

Simon Bahlinger*

Rechtsprobleme einer persönlich in die Existenzbedrohung führenden Organhaftung im Recht der Aktiengesellschaft

Abstract

Tag für Tag stehen Führungskräfte in Unternehmen vor schwierigen Entscheidungen, die – sollten sie sich als falsch erweisen – schnell gravierende Schäden auslösen können. Die öffentliche Wahrnehmung nach der Finanzkrise, Manager dürften selbst bei krassem Fehlverhalten mit üppigen Abfindungen rechnen, ohne persönlich für die entstandenen Schäden geradestehen zu müssen, hat sich längst gewandelt. Wachgerüttelt durch das aufsehenerregende „Neubürger“-Verfahren mit seinem tragischen Ausgang im Freitod des ehemaligen Siemens-Vorstandsmitglieds mehren sich die Stimmen, die für eine Haftungsbegrenzung plädieren. Der Beitrag widmet sich diesem Themenfeld.

* Der Verfasser studiert seit dem Wintersemester 2013/2014 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag entstand im Sommer 2016 im Rahmen des Seminars „Gesellschaftsrechtsdogmatik“ bei Herrn Prof. *Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit.*

A. Problemstellung

I. Immense Haftungsrisiken für Organmitglieder in der Aktiengesellschaft

Die Organhaftung steht längst nicht nur im Fokus des aktienrechtlichen Diskurses. Spektakuläre Schadensersatzprozesse gegen (ehemalige) Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder deutscher Großunternehmen sorgen auch in der Presse immer häufiger für Schlagzeilen.¹ In der Berichterstattung über den VW-Abgasskandal wird beispielsweise vermehrt über eine persönliche Haftung des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Volkswagen AG, *Martin Winterkorn*, spekuliert.² Die Höhe des Schadens der Diesel-Affäre kann zwar zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht annähernd beziffert werden. Wenn aber bereits zweifelhaft ist, ob der größte Automobilhersteller der Welt die bevorstehende Kostenflut zu stemmen vermag, sind die Konsequenzen einer persönlichen Inanspruchnahme für *Martin Winterkorn* nicht auszumalen. Im schlimmsten Fall droht ihm der Verlust seines gesamten pfändbaren Vermögens – eine Haftung „bis auf das letzte Hemd“.³ Doch geht das nicht entschieden zu weit?⁴

Die vorliegende Arbeit soll die Frage beantworten, inwieweit das gesetzliche Haftungsregime – im Einklang mit dem Gerechtigkeitsdenken vieler – Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder vor existenzbedrohenden Regressforderungen bereits schützt bzw. *de lege ferenda* schützen sollte. Nach einer Analyse des *status quo* von Gesetzgebung und Rechtsprechung (sogleich unter **II.**), sind die Enthftungsmöglichkeiten nach geltendem Recht (**B.**) zu untersuchen, bevor im Anschluss rechtspolitische Reformvorschläge näher beleuchtet werden (**C.**).

¹ Vgl. zuletzt den im März 2016 geschlossenen Vergleich zwischen der Deutschen Bank AG und ihrem ehemaligem Vorstandssprecher *Rolf-Ernst Breuer*, wonach *Breuer* dem Bankhaus 3,2 Millionen Euro für die Schäden aus der sog. Kirch-Affäre zu zahlen hat, Spiegel Online, 31.3.2016, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/kirch-pleite-rolf-breuer-zahlt-3-2-millionen-euro-an-deutsche-bank-a-1084788.html> (letzter Abruf: 11.6.2017).

² *Hank/Meck*, faz.net v. 13.12.2015, „Dem früheren VW-Chef droht der Ruin“, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/vw-abgasskandal/nach-vw-abgas-skandal-winterkorn-droht-der-ruin-13962946.html> (letzter Abruf: 11.6.2017).

³ Vgl. die Überschrift bei *Ott*, „Manager: Haftung für Fehler bis auf das letzte Hemd“, sz.de v. 24.1.2011, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/managerhaftung-fuer-fehler-bis-auf-das-letzte-hemd-1.1050435> (letzter Abruf: 11.6.2017).

⁴ Altbundeskanzler *Helmut Schmidt* äußerte Bedenken in Bezug auf den Fall Siemens/von Pierer im Interview in der ZEIT v. 23.12.2008: „Auf eine Zigarette mit Helmut Schmidt“, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2009/01/Zigarette-01/seite-3> (letzter Abruf: 11.6.2017).

II. Bestandsaufnahme von Gesetzgebung und Rechtsprechung

1. Die Haftung des Vorstands nach § 93 AktG

In seinem konzeptionellen Ausgangspunkt könnte das deutsche Haftungsrecht kaum schärfer sein.⁵ Gemäß § 93 Abs. 2 S. 1 AktG ist ein Vorstandsmitglied, das seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, dieser zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.⁶ Das Gesetz geht dabei von dem allgemeinen Grundsatz der Totalreparation aus (§ 249 Abs. 1 BGB). Demzufolge hat der Schädiger unabhängig vom Grad seines Verschuldens und seiner persönlichen Leistungsfähigkeit für den gesamten angerichteten Schaden einzustehen.⁷ Zudem gilt für Vorstandsmitglieder nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG der erhöhte Pflichtenmaßstab eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“.

Der Gesetzgeber bürdet dem Vorstandsmitglied in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG außerdem die Darlegungs- und Beweislast nicht nur für fehlendes Verschulden, sondern auch für die fehlende Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens auf.⁸ Allerdings unterliegt der Vorstand keiner Erfolgshaftung dergestalt, dass schon jede fehlgeschlagene Geschäftsführungsmaßnahme für sich eine Pflichtverletzung begründet.⁹ Bei unternehmerischen Entscheidungen kann sich das Vorstandsmitglied vielmehr bereits mit dem Nachweis entlasten, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft gehandelt zu haben (sog. *Business Judgment Rule*, § 93 Abs. 1 S. 2 AktG).¹⁰ Satzungs- und gesetzeswidrige unternehmerische Entscheidungen fallen hingegen nicht unter das Haftungsprivileg des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und gelten mithin als pflichtwidrig.¹¹ Nach der Rechtsprechung kommt bei Verstößen gegen die

⁵ *Habersack*, Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177 (2013), 782 (794).

⁶ Neben diese Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft treten zahlreiche Außenhaftungstatbestände, u.a. §§ 8 ff., 16 ff. UWG, §§ 37b und 37c WpHG, § 69 AO, § 4 ProdHaftG oder auch § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. zahlreichen Schutzgesetzen insbesondere zugunsten von Aktionären und Gläubigern der Aktiengesellschaft.

⁷ *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 156.

⁸ *Koch*, in: Hüffer/Koch, 12. Aufl. 2016, § 93 AktG Rn. 53; *Bachmann*, in: Verhandlungen des 70. DJT, Bd. II/1, 2014, E 32; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, Band I, 3. Aufl. 2015, § 93 AktG Rn. 41.

⁹ Begr. RegE zum UMAG v. 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 11.

¹⁰ *BGH*, NZG 2011, 549 (550); *Koch*, Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429 (430).

¹¹ Begr. RegE zum UMAG v. 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 11; *Hauger/Palzer*, Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress, ZGR 2015, 33 (47); *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 8), § 93 AktG Rn. 19, 44.

Legalitätspflicht allenfalls ein unverschuldeter Rechtsirrtum in Betracht.¹² Hierfür ist erforderlich, „dass sich das Vertretungsorgan, das selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und die erteilte Auskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht“.¹³

Besonders unter zwei Gesichtspunkten führt die Beweislastumkehr dazu, dass in Anspruch genommene Organmitglieder Gefahr laufen, allein aus Beweisnot verurteilt zu werden: Zunächst hat die Beweislastverteilung in Kombination mit der Verjährungsfrist des § 93 Abs. 4 AktG den Effekt, dass Organmitglieder unter Umständen darlegen und beweisen zu müssen, dass eine zehn Jahre zurückliegende Geschäftsführungsmaßnahme nicht pflichtwidrig gewesen ist.¹⁴ Weiterhin gilt § 93 Abs. 2 S. 2 AktG auch für ausgeschiedene Vorstandsmitglieder, die keinen ungehinderten Zugriff mehr auf die Unterlagen und Informationen haben, die ihnen den Entlastungsbeweis ermöglichen könnten.¹⁵

Das soeben skizzierte Haftungsmodell geht in seinen Grundzügen auf die Aktienrechtsnovelle 1937¹⁶ zurück und ist mithin fast 80 Jahre geltendes Recht.¹⁷ Die strenge, unbeschränkte Haftung bereits bei leichtester Fahrlässigkeit sollte nach der Vorstellung des Gesetzgebers zum einen Gegengewicht zur umfassenden, eigenverantwortlichen Leitungsbefugnis des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) sein.¹⁸ Zum anderen wurde und wird sie mit der treuhänderischen Stellung des Vorstands als Verwalter fremden Vermögens begründet.¹⁹

2. Die Verfolgung des Schadensersatzanspruchs nach den Grundsätzen der ARAG-Garmenbeck-Entscheidung des *Bundesgerichtshofs*

Die Maßstäbe für die Verfolgung des Schadensersatzanspruchs durch den

¹² BGH, NZG 2011, 1271 (1272 f.); 2015, 792 (794).

¹³ BGH, NZG 2011, 1271 (1273); 2015, 792 (794).

¹⁴ *Sailer-Cocconi*, in: Verhandlungen des 70. DJT, Bd. II/2, N 11, 17 f.

¹⁵ BGHZ 152, 280 (285); *Habersack* (Fn. 5), S. 794 f.; für eine teleologische Reduktion insoweit auch *Bürgers/Israel*, in: Bürgers/Körper, 3. Aufl. 2014, § 93 AktG Rn. 29 m.w.N.

¹⁶ Vgl. § 84 AktG 1937, RGBl. S. 122 f.

¹⁷ *Spindler*, Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive, AG 2013, 889 (890); *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, Band II/1, 3. Aufl. 2010, § 93 Rn. 1.

¹⁸ *Spindler*, in: MüKo-AktG, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 26; zur Vorgängervorschrift des § 84 AktG 1937 noch *Bayer/Engelke*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Band I, 2007, Kap. 15 Rn. 70.

¹⁹ OLG Düsseldorf, AG 1997, 231 (235); *Böttcher*, Bankvorstandshaftung im Rahmen der Sub-Prime Krise, NZG 2009, 1047 (1049).

Aufsichtsrat nach §§ 111 Abs. 1, 112 AktG setzte der *Bundesgerichtshof* in der berühmten „ARAG-Garmenbeck“-Entscheidung.²⁰ Danach hat der Aufsichtsrat aufgrund seiner Überwachungs- und Kontrollfunktion die Pflicht, das Bestehen und die Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern eigenverantwortlich zu prüfen. Gelangt der Aufsichtsrat zu dem Ergebnis, dass der AG durchsetzbare Regressansprüche zustehen, hat er diese grundsätzlich auch geltend zu machen.²¹

Diese Rechtsprechung führte dazu, dass Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder nicht mehr nur „auf dem Papier“ bestanden, sondern zunehmend auch gerichtlich eingeklagt wurden.²² Tatsächlich war zuvor eine gewisse „Beißhemmung“ des Aufsichtsrats bei der Anspruchsverfolgung gegen Vorstandsmitglieder zu beobachten.²³ Eine Rolle spielte dabei sicherlich die in Deutschland gängige Praxis, dass Vorstandsmitglieder nach ihrem Ausscheiden aus dem Vorstand in den Aufsichtsrat wechseln und dadurch mitunter Schadensersatzansprüche gegen sich selbst geltend machen müssen.²⁴ Der entscheidende Grund scheint aber darin zu liegen, dass die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats darin besteht, den Vorstand zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG), und somit schwerwiegende Pflichtverletzungen des Vorstands regelmäßig auch die Frage nach möglichen Überwachungspflichtverletzungen des Aufsichtsrats aufwerfen.²⁵ In früheren Ausführungen zur Organhaftung findet sich deshalb häufig der Befund, dass die Haftungsvorschriften „kein lebendes Recht verkörpern“.²⁶ Dies hat sich mit dem Urteil des *BGH* grundlegend geändert.²⁷

Mit den Worten des *Zweiten Zivilsenats* kann von einer Inanspruchnahme des Vorstandsmitglieds nur dann abgesehen werden, wenn „gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls dagegen sprechen und diese Umstände die Gründe, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig

²⁰ BGHZ 135, 244 (244).

²¹ BGHZ 135, 244 (245).

²² *Wiesner*, in: Münchener Hdb. GesR, Band IV, 4. Aufl. 2015, § 26 Rn. 54.

²³ *Bayer*, Vorstandshaftung in der AG de lege lata und de lege ferenda, NJW 2014, 2546 (2546); der Begriff geht wohl zurück auf *Peltzer*, Die Haftung des Aufsichtsrats bei Verletzung der Überwachungspflicht, WM 1981, 346, (348 f.) („Bissperre“).

²⁴ *Baums*, Managerhaftung und Verjährung, ZHR 174 (2010), 593 (594).

²⁵ *Wagner*, Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, ZHR 178 (2014), 227 (239 f.).

²⁶ *Ulmer*, in: *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel, Band II, 2007, Kap. 3 Rn. 26; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, S. 624.

²⁷ Die Auswertung von *Ihlas*, D&O – Directors & Officers Liability, 2. Aufl. 2009, S. 611 ergab eine Verdoppelung der zivilrechtlichen Innenhaftungsfälle vor deutschen Gerichten in der Zeit von 1996-2015 gegenüber den zehn Jahren zuvor.

sind“.²⁸ Der Aufsichtsrat hat folglich eine Abwägung vorzunehmen, bei der die Schonung eines verdienten Vorstandsmitglieds und die Gefahr, dessen bürgerliche Existenz wegen eines einzigen, wenn auch schadensträchtigen Fehlverhaltens aufs Spiel zu setzen, aber nur ausnahmsweise berücksichtigt werden darf.²⁹ Die Aufsichtsräte sind nun gehalten, potenzielle Organhaftpflichtfälle sorgfältig zu prüfen, um eine rechtlich unangreifbare Entscheidung über eine Geltendmachung von Ansprüchen vorlegen zu können. Andernfalls stehen sie mit einem Bein selbst in der persönlichen Haftung (§ 93 Abs. 2 AktG i.V.m. § 116 S. 1 AktG).³⁰

B. Reform durch juristische Methodik oder gesetzgeberisches Handeln? – Möglichkeiten der Haftungserleichterung *de lege lata*

Im Schrifttum wird seit Jahren diskutiert, ob und mit welchen Mitteln bereits nach geltendem Recht eine Haftungsbeschränkung für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder erreicht werden kann. Die prominentesten Ansätze sollen im Folgenden dargestellt und bewertet werden.

I. Statutarische und vertragliche Haftungsfreizeichnung

Zunächst ist über eine Haftungsbeschränkung durch eine entsprechende Klausel in der Satzung oder eine Vereinbarung im Anstellungsvertrag mit dem jeweiligen Organmitglied nachzudenken. Dabei käme, zumindest nach allgemeinem Zivilrecht, eine Abmilderung des Verschuldensmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit (vgl. § 276 Abs. 3 BGB), oder auch die Festlegung von Haftungshöchstbeträgen³¹ in Betracht.

Nach herrschender Auffassung ist § 93 AktG allerdings in all seinen Teilbereichen zwingend und kann folglich nicht durch Satzung oder Anstellungsvertrag ganz oder teilweise abbedungen werden.³²

1. Haftungsbeschränkende Klausel in der Satzung

Für die Satzung führt die h.L. zur Begründung meist den aktienrechtlichen

²⁸ BGHZ 135, 244 (245).

²⁹ BGHZ 135, 244 (255 f.); *Bayer* (Fn. 23), S. 2546.

³⁰ *Reichert*, Existenzgefährdung bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen, ZHR 177 (2013), 756, (757); *Sailer-Cocconi* (Fn. 14), N 11.

³¹ So die gängige Praxis bei externen Beratern wie Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern, vgl. *Bachmann* (Fn. 8), E 62.

³² *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, 3. Aufl. 2015, § 93 AktG Rn. 3; *Hopt/Roth*, in: GK-AktG, Band IV/2, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 47 f.

Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) an.³³ Danach kann die Satzung von den Vorschriften des Aktiengesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind allerdings zulässig, sofern nicht das Gesetz insoweit eine zwingende Regelung enthält.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Satzungsstrenge liegt folglich jedenfalls bei einer Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs vor, da eine solche Klausel erkennbar in Widerspruch zu § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stünde.³⁴ Denn der dort zugrunde gelegte Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters beinhaltet grundsätzlich eine Haftung für jedwede Fahrlässigkeit.³⁵ Eine Klausel in der Satzung, nach der für einfache Fahrlässigkeit nicht gehaftet wird, wäre mithin gemäß § 23 Abs. 5 S. 1 AktG i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG unwirksam.

Nicht gegen den Grundsatz der Satzungsstrenge verstößt nach Teilen der Literatur demgegenüber die Festsetzung von Haftungshöchstsummen.³⁶ Eine solche Klausel sei als ergänzende Bestimmung i.S.v. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG von der Satzungsautonomie gedeckt, da das Gesetz insoweit keine abschließende Regelung treffe.³⁷ Diese Auffassung ist aber bereits deshalb bedenklich, weil schon der Wortlaut des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG (Pflicht des Vorstandsmitglieds zum „Ersatz des daraus entstehenden Schadens“) nahelegt,³⁸ dass das Gesetz von einer unbeschränkten Haftung ausgeht.³⁹ Daher wird man auch eine Deckelung der Haftung mittels einer sog. *cap*-Klausel als abweichende und damit unzulässige Bestimmung ansehen müssen.⁴⁰

2. Vereinbarung im Anstellungsvertrag mit dem Organmitglied

Fraglich ist, ob dieses Ergebnis auch ohne Weiteres auf vertragliche Vereinbarungen mit vergleichbarem Inhalt übertragbar ist. Denn der Grundsatz der *Satzungsstrenge* betrifft unmittelbar zunächst einmal nur abweichende Be-

³³ Hölters, in: Hölters, 2. Aufl. 2014, § 93 AktG Rn. 11; Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit, 2013, § 93 AktG Rn. 56, 71.

³⁴ Einhellige Auffassung; statt aller Grunewald, Haftungsvereinbarungen zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitgliedern, AG 2013, 813 (815); a.A. nur Hoffmann, Existenzvernichtende Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten?, NJW 2012, 1393 (1395).

³⁵ Eckert, in: Wachter, 2. Aufl. 2014, § 93 AktG Rn. 37.

³⁶ Grunewald (Fn. 34), S. 815.

³⁷ Ebd.

³⁸ Spindler (Fn. 17), S. 890.

³⁹ Fleischer, Ruinöse Managerhaftung: Reaktionsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda, ZIP 2014, 1305 (1306); Reichert (Fn. 30), S. 771.

⁴⁰ Fleischer (Fn. 39), S. 1306; Spindler (Fn. 17), S. 890.

stimmungen *in der Satzung* (§ 23 Abs. 5 S. 1 AktG).⁴¹ Anders gewendet hat die Vorschrift streng genommen keinen Regelungsgehalt hinsichtlich abweichender Bestimmungen durch *Vertrag*. Oder zugespitzt formuliert: „Was satzungsmäßig unzulässig ist, kann vertraglich durchaus erlaubt sein“.⁴²

Diese Schlussfolgerung ist jedoch vorschnell und verkennt, dass Privatautonomie und Vertragsfreiheit den Parteien nur dann erlauben, eine andere als die gesetzliche Regelung zu treffen, wenn der Gesetzgeber die betreffende Materie auch bewusst privater Selbstregelung unterworfen hat.⁴³ Methodisch hat der Rechtsanwender durch Auslegung zu erforschen, ob der vom Gesetzgeber beabsichtigte Regelungszweck bereits mit einer dispositiven Regelung erreichbar ist oder zwingende Geltung erfordert.⁴⁴ Daraus folgt für die Organhaftung, dass aus § 23 Abs. 5 AktG – wenngleich dieser unmittelbar nur abweichende Bestimmungen durch die Satzung betrifft – der Wille des Gesetzgebers hervortritt, das Aktienrecht zum Schutz zukünftiger Aktionäre und Gläubiger grundsätzlich als zwingendes Recht auszugestalten.⁴⁵ Dies wird auch beim Blick auf die Gesetzgebungsmaterialien deutlich, aus denen hervorgeht, dass „die diesbezüglichen [*sic.* die Sorgfaltspflicht der Organmitglieder betreffenden] Vorschriften [...] derart öffentlichen Rechts seien, dass sie nicht gemindert werden könnten“.⁴⁶

Die anstellungsvertragliche Gestaltungsfreiheit findet ihre Grenzen folglich in den zwingenden Bestimmungen des Aktienrechts,⁴⁷ denen § 93 AktG mangels „ausdrücklicher“ Erlaubnis i.S.v. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG angehört.⁴⁸ Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass eine Abmilderung des Sorgfaltsmaßstabs sowie eine Festsetzung von Haftungshöchstbeträgen sowohl in der Satzung als auch im Anstellungsvertrag mit dem jeweiligen Organmitglied *de lege lata* ausscheidet.

⁴¹ In diese Richtung U.H. Schneider, Haftungsmilderung bei fehlerhafter Unternehmensleitung?, in: FS Werner, 1984, S. 795 (803).

⁴² Seibt, 20 Thesen zur Binnenverantwortung im Unternehmen im Lichte des reformierten Kapitalmarktsanktionsrechts, NZG 2015, 1097 (1102).

⁴³ Möslin, Dispositives Recht, 2011, S. 179.

⁴⁴ *Ebd.*

⁴⁵ Körber in: Bürgers/Körber (Fn. 15), § 23 AktG Rn. 40; Röbriht/Schall, in: GK-AktG, Band II/1, 5. Aufl. 2016, § 23 Rn. 173.

⁴⁶ Bericht der IX. Kommission über den Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und die Aktiengesellschaften, in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128, S. 1009, 1020, abrufbar unter: <http://www.reichstagsprotokolle.de> (letzter Abruf: 11.6.2017).

⁴⁷ Habersack, Enthaltung des Vorstandsmitglieds qua Anstellungsvertrag?, NZG 2015, 1297 (1299); Kort, in: GK-AktG, Band IV/1, 5. Aufl. 2015, § 84 Rn. 282.

⁴⁸ Vgl. die Aufzählung bei Arnold, in: KK-AktG, Band I, 3. Aufl. 2010, § 23 Rn. 139 ff.

3. Vorwegbindung des Ermessens des Aufsichtsrats bei einer etwaigen Anspruchsverfolgung durch entsprechende Vereinbarung im Anstellungsvertrag

Der jüngste Vorschlag stammt von *Seibt*, der mit einer unkonventionellen Vertragsgestaltung eine Risikoabsicherung zu Gunsten der Organmitglieder erreichen möchte.⁴⁹ Der Aufsichtsrat verpflichtet sich demnach im Anstellungsvertrag, in Fällen einer „groben Disproportionalität zwischen Haftungsumfang und Schwere des Pflichtverstoßes“ die Anspruchsverfolgung der Höhe nach zu begrenzen, sodass dem Organmitglied nach erfolgter Inanspruchnahme wenigstens die Hälfte seines Vermögens verbleibt (Halbvermögensverschönerung).⁵⁰ Dogmatisch sei dies nichts anderes als eine Vorwegbindung des Ermessens, das dem Aufsichtsrat nach der ARAG-Garmenbeck-Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* bei der Anspruchsverfolgung eingeräumt werde.⁵¹

Problematisch ist an dieser Auffassung jedoch, dass die vorgeschlagene Klausel dem Organmitglied eine Einwendung gegen die Inanspruchnahme aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG verschafft, folglich einem Verzicht nahekommt, und somit letztlich die Voraussetzungen des § 93 Abs. 3 S. 4 AktG untergräbt.⁵² Darüber hinaus würde eine solche Vereinbarung das Regel-Ausnahme-Verhältnis, wonach eine Geltendmachung des Ersatzanspruchs nur im Ausnahmefall aus gewichtigen Gründen des Unternehmenswohls unterbleiben darf,⁵³ gerade umkehren.⁵⁴

Es darf mithin durchaus bezweifelt werden, ob eine solche Vertragsgestaltung einer gerichtlichen Überprüfung nach geltender Rechtslage standhalten würde.⁵⁵ Einen effektiven Schutz kann sie zumal schon deshalb nicht gewährleisten, da immer noch zumindest die Gefahr einer Inanspruchnahme durch die Aktionäre (§§ 147 f. AktG) oder Gläubiger (§ 93 Abs. 5 AktG) der Gesellschaft verbleibt.⁵⁶

II. Das Enthftungsinstrument der Praxis: Die D&O-Versicherung

In der Praxis werden zur Vermeidung existenzbedrohlicher Haftungsrisiken inzwischen vermehrt sog. D&O-Versicherungen (*directors' and officers' liability*)

⁴⁹ Mit entsprechendem Formulierungsvorschlag *Seibt* (Fn. 42), S. 1102.

⁵⁰ *Seibt* (Fn. 42), S. 1102; *ders.*, Börsen-Zeitung v. 25.7.2015, S. 9.

⁵¹ *Seibt* (Fn. 42), S. 1102; zur ARAG-Garmenbeck-Entscheidung bereits oben **A. II. 2.**

⁵² *Habersack* (Fn. 47), S. 1299 f.

⁵³ BGHZ 135, 244 (245).

⁵⁴ *Habersack* (Fn. 47), S. 1299 f.

⁵⁵ *Fuhrmann*, zit. nach *Wadewitz*, Börsen-Zeitung v. 28.4.2015, S. 13.

⁵⁶ *Habersack* (Fn. 42), S. 1299.

insurances) abgeschlossen. Sie gehören heute schlichtweg zur "Standardausstattung" einer Aktiengesellschaft, sodass Organmitglieder ihr Vorhandensein bei Unterzeichnung der Anstellungsverträge in den meisten Fällen erwarten und als selbstverständlich voraussetzen.⁵⁷

Bei einer D&O-Versicherung handelt es sich um eine Art Berufshaftpflichtversicherung,⁵⁸ die eingreift, wenn das Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied von der Gesellschaft oder von Dritten auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird.⁵⁹ Der Versicherungsvertrag wird dabei zwischen dem Versicherer und dem Unternehmen abgeschlossen, das auch die Prämie bezahlt.⁶⁰ Im Schadensfall steht hingegen dem Organmitglied ein eigener direkter Leistungs- bzw. Freistellungsanspruch gegen den Versicherer zu (sog. Versicherung für fremde Rechnung, §§ 43 ff. VVG).⁶¹

In der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass eine D&O-Versicherung das Risiko einer existenzvernichtenden Haftung zwar abmildert, jedoch bei weitem kein Allheilmittel darstellt.⁶² Das entspricht im Übrigen auch dem erklärten Willen des Gesetzgebers, der in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG zwar implizit den Abschluss von (gesellschaftsfinanzierten) D&O-Versicherungen erlaubt,⁶³ einen lückenlosen Haftungsschutz jedoch durch die Verpflichtung zur Vereinbarung eines Selbstbehalts aushebelt.⁶⁴ Mindestens 10 % des Schadens bezogen auf jeden einzelnen Schadensfall hat das Organmitglied demnach selbst zu tragen (§ 93 Abs. 2 S. 2 AktG).

Hinzu kommt, dass die Versicherer grundsätzlich nur bis zu einer vertraglich vereinbarten Versicherungssumme leisten.⁶⁵ Diese Haftungshöchstbeträge variieren selbstverständlich je nach Größe des Unternehmens und Risiko-trächtigkeit des Geschäfts.⁶⁶ Doch selbst im Fall Volkswagen/*Winterkorn* haftet

⁵⁷ *Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, 2016, S. 212; *Fleischer*, Haftungsfreistellung, Prozesskostenersatz und Versicherung für Vorstandsmitglieder – eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme zur Enthftung des Managements, WM 2005, 909 ff.

⁵⁸ *Sieg*, in: Terbille/Höra, MAH Versicherungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 17 Rn. 38.

⁵⁹ *Muschner*, in: Ruffer/Halbach/Schimikowski, 3. Aufl. 2015, § 44 VVG Rn. 21.

⁶⁰ *v. Schenk*, Handlungsbedarf bei der D&O-Versicherung, NZG 2015, 494 (495).

⁶¹ *Dageförde*, in: MüKo-VVG, Band I, 2. Aufl. 2016, § 44 Rn. 21.

⁶² *v. Schenk* (Fn. 60), S. 494.

⁶³ Vor dem VorstAG 2009 war die grundsätzliche Zulässigkeit von D&O-Versicherungen umstritten; vgl. *Fleischer* (Fn. 57), S. 919; *Binder* (Fn. 57), S. 213.

⁶⁴ Vgl. dazu *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 8), § 93 AktG Rn. 58 f.; *Hölter*, in: Hölter (Fn. 33), § 93 AktG Rn. 405 ff.

⁶⁵ *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 12 Rn. 44.

⁶⁶ *Lange*, Praxisfragen der D&O-Versicherung (Teil I), DStR 2002, 1626 (1627); *Wagner* (Fn. 25), S. 235.

ein Versicherungskonsortium „lediglich“ in Höhe von maximal 500 Millionen Euro, was letztlich nur ein Bruchteil des tatsächlichen Schadens ausmachen wird.⁶⁷ Für alles, was darüber hinaus geht, ist *Winterkorn* nicht versichert; er haftet insoweit mit seinem gesamten pfändbaren Privatvermögen.⁶⁸

Ferner finden sich in den Versicherungspolice oftweils weitreichende Haftungsausschlüsse, u.a. für vorsätzliche Schadensverursachung und wissentliche Pflichtverletzung, für Strafen und Bußgelder, sowie für Umwelt- und Produkthaftungsfälle.⁶⁹

D&O-Versicherungen bieten somit praktisch nur einen sehr begrenzten, löchrigen Schutz. Sie leisten gerade keine umfassende Schadensdeckung nach Vollkasko-Manier, sodass auch für versicherte Organmitglieder zumindest ein beträchtliches Restrisiko verbleibt. Demnach wirken sich D&O-Versicherungen sogar haftungstreibend aus, da das Vorhandensein eines Versicherungsschutzes die Geltendmachung von Haftungsansprüchen geradezu beflügeln kann („Deckung erzeugt Haftung“).⁷⁰

III. Regressausschluss für Strafen und Bußgeldschäden

Von besonderer Brisanz ist zurzeit die Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe eine Gesellschaft, die wegen eines selbst begangenen Kartellverstoßes einen Vermögensschaden (insbesondere Bußgeld- und Schadensersatzzahlungen) erlitten hat, diesen von den verantwortlichen Vorstandsmitgliedern erstattet verlangen kann.

1. Die Entscheidung des *LAG Düsseldorf* v. 20.1.2015

Das *LAG Düsseldorf* entschied erst kürzlich, dass ein Unternehmen, gegen das das Bundeskartellamt ein Bußgeld wegen rechtswidriger Kartellabsprachen verhängt hatte, insoweit nicht den für den Verstoß verantwortlichen Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG in Regress nehmen kann.⁷¹ In dem zugrundeliegenden Fall hatte eine Gesellschaft des ThyssenKrupp-Konzerns ihren Geschäftsführer auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe des vom Bundeskartellamt festgesetzten Bußgelds von 191 Millionen Euro in Anspruch

⁶⁷ *Leitel*, handelsblatt.com v. 1.10.2015, „Manager werden persönliche Versicherungen abschließen“, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/vw-und-die-haftung-manager-werden-persoenele-versicherungen-abschliessen/12395668.html> (letzter Abruf: 11.6.2017).

⁶⁸ So auch *Wagner* (Fn. 25), S. 236.

⁶⁹ *Beckmann*, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, 3. Aufl. 2015, § 28 Rn. 116 ff.; *Fleischer* (Fn. 65), § 12 Rn. 48 ff.

⁷⁰ *Bachmann* (Fn. 8), E 19 f.; *Habersack* (Fn. 47), S. 1298.

⁷¹ *LAG Düsseldorf*, GmbHR 2015, 480 ff.

genommen.⁷²

Nach Ansicht des Gerichts ist der Geschäftsführer zwar dem Grunde nach gegenüber der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet, da er schuldhaft gegen die ihm obliegende Legalitätspflicht, also die Pflicht zur Beachtung sämtlicher Rechtsvorschriften im Außenverhältnis, verstoßen hat. Unerheblich sei insbesondere, ob der Rechtsverstoß im vermeintlichen Interesse der Gesellschaft begangen wurde (sog. „nützliche Pflichtverletzung“).⁷³

Die zivilrechtliche Innenhaftung (§ 43 Abs. 2 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG) dürfe allerdings nicht dazu führen, dass die gesetzgeberische Entscheidung, wonach das Unternehmen für den Kartellverstoß belangt werden soll, faktisch ausgehebelt wird.⁷⁴ Die Sanktionsfunktion der Straf- und Bußgeldvorschriften würde bei einer „Weitergabe“ des Schadens an das verantwortliche Organmitglied ins Leere laufen.⁷⁵ Nicht zuletzt würde damit auch die gesetzliche Differenzierung zwischen Unternehmen und natürlichen Personen (§ 81 Abs. 4 GWB) bei der Bemessung des Bußgelds unterlaufen.⁷⁶

2. Meinungsstand im Schrifttum

Das Urteil des *LAG Düsseldorf* hat die Debatte im Schrifttum über die Organhaftung für Kartellbußgelder neu entfacht. Ein gänzlicher Haftungsausschluss, der schon zuvor in der Literatur vertreten wurde,⁷⁷ hat im Nachgang der Entscheidung vermehrt Zuspruch gefunden.⁷⁸

Die h.M. betrachtet hingegen auch eine Kartellbuße grundsätzlich als einen ersatzfähigen Schaden i.S.v. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG.⁷⁹ Die Schadensersatzpflicht des Organmitglieds umfasse nach der Differenzhypothese allerdings lediglich

⁷² Vgl. *manager-magazin.de* v. 20.1.2015, abrufbar unter: <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/industrie/thyssenkrupp-scheitert-mit-291-millionen-klage-gegen-ex-manager-a-1014048.html> (letzter Abruf: 11.6.2017).

⁷³ *LAG Düsseldorf*, GmbHR 2015, 480 (481).

⁷⁴ *LAG Düsseldorf*, GmbHR 2015, 480 (482).

⁷⁵ *LAG Düsseldorf*, GmbHR 2015, 480 (482).

⁷⁶ *LAG Düsseldorf*, GmbHR 2015, 480 (483).

⁷⁷ *Dreher*, Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern, in: FS Konzen, 2006, S. 85 (103 ff.); *Horn*, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats, ZIP 1997, 1129 ff.

⁷⁸ *Thomas*, Bußgeldregress, Übelszufügung und D&O-Versicherung, NZG 2015, 1409 ff.

⁷⁹ *Hopt/Roth*, in: GK-AktG, Band IV/2 (Fn. 32), § 93 Rn. 419; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, Band I (Fn. 8), § 93 AktG Rn. 37 ff.

den Ahndungsteil der Geldbuße, nicht jedoch den Abschöpfungsteil.⁸⁰ Andernfalls stünde sie durch den Schadensfall besser als ohne das schädigende Ereignis, was dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot zuwiderliefe.⁸¹ Zudem seien die Grundsätze der Vorteilsausgleichung anwendbar: Soweit dem Unternehmen durch den Kartellverstoß Vorteile entstanden seien, könnten diese gegenüber der Bußgeldregressforderung in Abzug gebracht werden.⁸² Teilweise wird darüber hinaus eine Beschränkung der Haftsumme auf den für den persönlich Betroffenen geltenden Bußgeldrahmen (§ 81 Abs. 4 S. 1 GWB),⁸³ oder einfach pauschal auf einen „angemessenen“ Betrag gefordert.⁸⁴

3. Stellungnahme

Ist ein pflichtwidriges Handeln des Vorstandsmitglieds kausal für die Verhängung eines Bußgelds gegen das Unternehmen, liegt selbstverständlich eine Minderung des Gesellschaftsvermögens und damit ein Schaden vor,⁸⁵ den das Vorstandsmitglied in Anwendung des § 93 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 249 ff. BGB grundsätzlich der Gesellschaft zu ersetzen hat.⁸⁶

Stößt sich der Rechtsanwender an diesem Ergebnis, steht ihm – vorbehaltlich einer gesetzesübersteigenden Rechtsfindung *contra legem*⁸⁷ – nur der Weg über eine Rechtsfortbildung *praeter legem* mittels teleologischer Reduktion offen.⁸⁸

Die teleologische Reduktion betrifft den Fall, dass der Wortlaut einer Vorschrift gemessen an ihrer *ratio* „zu weit geraten“ ist;⁸⁹ es der Gesetzgeber mithin versäumt hat, der Norm eine nach deren Sinn und Zweck erforderliche

⁸⁰ *Fleischer* (Fn. 39), S. 1307; *Spindler*, in: MüKo-AktG (Fn. 18), § 93 Rn. 172; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, Band II/1 (Fn. 17), § 93 Rn. 56.

⁸¹ *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, (Fn. 32), § 93 AktG Rn. 213c.

⁸² Zur Anwendbarkeit der Grundsätze der Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 93 Abs. 2 AktG: *BGH*, NJW 2013, 1958 (1961); NJW-RR 2011, 1670 (1673); *Bürgers/Israel*, in: *Bürgers/Körper* (Fn. 15), § 93 AktG Rn. 22.

⁸³ *Thole*, Mangerhaftung für Gesetzesverstöße – Die Legalitätspflicht des Vorstands gegenüber seiner Aktiengesellschaft, ZHR 173 (2009), 504 (534).

⁸⁴ *Bayer*, Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen, in: FS Schmidt, 2009, S. 85 (97).

⁸⁵ Zum Schadensbegriff des § 93 Abs. 2 AktG allgemein *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, Band I (Fn. 8), § 93 AktG Rn. 36; *Hopt/Roth*, in: GK-AktG, Band IV/2 (Fn. 32), § 93 Rn. 406.

⁸⁶ So auch *LAG Düsseldorf*, GmbHR 2015, 480 (481).

⁸⁷ Zu den (engen) Voraussetzungen einer Rechtsfindung *contra legem* *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 252; *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 87 f.

⁸⁸ *Koch*, Beschränkungen des gesellschaftsrechtlichen Innenregresses bei Bußgeldzahlungen, in: Liber Amicorum Martin Winter, 2011, S. 327 (334).

⁸⁹ *Fischer* (Fn. 87), S. 49 f.

Ausnahmeregelung hinzuzufügen.⁹⁰

Gegen eine Korrektur des Gesetzes im Zusammenhang mit dem Bußgeldregress wird häufig vorgebracht, dass staatliche Sanktionierung und zivilrechtliche Haftung streng voneinander zu trennen seien.⁹¹ Der spezial- und generalpräventive Sanktionszweck des Ordnungswidrigkeitenrechts werde bereits vollständig mit Verhängung des Bußgelds erreicht.⁹² Die nachfolgende Kompensation des Schadens durch Inanspruchnahme des Organmitglieds habe darauf keinen Einfluss mehr.⁹³

Dem ist jedoch mit dem Grundsatz der Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zu widersprechen. Wählt der Gesetzgeber als Adressaten des Bußgelds das Unternehmen, so geht er davon aus, dass dieses im Regelfall auch das Bußgeld mit all seinen präventiven,⁹⁴ repressiven⁹⁵ und abschöpfenden⁹⁶ Wirkungen trägt.⁹⁷ Nur so lässt sich erklären, dass die Höhe des Bußgelds an der Leistungsfähigkeit des Unternehmens bemessen wird (vgl. § 17 Abs. 3 S. 2 OWiG und speziell im Kartellrecht § 81 Abs. 4 S. 2 GWB).

Diese gesetzgeberische Wertentscheidung darf nicht durch die Hintertür des Innenregresses unterlaufen werden. Denn die Unternehmensgeldbuße setzt als akzessorisches Instrument die individuelle Verantwortlichkeit der für das Unternehmen handelnden natürlichen Person voraus (§ 30 Abs. 1 GWB). Sie kommt allein in Betracht, wenn eine „Anknüpfungstat“ eines Repräsentanten vorliegt; ein Vorstandsmitglied mithin pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat.⁹⁸ Eine wortlautgetreue Gesetzesanwendung führt folglich dazu, dass die Zuordnung der Geldbuße standardmäßig durch das Organhaftungsrecht aufgebrochen und *ipso iure* eine Regresskette hin zu dem verantwortlichen Organmitglied ausgelöst wird.⁹⁹

⁹⁰ *BVerwG*, NVwZ 2014, 1170 (1172); *Sprau*, in: Palandt, 75. Aufl. 2016, Einf. Rn. 49, 56.

⁹¹ *Suchy*, Schadensumfang bei Haftung von Vorständen und Geschäftsführern wegen Unternehmensgeldbußen für kartellrechtliche Verstöße, NZG 2015, 591 (592).

⁹² *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, (Fn. 32), § 93 AktG Rn. 213b.

⁹³ *Suchy* (Fn. 91), S. 592.

⁹⁴ *BVerfG*, NJW 1969, 1619 (1622) („Pflichtenmahnung“); *Sackreuther*, in: BeckOK-OWiG, Ed. 14, Stand: 15.4.2016, § 17 Rn. 7.

⁹⁵ *BayObLG*, NZV 1991, 317 (318); *Sackreuther*, in: BeckOK-OWiG (Fn. 94), § 17 Rn. 6.

⁹⁶ Siehe auch § 81 Abs. 5 GWB; dazu *Bohnert/Krenberger/Krumm*, 14. Aufl. 2014, § 17 OWiG Rn. 25.

⁹⁷ *Thomas* (Fn. 78), S. 1413.

⁹⁸ *Ebd.*

⁹⁹ *Thomas* (Fn. 78), S. 1411; den Unterschied zur *freiwilligen* Erstattung von Geldstrafen durch Dritte erkennen auch *Koch* (Fn. 88), S. 334 und *Hauger/Palzer* (Fn. 11), S. 54.

Dies kann nicht Regelungsabsicht des Gesetzgebers gewesen sein. Es liegt somit eine planwidrige Regelungslücke in Form einer fehlenden Ausnahmegesetzvorschrift vor. Die Lücke ist durch teleologische Reduktion dergestalt zu schließen, dass § 93 Abs. 2 AktG mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass Unternehmensbußgelder keinen ersatzfähigen Schaden i.S.d. §§ 249 ff. BGB darstellen. Indes ist die Problematik existenzbedrohender Organhaftung damit nicht gelöst, da Bußgeldschäden wohl nicht den überwiegenden Teil der Haftungsfälle ausmachen. Im Fall des „Schienenkartells“ haben beispielsweise zwischenzeitlich Konkurrenten Schadensersatzansprüche im dreistelligen Millionenbereich gegen den Thyssen-Krupp-Konzern geltend gemacht, die wiederum an ehemalige Manager im Wege der Organhaftung weitergereicht werden sollen.¹⁰⁰

IV. Haftungsbeschränkung nach arbeitsrechtlichem Vorbild

In Erwägung gezogen wird ferner eine Haftungsreduktion für Organmitglieder nach arbeitsrechtlichem Vorbild. Voraussetzung hierfür wäre, dass die Haftungsprivilegierung, die Arbeitnehmern nach den Grundsätzen der betrieblich veranlassten Tätigkeit zukommt, auch auf Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder ausgeweitet werden kann.

1. Die Grundsätze betrieblich veranlasster Tätigkeit und ihre dogmatische Herleitung im Arbeitsrecht

Nach der ständigen Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts*¹⁰¹ kommt dem Arbeitnehmer, ohne dass dies gesetzlich explizit bestimmt wäre, eine Haftungsprivilegierung zugute, wenn er bei einer betrieblich veranlassten Tätigkeit einen Schaden an den Gütern seines Arbeitgebers verursacht.¹⁰² Gestützt auf eine Analogie zu § 254 BGB wird grundsätzlich eine Haftungsverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorgenommen,¹⁰³ für die das maßgebliche Kriterium der Grad des Verschuldens ist, das dem Arbeitnehmer zur Last fällt.¹⁰⁴ Bei leichter Fahrlässigkeit scheidet demnach eine Haftung des Arbeitnehmers ganz aus, bei höheren Graden erfolgt eine Aufteilung des Schadens

¹⁰⁰ *Dierig*, welt.de v. 14.9.2015, „ThyssenKrupp verlangt Schadenersatz von Ex-Managern“, abrufbar unter: <http://www.welt.de/wirtschaft/article146382564/ThyssenKrupp-verlangt-Schadenersatz-von-Ex-Managern.html> (letzter Abruf: 11.6.2017).

¹⁰¹ Grundlegend *BAG GS*, NJW 1995, 210 ff.; zuvor war eine Haftungserleichterung an das Kriterium der „gefähr- (oder schadens-) geneigten Arbeit“ geknüpft. Zu dieser Rechtsprechungsänderung *Richardi*, Abschied von der gefahrgeneigten Arbeit als Voraussetzung für die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, NZA 1994, 241 ff.

¹⁰² *Joussen*, Der persönliche Anwendungsbereich der Arbeitnehmerhaftung, RdA 2006, 129 ff.

¹⁰³ *Annuß*, (Nichts) Neues zur Arbeitnehmerhaftung?, NZA 1998, 1089 ff.

¹⁰⁴ *Richardi* (Fn. 101), S. 241.

zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, bei Vorsatz trägt der Arbeitnehmer den Schaden allein.¹⁰⁵

Der Analogieschluss stützt sich im Wesentlichen auf zwei zentrale Erwägungen:

a) Betriebsrisiko des Arbeitgebers

Zum einen sei das besondere Schadensrisiko für betrieblich veranlasste Tätigkeiten grundsätzlich demjenigen zuzuweisen, der für die Organisation des Betriebs und die Gestaltung der Arbeitsbedingungen verantwortlich ist.¹⁰⁶ Dieses dem Arbeitgeber abstrakt zugewiesene Organisationsrisiko müsse als „verschuldensunabhängiger Zurechnungsfaktor analog § 254 BGB“¹⁰⁷ dem Eigenverschulden des Arbeitnehmers gegenübergestellt werden.¹⁰⁸ Durch diese Abwägung entstehe letztlich der bekannte „innerbetriebliche Schadensausgleich“.

b) Missverhältnis zwischen Haftungsrisiko und Arbeitsentgelt

Zum anderen stünden die geringen Verdienstmöglichkeiten außer Verhältnis zu dem potenziellen Haftungsrisiko, dem der Arbeitnehmer ausgesetzt sei.¹⁰⁹ Dem Arbeitnehmer werde häufig Arbeitsmaterial von großem Wert zur Verfügung gestellt, dessen Beschädigung zu hohen Schadensersatzforderungen führen könne, die aus dem gewöhnlichen Arbeitslohn unmöglich beglichen werden könnten.¹¹⁰ Es bedürfe mithin eines Schutzmechanismus, der verhindere, dass eine einzige Unachtsamkeit den Arbeitnehmer in den wirtschaftlichen Ruin treibe.¹¹¹ Die Berücksichtigung dieses Aspekts zeigt, dass die Haftungsprivilegierung nicht zuletzt auch dem arbeitsrechtlichen Sozialschutzgedanken geschuldet ist.¹¹²

¹⁰⁵ BAG, NJW 2011, 1096 (1097); Preis, in: Erfurter Kommentar, 16. Aufl. 2016, § 619a BGB Rn. 13.

¹⁰⁶ Reichold, in: Münchener Hdb. ArbR., Band I, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 27.

¹⁰⁷ Krause, Geklärte und ungeklärte Probleme der Arbeitnehmerhaftung, NZA 2003, 577 (579).

¹⁰⁸ BAG GS, NJW 1995, 210 (212); Reichold, in: Münchener Hdb. ArbR., Band I (Fn. 106), § 51 Rn. 27.

¹⁰⁹ Krause (Fn. 107), S. 579; Preis, in: Erfurter Kommentar (Fn. 105), § 619a BGB Rn. 9.

¹¹⁰ RAG, ARS 30, 3 (5).

¹¹¹ Däubler, Die Haftung des Arbeitnehmers – Grundlagen und Grenzen, NJW 1986, 867 (869).

¹¹² Langenbacher, Risikohaftung und Schutzpflichten im innerbetrieblichen Schadensausgleich, ZfA 1997, 523 (541 ff.).

2. Übertragung der Grundsätze betrieblich veranlasster Tätigkeit auf Organmitglieder in der Aktiengesellschaft

Die Übertragung dieser Grundsätze auf Organmitglieder in der Aktiengesellschaft ist mit der ganz h.M. abzulehnen.¹¹³ Dabei kommt es richtigerweise gar nicht auf die umstrittene Frage an, inwieweit die Interessenlage bei einem Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied gleichermaßen wie bei einem Arbeitnehmer für eine Haftungsprivilegierung nach den Grundsätzen betrieblich veranlasster Tätigkeit streitet.¹¹⁴ Denn die Organhaftung ist mangels Regelungslücke einer entsprechenden Anwendung des § 254 BGB überhaupt nicht zugänglich.¹¹⁵ Dies macht ein Vergleich mit dem Arbeitsrecht, wo anerkanntermaßen zumindest eine „Wertungslücke“ vorliegen soll,¹¹⁶ deutlich: Während die Arbeitnehmerhaftung in den §§ 611 ff. BGB keine eigenständige Regelung erfahren hat, ist die Haftung für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder im Aktienrecht spezialgesetzlich geregelt.¹¹⁷ Die ausdrückliche Haftungsanordnung des § 93 Abs. 2 AktG (i.V.m. § 116 S. 1 AktG) für *omnis culpa* bildet gewissermaßen eine „rechtstechnische Sperre“ für eine Rechtsfortbildung.¹¹⁸ Insbesondere ein gänzlicher Haftungsausschluss für leicht fahrlässig verursachte Schäden wäre mit geltendem Recht nicht zu vereinbaren. Folglich kommt eine Analogie nach den Grundsätzen betrieblich veranlasster Tätigkeit von vornherein nicht in Betracht.

3. Haftungsreduzierung auf Grundlage der Fürsorgepflicht

Eine neuere Auffassung in der Literatur befürwortet gleichwohl zumindest eine teilweise Anwendung dieser Grundsätze auf Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder in der Aktiengesellschaft; allerdings nicht im Wege einer Rechtsfortbildung, sondern über das Institut der gesellschaftsrechtlichen Fürsorge- und Treuepflicht.¹¹⁹ Demnach könne eine Gesellschaft im Einzelfall aufgrund ihrer Fürsorgepflicht gegenüber ihren Organen verpflichtet sein, einen etwaigen Schadensersatzanspruch nur beschränkt – d.h. insbesondere nicht bis zu den Pfändungsgrenzen der ZPO – durchzusetzen. Die Haftungsreduzierung würde dabei bereits kraft Gesetzes eintreten und läge folglich nicht im Ermessen des

¹¹³ BGH, WM 1975, 467 (469) (zu § 34 Abs. 2 GenG); Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 8), § 93 AktG Rn. 51; Reichold, in: Münchener Hdb. ArbR., Band I (Fn. 106), § 51 Rn. 66.

¹¹⁴ Dies verkennt Hoffmann (Fn. 34), S. 1396 f., der eine „Analogie zum Arbeitsrecht“ vertritt, ohne sich mit dem Erfordernis einer Regelungslücke auseinanderzusetzen.

¹¹⁵ Fleischer, in: Spindler/Stilz, (Fn. 32), § 93 AktG Rn. 206; ferner Sandmann, Die Haftung von Arbeitnehmern, 2001, S. 335 (zu § 43 GmbHG).

¹¹⁶ Fleischer (Fn. 39), S. 1306.

¹¹⁷ Binder (Fn. 57), S. 327; Koch, (Fn. 10), S. 435.

¹¹⁸ Koch (Fn. 10), S. 435 f.; Krause, Mitarbeit in Unternehmen, 2002, S. 568.

¹¹⁹ Bayer (Fn. 84), S. 97; Koch (Fn. 88), S. 338 ff.

Aufsichtsrates.¹²⁰

Für die Ansicht wird angeführt, dass wesentliche Begründungselemente, die den Grundsätzen betrieblich veranlasster Tätigkeit zugrunde liegen, für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder ebenso zutreffen wie für Arbeitnehmer.¹²¹ Es bestehe daher Anlass für einen „arbeitsrechtlichen Wertungstransfer“, allerdings seien spezifische gesellschaftsrechtliche Modifikationen unerlässlich.¹²² So dürfe unter anderem stets nur eine Haftungsreduzierung, nie jedoch ein völliger Haftungsausschluss erfolgen, da § 93 Abs. 2 S. 3 AktG die Wertung zu entnehmen sei, dass eine obligatorische Resthaftung bestehen bleiben müsse, die von dem Organmitglied „aus eigener Tasche“ zu begleichen sei.¹²³

Des Weiteren wird geltend gemacht, die gesellschaftsrechtliche Fürsorgepflicht als dogmatischer Anknüpfungspunkt liege auf der Hand, da auch die Haftungsprivilegierung im Arbeitsrecht früher auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gestützt wurde.¹²⁴

Ursprünglich nur für den Innenregress bei Bußgeldzahlungen konzipiert, wird eine „Haftungsreduzierung qua Fürsorgepflicht“ nunmehr auch jenseits des Sanktionsbereichs diskutiert. Zweifelhaft ist, ob dieser Ansatz letztlich überzeugen kann. Zur Beantwortung dieser Frage soll im Folgenden auf die wesentlichen Einwände eingegangen werden, die im Schrifttum vorgebracht werden.

a) Vergleichbare Schutzwürdigkeit von Arbeitnehmern und Organmitgliedern?

Zunächst wird angeführt, dass die Erwägungen, auf denen die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung aufbauen,¹²⁵ niemals auch eine Haftungsprivilegierung für Organmitglieder stützen können, da die Verhältnisse dieser beiden Personengruppen grundverschieden seien.¹²⁶

¹²⁰ Anders *Habersack* (Fn. 5), S. 802, der in diesem Fall nur eine eingeschränkte Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats auf Grundlage eines weiten Verständnisses der ARAG-Garmenbeck-Entscheidung des *BGH* annimmt. Dagegen *Koch* (Fn. 88), S. 344 mit dem Argument, dass die Rücksichtnahme dann in der Willkür des Aufsichtsrats läge. Ferner bliebe abermals die Gefahr einer Inanspruchnahme durch Gläubiger (§ 93 Abs. 5 AktG) und Aktionäre (§§ 147 f. AktG) der Gesellschaft.

¹²¹ *Koch* (Fn. 88), S. 340 ff.

¹²² *Koch* (Fn. 10), S. 438 f.

¹²³ *Koch*, Regressreduzierung im Kapitalgesellschaftsrecht – eine Sammelreplik, *AG* 2014, 513 (514).

¹²⁴ *Koch* (Fn. 10), S. 436.

¹²⁵ Siehe oben **B. IV. 1.**

¹²⁶ *Bachmann* (Fn. 8), E 57.

aa) Zum Missverhältnis von Verdienst und Haftungsrisiko

Die Annahme eines ähnlichen Missverhältnisses zwischen Vergütung und Haftungsrisiko liege schon deshalb fern, da der Verdienst eines Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied den eines gewöhnlichen Arbeitnehmers um ein Vielfaches übersteige.¹²⁷ Zudem würden gesteigerte Haftungsrisiken bereits durch hohe Risikoprämien abgegolten, sodass kein Grund für eine Haftungsprivilegierung bestehe.¹²⁸ Allerdings zeigen Fälle wie VW/*Winterkorn* oder Deutsche Bank/*Breuer*,¹²⁹ dass auch Millionengehälter und ein umfangreicher Versicherungsschutz nichts nützen, wenn eine Haftung in Milliardenhöhe im Raum steht.¹³⁰ Man wird somit bei Organmitgliedern gleichsam ein Missverhältnis zwischen Verdienstmöglichkeiten und Haftungsrisiken annehmen können, sodass hier eine ähnliche Schutzwürdigkeit wie bei Arbeitnehmern besteht.¹³¹ Dem ist aber relativierend anzufügen, dass eine die finanziellen Möglichkeiten des Schuldners bei Weitem übersteigende Haftpflicht allein keine Haftungsprivilegierung zu begründen vermag, da dieses Problem bei nahezu allen Schuldverhältnissen auftreten kann, also eine Lösung für das gesamte Schuldrecht erforderlich wäre.¹³²

bb) Zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers

Ferner wird angeführt, dass sich der Betriebsrisikogedanke, auf den sich die Grundsätze betrieblich veranlasster Tätigkeit im Wesentlichen stützen, nicht ohne Weiteres auf Vorstandsmitglieder in der Aktiengesellschaft übertragen lasse, da diese erstens keinerlei Weisungen ausführen müssen (§ 76 Abs. 1 AktG) und zweitens nicht in den Betrieb eines anderen eingegliedert sind, sondern gerade selbst die gesamte Organisations- und Risikostruktur des Unternehmens bestimmen.¹³³

¹²⁷ In diese Richtung *Schöne/Petersen*, Regressansprüche gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder – quo vadis?, AG 2012, 700 (701).

¹²⁸ *Fleischer* (Fn. 39), S. 1306.

¹²⁹ In dem Fall ging es um eine juristische Auseinandersetzung zwischen der Deutschen Bank AG und *Leo Kirch* (und später dessen Erben) wegen eines Interviews aus dem Jahr 2002, in dem der damalige Vorstandsvorsitzende der Deutschen Bank, *Rolf-Ernst Breuer*, die Kreditwürdigkeit der Kirch-Gruppe anzweifelte. *Kirch* wies *Breuer* und der Deutschen Bank die Schuld für seine wenig später eintretende Insolvenz zu und forderte Schadensersatz. Nachdem die Deutsche Bank 928 Millionen Euro an die Kirch-Erben zahlte, beschloss der Aufsichtsrat, *Breuer* in Regress zu nehmen. In einem Vergleich einigte man sich auf Zahlung von 3,2 Millionen Euro; vgl. Spiegel-Online v. 31.3.2016 (Fn. 1)

¹³⁰ *Hemeling*, in: Verhandlungen des 69. DJT, Band II/1, 2012, N 31, 38.

¹³¹ *Binder* (Fn. 57), S. 321 f.; *Wagner* (Fn. 25), S. 234.

¹³² *Binder* (Fn. 57), S. 322.

¹³³ *Gaul*, Regressansprüche bei Kartellbußen im Lichte der Rechtsprechung und der aktuellen Debatte über die Reform der Organhaftung, AG 2015, 109 (113); *Vetter*,

Dies anerkennend, stellen allerdings diejenigen, die sich für einen „Wertungstransfer“ aussprechen, die Weisungsunterworfenheit als tragendes Element der Haftungsprivilegierung ganz infrage.¹³⁴ Entscheidend sei vielmehr die dauerhafte Tätigkeit in fremdem Interesse, bei der es über kurz oder lang aufgrund menschlicher Unzulänglichkeit zu einer fahrlässigen Schadensverursachung kommen würde, deren Folgen durch das Betriebsrisiko um ein Vielfaches potenziert seien und deshalb vom Arbeitgeber getragen werden müssten.¹³⁵ Zweifelhaft ist jedoch, ob ein erhöhtes Haftungsrisiko, das nur dem Umstand geschuldet ist, über einen längeren Zeitraum fremdnützig tätig zu werden, bereits eine Haftungsprivilegierung begründen kann.¹³⁶ In der Literatur gilt die Weisungsunterworfenheit nicht umsonst als entscheidende Voraussetzung für eine Haftung nach den Grundsätzen betrieblich veranlasster Tätigkeit.¹³⁷

b) Zur Praktikabilität und Rechtssicherheit

Ergänzend wird geltend gemacht, der Aufsichtsrat stünde vor immensen Problemen, wenn er bei der Geltendmachung eines Ersatzanspruchs zuerst über das „Ob“ nach den Vorgaben der ARAG-Garmenbeck-Doktrin zu entscheiden hätte, um sodann unter Berücksichtigung einer Vielzahl von Faktoren festzustellen, inwieweit der Anspruch *ex lege* auf eine bestimmte Höhe begrenzt sei.¹³⁸ Würde das Organmitglied schließlich in bestimmter Höhe in Anspruch genommen, könnte dieses der Gesellschaft die Fürsorgepflicht einredeweise entgegenhalten, sodass ein Gericht letztlich in jedem Einzelfall über die konkrete Höhe zu entscheiden hätte.¹³⁹

c) Zur Tragfähigkeit der dogmatischen Begründung

Nicht zuletzt bewege sich eine Haftungsreduktion qua Fürsorgepflicht dogmatisch „auf dünnem Eis“, da zumindest der (Anfangs-)Verdacht bestehe, zwingendes Recht ohne jeden gesetzlichen Anhaltspunkt allein aus Billigkeitsgründen zu modifizieren.¹⁴⁰ Zwar sei das Rechtsinstitut der gesellschaftsrechtlichen Fürsorge- und Treuepflicht allgemein anerkannt und finde auch im

Aktienrechtliche Organhaftung und Satzungsautonomie – Überlegungen de lege ferenda, NZG 2014, 921 (922).

¹³⁴ Koch (Fn. 88), S. 342 ff.

¹³⁵ In diese Richtung gehend bereits RAGE 24, 199 (202 f.).

¹³⁶ Binder (Fn. 57), S. 316.

¹³⁷ Link, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 59 Rn. 41.

¹³⁸ Schöne/Petersen (Fn. 127), S. 705; Habersack (Fn. 5), S. 802 f.

¹³⁹ Habersack (Fn. 5), S. 803.

¹⁴⁰ Vetter (Fn. 133), S. 92; überraschend deutlich selbst Koch (Fn. 10), S. 435.

Verhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschaft vielfach Anwendung.¹⁴¹ Jedoch zeige bereits die Tatsache, dass auch die Arbeitnehmerhaftung längst nicht mehr auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gestützt werde, dass die Fürsorgepflicht inhaltlich zu unbestimmt sei und vielfach beliebige Ergebnisse produziere.¹⁴²

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis bestehen weder ausreichend Parallelen zwischen Arbeitnehmer und Organmitglied, die eine Haftungsprivilegierung nach arbeitsrechtlichem Vorbild rechtfertigen könnten, noch vermag ein „Wertungstransfer“ über die gesellschaftsrechtliche Fürsorgepflicht praktikable und methodisch überzeugende Ergebnisse zu liefern.

V. Fazit

Damit bleibt nur die Feststellung, dass das Problem einer persönlich in die Existenzbedrohung führenden Organhaftung nicht durch juristische Methodik auf der Grundlage des geltenden Rechts gelöst werden kann. Pflichtvergessene Organmitglieder bleiben damit der Gefahr einer „wirtschaftlichen Todesstrafe“¹⁴³ ausgesetzt. Allein für den Teilbereich der Straf- und Bußgeldsachverhalte ist ein Innenregress bereits *de lege lata* nicht vorgesehen.

C. Möglichkeiten der Haftungserleichterung *de lege ferenda*

Im Folgenden sollen nun Reformperspektiven aufgezeigt werden, wie das Organhaftungsrecht in Zukunft effizient gestaltet werden kann, ohne gleichzeitig ruinöse Haftungsrisiken zu gerieren. Die Vorschläge hierzu sind zahlreich: Aufgegriffen werden soll hier nur die Einführung einer allgemeinen schadensersatzrechtlichen Billigkeitsklausel, die Abmilderung des Verschuldensmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit, das Festschreiben von Haftungshöchstbeträgen sowie Öffnungsklauseln für satzungsmäßige Modulierungen (sog. „*charter option provisions*“). Zumindest eine Option bleibt aber auch weiterhin die Beibehaltung der bestehenden Gesetzeslage.

I. Anforderungen an ein reformiertes Organhaftungsrecht

Dazu ist das Augenmerk zunächst auf die Anforderungen zu richten, die an ein reformiertes Organhaftungsrecht zu stellen sind.

¹⁴¹ Binder (Fn. 57), S. 332 verweist etwa auf den Urlaubsanspruch der Vorstandsmitglieder, der – soweit der Anstellungsvertrag keine Regelung trifft – mit der Fürsorgepflicht begründet wird.

¹⁴² Fleischer, ZIP 2014, 1305 (1307 f.).

¹⁴³ Bayer (Fn. 84), S. 97.

1. Dogmatische Einpassung in das haftungsrechtliche Gesamtgefüge

Reformen zu fordern ist das eine. Eine Regelung zu entwerfen, die nicht für sich alleine steht, sondern sich nahtlos in das vorhandene Rechtssystem einfügt, ist das andere. Eine Novellierung des Organhaftungsrechts darf folglich keinesfalls losgelöst von der Dogmatik des allgemeinen Schadensersatzrechts angegangen werden.¹⁴⁴ Andernfalls entstehen Fremdkörper in der Rechtsordnung, die missliche Wertungswidersprüche hervorrufen.

a) Wertungswidersprüche bei gesetzlicher Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit

Wer beispielsweise für eine gesetzliche Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit plädiert,¹⁴⁵ sollte sich bewusst machen, dass eine solche Regelung bislang nur für ehrenamtliche, selbstlose oder unentgeltliche Tätigkeiten (§§ 31a, 86, 521, 599, 680, 690 BGB) sowie für die Haftung von Personengesellschaftern (§ 708 BGB) existiert.¹⁴⁶ Die Haftungserleichterung für Vorstandsmitglieder im Verein, um nur ein Exempel herauszugreifen, beruht auf dem Schutzgedanken, diejenigen, die sich in besonderem Maße für die Allgemeinheit engagieren, nicht mit unverhältnismäßigen Haftungsrisiken zu belasten.¹⁴⁷ Führt man sich vor Augen, dass die Privilegierung auch nur für die Vorstandsmitglieder gilt, deren Vergütung nicht mehr als 720 Euro im Jahr beträgt (§ 31a Abs.1 S.1 BGB), lässt sich eine ähnliche Regelung für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften kaum begründen.¹⁴⁸ Eine Ausnahme könnte indes für ehrenamtlich tätige Organmitglieder (in gemeinnützigen Gesellschaften) gemacht werden.¹⁴⁹

b) Gesetzliche Festlegung von Haftungshöchstbeträgen als Fremdkörper im hiesigen Schadensersatzrecht

Ähnliche Probleme bereitet der Vorschlag, leicht fahrlässig handelnde Vorstandsmitglieder zwar nicht von jeglicher Verantwortung freizustellen, aber ihre Haftung summenmäßig zu begrenzen. Denn das Gesetz kennt solche

¹⁴⁴ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 32), § 93 AktG Rn. 9b; *ders.*, BB 2014, 1.

¹⁴⁵ *Peltzer*, Zu den vom Aufsichtsrat zu beachtenden Abwägungskriterien im Rahmen seiner Entscheidung nach den ARAG-Garmenbeck-Kriterien – dargestellt am Beispiel des Kartellrechts, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 861 (865); *Spindler* (Fn. 17), S. 894 ff.

¹⁴⁶ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 32), § 93 AktG Rn. 9b.

¹⁴⁷ BT-Drucks. 16/10120, S. 6; *Unger*, Neue Haftungsbegrenzungen für ehrenamtlich tätige Vereins- und Stiftungsvorstände, NJW 2009, 3269 (3271).

¹⁴⁸ *Vetter* (Fn. 133), S. 922).

¹⁴⁹ Für eine dispositive Haftungsprivilegierung („opt-in-Lösung“) *Bachmann* (Fn. 8), E 30 f.

Haftungscaps bislang nur in Fällen der Gefährdungshaftung (u.a. § 88 AMG, § 10 ProdHaftG, §§ 12 f. StVG).¹⁵⁰ Im Bereich der Verschuldenshaftung ist das Prinzip der Totalreparation hingegen lückenlos verwirklicht.¹⁵¹ Der Gesetzgeber folgt insoweit bewusst dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“.¹⁵² Mithin ließe sich auch eine gesetzliche Normierung von Haftungshöchstbeträgen schwerlich spannungsfrei in das haftungsrechtliche Gesamtgefüge einfügen.¹⁵³

c) Vorzugswürdige Lösungen

(Zumindest) in diesem Punkt überzeugender wäre die Einführung einer allgemeinen schadensrechtlichen Billigkeitsklausel, aufgrund derer das Gericht Ersatzansprüche nach billigem Ermessen auf einen zumutbaren Betrag herabsetzen könnte.¹⁵⁴ Freilich müsste eine solche Bestimmung im allgemeinen Schuldrecht angesiedelt werden, um einen Wertungsgleichklang mit anderen Schuldverhältnissen herzustellen.¹⁵⁵

Keinesfalls systemfremd wäre es zudem, statutarische Haftungserleichterungen, wie sie im GmbH-Recht schon lange anerkannt sind,¹⁵⁶ auch im Aktienrecht zuzulassen.¹⁵⁷ Denn dazu müsste rechtstechnisch lediglich eine Befugnisnorm i.S.v. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG eingefügt werden, die dem Satzungsgeber gestattet, von der unbeschränkten Haftungsanordnung des § 93 Abs. 2 AktG abzuweichen.

2. Ökonomische Effizienz und Steuerungsfunktion des Rechts

Darüber hinaus lohnt es sich, auch rechtsökonomische Gesichtspunkte in die Überlegungen miteinfließen zu lassen.¹⁵⁸ Ausgangspunkt hierfür ist die grundlegende Erkenntnis, dass die Gestaltung des rechtlichen Umfelds das Verhalten der Akteure konkret in bestimmte – auf ein Effizienzziel ausgerichtete – Bahnen lenken kann.¹⁵⁹ Diese Steuerungsfunktion sollte für die Gesetzgebung fruchtbar gemacht werden, indem Regeln über Voraussetzungen und Umfang der Schadensersatzpflicht geschaffen werden, die geeignet sind, das Verhalten

¹⁵⁰ *Fleischer* (Fn. 39), S. 1312; *ders.* (Fn. 57), S. 915.

¹⁵¹ *Wagner* (Fn. 25), S. 252.

¹⁵² *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, Schuldrecht I/2, 13. Aufl. 2014, vor §§ 249 BGB Rn. 14.

¹⁵³ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 32), § 93 AktG Rn. 9b; *ders.* (Fn. 39), S. 1312.

¹⁵⁴ Dafür *Bachmann* (Fn. 8), E 58.

¹⁵⁵ *Fleischer* (Fn. 39), S. 1314 unter Verweis auf den Vorschlag von *Hobloch*, in: BMJ, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band 1, 1981, S. 459 ff., der sich für die Einführung eines § 255a BGB ausgesprochen hat.

¹⁵⁶ BGH, NJW 2002, 3777 ff.

¹⁵⁷ *Habersack* (Fn. 5), S. 803 f.

¹⁵⁸ Für eine Einbeziehung auch *Bachmann* (Fn. 8), E 21 ff.; *Koch* (Fn. 10), S. 433 ff.

¹⁵⁹ *Koch* (Fn. 10), S. 433.

der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder so zu steuern, dass es sowohl für die Gesellschaft als auch für die Volkswirtschaft den meisten Nutzen bringt.¹⁶⁰

Die Organhaftung dient gewiss bereits heute verhaltenssteuernden Zwecken: Nach der Vorstellung des Gesetzgebers trägt die Haftungsandrohung des § 93 Abs. 2 AktG (i.V.m. § 116 S. 1 AktG) dazu bei, Pflichtverletzungen präventiv entgegenzuwirken und damit Schadensfälle von vornherein zu vermeiden.¹⁶¹ Zweifelhaft ist jedoch, ob die zurzeit geltende unbeschränkte Einstandspflicht für jedwedes Verschulden optimale Verhaltensanreize setzt.

a) Ökonomische Ineffizienz einer unbeschränkten Haftung

aa) Unverhältnismäßige Haftungsvermeidungskosten

Denn sicher ist, dass Schadensvermeidung nicht umsonst zu haben ist.¹⁶² Sieht sich ein Vorstandsmitglied immensen Haftungsrisiken ausgesetzt, wird es sich im Zweifel bemühen, möglichst viele und vor allem sichtbare (wenngleich ineffiziente) Vorsorgemaßnahmen zu treffen, um einen Schadenseintritt zu verhindern oder sich zumindest später vor Gericht entlasten zu können.¹⁶³ Dieses Phänomen wird nochmals dadurch verstärkt, dass das Vorstandsmitglied die eigenen Haftungsrisiken minimieren kann, ohne dafür zu bezahlen, da die Kosten hierfür in aller Regel der Gesellschaft zur Last fallen.¹⁶⁴ Dies führt letztlich dazu, dass die Schadensrisiken schwinden, dafür aber die Haftungsvermeidungskosten exorbitant ansteigen.¹⁶⁵ Sinnvollerweise sollte die Haftung allerdings so austariert werden, dass der potenzielle Schädiger den Anreiz hat, Schäden zu vermeiden, deren Kosten höher sind als die Kosten der Vermeidungsmaßnahmen.¹⁶⁶ Dieses Kosten-Nutzen-Verhältnis ist bei einer unbeschränkten Haftung nicht mehr gegeben.

bb) Risikoaverses Vorstandshandeln

Ferner zeigt sich die Angst vor existenzbedrohender Haftung im allgemein in risikoscheuem Verhalten,¹⁶⁷ das dem Idealbild eines Vorstands, der mit unternehmerischem Mut im Interesse der Aktionäre tätig wird,¹⁶⁸ diametral

¹⁶⁰ *Wagner* (Fn. 25), S. 255.

¹⁶¹ BT-Drucks. 16/13433, S. 11: „Die Haftung mit dem Privatvermögen wirkt Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern präventiv entgegen.“

¹⁶² *Kötz*, Die ökonomische Analyse des Rechts, ZVersWiss 1993, 57 (60).

¹⁶³ *Bachmann* (Fn. 8), E 22; *Koch* (Fn. 10), S. 434.

¹⁶⁴ *Bachmann* (Fn. 8), E 22; *Koch* (Fn. 10), S. 434.

¹⁶⁵ *Koch* (Fn. 10), S. 434.

¹⁶⁶ *Kötz* (Fn. 162), S. 60.

¹⁶⁷ *Wagner* (Fn. 25), S. 259.

¹⁶⁸ *BGH*, NJW 1997, 1923 (1925).

entgegensteht.¹⁶⁹

cc) Asymmetrie von Chancen und Risiken auf der Ebene des Organmitglieds

Die soeben dargestellte ökonomische Ineffizienz ist notwendige Folge eines rechtlichen Modells, das Organmitglieder nicht an den Gewinnen des Unternehmens partizipieren lässt, ihnen aber die Gefahr zuweist, für Verluste in unbeschränkter Höhe persönlich geradestehen zu müssen.¹⁷⁰ Insofern laufen die Interessen von Organmitgliedern und Anteilseignern auseinander, sodass ein typischer „*principal-agent-conflict*“ besteht.¹⁷¹ Dieser Interessenkonflikt lässt sich allein durch eine Ausbalancierung von Chancen und Risiken ausräumen.¹⁷²

b) *Haftungsbeschränkung als geeignete Alternative?*

Dafür erweist sich eine summenmäßige Haftungsbeschränkung als ökonomisch sinnvolle Lösung. Da das Organmitglied immer noch mit einem substantiellen Teil seines Vermögens haftet, bleibt die Präventionswirkung bestehen.¹⁷³ Gleichzeitig entfallen aber übermäßige Abschreckung („*overdeterrence*“) und überzogene Absicherungsstrategien („*overcompliance*“).¹⁷⁴ Die Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs würde hingegen falsche Verhaltensanreize setzen und wäre im Übrigen auch mit der treuhänderischen Stellung des Vorstands nicht zu vereinbaren.¹⁷⁵

3. Rechtsvergleichende Erkenntnisse

Im Folgenden soll nun auf die Frage eingegangen werden, inwieweit die hier aufgegriffenen Reformvorschläge bereits Eingang in andere Rechtsordnungen gefunden haben. Darüber hinaus sind Trends und Erfolgsmodelle zu identifizieren, die Inspiration und Entwicklungskatalysator für eine Novellierung des Organhaftungsrechts in Deutschland sein könnten.¹⁷⁶

a) *Gesetzliche und satzungsmäßige Haftungsreduktion*

Während es für eine gesetzliche Haftungsbeschränkung – soweit ersichtlich –

¹⁶⁹ Koch (Fn. 10), S. 434.

¹⁷⁰ Wagner (Fn. 25), S. 257.

¹⁷¹ Koch (Fn. 10), S. 434.

¹⁷² Wagner (Fn. 25), S. 260.

¹⁷³ Spindler (Fn. 17), S. 895.

¹⁷⁴ Fleischer (Fn. 39), S. 1316.

¹⁷⁵ Hopt, Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, ZIP 2013, 1793 (1803).

¹⁷⁶ Zur Inspirationsfunktion der Rechtsvergleichung Brand, Grundfragen der Rechtsvergleichung – Ein Leitfaden für die Wahlfachprüfung, JuS 2003, 1082 (1084); Mansel, Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit, JZ 1991, 529 ff.

bislang nur ein einziges rechtsvergleichendes Beispiel gibt, sind statutarische Haftungserleichterungen – auch was Publikumsgesellschaften anbetrifft – bereits in vielen Ländern anerkannt.¹⁷⁷ Andere Rechtsordnungen unterbinden hingegen nach wie vor jegliche satzungsmäßige Abweichung von der unbeschränkten Einstandspflicht des Geschäftsleiters für jegliches Verschulden.¹⁷⁸ Untersucht man die Haftungsregime der 28 EU-Mitgliedsstaaten, so lässt sich „als gemeinsamer Nenner“ lediglich feststellen, dass Geschäftsleiter für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit immer haften, und dass die Haftungsreduktion, soweit sie zulässig ist, nicht gegenüber Dritten wirkt.¹⁷⁹ Die Ausnahme bildet wohl Estland, wo eine Freizeichnung auch für grobe Fahrlässigkeit akzeptiert wird.¹⁸⁰

In den USA erlauben alle 50 bundesstaatlichen Rechtsordnungen satzungsmäßige Modifizierungen des jeweils gesetzlich normierten Haftungsmodells.¹⁸¹

Delaware beispielsweise erlaubt dem Satzungsgeber, den Sorgfaltsmaßstab für Organmitglieder auf grobe Fahrlässigkeit herabzusetzen, wobei entsprechende Klauseln stets nur Verletzungen der Sorgfaltspflicht („*duty of care*“) erfassen. Verstöße gegen die Treuepflicht („*duty of loyalty*“) sind härter zu sanktionieren und daher einer Haftungserleichterung nicht zugänglich.¹⁸²

Genau andersherum verfahren Ohio und Wisconsin,¹⁸³ wo die Haftung der *directors* bereits von Gesetzes wegen weit zurückgedrängt ist, die Satzung jedoch eine strengere Verantwortlichkeit vorsehen kann.¹⁸⁴

In Virginia sieht der *Stock Corporation Act* eine absolute Haftungsgrenze in Höhe von 100.000 US-Dollar bzw. einer höheren Vergütung in den letzten zwölf Monaten vor dem die Schadensersatzpflicht auslösenden Ereignis vor, von dem die Gesellschaften nur nach unten abweichen können.¹⁸⁵

Nach empirischen Befunden haben von der Möglichkeit der Haftungsprivi-

¹⁷⁷ Vgl. etwa § 102(b)(7) Delaware General Corporation Law (DGCL).

¹⁷⁸ So beispielsweise die französische (Code de Commerce, Art. L-225-253) und die englische Rechtsordnung (Companies Act 2006, sec. 232).

¹⁷⁹ *Gerner-Beuerle/Paech/Schuster*, Study on Directors' Duties and Liability, 2013, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf (letzter Abruf: 11.6.2017).

¹⁸⁰ *Ebd.*, S. 174.

¹⁸¹ *Fleischer* (Fn. 39), S. 1312.

¹⁸² *Hellgardt*, Abdingbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, in: FS Hopt, 2010, S. 765 (767).

¹⁸³ Vgl. Wis. Stat. Ann. § 180.0828; Ohio Rev. Code Ann. § 1701.59 (D).

¹⁸⁴ *Brown/Gopalan*, 42 Ind. Law. Rev. 285, 310 (2009).

¹⁸⁵ Vgl. Va. Code Ann. 13.1 – 692.1; dazu *Binder* (Fn. 57), S. 476 f.; *Fleischer* (Fn. 39), S. 1312.

legierung in den USA nahezu alle großen Aktiengesellschaften Gebrauch gemacht,¹⁸⁶ wobei nicht ganz eindeutig ist, ob dies der Effizienz der Haftungsreduzierung oder dem Einfluss der Manager-Lobby geschuldet ist.¹⁸⁷

In Japan kann die Satzung die Haftung der Direktoren summenmäßig gemessen an ihrem Jahreseinkommen beschränken.¹⁸⁸ Die Haftungserleichterung ist allerdings an zahlreiche (lästige) Voraussetzungen geknüpft,¹⁸⁹ sodass die Praxis von der Regelung kaum Gebrauch macht.¹⁹⁰

b) *Allgemeine schadensrechtliche Billigkeitsklausel*

Auch der Vorschlag einer allgemeinen schadensrechtlichen Billigkeitsklausel findet einen recht breiten rechtsvergleichenden Rückhalt.¹⁹¹ Entsprechende Vorschriften existieren beispielsweise in den skandinavischen Ländern, in Großbritannien,¹⁹² in Australien,¹⁹³ in den Niederlanden¹⁹⁴ und in der Schweiz¹⁹⁵, wobei die Bestimmungen in Großbritannien und Australien explizit nur für Organmitglieder Anwendung finden.

Diese Grundtendenz scheint sich auch bezüglich neuerer europäischer Rechtsentwicklungen fortzusetzen. So finden sich allgemeine Reduktionsklauseln, die den Grundsatz der Totalreparation beschränken, sowohl im *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* als auch in den *Principles of European Tort Law (PETL)*.¹⁹⁶

c) *Zwischenergebnis*

Alles in allem ist die Vorstellung, dass der Schädiger Folgeschäden grundsätzlich unbeschränkt zu ersetzen hat, in Europa alles andere als *communis opinio*.¹⁹⁷ Deutschland steht mit dieser starren Haltung aus rechtsvergleichender Sicht nahezu allein da. Wo der Grundsatz der Totalreparation nicht bereits durch allgemeine Billigkeitsklauseln durchbrochen ist, wird dem Satzungsgeber häufig wenigstens ein gewisses Maß an Flexibilität in Bezug auf die Aus-

¹⁸⁶ *Bronn/Gopalan* (Fn. 184), S. 310.

¹⁸⁷ *Fleischer* (Fn. 39), S. 1312.

¹⁸⁸ Art. 423 ff. des Gesellschaftsgesetzes 2005.

¹⁸⁹ Z.B. die Verpflichtung, Sachverhalt und Schadensersatzsumme offenzulegen.

¹⁹⁰ *Fleischer* (Fn. 39), S. 1313.

¹⁹¹ *Gisawi*, Der Grundsatz der Totalreparation – Naturrechtliche Wertungen als Grundlage für einen deutschen Sonderweg, 2015, S. 10 f.

¹⁹² Sec. 1157 des Companies Act 2006.

¹⁹³ Sec. 1318 des Corporation Act 2001.

¹⁹⁴ Art. 6:109 des Burgerlijk Wetboek 1992.

¹⁹⁵ Art. 43, 44 II, 99 OR.

¹⁹⁶ *Fleischer* (Fn. 39), S. 1314; *Gisawi* (Fn. 191), S. 11.

¹⁹⁷ *Jansen*, Konturen eines europäischen Schadensrechts, JZ 2005, 160.

gestaltung der Organhaftung eingeräumt.

4. Rechtssicherheit

Ziel des Gesetzgebers sollte es ferner sein, dem Bedürfnis aller Akteure nach einem größtmöglichen Maß an Rechtssicherheit nachzukommen. Dies ist wohl das entscheidende Manko einer allgemeinen Billigkeitsklausel. Selbst wenn die Kriterien, nach denen die Haftungsreduktion zu erfolgen hat, feststehen, bleibt die endgültige Haftsumme für Organmitglieder, Aufsichtsrat, Aktionäre und Gläubiger letztlich bis zur letztinstanzlichen Gerichtsentscheidung ungewiss.

Ähnliche Probleme bereitet auch der Vorschlag, den Sorgfaltsmaßstab auf grobe Fahrlässigkeit zu begrenzen. Wo die Grenze zwischen einfacher und grober Fahrlässigkeit verläuft, liegt nämlich im Auge des Betrachters und eröffnet den Richtern somit weiten Entscheidungsspielraum.¹⁹⁸ Somit würde über die wirtschaftliche Existenz der Organmitglieder letztlich nach dem billigen Ermessen der Gerichte entschieden.

II. Vergleichende Würdigung

Mit Blick auf die soeben gewonnenen Erkenntnisse tritt ein eindeutiges Ergebnis hervor. Eine unbeschränkte Haftung für jedwedes Verschulden, wie sie das geltende Recht vorsieht, ist ökonomisch ineffizient und schadet der Gesellschaft mehr, als dass sie ihr nutzt. Gesetzliche Haftungsbeschränkungen passen nicht in das haftungsrechtliche Gesamtgefüge und scheiden folglich bereits von vornherein aus. Eine allgemeine schadensrechtliche Billigkeitsklausel begegnet ebenso wie die satzungsmäßige Absenkung des Verschuldensmaßstabs erheblichen Bedenken, was die Rechtssicherheit anbelangt. Damit bleiben nur noch statutarisch festzulegende summenmäßige Haftungshöchstbeträge. Diese dürfen sich richtigerweise nicht primär am Vermögen des Organmitglieds,¹⁹⁹ sondern an dessen Jahreseinkommen sowie an Größe und Risiko des Unternehmens orientieren.²⁰⁰

D. Ergebnis

Das Damoklesschwert der Haftung schwebt bedenklich über jedem Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied einer deutschen Aktiengesellschaft. *De lege lata* droht ihnen auch bei leichtester Fahrlässigkeit der Verlust des gesamten pfändbaren

¹⁹⁸ Zudem besteht die Gefahr sog. Rückschaufehler, vgl. dazu *Fleischer* (Fn. 39), S. 1314.

¹⁹⁹ Dafür allerdings *Casper*, Hat die grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats im Sinne des ARAG/Garmenbeck-Urteils ausgedient?, ZHR 176 (2012), 617 (640 f.).

²⁰⁰ *Bachmann* (Fn. 8), E 66.

Vermögens. Einzig Bußgelder, die gegen das Unternehmen verhängt werden, können nach richtiger Auffassung nicht im Innenregress an Organmitglieder weitergereicht werden. Abzuwarten ist, ob sich daran in naher Zukunft etwas ändert. Der 70. Deutsche Juristentag hat sich jedenfalls im Jahr 2014 mit großer Mehrheit für eine Neujustierung des Organhaftungsrechts ausgesprochen. *De lege ferenda* sollten demnach statutarische Haftungserleichterungen auch in der Aktiengesellschaft anerkannt werden. Dieses Ergebnis bestätigt der vorliegende Beitrag. Jedoch ist nach den gewonnenen Erkenntnissen die summenmäßige Regressbeschränkung einer Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs vorzuziehen.