

A. Einleitung

I. Hinführung zum Thema

1. Hintergrund dieser Arbeit

Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsräte („Organträger“) von Kapitalgesellschaften führen unter eigener Verantwortung die Geschäfte ihrer Gesellschaft. Dabei müssen sie tagtäglich Entscheidungen aus einer *ex-ante* Perspektive treffen. Mithin tragen solche unternehmerischen Entscheidungen naturgemäß das Risiko, dass die zukünftigen (Rechts-)Folgen der Entscheidungen nicht eindeutig, gar vollkommen unklar sind. Eine Fehleinschätzung der Organträger kann daher nicht kategorisch ausgeschlossen werden.

Demgegenüber führt die Literatur stets an, dass den Organträgern ein rechtlicher Beurteilungsspielraum nur dann gewährt wird, wenn sie stets innerhalb des gesetzlichen Rahmens handeln. Hinsichtlich der Frage, was der gesetzliche Rahmen ist, stehe ihnen jedoch kein Ermessensspielraum zu.¹ Da die jeweilige Rechtslage im Einzelfall aber nicht stets klar sein kann, kann der jeweilige Organträger gezwungen sein, eine Entscheidung unter einer unklaren Rechtslage zu treffen. Welchen Kriterien Organträger dann zu befolgen haben, um rechtssicher eine Entscheidung treffen zu können, ist weder vom Gesetzgeber noch von der Rechtsprechung abschließend geklärt. Zwar entwickelte der BGH in den ISION-Entscheidungen einen groben Ablaufplan der Entscheidungsfindung, allerdings war der zugrunde liegende Sachverhalt auf einen unzutreffenden Expertenrat bei einer eindeutigen Rechtslage bezogen.² Aber gerade in Zeiten der verstärkten Harmonisierung des Rechts innerhalb der EU durch Verordnungen, beispielsweise der DSGVO oder Rechtsunsicherheit schaffenden Ereignissen wie den „Brexit“, sind Entscheidungen der Organträger auf Grundlage unklarer Rechtslagen alltäglich gegenwärtig geworden.

Ironischerweise ist dabei festzustellen, dass die Entscheidungsfindung der Organträger bei einer unklaren Rechtslage selbst eine unklare Rechtslage darstellt. Insofern bedarf es einer Fortbildung des aktuellen Rechtsstands, damit

¹ vgl. nur *Buck-Heeb*, BB 2013, S. 2252; *Fleischer*, CCZ 2008, S. 1; *Säcker*, NJW 2008, S. 3316.

² Zur ISION-Entscheidung siehe *BGH*, NZG 2011, S. 1272 f.; *BGH*, NZG 2015, S. 794 f.

Entscheidungen unter unklaren Rechtslagen zukünftig einer klaren Rechtslage unterliegen. Solange der Gesetzgeber oder die höchstrichterliche Rechtsprechung keine endgültige Entscheidung getroffen haben, kann jedoch nur versucht werden, die aktuelle rechtliche Lage so auszulegen, dass eine rechtlich sichere Situation für die Organträger geschaffen wird.

2. Ziele dieser Arbeit

In der vorliegenden Arbeit soll daher eine mögliche Herangehensweise entwickelt werden, wie die gegenwärtige Rechtslage fortgebildet werden könnte. Hierbei wird sich die weitere Arbeit aus zeitlichen und inhaltlichen Gründen auf die Auslegung der Legalitätspflicht bei unklarer Rechtslage innerhalb der Aktiengesellschaft (AG) konzentrieren. Lediglich an manchen Stellen wird der Vollständigkeit halber ebenfalls auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) verwiesen.

Die Ausgangslage für diese Arbeit und gleichzeitig zentrale Norm innerhalb des Aktiengesetzes (AktG) bezüglich der Organhaftung ist § 93 AktG, der die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder regelt und zugleich in Abs. 2 S. 1 eine eigenständige Anspruchsgrundlage der Pflichtverletzung beinhaltet. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG regelt zudem eine Exkulpationsmöglichkeit des Vorstandes bei Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG, die auch „Business Judgement Rule“ genannt wird.³

Die gutachterliche Prüfung der Business Judgement Rule erfolgt nach h.M. im Rahmen einer materiellen Inhaltskontrolle. Das bedeutet, dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale gutachterlich geprüft werden müssen und bei vollständiger Bejahung des Tatbestandes (eine auf angemessener Informationslage und zum Wohle der Gesellschaft getroffene unternehmerische Entscheidung) die Haftungsprivilegierung der Business Judgement Rule für den jeweiligen Organträger eintritt. Liegt der Prüfung allerdings ein Sachverhalt zugrunde, welcher gegenwärtig keiner eindeutigen Rechtslage unterliegt, kann eine solche materielle Inhaltskontrolle nicht abschließend vorgenommen werden, da, unabhängig davon wie verantwortungsbewusst der Organträger vorgeht, die Handlung nicht endgültig als rechtlich gesetzestreu oder gesetzeswidrig gewertet werden kann. Sowohl in der

³ vgl. hierzu § 93 Abs. AktG. Siehe weiterhin *MHLS/Ziemons*, § 43 Rn. 134; *MüKoAktG/Spindler*, § 93 Rn. 115; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 93 Rn. 43 f.

herrschenden Literatur⁴ als auch in der Rechtsprechung⁵ wird deswegen die unmittelbare oder analoge Anwendbarkeit des § 93 Abs. 1 S. 2 verneint und der Schutz des Organträgers über das Konstrukt eines unvermeidbaren Verbotsirrtums vorgeschlagen. Gleichwohl würde das bedeuten, dass der Organträger trotzdem eine Pflichtverletzung begangen hat. Hier würde eine persönliche Haftung des Organträgers nur deswegen ausgeschlossen werden, weil der Verbotsirrtum grundsätzlich zum Entfall der Schuld führt.⁶ Im Ergebnis wäre die vorsätzliche Pflichtverletzung jedoch zu bejahen.⁷ Das ist zum einen dogmatisch unsauber und zum anderen für den Organträger riskant. Denn mögliche Konsequenzen, wie beispielsweise die Aufhebung des Anstellungsvertrages wegen einer Pflichtverletzung, drohen nach wie vor.⁸ Das Ziel sollte es daher sein, eine Lösung zu finden, die eben von Anfang an die Pflichtverletzung und den Vorsatz des Organträgers verneint.

Eine vielversprechende Möglichkeit wäre es hier, bei Vorliegen einer unklaren Rechtslage auf den Prozess der Entscheidungsfindung abzustellen, um die Handlung des Organträgers doch rechtlich in den Kontext des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG einordnen zu können. Dann würde die Regelung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht mehr einer Inhalts-, sondern einer Prozesskontrolle unterliegen, in welcher es herauszufinden gilt, ob die Handlung bzw. die Entscheidungsfindung des Organträgers bei unsicheren Rechtslagen dem ordnungsgemäßen Sorgfaltsmaßstab in der Geschäftswelt entspricht.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es deswegen herauszufinden, inwiefern anhand der Durchführung einer solchen Prozesskontrolle ermittelt werden könnte, ob eine Entscheidung unter Rechtsunsicherheit, unabhängig vom Vorliegen eines möglichen Rechtsirrtums, zur Haftungsprivilegierung des Organträgers nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG führen kann, ohne dass dabei die Pflichtverletzung des Organträgers zu bejahen wäre.

⁴ vgl. nur *Buck-Heeb*, BB 2013, S. 2252; *Ebbinghaus/Hasselbach*, AG 2014, S. 874; *Lackner/Kühl/Kühl*, § 17 Rn. 7; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster*, § 17 Rn. 1; *Spindler/Stilz/Hefendehl*, § 399 Rn. 271.

⁵ vgl. nur *BGH*, NZG 2011, S. 1272 f.; *BGH*, NZG 2015, S. 794 f.

⁶ *Lackner/Kühl/Kühl*, § 17 Rn. 7; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster*, § 17 Rn. 1; *Thole*, ZHR (173) 2009, S. 524.

⁷ *Lackner/Kühl/Kühl*, § 17 Rn. 7; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster*, § 17 Rn. 23.

⁸ *GK AktG/Hopt/Roth*, § 93 Rn. 140; *Holle*, AG 2016, S. 271; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 93 Rn. 32.

II. Die Organhaftung und deren Business Judgement Rule als Exkulpationsmöglichkeit

Um eine fundierte inhaltliche Wissensgrundlage zu schaffen und gleichzeitig mögliche Anknüpfungspunkte für die spätere historische und teleologische Auslegung der Legalitätspflicht zu finden, wird zunächst nachfolgend die Business Judgement Rule in den historischen Kontext gesetzt.

1. Entstehungsgeschichte

Die heutige aktienrechtliche Organhaftung hat ihren Ursprung im § 241 HGB i.d.F. von 1897, der wie folgt lautet:

„(1) Die Mitglieder des Vorstandes haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden.

(2) Mitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden.

(3) Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn entgegen den Vorschriften dieses Gesetzbuchs:

1. Einlagen an die Aktionäre zurückgezahlt,

2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnantheile gezahlt,

3. eigene Aktien oder Interimsscheine der Gesellschaft erworben, zum Pfande genommen oder eingezogen werden,

4. Aktien vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder, falls der Ausgabepreis höher ist, vor der vollen Leistung dieses Betrags ausgegeben werden,

5. die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens oder eine theilweise Zurückzahlung des Grundkapitals erfolgt,

6. Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Ueberschuldung sich ergeben hat.

(4) In den Fällen des Abs. 3 kann der Ersatzanspruch auch von den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht

erlangen können, geltend gemacht werden. Die Ersatzpflicht wird ihnen gegenüber weder durch einen Verzicht der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.

(5) Die Ansprüche auf Grund dieser Vorschriften verjähren in fünf Jahren.“

Auffällig ist, dass der Großteil der damaligen Vorstandshaftung bis heute, teilweise sogar wortwörtlich, fortbesteht. Die heutige Regelung zur Anwendung einer gewissen Sorgfalt der Vorstandsmitglieder wurde allerdings erst 1937 in den damaligen § 84 AktG durch geringfügige Änderungen ergänzt, welche 1965 inhaltsgleich in den heutigen § 93 AktG übernommen wurde.⁹ Der § 84 AktG i.d.F. von 1937 lautet wie folgt:

„(1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Über vertrauliche Angaben haben Sie Stillschweigen zu bewahren.

(2) Vorstandsmitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Sie haben nachzuweisen, daß Sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben.

(3) Die Vorstandsmitglieder sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen diesem Gesetz

1. Einlagen an die Aktionäre zurückgewährt,

2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnanteile gezahlt,

3. eigene Aktien der Gesellschaft oder einer anderen Gesellschaft gezeichnet, erworben, als Pfand genommen oder eingezogen werden,

4. Aktien vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder des höheren Ausgabebetrags ausgegeben werden,

⁹ GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 1; Ihrig, WM 2004, S. 2098 f.; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 7

5. *Gesellschaftsvermögen verteilt wird,*

6. *Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder sich ihre Überschuldung ergeben hat; dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind,*

7. *Kredit gewährt wird,*

8. *bei der bedingten Kapitalerhöhung außerhalb des festgesetzten Zwecks oder vor der vollen Leistung des Gegenwerts Bezugsaktien ausgegeben werden.*

(4) Der Gesellschaft gegenüber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht. Dadurch, daß der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, wird die Ersatzpflicht nicht ausgeschlossen. Die Gesellschaft kann erst nach fünf Jahren seit der Entstehung des Anspruchs und nur dann auf Ersatzansprüche verzichten oder sich darüber vergleichen, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile den fünften Teil des Grundkapitals erreichen, widerspricht. Die zeitliche Beschränkung gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht.

(5) Der Ersatzanspruch der Gesellschaft kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit die von dieser keine Befriedigung erlangen können. Dies gilt jedoch in anderen Fällen als denen des Abs. 3 nur dann, wenn die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben; Abs. 2 Satz 2 gilt sinngemäß. Den Gläubigern gegenüber wird die Ersatzpflicht weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschluß der Hauptversammlung beruht oder der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat. Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Konkursverfahren eröffnet, so

übt während dessen Dauer der Konkursverwalter das Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder aus.

(6) Die Ansprüche aus diesen Vorschriften verjähren in fünf Jahren.“

Die Business Judgement Rule wurde erst im Zuge der Verabschiedung des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrecht („UMAG“) im Jahre 2005 als neuer Abs. 1 Satz 2 des § 93 AktG in die Organhaftungsregelung aufgenommen.¹⁰ Mit der Einführung des UMAG verfolgte der Gesetzgeber den Zweck, dass die häufigen und offensichtlichen Ansprüche der Gesellschaft konsequenter als bis dato geltend gemacht werden sollten. Um der daraus resultierenden erhöhten Anzahl an Klagen entgegenzuwirken und gleichzeitig die Entscheidungsfreiheit der Organträger zu garantieren, wurde die Business Judgement Rule vorgeschlagen.¹¹

Der Gedanke, die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der Organträger vor nicht einschätzbaren Gefahren durch Aktionärsklagen bzw. Klagen der Gesellschaft zu schützen, war zum Zeitpunkt des UMAG allerdings nicht mehr neu. Schon die erste Bankpleite nach dem Zweiten Weltkrieg im sogenannten *Herstatt*-Skandal drehte sich um die Frage der Organhaftung. Der Aufsichts- und Verwaltungsrat der damaligen Herstatt KGaA zögerten den längst fälligen Insolvenzantrag hinaus, weil sie der Meinung waren, die Gesellschaft noch kurzfristig retten zu können, was sich jedoch später als falsch erwies.¹² In der Entscheidung des BGH heißt es schon, dass *„das geschäftsführende Gesellschaftsorgan bei einer erkannten Überschuldung nach pflichtmäßigem Ermessen die Aussichten und Vorteile eines Sanierungsversuchs gegen die Nachteile abwägen [muß], die nicht eingeweihten Kunden bei einem Scheitern des Versuchs durch zwischenzeitliche Vermögensbewegungen entstehen können. Entscheidet es sich nach sorgfältiger und gewissenhafter Prüfung für einen solchen Versuch und darf es ihn den Umständen nach als sinnvoll ansehen, so verstößt es nicht schon deshalb gegen die guten Sitten oder das Betrugsverbot, weil eine für das Gelingen des Versuchs unerlässliche Fortführung des Betriebs unter Geheimhaltung seiner bedrängten Lage die Möglichkeit einschließt, daß hierdurch Getäuschte bei einem*

¹⁰ Falkenhausen, NZG 2012, S. 644; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 18; Spindler, NZG 2005, S. 871 f.

¹¹ Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 1.

¹² Bachmann, ZHR (177) 2013, S. 1; Binder, WM 2005, S. 1783.

*Zusammenbruch des Unternehmens einen Schaden erleiden, der ihnen bei sofortiger Einleitung eines Insolvenzverfahrens erspart geblieben wäre.*¹³

Dieses Urteil legt bereits den Fokus auf ein handlungsorientiertes Haftungssystem. Gleichzeitig wird erstmalig eines der wesentlichen Ziele der späteren Business Judgement Rule erkennbar: der Schutz des Entscheidungsträgers vor gerichtlicher Bestrafung auf Grundlage späterer besserer Erkenntnis (sog. „*hindsight bias*“). Das Urteil zum Herstatt-Skandal gilt daher als Avantgarde für die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung zum einen und die durch das UMAG kodifizierte Business Judgement Rule zum anderen.¹⁴

Um die Jahrtausendwende wurde dann in der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung die Grundzüge der bis dahin vorhanden Organhaftung und der US-amerikanischen Business Judgement Rule aufgenommen.¹⁵

Der Kerngedanke der amerikanischen Business Judgement Rule hat ihren Ursprung in einer Entscheidung aus dem Jahre 1829, wonach ein Unternehmer nicht für seine unternehmerischen Entscheidungen haftet, wenn er billig und gerecht gehandelt hat.¹⁶ 1988 legte dann der Supreme Court of Delaware in einem Urteil unter Heranziehung des Urteils von 1829 einen Tatbestandskatalog für die US-amerikanische Business Judgement Rule fest: „[...] *the business judgement rule is but a presumption that directors making a business decision, not involving self-interest, act on an informed basis, in good faith and in the honest belief that their actions are in the corporation's best interest. Thus, good faith and the absence of self-dealing are threshold requirements for invoking the rule.*“¹⁷

In der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung stellte der BGH im Wesentlichen die gleichen Prüfungspunkte wie der Supreme Court of Delaware fest, wonach „*dem Vorstand für die Leitung der Geschäfte der AG ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muß, ohne den unternehmerisches Handeln schlechterdings*

¹³ BGH, NJW 1979, S. 1823.

¹⁴ Bachmann, ZHR (177) 2013, S. 1 f.

¹⁵ Bachmann, ZHR (177) 2013, S. 1; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 1; Hauschka/Moosmayer/Lösler/Stieg/Zeidler, § 3 Rn. 3; Nietsch, ZGR 2015, S. 632; Scholz, AG 2018, S. 175.

¹⁶ GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 21; Hauschka/Moosmayer/Lösler/Stieg/Zeidler, § 3 Rn. 2; dazu: Percy vs. Millaudon, 6 Mart (NS) 616 (1828).

¹⁷ Grobow vs. Perot, 539 A.2d 180 (1988).

nicht denkbar ist.“¹⁸ Eine Schadensersatzpflicht des Vorstands „[...] kann erst in Betracht kommen, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muß, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muß.“¹⁹

Mit dieser Entscheidung hat der BGH zwei elementare Bestandteile für das heutige deutsche Organhaftungsrechts festgestellt. Zum einen, dass einem Organträger ein Handlungsspielraum eingestanden werden muss und zum anderen den tatbestandlichen Regelungsgehalt der Business Judgement Rule, wonach eine verantwortungsbewusste, unternehmerische Handlung auf Grundlage sorgfältiger Abwägungen benötigt wird.

Ob man die Business Judgement Rule schlussendlich als amerikanisches Importprodukt oder als überwiegend aus der deutschen Rechtsprechung entwickelte Regelung ansieht ist nebensächlich. Die wesentlichen Quintessenzen sind die gleichen. Zum einen ist es schwer, *ex-post* eine Entscheidung hinsichtlich des Sinns und der Wirtschaftlichkeit zu prüfen, wenn die Entscheidung selbst aus einer *ex-ante* Perspektive getroffen wurde. Und zum anderen ist es für das erfolgreiche Wirtschaften in einem Unternehmen von wesentlicher Bedeutung, dass die Organträger zweckmäßige Risiken eingehen. Ein Risiko ist dabei stets die Möglichkeit, dass die Handlung nicht zum Erfolg, sondern zu finanziellen Verlusten führt.²⁰

2. Ausgangslage und Zweck der „deutschen“ Business Judgement Rule

Nach der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung entwickelte *Ulmer* einen Gesetzesvorschlag, um diese Entscheidung gesetzlich zu kodifizieren.²¹ Diesem Gesetzesvorschlag schloss sich im Jahre 2001 inhaltlich auch der 63. Deutsche

¹⁸ *BGH*, NJW 1997, S. 1926.

¹⁹ *BGH*, NJW 1997, S. 1928.

²⁰ *Kocher*, CCZ 2009, S. 215 f. Zum Risikobegriff im Einzelnen: *Baums*, ZGR 2011, S. 222 ff.; *Hoffmann*, KSI 2017, S. 258 f.

²¹ Zum Vorschlag von *Ulmer* siehe *Ulmer*, ZHR (163) 1999, S. 297 ff.

Juristentag und die Regierungskommission Corporate Governance an.²² Danach sollte „[eine] Pflichtverletzung [...] nicht vor[liegen], wenn der Schaden durch unternehmerisches Handeln im Interesse der Gesellschaft auf der Grundlage angemessener Informationen verursacht wurde, auch wenn dieses Handeln sich aufgrund späterer Entwicklungen oder Erkenntnisse als für die Gesellschaft nachteilig erweist.“²³ Das UMAG, und daraus resultierend die heutige Business Judgement Rule, nahm zwar den Kerngedanken dieses Entwurfs auf, jedoch ohne dabei den eigentlichen Entwurf von Ulmer zu übernehmen, um die Empfehlungen der Regierungskommission Corporate Governance und das 10-Punkte-Programm der Bundesregierung umzusetzen.²⁴

Hintergrund der Empfehlungen sowohl der Regierungskommission Corporate Governance als auch der Bundesregierung selbst waren neben dem Ziel der transparenteren und nachvollziehbareren Gestaltung der deutschen Corporate Governance vor allem die sowohl international als auch national nicht aussetzenden Unternehmensskandale sowie das Platzen der „Dotcom“-Blase.²⁵ Ein auffälliges Merkmal dieser Skandale waren zum einen die schwache interne Überwachung durch den Aufsichtsrat und zum anderen die geringe Anzahl an aktienrechtlichen Haftungsverfahren gegen Organträger. Das lag erstens am mangelnden Interesse des Aufsichtsrates, Vorstandshandlungen zu verfolgen, und zweitens an den hohen gesetzlichen Anforderungen für Aktionäre zur Geltendmachung von Ansprüchen.²⁶ Am Interesse des Aufsichtsrates, die Handlungen des Vorstandes zu überprüfen, mangelte es, weil die Feststellung eines Fehlverhaltens des Vorstandes gleichzeitig als Eingeständnis eigenen Fehlverhaltens gewertet werden könnte. Daneben konnten Minderheitsaktionäre im Namen der Gesellschaft nur schwer den Vorstand in Regress nehmen, weil die Quoren ((i)10 % des Grundkapitals oder ein anteiliger Betrag von einer Million Euro zur Bestellung eines besonderen Vertreters, der die Geltendmachung der Ansprüche beantragt, oder (ii) ein einfacher

²² Bachmann, ZHR (177) 2013, S. 1; *Deutscher Juristentag*, Verhandlungen des dreiundsechzigsten Deutschen Juristentages, S. O 79.

²³ Ulmer, ZHR (163) 1999, S. 299.

²⁴ Bachmann, ZHR (177) 2013, S. 2; Bunnemann/Holzborn, BKR 2005, S. 51; Fleischer, ZIP 2004, S. 685; Seibert, WM 2005, S. 157.

²⁵ Beispielfähig hierfür sind der Mannesmann/Vodafone-Skandal wegen Untreue, oder der Schmiergeldskandal von HeidelbergCement. Siehe hierzu: Falkenhausen, NZG 2012, S. 645; Theisen, AG 1995, S. 194.

²⁶ Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 1. Zur genaueren Ausführung der Problematik: Fleischer, ZIP 2004, S. 685; Spindler, NZG 2005, S. 865.

Mehrheitsbeschluss der Hauptversammlung) für die Zulässigkeit der Klage bis zu diesem Zeitpunkt noch deutlich höher waren.²⁷

Der Fokus des UMAG lag deswegen auf einer transparenteren Gestaltung des Aktienrechts durch Anpassung des Organhaftungssystems. Dieses sah vor, neben der Erleichterung der Aktionärsklage durch eine vereinfachte, gerichtliche Bestellung von Sonderprüfern und ein vereinfachtes Klagezulassungsverfahren²⁸, die Business Judgement Rule zu kodifizieren, die bis dahin lediglich durch die Rechtsprechung des ARAG/Garmenbeck-Urteils angewendet worden war.

Dem verabschiedeten Gesetzesentwurf des UMAG ging allerdings ein Referentenentwurf voraus, welcher innerhalb der Regelung zur Business Judgement Rule in einem wesentlichen Punkt einen Unterschied aufwies. Das Tatbestandsmerkmal des Referentenentwurfs „ohne grobe Fahrlässigkeit“ wurde durch das Wort „vernünftigerweise“ ersetzt. Der Grund für die Änderung war die Kritik aus der Literatur, die darin eine zu geringe Unterscheidung des Pflichten- und Sorgfaltsmaßstab sah.²⁹ Eine faktische Änderung des Tatbestandes wurde dadurch nicht erreicht. Das Tatbestandsmerkmal „vernünftigerweise“ sollte, genauso wie „grobe Fahrlässigkeit“, eine objektive Limitation der Einschätzungen des Vorstandes in der jeweiligen Entscheidungssituation darstellen.³⁰

Der Gesetzgeber erhoffte sich von der Kodifizierung, dass die unternehmerische Entscheidungsfreiheit nicht durch unabwägbara Haftungsrisiken beschränkt wird, sondern ein System aus Transparenz und Rechtssicherheit dafür sorgt, dass die Organträger nicht mittelbar zu risikoaversen Handlungen gezwungen werden, die volkswirtschaftlich betrachtet nicht sinnvoll sind.³¹ Neben der weiteren Funktion der Haftungsbeschränkung als Korrelat zur Erleichterung der Aktionärsklage war die Kodifizierung der Business Judgement Rule eine endgültige Absage an die

²⁷ Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 20 f. Weiterhin: *Spindler*, NZG 2005, S. 866 f.

²⁸ Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 1; *Bunnemann/Holzborn*, BKR 2005, S. 51 ff. *Schütz*, NZG 2005, S. 6; *Schäfer*, ZIP 2005, S. 1254 ff.

²⁹ *Bunnemann/Holzborn*, BKR 2005, S. 51 f.; *Fleischer*, ZIP 2004, S. 688 f.; *Ihrig*, WM 2004, S. 2100 f.; *Schäfer*, ZIP 2005, S. 1258.

³⁰ Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 22. In der Literatur ausgeführt in: *Bunnemann/Holzborn*, BKR 2005, S. 51 f.; *Schütz*, NZG 2005, S. 5 f.

³¹ *Bunnemann/Holzborn*, BKR 2005, S. 51; *Falkenhausen*, NZG 2012, S. 645.

Erfolgshaftung der Organträger.³² Auch wenn es seitens der Literatur durchaus Bestrebungen gab, die Organhaftungsregelung des § 93 AktG zu reformieren³³, hält der Gesetzgeber nach wie vor an der ursprünglichen Form fest.

Um genauer zu verstehen, wie diese Form der Organhaftung des § 93 AktG funktioniert und um herauszufinden, ob es Anhaltspunkte für eine unmittelbare oder mittelbare Anwendung im Bereich der Entscheidungen unter Rechtsunsicherheit gibt, werden nachfolgend die Tatbestandsmerkmale des § 93 Abs. 2 AktG genauer betrachtet.

3. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG: die Anwendbarkeit der Organhaftung und deren Konsequenzen

§ 93 AktG bildet die zentrale Vorschrift für die Organhaftung bei Verhaltenspflichtverletzungen in der AG. § 43 GmbHG regelt die Geschäftsführerhaftung in der GmbH. Da die aktienrechtliche Norm deutlich jünger und inhaltlich umfangreicher ist, wird sie für die Auslegung des § 43 GmbHG analog herangezogen. Inhaltlich ist die Business Judgement Rule daher auch auf die Geschäftsführer der GmbH anwendbar.³⁴

Die allgemeinen Voraussetzungen der Tatbestandsverwirklichung sind im Wesentlichen denen der zentralen deliktischen Haftungsgrundlage des § 823 BGB ähnlich und setzen das Handeln eines Vorstandsmitgliedes bzw. über § 116 AktG auch eines Aufsichtsratsmitgliedes der AG, eine daraus resultierende schuldhaft Pflichtenverletzung sowie einen kausalen Schaden voraus.

Der Fokus der vorliegenden Arbeit liegt jedoch im Spannungsfeld zwischen der Pflichtenverletzung einerseits und der unklaren Rechtslage andererseits. Daher wird im folgenden Abschnitt lediglich das Tatbestandsmerkmal der Pflichtenverletzung detailliert behandelt.

³² BeckOK GmbHG/Ziemons/Pöschke, § 43 Rn. 104; Falkenhausen, NZG 2012, S. 646 f.; Fritz, NZA 2017, S. 676; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn. 29; Paefgen, AG 2004, S. 247 f.; Schütz, NZG 2005, S. 5.

³³ vgl. nur Bachmann, ZHR (177) 2013, S. 1; Faßbender, NZG 2015, S. 502 f.; Kocher, CCZ 2009, S. 221.

³⁴ Baumbach/Hueck/Beurskens, § 43 Rn. 8; Henssler/Strohn/Oetker, § 43 GmbHG Rn. 22; MHLS/Ziemons, § 43 Rn. 134; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 5; Roth/Altmeyen/Altmeyen, § 43 Rn. 3; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, § 43 Rn. 16.

a) Pflichtverletzungen und die allgemeinen Verhaltenspflichten als Tatbestandsmerkmal des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG

Gemäß § 93 Abs. 2 S. 1 AktG sind Vorstandsmitglieder zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn sie ihre Pflichten verletzt haben. Die genauen einzelnen Pflichten des Organträgers werden allerdings weder vom AktG noch vom GmbHG abschließend geregelt, sondern ergeben sich durch Auslegung der wesentlichen allgemeinen Pflichten.³⁵ Diese Pflichten sind, neben der Legalitätspflicht als äußerster und übergeordneter Rahmen aller anderen Pflichten, die meist individuellen vertraglichen Pflichten, der gesetzliche Pflichtenkatalog, die organschaftliche Treuepflicht, die sich daraus ergebende Verschwiegenheitspflicht und die allgemeine Sorgfaltspflicht.³⁶ Wegen ihrer „Rahmenfunktion“ und dem daraus resultierenden Bezug zu allen anderen Pflichten wird an dieser Stelle mit der Ausführung der Legalitätspflicht begonnen.

aa) Verstoß gegen die Legalitätspflicht

Die übergeordnete Pflicht des Organträgers ist es, sich bei der Amtsführung stets gesetzestreu zu verhalten. Dies führt konsequenterweise dazu, dass jede Pflicht der Organträger stets dann verletzt wird bzw. sich am Rande einer Pflichtverletzung befindet, wenn die Legalitätspflicht in Frage gestellt oder eben gebrochen wird. Eine Abgrenzung der Legalitätspflicht von den weiteren Pflichten ist aber aufgrund der fließenden Übergänge nur schwer möglich. Das aktiv gesetzestreu Verhalten (Legalitätspflicht) teilt sich danach wiederum in die interne und die externe Pflichtenbindung auf.³⁷

³⁵ Fleischer/Fleischer, § 11 Rn. 35; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn. 29; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 21; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 1.

³⁶ Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn. 29; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 2 ff.; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 4; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 21.

³⁷ Henssler/Strohn/Oetker, § 43 GmbHG Rn. 23; Hoffmann/Schieffer, NZG 2017, S. 402; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 87; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 21; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, § 43 Rn. 36; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 12.

(1) Die interne Pflichtenbindung

Die interne Pflichtenbindung der Organträger spiegelt im Wesentlichen die zwischen Organträger und Gesellschaft durch Gesetz oder Abrede bestehenden Verhaltensgebote wider. Die gesetzlichen Verhaltensgebote sind vor allem die durch das AktG respektive das GmbHG geregelten Einzelpflichten der Organträger, wie beispielsweise die Pflicht zur Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen nach § 83 AktG. Diese Auflistung entspricht schlussendlich ganz überwiegend dem gesetzlichen Pflichtenkatalog.³⁸

Da die Legalitätspflicht als Rahmen sowohl der Treuepflicht als auch der Sorgfaltspflicht dient, ist ein substantieller Teil der internen Pflichten auch die Einhaltung der gesetzlich kodifizierten Kompetenzordnung innerhalb der Gesellschaft. So stellt eine Kompetenzüberschreitung neben einer Sorgfaltspflichtverletzung auch stets einen Bruch der Legalitätspflicht dar.³⁹

Ebenfalls von Bedeutung ist die Bekennung des Organträgers zum Unternehmensgegenstand sowie die Einhaltung weiterer Abreden im Anstellungsvertrag, der Satzung und der Geschäftsordnung des jeweiligen Organträgers. Meistens sind solche Regelungen ebenfalls Regelungen der Kompetenzordnung. Dabei stellt der Unternehmensgegenstand den äußeren Rahmen all dieser Pflichten dar. Dem Organträger ist es daher grundsätzlich verboten, eine Handlung durchzuführen, die sich außerhalb des Unternehmensgegenstandes befindet.⁴⁰

Abschließend ist noch hinzuzufügen, dass laut ganz h.M. eine Pflichtverletzung im Außenverhältnis zugleich auch immer eine Pflichtverletzung im Innenverhältnis darstellt.⁴¹ Es ergibt sich die Frage, was unter einer Pflicht im Außenverhältnis bzw. den externen Pflichtenbindungen zu verstehen ist.

³⁸ Henssler/Strohn/Oetker, § 43 GmbHG Rn. 25; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 55; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 22 ff.; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 15 ff.

³⁹ BGH, NZG 2015, S. 793. Der gleichen Ansicht: Fleischer, DStR 2009, S. 1204; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 27; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 20.

⁴⁰ Hölters/Hölters, § 93 Rn. 57; 59; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 28 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, § 43 Rn. 36; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 21 f.;

⁴¹ Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 6; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 31; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 24.

(2) Die externe Pflichtenbindung

Die allgemeine Einhaltung aller anwendbaren Rechtsvorschriften, die das Unternehmen als Rechtssubjekt treffen, gilt für den jeweiligen Organträger auch im Außenverhältnis. Hierunter fallen eine Vielzahl von Vorschriften des Zivil- und Wirtschaftsrechts, des öffentlichen Rechts sowie des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts.⁴² Vom Tatbestand der Legalitätspflichtverletzung her wird dabei grundsätzlich das Verwirklichen einer Ordnungswidrigkeit genauso behandelt wie das Verwirklichen eines Straftatbestandes.⁴³ Weiterhin trifft die Organträger auch die Pflicht, für die Einhaltung ausländischer, auf die Gesellschaft anwendbarer Rechtsnormen zu sorgen. Denn ein Verstoß gegen ein Gesetz in einer anderen Rechtsordnung gilt auch in der deutschen Rechtsordnung als Bruch der Legalitätspflicht.⁴⁴

Eine weitere aus § 76 Abs. 1 und § 93 Abs. 1 AktG entwickelte externe Pflicht ist die Pflicht zur Leitung des Reputationsmanagements. Als überaus betriebswirtschaftlich sinn- und wertvoll angesehen trifft die Organträger daher die Pflicht, den Aufbau und die Pflege eines nach dem Grundsatz des ehrbaren Kaufmanns entstehenden Reputationsmanagement voranzutreiben, um so strategische, wirtschaftliche Vorteile auf dem Markt zu erhalten. Daher muss der Organträger vor der Entscheidung stets die Auswirkungen auf die Reputation des Unternehmens abschätzen. Ein reputationsschädigendes Verhalten wird daher als Verstoß gegen seine Leitungspflichten nach § 76 Abs. 1 AktG angesehen.⁴⁵

(3) Legalitätskontrollpflicht und Compliance

An dieser Stelle ist hervorzuheben, dass nicht nur die Organträger, sondern auch alle Angestellte des Unternehmens an die Legalitätspflicht gebunden sind. Die Legalitätspflicht des Organträgers beruht daher nicht nur auf der Bindung des eigenen Verhaltens an das Gesetz, sondern auch auf der Kontrolle und Schaffung

⁴² *Ebbinghaus/Hasselbach*, AG 2014, S. 879; *MüKoGmbHG/Fleischer*, § 43 Rn. 30; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus*, § 43 Rn. 36; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 93 Rn. 23.

⁴³ *Ebbinghaus/Hasselbach*, AG 2014, S. 880; *Ott/Reichert*, ZIP 2009, S. 2173; *Paefgen*, AG 2014, S. 558.

⁴⁴ *Fleischer*, NZG 2014, S. 522; *MüKoGmbHG/Fleischer*, § 43 Rn. 33; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 93 Rn. 26.

⁴⁵ *Fleischer*, DB 2017, S. 2019 f.; *Klöhn/Schmolke*, NZG 2015, S. 693 ff.; *MüKoGmbHG/Fleischer*, § 43 Rn. 32a f.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus*, § 43 Rn. 40; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 93 Rn. 25a f.

aktiver Vorkehrungen gegen Gesetzesverstöße von Unternehmensangehörigen (Legalitätskontrollpflicht).⁴⁶ Die Legalitätskontrollpflicht wird in der Literatur überwiegend aus dem § 91 Abs. 2 AktG und der allgemeinen Legalitäts- bzw. Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG abgeleitet. Der Begriff „Legalitätspflicht“ meint klassischerweise das Gleiche wie „Compliance“ oder „Compliance-Pflicht“.⁴⁷ Lediglich als Teil der Legalitätskontrollpflicht ergibt sich aus § 91 Abs. 2 AktG, dass der Vorstand ein Compliance-System einzurichten hat, welches den Fortbestand der Gesellschaft sichern soll. Gemeint ist aber, dass der Vorstand grundsätzlich alle Verstöße, auch die, die keine Existenzbedrohung darstellen, durch ein geeignetes System verfolgen soll. Dabei gibt es keine genauen Vorgaben, wie das Compliance-System zur Überwachung der Legalitätskontrollpflicht auszusehen hat. Die Ausgestaltung unterliegt daher dem unternehmerischen Ermessen im Sinne des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Hinsichtlich der Frage, wann ein Vorstand seine Legalitätskontrollpflicht verletzt hat, ist objektiv auf das individuell vom Vorstand integrierte Compliance-System zu verweisen. Ein grundsätzlicher Compliance-Verstoß im Unternehmen ist daher nicht unmittelbar eine Verletzung der Legalitätskontrollpflicht, sondern nur dann, wenn das vom Vorstand eingerichtete Compliance-System ungeeignet oder nicht ausreichend ist, um Rechtsverstöße in jenem Unternehmen zu verhindern.⁴⁸

Aus der Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht ergibt sich zusammenfassend die Pflicht, stets im Sinne des Gesetzes zu handeln. Der Grundsatz „*iura novit curia*“ muss im Rechtsverkehr als Maßstab dienen, weshalb die Gerichte stets den individuellen Sachverhalt betrachten müssen⁴⁹.

(4) Rechtswidriges Verhalten zum Vorteil der Gesellschaft

Allerdings könnte man sich die Frage stellen, wie ein vorsätzlicher Verstoß gegen die Legalitätspflicht gehandhabt wird, wenn damit ein Vorteil für die Gesellschaft

⁴⁶ Fleischer, CCZ 2008, S. 1 f.; Hoffmann/Schieffer, NZG 2017, S. 402; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 6; KBLW/Bachmann/Kremer, 4. Teil Rn. 819 f.; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 115; Münch. Hdb. GesR/Wiesner § 25 Rn. 34 ff.; Spießhofer, NZG 2018, S. 442.

⁴⁷ Baumbach/Hueck/Beurskens, § 43 Rn. 11; Hoffmann/Schieffer, NZG 2017, S. 402; Hüffer/Koch/Koch, § 76 Rn. 13 f.; KBLW/Bachmann/Kremer, 4. Teil Rn. 820.

⁴⁸ Hoffmann/Schieffer, NZG 2017, S. 402 f.; LG München I, NZG 2014, S. 345 ff.; Park/Bottmann, Kap. 2.1 Rn. 40; Sonnenberg, JuS 2017, S. 917.

⁴⁹ Hk-ZPO/Saenger, § 293 Rn. 1; MüKoZPO/Pritting, § 293 Rn. 4.

bezweckt bzw. realisiert wird (sog. „nützliche Pflichtverletzung“ bzw. „*efficient breach*“). Möglich wäre, dass dem Organträger dann im Innenverhältnis keine Inanspruchnahme droht, weil kein Schaden, sondern ein finanzieller Vorteil entstanden wäre. Beispiele für solch eine nützliche Pflichtverletzung sind Schmiergeldzahlungen oder Verstöße gegen steuerliche, umweltrechtliche oder baurechtliche Rechtsvorschriften.

Dennoch ist sich sowohl die h.M. als auch die Rechtsprechung darüber einig, dass die Legalitätspflicht konsequent anzuwenden ist und somit auch nützliche Pflichtverletzungen als Verstoß zu werten sind.⁵⁰ Eine Ausnahme hiervon stellt die Pflichtverletzung aus einem Vertrag zwischen Organträger und Gesellschaft dar, wenn die Nichterfüllung der vertraglichen Pflicht mit den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Unternehmensführung vereinbar ist.⁵¹

Problematischer ist die Frage der Schadensbemessung, welche von der Gesellschaft dargestellt werden muss. Hiervon auszunehmen ist natürlich eine Verletzung der Sondertatbestände des § 93 Abs. 3 AktG, bei welcher der Schaden vermutet wird.⁵² In den anderen Fällen muss die Schadenssumme mittels der Differenzhypothese, indem eine Gesamtvermögensbetrachtung angestellt wird, bestimmt werden. Das bedeutet, dass Vermögensvorteile, welche durch das organschaftliche Fehlverhalten der Gesellschaft zugeflossen sind, beachtet und angerechnet werden müssen. Dies gilt nicht, wenn durch die Anrechnung der Zweck eines Schadensersatzes entfallen würde oder die Gesellschaft (als Geschädigte) unzumutbar belastet und der Organträger (als Schädiger) unzumutbar begünstigt werden würde (Grundsatz der Vorteilsausgleichung).⁵³ Bei einer dauerhaften Überschreitung (bspw. Kauf eines branchenfremden Unternehmens) der Organträgerbefugnisse wird von der derzeitigen Literatur angenommen, dass die Rechtslage aus dem Personengesellschaftsrecht herangezogen werden muss: eine Anwendung des Grundsatzes der Vorteilsausgleichung würde somit wegfallen. Ein Schaden wäre nur dann zu bestätigen, wenn die Gegenleistung sinnvoll genutzt

⁵⁰ vgl. nur GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 134; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 75; MHLS/Ziemons, § 43 Rn. 75; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 107; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 36.

⁵¹ GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 148; Lutter, ZIP 2007, S. 843; MHLS/Ziemons, § 43 Rn. 76; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 40.

⁵² vgl. S. 19. Weiterhin: GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 326; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 68; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 251 f.

⁵³ BGH, NJW 2013, S. 1958; Bruns, NJW 2019, S. 803; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 107; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 264a; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 38.

werden konnte.⁵⁴ Weiterhin ist zu beachten, dass Vermögensvorteile, welche aus einem Verstoß gegen das Strafgesetz oder das Ordnungswidrigkeitengesetz resultieren, über §§ 30 Abs. 1, 3 i.V.m. 17 Abs. 4 OWiG vollständig von den Vollzugsbehörden herausverlangt werden können.

Dem ungeachtet wird in der Praxis nach Anwendung der Differenzhypothese unter Beachtung der Vorteilsausgleichung der tatsächliche Schaden und damit auch die Innenhaftung selbst in der Regel zu verneinen sein.⁵⁵

(5) Rechtmäßiges Verhalten zum Nachteil der Gesellschaft

Fest steht, dass rechtswidriges Verhalten mit wirtschaftlichen Vorteilen für die Gesellschaft grundsätzlich, bis auf eine Ausnahme⁵⁶, unzulässig ist. Im Umkehrschluss stellt sich dann die Frage, inwiefern ein rechtskonformes Verhalten eines Organträgers, welches einen wirtschaftlichen Nachteil für die Gesellschaft trägt, zu behandeln ist. Hierzu hat der BGH nochmal klargestellt, dass für die Gesellschaft wirtschaftlich nachteilige Geschäfte im Einzelfall vom unternehmerischen Ermessen der Organträger gedeckt sind, wenn diese vernünftigerweise auf der Grundlage angemessener Informationen und zum Wohle der Gesellschaft getätigt wurden. Eine Pflichtverletzung kann dann wegen der Business Judgement Rule abgelehnt werden.⁵⁷

Auch die Literatur hat bereits erkannt, dass nicht nur aufgrund des Vorliegens eines Schadens zwangsläufig davon ausgegangen werden darf, dass auch eine Pflichtverletzung eines Organträgers vorliegt. Ein diese Aussage stützendes Beispiel ist ein zu Beginn wirtschaftlich nachteiliges Geschäft, welches erst in einer langfristigen Prognose als wirtschaftlich vorteilhaft gilt.⁵⁸

Es ist festzuhalten, dass ein rechtswidriges Verhalten zum Vorteil der Gesellschaft grundsätzlich zu einer Pflichtverletzung führt, auch wenn ein Schaden in den

⁵⁴ vgl. Spindler/Stilz/*Fleischer*, § 93 Rn. 39. So entschieden hat auch das OLG München in einem Sachverhalt bei einer KGaA: *OLG München*, NZG 2000, S. 743.

⁵⁵ Baumbach/Hueck/*Beurskens*, § 43 Rn. 12; 52 f; Hölters/*Hölters*, § 93 Rn. 75; 257 f.

⁵⁶ Eine Ausnahme stellt die Pflichtverletzung aus einem Vertrag zwischen Organträger und Gesellschaft dar, wenn die Nichterfüllung der vertraglichen Pflicht mit den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Unternehmensführung nicht vereinbar ist; vgl. hierzu: GK AktG/*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 148; *Lutter*, ZIP 2007, S. 843; *MHLS/Ziemons*, § 43 Rn. 76; *MüKoGmbHG/Fleischer*, § 43 Rn. 40

⁵⁷ *BGH*, NZG 2018, S. 1194 f. So zuvor auch schon *BGH*, NZG 2013, S. 1023.

⁵⁸ *Hüffer/Koch/Koch*, § 93 Rn. 16; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 93 Rn. 88; *Wiersch*, NZG 2013, S. 1208.

meisten Fällen nicht gegeben ist. Ein rechtskonformes Verhalten zum Nachteil der Gesellschaft ist jedoch grundsätzlich möglich, solange die Organträger sich im „*safe harbour*“ der Business Judgement Rule befinden.

bb) Verstoß gegen den gesetzlichen Pflichtenkatalog inklusive der Sondertatbestände

Der gesetzliche Pflichtenkatalog eines Organträgers ist nicht zentral normiert und generell nur schwierig abzugrenzen. So sind z.B. wesentliche Pflichten der Vorstandsmitglieder die Leitung der Gesellschaft nach § 76 Abs. 1 AktG oder die Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen nach § 83 AktG, die eben auch ein Teil der internen Pflichtenbindung im Rahmen der Legalitätspflicht sind.⁵⁹

Weiterhin und hier ergänzend zu erwähnen sind jedoch die in § 93 Abs. 3 AktG neun kodifizierten Einzelfälle, welche stets die finanzielle Grundlage der Gesellschaft so schwer vermindern bzw. beeinflussen, dass ein Verstoß in jedem Fall als eine Pflichtverletzung bzw. Verwirklichung einer Schadenersatzanspruchsgrundlage zu werten ist. Bei Vorliegen solch einer Pflichtverletzung tritt daher, im Gegensatz zum § 93 Abs. 2 S. 1 AktG, eine Schadensvermutung ein.⁶⁰ Das Vorstandsmitglied trifft dann die Beweislast. Der Nachweis, dass die Gesellschaft bisher keinen Schaden erlitten hat, reicht dabei nicht aus. Vielmehr ist eine Exkulpation nur möglich, wenn nachgewiesen werden kann, dass der monetäre Schadensbetrag dem Gesellschaftsvermögen wieder vollständig zugeflossen ist. Für mögliche zukünftige Folgeschäden trägt die Gesellschaft jedoch die Beweislast.⁶¹

cc) Verstoß gegen die Treuepflicht und Verschwiegenheitspflicht

Die Treuepflicht der Vorstandsmitglieder ist, im Gegensatz zur Sorgfaltspflicht, nicht ausdrücklich im Gesetz kodifiziert, wird aber dennoch allgemein anerkannt

⁵⁹ Hüffer/Koch/Koch, § 76 Rn. 8 f.; § 83 Rn. 2; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 21; § 76 Rn. 4; § 83 Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 43.

⁶⁰ GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 326; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 68; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 251 f.

⁶¹ GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 328; Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, § 93 Rn. 54; Habersack/Schürnbrand, WM 2005, S. 958; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 68; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 252; 263.

und überwiegend aus § 242 BGB abgeleitet. Die fundamentale Funktion der organschaftlichen Treuepflicht ist es, Interessenskonflikte der Organträger bei der Wahrnehmung von Geschäftsaufgaben („Prinzipal-Agent-Theorie“) zu bewältigen.⁶² Der BGH begründet die Treuepflicht in der Verfügungsgewalt bzw. die vom Treugeber (Gesellschafter/Aktionäre) ermöglichte Einwirkungsmacht über das fremde Vermögen.⁶³ Aufgrund der treuhänderischen Struktur unterscheidet sich die Stellung des Organträgers weitgehend von denen eines normalen Vertragspartners, sodass die Pflichten aus dem Anstellungsvertrag den dem Organträger obliegenden Pflichten nicht vollständig nachkommen.⁶⁴ Daher geht die Treuepflicht über die Pflichten des Anstellungsvertrages hinaus und verlangt vom jeweiligen Organträger, dass die Geschäfte der Gesellschaft stets in deren Interesse und nicht im Eigeninteresse des Organträgers oder eines Dritten zu führen sind.⁶⁵ Wesentliche gesetzliche Ausprägungen der Treuepflicht sind zum einen das Wettbewerbsverbot nach § 88 Abs. 1 AktG und zum anderen die Verschwiegenheitspflicht gemäß § 93 Abs. 1 S. 3 AktG.⁶⁶

Zwischen der allgemeinen Treuepflicht und dem Wettbewerbsverbot greift die sogenannte Geschäftschancenlehre als Bindeglied ein. Diese besagt, dass der Organträger verpflichtet ist, Geschäftschancen nicht zum Nachteil der Gesellschaft auf eigene Rechnung auszunutzen, sondern der Gesellschaft das Verwertungsrecht der Geschäftschance zu überlassen.⁶⁷ Die Geschäftschancenlehre ist regelungstechnisch teilweise deckungsgleich mit dem allgemeinen Wettbewerbsverbot. Allerdings handelt es sich um zwei selbstständige Rechtsinstrumente, denn zum einen muss ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot nicht zwangsläufig in einen Verstoß gegen die Geschäftschancenlehre münden und zum anderen bedeutet die Ausnutzung einer

⁶² Berger/Wighardt, NZG 2017, S. 1371; Fleischer, WM 2003, S. 1044 f.; Henke, EuR 2010, S. 119 ff.; MHLS/Ziemons, § 43 Rn. 206; Steffek, JuS 2010, S. 296 f.

⁶³ BGH, AG 2006, S. 111; BGH, WM 2002, S. 566; Helmrich, NZG 2011, S. 1252.

⁶⁴ GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 224; MHLS/Ziemons, § 43 Rn. 205; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 153; Roth/Altmeppen/Altmeppen, § 43 Rn. 26.

⁶⁵ Eisenhardt/Wackerbarth, § 4 Rn. 66; Helmrich, NZG 2011, S. 1256; MHLS/Ziemons, § 43 Rn. 207 f.

⁶⁶ Eisenhardt/Wackerbarth, § 4 Rn. 66; Henssler/Strohn/Oetker, § 43 GmbHG Rn. 20; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 139; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 129; 153; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 113.

⁶⁷ BeckOK HGB/Klimke, § 112 Rn. 31; Fleischer, NZG 2018, S. 361; Henssler/Strohn/Oetker, § 43 GmbHG Rn. 20 ff.; Oetker/Lieder, § 112 Rn. 21; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, § 13 Rn. 91 f.; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 136 ff.

Geschäftschance nicht unmittelbar einen Wettbewerbsverstoß, denn die Geschäftschancenlehre zielt vielmehr darauf ab, generell zu verhindern, dass eine Geschäftschance wahrgenommen wird. Auf die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Wettbewerbsverbotes kommt es nicht an.⁶⁸

Abschließend ergibt sich aus der Treuepflicht auch die Einhaltung der gesellschaftsvertraglichen bzw. satzungsmäßigen und gesetzlichen Kompetenzordnung. Gilt es, eine Maßnahme für die Gesellschaft zu treffen, so müssen vorher mögliche Zustimmungen von beispielsweise Hauptversammlung oder Aufsichtsrat wegen der allgemeinen Funktion der Treuepflicht und der damit verbundenen Einhaltung der Kompetenzordnung eingeholt werden.

dd) Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht

Die Einhaltung der Kompetenzordnung stellt jedoch auch eine Sorgfaltspflicht dar. So heißt es in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, dass „[...] *Vorstandmitglieder [...] bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden [haben]*“. Hierzu gehört es auch, mögliche Zustimmungserfordernisse anderer Organträger zu einer Maßnahme einzuholen. Daran ist erkennbar, dass sich die Sorgfaltspflicht in Ambivalenz zur organschaftlichen Treuepflicht befindet. Wesentlicher Unterschied der allgemeinen Sorgfaltspflicht gegenüber der Treuepflicht ist, dass der Vorstand bei der Sorgfaltspflicht innerhalb des satzungsmäßigen und gesetzlichen Rahmens handeln muss, während die Treuepflichten sich im weiten Rahmen der Auslegung von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB befinden.⁶⁹ Daraus ergibt sich für die Sorgfaltspflicht ein insgesamt engerer Handlungsrahmen, der durch Auslegung auch klarer bestimmbar ist.

Trotz allem kann die Frage, was genau alles unter die Sorgfaltspflicht fällt, nur durch Auslegung der Sorgfaltspflicht im Einzelfall beantwortet werden. Wie die allgemeine Sorgfaltspflicht auszulegen ist, hängt immer von den individuellen und objektiv zu betrachtenden Umständen, insbesondere von der Unternehmensbranche, die Größe und die wirtschaftliche Situation ab. Auch auf einzelne

⁶⁸ Eisenhardt/Wackerbarth, § 4 Rn. 72; MAH PersGesR/Plückelmann, § 10 Rn. 39; Oetker/Lieder, § 112 Rn. 22; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 136 f.

⁶⁹ GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 52; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 25 f.; 125; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 11 f.; 114 f.

Branchen ist somit die Sorgfaltspflicht nicht absolut bestimmbar. Andererseits ist ein Sorgfaltsmaßstab wohl erkennbar, wenn in der Branche allgemein anerkannte Erfahrungen und Vorgehensweisen existieren. Außerdem gibt es gesetzlich normierte Handlungspflichten, welche in das Kompetenzraster der Sorgfaltspflicht fallen. Hier sind beispielhaft die § 264 Abs. 1 HGB (Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses) und § 15a InsO (Antragstellung des Insolvenzverfahrens) zu nennen.⁷⁰

Generell lässt sich aber festhalten, dass der gesetzliche Pflichtenkatalog als Teil der Legalitätspflicht stets unter die Einhaltung der Sorgfaltspflicht fällt.⁷¹ Aus der Sorgfaltspflicht lassen sich ebenfalls allgemeine Kriterien und Anforderungen an die Person des Organträgers ableiten. So muss der jeweilige Organträger mit den erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnissen sein Amt ausführen. Welche Fähigkeiten und Kenntnisse das sind, hängt vom Einzelfall ab. Relevante Faktoren sind insbesondere Art und Größe des Unternehmens sowie die wirtschaftliche und finanzielle Lage. Als Maßstab kann ein Vergleich mit einem Unternehmen vergleichbarer Art und Größe dienen.⁷²

Nach *Fleischer* lässt sich die pflichtgemäße Einhaltung der Sorgfaltspflicht in vier wesentliche Anwendungsfelder aufteilen: Planungs- und Steuerungsverantwortung, Organisationsverantwortung, Finanzverantwortung und Informationsverantwortung.⁷³

Was konkret unter Planungsverantwortung zu verstehen ist, lässt sich ebenfalls aufgrund der Unterschiede der Branchen und Unternehmen nicht allgemein sagen. Die Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensplanung könnten hier jedoch als Hilfestellung fungieren. Daneben müsse die Unternehmensleitung eine Unternehmenskontrolle ausüben. Darunter falle vor allem die Wirtschaftlichkeits-, Zweckmäßigungs- und Legalitätskontrolle der im Unternehmen herrschenden

⁷⁰ Eisenhardt/Wackerbarth, § 4 Rn. 76 f.; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 59; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn. 7; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 41; 43.

⁷¹ GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 58; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn. 7a; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 49;

⁷² Baumbach/Hueck/Beurskens, § 43 Rn. 9; Eisenhardt/Wackerbarth, § 4 Rn. 78; Henssler/Strohn/Oetker, § 43 GmbHG Rn. 15; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 48; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, § 43 Rn. 13; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 39; Wicke, § 43 Rn. 4.

⁷³ MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 56.

Prozesse und Handlungen. Diese Kontrollen weisen dabei einen antizipierenden, einen begleitenden und einen rückblickenden Betrachtungswinkel auf.⁷⁴

Unter die Organisationsverantwortung falle überwiegend die Pflicht der Unternehmensleitung das Unternehmen so zu organisieren, dass der Gesellschaftszweck am besten realisiert werden könne.⁷⁵

Die Finanzverantwortung ginge die Unternehmensleitung zur Sicherung der Liquidität ein. Dafür sei eine Gesamtorganisation der Unternehmensfinanzierung erforderlich.⁷⁶

Schlussendlich sei die Unternehmensleitung verpflichtet, über jegliche Vorgänge im Unternehmen berichten zu können. Hierfür würde die Erstellung eines Berichtswesens benötigt, damit jederzeit präzise Informationen aus allen Bereichen geliefert werden könnte.⁷⁷

Alle Verantwortungsfelder finden dabei ihre Grenzen in der Legalitätspflicht als „äußerer Rahmen“ der Sorgfaltspflicht. Denn eine Verletzung der Legalitätspflicht wird stets auch als eine Verletzung der Sorgfaltspflicht des Organträgers gewertet.⁷⁸ Ungeachtet dessen stellt sich die Frage, inwiefern dem Organträger allgemein im Rahmen der Sorgfaltspflicht bei Einzelentscheidungen bzw. -handlungen ein Sorgfaltsmaßstab zur Verfügung steht, da ansonsten erhebliche Schwierigkeiten bei der Auslegung der Sorgfaltspflicht, aufgrund fehlender Anhaltspunkte die Folge wären.

(1) Die Business Judgement Rule

Im Rahmen der zentralen Anwendungsfelder der Leitungssorgfalt verfügt ein Organträger, solange die Legalitäts- und Treuepflicht eingehalten wird, über einen unternehmerischen Ermessensspielraum,⁷⁹ der gleichzeitig als Sorgfaltsmaßstab für den Organträger dient.⁸⁰ Die Leitlinien dieses Ermessensspielraumes sind in der

⁷⁴ MüKoGmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 57 f.

⁷⁵ MüKoGmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 59.

⁷⁶ MüKoGmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 62.

⁷⁷ MüKoGmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 65.

⁷⁸ GK AktG/*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 58 ff.; Hüffer/*Koch/Koch*, § 93 Rn. 6; MüKoAktG/*Spindler*, § 93 Rn. 22.

⁷⁹ Hölters/*Hölters*, § 93 Rn. 33; MHLS/*Ziemons*, § 43 Rn. 134; MüKoGmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 66; Spindler/*Stilz/Fleischer*, § 93 Rn. 67.

⁸⁰ Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, § 93 Rn. 26 ff.; Hölters/*Hölters*, § 93 Rn. 26; *Scholz*, AG 2018, S. 173; Spindler/*Stilz/Fleischer*, § 93 Rn. 10.

Business Judgement Rule festgehalten. Die Business Judgement Rule ist ein Teil der Sorgfaltspflicht⁸¹ und stellt innerhalb des Konstrukts der Sorgfaltspflicht eine Konkretisierung bei einer rechtlich nicht gebundenen Entscheidung dar. Ist der Tatbestand der Business Judgement Rule zu bestätigen, verdrängt dieser die Regelung nach § 93 Abs. 1 S. 1. Auch hier gilt die Legalitätspflicht des Organträgers als Grenze der Business Judgement Rule. Handelt der Organträger allerdings innerhalb der Grenzen der Business Judgement Rule, ist eine Haftung auch bei möglichen Negativentwicklungen der Folgen ausgeschlossen (sog. Geschäftsleiterermessen bzw. Ermessensspielraum). Maßgebend für den Organträger ist deshalb allein, dass dieser, innerhalb des rechtlich zulässigen, bei jeder unternehmerischen Handlung stets auf die Einhaltung des unternehmerischen Ermessens aus einer *ex-ante* Perspektive achtet.⁸² Eine mögliche Haftung ist folglich ausgeschlossen, wenn das jeweilige Organ im Sinne des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG „*bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.*“

(a) Unternehmerische Entscheidung

Der Haftungsausschluss des Organträgers setzt zunächst voraus, dass eine unternehmerische Entscheidung getroffen wurde. Eine unternehmerische Entscheidung ist eine Entscheidung des Organträgers, die in Angelegenheiten der Gesellschaft getroffen wurde und die nicht in irgendeiner Art und Weise gebunden ist (Gesetz, Satzung, Geschäftsordnung oder Anstellungsvertrag). Die Tatsache, dass der Organträger eine Entscheidung getroffen hat, setzt voraus, dass mehrere gesetzlich zulässige Handlungsalternativen bestanden.⁸³ Da die Entscheidung aus einer *ex-ante* Perspektive mittels einer Prognose getroffen werden muss, ist die unternehmerische Entscheidung mit einem Restrisiko behaftet,⁸⁴ und sollte daher

⁸¹ Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn. 19; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 59.

⁸² BeckOK HGB/Fischer/Scholl, § 114 Rn. 136; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 61; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 29; MHLS/Ziemons, § 43 Rn. 135; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 43.

⁸³ Brock, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, S. 38; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 80; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn. 21; Henssler/Strohn/Oetker, § 43 GmbHG Rn. 27 f.; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 30; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 16; MHLS/Ziemons, § 43 Rn. 137 f.; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 48.

⁸⁴ Brock, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, S. 38; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 80; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn. 21; Henssler/Strohn/Oetker, § 43 GmbHG Rn. 27 f.; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 30; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 16; MHLS/Ziemons, § 43 Rn. 137 f.; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 48.

gegen *ex-post* eingreifende gerichtliche Entscheidungen geschützt sein (Schutz vor Rückschaufehler oder „*hindsight bias*“)⁸⁵.

Auch bewusstes Unterlassen einer Handlung kann als eine unternehmerische Entscheidung gesehen werden. Voraussetzung ist, dass es sich nicht um eine schlichte Untätigkeit handelt, sondern der Organträger bewusst entschieden hat, die Handlung nicht vorzunehmen.⁸⁶ Die allgemeine Unbestimmtheit und die damit verbundene, im wesentlichen fehlende Klarstellung des Begriffs verdeutlicht, dass das Tatbestandsmerkmal weit auszulegen ist, weil ansonsten ein Widerspruch zum verfolgten Zweck der allgemeinen Freiheit des unternehmerischen Handlungsspielraum entstände.⁸⁷

Ansonsten muss generell eine Einzelfallentscheidung unter Heranziehung der Umstände, der konkreten Situation, hier insbesondere die Art und der Umfang des jeweiligen Unternehmens, sowie der möglichen Handlungsentscheidung eines gewissenhaften und ordentlichen Organträgers in der gleichen Position getroffen werden.⁸⁸

(b) Angemessene Informationsgrundlage

Damit eine unternehmerische Entscheidung getroffen werden kann, wird eine angemessene Informationsgrundlage benötigt. Ohne eine ausreichende Informationslage ist die unternehmerische Entscheidung nicht schutzwürdig.⁸⁹ Hier stellt sich nun allerdings die Frage, wie die Qualifikation „angemessen“ auszulegen ist. Zu Beginn ist festzustellen, dass eine generelle Pflicht zur Beschaffung aller nur erdenklichen Informationen nicht besteht.⁹⁰ Vielmehr muss der Organträger davon ausgehen können, dass die Informationsgrundlage vernünftigerweise angemessen ist, also ausreichend Informationen hinsichtlich der Art und Bedeutung der

⁸⁵ *Fajßbender*, NZG 2015, S. 503; *Greubel/Wiedmann*, CCZ 2019, S. 88; *Klein/Ott*, AG 2017, S. 209; MüKoAktG/*Spindler*, § 93 Rn. 43; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 93 Rn. 60.

⁸⁶ GK AktG/*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 81; *Hüffer/Koch/Koch*, § 93 Rn. 16; *MHLS/Ziemons*, § 43 Rn. 137; MüKoAktG/*Spindler*, § 93 Rn. 50.

⁸⁷ GK AktG/*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 83; *Hölters/Hölters*, § 93 Rn. 30; *Hüffer/Koch/Koch*, § 93 Rn. 8 ff.; MüKoAktG/*Spindler*, § 93 Rn. 63.

⁸⁸ GK AktG/*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 85; 88; MüKoAktG/*Spindler*, § 93 Rn. 65; MüKoGmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 82.

⁸⁹ GK AktG/*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 102; *Hüffer/Koch/Koch*, § 93 Rn. 20; MüKoAktG/*Spindler*, § 93 Rn. 57.

⁹⁰ *Brock*, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, S. 40 f.; *Fleischer/Fleischer*, § 7 Rn. 58 f.; GK AktG/*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 105; MüKoGmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 84.

Entscheidung und der dafür zur Verfügung stehenden zeitlichen Komponente vorliegen. Ob dies der Fall ist, gilt es durch den Organträger im Rahmen einer Prüfung durch Abwägung aller Umstände herauszufinden, insbesondere durch Heranziehung der Möglichkeiten der Informationsbeschaffung und dem Verhältnis von Informationsbeschaffungskosten und den voraussichtlichen Informationsnutzen.⁹¹

Die Entscheidung, ob die vorhandene Informationsgrundlage angemessen ist, hat der Organträger selbst in Form einer unternehmerischen Entscheidung zu treffen.⁹² Auch hier wird eine *ex-ante* Beurteilung benötigt. Es gilt: je wichtiger die zu treffende Entscheidung für den Bestand und den Erfolg des Unternehmens ist, desto breiter und tiefgründiger muss die Informationslage sein. Daher werden klassischerweise bei wichtigen Entscheidungen Sachverständigengutachten oder externe Analysen eingeholt. Eine Entlastung nur auf Grundlage der Einholung externer Informationen führt nicht zwangsläufig zur Angemessenheit der Informationslage. Ebenfalls nicht ausreichend sind rein formale und regelmäßige Absicherungen durch routinemäßige Sachverständigengutachten oder externen Analysen.⁹³ Wurde ein externer Rat vom Organträger eingeholt, so muss der Rat auf Grundlage eines vollständigen Sachverhalts erteilt werden und abschließend durch den Organträger auf Plausibilität geprüft werden. Andernfalls darf sich der Organträger nicht auf den externen Rat verlassen.⁹⁴ Zudem kann es von Vorteil sein, Informationsquellen nicht nur beschaffen zu lassen, sondern durch eigenständige Untersuchungen solche zu generieren (Stichwort: Interne Revisionsabteilungen oder Controlling-Abteilungen). Besteht beim Entscheidungsträger selbst nicht die notwendige Fachkunde, kann die Angemessenheit der Informationslage in jedem Fall nicht ohne Einholung eines Expertenrats hergestellt werden.⁹⁵

⁹¹ Brock, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, S. 40; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 104 f.; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn. 22; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 34 f.; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 20 ff.; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 55; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 84 f.; Spindler/Sülz/Fleischer, § 93 Rn. 70.

⁹² Siehe hierzu *OLG Köln*, AG 2010, S. 415 f.

⁹³ Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 12; Brock, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, S. 41; Fleischer, ZHR (172) 2008, S. 553; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 106; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 34; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 22; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 57; 59; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 84.

⁹⁴ *BGH*, AG 2011, S. 877; Fleischer, NJW 2009, S. 2339; Graewe/von Harder, BB 2017, S. 709; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 22; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 84; Peters, AG 2010, S. 816.

⁹⁵ Brock, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, S. 41; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 108 f.; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 34.

(c) Handeln zum Wohle der Gesellschaft

Die auf einer angemessenen Grundlage getroffene unternehmerische Entscheidung muss zudem in der objektiven Absicht des Organträgers getroffen werden, zum Wohle der Gesellschaft gehandelt zu haben. Die Frage, ob eine Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft getroffen wurde, ist zu bejahen, wenn aus der *ex-ante* Perspektive vernünftigerweise angenommen werden durfte, dass die Entscheidung der langfristigen Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens dient.⁹⁶ Hinsichtlich des Auslegungsrahmens, wann bei einer Entscheidung vernünftigerweise angenommen werden durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, herrscht insoweit Einigkeit, als dass das ARAG/Garmenbeck-Urteil nach wie vor maßgeblich ist. Danach kommt die Überschreitung dieses Tatbestandsmerkmals erst in Betracht, wenn die unternehmerische Leitungssorgfalt „deutlich überschritten“ bzw. „in unverantwortlicher Weise“ überschritten wurde. Überschritten wird daher dieses Tatbestandsmerkmal erst bei wirklich unvernünftigen, gar übermäßig schlechten Entscheidungen, die selbst für einen objektiven Dritten auf den ersten Blick als verantwortungslos erscheinen.⁹⁷

(d) Keine sachfremden Erwägungen

Als abschließendes Tatbestandsmerkmal muss der Organträger bei der Entscheidungsfindung frei von Fremdeinflüssen und Interessenskonflikten sowie unmittelbarem Eigennutz handeln.⁹⁸ In der Praxis sollte dies selten ein Problem darstellen, da dieses Tatbestandsmerkmal auch Teil der organschaftlichen Treuepflicht ist.⁹⁹ Ergänzend dazu ist zu sagen, dass eine Interessenkollision nicht zwangsläufig zum Untergang des Tatbestandmerkmals führt, sondern nur die

⁹⁶ Brock, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitserwägungen, S. 39; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 99; Hauschka/Moosmayer/Lösler/Herb, § 19 Rn. 12; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn. 23; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 39; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 23; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 53 f.; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 87 ff.; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 74.

⁹⁷ Brock, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitserwägungen, S. 39; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 53 f.; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 75.

⁹⁸ GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 90 ff.; Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, § 93 Rn. 33; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn. 24; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 40; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 69; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 86 ff.; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 72.

⁹⁹ Diekmann/Fleischmann, AG 2013, S. 148; Fischbach/Löbke, AG 2014, S. 725; Fleischer, WM 2003, S. 1049; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 90; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 69; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 72a; 76.

Interessenskollision, die tatsächlich das Potenzial hat, die unternehmerische Entscheidung zu beeinflussen.¹⁰⁰

Bei Entscheidungen innerhalb eines Organs ist bei einem Interessenkonflikt zudem auf die Anzahl der Mitglieder zu achten und zwischen einem offenen und einem verdeckten Interessenkonflikt zu unterscheiden. Befindet sich nur ein Mitglied in einem Interessenkonflikt, so muss dieses wegen der Treuepflicht das gesamte Organ (und gegebenenfalls den Aufsichtsrat) informieren. Diese Verpflichtung ergibt sich, vor allem bei börsennotierten AGs, zudem aus Ziffer E.2 des Deutschen Corporate Governance Kodex¹⁰¹. Kommt das Vorstandsmitglied dem nicht nach, führt das zum Wegfall der Privilegierung der Business Judgement Rule des gesamten Vorstandes.¹⁰² Nach Offenlegung eines Interessenkonfliktes, entscheiden die Vorstandsmitglieder, welche keinem Interessenkonflikt unterliegen, über die Maßnahme.

Vereinzelte Stimmen in der Literatur empfehlen zudem, den Aufsichtsrat über die Maßnahme abstimmen zu lassen und begründen dies mit der allgemeinen Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates. So könne bei Zustimmung zur Maßnahme auch das von einem Interessenkonflikt befangene Vorstandsmitglied die Maßnahme mitentscheiden.¹⁰³ In jedem Fall führt das Offenlegen des Interessenkonfliktes und die Abstimmung über die Maßnahme vom verbleibenden Vorstand dazu, dass sich der Vorstand als solcher bei einer Fehlentscheidung auf die Business Judgement Rule berufen kann.¹⁰⁴

(2) Zwischenfazit zur Business Judgement Rule

Das Vorliegen dieser Tatbestandsmerkmale führt zur Haftungsprivilegierung des Vorstandes auch bei einem aus der Entscheidung des Organträgers entstehenden

¹⁰⁰ Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 11; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 92; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 38; 70.

¹⁰¹ Anmerkung: Die Ziffer bezieht sich auf die neue Fassung des Deutschen Corporate Governance Kodex vom 16. Dezember 2019.

¹⁰² Blasche, AG 2010, S. 693; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 94 f. Hölters/Hölters, § 93 Rn. 37; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 71; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 72.

¹⁰³ Dafür ist unter anderem: Blasche, AG 2010, S. 697; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 38. Gegenteilige Ansicht vertritt unter anderem: Dinkel/Kock, NZG 2004, S. 444; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 96; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 26; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 72c.

¹⁰⁴ Blasche, AG 2010, S. 697 ff.; GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 94 f.; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 38; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 71; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 72a.

Schaden.¹⁰⁵ Wegen der Beweisnähe des Organträgers beinhaltet § 93 Abs. 2 S. 2 AktG eine Beweislastumkehr. Diese umfasst neben der Beweislast der objektiven Pflichtverletzung auch die Voraussetzungen der Business Judgment Rule.¹⁰⁶ Die Gesellschaft ist ergo nur verpflichtet, ein überzeugendes und potentiell haftungsbegründendes Verhalten des Organträgers sowie den daraus kausal entstehenden Schaden aufzuzeigen.¹⁰⁷ Aus der umgekehrten Beweislast ergibt sich de facto auch, dass den Organträger bei der unternehmerischen Ermessensentscheidung einen erhöhten Dokumentationsaufwand trifft. Denn im Zweifel muss der Organträger jeden einzelnen Schritt beweisen können. Da jedoch eine unterlassene Dokumentation nicht gleichzeitig eine Pflichtverletzung darstellt und auch ansonsten keine weiteren Formerfordernisse existieren, ist die Art der Dokumentation zweitrangig.¹⁰⁸

b) Konsequenz der Organhaftung: Innen- & Außenhaftung

Liegt eine Pflichtverletzung eines Organträgers nach §§ 93 Abs. 2, 116 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG vor, wodurch der Gesellschaft ein kausaler Schaden entstanden ist, und kann sich der Organträger auch nicht exkulpieren, stellt sich die Frage der Haftungsfolgen – wem ist der Organträger also in welcher Art und in welchem Umfang verpflichtet und wann ist der Anspruch verjährt? Zudem muss geprüft werden, inwiefern aus den obigen Anspruchsnormen weitere Haftungsansprüche entstehen könnten.

Abschließend soll die D&O-Versicherung als finanzielle Absicherungsmethode sowohl der Gesellschaft als auch des Organträgers, kurz beleuchtet werden.

¹⁰⁵ GK AktG/*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 61; *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, § 93 Rn. 27; *Henssler/Strohn/Dauner-Lieb*, § 93 AktG Rn. 18; *Hölters/Hölters*, § 93 Rn. 29; *Hüffer/Koch/Koch*, § 93 Rn. 9; *MüKoAktG/Spindler*, § 93 Rn. 43; *Scholz*, AG 2015, S. 222.

¹⁰⁶ *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, § 93 Rn. 69; *Henssler/Strohn/Dauner-Lieb*, § 93 AktG Rn. 36; *Hölters/Hölters*, § 93 Rn. 264; *Hüffer/Koch/Koch*, § 93 Rn. 53; *MüKoAktG/Spindler*, § 93 Rn. 203; *MüKoGmbHG/Fleischer*, § 43 Rn. 90; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 93 Rn. 220.

¹⁰⁷ *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, § 93 Rn. 69; *Henssler/Strohn/Dauner-Lieb*, § 93 AktG Rn. 36; *Hölters/Hölters*, § 93 Rn. 264; *Hüffer/Koch/Koch*, § 93 Rn. 53; *MüKoAktG/Spindler*, § 93 Rn. 208; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 93 Rn. 77.

¹⁰⁸ *Goette/Goette*, DStR 2016, S. 818 f.; *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, S. 406; *MüKoAktG/Spindler*, § 93 Rn. 207; *MüKoGmbHG/Fleischer*, § 43 Rn. 90.

aa) Die Innenhaftung der Organträger

Grundsätzlich führt die Tatbestandsverwirklichung der §§ 93 Abs. 2, 116 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG dazu, dass die Organträger „*der Gesellschaft zum Ersatz des [aus der Pflichtverletzung] [...] entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet [sind]*“.¹⁰⁹ Anspruchsteller ist deswegen die Gesellschaft. Gemäß § 112 S. 1 AktG ist es Aufgabe des Aufsichtsrates, die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich gegenüber den Vorstandsmitgliedern zu vertreten. Bei Kenntnis einer potentiellen Pflichtverletzung hat der Aufsichtsrat die Pflicht, den Anspruch gegenüber dem Vorstand geltend zu machen. Dies ergibt sich aus der Pflicht, den Vorstand gemäß § 111 Abs. 1 AktG zu überwachen und im Rahmen der Überwachungstätigkeit und der Tatsache, dass dem Aufsichtsrat kein unternehmerischer Ermessensspielraum bei der Frage einer Geltendmachung von Ersatzansprüchen im Rahmen seiner vergangenheitsorientierten Überwachungstätigkeit obliegt. Eine Ausnahme hiervon ist gegeben, wenn die Geltendmachung des Anspruchs im Konflikt mit anderen wesentlichen Interessen der Gesellschaft steht.¹⁰⁹ Neben der Geltendmachung durch den Aufsichtsrat auf Grundlage der Überwachungstätigkeit kann dieser auch wegen § 147 Abs. 1 AktG durch einen Hauptversammlungsbeschluss mit einfacher Mehrheit zur Geltendmachung verpflichtet werden. Sollte der Aufsichtsrat seiner Pflicht zur Geltendmachung des Anspruchs nicht nachkommen, verletzt er damit die Pflicht, seine Tätigkeit zum Wohle der Gesellschaft auszurichten.¹¹⁰

Für die Art und den Umfang des Schadens werden die Regelungen des BGB herangezogen.¹¹¹ Es gilt die Differenzhypothese aus § 249 Abs. 1 BGB, wonach jede Beeinträchtigung eines Interesses, sowohl vermögenswerter als auch ideeller Natur, geltend gemacht werden kann.¹¹² Es muss der Zustand hergestellt werden, der bestünde, wenn die Pflichtverletzung nicht eingetreten wäre. Demnach sind nicht nur die tatsächlich eingetretenen Vermögensverluste, sondern auch die zukünftig entgangenen Gewinne geltend zu machen. Eine reine

¹⁰⁹ Hölters/Hölters, § 93 Rn. 291 f.; MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 44; Münch. Hdb. GesR/Wiesner § 26 Rn. 22 f.; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 291.

¹¹⁰ BGH, NJW 1997, S. 1926.

¹¹¹ Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn. 34; Henssler/Strohn/Oetker, § 43 GmbHG Rn. 35; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 252; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 47; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 192; MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 263 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, § 43 Rn. 70; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 211 ff.

¹¹² Hölters/Hölters, § 93 Rn. 252; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 47 ff.; LORS/Oetker, § 249 Rn. 16; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 192; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 211 ff.

Vermögensgefährdung stellt keinen Schaden dar, kann aber möglicherweise im Rahmen des strafrechtlichen Tatbestandes der Untreue geltend gemacht werden¹¹³. Auch bei bereits überschuldeten Gesellschaften kann ein weiterer Schaden durch eine Pflichtverletzung der Organträger entstehen.¹¹⁴ Teil des ersatzfähigen Schadens sind auch all jene Aufwendungen, die betrieben wurden, um die Pflichtverletzung bzw. den ganzen Sachverhalt aufzuklären¹¹⁵.

Bei der Höhe der Schadensbemessung müssen laut Rechtsprechung und herrschender Lehre mögliche Vorteilsausgleichungen angewendet werden. Daher müssen Gewinne, die in adäquat kausalem Zusammenhang mit der Pflichtverletzung stehen, berücksichtigt werden, solange der Vorteilsausgleich dem Sinn und Zweck des Schadensersatzanspruchs nicht widerspricht und auch nicht den Beschuldigten begünstigt. Die Beweislast für den Vorteilsausgleich und der Kausalität trägt in jedem Fall der Organträger.¹¹⁶ Für den Schaden selbst haftet schlussendlich der Vorstand gesamtschuldnerisch, auch wenn nur ein Vorstandsmitglied verantwortlich war. Die Gesamtschuld trifft auch Aufsichtsratsmitglieder, wenn diese in Anspruch genommen werden. Das gleiche gilt für die Geschäftsführer einer GmbH.¹¹⁷

Die Verjährung der Ansprüche aus § 93 AktG ergeben sich aus § 93 Abs. 6 AktG, wonach der Anspruch innerhalb von fünf Jahren verjährt und zum Untergang des Anspruchs führt. Eine Ausnahme hiervon sind börsennotierte Gesellschaften, bei denen der Anspruch nach zehn Jahren verjährt. Der Beginn der Verjährungsfrist ergibt sich dabei aus § 200 BGB, also mit der Entstehung des Schadens unabhängig von dessen Kenntniserlangung, soweit keine Sonderverjährung (etwa bei Ansprüchen aus § 823 Abs. 2 BGB) vorgesehen ist.¹¹⁸ Eine durch Vertrag oder

¹¹³ Spindler/Stilz/*Fleischer*, § 93 Rn. 213.

¹¹⁴ Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, § 93 Rn. 63; Hölters/*Hölters*, § 93 Rn. 252 f.; Hüffer/*Koch/Koch*, § 93 Rn. 57; MüKoAktG/*Spindler*, § 93 Rn. 192; Spindler/Stilz/*Fleischer*, § 93 Rn. 213.

¹¹⁵ *Fleischer*, NZG 2014, S. 327; *Lüneborg/Resch*, NZG 2018, S. 214; MüKoAktG/*Spindler*, § 93 Rn. 193. Die gleiche Position ohne genauere Ausführung nimmt auch das LG München ein: *LG München I*, NZG 2014, S. 346.

¹¹⁶ *Bruns*, NJW 2019, S. 801 ff.; Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, § 93 Rn. 66; Hölters/*Hölters*, § 93 Rn. 256; MüKoAktG/*Spindler*, § 93 Rn. 192; Spindler/Stilz/*Fleischer*, § 93 Rn. 214a.

¹¹⁷ Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, § 93 Rn. 66; Henssler/*Strohn/Dauner-Lieb*, § 93 AktG Rn. 37 f.; Henssler/*Strohn/Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 45; MüKoGmbHG/*Fleischer*, § 43 GmbHG Rn. 215; Hüffer/*Koch/Koch*, § 93 Rn. 57; Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, § 43 Rn. 37; Spindler/Stilz/*Fleischer*, § 93 Rn. 177.

¹¹⁸ Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, § 93 Rn. 67; Henssler/*Strohn/Dauner-Lieb*, § 93 AktG Rn. 54; Hüffer/*Koch/Koch*, § 93 Rn. 86; Spindler/Stilz/*Fleischer*, § 93 Rn. 302f. So entschied auch das OLG München: *OLG München*, AG 2017, 634.

Satzung veränderte Verjährungsfrist – weder Verkürzung noch Verlängerung – sind laut der h.M. wegen dem Gebot der Satzungsstrenge unzulässig.¹¹⁹

Schließlich kann der Schadensersatzanspruch auch deshalb untergehen, weil der jeweilig in Anspruch genommene Organträger zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung gar kein Organträger war und der vermeintliche Organträger nicht für die Gesellschaft tätig geworden ist. Das ist nur möglich, weil für den Beginn der Haftung kein rechtswirksamer Bestellsungsakt oder Anstellungsvertrag benötigt wird, sondern nur der objektive Schein durch das tatsächliche Handeln als Vorstand erweckt sein muss. Ansonsten beginnen die Haftungsansprüche erst mit dem Wirksamwerden der Bestellung und enden mit der Beendigung der Amtszeit.¹²⁰

Hinsichtlich des Schadens stellt sich zudem die Frage, inwiefern der Aktionär den leitenden Organträger wegen einer unerlaubten Handlung in Anspruch nehmen kann, wenn sich dessen Schaden mit dem Schaden der Gesellschaft deckt. Beispielhaft hierfür ist die Schädigung des Gesellschaftsvermögens, woraus mittelbar ein Schaden für den Aktionär entsteht, denn eine Schädigung des Gesellschaftsvermögens führt zur Wertminderung der Aktie, die eine Quote des Gesellschaftsvermögens repräsentiert.¹²¹ Allerdings ist man sich im Allgemeinen einig, dass eine Doppelhaftung, also die Haftung des Vorstandes gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären, auszuschließen ist. Der Vorstand hat nur gegenüber der Gesellschaft den Schaden auszugleichen, denn ein Ausgleich beider Parteien würde zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Aktionärs führen, indem dieser doppelt entschädigt werden würde.¹²²

bb) Die Haftung der Organträger gegenüber Dritten

Zum einen ergibt sich daraus die Frage, ob ein Aktionär auf einem anderen Weg den Organträger wegen einer Pflichtverletzung in Anspruch nehmen kann. Zum

¹¹⁹ Harbarth/Jaspers, NZG 2011, S. 370; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn. 54; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 336; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 88; Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, § 93 Rn. 67; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 303g.

¹²⁰ GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 349 ff.; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 232 f.; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 37; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 15; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 178 f.

¹²¹ Grigoleit/Grigoleit, § 1 Rn. 25; Henssler/Strohn/Lange, § 1 AktG Rn. 12; Hölters/Solveen, § 1 Rn. 26; Hüffer/Koch/Koch, § 1 Rn. 13; MüKoAktG/Heider, § 1 Rn. 100; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 352; Spindler/Stilz/Fock, § 1 Rn. 94.

¹²² GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 640; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 351; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 88; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 352 f.; Spindler/Stilz/Spindler, § 116 Rn. 222 f.

anderen bleibt ungeklärt, ob Dritte bzw. Stakeholder (z.B. Gläubiger der Gesellschaft) mögliche Ansprüche aus den gleichen Gründen gegen den Organträger stellen können.

(1) Ansprüche der Aktionäre

Ansprüche der Aktionäre aus § 93 Abs. 2 AktG entfallen bei Schadenskongruenz.¹²³

Ein Schadensersatzanspruch des Aktionärs könnte sich jedoch aus § 823 Abs. 1 BGB ergeben. Einigkeit besteht dahingehend, dass das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB darstellt.¹²⁴ Allerdings ist der klassische Schaden eines Aktionärs stets ein Wertverlust der Beteiligung. Dabei gilt auch hier der Grundsatz, dass § 823 Abs. 1 BGB keine reinen Vermögensschäden deckt. Es bleibt ungeklärt, ob eine Handlung der Organträger überhaupt zu einem Schaden, der nicht reiner Vermögensschaden ist, führen kann.¹²⁵

Auch wenn dadurch der Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB faktisch ausgeschlossen ist, so bleibt ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz bestehen. Mögliche Schutzgesetze, die ihre Wirkung auch gegenüber Aktionären entfalten, sind unter anderem §§ 159 StGB (Versuch der Anstiftung zur Falschaussage), 92 AktG (Vorstandspflichten bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit), 263 StGB (Betrug) oder 266 Abs. 1 StGB (Untreue).¹²⁶ Ebenso kann ein Aktionär einen Organträger nach § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zum Ersatz verpflichten.¹²⁷

¹²³ Siehe hierzu S. 32 zur ungerechtfertigten Bereicherung wegen einer doppelten Entschädigung durch den Aktionär: GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 640; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 351; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 88; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 352 f.; Spindler/Stilz/Spindler, § 116 Rn. 222 f.

¹²⁴ BeckOK BGB/Förster, § 823 Rn. 171 f.; Erman BGB/Westermann, § 823 Rn. 41; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 352; JauernigBGB/Teichmann, § 823 Rn. 18; MüKoBGB/Wagner, § 823 Rn. 306; Palandt/Sprau, § 823 Rn. 21; StaudingerBGB/Hager, § 823 Rn. 41.

¹²⁵ BeckOK BGB/Förster, § 823 Rn. 128; Erman BGB/Westermann, § 823 Rn. 41; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 353; JauernigBGB/Teichmann, § 823 Rn. 18; MüKoBGB/Wagner, § 823 Rn. 216; StaudingerBGB/Hager, § 823 Rn. 41.

¹²⁶ Hölters/Hölters, § 93 Rn. 355; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 61; MüKoAktG/Kalss, § 93 Rn. 428; Spindler/Stilz/Fleischer, § 92 Rn. 17.

¹²⁷ BeckOK BGB/Förster, § 826 Rn. 99; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 356; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 62; JauernigBGB/Teichmann, § 826 Rn. 16 ff.; MüKoBGB/Wagner, § 826 Rn. 49; Palandt/Sprau, § 826 Rn. 21; 35 ff.

(2) Ansprüche Dritter

Auch für Schäden Dritter haftet der Organträger nicht nach § 93 AktG.¹²⁸ Gleichwohl können Ansprüche geltend gemacht werden, wenn sie vertraglichen Ursprungs mit dem Organträger selbst als Partei sind (z.B. ein selbstständiges Garantieverprechen oder aus einem Anstellungsvertrag, wenn dieser mit der Muttergesellschaft geschlossen wurde).¹²⁹ Prinzipiell kommt auch ein Schadensersatzanspruch aus *culpa in contrahendo* nach § 280 Abs. 1 i.V.m. § 311 Abs. 3 BGB in Betracht, wenn eine Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungs- und Obhutspflichten vorliegt.¹³⁰

Auch ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB bzw. § 823 Abs. 2 i.V.m. einem Schutzrecht gegenüber einem Dritten muss in Erwägung gezogen werden. Voraussetzung ist, dass der Vorstand ein geschütztes Rechtsgut eines Dritten bzw. ein Schutzrecht verletzt hat. Die Verletzung ist dem Organträger auch dann zuzurechnen, wenn dieser die unerlaubte Handlung nur mittelbar, wegen einer Verletzung der Organisations- und Kontrollpflicht begangen hat. Der Organträger ist dann gegenüber dem Dritten persönlich haftbar.¹³¹ Auch § 826 BGB ist gegenüber Dritten anwendbar.¹³² Zuletzt ist noch die persönliche Haftung des Organträgers für das vorsätzliche oder grob fahrlässige Nichterfüllen der steuerlichen Pflichten der Gesellschaft gemäß § 69 S. 1 i.V.m. § 34 Abs. 1 AO möglich.¹³³

cc) Zwischenfazit

Es ist festzuhalten, dass die primäre Anspruchsnorm der Organhaftung zwar im Hinblick auf die Haftung gegenüber der Gesellschaft die §§ 93 AktG, 43 GmbHG

¹²⁸ GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 648; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 361; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 65; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 301; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 307 f.

¹²⁹ GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 650; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 361; Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 67; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 309.

¹³⁰ GK AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 652; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 362; MüKoBGB/Grundmann, § 311 Rn. 51; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 310 ff. Dieser Meinung folgt auch der BGH: BGH, NZG 2008, S. 662.

¹³¹ Hölters/Hölters, § 93 Rn. 366 ff.; MüKoBGB/Wagner, § 823 Rn. 95; MüKoBGB/Wagner, § 831 Rn. 7; MüKoBGB/Grundmann, § 278 Rn. 2; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 313 ff.

¹³² BeckOK BGB/Förster, § 826 Rn. 47; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 373; Palandt/Sprau, § 826 Rn. 12; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 320.

¹³³ BeckOK AO/Specker, § 69 Rn. 3; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 377; Klein/Rüsken AO § 69 Rn. 9.

sind. Die allgemeinen und persönlichen Haftungsrisiken der Organträger gehen jedoch deutlich weiter. Die umfangreichen Risiken verursachen zum einen, dass das generelle Interesse an der Übernahme einer Funktion innerhalb eines Organs nachlassen wird. Viel wichtiger ist jedoch, dass die unternehmerische Bereitschaft der Organträger geschmälert und so allgemein die Gewinnchancen des Unternehmens vermindert werden. Das wiederum wäre ein Widerspruch zum eigentlichen Sinn und Zweck der Business Judgement Rule. Diese verfolgt den Schutz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit vor nicht einschätzbaren Risiken, um das zweckmäßige Eingehen von besagten Risiken im Rahmen des Rechtlichen zu ermöglichen, damit die Unternehmen die Möglichkeit bekommen langfristig erfolgreich zu wirtschaften.¹³⁴

dd) Die D&O-Versicherung

Eine allgemein anerkannte und regelmäßig praktizierte Möglichkeit dieser Negativentwicklung bzw. diesem Widerspruch zur Business Judgement Rule entgegenzutreten, ist der Abschluss einer D&O-Versicherung. Die D&O-Versicherung („*Directors and Officers*“-Versicherung) ist eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für die Organträger einer Gesellschaft.¹³⁵ Ziel und wesentlicher Vorteil der D&O-Versicherung ist, zum einen die unternehmerische Entscheidungsfreiheit durch Übernahme des finanziellen Risikos des Organträgers zu schützen und zum anderen die finanzielle Situation der Gesellschaft vor möglichen Schäden abzusichern, indem der Gesellschaft ein zahlungsfähigerer Schuldner (namentlich die Versicherungsgesellschaft) gegenüber steht. Dadurch wird nicht nur das wirtschaftliche Ausfallrisiko der Gesellschaft minimiert, sondern es werden gleichzeitig auch die möglichen durchsetzbaren Anspruchssummen erhöht, wodurch die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft steigt.¹³⁶

¹³⁴ vgl. S. 11. Zur Nachlese siehe: *Bunnemann/Holzborn*, BKR 2005, S. 51; *Falkenhausen*, NZG 2012, S. 645.

¹³⁵ GK AktG/*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 450 ff.; *Henssler/Strohn/Dauner-Lieb*, § 93 AktG Rn. 55; *Hölters/Hölters*, § 93 Rn. 394; *Hüffer/Koch/Koch*, § 93 Rn. 58; *MüKoAktG/Spindler*, § 93 Rn. 220; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 93 Rn. 225.

¹³⁶ *Cyrus*, NZG 2018, S. 9; *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, § 93 Rn. 95; *Hölters/Hölters*, § 93 Rn. 398; 401; *Hüffer/Koch/Koch*, § 93 Rn. 58.

Ein weiterer Vorteil ist, dass grundsätzlich bei den Versicherungsanbietern einer D&O-Police keine allgemeinen Vorgaben an eine D&O-Versicherung bestehen. Die Gesellschaften können daher mit dem Versicherungsanbieter das Versicherungsverhältnis respektive die Versicherungspolice frei gestalten. So besteht die (oft auch umgesetzte) Möglichkeit, eine D&O-Versicherung nicht nur für Vorstände und Geschäftsführer abzuschließen, sondern auch, wie u.a. vom Deutschen Corporate Governance Kodex empfohlen, für Aufsichtsräte und leitende Angestellte. Weiterhin können dadurch für die einzelnen Branchen spezifische Risiken in die Policen implementiert werden.¹³⁷ Zwar gilt die D&O-Versicherung zunächst nur für Innenhaftungsfälle aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG, allerdings kommt die Literatur zu dem Ergebnis, dass nach Sinn und Zweck der D&O-Versicherung auch Fälle der Außenhaftung gedeckt sein müssen, wenn eine Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft auch zu einer Außenhaftung gegenüber Dritten führt.¹³⁸

Ungeachtet dessen sind die Grenzen der D&O-Versicherung nicht zu vergessen. Denn einerseits das Verschulden des versicherten Personenkreises und andererseits der gesetzlich vorgeschriebene Selbstbehalt führen zu einer Begrenzung der Haftungsübernahme. So führt vorsätzliches Handeln grundsätzlich nicht zur Anwendung der Haftungspolice.¹³⁹ Ein gesetzlich vorgeschriebener Selbstbehalt ist gemäß § 93 Abs. 2 S. 3 AktG immer dann abzuschließen, wenn die Gesellschaft für den/ein Vorstand(smitglied) eine D&O-Versicherung abschließt. Dabei gilt die Regelung auch für Vorstände von Tochter-AGs innerhalb einer Konzernstruktur.¹⁴⁰ Ohne dabei in die Tiefe der Anforderungen an den Selbstbehalt zu gehen, beträgt dieser gemäß § 93 Abs. 2 S. 3 AktG mindestens 10 % des individuellen Schadens (also bezogen auf jeden Einzelfall). Gleichzeitig muss der Selbstbehalt auf das Jahr hochgerechnet mindestens das 1,5-fache der jährlichen Festvergütung als Obergrenze betragen.¹⁴¹ Abweichende, höher vorgesehene Selbstbehalte sind

¹³⁷ *Cyrus*, NZG 2018, S. 9; *Hölters/Hölters*, § 93 Rn. 396.

¹³⁸ *GK AktG/Hopt/Roth*, § 93 Rn. 457; *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, § 93 Rn. 96; *van Kann*, NZG 2009, S. 1011; *MAH VersR/Sieg*, § 17 Rn. 10; *von Schenk*, NZG 2015, S. 496; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 93 Rn. 244; *Thüsing/Traut*, NZA 2010, S. 141.

¹³⁹ *Dreher*, AG 2008, S. 434; *Hölters/Hölters*, § 93 Rn. 399; *van Kann*, NZG 2009, S. 1013; *Mertens*, AG 2000, S. 448; *von Schenk*, NZG 2015, S. 496.

¹⁴⁰ *van Kann*, NZG 2009, S. 1011; *Kerst*, WM 2010, S. 604; *MüKoAktG/Spindler*, § 93 Rn. 227; *Thüsing/Traut*, NZA 2010, S. 143.

¹⁴¹ Für weitere Anforderungen an den Selbstbehalt: *GK AktG/Hopt/Roth*, § 93 Rn. 456 ff.; *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, § 93 Rn. 96 f.; *Henssler/Strohn/Dauner-Lieb*, § 93 AktG Rn. 58 ff.; *Hölters/Hölters*, § 93 Rn. 405 ff.; *MüKoAktG/Spindler*, § 93 Rn. 230 ff.; *von Schenk*, NZG 2015, S. 496; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 93 Rn. 239 ff.

zulässig. Ebenfalls zulässig ist die Versicherung des gesetzlichen D&O-Selbstbehaltes durch Abschluss einer weiteren Haftpflichtversicherung seitens des Vorstandes bzw. Organträgers.¹⁴²

Damit lässt sich festhalten, dass die D&O-Versicherung den oben detailliert dargestellten persönlichen Haftungsrisiken der Organträger entgegenwirkt und somit als Instrument zur tatsächlichen Umsetzung des Leitgedankens der Business Judgement Rule beiträgt.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



¹⁴² Hüffer/Koch/Koch, § 93 Rn. 59; Kerst, WM 2010, S. 601; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 235; von Schenk, NZG 2015, S. 496; Thüsing, AG 2009, S. 526; Thüsing/Traut, NZA 2010, S. 143.