



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Editors:

Peter R. Isler, Rolf Sethe

Managerhaftung bei Unternehmenskrisen und -zusammenbrüchen

11. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im
Unternehmensrecht
Tagungsband 2022



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:

Peter R. Isler, Rolf Sethe

Managerhaftung bei Unternehmenskrisen und -zusammenbrüchen

11. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im
Unternehmensrecht

Tagungsband 2022

EIZ  Publishing

Abgas-Skandal und mehr – Aktuelle Entwicklungen im deutschen Verantwortlichkeitsrecht

Thomas Trölitzsch

Inhalt

I.	Der Abgas-Skandal in Deutschland	152
1.	Begriff	152
2.	Juristische Themen	153
3.	Perspektive	154
II.	Überblick über die Verantwortlichkeit von Organmitgliedern (Innenhaftung, Aussenhaftung, straf- und bussgeldrechtliche Verantwortlichkeit)	156
1.	Zuständiges Organ	156
a)	Aktiengesellschaft	156
b)	GmbH	157
2.	Sorgfaltsmassstab bei der Innenhaftung	159
3.	Anspruchsgrundlagen	159
a)	Organhaftung	159
b)	Deliktsrecht (Aussenhaftung)	160
c)	Spezielle Haftungstatbestände, insbesondere in der Insolvenz	161
d)	Künftige Haftungsrisiken und neue Sorgfaltspflichten	162
III.	Geltendmachung und Durchsetzung von Ersatzansprüchen gegen Organmitglieder	163
1.	Aktiengesellschaft	163
a)	Partielle Beweislastumkehr	164
b)	Business Judgement Rule	166
c)	Weitere Voraussetzungen	168
2.	GmbH	168
IV.	Haftung für welche Schäden und Haftung von wem?	169
1.	Schaden	169
2.	Gesamtverantwortung vs. Gesamtschuld	170
V.	Haftung für Strafen und Bussgelder	171
1.	Bussgelder als Teil eines ersatzfähigen Schadens des Unternehmens	171
2.	Übernahme von persönlichen Bussgeldern/Strafen durch das Unternehmen?	172
VI.	Schutz vor Haftung und Reduzierung der Haftung	172
1.	Aktiengesellschaft	172
2.	GmbH	175

VII. Versicherungsschutz von Managern (D&O-Policen)	176
1. Versicherung	176
2. Einschätzung/Bewertung	177
VIII. Das (vorläufige) Ende des „Abgas-Skandals“ bei der Volkswagen AG durch Abschluss eines Vergleichs (mit Zustimmung der Hauptversammlung)	178
IX. Ausblick und Zusammenfassung	180
Literaturverzeichnis	181

I. Der Abgas-Skandal in Deutschland

i. Begriff

Unter dem Diesel- oder Abgas-Skandal (auch „Diesel-Gate“) wird¹ die Kombination aus einer Reihe von überwiegend illegalen Manipulationen verschiedener Autohersteller zur Umgehung gesetzlich vorgegebener Grenzwerte für Autoabgase und – im Gegenzug – der politischen Einflussnahme zu deren Absicherung verstanden. Derartige Abschaltvorrichtungen sind in der Europäischen Union seit dem 15.01.2013 durch eine EU-Verordnung verboten; entsprechende Umweltschutznormen gab und gibt es auch in anderen Ländern wie etwa den USA, Kanada und Südkorea. Beachtet wurden diese Verbote jedoch – was der Öffentlichkeit zunächst verborgen blieb – von einer ganzen Reihe von Herstellern lange nicht.

Besonders betroffen war und ist dabei der VW-Konzern, insb. die Volkswagen AG (VW). Am 18.09.2015 musste, nachdem Untersuchungen durch die US-Umweltbehörde EPA (Environmental Protection Agency) Manipulationen an VW-Diesel-Fahrzeugen aufgedeckt hatten, von VW öffentlich bekannt gemacht werden, dass man illegale Abschaltvorrichtungen in der Motorsteuerung verwendet hatte. Diese Abschaltvorrichtungen führten dazu, dass die US-Abgasnormen nur in einem speziellen Prüfstandmodus erreicht wurden, während ein Grossteil der Abgasreinigungsanlage im Normalbetrieb weitgehend abgeschaltet war. Die Ermittlungen und das Eingeständnis von VW führten, gerade weil man zuvor in Amerika mit vermeintlich besonders sauberen „cleanen“ Dieseln geworben hatte, zu einer umfangreichen und für den VW-Konzern sehr teuren juristischen Aufarbeitung des Skandals nicht nur in den USA, sondern auch in Deutschland, die bis heute noch nicht vollständig abgeschlossen ist.

¹ Vgl. Abgas-Skandal, abrufbar unter <<https://de.wikipedia.org/wiki/Abgasskandal>>.

2. Juristische Themen

Die Fragen des Verantwortlichkeitsrechts bzw. der Managerhaftung, auf die sich dieser Beitrag konzentriert, stellen nur einen Teil der durch den Abgas-Skandal aufgeworfenen juristischen Themen dar. Nur hingewiesen werden kann an dieser Stelle darauf, dass eine Vielzahl von weiteren Rechtsgebieten (vom Europa- bis zum Strafrecht) von dem Abgas-Skandal erfasst wurden.

Stichwortartig seien im Überblick und ohne Anspruch auf Vollständigkeit folgende „rechtliche Baustellen“ genannt:

- Die deutschen Zivilgerichte (sowie darauf spezialisierte Kanzleien) wurden mit Zivilklagen, vor allem von Verbrauchern gegen Hersteller und Verkäufer von Diesel-Pkws, insb. der Marken VW, Audi, Skoda, Seat, aber auch der Marken Mercedes Benz und Fiat befasst. Dabei ging und geht es um die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen bzw. Schadenersatzansprüchen gegen Hersteller und Verkäufer, wobei sich neben der Haftungsfrage dem Grunde nach auch zahlreiche Fragen beim Schaden (etwa die Höhe einer im Wege des sog. Vorteilsausgleichs anzurechnenden Nutzungsentschädigung und die Frage, ob Schadenersatz nur Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeuges verlangt werden kann) stellen. Die Gerichte in Deutschland (insb. in Stuttgart, aber auch in Ingolstadt, Wolfsburg und an anderen besonders betroffenen Gerichtsstandorten) waren schon allein mit diesen zivilrechtlichen Themen sehr belastet, wenn nicht sogar zeitweise überlastet.

In der Sache war und ist die Rechtsprechung der Instanzgerichte dabei nicht einheitlich. Für den Fall des VW-Motors EA 189 (und des Nachfolgers EA 288) ist durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs² eine gewisse Klarheit insofern eingetreten, als man hier von einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB seitens des VW-Konzerns ausgeht. Praktisch sind seither auch die meisten „VW-Fälle“, meist in zweiter Instanz, verglichen worden. Die Situation bei anderen Herstellern, insb. Mercedes Benz und Fiat, ist teilweise anders gelagert und noch weitgehend offen.

- Parallel haben Anleger bei VW in sog. Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) beim OLG Celle³ und parallel

² BGH, Urteil vom 25. Mai 2020, Az.: VI ZR 252/19 = NJW 2020, 1962 in Sachen VW; vgl. auch etwa OLG Naumburg, Urteil vom 09. April 2021, Az.: 8 U 68/20; anders u. a. aber OLG Bamberg, Beschluss vom 08. August 2021, Az.: 8 U 38/22.

³ OLG Celle (Kartellsenat), Beschluss vom 30. September 2022, Az.: 13 Kap 1/16 = BeckRS 2022, 26853 (nicht rechtskräftig).

beim OLG Stuttgart⁴ Ansprüche gegen VW wegen falscher, irreführender und/oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation geltend gemacht. Das KapMuG stammt aus dem Jahr 2005 (mit Neufassung von 2012) und ermöglicht eine Bündelung von zivilrechtlichen Parallelverfahren und deren einheitliche Entscheidung in einem Musterverfahren. Die Bündelung umfasst dann die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Musterverfahrens und wirkt grds. für und gegen alle Beteiligten, die allerdings ihren konkreten Schaden dann noch gesondert geltend machen müssen.

- Eine dritte Schiene ist die insb. im VW-Konzern erfolgte zivilrechtliche Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern durch die Aufsichtsräte der einzelnen Unternehmen (VW AG, Porsche AG, Audi AG). Das ist das Thema, das uns hier vorrangig beschäftigt. Diese Inanspruchnahme erfolgte, nachdem zuvor Aktionäre von VW eine Sonderprüfung (§ 142 AktG) der Geschäftsführung des Vorstandes gerichtlich durchgesetzt hatten⁵.
- Die zivilrechtliche Inanspruchnahme von Managern erfolgte unabhängig von Strafprozessen, wie sie in gleicher Sache gegen einzelne Organmitglieder angestrengt werden. So läuft u.a. ein Strafprozess gegen Herrn Prof. Winterkorn (VW-Vorstandsvorsitzender) wegen bandenmässigen Betrugs beim LG Braunschweig; das Verfahren ist zwar eröffnet worden, wegen gesundheitlicher Probleme kam es aber bis Sommer 2022 noch nicht richtig voran. Parallel dazu gibt es eine Anklage gegen Herrn Prof. Winterkorn wegen einer uneidlicher Falschaussage vor dem Bundestags-Untersuchungsausschuss im Januar 2017. Und der Strafprozess gegen den früheren Audi-Vorstandsvorsitzenden Stadler hat vor allem deshalb grosse Aufmerksamkeit erregt, weil er über viele Monate in Untersuchungshaft genommen wurde. Dieser Strafprozess läuft beim LG München I und wird parallel gegen den Audi-/Porsche-Entwicklungsvorstand und weiterer Personen geführt. Vorwurf auch hier: Betrug, mittelbare Falschbeurkundung und strafbare Werbung. Auch hier ist noch völlig offen, wie das Verfahren enden wird.

3. Perspektive

Dass man auch in der zivilrechtlichen Aufarbeitung des Komplexes (trotz des o.g. BGH-Urteils) u.U. noch lange nicht am Ende ist, hat jüngst der Generalanwalt beim EuGH Rantos deutlich gemacht, indem er in seinen Schlussanträ-

⁴ OLG Stuttgart, Beschluss vom 28. Juni 2021, Az.: 12 AR 6/21, NZG 2021, 1459 (Zuständigkeit verneint).

⁵ OLG Celle, Beschluss vom 08. November 2017, Az.: 8 W 86/17 = AG 2018, 421.

gen vom 02.06.2022⁶ in dem Verfahren C-100/21, welches durch ein Vorabentscheidungsersuchen des LG Ravensburg in Gang gebracht wurde, zum einen – quasi entgegen dem VW-Grundsatzurteil des VI. Zivilsenats des BGH aus dem Jahr 2020 (Haftung von VW nur unter den hohen Voraussetzungen einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nach § 826 BGB)⁷ – die Meinung vertreten hat, dass die unionsrechtlichen Vorschriften über die Emission von gasförmigen Schadstoffen, insb. von Stickstoffoxid, durch Dieselfahrzeuge auch die Interessen eines individuellen Erwerbers eines Kraftfahrzeuges schützen, insb. das Interesse, kein Fahrzeug zu erwerben, das mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet ist.

Weiter hat er dem für die Sachentscheidung letztlich zuständigen EuGH vorgeschlagen, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind vorzusehen, dass ein Erwerber eines Fahrzeugs einen Ersatzanspruch gegen den Hersteller hat, wenn es mit einer solchen unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet ist, und zwar – und das ist das Neue – nicht nur unter den hohen Voraussetzungen des § 826 BGB, sondern schon bei fahrlässigen Verstößen, was letztlich bedeutet, dass die EU-Verordnung als Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB anzusehen sein dürfte, deren fahrlässige Verletzung zu einem Schadenersatzanspruch führt. Und schliesslich hat er ungeachtet dessen, dass Sache der Mitgliedstaaten ist, die Regeln für die Art und Weise der Berechnung des Ersatzes des Schadens festzulegen, darauf hingewiesen, dass der Ersatz in Anwendung des europarechtlichen Effektivitätsgrundsatzes (*effet utile*) dem erlittenen Schaden angemessen sein muss, was die Frage aufwirft, ob die in Deutschland bislang angewandten Regelungen zur sog. Vorteilsausgleichung (Nutzungsentschädigung) so beibehalten werden können. Das Thema ist also noch lange nicht abgeschlossen, sondern aktuell, d.h. im Sommer/Herbst 2022, noch voll im Gang.

⁶ Generalanwalt Rantos beim EuGH ECLI:EU:C:2022:420 = BeckRS 2022, 12232 = ZIP 2022, 1212 – Mercedes Benz Group.

⁷ BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19 = NJW 2020, 1962 in Sachen VW; vgl. auch etwa OLG Naumburg, Urteil vom 09. April 2021, Az.: 8 U 68/20; anders u. a. aber OLG Bamberg, Beschluss vom 08. August 2021, Az.: 8 U 38/22.

II. Überblick über die Verantwortlichkeit von Organmitgliedern (Innenhaftung, Aussenhaftung, straf- und bussgeldrechtliche Verantwortlichkeit)

i. Zuständiges Organ

a) *Aktiengesellschaft*

Wenn wir uns nun dem deutschen Organhaftungs- bzw. Verantwortlichkeitsrecht zuwenden, so ist zunächst auf das dualistische System bei der deutschen Aktiengesellschaft, also die Unternehmensleitung durch den Vorstand kontrolliert von einem den Vorstand überwachenden und von der Hauptversammlung bzw. im Bereich der Mitbestimmungsgesetze z.T. von den Arbeitnehmern bestellten Aufsichtsrat, hinzuweisen. Die Klagerechte einzelner Aktionäre sind dabei in Deutschland nur gegen Hauptversammlungsbeschlüsse stark ausgebildet, weil Verletzungen eines Gesetzes, der Satzung und auch allgemeiner Prinzipien wie der Treuepflicht und der Gleichbehandlung bei Beschlüssen von jedem Aktionär im Wege einer Beschlussmängelklage gegen die AG geltend gemacht werden können (§§ 241 ff AktG).

Zur Prüfung und Durchsetzung von Ansprüchen der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern ist hingegen grds. nur der Aufsichtsrat berechtigt und verpflichtet. Der Aufsichtsrat kann aber nicht nach eigenem, freiem Ermessen darüber entscheiden, ob Ansprüche geltend gemacht werden oder nicht. Vielmehr macht sich der Aufsichtsrat selbst gegenüber der Gesellschaft schadenersatzpflichtig, wenn er möglicherweise bestehende Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder nicht geltend macht (ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung⁸, dazu im Einzelnen unten).

Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern durch einzelne Aktionäre ist aufgrund der Zuständigkeit des Aufsichtsrats hingegen grds. nicht möglich. Eine Aktionärsmehrheit kann nur nach § 147 AktG vorgehen und beantragen, dass von der Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit beschlossen wird, Ersatzansprüche der Gesellschaft aus der Geschäftsführung gegen Mitglieder des Vorstands und/oder des Aufsichtsrats geltend zu machen, wozu die Hauptversammlung dann auch besondere Vertreter bestellen kann. Um auf die Hauptversammlung und auf deren Tagesordnung mit einem entsprechenden Antrag zu gelangen, bedarf es

⁸ BGH, Urteil vom 21. April 1997, Az.: II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244 ff., dazu etwa Goette ZHR 2012, 588 ff. und Jaeger/Trölitzsch, WiB 1997, 684 ff.

aber nach § 122 Abs. 2 AktG eines Quorums von 5% des Grundkapitals oder Aktien mit dem anteiligen Betrag von 500.000 €. Insoweit bestehen also nicht nur materielle, sondern auch verfahrensmässig hohe Hürden.

Als weiteres Instrument des Minderheitenschutzes sieht § 148 AktG für eine qualifizierte Aktionärsminorität die Möglichkeit vor, über ein Klagezulassungsverfahren zu erreichen, durch gerichtliche Entscheidung für berechtigt erklärt zu werden, im eigenen Namen Ersatzansprüche der Gesellschaft (auf Zahlung an die Gesellschaft) geltend zu machen. Die Organe der Gesellschaft, insb. also der Aufsichtsrat, haben dann aber immer noch jederzeit die Möglichkeit, die Klage selbst einzureichen oder zu übernehmen (§ 148 Abs. 3 AktG) bzw. – so jedenfalls die ganz h.M. – einen Vergleich über solche Ansprüche herbeizuführen, der dann allerdings der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf (§ 93 Abs. 4 S. 3 AktG). Und Gläubigern eröffnet § 93 Abs. 5 AktG nur dann unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, Ersatzansprüche gegen Organmitglieder geltend zu machen, wenn sie von der AG keine Befriedigung erlangen können.

b) GmbH

Bei der GmbH, die in Deutschland nach wie vor die häufigste und vor allem im Mittelstand überwiegende Rechtsform ist, gibt es in der Regel keinen Aufsichtsrat. Etwas anderes gilt nur, wenn die GmbH mitbestimmt ist und nach den Mitbestimmungsgesetzen ein Aufsichtsrat zu bilden ist oder dann, wenn nach der Satzung ein solches Organ zu bilden und mit entsprechenden Kompetenzen ausgestattet ist. Im Regelfall fällt die Prüfung und Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber den Geschäftsführern daher in die Kompetenz der Gesellschafterversammlung als dem bei der GmbH „obersten“ Organ.

Dass einzelne GmbH-Gesellschafter nicht berechtigt sind, im Wege einer Gesellschafterklage (*actio pro socio*) Ansprüche der GmbH aus Organhaftung, also Innenhaftungsansprüche nach § 43 Abs. 2 GmbHG, gegen (Fremd-)Geschäftsführer geltend zu machen, hat der Bundesgerichtshof jüngst klargestellt⁹ und dies u.a. damit begründet, dass ein Fremdgeschäftsführer als Gesellschaftsorgan allein der Gesellschaft gegenüber treuepflichtig ist. Gerade weil die Gesellschafterversammlung bei einer deutschen GmbH das oberste Organ sei, soll es dieser überlassen bleiben, ob ein Geschäftsführer wegen einer Pflichtverletzung belangt und die damit verbundene Offenlegung interner

⁹ BGH, Urteil vom 25. Januar 2022, Az.: II ZR 50/20 = NZG 2022, 516.

Gesellschaftsverhältnisse (trotz der für Ansehen und Kredit der Gesellschaft möglicherweise abträglichen Wirkung) in einem Rechtsstreit in Kauf genommen werden soll.

Der Gesellschafterversammlung obliegt es bei einer GmbH daher nicht nur zu entscheiden, ob ein besonderer Vertreter für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen Geschäftsführer bestellt wird, sondern auch zu entscheiden, ob überhaupt ein Anspruch geltend gemacht werden darf (vgl. § 46 Nr. 8 GmbHG). Ein entsprechender (wirksamer) Gesellschafterbeschluss ist mit anderen Worten materielle Anspruchsvoraussetzung für die Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen. Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht entscheidet dabei die Gesellschafterversammlung mit der einfachen Mehrheit der wirksam abgegebenen Stimmen, wobei selbst betroffene (Gesellschafter-)Geschäftsführer (vgl. § 47 Abs. 4 GmbHG) vom Stimmrecht ausgeschlossen sind. Minderheitsgesellschafter müssen die Mehrheitsentscheidung grundsätzlich akzeptieren. Etwas anderes gilt nur dann, wenn, was allerdings nur in Extremfällen denkbar ist, die Stimmrechtsausübung der Mehrheit in der Gesellschafterversammlung als solche einen Stimmrechtsmissbrauch darstellt und gegenüber der Gesellschaft treuwidrig ist.

Nur ganz ausnahmsweise, etwa dann, wenn Gläubigerinteressen anderweitig nicht durchgesetzt würden, gibt es – abgesehen vom Deliktsrecht – die Möglichkeit, dass von aussen durch Dritte (anstelle der Gesellschaft vertreten durch den Aufsichtsrat bzw. die Gesellschafterversammlung) Ansprüche der Gesellschaft gegen Geschäftsführer geltend gemacht werden können.

Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage in der GmbH also von der im Aktiengesetz, welches mit der – praktisch allerdings selten einschlägigen – Regelung in § 148 AktG ein Klagezulassungsverfahren kennt, dass es einer qualifizierten Aktionärsminorität, welche im Zeitpunkt der Antragstellung zusammen ein Prozent des Grundkapitals oder Aktien im Nennbetrag von 100.000 € hält, erlaubt, bei Gericht unter bestimmten Voraussetzungen zu beantragen, zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Organmitglieder im eigenen Namen (aber auf Kosten der Gesellschaft) zugelassen zu werden.

Zusammenfassend kann man also für das deutsche Aktienrecht sagen, dass es eine Art „Mediatisierung“ der Vorstandshaftung durch den Aufsichtsrat gibt. Und im GmbH-Recht gilt, dass Ansprüche gegen (Fremd-)Geschäftsführer jedenfalls nicht von einzelnen Gesellschaftern, sondern nur durch die Gesellschafterversammlung oder von dieser bestellte besondere Vertreter (oder –

falls existent – einen Aufsichtsrat oder Beirat) geltend gemacht werden können, wobei es für die Geltendmachung grds. eines Gesellschafterbeschlusses bedarf.

2. Sorgfaltsmassstab bei der Innenhaftung

Haftungsrisiken für Organmitglieder deutscher Kapitalgesellschaften bestehen vor allem im Hinblick auf die Verletzung der Sorgfaltspflichten, die den Mitgliedern des Vorstands einer Aktiengesellschaft oder den Aufsichtsräten ebenso wie den Geschäftsführern einer GmbH von Gesetzes wegen gegenüber den Gesellschaften obliegen. Der Sorgfaltsmassstab (vgl. §§ 93 Abs. 1, 116 AktG, sachlich gleich § 43 Abs. 1 GmbHG) lautet:

„Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsleitung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.“

Aufsichtsratsmitglieder haben dementsprechend bei ihrer Aufsichtsratsstätigkeit, Beratung und Ausübung der Personalhoheit ebenfalls die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsehers, Beraters und Personalverantwortlichen anzuwenden.

3. Anspruchsgrundlagen

a) Organhaftung

Anspruchsgrundlagen für die Organhaftung in der AG finden sich in § 93 Abs. 2 und 3 AktG für den Vorstand und in den §§ 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 2 und 3 AktG für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft.

Die Generalklausel des § 93 Abs. 2 AktG wird ergänzt durch neun in § 93 Abs. 3 AktG geregelte Sondertatbestände, die auch die „aktienrechtlichen Todsünden“ genannt werden. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass die dort genannten Tatbestände zum einen die allgemeine Sorgfaltspflicht präzisieren, vor allem aber gilt in diesen Sonderfällen eine andere Form der Schadensberechnung. Während sich regelmässig ein Schaden nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen der §§ 249 ff. BGB auf der Basis einer Gesamtvermögensbetrachtung (im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung) bei der Gesellschaft berechnet, besteht der Schaden in den Fällen des § 93 Abs. 3 AktG schon im Abschluss von Mitteln bei der Gesellschaft bzw. ihrer Vorenthaltung, so dass blosse Ansprüche auf Rückzahlung oder Einlageleistung aussen vor bleiben¹⁰. Für den aktienrechtlichen Aufsichtsrat gelten über § 116 S. 1 AktG die

¹⁰ Beck-KuKo AktG-Koch, § 93, N 149 m.w.H.

vorgenannten Regelungen entsprechend, wobei der Schwerpunkt der Pflichten des Aufsichtsrats in der Überwachung des Vorstands sowie darin liegt, eventuelle Ansprüche der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern zu prüfen und (rechtzeitig) geltend zu machen (dazu unten).

Nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG sind Vorstandsmitglieder, (und Gleiches gilt über die Verweisnorm des § 116 AktG für Aufsichtsratsmitglieder) die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Eine Abweichung gegenüber dem allgemeinen Haftungs- und Verantwortlichkeitsrecht besteht darin, dass dann, wenn streitig ist, ob die Vorstandsmitglieder ihren Pflichten nachgekommen sind, also die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, sie insoweit nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG die Beweislast trifft.

Die dem § 93 Abs. 2 AktG entsprechende Haftungsnorm bei der GmbH ist § 43 Abs. 2 GmbHG, wonach Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden haften. Eine dem § 93 Abs. 2 S. 2 AktG entsprechende gesetzliche Beweislastregel gibt es bei der GmbH zwar nicht; es ist aber allgemein anerkannt, dass die partielle Beweislastumkehr hier ebenfalls gilt, also die aktienrechtliche Norm entsprechend anzuwenden ist. In der Sache ergeben sich damit auf dieser Ebene keine relevanten Unterschiede zwischen AG und GmbH.

Für einen (freiwilligen) Aufsichtsrat/Beirat einer GmbH ergibt sich die Geltung der aktienrechtlichen Haftungsnormen (§§ 116, 93 Abs. 2 und 3 AktG) schon daraus, dass § 52 Abs. 1 GmbHG diese dann, wenn die Satzung der GmbH nichts Abweichendes regelt, für entsprechend anwendbar erklärt. Und für Aufsichtsräte in mitbestimmten GmbHs, ist nach den Regelungen in den Mitbestimmungsgesetzen (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG bzw. § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG) aufgrund ausdrücklicher Verweisung auf § 116 AktG ohnehin stets, d. h. ohne die Möglichkeit der Einschränkung in der Satzung¹¹, anwendbar.

b) Deliktsrecht (Aussenhaftung)

Für das Handeln von Organmitgliedern, welches sich im Rahmen von deren Vertretungsbefugnis hält, ist grundsätzlich Dritten gegenüber allein die Gesellschaft verantwortlich. Etwas anderes gilt aber dann, wenn deliktisches Handeln vorliegt. Dann gelten die allgemeinen Normen des Deliktsrechts, also bei der Verletzung besonders geschützter Rechtsgüter (z.B. Eigentum, nicht

¹¹ Zur Verantwortlichkeit und Haftung von Mitgliedern in Aufsichts- und Beiratsgremien der GmbH vgl. etwa Jaeger in: Oppenländer/Trölitzsch, § 20 Rz. 53 ff. und Komm. GmbHG-Hommelhoff, §§ 52, N 32 ff., 63 f.

jedoch Vermögen) § 823 Abs. 1 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz (z.B. § 246 StGB [Unterschlagung], § 263 StGB [Betrug] usw.). Zu den Schutzgesetzen gehören auch Normen des Insolvenzrechts, insb. die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO, wie auch Normen des Europäischen Rechts, also EU-Verordnungen oder im Einzelfall auch EU-Richtlinien. Schliesslich kann im Einzelfall § 826 BGB (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung) einschlägig sein¹², also die Generalklausel, auf die sich Kunden/Verbraucher gegen Automobilhersteller im „Abgas-Skandal“ gestützt haben und damit auch (jedenfalls in Sachen VW) im Grundsatz erfolgreich waren¹³.

c) *Spezielle Haftungstatbestände, insbesondere in der Insolvenz*

Neben den vorgenannten Generalklauseln haften Organmitglieder der Gesellschaft und gegebenenfalls auch Dritten auch aus der Verletzung von gesetzlich geregelten Einzelpflichten. Solche finden sich sowohl in Kapitalgesellschaftsrecht, also im Aktien- und GmbH-Gesetz (vgl. etwa §§ 9a, 30 ff., 64 a.F. GmbHG bzw. §§ 46 ff., 62 AktG), wie auch im Insolvenzrecht, dort insbesondere in den Regelungen in § 15a InsO (Insolvenzantragspflicht) bzw. § 15b InsO (Unzulässigkeit von Zahlungen bei Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung).

Das Generalthema des heutigen Tages, Managerhaftung bei Unternehmenskrisen und Zusammenbrüchen, wirft dabei die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen es in solchen Fällen eine Managerhaftung in Deutschland gibt.

Betrachtet man die einschlägigen Normen, so ist die Pflicht zur rechtzeitigen Stellung eines Insolvenzantrags nach § 15a InsO durch die Geschäftsleiter (Vorstand oder Geschäftsführung) zentral, dass eine (insolvenzrechtliche) Überschuldung ein oder ist Zahlungsunfähigkeit gegeben (drohende Zahlungsunfähigkeit genügt nicht) ist. Ist das der Fall, so bestehen max. 3 bzw. 6 Wochen für eine Sanierung, dann muss Insolvenzantrag gestellt werden. Wird das unterlassen, haften die Geschäftsleiter persönlich, wobei dann zwischen den sog. Altgläubigern der Gesellschaft und deren Neugläubigern unterschieden wird und die insolvente Gesellschaft grds. einen „Schaden an sich selbst“ nicht geltend machen kann. Ob es einen sog. Insolvenzvertiefungsschaden gibt, weil die Gesellschaft höhere Schulden hat, als sie hätte, wenn rechtzeitig Insolvenzantrag gestellt worden wäre, ist umstritten. Die entsprechenden

¹² Vgl. dazu etwa BGHZ 108, 134, 142 zu Fehlverhalten von Organmitgliedern in einer Unternehmenskrise.

¹³ BGH, Urteil vom 25. Mai 2020, Az.: VI ZR 252/19 = NJW 2020, 1962 in Sachen VW.

(deliktischen) Ansprüche, die über die Normen des § 823 Abs. 2 BGB oder wegen culpa in contrahendo geltend gemacht werden könnten, greifen praktisch aber wegen Problemen bei der Schadensberechnung i.d.R. nicht.

Die Insolvenzverwalter in Deutschland haben sich daher praktisch darauf verlegt, stattdessen die Geschäftsleiter wegen verbotener Zahlungen nach dem Zeitpunkt der Insolvenzreife (Verschuldung/Zahlungsunfähigkeit) in Anspruch zu nehmen, früher nach § 64 GmbHG a.F., jetzt nach § 15b Abs. 4 InsO. Diese Haftung ist praktisch scharf und durch die Verlagerung in die InsO weiter verschärft worden. Dies vor allem deshalb, weil es für den Nachweis eines Schadens hier (vgl. § 93 Abs. 3 AktG) genügt, dass eine masseschmälernde Vermögensleistung aus dem Gesellschaftsvermögen (Zahlungen, Leistung an Zahlung statt, Abtretungen und Aufrechnungen) nachgewiesen wird. Die Geschäftsleiter müssen demgegenüber einwenden, dass die Leistung zur Vermeidung strafrechtlicher Verfolgung erbracht werden musste (Steuern, Arbeitnehmerbeiträge, Kosten eines Sanierungsberaters) oder durch eine Vermögensverfügung die Gläubiger nicht schlechter gestellt sind, als zuvor (z.B. Erwerb handfester Assets, nicht aber Zahlung an Dienstleister).

d) Künftige Haftungsrisiken und neue Sorgfaltspflichten

Schaut man in die Zukunft, so ist mit einer Zunahme von Sorgfaltspflichten bei Geschäftsleitern zu rechnen. Ein Thema, das hier nur angedeutet/gestreift werden kann ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Geschäftsleiter, insb. Vorstandsmitglieder grosser Unternehmen, für die Einhaltung von sog. ESG-Regeln (Environmental Social Governance) und Klimazielen künftig in Anspruch genommen werden können (Corporate Climate Litigation) bzw. diese Pflichten künftig zu den organschaftlichen Sorgfaltspflichten gezählt werden. Klagen gegen Unternehmen gibt es auch in Deutschland schon.

So hat jüngst die Deutsche Umwelthilfe etwa die Mercedes Benz AG vor der 17. Zivilkammer des LG Stuttgart¹⁴ auf Einhaltung der gesetzlichen Klimaziele (ohne Erfolg) in Anspruch genommen und plant gleiches gegen BMW und die Wintershall Dea AG, die kurz vor einem Börsengang steht.

In Grossbritannien hat die NGO Client Earth gem. Veröffentlichung auf ihrer eigenen Homepage (<www.clientearth.org>) das Board von Shell wegen Verletzung von Pflichten nach den sections 172 und 174 des UK Companies Act in Anspruch genommen und vorgetragen, dass die allgemeine Sorgfaltspflicht von

¹⁴ LG Stuttgart, Urt. v. 13.09.2022, Az: 17 O 789/21 = NVwZ 2022, 1663.

Vorstandsmitgliedern die Einhaltung gesetzlicher Regelungen verlange, zu denen auch die Implementierung einer Klimastrategie gehöre, die mit dem 1,5 Grad-Ziel der Pariser Klimakonferenz in Einklang stehe.

In Deutschland hatte Hommelhoff¹⁵ schon 2015 zur CSR-Richtlinie, die ja nur ein Klimareporting in einer sog. nichtfinanziellen Erklärung (§§ 289 b ff. HGB) verlangt, angemerkt, dass das Handlungsprogramm des Vorstands bzw. der Geschäftsleiter damit über die Interessen der Shareholder hinaus auch auf die Stakeholder ausgerichtet werden soll. Damit sind auch neue Fragen des Haftungsrechts verbunden. Die Entwicklung ist hierzu in Deutschland und auf europäischer Ebene sicherlich noch nicht abgeschlossen, was zuletzt etwa beim Thema Lieferkette der im Februar 2022 vorgelegte Entwurf einer Richtlinie der EU zur Corporate Sustainability Due Diligence Directive zeigt.

III. Geltendmachung und Durchsetzung von Ersatzansprüchen gegen Organmitglieder

i. Aktiengesellschaft

In der Aktiengesellschaft obliegt – wie erwähnt – die Prüfung und Geltendmachung von evtl. Organhaftungsansprüchen gegenüber dem Vorstand dem Aufsichtsrat, der nach § 112 AktG ausschliesslich zur Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Vorstand berechtigt ist. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Hauptversammlung besondere Vertreter bestellt hat. Umgekehrt ist die Überprüfung, Geltendmachung und Durchsetzung von evtl. Haftungsansprüchen der Gesellschaft gegenüber dem Aufsichtsrat eine Angelegenheit, die in die allgemeine Vertretungskompetenz des Vorstands fällt. Diese Regeln gelten auch dann, wenn ausgeschiedene Organmitglieder betroffen sind.

Nach der vom Bundesgerichtshof in der schon erwähnten ARAG/Garmenbeck-Entscheidung¹⁶ besteht dabei für das zuständige Organ, also in der Regel den Aufsichtsrat, ein besonders abgestuftes Prüfprogramm bzw. Prüfkonzept, nach dem nicht nur zu prüfen ist, ob ein Ersatzanspruch in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht besteht, sondern auch, wie das Prozessrisiko und die Durchsetzbarkeit des Anspruchs zu bewerten sind. Schliesslich ist zu prüfen, ob ausnahmsweise wegen gewichtiger Interessen und Belange der Gesellschaft oder aber – in besonderen Ausnahmefällen – aus anderen Gründen von der Verfolgung des Anspruchs abgesehen werden soll. Das daraus abgelei-

¹⁵ Hommelhoff, 291, 298 f.

¹⁶ BGHZ 135, 244 ff.; bestätigt etwa durch BGH, Urteil vom 18. September 2018, Az.: II ZR 152/17 = NZG 2018, 1301 Rz. 31 ff.

tete Prüfprogramm besteht also letztlich aus vier Stufen: Auf der ersten Stufe ist eine Prozessrisikoanalyse vorzunehmen, der auf zweiter Stufe eine Beibehaltbarkeitsanalyse folgt. Anschliessend stellt sich die Frage, ob bei gewichtigen Gründen des Gesellschaftswohls oder (ausnahmsweise) aus persönlichen Gründen sich Einschränkungen ergeben. Und schliesslich ist zu ergänzen, dass aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung aller Organmitglieder sich die Frage der Schuldnerauswahl stellen kann, also die Frage, ob nur gegen einzelne oder alle Verantwortliche vorgegangen wird.

Die Ansprüche der AG verjähren dabei in fünf Jahren bzw. bei börsennotierten Gesellschaften in 10 Jahren ab Eintritt des ersten Schadens (§ 93 Abs. 6 AktG, § 200 BGB), wobei der „Grundsatz der Schadenseinheit“ gilt, d.h. die Verjährungsfrist insgesamt mit dem Eintritt des ersten aus der Pflichtverletzung resultierenden Schadens (kenntnisunabhängig) zu verjähren beginnt.

Eine Besonderheit des dualistischen Modells ergibt sich dabei daraus, dass auch die Pflicht eines Organs (i.d.R. des Aufsichtsrats) zur Prüfung von Ersatzansprüchen ihrerseits verletzt werden kann. Das hat zur Folge, dass sich daraus eine neue, an die bisherige Verjährung anschliessende Verjährungsfrist ergibt (sog. Verjährungskarussell)¹⁷. Im Ergebnis führt dies praktisch dazu, dass auch lange zurückliegende Sachverhaltskomplexe haftungsrechtlich nach Eintritt der Verjährung von Ansprüchen gegen die unmittelbar Verantwortlichen noch nicht abgeschlossen sind, da sich an den Ablauf der Verjährungsfrist gegenüber den unmittelbar Verantwortlichen eine neue Verjährungsfrist anschliesst, die im Fall des Unterlassens mit dem letzten Tag der Verjährungsfrist beginnt, die gegenüber den Primärverantwortlichen abläuft.

Von den Fragen, die das zuständige Organ bei der Prüfung, Geltendmachung und Durchsetzung von Ersatzansprüchen bei der Aktiengesellschaft besonders zu beachten hat, sind praktisch folgende Themen von besonderer Relevanz:

a) *Partielle Beweislastumkehr*

Grundsätzlich trägt zwar jeder Kläger die Darlegungs- und Beweislast für die für ihn günstigen Tatsachen. Bei Organhaftungsansprüchen gilt aber davon abweichend zu Lasten der in Anspruch genommenen Organmitglieder eine partielle Darlegungs- und Beweislastumkehr (§ 93 Abs. 2 S. 2 AktG) für die Einhaltung der organschaftlichen Sorgfaltspflicht und ein fehlendes Verschulden

¹⁷ BGH, Urteil vom 18. September 2018, Az.: II ZR 152/17 = BGHZ 219, 356 ff. und OLG Hamm, Urteil vom 06. April 2022, Az.: 8 U 73/12, NZG 2022, 662 „Arcandor“.

bzw. für das Vorliegen von Haftungsprivilegierungen, wie etwa das Eingreifen der Business Judgement Rule. Diese Beweisregel ist schon auf der ersten Stufe des Prüfprogramms (Prozessrisikoanalyse) zu berücksichtigen.

Voraussetzung für die Organhaftung ist daher zwar, dass dem Organ ein Verstoß gegen seine Sorgfaltspflichten zur Last gelegt werden kann. Aufgrund der partiellen Beweislastumkehr in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG trifft aber das Organmitglied grundsätzlich die Darlegungs-Beweislast dafür, pflichtgemäss gehandelt zu haben.

Die Rechtsprechung verlangt als „Einstieg“ in die partielle Beweislastumkehr allerdings, dass seitens der Gesellschaft zunächst ein substantiiertes Vortrag zu dem Verhalten erfolgt, bei dem eine Pflichtwidrigkeit überhaupt in Betracht kommt (sog. Möglichkeit der Pflichtverletzung). Mit anderen Worten muss ein Organmitglied nicht schon unabhängig von einem solchen Vortrag darlegen und beweisen, bei seinem gesamten Handeln als Organ stets die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Geschäftsleiters beachtet zu haben, sondern dies gilt nur insoweit, wie die Gesellschaft einen konkreten Sachverhalt vorgetragen hat, aus dem sich die Möglichkeit einer Pflichtverletzung ergibt.¹⁸

Im Übrigen trägt die Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast dafür, dass und inwieweit ihr durch das Verhalten eines Organmitglieds in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen ist, wobei der Gesellschaft prozessuale Erleichterungen nach § 287 ZPO zugute kommen können. Letzteres bedeutet, dass bei der sogenannten haftungsausfüllenden Kausalität, also bei der Frage nach der Kausalität zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden ebenso wie beim Schaden selbst das mit der Sache befasste Gericht den der Gesellschaft obliegenden Beweis bereits dann als geführt ansehen kann, wenn für das Vorliegen dieser Merkmale nach seiner Überzeugung eine erhebliche Wahrscheinlichkeit spricht.¹⁹ Diese Darlegungs- und Beweislastverteilung gilt nach h.M. auch gegenüber ausgeschiedenen Organmitgliedern.²⁰ Ausgeschiedene Organmitglieder haben nur einen Anspruch darauf, Zugang zu den Unterlagen, die zu ihrer Verteidigung, d.h. zur Darlegung ihres sorgfaltsgemässen Handelns notwendig sind, zu bekommen und sich hiervon auch Kopien zu fertigen. Umgekehrt treffen ausgeschiedene Organmitglieder aufgrund ihrer nachwirkenden Treuepflicht auch Auskunftspflichten gegenüber der Ge-

¹⁸ Vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 28. Oktober 2014, Az.: 12 U 567/13; NZG 2015, 555 Rz. 13 und Beck-KuKo AktG-Koch, § 93, N 104 sowie BGH, Urteil vom 04. November 2002, Az.: II ZR 224/00 = DStR 2003, 124.

¹⁹ BGH, Urteil vom 19. Januar 2006, Az.: IX ZR 232/01 = NJW-RR 2006, 923, 925 und BGH, Urteil vom 23. November 2006, Az.: IX ZR 21/03 = NJW-RR 2007, 569 ff.

²⁰ Beck-KuKo AktG-Koch, § 93, N 56 und Born, 79 ff.

sellschaft hinsichtlich der Umstände, die gegebenenfalls zur Darlegung eines Schadens oder auch zur Darlegung der Möglichkeit einer Pflichtverletzung notwendig sind.²¹

b) *Business Judgement Rule*

Weiten Raum bei der Prüfung von Ersatzansprüchen nimmt häufig die Frage ein, ob sich Organmitglieder, also i.d.R. Mitglieder des Vorstands, auf die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierte Business Judgement Rule berufen können.

Hintergrund dieser Regel ist der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schon seit langem²² anerkannte Umstand, dass dem Vorstand einer Aktiengesellschaft (und ebenso dem Geschäftsführer einer GmbH) für die Leitung der Geschäfte der Gesellschaft ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muss, da ohne diesen unternehmerisches Handeln schlechterdings nicht denkbar ist. Bei der Frage, ob eine Sorgfaltspflichtverletzung und damit ein rechtswidriges Handeln vorliegt, ist daher ein unternehmerischer Ermessensspielraum zu beachten.

Der Gesetzgeber hat dies im Jahr 2005 in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifiziert, in dem er den aus dem amerikanischen Rechtskreis stammenden Gedanken eine Business Judgement Rule ins deutsche Aktienrecht übernommen hat.²³ Danach liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen dürfte, auf der Grundlage angemessener Information²⁴ zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Diese Regelung gilt über § 116 AktG entsprechend bei unternehmerischen Entscheidungen des Gesamtaufsichtsrats. Liegen die (vom Organmitglied zu beweisenden) Voraussetzungen der Business Judgement Rule vor, so wird unwiderleglich vermutet, dass das Handeln sorgfaltsgemäss war. Nur jene Handlungen, die vom unternehmerischen Ermessen nicht gedeckt werden, können also im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung zur Haftung führen.

²¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juni 2021, Az.: II ZR 140/20 = NZG 2021, 1356 und Beck-KuKo AktG-Koch, § 93, N 104 zur Auskunftspflicht des Geschäftsführers.

²² Vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1997, Az.: II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244 ff., 254 „ARAG/Garmenbeck“.

²³ Fleischer ZIP 2004, 285.

²⁴ Dazu BGH, Urteil vom 20. September 2011, Az.: II ZR 234/09 „ISION“ und etwas einschränkend BGH, Urteil vom 12. Oktober 2016, Az.: 5 StR 134/15 „HSH/Nordbank“.

So einleuchtend und vernünftig die sich aus der Business Judgement Rule ergebende Einschränkung der Haftung, also der sog. „sichere Hafen“ für ein Organhandeln, ist, so schwierig kann es praktisch sein, im Streitfall die Voraussetzungen seitens eines Organmitglieds darlegen und beweisen zu können.

Das gilt insbesondere für die Frage, ob ein Handeln auf angemessener Informationsgrundlage vorlag. Insoweit sind die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an die Informationspflichten ihrer Organmitglieder hoch. Sie gehen aber – entgegen einer teilweise in der Literatur im Anschluss an frühere BGH-Entscheidungen des II. Zivilsenats vertretene Auffassung – nicht soweit, dass alle nur erdenklichen Informationen vor einer Entscheidung eingeholt werden müssen. Vielmehr ist auf die konkrete Entscheidungssituation abzustellen. Das haben insbesondere die Strafsenate des BGH betont und entspricht inzwischen der h.M. In der neuesten Entscheidung des 3. Strafsenats vom 10.02.2022²⁵ werden die an sich hohen Anforderungen konkretisiert und handhabbarer gemacht; insbesondere ist das dortige Abstellen auf die konkrete Entscheidungssituation sachgerecht.

Gleichwohl ist festzustellen, dass es nach wie vor nur wenige Gerichtsentscheidungen gibt, in denen die Haftung von Organmitgliedern (nur deshalb) verneint wurde, weil diesen mit Erfolg die Berufung auf die Business Judgement Rule gelungen ist.²⁶

²⁵ Bei BGH, Urteil vom 10. Februar 2022, Az.: 3 StR 329/21 = NZG 2022, 1293 mit Anm. Haselbach/Stepper heisst es wörtlich: „Zu Informationspflichten von Vorstandsmitgliedern ist anerkannt, dass sie grundsätzlich in der konkreten Entscheidungssituation die Ausschöpfung aller verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art verlangen, um auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen. Die konkrete Entscheidungssituation ist danach der Bezugsrahmen des Ausmasses der Informationspflichten. Dementsprechend ist es notwendig, aber auch ausreichend, dass sich der Vorstand einer unter Berücksichtigung des Faktors Zeit und der Abwägung der Kosten und Nutzen weiterer Informationsgewinnung ‚angemessene Tatsachenbasis‘ verschafft; je nach Bedeutung der Entscheidung ist eine breitere Informationsbasis rechtlich zu fordern. Dem Vorstand steht danach letztlich ein dem konkreten Einzelfall angepasster Spielraum zu, den Informationsbedarf zur Vorbereitung seiner unternehmerischen Entscheidung selbst abzuwägen. Ausschlaggebend ist dabei nicht, ob die Entscheidung tatsächlich auf der Basis angemessener Informationen getroffen wurde und dem Wohle der Gesellschaft diene, sondern es reicht aus, dass der Vorstand dies vernünftigerweise annehmen dürfte. Die Beurteilung des Vorstands im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung muss aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsleiters vertretbar erscheinen (siehe insgesamt BGH, Urteil vom 12. Oktober 2016, Az.: 5 StR 134/15 = NZG 2017, 116 Rz. 34 m.w.H.).“

²⁶ Vgl. etwa OLG Karlsruhe, Urteil vom 08. April 2022, Az.: 11 U 58/17 (nicht rechtskräftig, Nichtzulassungsbeschwerde anhängig unter dem Az.: II ZR 76/22 beim BGH).

Nach h.M.²⁷ gibt es hingegen keine Legal Judgement Rule, d.h. kein Ermessen bei der Einhaltung rechtlicher Regelungen, insbesondere von Gesetzen. Das gilt auch in Fällen, in denen Behörden frühere rechtliche Beurteilungen vorgenommen haben (z.B. bei Freistellung von Kartellverbot und ad-hoc-Mitteilungspflichten etc.) und jetzt aufgrund von Gesetzesänderungen die Gesellschaften und deren Organmitglieder selbst Einschätzungen zu treffen haben. Haftungsbegrenzend kann sich allein ein fehlendes Verschulden auswirken. So kann das Verschulden eines Organs ausgeschlossen sein, wenn das betroffene Organmitglied zuvor den Rat eines unabhängigen, nicht notwendigerweise externen Experten, der die erforderliche Sachkunde besitzt, eingeholt hat. Die Voraussetzungen dafür sind aber hoch. So muss die Beratung durch einen fachlich qualifizierten Berufsträger erfolgt sein. Dieser muss über alle erforderlichen Informationen und Unterlagen zur ordnungsgemässen Erteilung des Rechtsrats verfügen und das Organmitglied muss den erteilten Rat einer Plausibilitätskontrolle unterworfen haben.²⁸ Nur bei Einhaltung dieser Voraussetzungen ist eine Haftung wegen Rechtsirrtum oder bei Wissenslücken handelnder Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft ausgeschlossen²⁹.

c) Weitere Voraussetzungen

Hinsichtlich der weiteren allgemeinen Haftungsvoraussetzungen gilt, dass ein Verschulden der Organmitglieder, d.h. ein Verstoss gegen die organschaftliche Sorgfalt, erforderlich ist, wobei eine Haftung für jede Fahrlässigkeit besteht und mehrere Organmitglieder grundsätzlich als Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB) haften. Der Gesellschaft muss ein konkreter Schaden entstanden sein, der grundsätzlich nach der Differenzhypothese (§§ 249 ff. BGB) darzulegen ist, wobei der Gesellschaft die Möglichkeit der gerichtlichen Schadensschätzung nach § 287 ZPO, die auch für die Frage der Kausalität einer Pflichtverletzung für einen Schaden entsprechend gilt, eingreift.

2. GmbH

Bei der GmbH fällt die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegenüber Geschäftsführern grundsätzlich in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 8 GmbHG). Besteht ein Aufsichtsrat, ist dieser für die Prüfung und Durchsetzung von Ansprüchen zuständig (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 112 AktG). Ausserhalb einer zwingenden Zuständigkeit des Aufsichtsrats, die

²⁷ Vgl. dazu etwa Verse ZGR 2017, 174 ff.

²⁸ BGH, Urteil vom 20. September 2011, Az.: II ZR 234/09 – Ision.

²⁹ Zu dem Umfang und der Reichweite von Compliance-Pflichten von Geschäftsleitern vgl. zuletzt OLG Nürnberg, Urteil vom 30. März 2022, Az.: 12 U 1520/19 = BeckRS 2022, 9637.

sich im Bereich mitbestimmter GmbHs für solche Fälle ergibt, besteht zudem die Möglichkeit der Bestellung eines besonderen Vertreters zur Prüfung und Durchsetzung von evtl. Ersatzansprüchen sowie einer Sonderprüfung als Massnahme zur Überwachung der Geschäftsführung (§ 46 Nr. 6 und Nr. 8 GmbHG). Insoweit bestehen keine grundsätzlichen Unterschiede zur Rechtslage bei der AG, die partielle Darlegungs- und Beweislastumkehr für sorgfalts-gemässes Verhalten eines Vorstandsmitglieds gem. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG gilt für GmbH-Geschäftsführer entsprechend³⁰ und die gesetzliche Verjährungsfrist beträgt nach § 43 Abs. 4 GmbHG i.V.m. § 200 BGB wie bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften ebenfalls fünf Jahre ab Eintritt des ersten Schadens.

Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings – wie ebenfalls schon erwähnt – darin, dass die Gesellschafter einer GmbH nicht eine Verpflichtung trifft, Ersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber Geschäftsführern (oder Aufsichtsräten bei einem freiwilligen Aufsichtsrat) zu prüfen und geltend zu machen; die ARAG-Garmenbeck-Rechtsprechung gilt also bei der GmbH nicht. Die Gesellschafter können auch „sehenden Auges“ darauf verzichten, Ansprüche gegen Geschäftsführer geltend zu machen. Können Geschäftsführer nachweisen, dass ihr Handeln mit Einwilligung des oder der Gesellschaft/er erfolgte oder sind sie „sehenden Auges“, wobei Kennenmüssen genügt, von der Gesellschafterversammlung für den Zeitraum, in den eine Pflichtverletzung fällt, entlastet worden, so können sie, anders als Organmitglieder einer AG, nicht von der Gesellschaft auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden (dazu auch noch unten).

IV. Haftung für welche Schäden und Haftung von wem?

1. Schaden

Ist ein Organhaftungsanspruch dem Grunde nach gegeben, so führt dies zu einer persönlichen, der Höhe nach beschränkten Haftung des Organmitglieds, wobei es sich in der Regel um eine gesamtschuldnerische Haftung handelt. Im Grundsatz gilt dabei der allgemeine Schadensbegriff des § 249 BGB („Differenzhypothese“), der (nur) in den Fällen der „aktienrechtlichen Todsünden“ (§ 93 Abs. 3 AktG) verschärft wird.

Die Darlegungs- und Beweislast für den Schaden (und die Kausalität einer Pflichtverletzung des Schadenseintritt) liegt dabei gem. der allgemeinen Beweisregel bei der Gesellschaft, d.h. die partielle Beweislastumkehr gilt insoweit

³⁰ OLG München, Urteil vom 23. Januar 2019, Az.: 7 U 2822/17.

nicht. Der Gesellschaft kommen aber prozessuale Beweiserleichterungen (§ 287 ZPO) zu Gute. Der Schaden kann dabei in allen Vermögenseinbussen der Gesellschaft liegen, d.h. auch Kosten (externer) Rechtsanwälte, die vom Unternehmen zur Aufklärung und Begrenzung des Schadens (sowie zu dessen Geltendmachung) eingeschaltet wurden, können als Folgeschäden gegenüber den Organmitgliedern geltend gemacht werden.

2. Gesamtverantwortung vs. Gesamtschuld

Obwohl Organmitglieder grundsätzlich nur für eigene Pflichtverletzungen und für eigenes Verschulden haften, gilt bei Kollegialorganen der Grundsatz der Gesamtverantwortung. Einzelne Organmitglieder (also Mitglieder des Vorstands eines Aufsichtsrats und einer mehrköpfigen Geschäftsführung) trifft nicht nur die Verpflichtung, alle ihnen selbst obliegenden bzw. alle nicht delegierbaren Angelegenheiten sorgfaltsgemäss wahrzunehmen, sondern sie trifft sowohl vertikal innerhalb des Gremiums als auch horizontal gegenüber nachgeordneten Mitarbeitern eine Überwachungspflicht, deren Verletzung ebenso zu einer eigenen Haftung führen kann. Hinzu kommt, dass jede Pflichtverletzung des Vorstands oder der Geschäftsführung dort, wo es einen Aufsichtsrat gibt, zugleich eine Verletzung der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats (§ 111 Abs. 1 AktG) beinhalten kann.

Mehrere Organmitglieder haften als Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB), wobei jedes Organmitglied grundsätzlich für den Gesamtschaden, also auf die volle Summe im Aussenverhältnis haftet. Dies kann dazu führen, dass die Gesellschaft bei der Inanspruchnahme u.U. bevorzugt gegen die Organmitglieder vorgeht, bei denen Vermögen oder eine Versicherungsdeckung vorhanden oder zu erwarten ist und sich nicht allein nach den Verschuldens- bzw. Verursachungsbeiträgen richtet.

Davon zu unterscheiden sind die internen Ausgleichspflichten unter mehreren Gesamtschuldnern bzw. hier gesamtschuldnerisch haftenden Organmitgliedern, die sich nach den Verursachungsbeiträgen richten. Anspruchsgrundlagen sind dabei § 426 Abs. 1 und § 426 Abs. 2 BGB³¹, wobei der Anspruch nach § 426 Abs. 1 BGB verjährungs- und beweisrechtliche Probleme mit sich bringen kann, weshalb im Prozess Streitverkündungen gegenüber den Ausgleichsverpflichtungen zulässig³² und sinnvoll sind, wenn keine entsprechenden aussergerichtlichen Vereinbarungen abgeschlossen werden können. Der Umfang

³¹ Dazu etwa Guntermann, AG 2017, 606 ff.; Segna, ZIP 2015, 1561 ff.; Bayer/Scholz, ZGR 2016, 619 ff.

³² BGH, Urteil vom 07. Mai 2015, Az.: VII ZR 104/14.

der internen Ausgleichspflicht richtet sich letztlich nach den internen Verursachungsbeiträgen bzw. dem jeweiligen Verschuldensgrad (vgl. § 254 BGB sowie § 840 Abs. 2 BGB analog), weshalb etwa ein vorsätzlich seine Pflichten verletzendes Organmitglied gegenüber denjenigen, die nur wegen fahrlässiger Pflichtverletzung im Aussenverhältnis haften, intern in vollem Umfang ausgleichspflichtig ist.

V. Haftung für Strafen und Bussgelder

i. Bussgelder als Teil eines ersatzfähigen Schadens des Unternehmens

Zum ersatzfähigen Schaden kann nach h.M. auch eine gegen die Gesellschaft verhängte Geldbusse (z.B. nach § 30 Abs. 1 OWiG) gehören. Dabei ist zwischen dem grundsätzlich ersatzfähigen Ahndungsteil (§ 30 Abs. 2 und 4 OWiG) und dem im Grundsatz nicht ersatzfähigen Abschöpfungsteil einer Busse (§§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 OWiG) zu unterscheiden, weil insoweit der Zweck der Geldbusse gerade darin besteht, den von der Gesellschaft erlangten Vorteil bei dieser abzuschöpfen.

Ob ein Regressanspruch auch bei Kartellbussen nach deutschem Kartellrecht (GWB) oder EU-Kartellrecht möglich ist oder dieser gegebenenfalls der Höhe nach zu begrenzen ist (weil etwa bei Kartellrechtsverstößen die Bussgeldobergrenze für Unternehmen nach deutschem Kartellrecht bei 10% des Gesamtumsatzes des Unternehmens liegt (vgl. § 81 Abs. 4 S. 2 GWB), der Geschäftsleiter (Organmitglied) persönlich in Deutschland aber „nur“ maximal mit einer Geldbusse i.H.v. 1 Mio. € belangt werden kann (vgl. § 81 Abs. 4 S. 1 GWB), ist umstritten. Erst recht gilt dies für EU-Kartellbussen, die immer nur gegenüber Unternehmen verhängt werden.

Das LAG Düsseldorf³³ hat eine Innenhaftung des Geschäftsführers einer GmbH nach § 43 Abs. 2 GmbHG für eine gegen das Unternehmen Thyssen Krupp auf der Grundlage des deutschen Kartellrechts verhängte Kartellbusse abgelehnt; ebenso hat das LG Saarbrücken³⁴ im Hinblick auf eine EU-Kartellbusse entschieden, wobei die Entscheidung allerdings vorrangig mit verjährungsrechtlichen Argumenten begründet wurde.

Angesichts der Höhe von Kartellbussen und der praktischen Bedeutung des Kartellrechts für Unternehmen und ihre Organmitglieder wäre es wünschenswert, wenn es eine Klärung dieser nach wie vor offenen Rechtsfrage gäbe. Die

³³ LAG Düsseldorf, Urteil vom 20. Januar 2015, Az.: 16 Sa 459/14.

³⁴ LG Saarbrücken, Urteil vom 15. September 2020, Az.: 7 HK O 6/16 „Villeroy & Boch AG“.

D&O-Versicherer haben jedenfalls insoweit reagiert, als inzwischen die meisten Policen eine Ersatzfähigkeit derartiger Schäden ausschliessen³⁵. Das ändert nichts daran, dass sich die Frage stellt, ob es im Sinne des Kartellrechts ist, wenn Bussen, die das Unternehmen treffen sollen, letztlich wirtschaftlich von Dritten, also Organmitgliedern und Versicherern getragen und die bebussten Unternehmen so (partiell) entlastet werden.

2. Übernahme von persönlichen Bussgeldern/Strafen durch das Unternehmen?

Umgekehrt ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass es im Hinblick auf persönliche Bussgelder/Geldstrafen, die gegenüber Organmitgliedern wegen ihrer Tätigkeit für das Unternehmen verhängt worden sind, zulässig ist, diese zu übernehmen, wenn und soweit dies mit den Interessen der Gesellschaft in Einklang steht und dies keine Strafvereitelung darstellt.

Bei Aktiengesellschaften gilt insoweit das Gleiche wie bei einem Verzicht auf Ersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber einem Organmitglied, der nach § 93 Abs. 4 S. 3 AktG zum einen erst drei Jahre nach Entstehung des Anspruchs und nur dann möglich ist, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit der Aktionäre, deren Anteile zusammen den 10. Teil des Grundkapitals erreichen, in der Hauptversammlung zur Niederschrift Widerspruch erhebt. Nur unter diesen Voraussetzungen kann eine Aktiengesellschaft eine gegen ein Vorstandsmitglied verhängte Geldstrafe, Geldbusse oder Geldauflage für eine Handlung, mit der das Vorstandsmitglied gleichzeitig seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt hat, übernehmen.³⁶

VI. Schutz vor Haftung und Reduzierung der Haftung

1. Aktiengesellschaft

Die gesetzlichen Haftungsregelungen für Organmitglieder von Aktiengesellschaften sind zwingend. Eine Haftungsbeschränkung und/oder eine Änderung des Sorgfaltsmassstabs ist weder in der Satzung noch in den Anstellungsverträgen zulässig. Die einzige Haftungsbegrenzung, die sich aus dem Gesetz ergibt, ist die Regelung in § 93 Abs. 4 S. 1 AktG, wonach der Gesellschaft

³⁵ Vgl. etwa die Musterbedingungen des GDV für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB D&O), Stand Mai 2020, Teil A-7.10, abrufbar unter <<https://www.gdv.de/resource>>.

³⁶ BGH, Urteil vom 08. Juli 2014, Az.: II ZR 174/13.

gegenüber eine Ersatzpflicht von Vorstandsmitgliedern nicht eintritt, wenn die Handlung des Vorstands auf einem gesetzmässigen Beschluss der Hauptversammlung beruht. Da die Hauptversammlung aber regelmässig keine Entscheidung in Geschäftsführungsfragen trifft und auch von sich aus nicht treffen kann, ist dies ein absoluter Ausnahmefall. Aus der auf die Hauptversammlung abstellenden Regelung ergibt sich damit zugleich, dass allein die Einwilligung des Aufsichtsrats oder eines Alleinaktionärs unbeachtlich sind und anders als bei einer GmbH nicht zu einem Haftungsausschluss führen.

Soweit die Sorgfaltspflichtverletzung eines Vorstandsmitglieds darin liegt, dass es kompetenzwidrig, d.h. ohne die nach der Satzung oder einer Geschäftsordnung bzw. einem Geschäftsführeranstellungsvertrag notwendige Zustimmung des Aufsichtsrats, d.h. etwa unter Verletzung eines Zustimmungsvorbehalts nach §§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG, Handlungen vorgenommen hat, kann sich das Vorstandsmitglied allenfalls auf den Gedanken eines rechtmässigen Alternativverhaltens berufen.³⁷ Kann das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied darlegen und beweisen, dass der Aufsichtsrat der Massnahme, die der Vorstand ohne die notwendige Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen hat, hypothetisch zugestimmt hätte, so wirkt dies entlastend. Insofern gilt aber selbstverständlich, dass die volle Darlegungs- und Beweislast für das rechtmässige Alternativverhalten beim Vorstand liegt; er muss den sicheren Nachweis führen können, dass der Schaden in jedem Fall eingetreten ist, d.h. der Aufsichtsrat entsprechend entschieden und seines Vorgehensweise gebilligt hätte. Die blosse Möglichkeit, dass eine solche Entscheidung denkbar gewesen wäre, reicht also nicht aus.

Der Umstand, dass der Vorstand oder einzelne Vorstandsmitglieder von der Hauptversammlung entlastet werden, ändert an der Möglichkeit einer Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern nichts. § 120 Abs. 2 S. 2 AktG stellt ausdrücklich klar, dass die Entlastung, also die Billigung der Verwaltung der Gesellschaft durch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats, keinen Verzicht auf Ersatzansprüche beinhaltet. Ein Verzicht oder ein Vergleich über Ersatzansprüche ist vielmehr nur unter den engen Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG mit Zustimmung der Hauptversammlung möglich³⁸. Dies bedeutet zum einen, dass drei Jahre seit Entstehen des Anspruchs vergangen sein müssen. Es bedeutet aber vor allem, dass die Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich ist, wobei die Hauptversammlung mit einfacher Mehr-

³⁷ Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 10. Juli 2018, Az.: II ZR 24/14.

³⁸ Dazu etwa Habersack, 531 ff.

heit entscheidet, wobei aber nicht mehr als 10% des Grundkapitals bzw. Aktionäre, die über eine entsprechende Beteiligung an der Gesellschaft verfügen, Widerspruch zu Protokoll gegen den Beschluss erklärt haben dürfen.

Die Frage, ob dann, wenn ein solcher Beschluss von der Hauptversammlung gefasst worden ist, noch eine gerichtliche Kontrolle dieses Beschlusses auf eine von Aktionären erhobene Klage hin erfolgen kann, stellt sich im Anschluss. Diese Frage ist bislang aber stets dahin beantwortet worden, dass die Aktionäre letztlich als Eigentümer das Recht haben, sich auch selbst zu schädigen. Anders wäre es nur im Falle eines Rechtsmissbrauchs. In der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 08.07.2014 zur Übernahme einer Geldbusse³⁹ heisst es unter Rz 26 lediglich: *„Das Vermögen der Gesellschaft steht wirtschaftlich aber nicht dem Aufsichtsrat, sondern den Aktionären zu, sodass diese berufen sind, eine solche Selbstschädigung zu beschliessen, soweit der Schutz der Gesellschaftsgläubiger gewahrt bleibt. Durch das Erfordernis einer Zustimmung der Hauptversammlung soll auch der Gefahr einer kollegialen Verschonung des Vorstands oder einer Selbstentlastung der Organe vorgebeugt werden.“*

Ungeachtet dieser Rechtslage wurde gegen die Hauptversammlungsbeschlüsse bei der Volkswagen AG, die im Sommer 2021 im Hinblick auf eine getroffene Vergleichsvereinbarung zwischen VW, der Audi AG und Prof. Dr. Winterkorn (Haftungsvergleich) bzw. zwischen VW, der Audi AG und Herrn Hubert Stadler (Haftungsvergleich) und der Vergleichsvereinbarung zwischen VW, der Audi AG und der Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG sowie den D&O-Versicherern der Unternehmen (Deckungsvergleich) beschlossen wurden, von zwei Aktionärsvereinigungen Klage beim LG Hannover eingereicht. Die Klage wurde vor allem damit begründet, dass offenkundig bestehende Schadensersatzansprüche, deren Geltendmachung mit keinem ins Gewicht fallenden Prozessrisiko verbunden wäre, zu einem Betrag von weniger als 1% des Gesamtschadens verglichen wurden. Das verstosse gegen das Gesellschaftsinteresse und sei rechtsmissbräuchlich. Die Ausgleichs- und Abschreckungsfunktion des Schadensersatzrechts würde so völlig verfehlt, da angesichts des enormen Schadens der Eigenbeitrag von Prof. Dr. Winterkorn etwa nur 2/3 seiner jährlichen Vergütung in den Jahren vor Bekanntwerden des Abgas-Betruges betrage. Mit dieser Argumentation hatten die Kläger allerdings keinen Erfolg.

Der Umstand, dass ein Vergleich über Organhaftungsansprüche bei Einhaltung der Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG möglich ist, ändert nichts daran, dass die Voraussetzungen hoch sind und er für die Beteiligten, insbe-

³⁹ BGH, Urteil vom 08. Juli 2014, Az.: II ZR 174/13 = NZG 2014, 1058 ff.

sondere den Aufsichtsrat, auch mit Risiken verbunden ist. Diese resultieren u.a. daraus, dass der Aufsichtsrat für die vollständige und zutreffende Aufklärung des Sachverhalts und die korrekte Information der Hauptversammlung verantwortlich ist, wenn derartige Beschlüsse gefasst werden.

2. GmbH

Hinsichtlich der Möglichkeiten zur Reduzierung von Haftungsgefahren bzw. einem Verzicht auf Ansprüche unterscheidet sich die Rechtslage bei der GmbH deutlich von der geschilderten Situation bei der Aktiengesellschaft. So ist es möglich, wenn auch selten, in der Satzung der GmbH den Pflichten- und Sorgfaltsmassstab gegenüber § 43 Abs. 1 GmbHG herabzusetzen, etwa dahingehend, dass die Geschäftsführer (oder auch Mitglieder freiwilliger Organe wie eines Aufsichts- oder Beirats) nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften. Auch Haftungsbeschränkungen und Haftungsverzichte sind möglich. Beschlussfassungen über die Entlastung von Geschäftsführern und/oder anderen Organmitgliedern führen, sofern der Gesellschafterversammlung die Sachverhalte bekannt sind oder bekannt sein müssen, dazu, dass daraus resultierende Ansprüche präkludiert, d.h. ausgeschlossen sind. Ebenso wirken Weisungen der Gesellschafterversammlung sowie die nachgewiesene Zustimmung eines Alleingeschafters für Geschäftsführer entlastend. Jüngst hat in diesem Zusammenhang der Bundesgerichtshof⁴⁰ etwa entschieden, dass sich ein GmbH-Geschäftsführer im Einzelfall sogar auf eine stillschweigende Übereinkunft der Gesellschafter mit einer Massnahme berufen und deshalb ein Haftungsausschluss anzunehmen sein kann. Im konkreten Fall ging das Gericht davon aus, dass der Geschäftsführer in Anbetracht des Sach- und Kenntnisstands der Gesellschafter bis zu einer gegenteiligen Weisung berechtigterweise davon ausgehen durfte, mit deren Einverständnis zu handeln.

Grenzen für diese Entlastungswirkung bzw. Haftungsbefreiung ergeben sich dann nur aus besonders geschützten Interessen Dritter, insbesondere dem allgemeinen Gläubigerschutz (§§ 43 Abs. 3 S. 2, 57, Abs. 4 i.V.m. § 9b GmbHG), insolvenzrechtlichen Bestimmung (§ 64 S. 2 und 3 GmbHG a.F., jetzt § 15b InsO) und dem zwingenden Kapitalschutz, insbesondere § 30 GmbHG. Jenseits dieser, auf Drittinteressen beruhenden Grenzen, steht das Haftungsrecht in der GmbH weitgehend zur Disposition der Gesellschafter. Mehr noch: materielle Voraussetzung für die Begründetheit der Klage einer GmbH gegen einen Geschäftsführer ist nach § 46 Nr. 8 1. Alt. GmbHG, dass spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung über solche Ansprüche ein wirksamer, die Klage stützender Gesellschafterbeschluss vorliegt, der das den (aktuellen oder frü-

⁴⁰ BGH, Beschluss vom 08. Februar 2022, Az.: II ZR 118/21.

heren) Geschäftsführern vorgeworfene Fehlverhalten und den zugrunde liegenden Sachverhalt hinreichend genau umreißen muss. Ist dies nicht der Fall, ist die Klage wegen Fehlens einer materiell-rechtlichen Voraussetzung als unbegründet abzuweisen⁴¹.

VII. Versicherungsschutz von Managern⁴² (D&O-Policen)

I. Versicherung

Der Abschluss einer D&O-Versicherung für Organmitglieder ist bei Aktiengesellschaften und auch bei mittelständischen GmbHs und GmbH & Co. KGs in Deutschland heute Standard. Die Zulässigkeit solcher Versicherungen hat der Gesetzgeber in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG mittelbar anerkannt, indem für Vorstände einer Aktiengesellschaft nunmehr vorgeschrieben ist, dass dann, wenn die Gesellschaft eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft abschliesst, ein Selbstbehalt von mindestens 10% des Schadens bis mindestens zur Höhe des 1 ½-fachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen ist. Damit ist aber nur der Umfang geregelt, der auf Kosten der Gesellschaft versichert werden darf, sodass – was verbreitet ist – Vorstandsmitglieder diesen Selbstbehalt durchaus auf eigene Kosten ebenfalls versichern können.

Praktisch finden sich heute häufig sog. „Verschaffungsklauseln“ in Anstellungsverträgen von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern, die letztlich darauf abzielen, dass die Gesellschaft entsprechende Versicherungen abschliesst. Die Gesellschaft ist dann Versicherungsnehmerin, aber nicht Anspruchsinhaberin. Dies ist das Organmitglied („versicherte Person“) vielmehr selbst (Versicherung für fremde Rechnung, §§ 43 ff. VVG). Sachlich handelt es sich um eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung (§§ 100 ff. VVG) mit dem Inhalt der Abdeckung des Risikos der Organmitglieder, aufgrund (fahrlässiger) Pflichtverletzungen bei Ausübung ihrer Organtätigkeit Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft und Dritter ausgesetzt zu sein. Übliche Policen sehen dabei häufig vor, dass der Versicherungsschutz nicht auf Organmitglieder begrenzt ist, sondern auf leitende Mitarbeiter erweitert wird.

⁴¹ BGHZ 28, 355, 359; BGH GmbHR 2004, 1279, 1282; OLG Brandenburg, Urteil vom 29. Juni 2022, Az.: 7 U 60/21, BeckRS 2022, 17357 und Komm. GmbHG-Bayer, § 46, N 40.

⁴² Vgl. dazu insbesondere Lange.

Das Leistungsversprechen der Versicherung besteht in der Abwehr unbegründeter und in der Befriedigung begründeter Ansprüche. Die durchaus nicht einheitlichen Versicherungsbedingungen enthalten dabei regelmässig zahlreiche Haftungsausschlüsse, insbesondere bei Vorsatz („wissentliche Pflichtverletzung“) und bei Obliegenheitsverletzungen des Organmitglieds oder auch des Unternehmens als Versicherungsnehmer. Die Abwehr-/Rechtsschutzfunktion und die Schadensausgleichsfunktion der Versicherung stehen dabei gleichberechtigt nebeneinander. Das Interesse des D&O-Versicherers geht dabei in erster Linie auf die Abwehr der Inanspruchnahme, d.h. die Versicherung steht im Schadensfall „im Lager“ des Organmitglieds, obwohl ihr Vertragspartner das Unternehmen als Versicherungsnehmer ist. Letzteres wird in der Praxis manchmal von den Unternehmen nicht gesehen.

Eine Besonderheit der aus dem amerikanischen Rechtskreis stammenden D&O-Versicherung ist auch in Deutschland das sog. Claims made-Prinzip⁴³, auch Anspruchserhebungsprinzip, wonach der Versicherungsfall als die erstmalige Geltendmachung eines Haftpflichtanspruchs gegen eine versicherte Person während der Dauer des Versicherungsvertrages oder einer sich gegebenenfalls hieran anschliessenden Nachmeldefrist gilt, wobei die Policen häufig eine sog. Rückwärtsdeckung enthalten, d.h. auch vorvertragliche Pflichtverletzungen (vor Versicherungsbeginn) mit einschliessen.

In Deutschland sind im Bereich der D&O-Versicherung gesellschaftsfinanzierte Gruppenpolicen vorherrschend, wobei in den Kreis der versicherten Personen neben den schon erwähnten Organmitgliedern einer Konzernobergesellschaft sowie deren leitenden Angestellten auch Organe der Tochtergesellschaften (regelmässig ab Zeitpunkt der Übernahme der Kontrolle) eingeschlossen werden. Einzelpolicen für Organmitglieder sind zwar möglich, aber u.a. wegen der damit verbundenen hohen Kosten selten. Verbreitet sind hingegen die Selbstbehaltsversicherungen für Vorstandsmitglieder. Ein zwingender Selbstbehalt für Geschäftsführer und für Aufsichtsratsmitglieder sowie für leitende Mitarbeiter gibt es nicht. Ein Selbstbehalt wird für Aufsichtsratsmitglieder bei börsennotierten Gesellschaften allerdings vom deutschen Corporate Governance Kodex empfohlen.

2. Einschätzung/Bewertung

D&O-Versicherungen sind sinnvoll und für Organmitglieder notwendig. Die Erwartung von Managern (aber auch von den Unternehmen im Klagefall) an solche Versicherungen sind aber häufig überzogen. So werden Haftungsaus-

⁴³ Vgl. dazu Lange, § 9 Rz. 9 ff.

schlüsse häufig oft nicht wirklich gesehen und auch unterschätzt, dass die Versicherungssumme u.U. deshalb nicht ausreichend sein kann, weil sie ja nur allen versicherten Personen gemeinsam zur Verfügung steht, sodass sie von vorneherein keinen 100%-igen Schutz bieten kann⁴⁴. Karriereschäden lassen sich zudem ohnehin nicht versichern; die Belastung mit einem Haftungsfall ist häufig ein „Karrierekiller“, auch wenn man „unschuldig“ ist. Dass Versicherungen schnell Vergleiche schliessen, kommt praktisch immer seltener vor. Eine jahrelange Belastung bleibt also für betroffene Manager auch dann, wenn die Prozessaussichten sehr gut sind.

Auf Seiten der Unternehmen gilt Entsprechendes. Die Hoffnung, schnell den Schaden von einem Versicherer ersetzt zu bekommen, trägt häufig. Ein Beispiel hierfür ist etwa der oben erwähnte Thyssen Krupp-Fall, der im Januar 2022 nach neun Jahren verglichen wurde. Thyssen Krupp hatte 291 Mio. € von einem ehemaligen Angestellten wegen einer Beteiligung an dem Schienenkartell verlangt. Weniger als 10% dieses Betrages sollen am Ende an das Unternehmen geflossen sein. Und die im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit von Kartellbussen zur Klärung anstehende Grundsatzfrage, ob verantwortliche Manager für Geldbussen gegen das Unternehmen aus Kartellverstößen haften können, blieb offen.

VIII. Das (vorläufige) Ende des „Abgas-Skandals“ bei der Volkswagen AG durch Abschluss eines Vergleichs (mit Zustimmung der Hauptversammlung)

Wie eingangs erwähnt kam es nach dem Auffliegen der Stickoxid-Manipulation an Dieselmotoren im Herbst 2015 weltweit zu Gerichtsverfahren gegen den VW-Konzern; der dem VW-Konzern entstandene Schaden soll dabei weit über 30 Mrd. € betragen.

Der Aufsichtsrat der VW hat daher nach Einräumung des Skandals gegenüber den US-Behörden Anwälte, insb. die Kanzlei Gleiss Lutz, Stuttgart, beauftragt, die internen Abläufe bei VW in der Zeit vor Bekanntwerden der Diesel-Affäre zu untersuchen. Diese Prüfung dauerte mehr als 5 Jahre, wobei angeblich über 65 Mio. GB an Daten gesichtet wurden. VW spricht deshalb von der „aufwendigsten Untersuchungen in einem Unternehmen in der deutschen Wirtschaftsgeschichte“.

⁴⁴ Vgl. dazu etwa Handelsblatt, 52.

Am Ende wurde ein Vergleich zwischen VW, Audi und den früheren Vorstandsvorsitzenden sowie weiteren Vorstandsmitgliedern und vor allem den D&O-Versicherern ausgehandelt. Die Hauptversammlung der Volkswagen AG hat am 22.07.2021 diesen Vergleichen (Haftungsvergleich und Deckungsvergleich) mit den Vorstandsmitgliedern Prof. Dr. Winterkorn (VW) und Stadler (Audi) und den D&O-Versicherern gebilligt. Der umfangreiche Text kann bei den Unterlagen, die auf der Homepage der Volkswagen AG mit der Einladung für die Hauptversammlung der Gesellschaft im Jahr 2021 mitgeteilt wurden, heruntergeladen werden.

Im Ergebnis sieht er Zahlungen von knapp 288 Mio. € als Schadenersatz vor, wovon 270 Mio. € die ca. 30 D&O-Versicherer (darunter AGCS (= Allianz), Zurich und AXA) tragen und Prof. Dr. Winterkorn persönlich 11,2 Mio. € sowie Ex-Audi-Chef und VW-Konzernvorstand Stadler 4,1 Mio. € übernommen haben. 2,5 Mio. € kommen von weiteren Managern.

Der Vergleich wurde der Hauptversammlung zur Zustimmung vorgelegt, die die Zustimmung auch mit überwältigender Mehrheit (99%) erteilt hat.

Klagen gegen die Zustimmungsbeschlüsse wurden von zwei Aktionärsschützern erhoben. Diese hielten die Zustimmung zum Vergleich aus verschiedenen Gründen für nichtig, insb. wegen Verletzung des Gesellschaftsinteresses und mangelnder Aufklärung des Sachverhalts. Sie haben die Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses der Hauptversammlung vom 22.07.2021 verlangt bzw. bei Gericht beim LG Hannover unter dem Az.: 23 O 63/21 beantragt, die Zustimmungsbeschlüsse für nichtig zu erklären. Durch das inzwischen rechtskräftige Urteil vom 12.10.2022 wurde die Klage jedoch in vollem Umfang abgewiesen⁴⁵. Zur Begründung hat das LG Hannover ausgeführt, dass die Beschlüsse der Hauptversammlung weder nichtig noch anfechtbar seien. Eine Anfechtbar-/Nichtigkeit der mit einer Mehrheit von über 99% der abgegebenen Stimmen gefassten Zustimmungsbeschlüsse zu den geschlossenen Haftungsvergleichen sowie dem geschlossenen Deckungsvergleich ergebe sich weder aus der Rechtswidrigkeit der Beschlüsse aus formellen Gründen oder wegen Informationsmängeln gegenüber der Hauptversammlung, noch aus deren Rechtswidrigkeit bzw. Nichtigkeit aus materiellen Gründen.

Im Hinblick auf die nach § 93 Abs. 4 S. 3 AktG notwendigen Zustimmungsbeschlüsse wird in der Begründung⁴⁶ darauf hingewiesen, dass derartige Hauptversammlungsbeschlüsse keiner Inhaltskontrolle unterliegen würden. Dies be-

⁴⁵ LG Hannover, Urteil vom 12. Oktober 2022, Az.: 23 O 63/21 = BeckRS 2022, 31268.

⁴⁶ LG Hannover, Urteil vom 12. Oktober 2022, Az.: 23 O 63/21 = BeckRS 2022, 31268, Rz. 158 ff, 176 ff, 185 ff.

ruhe darauf, dass es den Aktionären als wirtschaftlich Berechtigten an dem Gesellschaftsvermögen freistehe, auf Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegen Organmitglieder zu verzichten oder sich über solche Ansprüche zu vergleichen. Der Gesetzgeber habe mit der Möglichkeit, dass Aktionäre, die zusammen 10% des Grundkapitals hielten, einer Beschlussfassung nach § 93 Abs. 4 S. 3 AktG widersprechen könnten, abschliessend festgelegt, wann bzw. unter welchen Voraussetzungen Minderheitsinteressen sich gegenüber dem Mehrheitsvotum durchsetzen könnten. Darüber hinaus bedürften die angegriffenen Beschlussfassungen keiner sachlichen Rechtfertigung.

Es liege auch kein rechtsmissbräuchliches Stimmverhalten von Aktionären vor, da dieses zum einen nicht schlüssig dargelegt und zum anderen zu berücksichtigen sei, dass die durch den Verzicht auf Ansprüche eintretende Minderung des Gesellschaftsvermögens alle Aktionäre in proportional gleicher Höhe treffen würde. Die Zustimmungsbeschlüsse seien auch nicht wegen eines vorschnellen Vergleichsabschlusses treuwidrig, da sie erst nach einer mehr als fünfzehn Jahre umfassenden Prüfung der Diesel-Thematik und etwaiger Pflichtverletzungen von Organmitgliedern getroffen wurden.

Nachdem die Entscheidung rechtskräftig geworden ist, ist der Abgasskandal bei VW also insoweit zivilrechtlich in Deutschland abgeschlossen, und zwar unabhängig von den Ergebnissen der noch nicht abgeschlossenen Sonderprüfungen und der laufenden Strafverfahren.

IX. Ausblick und Zusammenfassung

1. Die Haftungsrisiken für Organmitglieder von Aktiengesellschaften und GmbHs in Deutschland sind in den letzten Jahren weiter gestiegen.
2. Soweit es zu gerichtlichen Verfahren kommt, sind die Klagen zwar in den meisten Fällen nicht erfolgreich. Viele Fälle werden aber schon vorprozessual, in erster Instanz oder „zwischen den Instanzen“ aussergerichtlich durch Vergleich erledigt, wobei i.d.R. D&O-Versicherer eingeschaltet sind. Klagen gegen Vergleiche, denen die Hauptversammlung zugestimmt hat, kamen bisher praktisch kaum vor.
3. Rechtsunsicherheiten bzw. offene Fragen im Verantwortlichkeitsrecht bestehen nach wie vor, etwa bei der Frage,
 - von welchem Informationsstand auszugehen ist, um zur Anwendung der Business Judgement Rule zu kommen und
 - ob/wann es eine „Legal Judgement Rule“ gibt

Die vom BGH jüngst bestätigte „ARAG/Garmenbeck“-Rechtsprechung zwingt Aufsichtsräte zur Vermeidung eigener Haftung nach wie vor im Zweifel Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder geltend zu machen.

4. Durch die grds. Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats verlängert sich aus Sicht der Gesellschaft der Zeitraum, in dem Organmitglieder in Anspruch genommen werden können, weil sich an die Verjährungsfrist gegenüber dem Vorstand eine entsprechende Verjährungsfrist für Ansprüche gegen den Aufsichtsrat, der die möglichen Ansprüche gegen den Vorstand nicht verfolgt hat, anschliesst usw. („Verjährungskarussell“).
5. Aus Sicht ausgeschiedener Organmitglieder zwingt diese die partielle Beweislastumkehr (§§ 93 Abs. 2 S. 2, 116 AktG) dazu, sich – soweit möglich – einen dauerhaften Informationszugang (auch nach Ausscheiden) zu allen haftungsrelevanten Unterlagen zu sichern bzw. zumindest sich in die Lage zu versetzen, die entsprechenden Unterlagen konkret zu benennen und von der Gesellschaft heraus verlangen zu können.

Literaturverzeichnis

- Bayer Walter/Scholz Philipp, Zweifelsfragen der gesamtschuldnerischen Organhaftung im Aktienrecht, ZGR 2016, 619 ff.
- Beck'sche Kurz-Kommentare, Aktiengesetz: AktG, in: Koch Jens (Hrsg.), 16. A., München 2022 (zit. Beck-KuKo AktG-Bearbeiter/in, § XX, N YY).
- Born Manfred, Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast für ausgeschiedene Organmitglieder im Innenhaftungsprozess de lege lata?, in: Dreher Meinrad et al., Festschrift für Alfred Bergmann, Berlin 2018, 79 ff.
- Fleischer Holger, Die „Business Judgement Rule“ – Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685 ff.
- Goette Wulf, Grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrates bei sorgfaltswidrig schädigendem Verhalten im AG-Vorstand, ZHR 2012, 588 ff.
- Guntermann Lisa Marleen, Der Gesamtschuldnerregress unter Vorstandsmitgliedern, AG 2017, 606 ff.
- Habersack Matthias, Verzichts- und Vergleichsvereinbarung gemäss §§ 93 Abs. 4 Satz 3 AktG – de lege lata und de lege ferenda, in: Siekmann Helmut et al., Festschrift für Theodor Baums zum 70. Geburtstag, Band 1, Tübingen 2017, 531 ff.
- Handelsblatt, Vorsicht, Falle!, Handelsblatt vom 29. Dezember 2017 (Nr. 250), 52.
- Hommelhoff Peter, Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse – Die Revolution im Bilanzrecht, in: Bork Reinhard et al., Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, München 2015, 291 ff.
- Jaeger Carsten/Trölitzsch Thomas, Die Pflichten des Aufsichtsrats bei der Prüfung und Durchsetzung der Vorstandshaftung, WiB 1997, 684 ff.

Kommentar, GmbH-Gesetz, in: Lutter Markus/Hommelhoff Peter (Hrsg.), 20. A., Köln 2020
(zit. Komm. GmbHG-Bearbeiter/in, § XX, N YY).

Lange Oliver, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. A., München 2022.

Oppenländer Frank/Trölitczsch Thomas, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. A.,
München 2020.

Segna Ulrich, Organhaftung (und gestörte) Gesamtschuld, ZIP 2015, 1561 ff.

Verse Dirk, Organhaftung bei unklarer Rechtslage – Raum für eine Legal Judgement Rule,
ZGR 2017, 174 ff.