht versagt werden, aus gesundheitlichen Gründen sein Amt niederzulegen.⁷³⁴ Einschränkbar ist dieses Recht lediglich dahingehend, dass ein Verbot der Amtsniederlegung zur Unzeit in Betracht kommt, soweit der Geschäftsleiter trotz seiner gesundheitlichen Einschränkungen zur Amtsführung noch in der Lage ist.

VI. Geschäftsleitergesundheit als ermessenslenkendes Element gesellschaftsbezogener Organisationspflichten

Die primäre Geschäftsleiterpflicht, die Leitung der Gesellschaft, umfasst die Implementierung funktionsfähiger Organisationsstrukturen, unabhängig von einem konkreten Gesundheitszustand. Die Organisation kann die Gesundheit des Geschäftsleiters fördern oder ihr schaden.⁷³⁵ Da das Gesellschaftsinteresse auf einen einsatzfähigen Geschäftsleiter gerichtet ist, sind auch Organisationspflichten mit dem Ziel der Gesundheitsförderung denkbar. Die vorliegende Untersuchung versteht unter gesundheitsbezogenen Organisationspflichten die Implementierung von Gesellschaftsabläufen, die dem Geschäftsleiter eine gesundheitsschonende Ausgestaltung seines Arbeitsalltags erlauben (zum Beispiel die Möglichkeit, Urlaub zu nehmen, Delegation von Aufgaben, sodass es nicht zu Überforderung kommt oder auch die Gestaltung eines gesundheitsfördernden Arbeitsumfelds. Die Sorgfaltspflicht gemäß §§ 93 Abs. 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG sowie die Leitungsaufgabe des § 76 AktG verdichten sich zu Organisationspflichten,⁷³⁶

⁷³⁴ Vgl. auch *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 93.

⁷³⁵ Vgl. zu der Frage, ob gesundheitsbezogene Organisationspflichten im Gesellschaftsinteresse liegen, ausführlich Kapitel 2.A.III.

⁷³⁶ Gesundheitsbezogene Organisationspflichten lassen sich aus anderen Rechtsgrundlagen nicht herleiten. Die organschaftliche Treuepflicht hat neben der Sorgfaltspflicht keinen Anwendungsraum, da Organisationspflichten ausschließlich gesellschaftsbezogen sind und somit von der Sorgfaltspflicht erfasst werden. Im Anstellungsvertrag finden sich ebenfalls regelmäßig keine Vorschriften zur Gesellschaftsorganisation. Derartige Rege-

welche die Organisation innerhalb des Leitungsorgans⁷³⁷ ebenso betreffen wie die Strukturierung der Gesellschaft, insbesondere die Installation nachgeordneter Leistungsebenen,⁷³⁸ oder die Einrichtung eines geeigneten Überwachungssystems⁷³⁹ mit dem Ziel zum Beispiel Finanzkrisen frühzeitig zu erkennen, aber auch Pflichtverletzungen aufzudecken.⁷⁴⁰ Die konkrete Ausgestaltung der Organisationspflichten richtet sich nach den Bedürfnissen der jeweiligen Gesellschaft, allgemeingültige Aussagen lassen sich nicht treffen. Organisationspflichten werden vielmehr bei einer Gegenüberstellung mit dem Handeln eines objektiven Geschäftsleiters in einem vergleichbaren Unternehmen sichtbar, sie sind also von der konkreten Ausgestaltung des jeweiligen Unternehmens abhängig.⁷⁴¹

Bei der Wahrnehmung von Organisationsaufgaben kann sich der Geschäftsleiter auf die Business Judgement Rule berufen. Die sorgfältige Ausübung des ihm offenstehenden Ermessens⁷⁴² genügt zur Pflichterfüllung. Spezifische Organisationspflichten mit allgemeinem Geltungsanspruch lassen sich aufgrund der vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten von Gesellschaften nicht ausmachen. Möglich ist es jedoch, diejenigen Gesellschaftsinteressen herauszuarbeiten, die Eingang in die Ermessensentscheidungen des Geschäftsleiters nehmen. Es ist die Frage zu beantworten, ob Geschäftsleiter ihre eigene Gesundheit bei der Ausgestaltung der Gesellschaft berücksichtigen müssen. Aus der bisherigen Untersu-

lungen wären dort auch fehl am Platze, denn der Anstellungsvertrag betrifft das Verhältnis der natürlichen Person zur Gesellschaft, während Organisationspflichten das Organverhältnis betreffen und als solche intern zu regeln sind.

⁷³⁷ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 56.

⁷³⁸ Zu Unternehmensplanung *Abeltshauser*, Leitungshaftung, S. 216 ff.; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 56.

⁷³⁹ § 91 Abs. 2 AktG ordnet explizit die Einführung eines Überwachungssystems zur Früherkennung von Entwicklungen, die die Gesellschaft gefährden, an. Grundlage gesundheitsfördernder Organisationspflichten kann die Norm jedoch nicht sein.

⁷⁴⁰ *Abeltshauser*, Leitungshaftung, S. 151 f.; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 17; *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 17; *Geiser*, Leitungspflichten des Vorstandes, S. 9, 88 f.; *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 27; *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (304 f.); *Richter*, in: Semler/Peltzer, Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder, § 4 Rn. 381 ff.

⁷⁴¹ *Kallmeyer*, ZGR 1993, 104 (107 a.E. f.); *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (304).

⁷⁴² *Hemeling*, ZHR 2011, 368 (381, 384); *Kallmeyer*, ZGR 1993, 104 (107); *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (304).

chung ergibt sich, dass eine gesundheitsschonende Organisation im Gesellschaftsinteresse liegt.⁷⁴³ Allein daraus lässt sich jedoch nicht auf eine Berücksichtigungspflicht im Rahmen der Ermessensausübung schließen.

1. Fürsorgepflicht der Gesellschaft

Grundlage einer Berücksichtigungspflicht kann die Fürsorgepflicht der Gesellschaft sein. Diese verpflichtet die Gesellschaft zur Rücksichtnahme auf ihre Geschäftsleiter. Es ist dabei zwischen AG-Vorständen und GmbH-Geschäftsführern zu differenzieren. Während AG-Vorstände bei der Leitung der Gesellschaft weitgehend frei agieren können, sind GmbH-Geschäftsführer an die Weisungen der Gesellschafter gebunden. Dort, wo der Gesellschaft keine Einflussmöglichkeiten auf die Entscheidungen des Geschäftsleiters zustehen, kann sie auch nicht zur Umsetzung konkreter Maßnahmen verpflichtet werden. Da dem AG-Vorstand die Leitung der Gesellschaft in eigener Verantwortung zusteht und die AG zu Weisungen nicht berechtigt ist, kann und darf sie ihm keine Vorgaben in Bezug auf eine konkrete Gesellschaftsorganisation machen. Soweit die Satzung keine Vorgaben enthält, besteht keine Verpflichtung des Geschäftsleiters, Organisationsmaßnahmen im eigenen Gesundheitsinteresse vorzunehmen. Das Vorstandsmitglied selbst ist nicht Adressat der Fürsorgepflicht. Ist die Gesellschaft gesundheitsschädigend organisiert, so steht dem Vorstand folglich kein Recht zu, bei der Gesellschaft Regress zu nehmen. Er handelt bei der Gesellschaftsorganisation eigenverantwortlich.

In der GmbH kann die Gesellschaft stärkeren Einfluss auf die Handlungen des Geschäftsleiters nehmen, er ist weisungsgebunden. Soweit die Gesellschaft ihm Weisungen erteilt, muss er diese umsetzen. Eine Verpflichtung des Geschäftsführers, selbst die Fürsorgepflicht ohne Aufforderung der Gesellschaft zu seinen eigenen Nutzen umzusetzen, besteht nicht. Die Fürsorgepflicht verpflichtet Geschäftsleiter also nicht zur Berücksichtigung ihrer eigenen Gesundheitsinteressen im Rahmen von Ermessensentscheidungen.

⁷⁴³ Kapitel 2.A.III.

2. Arbeitsschutz

Zum Schutz der Arbeitnehmergesundheit bestehen diverse Arbeitsschutzvorschriften, die von der Gesellschaft einzuhalten sind.⁷⁴⁴ Zur Umsetzung dieser Pflichten ist der Geschäftsleiter in Hinblick auf die bei der Gesellschaft angestellten Arbeitnehmer verpflichtet, da er in der Gesellschaft die Arbeitgeberraufgaben wahrnimmt. Maßnahmen der Arbeitssicherheit kommen dem Geschäftsleiter ebenfalls zugute, zumindest wenn er mit den Maßnahmen in gleicher Weise wie die Arbeitnehmer in Berührung kommt. Der Geschäftsleiter könnte zur Umsetzung von Arbeitsschutzmaßnahmen auch um seiner selbst willen verpflichtet sein.

Die grundsätzlichen Regelungen des Arbeitsschutzes normiert das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG). Das ArbSchG bezweckt den Schutz von „Beschäftigten bei der Arbeit“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 ArbSchG). § 2 Abs. 2 ArbSchG zählt die umfassten Personengruppen auf. Der Beschäftigtenbegriff ist weiter zu verstehen als der Arbeitnehmerbegriff,⁷⁴⁵ er umfasst alle in einem Unternehmen beschäftigten Personen, die schutzwürdig sind und vertraglich mit dem Arbeitgeber verbunden sind.⁷⁴⁶ Geschäftsleiter nennt die Norm nicht. Arbeitgeber sind hingegen gemäß § 2 Abs. 3 ArbSchG „natürliche und juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften, die Personen nach Absatz 2 beschäftigen“. Der Arbeitgeber selbst kann nicht zugleich Beschäftigter im Sinne des ArbSchG sein.⁷⁴⁷ Ist der Geschäftsleiter als Arbeitgeber im Sinne des ArbSchG einzuordnen, kommt eine Qualifizierung als Beschäftigter nicht in Betracht. Geschäftsleiter werden jedoch auch von der Aufzählung des § 2 Abs. 2 ArbSchG nicht erfasst. Sie werden allerdings von § 13 Abs. 1 Nr. 2 ArbSchG als „verantwortliche Personen“ qualifiziert. Bei dieser Personengruppe handelt es sich um vom Arbeitgeber verschiedene Dritte, denen ebenfalls Verpflichtungen des Arbeitsschutzes

⁷⁴⁴ Vgl. auch § 1 Abs. 1 S. 1 ArbSchG. Zum Beispiel ist gemäß dem ASiG ein Betriebsarzt zu bestellen, dazu etwa *Aligbe*, ArbRAktuell 2012, 524 (524 ff.).

⁷⁴⁵ *Kittner/Pieper*, in: *Kittner/Pieper*, ArbSchR, § 2 ArbSchG Rn. 11. Vgl. auch *Aufhauser*, in: *HK-ArbSchG*, § 1 Rn. 6.

⁷⁴⁶ *Kittner/Pieper*, in: *Kittner/Pieper*, ArbSchR, § 2 ArbSchG Rn. 11 f.

⁷⁴⁷ *Kollmer*, in: *Kollmer/Klindt*, Arbeitsschutzgesetz, § 1 Rn. 23.

auferlegt werden.⁷⁴⁸ Geschäftsleiter und Arbeitgeber sind folglich im Sinne des ArbSchG nicht deckungsgleich, obwohl der Geschäftsleiter (auch) die öffentlich-rechtliche Verantwortung für die Umsetzung des Arbeitsschutzes trägt.⁷⁴⁹ Es stellt sich die Frage, ob die Qualifizierung als „verantwortliche Person“ im Sinne von § 13 ArbSchG die Einordnung als „Beschäftigter“ im Sinne von § 2 Abs. 2 ArbSchG ausschließt. Bei Verneinung dieser Frage käme es zu einer Doppelrolle des Geschäftsleiters: Er wäre aus Normen des Arbeitsschutzes zugleich berechtigt und verpflichtet. Unabhängig von dieser Fragestellung ist die Einordnung des Geschäftsleiters als Beschäftigter gemäß § 2 Abs. 2 ArbSchG zunächst möglich. Eine Besonderheit des ArbSchG ist, dass dieses auf europäischem Recht beruht.⁷⁵⁰ Folglich ist der europäische Arbeitnehmerbegriff zugrunde zu legen,⁷⁵¹ der wesentlich durch das Danosa-Urteil geprägt wurde und weiter als der deutsche Arbeitnehmerbegriff ist.⁷⁵² Geschäftsleiter, die vom europäischen Arbeitnehmerbegriff erfasst werden, sind also Beschäftigte im Sinne des ArbSchG. Die übrigen Geschäftsleiter können als arbeitnehmerähnliche Personen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG qualifiziert werden. Anerkannt wird die Arbeitnehmerähnlichkeit zumindest, wenn der Geschäftsleiter in die organisatorischen Abläufe der Gesellschaft eingegliedert ist, sich seine Funktion also nicht lediglich auf Aufgaben der Unternehmensleitung beschränkt.⁷⁵³ Sinn und Zweck des Arbeitsschutzes ist der Schutz abhängig Beschäftigter vor Gesundheitsgefahren, die sich aus der wirtschaftlichen Organisation von Arbeit

⁷⁴⁸ *Kittner/Pieper*, in: *Kittner/Pieper*, ArbSchR, § 13 ArbSchG Rn. 1; *Spinnarke/Schork*, in: *Spinnarke/Schork*, ASiR, § 13 ArbSchG Rn. 2, 4; *Steffek*, in: *Kollmer/Klindt*, Arbeitsschutzgesetz, § 13 Rn. 5.

⁷⁴⁹ *Steffek*, in: *Kollmer/Klindt*, Arbeitsschutzgesetz, § 13 Rn. 5 f.

⁷⁵⁰ Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (ABl. EG Nr. L 183 S. 1) und Richtlinie 91/383/EWG des Rates vom 25. Juni 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis (ABl. EG Nr. L 206 S. 19).

⁷⁵¹ *Kohte*, in: *Kollmer/Klindt*, Arbeitsschutzgesetz, § 2 Rn. 32.

⁷⁵² Zum Danosa-Urteil siehe schon Kapitel 1.D.3.

⁷⁵³ *Kohte*, in: *Kollmer/Klindt*, Arbeitsschutzgesetz, § 2 Rn. 119.

ergeben können.⁷⁵⁴ Kommt das ArbSchG zur Anwendung, gilt für den Geschäftsleiter die einen Beschäftigten aus § 15 Abs. 1 ArbSchG treffende Verantwortlichkeit, selbst nach eigenen Möglichkeiten für seine Gesundheit Sorge zu tragen.⁷⁵⁵ In einer Person vereinen sich dann Berechtigung und die Verpflichtung des Arbeitsschutzes. Das ist jedoch unschädlich, da die Interessen von Arbeitgeber und Beschäftigten am Arbeitsschutz gleichgerichtet sind beziehungsweise sein sollten.⁷⁵⁶ Während der Beschäftigte ein Interesse an der eigenen Gesundheit hat, ist der Arbeitgeber an der Vermeidung von krankheitsbedingten Ausfällen und Entgeltfortzahlungen interessiert.⁷⁵⁷ Die gleichzeitige Verpflichtung und Berechtigung des Geschäftsleiters aus dem ArbSchG erzeugt also keinen Interessenkonflikt. Es sprechen keine Gesichtspunkte gegen die Anwendung des ArbSchG auf Geschäftsleiter. Der Geschäftsleiter ist auch aus eigenen Gesundheitsinteressen zur Umsetzung des Arbeitsschutzes verpflichtet. Im Rahmen von Ermessensentscheidungen bleibt der Geschäftsleiter in der Gewichtung der verschiedenen zu berücksichtigenden Interessen allerdings frei. Eine konkrete Verpflichtung entsteht nur dort, wo Arbeitsschutzmaßnahmen konkrete Ausgestaltungen vorschreiben.

3. Zwischenfazit

Der Geschäftsleiter hat Arbeitsschutzvorschriften auch in seinem eigenen Interesse umzusetzen, soweit er über die reine Unternehmensleitung hinausgehende Aufgaben wahrnimmt. Gemäß § 15 ArbSchG ist er zur Rücksichtnahme auf seine eigene Gesundheit verpflichtet. Konkrete Organisationsmaßnahmen mit Gesundheitsbezug ergeben sich allerdings nur, wo das Arbeitsschutzrecht konkrete Orga-

⁷⁵⁴ Ausgenommen werden lediglich einige Beschäftigte, deren Arbeit besonderen Ausgestaltungen unterliegt. Das ArbSchG gilt gemäß § 1 Abs. 2 ArbSchG nicht für Hausangestellte in privaten Haushalten, für auf Seeschiffen oder in dem Bundesberggesetz unterliegenden Betrieben tätige Personen; siehe dazu *Aufhauser*, in: HK-ArbSchG, § 1 Rn. 6.

⁷⁵⁵ *Aufhauser*, in: HK-ArbSchG, Einleitung Rn. 26; *Ginal/Raif*, ArbRAktuell 2012, 472 (473); *Wlotzke*, NZA 1996, 1017 (1022). Denn „Die besten Schutzvorkehrungen nutzen nichts, wenn sich die Beschäftigten nicht sicherheitsgerecht verhalten und nicht im Rahmen der eigenen Möglichkeiten auch für Sicherheit und Gesundheitsschutz sorgen“, BT-Drks. 13/3540, S. 20.

⁷⁵⁶ *Aufhauser*, in: HK-ArbSchG, Einleitung Rn. 31.

⁷⁵⁷ *Aufhauser*, in: HK-ArbSchG, Einleitung Rn. 31.

nisationsmaßnahmen vorschreibt. Anderenfalls hat der Geschäftsleiter die Auswirkungen von Maßnahmen auf seine eigene Gesundheit im Rahmen von Ermessensentscheidungen als ein ermessenslenkendes Element zu berücksichtigen.

4. Sonderfall: nur teilweise zur Geschäftsleitung befähigter Geschäftsleiter

Anders als im Arbeitsrecht muss eine Erkrankung des Geschäftsleiters nicht zwingend zu seiner vollständigen Untätigkeit führen. Zwar mag dies den Genesungserfolg beschleunigen, der Geschäftsleiter ist jedoch dem Gesellschaftsinteresse stärker verpflichtet als der Arbeitnehmer den Interessen seines Arbeitgebers verpflichtet ist. Der Arbeitnehmer ist wegen seiner Abhängigkeit vom Arbeitgeber schutzwürdig. In Teilbereichen treffen die Abhängigkeit und die daraus folgende Schutzbedürftigkeit zwar auch auf das Verhältnis von Geschäftsleiter zu Gesellschaft zu,⁷⁵⁸ dies jedoch in einem deutlich eingeschränkten Umfang. Im Wesentlichen stimmen die einen nur teilweise dienstunfähigen Geschäftsleiter treffenden Pflichten mit den Pflichten des vollständig erkrankten Geschäftsleiters überein. Hinsichtlich der Tätigkeitspflicht ist jedoch zu differenzieren: Während diese dem vollständig erkrankten Geschäftsleiter schon gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist, ist der nur teilweise eingeschränkte Geschäftsleiter zu begrenzter Tätigkeit noch in der Lage. Er ist dazu verpflichtet, die ihm verbleibende Leistungskraft für die Gesellschaft einzusetzen.

Die Herabsetzung der Leistungspflicht bei eingeschränkter Leistungsfähigkeit ist durch das Arbeitsrecht, das eine Teilarbeitsfähigkeit nicht kennt,⁷⁵⁹ nicht eingeschränkt. Zwar besteht weder seitens des Arbeitnehmers eine Leistungspflicht – er gilt weiterhin als arbeitsunfähig⁷⁶⁰ – noch seitens des Arbeitgebers eine Beschäftigungspflicht⁷⁶¹. Die Vereinbarung eines stufenweisen Arbeitseinstiegs nach Wiedererlangung der eingeschränkten Arbeitsfähigkeit im Anschluss an

⁷⁵⁸ Die arbeitsrechtlichen Vorschriften sind dann für Geschäftsleiter zumindest analog anwendbar, siehe Kapitel 1.D.II.

⁷⁵⁹ BAG, 25.10.1973 – 5 AZR 141/73, AP BGB § 616 Nr. 42; BAG, 13.06.2006 – 9 AZR 229/05, NZA 2007, 91 (92 Rn. 23); *Düwell*, in: Münchener Hdb. ArbeitsR, § 80 Rn. 49; *Krause*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 615 BGB Rn. 49; kritisch *Ricken*, in: BeckOK ArbR, § 3 EFZG Rn. 18 f.

⁷⁶⁰ *Glaser*, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 24 Rn. 23; *Schaub/Koch*, in: Schaub/Koch, ArbR A-Z, Wiedereingliederung.

⁷⁶¹ BAG, 13.06.2006 – 9 AZR 229/05, NZA 2007, 91 (92 Rn. 23).

eine andauernde Krankheit ist jedoch zulässig⁷⁶² und wird von den Sozialversicherungsträgern und Krankenkassen gefördert.⁷⁶³ Das Recht erkennt also an, dass ein Arbeitnehmer zu teilweiser Leistungserbringung in der Lage ist.

In anderen Rechtsbereichen folgt aus einer Herabsetzung der Leistungspflicht sogar unmittelbar eine eingeschränkte oder andere, an die Leistungsfähigkeit angepasste Leistungspflicht. So ist dem begrenzt dienstfähigen Beamten gemäß § 45 Abs. 1 S. 1 BBG der Einsatz für seinen Dienstherrn im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit zumutbar. Begrenzte Dienstfähigkeit meint zwar – anders als die teilweise Dienstunfähigkeit im Sinne dieser Untersuchung – die dauerhafte Herabsetzung der Leistungsfähigkeit auf höchstens die Hälfte (§ 45 Abs. 1 S. 1 BBG). Dennoch sieht die Vorschrift eine Regelung vor, die das vollständige Ausscheiden aus dem Arbeitsleben verhindert. Statt Ruhestand soll eine Verkürzung der Arbeitszeit erfolgen (§ 45 Abs. 2 S. 1 BBG) oder, mit Zustimmung des Beamten, die Zuweisung einer dem Amt nicht entsprechenden Tätigkeit (§ 45 Abs. 2 S. 2 BBG). Eine Herabsetzung der Leistungspflicht ist auch für Mütter, die nach einer Entbindung nicht voll leistungsfähig sind, gesetzlich angeordnet, § 6 Abs. 2 MuSchG. Die Mutter ist nur entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit zur Arbeit verpflichtet.⁷⁶⁴ Es besteht eine entsprechend ihren Bedürfnissen geminderte Leistungspflicht. Auch daraus folgt die grundsätzliche Anerkennung der teilweisen Leistungsfähigkeit durch die geltende Rechtsordnung.

Die beschränkte Tätigkeitspflicht des Geschäftsleiters ergibt sich zum einen direkt aus seinem Anstellungsvertrag. Dieser verpflichtet ihn zur Tätigkeit für die Gesellschaft in vollem Umfang. Aus § 275 Abs. 1 BGB folgt jedoch eine Herabsetzung der Leistungspflicht im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit. Hinzu tritt die Verpflichtung aus der organschaftlichen Treuepflicht, die ihm die bestmögliche Verwirklichung des Gesellschaftsinteresses auferlegt. Dies umfasst den Einsatz seiner Kräfte für die Gesellschaft. Zu berücksichtigen ist, dass der Geschäftsleiter auch seine Gesundheit erhalten muss.⁷⁶⁵ Er muss im Fall leichter Erkrankung den schmalen Grat zwischen teilweiser Arbeitsfähigkeit und Arbeitsunfähigkeit

⁷⁶² Glaser, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 24 Rn. 22; Schaub/Koch, in: Schaub/Koch, ArbR A-Z, Wiedereingliederung.

⁷⁶³ BAG, 13.06.2006 – 9 AZR 229/05, NZA 2007, 91 (92 Rn. 23).

⁷⁶⁴ Schlachter, in: EK ArbR, § 6 MuSchG Rn. 5.

⁷⁶⁵ Siehe Kapitel 2.C.I.2.

ausloten. Es ist legitim, dass auch der Geschäftsleiter ein gewisses Erholungsbedürfnis für sich in Anspruch nimmt und Krankheiten vollständig auskuriert. In welchem Umfang der Geschäftsleiter zur Leistung verpflichtet ist, hängt von seiner konkreten Erkrankung sowie den Tätigkeiten, die er ausüben muss, ab.

Aus der Sorgfaltspflicht lassen sich hingegen keine Pflichten des teilweise erkrankten Geschäftsleiters herleiten, denn die Entscheidung für oder gegen die Fortführung der Tätigkeit stellt keine unternehmerische Entscheidung dar, sondern bezieht sich wesentlich auf den Gesundheitszustand des Geschäftsleiters und damit auf eine private Angelegenheit.

Ist der Geschäftsleiter eingeschränkt dienstfähig, muss er seine Arbeitskraft für die Gesellschaft entsprechend seiner Leistungsfähigkeit einsetzen. Der Entgeltanspruch des Geschäftsleiters setzt sich dann zum Teil aus seinem Arbeitsentgelt, gekürzt im Verhältnis zu seiner Leistungsfähigkeit, sowie einer gekürzten Entgeltfortzahlung zusammen, sodass der Geschäftsleiter im Zeitraum der gewöhnlichen Entgeltfortzahlung keine finanziellen Nachteile erleidet.⁷⁶⁶

VII. Anstellungsvertragliche Gesundheitspflichten

Quelle gesundheitsbezogener Pflichten kann neben dem Gesetz auch der Geschäftsleiteranstellungsvertrag sein. Das gesetzliche Schutzniveau des Anstellungsvertrags hängt davon ab, ob er als Individual-, Verbrauchervertrag oder als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren ist.

1. Anstellungsvertrag als Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Verbrauchervertrag

Die Vertragsparteien sind bei der Ausgestaltung des Anstellungsvertrags grundsätzlich frei. Die Absicherung freier Vertragsschlüsse gebietet es dem Gesetzgeber jedoch im Sinne der Privatautonomie, Regelungen zu schaffen, die selbstbestimmte Vertragsschlüsse – auch bei der Überlegenheit einer Vertragspartei⁷⁶⁷ – sicherstellen.⁷⁶⁸ Insbesondere das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

⁷⁶⁶ Vgl. für das Arbeitsrecht BAG, 25.10.1973 – 5 AZR 141/73, AP BGB § 616 Nr. 42.

⁷⁶⁷ „Ein Vertragsschluss kann erst dann zur Fremdbestimmung werden, wenn er nicht von echter Selbstbestimmung getragen ist.“, *Sachs*, in: FS Reiner Schmidt, S. 385 (391).

⁷⁶⁸ BVerfG, 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 (Rn. 47); *Gurlit*, NZG 2013, 249 (251).

(§§ 305 ff. BGB) schränkt den autonomen Ausgleich widerstreitender Interessen zwischen den Vertragsparteien, also auch Geschäftsleiter und Gesellschaft, mit dem Ziel, den strukturell unterlegenen Vertragspartners zu schützen, ein.⁷⁶⁹

a. Anwendbarkeit des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Geschäftsleiteranstellungsverträge können unter Zuhilfenahme vorgefertigter Vertragswerke, die zur mehrmaligen Verwendung⁷⁷⁰ vorgesehen sind (Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB), geschlossen werden.⁷⁷¹ Dann unterliegen sie der AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB.⁷⁷²

Ist der Anstellungsvertrag Verbrauchervertrag im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB, unterliegt er auch bei nur einmaliger Verwendungsabsicht den Regeln der AGB-Kontrolle.⁷⁷³ Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zurechenbar ist (§ 13 BGB). Eine selbstständige Tätigkeit übt hingegen aus, wer eigenes unternehmerisches Risiko eingeht (Handeln auf eigene Rechnung und Gefahr in eigener Verantwortung).⁷⁷⁴ Der Anstellungs-

⁷⁶⁹ BVerfG, 25.10.2004 – 1 BvR 1437/02, NJW 2005, 1036 (Rn. 24). Zu verschiedenen Legitimationsansätzen der AGB-Kontrolle *Leuschner*, AcP 2007, 491 (494 ff.); *Oetker*, AcP 2012, 202 (217 ff.) m.w.N.

⁷⁷⁰ Vorgesehen sein soll eine dreimalige Verwendung, *Basedow*, in: MünchKomm BGB, § 305 Rn. 18 m.w.N.

⁷⁷¹ *Bauer/Medem*, NZA 2014, 238 (240); *Fleischer*, NZG 2010, 561 (562); *Schmitt-Rolfes*, in: FS Hromadka, S. 393 (394 f.); *Stagat*, NZA-RR 2011, 617 (620). Laut *Hümmerich*, NZA 2006, 709 (709) ist dies „seltener“ als beim Arbeitsvertrag der Fall. Vornehmlich würden innerhalb von Konzernen vorformulierte Anstellungsverträge verwendet.

⁷⁷² Die Bereichsausnahme von § 310 Abs. 4 BGB greift nicht ein, da es sich bei Anstellungsverträgen zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter nicht um einen gesellschaftsrechtlichen Vertrag handelt. Solche sind nur Verträge mit „spezifisch organisationsrechtlichem Inhalt“, wie etwa Gesellschaftsverträge, *Bauer/Arnold*, ZIP 2006, 2337 (2338); *Becker*, in: BeckOK BGB, § 310 Rn. 28, 31; *Khanian*, GmbHR 2011, 116 (116); *Oetker*, in: FS Buchner, S. 691 (693 f.); *Schmitt-Rolfes*, in: FS Hromadka, S. 393 (395).

⁷⁷³ *Fleischer*, NZG 2010, 561 (562); *Stagat*, NZA-RR 2011, 617 (620). Gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB sind dann (zumindest) die §§ 305c, 306, 307 – 309 BGB auch bei einmaliger Verwendung anwendbar.

⁷⁷⁴ *Micklitz*, in: MünchKomm BGB, § 14 Rn. 31; OLG Hamm, 18.07.2007 – 8 Sch 2/07, AG 2007, 910 (912).

vertrag ist dann ein Verbrauchervertrag, wenn der Geschäftsleiter als Verbraucher zu qualifizieren ist.⁷⁷⁵ Dies richtet sich nach der Qualifikation der Tätigkeit in der Gesellschaft.⁷⁷⁶ Der Geschäftsleiter trägt unternehmerisches Risiko und handelt auf eigene Gefahr und Rechnung, wenn er, weil er selbst Beteiligungen an der Gesellschaft hält, maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft nimmt. Eine Qualifizierung als Verbraucher scheidet aus.⁷⁷⁷ Der Anstellungsvertrag dient dann der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit. Der Selbstständigkeit steht nicht entgegen, dass erst der Abschluss des Anstellungsvertrages die Stellung als Gesellschafter-Geschäftsleiter schafft,⁷⁷⁸ denn der Vertragsschluss hat eine selbstständige Tätigkeit zum Inhalt und richtet sich somit auf eine solche. Die Geschäftsleiterstellung verstärkt die Einflussmöglichkeiten in der Gesellschaft. Hinzukommt, dass die Gesellschafterstellung, die die Selbstständigkeit begründet, in der Regel schon vor Abschluss des Anstellungsvertrages bestand. Der Geschäftsleiter trägt also bereits vor An- und Bestellung unternehmerisches Risiko. Ein Geschäftsleiter, der keine Beteiligungen an der Gesellschaft hält, übt hingegen eine abhängige Tätigkeit aus. Er trägt kein unternehmerisches Risiko, ist also nicht selbstständig. Korrespondierend richtet sich auch der Anstellungsvertrag nicht auf eine selbstständige Tätigkeit. Dem folgend qualifiziert das BAG den GmbH-Geschäftsführer bei Abschluss seines Anstellungsvertrages als Verbraucher, wenn er als Fremdgeschäftsführer ohne Gesellschaftsbeteiligung oder zumindest ohne Sperrminorität angestellt wird.⁷⁷⁹ Für den AG-Vorstand ergibt sich keine abweichende Bewertung. Auch seine Weisungsfreiheit führt nicht zu einer

⁷⁷⁵ Anders der unionsrechtliche Verbraucherbegriff, der Verträge, die sich auf die berufliche Tätigkeit einer natürlichen Person richten, vom unionrechtlichen Verbraucherbegriff ausklammert, vgl. *Oetker*, AcP 2012, 202 (207).

⁷⁷⁶ So auch *Oetker*, in: FS Buchner, S. 691 (696).

⁷⁷⁷ *Schmitt-Rolfes*, in: FS Hromadka, S. 393 (396 f.); *Schmitt-Rolfes*, AuA 2010, 631 (631); i. E. auch *Hümmerich*, NZA 2006, 709 (711 f.).

⁷⁷⁸ A.A. *Oetker*, in: FS Buchner, S. 691 (698).

⁷⁷⁹ BAG, 19.05.2010 – 5 AZR 253/09, NJW 2010, 2827 (Rn. 23). Ebenso *Bauer/Arnold*, ZIP 2006, 2337 (2339); *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 (679); *Hümmerich*, NZA 2006, 709 (710 ff.); *Kannowski*, in: Staudinger, BGB, § 13 Rn. 33; *Mauer*, EWiR § 13 BGB 2010, 695 (696); *Micklitz*, in: MünchKomm BGB, § 13 Rn. 60; *Schmitt-Rolfes*, in: FS Hromadka, S. 393 (396); *Stagat*, NZA-RR 2011, 617 (620).

Einordnung als Selbstständiger, er handelt trotz der ihm zustehenden Leitungsmacht (§ 76 Abs. 1 AktG) nicht selbstständig;⁷⁸⁰ gleiches gilt, wenn seine Vergütung zu einem großen Teil aus variablen Bestandteilen besteht, die vom Unternehmenserfolg abhängen.⁷⁸¹ Relevant ist die Beteiligung am unternehmerischen Risiko.⁷⁸² Der AG-Vorstand partizipiert mangels Verlustbeteiligung trotz variabler Vergütung nicht unmittelbar am Unternehmensergebnis, auch nicht, wenn dieses als Berechnungsgröße für einen Teil des zu zahlenden Leistungsentgelts herangezogen wird. Die bloße Steigerung des Vorstandsinteresses am Unternehmenserfolg rechtfertigt keine abweichende Beurteilung, denn Misserfolg führt lediglich zur Begrenzung des Entgelts auf einen festen Sockelbetrag.⁷⁸³

b. Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten

Gemäß § 310 Abs. 4 S. 2 BGB sind bei der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen arbeitsrechtliche Besonderheiten zu beachten. Entgegen der wohl h.M.⁷⁸⁴ muss dies analog auch für die Anstellungsverträge von Geschäftsleitern gelten.⁷⁸⁵ Analog sind zumindest diejenigen arbeitsrechtlichen Besonderheiten anzuwenden, die für den Geschäftsleiteranstellungsvertrag gelten. Das sind vor allem die Regelungen, die auf das Abhängigkeitsverhältnis des Geschäftsleiters von seiner Tätigkeit zielen.⁷⁸⁶ Dies gilt umso mehr, als dass eine unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern im Vergleich zu Geschäftsleitern nicht gerechtfertigt werden kann, wenn dies ein für Arbeitnehmer geringeres Schutzniveau zur Folge

⁷⁸⁰ *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 (678 f.); OLG Hamm, 18.07.2007 – 8 Sch 2/07, AG 2007, 910 (911 f.); *Schmitt-Rolfes*, in: FS Hromadka, S. 393 (397). Kritisch, i. E. aber ebenfalls den AG-Vorstand als Verbraucher qualifizierend *Oetker*, in: FS Buchner, S. 691 (696 f.). A.A. *Thüsing*, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 4 Rn. 101.

⁷⁸¹ *Wilsing/Meyer*, DB 2011, 341 (344). *Wank* deutet die Möglichkeit, den Geschäftsführer bei Vereinbarung einer variablen Vergütung nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren, an, *Wank*, in: FS Wiedemann, S. 587 (615).

⁷⁸² *Schmitt-Rolfes*, in: FS Hromadka, S. 393 (397).

⁷⁸³ Unter Umständen kann aus der organschaftlichen Treuepflicht auch die Pflicht folgen, in eine Herabsetzung der Bezüge einzuwilligen *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 87 Rn. 183. § 87 Abs. 2 AktG sieht diese Möglichkeit in Aktiengesellschaften ausdrücklich vor. Für die GmbH *Jaeger/Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 35 Rn. 325.

⁷⁸⁴ So wohl *Basedow*, in: MünchKomm BGB, § 310 Rn. 104; *Hümmerich*, NZA 2006, 709 (712).

⁷⁸⁵ So auch *Gaul*, GmbHR 2010, R321 (R322). Ausführlich *Khanian*, GmbHR 2011, 116 (118 ff.).

⁷⁸⁶ Auch *Khanian*, GmbHR 2011, 116 (120) sieht diesbezüglich eine vergleichbare Interessenlage.

hat.⁷⁸⁷ Eine uneingeschränkte Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Wertungen geht jedoch zu weit.⁷⁸⁸ Denn dies würde die Unterscheidung von Arbeitnehmer und Geschäftsleiter zumindest aufweichen, wenn nicht sogar aufheben. Berücksichtigung finden nur diejenigen arbeitsrechtlichen Wertungen, deren analoge Anwendung sich aus der vergleichbaren Situation von Geschäftsleiter und Arbeitnehmer ergibt. Präzise formuliert sind also über § 310 Abs. 4 S. 2 BGB nicht arbeitsrechtliche Besonderheiten, sondern vielmehr die Besonderheiten eines abhängigen Geschäftsleiters⁷⁸⁹ zu berücksichtigen.

c. Unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB

Eine Klausel benachteiligt eine Partei – mit der Folge der Unwirksamkeit (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB) – unangemessen, wenn eine vertragliche Bestimmung mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen werden soll, nicht vereinbar ist (§ 307 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB). Abweichungen von Grundrechten, die die obersten verfassungsmäßigen Gebote des Rechts darstellen, sind unter diesem Gesichtspunkt problematisch. Zwar können grundrechtliche Beeinträchtigungen akzeptabel sein, eine vertragliche Verpflichtung etwa beschränkt schon der Natur der Sache nach die Allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG. Daraus, dass Verkürzungen grundrechtlicher Schutzbereiche zulässig sein können, folgt aber nicht, dass Grundrechte mit jedem Mittel abbedungen werden können. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen schützt gerade auch vor Klauseln, deren Inhalt ein Vertragspartner nicht voll überblicken kann, folgt dies nun aus seiner rechtlichen Unerfahrenheit oder der Ausgestaltung des Vertragswerkes. Der Anstellungsvertrag muss deutlich auf gesundheitsrelevante Vertragsklauseln hinweisen. Das Verstecken grundrechtlicher Beeinträchtigungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen widerspricht einem wirksamen Grundrechtsschutz. Zwar kann sich auch die Gesellschaft auf Grundrechte berufen (Art. 19 Abs. 3 GG), sodass im Verhältnis Gesellschaft – Geschäftsleiter auch einander widersprechende Grundrechte im

⁷⁸⁷ Dann kommt es zu „Wertungswidersprüchen“, *Khanian*, GmbHR 2011, 116 (117).

⁷⁸⁸ Anders wohl *Wank*, RdA 2011, 178 (178), der meint, eine Qualifizierung des GmbH-Geschäftsführers als Verbraucher müsse zwingend mit einer Qualifizierung als Arbeitnehmer einhergehen.

⁷⁸⁹ Vgl. auch *Stagat*, NZA-RR 2011, 617 (622), der den Vorrang des Gesellschafts- vor dem Arbeitsrecht als das wesentliche zu berücksichtigende Kriterium erachtet.

Sinne einer praktischen Konkordanz auszugleichen sind. Die Rechte der Kapitalgesellschaft können die Rechte des Geschäftsleiters jedoch nicht derart überwiegen, dass die Grundrechte des Geschäftsleiters durch Allgemeine Geschäftsbedingungen auf null reduziert werden.

Der einzelne Geschäftsleiter bleibt bei der AGB-rechtlichen Beurteilung außer Betracht, da die Regelungen des AGB-Rechts auf typische Gestaltungen abstellen. Die Typizität erleichtert eine gleichmäßige Rechtsdurchsetzung. Ist eine Klausel AGB-rechtlich unwirksam, folgt daraus nicht, dass ihr Inhalt nicht individualvertraglich vereinbart werden kann.⁷⁹⁰ Die vollständige Aufgabe des Grundrechtsschutzes weicht jedoch derart von den wesentlichen Grundgedanken des Rechts ab, dass darin eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 1 BGB zu sehen ist. Die Abhängigkeit des Geschäftsleiters von seinen Bezügen zur Sicherung seiner Lebensgrundlage begründet eine strukturelle Unterlegenheit in Vertragsverhandlungen, die selbstbestimmte Entscheidungen ausschließen kann.

Bei der Beurteilung einer unangemessenen Benachteiligung durch einen Verbrauchervertrag müssen gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB die vertragsschlussbegleitenden Umstände berücksichtigt werden. Geschäftsführer sind regelmäßig „geschäftserfahrene Personen (...), die keinerlei ‚rollenspezifische Unterlegenheit‘ aufweisen“⁷⁹¹. Dies gilt jedoch nicht für alle Geschäftsleiter. Vielmehr muss die Geschäftserfahrenheit des jeweiligen Geschäftsleiters im Einzelfall beurteilt werden. Dies ist wichtig, da gerade kleinere Unternehmen die Rechtsform der GmbH wählen, deren Geschäftsführer nicht zwingend geschäftserfahren sind.

2. Anstellungsvertrag als Individualvertrag

Vertragliche Grundrechtseinschränkungen kommen also nur mittels Individualvertrag in Betracht. Vertragliche Gesundheitspflichten bewegen sich im Spannungsfeld der Geschäftsleitergrundrechte: Zum einen beschränken derartige Abreden die Freiheit des Geschäftsleiters. Er ist vertraglich an der uneingeschränkten Gestaltung seines Lebens – auch im Privaten – gehindert. Andererseits darf der Geschäftsleiter Verträge beliebigen Inhalts schließen. Er kann auch solche

⁷⁹⁰ So auch *Oetker*, AcP 2012, 202 (218).

⁷⁹¹ *Bauer/Arnold*, ZIP 2006, 2337 (2339) m.w.N.

Verträge schließen, die seine Grundrechte beschränken, zumindest insoweit ihm die Dispositionsbefugnis über das entsprechende Rechtsgut zusteht.⁷⁹²

Gesundheitsbezogene Abreden können als Einwilligung oder Grundrechtsverzicht verstanden werden. Voraussetzung ist, dass der Geschäftsleiter freiwillig in die Grundrechtsbeeinträchtigung einwilligt und die Gesellschaft ihm nicht strukturell überlegen ist.⁷⁹³ Eine Einwilligung in Grundrechtseingriffe kann anstellungsvertraglich nur vereinbart werden, wenn diese dem Geschäftsleiter offengelegt werden und ihm die Möglichkeit eröffnet wird, auf die Regelung einzuwirken.⁷⁹⁴

Zu berücksichtigen bleibt, dass die Einwilligung in Grundrechtsbeeinträchtigungen durch den Geschäftsleiter jederzeit widerrufen werden kann.⁷⁹⁵ Für wirksame vertragliche Grundrechtsbeschränkungen muss die Einwilligung bei jeder Grundrechtsbeeinträchtigung bestätigt werden. Erfolgt ein Widerruf, kommt eine zwangsweise Durchsetzung der vereinbarten Maßnahme nicht in Betracht. Die Gesellschaft muss sich dann mit der Geltendmachung von Schadensersatz wegen Vertragspflichtverletzung begnügen.

Grundsätzlich steht dem Geschäftsleiter die Möglichkeit offen, auch gesundheitsbezogene Verhaltenspflichten vertraglich zu vereinbaren. Dem kann jedoch der besondere Grundrechtsbezug gesundheitsbezogener Verhaltenspflichten entgegenstehen.

a. Verhaltenspflichten

Rückschlüsse auf die Zulässigkeit anstellungsvertraglich vereinbarter Verhaltenspflichten lassen sich gegebenenfalls aus vertraglichen Pflichten im Versicherungsrecht (aa.) oder der Zulässigkeit außerdienstlicher Pflichten im Arbeitsvertrag (bb.) ziehen.

⁷⁹² Vgl. auch trotz anderer Prämissen *Roth*, in: *Einwirkungen der Grundrechte*, S. 229 (244 f.).

⁷⁹³ Vgl. *Roth*, in: *Einwirkungen der Grundrechte*, S. 229 (239 f.).

⁷⁹⁴ BAG, 19.05.2010 – 5 AZR 253/09, NJW 2010, 2827 (Rn. 25).

⁷⁹⁵ Vgl. *Roth*, in: *Wolter/Arndt, Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, öffentliche Recht und Strafrecht: Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz*, S. 229 (241): „Deshalb ist das Institut des Grundrechtsverzichts als Basis rechtlicher Dauereakte generell ungeeignet.“ (S. 242).

aa. Versicherungsrecht

Versicherungsverträge knüpfen Versicherungsleistungen regelmäßig an die Einhaltung bestimmter Verhaltensregelungen. Die Leistungen der gesetzlichen Krankenkasse sind jedoch schon kraft Gesetzes beschränkt, wenn der Versicherungsnehmer eine Erkrankung vorsätzlich herbeigeführt hat, § 52 Abs. 1, 1. Var. SGB V. Daraus folgt aber keine Verpflichtung des Versicherungsnehmers zu bestimmten gesundheitsbezogene Verhaltensweisen. Im Sozialversicherungsrecht gilt vielmehr das Prinzip der Selbstverantwortlichkeit der Versicherungsnehmer (§ 1 Abs. 1 S. 2 SGB V)⁷⁹⁶, das durch § 52 Abs. 1 SGB V konkretisiert wird.⁷⁹⁷ Sinn und Zweck der gesetzlichen Krankenversicherung ist, dem Einzelnen Zugang zu medizinischen Maßnahmen im Krankheitsfall zu bieten. Schädigt sich der Versicherungsnehmer jedoch selbst, ist es ihm zuzumuten, für die Kosten der Folgeerkrankung selbst einzustehen, statt die Solidargemeinschaft⁷⁹⁸ mit den Folgen zu belasten. Daraus lässt sich jedoch nicht auf konkrete Verhaltenspflichten schließen. Dem Versicherungsnehmer steht es frei, sich selbst zu schädigen. Lediglich Kostenersatz für notwendige Behandlungen steht ihm dann nicht zu.⁷⁹⁹ Neben der gesetzlichen Krankenversicherung können auch andere die Gesundheit betreffende Versicherungen abgeschlossen werden. Versicherungsverträge sehen vor, dass der Versicherer finanziell für ein bestimmtes Risiko des Versicherungsnehmers gegen Zahlung einer Versicherungsprämie einsteht (§ 1 VVG). Soweit sich Versicherungen auf die Gesundheit beziehen, wird regelmäßig die Kostenübernahme für bestimmte Verhaltensweisen ausgeschlossen. Auch darin kann keine Verpflichtung auf bestimmte Verhaltensweisen gesehen werden. Es steht dem Versicherungsnehmer frei, sich außerhalb der versicherten Risiken zu bewegen. Soweit Versicherungsverträge ein bestimmtes Verhalten

⁷⁹⁶ Aus § 1 SGB V folgen keine Rechte und Pflichten. Die Norm umschreibt lediglich die Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung, *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 1 Rn. 1, 8.

⁷⁹⁷ *Heberlein*, in: *BeckOK SozR*, SGB V § 52 Rn. 1; *Höfler*, in: *KK SozVersR*, § 52 SGB V Rn. 2; *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 52 Rn. 1.

⁷⁹⁸ Zum Begriff der Solidargemeinschaft *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 1 Rn. 4.

⁷⁹⁹ Vorsatz ist im Einzelfall von einer riskanten Lebensführung abzugrenzen, siehe beispielsweise *Heberlein*, in: *BeckOK SozR*, SGB V § 52 Rn. 15; *Höfler*, in: *KK SozVersR*, § 52 SGB V Rn. 2a, 5b; *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 52 Rn. 2; *Waltermann*, in: *Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann*, *SozR*, SGB V § 52 Rn. 2.

von dem Versicherungsnehmer verlangen, ist dies nur relevant, wenn der Versicherungsnehmer Leistungen von der Versicherung verlangt. Auch im Rahmen von Versicherungsverträgen führt die vorsätzliche Herbeiführung eines Schadensfalles zu einem Ausschluss der Versicherungsleistung (§ 81 Abs. 1 VVG), im Fall grober Fahrlässigkeit zu einer anteiligen Kürzung (§ 81 Abs. 2 VVG). Das Versicherungsrecht klärt die Voraussetzungen der Leistungsverpflichtung des Versicherers. Zwangsweise durchsetzbare Verhaltenspflichten des Versicherungsnehmers bestehen nicht. Aus dem Versicherungsvertrag leiten sich lediglich gesundheitsbezogene Obliegenheiten des Versicherungsnehmers ab. Problematisch wird gesundheitsschädigendes Verhalten des Versicherungsnehmers nur, wenn er vom Versicherer Leistungen fordert. Gesundheitsbezogene Verhaltenspflichten, wie sie im organschaftlichen Verhältnis in Erwägung gezogen werden, bestehen nicht. Im Versicherungsrecht finden sich keine für die Zulässigkeit anstellungsvertraglich vereinbarter gesundheitsbezogener Verhaltenspflichten sprechenden Anhaltspunkte.

bb. Arbeitsrecht

Gesundheitsbezogene Verhaltenspflichten beziehen sich nicht ausschließlich auf die Geschäftsleitungstätigkeit, sondern entfalten ihre Wirkung vorrangig im Privaten. Außerdienstliche Pflichten sollen im Arbeitsvertrag nur ausnahmsweise⁸⁰⁰ vereinbart werden können, wenn diese in einem engen Zusammenhang mit den dienstlichen Pflichten stehen, sich privates Verhalten etwa störend auf die arbeitsvertragliche Tätigkeit auswirkt.⁸⁰¹ Die Zulässigkeit vertraglicher Pflichten richtet sich nach der konkreten Tätigkeit (gesundheitliche Vorgaben sind beim Profifußballer eher zulässig als beim Buchhalter) und kann auch von der Stellung des Arbeitnehmers beeinflusst werden⁸⁰². Über den eigentlichen Zweck des Arbeitsvertrages hinausgehende Pflichten sind unzulässig.⁸⁰³ Der Arbeitnehmer kann nicht dazu verpflichtet werden, sein privates Leben an den Interessen des

⁸⁰⁰ Preis, Arbeitsrecht, S. 344.

⁸⁰¹ Linck, in: Schaub, ArbR Hdb., § 55 Rn. 7; Müller-Glöge, in: MünchKomm BGB, § 611 Rn. 1079; Preis, in: EK ArbR, § 611 BGB Rn. 730, 732.

⁸⁰² Allgemein zu außerdienstlichen Pflichten Müller-Glöge, in: MünchKomm BGB, § 611 Rn. 1079.

⁸⁰³ Preis, in: EK ArbR, § 611 BGB Rn. 731.

Arbeitgebers auszurichten.⁸⁰⁴ Darin liegt eine unverhältnismäßige Einschränkung der persönlichen Freiheit, die nicht erforderlich und daher unzulässig ist.⁸⁰⁵ Gesundheitliche Vorgaben sind demnach nur zulässig, wo die Gesundheit die Arbeit wesentlich bestimmt (die Gesundheit eines Fußballers etwa ist essentiell für seine Leistungen). Besteht ein derartiger Gesundheitsbezug der arbeitsvertraglichen Tätigkeit nicht, ist eine vertragliche Verpflichtung auf ein bestimmtes gesundheitsbezogenes Verhalten nicht möglich.

cc. Folgen für den Anstellungsvertrag

Die Übertragung dieser arbeitsrechtlichen Wertung auf das Gesellschaftsrecht führt zu Folgendem: Gesundheitsbezogene Pflichten sind nur zulässig, wenn die Gesundheit wesentlicher Bestandteil der Geschäftsleitertätigkeit ist. Eine dem Profifußballer vergleichbare Interessenlage besteht bei Geschäftsführern nicht. Ein Gesundheitsbezug der Tätigkeit kann sich lediglich aus dem Unternehmensgegenstand ergeben. Der Geschäftsführer eines Sportbekleidung herstellenden Unternehmens dürfte in der Öffentlichkeit gewissen Erwartungen hinsichtlich seines eigenen Lebensstils ausgesetzt sein. Erfüllt er diese nicht, kann dies zu einem Glaubwürdigkeitsverlust des Unternehmens führen. Eine konkrete Verhaltenspflicht kann dies jedoch nur in Ausnahmefällen begründen, denn Gesundheitspflichten steht das Recht des Geschäftsführers aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entgegen.⁸⁰⁶ Außerdienstliche Gesundheitspflichten schränken die persönliche Freiheit des Geschäftsführers unverhältnismäßig ein. Dem mag man entgegengehalten, es stehe dem Geschäftsführer frei, seinen Anstellungsvertrag eigenverantwortlich auszuhandeln. Er könne sich also auch auf einen Vertrag einlassen, der die private Lebensgestaltung erheblich einschränkt. Dies setzt jedoch voraus, dass sich potentieller Geschäftsführer und Gesellschaft auf Augenhöhe begegnen. Dies muss im Einzelfall festgestellt werden. Geht es um einen bekannten, angesehenen Geschäftsführer, an dem die Gesellschaft ein großes Interesse hat, wird dies eher der Fall sein, als wenn eine kleine GmbH einen Geschäftsführer sucht, der ein solches Amt bislang nicht ausgeübt hat. Zu berücksichtigen ist jedoch auch, dass konkrete Verhaltenspflichten insbesondere von

⁸⁰⁴ *Preis*, Arbeitsrecht, S. 361; *Preis*, in: EK ArbR, § 611 BGB Rn. 730, 732; *Schäfer*, NZA 1992, 529 (530): keine Einschränkung des Privatlebens durch arbeitsvertragliche Bindungen.

⁸⁰⁵ *Preis*, in: EK ArbR, § 611 BGB Rn. 731.

⁸⁰⁶ Vgl. *Fleischer*, NZG 2010, 561 (562).

Interesse für die Gesellschaft sind, wenn das Unternehmen eine gewisse Bekanntheit erlangt hat, sodass ein Interesse der Öffentlichkeit auch an dem Privatleben des Geschäftsleiters zu erwarten ist. Im Ergebnis bezweckt eine Verhaltenspflicht, die sich aus dem Unternehmensgegenstand ableitet, jedoch nicht die Gesundheit des Geschäftsleiters. Diese ist vielmehr nur ein Nebeneffekt. Vorrangig ist das Ziel, das Unternehmen in der Öffentlichkeit positiv und glaubwürdig erscheinen zu lassen. Gesundheitsbezogene Verhaltenspflichten können im Geschäftsleiteranstellungsvertrag nur begrenzt vereinbart werden.

b. Vorsorgeuntersuchungen

Anstellungsverträge enthalten regelmäßig Klauseln, die zyklische Vorsorgeuntersuchungen vorsehen. Derartige Vereinbarungen sind bei entsprechender Einwilligung grundsätzlich möglich.⁸⁰⁷ In der Literatur wurde die Vereinbarung einer Vorsorgeuntersuchung als „unbedenklich“ bezeichnet.⁸⁰⁸ Das Recht des Vorstandmitglieds, von einer Erkrankung keine Kenntnis zu erhalten, müsse hinter dem „ureigene(n) Interesse“⁸⁰⁹ der Gesellschaft an der Überprüfung der Gesundheit zurücktreten. Dies ist jedoch keineswegs zwingend. Untersuchungen, die gegen den ausdrücklichen Willen einer Person erfolgen, ziehen immer Grundrechtsverletzungen nach sich.⁸¹⁰ Zwar kann der Geschäftsleiter in die mit Untersuchungen einhergehenden Eingriffe (in das Recht auf körperliche Unversehrtheit sowie das Allgemeine Persönlichkeitsrecht) einwilligen. Die Freiwilligkeit steht jedoch innerhalb des Anstellungsverhältnisses in Frage.⁸¹¹ Das BAG hat mit einem Urteil aus dem Jahr 2014 allerdings für Arbeitnehmer die Möglichkeit, freiwillig in Untersuchungen einzuwilligen, bejaht. Die Abhängigkeit vom Arbeitgeber sowie dessen Weisungsbefugnis sollen freiwillige Einwilligungen im Arbeitsverhältnis nicht per se ausschließen.⁸¹² Für den im Vergleich zum

⁸⁰⁷ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 48. Dies ist auch im individuellen Arbeitsvertrag möglich *Behrens*, NZA 2014, 401 (406).

⁸⁰⁸ *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (88). Ähnlich *Fleischer*, NZG 2010, 561 (563); *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2010, 86 (86).

⁸⁰⁹ *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (88).

⁸¹⁰ Siehe schon Kapitel 2 II.2.a und d.

⁸¹¹ Zu der Problematik, ob freie Entscheidungen im Arbeitsrecht möglich sind, *Wybitul/Böhm*, BB 2015, 2101 (2101 ff.).

⁸¹² BAG, 11.12.2014 – 8 AZR 1010/13, BB 2015, 1276 (Rn. 32).

Arbeitnehmer selbstständigeren und gegenüber der Gesellschaft regelmäßig unabhängigeren Geschäftsleiter gilt das erst recht. Die finanzielle Abhängigkeit von der Gesellschaft führt nicht reflexartig zum Ausschluss der Freiwilligkeit. Vielmehr muss im konkreten Einzelfall geprüft werden, ob die Einwilligung in die Grundrechtsverletzung freiwillig erfolgte.

Auch dann gilt jedoch das zum Umfang der Mitteilungen an die Gesellschaft ausgeführte. Die Diagnose muss auch bei vertraglich vereinbarten Untersuchungen nicht mitgeteilt werden.⁸¹³

c. Informationspflichten

Informationspflichten können individualvertraglich vereinbart werden. Dies gilt jedoch nicht, wenn Informationspflichten an einen Krankheitsverdacht anknüpfen.⁸¹⁴ Dann überwiegt das Recht des Geschäftsleiters auf informationelle Selbstbestimmung. Mitteilungspflichten, die sich aus der organschaftlichen Treuepflicht ergeben, können anstellungsvertraglich konkretisiert werden. Weitergehenden anstellungsvertraglichen Regelungen stehen, soweit der Geschäftsleiter sich frei für entsprechende Regelungen entschließt, keine grundrechtlichen Bedenken entgegen. Anderes gilt nur, wenn entsprechende Regelungen mittels AGB vereinbart werden oder dem Geschäftsleiter eine freie Entscheidung nicht möglich ist. Im Aktienrecht gilt das Prinzip der Satzungsstrenge, das abweichende Regelungen nicht zulässt, wenn sie nicht ausdrücklich erlaubt sind. Eine Abweichung von den §§ 90, 131 AktG sieht das AktG jedoch nicht vor, sodass weder durch Satzung noch durch Anstellungsvertrag weitergehende Verpflichtungen wirksam vereinbart werden können.

3. Anstellungsvertragliche Vereinbarung geringerer Pflichtenstandards

Zu untersuchen ist auch, inwiefern die Vertragsparteien gesundheitsbezogene Pflichten herabsetzen oder abbedingen können. Die Gesellschafter sind bei der Ausgestaltung ihrer Gesellschaft und ihrer Verträge grundsätzlich frei (sog.

⁸¹³ *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (88); *Fleischer*, NZG 2010, 561 (563); *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2010, 86 (86); *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 48; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 108.

⁸¹⁴ Angedeutet bei *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (89); *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 108.

Grundsatz gesellschaftlicher Dispositionsfreiheit⁸¹⁵),⁸¹⁶ Einschränkungen können sich jedoch aus dem Gesellschaftsrecht ergeben.

Einen Rückschluss auf die Zulässigkeit abgesenkter Sorgfaltsstandards mag § 43 Abs. 3 i.V.m. § 9b Abs. 1 GmbHG bieten. Die Norm verbietet den Verzicht auf Ersatzansprüche, soweit die daraus hervorgehenden Mittel zur Gläubigerbefriedigung erforderlich sind. Der Gläubigerschutz erfolgt in § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG allerdings nur als Reflex der Organhaftung.⁸¹⁷ § 43 Abs. 3 GmbHG erlaubt im Umkehrschluss den Verzicht auf Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer, soweit sie auf § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG beruhen. Nicht disponibel sind jedoch Normen, die explizit den Schutz von Gesellschaftsgläubigern bezwecken,⁸¹⁸ insbesondere also Ansprüche aus § 43 Abs. 3 GmbHG. Teilweise wird eine Ausweitung von § 43 Abs. 3 S. 2 und 3 GmbHG auf gläubigerschützende Sorgfaltspflichten erwogen.⁸¹⁹

Wenn ein nachträglicher Verzicht auf Schadensersatzansprüche und somit auf die Einhaltung von Sorgfaltsstandards zulässig ist, muss dies auch vor der Sorgfaltspflichtverletzung zulässig sein.⁸²⁰ Einige Stimmen der Literatur sind der Ansicht, aus der Verzichtsmöglichkeit könne nicht geschlossen werden, dass Sorgfaltspflichten vor einer Pflichtverletzung herabgesetzt werden können, da die Qualität eines vorherigen Verzichtes sich wesentlich von dem nachträglichen Verzicht unterscheidet.⁸²¹ Die Gesellschaft ist jedoch sowohl vor als auch nach einer Pflichtverletzung zur Disposition über Ersatzansprüche berechtigt. Die Gesellschaft kann die Folgen einer Sorgfaltsminderung vorher überblicken und hat je nach Ausgestaltung Einfluss darauf, welche Ersatzansprüche trotz Minderung

⁸¹⁵ *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2436).

⁸¹⁶ Vgl. zur Privatautonomie innerhalb von Verbänden *Lutter*, AcP 1980, 84 (94 f.).

⁸¹⁷ *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 305; *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808). Vgl. auch *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447); *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1209).

⁸¹⁸ *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2437); *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 306.

⁸¹⁹ *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 125 ff.; *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 220d ff.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 65; *Schneider/Crezelius*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 261. Kritisch *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2438 f.); *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 309 ff.

⁸²⁰ *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447); kritisch *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 46. Eine Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs ablehnend *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 299, 299.8.

⁸²¹ *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 299.11; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 46.

des Sorgfaltsmaßstabes weiterhin entstehen und welche nicht. Sie hat es in der Hand, die verhaltenssteuernde Wirkung der Sorgfaltspflicht auf die Bereiche zu beschränken, die ihr wichtig erscheinen.⁸²²

Die Absenkung des Sorgfaltsstandards ist auch nicht auf Fälle beschränkt, in denen die Gläubigerbefriedigung die Mittel aus dem Ersatzanspruch nicht erfordert.⁸²³ § 43 Abs. 3 S. 2 und 3 GmbHG bezieht sich nur auf § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG und kommt darüber hinaus nicht zur Anwendung.⁸²⁴ Mittlerweile erkennt auch der BGH die Möglichkeit der GmbH an, über Ersatzansprüche unabhängig von der Gläubigerbenachteiligung zu disponieren.⁸²⁵ Auch die Gesetzesbegründung verbietet die Herabsetzung von Sorgfaltsmaßstäben nicht.⁸²⁶ Zwar spricht sich die Gesetzesbegründung gegen geringere Sorgfaltsstandards aus,⁸²⁷ allerdings steht dies im Widerspruch zu der Wertung des § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG, dessen Umkehrschluss den Verzicht auf Schadensersatzansprüche gerade erlaubt.⁸²⁸ Dies wird auch vom Grundsatz der gesellschaftlicher Dispositionsfreiheit getragen, der wesentlicher Bestandteil des GmbH-Rechts ist.⁸²⁹ Der angedachte Gesetzeszweck schlägt sich im Gesetz nicht nieder.⁸³⁰ Das GmbH-Recht wird heute von großen Ermessensspielräumen des Geschäftsführers sowie der Gesellschafter geprägt, sodass heute eine starre Beschränkung auf einen für

⁸²² Den Verlust der Verhaltenssteuerung durch die Herabsetzung von Sorgfaltsmaßstäben kritisierend, *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 46. Auf die Appellfunktion der Organhaftung hinweisend *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 299.9.

⁸²³ A.A. BGH, 15.11.1999 – II ZR 122/98, NJW 2000, 576 (Rn. 13); *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 64.

⁸²⁴ *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 126; *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 306.

⁸²⁵ Zur Verkürzung von Verjährungsfristen BGH, 16.09.2002 – II ZR 107/01, BB 2002, 2407 (2408). Zustimmend *Graef*, BB 2002, 2517 (2517). Ebenso BGH, 07.04.2003 – II ZR 193/02, BB 2003, 1141 (1142). Anders noch BGH, 15.11.1999 – II ZR 122/98, NJW 2000, 576 (Rn. 13).

⁸²⁶ *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447). So aber *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 299.10.

⁸²⁷ Auszug zitiert bei *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 299.10.

⁸²⁸ *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 304.

⁸²⁹ *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 304.

⁸³⁰ *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 304; *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 299.11; *van Venrooy*, GmbHR 2004, 237 (241).

alle Gesellschaften gleichermaßen geltenden Sorgfaltsmaßstab nicht mehr zeitgemäß ist.⁸³¹

Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten bestehen nicht im Gläubigerinteresse, können in der GmbH also herabgesetzt werden. Gläubiger profitieren zwar reflexartig von einem guten Gesundheitszustand des Geschäftsleiters und partizipieren auch an den Erfolgen einer vorausschauenden Unternehmensplanung. Unmittelbar bezwecken Gesundheitspflichten jedoch keinen Gläubigerschutz. Der reflexartige Gläubigerschutz ergibt sich nur aus den teilweise gleichlaufenden Interessen von Gesellschaft und Gläubigern.⁸³² Mittelbar gläubigerschützende Pflichten können die Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabes auch deshalb nicht hindern, weil jede der Gesellschaft zuträgliche Pflicht mittelbar zugleich dem Gläubigerschutz dient. Die Gläubiger haben ein Interesse an der Rentabilität und besonders der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft. Dies stimmt mit den vorrangigen Interessen der Gesellschaft überein.⁸³³ Die Absenkung gesundheitsbezogener Sorgfaltspflichten ist in der GmbH – mittels Gesellschafterbeschluss⁸³⁴ – zulässig. Der Anstellungsvertrag selbst kann hingegen organschaftliche Pflichten „nur konkretisieren, nicht aber modifizieren“⁸³⁵.⁸³⁶

Die Möglichkeit der Gesellschafter, über den Sorgfaltsmaßstab zu disponieren, wird auch von der bindenden und haftungsbefreienden Wirkung von Gesellschafterbeschlüssen unterstützt.⁸³⁷ Wenn die Gesellschafter dem Geschäftsführer Weisungen erteilen, kommt ein Sorgfaltspflichtverstoß des Geschäftsleiters nicht mehr in Betracht. Eine Weisungen vorgelagerte Selbstbindung der Gesellschafter, den Sorgfaltsstandard abzusenken, muss dann ebenfalls zulässig sein.

⁸³¹ *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 304.

⁸³² Auch *Jula* sieht § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG Gläubigerschutz durch „Reflexwirkung“ verwirklichen, *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808). Ebenso *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 305.

⁸³³ Vgl. schon Kapitel 1.B.

⁸³⁴ *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2439), auch zum Beschlussquorum (S. 2439 f.); *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 315.

⁸³⁵ *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2439).

⁸³⁶ Anders *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 66, der aber dennoch einen Gesellschafterentscheid fordert.

⁸³⁷ *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (73); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 64.

Gleiches gilt, wenn der Geschäftsführer im Einvernehmen mit den Gesellschaftern handelt.⁸³⁸

Schon aus der allgemeinen zivilrechtlichen Regelung des § 267 Abs. 3 BGB folgt, dass die Haftung für vorsätzliches Verhalten nicht ausgeschlossen werden kann. Werden gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten jedoch bereits im Vorhinein aus dem Sorgfaltsmaßstab herausgenommen, stellt auch ein bewusster Verstoß gegen diese Pflichten vertragsgemäß gerade keinen Sorgfaltsverstoß dar. § 267 Abs. 3 BGB verbietet es der Gesellschaft also, auf einen Ersatzanspruch wegen vorsätzlicher Pflichtverletzung zu verzichten. Folgerichtig ist auch vor der Pflichtverletzung ein vollständiger Verzicht auf die Einhaltung der Sorgfaltspflicht nicht zulässig.⁸³⁹ Trotz abgesenktem Sorgfaltsstandard darf der Geschäftsleiter seine Gesundheit daher nicht vorsätzlich schädigen. Es verbleibt ein Sorgfaltspflicht-Rest.⁸⁴⁰

Die Haftungsregelungen der Aktiengesellschaft, auch die Sorgfaltspflicht aus § 93 AktG,⁸⁴¹ sind hingegen wegen des überwiegenden Gläubigerschutzes⁸⁴² zwingend und können nicht herabgesetzt werden. Das Vorstandsmitglied leitet die Geschäfte eigenverantwortlich, ohne Weisungen ausgesetzt zu sein. Das Risiko einer Pflichtverletzung trägt allein das Vorstandsmitglied.⁸⁴³ Die Aktiengesellschaft kann auf Sorgfaltsanforderungen nicht verzichten, wenn sich der Verzicht zu Lasten der Gläubiger auswirkt während dies in der GmbH möglich ist, solange nicht explizit gläubigerschützende Normen abbedungen werden.⁸⁴⁴ Die unterschiedlichen Ergebnisse spiegeln die unterschiedliche Ausgestaltung der

⁸³⁸ BGH, 07.04.2003 – II ZR 193/02, BB 2003, 1141 (1141 f.).

⁸³⁹ *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2439); *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 312; *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (446); *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1209); *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 46.

⁸⁴⁰ Es wird auch vertreten, die Sorgfaltspflicht dürfe für grob fahrlässiges Verhalten nicht abbedungen werden. Dieser Streit spielt im Rahmen dieser Untersuchung keine besondere Bedeutung, weshalb auf die einschlägige Literatur verwiesen sei. Siehe zum Beispiel *Wicke*, in: *Wicke*, GmbHG, § 43 Rn. 17; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 46.

⁸⁴¹ *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (76); *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 251; *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447); *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 27.

⁸⁴² *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 27.

⁸⁴³ *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 27.

⁸⁴⁴ Vgl. *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2436 f.); OLG Stuttgart, 26.05.2003 – 5 U 160/02, GmbHR 2003, 835 (837); *Wicke*, in: *Wicke*, GmbHG, § 43 Rn. 17.

Verantwortlichkeit wider: Während der AG-Vorstand die Gesellschaft eigenverantwortlich zu leiten hat (§ 76 AktG), ist der Geschäftsleiter einer GmbH den Weisungen der Gesellschafter unterworfen (§ 37 GmbHG).⁸⁴⁵

Der Inhalt der Treuepflicht richtet sich nach der Ausgestaltung der konkreten Gesellschaft. Die organschaftliche Treuepflicht ist Ausfluss der Geschäftsleiterstellung und zur Sicherung ordentlicher und durchsetzbarer Geschäftsleitung zwingend erforderlich. Der vollständige Verzicht auf Treuepflichten ist nicht zulässig.⁸⁴⁶

Vertragliche Regelungen haben auf das tatsächliche Gesellschaftsinteresse keinen Einfluss. Das kann gegen Einflussmöglichkeiten der Gesellschaft auf den Inhalt der Treuepflicht sprechen. Organschaftliche Treuepflichten kommen jedoch nur zur Anwendung, soweit keine ausdrücklichen Regelungen bestehen. Als solche Regelungen können auch Vereinbarungen in Satzung beziehungsweise Gesellschaftsvertrag gelten. Diese können das Gesellschaftsinteresse konkretisieren, also die Ausprägung der Treuepflicht beeinflussen.

Eine vertragliche Einigung zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsleiter kann die Treuepflicht hingegen nicht abbedingen. Eine schuldrechtliche Vereinbarung ist nicht geeignet, die gesetzliche Vorgabe der Treuepflicht zu unterlaufen.⁸⁴⁷ In der Aktiengesellschaft ergibt sich dies schon aus dem Grundsatz der Satzungsstrenge. Abweichungen von gesetzlichen Regelungen sind in der Satzung nur zulässig, soweit diese ausdrücklich zugelassen sind, § 23 Abs. 5 S. 1 AktG. Die Satzungsstrenge im Aktienrecht bezweckt die Sicherung der Verkehrsfähigkeit der Aktien sowie den Schutz der Gläubiger.⁸⁴⁸ Vergleichbares gilt in der GmbH, in der sich die Treuepflicht ebenfalls am Gesellschaftsinteresse ausrichtet. Dieses lässt sich durch den Anstellungsvertrag jedoch nicht konkretisieren.

GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstand sind der Treuepflicht unabhängig etwaiger Regelungen im Anstellungsvertrag unterworfen. Einfluss auf den Inhalt kann die Gesellschaft nur durch Konkretisierung des Gesellschaftsinteresses in Satzung oder Gesellschaftsvertrag nehmen.

⁸⁴⁵ *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447).

⁸⁴⁶ *Bachmann*, BB 2015, 771 (776).

⁸⁴⁷ *Hölters*, in: *Hölters*, AktG, § 93 Rn. 114.

⁸⁴⁸ *Vetter*, in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 23 AktG Rn. 22.

D. Sanktionen bei Pflichtverletzung

Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten sind nur sinnvoll, wenn diese auch durchsetzbar sind, der Gesellschaft also Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Andernfalls besteht für die Geschäftsleiter kein Anreiz, sich entsprechend der Gesundheitspflichten zu verhalten. Die möglichen Sanktionen reichen von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft über die Versagung von Bezügefortzahlungen bis zur Entlassung des Geschäftsleiters aus seiner Organstellung.

I. Schadensersatz

Schadensersatzansprüche gegen Geschäftsleiter ergeben sich aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG beziehungsweise § 43 Abs. 2 GmbHG. Voraussetzungen der Haftung sind: Pflichtverletzung, Schaden sowie Kausalität und Verschulden des Geschäftsleiters.⁸⁴⁹ Bei einer übermäßigen Geschäftsleiterhaftung besteht die Gefahr, Anreize für risikoaverses Verhalten zu setzen.⁸⁵⁰ Unternehmerischer Erfolg setzt jedoch das Eingehen von Risiken voraus, ein übermäßiges Haftungsrisiko ist also zu vermeiden.

Gesundheitsrelevantes Handeln steht im Spannungsfeld zwischen erforderlichem und pflichtwidrigem Einsatz für die Gesellschaft. Schadensersatzpflichten können dazu führen, dass der Geschäftsleiter seinen körperlichen und zeitlichen Einsatz für die Gesellschaft herunterschraubt, sodass er die ihm mögliche Effektivität nicht erreicht. Zudem sind Fehler beziehungsweise Sorgfaltspflichtverstöße, besonders im Laufe längerer Tätigkeit für eine Gesellschaft, kaum zu vermeiden.⁸⁵¹ Menschliches Handeln, auch das Handeln von Geschäftsleitern, ist fehleranfällig. Jahrelang fehlerloses Handeln kann niemand garantieren. Im unternehmerischen Kontext können Fehlentscheidungen und Fehleinschätzungen zu großen finanziellen Einbußen führen. Die normierte Geschäftsleitungshaftung soll daher nicht die Regel darstellen, sondern schweren Pflichtverstößen vorbehalten bleiben.⁸⁵² Leicht fahrlässige Gesundheitspflichtverstöße sollen also

⁸⁴⁹ *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (70); *Habersack*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 429 (430).

⁸⁵⁰ Vgl. *Fleischer*, in: FS Wiedemann, S. 827 (830); *Koch*, AG 2012, 429 (434).

⁸⁵¹ *Koch*, AG 2014, 513 (514, 516). Er bezeichnet dies als besondere Schadensneigung, S. 514.

⁸⁵² *Horn*, in: FS Westermann, S. 1053 (1063).

schon per se keine Haftung auslösen. Ist dem Geschäftsleiter jedoch ein schwerwiegenderes Verschulden vorzuwerfen, so muss er haften. Es kann jedoch eine Haftungsprivilegierung erwogen werden.

1. Haftungsbegrenzung nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen

Pflichtverletzungen des Geschäftsleiters können im unternehmerischen Kontext zu Schäden führen, die die Leistungsfähigkeit des Geschäftsleiters erheblich übersteigen.⁸⁵³ Die Geschäftsleitertätigkeit stellt wegen der vielfältigen Schädigungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit gesundheitsbezogenen Pflichtverletzungen ein besonderes Schadensrisiko dar,⁸⁵⁴ denn eine Einstandspflicht des Geschäftsleiters resultiert einzig aus seiner Organstellung. Zu erwägen ist, ob das Schadensrisiko nicht diejenigen zu tragen haben, die vom unternehmerischen Erfolg der Gesellschaft profitieren, mithin die Aktionäre und Gesellschafter.⁸⁵⁵ Ausdrückliche Haftungsgrenzen sehen gesellschaftsrechtliche Regelungen nicht vor, Grundlage kann jedoch die Fürsorgepflicht der Gesellschaft unter analoger Anwendung der Grundsätze betrieblich veranlasster Tätigkeit sein.⁸⁵⁶

Geschäftsleiter handeln für die Gesellschaft mit dem Ziel der Rentabilität und Gewinnmaximierung. Das Gesellschaftsinteresse leitet Entscheidungen und Handlungen. Verhält sich der Geschäftsleiter falsch, erscheint es angemessen, auch dieses Risiko der Gesellschaft aufzubürden. Geltung kann dies jedoch allenfalls im Rahmen unternehmerischer Entscheidungen entfalten, die dem Geschäftsleiter einen Handlungsspielraum eröffnen. Um solche handelt es sich bei

⁸⁵³ Vgl. *Koch*, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert, Liber amicorum für Martin Winter, S. 327 (340); *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1207); *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (311); *Paefgen*, AG 2014, 554 (555 m.w.N. in Fn. 9, 568).

⁸⁵⁴ Vgl. *Koch*, AG 2014, 513 (516).

⁸⁵⁵ *Koch*, AG 2014, 513 (514).

⁸⁵⁶ Dazu *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 294 f.; *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (442 ff.); *Joussen*, RdA 2006, 129 (133 ff.); *Koch*, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert, Liber amicorum für Martin Winter, S. 327 (338 ff.); *Koch*, AG 2014, 513 (514); *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (311 f.). Ob die Anwendung arbeitsrechtlicher Grundsätze dieses Ziel erreichen kann, wird unterschiedlich beurteilt. Einerseits argumentiert *Paefgen*, eine Beschränkung auf einen prozentualen Anteil der Schadenssumme würde eine Begrenzung der Ersatzpflicht auf eine tragbare Summe nicht erreichen, *Paefgen*, AG 2014, 554 (569). Andererseits geht *Koch* davon aus, dass gleiches im Grunde für die arbeitsrechtliche Haftung gelte. Im Rahmen der Bemessung der Schadensbeteiligung sei jedoch die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers ebenso wie die Leistungsfähigkeit des Geschäftsleiters zu berücksichtigen, *Koch*, AG 2012, 429 (435, 438 f.).

gesundheitsbezogenen Pflichten jedoch nicht. Vielmehr stellen gesundheitsbezogene Pflichten direkt an den Geschäftsleiter gerichtete Verhaltensgebote dar. Er handelt aufgrund einer eigenen rechtlichen Verpflichtung, also selbstverantwortlich⁸⁵⁷ und wird, anders als der Arbeitnehmer, keinem fremd veranlassten Betriebsrisiko ausgesetzt⁸⁵⁸. Gesundheitsrelevante Pflichtverstöße sind der Gesellschaft also nicht zuzuschreiben. Die §§ 43 Abs. 1 GmbHG, 93 Abs. 1 AktG legen ausdrücklich den von Geschäftsleitern zu beachtenden Sorgfaltsmaßstab fest,⁸⁵⁹ an welchen die Schadensersatzpflicht der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 S. 1 AktG anknüpft.⁸⁶⁰ Eine Erfolgshaftung der Geschäftsleiter wird im Gesellschaftsrecht durch die Business Judgment Rule verhindert, wohingegen im Arbeitsrecht Arbeitnehmer haftungsrechtlich privilegiert werden.⁸⁶¹ Der von den arbeitsrechtlichen Grundsätzen verfolgte Schutzzweck ist im Gesellschaftsrecht bereits umgesetzt, sodass es einer ergänzenden Anwendung des Arbeitsrechts nicht bedarf. Dies gilt umso mehr, als der Geschäftsleiter selbst zur Gestaltung der Arbeitsabläufe berechtigt und verpflichtet ist, weshalb eine Haftungsprivilegierung aufgrund Weisungsabhängigkeit nicht erforderlich ist.⁸⁶² Eine Haftungsbeschränkung analog arbeitsrechtlicher Grundsätze scheidet aus.⁸⁶³ Der Geschäftsleiter hat Verstöße gegen Gesundheitspflichten zu vertreten und voll zu tragen.

⁸⁵⁷ Vgl. *Schneider/Crezelius*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 256.

⁸⁵⁸ *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (445); einschränkend *Koch*, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert, Liber amicorum für Martin Winter, S. 327 (342 ff.), der die arbeitsrechtliche Haftungsprivilegierung auf das dauerhafte Tätigwerden im Drittinteresse zurückführt; *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1207).

⁸⁵⁹ Vgl. *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (445); *Joussen*, RdA 2006, 129 (133 a.E. f.). Es wird auch argumentiert, anders als im Arbeitsverhältnis seien auch die Interessen der Gläubiger durch die Sorgfaltspflicht geschützt, weshalb die Übertragung der arbeitsrechtlichen Grundsätze ausscheide, *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1207 f.).

⁸⁶⁰ Eine Haftungsprivilegierung stehe zu § 43 GmbHG in „diametralem Gegensatz“, so *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 6. Ebenso *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 194a; *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 295. Ebenso für § 93 AktG *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 251.

⁸⁶¹ *Koch*, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert, Liber amicorum für Martin Winter, S. 327 (345 f.); *Paefgen*, AG 2014, 554 (568).

⁸⁶² *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 194a; *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 295; *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (445).

⁸⁶³ A.A. *Koch*, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert, Liber amicorum für Martin Winter, S. 327 (344 f.).

Eine andere Ansicht hält eine Gleichbehandlung mit Arbeitnehmern zumindest dann für erforderlich, wenn der Geschäftsleiter außerhalb typischer Geschäftsleitertätigkeit handelt, zum Beispiel bei einem Unfall mit dem betriebseigenen Pkw während einer Dienstfahrt.⁸⁶⁴ Auch bei Anerkennung dieses Ansatzes ergibt sich für gesundheitsbezogene Pflichten jedoch keine abweichende Beurteilung. Gesundheitspflichten obliegen dem Geschäftsleiter in einem anderen Kontext als dem Arbeitnehmer. Die speziellen Regelungen des Gesundheitsschutzes finden auf den Geschäftsleiter regelmäßig keine Anwendung. Die Wahrnehmung von Gesundheitspflichten erfolgt im Gesellschaftsinteresse, wobei dem Geschäftsleiter ein Ermessensspielraum zusteht, in dem sowohl das Gesellschaftsinteresse an einem hohen Einsatz des Geschäftsleiters für die Gesellschaft als auch das Interesse an der Gesundheit des Geschäftsleiters zu berücksichtigen sind. Für eine Haftungsprivilegierung bei der Verletzung gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten bleibt im Rahmen der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 AktG kein Raum.⁸⁶⁵ Die Haftungsprivilegierung von Arbeitnehmern kann nicht zu einer Begrenzung der Schadensersatzpflicht herangezogen werden.⁸⁶⁶

2. Haftungsbegrenzung aus dem Gesellschaftsrecht

Abzulehnen ist das Argument, es bedürfe einer vergleichbaren Haftung von Organmitglied und Einzelkaufmann als Anreiz, die Legalitätspflicht zu wahren.⁸⁶⁷ Dieses Argument verkennt die unterschiedliche Stellung von Organmitglied und Einzelkaufmann: Während Ersterer handelt, um sich seinen Lebensunterhalt aufgrund im Wesentlichen (abgesehen von erfolgsabhängigen Vergütungsbestand-

⁸⁶⁴ *Schneider/Crezelius*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 257. Ablehnend *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (445 f.); *Jula*, GmbHR 2001, 806 (807).

⁸⁶⁵ Ein Rückgriff auf die arbeitsrechtlichen Grundsätze im Wege der Analogie ist schon mangels Regelungslücke nicht zulässig. § 43 Abs. 1 GmbHG regelt den Verschuldensmaßstab ausdrücklich, *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (443 f.); *Joussen*, RdA 2006, 129 (135); *Paefgen*, AG 2014, 554 (569). A.A. *Koch*, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert, Liber amicorum für Martin Winter, S. 327 (345 f.).

⁸⁶⁶ Im Ergebnis auch *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 206; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 251; *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447); *Joussen*, RdA 2006, 129 (135 f.); *Jula*, GmbHR 2001, 806 (806 ff.); *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 93 Rn. 51; *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (311 f.); *Schneider/Crezelius*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 256; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 177; *Wicke*, in: Wicke, GmbHG, § 43 Rn. 18; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 6.

⁸⁶⁷ *Paefgen*, AG 2014, 554 (569).

teilen) fester Vergütungszusagen zu sichern, wird Letzterer auf eigenes unternehmerisches Risiko hin tätig. Er hat nicht nur die Verluste seiner Tätigkeit zu tragen, sondern kann auch die erwirtschafteten Gewinne vollständig für sich beanspruchen. Das Risiko der eigenen Erkrankung muss der Einzelkaufmann selber tragen, anders als das Organmitglied, das ein gewisses Risiko auf die Gesellschaft überträgt. Die vollständige faktische Einstandspflicht für Verstöße gegen die eigene Gesundheit durch den Einzelkaufmann kann für die Beurteilung der Haftungsmaßstäbe des Organmitgliedes nicht herangezogen werden.

Die Verbreitung von D&O-Versicherungen, die das Haftungsrisiko von Organmitgliedern abfedern sollen, führt zu der Frage, ob eine Beschränkung der Haftung überhaupt erforderlich ist. Denn während das Individuum nicht in gleicher Weise wie die Gesellschaft leistungsfähig sein wird, gilt dies nicht für die Versicherung. Allein die Existenz einer Versicherung kann die Geltendmachung oder Begrenzung des Schadensersatzanspruchs jedoch nicht beeinflussen. Versicherungszweck ist gerade die Absicherung persönlicher Risiken, nicht die Schaffung neuer Ansprüche. Zudem sind Konstellationen denkbar, in denen eine D&O-Versicherung Schäden nicht abdeckt, zum Beispiel weil die vereinbarte Haftungssumme überschritten wird.⁸⁶⁸ Daraus folgt, dass eine bestehende D&O-Versicherung nicht die verhaltenslenkende Wirkung der Organhaftung beeinträchtigt.⁸⁶⁹

3. Besonderheiten bei der Verletzung von Informationsansprüchen

Eine Verletzung der Informationspflichten aus §§ 51a GmbHG, 131 AktG kann einen Schadensersatzanspruch des rechtswidrig von der Information ausgeschlossenen Gesellschafters gegen den Geschäftsleiter selbst nicht begründen, da der Informationsanspruch sich nicht gegen den Geschäftsleiter selbst, sondern vielmehr gegen die Gesellschaft richtet.⁸⁷⁰ Jedoch besteht ein Anspruch der Gesellschaft gegen den Information verweigernden Geschäftsleiter aus §§ 43

⁸⁶⁸ Koch, AG 2012, 429 (432); Koch, AG 2014, 513 (519 f.); Lutter, GmbHR 2000, 301 (312); Paefgen, AG 2014, 554 (582).

⁸⁶⁹ Vgl. Paefgen, AG 2014, 554 (582).

⁸⁷⁰ Vgl. Karasu, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 87.

GmbHG, 93 AktG.⁸⁷¹ Soweit der Geschäftsleiter die Information über eine Erkrankung der Gesellschaft pflichtwidrig unterlassen hat, was eine (Wieder-)Bestellung zu Folge hat, macht sich der Geschäftsleiter schadensersatzpflichtig. Der Schaden kann zum einen in den Kosten seines Ausfalls liegen, zum anderen auch in Folgen, die krankheitsbedingte Fehlentscheidungen oder sonstige krankheitsbedingte Pflichtverletzungen nach sich ziehen. Aus der Verletzung von Informationspflichten kann insbesondere eine Ersatzpflicht für die Schäden folgen, die aus krankheitsbedingt verursachten, unverschuldeten Pflichtverletzungen resultieren.

4. Anstellungsvertragliche Beschränkung der Haftungssumme

Eine weitere Möglichkeit, die Verantwortlichkeit des Geschäftsleiters für gesundheitsbezogene Pflichten abzusenken, besteht darin, die Haftungssumme, mit der der Geschäftsleiter für Pflichtverletzungen einzustehen hat, herabzusetzen. GmbHG und AktG sehen keine derartige Beschränkung vor. Soweit der Geschäftsleiter persönlich in die Verantwortung genommen wird, hat er mit seinem ganzen Vermögen für Pflichtverletzungen einzustehen. Die Beschränkung der Haftungssumme kommt einem Verzicht auf den die vereinbarte Haftungssumme übersteigenden Schadensbetrag gleich. Aus § 276 Abs. 3 BGB folgt, dass ein Verzicht auf Schadensersatzleistungen aus vorsätzlichen Pflichtverletzungen im Vorhinein ausgeschlossen ist. In der GmbH kann die Haftung mittels Absenkung des Sorgfaltsmaßstabes aus § 43 Abs. 1 GmbHG begrenzt werden. In der Satzung der AG ist eine derartige Beschränkung der Haftungssumme hingegen nicht möglich. Die sich aus § 23 Abs. 5 S. 2 AktG ergebende Satzungsstrenge erfordert auch das Festhalten an der unbeschränkten Haftung von § 93 Abs. 2 S. 1 AktG.⁸⁷² Auch eine entsprechende anstellungsvertragliche Regelung ist nicht zulässig. Faktisch kann eine Begrenzung der Geschäftsleiterhaftung für den Geschäftsleiter jedoch durch Abschluss einer D&O-Versicherung erreicht werden.

⁸⁷¹ *Karasu*, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 88. Mangels Schaden ist in der AG nicht das einzelne Aufsichtsratsmitglied, sondern die Gesellschaft anspruchsberechtigt, *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 88.

⁸⁷² *Paefgen*, AG 2014, 554 (569).

II. Versagen des Bezügefzahlungsanspruches

Dem Geschäftsleiter steht im Krankheitsfall ein Anspruch auf Bezügefzahlung aus dem Anstellungsvertrag⁸⁷³ oder § 616 BGB⁸⁷⁴ zu. Ergibt sich der Anspruch aus dem Anstellungsvertrag, ist die Anknüpfung der Leistungspflicht an das fehlende Verschulden des Geschäftsführers bei entsprechender Vereinbarung eines Verschuldenserfordernisses möglich.⁸⁷⁵ Auch § 616 BGB stellt auf Verschulden des Dienstnehmers ab. Im Sinne von § 616 BGB hat der Geschäftsleiter vorsätzliche sowie fahrlässige Handlungen, die die Krankheit herbeiführen, zu vertreten.⁸⁷⁶ Auch ein während der Krankheit erfolgter Verstoß gegen die Pflicht, genesungswidriges Verhalten zu unterlassen, kann die Versagung der Bezügefzahlung rechtfertigen. Dies setzt allerdings voraus, dass das genesungswidrige Verhalten sich auch in einer Verzögerung der Genesung niederschlagen hat. Hat der Geschäftsleiter seine Erkrankung selbst verschuldet oder gegen die Pflicht, genesungswidriges Verhalten zu unterlassen, verstoßen, kann die Gesellschaft ihm den Bezügefzahlungsanspruch versagen.

III. Enthebung aus der Organstellung

Pflichtverstöße können wirkungsvoll durch den Verlust der Organstellung, sei es durch Widerruf beziehungsweise Abberufung oder Verweigerung der Wiederbestellung, sanktioniert werden.⁸⁷⁷ § 38 Abs. 1 GmbHG gestattet der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG) jederzeit den Widerruf der Geschäftsführerstellung. Eine gesellschaftsvertragliche Beschränkung auf das Vorliegen wichtiger Gründe ist gemäß § 38 Abs. 2 S. 1 GmbHG aber zulässig. Die Abberufung des AG-Vorstands setzt hingegen gemäß § 84 Abs. 3 S. 1 AktG zwingend das Vorliegen eines wichtigen Grundes voraus.

⁸⁷³ Siehe zum Beispiel die Regelungsvorschläge bei *Jaeger*, Anstellungsvertrag, S. 139.

⁸⁷⁴ *Jaeger*, Anstellungsvertrag, S. 140. Dies bei Einordnung des Anstellungsvertrages als Dienstvertrag im Sinne von § 611 BGB. Wird der Anstellungsvertrag als Arbeitsvertrag eingestuft, gilt das EFZG.

⁸⁷⁵ So beispielsweise der Regelungsvorschlag von *Jaeger*, Anstellungsvertrag, S. 139.

⁸⁷⁶ *Tebben*, in: Michalski, GmbHG, § 6 Rn. 173.

⁸⁷⁷ Vgl. *Horn*, ZIP 1997, 1129 (1130): „Die Möglichkeit der Nichtwiederberufung oder der vorzeitigen Abberufung gemäß § 84 Abs. 1 und 3 AktG reicht im Großen und Ganzen aus, um die Mitglieder des Vorstands zu sorgfältigem Verhalten zu veranlassen und zu unternehmerischen Leistungen anzuspornen (...)“.

Ein wichtiger Grund kann gemäß § 84 Abs. 3 S. 2 AktG und § 38 Abs. 2 S. 2 GmbHG eine grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung sein. § 84 Abs. 3 S. 2 AktG stellt zusätzlich auf den Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung ab.

Eine grobe Verletzung gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten kann einen Abberufungsgrund darstellen. Abzugrenzen ist eine einfache von einer groben Pflichtverletzung. Dem Geschäftsleiter werden leichte Verfehlungen zugestanden, denn solche kann kein Geschäftsleiter mit Sicherheit ausschließen. Der Gesellschaft muss das Fortsetzen der Zusammenarbeit mit dem Geschäftsleiter bis zum Ende seiner Amtszeit unzumutbar sein.⁸⁷⁸

Die in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Beispielsfälle grober Pflichtverletzung⁸⁷⁹ beziehen sich entweder auf die Missachtung der Zuständigkeitsordnung der Gesellschaft, die Schädigung der Gesellschaft in der öffentlichen Wahrnehmung, Vermögensdelikte mit Gesellschaftsnachteil oder das Ausnutzen der Geschäftsleiterstellung zum persönlichen Vorteil. Diesen Fallgruppen ist jedenfalls die Verletzung von Mitteilungspflichten vergleichbar, denn diese Pflichtverletzung nimmt der Gesellschaft die Möglichkeit, auf die Erkrankung des Geschäftsleiters zu reagieren und die Zukunft der Gesellschaft vorausschauend zu gestalten. Die Zuständigkeit des Aufsichtsrats beziehungsweise der Gesellschafterversammlung, über die Organposition zu entscheiden und den ihnen am besten geeignet erscheinenden Geschäftsleiter zu wählen, wird untergraben. Der Verstoß gegen Gesundheitspflichten, die vorrangig auf den Erhalt der Gesundheit gerichtet sind, ist hingegen erst bei einer gewissen Häufung als grobe Pflichtverletzung zu qualifizieren. Die Enthebung aus der Organstellung bedarf eines besonderen Begründungsaufwands. Diesem kann nur nachgekommen werden, wenn der Geschäftsleiter wiederholt, gegebenenfalls auch nach entsprechendem Hinweis, gegen die ihm obliegenden Pflichten verstößt. Ein einmaliger Verstoß kann nur bei einer besonderen Sachlage ausnahmsweise als grobe

⁸⁷⁸ Beispielhaft *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 84 AktG Rn. 31; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 100; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 84 Rn. 34; *Weber*, in: Hölters, AktG, § 84 Rn. 70.

⁸⁷⁹ Siehe zum Beispiel *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 84 AktG Rn. 32; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 84 Rn. 36; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 131; *Weber*, in: Hölters, AktG, § 84 Rn. 74. Jeweils m.w.N. insbesondere aus der Rechtsprechung.

Pflichtverletzung gewertet werden. Anders als bei Rechtsverletzungen im Gesellschaftsinteresse wohnt der Schädigung der eigenen Gesundheit kein allgemeines Unrechtsurteil inne; Gesundheitsschädigungen des Einzelnen sind grundsätzlich zulässig. Allein das Hinzutreten weiterer Gesichtspunkte kann das Überschreiten der Linie von einfacher zu grober Pflichtverletzung herbeiführen. Die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung kann sich aus einer Erkrankung des Geschäftsleiters ergeben,⁸⁸⁰ wenn dieser derart schwer erkrankt ist, dass er seine Geschäftsführungsaufgaben nicht mehr wahrnehmen kann. Dies knüpft jedoch nicht an die Verletzung gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten, sondern gilt unabhängig von bestehenden Pflichten, ist mithin verschuldensunabhängig.⁸⁸¹ Der krankheitsbedingte Widerruf der Geschäftsleiterstellung ist keine Sanktion einer Pflichtverletzung, sondern dient der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft, die nicht unbegrenzt mit einem handlungsunfähigen Geschäftsleiter belastet werden darf.

IV. Kündigung des Anstellungsvertrages

Neben die Abberufung beziehungsweise den Widerruf der Organstellung kann die Kündigung des Anstellungsvertrags treten. Kündigungsmöglichkeiten werden von der konkreten Ausgestaltung des Vertrages beeinflusst, da teilweise das KSchG wegen vertraglicher Vereinbarung auf Anstellungsverträge anzuwenden ist.⁸⁸² Kommt das KSchG nicht zur Anwendung, sind vorrangig die Kündigungsabreden des Anstellungsvertrages zu berücksichtigen. Im Rahmen der Kündigung des Anstellungsvertrages sind – stärker als innerhalb der Abberufung – die persönlichen finanziellen Interessen des Geschäftsleiters zu berücksichtigen.⁸⁸³

⁸⁸⁰ *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (93); *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 106; *Heilmeyer*, in: BeckOK GmbHG, § 38 Rn. 24; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 38 GmbHG Rn. 21; OLG Zweibrücken, 05.06.2003 – 4 U 117/02, NZG 2003, 931 (Rn. 20 f.); *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 130, 132; *Terlau*, in: Michalski, GmbHG, § 38 Rn. 46.

⁸⁸¹ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 106; *Heilmeyer*, in: BeckOK GmbHG, § 38 Rn. 24; *Terlau*, in: Michalski, GmbHG, § 38 Rn. 46.

⁸⁸² Dazu *Stagat*, NZA-RR 2011, 617 (618 f.).

⁸⁸³ *Janzen*, NZG 2003, 468 (470).

Kommt das KSchG zur Anwendung, kann die Verletzung gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten als verhaltensbedingter Kündigungsgrund im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG gewertet werden.

Die Gesellschaft kann Vertretungsregelungen für den Fall des Ausfalls des Geschäftsführers treffen. Allein auf dessen Ausfall kann für die Dauer der Vertretungsregelungen eine Kündigung nicht gestützt werden.⁸⁸⁴ Folgt der vorübergehende Ausfall aus der Verletzung gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten, ist die Kündigung auf diese Pflichtverletzung zu stützen. Es gilt im Einzelfall zu ermitteln, ob der Gesellschaft das Festhalten an dem Anstellungsvertrag noch zumutbar ist.

V. Durchsetzung der Ansprüche

Aufsichtsrat (§ 112 AktG) beziehungsweise Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 8 GmbHG) sind dafür zuständig, Ansprüche gegen Geschäftsleiter geltend zu machen. Regelmäßig begrenzen verschiedene Erwägungen die Bereitschaft, Ansprüche zu verfolgen: Zum einen mag, insbesondere bei Erkrankung des Geschäftsleiters, eine Solidarisierung mit dem Geschäftsleiter trotz der Pflichtverletzung erfolgen, die dazu führen kann, dass der Wille, ihn finanziell zu belasten, fehlt.⁸⁸⁵ Zum anderen kann der Wunsch bestehen, Pflichtverletzungen in der Öffentlichkeit geheim zu halten, um das Ansehen des Unternehmens nicht zu beschädigen.⁸⁸⁶ Die Gesellschaft mag zudem den Eindruck in der Öffentlichkeit vermeiden wollen, unmoralisch zu handeln, indem sie den erkrankten Geschäftsleiter wegen Verfehlungen im Zusammenhang mit der Erkrankung in Anspruch nimmt. Zudem mag der Aufsichtsrat bestrebt sein, die Aufdeckung von Pflichtverletzungen zu verhindern, um sich nicht dem Vorwurf eines Verstoßes gegen Überwachungspflichten auszusetzen.⁸⁸⁷ Zuletzt mag die Gesellschaft auf Ansprüche verzichten, um das Verhältnis zu dem Geschäftsleiter nicht zu stören.⁸⁸⁸ Dennoch kann die Gesellschaft dazu verpflichtet sein, Ansprüche geltend zu machen. Die Bewertung dieser Frage differiert für AG und GmbH.

⁸⁸⁴ Vgl. *Picker*, GmbHR 2011, 629 (636).

⁸⁸⁵ Vgl. *Horn*, ZIP 1997, 1129 (1130 f.); *Horn*, in: FS Westermann, S. 1053 (1056).

⁸⁸⁶ *Horn*, in: FS Westermann, S. 1053 (1056); *Raiser*, NJW 1996, 552 (554).

⁸⁸⁷ *Hoor*, DStR 2004, 2104 (2105).

⁸⁸⁸ *Raiser*, NJW 1996, 552 (554).

1. Ahndungspflicht des AG-Aufsichtsrats

§ 111 Abs. 1 AktG verpflichtet den Aufsichtsrat zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder,⁸⁸⁹ soweit der „Dreiklang“ der Voraussetzungen „Tatbestand, Erfolgsaussicht eines Prozesses und Beitreibbarkeit“⁸⁹⁰ gegeben ist.⁸⁹¹ Der Aufsichtsrat ist bei der Geltendmachung von Ansprüchen also nicht frei und darf nicht ohne nähere Rechtfertigung auf Ansprüche verzichten.⁸⁹² Die Schadensersatzforderung ist Ausfluss der Überwachungstätigkeit; sie kann als nachträgliche Überwachung verstanden werden.⁸⁹³ Die Gesellschaft darf von der Anspruchsverfolgung nur ausnahmsweise bei gewichtigen entgegenstehenden Gesellschaftsinteressen absehen.⁸⁹⁴ Die „Verfolgung der Schadenersatzansprüche gegenüber einem Vorstandsmitglied [soll] die Regel sein“⁸⁹⁵. Die Entscheidung gegen die Geltendmachung von Ersatzansprüchen ist einer begrenzten gerichtlichen Überprüfung zugänglich.⁸⁹⁶ Verschiedentlich angenommen, den Aufsichtsratsmitgliedern stünde bei der Entscheidung für oder

⁸⁸⁹ BGH, 21.04.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 (Rn. 14, 20); *Koch*, AG 2009, 93 (93). *Casper* leitet die Pflicht des Aufsichtsrats zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen auch aus dem Legalitätsprinzip sowie der Verpflichtung des Aufsichtsrats, das Gesellschaftsvermögen zu erhalten, her, *Casper*, ZHR 2012, 617 (630 f.). Siehe auch *Semler*, in: FS Ulmer, S. 627 (636).

⁸⁹⁰ *Casper*, ZHR 2012, 617 (621). *Raiser* verweist darauf, dass diese Erwägungen „[j]eder Privatmann (...) in der gleichen Lage nach denselben Kriterien“ ebenfalls anstellen müsse, sie der Prozessführung also inhärent seien, *Raiser*, NJW 1996, 552 (554).

⁸⁹¹ BGH, 21.04.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 (Rn. 22). Kritisch zur Möglichkeit des Aufsichtsrats, die Durchsetzung eines Anspruchs beurteilen zu können, *Mertens*, in: FS K. Schmidt, S. 1183 (1188 f.).

⁸⁹² Eine andere Ansicht sieht in der Geltendmachung der Haftungsansprüche eine Ermessensentscheidung des Aufsichtsrats, die in den Geltungsbereich der Business Judgment Rule falle, *Bieder*, NZG 2015, 1178 (1178 ff.); *Paefgen*, AG 2014, 554 (570), dieser aber anders wohl für den Fall der Gesellschaftsinsolvenz, S. 573.

⁸⁹³ *Casper*, ZHR 2012, 617 (630); *Goette*, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert, Liber amicorum für Martin Winter, S. 153 (156); *Raiser*, NJW 1996, 552 (554).

⁸⁹⁴ BGH, 21.04.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 (Rn. 25); *Raiser*, NJW 1996, 552 (554); *Semler*, in: FS Ulmer, S. 627 (636). *Paefgen* sieht das Gesellschaftsinteresse immer als vorrangiges Argument bei der Abwägung für oder gegen die Inanspruchnahme der Geschäftsleiter, *Paefgen*, AG 2014, 554 (571). Anders *Bieder*, NZG 2015, 1178 (1185 f.).

⁸⁹⁵ BGH, 21.04.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 (Rn. 26). Untermuert wird dies nunmehr durch die Regelung des § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG, *Casper*, ZHR 2012, 617 (628 ff.), auch unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien. Kritisch zur Verpflichtung des Aufsichtsrats, Ansprüche geltend zu machen, *Mertens*, in: FS K. Schmidt, S. 1183 (1187).

⁸⁹⁶ *Casper*, ZHR 2012, 617 (635 f.).

gegen die Verfolgung von Haftungsansprüchen unternehmerisches Ermessen zu.⁸⁹⁷

Allein aus Rücksichtnahme auf das Vorstandsmitglied darf der Aufsichtsrat von Schadensersatzansprüchen nicht absehen.⁸⁹⁸ Dies wird auch von denjenigen anerkannt, die dem Aufsichtsrat Ermessen hinsichtlich der Anspruchsverfolgung zusprechen.⁸⁹⁹ Grundlage der Verfolgungsentscheidung solle das Gesellschaftsinteresse sein, das sich mit den Befindlichkeiten des Geschäftsleiters nicht deckt. Gesundheitsbezogene Pflichten bewegen sich jedoch an der Grenze von gesellschaftlichen und privaten Pflichten. Da Pflichtverletzungen sich mithin auch als Pflichtverletzung „gegen sich selbst“ darstellen, ist zweifelhaft, ob im Privatbereich nicht doch aus Rücksichtnahme auf Schadensersatzansprüche verzichtet werden darf.

Der Verzicht auf Schadensersatzansprüche wird teilweise anerkannt, wenn dadurch potentielle Führungskräfte gewonnen werden können.⁹⁰⁰ Zulässig soll ein Verzicht auch sein, soweit zu erwarten ist, dass ein noch aktives Vorstandsmitglied den aus seiner Pflichtverletzung resultierenden Schaden in der Zukunft durch seine Leistung in der Gesellschaft kompensieren wird.⁹⁰¹ Der Verzicht kann auch dann zulässig sein, wenn mit der Ermittlung des bestehenden Schadensersatzanspruches hohe Kosten einhergehen.⁹⁰²

⁸⁹⁷ *Horn*, ZIP 1997, 1129 (1137); *Mertens*, in: FS K. Schmidt, S. 1183 (1193). *Goette* leitet dies schon aus dem ARAG/Garmenbeck-Urteil her, *Goette*, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert, Liber amicorum für Martin Winter, S. 153 (159 ff.). Ablehnend *Raiser*, NJW 1996, 552 (554).

⁸⁹⁸ BGH, 21.04.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 (Rn. 25); *Goette*, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert, Liber amicorum für Martin Winter, S. 153 (165); *Horn*, ZIP 1997, 1129 (1138); *Semler*, in: FS Ulmer, S. 627 (636 f.). Einen Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen wegen außergesellschaftlicher Interesse vollständig ablehnend *Paefgen*, AG 2008, 761 (763).

⁸⁹⁹ Vgl. etwa *Horn*, ZIP 1997, 1129 (1138).

⁹⁰⁰ *Goette*, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert, Liber amicorum für Martin Winter, S. 153 (165). Dies nur in Ausnahmefällen akzeptierend *Casper*, ZHR 2012, 617 (633).

⁹⁰¹ Gleiches soll gelten, wenn die Gesellschaft ein Interesse daran hat, das Vorstandsmitglied nicht zu verlieren. Vgl. *Goette*, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert, Liber amicorum für Martin Winter, S. 153 (165); *Mertens*, in: FS K. Schmidt, S. 1183 (1193 f.). Kritisch *Casper*, ZHR 2012, 617 (633 f.).

⁹⁰² *Goette*, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert, Liber amicorum für Martin Winter, S. 153 (157, 159, 162 f.).

Eine Anspruchskürzung könnte sich aus der aktienrechtlichen Rücksichtnahmepflicht (sog. Fürsorgepflicht) der Gesellschaft ergeben.⁹⁰³ Die Rücksichtnahmepflicht resultiert aus dem Einsatz des Vorstands für die unternehmerische Tätigkeit der Gesellschaft, an deren Erfolg er, sofern nicht eine erfolgsabhängige Vergütung vereinbart wurde, nicht partizipiert. Besonders bei einer langfristigen Tätigkeit für die Gesellschaft soll eine einzelne Pflichtverletzung den Vorstand nicht wirtschaftlich ruinieren und um die Erträge seiner Tätigkeit bringen. Dieses Ergebnis lässt sich mittels eines Rückgriffes auf den Rechtsgedanken der betrieblich veranlassten Tätigkeit begründen, was jedoch nur zur Anspruchsreduzierung im Einzelfall führen kann.

Wie bereits dargestellt, liegt die Besonderheit gesundheitsbezogener Pflichten im engen Bezug zur Privatsphäre des Vorstands. Allein daraus kann sich allerdings kein Automatismus für einen Verzicht auf Ersatzansprüche ergeben. Dies würde gesundheitsbezogene Pflichten ad absurdum führen. Denn eine Pflicht ohne Sanktion ist nicht dazu geeignet, das gewünschte Verhalten des Vorstands herbeizuführen. Gesundheitsbezogene Pflichten richten sich unmittelbar an den Geschäftsleiter, er nimmt also eine eigene gesetzliche Verpflichtung wahr. Diese knüpft zwar an seine Tätigkeit für die Gesellschaft, ergibt sich aber ausdrücklich aus dem Gesetz. Der Grundsatz betrieblich veranlasster Tätigkeit passt auf diesen Fall nicht, da eine betrieblich veranlasste Tätigkeit eine Tätigkeit im Verantwortungsbereich eines anderen voraussetzt. Anderes kann nur im Rahmen von Informationsansprüchen gelten, die der Geschäftsleiter für die Gesellschaft erfüllt. Auch dann besteht jedoch im Ergebnis eine zumindest faktische Verpflichtung des Geschäftsleiters. Nur er kann auf seine Gesundheit gerichtete Informationsansprüche erfüllen. Der Grundsatz der betrieblich veranlassten Tätigkeit passt auf den Fall der gesundheitsbezogenen Pflichtverletzung also nicht.

2. Ahndungspflicht der GmbH-Gesellschafterversammlung

Der Gesellschafterversammlung steht in Bezug auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen Ermessen zu,⁹⁰⁴ § 46 Nr. 8 GmbHG. Dieses Ermessen erlaubt es der Gesellschaft, auch auf Ersatzansprüche gegen ihren Geschäftsführer zu verzichten, solange diese nicht aus einer Verletzung der §§ 30, 33

⁹⁰³ So *Casper*, ZHR 2012, 617 (636 ff.); *Koch*, AG 2012, 429 (435 ff.).

⁹⁰⁴ *Paefgen*, AG 2014, 554 (576).

GmbHG resultieren (§ 43 Abs. 3 GmbHG). Die Gesellschafterversammlung ist zur Ahndung von Ersatzansprüchen folglich nicht verpflichtet.

E. Fazit Kapitel 2

Das Gesellschaftsrecht ist Grundlage verschiedener Gesundheitspflichten. Der Geschäftsleiter hat seine Gesundheit nicht nur im eigenen, sondern auch im Interesse seiner Gesellschaft zu erhalten beziehungsweise im Krankheitsfall wieder herzustellen. Dabei besteht ein enger Bezug zur grundrechtsrelevanten Privatsphäre. Insbesondere grundrechtliche Erwägungen führen zu einer Begrenzung des gesundheitsbezogenen Pflichtenprogrammes. Sie begrenzen etwa den Auskunftsgegenstand auf die bloße Mitteilung, dass eine Erkrankung vorliegt, ohne dass eine Verpflichtung zur Mitteilung der Diagnose besteht.

Eine Verpflichtung des Geschäftsleiters zu einer gesundheitsfördernden Lebensweise besteht nicht. Seine Organstellung kann seine private Lebensweise nicht beeinflussen. Der Geschäftsleiter ist allerdings zu (Vorsorge-)Untersuchungen verpflichtet. Die Untersuchungspflicht besteht jedoch nicht turnusmäßig und anlasslos, sondern entsteht erst, wenn die Untersuchung für die Geschäftsleitertätigkeit erforderlich ist. Dies wird jedoch, ohne einen Krankheitsverdacht, selten der Fall sein. Ist eine Untersuchungspflicht dennoch zu bejahen, umfasst die Mitteilungspflicht nur eine Bescheinigung über die Dienstfähigkeit. Diagnosen braucht der Geschäftsleiter der Gesellschaft nicht offenzulegen. Eine andere Beurteilung ergibt sich im Krankheitsfall: Die Pflicht des Geschäftsleiters wandelt sich dann zu der Pflicht, die ihm bei Bezügefortzahlung gewährte Zeit zur Genesung zu nutzen. Er muss genesungswidriges Verhalten unterlassen. Eine Pflicht zu konkreten Behandlungsmaßnahmen besteht angesichts der Grundrechte des Geschäftsleiters hingegen auch im Krankheitsfall nicht.

Gleiches gilt im Rahmen von Informationsansprüchen. Zwar kann eine Erkrankung des Geschäftsleiters eine Angelegenheit der Gesellschaft sein und die Informationspflichten der §§ 51a GmbHG, 131 AktG auslösen. Auch dann muss der Geschäftsleiter jedoch nur seine Dienstfähigkeit beziehungsweise die Auswirkungen der Krankheit auf die Gesellschaft mitteilen. In der GmbH ist vorrangiger Informationsgläubiger die Gesellschafterversammlung, wohingegen in der Aktiengesellschaft vorrangig der Aufsichtsrat (auf Grundlage von § 90 AktG)

Adressat der Information ist. Das Wissen des Geschäftsleiters um seine Erkrankung gilt entsprechend einer eingeschränkten Organtheorie dann als Wissen der Gesellschaft, wenn die Erkrankung zur Angelegenheit der Gesellschaft wird. Aus den Grundsätzen der Zusammenarbeit ergibt sich, dass der Geschäftsleiter weitere Geschäftsführungsorganwalter über seinen Gesundheitszustand informieren muss, wenn eine Erkrankung die Abläufe in der Gesellschaft zu beeinträchtigen droht. Vor Aufnahme der Geschäftsleitertätigkeit verpflichtet die vertragliche Nebenpflicht den Geschäftsleiter, die Gesellschaft über eine Erkrankung zu informieren, wenn absehbar ist, dass er die vertragliche Aufgabe nicht wird übernehmen können. Die Öffentlichkeit ist nach den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts über die Gesundheit des Geschäftsleiters nicht zu informieren.

Die Geschäftsleiterstellung verpflichtet nicht zur Niederlegung seiner Organstellung bei Erkrankung. Die Abberufung liegt in der Zuständigkeit von Aufsichtsrat beziehungsweise Gesellschafterversammlung, deren Entscheidung der Geschäftsleiter nicht antizipieren muss. Der Geschäftsleiter ist bei schwerer Erkrankung, die ihm die Geschäftsleitertätigkeit unmöglich macht, nicht, auch nicht bei entsprechendem Gesellschaftsinteresse, daran gehindert, seine Organstellung niederzulegen.

Im laufenden Geschäftsbetrieb ist der Geschäftsleiter aus § 15 ArbSchG zur Rücksichtnahme auch auf seine eigene Gesundheit bei der Gesellschaftsorganisation verpflichtet. Konkrete Maßnahmen muss er, sofern nicht gesonderte gesetzliche Regelungen bestehen, nicht umsetzen. Er hat die eigene Gesundheit lediglich im Rahmen seiner Ermessensentscheidung zu berücksichtigen.

Anders als ein Arbeitnehmer muss der Geschäftsleiter wegen der organschaftlichen Treuepflicht auch nur teilweise Leistungsfähigkeit zur Verfügung stellen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Geschäftsleiter sich notwendige Zeit zur Genesung nicht nehmen dürfte. Es ist vielmehr eine Abwägung des Gesundheitsinteresses mit dem Gesellschaftsinteresse vorzunehmen.

Geschäftsleiter und Gesellschaft können anstellungsvertragliche Regelungen treffen, soweit es sich bei dem Anstellungsvertrag nicht um AGB handelt. Voraussetzung ist die freiwillige Einwilligung des Geschäftsleiters in die Gesundheitsbeeinträchtigungen. In der GmbH können anstellungsvertragliche Regelungen auch ein geringeres Schutzniveau vorsehen, als es gesetzlich verankert ist.

Die Gesellschaft kann die Verletzung gesundheitsbezogener Gesundheitspflichten sanktionieren. Aus schuldhaften Pflichtverletzungen folgen Schadensersatzansprüche der Gesellschaft, deren Haftungsumfang nicht begrenzt ist. Im Falle selbstverschuldeter Krankheit kann die Gesellschaft dem Geschäftsleiter die Bezügefortzahlung versagen. In Ausnahmefällen berechtigen Gesundheitspflichtverstöße sogar zur Enthebung aus der Organstellung und zur Kündigung des Anstellungsvertrages. Voraussetzung ist, dass es sich um eine grobe Pflichtverletzung handelt. Ansprüche gegen den Vorstand muss der Aufsichtsrat grundsätzlich geltend machen, wenn nicht ausnahmsweise ein besonderes Gesellschaftsinteresse den Verzicht auf die Forderung gebietet. Der Gesellschafterversammlung steht bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Geschäftsführer Ermessen zu.

Kapitel 3 Die Ad-hoc-Publizität

Börsennotierte Aktiengesellschaften unterliegen neben den gesellschaftsrechtlichen Informationspflichten auch der kapitalmarktrechtlichen Informationspflicht des § 15 WpHG.

A. Grundlagen der Ad-hoc-Publizitätspflicht

Die Ad-hoc-Publizität verpflichtet Emittenten von Finanzinstrumenten zur Veröffentlichung der sie betreffenden Insiderinformationen (§ 15 Abs. 1 S. 1 WpHG). Ad-hoc-Publizität sowie das sie flankierende Verbot des Insiderhandels (§ 14 WpHG) bezwecken durch eine gleichmäßige Information⁹⁰⁵ den Schutz des Kapitalmarktes,⁹⁰⁶ konkret den Schutz des Anlegervertrauens⁹⁰⁷ sowie der Chancengleichheit aller am Kapitalmarkt agierenden Akteure⁹⁰⁸. Anders als gesellschaftsrechtliche Informationspflichten richtet sich die Ad-hoc-Publizitätspflicht an einen deutlich erweiterten Adressatenkreis: Informationsadressaten sind auch Marktteilnehmer, die nicht an der Gesellschaft beteiligt sind.⁹⁰⁹

Vorsätzliche oder grob fahrlässige Verstöße gegen die Publizitätspflicht durch unterlassene oder falsche Ad-hoc-Mitteilung lösen die Schadensersatzpflicht der berichtenden Gesellschaft gemäß §§ 15 Abs. 6 S. 1, 37b, 37c WpHG aus.⁹¹⁰ Freiwillige Ad-hoc-Mitteilungen darf die Gesellschaft nicht herausgeben.⁹¹¹ Zur

⁹⁰⁵ Assmann, in: Assmann/Schneider, WpHG, § 15 Rn. 2; Richter, ZHR 2008, 419 (427).

⁹⁰⁶ Bachmann, ZHR 2008, 597 (601); Burgard, ZHR 1998, 51 (54); Cahn, ZHR 1998, 1 (3); Mennicke, NZG 2009, 1059 (1060); Sethe, in: Assmann/Schütze, Hdb KapanlageR, § 8 Rn. 7; Widder, BB 2009, 967 (967).

⁹⁰⁷ Begründung RegE, BT-Drks. 15/3174, S. 26.

⁹⁰⁸ Assmann, in: Assmann/Schneider, WpHG, § 15 Rn. 2; Barta, DZWIR 2012, 178 (178); Leuring, DStR 2008, 1287 (1287); Möllers, AcP 2008, 1 (7); Möllers/Seidenschwann, NJW 2012, 2762 (2763); OLG Stuttgart, 15.02.2007 – 901 Kap 1/06, ZIP 2007, 481 (Rn. 54); Sethe, in: Assmann/Schütze, Hdb KapanlageR, § 8 Rn. 8.

⁹⁰⁹ Kapitalmarktinformation richtet sich an die (potentiellen) Anleger, dazu Zetzsche, Aktionärsinformation, S. 32 f. m.w.N.

⁹¹⁰ Siehe dazu zum Beispiel Fleischer, BB 2002, 1869 (1869 ff.); Horn, in: FS Ulmer, S. 817 (817 ff.); Klöhn, AG 2012, 345 (345 ff.); Nietsch, BB 2005, 785 (785 ff.).

⁹¹¹ Assmann, in: Assmann/Schneider, WpHG, § 15 Rn. 40. Laut Möllers ist die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes Ziel jedes kapitalmarktrechtlichen Gesetzes, Möllers, AcP 2008, 1 (7). Für eine Ad-hoc-Publizitätspflicht in Zweifelsfällen Widder, DB 2008, 1480 (1480).

Vermeidung der Ersatzpflicht und damit einhergehender langwieriger Rechtsstreitigkeiten mit hohen finanziellen Belastungen ist das Wissen um die Qualifizierung der Erkrankung eines Vorstandsmitglieds als Insidertatsache von erheblicher Bedeutung für börsennotierte Aktiengesellschaften.

B. Mitteilungsverpflichteter

Zu Ad-hoc-Mitteilungen sind Inlandsemittenten von Finanzinstrumenten (§ 15 Abs. 1 S. 1 WpHG) verpflichtet,⁹¹² solche sind Kapitalgesellschaften, die ihre Beteiligungen am Kapitalmarkt handeln, insbesondere börsennotierte Aktiengesellschaften. Für diese handelt vornehmlich der Vorstand oder ein einzelnes Vorstandsmitglied. Die Leitungsmacht des § 76 Abs. 1 AktG verpflichtet den Vorstand unter anderem zur Erfüllung kapitalmarktrechtlicher Pflichten. Die Veröffentlichungspflicht besteht allerdings nur bei Kenntnis der Gesellschaft von der Insidertatsache.⁹¹³ Dies kann, gerade in Bezug auf die Krankheit eines Vorstandsmitglieds, problematisch sein. Das erkrankte oder vermutlich erkrankte Vorstandsmitglied ist regelmäßig die erste Person, die von der Erkrankung weiß. Hat jedoch nur ein Vorstandsmitglied Kenntnis von der Insiderinformation, ist schon zweifelhaft, ob die Ad-hoc-Publizitätspflicht überhaupt ausgelöst wird. Die Mitteilungspflicht hängt dann von der Wissenszurechnung⁹¹⁴ der Insidertatsache „Erkrankung“ zur Aktiengesellschaft ab. Die verschiedenen Möglichkeiten der Wissenszurechnung wurden im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Informationsansprüche bereits analysiert: Wissenszurechnung erfolgt unter Zugrundelegung der organschaftlichen Treuepflicht nach den Maßstäben einer modifizierten Organtheorie.⁹¹⁵ Das Wissen eines Vorstandsmitglieds über einen die Gesellschaft betreffenden Sachverhalt wird der Aktiengesellschaft zugerechnet, sobald der Sachverhalt zu einer Angelegenheit der Gesellschaft wird. Die gesellschaftsrechtliche Wissenszurechnung ist auf das Kapitalmarktrecht übertragbar,⁹¹⁶ Anknüpfungspunkt ist jedoch nicht das Merkmal

⁹¹² Siehe auch *Ekkenga*, NZG 2013, 1081 (1085). Näher dazu *Assmann*, in: *Assmann/Schneider*, WpHG, § 15 Rn. 44 ff.

⁹¹³ *Ekkenga*, NZG 2013, 1081 (1085); *Leyendecker-Langner/Kleinhenz*, AG 2015, 72 (73).

⁹¹⁴ *Spindler/Speier*, BB 2005, 2031 (2032).

⁹¹⁵ Kapitel 2.C.III.3.c.gg.

⁹¹⁶ *Ekkenga*, NZG 2013, 1081 (1085).

„Angelegenheit der Gesellschaft“, sondern der vergleichbare Begriff der Insiderinformation. Beide Begrifflichkeiten beschreiben einen Sachverhalt, von dem die Gesellschaft betroffen ist, weshalb sie gleichermaßen für die Wissenszurechnung herangezogen werden können.

Wird die Erkrankung eines Vorstandsmitglieds zur Insiderinformation, ist das Wissen des Geschäftsleiters über seinen Gesundheitszustand zugerechnetes Wissen der Gesellschaft. Ad-hoc-Publizitätspflichten scheitern daher regelmäßig nicht an der Unkenntnis der Gesellschaft.

C. Erkrankung als Insiderinformation

Eine Insiderinformation ist gemäß § 13 Abs. 1 WpHG eine konkrete Information über nicht öffentliche Umstände mit Kursrelevanz.

I. Information über nicht öffentliche Umstände, Emittentenbezug

Konkrete Informationen sind Umstände oder Ereignisse, die bereits existieren beziehungsweise eingetreten sind oder bei denen vernünftigerweise von einem baldigen Eintreten ausgegangen werden kann.⁹¹⁷ „Umstände“ erfassen sowohl Tatsachen als auch Wertentscheidungen und Prognosen.⁹¹⁸ Die Qualifikation als Insiderinformation erfordert einen Bezug zum Emittenten. Zudem darf die Information nicht bereits öffentlich bekannt sein. Als Insiderinformation kommen die Erkrankung selbst sowie das krankheitsbedingte Ausscheiden des Vorstandsmitglieds aus der Gesellschaft in Betracht.

1. Erkrankung

Die Erkrankung eines Vorstandsmitglieds kann eine Insidertatsache sein. Eine Krankheit ist eine Tatsache beziehungsweise ein tatsächlicher Sachverhalt und damit ein konkreter Umstand. Der erforderliche Gesellschaftsbezug ergibt sich

⁹¹⁷ Begründung RegE, BT-Drks. 15/3174 S. 33; Harbarth, ZIP 2005, 1898 (1900); Veith, NZG 2005, 254 (255).

⁹¹⁸ Möllers, WM 2005, 1393 (1394); Nietsch, BB 2005, 785 (785 f.); OLG Frankfurt a.M., 12.02.2009 – 2 Ss-OWi 514/08, WM 2009, 647 (648); vgl. OLG Stuttgart, 15.02.2007 – 901 Kap 1/06, ZIP 2007, 481 (Rn. 71); Veith, NZG 2005, 254 (255).

aus der Beeinträchtigung der Gesellschaft.⁹¹⁹ Fehlt das Beeinträchtigungspotential, weil etwa eine Bagatellkrankheit vorliegt, so liegt schon keine Krankheit im Sinne dieser Untersuchung vor⁹²⁰ und scheidet eine Einordnung als Insiderinformation aus.

Soweit eine öffentliche Berichterstattung über die Krankheit noch nicht erfolgt ist, beziehungsweise der Personenkreis, der Kenntnis von der Krankheit hat, begrenzt ist, ist die Information über die Erkrankung nicht öffentlich.⁹²¹ Öffentlich bekannt ist ein Umstand erst, wenn ein unbestimmter Personenkreis ihn zur Kenntnis nehmen kann.⁹²² Erkrankungen des Geschäftsleiters, die die Gesellschaft beeinflussen, sind folglich konkrete Informationen über nicht öffentliche Umstände.⁹²³

2. Niederlegen der Organstellung/Ausscheiden des Vorstandsmitglieds

Das krankheitsbedingte Ausscheiden eines Vorstandsmitglieds ist ebenfalls als konkrete Information einzuordnen. Es handelt sich um eine bereits eingetretene Tatsache. Auch der bloße Plan eines Vorstandsmitglieds, aus Krankheitsgründen die Organstellung niederzulegen, kann eine konkrete Information darstellen.⁹²⁴ Dagegen wird teilweise argumentiert, im Fall eines Austrittswunsches bestehe die Möglichkeit, dass sich der Geschäftsleiter noch umstimmen lasse⁹²⁵ oder sich – konkret bezogen auf den Krankheitsfall – noch eine Möglichkeit finden könne, die das Ausscheiden aus dem Führungsgremium nicht erforderlich mache.

⁹¹⁹ Die Beurteilung als Insiderinformation ist vergleichbar mit der Einordnung als Angelegenheit der Gesellschaft (Kapitel 2.C.III.3.a). Zu den möglichen Beeinträchtigungen der Gesellschaft bei Krankheit ihres Geschäftsleiters siehe schon Kapitel 1.B.

⁹²⁰ Kapitel 1.A.I.5.

⁹²¹ Inwieweit Öffentlichkeit nur auf die Öffentlichkeit des Kapitalmarktes oder auf die allgemeine Öffentlichkeit abstellt, ist umstritten, dazu *Schumacher*, NZG 2001, 769 (771). Auf die Bereichsöffentlichkeit abstellend: *Assmann*, in: *Assmann/Schneider*, WpHG, § 13 Rn. 34 ff.; *Burgard*, ZHR 1998, 51 (58).

⁹²² *Schumacher*, NZG 2001, 769 (771).

⁹²³ Vgl. für Fußballspieler nach der alten Rechtslage *Schumacher*, NZG 2001, 769 (774 ff.).

⁹²⁴ Anders, jedoch ohne Berücksichtigung des Krankheitsbezuges *Möllers*, WM 2005, 1393 (1394). Im Ergebnis wohl auch OLG Stuttgart, 22.04.2009 – 20 Kap 1/08, ZIP 2009, 962 (B.I.3.b.aa und cc).

⁹²⁵ *Möllers*, WM 2005, 1393 (1394).

a. Absicht als Insider Tatsache

Die Absicht des Vorstandsmitglieds, die Gesellschaft zu verlassen, ist ein Umstand, der die Gesellschaft betrifft. Der Ausstiegswunsch ist auch dann hinreichend konkret, wenn zu der Entscheidung des Vorstandsmitglieds ein Aufsichtsratsbeschluss hinzutreten muss, um ein einvernehmliches Ausscheiden⁹²⁶ zu realisieren.⁹²⁷ Vor einem entsprechenden Aufsichtsratsbeschluss steht das einvernehmliche Ausscheiden nicht mit ausreichender Sicherheit fest, sodass das einvernehmliche Ausscheiden selbst keine Insiderinformation im Sinne von § 13 Abs. 1 S. 3 WpHG ist.⁹²⁸ Dies ergibt sich, wenn das Ausscheiden selbst als potentiell veröffentlichungspflichtiger Umstand betrachtet wird und ein zustimmender Beschluss nicht ausnahmsweise schon im Vorfeld des Aufsichtsratsbeschlusses hinreichend wahrscheinlich ist. Abzustellen ist jedoch auf den Ausstiegswillen des Vorstandsmitglieds.⁹²⁹ Dieser ist bereits mit Abschluss der Willensbildung und Kundgabe des Entschlusses hinreichend konkret.⁹³⁰ Befindet sich das Vorstandsmitglied hingegen noch in der Entscheidungsfindung, liegt eine hinreichend konkrete Tatsache noch nicht vor, denn zu diesem Zeitpunkt ist noch nicht absehbar, wie seine Entscheidung ausfallen wird. Auswirkungen auf

⁹²⁶ Dem Aufsichtsrat steht die alleinige Personalkompetenz hinsichtlich der Vorstandsmitglieder zu, das heißt, will ein Vorstandsmitglied einvernehmlich aus dem Führungsgremium ausscheiden, ist der Vorgang erst mit einem entsprechenden Aufsichtsratsbeschluss abgeschlossen (vgl. § 84 Abs. 1 und 3 AktG).

⁹²⁷ Vgl. BGH, 23.04.2013 – II ZB 7/09, NJW 2013, 2114 (Rn. 15); EuGH, 28.06.2012 – C-19/11, NZG 2012, 784 (Rn. 31); OLG Frankfurt a.M., 12.02.2009 – 2 Ss-OWi 514/08, WM 2009, 647 (648). Anders OLG Stuttgart, 22.04.2009 – 20 Kap 1/08, ZIP 2009, 962 (B.I.3.b.bb und dd), das verlangt, dass der Aufsichtsratsbeschluss hinreichend wahrscheinlich ist. Erforderlich ist nicht, dass der Aufsichtsratsbeschluss bereits vorliegt, so aber OLG Stuttgart, 15.02.2007 – 901 Kap 1/06, ZIP 2007, 481 (Rn. 109). Dies lässt sich auch nicht mit der Möglichkeit begründen, der Aufsichtsrat könne sich noch anders entscheiden, denn gemäß § 13 Abs. 1 S. 3 WpHG bedarf es für das Vorliegen einer Insiderinformation gerade keine absolute Sicherheit, dass der Umstand (hier: Ausscheiden des Vorstandsmitglieds) auch eintrete. Die Einordnung interner Willensbildung als Insiderinformation ablehnend *Kocher/Widder*, BB 2012, 2837 (2839).

⁹²⁸ OLG Stuttgart, 15.02.2007 – 901 Kap 1/06, ZIP 2007, 481 (Rn. 109).

⁹²⁹ Vgl. BGH, 23.04.2013 – II ZB 7/09, NJW 2013, 2114 (Rn. 16). Absichten und Entschlüsse bereits als hinreichend konkret ansehend schon *Cahn*, ZHR 1998, 1 (14 f.).

⁹³⁰ OLG Frankfurt a.M., 12.02.2009 – 2 Ss-OWi 514/08, WM 2009, 647 (648). Vgl. *Barta*, DZWIR 2012, 178 (183); *Ekkenga*, NZG 2013, 1081 (1084).

die Gesellschaft sind noch nicht absehbar.⁹³¹ Gleiches gilt, wenn das Vorstandsmitglied seine Überlegungen mit ihm nahestehenden Personen erörtert.⁹³² Die Information hat zu diesem Zeitpunkt die Privatsphäre des Vorstandsmitglieds noch nicht verlassen, vielmehr ist die Erörterung im engen Umfeld noch der Entscheidungsfindung zuzuordnen. Mangels Zurechnungsgrund ist die Kenntnis von dem Ausstiegswillen des Vorstandsmitglieds der Gesellschaft noch nicht zurechenbar. Eine Insiderinformation liegt noch nicht vor.

Der Ausstiegswille kann sich auf den Aktienkurs auswirken.⁹³³ Die Qualifikation als Insidertatsache verlangt nicht, dass das Ausscheiden des Vorstandsmitglieds aus dem Vorstand bereits feststeht oder überwiegend wahrscheinlich ist, denn auch Prognosen und zukünftige Umstände sind konkrete Informationen.⁹³⁴ § 13 Abs. 1 WpHG fordert keine absolute Sicherheit, welche über den Plan, aus der Gesellschaft, auszuscheiden jedoch gegebenenfalls schon vorliegt. Die Absicht des erkrankten Vorstandsmitglieds, aus der Gesellschaft auszuscheiden, ist also Insidertatsache im Sinne von § 13 Abs. 1 WpHG.

b. Ausscheiden als zukünftiger Umstand im Sinne von § 13 Abs. 1 S. 3 WpHG

Auch das zukünftige Ausscheiden des Vorstandsmitglieds kann Insidertatsache im Sinne von § 13 Abs. 1 S. 3 WpHG sein. Konkrete Informationen sind auch Umstände, die sich mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit“ realisieren werden. Hinreichend wahrscheinlich ist eine Information, wenn zu erwarten ist, dass ein verständiger Anleger sie trotz der bestehenden Unsicherheit im Rahmen seiner Anlageentscheidung berücksichtigen würde.⁹³⁵ Der Austrittswille erfüllt diese

⁹³¹ BGH, 23.04.2013 – II ZB 7/09, NJW 2013, 2114 (Rn. 19). Vgl. auch *Möllers/Seidenschwann*, NJW 2012, 2762 (2764).

⁹³² BGH, 23.04.2013 – II ZB 7/09, NJW 2013, 2114 (Rn. 19).

⁹³³ Vgl. *Klöhn*, NZG 2011, 166 (170); OLG Frankfurt a.M., 12.02.2009 – 2 Ss-OWi 514/08, WM 2009, 647 (648). Im Ergebnis wohl auch *Schall*, JZ 2010, 392 (394).

⁹³⁴ Begründung RegE, BT-Drks. 15/3174, S. 33; BGH, 25.02.2008 – II ZB 9/07, NZG 2008, 300 (Rn. 20).

⁹³⁵ Begründung RegE, BT-Drks. 15/3174, S. 34; *Harbarth*, ZIP 2005, 1898 (1901); OLG Stuttgart, 15.02.2007 – 901 Kap 1/06, ZIP 2007, 481 (Rn. 134). Näher *Klöhn*, NZG 2011, 166 (167 ff.). Die umfassende Würdigung der Umstände muss die begründete Erwartung wecken, dass die zukünftigen Umstände „tatsächlich (...) in Zukunft existieren oder eintreten werden“, EuGH, 28.06.2012 – C-19/11, NZG 2012, 784 (Rn. 49). So auch RegE, BT-Drks. 15/3174, S. 33.

Bedingung, soweit er ernsthaft geäußert wird und auf das einseitige Niederlegen der Organstellung gerichtet ist.⁹³⁶ Die Entscheidung über das einseitige Niederlegen des Amtes steht dem Vorstandsmitglied allein zu, sodass es neben seiner Entschlussfassung keiner weiteren Voraussetzungen bedarf. Bei entsprechender Willenskundgabe ist das Ausscheiden hinreichend wahrscheinlich und als zukünftiger Umstand als Insiderinformation gemäß § 13 Abs. 1 S. 3 WpHG zu qualifizieren.⁹³⁷ Ist absehbar, dass das Vorstandsmitglied seiner Tätigkeit krankheitsbedingt nicht mehr wird nachkommen können, ist das Ausscheiden des Vorstandsmitglieds ebenfalls hinreichend wahrscheinlich, sodass eine konkrete Information vorliegt.⁹³⁸

II. Eignung zur erheblichen Kursbeeinflussung bei öffentlichem Bekanntwerden

Erhebliches Kursbeeinflussungspotential besitzen Informationen, die von einem durchschnittlichen Anleger im Rahmen seiner Anlageentscheidung Berücksichtigung finden würden.⁹³⁹ Inwieweit die Information über die Erkrankung eines Vorstandsmitglieds zur Beeinflussung des Aktienkurses geeignet ist, hängt von der Ausgestaltung der jeweiligen Aktiengesellschaft ab. Es kommt wesentlich darauf an, inwieweit das betroffene Unternehmen von der erkrankten Person geprägt ist.⁹⁴⁰ Eine personalistische Prägung, bei der die Reputation des Unternehmens von der Person eines Vorstandsmitglieds abhängt, oder bei der bekanntermaßen das Entwicklungspotential der Gesellschaft von der Person des

⁹³⁶ So OLG Stuttgart, 15.02.2007 – 901 Kap 1/06, ZIP 2007, 481 (Rn. 76, 121, 124).

⁹³⁷ Vgl. EuGH, 28.06.2012 – C-19/11, NZG 2012, 784 (Rn. 38).

⁹³⁸ *Fleischer*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 333 (347).

⁹³⁹ Begründung RegE, BT-Drks. 15/3174, S. 34; *Barta*, DZWIR 2012, 178 (182); BGH, 23.04.2013 – II ZB 7/09, NJW 2013, 2114 (Rn. 17, 22); *Möllers*, NZG 2005, 459 (460 f.); OLG Frankfurt a.M., 12.02.2009 – 2 Ss-OWi 514/08, WM 2009, 647 (648); *Sethe*, in: Assmann/Schütze, Hdb KapanlageR, § 8 Rn. 63; *Spindler*, NJW 2004, 3449 (3451). Nunmehr hat der EuGH klargestellt, dass nicht von vornherein bekannt sein muss, in welche Richtung der Kurs sich entwickeln wird, EuGH, 11.03.2015 – C-628/13, ZIP, 627. Dazu *Klöhn*, NZG 2015, 809 (809 ff.). Zur Denkweise des verständigen Anlegers *Klöhn*, AG 2012, 345 (348 ff.).

⁹⁴⁰ *Assmann*, in: Assmann/Schneider, WpHG, § 15 Rn. 89; *Fleischer*, NZG 2007, 401 (403); *Fleischer*, NZG 2010, 561 (566); *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2010, 86 (86); *Fleischer*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 333 (346); *Möllers*, NZG 2005, 459 (460 f.). Kursbeeinflussungspotential bei Vorstandswechseln grundsätzlich ablehnend *Bingel*, AG 2012, 685 (691).

erkrankten Vorstandsmitglieds ausgeht, führt zu einem größeren Kursbeeinflussungspotential als eine nicht personalistisch geprägte Gesellschaft.⁹⁴¹ Ebenfalls von Bedeutung ist, ob sich die Auswirkungen der Erkrankung, etwa das Ausscheiden des Vorstandsmitglieds, angekündigt hat oder dieses plötzlich erfolgt.⁹⁴² Zudem ist maßgebend, zu welchem Zeitpunkt der Bestellperiode der Austritt erfolgt.⁹⁴³ Zumindest die Erkrankung des Vorstandsvorsitzenden einer großen Aktiengesellschaft dürfte erhebliches Kursbeeinflussungspotential besitzen.⁹⁴⁴ § 2 Abs. 3 Nr. 5 MaKonV unterstützt diese Einschätzung. Die Verordnung qualifiziert Veränderungen in personellen Schlüsselpositionen eines Unternehmens als bewertungserheblichen Umstand im Sinne von § 20a WpHG, erkennt also an, dass personelle Wechsel zur Marktmanipulation geeignet sind, also den Aktienkurs beeinflussen können. Bewertungserhebliche Umstände sind gemäß § 2 Abs. 1 MaKonV

„Tatsachen und Werturteile, die ein verständiger Anleger bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigen würde. Als bewertungserhebliche Umstände gelten auch solche, bei denen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass sie in Zukunft eintreten werden.“

Die Formulierung entspricht der Definition des Kursbeeinflussungspotentials; die Wertungen lassen sich folglich auf die Bewertung des Kursbeeinflussungspotentials von Insidertatsachen übertragen.

Inwieweit eine Erkrankung Kursbeeinflussungspotential besitzt, hängt auch von den erwarteten Krankheitsauswirkungen ab. Folgt der Krankheit das Ausscheiden des Vorstandsmitglieds aus seinem Amt, ist, bei entsprechender Bedeutung des Vorstands für die AG, von einem erheblichen Kursbeeinflussungspotential auszugehen. Handelt es sich um eine Erkrankung, die „nur“ eine längere, aber vorübergehende, Abwesenheit zur Folge hat, muss eine Einzelfallbeurteilung erfolgen.

⁹⁴¹ Vgl. auch Möllers, NZG 2005, 459 (461).

⁹⁴² Fleischer, NZG 2007, 401 (403).

⁹⁴³ Parmentier, WM 2013, 970 (973).

⁹⁴⁴ Vgl. zum Amtswechsel BGH, 25.02.2008 – II ZB 9/07, NZG 2008, 300 (Rn. 21); Möllers, NZG 2008, 330 (331).

Die Ankündigung des Ausstiegswillens beziehungsweise die entsprechende Absicht kann ebenfalls Kursbeeinflussungspotential besitzen. Gibt ein Vorstandsmitglied von entsprechender Bedeutung eine solche Erklärung ab, ist von erheblicher Kursbeeinflussung auszugehen, da die Anleger sich auf eine beständige Unternehmensleitung nicht weiter verlassen können.⁹⁴⁵

III. Vorstufen der Krankheit als Insiderinformation

Nur ausnahmsweise handelt es sich hingegen bei einem Krankheitsverdacht um eine publikationspflichtige Insidertatsache. Eine Einordnung als Insidertatsache setzt voraus, dass die vermutete Krankheit selbst als Insidertatsache einzustufen wäre.

Diese Beurteilung hält dem Vergleich mit gestreckten Geschehensabläufen stand. Gestreckte Sachverhalte sind Sachverhalte, die sich über einen gewissen Zeitraum hinweg entwickeln, bis sie sich realisieren, also tatsächliche Entwicklungen, die einer gewissen Zeit bedürfen wie zum Beispiel die Entwicklung einer Erfindung.⁹⁴⁶ Gestreckte Sachverhalte liegen aber auch vor, wenn das Zustandekommen einer Gesellschaftsentscheidung der Zustimmung verschiedener Gesellschaftsorgane bedarf, das heißt ein mehrstufiger Entscheidungsprozess durchlaufen wird, zum Beispiel bei dem Erwerb von Beteiligungen.⁹⁴⁷

1. Übertragbarkeit der Wertungen zu gestreckten Geschehensabläufen auf den Krankheitsverdacht

Im Rahmen gestreckter Sachverhalte bedarf es verschiedener Handlungen oder Entscheidungen, um Sicherheit über zukünftig eintretende Tatsachen zu erlangen. Ebenso bedarf es bei einem Krankheitsverdacht Diagnosen, um Sicherheit über die Erkrankung und ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft zu erlangen. Es stellt sich die Frage, wann die Schwelle überschritten wird, nach der von einer hinreichend konkreten Information auszugehen ist, die als Insidertatsache gemäß

⁹⁴⁵ Vgl. auch BGH, 23.04.2013 – II ZB 7/09, NJW 2013, 2114 (14, 20 ff.). „Kein(en) Zweifel“ an der Kurserheblichkeit hat *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (94).

⁹⁴⁶ *Leuering*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2008, S. 171 (173). Der Ausgang derartiger Prozesse ist dabei offen, *Klöhn*, ZIP 2012, 1885 (1890).

⁹⁴⁷ Vgl. *Burgard*, ZHR 1998, 51 (54 f.); *Klöhn*, ZIP 2012, 1885 (1886); *Leuering*, DStR 2008, 1287 (1287).

§ 15 Abs. 1 WpHG ad-hoc-publicationspflichtig sein kann. Mittlerweile geklärt ist, dass gestreckte Sachverhalte nicht erst bei abgeschlossener Entscheidung beziehungsweise unzweifelhaftem Ausgang zu publizieren sind.⁹⁴⁸ Im Rahmen gestreckter Sachverhalte ist bereits die erste Entscheidungsstufe – zur Vermeidung negativer Auswirkungen auf den Kapitalmarkt⁹⁴⁹ – als hinreichend konkret einzuordnen.⁹⁵⁰ Die erste Stufe selbst muss dafür bereits hinreichend konkret sein: Es muss etwa die Entscheidung eines Vorstandsmitglieds, eine bestimmte Aufsichtsratsentscheidung herbeizuführen, feststehen.⁹⁵¹ Vergleichbares gilt für den Krankheitsverdacht. Zwar setzt dieser keine Entscheidungskette in Gang, es beginnt jedoch eine Entwicklung, deren Auswirkung schlimmstenfalls mit dem Ausscheiden des Vorstandsmitglieds enden kann. Je nach Diagnosestadium und Art der in Verdacht stehenden Krankheit, kann bereits die Kenntnis über den Krankheitsverdacht Anlageentscheidungen beeinflussen.

2. Eignung des Krankheitsverdachtes zur Kursbeeinflussung

Schon der bloße Krankheitsverdacht muss dafür Kursbeeinflussungspotential besitzen.⁹⁵² Abzustellen ist darauf, ob ein verständiger Anleger die unsichere Gesundheitssituation im Rahmen seiner Anlageentscheidung berücksichtigen würde.⁹⁵³ Zur Entscheidungsgrundlage werden Sachverhalte jedenfalls dann, wenn ihre Realisierung samt ihrer Folgen für die Gesellschaft absehbar ist.⁹⁵⁴ Es muss also eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Erkrankung gegeben sein. Hinzukommen müssen spürbare Auswirkungen der vermuteten Krankheit auf die Gesellschaft. Nur wenn die potentielle Krankheit Kursbeeinflussungspotential

⁹⁴⁸ BGH, 23.04.2013 – II ZB 7/09, NJW 2013, 2114 (Rn. 15); so auch schon *Burgard*, ZHR 1998, 51 (63, 68); *Klöhn*, ZIP 2012, 1885 (1891); *Lutter*, in: FS Zöllner, S. 363 (366); *Mennicke*, NZG 2009, 1059 (1060); *Möllers*, WM 2005, 1393 (1394); *Veith*, NZG 2005, 254 (256). A.A. *Happ/Semler*, ZGR 1998, 116 (129 f.); *Kocher/Widder*, BB 2012, 2837 (2840 f.).

⁹⁴⁹ Vgl. dazu *Lutter*, in: FS Zöllner, S. 363 (368 ff.).

⁹⁵⁰ Vgl. *Bachmann*, ZHR 2008, 597 (605). Anders noch zu alter Rechtslage, *Cahn*, ZHR 1998, 1 (23); *Happ/Semler*, ZGR 1998, 116 (130 f.), die jedoch von einer Mitwirkungspflicht des Aufsichtsrats an einer schnellen „Finalisierung von Tatsachen“ (S. 131) ausgehen.

⁹⁵¹ *Veith*, NZG 2005, 254 (256).

⁹⁵² Es besteht also ein Zusammenhang zwischen dem „Zwischenschritt“ Krankheitsverdacht und dem „Endereignis“ Ausscheiden des Vorstandsmitglieds, vgl. *Klöhn*, ZIP 2012, 1885 (1886).

⁹⁵³ *Veith*, NZG 2005, 254 (255). Siehe auch die Nachweise in Fn. 945.

⁹⁵⁴ *Fürhoff*, AG 2003, 80 (84); *Klöhn*, ZIP 2012, 1885 (1886).

hat, kommt gleiches für den Krankheitsverdacht in Betracht. Sind solche Auswirkungen nicht absehbar, weil entweder das Vorliegen einer Erkrankung sehr unwahrscheinlich ist oder die vermutete Erkrankung keine Auswirkungen auf die Gesellschaft haben würde, ist das Kursbeeinflussungspotential des Krankheitsverdachts abzulehnen.

Allgemeingütige Aussagen zum Kursbeeinflussungspotential eines Krankheitsverdachts sind nicht möglich. Es ist im Einzelfall zu beurteilen, inwieweit der Krankheitsverdacht Auswirkungen auf den Kapitalmarkt haben wird. Dabei ist zu differenzieren: Kursbeeinflussungspotential einer die Gesellschaft eher weniger beeinträchtigenden Krankheit bedarf einer höheren Eintrittswahrscheinlichkeit als eine Krankheit, die mit Sicherheit zum Ausscheiden des Vorstandsmitglieds aus der Gesellschaft oder anderen schwerwiegenden Einschnitten führen wird, um Kursbeeinflussungspotential zu besitzen.

3. Krankheit als zukünftiges Ereignis bei Krankheitsverdacht

Die potentielle Krankheit kann bei Vorliegen eines entsprechenden Verdachts als zukünftiges Ereignis im Sinne von § 13 Abs. 1 S. 3 WpHG einzuordnen sein. Die Krankheit muss dafür hinreichend wahrscheinlich sein⁹⁵⁵ und die Gesellschaft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit beeinträchtigen⁹⁵⁶. Erkrankung und Beeinträchtigung sind hinreichend wahrscheinlich, wenn die Würdigung der verfügbaren Anhaltspunkte die Erwartung begründet, dass sie zukünftig eintreten wird.⁹⁵⁷ Die Wahrscheinlichkeitsprognose orientiert sich an objektiven Umständen

⁹⁵⁵ Vgl. *Assmann*, in: *Assmann/Schneider*, WpHG, § 13 Rn. 23; *Leuring*, DStR 2008, 1287 (1288).

⁹⁵⁶ Vgl. *Fleischer*, NZG 2007, 401 (405).

⁹⁵⁷ BGH, 23.04.2013 – II ZB 7/09, NJW 2013, 2114 (Rn. 29); EuGH, 28.06.2012 – C-19/11, NZG 2012, 784 (Rn. 49). Anders noch OLG Stuttgart, 15.02.2007 – 901 Kap 1/06, ZIP 2007, 481 (Rn. 132 ff.), das eine Wahrscheinlichkeit größer als bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit, aber kleiner als an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit forderte. Maßgeblich sei, ob ein verständiger Anleger den Umstand trotz der bestehenden Unsicherheit bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigen würde (Rn. 134); ähnlich *Fleischer*, NZG 2007, 401 (405). Zur hinreichenden Wahrscheinlichkeit in der Literatur: *Bingel*, AG 2012, 685 (687 ff.); *Fleischer*, NZG 2007, 401 (404 ff.); *Klöhn*, ZIP 2012, 1885 (1887 ff.); *Leuring*, in: *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, *Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2008*, S. 171 (174 ff.); *Möllers*, NZG 2008, 330 (332); *Möllers/Seidenschwann*, NJW 2012, 2762 (2763 f.).

den. Bloße Gerüchte machen die vermutete Krankheit also nicht zu einem zukünftigen Ereignis, das der Publizitätspflicht unterliegt.⁹⁵⁸ Es muss eine Beurteilung im Einzelfall erfolgen. Dabei gilt: Je schwerwiegender eine Krankheit beziehungsweise ihre Auswirkung auf die Gesellschaft ist, desto eher besteht eine Publikationspflicht.

4. Krankheitsgerüchte als Insiderinformation

Die Veröffentlichungspflicht kann zwar nicht durch bloße, nicht aus der Emittentensphäre stammende, Gerüchte⁹⁵⁹ ausgelöst werden. Das Gerücht, wonach ein Vorstandsmitglied erkrankt sei, könnte jedoch selbst eine ad-hoc-publizitätspflichtige Information sein. Die Qualifikation von Gerüchten als Insiderinformation ist zweifelhaft, weil es der Emittent nicht in der Hand hat, Gerüchte zu kontrollieren. Gerüchte können, müssen aber nicht, aus der Sphäre der Gesellschaft stammen. Gegen eine Publizitätspflicht ohne eigene Kommentare der Gesellschaft kann eingewandt werden, die Herkunft des Gerüchts sei irrelevant, denn Kursbeeinflussungspotential besteht unabhängig von der Quelle des Gerüchts.⁹⁶⁰ Die unkommentierte Veröffentlichung von Gerüchten ließe zudem den Schluss auf den Wahrheitsgehalt der Gerüchte nicht zu. In der Praxis wird sich ein Unternehmen jedoch dazu genötigt fühlen, die am Markt kursierenden Gerüchte zu dementieren, sollten sie nicht stimmen, insbesondere wenn es sich um für den Emittenten nachteilige Gerüchte handelt. Trifft ein Gerücht hingegen zu, darf das Unternehmen dies aufgrund des Irreführungsverbots nicht fälschlich bestreiten. Allerdings besteht, wenn der Bezugspunkt des Gerüchts zutrifft, das Vorstandsmitglied also tatsächlich erkrankt ist, eine Publizitätspflicht der Tatsache selbst.⁹⁶¹ Eine Befreiung von der Veröffentlichungspflicht gemäß § 15 Abs. 3 WpHG kommt dann nicht mehr in Betracht, denn die Existenz des Gerüchts

⁹⁵⁸ Vgl. BGH, 25.02.2008 – II ZB 9/07, NZG 2008, 300 (Rn. 23); *Gehling*, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert, Liber amicorum für Martin Winter, S. 129 (148).

⁹⁵⁹ Zur Herleitung der Begrifflichkeit *Cahn*, *Der Konzern* 2005, 5 (7); *Fleischer/Schmolke*, AG 2007, 841 (841 f.). Den Begriff des Gerüchts im Rahmen des Insiderrechts ablehnend VGH Kassel, 16.03.1998 – 8 T Z 98/98, BB 1999, 75 (75 f.). Kritisch dazu *Mennicke*, BB 1999, 76 (76 f.).

⁹⁶⁰ „Ihre Auswirkungen auf den Aktienkurs sind mit Händen zu greifen“, *Fleischer/Schmolke*, AG 2007, 841 (846).

⁹⁶¹ *Fleischer/Schmolke*, AG 2007, 841 (849).

schließt die Sicherung der Geheimhaltung der Insiderinformation aus.⁹⁶² Die Pflicht, kursierende Gerüchte zu kommentieren, besteht, hinausgehend über die Pflicht des § 15 WpHG, nicht.⁹⁶³ Es steht dem Emittenten jedoch frei, freiwillig Stellung zu Gerüchten zu nehmen. Dies ist allerdings nicht in der Form der Ad-hoc-Publizität zulässig.

Gerüchte bieten schon per definitionem Unsicherheiten bezüglich ihres Wahrheitsgehalts.⁹⁶⁴ Allerdings erkennt die BaFin Gerüchte mit Tatsachenkern als Insidertatsache an.⁹⁶⁵ Dafür spricht das Ziel des WpHG, Chancengleichheit am Markt durch eine gleichmäßige Information aller potentiellen Anleger zu erreichen, denn die bloße Existenz von Gerüchten um eine ad-hoc-publizitätspflichtige Information kann schon vermuten lassen, dass in der Zukunft eine Kursbewegung der entsprechenden Finanzinstrumente folgt.⁹⁶⁶ Ist die Erkrankung des Vorstandsvorsitzenden eines personalistisch geprägten Unternehmens gerüchteweise bekannt,⁹⁶⁷ werden Anlageentscheidungen für die entsprechende Aktie von Kennern des Gerüchts sicherlich anders erfolgen als von denjenigen, denen das Gerücht unbekannt ist⁹⁶⁸. Auch derjenige, der weiß, dass ein Gerücht falsch ist oder der die Richtigkeit nicht einschätzen kann, kann dennoch zu einer Entscheidung für oder gegen die Investition in ein Finanzinstrument des betroffenen Unternehmens verleitet werden, weil er davon ausgeht, der Markt werde auf das Gerücht reagieren.⁹⁶⁹ Voraussetzung für diese Reaktionen ist jedoch, dass dem

⁹⁶² Anders *Diekmann/Sustmann*, NZG 2004, 929 (935).

⁹⁶³ *Fleischer/Schmolke*, AG 2007, 841 (849).

⁹⁶⁴ *Assmann*, in: *Assmann/Schneider*, WpHG, § 13 Rn. 17; *Cahn*, *Der Konzern* 2005, 5 (7); *Gehling*, in: *Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert*, *Liber amicorum für Martin Winter*, S. 129 (148); *Merkner/Sustmann*, NZG 2005, 729 (731); *Schwark/Kruse*, in: *Schwark/Zimmer*, § 13 WpHG Rn. 23; *Sethe*, in: *Assmann/Schütze*, *Hdb KapanlageR*, § 8 Rn. 54.

⁹⁶⁵ *Emittentenleitfaden* 2013, III.2.1.1.2. Kritisch *Cahn*, ZHR 1998, 1 (12 f.), soweit nicht die dem Gerücht zugrundeliegenden Informationen selbst auch Insidertatsachen sind.

⁹⁶⁶ Vgl. auch *Cahn*, *Der Konzern* 2005, 5 (7).

⁹⁶⁷ Als populäres Beispiel sei erneut auf die Kursbewegungen der Apple-Aktie im Zusammenhang mit der Erkrankung von Steve Jobs hingewiesen. Siehe die Nachweise in Fn. 4.

⁹⁶⁸ *Gehling* will diesen Fall gleichlaufend zu zukünftigen Umständen behandeln, fordert also eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für das Zutreffen des Gerüchts, *Gehling*, in: *Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert*, *Liber amicorum für Martin Winter*, S. 129 (148).

⁹⁶⁹ Knapp zu empirischen Untersuchungen in Amerika über die Bedeutung von Gerüchten für den Kapitalmarkt *Fleischer/Schmolke*, AG 2007, 841 (843 f.). Siehe auch *Cahn*, *Der Konzern* 2005, 5 (7).

Gerücht ein irgendwie gearteter Tatsachenkern innewohnt.⁹⁷⁰ Nur, wenn das Gerücht Stellung zu Tatsachen nimmt und nicht bloß ungenaue Einschätzungen enthält, kann ein Anleger Entscheidungen an diesem Gerücht festmachen. Gerüchte können also Anhaltspunkt für kommende Geschehnisse am Markt sein, die sich aus der Beobachtung des Marktes ergeben, können aber auch selbst geeignet sein, Marktentwicklungen zu beeinflussen.

Wird die Gesellschaft zur Veröffentlichung eines Krankheitsgerüchts gezwungen, das nicht aus ihrer Sphäre stammt, so ist sie gegen ihren Willen zu einer Erklärung über Umstände verpflichtet, die sie selbst nicht zu vertreten hat und die gegebenenfalls auch nicht der Wahrheit entsprechen. In dieser Situation ist das Interesse der Gesellschaft an einer aufgezwungenen Erklärung mit dem Interesse des Marktes an gleichmäßiger Aufklärung abzuwägen. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass bloße Gerüchte keine Insidertatsachen im Sinne von § 13 Abs. 1 S. 3 WpHG sein sollen.⁹⁷¹ Voraussetzung einer Insiderinformation ist, dass diese nicht öffentlich bekannt ist. Allein die Tatsache, dass es sich um ein Krankheitsgerücht handelt, kann die Qualität als Insiderinformation ausschließen, wenn dieses am Kapitalmarkt einem unbestimmten Personenkreis zugänglich ist. Ein Gerücht verbreitet sich typischerweise mit fortschreitender Zeit. Die Qualität einer Insiderinformation kann einem Gerücht daher nur für eine gewisse Zeit nach seinem Entstehen zukommen, wenn das Gerücht erst einer eingeschränkten Personenzahl bekannt ist.⁹⁷² Erhält die Gesellschaft selbst erst zu einem Zeitpunkt weitgehender Verbreitung des Gerüchts Kenntnis von diesem, besteht keine Ad-hoc-Informationspflicht. Das bedeutet aber, dass es auch von Zufällen abhängt, ob ein am Markt bestehendes Gerücht als Ad-hoc-Mitteilung publiziert werden muss.

Entsteht ein Gerücht über eine zutreffende Insiderinformation, die gemäß § 15 Abs. 3 WpHG nicht veröffentlicht wurde, so kann die Gesellschaft die Vertrau-

⁹⁷⁰ *Fleischer/Schmolke*, AG 2007, 841 (847).

⁹⁷¹ Begründung RegE, BT-Drks. 15/3174, S. 34. Ebenso *Diekmann/Sustmann*, NZG 2004, 929 (930); *Merkner/Sustmann*, NZG 2005, 729 (731); *Spindler*, NJW 2004, 3449 (3450).

⁹⁷² Vgl. *Fleischer/Schmolke*, AG 2007, 841 (847 f.).

lichkeit der Information nicht mehr gewährleisten. Die Erkrankung des Vorstandsmitglieds ist zu veröffentlichen.⁹⁷³ Dies ermöglicht es anderen Marktteilnehmern durch das Initiieren von Gerüchten, die zufällig richtig sind, die Gesellschaft zu Veröffentlichungen zu zwingen. Vertreten wird deshalb eine Veröffentlichungspflicht bei Gerüchten nur, wenn das Gerücht aus der Unternehmenssphäre stammt, das heißt der Gesellschaft zurechenbar ist.⁹⁷⁴ In den meisten Fällen ist allerdings von einem Informationsleck der Gesellschaft auszugehen. Eine abstrakte Missbrauchsgefahr kann die Publizitätspflicht also nicht ausschließen.⁹⁷⁵

Eine gleichmäßige Information des Kapitalmarktes ist ohne die Veröffentlichung von Gerüchten effektiver.⁹⁷⁶ Gerüchte können nicht eindeutig als Insidertatsache qualifiziert werden. Zudem verbreiten sie sich naturgemäß, sodass die Qualifikation als Insidertatsache sowieso nur für einen begrenzten Zeitrahmen in Betracht kommt. Gerüchte können jedoch nachträgliche Ad-hoc-Publizitätspflichten bei Befreiungsentscheidungen gemäß § 15 Abs. 3 WpHG auslösen.⁹⁷⁷

D. Unmittelbare Betroffenheit

Letzte Voraussetzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht nach § 15 WpHG ist die unmittelbare Betroffenheit der Gesellschaft. Unmittelbare Betroffenheit liegt vor, wenn die Information im Bereich der Gesellschaft entstanden ist, § 15 Abs. 1 S. 3 WpHG.⁹⁷⁸ Die Krankheit eines Vorstandsmitglieds ist jedoch regelmäßig nicht in der Gesellschaftssphäre entstanden. Vielmehr entstammen Krankheitsinformationen dem privaten Bereich des Geschäftsleiters. Bei kursbeeinflussenden Auswirkungen ist die Gesellschaft jedoch auch von außerhalb der Gesellschaft

⁹⁷³ So wohl auch *Brandi/Süßmann*, AG 2004, 642 (657); *Holzborn/Israel*, WM 2004, 1948 (1952). Anders *Diekmann/Sustmann*, NZG 2004, 929 (935).

⁹⁷⁴ So zum Beispiel *Diekmann/Sustmann*, NZG 2004, 929 (935 f.); *Gehling*, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert, Liber amicorum für Martin Winter, S. 129 (150).

⁹⁷⁵ Vgl. *Fleischer/Schmolke*, AG 2007, 841 (851).

⁹⁷⁶ Vgl. auch *Cahn*, Der Konzern 2005, 5 (7).

⁹⁷⁷ Näher zu § 15 Abs. 3 WpHG Kapitel 3.E.

⁹⁷⁸ *Assmann*, in: Assmann/Schneider, WpHG, § 15 Rn. 55; *Franke/Schulenburg*, in: Umnuß, Corporate Compliance Checklisten, Kapitel 3 Rn. 65.

entstandenen Tatsachen unmittelbar betroffen.⁹⁷⁹ Dies bejahen Stimmen der Literatur etwa bei Veränderungen im Führungsgremium.⁹⁸⁰ Die Beeinträchtigungen, die sich bei einem Ausfall des Geschäftsleiters ergeben können, wurden bereits zuvor herausgearbeitet.⁹⁸¹ Eine zum Ausscheiden eines Vorstandsmitglieds führende Krankheit betrifft die Aktiengesellschaft unmittelbar.

Bei Krankheiten, deren Verlauf beziehungsweise Auswirkungen noch nicht absehbar sind oder die nicht zwingend zum Ausscheiden des Vorstandsmitglieds führen, ist hingegen eine Einzelfallabwägung vorzunehmen. Es gilt festzustellen, ob die Beeinträchtigungen der Gesellschaft so schwerwiegend sind oder sein werden, dass eine Betroffenheit der Gesellschaft anzunehmen ist. Bagatellkrankheiten oder Krankheiten, die zu einem nur kurzfristigen Ausfall des Geschäftsleiters führen, betreffen die Gesellschaft mangels erheblicher Auswirkungen nicht unmittelbar. Soweit die Erkrankung Insiderinformation im Sinne von § 13 Abs. 1 WpHG ist, also Kursrelevanz besitzt, ist jedoch davon auszugehen, dass die Erheblichkeitsschwelle überschritten und die Gesellschaft unmittelbar betroffen ist.

E. (Selbst-)Befreiung von der Veröffentlichungspflicht, § 15 Abs. 3 WpHG

Die Gesellschaft kann die Veröffentlichung einer Erkrankung des Geschäftsleiters nach § 15 Abs. 3 WpHG aufschieben, wenn sie ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung hat.⁹⁸² Die Veröffentlichung darf solange verzögert werden,

⁹⁷⁹ Begründung RegE, BT-Drks. 15/3174, S. 27, 33, 35; *Assmann*, in: Assmann/Schneider, WpHG, § 15 Rn. 55; *Simon*, Der Konzern 2005, 13 (16); *Spindler*, NJW 2004, 3449 (3451); *Veith*, NZG 2005, 254 (255). Anders nach alter Rechtslage, dazu zum Beispiel *Schumacher*, NZG 2001, 769 (770 f.).

⁹⁸⁰ *Franke/Schulenburg*, in: Umnuß, Corporate Compliance Checklisten, Kapitel 3 Rn. 67 m.w.N.

⁹⁸¹ Vgl. dazu Kapitel 1.B.

⁹⁸² Zu der ausgeklammerten Frage, ob es dazu eines ausdrücklichen Beschlusses bedarf zum Beispiel *Groß*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 385 (386 ff.); *Harbarth*, ZIP 2005, 1898 (1906); *Ihrig/Kranz*, AG 2013, 515 (517 f.); *Ihrig/Kranz*, BB 2013, 451 (452 ff.); *Klöhn*, ZHR 2014, 55 (94 ff.); *Krämer/Teigelack*, AG 2012, 20 (23); *Mennicke*, NZG 2009, 1059 (1061); *Nietsch*, BB 2005, 785 (786); OLG Stuttgart, 22.04.2009 – 20 Kap 1/08, ZIP 2009, 962 (B.II.3); *Pattberg/Bredol*, NZG 2013, 87 (87 f.); *Schneider*, BB 2005, 897 (900 f.); *Schneider/Gilfrich*, BB 2007, 53 (53 ff.); *Widder*, BB 2009, 967 (967 ff.). Für die Möglichkeit eines vorsorglichen Befreiungsbeschlusses *Widder*, DB 2008, 1480

wie das berechnigte Geheimhaltungsinteresse fortbesteht. Entfällt jedoch das Geheimhaltungsinteresse oder kann die Geheimhaltung der Insiderinformation nicht mehr sichergestellt werden, ist die Veröffentlichung gemäß § 15 Abs. 3 S. 2 WpHG unverzüglich nachzuholen.⁹⁸³

I. Berechnigtes Geheimhaltungsinteresse

Der Aufschnub der Publizität ist nur bei berechnigtem Interesse des Emittenten an der Geheimhaltung zulässig.⁹⁸⁴ Die Gesetzesbegründung zu § 15 Abs. 3 WpHG, § 6 S. 2 WpAIV sowie Art. 3 Abs. 1 der Durchführungsrichtlinie zur Marktmissbrauchsrichtlinie⁹⁸⁵ nennen als Beispielfälle des berechnigten Interesses der Gesellschaft⁹⁸⁶ namentlich laufende Verhandlungen sowie Vorstandsbeschlüsse, die eines bestätigenden Aufsichtsratsbeschlusses bedürfen. Das berechnigte Interesse nimmt nur das Gesellschaftsinteresse in den Blick. Eine Rückkoppelung an kapitalmarktrechtliche Ziele erfolgt erst im Rahmen der Erforderlichkeit der Geheimhaltung. Die genannten Beispielfälle verfolgen das Ziel, die Arbeit innerhalb börsennotierter Gesellschaften, trotz Informationspflicht, zu ermöglichen. Ein berechnigtes Interesse besteht also, wenn die Veröffentlichung der Insiderinformation Handlungen oder Entscheidungen der Gesellschaft gefährdet. Die Geheimhaltung liegt im Gesellschaftsinteresse, wenn der Nutzen der Geheimhaltung die Geheimhaltungskosten übersteigt.⁹⁸⁷ Geheimhaltungsinteresse setzt also die Steigerung des Kapitalwertes der Gesellschaft,⁹⁸⁸ zumindest jedoch dessen Erhalt, voraus.

(1482 f.). Zu § 15 Abs. 1 S. 2 WpHG a.F., der noch eine Befreiung durch die BaFin erforderte, siehe zum Beispiel *Schneider*, BB 2001, 1214 (1214 ff.).

⁹⁸³ Dazu *Veith*, NZG 2005, 254 (258).

⁹⁸⁴ Eine differenzierte Auseinandersetzung mit dem Emittenteninteresse findet sich bei *Klöhn*, ZHR 2014, 55 (73 ff.).

⁹⁸⁵ Richtlinie 2003/124/EG der Kommission vom 22. Dezember 2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Begriffsbestimmung und die Veröffentlichung von Insider-Informationen und die Begriffsbestimmung der Marktmanipulation.

⁹⁸⁶ Vgl. Begründung RegE, BT-Drks. 15/3174, S. 35. Dazu auch *Veith*, NZG 2005, 254 (255). Zu Europa *Möllers*, WM 2005, 1393 (1395 f.); *Schneider*, BB 2005, 897 (898).

⁹⁸⁷ *Klöhn*, ZHR 2014, 55 (78 f.).

⁹⁸⁸ *Klöhn*, ZHR 2014, 55 (78, 89).

Im Fall krankheitsbedingten Ausscheidens kann ein berechtigtes Interesse an der Organisation einer geordneten Nachfolge bestehen.⁹⁸⁹ Die Veröffentlichung des Ausscheidens mag Spekulationen über potentielle Nachfolger auslösen, die gegebenenfalls die Verhandlungen beeinflussen, aber auch die Unsicherheit über die Führungskontinuität mag den Aktienkurs beeinflussen, ohne dass sich das Risiko einer führungslosen Gesellschaft tatsächlich realisiert.

Hinzu tritt das Interesse des Geschäftsleiters an der Geheimhaltung seiner Krankheit. Sein Interesse deckt sich allerdings nicht mit dem Gesellschaftsinteresse, sondern ist vielmehr ein persönliches Interesse. Interessen Dritter sind im Rahmen des Geheimhaltungsinteresses grundsätzlich nicht zu berücksichtigen.⁹⁹⁰ Das Interesse des Emittenten an der Geheimhaltung setzt sich, da die Gesellschaft selbst als juristische Person keine eigenen Interessen haben kann, aus den Interessen der hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen zusammen.⁹⁹¹ Gegen eine Qualifikation des Geschäftsleiters als „Dritter“ spricht, dass auch die Vorstandsmitglieder als solche natürliche Person in Betracht kommen. Als Emittenteninteresse können auch allein die Aktionärsinteressen zu verstehen sein.⁹⁹² Wesen juristischer Personen ist das Zurücktreten der Interessen Einzelner hinter dem Interesse der vergemeinschafteten Gesamtheit. Private Belange finden bei kapitalmarktrechtlichen Gestaltungen keine Berücksichtigung. Selbst wenn also neben den Interessen der Aktionäre die Interessen anderer Gruppen in der Gesellschaft (etwa der Arbeitnehmer) als Bestandteil des Emittenteninteresses anzuerkennen sind, ist das Interesse der Geschäftsführung zwar berücksichtigungsfähig, allerdings nur in ihrer innergesellschaftlichen Funktion. Private Interessen sind nicht Bestandteil des Emittenteninteresses. Das Interesse des erkrankten Vorstandsmitglieds an der Geheimhaltung seiner Erkrankung kann die Befreiung von der Ad-hoc-Publizität gemäß § 15 Abs. 3 WpHG also nicht rechtfertigen. Die Ad-hoc-Publizität darf allerdings nicht grundrechtliche Belange des Vorstandsmitglieds verletzen; die Diagnose unterfällt folglich nicht der Publizitätspflicht.⁹⁹³

⁹⁸⁹ OLG Stuttgart, 22.04.2009 – 20 Kap 1/08, ZIP 2009, 962 (B.II.1.a).

⁹⁹⁰ *Schneider*, BB 2005, 897 (898).

⁹⁹¹ *Klöhn*, ZHR 2014, 55 (74).

⁹⁹² I.E. dafür, ebenfalls näher zu den verschiedenen Positionen *Klöhn*, ZHR 2014, 55 (74 f.).

⁹⁹³ Vgl. etwa Kapitel 2.C.II.2.f und 2.C.III.3.e.

Im Fall eines Krankheitsverdachts mag es dem Interesse der Gesellschaft entsprechen, zunächst die Klärung der Erkrankung abzuwarten, da erst dann die Auswirkungen der Krankheit auf die Gesellschaft absehbar sind. Dieses Ergebnis hält auch dem Vergleich mit der Diskussion zu gestreckten Sachverhalten stand. Denn auch dort wird vertreten, bei dem ersten Schritt eines gestreckten Sachverhalts dürfe gemäß § 15 Abs. 3 S. 1 WpHG von der Veröffentlichung abgesehen werden, wenn davon auszugehen sei, dass die Anleger die Entscheidung bereits als verbindlich ansehen.⁹⁹⁴ Gleiches gilt, wenn die Zustimmung anderer Organe oder Dritter bei frühzeitiger Bekanntgabe gefährdet ist.⁹⁹⁵

II. Erforderlichkeit der Geheimhaltung

Über die genannten Tatbestandsvoraussetzungen hinaus muss eine Abwägung der Gesellschaftsinteressen mit den Interessen des Kapitalmarktes an einer möglichst frühzeitigen Information (vgl. § 6 S. 1 WpAIV) erfolgen.⁹⁹⁶ Ergibt sich dann, dass die Gesellschaftsinteressen die Geheimhaltung erfordern, ist die Befreiung nach § 15 Abs. 3 WpHG möglich.⁹⁹⁷ Gemäß § 6 S. 2 WpAIV ist Geheimhaltung erforderlich, wenn mit der Insiderinformation gemeinsam weitere Entscheidungen bekannt gegeben werden müssen, um die Entscheidungsfindung selbst nicht zu gefährden.⁹⁹⁸ Dies kann für den Fall eines Krankheitsverdachts zutreffen. Hat sich ein Krankheitsverdacht zu einer Insiderinformation verdichtet, bedarf es regelmäßig Zeit, um das weitere Vorgehen zu entscheiden und gegebenenfalls in den verschiedenen Gesellschaftsorganen zu besprechen. Erst diese Abstimmung ergibt, ob die Gesellschaft die Auswirkungen der dann vielleicht schon feststehenden Krankheit auffangen kann, oder ob es eines neuen Vorstandsmitglieds bedarf.

Auch kann ein Interesse der Gesellschaft bestehen, zunächst die Genesung des Vorstandsmitglieds abzuwarten, wenn dieses die Gesellschaft erheblich prägt

⁹⁹⁴ *Veith*, NZG 2005, 254 (256).

⁹⁹⁵ *Veith*, NZG 2005, 254 (256).

⁹⁹⁶ *Nietsch*, BB 2005, 785 (788); *Veith*, NZG 2005, 254 (257). Teilweise wird dies schon im Rahmen des Geheimhaltungsinteresses geprüft, so *Klöhn*, ZHR 2014, 55 (56, 82). Kritisch *Krämer/Teigelack*, AG 2012, 20 (23).

⁹⁹⁷ *Groß*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 385 (394).

⁹⁹⁸ Vgl. auch die beispielhaft aufgezählten Fallgruppen bei *Groß*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 385 (394).

und die Bekanntgabe seiner Erkrankung erhebliche Kurseinbrüche befürchten lässt, obwohl die endgültigen Auswirkungen der Krankheit auf die Gesellschaft noch nicht absehbar sind.

Die Geheimhaltung ist allerdings nur erforderlich, wenn die Veröffentlichung die Gesellschaft in ihren Handlungsmöglichkeiten einschränken würde. Der Wunsch, nicht unter den Augen der Kapitalmarktöffentlichkeit zu agieren, ist als Begründung nicht ausreichend. Inwieweit die Geheimhaltung einer Krankheit oder eines Krankheitsverdachtes erforderlich ist, ist im konkreten Einzelfall zu ermitteln. Dabei wird die Erforderlichkeit bei einem Krankheitsverdacht eher gegeben sein als bei einer bereits feststehenden Erkrankung.

III. Keine Irreführung der Öffentlichkeit

Der Verzicht auf die Veröffentlichung einer Insidertatsache darf nicht zur Irreführung der Öffentlichkeit führen. Irreführung erfolgt bei widersprechenden Informationen der Kapitalmarktöffentlichkeit,⁹⁹⁹ das heißt bei der Gefahr, dass Anleger ihre Entscheidungen aufgrund falscher Insidertatsachen treffen. Die Integrität des Kapitalmarktes ist dann nicht mehr gewährleistet.

Bloße Spekulationen über den Gesundheitszustand eines Geschäftsleiters, dessen Erkrankung als Insiderinformation zu qualifizieren wäre, führen hingegen nicht zu einer Veröffentlichungspflicht über seinen Gesundheitszustand.¹⁰⁰⁰ Erforderlich sind vielmehr konkrete von der Gesellschaft ausgehende Informationen, die über bloße Gerüchte hinausgehen.¹⁰⁰¹ Die Gesellschaft muss sich im Rahmen der Ad-hoc-Publizität also um möglichst große Klarheit bemühen.

IV. Gewährleistung der Vertraulichkeit

Als letzte Voraussetzung fordert § 15 Abs. 3 WpHG, dass die Gesellschaft die Vertraulichkeit der Information sicherstellt, indem sie den Zugang zu der Insiderinformation beschränkt (§ 7 Nr. 1 WpAIV). Zudem muss die Gesellschaft

⁹⁹⁹ Möllers, WM 2005, 1393 (1397); Schneider, BB 2005, 897 (899); Veith, NZG 2005, 254 (257).

¹⁰⁰⁰ Dazu bereits Kapitel 3.C.III.4.

¹⁰⁰¹ Vgl. Groß, in: FS Uwe H. Schneider, S. 385 (396); Pattberg/Bredol, NZG 2013, 87 (90 f.). Vgl. auch Bachmann, ZHR 2008, 597 (611); Möllers, WM 2005, 1393 (1397). Anders Fleischer/Schmolke, AG 2007, 841 (851).

diejenigen, die Kenntnis von der Insiderinformation haben, über die Folgen unrechtmäßiger Verwendung aufklären¹⁰⁰² sowie in der Lage sein, die Insiderinformation sofort bekanntzugeben, sollte sie die Geheimhaltung nicht mehr gewährleisten können (§ 7 Nr. 2 WpAIV).¹⁰⁰³ Im Zusammenhang mit der Erkrankung von Geschäftsleitern ist der Umgang mit der Kenntnis von Angehörigen problematisch, denn der Austausch über die eigene oder die Erkrankung einer nahe stehenden Person gehört zu den sozialen Üblichkeiten und ist zur psychischen Verarbeitung der damit einhergehenden Probleme für die beteiligten Personen erforderlich. Bei der Gesundheit handelt es sich um für den Menschen besonders relevante und sensible Informationen. Eine Krankheit, ebenso wie ein Krankheitsverdacht, kann den Geschäftsleiter vor große persönliche Probleme stellen. Er muss entscheiden, welche Behandlungen und Untersuchungen er durchführen lassen will und muss sich zudem mit seiner Erkrankung und den damit einhergehenden Beeinträchtigungen abfinden. Der Beistand nahestehender Personen ist in einer solchen Situation von großer Bedeutung. Die Erkrankung eines Vorstandsmitglieds kann es außerdem erfordern, dass Angehörige Entscheidungen treffen, die das betroffene Vorstandsmitglied wegen seiner Erkrankung nicht treffen kann. Unter Umständen sind es also die Angehörigen, die an Stelle des Vorstandsmitglieds seinen Gesundheitszustand kennen, etwa, wenn das erkrankte Vorstandsmitglied im Koma liegt.

Nach wörtlicher Auslegung des Weitergabeverbots verbietet § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG dem Geschäftsleiter, dessen Erkrankung oder Krankheitsverdacht als Insidertatsache zu qualifizieren ist, sich ihm nahestehenden Personen oder Ärzten mitzuteilen. Es liegt auf der Hand, dass dieses Ergebnis nicht richtig sein kann. Die private Weitergabe auch privater Informationen muss zulässig sein, das heißt der Geschäftsleiter muss befugt im Sinne der Vorschrift handeln können. Die Auslegung dieses Merkmales kann nicht allein im gesellschaftlichen Kontext erfolgen.¹⁰⁰⁴ Vielmehr müssen die Gesamtumstände Berücksichtigung finden. So ist es möglich, dass der Geschäftsleiter zur Mitteilung über seine Krankheit im Kontext der Gesellschaft ohne gleichzeitige Ad-hoc-Mitteilung nicht befugt

¹⁰⁰² *Groß*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 385 (397); *Pattberg/Bredol*, NZG 2013, 87 (90); *Veith*, NZG 2005, 254 (257).

¹⁰⁰³ *Groß*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 385 (397).

¹⁰⁰⁴ So aber *Falkenhausen/Widder*, BB 2005, 225 (226 f.).

ist,¹⁰⁰⁵ während die Befugnis zur Information zumindest seines engen persönlichen Umfelds besteht. Das Merkmal „unbefugt“ dient dazu, die Weitergabe von Insiderinformationen im berechtigten Rahmen zu ermöglichen.¹⁰⁰⁶ Die Auslegung des Befugnisbegriffes erfolgt im Wesentlichen unter dem Gesichtspunkt der Weitergabe der Information zu geschäftlichen Zwecken, im Zusammenhang mit der Berufsausübung.¹⁰⁰⁷ Soweit ersichtlich, wird eine Weitergabebefugnis im privaten Umfeld weder in Literatur noch in der Rechtsprechung problematisiert. Dies mag dem Umstand geschuldet sein, dass Insiderinformationen gewöhnlich keinen privaten Anknüpfungspunkt haben. Die Erkrankung eines Vorstandsmitglieds stellt insofern eine Besonderheit dar. Das bußgeldbewährte¹⁰⁰⁸ Verbot des § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG passt nicht, wenn das erkrankte Vorstandsmitglied seine Krankheit an ihm nahestehende Personen, insbesondere seine Familie, weitergibt. Die Weitergabe der Information im privaten Umfeld tangiert das Kapitalmarktrecht auch nicht. Dennoch besteht eine erhöhte Gefahr, dass Informationen an Personen, die am Kapitalmarkt aktiv sind, durchsickern, je mehr Personen Kenntnis von der Krankheit besitzen.

Die Bedeutung des Befugnisbegriffs wird mittels Abwägung zwischen dem kapitalmarktrechtlichen Ziel der gleichmäßigen Information und dem berechtigten Interesse der Gesellschaft an punktueller Weitergabe der Information ermittelt.¹⁰⁰⁹ Da § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG im Rahmen der Umsetzung der Marktmissbrauchsrichtlinie¹⁰¹⁰ erlassen wurde, hat sich die Auslegung der Norm auch am

¹⁰⁰⁵ In Betracht kommt dennoch eine Offenlegungspflicht innerhalb der Gesellschaft, die auf Normen des Gesellschaftsrechts beruht, vgl. zu den Informationspflichten Kapitel 2 C.III.

¹⁰⁰⁶ Vgl. *Assmann*, in: *Assmann/Schneider*, WpHG, § 14 WpHG Rn. 64, 72; *Hilgendorf*, in: *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, § 14 WpHG Rn. 164; *Schwark/Kruse*, in: *Schwark/Zimmer*, § 14 WpHG Rn. 45; *Sethe*, in: *Assmann/Schütze*, Hdb KapanlageR, § 8 Rn. 125.

¹⁰⁰⁷ *Assmann*, in: *Assmann/Schneider*, WpHG, § 14 WpHG Rn. 73 ff.; *Hilgendorf*, in: *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, § 14 WpHG Rn. 166 ff.; *Kumpan*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, § 14 WpHG Rn. 4 f.; *Schwark/Kruse*, in: *Schwark/Zimmer*, § 14 WpHG Rn. 46 ff.; *Sethe*, in: *Assmann/Schütze*, Hdb KapanlageR, § 8 Rn. 126 ff.

¹⁰⁰⁸ § 39 Abs. 2 Nr. 3 WpHG.

¹⁰⁰⁹ *Assmann*, in: *Assmann/Schneider*, WpHG, § 14 WpHG Rn. 73; *Hilgendorf*, in: *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, § 14 WpHG Rn. 165; *Schwark/Kruse*, in: *Schwark/Zimmer*, § 14 WpHG Rn. 47.

¹⁰¹⁰ Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch).

europäischen Recht zu orientieren. Der EuGH legt das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ restriktiv aus.¹⁰¹¹ Daraus lassen sich jedoch keine Rückschlüsse auf die Informationsweitergabe auch privater Insiderinformationen im privaten Umfeld ziehen. Die grundrechtlich geschützten Interessen des erkrankten Vorstandsmitglieds sind in den Abwägungsvorgang einzubeziehen.¹⁰¹² Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung umfasst das Recht, Angehörige über die eigene Erkrankung zu informieren. Die Interessen der Gesellschaft sind dem entgegengesetzt. Das vorrangige Gesellschaftsinteresse richtet sich auf den Erhalt des Marktwertes. Die Wertung des Art. 2 Abs. 1 GG gesteht dem Vorstandsmitglied allerdings einen gegenüber der Gesellschaft selbstständigen Lebensbereich zu.¹⁰¹³ Diesen kann das Vorstandsmitglied nur wirkungsvoll wahrnehmen, wenn es ihm frei steht, über die ihn persönlich betreffenden Angelegenheiten mit seinen Vertrauenspersonen zu sprechen. Die vollständige Untersagung der Informationsweitergabe ist nicht grundrechtskonform, während die unbeschränkte Erlaubnis zur Informationsweitergabe den Gesellschaftsinteressen widerspricht. Eine entsprechende Auslegung des Befugnisbegriffes ist im Sinne der mittelbaren Drittwirkung mithin unzulässig. Ein schonender Ausgleich gebietet es, dem Vorstandsmitglied zu gestatten, Angehörige und Vertrauenspersonen von seiner Krankheit zu berichten. Die Weitergabe der Insiderinformation über den engsten Familienkreis hinaus muss jedoch im Gesellschaftsinteresse weiterhin als unbefugt gelten. Die Familienmitglieder, die von der Krankheit des Vorstandsmitglieds wissen, sind selbst Insider, sodass ihnen die Weitergabe der Information gemäß § 14 Nr. 2 WpHG untersagt ist.¹⁰¹⁴

Auch wenn die Information über eine Erkrankung nicht dem Weitergabeverbot des § 14 WpHG unterliegt, so ist die Erkrankung doch gemäß § 15 Abs. 1 S. 4 WpHG bei der Weitergabe an einen Dritten zu veröffentlichen, es sei denn der Dritte unterliegt selbst einer Geheimhaltungspflicht.¹⁰¹⁵ Eine gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungspflicht der Angehörigen besteht nicht. Einzig § 14

¹⁰¹¹ EuGH, 22.11.2005 – C-384/02, NZG 2006, 60 (Rn. 27).

¹⁰¹² Vgl. *Schumacher*, NZG 2001, 769 (777).

¹⁰¹³ Vgl. schon Kapitel 2 C.III.3.c.aa.

¹⁰¹⁴ Es stellt sich dann die, im Rahmen dieser Untersuchung nicht behandelte, Folgefrage, inwieweit auch Angehörige sich ihnen nahestehenden Personen offenbaren dürfen.

¹⁰¹⁵ Vgl. *Zetsche*, NZG 2015, 817 (822).

Abs. 1 Nr. 2 WpHG verbietet ihnen die Weitergabe von Insiderinformationen. Wird die Strafnorm als Geheimhaltungspflicht des § 15 Abs. 1 S. 4 WpHG akzeptiert,¹⁰¹⁶ verbleibt § 15 Abs. 1 S. 4 WpHG jedoch kein Anwendungsbereich, da jede Weitergabe von Insiderinformationen den Empfänger der Information zum Insider macht, der dem Weitergabeverbot des § 14 WpHG unterliegt.¹⁰¹⁷ Für den besonderen Fall der auch privaten Insiderinformation ist dies jedoch, im Sinne grundrechtskonformer Auslegung, hinzunehmen.

Eine Auslegung, die davon ausgeht, die Mitteilung der Erkrankung an Angehörige stelle keine tatbestandliche Mitteilung im Sinne von §§ 14, 15 Abs. 1 S. 4 WpHG dar, kommt hingegen nicht in Betracht. Anders als bei Entscheidungsprozessen, in denen die Beratung mit Angehörigen dem Privatbereich zuzuordnen ist, was eine Qualifikation als Insidertatsache noch ausschließt, sind die Folgen der Krankheit bereits feststellbar. Eine andere Wertung kann sich lediglich ergeben, wenn in der Gesellschaft noch keine Kenntnis von der Erkrankung besteht. Allerdings führt eine Erkrankung, die als Insidertatsache zu bewerten ist, zu Wissenszurechnung, sodass auch dieses Argument fehl geht. Die Mitteilung der Erkrankung an Angehörige ist kein Fall von § 14 WpHG und löst die Veröffentlichungspflicht des § 15 Abs. 1 S. 4 WpHG nicht aus.

V. Entscheidung über die Selbstbefreiung

Soweit eine Entscheidung über die Selbstbefreiung gefordert wird, stellt sich die Frage, wer zu dieser Entscheidung berechtigt oder verpflichtet ist. Grundsätzlich besteht eine Pflicht des Vorstands zur Ad-hoc-Mitteilung,¹⁰¹⁸ denn der Vorstand handelt für die Gesellschaft. Es stellt sich die Frage, ob das erkrankte Vorstandsmitglied also selbst zu der Mitteilung verpflichtet ist. Teilweise wird vertreten, die Verpflichtung zur Ad-hoc-Mitteilung sei delegierbar, da es sich nicht um eine

¹⁰¹⁶ So *Falkenhausen/Widder*, BB 2005, 225 (226).

¹⁰¹⁷ *Leuering*, NZG 2005, 12 (15). Dies hinnehmend und davon ausgehend, dass der Gesetzgeber mit der Einführung von § 15 Abs. 1 S. 3 WpHG nur den RL-Text übernahm, ohne eine Rechtsänderung zu bezwecken, *Falkenhausen/Widder*, BB 2005, 225 (227 f.). Eine über § 14 WpHG hinausgehende Verschwiegenheitspflicht annehmend *Simon*, Der Konzern 2005, 13 (18 f.).

¹⁰¹⁸ *Leyendecker-Langner/Kleinhenz*, AG 2015, 72 (72, 75); *Mennicke*, NZG 2009, 1059 (1062).

Grundsatzentscheidung, sondern um eine spezielle einzelne Maßnahme der Geschäftsführung handele.¹⁰¹⁹ Ausdrücklich ist kein bestimmtes Vorstandsmitglied mit der Selbstbefreiungsentscheidung betraut.¹⁰²⁰ Speziell für Ad-hoc-Mitteilungen im Krankheitsfall ist relevant, ob das erkrankte Vorstandsmitglied die Entscheidung über die Selbstbefreiung treffen darf.

Es liegt nahe, dem erkrankten Vorstandsmitglied die Entscheidung über die Selbstbefreiung zu überantworten, denn er ist regelmäßig die erste unternehmensinterne Person, die tatsächlich Kenntnis von der Insidertatsache hat. Es besteht allerdings die Gefahr, dass das erkrankte Vorstandsmitglied nicht ausschließlich das Unternehmensinteresse zugrunde legt, sondern sein eigenes Geheimhaltungsinteresse unzulässig stärker gewichtet. Schiebt das erkrankte Vorstandsmitglied die Mitteilung aus Eigeninteresse auf, verstößt es gegen die Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 AktG (Legalitätspflicht) mit der Schadensersatzfolge des § 93 Abs. 2 AktG. Die Gefahr besteht allerdings nicht, wenn die Entscheidungsgründe für den Aufschub so genau dokumentiert werden, dass eine Überprüfung der Entscheidung möglich ist. Da die Gründe, die den Aufschub rechtfertigten, der BaFin nach Wegfall des Geheimhaltungsinteresses mitzuteilen sind (§ 15 Abs. 3 S. 3 WpHG), empfiehlt es sich sowieso die Entscheidungsgründe genau zu dokumentieren.¹⁰²¹ Erfolgt eine nachprüfbare Dokumentation, spricht nichts gegen eine Entscheidung gemäß § 15 Abs. 3 WpHG durch das erkrankte Vorstandsmitglied selbst.

F. Inhalt der Ad-hoc-Mitteilung

Die Ad-hoc-Mitteilung muss den Sachverhalt offenlegen, der als Insiderinformation im Sinne von § 13 WpHG zu qualifizieren ist. Die krankheitsbedingte Ad-hoc-Mitteilung hat sich also prinzipiell auf die Krankheit des Vorstandsmitglieds zu beziehen. Aus dieser Information können die Anleger jedoch keine

¹⁰¹⁹ *Groß*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 385 (392); *Ihrig/Kranz*, BB 2013, 451 (455); *Pattberg/Bredol*, NZG 2013, 87 (88). I.E. ebenso *Mennicke*, NZG 2009, 1059 (1062).

¹⁰²⁰ *Groß*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 385 (392).

¹⁰²¹ *Pattberg/Bredol*, NZG 2013, 87 (88).

Rückschlüsse ziehen. Für sie sind nur die Auswirkungen der Krankheit relevant.¹⁰²² Die dem Geschäftsleiter gestellte Diagnose darf ohne dessen Einwilligung nicht veröffentlicht werden.¹⁰²³ Dies folgt aus der Abwägung des Informationsinteresses des Kapitalmarktes mit dem Recht des Geschäftsleiters.¹⁰²⁴ Etwas anderes mag sich ergeben, wenn die konkrete Diagnose ausnahmsweise zu schwerwiegenden Folgen für die Gesellschaft führt.¹⁰²⁵

G. Fazit Kapitel 3

Die Erkrankung eines Vorstandsmitglieds kann ausnahmsweise als Insiderinformation im Sinne von § 13 WpHG zu qualifizieren sein. Voraussetzung ist, dass die Krankheit wesentlichen Einfluss auf die Abläufe in der Gesellschaft hat. Dann ist die Gesellschaft zur Ad-hoc-Mitteilung verpflichtet.¹⁰²⁶ Führt die Krankheit zum Ausscheiden eines für die Gesellschaft bedeutenden Vorstandsmitglieds, ist das krankheitsbedingte Ausscheiden jedenfalls publizitätspflichtig. Besteht ein berechtigtes Interesse der Gesellschaft an der Geheimhaltung der Erkrankung, kann sie die Mitteilung gemäß § 15 Abs. 3 WpHG aufschieben. Das Eigeninteresse des Vorstands an der Geheimhaltung seiner Erkrankung spielt für das berechnigte Gesellschaftsinteresse keine Rolle.

Der Inhalt der Veröffentlichungspflicht ist jedoch grundrechtskonform auszulegen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verbietet, die Krankheitsdiagnose zu veröffentlichen. Der Inhalt der Ad-hoc-Mitteilung muss sich vielmehr auf die Auswirkungen auf die Gesellschaft beschränken.

Das Mitteilungsverbot des § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG verbietet es dem Vorstandsmitglied nicht, seine Erkrankung ihm nahestehenden Personen mitzuteilen. Auch löst die Mitteilung keine Veröffentlichungspflicht nach § 15 Abs. 1 S. 4 WpHG

¹⁰²² *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2010, 86 (86); *Fleischer*, in: FS Uwe H. Schneider, S. 333 (345, 351).

¹⁰²³ Vgl. *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (96); *Schumacher*, NZG 2001, 769 (777 f.).

¹⁰²⁴ Vgl. *Bayer*, in: FS Hommelhoff, S. 87 (96); *Fleischer*, NZG 2010, 561 (567); *Schumacher*, NZG 2001, 769 (776).

¹⁰²⁵ Zum Beispiel wenn ein Vorstandsmitglied an einer ansteckenden Erkrankung leidet und in Kontakt mit der von einem Unternehmen betriebenen Lebensmittelproduktion kommt, was die Ansteckung von Dritten ermöglichen könnte.

¹⁰²⁶ Zur Haftung bei Verstößen gegen die Publizitätspflicht siehe zum Beispiel *Krause*, ZGR 2002, 799 (799 ff.).

aus. Das Vorstandsmitglied hat jedoch auf die Interessen der Gesellschaft Rücksicht zu nehmen und muss außerhalb eines engen Kreises die Mitteilung unterlassen, solange diese noch nicht bekannt gegeben oder auf anderem Wege publik wurde, sodass die Einordnung als Insidertatsache entfällt. Die Gewährung der Vertraulichkeit im Sinne von § 15 Abs. 3 S. 1 WpHG schließt eine Weitergabe der Information dann nicht aus, wenn der Geschäftsleiter dabei befugt handelt, er sich also etwa seinen Angehörigen mitteilt.

Fazit

A. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Kapitel 1: Vorfragen

1. Anknüpfungspunkt gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten ist eine Krankheit des Geschäftsleiters oder ein Krankheitsverdacht. Maßnahmen der Gesundheitsvorsorge bedürfen hingegen keines Anknüpfungspunktes, sondern bestehen unabhängig vom Gesundheitszustand des Geschäftsleiters.
2. Eine Krankheit im Rahmen dieser Untersuchung ist das objektive Abweichen des physischen oder psychischen Zustandes des Geschäftsleiters vom Normalzustand, infolgedessen die Arbeitsfähigkeit erheblich beeinträchtigt wird und von der sichere Kenntnis besteht.
3. Ein Krankheitsverdacht ist das objektiv veranlasste Für-wahrscheinlich-Halten einer Krankheit.
4. Die Struktur der Kapitalgesellschaften erfordert, insbesondere bei Berücksichtigung der speziellen Zwangslage, in der ein Geschäftsleiter im Krankheitsfalle geraten kann, die Festlegung gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten. Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten sind geeignet, dauerhaft Bestand und Rentabilität der Gesellschaft zu sichern, weshalb sie im Gesellschaftsinteresse liegen. Gesundheitliche Beeinträchtigungen des Geschäftsleiters beeinträchtigen auch die Gesellschaft, am deutlichsten spürbar ist dies beim endgültigen Ausscheiden des Geschäftsleiters aus seiner Organstellung.
5. Geschäftsleiter sind nur ausnahmsweise als Arbeitnehmer zu qualifizieren. Dies gilt vornehmlich für Fremdgeschäftsführer, die nicht oder unterhalb einer Sperrminorität an der Gesellschaft beteiligt sind. Die Entwicklung des Unionsrechts (in Anbetracht von Danosa- und Balkaya-Entscheidung des EuGH) deutet darauf hin, dass Geschäftsleiter zukünftig zumindest häufiger dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff unterfallen.
6. Unbesehen sind arbeitsrechtliche Normen nicht auf Geschäftsleiter übertragbar. Zwar kann der Fremdgeschäftsführer einer GmbH im Einzelfall

als Arbeitnehmer einzuordnen sein; dies bedarf jedoch jeweils einer Betrachtung des konkreten Anstellungsvertrages. Wertungen des Arbeitsrechts können auf das Verhältnis von Gesellschaft zu Geschäftsleiter im Wege der Einzel- oder Rechtsanalogie angewandt werden.

7. Unabhängig von der Verletzung gesundheitsbezogener Pflichten kann die Gesellschaft ihren Geschäftsleiter wegen einer andauernden Erkrankung abberufen und den Anstellungsvertrag kündigen.

II. Kapitel 2: Gesellschaftsrecht

1. Die Herleitung gesundheitsbezogener Geschäftsleiterpflichten wird durch die mittelbare Drittwirkung der Geschäftsleitergrundrechte begrenzt.
2. Gesundheitsbezogene Verhaltenspflichten lassen sich aus den Normen des Gesellschaftsrechts nicht herleiten. Mangels Unternehmensbezugs gesundheitsrelevanter Handlungen kommt die Sorgfaltspflicht der Geschäftsleiter (§§ 93 Abs. 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG) als Rechtsgrundlage nicht in Betracht. Auch die organschaftliche Treuepflicht bietet keinen Anhaltspunkt. Das Recht des Geschäftsleiters auf Privatsphäre verwehrt gesellschaftsrechtlichen Regelungen die Einwirkung auf sein Privatleben. Lediglich eine Pflicht, besonders gefährliche Verhaltensweisen in Krisenzeiten zu unterlassen, ist denkbar. Dies rechtfertigt eine Interessenverschiebung in Krisenzeiten, da die organschaftliche Treuepflicht von Geschäftsleitern dann einen besonderen Einsatz für die Gesellschaft bei Rückstehen eigener Rechte fordert.
3. Turnusmäßige Vorsorgeuntersuchungen muss der Geschäftsleiter aus seiner organschaftlichen Stellung heraus nicht vornehmen. Er ist jedoch auf Grundlage der organschaftlichen Treuepflicht zu Untersuchungen verpflichtet, soweit der Verdacht Erkrankung besteht, die seine Tätigkeit einschränken würde. Das Untersuchungsergebnis muss er der Gesellschaft nur in Form einer ärztlichen Bescheinigung über die Dienstfähigkeit mitteilen. Einer Auslegung der Treuepflicht, die den Geschäftsleiter zur Offenlegung der Diagnose verpflichtet, stehen die Grundrechte des Geschäftsleiters entgegen.
4. Die §§ 51a GmbHG, 90, 131 AktG verpflichten den Geschäftsleiter bei gesundheitsbezogenem Auskunftsverlangen zur Auskunftserteilung über

seinen Gesundheitszustand, wenn dieser als Angelegenheit der Gesellschaft einzuordnen ist. Der Aufsichtsrat ist darüber hinaus auch ohne ausdrückliches Informationsverlangen zu informieren. Der Gesundheitszustand des Geschäftsleiters ist eine Angelegenheit der Gesellschaft, wenn dieser zur Beeinträchtigung des Geschäftsablaufes geeignet ist. Die in den verschiedenen Gesellschaftsformen unterschiedlich ausgestalteten Organstrukturen führen in GmbH und AG zu unterschiedlichen Ausprägungen dieser Ansprüche. Während in der GmbH die Gesellschafter als Aufsichtsorgan vorrangig zur Information über die Gesundheit des Geschäftsleiters berufen sind, ist in der AG der Aufsichtsrat vorrangiger Informationsadressat. Den Aktionären steht nur ausnahmsweise ein entsprechender Auskunftsanspruch zu. Der Gesellschaft ist die Kenntnis des Geschäftsleiters über seinen Gesundheitszustand gemäß einer modifizierten Organtheorie zuzurechnen, wenn die Krankheit als Angelegenheit der Gesellschaft zu qualifizieren ist.

5. Geschäftsleiter haben aufgrund der Grundsätze geordneter Zusammenarbeit weitere Geschäftsführungsmitglieder über ihre krankheitsbedingte Abwesenheit zu informieren.
6. Die sich aus § 241 Abs. 2 BGB ergebene Rücksichtnahmepflicht verpflichtet den Geschäftsleiter dazu, die Gesellschaft bei Vertragsabschluss über seine Erkrankung aufzuklären, soweit er schon mit Aufnahme der Tätigkeit als Geschäftsleiter dienstunfähig erkrankt ist oder sein wird.
7. Informieren muss der Geschäftsleiter jeweils nur über seine Dienstunfähigkeit. Auskünfte über die Diagnose muss er nicht erteilen.
8. Auch bei akuter Erkrankung bestehen keine gesundheitsbezogenen Verhaltenspflichten als Handlungspflicht. Weder die Sorgfaltspflicht noch die organschaftliche Treuepflicht bieten eine ausreichende Grundlage. Vielmehr folgt aus grundrechtlichen Wertungen, dass dem Geschäftsleiter selbst die Entscheidungsmacht über seine Gesundheit zusteht.
9. Der Geschäftsleiter hat jedoch genesungswidriges Verhalten zu unterlassen. Dies ergibt sich als Pflicht aus der Bezügeförtzahlung, die dem Geschäftsleiter gewährt wird, um ihm Genesungszeit zuzugestehen.
10. Eine Pflicht zur Amtsniederlegung oder ein umgekehrtes Verbot der Amtsniederlegung besteht nicht. Die Entscheidung über die Abberufung

muss der Geschäftsleiter dem zuständigen Abberufungsorgan nicht abnehmen. Schon aus der Regelung des § 275 Abs. 1 BGB ergibt sich, dass bei Erkrankung kein Verbot der Amtsniederlegung besteht.

11. Der Geschäftsleiter hat Arbeitsschutzvorschriften auch in seinem eigenen Interesse umzusetzen, soweit er über die reine Unternehmensleitung hinausgehende Aufgaben wahrnimmt. Gemäß § 15 ArbSchG ist er zur Rücksichtnahme auf seine eigene Gesundheit verpflichtet. Konkrete Organisationsmaßnahmen mit Gesundheitsbezug ergeben sich allerdings nur dort, wo das Arbeitsschutzrecht konkrete Organisationsmaßnahmen vorschreibt. Anderenfalls hat der Geschäftsleiter die Auswirkungen von Maßnahmen auf seine eigene Gesundheit im Rahmen von Ermessenentscheidungen als ein ermessenslenkendes Element zu berücksichtigen.
12. Im Fall eingeschränkter Dienstfähigkeit ist der Geschäftsleiter wegen der organschaftlichen Treuepflicht zum Einsatz der ihm verbleibenden Kräfte für die Gesellschaft verpflichtet.
13. Anstellungsvertragliche Gesundheitspflichten können wegen des Grundrechtsbezuges nicht mittels AGB vereinbart werden. Es bedarf vielmehr einer individualvertraglichen Einwilligung des Geschäftsleiters, die jederzeit bei der Vornahme grundrechtsbegrenzender Maßnahmen widerrufen werden kann. Gesetzliche Gesundheitspflichten können nur in der GmbH abbedungen werden.

III. Kapitel 3: Ad-hoc-Publizität

1. Die Erkrankung eines Vorstandsmitglieds kann eine Insidertatsache im Sinne von § 13 Abs. 1 WpHG sein, die gemäß § 15 Abs. 1 WpHG ad-hoc-publizitätspflichtig ist. Voraussetzung ist, dass die Gesellschaft von der Person des erkrankten Vorstandsmitglieds abhängt und die Krankheit Auswirkungen auf die Gesellschaft hat beziehungsweise haben wird, und die Erkrankung (noch) nicht öffentlich bekannt ist.
2. Krankheitsbedingtes Ausscheiden ist ebenfalls als Insidertatsache zu qualifizieren.
3. Bereits die Absicht, krankheitsbedingt die Organstellung niederzulegen, ist als Insidertatsache zu qualifizieren, wenn der Ausstiegswunsch geäußert wird.

4. Auch Vorstufen der Krankheit können als Insidertatsache zu qualifizieren sein. So ist ein Krankheitsverdacht Insidertatsache, wenn die vermutete Erkrankung als Insidertatsache einzuordnen ist und die Erkrankung hinreichend wahrscheinlich ist.
5. Krankheitsgerüchte sind keine Insiderinformationen und lösen keine Publikationspflicht aus. Dies rührt zum einen aus der typischerweise bestehenden Unsicherheit über den Wahrheitsgehalt, zum anderen aus der typischen Verbreitung des Gerüchts. Um gleichmäßige Information am Kapitalmarkt zu gewährleisten, ist ebenfalls von der Publikation von Gerüchten abzusehen. Gerüchte sind allerdings dazu geeignet, die nachträgliche Veröffentlichungspflicht nach § 15 Abs. 3 WpHG auszulösen.
6. Die Gesellschaft kann die Mitteilungspflicht gemäß § 15 Abs. 3 WpHG aufschieben. Als berechtigtes Interesse kommt das Interesse an einem geordneten Übergang in Betracht. Das Interesse des erkrankten Vorstandsmitglieds, seine Krankheit geheim zu halten, kann nicht berücksichtigt werden. Das Interesse des Emittenten an der Geheimhaltung setzt sich nur aus den Aktionärsinteressen zusammen, das Vorstandsmitglied ist insoweit als „Dritter“ zu qualifizieren. Die Geheimhaltung einer Erkrankung ist erforderlich, wenn die Veröffentlichung die Regelung der Nachfolge erschweren würde oder das Ausmaß der Auswirkungen auf die Gesellschaft (etwa bei einem Krankheitsverdacht) noch nicht endgültig absehbar ist. Voraussetzung ist, dass die Veröffentlichung die Handlungsmöglichkeiten der Gesellschaft behindert.
7. Die Vertraulichkeit der Insiderinformation gilt auch bei der Weitergabe der Krankheitsinformation durch den Geschäftsleiter an Angehörige oder nahe Vertraute als gewahrt. Darüber hinausgehende Verbreitung bleibt jedoch „unbefugt“ im Sinne von § 14 WpHG. Dieses Ergebnis sichert zwar keine absolute Geheimhaltung, ist nach verfassungskonformer Auslegung jedoch erforderlich. Die Angehörigen unterliegen als Insider wiederum dem Weitergabeverbot des § 14 WpHG.
8. Bei entsprechender Dokumentation ist das erkrankte Vorstandsmitglied selbst zur Entscheidung über den Aufschub berechtigt.

9. Der Inhalt der Ad-hoc-Mitteilung darf sich nur auf die Dienstunfähigkeit beziehungsweise die Einschränkungen der Gesellschaft beziehen. Die Diagnose darf nicht veröffentlicht werden.

B. Abschließende Bemerkung

Das bestehende System der Gesundheitspflichten stellt sich als ein schlüssiges Haftungssystem dar. Übermäßigen Gesundheitspflichten werden insbesondere durch die (mittelbare) Grundrechtswirkung Grenzen gesetzt. Aus dem (Gesellschafts-)Recht lassen sich die dem Geschäftsleiter obliegenden Gesundheitspflichten jedoch nicht einfach entnehmen. Das geltende Recht lässt einen Rückschluss auf die erforderlichen Handlungen im Zusammenhang mit gesundheitsbezogenen Handlungen nur schwer erkennen. Die existierenden Vorschriften, die für diesen Fragenkomplex ergiebig sind, arbeiten häufig mit unbestimmten Rechtsbegriffen, sodass eine genaue Bestimmung der erforderlichen Pflichten schwer fällt. Vielmehr bedürfen die Herausarbeitung und die Beurteilung der Zulässigkeit gesundheitsbezogener Regelungen vertiefter juristischer Kenntnisse. Im Sinne erhöhter Rechtssicherheit und zur Garantie der Vorhersehbarkeit der Verpflichtungen sowie der Rechte insbesondere im Krankheitsfall, auch für unerfahrene oder juristisch nicht versierte Geschäftsleiter, bietet sich eine ausdrückliche Normierung von Gesundheitspflichten im Gesellschaftsrecht an.

Normierte Pflichten begrenzen jedoch den Ermessensspielraum, den die Gesellschaft, insbesondere der Geschäftsleiter, bei der Gestaltung unternehmerischer Entscheidungen nutzen kann. Eine Rechtfertigung weitergehender gesetzlicher Regelungen bietet die Theorie der unvollständigen Verträge. Diese geht davon aus, dass Einzelverträge es nicht vermögen, jedes denkbare Problem zu regeln, da dies mit zu hohen Kosten verbunden sei.¹⁰²⁷ Gerade Verträge, bei denen eine Partei der anderen Partei ermöglicht, auf ihre Vermögensverhältnisse einzuwirken, stellen solche unvollständigen Verträge dar.¹⁰²⁸ Die Annahme abschließender Regelung der verlangten Verhaltensweisen für jeden denkbaren Fall widerspreche dem Vertragszweck.¹⁰²⁹ Gerade das Verhältnis zwischen der Gesellschaft und ihrem Geschäftsleiter entspricht diesen Kriterien. Für die Gesellschaft

¹⁰²⁷ Vgl. die Darstellung bei *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 69.

¹⁰²⁸ *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 69.

¹⁰²⁹ Vgl. *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 69.

ist der Rückgriff auf gesetzliche Normen günstiger als ihr einzelvertragliches Aushandeln. Zudem erlaubt die gesetzliche Normierung dem Gesetzgeber, Regelungen zu schaffen, die einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen schaffen. Sie können die Wahrung der verfassungsmäßigen Rechte umfassender ermöglichen, als dies im Fall einzelvertraglicher Regelungen der Fall wäre. Zumindest die Schaffung einheitlicher Regelungen kann der Gesetzgeber so fördern.

Einen Ausgleich zwischen diesen Positionen bieten disponible gesetzliche Regelungen. Diese schränken den unternehmerischen Ermessensspielraum von Gesellschaft und Geschäftsführer nicht übermäßig ein, führen zugleich jedoch dazu, dass der Umgang mit der eigenen Gesundheit für jeden Geschäftsleiter nachvollziehbar geregelt ist. Die geltende Rechtslage kann der Geschäftsleiter entweder seinem Anstellungsvertrag oder dem Gesetz entnehmen. Zumindest die Normierung von Rahmenregelungen oder dispositivem Recht ist also wünschenswert.

Literaturverzeichnis

- Abeltshauser, Thomas E.*, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, zitiert als: Leitungshaftung
- Aden, Menno*, Wissenszurechnung in der Körperschaft, NJW 1999, 3098 f.
- Aligbe, Patrick*, Die oft vernachlässigte Pflicht des Arbeitgebers zur Bestellung eines Betriebsarztes, ArbRAktuell 2012, 524 ff.
- Altmeppen, Holger*, Verbandshaftung kraft Wissenszurechnung am Beispiel des Unternehmenskaufs, BB 1999, 749 ff.
- Alvermann, Jörg/u.a.*, Formularbuch Recht und Steuern, Gesellschaftsverträge, Sonstige Verträge, Besteuerungsverfahren, Rechtsmittelverfahren, Steuerstrafverfahren, 8. Auflage 2014
- Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid*, Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Auflage 2012
- Assmann, Heinz-Dieter/Gadow, Wilhelm/Hopt, Klaus J./Kort, Michael*, Aktiengesetz, Großkommentar, 2008, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Großkommentar AktG
- Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe H.*, Wertpapierhandelsgesetz, 6. Auflage 2012, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Assmann/Schneider, WpHG
- Assmann, Heinz-Dieter/Schütze, Rolf A.*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Auflage 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Assmann/Schütze, Hdb KapanlageR
- Bach, Peter/Moser, Hans*, Private Krankenversicherung, MB/KK- und MB/KT-Kommentar, 5. Auflage 2016
- Bachmann, Gregor*, Kapitalmarktrechtliche Probleme bei der Zusammenführung von Unternehmen, ZHR 2008, 597 ff.
- Bachmann, Gregor*, Die Geschäftsleiterhaftung im Fokus von Rechtsprechung und Rechtspolitik, BB 2015, 771 ff.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert*, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 32. Auflage 01.08.2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB
- Barta, Sebastian*, Die Insiderinformation als aufklärungspflichtiger Umstand de lege lata und de lege ferenda, DZWIR 2012, 178 ff.
- Bauer, Jobst-Hubertus*, Kündigung und Kündigungsschutz vertretungsberechtigter Organmitglieder, BB 1994, 855 ff.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian*, AGB-Kontrolle von Vorstandsverträgen, ZIP 2006, 2337 ff.
- Bauer, Jobst-Hubertus*, Arbeitnehmereigenschaft von Organmitgliedern einer Kapitalgesellschaft, GWR 2010, 586
- Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian/Kramer, Nadine*, Schiedsvereinbarungen mit Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern, AG 2014, 677 ff.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Medem, Andreas von*, Spielregeln und Usancen bei der Beendigung von Vorstandsverträgen, NZA 2014, 238 ff.
- Baumann, Horst*, Die Kenntnis juristischer Personen des Privatrechts von rechtserheblichen Umständen, ZGR 1973, 284 ff.
- Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J.*, Handelsgesetzbuch, mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 36. Auflage 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hopt, HGB

- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG, 20. Auflage 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG
- Bayer, Walter*, Erkrankungen von Vorstandsmitgliedern, in: Erle (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, 2012, S. 87 ff., zitiert als: *Bayer*, in: FS Hommelhoff
- Bayreuther, Frank*, Einstellungsuntersuchungen, Fragerecht und geplantes Beschäftigtendatenschutzgesetz, NZA 2010, 679 ff.
- Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten*, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, 4. Auflage 2014
- Beckmann, Stefanie*, Die Informationsversorgung von Mitgliedern des Aufsichtsrats börsennotierter Aktiengesellschaften, 2009, zitiert als: Informationsversorgung
- Beckschulze, Martin*, Die arbeitsmedizinische Untersuchung – Vorsorge oder Eignung? – Teil 2, Eine Musterbetriebsvereinbarung zur ärztlichen Eignungsuntersuchung, BB 2014, 1077 ff.
- Beckschulze, Martin*, Die arbeitsrechtliche Untersuchung – Vorsorge oder Eignung? – Teil 1, Eine Musterbetriebsvereinbarung zur ärztlichen Eignungsuntersuchung, BB 2014, 1013 ff.
- Bedkowski, Dorothea*, Die Geschäftsleiterpflichten, 2009
- Behrens, Michael*, Eignungsuntersuchungen und Datenschutz, NZA 2014, 401 ff.
- Bengelsdorf, Peter*, Alkoholkonsum und verhaltensbedingte Kündigung, NZA 2001, 993 ff.
- Benkel, Gert A./Hirschberg, Günther*, Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung, ALB- und BUZ-Kommentar, 2. Auflage 2011
- Beuthien, Volker*, Zur Theorie der Stellvertretung im Gesellschaftsrecht, in: Lieb (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner, Zum 70. Geburtstag, 1998, S. 87 ff., zitiert als: *Beuthien*, in: FS Zöllner
- Bieder, Marcus*, Grund und Grenzen der Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats bei pflichtwidrigem Vorstandshandeln, NZG 2015, 1178 ff.
- Bingel, Adrian*, Die „Insiderinformation“ in zeitlich gestreckten Sachverhalten und die Folgen der jüngsten EuGH-Rechtsprechung für M&A-Transaktionen, AG 2012, 685 ff.
- Bitter, Christian von*, Das Informationsrecht der GmbH-Gesellschafter in §§ 51a, 51 b GmbHG, ZIP 1981, 825 ff.
- Bitz, Michael/Schneeloch, Dieter/Wittstock, Wilfried/Patek, Guido, Der Jahresabschluss, 6. Auflage 2014
- Bley, Claus-Henning/u.a., Krankheitslehre, 2015
- Bohrer, Michael*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 08.12.1989, V ZR 246/87, DNotZ 1991, 124 ff.
- Bork, Reinhard/Schäfer, Carsten*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 3. Auflage 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Bork/Schäfer, GmbHG
- Brandi, Tim O./Süßmann, Rainer*, Neue Insiderregeln und Ad-hoc-Publizität - Folgen für Ablauf und Gestaltung von M&A-Transaktionen, AG 2004, 642 ff.
- Buck-Heeb, Petra*, Private Kenntnis in Banken und Unternehmen, Haftungsvermeidung durch Einhaltung von Organisationspflichten, WM 2008, 281 ff.
- Buck-Heeb, Petra*, Die Haftung von Mitgliedern des Leitungsorgans bei unklarer Rechtslage, Notwendigkeit einer Legal Judgment Rule?, BB 2013, 2247 ff.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales/Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit 2013, 2015

- Burgard, Ulrich*, Ad hoc-Publizität bei gestreckten Sachverhalten und mehrstufigen Entscheidungsprozessen, ZHR 1998, 51 ff.
- Burgard, Ulrich/Heimann, Carsten*, Information des Aufsichtsrats, Kommentar zu OLG Frankfurt v. 1.10.2013 - 5 U 214/12, AG 2014, 373, AG 2014, 360 ff.
- Bürgers, Tobias/Körper, Torsten*, Heidelberger Kommentar, Aktiengesetz, 3. Auflage 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: HK AktG
- Cahn, Andreas*, Grenzen des Markt- und Anlegerschutzes durch das WpHG, ZHR 1998, 1 ff.
- Cahn, Andreas*, Das neue Insiderrecht, Der Konzern 2005, 5 ff.
- Cahn, Andreas/Mertens, Hans-Joachim/Zöllner, Wolfgang*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage 2010, zitiert als: *Bearbeiter*, in: KK AktG
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, 201 ff.
- Casper, Matthias*, Hat die grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats im Sinne des ARAG/Garmenbeck-Urteils ausgedient?, ZHR 2012, 617 ff.
- Deutsch, Erwin*, Die Gesundheit als Rechtsgut im Haftungsrecht und Staatshaftungsrecht, 25 Jahre Karlsruher Forum 1983, 93 ff.
- DGFP e.V.* (Hrsg.), Integriertes Gesundheitsmanagement, 2014
- Diederichsen, Uwe*, Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht, in: Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, 7. Symposium der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart" am 22. und 23. April 1994, 1995, S. 39 ff., zitiert als: *Diederichsen*, in: Rangordnung
- Diederichsen, Uwe*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht - ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 1998, 171 ff.
- Diekmann, Hans/Sustmann, Marco*, Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz - AnSVG), NZG 2004, 929 ff.
- Diller, Martin/Powietzka, Arnim*, Drogenscreenings und Arbeitsrecht, NZA 2001, 1227 ff.
- Dreier, Horst*, GG, Band I, 3. Auflage 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Dreier, GG
- Drinhausen, Florian/Marsch-Barner, Reinhard*, Die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden in der börsennotierten Aktiengesellschaft, AG 2014, 337 ff.
- Druey, Jean N.*, Der informationelle Ansatz im Gesellschaftsrecht, in: Wiedemann/Wank (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2002, S. 809 ff., zitiert als: *Druey*, in: FS Wiedemann
- Druey, Jean N.*, Die Pflicht zur Halbwahrheit, in: Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 249 ff., zitiert als: *Druey*, in: FS K. Schmidt
- Dubovitskaya, Elena*, Sind Vorstandsmitglieder einer AG wirklich Treuhänder?, NZG 2015, 983 ff.
- Duden*, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Auflage 2015
- Dürig, Günter*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Maunz (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, S. 157 ff., zitiert als: *Dürig*, in: FS Nawiasky
- Ebenroth, Carsten T./Lange, Knut W.*, Sorgfaltspflichten und Haftung des Geschäftsleiters einer GmbH nach § 43 GmbHG, GmbHR 1992, 69 ff.
- Ebenroth, Carsten T./Wilken, Oliver*, Zum Auskunftsrecht des Aktionärs im Konzern, Zugleich Anmerkung zu LG Berlin, Beschl. v. 24.06.1993 - 93 O 244/92, 1827 ff., BB 1993, 1818 ff.
- Ebenroth, Carsten Thomas*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs, Bielefeld 1970

- Ebert, Sabine*, Folgepflicht und Haftung des GmbH-Geschäftsführers beim Erhalt und bei der Ausführung von Weisungen, GmbHR 2003, 444 ff.
- Eidenmüller, Horst*, Kapitalgesellschaftsrecht im Spiegel der ökonomischen Theorie, JZ 2001, 1041 ff.
- Ekkenga, Jens*, Individuelle Entscheidungsprozesse im Recht der Ad-hoc-Publizität, Sieben Thesen zum Fall Geltl/Daimler/Schrempf, NZG 2013, 1081 ff.
- Elsing, Siegfried/Schmidt, Matthias*, Individuelle Informationsrechte von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, BB 2002, 1705 ff.
- Epping, Volker*, Grundrechte, 6. Auflage 2015
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian*, Beck'scher Online-Kommentar GG, 23. Auflage Stand 01.03.2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK GG
- Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 14. Auflage 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Erman, BGB
- Erren, Judith*, Das Vorstandsmitglied einer AG als Arbeitnehmer?, 2015
- Falkenhausen, Joachim Freiherr von/Widder, Stefan*, Die befugte Weitergabe von Insiderinformationen nach dem AnSVG, BB 2005, 225 ff.
- Faßbender, Christian/Neuhaus, Heiner*, Zum aktuellen Stand der Diskussion in der Frage der Wissenszurechnung, WM 2002, 1253 ff.
- Fastabend, Katrin*, Der Begriff der notwendigen Krankenbehandlung im SGB V, NZS 2002, 299 ff.
- Fischer, Ulrich*, Die Fremdgeschäftsführerin und andere Organvertreter auf dem Weg zur Arbeitnehmereigenschaft, NJW 2011, 2329 ff.
- Fleck, Hans-Joachim*, Das Organmitglied – Unternehmer oder Arbeitnehmer?, in: Dieterich/Gamillscheg/Wiedemann (Hrsg.), Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, 1983, S. 197 ff., zitiert als: *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf
- Fleischer, Holger*, Die „Business Judgment Rule“ im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie, in: Wiedemann/Wank (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2002, S. 827 ff., zitiert als: *Fleischer*, in: FS Wiedemann
- Fleischer, Holger*, Schwere Erkrankung des Vorstandsvorsitzenden und Ad-hoc-Publizität, in: Burgard (Hrsg.), Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 2011, S. 333 ff., zitiert als: *Fleischer*, in: FS Uwe H. Schneider
- Fleischer, Holger*, Unternehmensspenden und Leitungsermessen des Vorstands im Aktienrecht, AG 2001, 171 ff.
- Fleischer, Holger*, Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs wegen unwahrer oder unterlassener unverzüglicher Ad-hoc-Mitteilungen, BB 2002, 1869 ff.
- Fleischer, Holger*, Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht, WM 2003, 1045 ff.
- Fleischer, Holger*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006
- Fleischer, Holger*, Organpublizität im Aktien- Bilanz- und Kapitalmarktrecht, NZG 2006, 561 ff.
- Fleischer, Holger*, Zur Privatsphäre von GmbH-Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern: Organpflichten, organschaftliche Zurechnung und private Umstände, NJW 2006, 3239 ff.
- Fleischer, Holger*, Ad-hoc-Publizität beim einvernehmlichen vorzeitigen Ausscheiden des Vorstandsvorsitzenden, NZG 2007, 401 ff.
- Fleischer, Holger/Schmolke, Klaus U.*, Gerüchte im Kapitalmarktrecht, Insiderrecht, Ad-hoc-Publizität, Marktmanipulation, AG 2007, 841 ff.

- Fleischer, Holger*, Zur ergänzenden Anwendung von Aktienrecht auf die GmbH, GmbHR 2008, 673 ff.
- Fleischer, Holger*, Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337 ff.
- Fleischer, Holger*, Gesundheitsprobleme eines Vorstandsmitglieds im Lichte des Aktien- und Kapitalmarktrechts, NZG 2010, 561 ff.
- Fleischer, Holger*, When Illness Strikes the Leader, Rechtsfragen bei schwerer Erkrankung eines Vorstandsmitglieds, Der Aufsichtsrat 2010, 86
- Fleischer, Holger*, Zum Inhalt des „Unternehmensinteresses“ im GmbH-Recht, GmbHR 2010, 1307 ff.
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf*, Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbHG, Band 3: §§ 53-85, 1. Auflage 2011, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MünchKomm GmbHG
- Fleischer, Holger*, Zur Einschränkung der Geschäftsführerhaftung in der GmbH, BB 2011, 2435 ff.
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf*, Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbHG, Band 2: §§ 35-52, 2. Auflage 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MünchKomm GmbHG
- Flore, Ingo/Lewinski, Siegfried*, Informationsrechte der Gesellschafter in der GmbH, Möglichkeiten der Geltendmachung und Verweigerung, GmbH-StB 2001, 115 ff.
- Forst, Gerrit*, GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, EuZW 2015, 664 ff.
- Franzen, Martin*, Arbeitnehmerdatenschutz - rechtspolitische Perspektiven, RdA 2010, 257 ff.
- Freckmann, Anke*, Der GmbH-Geschäftsführer im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Ein Überblick unter Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung, DStR 2008, 52 ff.
- Frey, Erich*, Der Arbeitgeber und die Gesundheit des Arbeitnehmers, BB 1960, 212 ff.
- Fuhlrott, Michael/Hoppe, Christian*, Einstellungsuntersuchung und Gentests von Bewerbern, ArbRAktuell 2010, 183 ff.
- Fuhlrott, Michael*, Die rechtliche Stellung leitender Angestellter, ArbRAktuell 2011, 55 ff.
- Fürhoff, Jens*, Neuregelung der Ad-hoc-Publizitätspflicht auf europäischer Ebene, Auswirkungen auf § 15 WpHG und systematische Einordnung, AG 2003, 80 ff.
- Gaul, Björn*, Der Geschäftsführer als Verbraucher – Anwendung der AGB-Kontrolle auf Dienstverträge, GmbHR 2010, R321 ff.
- Gehling, Christian*, Insiderinformationen mit Zukunftsbezug, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert (Hrsg.), Liber amicorum für Martin Winter, 2011, S. 129 ff.
- Gehrlein, Markus/Ekkenga, Jens/Simon, Stefan, GmbHG, 2. Auflage 2015
- Geiser, Martina*, Leitungspflichten des Vorstandes in der AG, 2010, zitiert als: Leitungspflichten des Vorstandes
- Geißler, Markus*, Der aktienrechtliche Auskunftsanspruch im Grenzbereich des Missbrauchs, NZG 2001, 539 ff.
- Ginal, Jens/Raif, Alexander*, Das „Burn-Out-Syndrom“ – Präventions- und Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers, ArbRAktuell 2012, 472 ff.
- Goette, Wulf*, Der Geschäftsführerdienstvertrag zwischen Gesellschafts- und Arbeitsrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Wiedemann/Wank (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2002, S. 873 ff., zitiert als: *Goette*, in: FS Wiedemann

- Goette, Wulf*, „Zur ARAG/GARMENBECK-Doktrin“, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert (Hrsg.), *Liber amicorum für Martin Winter*, 2011, S. 153 ff.
- Goette, Wulf*, Das Organverhältnis des GmbH-Geschäftsführers in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DStR 1998, 938 ff.
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalb, Heinz-Jürgen*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 6, §§ 329 - 410, WpÜG, Österreichisches Übernahmerecht, 3. Auflage 2011, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MünchKomm AktG
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 3; §§ 118 - 178, 3. Auflage 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MünchKomm AktG
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, §§ 76 - 117, 4. Auflage 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MünchKomm AktG
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1 - 75, 4. Auflage 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MünchKomm AktG
- Gola, Peter/Schomerus, Rudolf, BDSG, 12. Auflage 2015
- Goldschmidt, Christof-Ulrich, Die Wissenszurechnung, 2001
- Gottwald, Stefan*, Verhaltensbedingte Kündigung bei krankhaftem Alkoholismus, NZA 1997, 635 ff.
- Goetz, Heinrich*, Die Überwachung der Aktiengesellschaft im Lichte jüngster Unternehmenskrisen, AG 1995, 337 ff.
- Graef, Joachim*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.11.1999, II ZR 122/98, BB 2002, 2517 ff.
- Groß, Wolfgang*, Befreiung von der Ad-hoc-Publizitätspflicht nach § 15 Abs. 3 WpHG, in: Burgard (Hrsg.), Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 2011, S. 385 ff., zitiert als: *Groß*, in: FS Uwe H. Schneider
- Grunewald, Barbara*, Wissenszurechnung bei juristischen Personen, in: Beisse/Lutter/Närger/Beusch (Hrsg.), Festschrift für Karl Beusch zum 68. Geburtstag am 31. Oktober 1993, 1993, S. 301 ff., zitiert als: *Grunewald*, in: FS Beusch
- Grunewald, Barbara*, Einsichts- und Auskunftsrecht des GmbH-Gesellschafters nach neuem Recht, ZHR 1982, 211 ff.
- Gurlit, Elke*, Grundrechtsbindung von Unternehmen, NZG 2013, 249 ff.
- Habersack, Mathias*, Die Legalitätspflicht des Vorstands der AG, in: Burgard (Hrsg.), Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 2011, S. 429 ff., zitiert als: *Habersack*, in: FS Uwe H. Schneider
- Happ, Wilhelm/Semler, Johannes*, Ad hoc-Publizität im Spannungsfeld von Gesellschaftsrecht und Anlegerschutz, Zum Begriff der „Tatsache“ in § 15 WpHG bei mehrstufigen Entscheidungsprozessen, ZGR 1998, 116 ff.
- Harbarth, Stephan*, Ad-hoc-Publizität beim Unternehmenskauf, ZIP 2005, 1898 ff.
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), mit Preisgabenverordnung, Kommentar, 3. Auflage 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG
- Hartung, Manfred M. A.*, Wissenszurechnung beim Unternehmenskauf, NZG 1999, 524 ff.
- Heilmann, Joachim/Aufhauser, Rudolf*, Handkommentar Arbeitsschutzgesetz, 2. Auflage 2005, zitiert als: *Bearbeiter*, in: HK-ArbSchG
- Heintschel-Heinegg, Bernd von*, Beck'scher Online-Kommentar StGB, 29. Auflage 01.12.2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in:

- Hellwig, Hans-Jürgen*, Der Auskunftsanspruch des Aktionärs nach unrichtiger Auskunftserteilung, in: Forschle/Kaiser/Moxter (Hrsg.), Rechenschaftslegung im Wandel, Festschrift für Wolfgang Dieter Budde, 1995, S. 265 ff., zitiert als: *Hellwig*, in: FS Budde
- Hemeling, Peter*, Organisationspflichten des Vorstands zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZHR 2011, 368 ff.
- Hennrichs, Joachim/Kleindiek, Detlef/Watrin, Christoph*, Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 1. Auflage 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MünchKomm BilanzR
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz*, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2014
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen, Arbeitsrecht Kommentar, 6. Auflage 2014
- Henze, Hartwig*, Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, BB 2000, 209 ff.
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan, juris Praxis-Kommentar BGB, 7. Auflage 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in:
- Hermes, Georg*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987
- Hey, Thomas/Linse, Carla*, Alkohol, Drogen und Sucht - Arbeitsrechtliche Anforderungen einer suchtbedingten Kündigung unter Berücksichtigung (auch zukünftiger) datenschutzrechtlicher Vorgaben, BB 2012, 2881 ff.
- Hoffmann-Becking, Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand der AG, ZGR 1998, 497 ff.
- Hölters, Wolfgang*, Aktiengesetz, 2. Auflage 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hölters, AktG
- Holzborn, Timo/Israel, Alexander*, Das Anlegerschutzverbesserungsgesetz, Die Veränderungen im WpHG, VerkProspG und BörsG und ihre Auswirkungen in der Praxis, WM 2004, 1948 ff.
- Hommelhoff, Peter*, Anlegerinformationen im Aktien-, Bilanz und Kapitalmarktrecht, ZGR 2000, 748 ff.
- Hoor, Gerd*, Die Präzisierung der Sorgfaltsanforderungen nach § 93 Abs. 1 AktG durch den Entwurf des UMAG, DStR 2004, 2104 ff.
- Hopt, Klaus J.*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, in: Immenga/Möschel/Reuter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, Zum siebzigsten Geburtstag, 1996, S. 909 ff., zitiert als: *Hopt*, in: FS Mestmäcker
- Hopt, Klaus J.*, Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht, Zur Dogmatik des modernen Geschäftsbesorgungsrechts, ZGR 2004, 1 ff.
- Horn, Norbert*, Zur Haftung der AG und ihrer Organmitglieder für unrichtige oder unterlassene Ad-hoc-Information, in: Habersack (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, 2003, S. 817 ff., zitiert als: *Horn*, in: FS Ulmer
- Horn, Norbert*, Unternehmerisches Ermessen und Vorstandshaftung nach § 93 AktG, in: Aderhold (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 1053 ff., zitiert als: *Horn*, in: FS Westermann
- Horn, Norbert*, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats, ZIP 1997, 1129 ff.
- Houben, Christian-Armand*, Trifft den Arbeitnehmer eine vertragliche Pflicht, sich gesund zu halten?, NZA 2000, 128 ff.
- Hueck, Götz*, Bemerkungen zum Anstellungsverhältnis von Organmitgliedern juristischer Personen, in: Dieterich/Gamillscheg/Wiedemann (Hrsg.), Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, 1983, S. 365 ff., zitiert als: *Hueck*, in: FS Hilger/Stumpf
- Hüffer, Uwe*, Aktiengesetz, 11. Auflage 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hüffer, AktG

- Hümmerich, Klaus*, Grenzfall des Arbeitsrechts: Kündigung des GmbH-Geschäftsführers, NJW 1995, 1177 ff.
- Hümmerich, Klaus*, Der Verbraucher-Geschäftsführer – Das unbekannte Wesen, NZA 2006, 709 ff.
- Ihrig, Hans-Christoph/Kranz, Christopher*, Das Gettl/Daimler-Verfahren in der nächsten Runde - Keine abschließende Weichenstellung des BGH für die Ad-hoc-Publizität bei gestreckten Geschehensabläufen, Kommentar zu BGH v. 23.4.2013 - II ZB 7/09, AG 2013, 518, AG 2013, 515 ff.
- Ihrig, Hans-Christoph/Kranz, Christopher*, EuGH-Entscheidung Gettl/Daimler: „Selbstbefreiung“ von der Ad-hoc-Publizitätspflicht, Offene Streitfragen im Umgang mit § 15 Abs. 3 WpHG, BB 2013, 451 ff.
- Institut für Demokratieforschung, Georg-August-Universität Göttingen, Unternehmer und Gesellschaft, Zusammenfassung 2015
- Iraschko-Luscher, Stephanie/Kiekenbeck, Pia*, Welche Krankheitsdaten darf der Arbeitgeber von seinem Mitarbeiter abfragen?, NZA 2009, 1239 ff.
- Jaeger, Georg*, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, 5. Auflage 2009, zitiert als: Anstellungsvertrag
- Jahn, Joachim*, Unangenehme Wahrheiten für Prominente, NJW 2009, 3344 ff.
- Janzen, Dietmar*, Vorzeitige Beendigung von Vorstandsamt und -vertrag, NZG 2003, 468 ff.
- Jarass, Hand D.*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857 ff.
- Jauernig*, BGB, 15. Auflage 2014
- Joicks, Wolfgang/Miebach, Klaus*, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MünchKomm StGB
- Joussen, Jacob*, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 441 ff.
- Joussen, Jacob*, Der persönliche Anwendungsbereich der Arbeitnehmerhaftung, RdA 2006, 129 ff.
- Jula, Rocco*, Geschäftsführerhaftung gemäß § 43 GmbHG: Minimierung der Risiken durch Regelungen im Anstellungsvertrag, GmbHR 2001, 806 ff.
- Jula, Rocco*, Der GmbH-Geschäftsführer, 4. Auflage 2012
- Jung, Eberhard*, Gesundheitsvorsorge und Arbeitsmedizin, NJW 1985, 2729 ff.
- Junge, Werner*, Das Unternehmensinteresse, in: Caemmerer/Ficker (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, 1978, S. 547 ff., zitiert als: *Junge*, in: FS von Caemmerer
- Junker, Abbo*, Auswirkungen der neueren EuGH-Rechtsprechung auf das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2011, 950 ff.
- K. Schmidt, Karsten*, Die Information des Gesellschafters, in: Lutter (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 559 ff., zitiert als: *K. Schmidt*, in: FS 100 Jahre GmbHG
- K. Schmidt, Karsten*, Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden, 1984, zitiert als: Informationsrechte
- K. Schmidt, Karsten*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002
- K. Schmidt, Karsten*, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Auflage 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MünchKomm HGB
- K. Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus*, Aktiengesetz, 3. Auflage 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG
- Kallmeyer, Harald*, Pflichten des Vorstands der Aktiengesellschaft zur Unternehmensplanung, ZGR 1993, 104 ff.

- Karasu, Rauf*, Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters unter besonderer Berücksichtigung der Lösungsmöglichkeit zur Unangemessenheit des § 51a GmbHG, 2003, zitiert als: Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters
- Karl, Günter*, Das Auskunfts- und Einsichtsrecht des GmbH-Gesellschafters nach § 51 a GmbHG, DStR 1995, 940 ff.
- Keller, Ulrich*, Die ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses, NZA 1988, 561 ff.
- Khanian, Frederic M.*, Die Inhaltskontrolle von Geschäftsführerverträgen, GmbHR 2011, 116 ff.
- Kieser, Timo/Kloster, Lars*, Wissenszurechnung bei der GmbH, GmbHR 2001, 176 ff.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich*, Strafgesetzbuch, 4. Auflage 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB
- Kirchhof, Paul*, Einkommensteuergesetz, 14. Auflage 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kirchhof, EStG
- Kittner, Michael/Pieper, Ralf*, ArbSchR, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2006
- Klein, Eckart*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 ff.
- Kleindiek, Detlef*, Geschäftsleitertätigkeit und Geschäftsleitungskontrolle: Treuhänderische Vermögensverwaltung und Rechnungslegung, ZGR 1998, 466 ff.
- Kleinebrink, Wolfgang*, Bedeutung von Gesundheitsuntersuchungen für Arbeitgeber nach neuem Recht, DB 2014, 776 ff.
- Klöcker, Irene*, Schweigepflicht des Betriebsarztes im Rahmen arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen, MedR 2001, 183 ff.
- Klöhn, Lars*, Interessenkonflikte zwischen Aktionären und Gläubigern der Aktiengesellschaft im Spiegel der Vorstandspflichten, Ein Beitrag zur Leitungsaufgabe des Vorstands gemäß § 76 AktG, ZGR 2008, 110 ff.
- Klöhn, Lars*, Der „gestreckte Geschehensablauf“ vor dem EuGH, Zum DaimlerChrysler-Vorlagebeschluss des BGH, NZG 2011, 166 ff.
- Klöhn, Lars*, Das deutsche und europäische Insiderrecht nach dem Gettl-Urteil des EuGH, Zugleich Besprechung EuGH v. 28.6.2012 - Rs C-19/11, ZIP 2012, 1282, ZIP 2012, 1885 ff.
- Klöhn, Lars*, Die Haftung wegen fehlerhafter Ad-hoc-Publizität gem. §§ 37b, 37c WpHG nach dem IKB-Urteil des BGH, AG 2012, 345 ff.
- Klöhn, Lars*, Der Aufschub der Ad-hoc-Publizität wegen überwiegender Geheimhaltungsinteressen des Emittenten (§ 15 Abs. 3 WpHG), ZHR 2014, 55 ff.
- Klöhn, Lars*, Ad-hoc-Publizität und Insiderverbot nach „Lafonta“, NZG 2015, 809 ff.
- Klose, Andreas*, Die Verjährung von Ansprüchen einer GmbH gegen ihren Gesellschafter-Geschäftsführer, GmbHR 2012, 1288 ff.
- Knickrehm, Sabine/Kreikebohm, Ralf/Waltermann, Raimund*, Kommentar zum Sozialrecht, 4. Auflage 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, SozR
- Koch, Jens*, Beschränkungen des gesellschaftsrechtlichen Innenregresses bei Bußgeldzahlungen, in: Hoffmann-Becking/Hüffer/Reichert (Hrsg.), Liber amicorum für Martin Winter, 2011, S. 327 ff.
- Koch, Jens*, Keine Ermessensspielräume bei der Entscheidung über die Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern, AG 2009, 93 ff.
- Koch, Jens*, Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429 ff.

- Koch, Jens*, Regressreduzierung im Kapitalgesellschaftsrecht - eine Sammelreplik, AG 2014, 513 ff.
- Kocher, Dirk/Lönner, Andreas*, Das Auskunftsrecht in der Hauptversammlung nach der Aktionärsrechterichtlinie, AG 2010, 153 ff.
- Kocher, Dirk/Widder, Stefan*, Die Bedeutung von Zwischenschritten bei der Definition von Insiderinformationen, BB 2012, 2837 ff.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisabgabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung, 34. Auflage 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Köhler/Bornkamm, UWG
- Kolhagen, Julia*, Gesunde Mitarbeiter, starker Betrieb, Gesundheitsprävention ist ein wachsendes Marktfeld und bietet Versicherern unternehmerische Perspektiven, VW 2014, 54 ff.
- Koller, Ingo*, Wissenszurechnung, Kosten und Risiken, JZ 1998, 75 ff.
- Kollmer, Norbert*, Inhalt und Anwendungsbereich der vier neuen Verordnungen zum Arbeitsschutzgesetz, PSA-Benutzungsverordnung, Lastenhandhabungsverordnung, Bildschirmarbeitsverordnung, neue Arbeitsstättenverordnung, NZA 1997, 138 ff.
- Kollmer, Norbert/Klindt, Thomas*, Arbeitsschutzgesetz, 2. Auflage 2011
- Körner, Anne/Leitherer, Stephan/Mutschler, Bernd*, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. Ergänzungslieferung, Stand 1. April 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: KK SozVersR
- Kort, Michael*, Inhalt und Grenzen der arbeitsrechtlichen Personenfürsorgepflicht, NZA 1996, 854 ff.
- Krämer, Lutz/Teigelack, Lars*, Gestaffelte Selbstbefreiung bei gegenläufigen Insiderinformationen?, Publizitätsanforderungen beim Zusammentreffen von unterjährigen Ergebniszahlen mit Kapitalmaßnahmen, AG 2012, 20 ff.
- Krause, Rüdiger*, Ad-hoc-Publizität und haftungsrechtlicher Anlegerschutz, ZGR 2002, 799 ff.
- Kropff, Bruno*, Aktiengesetz, 1965
- Kruse, Cornelius/Stenslik, Bastian-Peter*, Mutterschutz für Organe von Gesellschaften?, NZA 2013, 596 ff.
- Kubis, Dietmar*, Die "formunwirksame" schriftliche Auskunftserteilung nach § 131 AktG, in: Forster (Hrsg.), Festschrift für Bruno Kropff, 1997, S. 172 ff., zitiert als: *Kubis*, in: FS Kropff
- Kubis, Dietmar*, Auskunft ohne Grenzen? – Europarechtliche Einflüsse auf den Informationsanspruch nach § 131 AktG, ZGR 2014, 608 ff.
- Kügel, J. Wilfried/Müller, Rolf-Georg/Hoffmann, Hans-Peter*, Arzneimittelgesetz, 2012
- Kühn, Thomas*, Rauchfreier Arbeitsplatz? Zur Beschäftigung von Arbeitnehmern in Raucherräumen, BB 2010, 120 ff.
- Kuhner, Christoph*, Unternehmensinteresse vs. Shareholder Value als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften, ZGR 2004, 244 ff.
- Kumpan, Christoph*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014
- Künzl, Reinhard*, Alkohol im Betrieb, BB 1993, 1581 ff.
- Künzl, Reinhard*, Arbeitsvertragliche Nebenpflicht zur Durchführung einer Alkoholtherapie?, NZA 1998, 122 ff.
- Künzl, Reinhard*, Letztmals: Verhaltensbedingte Kündigung bei Verweigerung einer Alkoholtherapie, NZA 1999, 744 ff.

- Künzl, Reinhard*, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei der Einstellung, ArbRAktuell 2012, 235 ff.
- Lack, Matthias*, Rechtsfragen des individuellen Auskunftsrechts des Aktionärs nach dem Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, 2009, zitiert als: Rechtsfragen des individuellen Auskunftsrechts
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Lackner/Kühl, StGB
- Langheid, Theo/Wandt, Manfred*, Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 3. Band, 1. Auflage 2009, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MünchKomm VVG
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage 1995, zitiert als: Methodenlehre
- Laske, Stephan*, Unternehmensinteresse und Mitbestimmung, ZGR 1979, 173 ff.
- Legerlotz, Christoph/Schmidt, Anke*, Die Arbeitsmedizinische Vorsorgeverordnung (Arb-MedVV), Arbeitsmedizinische Prävention zwischen Pflicht- und Wunschvorsorge, ArbRB 2014, 317 ff.
- Lepke, Achim*, Krankheitsbegriff im Arbeitsrecht, NZA-RR 1999, 57 ff.
- Leuering, Dieter*, Praxisprobleme der Ad-hoc-Mitteilungspflicht, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2008, 2009, S. 171 ff.
- Leuering, Dieter*, Die Ad-hoc-Pflicht auf Grund der Weitergabe von Insiderinformationen (§ 15 I 3 WpHG), NZG 2005, 12 ff.
- Leuering, Dieter*, Behandlung zukünftiger Umstände im Recht der Ad-hoc-Publizität, Zum DaimlerChrysler-Musterentscheid des BGH vom 25. 2. 2008, II ZB 9/07, DStR 2008, 680, DStR 2008, 1287 ff.
- Leuschner, Lars*, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, Weshalb M&A-Verträge nicht der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. AGB unterliegen, AcP 2007, 491 ff.
- Leuschner, Lars*, Gibt es das Anteilseigentum wirklich?, NJW 2007, 3248 ff.
- Leyendecker-Langner, Benjamin E./Kleinhenz, Holger M.*, Emittentenhaftung für Insiderwissen im Aufsichtsrat bei fehlender Selbstbefreiung nach § 15 Abs. 3 WpHG, AG 2015, 72 ff.
- Lieder, Jan*, Auskunftsrecht und Auskunftserzwingung, Höchstrichterliche Fingerzeige in Sachen Porsche/VW-Beteiligungs-aufbau, NZG 2014, 601 ff.
- Lohr, Martin*, Die Beschränkung der Innenhaftung des GmbH-GF, NZG 2000, 1204 ff.
- Lohr, Martin*, Die Amtsniederlegung des GmbH-Geschäftsführers, RNotZ 2002, 164 ff.
- Lunk, Stefan/Rodenbusch, Vincent*, Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff und seine Auswirkungen auf das deutsche Recht, Eine Prognose am Beispiel des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2012, 188 ff.
- Luther, Martin/Rosga, Isolde*, Praktische Fragen und Probleme der Rechtsstellung des Aufsichtsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters einer AG oder GmbH, in: Bettermann (Hrsg.), Beiträge zum Zivil-, Steuer- und Unternehmensrecht, Festschrift für Heinz Meilicke, 1985, S. 80 ff., zitiert als: *Luther/Rosga*, in: FS Meilicke
- Lutter, Marcus*, Gesellschaftsrecht und Kapitalmarkt, in: Lieb (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner, Zum 70. Geburtstag, 1998, S. 363 ff., zitiert als: *Lutter*, in: FS Zöllner
- Lutter, Marcus*, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 1980, 84 ff.
- Lutter, Marcus*, Zum Informationsrecht des Gesellschafters nach neuem GmbH-Recht, ZGR 1982, 1 ff.
- Lutter, Marcus*, Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers, 10 Gebote an den Geschäftsführer, GmbHR 2000, 301 ff.

- Lutter, Marcus*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Auflage 2006
- Lutter, Marcus*, Gesundheitsprobleme eines Vorstandsmitglieds, Der Aufsichtsrat 2009, 97
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter*, GmbH-Gesetz, Kommentar, 17. Auflage 2009, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Auflage 2009
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter*, GmbH-Gesetz, 18. Auflage 2012, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG
- Lützelner, Martin*, Herausforderung für Arbeitgeber: Die psychische Gesundheit im Arbeitsverhältnis, BB 2014, 309 ff.
- Manger, Robert*, Das Informationsrecht des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand – Umfang und Grenzen, NZG 2010, 1255 ff.
- Manssen, Gerrit*, Staatsrecht II, 12. Auflage 2015
- Martens, Klaus-Peter*, Vertretungsorgan und Arbeitnehmerstatus in konzernunabhängigen Gesellschaften, in: Dieterich/Gamillscheg/Wiedemann (Hrsg.), Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, 1983, S. 437 ff., zitiert als: *Martens*, in: FS Hilger/Stumpf
- Mauer, Reinhold*, Kurzkommentar zu BAG, Urteil vom 19.05.2010 – 5 AZR 253/09, EWiR § 13 BGB 2010, 695 ff.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter*, Grundgesetz, Kommentar, 73. Ergänzungslieferung. 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, GG, 73. EL
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter*, Grundgesetz, Kommentar, 75. Ergänzungslieferung. 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, GG
- Meck, Georg*, Wie fit sind Deutschlands Manager?, FAS 21.09.2014, 19
- Meckbach, Anne*, Organhaftung und Beweisrisiken, Adäquate Risikoallokation durch Vertragsgestaltung, NZG 2015, 580 ff.
- Medicus, Dieter*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 1992, 35 ff.
- Meents, Jan G.*, Leitende Angestellte und ihre Sonderstellung im Gesetz, DStR 1995, 1353 ff.
- Meier, Norbert*, Zum Verhältnis zwischen der Informationspflicht der Geschäftsführung und der Überwachungspflicht des fakultativen Aufsichtsrates bei einer GmbH, DStR 1997, 1894 f.
- Meilicke, Heinz/Heidel, Thomas*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung (Teil I), DStR 1992, 72 ff.
- Meixner, H.-E.*, Macht Führung krank?, Gesundheitsmanagement beginnt im Team, PersV 2013, 255 ff.
- Mennicke, Petra R.*, Kommentar zu VGH Kassel, Beschluss vom 16.03.1998, 8 T Z 98/98, BB 1999, 76 ff.
- Mennicke, Petra R.*, Ad-hoc-Publizität bei gestreckten Entscheidungsprozessen und die Notwendigkeit einer Befreiungsentscheidung des Emittenten, NZG 2009, 1059 ff.
- Merkner, Andreas/Sustmann, Marco*, Insiderrecht und Ad-hoc-Publizität, Das Anlegerschutzverbesserungsgesetz „in der Fassung durch den Emittentenleitfaden der BaFin“, NZG 2005, 729 ff.
- Mertens, Hans-Joachim*, Schadensersatzhaftung des Aufsichtsrats bei Nichtbeachtung der Regeln des ARAG-Urteils über die Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern?, in: Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 1183 ff., zitiert als: *Mertens*, in: FS K. Schmidt
- Meyer, Marlies*, Grundrecht auf Gesundheit, 1993

- Meyer, Susanne*, Vereinbarungen über die Grenzen der Wissenszurechnung, Überlegungen zur Wirksamkeit von Gewährleistungsausschlüssen im Unternehmenskaufvertrag, WM 2012, 2040 ff.
- Meyer-Reim, Utz M./Testorf, Regina*, Wissenszurechnung im Versicherungsunternehmen, VersR 1994, 1137 ff.
- Michalski, Lutz*, GmbHG, Band 1 und 2, 2. Auflage 2010
- Moderegger, Christian*, Gesundheitsdaten im Arbeitsverhältnis, Was darf der Arbeitgeber wissen?, ArbRB 2015, 144 ff.
- Molkentin, Thomas*, Das Recht auf Arbeitsverweigerung bei Gesundheitsgefährdung des Arbeitnehmers, NZA 1997, 849 ff.
- Moll, Wilhelm*, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage 2012
- Möllers, Thomas M. J.*, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, 1996, zitiert als: Rechtsgüterschutz
- Möllers, Thomas M. J.*, Insiderinformation und Befreiung von der Ad-hoc-Publizität nach § 15 Abs. 3 WpHG, Zur Neubeurteilung von mehrstufigen Entscheidungsprozessen durch das Anlegerschutzverbesserungsgesetz, WM 2005, 1393 ff.
- Möllers, Thomas M. J.*, Wechsel von Organmitgliedern und „key playern“: Kursbeeinflussungspotential und Pflicht zur Ad-hoc-Publizität, NZG 2005, 459 ff.
- Möllers, Thomas M. J.*, Der BGH, die BaFin und der EuGH: Ad-hoc-Publizität beim einvernehmlichen vorzeitigen Ausscheiden des Vorstandsvorsitzenden Jürgen Schrempp, NZG 2008, 330 ff.
- Möllers, Thomas M. J.*, Effizienz als Maßstab des Kapitalmarktrechts, Die Verwendung empirischer und ökonomischer Argumente zur Begründung zivil-, straf- und öffentlich-rechtlicher Sanktionen, AcP 2008, 1 ff.
- Möllers, Thomas M. J./Seidenschwann, Sabine*, Anlegerfreundliche Auslegung des Insiderrechts durch den EuGH, Das Ende der Daimler/Schrempp-Odyssee in Luxemburg, NJW 2012, 2762 ff.
- Mülbert, Peter O.*, Shareholder Value aus rechtlicher Sicht, ZGR 1997, 129 ff.
- Mülbert, Peter O./Leuschner, Lars*, Die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 14 GG und Art. 2 Abs. 1 GG für die Gesellschafterstellung – wo bleibt die Privatautonomie, Zu den objektiv-rechtlichen Gestaltungsvorgaben der Art. 2 Abs. 1, 14 GG nach den Entscheidungen des BVerfG zur Kapitallebensversicherung, ZHR 2006, 615 ff.
- Müller, Welf*, Die Entscheidungsspielräume der Verwaltung einer Aktiengesellschaft im Verhältnis zu ihren Aktionären, in: Hommelhoff/Bierich/Kropff (Hrsg.), Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993, Unternehmen und Unternehmensführung im Recht, 1993, S. 195 ff., zitiert als: *Müller*, in: FS Semler
- Müller, Klaus*, Schranken des Informationsrechtes nach § 51 a GmbHG, GmbHR 1987, 87 ff.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Auflage 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: EK ArbR
- Nassall, Wendt*, Die kenntnisabhängige Verjährung in der Rechtsprechung des BGH, Der frühe Vogel fängt den Wurm, aber erst die zweite Maus bekommt den Käse, NJW 2014, 3681 ff.
- Nietsch, Michael*, Schadensersatzhaftung wegen Verstoßes gegen Ad-hoc-Publizitätspflichten nach dem Anlegerschutzverbesserungsgesetz, BB 2005, 785 ff.
- Oberthür, Nathalie*, Unionsrechtliche Impulse für den Kündigungsschutz von Organvertretern und Arbeitnehmerbegriff, NZA 2011, 253 ff.

- Oetker, Hartmut*, AGB-Kontrolle bei Anstellungsverträgen von Vorstandsmitgliedern einer AG und Geschäftsführern einer GmbH, in: Bauer (Hrsg.), Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, 2009, S. 691 ff., zitiert als: *Oetker*, in: FS Buchner
- Oetker, Hartmut*, AGB-Kontrolle im Zivil- und Arbeitsrecht, AcP 2012, 202 ff.
- Ohly, Ansgar/Sosnitzer, Olaf*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, mit Preisangabenordnung, Kommentar, 6. Auflage 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Ohly/Sosnitzer, UWG
- Oppenländer, Frank/Trölitzsch, Thomas*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Auflage 2011, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung
- Ossenbühl, Fritz*, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, 161 ff.
- Paefgen, Walter G.*, Die Inanspruchnahme pflichtvergessener Vorstandsmitglieder als unternehmerische Ermessensentscheidung des Aufsichtsrats, AG 2008, 761 ff.
- Paefgen, Walter G.*, Organhaftung: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, Ein kritischer Werkstattbericht vor dem Hintergrund der Beratungen des 70. Deutschen Juristentages 2014, AG 2014, 554 ff.
- Park, Tido*, Kapitalmarktstrafrecht, Straftaten, Ordnungswidrigkeiten, Finanzaufsicht, Compliance, 3. Auflage 2013
- Parmentier, Miriam*, Insiderinformation nach dem EuGH und vor der Vereinheitlichung, WM 2013, 970 ff.
- Pattberg, Holger/Bredol, Martin*, Der Vorgang der Selbstbefreiung von der Ad-hoc-Publizitätspflicht, NZG 2013, 87 ff.
- Picker, Christian*, Die krankheitsbedingte Kündigung des Dienstvertrages eines GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2011, 629 ff.
- Plath/Schreiber/Plath, Kai-Uwe*, BDSG, 1. Auflage 2012
- Plath, Kai-Uwe*, Kommentar zum BDSG sowie den Datenschutzbestimmungen des TMG und TKG, 1. Auflage 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Plath, BDSG
- Pöschke, Moritz*, Auskunft ohne Grenzen? Die Bedeutung der Aktionärsrechterichtlinie für die Auslegung des § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG, ZIP 2010, 1221 ff.
- Preis, Ulrich*, Arbeitsrecht, 3. Auflage 2009
- Preis, Ulrich/Sagan, Adam*, Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG, ZGR 2013, 26 ff.
- Preußner, Joachim/Becker, Florian*, Ausgestaltung von Risikomanagementsystemen durch die Geschäftsleitung – Zur Konkretisierung einer haftungsrelevanten Organisationspflicht, NZG 2002, 846 ff.
- Prölss, Erich R./Martin, Anton*, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Auflage 2010, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Prölss/Martin, VVG
- Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, 266. Auflage 2014
- Raif, Alexander*, "Fragen Sie nach, oder besser nicht?" Datenschutzrechtliche Änderungen im Einstellungsverfahren, ArbRAktuell 2010, 617 ff.
- Raisch, Peter*, Zum Begriff und zur Bedeutung des Unternehmensinteresses als Verhaltensmaxime von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, in: Fischer (Hrsg.), Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag am 18. September 1976, 1976, S. 347 ff., zitiert als: *Raisch*, in: FS Hefermehl
- Raiser, Thomas*, Das Unternehmensinteresse, in: Reichert-Facilides (Hrsg.), Festschrift für Reimer Schmidt, 1976, S. 101 ff., zitiert als: *Raiser*, in: FS Reimer Schmidt

- Raiser, Thomas*, Kenntnis und Kennenmüssen von Unternehmen, in: Westermann/Mock (Hrsg.), Festschrift für Gerold Bezzenberger zum 70. Geburtstag am 13. März 2000, Rechtsanwalt und Notar im Wirtschaftsleben, 2000, S. 561 ff., zitiert als: *Raiser*, in: FS Bezzenberger
- Raiser, Thomas*, Pflicht und Ermessen von Aufsichtsratsmitgliedern, Zum Urteil des OLG Düsseldorf im Fall ARAG/Garmenbeck, NJW 1996, 552 ff.
- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Auflage 2015, zitiert als: KapGesR
- Reallexikon der Medizin, Band H-L, 1977
- Reger, Gerald*, Neues zum Auskunftsrecht in der Hauptversammlung, NZG 2013, 48 ff.
- Rehmann, Wolfgang A.*, Arzneimittelgesetz, 4. Auflage 2014
- Reinecke, Gerhard*, Der Kampf um die Arbeitnehmereigenschaft – prozessuale, materielle und taktische Probleme, NZA 1999, 729 ff.
- Reinhard, Barbara/Bitsch, Christian*, Sind GmbH-Geschäftsführer Arbeitnehmer?, Folgerungen aus der EuGH-Entscheidung „Danosa“, ArbRB 2011, 241 ff.
- Reul, Adolf*, Grundrechte und Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht, in: Schmoeckel (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, S. 97 ff.
- Reuter, Peter*, Klinisches Wörterbuch, 2007
- Richardi, Reinhard*, Die Wissensvertretung, AcP 1969, 385 ff.
- Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried/Wißmann, Hellmut/Oetker, Hartmut*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Auflage 2009, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Münchener Hdb. ArbeitsR
- Richter, Wolfgang*, Der Kapitalmarkt und sein Gesellschaftsrecht, Überlegungen zu einem kapitalmarktgemäßen Gesellschaftsrecht börsennotierter Gesellschaften, ZHR 2008, 419 ff.
- Riesenhuber, Karl*, Die Einwilligung des Arbeitnehmers im Datenschutzrecht, RdA 2011, 257 ff.
- Ringleb, Henrik-Michael/Kremer, Thomas/Lutter, Marcus/Werder, Axel von, Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 5. Auflage 2014
- Rodewald, Jörg/Unger, Ulrike*, Corporate Compliance - Organisatorische Vorkehrungen zur Vermeidung von Haftungsfällen der Geschäftsleitung, BB 2006, 113 ff.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter*, Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 39. Auflage Stand 01.09.2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK SozR
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Udsching, Peter/Kreikebohm, Ralf*, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 38. Auflage 01.12.2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK ArbR
- Roth, Wolfgang*, Die Grundrechte als Maßstab einer Vertragsinhaltskontrolle, in: Wolter/Arndt (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, öffentliche Recht und Strafrecht: Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz, 1999, S. 229 ff., zitiert als: *Roth*, in: Einwirkungen der Grundrechte
- Roth, Gregor*, Das einheitliche Recht auf Information, Köln 2006
- Roth, Günter/Altmeppen, Holger*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 8. Auflage 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG
- Roth, Markus*, Information und Organisation des Aufsichtsrats, ZGR 2012, 343 ff.

- Sachs, Michael*, Grundrechtliche Schutzpflichten und wirtschaftliche Beziehungen Privater, in: Bauer (Hrsg.), *Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat*, Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, 2006, S. 385 ff., zitiert als: *Sachs*, in: FS Reiner Schmidt
- Säcker, Jürgen*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage 2012-2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MünchKomm BGB
- Sasse, Stefan*, Burn-out als arbeitsrechtliches Problem, Rechtliche Fragen von Stress und psychischer Belastung im Arbeitsverhältnis, BB 2013, 1717 ff.
- Schäfer, Horst*, Pflicht zu gesundheitsförderndem Verhalten?, NZA 1992, 529 ff.
- Schall, Alexander*, Insiderinformation und zivilrechtliche Aufklärungspflicht - Das Leitbild des Individualvertrags als neue Perspektive, JZ 2010, 392 ff.
- Schaub, Günter*, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Auflage 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schaub, ArbR Hdb.
- Schaub, Günter/Koch, Ulrich*, Arbeitsrecht von A-Z, 20. Auflage 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schaub/Koch, ArbR A-Z
- Schenck, Kersten v.*, Der Aufsichtsrat und sein Vorsitzender – Eine Regelungslücke, AG 2010, 649 ff.
- Schenck, Kersten von*, Die laufende Information des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft durch den Vorstand, NZG 2002, 64 ff.
- Schlechtriem, Peter*, Schadensersatzhaftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, in: Kreuzer (Hrsg.), *Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften*, 1991, S. 9 ff.
- Schlitt, Christian*, Der aktive Aufsichtsratsvorsitzende, Zum Handlungsspielraum des Aufsichtsratsvorsitzenden im aktienrechtlichen Normgefüge, DB 2005, 2007 ff.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Der Schutz des Aktieneigentums durch Art. 14 GG, in: Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*, Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, 2004, S. 1009 ff., zitiert als: *Schmidt-Aßmann*, in: FS Badura
- Schmidt-Leithoff, Christian*, *Die Verantwortung der Unternehmensleitung*, 1989
- Schmitt-Rolfes, Günter*, Anwendbarkeit von AGB-Recht auf Verträge mit Organmitgliedern, in: Maschmann (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Hromadka zum 70. Geburtstag*, 2008, S. 393 ff., zitiert als: *Schmitt-Rolfes*, in: FS Hromadka
- Schmitt-Rolfes, Günter*, Arbeitnehmer – leitender Angestellter – Geschäftsführer, AuA 2010, 631
- Schneider, Uwe H.*, Der Auskunftsanspruch des Aktionärs im Konzern, in: Schneider (Hrsg.), *Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag*, Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, 2000, S. 1193 ff., zitiert als: *Schneider*, in: FS Lutter
- Schneider, Birgit*, Informationsrechte von GmbH-Gesellschaftern – Inhalt und Grenzen, GmbHR 2008, 638 ff.
- Schneider, Sven H.*, Befreiung des Emittenten von Wertpapieren von der Veröffentlichungspflicht nach § 15 WpHG, BB 2001, 1214 ff.
- Schneider, Sven H.*, Selbstbefreiung von der Pflicht zur Ad-hoc-Publizität, BB 2005, 897 ff.
- Schneider, Uwe H./Gilfrich, Stephanie U.*, Die Entscheidung des Emittenten über die Befreiung von der Ad-hoc-Publizitätspflicht, BB 2007, 53 ff.
- Scholz, GmbHG, II. Band §§ 35 - 52*, 2014

- Schön, Wolfgang*, Der Aktionär im Verfassungsrecht, in: Habersack (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, 2003, S. 1359 ff., zitiert als: *Schön*, in: FS Ulmer
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Auflage 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder, StGB
- Schrader, Peter/Hilgenstock, Christopher*, Ist der Geschäftsführer Arbeitnehmer oder nicht?, ArbRAktuell 2011, 370 ff.
- Schrader, Peter/Schubert, Jens M.*, Der Geschäftsführer als Arbeitnehmer, DB 2005, 1457 ff.
- Schulze, Reiner*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, 2. Auflage 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schulze, BGB
- Schumacher, Thorsten*, Ad hoc-Publizitätspflichten börsennotierter Fußballclubs, NZG 2001, 769 ff.
- Schürnbrand, Jan*, Organschaft im Recht der privaten Verbände 2007
- Schuster-Bonnott, Walther*, Die Rechtsnatur des zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitglied geschlossenen Anstellungsvertrages, in: Loebenstein (Hrsg.), Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft, Festschrift für Walther Kastner zum 70. Geburtstag, 1972, S. 421 ff., zitiert als: *Schuster-Bonnott*, in: FS Kastner
- Schwark, Eberhard/Zimmer, Daniel*, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Auflage 2010, zitiert als: *Bearbeiter*, in: KapMarktR
- Seewald, Otfried*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981
- Semler, Johannes*, Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht, in: Habersack (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, 2003, S. 627 ff., zitiert als: *Semler*, in: FS Ulmer
- Semler, Johannes/Peltzer, Martin*, Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder, 2005
- Simon, Stefan*, Die neue Ad-hoc-Publizität, Der Konzern 2005, 13 ff.
- Sina, Peter*, Zur Berichtspflicht des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat bei drohender Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch einzelne Aufsichtsratsmitglieder, NJW 1990, 1016 ff.
- Spickhoff, Andreas*, Medizinrecht, 2. Auflage 2014
- Spindler, Gerald*, Kapitalmarktreform in Permanenz – Das Anlegerschutzverbesserungsgesetz, NJW 2004, 3449 ff.
- Spindler, Gerald/Speier, Torben*, Die neue Ad-hoc-Publizität im Konzern, BB 2005, 2031 ff.
- Spindler, Gerald*, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Auflage 2011
- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard*, Kommentar zum AktG, Band 1 und 2, 3. Auflage 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Spindler/Stilz, AktG
- Spinnarke, Jürgen/Schork, Gerhard*, Arbeitssicherheitsrecht, Kommentar und Sammlung, 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Spinnarke/Schork, ASiR
- Stagat, Rolf*, Risiken und Nebenwirkungen von Geschäftsführer-Anstellungsverträgen, NZA-RR 2011, 617 ff.
- Staudinger, J.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 1993 ff., zitiert als: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB
- Stimpel, Walter/Ulmer, Peter*, Einsichtsrecht der Gesellschafter einer mitbestimmten GmbH in die Protokolle des Aufsichtsrats?, in: Lieb (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner, Zum 70. Geburtstag, 1998, S. 589 ff., zitiert als: *Stimpel/Ulmer*, in: FS Zöllner
- Stöber, Michael*, Das Auskunftsrecht der Aktionäre und seine Beschränkung im Lichte des Europarechts, DStR 2014, 1680 ff.

- Stück, Volker*, Empfehlendes ärztliches Attest und Kündigung aus Fürsorge, MDR 2000, 376 ff.
- Stück, Volker/Wein, Boris*, Die ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers Voraussetzungen, Inhalt und Rechtsfolgen, NZA-RR 2005, 505 ff.
- Stumpf, Christoph A.*, Grundrechtsschutz im Aktienrecht, NJW 2003, 9 ff.
- Taupitz, Jochen*, Wissenszurechnung nach englischem und deutschem Recht, Karlsruher Forum 1994, 16 ff.
- Teichmann, Christoph*, Fragerecht und Aktionärsrechterichtlinie, NZG 2014, 401 ff.
- Teubner, Gunther*, Unternehmensinteresse - das gesellschaftliche Interesse des Unternehmens „an sich“?, ZHR 1984, 470 ff.
- Theiselmann, Rüdiger*, Kardinale Informationspflichten des GmbH-Geschäftsführers, Pflichtgemäße Kommunikation gegenüber Gesellschaftern und Aufsichtsräten, GmbH-StB 2011, 334 ff.
- Theisen, Manuel R.*, Gesetzliche versus funktionsgerechte Informationsversorgung, Eine Einladung zur interdisziplinären Diskussion, ZGR 2013, 1 ff.
- Thiele, Günter*, Handlexikon der Medizin, 1980
- Thomale, Chris*, Wissenszurechnung im Gesellschaftsstrafrecht – deutsche Unternehmen vor französischen Strafgerichten, AG 2015, 641 ff.
- Thüsing, Gregor*, Datenschutz im Arbeitsverhältnis, Kritische Gedanken zum neuen § 32 BDSG, NZA 2009, 865 ff.
- Thüsing, Gregor*, Beschäftigtendatenschutz und Compliance, Effektive Compliance im Spannungsfeld von BDSG, Persönlichkeitsschutz und betrieblicher Mitbestimmung, 2. Auflage 2014
- Tietze, Jörg*, Die Informationsrechte des GmbH-Gesellschafters, Köln 1985, zitiert als: Informationsrechte
- Torwegge, Christoph*, Treue- und Sorgfaltspflichten im englischen und deutschen Gesellschaftsrecht, 1. Auflage 2009
- Umnuß, Karsten*, Corporate Compliance Checklisten, Rechtliche Risiken im Unternehmen erkennen und vermeiden, 2. Auflage 2012
- van Venrooy, Gerd J.*, Anspruch der GmbH auf sachkundige Geschäftsführung, GmbHR 2004, 237 ff.
- Veith, Alexander*, Die Befreiung von der Ad-hoc-Publizitätspflicht nach § 15 III WpHG, NZG 2005, 254 ff.
- Verse, Dirk A.*, Doppelmandate und Wissenszurechnung im Konzern, AG 2015, 413 ff.
- Wabnitz, Heinz-Bernd/Javbovsky, Thomas*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Auflage 2014
- Waltermann, Raimund*, Zur Wissenszurechnung - am Beispiel der juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts, AcP 1992, 181 ff.
- Waltermann, Raimund*, Arglistiges Verschweigen eines Fehlers bei der Einschaltung von Hilfskräften, NJW 1993, 889 ff.
- Wank, Rolf*, Der Fremdgeschäftsführer der GmbH als Arbeitnehmer, in: Wiedemann/Wank (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2002, S. 587 ff., zitiert als: *Wank*, in: FS Wiedemann
- Wank, Rolf*, Fremdgeschäftsführer einer GmbH als Verbraucher; zweistufige Ausschlussfrist – Besprechung des Urteils BAG v. 19.5.2010 – 5 AZR 253/09, RdA 2011, 178 ff.
- Weise, Stefan/Krauß, Hans-Frieder*, Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 33. Auflage 2015

- Wendl, Philipp/Dose, Hans-Joachim*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Auflage 2011, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Wendl/Dose, Unterhaltsrecht
- Werder, Axel von*, Shareholder Value-Ansatz als (einzige) Richtschnur des Vorstandshandelns?, ZGR 1998, 69 ff.
- Wicke, Hartmut*, GmbHG, 3. Auflage 2016
- Widder, Stefan*, Vorsorgliche Ad-hoc-Meldungen und vorsorgliche Selbstbefreiungen nach § 15 Abs. 3 WpHG, DB 2008, 1480 ff.
- Widder, Stefan*, Befreiung von der Ad-hoc-Publizität ohne Selbstbefreiungsbeschluss?, BB 2009, 967 ff.
- Wiebauer, Bernd*, Rechtssicherheit im Arbeitsschutz – Die neuesten Änderungen im Arbeitsschutzgesetz, ArbRAktuell 2013, 491 ff.
- Wiedemann, Herbert*, Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrecht, in: Heinsius/Kübler/Mertens/Werner (Hrsg.), Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, 1991, S. 949 ff., zitiert als: *Wiedemann*, in: FS Heinsius
- Wiedemann, Herbert*, Verantwortung in der Gesellschaft – Gedanken zur Haftung der Geschäftsleiter und der Gesellschafter in der Kapitalgesellschaft, ZGR 2011, 183 ff.
- Wiesner, Georg*, Zum Beginn der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB bei Kenntniserlangung durch Organmitglieder, BB 1981, 1533 ff.
- Wilde, Christian*, Informationsrechte und Informationspflichten im Gefüge der Gesellschaftsorgane, ZGR 1998, 423 ff.
- Wilsing, Hans-Ulrich/Meyer, Daniel*, Aktuelle Entwicklungen bei der Organberatung, Zur wachsenden Bedeutung des AGG und der AGB-Kontrolle im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Leitungsorganen kapitalistischer Körperschaften, DB 2011, 341 ff.
- Wisskirchen, Gerlind/Bissels, Alexander*, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG, NZA 2007, 169 ff.
- Wlotzke, Otfried*, Das neue Arbeitsschutzgesetz zeitgemäßes Grundlagengesetz für den betrieblichen Arbeitsschutz, NZA 1996, 1017 ff.
- Wüsthoff, Andreas*, Der Auskunftsanspruch des Aktionärs nach § 131 Aktiengesetz zwischen Insider-Verboten und Ad hoc-Publizität nach dem Wertpapierhandelsgesetz, Aachen 2000, zitiert als: Auskunftsanspruch des Aktionärs nach § 131 AktG
- Wybitul, Tim/Böhm, Wolf-Tassilo*, Freier Wille auch im Arbeitsverhältnis?, Einwilligung als Mittel zum Umgang mit Beschäftigtendaten, BB 2015, 2101 ff.
- Zetsche, Dirk*, Aktionärsinformation in der börsennotierten Aktiengesellschaft 2006, zitiert als: Aktionärsinformation
- Zetsche, Dirk*, Normaler Geschäftsgang und Verschwiegenheit als Kriterien für die Weitergabe transaktionsbezogener Insiderinformationen an Arbeitnehmer, Überlegungen zu Art. 10 I und 17 I der Marktmissbrauchsverordnung, NZG 2015, 817 ff.
- Ziemons, Hildegard/Jaeger, Carsten*, Beck'scher Online Kommentar GmbHG Stand 15.11.2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK GmbHG
- Zipfel, Walter/Rathke, Kurt-Dietrich*, Lebensmittelrecht, Loseblatt-Kommentar aller wesentlichen Vorschriften für das Herstellen und Inverkehrbringen von Lebensmitteln, Futtermitteln, kosmetischen Mitteln, sonstigen Bedarfsgegenständen sowie Tabakerzeugnissen, 157. Ergänzungslieferung, Stand April 2014

Gesundheitsbezogene Geschäftsleiterpflichten in Kapitalgesellschaften

Saskia Rolfes

Krankheitsbedingte Leistungseinschränkungen von Führungspersonen können sich wesentlich auf die wirtschaftliche und organisatorische Lage von Gesellschaften auswirken. Der Umgang der Führungspersonen mit ihrer Gesundheit betrifft also trotz der eigentlich privaten Sphäre auch das Unternehmen. Diese Arbeit geht der Frage nach, ob Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften aufgrund ihrer Stellung besondere gesundheitliche Pflichten erfüllen müssen. Sie skizziert das Spannungsfeld der betroffenen Interessen von Unternehmen und Geschäftsleiter und untersucht, ob sich die denkbaren gesundheitsbezogenen Pflichten aus gesellschaftsrechtlichen Normen herleiten lassen. Dabei nimmt die Arbeit auch Bezug auf grund- und arbeitsrechtliche Wertungen und Grundsätze. Die Arbeit setzt sich außerdem mit der Frage auseinander, ob und wann börsennotierte Aktiengesellschaften Anlegern im Rahmen der Ad-hoc-Publizität die Krankheit ihres Geschäftsleiters mitteilen müssen.

23,40 €

ISBN 978-3-8405-0165-4

