

Vorstandshaftung und Expertenrat

—

Verantwortung und Delegation in der Aktiengesellschaft

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors des Rechts
bei der Bucerius Law School in Hamburg

vorgelegt von
Leopold Bauer

2022

Tag der Promotion: 7. März 2022

Erstreferent: Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Holger Fleischer

Zweitreferent: Prof. Dr. Klaus Ulrich Schmolke

VORWORT

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Zeit am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, am Institute of European and Comparative Law der University of Oxford und an der Faculté der Rechtsgelehrtheit der Radboud Universiteit in Nijmegen. Die Arbeit wurde am 9. August 2017 abgeschlossen und bis zu der Annahme als Dissertation durch die Bucerius Law School im Januar 2022 aktualisiert.

Ohne den Witz, den Ehrgeiz und die Diskussionsfreude meiner dortigen Kolleginnen und Kollegen hätte ich diese Arbeit nicht schreiben können.

Dafür gebührt ihnen allen mein Dank.

Düsseldorf im März 2022

Leopold Bauer

INHALTSÜBERSICHT

Einleitung	1
Kapitel 1 Pflichtverletzung	7
I. Einleitung	7
II. Außerhalb des Anwendungsbereiches von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	9
III. Innerhalb des Anwendungsbereiches von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	28
IV. Pflichtverletzung und Delegation	48
V. Zusammenfassung	88
Kapitel 2 Verschulden	92
I. Einleitung	92
II. Haftung für eigenes Verschulden	94
III. Haftung für fremdes Verschulden	107
IV. Verschulden und Expertenrat	117
V. Zusammenfassung	144
Kapitel 3 Mitverschulden	148
I. Einleitung	148
II. Mitverschulden unbeachtlich	148
III. Mitverschulden beachtlich?	150
IV. Zusammenfassung	162
Kapitel 4 Kritik	163
I. Einleitung	163
II. Pflichtverletzung	164
III. Verschulden	198
IV. Zusammenfassung	218
Schluss	222
Literaturverzeichnis	227
Rechtsprechungsverzeichnis	257

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	1
I. Thema	1
II. Aufbau	4
III. Methode	5
Kapitel 1 Pflichtverletzung	7
I. Einleitung	7
II. Außerhalb des Anwendungsbereiches von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	9
1. Treuepflicht	9
2. Legalitätspflicht	13
a) Meinungsstand in der Rechtsprechung	13
b) Meinungsstand im Schrifttum	17
c) Stellungnahme	19
aa) Geltungsgrund und Reichweite	19
bb) Rechtsunsicherheit und Rechtsirrtum	24
cc) Legalitätskontrollpflicht und Compliance	27
III. Innerhalb des Anwendungsbereiches von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	28
1. Unternehmerische Entscheidung	29
2. Vernünftigerweise annehmen dürfen	31
3. Handeln auf Grundlage angemessener Information	33
a) Intention des Gesetzgebers	33
b) Meinungsstand in der Rechtsprechung	33
c) Meinungsstand im Schrifttum	35
d) Stellungnahme	36
aa) Angemessene Information als unternehmerische Entscheidung	36
bb) Angemessene Information als methodologische Herausforderung	39
4. Handeln zum Wohle der Gesellschaft	42
a) Intention des Gesetzgebers	42
b) Meinungsstand in der Rechtsprechung	43
c) Meinungsstand im Schrifttum	44
d) Stellungnahme	46
aa) Gesellschaftswohl und Unternehmensgegenstand	46
bb) Gesellschaftswohl und Interessenkonflikte	47
cc) Gesellschaftswohl und Risikoabwägung	47

IV.	Pflichtverletzung und Delegation	48
1.	Meinungsstand in der Rechtsprechung	49
a)	Bundesgerichtshof	51
aa)	Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 („Weltruf“)	51
bb)	Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95	53
cc)	Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 2013/80 („Holiday Inn“)	56
dd)	Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14	58
ee)	Urteil vom 18.10.1976 – II ZR 9/75 und Urteil vom 8.5.1978- II ZR 209/76 („Erdölraffinerie III“)	59
b)	Bundesfinanzhof	60
c)	Instanzgerichte	61
2.	Meinungsstand im Schrifttum	64
a)	Horizontale und vertikale Arbeitsteilung	64
b)	Zulässige und unzulässige Arbeitsteilung	66
c)	Compliance	67
d)	Interim Management	69
3.	Stellungnahme	70
a)	Compliance und Verschulden	70
b)	Geschäftsführung und Leitung	75
c)	Managementverträge	80
aa)	Bestellung zum Vorstand	80
bb)	Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge	81
cc)	Betriebsführungsverträge	82
d)	Generalvollmachten	86
V.	Zusammenfassung	88
Kapitel 2	Verschulden	92
I.	Einleitung	92
II.	Haftung für eigenes Verschulden	94
1.	Objektiver Haftungsmaßstab	94
2.	Analoge Anwendbarkeit von § 31a BGB	99
a)	Meinungsstand im Schrifttum	100
b)	Stellungnahme	101
aa)	Methodologische Herausforderung	101
bb)	Planwidrige Regelungslücke	102
cc)	Vergleichbare Interessenlage	104
III.	Haftung für fremdes Verschulden	107
1.	Meinungsstand in der Rechtsprechung	108
2.	Meinungsstand im Schrifttum	110
3.	Stellungnahme	111
a)	Eigene Verbindlichkeiten des Erfüllungsgehilfen	111
b)	Eigene Verbindlichkeiten des Vorstands	113

IV.	Verschulden und Expertenrat	117
1.	Meinungsstand in der Rechtsprechung	118
a)	Bundesgerichtshof	120
aa)	Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 („ISION“)	120
bb)	Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 („Software-Start-up“) und Beschluss vom 16.7.2007 – II ZR 226/06	121
cc)	Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 („Unternehmensberaterin“)	122
dd)	Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14	123
ee)	Beschluss vom 24.9.2019 – II ZR 248/17	125
b)	Instanzgerichte	125
2.	Meinungsstand im Schrifttum	130
3.	Stellungnahme	136
a)	Sachkunde und Unabhängigkeit	136
b)	Informationsverantwortung und Plausibilitätskontrolle	139
c)	Rechtsirrtum und Legalitätspflicht	142
V.	Zusammenfassung	144
Kapitel 3 Mitverschulden		148
I.	Einleitung	148
II.	Mitverschulden unbeachtlich	148
III.	Mitverschulden beachtlich?	150
1.	Genossenschaftsrechtliche Ansichten	150
2.	GmbH-rechtliche Einsichten	152
a)	Rechtswidrige Weisungen	152
b)	Bestellung „ungeeigneter“ Organmitglieder	159
IV.	Zusammenfassung	162
Kapitel 4 Kritik		163
I.	Einleitung	163
II.	Pflichtverletzung	164
1.	Eine deliktsrechtliche Dekonstruktion?	164
2.	Eine vertragsrechtliche Rekonstruktion	169
3.	Ein Begriff von Verantwortung	177
4.	Verbleibende Fragen	185
a)	Darlegungs- und Beweislast	185
b)	Treuepflicht und unternehmerische Entscheidung	188
c)	Legalitätspflicht und unternehmerische Entscheidung	192
III.	Verschulden	198
1.	Der Rechtsirrtum im Zivilrecht	198
2.	Der Rechtsirrtum des Vorstands	204
3.	Verbleibende Fragen	208

a)	Sorgfaltsmaßstab bei unberechtigter Anspruchsverfolgung	208
b)	Sorgfaltsmaßstab bei fremdnützigem Handeln	213
IV.	Zusammenfassung	218
	Schluss	222
	Literaturverzeichnis	227
	Rechtsprechungsverzeichnis	257

EINLEITUNG

I. Thema

Das Thema meiner Arbeit lautet: *Vorstandshaftung und Expertenrat*. Mit der Haftung des Vorstands ist die Binnenhaftung angesprochen, also die Haftung gegenüber der Aktiengesellschaft gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG. Im Verlauf der Arbeit möchte ich untersuchen, wie sich fachmännische Beratung auf diese Schadensersatzpflicht auswirkt. Die Außenhaftung der Vorstandsmitglieder, also die Haftung gegenüber Dritten aufgrund der Verletzung (vor-)vertraglicher oder deliktischer Pflichten, gehört dagegen nicht zum Thema. Dasselbe gilt für die Haftung der Berater. Ihre Verantwortlichkeit gegenüber der AG ist im Rahmen von § 93 AktG als sog. faktisches Organ denkbar oder aber nach § 117 Abs. 1 Satz 1 AktG. Daneben können die Experten sowohl der Gesellschaft als auch Dritten auf vertraglicher und deliktischer Grundlage haften.

Die Haftung gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG spielt im Vorstandsrecht eine wichtige Rolle. Wie jede zivilrechtliche Haftung dient sie nicht nur der Schadenskompensation, sondern auch einer präventiven Verhaltenssteuerung. Neben der Abberufung bildet die Haftung die zweite verbandsrechtliche Sanktion, die das Aktiengesetz vorsieht. Im Gegensatz zu der Abberufung setzt die Haftung aber zwingend eine Pflichtverletzung voraus. Der Haftungstatbestand hat somit Bedeutung für die Bestimmung der Vorstandspflichten.

Entsprechend viel Aufmerksamkeit hat § 93 AktG im neueren Schrifttum erfahren. Wichtige Impulse gingen dabei von der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs und dem Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) aus. Durch die berühmte Entscheidung des II. Zivilsenats aus dem Jahr 1997 wurde der Haftungsfreiraum bei unternehmerischen Ermessensentscheidungen, die sog. Business Judgment Rule, zunächst höchstrichterlich anerkannt, in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG wurde sie sodann im Jahr 2005 gesetzlich verankert. Wissenschaftlich vorbereitet und begleitet haben diese Entwicklung in Rechtsprechung und Gesetzgebung insbesondere Herbert Wiedemann, Klaus J. Hopt, Peter Ulmer und Holger Fleischer. Ferner in Doktorarbeiten Stefan Mutter, Markus Roth und Martin Oltmanns sowie in Habilitationsschriften Thomas Abeltshauser, Walter G. Paefgen und Andrea Lohse.¹ Den zunächst im Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht gewonnenen Erfahrungs-

¹ Siehe Wiedemann, Organverantwortung, S. 11 ff.; Hopt, ZGR 1993, 534 ff.; ders., Festschrift Mestmäcker, S. 909 ff.; Mutter, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft (1994); Abeltshauser, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht (1998); Ulmer, ZHR 163 (1999), 290 ff.; ders., DB 2004, 859 ff.; M. Roth, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands (2001); Oltmanns, Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen (2001); Fleischer, Festschrift Wiedemann, S. 827 ff.; ders., ZIP 2004, 685 ff.; Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG (2002); Lohse, Unternehmerisches Ermessen (2005); siehe außerdem die Habilitationsschrift von Arnold, Die Steuerung des Vorstandshandelns (2007); und die Dissertation von Möslein, Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im markt offenen Verband (2007). Die Arbeit von Abeltshauser werde ich im Folgenden nicht zitieren, da das wissenschaftliche Fehlverhalten dieses Autors im Jahr 2008 zu einer strafrechtlichen Verur-

schatz haben weitere Autoren sodann um Einsichten aus dem englischen Recht, dem französischen und dem italienischen, ferner dem dänischen, norwegischen und schwedischen, dem argentinischen, brasilianischen und spanischen sowie dem schweizerischen und dem polnischen Recht bereichert.² In den letzten zehn Jahren sind zudem zahlreiche Dissertationen erschienen, in denen die Entstehung und die Bedeutung der sog. Business Judgment Rule noch einmal sehr ausführlich nachgezeichnet wurden.³ Einige dieser Arbeiten weisen Überschneidungen mit dem von mir gewählten Thema auf, namentlich in den Bereichen der Legalitätspflicht und der Delegation von Vorstandsaufgaben.⁴ Seit dem Jahr 2004 gibt es darüber hinaus fünf neue Handbücher, die es sich zur Aufgabe gemacht haben, das Vorstandsrecht systematisch umfassend aufzubereiten,

teilung durch das LG Hildesheim wegen Bestechlichkeit geführt hat. Siehe <http://www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/handel-mit-dokortiteln-drei-jahre-haft-fuer-bestechlichen-jura-professor-a-544848.html> (zuletzt abgerufen am 9.8.2017).

- ² Siehe zu den Vereinigten Staaten neben den in Fußnote 1 genannten Autoren *Wendler*, Die Justiziabilität ökonomischer Entscheidungen im US-amerikanischen und deutschen Recht (2007); zu England *Bedkowski*, Die Geschäftsleiterpflichten (2006); *W. Doralt*, Managerpflichten in der englischen Limited (2011); zu Frankreich *Katsas*, Die Inhaltskontrolle unternehmerischer Entscheidungen von Verbandsorganen im Spannungsfeld zwischen Ermessensfreiheit und Gesetzesbindung (2006); zu Italien *Schnieders*, Haftungsfreiräume für unternehmerische Entscheidungen in Deutschland und Italien (2009); zu Dänemark, Norwegen und Schweden *Neher*, Innergesellschaftliche Haftung für die Verletzung von Sorgfaltspflichten und Durchgriffshaftung bei Kapitalgesellschaften (2011); zu Argentinien, Brasilien und Spanien *Lotz*, Die Haftung des Vorstands der Aktiengesellschaft (2013); zur Bedeutung von Expertenrat in der Schweiz *Sethe*, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, S. 165, 185 ff.; zu Polen *Jastrzębski*, ECFR 2017, 73, 87 ff.; zum niederländischen Recht außerdem *Mussche*, Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling (2011).
- ³ Siehe *Winnen*, Die Innenhaftung des Vorstandes nach dem UMAG (2009); *Schlimm*, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft (2009); *Geiser*, Leitungspflichten des Vorstands in der AG (2010); *Bunz*, Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen durch das Geschäftsleiterermessen (2011); *Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft (2014); *Kauer*, Die Informationsbeschaffungspflicht des Vorstands einer AG (2015); *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen (2015); *S. Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung (2016); *Eisele*, § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG – Ein sicherer Hafen? (2016); ferner *Göppert*, Die Reichweite der Business Judgment Rule bei unternehmerischen Entscheidungen des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft (2010); *Haßler*, Ermittlungspflicht des Aufsichtsrats bei Anhaltspunkten für Sorgfaltspflichtverletzungen durch den Vorstand unter Berücksichtigung der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung (2014); sowie die in Fußnote 4 genannten Autoren.
- ⁴ Siehe *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler (2012); *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands (2012); *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage (2013); *Piepenbrock*, „Defense of Reliance“ im deutschen Aktienrecht (2013); *Holle*, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht (2014); *Breitenfeld*, Die organschaftliche Binnenhaftung der Vorstandsmitglieder für gesetzwidriges Verhalten (2016); *Köhler*, Legal Judgment Rule (2018); *Linnertz*, Die Delegation durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft (2020); sowie *Wettich*, Vorstandorganisation in der Aktiengesellschaft (2008); *Thamm*, Die rechtliche Verfassung des Vorstands der AG (2008); *Faust*, Die vorstandsinterne Delegation von Aufgaben des Risikomanagements einer Versicherungsaktiengesellschaft nach § 64a VAG (2013); *Berger*, Vorstandshaftung und Beratung (2015); *Berenbrok*, Risikomanagement im Aktienrecht (2016); *Hieronymi*, Die Haftung des aktienrechtlichen Vorstands bei Einholung externer Beratung (2017). Hinzuweisen ist ferner auf *Ahrendt*, Entscheidungen unter Unsicherheit (2018); *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (de lege lata) (2018); *Schraud*, Compliance in der Aktiengesellschaft (2019); *Gomer*, Die Delegation von Compliance-Zuständigkeit des Vorstands einer Aktiengesellschaft (2020); *Groh*, Einstandspflicht und gestörte Gesamtschuld in der Vorstandshaftung (2020); *Hoss*, Gesamtschuldnerische Vorstandshaftung (2021).

sowie sieben neue Kommentare zum Aktiengesetz.⁵ Unzählige sind die einschlägigen Aufsatzveröffentlichungen.⁶

Warum sollte man dem zu § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG erreichten Diskussionsstand also noch etwas hinzufügen? Wenn man ein Diktum von Dieter Medicus beherzigt, wonach die Haftung den Schatten der Schuld darstellt,⁷ kann man sagen, dass die deutsche Aktienrechtswissenschaft viel Energie darauf verwandt hat, den Schattenriss der organschaftlichen Leitungspflicht nachzuzeichnen. Ihn auszumalen, hat sie hingegen unterlassen. Etliche Autoren haben sich bemüht, mit deutlichen Strichen den Bereich zu markieren, in dem der Vorstand Sekundäransprüche gewärtigen muss. Der Primäranspruch der Aktiengesellschaft auf Erfüllung der organschaftlichen Leitungspflicht ist hingegen seltsam unbestimmt geblieben. Zwar wurde im Schrifttum lange und ausführlich eine Debatte über die aktienrechtlichen Zielvorgaben geführt, die mit dem Begriff des Unternehmensinteresses und dem (vermeintlichen) Schisma zwischen Shareholder- und Stakeholder-Value verbunden ist. Handfesten dogmatischen Ertrag hat diese Diskussion jedoch nicht erbracht.⁸

Die Beschäftigung mit der Leitungspflicht nach § 76 Abs. 1 AktG lohnt sich daher noch stets. Viele Einzelfragen der Vorstandshaftung – wie etwa die Reichweite der Legalitätspflicht oder die Möglichkeit der Verschuldenszurechnung – erweisen sich als Folgeprobleme einer unzureichenden Erfassung der Leitungsaufgabe. Das Thema der Arbeit bietet hier eine Chance auf Erkenntnisgewinn, da es ins Zentrum der Aktiengesellschaft als Unternehmen zielt. Der Vorstand hat die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten, auch wenn dies nicht bedeutet, dass seine Mitglieder alles selbst machen müssen. Das können sie gar nicht. Der Vorstand darf, wenn er es unter unternehmerischen Gesichtspunkten für geboten hält, grundsätzlich arbeitsteilig handeln und Aufgaben delegieren. Auf der anderen Seite geht mit der herausgehobenen Stellung des Vorstands eine hohe Erwartungshaltung einher. Diese Erwartungshaltung droht enttäuscht zu werden, wenn man dem Vorstand nicht nur gestattet, sich bei der Erfüllung seiner Aufgaben der Hilfe Dritter zu bedienen, sondern ihn dadurch auch von der Verantwortung entbindet. Unter welchen Voraussetzungen fachmännische Beratung das Verschulden der Vorstandsmitglieder

⁵ Siehe *Lücke* (Hrsg.), Beck'sches Mandatshandbuch Vorstand der AG (1. Aufl. 2004; 2. Aufl. 2010); *Fleischer* (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts (2006); *Krieger/U. H. Schneider*, Handbuch Managerhaftung (1. Aufl. 2007; 2. Aufl. 2010; 3. Aufl. 2017); *Spindler/Stilz* (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz (1. Aufl. 2007, 2. Aufl. 2010, 3. Aufl. 2015, 4. Aufl. 2019), seit 2020 fortgeführt als beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Aktienrecht; *K. Schmidt/Lutter* (Hrsg.), Aktiengesetz (1. Aufl. 2008, 2. Aufl. 2010, 3. Aufl. 2015, 4. Aufl. 2020); *Bürgers/Körber* (Hrsg.), Aktiengesetz (1. Aufl. 2008, 2. Aufl. 2011, 3. Aufl. 2014, 4. Aufl. 2017, 5. Aufl. 2021) hrsg. von *Bürgers/Körber/Lieder*; *Hölters* (Hrsg.), Aktiengesetz (1. Aufl. 2011, 2. Aufl. 2014, 3. Aufl. 2017, 4. Aufl. 2022) hrsg. von *Hölters/Weber*; *Henssler/Strohn* (Hrsg.), Gesellschaftsrecht (1. Aufl. 2011, 2. Aufl. 2014, 3. Aufl. 2016, 4. Aufl. 2019, 5. Aufl. 2021); *Wachter* (Hrsg.), AktG: Kommentar zum Aktiengesetz (1. Aufl. 2012, 2. Aufl. 2014, 3. Aufl. 2018); *Grigoleit* (Hrsg.), Aktiengesetz (1. Aufl. 2013, 2. Aufl. 2020); *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands (1. Aufl. 2014, 2. Aufl. 2020); *Seyfarth*, Vorstandsrecht (1. Aufl. 2016, 2. Aufl. 2022).

⁶ Umfangreiche Nachweise etwa bei *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, §§ 76, 93 (Literaturverzeichnis).

⁷ Siehe *Medicus* (1. Aufl. 1981), S. 8.

⁸ Siehe dazu den Überblick bei *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 21 ff., 51 f.; sowie *Koch*, in: 50 Jahre Aktiengesetz, S. 65, 75.

entfallen lässt, hat der Bundesgerichtshof in den fünfzehn Jahren nach dem Erlass des UMAG in einer Reihe von Urteilen dargestellt. Diese Rechtsprechung trägt gleichzeitig zu einem besseren Verständnis der organschaftlichen Legalitätspflicht bei und lässt die Vorstandspflichten auch im Übrigen in einem klareren Licht erscheinen. Sie wird daher im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen stehen. So bietet das Thema *Vorstandshaftung und Expertenrat* eine Gelegenheit, auf dem schmalen Grat zwischen *Verantwortung und Delegation in der Aktiengesellschaft* Einsichten in die Grundstruktur der Vorstandsstellung zu vermitteln.

II. Aufbau

Im Aufbau orientiert sich die Arbeit an der für die Binnenhaftung des Vorstands maßgeblichen Anspruchsnorm, § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG. Diese Vorschrift setzt im Tatbestand die Pflichtverletzung und das Verschulden eines Vorstandsmitglieds voraus sowie einen Schaden bei der Gesellschaft und Kausalität. Für das Thema der Arbeit relevant sind allein die Pflichtverletzung und das Verschulden sowie ein mögliches Mitverschulden der Aktiengesellschaft, da diese mit den meisten Ratgebern selbst in einer vertraglichen oder organschaftlichen Beziehung steht und man daher erwägen könnte, ihr deren etwaiges Fehlverhalten zuzurechnen. Eine Beratung durch Experten kann zwar auch bei der Schadensfeststellung eine Rolle spielen. Insofern handelt sich aber weder um eine Besonderheit der Vorstandshaftung noch vermittelt der haftungsausfüllende Tatbestand grundlegende Einsichten in die Leitungspflicht nach § 76 Abs. 1 AktG.

Im ersten Kapitel wird das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung untersucht, wobei als Wegmarke die Vorschrift des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG dient. Nach dieser Vorschrift liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Abweichend von der Begründung des Regierungsentwurfs zum UMAG und abweichend von den meisten Darstellungen meine ich, dass diese sog. Business Judgment Rule nur drei Bestandteile umfasst, und zwar *erstens* eine unternehmerische Entscheidung, *zweitens* ein Handeln auf der Grundlage angemessener Information, welches *drittens* zum Wohle der Gesellschaft erfolgen muss. Das in der Literatur oftmals gesondert behandelte Erfordernis der Gutgläubigkeit hat daneben keinen eigenständigen Anwendungsbereich. Gleiches gilt für das ebenso oft erörterte Erfordernis des Handelns-ohne-Sonderinteressen-und-sachfremde-Einflüsse, und auch das Tatbestandsmerkmal des Vernünftigerweise-annehmen-Dürfens kann, wie sich im Verlauf der Arbeit zeigen wird, nicht losgelöst von den Erfordernissen der angemessenen Information und des Gesellschaftswohls betrachtet werden. Der Aufbau des ersten Kapitels nimmt dieses Ergebnis ein Stück weit vorweg. Größeren Raum widmet das erste Kapitel ferner dem Verhältnis von Pflichtverletzung und Delegation. Wie sich anhand der dort behandelten Rechtsprechung herausstellen wird, sind mit der Delegation regelmäßig Verschuldensprobleme angesprochen. Auch insoweit erfolgt also ein unvermeidlicher Vorgriff, namentlich auf das zweite Kapitel, in dem es um das Verschulden der Vorstandsmitglieder gehen wird. Und zwar nicht nur um ihr eigenes, sondern auch um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen man ihnen fremdes Verschulden zurechnen kann. Vertiefte Betrachtung erfährt im zweiten Kapitel zudem das Verhältnis von Verschulden und Expertenrat nach der sog. „ISION“-Rechtsprechung.

Das dritte Kapitel wird sich mit der Frage befassen, ob Mitverschulden bei der Vorstandshaftung beachtlich ist. Im vierten Kapitel möchte ich die bis dahin zusammengetragenen Ergebnisse einer kritischen Würdigung unterziehen. Für die Lei(s)tungspflicht des Vorstands wird dies den Vorschlag einer neuen Lesart mit sich bringen. Beim Verschulden hingegen wird vor allem eine Konsolidierung der von Rechtsprechung gefundenen Ergebnisse erzielt.

III. Methode

Die Methode der Arbeit wird eine systematische und dogmatische sein. Dogmatische Abhandlungen sehen sich zwar schnell dem Vorwurf ausgesetzt, dass sie allzu oft „den historischen Rückblick, den philosophischen Tiefblick, den sozialwissenschaftlichen Rundblick oder gar den politischen Ausblick“ scheuten, so dass Dogmatik nichts anderes sei als eine Chiffre für einen professionellen Umgang mit dem positiven Recht.⁹ Wer sich mit der Vorstandshaftung beschäftigt, braucht diesen Vorwurf allerdings nicht zu fürchten.

Verhaltenssteuerung durch Haftung ist stets eine politische Frage. Bei der Haftung für organische Legalitätspflichtverstöße gilt dies in besonderem Maße.¹⁰ Illegale Steuerpraktiken, verbotene Waffenexporte und die Missachtung gesetzlicher Auflagen zum Schutze von Umwelt und Gesundheit machen dies augenfällig. Wer bereit ist, dem Vorstand bei Rechtsverstößen pflichtgemäßes Handeln zu attestieren, solange dieser nur nachweisen kann, sich um die Regelfolgung – etwa durch eine Hinzuziehung von Beratern – *bemüht* zu haben, untergräbt den Gestaltungsanspruch des Gesetzgebers. Einzelkaufleute könnten sich in der Ein-Mann-GmbH oder der Alter-Ego-AG aus ihrer Gesetzesbindung verabschieden. Große (börsennotierte) Unternehmen würden zu autonomen Vermögenmassen mit weitreichendem gesellschaftlichem Einfluss. Eine Lösung auf Verschuldensebene, wie sie der Bundesgerichtshof anstrebt, wahrt dagegen die Geltung des Rechts und gewährleistet zugleich die Gerechtigkeit im Einzelfall. Die Verhaltenssteuerung durch Haftung ist darüber hinaus sozialwissenschaftlich schon recht gut erforscht. Gerade das Kapitalgesellschaftsrecht hat sich in den letzten Jahren stark die Erkenntnisse der behavioral law and economics zu eigen gemacht, so dass die zwischen Anteilseignern (principals) und Vorstandsmitgliedern (agents) bestehenden Anreizstrukturen als bekannt vorausgesetzt werden können.¹¹ Und auch rechtshistorische Untersuchungen haben das Aktienrecht in jüngerer Zeit um Einsichten bereichert, nicht zuletzt im Hinblick auf das Vorstandsamt.¹²

⁹ O. Lepsius, S. 5, 18; sehr lesenswert Flohr, S. 27 ff.

¹⁰ Vgl. Koch, NZG 2014, 934, 936 mit Hinweis auf die oft rechtsdogmatisch-methodisch verbrämte, tatsächlich aber rechtspolitisch motivierte Kritik an der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244 ff.).

¹¹ Statt vieler Fleischer, Festschrift Wiedemann, S. 827, 829 ff.; G. Wagner, ZHR 178 (2014), 227, 239 ff., 251 ff.; monographisch etwa Korch, Haftung und Verhalten (2015).

¹² Siehe etwa Bahrenfuss, Die Entstehung des Aktiengesetzes von 1965 (2001); Lieder, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit (2006); Fleckner, Antike Kapitalvereinigungen (2010); Thiessen, in: Görtemaker/Safferling, S. 204, 235 ff.

Dogmatik hat nach Ralf Dreier drei Dimensionen: Eine empirische, auf die Sammlung und Sichtung des positiven Rechtsstoffs gerichtete Dimension, eine analytische, deren Gegenstand die begrifflich-systematische Durchdringung des positiven Rechts ist, und eine normative, rechtsethische, die den Bezug zur praktischen Vernunft herstellt.¹³ Ich versuche, allen diesen Dimensionen gerecht zu werden. Die zu dem Thema vorhandene höchstrichterliche Rechtsprechung soll zu diesem Zweck vollständig ausgewertet und das umfangreiche Schrifttum möglichst repräsentativ erfasst werden. Schon in den ersten drei Kapiteln ergänzen kritische Stellungnahmen die darstellenden Abschnitte. Im abschließenden vierten Kapitel soll nicht nur eine bislang vernachlässigte vertragsrechtliche Perspektive¹⁴ auf die Leitungspflicht des Vorstands nahegebracht, sondern diese auch um rechtstheoretische Aspekte bereichert werden. Dazu werde ich einen philosophischen Text von Julian Nida-Rümelin an das Aktienrecht herantragen.

Sofern es auf diese Weise gelingt, verkannte Ordnungsstrukturen offenzulegen und dabei die Rechtsanwendung zu erleichtern,¹⁵ wäre für eine dogmatische Untersuchung schon viel erreicht. Dass eine solche Klärung weiterhin notwendig ist, kann man an den zahlreichen Berührungspunkten des Vorstandsrechts zu anderen Rechtsgebieten, wie etwa dem Kartellrecht, dem Steuerrecht, dem Insolvenzrecht oder gar dem Strafrecht, ablesen. Eine jüngere Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Haftung von Insolvenzverwaltern hat deutlich gezeigt, dass es der deutschen Aktienrechtswissenschaft bislang nicht gelungen ist, ein anschlussfähiges dogmatisches Verständnis der sog. Business Judgment Rule zu entwickeln. Der IX. Zivilsenat hat die analoge Anwendung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG auf Insolvenzverwalter ausdrücklich verneint, obwohl er in der Sache einen weiten Ermessensspielraum für Verwalter anerkennt.¹⁶ Offenkundig hält der für das Insolvenzrecht zuständige Senat die in der Nachbardisziplin des Gesellschaftsrechts geführten Diskurse für so unergiebig, dass er auf ihre bisherigen Erkenntnisse lieber nicht zurückgreifen möchte.

¹³ Siehe R. Dreier, S. 217.

¹⁴ Baums geht in seiner Habilitationsschrift zum Geschäftsleitungsvertrag aus dem Jahr 1987 (S. 211 ff.) zwar davon aus, dass es sich bei der Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG um eine solche aus Vertragsverletzung handelt, den hier vorgenommenen Abgleich mit dem Erfüllungsrecht unterlässt er jedoch.

¹⁵ Vgl. Fleischer, Festschrift K. Schmidt, S. 375, 385.

¹⁶ BGH, Urteil vom 12.3.2020 – IX ZR 125/17 = BGHZ 225, 90, 99 ff. Tz. 29 ff.; dazu L. Bauer, ZIP 2020, 2272, 2275 ff.

KAPITEL 1

PFLICHTVERLETZUNG

I. Einleitung

Die Haftung nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG setzt voraus, dass der Vorstand seine organschaftlichen Pflichten verletzt. Zur Bestimmung der Pflichtverletzung nimmt man heute im ersten Zugriff eine Zweiteilung vor, die auch international anschlussfähig erscheint: Der Vorstand muss danach eine Sorgfalts- und eine Treuepflicht beachten.¹⁷

Die Sorgfaltspflicht soll nach weit verbreiteter Meinung in § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG wurzeln.¹⁸ Diese Vorschrift verlangt von den Vorstandsmitgliedern, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die heute herrschende Lehre hat sich so eine Sichtweise zu eigen gemacht, die Ernst-Joachim Mestmäcker vor mehr als einem halben Jahrhundert in seiner Habilitationsschrift formulierte. Der gesetzlich vorgeschriebene Haftungsmaßstab, so Mestmäcker zu der wortgleichen Vorgängervorschrift des § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG 1937, umschreibe zugleich den haftungsbegründenden Tatbestand.¹⁹ Und auch der Reformgesetzgeber des UMAG²⁰ neigte offenbar diesem Verständnis zu. In der Regierungsbeurteilung zu § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG liest man: „Die Vorschrift soll den Bereich [eines] unternehmerischen Handlungsspielraums ausgrenzen aus dem Tatbestand der Sorgfaltspflichtverletzung nach [§ 93 Abs. 1] Satz 1 [AktG].“²¹ Der Haftungsfreiraum des Satzes 2 sei als Ausnahme und Einschränkung gegenüber Satz 1 formuliert.²²

Die dogmatische Verankerung der Treuepflicht dagegen nimmt ihren Ausgangspunkt in der Feststellung, dass der Vorstand nicht mit eigenen Mitteln wirtschaftet, sondern ähnlich wie ein

¹⁷ Statt vieler *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 11; nur sprachlich abweichend *U. H. Schneider*, Festschrift Hüffer, S. 905, 906: „Leitungs- und Loyalitätspflichten“; rechtsvergleichend *Enriques/Hansmann/Kraakman*, in: *Anatomy*, S. 78: „All managerial and board decisions are constrained by general fiduciary norms, such as the duties of loyalty and care.“

¹⁸ Siehe bereits *Mertens*, in: *Kölner Komm. AktG* (1. Aufl. 1970/1971), § 93 Rn. 12; *Hopt*, in: *Großkomm. AktG* (4. Aufl. 1999), § 93 Rn. 19, 72; heute *Mertens/Cahn*, in: *Kölner Komm. AktG*, § 93 Rn. 10 f.; *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 43, 52; *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 93 Rn. 15; *Spindler*, in: *Münchener Komm. AktG*, § 93 Rn. 21; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körber/Lieder*, § 93 Rn. 2; *Kaulich*, S. 86 f.; *Sailer-Coceani*, in: *K. Schmidt/Lutter*, § 93 Rn. 6; *Koch*, § 93 Rn. 7; *Dauner-Lieb*, in: *Henssler/Strohn*, § 93 AktG Rn. 6; abweichend jedoch *Hüffer* (10. Aufl. 2012), § 93 Rn. 3a; kritisch *H.-J. Hellwig/Behme*, Festschrift Hommelhoff, S. 343, 345 in Fn. 7.

¹⁹ *Mestmäcker*, S. 210; ihm folgend *Mertens*, in: *Kölner Komm. AktG* (1. Aufl. 1970/1971), § 93 Rn. 12.

²⁰ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005, BGBl. I, S. 2802.

²¹ *Begr. RegE*, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp.

²² So *Begr. RegE*, BT-Drucks. 15/5092, S. 12 li. Sp.

Treuhänder fremden Vermögensinteressen verpflichtet ist. Rücksicht zu nehmen auf die schutzwürdigen Belange der Aktiengesellschaft, bedeutet für die Vorstandsmitglieder, konfligierende Eigeninteressen regelmäßig zurückzustellen und keine Sondervorteile aus ihrer organschaftlichen Stellung zu ziehen.²³ Die berechtigten Erwartungen an eine loyale Leistungserbringung sind durchaus hoch, sie korrespondieren mit der herausgehobenen Funktion des Vorstandsamtes. Je nachdem wo der Schwerpunkt gesetzt wird, kann man die Treuepflicht eher an der Vertrauensstellung (*Treu-händer*) oder an der Einwirkungsmöglichkeit des Vorstands (*Treu-händer*) festmachen.²⁴ Und auch die Treuepflicht lässt sich im Regelungsplan des UMAG-Gesetzgebers finden. Ein Verstoß gegen die Treuepflicht soll von der Bestimmung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht erfasst werden, die Privilegierung der sog. Business Judgment Rule soll in ihrem Anwendungsbereich ausdrücklich nicht gelten.²⁵

Ohne den Wert der von der deutschen Aktienrechtswissenschaft erzielten Systematisierungsleistungen in Abrede zu stellen, möchte ich meiner Darstellung die hergebrachte Zweiteilung in Sorgfalts- und Treuepflicht nicht zugrunde legen. Stattdessen soll § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG die Scheidelinie sein, von der aus die genauere Bestimmung des organschaftlichen Pflichtenkanons begonnen wird.

Hinter dieser Überlegung steht die methodologische Einsicht, dass der Gesetzestext – das Zeichen – am Anfang jeglicher Normkonkretisierung stehen muss.²⁶ Während man § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG aber bestenfalls eine generalklauselartige Umschreibung der mit dem Vorstandsamt verbundenen Pflichten entnehmen kann,²⁷ ist die Regelung der Treuepflicht im deutschen Aktienrecht annerkanntermaßen nur „bruchstückhaft“ vorhanden.²⁸ Mit der Kodifizierung der sog. Business Judgment Rule hat der Gesetzgeber im Jahr 2005 hingegen eine hilfreiche Präzisierung vorgenommen. Seither steht fest, dass den Vorstandsmitgliedern kein haftungsrechtlicher Vorwurf zu machen ist, solange sie bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durften, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Zugleich trifft die Regierungsbegründung zum UMAG Aussagen zu Grund und Grenzen der haftungstatbestandlichen Freistellung, die als Startpunkt weiterer Ausdifferenzierung dienen können. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden dargestellt werden, wie sich der Rückgriff auf Ratgeber in das Pflichtenprogramm des Vorstands einfügt.

²³ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 154 ff.

²⁴ Nachweise bei *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 149; kritisch zur Bezeichnung der Vorstandsmitglieder als Treuhänder *Dubovitskaya*, NZG 2015, 983 ff.

²⁵ So Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp.; siehe zur GmbH auch schon BGH, Urteil vom 14.5.1990 – II ZR 125/89 = NJW 1990, 2627, 2628.

²⁶ Siehe *F. Müller/Christensen*, S. 510; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, § 5 Rn. 155b; ferner *S. Müller-Mall*, S. 204 ff.

²⁷ Statt vieler *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 57 m.w.N.; missglückt ist die Formulierung von *Vetter*, Festschrift Graf von Westphalen, S. 719, 727, demzufolge § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG „nicht nur generalklauselmäßig den Verschuldensmaßstab [...] bestimmt, sondern mit der Statuierung des allgemeinen Sorgfaltsstandards im Rahmen der Leitungsverantwortung des Vorstands auch dessen Verhaltenspflichten präzisiert [...]“ (Hervorhebungen hinzugefügt, Fußnote weggelassen).

²⁸ Dazu *Fleischer*, DB 2014, 1971 f.; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 14, 146; sowie unten S. 9 nach Fußnote 31.

Die folgenden Ausführungen werfen die in den vergangenen Jahrzehnten gesammelten Erkenntnisse zum aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsregime damit nicht einfach über Bord. Vielmehr machen sie es sich zur Aufgabe, das tradierte Verständnis des organschaftlichen Pflichtenprogramms auf Grundlage eines nun festgeschriebenen Normtextes zu konsolidieren und – wo nötig – behutsam fortzuentwickeln.

II. Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG

Der sog. Business Judgment Rule liegt die Annahme zugrunde, dass „zwischen fehlgeschlagenen unternehmerischen Entscheidungen [...] und der Verletzung sonstiger Pflichten“ ein Unterschied besteht.²⁹ Verstöße gegen Treue- und Informationspflichten werden von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ausweislich der Gesetzesmaterialien ebenso wenig erfasst wie sonstige Gesetzes- und Satzungsverstöße.³⁰ Die Lehre bündelt die Informationspflichtverstöße allerdings mit den sonstigen Gesetzes- und Satzungsverstößen in einer Kategorie zusammen,³¹ so dass man außerhalb des Anwendungsbereichs der sog. Business Judgment Rule zwischen der Treue- und der Legalitätspflicht unterscheiden kann.

1. Treuepflicht

Von der Verschwiegenheitspflicht nach § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG und dem Wettbewerbsverbot nach § 88 AktG abgesehen enthält das Aktiengesetz keine ausdrückliche Normierung der organschaftlichen Treuepflicht. Dass es sie gibt, steht aber außer Streit und lässt sich zwanglos mit einem Verweis auf § 241 Abs. 2 BGB begründen. Da die Hauptleistungspflicht des Vorstands in der Verfolgung des Unternehmensgegenstandes besteht und mithin in der werbenden treuhänderischen³² Verwaltung des Gesellschaftsvermögens, kann man sagen, dass die organschaftliche Treuepflicht seiner Mitglieder „um einige Pegelstriche strenger [ausfalle] als die üblicherweise aus Treu und Glauben abgeleiteten Nebenpflichten im rechtsgeschäftlichen Verkehr“.³³

Rechtsprechung und Lehre haben für die organschaftliche Treuepflicht subsumtionsfähige Obersätze entwickelt: Der Vorstand darf in allen Angelegenheiten, die die Interessen der AG betreffen, allein deren Wohl und Wehe und nicht seinen eigenen Nutzen oder den Vorteil anderer im Auge haben.³⁴ Die Gesellschaftsinteressen genießen bei einer Interessenkollision Vorrang³⁵

²⁹ Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp.

³⁰ So Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp.

³¹ Vgl. etwa *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 52.

³² Dazu oben S. 7 nach Fußnote 22.

³³ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 148; sowie OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 18.11.2010 – 5 U 110/08 = AG 2011, 462, 463; klassisch die Formulierung in der US-amerikanischen Entscheidung *Meinhard v. Salmon*, 249 N.Y. 458, 464 (1928): „A trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior.“

³⁴ Siehe BGH, Urteil vom 21.12.1978 – II ZR 244/78 = NJW 1980, 1629 f. („Schaffgotsch“); sowie jeweils zur GmbH RG, Urteil vom 12.10.1940 – II 33/40 = RGZ 165, 68, 82 f. („Phosphatfabrik“); BGH, Urteil vom 8.5.1967 – II ZR 126/65 = WM 1967, 679; BGH, Urteil vom 10.2.1977 – II ZR 79/75 = WM 1977, 361, 362; BGH, Urteil vom 21.2.1983 – II ZR 183/82 = ZIP 1983, 689, 690; BGH, Urteil vom 12.6.1989 – II ZR 334/87 = ZIP 1989,

und „kein Vorstandsmitglied [darf] aus seiner fiduziarischen Stellung persönliche Vorteile ziehen [...], sofern ihm dies nicht ausdrücklich gestattet ist.“³⁶ Insbesondere gebietet die Treuepflicht, alle Maßnahmen zu unterlassen, die den Eintritt eines sicheren Vermögensschadens bei der Gesellschaft zur Folge haben.³⁷ Die Gesellschaft beim Abschluss von Rechtsgeschäften sowie bei einseitigen Rechtshandlungen³⁸ nicht in seinem eigenen Interesse zu übervorteilen, gehört zu den ureigenen Aufgaben des Vorstands. Er muss daher in der Lage sein, eventuelle Interessenkonflikte zu erkennen und zu vermeiden bzw. Sondervorteile auszuschlagen. Die Einhaltung seiner Treuepflicht verantwortet der Vorstand selbst.³⁹ Die dargestellten Maßstäbe zu beachten, sollte seine Mitglieder für den Regelfall nicht vor unlösbare Probleme stellen. Die Notwendigkeit der Beratung durch andere ist gering.⁴⁰

Ob dies aber auch gilt, wo der Grenzverlauf der organschaftlichen Treuepflicht weniger eindeutig erscheint?

Ein sensibles Thema bildet insoweit die Frage der Vorstandsvergütung. Mehrere Kommentatoren wollen den Vorstand von der ausschließlichen Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse entbinden, wenn es an das Aushandeln seiner eigenen Vergütung geht.⁴¹ Zur Begründung verweisen sie auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs im „Mannesmann“-Fall. Der 3. Strafsenat urteilte darin, dass einem Vorstandsmitglied bei Entscheidungen, die im weitesten Sinne seine Bezüge betreffen, keine Vermögensbetreuungspflicht zugunsten der Gesellschaft obliege.⁴²

1390, 1394 („Neue Heimat Bayern“); zum Umgang mit Interessenkonflikten innerhalb des Vorstands *Koch*, Festschrift Säcker, S. 403, 414 ff.

³⁵ Statt vieler *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 155.

³⁶ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 158.

³⁷ Siehe BGH, Urteil vom 21.12.1978 – II ZR 244/78 = NJW 1980, 1629 f. („Schaffgotsch“); BGH, Urteil vom 21.12.2005 – 3 StR 470/04 = BGHSt 50, 331, 336 („Mannesmann“); sowie BGH, Urteil vom 6.12.2001 – 1 StR 215/01 = BGHSt 47, 187, 200 ff. („Schaufler“).

³⁸ Vgl. *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1050; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 158.

³⁹ Insoweit ähnelt die Situation der nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG gebotenen Abwägungsentscheidung, ob das Handeln des Vorstands zum Wohle der Gesellschaft erfolgt. Siehe dazu unten S. 47 nach Fußnote 293.

⁴⁰ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2014, 1305, 1311: „Vorstandsmitglieder wissen im Allgemeinen, dass sie sich nicht auf Kosten der Gesellschaft bereichern dürfen, und für die Gerichte sind typische Treuepflichtverstöße (‘misappropriation’) leichter als solche zu subsumieren als sorgfaltswidrige Geschäftsführungsmaßnahmen (‘mismanagement’).“

⁴¹ Siehe *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 87 Rn. 5, § 93 Rn. 108; *Spindler*, AG 2011, 725, 728; *Koch*, § 87 Rn. 46; *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 87 Rn. 350; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, § 93 Rn. 78; ferner *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 243; *Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 21, jeweils unter nicht zutreffendem Verweis auf RG, Urteil vom 28.9.1935 – I 356/34 = RGZ 148, 357, 361, und BGH, Urteil vom 26.10.1964 – II ZR 127/62 = WM 1964, 1320 f.

⁴² Siehe BGH, Urteil vom 21.12.2005 – 3 StR 470/04 = ZIP 2006, 72, 81 f. („Mannesmann“ – insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 50, 331 ff.); anders noch RG, Urteil vom 4.10.1894 – Rep. 3702/94 = RGSt 26, 136, 137; RG, Urteil vom 24.11.1924 – III 813/24 = RGSt 58, 391, 392; RG, Entscheidung vom 10.8.1933 – 1 D 603/33 = JW 1933, 2954, 2955, jeweils zur Genossenschaft; sowie RG, Entscheidung vom 16.3.1934 – 1 D 169/34 = JW 1934, 2151, 2152; RG, Entscheidung vom 25.2.1935 – 2 D 1469/34 = HRR 1935, Nr. 1116, jeweils zur AG: Untreue liegt vor, wenn „ein Vorstandsmitglied in Kenntnis dessen, daß nach der Art und der Vermögenslage des Unternehmens oder nach der allgemeinen Wirtschaftslage ein so hoher Betrag nicht herausgewirtschaftet

Nach richtiger Auffassung ist der Abschluss des Anstellungsvertrages jedoch kein Eigengeschäft eigener Art. Der Vorstand hat daher jedenfalls bei Verhandlungen über eine Vertragsverlängerung und beim Verlangen nach einer Sondervergütung die Grenzen der Treuepflicht zu beachten.⁴³ Allein beim erstmaligen Aushandeln seiner Bezüge mag man in Rechnung stellen, dass ein Vorstandsmitglied vor seiner Bestellung in keinen organschaftlichen Treuebindungen zur Gesellschaft steht.⁴⁴ Ob ihm im Einzelfall eine *culpa in contrahendo* vorzuwerfen ist, kann man nicht allgemeingültig beantworten.

Inhaltlich verlangt die Treuepflicht bei der Vergütungsvereinbarung ebenso wie bei allen anderen Eigengeschäften des Vorstands einen fairen und angemessenen Geschäftsabschluss (*dealing at arm's length*).⁴⁵ Nicht umsonst hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs wie vor ihm das Reichsgericht in mehreren Urteilen entschieden, dass in der Entgegennahme übermäßiger⁴⁶ bzw. nicht geschuldeter⁴⁷ Bezüge eine Verletzung der Treuepflicht liege. Hält die ausgehandelte,⁴⁸ verlangte oder schlicht bezogene⁴⁹ Vergütung einem Drittvergleich nicht stand, kommt es daher zu einer Haftung des Vorstands nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG. Vom Scheitern eines Drittvergleichs wird man insbesondere dann auszugehen haben, wenn sich die Vergütung als unangemessen i.S.v. § 87 Abs. 1 AktG erweist.⁵⁰ Diese Norm mag sich in erster Linie nur den Aufsichtsrat wen-

werden kann, einen schwachen und ihm ergebenen oder von ihm nicht genügend unterrichteten Aufsichtsrat für die Bewilligung unangemessen hoher Bezüge zu gewinnen versteht“.

⁴³ So bereits *Fleischer/L. Bauer*, ZIP 2015, 1901, 1903.

⁴⁴ Siehe *Fleischer/L. Bauer*, ZIP 2015, 1901, 1903; strenger *Peltzer*, Festschrift Lutter, S. 571, 578; *Langenbacher*, Festschrift Huber, S. 861, 864; sowie *Ziemons*, Festschrift Huber, S. 1035, 1045 f.: Treuepflicht entfalte Vorwirkungen.

⁴⁵ Siehe *Fleischer/L. Bauer*, ZIP 2015, 1901, 1902 f.; sowie *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1052 ff.; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 170.

⁴⁶ Siehe RG, Urteil vom 10.3.1944 – II 147/43 = DR 1944, 488, 489.

⁴⁷ Siehe BGH, Urteil vom 26.3.1956 – II ZR 57/55 = BGHZ 20, 239, 244; zur GmbH auch BGH, Beschluss vom 26.11.2007 – II ZR 161/06 = ZIP 2008, 117 Leitsatz 2; ferner BGH, Urteil vom 11.12.2006 – II ZR 166/05 = ZIP 2007, 268, 269 Tz. 10 ff.; BGH, Urteil vom 21.7.2008 – II ZR 39/07 = ZIP 2008, 1818, 1820 Tz. 18 f.; aus der obergerichtlichen Rechtsprechung OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 16.10.2012 – 5 U 135/11 = juris Tz. 42 f.; LG Essen, Urteil vom 9.9.2013 – 44 O 164/10 = juris Tz. 590 ff. („Middelhoff“), jeweils zur AG.

⁴⁸ Vgl. RG, Urteil vom 10.3.1944 – II 147/43 = DR 1944, 488, 489: Ein Vorstandsmitglied begeht eine Treuepflichtverletzung, wenn es sich vom Aufsichtsrat übermäßige Bezüge zubilligen lässt, wozu sowohl der Abschluss des Anstellungsvertrages als auch die Annahme der Bezüge zählen. Zwischen Aushandeln und Entgegennehmen differenziert OLG Braunschweig, Beschluss vom 14.6.2012 – Ws 44/12, Ws 45/12 = ZIP 2012, 1860, 1861 f.

⁴⁹ Vgl. jeweils zur GmbH BGH, Urteil vom 28.10.2002 – II ZR 353/00 = ZIP 2002, 2254: vom Geschäftsführer veranlasste Reisekosten- und Spesenerstattung; BGH, Beschluss vom 26.11.2007 – II ZR 161/06 = ZIP 2008, 117 Tz. 3: „Der Geschäftsführer darf seine Stellung nicht zu seinen eigenen Gunsten und gegen die Interessen der Gesellschaft ausnutzen. Diese Pflicht verletzt er nicht nur bei einem unmittelbaren ‚Griff in die Kasse‘, sondern auch dann, wenn er darauf hinwirkt, sich eine ihm nach dem Anstellungsvertrag nicht zustehende Vergütung von der Gesellschaft anweisen zu lassen.“; sowie LG Berlin, Urteil vom 18.11.1999 – 21 O 708/98 = GmbHR 2000, 234, 235: vom Geschäftsführer veranlasste Gehaltsnachzahlungen und -erhöhungen.

⁵⁰ Dazu *Fleischer/L. Bauer*, ZIP 2015, 1901, 1903 f.

den, das Vorstandsmitglied wird bei einem Verstoß gegen die Vorschrift aber stets als notwendiger Teilnehmer gelten.⁵¹

Es stellt sich also die Frage, ob der Vorstand seiner Haftung entgehen kann, wenn er sich zur Beurteilung seiner Gehaltsforderung eines Vergütungsberaters bedient, wie es Aufsichtsräte mitunter tun, um ihren Pflichten nach § 87 AktG gerecht zu werden.

Grundsätzlich wird man dem Vorstand die Hinzuziehung eines solchen Ratgebers nicht verwehren. Unter welchen Voraussetzungen das Vertrauen auf die eingeholte Expertise gerechtfertigt ist, soll im zweiten Kapitel ausführlich zur Sprache kommen.⁵² An dieser Stelle genügt es, auf die Besonderheiten hinzuweisen, die bei der Beauftragung eines Vergütungsberaters zu beachten sind.

Der Vorstand kann einen Beratungsvertrag zur Klärung der Angemessenheit seiner Vergütung nicht mit Wirkung für die AG abschließen. Die Vertretungsmacht für die Aktiengesellschaft liegt insofern beim Aufsichtsrat.⁵³ Dessen Mitglieder werden vom Schrifttum mit Blick auf Ziff. 4.2.2 Abs. 3 DCGK und auf eine Empfehlung der EU-Kommission aus dem Jahr 2009⁵⁴ ermahnt, sehr sorgsam auf die Unabhängigkeit eines externen Vergütungsberaters vom Vorstand bzw. vom Unternehmen zu achten.⁵⁵ An der erforderlichen Unabhängigkeit fehlt es in jedem Fall, wenn zwischen dem Berater oder Personen, mit denen er gemeinsam seinen Beruf ausübt, und dem Vorstand oder dem Unternehmen geschäftliche, finanzielle oder persönliche Beziehungen bestehen, die eine Besorgnis des Befangenen begründen können.⁵⁶ Die private Mandatierung desselben Berater oder Beratungsunternehmens kommt für Vorstandsmitglieder deswegen nicht in Betracht.

Da Vorstände aber nicht stets auf Ratgeber von außen verwiesen sind, könnte man erwägen, ob es sie vom Vorwurf eines Treuepflichtverstoßes befreit, wenn der Aufsichtsrat ihnen die Einschätzung seiner Berater mitteilt und sie dieser Auskunft bei ihrer Gehaltsforderung Rechnung tragen. Immerhin sind sowohl der Aufsichtsrat als auch der von ihm beauftragte Vergütungsberater auf die Interessen der Gesellschaft verpflichtet. Ob diese Wertung trägt, ist noch nicht ausjudiziert. Möglicherweise steht sie aber nicht im Einklang mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Sachen „Mappus/Gleiss Lutz“ aus dem Sommer 2016. Dort liest man: „Ein zwischen Mandant und Anwalt geschlossener Beratungsvertrag hat im allgemeinen keine Schutzwirkun-

⁵¹ Vgl. *Fleischer*, DStR 2005, 1318, 1322; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 87 Rn. 65; *ders./L. Bauer*, ZIP 2015, 1901, 1904.

⁵² Siehe unten S. 117 nach Fußnote 730.

⁵³ Siehe *Fleischer*, BB 2010, 67, 72; *Spindler*, in: BeckOGK AktG, § 112 Rn. 4 f.; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 112 Rn. 60; *Habersack*, in: Münchener Komm. AktG, § 111 Rn. 158 f., § 112 Rn. 4.

⁵⁴ Siehe Ziff. 9.2 der Empfehlung der Kommission vom 30. April 2009 zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften (2009/385/EG).

⁵⁵ Siehe *Fleischer*, BB 2010, 67, 70 f.; *Weber-Rey/Buckel*, NZG 2010, 761, 762; sowie *Cannivé/Seebach*, Der Konzern 2009, 593, 600.

⁵⁶ Siehe eingehend *Weber-Rey/Buckel*, NZG 2010, 761, 763 f.; *Fleischer*, BB 2010, 67, 71; sowie unten S. 41 bei Fußnote 250.

gen zugunsten des Vertreters des Mandanten für Vermögenseinbußen des Vertreters, soweit Gegenstand des Anwaltsvertrags die Beratung für Entscheidungen des Mandanten ist und für den Vertreter die Gefahr besteht, auf der Grundlage der anwaltlichen Beratung seinerseits seine gegenüber dem Mandanten bestehenden Pflichten zu verletzen. [...] Der Schutz des Vertreters vor vermögensrechtlichen Nachteilen, die sich aus dem – begründeten oder unbegründeten – Verdacht einer Pflichtverletzung gegenüber dem Mandanten ergeben können, obliegt vielmehr regelmäßig dem Vertreter selbst.“⁵⁷

In jedem Fall müssen Vorstandsmitglieder die Auskunft zur Angemessenheit ihres Vergütungsanspruchs stets einer sorgfältigen Überprüfung unterziehen, die über die sonst geforderte Plausibilitätskontrolle⁵⁸ deutlich hinausgeht.⁵⁹ Die Interessen der AG in guten Treuen zu wahren, bildet die Kernaufgabe des Vorstands. Er muss ihr in eigener Verantwortung nachkommen und folglich muss er Rechenschaft darüber ablegen können, ob er bei der Verfolgung des Unternehmensgegenstandes nicht etwa gesellschaftsfremden Interessen den Vorzug gibt. Der Vorstand befindet sich hier in einer ähnlichen Situation wie bei der Abwägung von Chancen und Risiken seiner Geschäftsführung.⁶⁰ Inwiefern er zum Wohle der Gesellschaft handelt, muss der Vorstand ebenfalls selbständig erklären können. Eine Übertragung der Angemessenheitsprüfung auf andere scheidet aus.⁶¹

2. Legalitätspflicht

a) Meinungsstand in der Rechtsprechung

Gesetz und Satzung bei Wahrnehmung seiner Leitungsaufgabe zu achten, gehört für den Bundesgerichtshof „zu den Kardinalpflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“.⁶² Die Mitglieder des Vorstands müssen daher dafür sorgen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt.⁶³

⁵⁷ BGH, Urteil vom 21.7.2016 – IX ZR 252/15 = BGHZ 211, 251, 259 Tz. 24 („Mappus/Gleiss Lutz“); in der Entscheidung geht es allerdings nicht um die Frage, ob das Vertrauen des damaligen Ministerpräsidenten auf die Rechtsberater des Landes Baden-Württemberg enthaftend wirkte, sondern darum, ob dieser einen eigenen Anspruch aus dem Beratungsvertrag herleiten konnte. Siehe ferner a.a.O., S. 261 f. Tz. 27 f., S. 263 ff. Tz. 32 ff., S. 267 Tz. 42; sowie BGH, Urteil vom 13.10.2011 – IX ZR 193/10 = WM 2011, 2334 f. Tz. 7,10; BGH, Urteil vom 14.6.2012 – IX ZR 145/11 = BGHZ 193, 297, 308 Tz. 28; aus dem Schrifttum *Hieronymi*, S. 208 f.

⁵⁸ Dazu unten S. 120 bei Fußnote 736, S. 125 bei und nach Fußnote 763 sowie S. 134 bei und nach Fußnote 835.

⁵⁹ Abweichend für die umgekehrte Situation des Aufsichtsrats wohl *Weber-Rey/Buckel*, NZG 2010, 761, 762, 766.

⁶⁰ Siehe oben S. 10 bei und in Fußnote 39.

⁶¹ Vgl. auch BGH, Urteil vom 21.7.2016 – IX ZR 252/15 = BGHZ 211, 251, 264 Tz. 35 („Mappus/Gleiss Lutz“).

⁶² BGH, Urteil vom 1.12.2003 – II ZR 216/01 = NJW-RR 2004, 900, 901 zur Genossenschaft. Eine versicherungsrechtliche Aussage ist mit dem Ausdruck „Kardinalpflicht“ hier nicht getroffen.

⁶³ Siehe BGH, Urteil vom 10.7.2012 – VI ZR 341/10 = BGHZ 194, 26, 34 Tz. 22 („NICI“); BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1960 Tz. 22 („Corealcredit Bank“); BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 27; ferner LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 572 f. („Siemens/Neubürger“): „Ein Vorstandsmitglied muss im Außenverhältnis sämtliche Vorschriften einhalten, die das Unternehmen als Rechtssubjekt treffen. [...] Im Rahmen dieser Legalitätspflicht darf ein Vorstandsmitglied somit zum einen bereits keine Gesetzesverstöße anordnen. Zum anderen muss

Die so verstandene Legalitätspflicht besteht nach der gefestigten Rechtsprechung des II. und des VI. Zivilsenats gegenüber der AG und hat ihren Ursprung in dem durch die Bestellung begründeten Rechtsverhältnis zur Gesellschaft.⁶⁴ Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die Geschäftsleitung verpflichtet sei, den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden.⁶⁵ Für den Bundesgerichtshof macht es keinen Unterschied, ob ein gesetzliches Gebot die Aktiengesellschaft adressiert oder ihren Vorstand.⁶⁶ Da eine juristische Person nicht selbst, sondern nur durch ihre Vertreter handeln kann, obliegt die Sorge für ein rechtmäßiges Verhalten der Gesellschaft nach außen den Mitgliedern des Vorstands.⁶⁷ „Dies ergibt sich aus ihrer gesetzlichen Funktion als vertretungsberechtigtes Organ der Gesellschaft.“⁶⁸ Der Bundesgerichtshof liegt so auf einer Linie mit dem Bundesfinanzhof, der bereits zu Beginn der Siebzigerjahre entschieden hat, dass der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH aufgrund seiner Stellung als deren gesetzlicher Vertreter die Pflicht zur Einbehaltung und Abführung von Lohnsteuer für die Kommanditgesellschaft erfüllen muss.⁶⁹

Die Legalitätspflicht fordert von den Vorstandsmitgliedern nicht nur, nach außen für die Rechtmäßigkeit des der Gesellschaft zurechenbaren Verhaltens zu sorgen. Sie verlangt von ihnen auch, die aktienrechtliche Kompetenzordnung zu beachten, und wirkt somit nach innen. Ein Vorstand, der die ihm eingeräumten Kompetenzen überschreitet, handelt pflichtwidrig.⁷⁰ Oder wie es § 82

ein Vorstandsmitglied aber auch dafür Sorge tragen, dass das Unternehmen so organisiert und beaufsichtigt wird, dass keine derartigen Gesetzesverletzungen stattfinden.“; zur GmbH bereits BGH, Urteil vom 28.4.2008 – II ZR 264/06 = BGHZ 176, 204, 220 f. Tz. 38 („GAMMA“); BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 375; sowie BGH, Urteil vom 13.4.1994 – II ZR 16/93 = BGHZ 125, 366, 372: Pflicht der Geschäftsführerin, „ihren als Prokurist in der Gesellschaft tätigen Ehemann zu einer gesetzmäßigen Ausführung der Geschäfte anzuhalten“.

⁶⁴ Siehe BGH, Urteil vom 10.7.2012 – VI ZR 341/10 = BGHZ 194, 26, 34 Tz. 23 („NICI“); strafrechtlich BGH, Urteil vom 27.8.2010 – 2 StR 111/09 = BGHSt 55, 266, 275 f. Tz. 29 („Schwarze Kasse“); BGH, Urteil vom 13.9.2010 – 1 StR 220/09 = BGHSt 55, 288, 301 Tz. 37 („Schelsky“).

⁶⁵ So BGH, Urteil vom 12.10.1987 – II ZR 251/86 = ZIP 1988, 512, 514; BGH, Urteil vom 28.4.2008 – II ZR 264/06 = BGHZ 176, 204, 220 f. Tz. 38 („GAMMA“); zuvor RG, Urteil vom 7.6.1939 – II 199/380 = RGZ 161, 129, 136 („Bauernsiedlung“), jeweils zur GmbH (& Co. KG); RG, Urteil vom 2.11.1934 – II 186/34 = RGZ 146, 145, 152 zum Aufsichtsrat der AG.

⁶⁶ Siehe BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 375 zur GmbH; vgl. ferner BGH, Urteil vom 24.1.2006 – XI ZR 384/03 = BGHZ 166, 84, 115 („Kirch/Breuer“): „Es geht nicht an anzunehmen, Pflichten seien nur an den Unternehmensträger, nicht aber an das Organ adressiert, gleichzeitig aber die Möglichkeit einer eigenen deliktsrechtlichen Haftung des Organs mit dem Argument zu leugnen, dessen Verhalten sei Handeln der juristischen Person selbst, so daß das Organ seinem Unternehmen gar nicht selbständig gegenüberetrete [...]“

⁶⁷ Siehe BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 375; vgl. ferner BGH, Urteil vom 13.4.1994 – II ZR 16/93 = BGHZ 125, 366, 372 zu § 130 OWiG: „[D]ie vom Geschäftsführer wahrzunehmende öffentlich-rechtliche Pflicht des Unternehmensträgers, im Unternehmen für gesetzmäßige Zustände zu sorgen, [lässt] sich nicht durch die Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschaft außer Kraft setzen.“

⁶⁸ BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 375.

⁶⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 375; sowie BFH, Urteil vom 21.1.1972 – VI R 187/68 = BFHE 104, 294, 297 zur GmbH & Co. KG.

⁷⁰ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 24; dazu unten S. 123 nach Fußnote 755; zuvor bereits BGH, Urteil vom 10.10.2005 – II ZR 90/03 = BGHZ 164, 249, 254 („Commerzbank/Mangusta II“); zu den ungeschriebenen Kompetenzen der Hauptversammlung BGH, Urteil vom 25.2.1982 –

Abs. 2 AktG formuliert: Im Verhältnis der Vorstandsmitglieder zur Gesellschaft sind diese verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, die im Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft die Satzung, der Aufsichtsrat, die Hauptversammlung und die Geschäftsordnungen des Vorstands und des Aufsichtsrats für die Geschäftsführungsbefugnis getroffen haben.

Soweit es um die Satzung geht, hat der Vorstand in erster Linie den Unternehmensgegenstand (§ 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG) zu beachten. Denn mit der Festlegung eines bestimmten Unternehmensgegenstandes steckt der Satzungsgeber die Grenzen ab, „innerhalb deren der Vorstand in Ausübung der ihm übertragenen Leitungsmacht in eigener Verantwortung (§ 76 AktG) die Geschäfte zu führen hat“.⁷¹ Wenn der Vorstand Geschäfte betreibt, die vom Unternehmensgegenstand nicht gedeckt sind, begeht er eine Pflichtverletzung.⁷² Der Gesetzgeber des Aktiengesetzes von 1965 wollte verhindern, dass die Praxis sich für den Unternehmensgegenstand mit „ganz allgemeine[n] farblose[n] Bezeichnungen“ begnügt, und hat sich daher namentlich für Industrie- und Handelsunternehmen um „eine deutlichere Anweisung“ bemüht: Bei ihnen ist die Art der Erzeugnisse und Waren, die hergestellt und gehandelt werden sollen, näher anzugeben.⁷³ Dessen ungeachtet stößt man in den Satzungen der Praxis fast immer auf Weichzeichner, die es dem Vorstand gestatten, den Markt als Entdeckungsverfahren zu nutzen.⁷⁴ Gängige Formularhandbücher empfehlen durchweg eine Klausel, nach der die Gesellschaft „zu allen Geschäften und Maßnahmen berechtigt [ist], die geeignet erscheinen, dem Gegenstand des Unternehmens zu dienen“.⁷⁵ Man könnte daher annehmen, dass es die Mitglieder des Vorstands vor keine allzu große Aufgabe stellt, ihre Legalitätspflicht gegenüber der AG zu erfüllen, soweit es um die Beachtung des Unternehmensgegenstandes geht; dass Unsicherheit, geschweige denn Streit⁷⁶ über die Reichweite

II ZR 174/80 = BGHZ 83, 122, 131 („Holzmüller“); BGH, Urteil vom 26.4.2004 – II ZR 155/02 = BGHZ 159, 30, 43 („Gelatine I“); BGH, Urteil vom 26.4.2004 – II ZR 154/02 = ZIP 2004, 1001 („Gelatine II“).

⁷¹ BGH, Urteil vom 26.4.2006 – II ZR 155/02 = BGHZ 159, 30, 36 f. („Gelatine I“).

⁷² Vgl. BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1959 f. Tz. 16 („Corealcredit Bank“) im Anschluss an BGH, Urteil vom 5.10.1992 – II ZR 172/91 = BGHZ 119, 305, 332 („Klößner“). Der Bundesgerichtshof spricht gleichbedeutend vom „Unternehmenszweck“; dazu unten S. 190 bei Fußnote 1183.

⁷³ Vgl. Begr. RegE bei *Kropff*, S. 43; für eine genauere Festlegung des Unternehmensgegenstandes auch *Habbe/Köster*, BB 2011, 265, 266: Es sei unabdingbar, dem Vorstand durch die Satzung aufzuzeigen, wann er sich im Bereich unternehmerischer Entscheidungen bewege und wann er den „Safe Harbour“ des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG verlasse.

⁷⁴ Siehe zum Beispiel die Satzung der Deutschen Bank AG (Stand: 21.5.2015): „§ 2 (1) Gegenstand des Unternehmens ist der Betrieb von Bankgeschäften *jeder Art*, das Erbringen von Finanz- und sonstigen Dienstleistungen sowie die Förderung der internationalen Wirtschaftsbeziehungen. [...]“; oder der HeidelbergCement AG (Stand: 12.9.2016): „§ 2 [...] (1) Gegenstand des Unternehmens ist die Herstellung und der Vertrieb von Baustoffen *aller Art und sonstigen* Erzeugnissen der Steine- und Erdenindustrie, *verwandter und anderer Industriezweige* sowie der Erwerb und Betrieb von Bergwerken, die Planung, die Errichtung, der Erwerb und der Betrieb von Anlagen für diese Zwecke, die Planung, die Errichtung und der Betrieb von solchen Anlagen für Dritte und deren Beratung.“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁷⁵ Statt vieler *Hoffmann-Becking/Austmann*, in: Beck'sches Formularb., X.10, beck-online; vorsichtiger aber *Pühler*, in: *Happ/Groß/Möhrle/Vetter*, Aktienrecht, 1.01, Rn. 7.3 unter Verweis auf OLG Köln, Beschluss vom 12.5.1981 – 2 Wx 9/81 = ZIP 1981, 736, 737.

⁷⁶ Wissenschaftlich diskutiert wurden allerdings die 1970 in der Satzung der Axel-Springer-Beteiligungs-AG niedergelegten „Grundsätze der Unternehmensführung“, die die Organe des Unternehmens auf „a) das unbedingte Eintreten für die friedliche Wiederherstellung der deutschen Einheit in Freiheit; b) das Herbeifüh-

seines rechtlichen Dürfens nicht aufkommen sollte; und dass die Notwendigkeit fachmännischer, anwaltlicher Beratung gering ist.

Dennoch hat das Problem auch die Rechtsprechung beschäftigt. Vornehmlich ging dabei es um Fälle, in denen die Geschäftsleitung vom Unternehmensgegenstand nicht gedeckte Spekulationsgeschäfte getätigt hatte.⁷⁷ In der sog. „Corealcredit Bank“-Entscheidung aus dem Jahr 2013 hat der Bundesgerichtshof einen Pflichtverstoß angenommen, weil der Vorstand Zinsderivategeschäfte abgeschlossen hatte, „die nicht der Absicherung von Zinsrisiken aus dem Hauptgeschäft oder dem zulässigen Nebengeschäft einer Hypothekenbank dienen“.⁷⁸ Gegenstand des Unternehmens war der Betrieb einer Hypothekenbank i.S.d. Hypothekenbankgesetzes. Im sog. „IKB“-Beschluss aus dem Jahr 2009 hat das Oberlandesgericht Düsseldorf einen Verstoß gegen die Legalitätspflicht bejaht, weil der Vorstand im Umfang von knapp 46 % des gesamten Geschäftsvolumens in Geldmarktpapiere investiert hatte, die mit US-amerikanischen Konsumentenkrediten besichert waren.⁷⁹ Gegenstand des Unternehmens war die Förderung der gewerblichen Wirtschaft, wobei den Finanzierungsbedürfnissen des Mittelstandes bevorzugt Rechnung getragen werden sollte.

In einem weiteren, vielbeachteten Beschluss aus dem Jahr 2006 musste das Oberlandesgericht Stuttgart ferner darüber entscheiden, inwieweit die Hauptversammlung als Satzungsgeber mit der Festlegung des Unternehmensgegenstandes die originäre Leitungsbefugnis des Vorstands eingrenzen darf.⁸⁰ Dem Verfahren lag das Verlangen eines Minderheitsaktionärs der DaimlerChrysler AG nach einer Ergänzung der Tagesordnung für die Hauptversammlung zugrunde (§ 122 Abs. 2 Satz 1 AktG). Der Aktionär wollte die Hauptversammlung über eine Änderung des Unternehmensgegenstandes abstimmen lassen, mit der „nach dem 31. Dezember 2006 jede Tätigkeit ausgeschlossen [sein sollte], wie sie die Gesellschaft zuvor im Hinblick auf Landfahrzeuge unter den Marken ‚MAYBACH‘ und ‚smart‘ vorgenommen [hatte].“⁸¹ Das Oberlandesgericht sah

ren einer Aussöhnung zwischen Juden und Deutschen [...]; c) die Ablehnung jeglicher Art von politischem Totalitarismus; [und] d) die Verteidigung der sozialen Marktwirtschaft“ verpflichteten; dazu *Winkler*, NJW 1970, 449 ff.; *Mertens*, NJW 1970, 1718 ff. Ebenso Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung war die Frage, ob [Jahreszahl] das Ziel, „auf die Kernenergie so zügig wie möglich zu versichten und sie durch [...] andere Techniken und [...] Energieträger zu ersetzen“, in der Satzung der Hamburgischen Electricitäts-Werke AG festgeschrieben werden durfte; dazu *Martens*, Festschrift Kellermann, S. 271 ff.; aus dem neueren Schrifttum *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 82 Rn. 33; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 82 Rn. 27; monographisch *Tieves*, S. 137 ff.

⁷⁷ Siehe BGH, Urteil vom 5.10.1992 – II ZR 172/91 = BGHZ 119, 305, 306, 332 („Klößner“): spekulative Termingeschäfte mit Rohöl; BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1960 Tz. 17 („Corealcredit Bank“); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – I-6 W 45/09 = ZIP 2010, 28, 30 f. („IKB“); ferner BFH, Urteil vom 14.9.1994 – I R 6/94 = BFHE 175, 412, 413 f. zur GmbH: Der Unternehmensgegenstand bestand im Vertrieb und in der Reparatur von Nähmaschinen, der Geschäftsführer schloss im Namen der Gesellschaft jedoch Goldoptionsgeschäfte ab.

⁷⁸ BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1959 f. Tz. 16 f. („Corealcredit Bank“).

⁷⁹ Siehe OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – I/6 W 45/09 = ZIP 2010, 28, 30 f. („IKB“).

⁸⁰ Siehe OLG Stuttgart, Beschluss vom 22.7.2006 – 8 W 271/06 = NZG 2006, 790 f. („Maybach/smart“).

⁸¹ Ich danke Herrn Rechtsanwalt Dr. Thomas Heidel für Informationen zu dem Fall.

hierin eine unzulässige Weisung in Geschäftsführungsfragen und damit einen Verstoß gegen § 76 Abs. 1 und § 119 Abs. 2 AktG.

Weitere Unterscheidungen trifft die Rechtsprechung nicht. Insbesondere versagt der Bundesgerichtshof effizienten Gesetzesverletzungen die Anerkennung. Auch nützliche Pflichtverletzungen bleiben Pflichtverletzungen.⁸² Der Aktiengesellschaft zugeflossene Vermögensvorteile können zwar nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung auf die Ersatzpflicht des Vorstands angerechnet werden.⁸³ Dies ändert aber nichts daran, dass die Vorstandsmitglieder an Gesetz und Satzung gebunden sind. Zwingende Gesetzes- und Satzungsvorschriften haben die Funktion, Handlungsgrenzen zu setzen, und dürfen nicht nach Opportunitätsaspekten vom Normunterworfenen relativiert oder modifiziert werden.⁸⁴ Die Rechtsbindung der Geschäftsleitung geht so weit, dass der Aufsichtsrat zur Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG verpflichtet ist, wenn er eine gesetzwidrige Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstands anders nicht verhindern kann.⁸⁵ Schließt der Vorstand mit Mitgliedern des Aufsichtsrats oder mit Gesellschaften, an denen diese beteiligt sind, Beratungsverträge, hat er insbesondere §§ 113, 114 AktG zu beachten.⁸⁶ Im Einzelfall kann der Vorstand sich auf einen unverschuldeten Rechtsirrtum berufen.⁸⁷

b) Meinungsstand im Schrifttum

Im Schrifttum finden sich sowohl Stimmen, die der Rechtsprechung beipflichten, als auch solche, die eine strikte Rechtsbindung des Vorstands zu relativieren versuchen. In der jüngeren Vergangenheit sind vermehrt Autoren auf den Plan getreten, die das Bestehen der Legalitätspflicht bereits im Ausgangspunkt in weit größerem Maße für begründungsbedürftig halten als bislang an-

⁸² Siehe BGH, Urteil vom 27.8.2010 – 2 StR 111/09 = BGHSt 55, 266, 276 Tz. 29 („Schwarze Kasse“); BGH, Urteil vom 13.9.2010 – 1 StR 220/09 = BGHSt 55, 288, 301 Tz. 37 („Schelsky“); OLG Karlsruhe, Urteil vom 31.7.2013 – 7 U 184/12 = ZIP 2013, 1767, 1768 zur GmbH & Co. KG; vgl. auch schon RG, Urteil vom 19.2.1881 – Rep. I. 872/80 = RGZ 3, 123, 126 („Rumänische Eisenbahn“): „[Bei] rechtswidrigem Vorgehen der Gesellschaftsorgane [kann] dem Anfechtungsrecht des einzelnen Aktionäres der Einwand nicht wirksam entgegengestellt werden, daß der rechtswidrig gefaßte Beschluß den Interessen der Gesellschaft förderlich gewesen sei.“

⁸³ Vgl. BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2101 Tz. 31 („ISION“); BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1961 Tz. 26 („Corealcredit Bank“); BGH, Urteil vom 10.7.2018 – II ZR 24/17 = BGHZ 219, 193, 199 Tz. 14 („Schloss Eller“): „Der Vorstand schuldet keinen Schadensersatz nach § 93 Abs. 2 AktG, wenn sich durch seine pflichtwidrige Handlung die Vermögenslage der Gesellschaft nicht verschlechtert hat.“; sowie bereits RG, Urteil vom 30.11.1938 – II 39/38 = RGZ 159, 211, 231 f.

⁸⁴ So OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – I-6 W 45/09 = ZIP 2010, 28, 31 („IKB“); strafrechtlich etwa BGH, Urteil vom 27.8.2010 – 2 StR 111/09 = BGHSt 55, 266, 275 f. Tz. 29 („Schwarze Kasse“); BGH, Urteil vom 13.9.2010 – 1 StR 220/09 = BGHSt 55, 288, 301 f. Tz. 37 („Schelsky“).

⁸⁵ Siehe BGH, Urteil vom 15.11.1993 – II ZR 235/92 = BGHZ 124, 111, 126 f. („Vereinte Krankenversicherung“); zuvor schon BGH, Urteil vom 25.3.1991 – II ZR 188/89 = BGHZ 114, 127, 129 f.: Die Überwachung der Geschäftsführung nach § 111 Abs. 1 AktG umfasst auch eine „Rechtmäßigkeitsprüfung“.

⁸⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 10.7.2012 – II ZR 48/11 = BGHZ 194, 14, 18 ff. Tz. 13 ff. („Fresenius“); dazu *Rahlmeyer/Gömöry*, NZG 2014, 616 ff.

⁸⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 16 („ISION“); sowie BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 28; dazu eingehend unten S. 119 nach Fußnote 734.

genommen.⁸⁸ Sie meinen, dass sich eine Verpflichtung des Vorstands zur Rechtstreue gegenüber der AG nicht von selbst verstehe, und sprechen insbesondere einzelnen aktienrechtlichen Vorschriften wie §§ 396 Abs. 1 Satz 1, 142 Abs. 2 Satz 1, 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, 93 Abs. 4 Satz 1 und, 76 Abs. 3 AktG die Eignung ab, eine solche Verpflichtung zu begründen.

Davor hat man vor allem Versuche wahrgenommen, die darauf abzielten, das Bündel der Legalitätspflicht enger zu schnüren. Teilweise wurde argumentiert, dass Verstöße gegen gegen „Vorschriften, die lediglich Ordnungscharakter haben“⁸⁹, dass „unbedeutende Formalverstöße“⁹⁰ oder „Bagatelverstöße“⁹¹ keine Pflichtverletzung im Verhältnis zur AG darstellen. Genauso wenig sollte die Missachtung öffentlich-rechtlicher Zahlungsverbindlichkeiten für manche Autoren zu einem Verstoß gegen die Legalitätspflicht führen.⁹² Es wurde geltend gemacht, dass es nicht Sache der Gesellschaft sei, Verstöße gegen die Rechtsordnung jenseits ihres eigenen Interessenbereiches zu sanktionieren.⁹³ Man müsse daher auf die von der verletzten Rechtsnorm geschützten Rechtsgüter abstellen. Wenn eine Vorschrift wie § 93 Abs. 3 AktG direkt dem Schutz des Gesellschaftsvermögens diene, könne der Rechtsverstoß auch zu einer Pflichtverletzung des Organwalters im Verhältnis zur Gesellschaft führen. Andernfalls dürfe nur unter den engeren Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eine Verpflichtung zum Schadensersatz angenommen werden. Ähnlich gelagert ist das Argument, dass die Legalitätspflicht dem Vorstand nicht verbiete, gesetzwidrig zu handeln, wenn dieses Verhalten sich für die Gesellschaft auszahle.⁹⁴

Einem anderen Vorschlag zufolge soll die Legalitätspflicht im Innenverhältnis nicht auf den Vorstand durchschlagen, wenn die Rechtslage im Außenverhältnis unklar ist. Soweit ersichtlich wurde erstmals von Hans-Joachim Mertens die Meinung vertreten, dass Vorstandsmitglieder bei Zweifeln und Rechtsunsicherheit berechtigt seien, sich nach der für die Gesellschaft günstigen

⁸⁸ Siehe *Rieger*, S. 27 ff.; *Kaulich*, S. 94 ff.; *Harnos*, S. 80 ff.; *Holle*, S. 46 ff.; *Breitenfeld*, S. 51 ff.; grundsätzlich ablehnend *Hellgardt*, Festschrift Hopt (2020), S. 403 ff.

⁸⁹ *U. H. Schneider*, Festschrift Hüffer, S. 905, 909.

⁹⁰ *Werner*, CCZ 2010, 143, 144; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 168.

⁹¹ *Kocher*, CCZ 2009, 215, 218; *Habersack*, Managerhaftung, S. 5, 29 f., will eine Ausnahme für „Verwaltungsunrecht“ machen, ohne den Begriff aber näher zu erklären; ferner *ders.*, Festschrift U. H. Schneider, S. 429, 436, 439; *Bunz*, S. 122; zustimmend *Breitenfeld*, S. 100 f.

⁹² So *U. H. Schneider*, Festschrift Hüffer, S. 905, 910; zuvor bereits *ders./Brouwer*, ZIP 2007, 1033, 1037 f., ohne jedoch den normtheoretischen Unterschied zwischen einer Zahlungspflicht und einem sonstigen Handlungsgebot aufzuzeigen.

⁹³ So *Sieg/Zeidler*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, § 3 Rn. 36 f., mit Verweis auf § 1 GWB, der nur den Schutz des Wettbewerbs, nicht aber des Gesellschaftsvermögens bezwecke; ebenso *Harzenetter*, S. 101 f.; siehe ferner *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 168 zu §§ 131, 132 AktG; *Habersack*, Festschrift U. H. Schneider, S. 429, 439: Relativierung der Legalitätspflicht bei „diffusen“ Schutzzwecken; *Reichert*, Festschrift Hoffmann-Becking, S. 943, 954: Verletzung der Legalitätspflicht nur, wenn ein Gesetzesverstoß mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist; sowie *Bicker*, AG 2014, 8: Haftung im Innenverhältnis ist keine zwangläufige Folge der Rechtsbindung im Außenverhältnis.

⁹⁴ Siehe *Sieg/Zeidler*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, § 3 Rn. 36; *Dürr*, S. 39; *Kocher*, CCZ 2009, 215, 218; *Bunz*, S. 122, 261; *Rieger*, S. 159 ff., 164; tendenziell auch *Habersack*, Festschrift U. H. Schneider, S. 429, 439; sowie bereits *Bastuck*, S. 114 ff.

Rechtsauffassung zu richten.⁹⁵ Man könne es den Verwaltungsmitgliedern nicht verwehren, sich bei zweifelhaften Rechtslagen auf den für die Gesellschaft günstigen Standpunkt zu stellen und damit das Risiko einzugehen, dass ihnen nachträglich eine Gesetzesverletzung bescheinigt werde. Nur müsse eine Vernachlässigung dieses Risikos als der für das wirtschaftliche Interesse der Gesellschaft günstigere Weg erscheinen.⁹⁶ Auf die Gefahr hin, dass „sich aus einer nicht auszuschließenden Haftung der Gesellschaft unverhältnismäßig schwere Nachteile [...] ergeben“, müsse „die Ausnutzung einer objektiv zweifelhaften Rechtslage“ jedoch unterbleiben.⁹⁷ Weite Teile des Schrifttums haben diesen Standpunkt inzwischen übernommen und attestieren dem Vorstand pflichtgemäßes Verhalten, wenn er gewissenhaft versucht hat, rechtliche Unklarheiten auszuräumen. Habe er mit guten Gründen eine vertretbare Rechtsmeinung gefasst sowie Risiken und Chancen für die Gesellschaft gegeneinander abgewogen, soll bereits die Pflichtverletzung zu verneinen sein.⁹⁸ Zu ähnlichen Ergebnissen gelangt, wer § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG entsprechend anwenden will (Legal Judgment Rule).⁹⁹

c) Stellungnahme

aa) Geltungsgrund und Reichweite

Im Grundsatz nimmt die Aktiengesellschaft als juristische Person wie eine natürliche Person am Rechtsverkehr teil. Ein Vorstandsmitglied schuldet daher die Befolgung jeglicher gesetzlichen Pflicht, unabhängig davon ob die Norm den einzelnen Organwahrer, das Organ als Ganzes oder die Gesellschaft adressiert.¹⁰⁰ Dieser Gleichlauf von Außen- und Innenverhältnis wurde im Schrifttum zunächst damit begründet, dass ein gegenüber Dritten pflichtwidriges Verhalten zugleich auch die (über § 31 BGB mit verhaftete) Gesellschaft schädige. Für die aus der Missachtung des Gesetzes folgenden Nachteile sei der Vorstand regresspflichtig.¹⁰¹ Auch der II. Zivilsenat hat die Legalitätspflicht schon mit der Formulierung untermauert, die Geschäftsleitung habe „den

⁹⁵ Siehe *Mertens*, in: Kölner Komm. AktG (1. Aufl. 1970/1971), § 93 Rn. 29; ausdrücklich *ders.*, in: Kölner Komm. AktG (2. Aufl. 1988), § 93 Rn. 38; *ders./Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 75.

⁹⁶ So *Mertens*, in: Kölner Komm. AktG (1. Aufl. 1970/1971), § 93 Rn. 29.

⁹⁷ *Mertens*, in: Kölner Komm. AktG (2. Aufl. 1988), § 93 Rn. 38; *ders./Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 75.

⁹⁸ So *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 38 ff., 41; *ders.*, ZIP 2005, 141, 149 f.; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 140; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 90, 97; *ders.*, Festschrift Canaris, S. 403, 414 f., 420 ff.; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, § 93 Rn. 22; ferner *Paefgen*, S. 24 in Fn. 45; *Dreher*, Festschrift Konzen, S. 85, 93; *M. Zimmermann*, WM 2008, 433, 435; *Kocher*, CCZ 2009, 215, 217; *Winnen*, S. 158 f.; *Schlimm*, S. 187 f.; *U. H. Schneider*, Festschrift Hüffer, S. 905, 909; *Habersack*, Managerhaftung, S. 5, 30; *Kebekus/Zenker*, Festschrift Maier-Reimer, S. 319, 328 in Fn. 70; *Cahn*, WM 2013, 1293, 1294 f.; *Bicker*, AG 2014, 8, 10 f.; *Bachmann*, WM 2015, 105, 109; *Seibt*, ZIP-Beilage 22/2016, 73, 75 ff.; *S. Binder*, S. 170; *Breitenfeld*, S. 136; ablehnend *H.-F. Müller*, DB 2014, 1301, 1306.

⁹⁹ Siehe *Spindler*, Festschrift Canaris, S. 403, 415, 421 (abweichend aber *ders.*, AG 2013, 889, 893); *Bürkle*, VersR 2013, 792, 794 ff.; *Cahn*, Der Konzern 2015, 105, 107 ff.; *Seyfarth*, § 23 Rn. 22; *de lege ferenda* auch *Cichy/Cziupka*, BB 2014, 1482, 1485; ablehnend *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2253; *Langenbacher*, ZBB 2013, 16, 22; *dies.*, Festschrift Lwowski, S. 333, 341; *Paefgen*, AG 2014, 554, 560.

¹⁰⁰ Vgl. aus rechtsvergleichender Perspektive *Möslein*, S. 139 ff.; zuvor *Schlechtriem*, S. 20 f.

¹⁰¹ Vgl. *Bedkowski*, S. 173 m.w.N.

Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden“.¹⁰² Inzwischen hat man aber erkannt, dass es für die Pflichtwidrigkeit nicht auf die Schadensträchtigkeit ankommt, sondern beide dogmatischen Kategorien auseinander gehalten und jeweils für sich betrachtet werden müssen.¹⁰³ Im Ergebnis leuchtet dies unmittelbar ein, wenn man bedenkt, dass die zweite Sanktion für pflichtvergessene Vorstandsmitglieder, die Abberufung gemäß § 84 Abs. 3 Satz 1 AktG, keinen Schaden voraussetzt.¹⁰⁴ Der Bundesgerichtshof trägt dieser Entkoppelung von (Legalitäts-)Pflichtverletzung und Schaden Rechnung, indem er die Grundsätze der Vorteilsausgleichung auch bei der Vorstandshaftung zur Anwendung bringt.¹⁰⁵

Für die Übersetzung der Pflichten aus dem Außen- ins Innenverhältnis braucht es überdies keinen Transmissionsriemen,¹⁰⁶ keine einzelgesetzliche Anordnung der organschaftlichen Verpflichtung zur Rechtstreue: Nichtbeachtung und Verletzung der Gesetze sind, wie es Marcus Lutter zutreffend formuliert hat, „per se Pflichtverletzungen.“¹⁰⁷ Die Legalitätspflicht folgt aus der gesetzlich überformten Organstellung und ist Teil des zwingenden Aktienrechts. Einer Festschreibung im Anstellungsvertrag bedarf es nicht.¹⁰⁸ Vielmehr reflektiert der Gleichlauf von Außen- und Innenverhältnis die Rechtsbindung der juristischen Person vor dem Hintergrund, dass die Aktiengesellschaft nun einmal schlecht ohne Organe handeln kann.¹⁰⁹ Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat dies mit aller Deutlichkeit ausgesprochen.¹¹⁰ Eine darüberhinausgehende Herleitung der organschaftlichen Legalitätspflicht erübrigt sich.¹¹¹

¹⁰² BGH, Urteil vom 28.4.2008 – II ZR 264/06 = BGHZ 176, 204, 220 f. Tz. 38 („GAMMA“) zur GmbH.

¹⁰³ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 144; bedenkliche Vermischung unlängst wieder bei *Karbaum*, AG 2013, 863, 868; *Holle*, S. 52.

¹⁰⁴ Aus diesem Grund irren *Sieg/Zeidler*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, § 3 Rn. 36, 38, die offenbar im Umkehrschluss vom Fehlen eines Schadens auf die Pflichtmäßigkeit des Organhandelns schließen wollen; ebenso wohl *Habersack*, Festschrift U. H. Schneider, S. 429, 439; wie hier hingegen *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 144.

¹⁰⁵ Siehe BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2101 Tz. 31 („ISION“); BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1961 Tz. 26 („Corealcredit Bank“).

¹⁰⁶ Abweichend *Holle*, S. 44 f.: Legalitätspflicht entspreche einem „Transformator“, sowie S. 47 bei und in Fn. 166: § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG sei „Anknüpfungspunkt“ und „Brücke“ für die Legalitätspflicht; *Bunting*, ZIP 2012, 1542, 1543, benennt § 76 Abs. 1 AktG.

¹⁰⁷ *Lutter*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK (4. Aufl. 2010), Rn. 461; ebenso *Winnen*, S. 149.

¹⁰⁸ Das übersehen *Sieg/Zeidler*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, § 3 Rn. 36; dazu unten S. 27 bei Fußnote 157.

¹⁰⁹ Ebenso *Dreher*, Festschrift Konzen, S. 85, 92; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 87; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 509; *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 198; siehe auch unten S. 144 nach Fußnote 906.

¹¹⁰ Siehe BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 375 zur GmbH; sowie oben S. 14 bei und nach Fußnote 66; zu Unrecht abweichend *Holle*, S. 42.

¹¹¹ Im Ausgangspunkt wie hier *H.-J. Hellwig/Behme*, Festschrift Hommelhoff, S. 343, 345: „Der Versuch, die Rechtsgrundlage der allgemeinen Rechtsbindung von Vorstand und Aufsichtsrat in einer einzelnen gesetzlichen Vorschrift zu finden, ist [...] bereits im Ansatz verfehlt. [...] § 93 AktG kann als aktienrechtliche Spezialvorschrift [...] keine Aussage über die Verbindlichkeit des Normbefehls einer anderen, auf derselben Stufe der Normhierarchie stehenden gesetzlichen Vorschrift treffen. Die Geltung einfachgesetzlicher Vorschriften ist vielmehr das Resultat einer im Einklang mit formellem und materiellem Verfassungsrecht erfolgten Willensbildung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers.“ (Fußnote weggelassen); *Bunting*, ZIP 2012, 1542, 1543.

Die zur Begründung einer Bagatellausnahme vorgebrachten Argumente überzeugen dagegen nicht. Ein beliebtes Beispiel, das die Einschränkung der Legalitätsbindung des Vorstands plausibel machen soll, lautet so: „Nehmen wir an, der Vorstand kann entweder einen wichtigen Termin verpassen, was zu einem Millionenschaden für die Gesellschaft führen würde, oder eine geringfügige Verkehrsordnungswidrigkeit wegen Falschparkens begehen, weil er kein passendes Kleingeld für die Parkuhr bei sich hat. Soll der Vorstand, der sich hier für die Abwendung des Millionenschadens entscheidet, wirklich haftungsrechtlich für die Abschleppkosten des Firmenswagens aus eigener Tasche einstehen müssen?“¹¹² Die Fallhöhe zwischen den beiden Alternativen hat den Zweck, eine eindeutige Antwort naheulegen, nämlich: Nein! Indes ist die Frage eindeutig zu bejahen. Ein ordentlicher und gewissenhafter Vorstand darf es nicht dazu kommen lassen, dass der Eintritt eines Millionenschadens vom passenden Kleingeld für die Parkuhr abhängt. Er muss sich anders zu helfen wissen (früher losfahren, besser noch sich fahren lassen oder sicherstellen, dass er seine Geschäftspartner über Verzögerungen unterrichten kann). Gelingt ihm das nicht oder will er sich nicht präventiv auf entsprechende Widrigkeiten einstellen, muss er seiner Gesellschaft gegenüber auch die Verantwortung tragen. Im Übrigen gilt das Beispiel wie für viele: *Hard cases make bad law.*¹¹³

Die herrschende Lehre weist zu Recht darauf hin, dass es Rechtsnormen zweiter Klasse nicht gibt.¹¹⁴ In Anlehnung an Art. 2 EGBGB könnte man auch sagen: Gesetz im Sinne des Aktiengesetzes ist jede Rechtsnorm. „[O]b ein Verhalten straf- oder [nur] bußgeldbewehrt ist, ob es sich um eine verwaltungsrechtliche oder eine durch das Deliktsrecht abgesicherte Pflicht handelt oder sich das Verbot in einem Gesetz oder einer Rechtsverordnung wiederfindet“, spielt für die Legalitätspflicht tatbestandlich keine Rolle.¹¹⁵ Selbst Verwaltungsakte verlangen strikte Beachtung.¹¹⁶ Die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht sagen zudem nicht, welche Verstöße bloß unbedeutende Formalverstöße oder Bagatellen darstellen und welche Vorschriften lediglich Ordnungscharakter haben sollen. Es steht zu vermuten, dass sich dafür jenseits rhetorischer Evidenz auch kein trennscharfes Abgrenzungskriterium finden lässt.¹¹⁷

¹¹² Kocher, CCZ 2009, 215, 218; das Beispiel findet sich vorher schon bei Glöckner/Müller-Tautphaeus, AG 2001, 344, 345; abgespeckt auch bei Bachmann, Compliance, S. 65, 77; und später bei Werner, CCZ 2010, 143, 144; Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 147; sowie ähnlich bei Habersack, Festschrift U. H. Schneider, S. 429, 438: Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit.

¹¹³ Vgl. *Winterbottom v Wright*, 152 ER 402, 406 (Rolfe B): „Hard cases, it has been frequently observed, are apt to introduce bad law.“

¹¹⁴ Siehe nur Spindler, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 86 (eventuell abweichend Rn. 168); ders., Festschrift Canaris, S. 403, 412; Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 28 f. und 52 jeweils m.w.N.; sowie Thole, ZHR 173 (2009), 504, 520; Armbrüster, VersR 2009, 1293, 1294; Bicker, AG 2014, 8, 11.

¹¹⁵ So Thole, ZHR 173 (2009), 504, 521; zuvor schon Dreher, Festschrift Konzen, S. 85, 92.

¹¹⁶ Zu den Rechtswirkungen von Verwaltungsakten Bumke, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, § 35 Rn. 40 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

¹¹⁷ Rein assoziativ könnte man mit dem Bagatellbegriff auf verfahrensrechtlicher Seite die *Maxime de minimis non curat praetor* (dazu Buß, NJW 1998, 337 ff.; Schmieder, ZZP 120 (2007), 199 ff.) und auf materiellrechtlicher Seite den Einwand des Rechtsmissbrauchs (dazu Chelidonis, JURA 2010, 726, 730 ff.; aus europäischer Perspektive Vogenauer, Abuse of Law, S. 521 ff.; monographisch Eichenhofer, S. 99 ff.) verknüpfen. Indes sind beide vor hohe Hürden gestellt.

Für die Praxis sollte daher klar sein, dass Normbefehle gelten.¹¹⁸ Insbesondere öffentlich-rechtliche Zahlungsgebote, zumal wenn sie strafbewehrt sind, erfordern strikte Befolgung.¹¹⁹ Der II. Zivilsenat hat nicht umsonst im Jahr 2007 seine frühere Rechtsprechung aufgegeben und im Anschluss an den 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs entschieden, dass ein organschaftlicher Vertreter mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters handelt, wenn er „bei Insolvenzzureife der Gesellschaft den sozial- oder steuerrechtlichen Normbefehlen folgend Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherung oder Lohnsteuer abführt“.¹²⁰ Indem man bestimmte Schutzgüter für aktienrechtlich unbeachtlich erklärt, kann man eine Einschränkung der Legalitätspflicht nicht begründen.¹²¹

Der Idee von den nützlichen Pflichtverletzungen verschließt sich die herrschende Lehre ebenfalls mit guten Argumenten.¹²² Zur Begründung stützt sie sich einmal mehr auf den umfassenden Geltungsanspruch der Rechtsordnung: „Zwingende Rechtsnormen formen [...] *abwägungsfeste Vorgaben* und legen so äußere Grenzen unternehmerischer Entscheidungen fest [...]“.¹²³ Die Einhal-

¹¹⁸ Bestenfalls missverständlich *Steuber*, Festschrift Hommelhoff, S. 1165: „Explizite Forderungen an einen bestimmten Adressatenkreis, die Gesetze zu achten und einzuhalten, fanden sich lange Zeit nicht in unseren Gesetzen. Die Einhaltung von Recht und Gesetz wurde in unserem Kulturkreis bis vor wenigen Jahren als ein immanentes Gebot und nicht als eine von Fall zu Fall regelungsbedürftige Forderung angesehen.“ (Fußnote weggelassen); bedenklich hingegen *Sieg/Zeidler*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, § 3 Rn. 36: „Im Ergebnis kann es [...] keine Pflicht gegenüber der Gesellschaft geben, alle Gesetze einzuhalten, es sei denn eine derartige Verpflichtung wird ausdrücklich in den Anstellungsvertrag aufgenommen.“ (Hervorhebung weggelassen).

¹¹⁹ So *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 92 Rn. 38.

¹²⁰ BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 = ZIP 2007, 1265 Leitsatz 1 („Software-Start-up“); zur GmbH ferner BGH, Urteil vom 5.5.2008 – II ZR 38/07 = ZIP 2008, 1229, 1230 Tz. 13; BGH, Urteil vom 2.6.2008 – II ZR 27/07 = NZG 2008, 628, 629 Tz. 6; BGH, Urteil vom 29.9.2008 – II ZR 162/07 = NJW 2009, 295 f. Tz. 10; anders für Arbeitgeberbeiträge BGH, Urteil vom 8.6.2009 – II ZR 147/08 = NJW 2009, 2599 Tz. 6; dazu *Poelzig/Thole*, ZGR 2010, 836, 841 ff.

¹²¹ So bereits *Wiedemann*, Organverantwortung, S. 15: „Das Aktiengesetz legt dem Vorstand in § 93 Abs. 3 seine eigenen Vorschriften ans Herz – aber dieser verständliche Ressortegoismus läßt nicht den Schluß zu, daß die Beachtung der übrigen staatlichen Gesetze oder der Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen weniger ernstzunehmen ist.“

¹²² Vgl. v. *Godin/Wilhelmi*, § 93 Anm. 4; *Rehbinder* ZHR 148 (1984), 555, 569 mit Fn. 45; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 134; C. *Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1256; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 52; *ders.*, BB 2008, 1070 f.; M. *Zimmermann*, WM 2008, 433, 435; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 71; *Bayer*, Festschrift K. Schmidt, S. 85, 90 f.; U. H. *Schneider*, Festschrift Hüffer, S. 905, 909; *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 199: „Die persönliche Verantwortung für Rechtstreue kann [...] nicht durch eine Berufung auf nützliche ‚Rechtsbrüche‘ ausgeräumt werden.“; *Kröger*, S. 51 ff.; *Nietsch*, ZIP 2013, 1449, 1454; *Bicker*, AG 2014, 8, 9; *Eisele*, S. 168 ff.

¹²³ *Baums*, ZGR 2011, 218, 224 (Hervorhebungen im Original); starke Worte finden in der amerikanischen Literatur *Strine/Hamermesh/Balotti/Gorris*, 98 Geo.L.J. 629 (2010): Der entgegengesetzte Standpunkt sei rechtlich falsch (S. 648: „a very narrow – and legally wrong – answer to the ‚loyal to what‘ question“), gekünstelt (S. 652: „artificial idea that a director may be loyal to the corporation by causing it to pursue profit through unlawful activity“) und letzten Endes dumm (S. 653: „To somehow contend that it is loyal to engage in consciously unlawful conduct because the director believed in good faith that the conduct would be in the best interests of stockholders desiring profits but in bad faith toward society is, well, silly.“); weitere sachliche Argumente und Nachweise a.a.O., S. 649-651.

tung gesetzlicher Bestimmungen ist dem Gesellschaftsinteresse vorgeordnet.¹²⁴ Deswegen gilt, um ein Wort von Cynthia Williams zu benutzen, „Law-as-Limit“.¹²⁵ Positivrechtliche Anknüpfungspunkte für diese richtige Ansicht können § 396 Abs. 1 Satz 1, § 111 Abs. 4 Satz 2 sowie § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG entnommen werden.¹²⁶ Außerdem kann die herrschende Lehre für sich verbuchen, dass sie gelernt hat, bei der Begründung einer Pflichtverletzung auf die Schadensträchtigkeit des Vorstandshandelns zu verzichten.¹²⁷ Vom Fehlen eines Schadens umgekehrt auf pflichtgemäßes Handeln zu schließen, ist daher nicht angängig.¹²⁸ Dies gilt umso mehr, seit der Bundesgerichtshof klargestellt hat, dass das Gebot der Vorteilsausgleichung und das Bereicherungsverbot auch im Schadensersatzprozess zwischen AG und Vorstand gelten.¹²⁹ Die Nützlichkeit einer Pflichtverletzung ist danach allein eine Frage des Schadens.

Mangelnde Vertragstreue ist nicht stets rechtswidrig ist und führt nicht automatisch zu einer Verletzung der Legalitätspflicht.¹³⁰ Im Regelfall begründet der Verstoß gegen vertraglich übernommene Pflichten der AG nur unter den Voraussetzungen von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eine Pflichtverletzung.¹³¹ Die Vorstandsmitglieder sollten sich aber bewusst sein, dass ein Vertragsschluss bei fehlender Leistungsbereitschaft durchaus als Eingehungsbetrug enden kann.¹³² Dann liegt zugleich ein Verstoß gegen die Legalitätspflicht vor.

¹²⁴ So *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 148 f. mit ausführlicher Begründung; zutimmend *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 514 f., 516 f.; distanziert bis kritisch hingegen *Habersack*, Festschrift U. H. Schneider, S. 429, 434 f.

¹²⁵ *Williams*, 76 N.C.L. Rev. 1265, 1280 (1998).

¹²⁶ Es handelt sich wohlgerne nicht um Geltungsgründe. Das wird mitunter übersehen (dazu oben S. 18 bei und in Fußnote 88). Die zitierten Vorschriften bilden allesamt mögliche Rechtsfolgen bei Legalitätspflichtverstößen ab: § 396 Abs. 1 Satz 1 AktG gestattet die Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliches Urteil, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG verpflichtet den Aufsichtsrat unter Umständen zum Einschreiten (dazu *Rehbinder*, ZHR 148 (1984), 555, 569; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 148; sowie oben S. 17 bei Fußnote 85) und nach § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG dispensiert nur ein gesetzmäßiger Hauptversammlungsbeschluss von der Schadensersatzpflicht (dazu *Dreher*, Festschrift Konzen, S. 85, 92; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 267).

¹²⁷ Siehe oben S. 20 bei Fußnote 103.

¹²⁸ Dazu oben S. 20 bei und in Fußnote 104.

¹²⁹ Siehe BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2101 Tz. 31 („ISION“); BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1961 Tz. 26 („Corealcredit Bank“); sowie *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 521; *Bayer*, Festschrift K. Schmidt, S. 85, 94; *Kapp/Gärtner*, CCZ 2009, 168, 170; *Kocher*, CCZ 2009, 215, 218 f.

¹³⁰ So aber *S. H. Schneider*, DB 2005, 707, 711; tendenziell auch *Koch*, ZGR 2006, 769, 785 f.; *Koch*, § 93 Rn. 38; wie hier dagegen *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 148; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 150; großzügiger *Hellgardt*, WM 2006, 1514, 1519, der eine Innenhaftung für die Verletzung von Verträgen der Gesellschaft in Betracht zieht, wenn der Organwahrer durch den Vertragsbruch im Verhältnis zum Vertragspartner die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllt; ebenso *Spindler*, Festschrift Canaris, S. 403, 423; zuletzt *Bulgrin/Wolf*, AG 2020, 367, 369 Tz. 4.

¹³¹ Vgl. *Bayer*, Festschrift K. Schmidt, S. 85, 89 in Fn. 24: „[S]elbstverständlich [kann] auch eine Vertragsverletzung ein gegenüber der Gesellschaft pflichtwidriges Vorstandshandeln darstellen.“; *U. H. Schneider*, Festschrift Hüffer, S. 905, 912; zur Notwendigkeit rechtlicher Beratung in diesem Zusammenhang *J.-H. Binder*, AG 2008, 274, 280.

¹³² Vgl. *Spindler*, Festschrift Canaris, S. 403, 423; *Rieger*, S. 109; *Bicker*, AG 2014, 8, 10; zur Abgrenzung von Eingehungs- und Erfüllungsbetrug statt vieler *Tiedemann*, in: Leipziger Komm. StGB, § 263 Rn. 38, 201 f.; mit mahnenden Worten *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 199: „Das Vertragsband begründet keine Pflichten minderen Rechts und ein Vertragsbruch schadet obendrein der Reputation des Unternehmens mehr als mancher Gesetzesverstoß.“

Die Rechtsprechung zur Einhaltung des Unternehmensgegenstandes fügt der Rechtsbindung des Vorstands eine wichtige Facette hinzu. Wie insbesondere das Verfahren „Maybach/smart“ zeigt, besteht zwischen der Handlungsfreiheit des Vorstands und der Entscheidungsfreiheit der Hauptversammlung ein Spannungsverhältnis. Will man der Leitungsautonomie der Vorstandsmitglieder anhand ihrer Befugnis zu Delegation und Arbeitsteilung schärfere Konturen verleihen, wie es das Ziel meiner Arbeit ist, muss man daher die Satzungsautonomie der Aktionäre im Blick behalten: Der Vorstand darf nur solche Geschäfte tätigen, die sich in dem von der Satzung abgesteckten Rahmen bewegen.¹³³ Ihm steht, was das angeht, auch nach §§ 76, 77 AktG kein Recht zu, den Umfang seiner Tätigkeit autonom zu bestimmen.¹³⁴ Der Vorstand leitet die Gesellschaft bei der Verfolgung des Unternehmensgegenstandes zwar in eigener Verantwortung, bei der Festlegung des Unternehmensgegenstandes hat er jedoch die Zuständigkeit der Anteilseigner zu respektieren. „Insoweit bleiben die Aktionäre Herren ihres Unternehmens.“¹³⁵ Es erscheint deswegen bedenklich, dass die Stuttgarter Richter von einer unzulässigen Weisung in Geschäftsführungsfragen ausgegangen sind, die lediglich im Gewand einer Satzungsänderung dahergekommen sein soll.¹³⁶ Bei Entscheidungen der Hauptversammlung aufgrund ihrer Satzungscompetenz handelt es sich von vorneherein nicht um Geschäftsführungsmaßnahmen.¹³⁷ Durch die Änderung des Unternehmensgegenstandes kann eine qualifizierte Stimmenmehrheit das Leitungsermessen des Vorstands beliebig einschränken.¹³⁸ Sie kann ihn auf diese Weise auch zu einer Erweiterung oder Begrenzung der bisherigen Tätigkeit der AG verpflichten.¹³⁹ In welchem Ausmaß die Hauptversammlung dies tut, stellt sich eher als eine Frage wirtschaftlicher Klugheit dar und weniger als eine Frage rechtlicher Notwendigkeit.

bb) Rechtsunsicherheit und Rechtsirrtum

Der Unsicherheit des Vorstands in rechtlichen Dingen kann man weder durch die Konzeption einer etwaigen Legal Judgment Rule noch durch eine analoge Anwendung der sog. Business Judgment Rule begegnen. Wie der Vorstand unter dem geltenden Recht mit juristischen Zweifeln

¹³³ Vgl. BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1959 f. Tz. 16 („Corealcredit Bank“).

¹³⁴ So ausdrücklich *Wiedemann*, in: Großkomm. AktG, § 179 Rn. 58.

¹³⁵ *Wiedemann*, in: Großkomm. AktG, § 179 Rn. 67.

¹³⁶ Vgl. AG Stuttgart, Beschluss vom 15.3.2006 – HRB 19360 = NZG 2006, 598, 599 („Maybach/smart“); OLG Stuttgart, Beschluss vom 22.7.2006 – 8 W 271/06 = NZG 2006, 790, 791 („Maybach/smart“); zustimmend *Freitag*, EWiR 2007, 257, 258; *Priester*, Festschrift Hüffer, S. 777, 786; ablehnend *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 82 Rn. 27.

¹³⁷ So *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 76 Rn. 45; ferner *Röhricht*, in: Großkomm. AktG, § 23 Rn. 84 m.w.N.

¹³⁸ So *Wiedemann*, in: Großkomm. AktG, § 179 Rn. 67; *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 76 Rn. 45; sowie *Mülbert*, in: Großkomm. AktG, Vor §§ 118-147 Rn. 42.

¹³⁹ So *Stein*, in: Münchener Komm. AktG, § 179 Rn. 102; siehe auch *Zöllner*, in: Kölner Komm. AktG, § 179 Rn. 117, 119; *Wiedemann*, in: Großkomm. AktG, § 179 Rn. 58: „Die Satzung kann den Unternehmensgegenstand beliebig auf einzelne Waren oder Dienstleistungen beschränken (Aufzählung bestimmter Pharmaka), sie kann aber auch umgekehrt aus einem breiteren Tätigkeitsbereich einzelne Produkte ausklammern (chemische Produkte, aber keine Giftgase).“

umgehen muss, ist keine Frage, die sich auf Ebene der Pflichtverletzung beantwortet, sondern ein Verschuldensproblem.¹⁴⁰

Abweichende Vorschläge aus dem Schrifttum sehen sich vor allem drei Einwänden ausgesetzt: Zum einen gehen sie ohne viel Federlesens über eine vormals völlig unangefochtene Auffassung hinweg, zum anderen stehen sie nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und schließlich widersprechen sie dem Regelungsplan des UMAG-Gesetzgebers.

Das ältere Schrifttum hat die mangelnde Rechtskenntnis von Vorstandsmitgliedern stets nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen zum Verschulden bei Rechtsirrtümern behandelt.¹⁴¹ Im Anschluss an ein Urteil des Reichsgerichts nahm man an, dass sich ein Vorstandsmitglied nicht darauf berufen könne, das geltende Recht nicht gekannt oder falsch verstanden zu haben.¹⁴² Als Regel wurde verlangt, „daß der Vorstand sich mit den das Unternehmen und die Leitung einer Aktiengesellschaft angehenden Gesetzesvorschriften vertraut macht.“¹⁴³ Ein bewusster Verstoß gegen Gesetzes- oder Satzungsbestimmungen sollte stets schuldhaft sein, ein unbewusster nur, wenn die Unkenntnis der verletzten Vorschrift auf Fahrlässigkeit beruhte.¹⁴⁴ Die Unkenntnis einfacher, klarer Rechtssätze galt als fahrlässig, bei der Auslegung unklarer Rechtssätze wurde auch Juristen ein Irrtum nachgesehen.¹⁴⁵ „Bei zweifelhafter oder bestrittener Rechtslage oder bei Einführung neuen Rechts“ – so die Empfehlung der Kommentatoren – sei der Vorstand im eigenen Interesse gehalten, ein Rechtsgutachten einzuholen.¹⁴⁶

Der Bundesgerichtshof hat in den vergangenen zehn Jahren gezeigt, dass er mit diesen Wertungen nicht brechen will. In einer Reihe von Entscheidungen hat er das Thema Geschäftsleiterhaftung und Expertenrat problematisiert, insbesondere unter dem Aspekt rechtlicher Beratung.¹⁴⁷ Im Ausgangspunkt stellt der II. Zivilsenat an die dem Vorstand obliegende Prüfung der Rechtslage und an die Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung strenge Anforderungen.¹⁴⁸ Der Vorstand

¹⁴⁰ Ebenso *H.-F. Müller*, DB 2014, 1301, 1306; *Scholl*, S. 198 Rn. 17.

¹⁴¹ Vgl. *Weipert*, in: *Großkomm. AktG* (1. Aufl. 1939), § 84 Anm. 16; *v. Godin/Wilhelmi*, § 93 Anm. 4 und 6; *Schilling*, in: *Großkomm. AktG* (3. Aufl. 1973), § 93 Anm. 16; ausführlich unten S. 198 nach Fußnote 1238.

¹⁴² Vgl. RG, Urteil vom 5.7.1897 – Rep. VI. 204/97 = RGZ 39, 94, 98 f. („Waldbrauerei II“) zur Haftung eines Konkursverwalters; zustimmend *Ritter*, § 84 Anm. 2.c), S. 276; *Weipert*, in: *Großkomm. AktG* (1. Aufl. 1939), § 84 Anm. 16; *v. Godin/Wilhelmi*, § 93 Anm. 4 und 6; *Schilling*, in: *Großkomm. AktG* (3. Aufl. 1973), § 93 Anm. 16.

¹⁴³ *Weipert*, in: *Großkomm. AktG* (1. Aufl. 1939), § 84 Anm. 16; ebenso *Schilling*, in: *Großkomm. AktG* (3. Aufl. 1973), § 93 Anm. 16.

¹⁴⁴ Siehe *v. Godin/Wilhelmi*, § 93 Anm. 4.

¹⁴⁵ Siehe *Ritter*, § 84 Anm. 2.c), S. 276.

¹⁴⁶ *Schilling*, in: *Großkomm. AktG* (3. Aufl. 1973), § 93 Anm. 16.

¹⁴⁷ Siehe BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 = ZIP 2007, 1265 ff. („Software-Start-up“); BGH, Beschluss vom 16.7.2007 – II ZR 226/06 = DStR 2007, 1641 f. wiedergegeben von *Goette*; BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097 ff. („ISION“); BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220 ff.; ausführlich unten S. 118 nach Fußnote 731.

¹⁴⁸ BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097 Leitsatz 2 („ISION“).

darf sich aber beraten lassen. Er muss dann den Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers einholen, diesen über sämtliche für die Beurteilung erheblichen Umstände informieren und die ihm erteilte Antwort einer eigenen Plausibilitätskontrolle unterwerfen.¹⁴⁹ Damit beweist der Bundesgerichtshof Augenmaß. Er verlangt nicht, dass ein Prüfauftrag ausdrücklich für eine bestimmte Rechtsfrage erteilt wird, sondern nur, dass die Prüfung aus Sicht des nicht fachkundigen Organs die zweifelhafte Frage umfasst.¹⁵⁰ Rechtsrat kann so zu einem unverschuldeten Rechtsirrtum führen und bei dem beklagten Vorstandsmitglied den Vorwurf schuldhaften Handelns entfallen lassen. Unter welchen Voraussetzungen die Inanspruchnahme von Expertenrat im Einzelnen entlastend wirkt, wird im zweiten Kapitel ausführlich dargestellt.¹⁵¹

Die Regierungsbegründung zu § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG deckt sich mit der hergebrachten Lehre. Der UMAG-Gesetzgeber wollte gebundene Entscheidungen im Gegensatz zu unternehmerischen Entscheidungen nicht haftungsrechtlich privilegieren: Für illegales Verhalten gebe es keinen „sicheren Hafen“ im Sinne einer haftungstatbestandlichen Freistellung, im Einzelfall könne es allenfalls am Verschulden fehlen.¹⁵² Anders als unternehmerische Entscheidungen, die infolge ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und nicht justiziable Einschätzungen geprägt sein sollen, unterliegen Legalitätspflichtverstöße sonach einer vollen gerichtlichen Kontrolle. Bei ihnen kommt es nicht nur darauf an, dass der Vorstand vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Vielmehr findet die sog. Business Judgment Rule keine Anwendung, wenn es um die „Beachtung gesetzlicher, satzungsmäßiger oder anstellungsvertraglicher Pflichten ohne tatbestandlichen Beurteilungsspielraum“ geht.¹⁵³

Man kann die Frage anschließen, ob es auch gesetzliche, satzungsmäßige oder anstellungsvertragliche Pflichten mit tatbestandlichem Beurteilungsspielraum gibt. Und falls man sie bejaht, kann man weiterfragen, was bei diesen Pflichten gelten soll.

Auch hier hält die Rechtsprechung zur Einhaltung des Unternehmensgegenstandes interessante Einsichten bereit: Zwar wird vom Vorstand erwartet, dass er die Vorgaben der Satzung unternehmerisch tatkräftig und in eigener Verantwortung ausfüllt. Ob er dabei seine Grenzen überschreitet, stellt jedoch eine vollumfänglich überprüfbare Rechtsfrage dar.¹⁵⁴ In den Entscheidungen in Sachen „Corealcredit Bank“ und „IKB“ mussten der Bundesgerichtshof und das Oberlandesgericht Düsseldorf die einschlägigen Satzungsbestimmungen auslegen. In dem einen Fall war zu beantworten, welche Geschäfte noch zum Betrieb einer Hypothekenbank gehören.¹⁵⁵ In dem

¹⁴⁹ BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 = ZIP 2007, 1265 Leitsatz 2 („Software-Start-up“).

¹⁵⁰ BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220 Leitsatz 2.

¹⁵¹ Siehe unten S. 117 nach Fußnote 730.

¹⁵² So Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp.

¹⁵³ Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp.; den gesetzgeberischen Willen relativiert *Eisele*, S. 159 ff.

¹⁵⁴ Siehe OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – I-6 W 45/09 = ZIP 2010, 28, 31 („IKB“); abweichend *Spindler*, NZG 2010, 281, 283.

¹⁵⁵ Siehe BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1960 Tz. 17 („Corealcredit Bank“).

anderen Fall war die Frage, ob auch der Abschluss von Spekulationsgeschäften unter den Betrieb von „Bankgeschäften aller Art“ und die Erbringung von „Finanzdienstleistungen aller Art“ subsumiert werden kann. Die Satzung berechnete „zu allen Geschäften und Maßnahmen, die geeignet [erschieden], dem Gegenstand des Unternehmens zu dienen“, sie bezeichnete als Unternehmensgegenstand zugleich aber die Förderung der gewerblichen Wirtschaft, in erster Linie durch die Finanzierung des Mittelstandes.¹⁵⁶ In beiden Fällen wurde eine Überschreitung des Unternehmensgegenstandes und folglich ein Legalitätspflichtverstoß angenommen, ohne dem Vorstand einen gerichtlich nicht oder nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Ferner hat der Bundesgerichtshof für die GmbH entschieden, dass es in Haftungsfragen vorrangig auf die gesetzlichen organschaftlichen Pflichten ankommt und eine Verletzung des Anstellungsvertrages daneben keine besondere Rolle spielt.¹⁵⁷ Dies könnte bei der Annahme von satzungsmäßigen oder anstellungsvertraglichen Pflichten mit Beurteilungsspielraum zur Zurückhaltung gemahnen. Ganz ausschließen mag man einen unternehmerischen Entscheidungsfreiraum bei rechtlicher Vorprägung deswegen aber noch nicht. Im vierten Kapitel wird die Frage, wie sich Rechtsbindung und sog. Business Judgment Rule zueinander verhalten, erneut aufgegriffen.¹⁵⁸ Dafür ist es allerdings erforderlich, zunächst den Anwendungsbereich von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG darzustellen.¹⁵⁹

cc) Legalitätskontrollpflicht und Compliance

Zur Legalitätspflicht des Vorstands ist damit vorläufig alles Wesentliche gesagt. Abschließend hinweisen möchte ich nur noch auf die Abgrenzung der Legalitätspflicht vom Begriff der Compliance. Unter Compliance versteht man die Pflicht des Vorstands, alle geeigneten und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um Gesetzesverstöße durch Unternehmensangehörige zu verhindern.¹⁶⁰ Oder in den Worten des Deutschen Corporate Governance Kodex, dass „[d]er Vorstand [...] für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen“ hat (Ziff. 4.1.3 DCGK). Wie wohl Berührungspunkte zur Legalitätspflicht unverkennbar zu Tage treten, soll mit Compliance weniger die Pflicht der Vorstandsmitglieder zur eigenen Rechtstreue angesprochen sein als vielmehr ihre Organisations- bzw. Koordinierungsaufgabe.¹⁶¹ Nur in einer Ein-Mann-GmbH mit Gesellschafter-Geschäftsführer ohne Arbeitnehmer hat

¹⁵⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – I-6 W 45/09 = ZIP 2010, 28, 30 („IKB“).

¹⁵⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 12.6.1989 – II ZR 334/87 = ZIP 1989, 1390, 1392 („Neue Heimat Bayern“); aber auch BGH, Urteil vom 21.4.1994 – II ZR 65/93 = NJW 1994, 2027; BGH, Urteil vom 9.12.1996 – II ZR 240/95 = NJW 1997, 741, 742 („Rechtsreferendar“); BGH, Urteil vom 25.6.2001 – II ZR 38-99 = BGHZ 148, 167, 169 f.; BGH, Urteil vom 16.9.2002 – II ZR 107/01 = NJW 2002, 3777, 3778; BGH, Beschluss vom 26.11.2007 – II ZR 161/06 = ZIP 2008, 117 Tz. 3; BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 309 Tz. 17 („Boygroup“).

¹⁵⁸ Siehe unten S. 192 nach Fußnote 1193.

¹⁵⁹ Siehe unten S. 28 nach Fußnote 169.

¹⁶⁰ Vgl. *Fleischer*, AG 2003, 291, 299; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 145.

¹⁶¹ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 62; *Gebauer/Fett*, in: Handb. Managerhaftung, Rn. 24.1 ff.; *Kremer/Klahold*, in: Handb. Managerhaftung, Rn. 25.1 ff.

der Begriff Compliance definitiv keinen Aussagegehalt, der über denjenigen der Legalitätspflicht hinausgeht.¹⁶²

Gleichbedeutend mit Compliance wird im Schrifttum auch von einer Legalitätskontrollpflicht des Vorstands gesprochen.¹⁶³ Diese Bezeichnung soll verdeutlichen, dass man von der Geschäftsleitung nicht nur selbst ein rechtskonformes Verhalten erwartet. Es treffe sie vielmehr auch die Pflicht, im Rahmen des Erforderlichen und Zumutbaren für die Rechtstreue der übrigen für die Gesellschaft handelnden Personen zu sorgen.¹⁶⁴ So verstanden stellt die Legalitätskontrollpflicht eine „Verlängerung der Legalitätspflicht“ unter dem Gesichtspunkt der Delegation dar.¹⁶⁵ Sobald in der Kapitalgesellschaft bzw. in ihrem Unternehmen arbeitsteilige Strukturen entstehen, nimmt man an, dass viele Handlungspflichten der Geschäftsleitung ihre Unmittelbarkeit verlieren, genauer noch, dass sie sogar ihren Inhalt ändern.¹⁶⁶ Die Delegation soll zwar nicht zu einer Befreiung von der Pflichtenbindung führen. Doch habe der Vorstand nur für die sorgfältige Auswahl, Einweisung und Überwachung der Unternehmensangehörigen (oder Dritten) einzustehen, derer er sich zur Erledigung seiner Aufgaben bediene.¹⁶⁷

Ob dies so zutrifft, spielt nicht nur für die Frage der Verschuldenszurechnung im Rahmen der Organhaftung eine Rolle. Um die Stellung des Vorstands in der Aktiengesellschaft überhaupt richtig beschreiben zu können, ist es unerlässlich, dass man das Verhältnis von Pflichtverletzung und Delegation geklärt hat. Dies soll noch in im ersten Kapitel unternommen werden.¹⁶⁸ Die mit § 278 Satz 1 BGB zusammenhängenden Fragen werden sodann im zweiten Kapitel behandelt.¹⁶⁹

III. Innerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG

Spätestens seit der berühmten „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1997 gehört es im Gesellschaftsrecht zum gesicherten Wissen, dass dem Vorstand bei der Geschäftsführung grundsätzlich ein weiter Handlungsspielraum zusteht. Ohne diesen ist für

¹⁶² Ebenso Goette, ZHR 175 (2011), 388, 396.

¹⁶³ Vgl. Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 62; Verse, ZHR 175 (2011), 401, 403; Holle, S. 45 f., 59 ff.; Seibt, NZG 2015, 1097, 1100; Paefgen, WM 2016, 433, 436; Weyland, NZG 2019, 1041, 1042; mit anderer Nuancierung Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 145: „Legalitätsthroughsetzungspflicht.“

¹⁶⁴ Siehe Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 62 ff., 68 ff., 72 ff., 75; Thole, ZHR 173 (2009), 504, 510; Verse, ZHR 175 (2011), 401, 403; Holle, S. 59 f.; Paefgen, WM 2016, 433, 436.

¹⁶⁵ Verse, ZHR 175 (2011), 401, 404; abweichend Bunting, ZIP 2012, 1542, 1543 ff.

¹⁶⁶ Siehe Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 133; Spindler, in: Münchener Komm. AktG, § 91 Rn. 19; Schmidt-Husson, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 6 Rn. 12; Klöhn, in: Bork/Schäfer, § 43 Rn. 28; Dreher, Festschrift Hopt (2010), S. 517, 536; Verse, ZHR 175 (2011), 401, 404; Kaulich, S. 87, 244; Bunting, ZIP 2012, 1542, 1543; Nietsch, ZIP 2013, 1449, 1451; ders., ZHR 180 (2016), 733, 742; Sander/St. Schneider, ZGR 2013, 725, 728; Holle, S. 60 f.; Bürgers, ZHR 179 (2015), 173, 182; Paefgen, WM 2016, 433, 437 f.

¹⁶⁷ Siehe Verse, ZHR 175 (2011), 401, 403; zustimmend Holle, S. 59 f.

¹⁶⁸ Siehe unten S. 48 nach Fußnote 303.

¹⁶⁹ Siehe unten S. 107 nach Fußnote 670.

den II. Zivilsenat eine unternehmerische Tätigkeit „schlechterdings nicht denkbar“.¹⁷⁰ Der Vorstands verlässt seinen Handlungsspielraum erst dann, „wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewußtsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, [und] auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muß, deutlich überschritten sind, [wenn] die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder [wenn] das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muß.“¹⁷¹ Inhaltsgleich bestimmt § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG seit dem Jahr 2005, dass Vorstandsmitglieder nicht pflichtwidrig handeln, wenn sie bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen dürfen, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.¹⁷²

Die einzelnen Voraussetzungen dieser sog. Business Judgment Rule sollen im Folgenden dargestellt werden. Entsprechend der Zwecksetzung meiner Untersuchung wird es dabei in erster Linie darum gehen, wie sich das Phänomen Expertenrat in das dogmatische Gebäude der Organhaftung einfügen lässt. Darüber hinaus sollen aber auch diejenigen Aspekte des Haftungstatbestandes identifiziert werden, die noch immer offene Fragen aufwerfen. Sie sind im vierten Kapitel wieder aufzugreifen.

1. Unternehmerische Entscheidung

Zum Tatbestandsmerkmal der unternehmerischen Entscheidung verhalten sich die Gesetzesmaterialien nur knapp. Im Wesentlichen beschränkt sich die Regierungsbegründung darauf, unternehmerische Entscheidungen von der „Beachtung gesetzlicher, satzungsmäßiger oder anstellungsvertraglicher Pflichten ohne tatbestandlichen Beurteilungsspielraum“ abzugrenzen.¹⁷³ Das heißt von den oben bereits behandelten Legalitäts- und Treuepflichten.¹⁷⁴ Ferner lässt sich den Er-

¹⁷⁰ BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 253 („ARAG/Garmenbeck“); danach BGH, Urteil vom 3.3.2008 – II ZR 124/06 = BGHZ 175, 365, 368 f. Tz. 11 („UMTS“); in Ansätzen zuvor schon BGH, Urteil vom 13.3.1978 – II ZR 142/76 = BGHZ 71, 40, 49 f. („Kali und Salz“); BGH, Urteil vom 9.7.1979 – II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 108, 110, 113 („Herstatt“); BGH, Urteil vom 5.10.1992 – II ZR 172/91 = BGHZ 119, 305, 331 („Klößner“); BGH, Urteil vom 7.3.1994 – II ZR 52/93 = BGHZ 125, 239, 248 („Deutsche Bank“); zur GmbH BGH, Urteil vom 6.6.1994 – II ZR 292/91 = BGHZ 126, 181, 199; zur KG BGH, Urteil vom 4.7.1977 – II ZR 150/75 = BGHZ 69, 207, 213, 215; zum Betriebsführer einer KG auch BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = ZIP 1982, 578, 583 („Holiday Inn“); aus dem Schrifttum zuletzt *Bachmann*, Festschrift Krieger, S. 61 ff.

¹⁷¹ Siehe BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 253 f. („ARAG/Garmenbeck“).

¹⁷² Der BGH betrachtet die Kodifizierung der sog. Business Judgment Rule durch das UMAG als Festschreibung seiner Rechtsprechung ohne inhaltliche Änderung; siehe BGH, Urteil vom 3.3.2008 – II ZR 124/06 = BGHZ 175, 365, 369 Tz. 11 („UMTS“); BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1961 Tz. 35 („Corealcredit Bank“); BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 312 Tz. 27 („Boygroup“) zur GmbH & Co. KG; implizit auch BGH, Urteil vom 22.2.2011 – II ZR 146/09 = ZIP 2011, 766, 767 Tz. 19; ferner die Bezugnahme auf das „ARAG/Garmenbeck“-Urteil in Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. u. re. Sp.

¹⁷³ Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp.

¹⁷⁴ Siehe oben S. 9 nach Fußnote 31 und S. 13 nach Fußnote 61; *Fleischer*, Festschrift Wiedemann, S. 827, 843 f.; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 88; *Koch*, ZGR 2006, 769, 784 f.; *Koch*, § 93 Rn. 35.

läuterungen der Gesetzesverfasser entnehmen, dass eine unternehmerische Entscheidung bewusst getroffen werden muss.¹⁷⁵

Der Bundesgerichtshof hat dem Merkmal bislang ebenfalls keine größere Trennschärfe verliehen. Offenbar hält es dies nicht für erforderlich. Aus der Sicht unserer Nachbardisziplinen mag man das zwar unbefriedigend finden. Immerhin hat die psychologische, soziologische oder verhaltensökonomische Erfassung von Entscheidungsprozessen ihren intellektuellen Reiz.¹⁷⁶ Für die Rechtsanwendung ist aber zu bedenken, dass der Begriff der unternehmerischen Entscheidung als Türöffner der Haftungsfreistellung in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG funktioniert und dieser Funktion umso weniger gerecht wird, je voraussetzungsvoller man ihn konzipiert.¹⁷⁷ Die im Schrifttum vorhandenen Bemühungen um eine positive Definition¹⁷⁸ werden hier daher nicht weiter verfolgt.¹⁷⁹ Wieder aufzugreifen ist im vierten Kapitel aber die Frage, welche Bedeutung das unternehmerischen Entscheidungen zugeschriebene Prognoseelement¹⁸⁰ bei der Abgrenzung von Legalitätspflichtverstößen besitzt.¹⁸¹ Wie bereits dargelegt, rechtfertigt nicht jede Entscheidung unter (Rechts-)Unsicherheit die (analoge) Anwendung der sog. Business Judgment Rule.¹⁸² Umso

¹⁷⁵ Siehe Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp.; zum Problem intuitiver Entscheidungen *Hamann*, ZGR 2012, 817, 826 ff., 831 ff.

¹⁷⁶ Siehe z.B. *Hamann*, ZGR 2012, 817 ff. in Erwiderung auf *Graumann*, ZGR 2011, 293 ff.

¹⁷⁷ Wie hier, aber mit der gegenläufigen Tendenz *Dauner-Lieb*, Festschrift Röhrich, S. 83, 94 f.; *Arnold*, S. 177; siehe auch *Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1255 ff.; *Koch*, AG 2012, 429, 430; sowie *Casper*, ZHR 176 (2012), 617, 623: Der berüchtigten Interview-Äußerung des ehemaligen Vorstandssprechers der Deutschen Bank, Rolf Breuer, zur Kreditwürdigkeit der Kirch-Gruppe habe keine (!) unternehmerische Entscheidung zugrunde gelegen. Zustimmend *Schöne/Petersen*, AG 2012, 700, 702.

¹⁷⁸ Monströs z.B. *Mutter*, S. 23: „Eine unternehmerische Entscheidung ist [...] jede bewusste Auswahl einer unternehmerischen Handlungsmöglichkeit von besonderer wirtschaftlicher Tragweite aus mehreren Handlungsalternativen, wobei die erforderliche wirtschaftliche Bedeutung dann anzunehmen ist, wenn die so getroffene Entscheidung entweder nach ihrem Umfang oder Risiko von hoher Bedeutung für die Vermögens- oder Ertragslage des Unternehmens ist, oder aufgrund ihrer andauernden Gestaltungswirkung das Unternehmen oder einen Teil desselben so prägt, daß durch diese Ausrichtung die künftige Entwicklung des Unternehmens in seiner Gesamtheit vorgezeichnet wird. [...] Wesentliche Kennzeichen [...] unternehmerischer Entscheidungen sind die regelmäßige Notwendigkeit zur Entscheidung unter Unsicherheit, die vielfache Ausrichtung auf die Zukunft, sowie die häufig hohe Komplexität, alles zusammen also Merkmale, die bei einer späteren rechtlichen (Be-)Wertung unternehmerischen Handelns nicht unbeachtet bleiben können.“ (Fußnoten weggelassen); siehe auch *S. H. Schneider*, DB 2005, 707, 711: „Eine ‚unternehmerische Entscheidung‘ ist die bewusste Auswahl eines Organs der Gesellschaft aus mehreren tatsächlich möglichen und rechtlich zulässigen Verhaltensalternativen, wobei zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung wegen unvorhersehbarer Sachverhaltsentwicklung noch nicht absehbar ist, welche der zur Verfügung stehenden Alternativen sich als die im nachhinein für das Unternehmen wirtschaftlich vorteilhafteste herausstellen wird und deshalb die Gefahr besteht, dass die getroffene Wahl im nachhinein von Dritten als von Anfang an erkennbar falsch angesehen wird.“; monographisch *Eisele*, S. 148 ff.; *Kauer*, S. 168 ff.

¹⁷⁹ Ebenso *M. Roth*, S. 77 ff.; *ders.*, BB 2004, 1066, 1068; *Hopt/ders.*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 84; *Langenbucher*, DStR 2005, 2083, 2086; *Ziemons*, in: *Nirk/Ziemons/Binneweis*, Rn. I 8.720; *Rahlmeyer/Gömöry*, NZG 2014, 616, 617; tendenziell auch *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 93 Rn. 89; abweichend wohl *Graumann*, ZGR 2011, 293, 302; sowie *Eisele*, S. 148 f.

¹⁸⁰ Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp.: „Unternehmerische Entscheidungen sind infolge ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und nicht justiziable Einschätzungen geprägt.“

¹⁸¹ Siehe unten S. 192 nach Fußnote 1196.

¹⁸² Siehe oben S. 26 nach Fußnote 153.

mehr muss man jedoch klären, welche unternehmerischen Freiräume bei rechtlicher Vorprägung bestehen.

2. Vernünftigerweise annehmen dürfen

Die Kontrollfrage für unternehmerische Entscheidungen lautet, ob die Geschäftsleiter vernünftigerweise annehmen dürfen, dass sie auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft handeln. Mit dieser Formulierung verfolgt der Gesetzgeber verschiedene Ziele.¹⁸³ Zum einen soll klargestellt werden, dass die prozeduralen und inhaltlichen Voraussetzungen der Entscheidungsfindung aus Sicht des betreffenden Organs zu beurteilen sind. Das Tatbestandsmerkmal gemahnt daran, bei der rechtlichen Beurteilung unternehmerischer Entscheidungen keinem Rückschaufehler (sog. hindsight bias) zu erliegen.¹⁸⁴ Zum anderen soll die unternehmerische Sichtweise begrenzt und objektiviert werden. Die Anforderungen an eine Haftungsfreistellung nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG stehen nicht im Belieben der handelnden Organmitglieder. Vielmehr knüpft die Regierungsbegründung ausdrücklich an Ausführungen des Bundesgerichtshofs aus dem „ARAG/Garmenbeck“-Urteil an: „Das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals wäre etwa dann zu verneinen, wenn das mit der unternehmerischen Entscheidung verbundene Risiko in völlig unverantwortlicher Weise falsch beurteilt worden ist“.¹⁸⁵

Seine endgültige Gestalt hat das Tatbestandsmerkmal des Vernünftigerweise-annehmen-Dürfens erst im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens erhalten. Der Referentenentwurf wollte eine Pflichtverletzung noch ausschließen, „wenn das Vorstandsmitglied [...] ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“¹⁸⁶ An dieser Fassung hat Holger Fleischer kritisiert, dass sie Verschuldenselemente in die Definition der Pflichtverletzung hineintrage und damit zivilrechtliche Kategorien vermengte.¹⁸⁷ Vorzugswürdig sei es, den Begriff der groben Fahrlässigkeit zu streichen und ihn mit dem aus dem US-amerikanischen Gesellschaftsrecht entlehnten Ausdruck „vernünftigerweise“ zu ersetzen.¹⁸⁸ Peter Ulmer hat darauf hingewiesen, dass für eine Reduzierung der Sorgfaltsanforderungen an die Planungsphase unternehmerischer Entscheidungen kein Anlass bestehe.¹⁸⁹ Durch das Kriterium der Angemessenheit werde das Informationserfordernis bereits objektiv begrenzt,

¹⁸³ Siehe zum Folgenden Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 re. Sp.

¹⁸⁴ Vgl. bereits *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 686; *ders.*, Festschrift Wiedemann, S. 827, 832; aus der Rechtsprechung BGH, Urteil vom 9.7.1979 – II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 113 („Herstatt“); kritisch zu der „Gefahr von Rückschaufehlern“ BGH, Urteil vom 12.3.2020 – IX ZR 125/17 = BGHZ 225, 90, 104, 43; dazu *L. Bauer*, ZIP 2020, 2272, 2277.

¹⁸⁵ Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 re. Sp. unter Verweis auf BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 253 f. („ARAG/Garmenbeck“); dazu oben S. 29 bei Fußnote 171; zum Verantwortungsbegriff ausführlich unten S. 177 bei und nach Fußnote 1092.

¹⁸⁶ Bundesministerium der Justiz, RefE UMAG, S. 1, abrufbar unter <http://www.kapitalmarktrecht-im-internet.eu/de/Rechtsgebiete/Gesellschaftsrecht/Artikelgesetze/77/UMAG.htm> (zuletzt abgerufen am 9.8.2017).

¹⁸⁷ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 689, zustimmend *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2106.

¹⁸⁸ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 689.

¹⁸⁹ Vgl. *Ulmer*, DB 2004, 859, 860.

so dass die Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen nicht noch eine weitere Haftungsprivilegierung verdiene. Der Verhaltensmaßstab grober Fahrlässigkeit jedenfalls werde der Verantwortung des Vorstands als ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter nicht gerecht.¹⁹⁰ Da der Gesetzgeber diesen Bedenken Rechnung getragen hat,¹⁹¹ kann man zwei Dinge festhalten. Erstens unterscheidet das Aktiengesetz im Einklang mit dem allgemeinen Haftungsrecht zwischen Pflichtverletzung und Verschulden.¹⁹² Und zweitens hat das UMAG mit der Einführung der sog. Business Judgment Rule keine Lockerung des Verschuldensmaßstabes bewirkt.¹⁹³

Darüber hinaus verbirgt sich hinter dem Gesetzestext, so die Regierungsbegründung, an dieser Stelle eine unausgesprochene Voraussetzung: Die Einschränkung des organschaftlichen Haftungstatbestandes durch die sog. Business Judgment Rule soll auch Gutgläubigkeit der handelnden Organwalter voraussetzen.¹⁹⁴ Was unter Gutgläubigkeit genau zu verstehen ist, verschweigen die Gesetzesmaterialien; sie belassen es bei der Bemerkung, dass die deutsche Regelung Vorbildern aus dem angelsächsischen Rechtskreis entspreche.¹⁹⁵ Dies ist nicht nur misslich, weil im deutschen Recht unter den Begriff der Gutgläubigkeit verschiedene Grade von Fahrlässigkeit subsumiert werden können (§§ 932 Abs. 2, 892 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nimmt man den Gesetzgeber beim Wort, läuft man außerdem Gefahr die vermeintlich auskurierte Kinderkrankheit zu verschleppen: Pflichtverletzung und Verschulden sind auseinanderzuhalten. Im Übrigen scheint das Merkmal der Gutgläubigkeit nicht überschneidungsfrei mit der Treuepflicht zu sein.¹⁹⁶ Womöglich ist es entbehrlich.¹⁹⁷ Dass sich die Lehre zur Gutgläubigkeit nur mit Leerformeln behilft, kann daher nicht verwundern.¹⁹⁸ Hierauf ist im vierten Kapitel zurückzukommen.¹⁹⁹

¹⁹⁰ Vgl. *Ulmer*, DB 2004, 859, 862; ferner *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2106; zustimmend *Langenbacher*, DtSR 2005, 2083, 2086.

¹⁹¹ So ausdrücklich Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 re. Sp.

¹⁹² Eingehend dazu unten S. 169 bei und nach Fußnote 1038.

¹⁹³ Dazu unten S. 92 bei Fußnote 571.

¹⁹⁴ Siehe Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. u. re. Sp.: „[D]as Merkmal der Gutgläubigkeit ist Bestandteil des ‚annehmen Dürfens‘.“

¹⁹⁵ Siehe Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp.; dieser vage komparatistische Hinweis (dazu *Kötz* in Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band 2, Stichwort: Rechtskreislehre, S. 1253 f.) kann nicht ausreichen, um dem US-amerikanischen Recht für die Auslegung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG maßgebliche Bedeutung zuzuschreiben; wie hier *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 44; *Redeke*, ZIP 2011, 59, 61; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 64 f.; abweichend noch *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG (4. Aufl. 2006), § 93 Abs 1 Satz 2, 4 nF Rn. 9; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 14.

¹⁹⁶ Abweichend *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 115.

¹⁹⁷ Siehe *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 31; *Koch*, § 93 Rn. 54; *Bunz*, S. 203; *Bachmann*, Festschrift Stilz, S. 25, 27; siehe aus dem US-amerikanischen Recht *Strine/Hamermesh/Balotti/Gorris*, 98 Geo.L.J. 629 (2010) unter der Überschrift: „Loyalty’s Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporate Law“.

¹⁹⁸ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 691; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 103: „Notbremsfunktion“; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 115: „Notanker richterlicher Entscheidungskontrolle“.

¹⁹⁹ Siehe unten S. 191 bei und nach Fußnote 1186.

Wie die Rechtsprechung mit dem Merkmal des Vernünftigerweise-annehmen-Dürfens umgeht, erschließt sich nur mit Blick auf die weiteren Voraussetzungen von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG. Eine Darstellung der einschlägigen Judikatur und des begleitenden Schrifttums²⁰⁰ wird daher in den folgenden Abschnitten vorgenommen.

3. Handeln auf der Grundlage angemessener Information

a) Intention des Gesetzgebers

Vorstandsmitglieder müssen annehmen, auf der Grundlage angemessener Information zu handeln. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die unternehmerische Entscheidung damit weder verrechtlicht noch vordergründig objektiviert werden.²⁰¹ Dem Vorstand werde vielmehr „in den Grenzen seiner Sorgfaltspflicht ein erheblicher Spielraum eingeräumt, den Informationsbedarf abzuwägen und sich selbst eine Annahme dazu zu bilden.“²⁰² Da Information nicht allumfassend sein könne, müsse der Vorstand das Ausmaß der erforderlichen Informationsbeschaffung „anhand des Zeitvorlaufs, des Gewichts und der Art der zu treffenden Entscheidung und unter Berücksichtigung anerkannter betriebswirtschaftlicher Verhaltensmaßstäbe“ beurteilen.²⁰³ Das individuell angemessene Informationsniveau sehe für die einzelnen Vorstandsmitglieder je nach Ressort unterschiedlich aus.²⁰⁴ Keinesfalls sei es aber damit getan, „dass durch routinemäßiges Einholen von Sachverständigengutachten, Beratervoten oder externe Marktanalysen eine rein formale Absicherung stattfindet.“²⁰⁵ Bereits die Gesetzesbegründung lässt also erkennen, dass man Expertenrat dogmatisch beim Begriff der angemessenen Information verorten muss.

b) Meinungsstand in der Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof verlangt vom Vorstand eine sorgfältige Ermittlung des Sachverhalts. Ohne sie ist für eine Betätigung des unternehmerischen Ermessens kein Raum.²⁰⁶ Zwar hat eine

²⁰⁰ Eisele, S. 298 ff., und S. Binder, S. 128 ff., gehen demgegenüber gesondert auf das Merkmal des Vernünftigerweise-annehmen-Dürfens ein.

²⁰¹ Siehe Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 re. Sp.

²⁰² Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 12 li. Sp.

²⁰³ Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 12 li. Sp.

²⁰⁴ Siehe Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 12 li. Sp.

²⁰⁵ Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 12 li. Sp.

²⁰⁶ Siehe BGH, Urteil vom 3.3.2008 – II ZR 124/06 = BGHZ 175, 365, 371 Tz. 18 („UMTS“); aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung z.B. LG München I, Urteil vom 15.10.2010 – 5 HK O 2122/09 = ZIP 2010, 2451, 2454 f. („HRE“): Bei Transaktionsvolumen in Höhe von € 5,7 Mrd. Unternehmenskauf nur nach Due Diligence; OLG Hamm, Urteil vom 12.7.2012 – I-27 U 12/10 = WM 2012, 2200, 2201 f.: Kreditvergabe ohne Bonitätsprüfung; für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH auch schon BGH, Urteil vom 11.12.2006 – II ZR 243/05 = DStR 2007, 354 mit zust. Anm. Goette = DZWIR 2007, 327 mit zust. Anm. Stein = ZIP 2007, 224, 225 f. Tz. 12: „Über diese bereits für sich genommen haftungsbegründende grobe Pflichtwidrigkeit hinaus ist dem Aufsichtsrat als Sorgfaltspflichtverstoß vor allem anzulasten, Investitionen in erheblichem Umfang gebilligt zu haben, ohne irgendeine Erkundigung über den konkreten Unternehmensgegenstand des geförderten Unternehmens, seine wirtschaftliche Situation, die von ihm verfolgten Geschäftsziele und das für deren Verwirklichung benötigte Kapital einzuholen.“; für die GmbH außerdem BGH, Beschluss vom 14.7.2008 – II ZR 202/07 = NJW 2008, 3361, 3362 f. Tz. 11; OLG Oldenburg, Urteil vom 22.6.2006 – 1 U 34/03 = GmbHR 2006,

Formulierung des II. Zivilsenats, wonach Geschäftsleiter „in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen“²⁰⁷ haben, bei manchen die Befürchtung genährt, der Bundesgerichtshof könne die Sorgfaltsanforderungen überspannen.²⁰⁸ Diese Sorge ist jedoch unbegründet.²⁰⁹

Erstens verlangt der Bundesgerichtshof nicht, dass alle Informationsquellen ausgeschöpft werden, sondern nur „alle verfügbaren“. Man wird sagen dürfen, alle vernünftigerweise verfügbaren. Nicht umsonst hat der Bundesgerichtshof auch das Erfordernis, die Vor- und Nachteile bestehender Handlungsoptionen abzuschätzen, mit der Einschränkung versehen, dass den „erkennbaren“ Risiken Rechnung zu tragen ist.²¹⁰ Zweitens muss der prozessuale Kontext berücksichtigt werden. Es handelt sich bei der Entscheidung aus dem Jahr 2008 um einen Beschluss nach § 544 Abs. 7 ZPO. Der viel kritisierte Passus findet sich in den Hinweisen des Revisionsgerichts für das weitere Verfahren. Diese „Segelanweisung“ erlaubt sprachliche Verknappung, zumal sie mit Nachweisen zur einschlägigen Rechtsprechung versehen ist, die dem Berufungsgericht als Orientierungshilfen dienen. Der Bundesgerichtshof sah den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt, da das Berufungsgericht, ohne den von der Klägersseite mehrfach angebotenen Sachverständigenbeweis zu erheben, allein auf Grundlage des Beklagtenvortrags angenommen hatte, dass der Beklagte die streitgegenständliche Umfinan-

1263 Leitsatz 2, 1265; für die Genossenschaft BGH, Beschluss vom 3.11.2008 – II ZR 236/07 = ZIP 2009, 223 Tz. 3; aus strafrechtlicher Sicht BGH, Urteil vom 13.8.2009 – 3 StR 576/08 = ZIP 2009, 1854, 1857 Tz. 27 f. („WestLB“); für den Aufsichtsrat einer Publikums-KG ferner OLG Düsseldorf, Urteil vom 8.3.1984 – 6 U 75/83 = BB 1984, 997, 999.

²⁰⁷ BGH, Beschluss vom 14.7.2008 – II ZR 202/07 = NJW 2008, 3361, 3362 Tz. 11; ähnlich OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – I-6 W 45/09 = ZIP 2010, 28, 31 („IKB“): „[Die Vorstandsmitglieder] haben [...] alle ihnen zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen.“; für die GmbH & Co. KG BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 314 Tz. 30.

²⁰⁸ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 94; *ders./Wedemann*, AcP 209 (2009), 597, 601 f., 615; *Balthasar/Hamelmann*, WM 2010, 589, 591; *Redeke*, ZIP 2011, 59, 60; *U. H. Schneider*, DB 2011, 99, 101; *J.-H. Binder*, AG 2012, 885, 891; *Freitag/Korch*, ZIP 2012, 2281, 2282 f.; *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1, 3 m.w.N.

²⁰⁹ Einschränkung auch *Hüffer* (10. Aufl. 2012), § 93 Rn. 4g; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 396.

²¹⁰ Siehe BGH, Beschluss vom 14.7.2008 – II ZR 202/07 = NJW 2008, 3361, 3362 Tz. 11; für einen Fall der Aufsichtsratshaftung gemäß §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 AktG anschaulich BGH, Urteil vom 16.3.2009 – II ZR 280/07 = NJW 2009, 2454, 2455 Tz. 15: „[Der Aufsichtsrat] muss sich ein genaues Bild von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft verschaffen und insbesondere in einer Krisensituation alle ihm nach § 90 III, § 111 II AktG zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen [...]“; ebenso OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.5.2012 – I-16 U 176/10 = ZIP 2012, 2299, 2300; ferner OLG Stuttgart, Beschluss vom 19.6.2012 – 20 W 1/12 = ZIP 2012, 1965 f. Leitsatz 2: „Die laufende Überwachung des Vorstands in allen Einzelheiten ist von dem Aufsichtsrat grundsätzlich nicht zu erwarten. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe des Aufsichtsrats, einzelne Geschäftsvorfälle, Zahlungseingänge und Buchhaltungsunterlagen zu überprüfen. In Krisenzeiten sowie bei Anhaltspunkten für eine Verletzung der Geschäftsführungspflichten und insbesondere bei Hinweisen auf existenzgefährdende Geschäftsführungsmaßnahmen ist eine intensivere Überwachungstätigkeit erforderlich. Auch bei einer neu gegründeten Gesellschaft können die Anforderungen an die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats gesteigert sein.“ (Hervorhebungen hinzugefügt); vgl. dazu *Cahn*, WM 2013, 1293, 1298 f.; aber auch OLG Stuttgart, Urteil vom 29.2.2012 – 20 U 3/11 = ZIP 2012, 625, 627 f. („Ferdinand Piëch“); bestätigt durch BGH, Beschluss vom 6.11.2012 – II ZR 111/12 = ZIP 2012, 2438, 2439 („Ferdinand Piëch“).

zierung sorgfältig vorbereitet und umgesetzt habe.²¹¹ Die Klägerinnen hatten vorgetragen und unter Beweis gestellt, inwiefern die durchgeführte Finanzierungsmaßnahme nach anerkannten betriebswirtschaftlichen Grundsätzen eine detaillierte Planrechnung erfordert hätte und inwiefern der Beklagte hinter diesen Grundsätzen zurückgeblieben war.²¹² Dass die Formulierung der Informationsverpflichtung unter diesen Voraussetzungen (mit Wirkung für die Darlegungs- und Beweislast des Beklagten) schärfer ausfällt, kann nicht verwundern. Es sollte aber auch nicht überbewertet werden. Dem Bundesgerichtshof sind die Rechtssachen von grundsätzlicher Bedeutung, die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) vorbehalten, zugleich muss er aber immer auch über einen konkreten Fall entscheiden.²¹³

Weiter hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass sich vernünftige kaufmännische Beurteilungen nicht in einer Momentaufnahme erschöpfen. Die eingegangenen Risiken sind laufend zu prüfen, auf Verschlechterungen der Risikoexposition hat der Vorstand umgehend zu reagieren.²¹⁴

c) Meinungsstand im Schrifttum

Das Schrifttum hat ersichtlich Mühe, dem Merkmal der angemessenen Information Herr zu werden. Man ist sich einig, dass dieser Tatbestandsvoraussetzung eine zentrale Bedeutung für die Anwendung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zukommt.²¹⁵ Jedoch weiß man sie nicht so recht mit Leben zu füllen. Betriebswirtschaftlichen Bestimmungsversuchen begegnet das juristische Schrift-

²¹¹ Siehe BGH, Beschluss vom 14.7.2008 – II ZR 202/07 = NJW 2008, 3361, 3362 Tz. 4; ferner BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1960 Tz. 20 („Corealcredit Bank“): „Soweit [das Berufungsgericht] zu den Vorstandsbeschlüssen [...] ausgeführt hat, für die Entscheidung wäre auf der Ebene der Pflichtgemäßheit, auf der die Darlegungslast bei den Beklagten gelegen hätte, davon auszugehen gewesen, dass sich die Beklagten pflichtgemäß verhalten hätten, handelt es sich um *hypothetische Erwägungen, die die erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen nicht ersetzen können*. Solche Feststellungen waren nicht entbehrlich, weil die Beurteilung, die Beklagten hätten sich pflichtgemäß verhalten, auf Befunden des von der Streithelferin der Beklagten vorgelegten Parteigutachtens beruhen, nach denen die beschlossenen Maßnahmen der Absicherung dienen und risikovermindernd waren. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der in einem solchen Parteigutachten liegende Sachvortrag der Beklagten der Entscheidung nicht schon deshalb zugrunde zu legen, weil die Klägerin ihn schlicht bestritten und keine inhaltliche Auseinandersetzung stattgefunden habe. Da die Vorstandsmitglieder nicht nur darzulegen, sondern gegebenenfalls zu beweisen haben, dass sie ihre Pflichten nicht verletzt haben, konnte sich die Klägerin grundsätzlich auf ein Bestreiten beschränken.“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

²¹² BGH, Beschluss vom 14.7.2008 – II ZR 202/07 = NJW 2008, 3361, 3362 Tz. 2.

²¹³ Zur Bedeutung des Einzelfalls für die Erzeugung eines normativen Entscheidungsprogramms siehe *F. Müller/Christensen*, S. 502 f., 504 ff., 511 ff., 514 ff.; sowie unten S. 143 bei Fußnote 899.

²¹⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 1.12.2008 – II ZR 102/07 = BGHZ 179, 71, 79 Tz. 14 („MPS“); ferner OLG Hamm, Urteil vom 12.7.2012 – I-27 U 12/10 = WM 2012, 2200; siehe auch schon RG, Urteil vom 26.9.1930 – 520/29 II = JW 1931, 40, 41.

²¹⁵ Vgl. *Rodewald/Unger*, BB 2006, 113; *Kiethe*, GmbHR 2007, 393, 395, 399; *Fleischer*, NZG 2008, 371; *Arnold*, S. 179; *Fest*, NZG 2011, 540, 541; *Freitag/Korch*, ZIP 2012, 2281, 2282; *P. Schaub/M. Schaub*, ZIP 2013, 656, 658 f.; für den Aufsichtsrat *Cahn*, WM 2013, 1293, 1297 ff.; monographisch *Kauer*, S. 200 ff.; *Eisele*, S. 239 ff., insbesondere 289 ff.

tum unter Hinweis auf ihre mangelnde Alltagstauglichkeit meist mit Zurückhaltung.²¹⁶ Maßgeblich soll vielmehr der Einzelfall sein.²¹⁷ Je bedeutsamer die unternehmerische Entscheidung für die Gesellschaft ist, desto höhere Anforderungen sind nach allgemeiner Überzeugung an die Entscheidungsvorbereitung und damit an die Qualität der Informationsgrundlage zu stellen.²¹⁸ Zugleich weiß man, dass jede Information einen Grenznutzen besitzt: Je nachdem, was für die Gesellschaft auf dem Spiel steht, müssen der erwartete Informationsgewinn sowie Zeit und Kosten jeder (weiteren) Informationsbeschaffung gegeneinander abgewogen werden.²¹⁹

d) Stellungnahme

aa) Angemessene Information als unternehmerische Entscheidung

Materiell-rechtlich verankern lässt sich der zuletzt genannte Ansatz, indem man die Beurteilung der Angemessenheit von Informationen selbst als unternehmerische Entscheidung apostrophiert, auf die es folgerichtig § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG anzuwenden gilt.²²⁰ Von kritischer Seite wurde zwar eingewandt, dass man sich damit in eine Endlosschleife begeben.²²¹ Ganz so fernliegend ist der Gedanke indes nicht. Der Gesetzgeber hat mit der Einführung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ausdrücklich die Intention verfolgt, „nicht nur die unternehmerische Entscheidung selbst, sondern auch die Planungs- und Informationsphase der gerichtlichen Überprüfung teilweise“ zu entziehen.²²²

²¹⁶ Dazu *Bunz*, S. 160 ff.; *Graumann*, CCZ 2010, 222 ff.; *ders./Engelsleben*, ZCG 2011, 69 ff.; *knapp Fleischer*, NZG 2008, 371 f.

²¹⁷ Siehe *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 104 ff.; *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 93 Rn. 94; zur sog. Fairness Opinion *ders.*, ZIP 2011, 201, 206 f.; ferner *Spindler*, in: *Münchener Komm. AktG*, § 93 Rn. 57; *Koch*, § 93 Rn. 42 f.; *Winnen*, S. 204; *Empt*, KSzW 2010, 107, 109; *Baums*, ZGR 2011, 218, 236; *Lang/Balzer*, WM 2012, 1167, 1174; für den Aufsichtsrat *Cahn*, WM 2013, 1293, 1297; für die GmbH *Decker*, GmbHR 2014, 72, 73; *Bayer*, GmbHR 2014, 897, 898 f.; aus US-amerikanischer Sicht *Cox/Hazen*, Corporations, S. 191: „[J]ust what is required for the board to act reasonably to inform itself varies with the facts.“

²¹⁸ Vgl. *Grundeil/v. Werder*, AG 2005, 825, 832 f.; *Winnen*, S. 205 f.; *Peters*, AG 2010, 811, 813; *P. Schaub/M. Schaub*, ZIP 2013, 656, 659; für eine ausschließlich objektive Beurteilung der Angemessenheit des Informationsniveaus *Ziemons*, in: *Nirk/Ziemons/Binneweis*, Rn. I 8.723.

²¹⁹ Siehe nur *Paefgen*, S. 224 ff.; *Ulmer*, DB 2004, 859, 860; *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 93 Rn. 92; *Spindler*, in: *Münchener Komm. AktG*, § 93 Rn. 55; *Mertens/Cahn*, in: *Kölner Komm. AktG*, § 93 Rn. 33; *Winnen*, S. 206 f.; *Böttcher*, NZG 2009, 1047, 1049; *Baums*, ZGR 2011, 218, 237; *Bunz*, S. 171 ff.; *Lang/Balzer*, WM 2012, 1167, 1168.

²²⁰ Vgl. *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 116 Rn. 80; *Spindler*, NZG 2005, 865, 872; *ders.*, in: *Münchener Komm. AktG*, § 93 Rn. 55; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 844 f.; *Kocher*, CCZ 2009, 215, 220 f.; *Winnen*, S. 220; *Grunewald/Hennrichs*, Festschrift Maier-Reimer, S. 147, 149; *Druey*, Festschrift Goette, S. 57, 65; *Bunz*, S. 179; *Cahn*, WM 2013, 1293, 1298; *U. Schmidt*, in: *Heidel*, § 93 AktG Rn. 87; abweichend *Schlimm*, S. 206 ff.; *Freund*, GmbHR 2011, 238, 239; *A. Baur/Holle*, AG 2017, 597 ff.

²²¹ Vgl. *Freitag/Korch*, ZIP 2012, 2281, 2283; zuvor schon *Redeke*, ZIP 2011, 59, 61; sowie *J. Wagner*, CCZ 2009, 8, 16: „Matrjoschka“; *Druey*, Festschrift Goette, S. 57, 66: „logischer Salto mortale“; wohl ablehnend *Scholl*, S. 254 Rn. 106.

²²² Gegenäußerung BReg, BT-Drucks. 15/5092, S. 41 li. Sp.; relativierend *A. Baur/Holle*, AG 2017, 597, 600 f.

Man muss sich daher nur genau fragen, welches Verhalten den beklagten Vorstandsmitgliedern als potentiell pflichtwidrig und zugleich schadensträchtig vorgehalten wird.²²³ Hat der Vorstand eine unternehmerische Entscheidung getroffen, von der er vernünftigerweise annehmen durfte, dass sie dem Gesellschaftswohl diene, – hat er also z.B. eine Investition getätigt –, sich zuvor aber nicht angemessen informiert – z.B. keinerlei Erkundigungen über die Standortbedingungen einer neuen Fertigungsstätte eingeholt –, so macht er sich für entstehende Schäden haftbar. Die Frage nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG stellt sich im Hinblick auf die Investitionsentscheidung. Um sie zu beantworten, muss beurteilt werden, ob das beklagte Vorstandsmitglied vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zu handeln. Die Angemessenheit des Informationsniveaus ist eine Vorfrage der Haftung für die Investitionsentscheidung. Typischerweise lautet der Vorwurf, dass der Vorstand sich zu wenig informiert habe. Die mögliche Pflichtverletzung besteht in einem Unterlassen. Der mögliche kausale Schaden besteht aber nicht in den Aufwendungen für die unzureichende Informationsbeschaffung, sondern in der fehlgeschlagenen Investition.

Verlangt die Gesellschaft dagegen Schadensersatz für in ihren Augen nutzlose übermäßige Informationsanstrengungen des Vorstands²²⁴ – z.B. für die mehrfache Vergabe von Gutachtenaufträgen –, besteht die mögliche Pflichtverletzung in einem aktiven Tun. Der Vorwurf lautet typischerweise, dass der Vorstand sich zu viel informiert habe. Die Angemessenheit des Informationsniveaus ist dann keine Vorfrage, vielmehr steht die Investition in Informationen im Mittelpunkt des Haftungsprozesses. Im Hinblick auf sie stellt sich die Frage nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG. Verletzt der Vorstand mit der Vergabe des Gutachtenauftrags nicht die Vorschriften der Kapitalerhaltung (Legalitätspflicht) und begünstigt er mit dem Auftrag nicht etwa Verwandte oder Freunde (Treuepflicht), so handelt es sich um eine unternehmerische Entscheidung.²²⁵ Sie ist pflichtgemäß, wenn der Vorstand annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln – z.B. weil er keinen Anlass hatte, an der ausgewiesenen Sachkunde eines Ratgebers zu zweifeln.

Anschaulich zeigen lässt sich diese Differenzierung an einem im Juni 2013 für die GmbH & Co. KG ergangenen Urteil des Bundesgerichtshofs. Der Entscheidung lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH hatte für die KG zur Bestätigung eines bereits in Vollzug gesetzten, mündlich erteilten Auftrages einen schriftlichen Vertrag über Rechts- und Steuerberatung mit einer Anwaltssozietät abgeschlossen. Nach diesem

²²³ Zur Darlegungs- und Beweislast der klagenden Gesellschaft BGH, Urteil vom 22.2.2011 – II ZR 146/09 = ZIP 2011, 766, 767 Tz. 17; grundlegend zur GmbH BGH, Urteil vom 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, 280, 284; ausführlich unten S. 185 bei und nach Fußnote 1140.

²²⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 9.12.1996 – II ZR 240/95 = NJW 1997, 741, 742 („Rechtsreferendar“); *Fleischer*, KSzW 2013, 3, 6; *Bachmann*, NZG 2013, 1121, 1127; zur Verschwendung von Gesellschaftsvermögen durch die Inanspruchnahme von Beratungsleistungen unten S. 130 bei Fußnote 805 und S. 138 nach Fußnote 865.

²²⁵ Nach dem *Lex-specialis*-Grundsatz gilt für die Informationsbeschaffung bei Banken vorrangig das KWG. Der Gesetzgeber hat sich in diesen Fällen für eine volle gerichtliche Kontrolle entschieden. Die sog. Business Judgment Rule ist nicht anwendbar, weil entweder ein Gesetzesverstoß oder aber ein unangemessenes Informationsniveau anzunehmen ist, vgl. *Blasche*, WM 2011, 343, 345 f.; siehe ferner OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 12.12.2007 – 17 U 111/07 = AG 2008, 453, 454 ff. zu §§ 25a, 18 KWG.

Vertrag sollte die Sozietät die KG zu einem Fondsprojekt beraten und dafür ein mittleres sechstelliges Pauschalhonorar erhalten. Bereits ein halbes Jahr zuvor war die Sozietät von den Initiatoren des Fonds mündlich beauftragt worden, den Prospekt und die für die Fondsgründung nötigen Verträge auszuarbeiten. Sie erstellte außerdem eine Prognoserechnung, die im Emissionsprospekt abgedruckt wurde. Der Insolvenzverwalter der Gesellschaft verlangte vom Geschäftsführer Schadensersatz wegen der Verletzung seiner Sorgfaltspflicht beim Abschluss der Honorarvereinbarung. Nach Ansicht des Klägers überstiegen die vereinbarten und von der Gesellschaft gezahlten Honorare die bereits auf gesetzlicher Grundlage angefallenen Gebühren bei Weitem.

Im Ausgangspunkt teilt der Bundesgerichtshof die Annahme des Berufungsgerichts, wonach der Abschluss der Honorarvereinbarung als mögliche Pflichtverletzung in Betracht komme, „weil die Schuldnerin durch die Vereinbarung zu einer Zahlung verpflichtet wurde, die sie bei Zugrundlegung der gesetzlichen Vergütung nicht hätte leisten müssen.“²²⁶ Anders als die Vorinstanz meint der Bundesgerichtshof jedoch, dass die Vereinbarung eines über den gesetzlichen Gebühren liegenden Anwaltshonorars durch das dem Beklagten als Geschäftsführer zustehende unternehmerische Ermessen gedeckt sei.²²⁷ Der Auswahl eines geeigneten Dienstleisters zur Umsetzung des vom Gesellschafterwillen getragenen Unternehmenskonzepts und der Ausgestaltung des damit zusammenhängenden Dienstleistungsvertrags liege eine unternehmerische Entscheidung zugrunde.²²⁸ Einem Geschäftsführer sei es vorbehaltlich vertraglicher Beschränkungen nicht verwehrt, bei der Beauftragung einer Anwaltskanzlei höhere als die gesetzlichen Gebühren, etwa in Form von Pauschal- oder Stundenhonoraren, zu vereinbaren, wenn sachliche Gründe hierfür gegeben seien.²²⁹ Qualifizierte Beratung sei in vielen Fällen sonst gar nicht zu erhalten.²³⁰ Ein Geschäftsleiter handele auch nicht schon deshalb pflichtwidrig, weil er nachträglich eine über den gesetzlichen Gebühren liegende Honorarvereinbarung abschließe oder ein solches Honorar bezahle.²³¹ Es komme allein darauf an, ob er den in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierten Anforderungen genüge.²³² Bei der gebotenen Abwägung der Vor- und Nachteile bestehender Handlungsoptionen stelle die Frage, ob eine Rechtspflicht bestehe, ein bestimmtes Honorar zu zahlen, nur einen Gesichtspunkt unter vielen dar.²³³ Zu Recht benennt der Bundesgerichtshof die Exklusivität der Beratung, den Wunsch nach dauerhafter Bindung des Beraters oder den von allen Ge-

²²⁶ BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 311 f. Tz. 23 f. („Boygroup“).

²²⁷ Siehe BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 312 Tz. 26 („Boygroup“).

²²⁸ Siehe BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 312 Tz. 27 („Boygroup“).

²²⁹ Siehe BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 313 Tz. 29 („Boygroup“).

²³⁰ Siehe BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 313 Tz. 29 („Boygroup“).

²³¹ Vgl. BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 313 f. Tz. 29 („Boygroup“); *Bachmann*, NZG 2013, 1121, 1126; sowie BGH, Urteil vom 21.12.2005 – 3 StR 470/04 = BGHSt 50, 331, 337 („Mannesmann“): „Auch bei fehlender Rechtsgrundlage im Dienstvertrag ist die Bewilligung einer nachträglichen Anerkennungsprämie zulässig, wenn und soweit dem Unternehmen gleichzeitig Vorteile zufließen, die in einem angemessenen Verhältnis zu der mit der freiwilligen Zusatzvergütung verbundenen Minderung des Gesellschaftsvermögens stehen.“

²³² So der Sache nach BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 314 Tz. 29 („Boygroup“).

²³³ Siehe BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 314 Tz. 30 („Boygroup“).

sellschaftern getragenen Willen als weitere Gesichtspunkte, die dafür sprechen können, „eine im kaufmännischen Verkehr ohne Rechtsbindung getroffene mündliche Vereinbarung einzuhalten“, das heißt hier: eine Honorarvereinbarung nachträglich schriftlich zu fixieren.²³⁴

bb) Angemessene Information als methodologische Herausforderung

Die Anwendung der sog. Business Judgment Rule auf die Frage, ob ein Vorstandsmitglied sich angemessen informiert habe, ist demnach in bestimmten Fällen möglich und sinnvoll. Immerhin liegt die Beurteilung des eigenen Informationsbedarfs in der Verantwortung des Vorstands; als unternehmerische Entscheidung ist sie, soweit es im Haftungsprozess allein um die Investition in Informationen geht, ihrerseits an § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zu messen.

Eine weitergehende Konkretisierung fällt jenseits des Einzelfalls dagegen schwer. Eine Schwelle, ab der (externer) Rat eingeholt werden muss, um in den Genuss der Haftungsfreistellung zu kommen, lässt sich allgemeingültig nicht festlegen.²³⁵ Am Tatbestandsmerkmal der angemessenen Information zeigt sich deutlich das teleologische Spannungsverhältnis, das der sog. Business Judgment Rule zugrunde liegt.²³⁶ Sicherheit durch Recht hier und Freiheit vom Recht da. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit steht auf der einen Seite, die Angst vor rechtlicher Überdetermination auf der anderen. Geschäftsleiter wollen und sollen wissen, in welchem Rahmen sie wirtschaftlich agieren können, ohne haftungsrechtliche Konsequenzen fürchten zu müssen. Zugleich ist ihnen jede zu detaillierte Vorgabe ein Hemmschuh unternehmerischer Schaffenskraft. Weil jeder nähere inhaltliche Bestimmungsversuch Gefahr läuft, den erwünschten unternehmerischen Freiraum zu beseitigen, hat bei der Anwendung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG Augenmaß zu walten.²³⁷

Methodologisch absichern lässt sich diese Einsicht, wenn man mit Friedrich Müller davon ausgeht, dass Normativität ein strukturierter Vorgang ist, juristische Falllösung Normkonstruktion bedeutet und jede Rechtsnorm erst im Fall produziert werden muss.²³⁸ Nach Müller setzt sich die

²³⁴ BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 314 Tz. 30 („Boysgroup“); siehe auch *Rahlmeyer/Gömöry*, NZG 2014, 616, 618 f.: „[Der Entlastungsbeweis nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG] wird immer dann gelingen, wenn der Vertrag mit dem Aufsichtsratsmitglied zu für die Gesellschaft vertretbaren Konditionen abgeschlossen wird, wobei Marktüblichkeit, die sich anhand der zu § 57 AktG entwickelten Kriterien bestimmen lässt, ausreichen dürfte. Dem Vorstand ist insoweit zu empfehlen, weitere Angebote einzuholen und sich eine kursorische Marktübersicht zu verschaffen. Darüber hinaus dürfte eine Pflichtverletzung ausscheiden, wenn nur das betreffende Aufsichtsratsmitglied auf Grund seiner besonderen Qualifikation für die Beratungstätigkeit in Betracht kommt. Entscheidend dürfte insoweit sein, dass der Gesellschaft zum Zeitpunkt des Beratungsauftrags kein anderer geeigneter Berater zur Verfügung stand.“

²³⁵ Abweichend *Wendler*, S. 275 f., mit dem Vorschlag einen standartisierten Rückgriff auf externe Expertise für besonders wichtige Entscheidungen zur Pflicht zu machen: Zur Bestimmung der Frage, wann Entscheidungen als besonders wichtig anzusehen seien, dränge sich eine Systematisierung nach monetären Aufgreifschwelle auf, wie sie z.B. in der Zusammenschlusskontrolle im GWB der Fall sei. Wie hier dagegen *P. Schaub/M. Schaub*, ZIP 2013, 656, 659.

²³⁶ Vgl. *Druey*, Festschrift Goette, S. 57, 69.

²³⁷ Vgl. *Arnold*, S. 179.

²³⁸ Siehe *F. Müller/Christensen*, S. 232, 502; für ein Modell performativer Rechtserzeugung *S. Müller-Mall*, S. 211 ff.

abstrakt-generelle Rechtsnorm, die im letzten Arbeitsschritt der Rechtsanwendung zur Entscheidungsformel (Entscheidungsformel, Urteilstenor) verdichtet wird, aus Normprogramm und Normbereich zusammen.²³⁹ Als Normprogramm bezeichnet er die umfassende Konkretisierung sämtlicher Sprachdaten, beginnend mit der Interpretation des Normtextes.²⁴⁰ Als Normbereich die am Normprogramm ausgerichtete Ermittlung der für die Entscheidung relevanten Realdaten.²⁴¹ „Er ist die Menge der *de iure* entscheidungserheblichen Tatsachen des Rechtsfalls.“²⁴² Mit dem Normbereich hält die Wirklichkeit Einzug in den Vorgang der Rechtserzeugung.²⁴³ Um die maßgeblichen Realdaten ermitteln zu können, muss man wissen, welches unternehmerische Vorhaben der Vorstand verfolgt. Da der Begriff der Angemessenheit eine Relation beschreibt, kann man in Unkenntnis des angestrebten Zwecks nicht beurteilen, ob die eingesetzten Mittel angemessen sind. Erforderlich ist daher zunächst, dass der Vorstand sein Ziel benennt, dass er – wie im vierten Kapitel darzulegen ist – sein Leistungsprogramm definiert.²⁴⁴

Solange dieses nicht definiert ist, muss man sich für eine erste Annäherung mit abstrakt formulierten Verhaltensanforderungen begnügen. Hier besteht eine gewisse Parallele zu den vom Bundesgerichtshof im sog. „ISION“-Urteil benannten Kriterien.²⁴⁵ Danach entlastet es den Vorstand, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Gesellschaftsverhältnisse und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Person beraten lässt und die erteilte Auskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht.²⁴⁶ Man sollte zwar nicht darüber hinwegsehen, dass die sog. „ISION“-Rechtsprechung auf der Ebene des Verschuldens spielt. Für die hier interessierende, auf der Pflichtenebene angesiedelte Frage gibt sie dennoch einen Fingerzeig: Vorstandsmitglieder, die nicht erklären können, weshalb sie ihre Ratgeber für sachkundig und zuverlässig gehalten haben, dürfen nicht darauf hoffen, ein Gericht davon zu überzeugen, dass ihre Informationsanstrengungen angemessen waren. Dasselbe gilt, wenn sie ihren Beratern selbst wesentliche Informationen vorenthalten haben oder wenn deren Gutachten offensichtliche Widersprüche oder Begründungslücken aufweisen.

Die Liste möglicher Ratgeber ist lang. In Betracht kommen nicht nur Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Ingenieure, sondern auch Wirtschaftsmathematiker, Geologen oder private Ermittler.²⁴⁷

²³⁹ Siehe *F. Müller/Christensen*, S. 503.

²⁴⁰ Siehe *F. Müller/Christensen*, S. 182 ff., 232 ff., 235 ff., 259 ff.

²⁴¹ Siehe *F. Müller/Christensen*, S. 240 ff.

²⁴² *F. Müller/Christensen*, S. 248 (Hervorhebungen im Original).

²⁴³ Siehe *F. Müller/Christensen*, S. 507.

²⁴⁴ Siehe unten S. 172 bei Fußnote 1058 und S. 175 nach Fußnote 1079.

²⁴⁵ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 92; *ders.*, ZIP 2011, 201, 208 f.; generell zustimmend *Empt*, KSzW 2010, 107, 111 f.; ferner *Peters*, AG 2010, 811, 814 ff.; *J.-H. Binder*, AG 2012, 885, 891 f.; *Lang/Balzer*, WM 2012, 1167, 1169; *P. Schaub/M. Schaub*, ZIP 2013, 656, 659; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körber/Lieder*, § 93 Rn. 13; *Bicker*, AG 2014, 8, 10; wohl auch *Ziemons*, in: *Nirk/Ziemons/Binneweis*, Rn. I 8.725, I 8.752; *Paefgen*, AG 2014, 554, 559; ähnlich *Hieronymi*, S. 162; abweichend *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 110.

²⁴⁶ Siehe BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 18 („ISION“); ausführlich unten S. 120 bei und nach Fußnote 736.

²⁴⁷ Vgl. *Fleischer*, KSzW 2013, 3, 5; zum Einsatz sog. künstlicher Intelligenz *Möslein*, ZIP 2018, 204 ff.

Die Bandbreite der Experten entspricht der Vielgestaltigkeit unternehmerischen Handelns. Ihr Rat wird im Rahmen von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG jeweils an demselben Maßstab gemessen: Die eingeholten Informationen müssen aus Sicht des handelnden Vorstands angemessen sein. Eine fallgruppenartige Erörterung erübrigt sich daher. Detailfragen können der einschlägigen Aufsatzliteratur entnommen werden.²⁴⁸ In jedem Fall haben sich die Mitglieder des Vorstands allerdings der Sachkunde und der Unabhängigkeit ihrer Ratgeber zu versichern. Für den Nachweis der Sachkunde reicht in der Regel eine formale Berufsqualifikation (Abschluss oder Zulassung), bei nicht reglementierten Berufen genügt der Ausweis einschlägiger Erfahrung (Referenzen). An der Unabhängigkeit bestehen Zweifel, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Berater nicht in jeder Hinsicht unvoreingenommen und objektiv urteilt. Allein das Interesse an einer Vergütung begründet auf Seiten des Experten zwar noch keinen Interessenkonflikt.²⁴⁹ Im Nachgang zu dem sog. „IKB“-Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat sich aber die Erkenntnis durchgesetzt, dass man für die Beurteilung der Unabhängigkeit von Ratgebern genau darauf achten muss, welche Leistung diese zu erbringen haben und welchen vergütungsbedingten Fehlanreizen sie dabei unterworfen sind.²⁵⁰

Das Oberlandesgericht Düsseldorf war zu der Überzeugung gelangt, „dass Ratingagenturen als privatwirtschaftlich organisierte Unternehmen, die aufgrund eines konkreten entgeltlichen Auftrages Bewertungen u.a. für Finanzprodukte des jeweiligen Auftraggebers abgeben und bereits im Vorfeld die Auftraggeber bei der Gestaltung der Modelle beraten, nicht wirklich objektiv beurteilen.“²⁵¹ Die Vorstände der IKB Deutsche Industriebank AG hätten den Interessenkonflikt erkennen müssen, immerhin habe die Bank ein unmittelbares Interesse an einem guten Rating gehabt und die Ratingagentur überdies für ihre Dienste bezahlt.²⁵² Zwar verbleiben die Ausführungen des Senats zur Vergütungsstruktur und zum Beratungsverhältnis zwischen der IKB und der Ratingagentur vage, konkrete Feststellungen trifft der Beschluss nicht. Im Schrifttum herrscht aber Einvernehmen, dass Interessenkonflikte geprüft werden müssen, wenn Ratingagenturen von Emittentenseite beauftragt und bezahlt werden (sog. issuer-pays model).²⁵³ Daneben können

²⁴⁸ Zu Vergütungsberatern etwa *Fleischer*, BB 2010, 67, 70 ff.; zu den meist von Investmentbanken oder Wirtschaftsprüfern erstellten sog. Fairness Opinions *Schiessl*, ZGR 2003, 814, 824 f.; *Fleischer*, ZIP 2011, 201, 202; *Decher*, Liber amicorum Martin Winter, S. 99, 104 ff.

²⁴⁹ Siehe unten S. 132 bei Fußnote 817.

²⁵⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – I-6 W 45/09 = ZIP 2010, 28, 32 („IKB“); *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 60; *Fleischer* NJW 2010, 1504, 1505; *Florstedt* AG 2010, 315, 317 ff.; *Empt* KSzW 2010, 107, 112; *Balthasar/Hamelmann*, WM 2010, 589, 592; *Lenz*, Festschrift Graf von Westphalen, S. 469, 474 f.; *Habbe/Köster*, BB 2011, 265, 266 f.; *Freund*, GmbHR 2011, 238, 240; *Lang/Balzer*, WM 2012, 1167, 1169 f.; vorher schon *Rudolph* zfbf 60 (2008), 713, 737 f.; eingehend *Terwedow/Kļaviņa*, Der Konzern 2012, 535, 538 ff.; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 680, 681 ff.; monographisch *Schroeter*, S. 377 ff., 400 f., 406 ff., 705 ff.

²⁵¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – I-6 W 45/09 = ZIP 2010, 28, 32 („IKB“); oben S. 16 bei Fußnote 79.

²⁵² Siehe OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – I-6 W 45/09 = ZIP 2010, 28, 32 („IKB“); *Terwedow/Kļaviņa*, Der Konzern 2012, 535, 539 f.; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 680, 682 f.; *Schroeter*, S. 408 f.

²⁵³ Siehe *St. Schön/Cortez*, IRZ 2009, 11, 16; *Liebscher/Ott*, NZG 2010, 841, 842; *Zimmer*, Festschrift Hopt (2010), S. 2689, 2701 ff.; *ders.*, Gutachten, G 69 ff.; *H.-J. Hellwig*, Festschrift Maier-Reimer, S. 201, 209; *A. Meyer*, CCZ 2011, 41, 44 f.; *Möllers/Wecker*, ZRP, 2012, 106, 107; *Terwedow/Kļaviņa*, Der Konzern 2012, 535, 539 f.; *Jobst/Kapoor*, WM 2013, 680, 682 f.; *P. Schaub/M. Schaub*, ZIP 2013, 656, 660; sowie insbesondere *Schroeter*,

wirtschaftliche (umsatzbezogene) Abhängigkeiten oder gesellschaftsrechtliche Verflechtungen die Unbefangenheit von Ratingagenturen in Zweifel ziehen; besondere Vorsicht sollte walten, wenn eine Ratingagentur bereits im Rahmen der Strukturierung später zu bewertender Finanzinstrumente für den Emittenten tätig wird.²⁵⁴ Darüber hinaus gilt es zu bedenken, dass die von Ratingagenturen erstellten Bonitätsbewertungen keine konkreten Investitionsempfehlungen darstellen.²⁵⁵ Daher kann ein Vorstand kaum je behaupten, er habe auf der Grundlage angemessener Information gehandelt, wenn er sich bei größeren Vermögensanlagen allein auf das Urteil einer einzigen Ratingagentur stützt.²⁵⁶

Aus prozessrechtlicher Sicht wird den Vorstandsmitgliedern angeraten, „eine ausreichende Vorbereitung der Entscheidung sowie eine adäquate Berücksichtigung der relevanten Informationen zu dokumentieren.“²⁵⁷ Dafür tragen sie nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die Darlegungs- und Beweislast.²⁵⁸ Einzelheiten hierzu werden im vierten Kapitel ausgeführt.²⁵⁹

4. Handeln zum Wohle der Gesellschaft

a) Intention des Gesetzgebers

Vorstandsmitglieder müssen annehmen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. In der Vorstellungswelt des Gesetzgebers bedeutet dies, dass ihr Handeln „der langfristigen Ertragsstärke und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und seiner Produkte dient.“²⁶⁰ Der Begriff des Handelns ist denkbar weit zu verstehen. Er beinhaltet sowohl die eigentliche Entscheidung als auch ihre Umsetzung, „gleichviel ob dies durch Rechtsgeschäft oder tatsächliche Handlung geschieht.“²⁶¹ Keiner ausdrücklichen Erwähnung bedurfte im Gesetzestext die Tatsache, dass ein

S. 410, 705 ff., 721 ff., zum Gegenentwurf (sog. investor-pays model) 712 ff.; dazu auch schon *Blaurock*, JZ 2012, 226, 232.

²⁵⁴ Dazu *Schroeter*, S. 726 ff., 728 ff., 730 ff.

²⁵⁵ Siehe *St. Schön/Cortez*, IRZ 2009, 11, 17; *P. Schaub/M. Schaub*, ZIP 2013, 656, 660.

²⁵⁶ Vgl. *Fleischer*, NJW 2010, 1504, 1505: „So wenig wie sich die Vorstandsmitglieder bei einer größeren M&A-Transaktion ausschließlich auf die Fairness Opinion einer Investmentbank verlassen dürfen, dürfen sie sich bei größeren Vermögensanlagen allein auf das Urteil einer Ratingagentur stützen. Gleichsinnig hat der BGH bei Kreditvergabeentscheidungen im Rahmen des § 266 StGB betont, dass sich ein Bankvorstand bei besonders hohen Risiken nicht mehr auf die Risikoeinschätzungen einzelner Organmitglieder (z.B. Kreditvorstand) oder Angestellter (z.B. Kreditsachbearbeiter) verlassen darf.“ (Hervorhebungen und Fußnoten weggelassen) unter Verweis auf BGH, Urteil vom 6.4.2000 – 1 StR 280/99 = BGHSt 46, 30, 35; dazu *Schroeter*, S. 412; für das schweizerische Recht *Meier*, ST 2009, 945, 948; im Ergebnis ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – I-6 W 45/09 = ZIP 2010, 28, 32 („IKB“).

²⁵⁷ *Bunz*, Der Konzern 2012, 444, 445; ferner *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 207: „[F]ehlende Dokumentation [ist] ein zusätzliches Indiz für eine mangelhafte Organisation auf der Vorstandsebene und erschwert daher dem Vorstandsmitglied zusätzlich den Entlastungsbeweis.“

²⁵⁸ Siehe BGH, Urteil vom 8.7.2014 – II ZR 174/13 = BGHZ 202, 26, 38 f. Tz. 33.

²⁵⁹ Siehe unten S.185 bei und nach Fußnote 1140.

²⁶⁰ Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 re. Sp.; ähnlich definiert der Deutsche Corporate Governance Kodex (Präambel) das Unternehmensinteresse als „Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat, [...] für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen [...]“

²⁶¹ Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. u. re. Sp.

Vorstandsmitglied dann nicht zum Wohle der Gesellschaft handelt, wenn es Sonderinteressen verfolgt oder sachfremden Einflüssen nachgibt.²⁶² Gibt ein Geschäftsleiter mit seiner Entscheidung dem eigenen Vorteil oder dem Vorteil Dritter den Vorzug (Interessenkonflikt), kann er sich nicht auf die Haftungsfreistellung gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG berufen.²⁶³

b) Meinungsstand in der Rechtsprechung

Für den Bundesgerichtshof umfasst der dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte zugebilligte Handlungsspielraum auch das Eingehen geschäftlicher Risiken, einschließlich der Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen.²⁶⁴ Die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, darf jedoch nicht in unverantwortlicher Weise überspannt werden.²⁶⁵ Eine Pflichtverletzung kann sich insbesondere daraus ergeben, dass der Vorstand gegen die in seiner Branche anerkannten Erfahrungsgrundsätze verstößt.²⁶⁶ Jedenfalls überschreitet er seinen Handlungsspielraum, „wenn aus der Sicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters [...] das hohe Risiko eines Schadens unabweisbar ist und keine vernünftigen geschäftlichen Gründe dafür sprechen, es dennoch einzugehen.“²⁶⁷ Eine bloß abstrakte Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage der Gesellschaft dürfte nach dem „MPS“-Urteil hierfür jedoch nicht ausreichen.²⁶⁸

²⁶² Siehe Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. u. re. Sp.

²⁶³ Siehe aber Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 re. Sp.: „Legitim ist ein Handeln zum eigenen Vorteil freilich insoweit, als sich dieser nur mittelbar aus dem Wohl der Gesellschaft ableitet. [...] Anders mag der Fall ausnahmsweise [auch dann] zu beurteilen sein, wenn das Organmitglied zuvor den Interessenkonflikt offen gelegt hat (wie es etwa der Deutsche Corporate Governance Kodex empfiehlt) und unter diesen Umständen die Annahme gleichwohl zum Wohle der Gesellschaft zu handeln vernünftig und nachvollziehbar erscheint.“

²⁶⁴ Siehe zur Genossenschaft BGH, Urteil vom 3.12.2001 – II ZR 308/99 = NZG 2002, 195, 196; BGH, Urteil vom 21.3.2005 – II ZR 54/03 = NZG 2005, 562, 563; zur AG bereits RG, Urteil vom 28.6.1930 – IX 4/30 = RGZ 129, 272, 275 f.; später BGH, Urteil vom 3.3.2008 – II ZR 124/06 = BGHZ 175, 365, 371 Tz. 18 („UMTS“): „[F]ür den Vorstand [ist] nach sorgfältiger Ermittlung des Sachverhalts und gewissenhafter Abwägung der Chance und Risiken im Rahmen der unternehmerischen Ermessensfreiheit grundsätzlich nicht nur eine geschäftliche Entscheidung zulässig [...]“; zur KG auch BGH, Urteil vom 4.7.1977 – II ZR 150/75 = BGHZ 69, 207, 213: Die Verwaltungsratsmitglieder sind „nicht gehalten oder auch nur berechtigt, jedes Geschäft zu verhindern, das mit einem Risiko verbunden ist; mit Risiken behaftete Geschäfte sind im kaufmännischen Leben nicht ungewöhnlich.“

²⁶⁵ Siehe BGH, Urteil vom 3.3.2008 – II ZR 124/06 = BGHZ 175, 365, 369 Tz. 11 („UMTS“); BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 253 f. („ARAG/Garmenbeck“); sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – I-6 W 45/09 = ZIP 2010, 28, 32 („IKB“).

²⁶⁶ Siehe BGH, Urteil vom 3.12.2001 – II ZR 308/99 = NZG 2002, 195, 196; sowie BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1962 Tz. 35 („Corealcredit Bank“).

²⁶⁷ BGH, Urteil vom 3.12.2001 – II ZR 308/99 = NZG 2002, 195, 196; sowie BGH, Urteil vom 21.3.2005 – II ZR 54/03 = NZG 2005, 562, 563: „Für Vorstandsmitglieder einer Genossenschaftsbank bedeutet dies, daß Kredite grundsätzlich nicht ohne übliche Sicherheiten und nur unter Beachtung der Beleihungsobergrenzen gewährt werden dürfen [...]. Diese Grundregel hat der Beklagte im Verhältnis zu dem Kreisverband, dessen Vorstand er selbst angehörte, mißachtet, obgleich keine vernünftigen geschäftlichen Erwägungen dafür sprachen, ein solches Risiko gleichwohl einzugehen.“; ferner BGH, Urteil vom 4.7.1977 – II ZR 150/75 = BGHZ 69, 207, 213 f.: „[M]it Risiken behaftete Geschäfte sind im kaufmännischen Leben nicht ungewöhnlich. Darum geht es hier jedoch nicht. Im vorliegenden Falle kommt vielmehr in Betracht, daß B. Forderungen der Klägerin in Höhe von 2,5 Mio. DM an eine Kommanditgesellschaft abgetreten und in dieser Höhe auch – wie von vornherein vorgesehen – eine Kommanditbeteiligung übernommen hat, obwohl diese Gesellschaft – die B. KG – bei den gegebenen Verhältnissen kaum Bestand haben konnte und jede finanzielle Beteiligung ein

c) Meinungsstand im Schrifttum

In der Literatur wird vorgeschlagen, zur näheren Ausdifferenzierung zwischen einzelprojektbezogenen und bestandsbezogenen Risiken zu unterscheiden.²⁶⁹ Bei den einzelprojektbezogenen Risiken soll danach gefragt werden, ob eine einzelne unternehmerische Maßnahme einen Beitrag zur Steigerung des Unternehmenswerts leistet, mit anderen Worten: ob der Nettobarwert des Geschäfts positiv ist.²⁷⁰ Bei der Frage nach den bestandsbezogenen Risiken dagegen soll es darum gehen, inwiefern Ausfall- oder Liquiditätsrisiken zu der Gefahr einer Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft beitragen.²⁷¹ Allerdings handelt es sich nicht um eine dichotome Unterscheidung, sondern um eine Betrachtung aus einander ergänzenden Blickwinkeln²⁷²: „So kann zum Beispiel eine Investition unter Ertragsgesichtspunkten trotz des mit ihr verbundenen Risikos isoliert betrachtet lohnend erscheinen, sich aber gleichwohl im konkreten Einzelfall

außergewöhnliches Wagnis darstellen mußte. Sie sollte ihre wirtschaftliche Grundlage erst durch den Erwerb eines Handelsgeschäfts noch finden. Es bestand jedoch keine hinreichende Aussicht, die insoweit eingeleiteten Schritte – insbesondere den Kaufvertrag zum Erwerb dieses Handelsgeschäfts – erfolgreich abschließen zu können; vor allem war die Gesamtfinanzierung nicht gesichert und noch völlig offen. Die vorhandenen und nach der Planung noch zu erwartenden Eigenmittel der B. KG konnten und sollten den Kaufpreis nur zu einem Bruchteil decken. Die Annahme, die danach erforderlichen Fremdmittel seien zu beschaffen, war in keiner Weise begründet. Die angegangenen Banken hatten eine Kreditgewährung abgelehnt. Verpflichtende Erklärungen oder auch nur konkrete, ernst zu nehmende Zusagen anderer Kreditgeber lagen nicht vor. Unter diesen Umständen waren sowohl die anfängliche Abtretung der Einlagenforderungen als auch die Übernahme der Kommanditbeteiligung als ungewöhnlich leichtfertig anzusehen und begründeten für den von der Geschäftsführung angerufenen Verwaltungsrat die Verpflichtung, seine Zustimmung zu verweigern und darüber hinaus alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel einzusetzen, um die geschäftsführenden Gesellschafter von diesem Vorhaben abzubringen und eine derartige finanzielle Bindung an die B. KG zu verhindern.“; aber auch KG, Urteil vom 22.3.2005 – 14 U 248/03 = ZIP 2005, 1866, 1867 („Berliner Bankgesellschaft“): „In dieser Situation bestand für die damals von den Beklagten geleitete klagende Bank die Entscheidungslage, entweder die erforderlichen weiteren Kredite zu bewilligen und so unter Einsatz erheblicher zusätzlicher Mittel und Erweiterung des bisherigen Kreditvolumens um rund 106 Mio. DM die geschäftlichen Aktivitäten der A. weiter zu fördern, oder die neuen Kredite zu versagen und so – im Ergebnis unstrittig – die A. zumindest in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten mit der Gefahr des finanziellen Zusammenbruchs und damit auch eines – jedenfalls teilweisen – Ausfalls des bisherigen Kreditengagements zu bringen, wobei die Beklagten auch berücksichtigen konnten, dass das Kreditvolumen zugleich durch den Verkauf von mehreren tausend Wohnungen an die konzerneigene F. um fast 88 Mio. DM zurückgeführt werden sollte. In dieser Situation haben die Beklagten nicht gegen ihre Sorgfaltspflichten verstoßen, indem sie sich für die erste Handlungsalternative entschieden und der A. trotz der kritischen Anmerkungen des internen Revisionsberichtes zu diesem Kreditengagement mit Beschluss vom 17. Juli 1997 die zu dieser Zeit erforderlichen weiteren Ankaufkredite bewilligt haben.“; OLG Celle, Urteil vom 28.5.2008 – 9 U 184/07 = WM 2008, 1745, 1747; LG Stuttgart, Urteil vom 29.10.1999 – 4 KfH O 80/98 = DB 1999, 2462, 2463 („ASS“): „Eine offensichtlich außerhalb vertretbarer kaufmännischer Interessenwahrung liegende Entscheidung des Vorstands darf der Aufsichtsrat nicht billigen.“

²⁶⁸ Siehe BGH, Urteil vom 1.12.2008 – II ZR 102/07 = BGHZ 179, 71, 76, 78 Tz. 10, 13 („MPS“).

²⁶⁹ Siehe *Baums*, ZGR 2011, 218, 221, 225 ff., 239; ferner *U. Schmidt*, in: *Heidel*, § 93 AktG Rn. 53; *Hölters*, in: *Hölters/Weber*, § 93 Rn. 136 ff.; *Mertens/Cahn*, in: *Kölner Komm. AktG*, § 93 Rn. 86 f.

²⁷⁰ Siehe *Baums*, ZGR 2011, 218, 225 f., 228 ff. mit Nachweisen aus der betriebswirtschaftlichen Literatur: Der Nettobarwert (net present value) stellt den auf den Investitionszeitpunkt abgezinsten Kapitalwert der künftigen Rückflüsse aus einer Investition abzüglich des für das Projekt aufzuwendenden Investitionsbetrages dar.

²⁷¹ Siehe *Baums*, ZGR 2011, 218, 225 f., 230 f.; ferner *Scholl*, S. 276 f. Rn. 139 ff., S. 395 ff. Rn. 1 ff.; *Eisele*, S. 236 f.

²⁷² So *Baums*, ZGR 2011, 218, 225.

verbieten, weil sich durch sie das Risikopotential in unvertretbarem Maße über die Risikotragfähigkeit des Unternehmens hinaus erhöht.“²⁷³ Dies gelte insbesondere für Geschäfte, die zu einer Verstärkung bestandsgefährdender Entwicklungen oder der Übernahme potentiell insolvenzauslösender Risiken führen.²⁷⁴

Angestoßen durch die Finanzkrise seit dem Jahr 2007 hat sich die deutsche Aktienrechtswissenschaft ferner mit der Steuerung sog. Klumpenrisiken befasst.²⁷⁵ Als Klumpenrisiken bezeichnet man vermeidbare Risikokonzentrationen.²⁷⁶ Sie entstehen, wenn Risiken nicht in ausreichendem Maße diversifiziert werden, etwa weil Kredite nur an ein Unternehmen, nur in einer Branche oder nur in einem räumlichen Gebiet vergeben werden.²⁷⁷ Anders als das Bankaufsichts- und das Investmentrecht kennt das deutsche Aktienrecht keine besonderen Bestimmungen zum Umgang mit diesen Risiken.²⁷⁸ Sie gelten daher auch nicht von sich aus als pflichtwidrig: Das Eingehen von Klumpenrisiken kann durch den Unternehmensgegenstand sogar geboten sein, sei es dass die Gesellschaft extra für diesen Zweck gegründet wurde, sei es dass sie ihr Unternehmen auf nur ein Produkt oder nur eine eng definierte Dienstleistung beschränkt.²⁷⁹ Solange der Vorstand sich in den von der Satzung vorgegebenen Grenzen bewegt, ordnet man die Entscheidung über

²⁷³ *Baums*, ZGR 2011, 218, 226 (Fußnoten weggelassen), 232 unter Hinweis auf die strafrechtlichen Entscheidungen BGH, Urteil vom 27.2.1975 – 4 StR 571/74 = NJW 1975, 1234, 1236 („Arminia Bielefeld“): „Ein Vermögensschaden [und damit eine strafbare Untreue] ist dann anzunehmen, wenn der Täter nur nach Art eines Spielers bewußt und entgegen den Regeln kaufmännischer Sorgfalt eine aufs äußerste gesteigerte Verlustgefahr auf sich nimmt, nur um eine höchst zweifelhafte Gewinnaussicht zu erlangen [...]. Eine eindeutige, allgemeine, für jeden Einzelfall gültige Bewertungsregel wird sich kaum festlegen lassen [...]. Im Zweifel wird es darauf ankommen, ob bei wirtschaftlich vernünftiger, alle bekannten äußeren Umstände berücksichtigender Gesamtbetrachtung die Gefahr eines Verlustgeschäftes wahrscheinlicher ist als die Aussicht auf Gewinnzuwachs.“; und BGH, Urteil vom 24.3.1982 – 3 StR 68/82 = wistra 1982, 148, 150; siehe ferner BGH, Urteil vom 12.6.1990 – 5 StR 268/89 = NJW 1990, 3219, 3220; kritisch BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 = BVerfGE 126, 170, 228 („Landowsky“).

²⁷⁴ Siehe *Baums*, ZGR 2011, 218, 232, 238, 252 ff., 254 ff.; tendenziell abweichend *Fleischer*, NJW 2010, 1504, 1506: Orientierung am theoretisch denkbaren Maximalrisiko drohe, jede unternehmerische Tätigkeit zu lähmen, scharfkantige Abgrenzungskriterien seien noch nicht gewonnen; *Balthasar/Hamelmann*, WM 2010, 589, 590 f.: Bestandsgefährdung allein könne nicht maßgeblich sein, weil sonst jedes gescheiterte Geschäftsmodell zur Haftung führe, Risiken dürften nicht isoliert, d.h. losgelöst von den damit verbundenen Chancen betrachtet werden; siehe ferner *Lutter*, ZIP 2009, 197, 199; *A. Schäfer/Zeller*, BB 2009, 1706, 1708; *Hopt*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 82; *Koch*, § 93 Rn. 53; *Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 20; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 24, 87; *Redeke*, ZIP 2010, 159, 160 ff.; *Spindler*, NZG 2010, 281, 284; *Khanian*, KSzW 2010, 127, 129 f.; *Becker/Walla/Endert*, WM 2010, 875, 878; *U. Schmidt*, in: Heidel, § 93 AktG Rn. 89; sowie *Drygala*, Festschrift Hopt (2010), S. 541, 550 ff.

²⁷⁵ Eingehend *Fleischer/Schmolke*, ZHR 173 (2009), 649, 650 ff.; pointiert kritisch *Lutter*, ZIP 2009, 197, 198 ff.

²⁷⁶ Vgl. *Fleischer/Schmolke*, ZHR 173 (2009), 649, 653.

²⁷⁷ Vgl. *Fleischer/Schmolke*, ZHR 173 (2009), 649, 657 f.; zur Problematik zeitbezogener Risikotransformation („Goldene Regel“, keine kurzfristige Refinanzierung langfristiger Investitionen) *Lutter*, ZIP 2009, 197, 199 m.w.N.; kritisch *Baums*, ZGR 2011, 218, 264 f.; *A. Meyer*, CCZ 2011, 41, 46 f.

²⁷⁸ Vgl. *Fleischer/Schmolke*, ZHR 173 (2009), 649, 659 ff., 667 ff., 673 ff.; zur abweichenden Rechtslage in der Schweiz BGE 99 II 176 E. 2a S. 181 f. („Artella/Steffan“): Dem handelnden Verwaltungsratsmitglied sei anzulasten, dass es eine Risikoverteilung vollständig unterlassen habe. Dazu *Glanzmann*, S. 166 ff.; *Grass*, S. 8 f.; *Gericke/Waller*, in: Basler Komm. OR, Art. 754 Rn. 31b.

²⁷⁹ Vgl. *Fleischer/Schmolke*, ZHR 173 (2009), 649, 674; *Florstedt*, AG 2010, 315, 320; *Müller-Michaels/Wingenter*, AG 2010, 903, 907 f.; tendenziell auch *Ziemons*, in: *Ziemons/Nirk/Binneweis*, Rn. I 8.705.

eine eher diversifizierte oder eher konzentrierte Geschäftsstrategie seinem unternehmerischen Ermessen zu.²⁸⁰ Nur wenn der Vorstand frei verfügbares Gesellschaftsvermögen anlegt und dabei die Konzentration unsystematischer Risiken in Kauf nimmt, soll er einem erhöhten Rechtfertigungsdruck ausgesetzt sein.²⁸¹ Bei Geschäften mit spekulativem Einschlag müsse er zudem darauf achten, ob bereits das jeweils eingegangene Risiko den Rahmen des Vertretbaren sprengt.²⁸² In jedem Fall soll das Eingehen von Klumpenrisiken organisatorische Folgepflichten auslösen, die jenseits aufsichtsrechtlicher Sonderbestimmungen an § 91 Abs. 2 AktG festgemacht werden können.²⁸³ Der Vorstand habe alles Erforderliche zu tun, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig erkannt werden.²⁸⁴ Dem Vorstand ist aber nicht nur aufgegeben, ein Überwachungssystem einzurichten. Es sollen auch Aufgaben verbleiben, derer er sich durch Delegation nicht entledigen kann.²⁸⁵ Entscheidungen, die für die Gesellschaft von erheblichem wirtschaftlichen Gewicht sind, hat der Vorstand demnach selbst zu treffen.²⁸⁶ In welchem Ausmaß sich unternehmerische Entscheidungen auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage auswirken können, darf er nicht aus den Augen verlieren. Erst recht muss der Vorstand im Blick haben, ob Risiken im Hinblick auf ihr bestandsgefährdendes Potential noch vertretbar sind oder nicht.²⁸⁷

d) Stellungnahme

aa) Gesellschaftswohl und Unternehmensgegenstand

Das Handeln zum Wohle der Gesellschaft muss definitionsgemäß ein Handeln in Verfolgung des Unternehmensgegenstandes sein. Andernfalls verletzt der Vorstand seine Legalitätspflicht und kann sich von vornherein nicht auf § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG berufen.²⁸⁸ Dass in der Gesetzesbegründung zum UMAG eine Begrifflichkeit anklingt, die eher aus der Diskussion um das sog. Unternehmensinteresse geläufig ist („langfristige Ertragsstärke und Wettbewerbsfähigkeit“), sollte insofern nicht irritieren.²⁸⁹ Enthält die Satzung keine Befristung, mit deren Ablauf die Gesell-

²⁸⁰ Vgl. *Fleischer/Schmolke*, ZHR 173 (2009), 649, 676.

²⁸¹ Vgl. *Fleischer/Schmolke*, ZHR 173 (2009), 649, 677.

²⁸² Vgl. *Fleischer/Schmolke*, ZHR 173 (2009), 649, 678 f.

²⁸³ Vgl. *Fleischer/Schmolke*, ZHR 173 (2009), 649, 679; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 43 f.; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 91 Rn. 38 ff.; *Baums*, ZGR 2011, 218, 270 ff.

²⁸⁴ Für eine allgemeine Pflicht zur Risikominimierung *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 86; *Ziemons*, in: Nirk/Ziemons/Binneweis, Rn. I 8.707; unter dem Aspekt der Treuepflicht auch *U. Schmidt*, in: Heidel, § 93 AktG Rn. 46, 50 ff.

²⁸⁵ Siehe *Baums*, ZGR 2011, 218, 268 f.

²⁸⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 28.10.1971 – II ZR 49/70 = WM 1971, 1548, 1549 („Neptun“); *U. Schmidt*, in: Heidel, § 93 AktG Rn. 54.

²⁸⁷ Siehe *Baums*, ZGR 2011, 218, 268 f.

²⁸⁸ Siehe oben S. 15 bei und nach Fußnote 72.

²⁸⁹ Siehe oben S. 42 bei und in Fußnote 260; sowie Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 re. Sp.: „Sondereinflüsse außerhalb des Unternehmensinteresses dürfen die Entscheidung nicht beeinflusst haben, was offensichtlich bei Handeln zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen von dem Geschäftsleiter nahestehenden Personen oder Gesellschaften unterstellt werden muss.“; dazu *Bayer/P. Scholz*, ZIP 2015, 1853, 1858; überblicksartig

schaft nach § 262 Abs. 1 Nr. 1 AktG aufgelöst wird, muss der Vorstand die AG grundsätzlich so führen, dass sie eine Zukunft hat.²⁹⁰ Ob mit dem Begriff des Unternehmensinteresses weitergehende Einsichten verbunden sind, kann für die Zwecke meiner Untersuchung dahinstehen.

bb) Gesellschaftswohl und Interessenkonflikte

Von größerer Bedeutung für das Pflichtenprogramm des Vorstands ist hingegen die Frage, ob man in das Tatbestandsmerkmal des Gesellschaftswohls hineinlesen sollte, dass der Vorstand frei von Interessenkonflikten zu handeln habe. Das Erfordernis, unbefangen und unabhängig zu urteilen, formuliert nach landläufiger Überzeugung bereits die organschaftliche Treuepflicht.²⁹¹ Hier besteht Abgrenzungsbedarf. Dasselbe gilt für die angeblich ebenfalls in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG enthaltene, unausgesprochene Voraussetzung gutgläubigen Handelns.²⁹² Mit der Gutgläubigkeit eines Vorstands kann es nicht weit her sein, wenn er den eigenen Nutzen oder den Nutzen anderer über die Interessen der Gesellschaft stellt. Im vierten Kapitel wird zu der Erforderlichkeit dieser beiden Tatbestandsvoraussetzungen Stellung genommen.²⁹³

cc) Gesellschaftswohl und Risikoabwägung

Die Haftungsfreistellung der sog. Business Judgment Rule setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass der Vorstand Chancen und Risiken seines Handelns gewissenhaft gegeneinander abwägt.²⁹⁴ Diese Abwägung kann als eigenständiges Charakteristikum jeder unternehmerischen Entscheidung betrachtet werden.²⁹⁵ Sie setzt ein angemessenes Informationsniveau des Vorstands voraus und gibt dem Handeln zum Wohle der Gesellschaft meines Erachtens einen subsumtionsfähigen Gehalt.

Die gebotene Abwägung ist Chefsache. Der Vorstand muss sie selbst vornehmen. Insofern gilt hier Ähnliches wie bei der Treuepflicht, deren Einhaltung der Vorstand ebenfalls selbst verantwortet.²⁹⁶ Für Aufsichtsratsmitglieder statuiert § 111 Abs. 5 AktG ausdrücklich das Gebot eigenständiger Aufgabenwahrnehmung. Für den Vorstand, der die Gesellschaft nach § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung zu leiten hat, kann kaum ein milderer Maßstab gelten. „Versteht der Vorstand nicht, worüber er entscheidet oder kann er die damit verbundenen Risiken nicht

zum Unternehmensinteresse *Kort*, AG 2012, 605 ff.; wie hier *Bürgers*, in: *Bürgers/Körper/Lieder*, § 93 Rn. 15; eingehend *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 97 ff.; für eine Gleichsetzung *Mertens/Cahn*, in: *Kölner Komm. AktG*, § 93 Rn. 24.

²⁹⁰ Vgl. nur *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 76 Rn. 27: Als verbindliches Mindestziel sei anerkannt, dass der Vorstand für den Bestand und die dauerhafte Rentabilität des Unternehmens zu sorgen habe.

²⁹¹ Siehe oben S. 9 bei und nach Fußnote 34.

²⁹² Siehe oben S. 32 bei Fußnote 194 und bei Fußnote 197.

²⁹³ Siehe unten S. 191 bei Fußnote 1186.

²⁹⁴ Vgl. nur BGH, Urteil vom 3.3.2008 – II ZR 124/06 = BGHZ 175, 365, 371 Tz. 18 („UMTS“).

²⁹⁵ *Seyfarth*, § 23 Rn. 30, bezweifelt hingegen, dass man das Tatbestandsmerkmal des Handelns-zum-Wohle-der-Gesellschaft positiv definieren könne.

²⁹⁶ Siehe oben S. 10 bei Fußnote 39.

vernünftig abschätzen [...], muss er von der beabsichtigten Transaktion absehen [...].²⁹⁷ Fehlt der Sachverstand vermag ihn nicht zu entlasten.²⁹⁸ Es ist daher unumgänglich, dass der Vorstand sich selbst ein Bild von den (bestandsbezogenen) Risiken macht, auch wenn er hierfür auf die Zuarbeit von Angestellten oder externen Beratern zurückgreifen muss. In Anlehnung an die sog. „ISION“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs kann man zumindest eine sorgfältige Plausibilitätsprüfung verlangen.²⁹⁹ Vorlagen von Mitarbeitern oder anderen Experten hat der Vorstand daher kritisch nachzuvollziehen.³⁰⁰

Da der verantwortungsvolle Umgang mit Chancen und Risiken für die Rechtsprechung jedoch den genuin unternehmerischen Aspekt des Vorstandshandelns ausmacht, wird man noch weiter gehen und fordern dürfen, dass die Geschäftsleitung in der Lage ist, eine Maßnahme in jedem Stadium der Risikobewertung an sich zu ziehen.³⁰¹ Immerhin muss der Vorstand bei der Einbindung von Dritten dafür sorgen, dass diese über ihre Aufgaben und Befugnisse unterrichtet sind und über alle Informationen verfügen, die sie zur Erfüllung ihrer Pflichten benötigen.³⁰² Auch wenn der Vorstand sich also der Hilfe anderer bedient, muss er erklären können, welche Gründe seinem Handeln zu Grunde liegen. Übernimmt der Vorstand eine fremde Einschätzung, macht er sich – anders gesagt – fremde Gründe zu eigen, hat er sich genau hierfür zu verantworten.³⁰³

Inwiefern man darüber hinaus für bestimmte Aufgaben von einem Delegationsverbot sprechen kann, wird im folgenden Abschnitt diskutiert.

IV. Pflichtverletzung und Delegation

Bislang wurde dargestellt, welche Pflichten den Vorstand außerhalb und innerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG treffen und inwiefern Expertenrat dabei eine Rolle

²⁹⁷ *Ziemons*, in: *Nirk/Ziemons/Binneweis*, Rn. I 8.725 (Hervorhebungen weggelassen).

²⁹⁸ So *Ziemons*, in: *Nirk/Ziemons/Binneweis*, Rn. I 8.729; siehe auch *M. Hellwig*, E 51: „[D]ie Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten [sollte] verstärkt werden. Das schließt ausdrücklich die Haftung von Regierungsvertretern in den Aufsichtsgremien der öffentlichrechtlichen Banken ein. Die betreffenden Persönlichkeiten müssen ein unmittelbares materielles Interesse daran haben, dass die Risiken eines neuen Geschäftsmodells gründlich analysiert und dargelegt werden. Die Aussage, man habe sich nicht für die Risiken interessiert oder man habe die komplexen Instrumente nicht verstanden und habe sich deshalb auf die Spezialisten verlassen, die diese Geschäfte betrieben, darf keine Grundlage für eine Ausnahme von der Haftung sein.“

²⁹⁹ Siehe BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 18 („ISION“); dazu ausführlich unten S. 120 bei Fußnote 736.

³⁰⁰ Ähnlich *Florstedt*, AG 2010, 315, 318 zum Umgang mit Ratings: „Inhaltlich gehörte zu einem Mindestmaß an Eigenbewertung, die einem ständigen Wandel unterworfenen, von Agentur zu Agentur etwas verschiedenen Methoden, Modelle und Grundannahmen nachzuvollziehen.“ (Hervorhebung und Fußnote weggelassen).

³⁰¹ Vgl. *v. Randow*, ZGR 1996, 594, 604 f.; *Kort*, in: *Großkomm. AktG*, §76 Rn. 49a; *Fleischer*, NJW 2009, 2337, 2342; *ders.*, NJW 2010, 1504, 1505; *P. Schaub/M. Schaub*, ZIP 2013, 656, 659 ff.; *Kuntz*, AG 2020, 801, 814 Rn. 87.

³⁰² Siehe zu den „Residualpflichten“ des Vorstands *Baums*, ZGR 2011, 218, 268 f.; sowie ausführlich unten S. 64 nach Fußnote 400.

³⁰³ Zum Verantwortungsbegriff ausführlich unten S. 177 bei und nach Fußnote 1092.

spielt. Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG verdient vor allem die Legalitätspflicht Aufmerksamkeit. Unwissenheit in Rechtsfragen kann dem Vorstand allenfalls als Rechtsirrtum ausgelegt werden und führt nur dann zu seiner Enthftung, wenn sie unverschuldet ist. Unter welchen Voraussetzungen Expertenrat den Vorwurf fahrlässigen Handelns entfallen lässt, ist daher im zweiten Kapitel zu untersuchen. Innerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG haben vor allem die Tatbestandsmerkmale des Handelns auf der Grundlage angemessener Information und des Handelns zum Wohle der Gesellschaft Bedeutung. Während der Vorstand bei der Informationsbeschaffung ohne weiteres auf fachmännischen Rat zurückgreifen kann, muss er bei der anschließenden Risikobewertung seinem eigenen Sachverstand trauen. Die Aktionäre müssen dies schließlich auch. Vom Vorstand und nicht von den Angestellten der AG oder von externen Beratern erwarten sie eine Antwort darauf, ob und inwiefern sein unternehmerisches Handeln dem Wohle der Gesellschaft dient. Das unternehmerische Handeln des Vorstands bringt in den meisten Fällen jedoch Arbeitsteilung mit sich. Wie der Gesetzgeber im Jahr 1998 anlässlich der Einführung³⁰⁴ von § 91 Abs. 2 AktG klargestellt hat,³⁰⁵ gehört die Organisation des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens zur allgemeinen Leitungsaufgabe i.S.v. § 76 AktG. Dass die konkrete Ausformung der Organisationspflicht u.a. von der Größe, Branche, Struktur und dem Kapitalmarktzugang des jeweiligen Unternehmens abhängig ist, bedurfte keiner ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz.³⁰⁶ Fest steht aber, dass die Überwachungsaufgabe Teil der Gesamtverantwortung des Vorstands ist.³⁰⁷ Hiervon ausgehend soll im Folgenden untersucht werden, welchen Anforderungen der Vorstand bei arbeitsteiligem Handeln unterliegt.

1. Meinungsstand in der Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof hat seit den Siebzigerjahren des letzten Jahrhunderts in mehreren, vornehmlich GmbH-rechtlichen Entscheidungen ausgeurteilt, welches Maß an Sorgfalt von einem ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter nach §§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG bei der Arbeitsteilung und Aufgabenzuweisung zu beachten ist.³⁰⁸ In den Achtzigerjahren hat er zudem eine Reihe von kartellrechtlichen Bußgeldentscheidungen des Kammergerichts

³⁰⁴ Durch Art. 1 des Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.4.1998, BGBl. I, S. 786.

³⁰⁵ Vgl. *Fleischer*, CCZ 2008, 1, 2.

³⁰⁶ Siehe BT-Drucks. 13/9712, S. 15 li. Sp.

³⁰⁷ So BT-Drucks. 13/9712, S. 15 re. Sp.

³⁰⁸ Siehe BGH, Urteil vom 28.10.1971 – II ZR 49/70 = WM 1971, 1548, 1549 („Neptun“) zur AG; sowie BGH, Urteil vom 13.11.1979 – KZR 1/79 = GRUR 1980, 242, 245 („Denkzettel-Aktion“); BGH, Urteil vom 8.10.1984 – II ZR 175/83 = GmbHR 1985, 143 f. („Hausfrau“); BGH, Urteil vom 8.7.1985 – II ZR 198/84 = NJW 1986, 54, 55; BGH, Urteil vom 20.3.1986 – II ZR 114/85 = WM 1986, 789 („KCS“); BGH, Urteil vom 1.3.1993 – II ZR 61/92, II ZR 81/94 = NJW 1994, 2149, 2150; BGH, Urteil vom 7.11.1994 – II ZR 270/93 = BGHZ 127, 336, 346 f.; BGH, Urteil vom 26.6.1995 – II ZR 109/94 = NJW 1995, 2850, 2851; BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 376 ff.; BGH, Urteil vom 9.1.2001 – VI ZR 407/99 = NJW 2001, 969, 970 f.; BGH, Urteil vom 2.6.2008 – II ZR 27/07 = NZG 2008, 628, 629 Tz. 11; BGH, Urteil vom 18.12.2012 – II ZR 220/10 = ZIP 2013, 412, 413 Tz. 17; BGH, Urteil vom 3.5.2016 – II ZR 311/14 = ZIP 2016, 1283, 1285 Tz. 24; BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 167 ff. Tz. 15 ff. („Weltruf“), jeweils zur GmbH (& Co. KG).

korrigiert und dabei der Überwachungsaufgabe der Geschäftsleitung Grenzen gesetzt.³⁰⁹ Prägnant zusammengefasst wurde der Standpunkt der höchstrichterlichen Rechtsprechung in einer Entscheidung des VI. Zivilsenats aus dem Jahr 1996, der allerdings mehrere Urteile des Bundesfinanzhofs vorausgegangen waren. Im Jahr 2018 bot sich dann dem für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenat die Gelegenheit, zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Geschäftsverteilung erneut Stellung zu nehmen. Diese Entscheidung setzt seitdem den Standard.³¹⁰ Aufschlussreich für die Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben auf Dritte sind daneben eine personengesellschaftsrechtliche Entscheidung aus dem Jahr 1981 sowie einige neuere und ältere Urteile zu Drittstellungsverträgen und der Erteilung von Generalvollmachten. Zwei aufsehenerregende strafrechtliche Entscheidungen aus den Jahren 1990 und 2001, nämlich der „Lederspray“-Fall und das Verfahren gegen den früheren CDU-Politiker Hermann Schaufler runden das Bild der organschaftlichen Verantwortlichkeit ab.³¹¹

³⁰⁹ Siehe BGH, Beschluss vom 24.3.1981 – KRB 4/80 = wistra 1982, 34 („Revisionsabteilung“): „[Stichprobenartige überraschende Prüfungen] sind erforderlich und regelmäßig auch geeignet, vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen gesetzliche Vorschriften und Anweisungen der Betriebsleitung zu verhindern, denn sie halten den Betriebsangehörigen vor Augen, daß solche Verstöße entdeckt und gegebenenfalls geahndet werden könnten.“; BGH, Beschluss vom 25.6.1985 – KRB 2/85 = NStZ 1986, 34 („Brückenbau Hopener Mühlenbach“): „Ist allerdings abzusehen, daß stichprobenartige Kontrollen nicht ausreichen, um die genannte Wirkung zu erzielen, weil z. B. die Überprüfung von nur einzelnen Vorgängen etwaige Verstöße nicht aufdecken könnte, so ist der Unternehmer zu anderen geeigneten Aufsichtsmaßnahmen verpflichtet. In solchen Fällen kann es geboten sein, überraschend umfassendere Geschäftsprüfungen durchzuführen. Welchen Umfang Prüfungen im konkreten Fall haben müssen, hängt von den gesamten Umständen des Einzelfalles ab.“; BGH, Beschluss vom 11.3.1986 – KRB 7/85 = WuW/E 1986, 744, 746 („Tessmer“): „Art und Umfang der Aufsichtsmaßnahmen, die von einem Betriebsinhaber oder dem ihm gleichgestellten Vertreter verlangt werden müssen, sind nicht allein an dem Ziel auszurichten, durch eine möglichst umfassende Beaufsichtigung der Betriebsangehörigen jegliche Zuwiderhandlung gegen betriebliche Pflichten zu verhindern. Es sind vielmehr auch die Grenzen des für den Aufsichtspflichtigen realistisch ermittelbaren und die Eigenverantwortung der Betriebsangehörigen zu beachten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß überzogene, von zu starkem Mißtrauen geprägte Aufsichtsmaßnahmen den Betriebsfrieden stören und die Würde des Arbeitnehmers verletzen können. Das gilt vor allem für Maßnahmen, die ausdrücklich oder erkennbar mit einer nicht durch Tatsachen belegten Befürchtung begründet werden, der Arbeitnehmer könnte vorsätzliche Gesetzesverstöße begehen.“; BGH, Beschluss vom 21.10.1986 – KRB 5/86 = wistra 1987, 148 („Prüfgruppe“): „Auch der Umstand, daß vorsätzlich verbotene Absprachen getroffen werden können, die ein mit den Marktverhältnissen und den innerbetrieblichen Gegebenheiten vertrauter Prüfer nicht entdecken kann, begründet für den gemäß § 130 OWiG Verantwortlichen noch nicht die Pflicht, seine Betriebsangehörigen anzuweisen, über alle geschäftlichen Kontakte mit fremden Firmenangehörigen Aktenvermerke anzufertigen.“; ferner BGH, Urteil vom 24.3.1987 – KRB 8/86 = WuW/E 1987, 850, 852 ff. („Zweigniederlassung“); siehe außerdem OLG Stuttgart, Beschluss vom 7.9.1976 – 3 Ss 526/76 = NJW 1977, 1410 („Steinwerk“): Der Betriebsinhaber genüge seiner Aufsichtspflicht nach § 130 OWiG nicht, wenn das Personal nur sorgfältig ausgewählt und gelegentlich angewiesen, nicht aber auch überwacht werde. Die Überwachung mache zumindest stichprobeweise Kontrollen des Betriebsinhabers erforderlich. Wenn er hierzu „aus zeitlichen oder technischen Gründen selbst nicht in der Lage ist, muß er andere geeignete Maßnahmen treffen [...]“; und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.11.1998 – 2 Ss OWi 385-98 – (OWi) 112-98 III = NStZ-RR 1999, 151 f. zur GmbH.

³¹⁰ Vgl. *Fleischer*, DB 2019, 472, 478: „griffiges Vademecum“ für Geschäftsführer und ihre Berater.

³¹¹ Siehe BGH, Urteil vom 6.7.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106 ff. („Lederspray“) zur GmbH; BGH, Urteil vom 6.12.2001 – 1 StR 215/01 = BGHSt 47, 187 ff. („Schaufler“) zur AG; knapp auch BGH, Urteil vom 6.4.2000 – 1 StR 280/99 = BGHSt 46, 30, 35: „Wird die Entscheidung über eine Kreditvergabe wie hier von einem mehrköpfigen Gremium getroffen, kommen auch für den Fall des Einstimmigkeitsprinzips unterschiedliche Verantwortlichkeiten der Beteiligten in Frage. So wird sich der Vorstandsvorsitzende, es sei denn, es gehe um besonders hohe Risiken, auf den Bericht des Kreditsachbearbeiters und des Kreditvorstands verlassen dürfen. Nur wenn sich daraus Zweifel oder Unstimmigkeiten ergeben, ist Rückfrage oder eigene Nachprüfung geboten. Das gleiche gilt für weitere Beteiligte wie die Mitglieder eines Kreditausschusses.“

a) *Bundesgerichtshof*

aa) *Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 („Weltruf“)*

Der „Weltruf“-Entscheidung lag ein Haftungsfall nach § 64 Abs. 2 GmbHG in der bis zum 31. Oktober 2008 geltenden Fassung (a.F.) zugrunde. Anders als das Berufungsgericht hielt der Bundesgerichtshof den Entlastungsbeweis nach § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a.F. für nicht erbracht. Bei dieser Bewertung des Beklagtenvortrags sei zu berücksichtigen, „dass der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung für eine Organisation sorgen muss, die ihm die zur Wahrnehmung seiner Pflichten erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft jederzeit ermöglicht“.³¹² Die persönliche Verantwortung des Geschäftsführers für die Erfüllung der Insolvenzantragspflicht schließe arbeitsteiliges Handeln bzw. eine Ressortverteilung auf der Ebene der Geschäftsleitung zwar nicht aus. Auch eine zulässige Geschäftsverteilung entbinde einen Geschäftsführer, dem nur bestimmte Aufgaben zugewiesen seien, jedoch nicht von seiner eigenen Verantwortung für die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte der Gesellschaft.³¹³

Soweit die Wahrnehmung nicht übertragbarer Aufgaben in Rede steht, wie etwa „die Einstandspflicht des Geschäftsführers für die Gesetzmäßigkeit der Unternehmensleitung“, geht der Bundesgerichtshof von „besonders weitgehenden Kontroll- und Überwachungspflichten gegenüber einem Mitgeschäftsführer“ aus und will er ausdrücklich einen strengen Maßstab an die Pflichterfüllung anlegen.³¹⁴ Mit Nachdruck ermahnt der II. Zivilsenat die Instanzgerichte, dass die Feststellung einer Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung eine klare und eindeutige Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben voraussetzt.³¹⁵ Ein Schriftformerfordernis besteht jedoch nicht.³¹⁶ Ebenso wenig hält der Senat eine bloß faktische oder stillschweigend vorgenommene Aufteilung von vorneherein für ausgeschlossen, auch wenn er insofern auf die Gefahr von Missverständnissen und das damit einhergehende Haftungsrisiko für die Geschäftsleiter hinweist.³¹⁷

Auf Ebene der Geschäftsführung bildet die Organisation der Aufgaben ebenso wie die Aufgabenwahrnehmung selbst einen „Teil der Unternehmensleitung, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu erfüllen ist“.³¹⁸ Maßgeblich sei, dass die Arbeitsteilung auf Geschäftsführungsebene eine ordnungsgemäße Erledigung aller Geschäftsführungsaufgaben durch hierfür fachlich und persönlich geeignete Personen sicherstelle und die Gesamtverantwortung

³¹² BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 166 f. Tz. 14 („Weltruf“) unter Verweis auf BGH, Urteil vom 20.2.1995 – II ZR 9/94 = ZIP 1995, 560, 561.

³¹³ Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 167 Tz. 15 („Weltruf“).

³¹⁴ BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 167 Tz. 15 („Weltruf“) unter Verweis auf BGH, Urteil vom 1.3.1993 – II ZR 61/92, II ZR 81/94 = NJW 1994, 2149, 2150, und BGH, Urteil vom 15.10.1996 – II ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 378 f.

³¹⁵ BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 167 f. Tz. 17 („Weltruf“).

³¹⁶ Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 168 Tz. 17 sowie 170 ff. Tz. 22 ff. („Weltruf“).

³¹⁷ Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 172 Tz. 26 („Weltruf“).

³¹⁸ BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 168 Tz. 19 („Weltruf“).

der Geschäftsführung, insbesondere für nicht delegierbare Angelegenheiten, gewährleistet bleibe.³¹⁹ Es dürfen keine Zuständigkeitslücken entstehen. Für eine Umwandlung der auf die eigene Aufgabenwahrnehmung gerichteten Pflicht in eine Pflicht zur Überwachung der Mitgeschäftsführer ist – so der Bundesgerichtshof – nur dann Raum, wenn die Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung das Vertrauen darauf rechtfertigt, dass jede Geschäftsführungsaufgabe einem Geschäftsführer zugeordnet ist.³²⁰

Wie der II. Zivilsenat weiter ausführt, muss die Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung von allen Geschäftsführern einvernehmlich mitgetragen und die jeweilige Aufgabe einer Person zugeordnet werden, die für die Erledigung fachlich und persönlich geeignet ist. Dieser Eignung müssen sich die Geschäftsführer bei der Aufgabenzuweisung vergewissern.³²¹ Haben sie dies getan, dürfen die nicht zuständigen Organmitglieder annehmen, „von dem nach der Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung zuständigen Geschäftsführer zuverlässig und rechtzeitig diejenigen Informationen zu erhalten, die für die Wahrnehmung der jedem Geschäftsführer persönlich obliegenden Aufgaben erforderlich sind“.³²² Der zuständige Geschäftsführer sei in jedem Fall verpflichtet, die anderen Organmitglieder laufend über die in seinen Bereich fallenden wesentlichen Angelegenheiten der Gesellschaft zu informieren.³²³

Die in der „Weltruf“-Entscheidung formulierten Anforderungen an den Entlastungsbeweis des Geschäftsführers sind, wie der Bundesgerichtshof zu Recht betont, streng.³²⁴ Die Tatsacheninstanzen müssen auf Grundlage des Beklagtenvortrages feststellen können, dass die von den Geschäftsführern gewählte Organisationsform unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse der Gesellschaft sachgerecht war, so dass das unzuständige Organmitglied auf eine ordnungsgemäße Erledigung der Aufgaben durch den zuständigen Geschäftsführer vertrauen durfte.³²⁵ Ferner müssen sie feststellen können, inwieweit sich das beklagte Organmitglied Gewissheit über die fachliche und persönliche Eignung des zuständigen Geschäftsführers verschafft hat. Der Beklagtenvortrag muss ersichtlich machen, „auf Grund welcher Umstände der Beklagte darauf vertrauen durfte, über wesentliche Angelegenheiten der Gesellschaft zuverlässig informiert zu werden, damit er der bei ihm verbliebenen Verantwortlichkeit als Geschäftsführer nachkommen konnte.“³²⁶

³¹⁹ Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 168 f. Tz. 19 („Weltruf“); sowie bereits BGH, Urteil vom 20.3.1986 – II ZR 114/85 = WM 1986, 789 („KCS“); BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 378; BGH, Urteil vom 6.7.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106, 124 („Lederspray“).

³²⁰ Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 169 Tz. 20 („Weltruf“); zu dieser Pflichtenumwandlung bereits RG, Urteil vom 3.2.1920 – II 272/19 = RGZ 98, 98, 100 („Ringofenziegelei“).

³²¹ So BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 169 Tz. 21 („Weltruf“) unter Verweis auf RG, Urteil vom 18.10.1917 – Rep. VI. 143/17 = RGZ 91, 72, 77 („Fredericiastraße 14“).

³²² BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 170 Tz. 21 („Weltruf“); zuvor bereits BGH, Urteil vom 1.3.1993 – II ZR 61/92, II ZR 81/94 = NJW 1994, 2149, 2150.

³²³ Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 170 Tz. 21 („Weltruf“).

³²⁴ Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 174 Tz. 30 („Weltruf“).

³²⁵ Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 173 Tz. 28 („Weltruf“).

³²⁶ BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 173 Tz. 29 („Weltruf“).

Zwar kann es für die Kontroll- und Überwachungspflicht des in Anspruch genommenen unzuständigen Organmitglieds eine Rolle spielen, ob der zuständige Geschäftsführer ihm gegenüber seiner Informationspflicht nachkommt.³²⁷ Aber: Die „Erkennbarkeit der Insolvenzreife [fehlt] auch bei einem bewussten Vorenthalten von Informationen über die wirtschaftliche Lage nur dann [...], wenn diese dem Beklagten auch bei ordnungsgemäßer Überwachung des Mitgeschäftsführers nicht aufgefallen wäre.“³²⁸ Eine schlichte Überprüfung von Kontoständen genüge der Überwachungspflicht nicht.³²⁹ Ebenso wenig sollen wöchentliche Besprechungen der Geschäftsführer dafür ausreichen.³³⁰ Die Durchführung von Besprechungen ermögliche selbst nur die gebotene Information durch den zuständigen Geschäftsführer und stelle damit für sich betrachtet kein Instrument der Kontrolle dar. Das beklagte Organmitglied muss vielmehr zur Überzeugung des Gerichts darlegen und beweisen, dass es sich „auf der Basis der konkreten Besprechungsinhalte und mit gezielten Nachfragen ein eigenes Bild über den [fremden] Geschäftsbereich gemacht hat.“³³¹ Dies wird – so der Bundesgerichtshof – regelmäßig nur möglich sein, wenn solche mündlichen Auskünfte zumindest im Rahmen einer Plausibilitätskontrolle mit den wesentlichen betriebswirtschaftlichen Kennzahlen (betriebswirtschaftlichen Auswertungen) abgeglichen werden.³³² Die Zuständigkeit für die Buchführung der Gesellschaft kann zwar unter den von dem Bundesgerichtshof genannten Voraussetzungen auf einen von mehreren Geschäftsführern übertragen werden. Von der in § 41 GmbHG angeordneten Verantwortlichkeit enthebt dies die anderen Organmitglieder indes nicht. Sie können sich im Prozess daher nicht auf Nichtwissen berufen, sondern müssen dem klägerischen Vortrag zur Zahlungsunfähigkeit durch substantiiertes Bestreiten entgegentreten.³³³

bb) Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95

Bereits in der Entscheidung des VI. Zivilsenats aus dem Jahr 1996 konnte man lesen, dass die Geschäftsführer einer GmbH kraft ihrer Amtsstellung grundsätzlich für alle Angelegenheiten der Gesellschaft zuständig sind.³³⁴ „Dieser vom Gesetz vorgesehenen Allzuständigkeit des Geschäftsführers steht eine entsprechend umfassende Verantwortung für die Belange der Gesellschaft gegenüber. Demgemäß ist auch in einer mehrgliedrigen Geschäftsleitung grundsätzlich jeder Geschäftsführer für die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflichten der Gesellschaft [...] verantwortlich. Dieser Pflichten können sich die Geschäftsführer weder durch Zuständigkeitsverteilung

³²⁷ Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 174 Tz. 31 („Weltruf“).

³²⁸ BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 174 Tz. 32 („Weltruf“).

³²⁹ Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 174 Tz. 32 („Weltruf“).

³³⁰ Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 174 f. Tz. 33 („Weltruf“).

³³¹ BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 175 Tz. 34 („Weltruf“).

³³² Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 175 Tz. 34 („Weltruf“).

³³³ Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 176 f. Tz. 38 („Weltruf“); BGH, Beschluss vom 24.9.2019 – II ZR 248/17 = NZI 2020, 180, 181 Tz. 12; zuvor bereits BGH, Urteil vom 19.1.2016 – II ZR 61/15 = ZIP 2016, 615, 616 Tz. 25; BGH, Urteil vom 19.12.2017 – II ZR 88/16 = BGHZ 217, 129, 136 Tz. 23 („Bugwelle“).

³³⁴ Siehe BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 376; bestätigt durch BGH, Urteil vom 9.1.2001 – VI ZR 407/99 = NJW 2001, 969, 970 f.

gen innerhalb der Geschäftsleitung noch durch Delegation besonderer Aufgaben auf Personen außerhalb der Geschäftsleitung entledigen.“³³⁵ Allerdings könnten interne Zuständigkeitsregeln zu einer Beschränkung der straf- und haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit führen.

Wie der Bundesgerichtshof ausführt, können die Mitglieder des Leitungsorgans ihren Handlungspflichten auf unterschiedliche Weise nachkommen. Es bleibe ihnen unbenommen, die der Gesellschaft obliegenden Pflichten durch organisatorische Maßnahmen zu erfüllen. Möglich sei zum einen die Zuweisung bestimmter Aufgaben an je einzelne Geschäftsführer.³³⁶ „Durch eine derartige Aufteilung der Geschäfte wird die Verantwortlichkeit des nicht betroffenen Geschäftsführers nach innen und außen beschränkt, denn im allgemeinen kann er sich darauf verlassen, daß der zuständige Geschäftsführer die ihm zugewiesenen Aufgaben erledigt. Doch verbleiben dem nicht betroffenen Geschäftsführer in jedem Fall kraft seiner Allzuständigkeit gewisse Überwachungspflichten, die ihn zum Eingreifen veranlassen müssen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, daß die Erfüllung der der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch den zuständigen Geschäftsführer nicht mehr gewährleistet ist [...].“³³⁷ Zum anderen, so der Bundesgerichtshof weiter, können Angelegenheiten auf nachgeordnete Mitarbeiter übertragen werden. Die eigene Verantwortung erlischt aber auch hierbei nicht. Zwar brauche der Geschäftsführer die in sein Ressort fallenden Aufgaben nicht in eigener Person zu erledigen, sondern könne sie auf andere Personen delegieren.³³⁸ „Kraft seiner Organisationsgewalt muß er dann aber sicherstellen, daß die der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch die damit beauftragten Arbeitnehmer auch tatsächlich erfüllt werden. Auch hier wird er sich bei ordnungsgemäßer Organisation im allgemeinen auf die Erledigung durch die dazu berufenen Personen verlassen können, solange zu Zweifeln kein Anlaß besteht. Jedoch trifft ihn auch insoweit eine Überwachungspflicht, die ihn zum Eingreifen verpflichten kann [...].“³³⁹

Die beiden jeweils zur GmbH ergangenen Urteile aus dem Jahr 1996 und dem Jahr 2018 sind auch auf die Aktiengesellschaft anwendbar. Gründe dafür, an eine Delegation durch den Vorstand andere Maßstäbe anzulegen, gibt es nicht. Lediglich die Zuständigkeit und das Verfahren

³³⁵ BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 377 zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung; siehe auch BGH, Urteil vom 6.7.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106, 126 („Leder-spray“): „War [...] der einzelne Geschäftsführer nicht berechtigt, aus eigener Machtvollkommenheit den in Rede stehenden Rückruf anzuordnen, so änderte dies zwar nichts an seiner umfassenden, zur Schadensabwendung verpflichtenden Garantenstellung; wohl aber erfuhren dadurch seine aus dieser Garantenstellung fließenden, konkreten Handlungspflichten eine Begrenzung.“

³³⁶ Siehe BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 377.

³³⁷ BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 377 f.; sowie bereits BGH, Urteil vom 8.7.1985 – II ZR 198/84 = NJW 1986, 54, 55; BGH, Urteil vom 20.3.1986 – II ZR 114/85 = WM 1986, 789 („KCS“); BGH, Urteil vom 26.6.1995 – II ZR 109/94 = NJW 1995, 2850, 2851; siehe auch OLG Köln, Urteil vom 31.8.2000 – 18 U 42/00 = NZG 2001, 135, 136; ferner BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1960 Tz. 22 („Corealcredit Bank“): „Vorstandsmitglieder verletzen ihre Pflichten nicht nur dann, wenn sie eigenhändig tätig werden oder Kollegialentscheidungen treffen, sondern auch, wenn sie pflichtwidrige Handlungen anderer Vorstandsmitglieder oder von Mitarbeitern anregen oder pflichtwidrig nicht dagegen einschreiten.“; ebenso BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 27.

³³⁸ Siehe BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 378.

³³⁹ BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 378.

für den Erlass einer Geschäftsverteilung sind in § 77 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 AktG abweichend geregelt. Auf die Angaben anderer Vorstandsmitglieder darf daher grundsätzlich vertraut werden, allein entbindet dies nicht von der Pflicht, auch ressortfremde Angelegenheiten kritisch zu begleiten.³⁴⁰ Gegenüber Angestellten und externen Dienstleistern ist Vertrauen gerechtfertigt, wenn diese sorgfältig ausgewählt, eingewiesen und überwacht wurden.³⁴¹ Eine gesteigerte Überwachungstätigkeit wird man Vorständen in jeder Hinsicht abverlangen, wenn sie neu im Amt sind.³⁴² Diese Erforderlichkeit kann sich aber auch aus der Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage des Unternehmens ergeben. Insbesondere in einer Krise der Gesellschaft³⁴³ oder bei ungeordneten Verhältnissen im Geschäftsablauf³⁴⁴ sind die Vorstände zu erhöhter Wachsamkeit aufgerufen. Ebenso ist eine eingehendere Kontrolle vonnöten, wenn es in der Vergangenheit zu Ge-

³⁴⁰ Vgl. LG Berlin, Urteil vom 3.7.2002 – 2 O 358/01 = AG 2002, 682, 684 („Hypothekenbank“): „Bei ressortmäßiger Aufteilung [...] haben die nicht zuständigen Vorstandsmitglieder Überwachungspflichten. Sie müssen dafür sorgen, dass die zuständigen Vorstandsmitglieder ihren Pflichten nachkommen [...]. Die gegenseitige Kontrolle der Entscheidungsträger in wichtigen Angelegenheiten ist gerade auch Sinn und Zweck eines mehrköpfigen Führungsorgans.“; sowie OLG Jena, Urteil vom 12.8.2009 – 7 U 244/07 = NZG 2010, 226, 228 zur GmbH; entgegen VG Frankfurt am Main, Urteil vom 8.6.2004 – 1 E 7363/03[1] = WM 2004, 2157, 2161 („Bruderhilfe“), besteht bei eng verbundenen Ressorts allerdings keine intensivere Kontrollverpflichtung (dazu unten S. 97 nach Fußnote 599).

³⁴¹ Vgl. BGH, Urteil vom 7.11.1994 – II ZR 270/93 = BGHZ 127, 336, 347: „Auch nach § 43 GmbHG haftet der Geschäftsführer nur für die ordnungsgemäße Auswahl, Einweisung, Information und Überwachung von Mitarbeitern [...]. Für die im unternehmerischen Mittelstand weitgehend übliche Vergabe der Buchhaltung an den Steuerberater des Unternehmens wird insofern nichts anderes zu gelten haben.“; siehe auch BFH, Urteil vom 30.8.1994 – VII R 101/92 = BFHE 175, 509, 513 f.; BFH, Beschluss vom 4.5.2004 – VII B 318/03 = GmbHR 2004, 1244, 1245; BFH, Beschluss vom 28.8.2008 – VII B 240/07 = BFH/NV 2008, 1983; sowie bereits das strafrechtliche Urteil des RG vom 14.10.1924 – 1 D 763/24 = JW 1925, 261, 262.

³⁴² Siehe BGH, Urteil vom 8.10.1984 – II ZR 175/83 = GmbHR 1985, 143 f. („Hausfrau“): „Anlaß, sich über den Geschäftsgang – selbst oder mit Hilfe Dritter – eingehend zu unterrichten, hat der Geschäftsführer in der Regel dann, wenn er von seinem Vorgänger die Erledigung steuerlicher Angelegenheiten in eigene Verantwortung übernimmt, ohne sich bis dahin von der Ordnungsmäßigkeit des Geschäftsgangs und der fachlichen Zuverlässigkeit der Angestellten selbst überzeugt zu haben.“

³⁴³ Siehe BFH, Urteil vom 26.4.1984 – V R 128/79 = BFHE 141, 443, 447: „Die Gesamtverantwortung aller Geschäftsführer wird spätestens dann wirksam, wenn die laufende Erfüllung aller Verbindlichkeiten nicht mehr gewährleistet ist und infolgedessen Unregelmäßigkeiten in der Erklärung der Steuern oder der Erfüllung der Steuerschulden zu besorgen sind, oder wenn die Person des für die steuerlichen Belange primär zuständigen Geschäftsführers diese Besorgnis rechtfertigt.“; BGH, Urteil vom 7.11.1994 – II ZR 270/93 = BGHZ 127, 336, 346 f.: Um seiner grundsätzlichen Verantwortlichkeit für eine seriöse Finanzierung der im Rechtsverkehr auftretenden GmbH gerecht zu werden, müsse der Gesellschafter-Geschäftsführer von sich aus sicherstellen, daß er laufend zuverlässig über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft, insbesondere den eventuellen Eintritt der Krise, informiert ist. Der Verantwortung könne er sich nicht dadurch entziehen, dass er sich um die wirtschaftliche Entwicklung seines Unternehmens und damit um den möglichen Funktionswandel seiner Finanzierungshilfen nicht kümmert. Ferner BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 379: „Eine solche Überwachungspflicht kommt vor allem in finanziellen Krisensituationen zum Tragen, in denen die laufende Erfüllung der Verbindlichkeiten nicht mehr gewährleistet erscheint [...]“. Dann müsse er die Mitarbeiter beobachten und ihnen die notwendigen Anweisungen erteilen. Sowie BGH, Urteil vom 9.1.2001 – VI ZR 407/99 = NJW 2001, 969, 971: Dass der beklagte Geschäftsführer sich auf die telefonischen Informationen seines Mitarbeiters und des Mitgeschäftsführers nicht habe verlassen dürfen, bleibt revisionsrechtlich unbeanstandet. Der Beklagte sei gehalten gewesen, konkrete und hinreichend deutliche Anweisungen für die pünktliche Beitragszahlung zum Fälligkeitszeitpunkt zu geben. Zudem habe er sich durch geeignete Maßnahmen vergewissern müssen, dass die Zahlungen pünktlich erfolgten.

³⁴⁴ Siehe BGH, Urteil vom 2.6.2008 – II ZR 27/07 = NZG 2008, 628, 629 Tz. 11; BGH, Urteil vom 21.1.1997 – VI ZR 338/95 = BGHZ 134, 304, 315: „drunter und drüber gegangen“.

setzesverstößen gekommen ist.³⁴⁵ Bei erkanntem Fehlverhalten verdichtet sich die Überwachungsobliegenheit zu einer Pflicht zum Einschreiten.³⁴⁶

cc) Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 („Holiday Inn“)

Sowohl das „Weltruf“-Urteil als auch die Entscheidung aus dem 133. Band hatten Sachverhalte zum Gegenstand, die außerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG lagen. Beide Male ging es um die organschaftliche Pflicht der Geschäftsführer, seitens der Gesellschaft für die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben zu sorgen. Dabei handelt es sich wie gesehen um eine Leitungsaufgabe, die das Gesamtorgan nicht vollständig auf ein einzelnes Organmitglied übertragen kann,³⁴⁷ geschweige denn auf Angestellte oder außenstehende Dritte. Wie sich Pflichtverletzung und Delegation innerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zueinander verhalten, ist damit allerdings noch nicht gesagt. Welche Aufgaben muss der Vorstand selbst wahrnehmen und welche Aufgaben darf er von anderen erledigen lassen, wenn es um die Ausübung seines unternehmerischen Ermessens geht?

Einen Fingerzeig enthält die „Holiday Inn“-Entscheidung aus dem Jahr 1981.³⁴⁸ Der Bundesgerichtshof nahm darin zu der Frage Stellung, unter welchen Voraussetzungen eine handelsrechtliche Personengesellschaft Dritte mit der Führung des Gesellschaftsunternehmens im Namen und

³⁴⁵ Siehe LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 573 („Siemens/Neubürger“).

³⁴⁶ Siehe BGH, Urteil vom 8.10.1984 – II ZR 175/83 = GmbHR 1985, 143, 144 („Hausfrau“); BGH, Urteil vom 8.7.1985 – II ZR 198/84 = NJW 1986, 54, 55; BGH, Urteil vom 20.3.1986 – II ZR 114/85 = WM 1986, 789, 790 („KCS“): Änderung der Vertretungsregelung, Abberufung, Untersagung der weiteren Geschäftsführung durch einstweilige Verfügung; BGH, Urteil vom 13.4.1994 – II ZR 16/93 = BGHZ 125, 366, 372: Pflicht einen Prokuristen „zu einer gesetzmäßigen Ausführung der Geschäfte anzuhalten und ihm notfalls die Prokura zu entziehen“; BGH, Urteil vom 6.7.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106, 123 f. („Lederspray“): Produktrückruf als „Bewältigung eines ‚ressortüberschreitenden‘ Problems“; sowie OLG Bremen, Urteil vom 28.2.1963 – 2 U 81/62 – 0 118/1960 = GmbHR 1964, 8, 9; OLG Koblenz, Urteil vom 10.6.1991 – 6 U 1650/89 = ZIP 1991, 870: Nicht genehmigte Barabhebungen über einen Zeitraum von zwei Monaten, ohne dass der handelnde Angestellte überwacht, geschweige denn seine Bankvollmacht widerrufen worden wäre.

³⁴⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 1.3.1993 – II ZR 61/92, II ZR 81/94 = NJW 1994, 2149, 2150: „Das Vorhandensein eines weiteren Geschäftsführers entbindet den anderen nicht von seiner eigenen Verantwortlichkeit für die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte der Gesellschaft, insbesondere für die Erfüllung der den Geschäftsführern vom Gesetz auferlegten Pflichten. Dies gilt selbst dann, wenn diese untereinander in zulässiger Weise eine Aufteilung der Geschäfte vorgenommen haben. Eine solche interne Geschäftsaufteilung ist deshalb auch nicht dazu geeignet, den Geschäftsführer von der Verantwortung für die rechtzeitige Stellung des Konkursantrags und das Unterbleiben masseschmälernder Zahlungen der Gesellschaft nach Eintritt der in § 64 GmbHG bezeichneten Voraussetzungen zu befreien. Er bleibt vielmehr auch dann gehalten, für die Einhaltung dieser Verpflichtungen durch die Gesellschaft Sorge zu tragen. Dabei ist, da es hier um die Wahrung grundsätzlich nicht auf einen anderen übertragbarer Aufgaben, sondern um die eigene Einstandspflicht des Geschäftsführers für die Gesetzmäßigkeit der Unternehmensleitung geht, jedenfalls ein strenger Maßstab auch an die Erfüllung der in einem solchen Fall besonders weitgehenden Kontroll- und Überwachungspflichten gegenüber einem Mitgeschäftsführer anzulegen [...]“ Ferner BGH, Urteil vom 12.11.2001 – II ZR 225/99 = BGHZ 149, 158, 160 f. („Sachsenmilch III“) für die Pflicht zur Einberufung der Hauptversammlung nach § 121 Abs. 2 AktG und die Verpflichtung nach § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG, der Hauptversammlung zu den einzelnen Tagesordnungspunkten Beschlussvorschläge zu unterbreiten.

³⁴⁸ Ähnliche Einschätzung bei *Kuntz*, AG 2020, 810, 816 Rn. 102.

für Rechnung der Gesellschaft betrauen kann.³⁴⁹ Konkret hatte der II. Zivilsenat über die Wirksamkeit eines Managementvertrages zu entscheiden, den eine Kommanditgesellschaft als Eigentümerin eines Hotelbetriebs mit einem anderen Unternehmen geschlossen hatte. Der Bundesgerichtshof erkannte hierin einen Betriebsführungsvertrag, mit dem sich das andere Unternehmen verpflichtet hatte, den Hotelbetrieb im Namen und auf Rechnung der KG zu führen.³⁵⁰

Der Bundesgerichtshof sah in dem Abschluss des Vertrages keine Verletzung personengesellschaftsrechtlicher Prinzipien: „Der Grundsatz der Selbstorganschaft verbietet nur, daß sämtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen und diese auf Dritte übertragen werden. Damit vereinbar ist es jedoch, daß ein Dritter in weitem Umfang mit Geschäftsführungsaufgaben betraut und mit einer umfassenden Vollmacht ausgestattet wird.“³⁵¹ Etwas anderes – so der II. Zivilsenat – gelte nicht schon dann, wenn der Dritte bei den von ihm wahrzunehmenden Geschäftsführungsaufgaben keinen Einzelweisungen unterliege und auch nicht jederzeit abberufen werden könne.³⁵² Ebenso hielt es der Bundesgerichtshof für unschädlich, dass sich der Komplementär verpflichtet hatte, „den täglichen Betrieb des Unternehmens weder zu stören noch sich in irgendeiner Form einzumischen“.³⁵³ Da der Managementvertrag ausdrücklich den Maßstab und die Richtlinien festgelegt habe, nach denen die Geschäftsführung zu erfolgen hatte, seien der Managementgesellschaft insoweit klare Grenzen gesteckt. Inhalt und Umfang der hiernach zulässigen Geschäftsführungsmaßnahmen seien am Interesse der KG ausgerichtet gewesen.³⁵⁴ Wie der Bundesgerichtshof betont, mussten nach dem Vertrag alle Maßnahmen unterbleiben, die über den Bereich der so umschriebenen Geschäftsführungsaufgaben hinausgingen, sofern sie nicht ohnehin an die Zustimmung der Kommanditgesellschaft bzw. ihres Komplementärs gebunden waren.³⁵⁵ Der KG hätten „umfassende Informations-, Einsichts- und Kontrollbefugnisse sowie Eingriffs- und Gestaltungsrechte [zugestanden], um die Einhaltung der vertraglich festgelegten Geschäftsführungsaufgaben erreichen oder aber das Vertragsverhältnis beenden zu können“.³⁵⁶

Der Managementvertrag ließ die Organstellung des Komplementärs nach Auffassung des Bundesgerichtshofs unangetastet.³⁵⁷ Der Komplementär sei auch nach dem Abschluss des Vertrages für das Betreiben des Hotels verantwortlich geblieben. Der vertraglich für die Führung des Ho-

³⁴⁹ Siehe BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = NJW 1982, 1817 Leitsatz („Holiday Inn“).

³⁵⁰ Siehe BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = NJW 1982, 1817 („Holiday Inn“).

³⁵¹ BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = NJW 1982, 1817 („Holiday Inn“) unter Verweis auf BGH, Urteil vom 22.1.1962 – II ZR 11/61 = BGHZ 36, 292, 293 ff.; ferner BGH, Urteil vom 16.11.1981 – II ZR 213/80 = NJW 1982, 877, 878; BGH, Urteil vom 22.3.1982 – II ZR 74/81 = NJW 1982, 2495; BGH, Urteil vom 20.9.1993 – II ZR 204/92 = NJW-RR 1994, 98, jeweils zur GbR.

³⁵² Siehe BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = NJW 1982, 1817 („Holiday Inn“).

³⁵³ BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = NJW 1982, 1817 („Holiday Inn“).

³⁵⁴ Siehe BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = NJW 1982, 1817 („Holiday Inn“).

³⁵⁵ Siehe BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = NJW 1982, 1817 f. („Holiday Inn“).

³⁵⁶ BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = NJW 1982, 1817, 1818 („Holiday Inn“).

³⁵⁷ Siehe BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = NJW 1982, 1817 („Holiday Inn“).

tels festgelegte Maßstab habe die Managementgesellschaft verpflichtet, im Interesse der Kommanditgesellschaft zu handeln. Die zugunsten der KG vereinbarten Mitwirkungs-, Kontroll- und Einsichtsrechte sowie der gegenüber der Managementgesellschaft bestehende vertragliche Erfüllungsanspruch und die bei Leistungsstörungen eingreifenden Sekundäransprüche nebst Kündigungsmöglichkeiten hätten sichergestellt, daß das Prinzip der Selbstorganschaft nicht durchbrochen sei.³⁵⁸

dd) Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2015 sah der Bundesgerichtshof in dem Abschluss eines Managementvertrages eine zulässige Erscheinungsform sog. Drittstellungsverträge.³⁵⁹ Ob es im konkreten Fall zu einer unzulässigen Übertragung von Leitungsaufgaben gekommen war, musste der II. Zivilsenat dabei nicht entscheiden. Die Aktiengesellschaft hatte den Beklagten zum Vorstandsmitglied bestellt, so dass dieser nicht allein auf der Grundlage einer schuldrechtlichen Vereinbarung zwischen der AG und der Managementgesellschaft tätig wurde.³⁶⁰ Die als Beratungsvertrag bezeichnete Vereinbarung regelte die Vergütung der Managementgesellschaft sowohl für die Stellung und Vermittlung des Vorstandsmitglieds als auch für dessen Organtätigkeit, weshalb sich das Urteil des II. Zivilsenats vorrangig mit der Zuständigkeit des Aufsichtsrats für den Abschluss des Managementvertrages befasst (§§ 84 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. Satz 1, 87 Abs. 1, 112 Satz 1 AktG).³⁶¹

Die Entscheidung zeigt jedoch, dass Managementverträge auch im Kapitalgesellschaftsrecht vorkommen. Das Konzernrecht kennt sie als Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsverträge gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG.³⁶² In unverbundenen Gesellschaften begegnen sie etwa bei der Unternehmenssanierung oder bei der Nachfolgeregelung in sog. Familiengesellschaften.³⁶³ Mitunter sind Managementverträge aber auch das Ergebnis einer „kreativen“ steuerlichen Gestaltung des

³⁵⁸ So BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = NJW 1982, 1817, 1818 („Holiday Inn“).

³⁵⁹ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 24; ferner unten S. 123 nach Fußnote 754; in der Vorinstanz OLG Saarbrücken, Urteil vom 22.1.2014 – 2 U 69/13 = NZG 2014, 343 ff.; zuvor schon KG, Urteil vom 28.6.2011 – 19 U 11/11 = NZG 2011, 865 ff.; sowie OLG Celle, Urteil vom 10.2.2010 – 4 U 68/09 = AG 2012, 41 f. (i.E. bestätigt durch BGH, Beschluss vom 17.5.2011 – II ZR 32/10 = juris); für die GmbH inzwischen auch BGH, Urteil vom 14.5.2019 – II ZR 299/17 = BGHZ 222, 32, 39 ff. Tz. 22 ff.

³⁶⁰ Dazu unten S. 69 nach Fußnote 433.

³⁶¹ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220 Leitsatz 1: „Der Abschluss des die Vergütung eines Vorstandsmitglieds betreffenden Vertrags fällt auch dann in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats, wenn er von der Gesellschaft nicht mit dem Vorstandsmitglied selbst, sondern einem Dritten abgeschlossen wird und mit dem Dritten eine Vergütung für die Vorstandstätigkeit vereinbart wird. Dies gilt auch dann, wenn ein Vorstandsmitglied nur vorübergehend tätig werden soll.“; sowie a.a.O., S. 1222 Tz. 24 ff.; BGH, Urteil vom 14.5.2019 – II ZR 299/17 = BGHZ 222, 32, 39 ff. Tz. 22 ff.; dazu ferner BGH, Urteil vom 12.3.2013 – II ZR 179/12 = BGHZ 196, 312, 314 f. Tz. 9 f.; OLG München, Urteil vom 10.5.2012 – 14 U 2175/11 = ZIP 2012, 1024, 1025 f.; OLG München, Urteil vom 9.2.2009 – 21 U 4853/08 = juris.

³⁶² Siehe statt vieler *Veil*, in: BeckOGK AktG, § 291 Rn. 116 ff. und § 292 Rn. 34 ff., sowie Rn. 53 ff. zu Betriebsführungsverträgen analog § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG.

³⁶³ Dazu vorerst nur *Uffmann*, ZGR 2013, 273 ff.

Anstellungsverhältnisses.³⁶⁴ Einen Anstellungsvertrag mit der Aktiengesellschaft hat die jeweilige Person nicht, vielmehr steht sie in dienstvertraglicher Beziehung zur Managementgesellschaft (Drittanstellung). Technisch gesehen handelt es sich bei der Vereinbarung zwischen Managementgesellschaft und AG in der Regel um einen Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 675 Abs. 1 BGB, durch den sich die Managementgesellschaft verpflichtet, der AG vorübergehend leitendes Personal zur Ausführung des operativen Geschäfts zu vermitteln.³⁶⁵

*ee) Urteil vom 18.10.1976 – II ZR 9/75 und
Urteil vom 8.5.1978 – II ZR 209/76 („Erdölraffinerie III“)*

In einem GmbH-rechtlichen Fall aus dem Jahr 1976 nahm der Bundesgerichtshof an, dass die Erteilung einer Generalvollmacht³⁶⁶ an nicht der Geschäftsführung zugehörige Personen unwirksam sei.³⁶⁷ Als Begründung liest man, dass die Befugnis des Geschäftsführers zur organschaftlichen Willensbildung und -erklärung und die damit verbundene Verantwortung nicht übertragbar seien.³⁶⁸ Der Geschäftsführer könne seine Vertretungsmacht nicht im Ganzen durch einen anderen ausüben lassen. Allerdings hat der Bundesgerichtshof diesen Standpunkt schon im Jahr 1978 wieder relativiert. Seither hält er es zumindest für möglich, „die Vollmachtserklärung [in geeigneten Fällen] als eine sog. Generalhandlungsvollmacht nach § 54 HGB aufzufassen oder in

³⁶⁴ Siehe OLG Celle, Urteil vom 10.2.2010 – 4 U 68/09 = AG 2012, 41.

³⁶⁵ Zur Abgrenzung vom Maklervertrag und der Arbeitnehmerüberlassung unten S. 81 bei und nach Fußnote 516.

³⁶⁶ Die Vollmacht lautete: „Hiermit bevollmächtigen wir Herrn [...], die Firma [...]-GmbH allein zu vertreten und für die Gesellschaft in unbeschränkter Höhe bei Geschäften gleich welcher Art, insbesondere bei banküblichen Geschäften tätig zu werden.“

³⁶⁷ Siehe BGH, Urteil vom 18.10.1976 – II ZR 9/75 = NJW 1977, 199; zuvor bereits RG, Urteil vom 24.2.1915 – Rep. V. 472/14 = RGZ 86, 262, 265; BGH, Urteil vom 12.12.1960 – II ZR 255/59 = BGHZ 34, 27, 31; offengelassen in BGH, Urteil vom 19.6.1975 – II ZR 170/73 = WM 1975, 790, 791 („Erdölraffinerie I“), jeweils zur GmbH; sowie zur bergrechtlichen Gewerkschaft RG, Urteil vom 17.2.1912 – 280/11 VI = JW 1912, 526, 527; zur AG RG, Entscheidung vom 4.7.1928 – I 135/28 = HRR 1929, Nr. 25; abweichend aber BGH, Urteil vom 22.1.1962 – II ZR 11/61 = BGHZ 36, 292, 295: „[Der] Grundsatz, daß die organschaftliche Vertretungsbefugnis eines vertretungsberechtigten Gesellschafters nicht auf einen Dritten (Nicht-Gesellschafter) übertragen werden kann, [...] schließt jedoch nicht die Möglichkeit aus, daß ein Dritter mit einer umfassenden Vollmacht (Generalvollmacht), die auch noch über den gesetzlich festgelegten Umfang einer Prokura hinausgeht, ausgestattet wird. Die Erteilung einer solchen Vollmacht ist der Personalhandelsgesellschaft ebensowenig verwehrt wie einer natürlichen Person oder einer juristischen Person. Eine Umgehung des Verbots einer Übertragung der organschaftlichen Vertretungsbefugnis kann darin nicht erblickt werden. Der Generalbevollmächtigte erhält durch eine solche Vollmacht nicht etwa die Stellung eines gesetzlichen (organschaftlichen) Vertreters der Personalhandelsgesellschaft, diese Stellung verbleibt vielmehr bei dem zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Gesellschafter.“; anschauliche Darstellung der Rechtsprechung bei *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 9 ff.

³⁶⁸ So BGH, Urteil vom 18.10.1976 – II ZR 9/75 = NJW 1977, 199; zuvor bereits BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 65 („Prokurist“) zur GmbH; BGH, Urteil vom 6.3.1975 – II ZR 80/73 = BGHZ 64, 72, 76 zur KG; danach BGH, Urteil vom 16.11.1987 – II ZR 92/87 = DB 1988, 386; KG, Beschluss vom 11.6.1991 – 1 W 1581/91 = NJW-RR 1992, 34 f.; OLG Naumburg 16.12.1993 – 2 U 15/93 = GmbHR 1994, 556; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 7.11.2011 – 20 W 459/11 = GmbHR 2012, 751, 753 f., jeweils zur GmbH; siehe aber auch BGH, Urteil vom 11.7.1960 – II ZR 260/59 = BGHZ 33, 105, 108 ff. zur oHG.

eine solche umzudeuten“.³⁶⁹ Gegen die Zulässigkeit einer solchen Handlungsvollmacht, die sich auf sämtliche im Geschäftsbetrieb üblichen Geschäfte erstreckt und nicht auf die unmittelbare Vertretung der Gesellschaft, sondern lediglich auf ein Handeln in (Unter-)Vollmacht der Geschäftsführer gerichtet ist, bestehen demnach keine Bedenken.³⁷⁰ Die Geschäftsführer können sie wirksam erteilen.³⁷¹

b) Bundesfinanzhof

Weitgehend inhaltsgleich mit der Entscheidung des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1996 hatte der Bundesfinanzhof in drei Entscheidungen aus den Jahren 1984, 1986 und 1988 geurteilt:³⁷² „Hat der Gesellschaftsvertrag oder ein förmlicher Beschluß der Gesellschafter die Wahrnehmung der steuerlichen Belange der Gesellschaft einem von mehreren Geschäftsführern zugewiesen (§ 37 Abs. 1 GmbHG) oder ist dies kraft Zulassung in dem Gesellschaftsvertrage oder durch Beschluß der Gesellschafter in einer Geschäftsordnung der Geschäftsführer festgelegt [...], treffen die steuerlichen Pflichten in erster Linie diesen Geschäftsführer [...]. Die Verantwortung der anderen Geschäftsführer wird dadurch aber nicht im ganzen aufgehoben (vgl. § 37 Abs. 2 Satz 2 GmbHG [...]). Vielmehr tritt der Umfang ihrer Pflichten nur insoweit und so lange zurück, wie für sie unter den Maßstäben der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 Abs. 1 GmbHG) kein Anlaß besteht anzunehmen, die steuerlichen Pflichten der Gesellschaft würden nicht exakt erfüllt.“³⁷³ Im Übrigen dürfen die Geschäftsführer sich auf ihre Kollegen verlassen.³⁷⁴ „Voraussetzung ist aber die persönliche Vertrauenswürdigkeit des anderen Geschäftsführers, eine generelle Kenntnis von der Ordnungsmäßigkeit seiner Geschäftsführung und die Gewähr, daß die vorgenommenen Geschäfte die Grenzen laufenden Geschäftsverkehrs nicht übersteigen, bei auch nur entfernt zu besorgender Gefährdung der Liquidität oder des Vermögens der Gesellschaft aber alle anderen Geschäftsführer unverzüglich unterrichtet werden.“³⁷⁵

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 hat sich der Bundesfinanzhof auch an dem Vorhandensein eines dem Geschäftsführer faktisch übergeordneten Generalbevollmächtigten nicht gestört.

³⁶⁹ BGH, Urteil vom 8.5.1978 – II ZR 209/76 = WM 1978, 1047, 1048 („Erdölraffinerie III“); ebenso BGH, Urteil vom 18.7.2002 – III ZR 124/01 = ZIP 2002, 1895 f., jeweils zur GmbH; BGH, Urteil vom 20.10.2008 – II ZR 107/07 = NJW 2009, 293, 294 Tz. 8 zur KG.

³⁷⁰ Siehe BGH, Urteil vom 8.5.1978 – II ZR 209/76 = WM 1978, 1047, 1048 („Erdölraffinerie III“) unter Verweis auf §§ 46 Nr. 7 GmbHG, 89 Abs. 2 AktG; BGH, Urteil vom 18.7.2002 – III ZR 124/01 = ZIP 2002, 1895, 1896; BGH, Urteil vom 20.10.2008 – II ZR 107/07 = NJW 2009, 293; sowie KG, Beschluss vom 11.6.1991 – 1 W 1581/91 = NJW-RR 1992, 34 f. mit Wortlaut der Handlungsvollmacht.

³⁷¹ Siehe BGH, Beschluss vom 14.2.1974 – II ZB 6/73 = BGHZ 62, 166, 168; BGH, Urteil vom 8.5.1978 – II ZR 209/76 = WM 1978, 1047, 1048 („Erdölraffinerie III“); BGH, Urteil vom 16.11.1987 – II ZR 92/87 = DB 1988, 386, jeweils zur GmbH.

³⁷² Siehe BFH, Urteil vom 26.4.1984 – V R 128/79 = BFHE 141, 443, 445 ff.; BFH, Beschluss vom 4.3.1986 – VII S 33/85 = BFHE 146, 23, 24 ff.; BFH, Urteil vom 17.5.1988 – VII R 90/85 = GmbHR 1989, 170 ff., jeweils zur GmbH (& Co. KG).

³⁷³ BFH, Urteil vom 26.4.1984 – V R 128/79 = BFHE 141, 443, 447.

³⁷⁴ Siehe BFH, Urteil vom 26.4.1984 – V R 128/79 = BFHE 141, 443, 447.

³⁷⁵ BFH, Urteil vom 26.4.1984 – V R 128/79 = BFHE 141, 443, 447 f.

Ausdrücklich hält er an seiner Rechtsprechung zur Gesamtverantwortung von Geschäftsleitern auch dann fest, wenn externe Fachleute die Geschäfte führen. Die Frage, ob ein GmbH-Geschäftsführer ohne tatsächliche Leitungsbefugnisse nach § 69 AO in Anspruch genommen werden könne, wenn die Geschäftsführungstätigkeiten durch sachverständige Sanierungsexperten wahrgenommen werden, sei ohne weiteres zu bejahen.³⁷⁶ „Schließlich lebt die uneingeschränkte Gesamtverantwortung wieder auf, wenn erkennbar wird, dass das Unternehmen in eine finanzielle Krise gerät [...]“³⁷⁷ Die zur Haftungsbegrenzung arbeitsteilig handelnder Geschäftsführer entwickelten Grundsätze könnten auf andere Personen, auch wenn diese im Unternehmen oder im Konzern Leitungsfunktionen wahrnehmen, nicht übertragen werden.³⁷⁸ „Auf die ordnungsgemäße Aufgabenerledigung durch solche Personen darf ein Geschäftsführer – insbesondere in der finanziellen Krise des Unternehmens – nicht blind vertrauen. Auch darf er nicht jegliche Überwachung und Kontrolle der ordnungsgemäßen Erfüllung der Steuerentrichtungspflichten unterlassen. Ein Geschäftsführer, der sich in der von ihm vertretenen Gesellschaft oder im Unternehmensverbund nicht durchsetzen kann und sich an jeglicher Einflussnahme und an einer Kontrolle des Zahlungsverkehrs gehindert sieht, darf nicht untätig bleiben, sondern muss zur Vermeidung haftungsrechtlicher Konsequenzen von der Übernahme der Geschäftsführertätigkeit Abstand nehmen oder sein Amt niederlegen [...]“³⁷⁹

c) Instanzgerichte

Anschauungsmaterial zu dem Verhältnis von Pflichtverletzung und Delegation findet man auch in mehreren obergerichtlichen Entscheidungen. Dargestellt werden sollen im Folgenden ein prominenter Fall außerhalb und zwei weitere Fälle innerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG.

Den ersten Fall bildet das Urteil des Landgerichts München I gegen den ehemaligen Finanzvorstand der Siemens AG, Heinz-Joachim Neubürger, aus dem Jahr 2013. Neubürger, der sich tragischerweise kurz nach dem Abschluss des in der Berufungsinstanz getroffenen Vergleichs das Leben nahm, war vorgeworfen worden, dass er keine ausreichenden Maßnahmen zum Aufklären, Abstellen und Ahnden der im zur Kenntnis gebrachten Gesetzesverstöße eingeleitet habe.³⁸⁰ Konkret ging es um die Bildung „schwarzer Kassen“ zur Bestechung ausländischer Geschäftspartner und Mandatsträger.³⁸¹

³⁷⁶ Siehe BFH, Beschluss vom 12.5.2009 – VII B 266/08 = BFH/NV 2009, 1589 Leitsatz 1.

³⁷⁷ Siehe BFH, Beschluss vom 12.5.2009 – VII B 266/08 = BFH/NV 2009, 1589, 1590; zum Verein BFH, Urteil vom 13.3.2003 – VII R 46/02 = BFHE 202, 22, 30; BFH, Beschluss vom 21.8.2000 – VII B 260/99 = BFH/NV 2001, 413 f.

³⁷⁸ Siehe BFH, Beschluss vom 12.5.2009 – VII B 266/08 = BFH/NV 2009, 1589, 1590; BFH, Urteil vom 10.5.1988 – VII R 24/85 = BFH/NV 1989, 72, 74.

³⁷⁹ BFH, Beschluss vom 12.5.2009 – VII B 266/08 = BFH/NV 2009, 1589, 1590.

³⁸⁰ Siehe LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 573 („Siemens/Neubürger“).

³⁸¹ Vgl. LG München I, Urteil vom 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 573 („Siemens/Neubürger“).

Soweit sich Neubürger zu der Existenz dieser „Kassen“ mit Nichtwissen erklärte, hielt die Kammer dies für unbeachtlich. Die Vorgänge, die zu den Schmiergeldzahlungen im Ausland geführt hatten, hätten zu seinem Geschäfts- und Verantwortungsbereich gehört und stünden daher eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen i.S.v. § 138 Abs. 4 ZPO gleich. Im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs heißt es wörtlich: „Eine Partei kann sich nicht durch arbeitsteilige Organisation ihres Betätigungsbereichs ihren prozessualen Erklärungsspflichten entziehen, sondern muss innerhalb desselben Erkundigungen anstellen; sie ist verpflichtet, die ihr zugänglichen Informationen in ihrem Unternehmen und von denjenigen Personen einzuholen, die unter ihrer Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung tätig geworden sind [...]“³⁸² Dies gelte auch nach dem Ausscheiden aus dem Vorstandsamt.³⁸³

Die Kammer bejahte eine Pflichtverletzung, weil Neubürger es als Mitglied des Gesamtvorstands unterlassen hatte, zur Schaffung eines funktionierenden „Compliance-Systems“ beizutragen.³⁸⁴ Der Siemens-Vorstand habe sowohl in den eigenen Reihen³⁸⁵ als auch im Verhältnis zu den nachgeordneten Mitarbeitern für eine klare organisatorische Zuordnung der Compliance-Verantwortung sorgen müssen. Den mit der Überwachung der Compliance-Vorgaben beauftragten Personen hätten aber hinreichende Befugnisse gefehlt, um aus Gesetzesverstößen Konsequenzen ziehen zu können.³⁸⁶ „Gerade weil es keine Berichtslinie mit daraus abzuleitenden Kompetenzen für disziplinarische Maßnahmen gab, hätten der Vorstand und damit der [Beklagte] eingreifen [...] und eine entsprechende Organisationsstruktur schaffen müssen.“³⁸⁷ Das Landgericht macht deutlich, dass Neubürger sowohl bei der horizontalen Arbeitsteilung auf Vorstandsebene als auch bei der vertikalen Arbeitsteilung innerhalb des Unternehmens Pflichtverletzungen anzulasten waren: Die Einrichtung eines funktionierenden Systems zur Vermeidung von Geset-

³⁸² LG München I, Urteil vom 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 573 („Siemens/Neubürger“) unter Verweis auf BGH, Urteil vom 10.10.1994 – II ZR 95/93 = ZIP 1994, 1851, 1853 f., und BGH, Urteil vom 19.4.2001 – I ZR 238/98 = NJW-RR 2002, 612, 613.

³⁸³ Der ausgeschiedene Organwalter kann gegen die Gesellschaft einen Auskunftsanspruch gestützt auf deren Treuepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB bzw. entsprechend § 810 BGB geltend machen. Siehe *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 275; zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast bei Vereitelung des Anspruchs *Danninger*, S. 110.

³⁸⁴ Siehe LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 575 („Siemens/Neubürger“).

³⁸⁵ Siehe schon BFH, Urteil vom 26.4.1984 – V R 128/79 = BFHE 141, 443, 447: „Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 Abs. 1 GmbHG) erfordert aber eine vorweg eindeutige Klarstellung, welcher Geschäftsführer für welchen Bereich zuständig ist, damit nicht im Haftungsfall – sei es gegenüber der Gesellschaft [...], sei es gegenüber dem Steuergläubiger [...] – jeder Geschäftsführer auf die Verantwortlichkeit eines anderen verweist. Folglich muß eine vorgegebene – und damit zumindest schriftliche – Aufteilung vorliegen, die jede einzelne Aufgabe in den Zuständigkeitsbereich mindestens eines Geschäftsführers verweist. Fehlt es daran, bleibt es zumindest hinsichtlich eines Unterlassens bei der solidarischen Haftung aller Geschäftsführer (§ 43 Abs. 2 GmbHG) wegen Organisationsverschuldens.“; ebenso BFH, Beschluss vom 4.3.1986 – VII S 33/85 = BFHE 146, 23, 25 f.; BFH, Urteil vom 17.5.1988 – VII R 90/85 = GmbHR 1989, 170, 171 f.

³⁸⁶ Siehe LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 574 („Siemens/Neubürger“); hellsichtig insofern bereits *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497, 510.

³⁸⁷ LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 574 („Siemens/Neubürger“); siehe außerdem schon KG, Urteil vom 9.10.1998 – 14 U 4823/96 = NZG 1999, 400, 401 („Transferrubel“), das ein Sittengemälde der Nach-Wende-Zeit des Sommers 1990 zeichnet.

zesverstößen habe zu den Aufgaben des gesamten Vorstands gehört.³⁸⁸ Wenn ein Vorstandsmitglied mit Vorschlägen zur Verbesserung der Compliance-Organisation bei seinen Vorstandskollegen tatsächlich nicht durchdringen sollte, müsse es im Vorstand Gegenvorstellung anbringen und äußerstenfalls den Aufsichtsrat einschalten.³⁸⁹ Neubürger habe jedoch nichts in diese Richtung unternommen, schlimmer noch „habe er Mitarbeiter [...] gegenüber den Abschlussprüfern [...] gedeckt und gegenüber dem Personalausschuss des Aufsichtsrats verharmlosende, irreführende bzw. falsche Aussagen gemacht.“³⁹⁰

Das Landgericht äußert unverhohlenen Kritik an den verwirrenden Bezeichnungen der bei Siemens geschaffenen Hierarchien, innerhalb derer es einen „Zentralvorstand“ mit Vorstandsmitgliedern und einen „Gesamtvorstand“ mit „stellvertretenden“ Vorstandsmitgliedern sowie mehrere „Bereichsvorstände“ gab, obwohl es der „Gesamtvorstand“ war, der die nach dem Aktiengesetz festgelegten Rechte und Pflichten des Vorstandes wahrnahm.³⁹¹ Neubürger habe sich nicht darauf berufen können, dass die „Bereichsvorstände“ Gesetzesverstöße hätten unterbinden müssen. Der bei Siemens sogenannte Bereichsvorstand sei gerade kein Vorstand i.S.d. §§ 76 ff. AktG gewesen, weshalb eine Delegation dieser zentralen Vorstandsaufgabe auf nachgeordnete Mitarbeiter eine Pflichtverletzung darstelle.³⁹² Aus dem Prinzip der Gesamtverantwortung des Vorstands folgt danach eine nicht delegierbare Pflicht des Gesamtorgans zur Selbstkontrolle, die seine Mitglieder untereinander sowie im Verhältnis zum Aufsichtsrat zu einem Maß an Offenheit verpflichtet, das Rüge- und Kontrollmöglichkeiten zwischen den Vorstandsmitgliedern eröffnet.³⁹³ Ferner eine Pflicht zur Fremdkontrolle, die den Vorstandsmitgliedern aufgibt, ihre Verantwortung nur soweit aus der Hand zu geben, dass sie wenn nötig zurückgeholt werden kann. Jeweils handelt es sich um eine unveräußerliche Leitungsaufgabe des Vorstands.

Im „Opel“-Fall hatte das Landgericht Darmstadt im Jahr 1986 darüber zu entscheiden, ob die Übertragung der elektronischen Datenverarbeitung der Gesellschaft auf ein anderes Unternehmen der Konzernmutter General Motors mit der aus §§ 76, 93 AktG folgenden Sorgfaltspflicht des Vorstands vereinbar war. Die Kammer befand, dass zur sorgfältigen Geschäftsführung des Vorstands auch die Wahrnehmung der eigenen Organfunktion gehöre.³⁹⁴ Seinem Recht und seiner Pflicht zur Leitung dürfe sich der Vorstand nicht entziehen.³⁹⁵ Zwar komme der elektroni-

³⁸⁸ Siehe LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 575 („Siemens/Neubürger“).

³⁸⁹ Siehe LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 575 („Siemens/Neubürger“).

³⁹⁰ LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 574 („Siemens/Neubürger“).

³⁹¹ Siehe LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 571 („Siemens/Neubürger“).

³⁹² So LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 575 („Siemens/Neubürger“); zum Begriff des Bereichsvorstands auch schon *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497, 510: „Daß es sich bei diesen Bezeichnungen rechtlich um ein falsches Etikett handelt, liegt auf der Hand.“; ähnlich *Schürnbrand*, S. 414; eingehend *Wettich*, S. 166 ff.; kritisch wohl auch *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 77 Rn. 45 mit Fn. 203.

³⁹³ So bereits BGH, Urteil vom 6.12.2001 – 1 StR 215/01 = BGHSt 47, 187, 196 f. („Schaufler“).

³⁹⁴ Siehe LG Darmstadt, Urteil vom 6.5.1986 – 14 O 328/85 = ZIP 1986, 1389, 1391 („Opel“); vgl. ferner OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 16.10.2012 – 5 U 135/11 = juris Tz. 70: „Pflicht zur eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft“.

³⁹⁵ LG Darmstadt, Urteil vom 6.5.1986 – 14 O 328/85 = ZIP 1986, 1389, 1392 („Opel“).

schen Datenverarbeitung als Mittel zur Entscheidungsvorbereitung maßgebliche Bedeutung zu. Der Vorstand dürfe sich aber auf die Zuarbeit von Spezialisten verlassen. Dadurch werde die Geschäftsführungstätigkeit als solche nicht aufgegeben, solange der Vorstand nur für die Aufgabenstellung zuständig bleibe und eigenständig über die ihm unterbreiteten Vorschläge entscheide.³⁹⁶ Da sich der Opel-Vorstand durch den Vertrag mit dem konzerninternen EDV-Dienstleister seiner Geschäftsführungsbefugnis nicht begeben und auch die Kompetenzen der anderen Gesellschaftsorgane nicht missachtet habe, liege kein Pflichtverstoß vor.³⁹⁷ Die elektronische Datenverarbeitung war im Einzelfall also delegationsfähig.

Das Oberlandesgericht Celle hat im Jahr 2010 sodann den Abschluss eines Managementvertrages am Maßstab von §§ 76 Abs. 1 und 93 Abs. 1 Satz 3 AktG gemessen. Knapp und bündig stellte es die Vereinbarkeit mit aktienrechtlichen Grundsätzen fest: In der konkret getroffenen Vereinbarung sei kein Verstoß gegen die autonome Leitungsbefugnis des Vorstands zu erkennen. Die Managementgesellschaft habe gegenüber dem von ihr gestellten Vorstandsmitglied keine Weisungsbefugnisse in Bezug auf dessen Tätigkeit bei der AG besessen. Vielmehr sei die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands im Gestellungsvertrag ausdrücklich vereinbart worden. Und auch die Verschwiegenheitspflicht habe eine explizite vertragliche Regelung erhalten.³⁹⁸

2. Meinungsstand im Schrifttum

Das Schrifttum stimmt mit den von der Rechtsprechung gefundenen Ergebnissen weitgehend überein.³⁹⁹ Zu einigen Punkten vernimmt man aber auch Kritik, die nicht nur im Detail zu Abweichungen führt. Die Kommentarliteratur entfaltet das für Vorstandsmitglieder geltende Pflichtenprogramm entlang einer Reihe von Begriffspaaren und -dreiklängen und weist Praxis und Lehre damit einen Pfad durch das Dickicht der organschaftlichen Pflichten.

a) Horizontale und vertikale Arbeitsteilung

Im ordnenden Zugriff wird zunächst zwischen horizontaler und vertikaler Arbeitsteilung unterschieden.⁴⁰⁰ Erstere meint die Aufgabenverteilung auf Ebene des Vorstands, letztere bezeichnet eine Delegation an nachgeordnete Ebenen.

Den gesetzlichen Ausgangspunkt der horizontalen Arbeitsteilung bilden §§ 76 Abs. 1 und 2, 77 Abs. 1 Satz 1 AktG. Danach liegt die Leitung der Gesellschaft in der Gesamtverantwortung des Vorstands, das heißt bei einem mehrköpfigen Organ in der Verantwortung aller Vorstandsmit-

³⁹⁶ Siehe LG Darmstadt, Urteil vom 6.5.1986 – 14 O 328/85 = ZIP 1986, 1389, 1392 („Opel“).

³⁹⁷ Siehe LG Darmstadt, Urteil vom 6.5.1986 – 14 O 328/85 = ZIP 1986, 1389, 1393 f. („Opel“).

³⁹⁸ Siehe OLG Celle, Urteil vom 10.2.2010 – 4 U 68/09 = AG 2012, 41, 42; i.E. bestätigt durch BGH, Beschluss vom 17.5.2011 – II ZR 32/10 = juris.

³⁹⁹ Abweichend, wenn auch ohne jede Auseinandersetzung mit dem „Weltruf“-Urteil (BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162 ff.) zuletzt *Kuntz*, AG 2020, 801, 802 Rn. 5, 805 Rn. 25 ff., 809 Rn. 50 ff., demzufolge kein Delegationsverbot besteht.

⁴⁰⁰ Siehe nur *Froesch*, DB 2009, 722, 723.

glieder. Vom Grundsatz der *Gesamtverantwortung* kann durch eine *Geschäftsverteilung* innerhalb des Vorstands abgewichen werden.⁴⁰¹ Die Abweichungen von der gemeinschaftlichen Geschäftsführungsbefugnis sind nach § 77 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 AktG in der Satzung oder der Geschäftsordnung des Vorstands festzulegen. Anderen Organen der Aktiengesellschaft kann die Geschäftsführung allerdings nicht übertragen werden. Für den Aufsichtsrat folgt das aus § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG, für die Hauptversammlung aus § 119 Abs. 2 AktG. Durch eine Geschäftsverteilung innerhalb des Vorstands werden den einzelnen Organmitgliedern Zuständigkeitsbereiche zugewiesen, für die sie die *Ressortverantwortung* tragen.⁴⁰² Die Geschäftsführung des eigenen Zuständigkeitsbereiches muss man aktiv wahrnehmen, unbotmäßige Einmischungen aus anderen Bereichen kann man sich im Gegenzug verbieten. Die Ressortverantwortung immunisiert jedoch nicht gegen jede Einflussnahme der übrigen Vorstandsmitglieder und entbindet diese nicht von jeglicher Pflicht in Bezug auf ein für sie fremdes Ressort. Ihnen verbleibt vielmehr eine *Restverantwortung*, die verlangt, sich turnusgemäß vom Geschäftsgang zu unterrichten.⁴⁰³ Wie diese Überwachungsaufgabe erfüllt wird, soll vor allem eine „Maß- und Gradfrage“ sein.⁴⁰⁴ Um sie strukturiert beantworten zu können, wird vorgeschlagen, die maßgeblichen Umstände des Einzelfalls unternehmens-, aufgaben- und personenbezogenen zu ordnen.⁴⁰⁵ Klar ist, dass die Intensität der Überwachung mit der Bedeutung der Angelegenheit zunimmt. Ferner dass die Selbstkontrolle im Gesamtorgan ein Geben und Nehmen voraussetzt, bzw. ein Reden und Hören: Die Mitglieder des Vorstands tragen gemeinsam Verantwortung dafür, dass alle für die AG wichtigen Punkte im Gesamtvorstand zur Sprache kommen. Damit einher geht die Pflicht, aus dem eigenen Ressort zu berichten, sowie eine korrespondierende Pflicht der Vorstandskollegen, etwaige „Lücken in der Berichterstattung durch Nachfragen [zu] schließen.“⁴⁰⁶ Anlass hierfür können aber nicht nur die im Vorstand ausgetauschten Informationen bieten. Liegen Anhaltspunkte für Fehlentwicklungen vor, ist jedes Vorstandsmitglied gehalten, diesen ungeachtet ihrer Herkunft nachzugehen. Im Interesse einer gedeihlichen Zusammenarbeit werden Streitpunkte darüber hinaus am besten nach dem *Subsidiaritätsprinzip* geklärt. Nur wenn zwischen einzelnen Vorstän-

⁴⁰¹ Siehe *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 77 Rn. 15, 22; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körper/Lieder*, § 77 Rn. 14 ff.; eingehend *Wettich*, S. 43 ff., 82 ff., 227 ff.

⁴⁰² Eingehend *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 373 ff.; *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 76 Rn. 70 ff., § 77 Rn. 44 ff.; zuvor etwa *Frels* ZHR 122 (1959), 8, 27 ff.; *Schwark* ZHR 142 (1978), 203, 216 f.; *Martens*, FS *Fleck*, S. 191, 195 ff.; *Schiessl* ZGR 1992, 64, 68 ff.; *U. H. Schneider* DB 1993, 1909, 1911 ff.; *Götz* AG 1995, 337, 339; *Hoffmann-Becking* ZGR 1998, 497, 512 f.; monographisch *S. Dose*, S. 56 ff., 121 ff.; *Heller*, S. 42 ff.; *Thamm*, S. 128 f., 185 ff.; *Wettich*, S. 227 ff., 234, 240; *Geiser*, S. 93 ff., 100 ff.; Vorbehalte äußert *Golling*, S. 51 ff.

⁴⁰³ Vgl. *Bürgers*, in: *Bürgers/Körper/Lieder*, § 76 Rn. 20; *Froesch*, DB 2009, 722, 724; *Baums*, ZGR 2011, 218, 268 f.; *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 718 ff.

⁴⁰⁴ *Fleischer*, NZG 2003, 449, 453; *ders.*, in: *BeckOGK AktG*, § 77 Rn. 61.

⁴⁰⁵ So *Fleischer*, NZG 2003, 449, 453; *ders.*, in: *BeckOGK AktG*, § 77 Rn. 62; ohne Not kritisch *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 163.

⁴⁰⁶ *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 91 Rn. 14, § 77 Rn. 66; siehe auch *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 77 Rn. 26, § 93 Rn. 81; zur Offenlegung von Interessenkonflikten *Koch*, Festschrift *Säcker*, S. 403, 414 ff.

den kein Einvernehmen zu erzielen ist, sollte ein Beschluss des Gesamtvorstands herbeigeführt und äußerstenfalls auch der Aufsichtsrat mit der Sache befasst werden.⁴⁰⁷

Bei vertikaler Arbeitsteilung muss darauf geachtet werden, dass die jeweiligen Personen außerhalb des Vorstands sorgfältig ausgewählt, eingewiesen und überwacht werden. In Übernahme deliktsrechtlicher Diktion spricht man auch von *cura in eligendo*, *cura in instruendo* und *cura in custodiendo*.⁴⁰⁸ Ob intern oder extern, das heißt an Angestellte der AG oder an unternehmensfremde Dritte delegiert wird, macht insofern keinen Unterschied. Wohl aber wird im Schrifttum darauf verwiesen, dass der Vorstand bei der Beauftragung Außenstehender danach trachten müsse, nicht vorhandene arbeitsrechtliche Informations- und Weisungsrechte schuldvertraglich nachzubilden.⁴⁰⁹ Gleiches gilt für die Verschwiegenheits- und Treuepflicht solcher Dienstleister. Der Vorstand muss außerdem sicherstellen, dass er – etwa durch Vereinbarung eines Kündigungsrechts – die Erfüllung einer Aufgabe jederzeit wieder zurückholen und gegebenenfalls an sich ziehen kann.⁴¹⁰

b) Zulässige und unzulässige Arbeitsteilung

Eine weitere Unterscheidung geht dahin, ob die Arbeitsteilung dem Grunde nach zulässig oder unzulässig ist. Soweit die Zulässigkeit horizontaler Delegation in Rede steht, muss die Möglichkeit einer Geschäftsverteilung durch Satzung oder Geschäftsordnung überhaupt erst eröffnet werden. Aber auch dann können die Vorstandsmitglieder sich ihrer Gesamtverantwortung nicht restlos begeben und dürfen sie sich nicht nehmen lassen. Bestimmte Aufgaben bleiben dem Gesamtgremium des Vorstands vorbehalten. Vergleichbares gilt in Bezug auf die vertikale Delegation. Zwar muss sie dem Vorstand nicht erst ausdrücklich gestattet werden. Jedoch gibt es auch hier Aufgaben, die nicht unterhalb der Vorstandsebene erfüllt werden dürfen. Die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Arbeitsteilung soll nach überwiegender Auffassung entlang der Unterscheidung von *Geschäftsführung* und *Leitung* verlaufen. Mit dem Begriff der Leitung bezeichnet man vielfach den „herausgehobenen Teilbereich der Geschäftsführung“.⁴¹¹ Zur Leitung zählen unzweifelhaft all die Aufgaben, die das Aktiengesetz ausdrücklich dem Vorstand zuweist.⁴¹² Jenseits davon gilt der Leitungsbegriff aber als nicht definierbar, so dass man sich in An-

⁴⁰⁷ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 77 Rn. 37; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 77 Rn. 28; zu den Verhaltenspflichten überstimmter Vorstandsmitglieder bei rechtswidrigen Beschlüssen *Diekmann/Punte*, WM 2016, 681, 686.

⁴⁰⁸ Vgl. *Fleischer*, AG 2003, 291, 292 f.; *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199, 2205; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 91 Rn. 18 f.

⁴⁰⁹ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 75; *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 91 Rn. 131; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 76 Rn. 18; *Dreher*, Festschrift Hopt (2010), S. 517, 530, 537.

⁴¹⁰ Siehe *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 91 Rn. 131; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 76 Rn. 18; *Dreher*, Festschrift Hopt (2010), S. 517, 530; *Kuntz*, AG 2020, 801, 811 Rn. 64.

⁴¹¹ *Schwark*, ZHR 142 (1978), 203, 215; *Koch*, § 76 Rn. 8; *Henze*, BB 2000, 209; *Fleischer*, ZIP 2003, 1 f.; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 14; *Veil*, S. 70, 88; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 76 Rn. 17; *Froesch*, DB 2009, 722, 724; *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 76 Rn. 29a; *Hieronimi*, S. 8 f.

⁴¹² Siehe *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497, 508; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 19; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 76 Rn. 5; *Koch*, § 76 Rn. 9; *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733, 738.

lehnung an Bestimmungsversuche der Betriebswirtschaftslehre mit einer typologischen Umschreibung behilft: Leitungsaufgaben sind demnach die Unternehmensplanung, -koordination und -kontrolle sowie die wesentlichen Personalentscheidungen.⁴¹³ Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass Maßnahmen und Geschäfte, denen im Einzelfall besondere Bedeutung zukommt, ebenfalls in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich des Vorstands fallen.⁴¹⁴ Einvernehmen besteht ferner, dass dem Vorstand auch bei Leitungsaufgaben gestattet sein muss, die Vorbereitung und die Durchführung seiner Beschlüsse an einzelne Mitglieder oder an nachgeordnete Mitarbeiter zu delegieren.⁴¹⁵ Wesentlich ist allein, dass dem Vorstand die „Entscheidungsverantwortung“ verbleibt.⁴¹⁶ Die Unterscheidung von Geschäftsführung und Leitung sieht sich aber auch Zweifeln ausgesetzt. Unlängst hat man sie als „begriffsjuristisches Konzept“ gescholten, das durch eine „allgemeine Theorie der sorgfältigen unternehmerischen Entscheidung“ ersetzt werden müsse.⁴¹⁷

c) Compliance

Unter dem Stichwort *Compliance*⁴¹⁸ wird seit nunmehr gut anderthalb Jahrzehnten außerdem diskutiert, welche Anforderungen die Rechtsbindung der AG und die Legalitätspflicht des Vorstands an den Aufbau arbeitsteiliger Strukturen im Unternehmen der Gesellschaft stellen. Zuletzt hat vor allem das „Siemens/Neubürger“-Urteil⁴¹⁹ der Debatte Aufschwung gegeben. Zwar vernimmt man kontinuierlich Stimmen, die darauf hinweisen, dass die dargestellten Grundsätze der Arbeitsteilung auch insofern Beachtung beanspruchen und es eines Sonderorganisationsrechts des Vorstands für sog. Compliance-Angelegenheiten nicht bedürfe.⁴²⁰ Unverkennbar ist aber, dass Compliance im Schrifttum und in der Beratungspraxis eine weitgehende Verselbständigung

⁴¹³ Siehe mit unterschiedlich ausführlichen Aufgabenkatalogen *Semler*, ZGR 1983, 1 ff.; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 76 Rn. 5; *Koch*, § 76 Rn. 9; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 76 Rn. 15; *Schiessl*, ZGR 1992, 64, 68; *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497, 509; *Henze*, BB 2000, 209, 210; mit anderer Akzentsetzung *Fleischer*, ZIP 2003, 1, 5 f.; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 18: „Planungs- und Steuerungsverantwortung, Organisationsverantwortung, Finanzverantwortung und Informationsverantwortung“; zustimmend *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199, 2201; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körper/Lieder*, § 76 Rn. 10.

⁴¹⁴ Siehe *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497, 509; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 18; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 77 Rn. 23; *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733, 738 f.

⁴¹⁵ Siehe *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 76 Rn. 49; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 20; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körper/Lieder*, § 76 Rn. 8, 21; *Link*, in: *Wachter*, § 76 Rn. 21.

⁴¹⁶ Siehe *Fleischer*, ZIP 2003, 1, 6; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 20; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 76 Rn. 18; *Froesch*, DB 2009, 722, 724; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körper/Lieder*, § 76 Rn. 8; *Dreher*, Festschrift Hopt (2010), S. 517, 527; für die GmbH auch *Uffmann*, ZGR 2013, 273, 308.

⁴¹⁷ *Seibt*, Festschrift K. Schmidt, S. 1463, 1464 ff.; *ders.*, in: K. Schmidt/Lutter, § 76 Rn. 9; kritisch auch *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733, 745 bei und in Fn. 72; zuvor auch schon *Henze*, BB 2000, 209, 210: „Für die Unterscheidung zwischen Leitungsaufgaben und Geschäftsführungsmaßnahmen sind keine subsumtionfähigen Kriterien vorhanden.“ (Fußnote weggelassen).

⁴¹⁸ Zum Begriff bereits oben S. 27 bei Fußnote 160.

⁴¹⁹ LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570 ff. („Siemens/Neubürger“); dazu oben S. 61 bei und nach Fußnote 380.

⁴²⁰ So *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 181, 183; siehe auch schon *Kieth*, GmbHR 2007, 393, 398; *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368, 370; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 391; sowie *Uffmann*, ZGR 2013, 273, 307.

erfahren hat. Nach überwiegender Auffassung hat die Verpflichtung des Vorstands, für eine funktionierende sog. Compliance-Organisation zu sorgen, ihre Rechtsgrundlage weder in aufsichtsrechtlichen Sondernormen (siehe zum Beispiel §§ 25a Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 Nr. 3 lit. c KWG, 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG)⁴²¹ noch ist sie im Wege einer (Gesamt-)Analogie zu §§ 91 Abs. 2 AktG, 130 OWiG zu entwickeln.⁴²² Vielmehr sei sie Ausdruck seiner allgemeinen Leitungssorgfalt i.S.v. §§ 76, 93 AktG.⁴²³ Der Frage nach der richtigen Ableitungsbasis der sog. Compliance-Verantwortung wird praktische Relevanz beigemessen.⁴²⁴ Die Antwort soll nicht nur Auskunft über die Reichweite des unternehmerischen Ermessens des Vorstands, sondern auch über die Anwendbarkeit von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG bei der Organisation rechtmäßiger Unternehmensführung geben.⁴²⁵ Verbreitet liest man, dem Vorstand stehe zwar nicht beim „Ob“, wohl aber beim „Wie“ der Compliance-Organisation ein Ermessensspielraum zu.⁴²⁶ Die Compliance-Aufgabe sei eher verhaltens- oder verfahrens- und nicht erfolgsbezogen zu begreifen.⁴²⁷ In Abgrenzung zur Legalitätspflicht wird für die Pflichtenlage bei Delegation daher auch von einer Legalitätskontrollpflicht gesprochen.⁴²⁸ Die Delegation von sog. Compliance-Aufgaben soll sowohl horizontal als auch vertikal zulässig sein, ohne jedoch zu einer vollständigen Haftungsbefreiung zu führen: „[E]s bleibt stets bei der Letztverantwortung der Geschäftsleiter für das rechtskonforme Unternehmensverhalten.“⁴²⁹

⁴²¹ Siehe *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 91 Rn. 55 ff.; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 403; *Merkt*, ZIP 2014, 1705, 1710; aber auch *Fleischer*, NZG 2014, 321, 325, mit dem zutreffenden Hinweis, dass aufsichtsrechtliche Vorgaben punktuell herangezogen werden können, wo eine Übereinstimmung zwischen aktien- und aufsichtsrechtlichen Normzwecken besteht; monographisch zur Ausstrahlung des Aufsichts- auf das Aktienrecht *Thaten*, S. 156 ff., zur Compliance 191 ff.

⁴²² Siehe *Immenga*, Festschrift Schwark, S. 199, 201; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 65; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 392; *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733, 739.

⁴²³ Siehe *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 82; *ders.*, NZG 2014, 321, 323; *Koch*, § 76 Rn. 12; *Martin Winter*, Festschrift Hüffer, S. 1103, 1105; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 392; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 144 f.; *Holle*, S. 36 f.

⁴²⁴ Siehe *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 142, 144 f.; abweichend *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 91 Rn. 52.

⁴²⁵ Siehe *Bürkle*, CCZ 2010, 4, 6; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 121; *Merkt*, ZIP 2014, 1705, 1711; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1599 f. These 4 und 7; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 151 ff.

⁴²⁶ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 63; *Immenga*, Festschrift Schwark, S. 199, 203; *Martin Winter*, Festschrift Hüffer, S. 1103, 1106; *Kort*, Festschrift Hopt (2010), S. 983, 991; *ders.*, Festschrift G. H. Roth, S. 407, 410 f.; *ders.*, in: Großkomm. AktG, § 76 Rn. 51, § 91 Rn. 139 ff.; *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368, 386; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 392; *Schäfer*, Festschrift Krieger, S. 779, 783; für ein Ermessen auch beim „Ob“ *Paefgen*, WM 2016, 433, 437.

⁴²⁷ Siehe *Bürkle*, CCZ 2010, 4, 6; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 117; *Seibt*, NZG 2015, 1097, 1100 f., nimmt dies sogar für die Legalitätspflicht an.

⁴²⁸ Siehe oben S. 28 bei Fußnote 163.

⁴²⁹ *Bürkle*, CCZ 2010, 4, 5.

d) Interim Management

Obwohl das Phänomen des Managementvertrages keineswegs neu ist,⁴³⁰ hat die Beschäftigung damit seit geraumer Zeit wieder Konjunktur. Den „befristeten ‚Einkauf‘ von Managementleistungen“⁴³¹ bezeichnet man im Schrifttum neuerdings als „Interim Management“,⁴³² in der Kautelarpraxis ist vielfach die schlichte Bezeichnung als Beratervertrag im Gebrauch.⁴³³ Eine einheitliche rechtliche Gestaltung verbirgt sich hinter den Begriffen nicht. Im Ausgangspunkt sind zwei unterschiedliche Gestaltungen denkbar: Entweder der Interimsmanager erhält eine organschaftliche Stellung⁴³⁴ oder aber er agiert allein auf dienstvertraglicher Grundlage.⁴³⁵ Im letzteren Fall kann man wiederum danach unterscheiden, ob der Interimsmanager mit der Aktiengesellschaft (sog. englisches Modell) oder allein mit der Managementgesellschaft in vertraglicher Beziehung steht (sog. holländisches Modell).⁴³⁶ In jedem Fall bedarf ein „Interim Management“ sorgfältiger vertraglicher Gestaltung, um den Interessen der beteiligten Personen gerecht zu werden. Regelmäßig ist darauf zu achten, dass zwischen Aktiengesellschaft und Interimsmanager, beim englischen Modell, bzw. zwischen Managementgesellschaft und Interimsmanager, beim holländischen Modell, kein Arbeitsvertrag sowie, beim holländischen Modell, zwischen Management- und Aktiengesellschaft keine Arbeitnehmerüberlassung vereinbart wird.⁴³⁷ Besteht zwischen AG und Manager keine organschaftliche Beziehung, ist außerdem dessen Vertretungsmacht und Verantwortlichkeit zu regeln.⁴³⁸ Mehrheitlich geht man davon aus, dass die Vereinbarung eines Managementvertrages und die Erteilung einer widerruflichen Generalvollmacht⁴³⁹ an den Interimsmanager die Leitungsautonomie des Vorstands nicht berührt.⁴⁴⁰

⁴³⁰ Rechtsvergleichend bereits *Mestmäcker*, S. 106 ff.; siehe außerdem *Hommelhoff*, S. 284 ff.; *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 ff.; *Martinek/Omlor*, in: Staudinger, § 675 Rn. B 142 ff.; *Joachim*, DWiR 1992, 397 ff. und 455 ff.

⁴³¹ *Uffmann*, ZGR 2013, 273, 278, 281 in Anlehnung an *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (6. Aufl. 2010), § 292 Rn. 55.

⁴³² Siehe *Haag/Tiberius*, NZA 2004, 190 ff.; *Buschbaum/Klösel*, NJW 2012, 1482 ff.; *Uffmann*, ZGR 2013, 273 ff.; *dies.*, DB 2019, 2281 ff.; *Krieger*, Festschrift Hoffmann-Becking, S. 711 ff.; *Fleischer*, DB 2015, 1764 ff.; *Melot de Beauregard/M. Baur*, DB 2017, 2033 ff.

⁴³³ Siehe *Haag/Tiberius*, NZA 2004, 190, 193; *Uffmann*, ZGR 2013, 273, 291.

⁴³⁴ Zu Drittstellungsverträgen von organschaftlich bestellten Interimsmanagern *Krieger*, Festschrift Hoffmann-Becking, S. 711, 714 f., 721 ff., 725 ff.; *Vetter*, Festschrift Hoffmann-Becking, S. 1297, 1304 ff.; *Theiselmann*, ZIP 2015, 1712 f.; allgemein zur Drittvergütung von Vorständen *Kalb/Fröhlich*, NZG 2014, 167 ff.; *Vetter*, NZG 2015, 889 ff.; *Deilmann/Dornbusch*, NZG 2016, 201 ff.; monographisch zuletzt *Weinkamm*, S. 53 ff.; *Wöller*, S. 82 ff.

⁴³⁵ Zur Abgrenzung vom Werkvertrag *Melot de Beauregard/M. Baur*, DB 2017, 2033 f.

⁴³⁶ Siehe *Buschbaum/Klösel*, NJW 2012, 1482.

⁴³⁷ Eingehend *Haag/Tiberius*, NZA 2004, 190, 192 ff.; *Buschbaum/Klösel*, NJW 2012, 1482 ff., 1485 mit Vertragsmuster; *Krieger*, Festschrift Hoffmann-Becking, S. 711, 712, 718 ff.

⁴³⁸ Dazu *Haag/Tiberius*, NZA 2004, 190, 194; *Buschbaum/Klösel*, NJW 2012, 1482, 1484 f.; zu weiteren Aspekten in Fällen organschaftlicher Bestellung *Uffmann*, ZGR 2013, 273, 297 ff.

⁴³⁹ Die Generalvollmacht als solche ist gesetzlich nicht geregelt. Man versteht darunter die rechtsgeschäftliche Ermächtigung, jemanden in allen Rechtsgeschäften zu vertreten, soweit die Vertretung nicht wegen des höchstpersönlichen Charakters des Rechtsgeschäfts oder aus sonstigen Gründen ausgeschlossen ist. Generalvollmachten können nicht unwiderruflich erteilt werden. Vgl. BGH, Urteil vom 12.12.1960 – II ZR 255/59 = BGHZ 34, 27 Leitsatz 2, 31; *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 3; *Schubert*, in: Münchener Komm. BGB, § 167 Rn. 67 f.

3. Stellungnahme

a) Compliance und Verschulden

Der Begriff der Compliance bezeichnet nichts Neues. Das Landgericht München I hat im „Siemens/Neubürger“-Fall die Gelegenheit genutzt und dies klargestellt.⁴⁴¹ Aber auch vor ihm haben erfahrene Praktiker schon darauf hingewiesen, dass die im Schrifttum entwickelten detaillierten „Compliancevorstellungen“ nichts weiter darstellen als eine „Konkretisierung der allgemeinen Legalitätspflicht“.⁴⁴² Compliance benennt lediglich die hergebrachte Verpflichtung des Vorstands, Gesetz und Satzung zu beachten sowie ein entsprechendes Verhalten aller für die Gesellschaft Handelnden zu gewährleisten.⁴⁴³ Leider wird dieser Befund nicht immer mit der wünschenswerten Klarheit beschrieben. Vielmehr muss man feststellen, dass die Compliance-Debatte im Schrifttum mitunter ausgesprochen selbstbezogen⁴⁴⁴ geführt wird.⁴⁴⁵ Die vorhandene Rechtsprechung wird entweder verkürzt dargestellt⁴⁴⁶ oder gar nicht herangezogen. Dies ist bedauerlich, da der Bundesgerichtshof den Rechtsanwender mitnichten im Dunkeln tappen lässt.⁴⁴⁷ Bei Durchsicht der einschlägigen Urteile kann man im Gegenteil sehr präzise Aussagen treffen: Zum einen besteht neben der Legalitätspflicht kein Bedürfnis für eine abweichend konzipierte Legalitätskon-

⁴⁴⁰ Dazu *Frels*, ZHR 122 (1959), 173, 187 f.; *Joachim*, DWiR 1992, 455, 457; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 78 Rn. 118; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 78 Rn. 52; *Koch*, § 78 Rn. 10; mit Einschränkungen *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 16 ff.; zur GmbH *Schippers*, DNotZ 2009, 353, 365 ff., 372 f.; *Uffmann*, ZGR 2013, 273, 311 ff., 313 f.; *dies.*, S. 313 ff.

⁴⁴¹ Siehe LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 576 („Siemens/Neubürger“): „Neu ist die Begrifflichkeit der ‚Compliance‘, nicht jedoch der dahinterstehende Grundgedanke, der Vorstand müsse dafür Sorge tragen, dass seitens der Gesellschaft und ihrer Mitarbeiter die zu beachtenden gesetzlichen Vorgaben auch tatsächlich eingehalten werden.“; zustimmend *Simon/Merkelbach*, AG 2014, 318, 320; zu Unrecht abweichend *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, die verkennen, dass es bei Legalitätspflichtverstößen gerade nicht darum geht, den Vorstand vor Rückschaufehlern des Gerichts zu schützen (dazu oben S. 9 bei und nach Fußnote 29, sowie S. 31 bei Fußnote 184), und dass man in Anbetracht des Verschuldenserfordernisses auch nicht von einer „faktischen Erfolgshaftung“ sprechen kann (dazu unten S. 73 bei und nach Fußnote 468, sowie allgemein zum Verschulden S. 92 nach Fußnote 567); die gleiche Fehleinschätzung unterläuft *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 580.

⁴⁴² So *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368, 369 f.

⁴⁴³ So ausdrücklich *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 390 f.; zustimmend *Fleischer*, NZG 2014, 321, 323; zuvor bereits *Hauschka*, AG 2004, 461, 462: „Führung der Unternehmung innerhalb der bestehenden Rechtsordnung“; *Immenga*, Festschrift Schwark, S. 199.

⁴⁴⁴ Siehe etwa *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 146 ff., der den „NICI“-Fall (BGH, Urteil vom 10.7.2012 – VI ZR 341/10 = BGHZ 194, 26 ff.) zwar nennt, sich im Übrigen aber auf eine Auseinandersetzung mit dem Schrifttum beschränkt.

⁴⁴⁵ Ähnlich *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368, 382 f., der eine „Tendenz zur opportunistischen Meinungsbildung“ feststellt und fortfährt: „Die Dynamik der Diskussion legt bisweilen einen Verhaltensstandard nahe, der weder rechtlich noch durch die betriebswirtschaftliche Praxis unterlegt ist.“

⁴⁴⁶ Siehe allein mit Bezugnahme auf die „Siemens/Neubürger“-Entscheidung (LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570 ff.) *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733, 735, 739 f.; sowie *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 183: Die Rechtsprechung habe bislang noch keine Gelegenheit gehabt, zu den Compliance-Pflichten des Vorstands umfassender Stellung zu nehmen. Das Urteil des LG München I bilde daher eine Ausnahme.

⁴⁴⁷ So aber *Holle*, S. 43.

trollpflicht, zum anderen handelt es sich bei den unter dem Schlagwort Compliance diskutierten Fragen um Verschuldensprobleme.

Die Legalitätspflicht des Vorstands umfasst nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs „auch die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt“.⁴⁴⁸ Ohne danach zu differenzieren, wer für die Gesellschaft handelt. Sowohl im Hinblick auf ihren Geltungsgrund⁴⁴⁹ als auch im Hinblick auf ihre Reichweite⁴⁵⁰ macht es für die Pflicht zur Rechtstreue keinen Unterschied, ob der Vorstand selbst tätig wird oder ob er andere für die Aktiengesellschaft arbeiten lässt. Auch eine Legalitätskontrollpflicht hätte keinen anderen Geltungsgrund als den, für ein rechtmäßiges Verhalten der juristischen Person Sorge zu tragen.⁴⁵¹ Und auch eine Legalitätskontrollpflicht könnte keine Bagatellausnahme rechtfertigen.⁴⁵² Die Pflicht des Vorstands lautet jeweils: Leite die Gesellschaft so, dass es zu keinem Gesetzesverstoß kommt! Die Pflicht lautet nicht: Leite sie so, dass es nach Möglichkeit zu keinem Gesetzesverstoß kommt! Der Vorstand muss nicht bloß versuchen, Gesetzesverstöße zu verhindern. Er muss sie tatsächlich verhindern.⁴⁵³ Mit anderen Worten: Rechtsverletzungen im Unternehmen sind Pflichtverletzungen des Vorstands.⁴⁵⁴

Diese Ansicht mag – insbesondere wenn man die Legalitätskontrolle unter den Vorbehalt des Erforderlichen und Zumutbaren stellen will⁴⁵⁵ – streng erscheinen. Sie trifft deshalb jedoch nicht weniger zu. Dies wird deutlich, wenn man in Erinnerung bringt, was eine Pflichtverletzung aus-

⁴⁴⁸ Siehe nur BGH, Urteil vom 10.7.2012 – VI ZR 341/10 = BGHZ 194, 26, 34 Tz. 22 („NICI“); sowie BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1960 Tz. 22 („Corealcredit Bank“); BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 27: „Vorstandsmitglieder verletzen ihre Pflichten aber nicht nur dann, wenn sie eigenhändig tätig werden oder Kollegialentscheidungen treffen, sondern auch, wenn sie gegen pflichtwidrige Handlungen anderer Vorstandsmitglieder nicht einschreiten [...]“; dazu unten S. 123 nach Fußnote 755; zur Legalitätspflicht ausführlich oben S. 13 nach Fußnote 61.

⁴⁴⁹ Dazu oben S. 19 nach Fußnote 99.

⁴⁵⁰ Dazu oben S. 20 nach Fußnote 111.

⁴⁵¹ Vgl. BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 375 zur GmbH; ausführlich dazu oben S. 14 bei Fußnote 67; abweichend *Bunting*, ZIP 2012, 1542, 1543 ff., 1545 ff.

⁴⁵² Siehe oben S. 20 nach Fußnote 111. Die in der Literatur vorgetragene Argumente für eine Bagatellausnahme überzeugen nicht, die Rechtsprechung hat bislang keine entsprechenden Ausnahmen von der Legalitätspflicht anerkannt. Gerade bei der Kontrolle von Mitarbeitern wird der Vorstand darauf bedacht sein, einem sorglosen Umgang mit rechtlichen Vorgaben vorzubeugen (vgl. *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2174: „tone from the top“ maßgeblich).

⁴⁵³ Vgl. BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 378 zur GmbH; BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1960 Tz. 22 („Corealcredit Bank“); BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 27; wie hier *Steber*, DStR 2015, 2391, 2393; abweichend *Bürkle*, CCZ 2010, 4, 6; ausführlich dazu oben S. 54 bei Fußnote 339.

⁴⁵⁴ Vgl. *Koch*, in: Münchener Handb. Gesellschaftsrecht, Band 7, § 30 Rn. 14; *ders.*, NZG 2014, 934, 938 f. mit dem zutreffenden Argument, dass andernfalls rechtswidrige Vorstandsbeschlüsse Bestand haben müssten. Abweichend dagegen *Langenbucher*, Festschrift Lwowski, S. 333, 341.

⁴⁵⁵ So *Fleischer*, AG 2003, 291, 300; *ders.*, BB 2008, 1070, 1072; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 71; siehe auch *Dreher*, ZWeR 2004, 75, 94; *ders.*, Festschrift Hüffer, S. 161, 174; *Bachmann*, Compliance, S. 65, 78 f.; *Bürkle*, CCZ 2008, 50, 55; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2174; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 406 f.; *Reichert*, Festschrift Hoffmann-Becking, S. 943, 951 f.; *Holle*, S. 61.

macht: Das Abweichen des Ist-Zustands vom Soll-Zustand.⁴⁵⁶ Der Vorstand kann schlichtweg nicht sagen, dass er sein Unternehmen so führe, wie es sein soll, wenn Lohnnebenkosten nicht abgeführt,⁴⁵⁷ Geschäftspartner und Amtsträger bestochen⁴⁵⁸ oder beim Fahrzeugbau Bestimmungen des US-amerikanischen Clean Air Act missachtet werden. Tatsächlich ist die Gleichsetzung von Rechts- und Pflichtverletzung nicht streng, sondern stringent. Darin besteht ein Vorteil, der Rechtsanwendern und rechtsunterworfenen Vorständen gleichermaßen zugutekommt.

Die Annahme einer inhaltlich anders ausgestalteten, nämlich verhaltens- oder verfahrensbezogenen Legalitätskontrollpflicht⁴⁵⁹ birgt demgegenüber nur Nachteile. Nicht umsonst bereitet die Compliance-Diskussion im Schrifttum vielfach Unbehagen.⁴⁶⁰ Dem Vorstand vorzuschreiben, welche Organisationsanforderungen er von Rechts wegen zu erfüllen habe, geht ersichtlich nicht leicht von der Hand, weshalb es kaum verwundert, wenn sich Stellungnahmen mit der Aussage begnügen, dass das „Wie“ der Unternehmensorganisation im Ermessen des Vorstands stehe.⁴⁶¹ Dass sich die Vorstandsmitglieder dennoch nicht auf die Haftungsfreistellung gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG berufen können, wenn die Sicherstellung rechtmäßiger Zustände misslingt, hat folgenden Grund: Die sog. Business Judgment Rule schützt den Vorstand allein vor dem Vorwurf, dass er das Unternehmen der Gesellschaft nicht rentabel genug führe. Sie schützt ihn hingegen nicht, wenn es zu Rechtsverstößen kommt.⁴⁶² Die Dinge liegen hier ähnlich wie bei dem Tatbestandsmerkmal der angemessenen Informationsgrundlage einer unternehmerischen Entscheidung. Die Beurteilung der Angemessenheit ist ihrerseits nur dann eine unternehmerische Entscheidung, auf die es § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG anzuwenden gilt, wenn der Vorwurf im Raum steht, dass der Vorstand zu viel in Informationen investiert habe. Hat er zu wenig in Informationen investiert, wird er nicht für deren Kosten in Regress genommen, sondern für die Schäden, die aus der nicht angemessen informierten Entscheidung erwachsen.⁴⁶³ Nur wenn der Vorstand übermäßig in Präventionsmaßnahmen gegen Rechtsverstöße investiert, besteht folglich Raum für die Anwendung der sog. Business Judgment Rule.⁴⁶⁴ Nur dann kann man fragen, ob er beim Aufbau

⁴⁵⁶ Statt vieler *Ernst*, in: Münchener Komm. BGB, § 280 Rn. 13: „Jedes Defizit gemessen am positiven Leistungsinteresse des Gläubigers erfüllt den Tatbestand der Pflichtverletzung.“

⁴⁵⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 374 ff. zur GmbH.

⁴⁵⁸ Vgl. LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 573 ff. („Siemens/Neubürger“).

⁴⁵⁹ So aber wohl *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 510; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 404; zustimmend *Holle*, S. 60 f.; dazu auch oben S. 28 bei Fußnote 166 und S. 68 bei Fußnote 427.

⁴⁶⁰ Siehe etwa *Bachmann*, Compliance, S. 65, 76: „Verbetriebswirtschaftlichung des Organisationsrechts“; und mit Bezug auf ihn *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 389, 390; *Immenga*, Festschrift Schwark, S. 199, 203: „Es kann nicht Inhalt der aktienrechtlichen Betrachtung sein, die möglichen Inhalte einer gebotenen Compliance-Organisation zu ermitteln. Bereits die in jedem Fall erforderliche, auf das Unternehmen bezogene Analyse steht dem entgegen.“; zu einer Verhaltensstandardisierung durch Corporate Compliance bereits *Kort*, NZG 2008, 81 ff.

⁴⁶¹ Dazu *Bürkle*, BB 2005, 565, 567; sowie *Liese*, BB-Special 5.2008, 17, 20, jeweils unter Verweis auf BGH, Urteil vom 3.12.2001 – II ZR 308/99 = NZG 2002, 195, 196 zur Genossenschaft.

⁴⁶² Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp.; oben S. 26 bei Fußnote 152.

⁴⁶³ Dazu eingehend oben S. 36 nach Fußnote 221.

⁴⁶⁴ Das übersieht *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 580; ebenso S. *Meyer*, DB 2014, 1063, 1065.

arbeitsteiliger Strukturen vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Kommt es hingegen zu Gesetzesverletzungen, trifft ihn ein Vorwurf, der nicht in den Anwendungsbereich von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG fällt. Der Regress zielt auf die Kosten mangelnder Rechtstreue der AG, nicht auf die Aufwendungen mangelhafter Kontrolle. Der Rechtsverstoß ist die zum Schadensersatz führende Pflichtverletzung.⁴⁶⁵

Der Bundesgerichtshof behandelt die sog. Compliance folgerichtig unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens. Eine interne Zuständigkeitsverteilung entbindet die einzelnen Mitglieder des Vorstands nicht von der gemeinschaftlichen Pflicht, die Rechtstreue der Gesellschaft sicherzustellen.⁴⁶⁶ Ebenso wenig vermag dies eine Aufgabenzuweisung an Personen außerhalb der Geschäftsleitung.⁴⁶⁷ Beides kann aber zu einer Beschränkung der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit führen, solange kein Anlass besteht, an der Erfüllung gesetzlicher Pflichten zu zweifeln.⁴⁶⁸ Im einen wie im anderen Fall sehen die Vorstandsmitglieder sich mit abgestuften Überwachungsanforderungen konfrontiert.⁴⁶⁹ Werden sie diesen gerecht, trifft sie kein Verschulden, weil sie sich dann auch unter Berücksichtigung ihrer eigenen, nicht delegierbaren Verantwortung auf ein ordnungsgemäßes Verhalten von Kollegen oder nachgeordneten Mitarbeiter verlassen dürfen.⁴⁷⁰ Umgekehrt handeln sie fahrlässig, wenn sie keine Arbeitsorganisation einrichten, die es ihnen erlaubt, die Einhaltung rechtlicher Pflichten zu überwachen.⁴⁷¹ Der Bundesgerichtshof weist bei der Formulierung konkreter Handlungsvorgaben⁴⁷² Augenmaß. In der „Tessmer“-Entscheidung spricht er offen aus, dass man vom Vorstand kaum erwarten könne, jegliche Zu-

⁴⁶⁵ Das sieht auch *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 580, der aber nicht bereit ist, die Konsequenz wie hier zu ziehen: Sonst „gelange man beim Unterlassensvorwurf stets zur Bejahung der Pflichtwidrigkeit“.

⁴⁶⁶ Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 167 Tz. 15 („Weltruf“); BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 377; ebenso BFH, Urteil vom 26.4.1984 – V R 128/79 = BFHE 141, 443, 447, jeweils zur GmbH (& Co. KG).

⁴⁶⁷ Siehe BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 378; das übersehen *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1599 These 9, mit ihrer Polemik gegen das „Siemens/Neubürger“-Urteil (LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570 ff.).

⁴⁶⁸ Siehe BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 168 ff. Tz. 19 ff. („Weltruf“); BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 377 f.; ebenso BFH, Urteil vom 26.4.1984 – V R 128/79 = BFHE 141, 443, 447 f.

⁴⁶⁹ Siehe oben S. 55 Fußnote 340 bis S. 56 Fußnote 346, sowie S. 63 bei Fußnote 389.

⁴⁷⁰ Siehe jeweils zur GmbH BGH, Urteil vom 1.3.1993 – II ZR 61/92, II ZR 81/94 = NJW 1994, 2149, 2150; KG, Urteil vom 9.10.1998 – 14 U 4823/96 = NZG 1999, 400, 401 („Transferrubel“), das bei fahrlässig nicht zur Kenntnis genommenen betrügerischen Scheingeschäften von einem „Organisationsverschulden“ spricht; ferner BFH, Urteil vom 30.8.1994 – VII R 101/92 = BFHE 175, 509, 513 f.; aus dem Schrifttum *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 183.

⁴⁷¹ Siehe BGH, Urteil vom 8.10.1994 – II ZR 175/83 = GmbHR 1985, 143 („Hausfrau“) zur GmbH: „Ein Geschäftsführer, der erkennen kann, daß er für dieses Amt ungeeignet ist oder wenigstens die zur Erfüllung steuerlicher Pflichten erforderlichen Kenntnisse nicht besitzt, handelt schuldhaft, wenn er nicht fachkundige Dritte damit beauftragt, statt seiner den Geschäftsgang so eingehend zu überwachen, daß unter normalen Umständen damit gerechnet werden kann, daß die Angestellten die Steuerangelegenheiten ordnungsgemäß erledigen [...]“; aus dem Schrifttum ferner *S. Meyer*, DB 2014, 1063, 1066: „Verantwortlichkeit setzt die Fähigkeit zum Einschreiten voraus.“

⁴⁷² Vgl. aus strafrechtlicher Sicht BGH, Urteil vom 6.7.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106, 126 („Lederspray“).

widerhandlung gegen betriebliche Pflichten zu verhindern, und er warnt davor, dass überzogene Aufsichtsmaßnahmen womöglich nicht nur den Betriebsfrieden stören, sondern auch die Würde der Arbeitnehmer verletzen.⁴⁷³

Das Landgericht München I behandelt die sog. Compliance-Aufgabe des Vorstands in seiner „Siemens/Neubürger“-Entscheidung hingegen schon auf Pflichtenebene.⁴⁷⁴ Dies ist misslich, weil man keine allgemeingültige Aussage darüber treffen kann, wie ein System zur Legalitätskontrolle aussehen muss, um den Anforderungen des Aktienrechts gerecht zu werden.⁴⁷⁵ Nicht von ungefähr entspricht es auch für das Früherkennungs- und Überwachungssystem i.S.v. § 91 Abs. 2 AktG der herrschenden Meinung, dass seine Ausgestaltung von Größe, Branche, Struktur und weiteren Kontextfaktoren des Unternehmens abhängt.⁴⁷⁶ „Es gibt keine Rechtspflicht, ein ganz bestimmtes betriebswirtschaftliches Modell oder Risikomanagementsystem auszuwählen.“⁴⁷⁷ Aber es gibt die Legalitätspflicht, die vom Vorstand verlangt, „dafür zu sorgen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt“.⁴⁷⁸ Das ist eine eindeutige Zielvorgabe. Wird sie verfehlt, müssen die Vorstandsmitglieder gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG darlegen und beweisen, ob sie im Einzelfall dennoch die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben.

Als Verschuldensvorwurf würden sich die Ausführungen des Landgerichts München I, soweit man das ohne Kenntnis der Akten beurteilen kann, durchaus überzeugend lesen. Das Landgericht will einen strengen Sorgfaltsmaßstab an „die Einrichtung eines Systems zur [Vermeidung] von Korruptionszahlungen“ anlegen.⁴⁷⁹ Damit entspricht die Kammer im Ausgangspunkt den Vorgaben des Bundesgerichtshofs.⁴⁸⁰ Sodann legt sie im Einzelnen dar, weshalb sie davon überzeugt ist, dass der beklagte Siemens-Vorstands nicht alles Erforderliche und Zumutbare unternommen habe, um Rechtsverstöße zu verhindern: Neubürger sei spätestens ein knappes Jahr

⁴⁷³ BGH, Beschluss vom 11.3.1986 – KRB 7/85 = WuW/E 1986, 744, 746 („Tessmer“); dazu oben S. 50 in Fußnote 309.

⁴⁷⁴ Siehe LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 574 („Siemens/Neubürger“): „Die Einrichtung eines mangelhaften Compliance-Systems und dessen unzureichende Überwachung [...] bedeutet eine Pflichtverletzung.“

⁴⁷⁵ Ebenso S. Meyer, DB 2014, 1063, 1065: „Eine allgemeine und generalisierende Pflicht jedes Unternehmens zur Einrichtung einer Compliance-Organisation besteht [...] nicht [...]“; Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 153.

⁴⁷⁶ Vgl. Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 37 m.w.N.

⁴⁷⁷ Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 37.

⁴⁷⁸ Siehe nur BGH, Urteil vom 10.7.2012 – VI ZR 341/10 = BGHZ 194, 26, 34 Tz. 22 („NICI“); sowie BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1960 Tz. 22 („Corealcredit Bank“); BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 27; ausführlich dazu oben S. 13 nach Fußnote 61.

⁴⁷⁹ Siehe LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 574 („Siemens/Neubürger“), das irrtümlich von „Verwendung“ statt von „Vermeidung“ spricht.

⁴⁸⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 1.3.1993 – II ZR 61/92, II ZR 81/94 = NJW 1994, 2149, 2150; siehe auch Fuchs/M. Zimmermann, JZ 2014, 838, 842: „Es ist nicht zu erkennen dass die Entscheidung des LG München I hinsichtlich der Pflichtendelegation über das hinausgeht, was auch bislang weitestgehend anerkannt war. [...] Das Urteil eignet sich demnach nicht als Beleg für ‚Auswüchse von Gesamt- und Überwachungsverantwortung‘.“ (Hervorhebungen weggelassen).

nach seinem Eintritt in den Vorstand „auf eine erschreckend hohe Zahl von Bestechungsfällen im Ausland“ hingewiesen worden.⁴⁸¹ Angesichts der Größe des Unternehmens und einer Geschäftstätigkeit auf besonders korruptionsanfälligen Märkten, habe der Finanzvorstand jedoch nicht in hinreichendem Maße dazu beigetragen, ein funktionierendes Compliance-System mit klaren Zuständigkeiten aufzubauen.⁴⁸² Vielmehr habe er in zumindest einem Fall „die Ausklammerung der tatsächlichen Hintergründe aus den Ermittlungen“ zugelassen.⁴⁸³ Ferner habe die Notierung an der New York Stock Exchange ein Kontrollsystem erfordert, durch das „jeder Zahlungsvorgang jederzeit nachvollzogen werden“ konnte.⁴⁸⁴

Ein eindeutig festgelegtes und klar strukturiertes Überwachungssystem hilft dem Vorstand allerdings nicht nur, den Entlastungsbeweis leichter zu führen. Ab einer gewissen Unternehmensgröße ist eine Institutionalisierung der Legalitätskontrolle auch in der Sache sinnvoll, wenn nicht sogar unvermeidlich.⁴⁸⁵ Daher sind die in der Compliance-Debatte gesammelten Erkenntnisse über die konkreten Handlungsmöglichkeiten des Vorstands wertvoll, ungeachtet meiner Kritik an der dogmatischen Verortung.⁴⁸⁶ Den Konsequenzen dieser Kritik, insbesondere hinsichtlich der Verschuldenszurechnung nach § 278 Abs. 1 BGB, wird sich das zweite Kapitel widmen.⁴⁸⁷

b) Geschäftsführung und Leitung

Bei unbefangener Lektüre der Vorschriften über Geschäftsführung und Leitung regeln §§ 77 und 76 Abs. 1 AktG zwei verschiedene Dinge. § 77 AktG regelt ein Dürfen und § 76 Abs. 1 AktG ein Müssen. Gemäß § 77 Abs. 1 Satz 1 AktG ist der Vorstand zur Geschäftsführung befugt. Ob es bei einem mehrköpfigen Vorstand jedem Mitglied einzeln oder nur allen gemeinschaftlich gestattet ist, von dieser Berechtigung Gebrauch zu machen, richtet sich nach § 77 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 AktG. Gemäß § 76 Abs. 1 AktG hingegen hat der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten. Seine Mitglieder sind der Aktiengesellschaft gegenüber also zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet.

Nach überwiegender Lehrmeinung sind Geschäftsführung und Leitung jedoch keineswegs überschneidungsfrei. Der Leitungsbegriff soll vielmehr für den „herausgehobenen Teilbereich der Geschäftsführung“ stehen.⁴⁸⁸ Einige Autoren bezeichnen die Leitungsaufgabe sogar als ein Pflichtrecht des Vorstands, verstanden als eine Rechtsposition, „die von vornherein mit einer Pflichtbindung versehen und vornehmlich im Fremdinteresse auszuüben“ ist. Unverkennbar sollen die

⁴⁸¹ LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 574 („Siemens/Neubürger“).

⁴⁸² Siehe LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 574 f. („Siemens/Neubürger“).

⁴⁸³ LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 573 („Siemens/Neubürger“).

⁴⁸⁴ LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 574 („Siemens/Neubürger“).

⁴⁸⁵ Ebenso *Fleischer*, CCZ 2008, 1, 3; *ders.*, NZG 2014, 321, 323; siehe auch *Kort*, Festschrift G. H. Roth, S. 407, 409.

⁴⁸⁶ Siehe etwa *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 68 ff. m.w.N. in Fn. 305; zu IDW-Prüfungsstandard 980 ferner *ders.*, NZG 2014, 321, 325; *Simon/Merkelbach*, AG 2014, 318, 321.

⁴⁸⁷ Siehe unten S. 107 nach Fußnote 670.

⁴⁸⁸ Siehe oben S. 66 bei Fußnote 411.

Mitglieder des Vorstands so zu einer getreuen, pflichtbewussten Amtsführung angehalten werden.⁴⁸⁹ Dabei handelt es sich ohne Zweifel um ein erstrebenswertes Ziel. Die Bezeichnung als Pflichtrecht ist dennoch unglücklich gewählt. Rechtstheoretisch ist mit einer Verwischung von Recht und Pflicht nichts gewonnen, rechtshistorisch sollte man von ihr Abstand nehmen.

Will die Rechtstheorie der Rechtsanwendung etwas zu sagen haben, muss sie dazu beitragen, die Dinge zu klären, anstatt sie zu verunklaren.⁴⁹⁰ Der Begriff des Pflichtrechts vermag dies nicht. Alles was man mit ihm zum Ausdruck bringen könnte, leisten im modernen Zivilrecht bereits die Begriffe des (subjektiven) Rechts und der Pflicht.⁴⁹¹ Der Bundesgerichtshof hält beides auseinander und spricht von dem „Recht und [der] Pflicht zur eigenverantwortlichen, an objektiven Sorgfaltsmaßstäben orientierten Geschäftsführung“, wenn er das Vorstandsamt beschreibt.⁴⁹² Mit dem Recht zur eigenverantwortlichen Geschäftsführung meint er in erster Linie, dass der Vorstand frei von den Weisungen des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung agieren darf.⁴⁹³ Als Leitungsaufgabe bezeichnet der Bundesgerichtshof ferner solche Pflichten, die das Aktiengesetz dem Vorstand als Gesamtorgan zuweist (z.B. §§ 121 Abs. 2, 124 Abs. 3 Satz 1 AktG).⁴⁹⁴ Aber auch diejenigen Pflichten, die bei statthafter Arbeitsteilung eine Überwachungsverantwortung aller Vorstandsmitglieder nach sich ziehen, zählt er dazu.⁴⁹⁵ Soweit die Rede vom Pflichtrecht den Vorstand daran gemahnen soll, sich tatkräftig für das Wohl der Gesellschaft einzusetzen,⁴⁹⁶ machen die organschaftliche Treuepflicht und die sog. Business Judgment Rule⁴⁹⁷ einen Rückgriff auf diese hybride Kategorie überflüssig.

⁴⁸⁹ Vgl. *Paefgen*, S. 9; *Fleischer*, ZIP 2003, 1, 2 unter Verweis auf Amtl. Begr. zu §§ 70, 71 AktG 1937 bei *Klausning*, S. 58 f. (dazu unten S. 78 in Fußnote 507); *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 10; zustimmend *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, § 76 Rn. 9; *ders.*, Festschrift K. Schmidt, S. 1463, 1466 ff.; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körber/Lieder*, § 76 Rn. 6; *Kaulich*, S. 104; *Bicker*, AG 2012, 542, 545 in Fn. 36; *Kuntz*, AG 2020, 801, 803 Rn. 11, 13 und 15; zudem oben S. 66 bei Fußnote 411.

⁴⁹⁰ Zum Wechselspiel vom Rechtstheorie und -dogmatik unten S. 179 nach Fußnote 1108.

⁴⁹¹ Kritik an einer Vermengung auch bei *Röhl/Röhl*, S. 370, 382; siehe ferner *Unberath*, S. 167 ff.

⁴⁹² BGH, Urteil vom 26.4.2004 – II ZR 155/02 = BGHZ 159, 30, 43 („Gelatine I“); BGH, Urteil vom 10.10.2005 – II ZR 90/03 = BGHZ 164, 249, 252 („Commerzbank/Mangusta II“); siehe zuvor schon LG Darmstadt, Urteil vom 6.5.1986 – 14 O 328/85 = ZIP 1986, 1389, 1392 („Opel“); auch *Hefermehl*, in: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 76 Rn. 9, auf den *Paefgen*, S. 9, sich beruft, unterscheidet „das Recht und die Pflicht, die Gesellschaft zu leiten“ (Hervorhebung weggelassen).

⁴⁹³ Vgl. BGH, Urteil vom 14.12.1959 – II ZR 187/57 = BGHZ 31, 258, 278 zum GmbH-Geschäftsführer: „Er hat nicht, wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft [...], die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten, sondern ist den im Rahmen von Gesetz, Satzung und guten Sitten bleibenden Weisungen der Gesellschafter unterworfen.“

⁴⁹⁴ Siehe BGH, Urteil vom 12.11.2001 – II ZR 225/99 = BGHZ 149, 158, 160 f. („Sachsenmilch III“); sowie die Zusammenstellung bei *Koch*, § 76 Rn. 9; für die GmbH etwa *Schippers*, DNotZ 2009, 353, 361.

⁴⁹⁵ Siehe BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 376 ff.; sowie BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 167 Tz. 15 („Weltruf“), wonach „die Einstandspflicht des Geschäftsführers für die Gesetzmäßigkeit der Unternehmensleitung“ zu den Aufgaben gehört, deren Wahrnehmung nicht auf andere übertragen werden kann.

⁴⁹⁶ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2003, 1, 2; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 10.

⁴⁹⁷ Zum Verhältnis zwischen diesen beiden oben S. 47 bei Fußnote 291 und unten S. 188 bei und nach Fußnote 1170.

Mit Blick auf die deutsche Rechtsgeschichte muss der Begriff des Pflichtrechts zudem als belastet gelten. Wie Bernd Rütters in seiner Habilitationsschrift nachgezeichnet hat, sah sich die traditionelle Auffassung vom subjektiven Recht⁴⁹⁸ in den Dreißigerjahren des vergangenen Jahrhunderts starken Angriffen ausgesetzt.⁴⁹⁹ Autoren, die für eine Erneuerung des Zivilrechts im Geiste der nationalsozialistischen Weltanschauung eintraten, befürworteten eine Umdeutung oder Ersetzung des subjektiven Rechts. Karl Larenz und Wolfgang Siebert beispielsweise wollten dem Einzelnen eine „volksgenössische Rechtsstellung“ zuweisen, in der Befugnisse und Pflichten rechtlich als untrennbare Einheit betrachtet wurden.⁵⁰⁰ Andere wollten zwar den Begriff des subjektiven Rechts beibehalten, konzipierten ihn aber getreu dem nationalsozialistischen Grundsatz „Gemeinnutz vor Eigennutz“ ebenfalls als pflichtgebundene Befugnis.⁵⁰¹ Bernd Rütters hat dar-

⁴⁹⁸ Dazu Rütters, S. 336 ff.; für ein zeitgemäßes, modernes Verständnis des Begriffs siehe Bork, Rn. 279 ff., insbesondere Rn. 281 f.; ebenfalls lesenswert Auer, AcP 208 (2008), 584 ff.

⁴⁹⁹ Siehe Rütters, S. 339 ff.

⁵⁰⁰ Siehe Larenz, in: Larenz, Grundfragen, S. 225 ff., zusammenfassend S. 258 f.: „Das ‚subjektive Recht‘ im Sinne der abstrakten Willensmacht des Einzelnen hat seine Bedeutung als zentraler Rechtsbegriff und Grundbegriff des Privatrechts eingebüßt. Statt seiner gehen wir von der Rechtsstellung des Volksgenossen als seiner Stellung im Recht, das heißt in der Lebensordnung der Gemeinschaft, aus und verstehen diese Rechtsstellung als seine Gliedstellung wie auch seine Stellung im Verhältnis zu anderen Volks- und Rechtsgenossen, seine Beteiligung an Rechtsverhältnissen unter Volksgenossen. Rechtsstellungen, die in erster Linie eine Gliedstellung umschreiben, sind Aufgabe und Pflicht des Volksgenossen [...]. Pflicht und Befugnis können hier nicht voneinander gelöst werden, sie sind untrennbar an die Gliedstellung gebunden. Dagegen ist eine solche Auflockerung möglich bei den Rechtsstellungen, die nicht so sehr eine Aufgabe und Gliedstellung in der Gemeinschaft, als ein Verhältnis zu anderen Volksgenossen bezeichnen. Hier können wir von einer einzelnen Berechtigung sprechen, wenn wir darunter nur nicht eine abstrakte Willensmacht, sondern ein im Sinne der Lehre Sieberts konkret begrenztes und gebundenes Können und Dürfen des Volksgenossen verstehen.“ (Hervorhebungen weggelassen); ders., DRW I (1936), 31, 32 f.: „Auch die nationalsozialistische Ordnung kennt eine Rechtsstellung des Volksgenossen, die ihm nicht willkürlich entzogen werden darf, in der er gegen unbefugte Eingriffe anderer geschützt wird. [...] Ich denke hier in erster Linie an konkrete Rechtsstellungen wie die des Bauern, des Beamten, oder in der Ordnung der Familie des Vaters und des Vormundes. Alle diese Stellungen sind keine „subjektiven Rechte“, sondern in erster Linie Pflichten gegenüber der Gemeinschaft [...].“; Siebert, in: Larenz, Grundfragen, S. 189, 200 f.: „[Die] Wandlung des bisherigen bürgerlichen Rechts durch das völkische Gemeinschaftsrecht hat zur Folge, daß die bisher für die sog. subjektiven Rechte im allgemeinen noch herrschende Auffassung über die ‚Schranken‘ der Rechte unhaltbar geworden ist. Die Vorstellung, daß diese Schranken ihrem Wesen nach an den Inhaber des Rechts gerichtete Ausnahme- und Ausgleichsbestimmungen seien, die das Recht ‚an sich‘ nicht berührten, beruhte auf einem typisch individualistisch-normativen Trennungsgedanken: Als Ausgangspunkt steht auf der einen Seite kraft der ‚gewährenden‘ Norm der einzelne mit seinem Rechte; ihm tritt dann die beschränkende Norm gegenüber, und so kommt man notwendig zu der Vorstellung des an sich freien, aber durch eine Gegennorm beschränkten Rechts. [...] Wird dagegen die Gemeinschaft [...] als Ausgangs- und Endpunkt, als Entstehungsursache und Ziel, als Wesensgrundlage und Kraftquelle für den einzelnen und sein Recht angesehen, so hat diese ‚existenzielle‘ Bedeutung der Gemeinschaft zur Folge, daß die Lehre von Norm und Gegennorm durch eine einheitliche Gestaltung überwunden wird. Alle Anforderungen der Gemeinschaft sind dann keine gegenüberstehenden äußeren Schranken, sondern natürliche, in dem Recht liegende Grenzen. Was vom individualistischen Standpunkt aus wesensfeindliche Beschränkung des Rechtsinhabers darstellte, wird also vom Gemeinschaftsgedanken her wesensnotwendige Gestaltung des Rechtsinhalts. Damit ist das bisherige ‚subjektive Recht‘ überwunden; an seine Stelle tritt im Recht der Volksgemeinschaft die volksgenössische Berechtigung!“ (Fußnoten und Hervorhebungen weggelassen); ders., DRW I (1936), 23, 27: „[Das] individualistische Rechtssystem von Rechtsperson, subjektivem Recht und Rechtspflicht wird durch das Recht der Volksgemeinschaft und ihrer Gliederungen und Glieder überwunden.“; dazu Rütters, S. 340 ff.

⁵⁰¹ Siehe Merk, S. 88 f., demzufolge „die Pflicht“ im germanischen Recht „eine dem Rechte innewohnende, nicht von außen herantretende Schranke“ darstellte; H. Würdinger, DRW I (1936), 15, 23, demzufolge das subjektive Recht eine Wandlung erfuhr und zum „Korrelat des Pflichtgedankens“ wurde (Hervorhebung weggelassen).

gelegt, inwiefern diese Kritik durch eine „weltanschaulich begründete Gegnerschaft gegen die Wertgrundlage des subjektiven Rechts“⁵⁰² motiviert war: Statt dem Einzelnen um seiner selbst willen eine subjektive Rechtsmacht zuzuerkennen, die ihre Grenze nur in denselben Berechtigungen anderer findet und sich dann als Pflicht (und so gewissermaßen als Kehrseite des subjektiven Rechts anderer) begreifen lässt, sollte jede individuelle Rechtsposition im Dritten Reich mit immanten Schranken versehen sein, in denen der Vorrang der Volksgemeinschaft vor dem Einzelnen zum Ausdruck kam.⁵⁰³ Wenn man sich heute um eine zeitgemäße Beschreibung der Vorstandsstellung bemüht, darf man diesen Teil der Geschichte nicht vergessen.⁵⁰⁴ Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber mit § 76 Abs. 1 AktG die unter § 70 Abs. 1 AktG 1937 geltende Rechtslage inhaltlich unverändert fortschreiben wollte.⁵⁰⁵ Zwar haben sich die Gesetzesverfasser der Reform des Jahres 1965 bemüht, das Aktiengesetz von 1937 als nicht „typisch nationalsozialistisch“ zu bezeichnen.⁵⁰⁶ An der Tatsache, dass § 70 Abs. 1 AktG 1937 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das „Führerprinzip“ eingeführt worden war, ändert dies aber nichts.⁵⁰⁷

sen); ferner *Schulz-Schäffer*, Festgabe Jung, S. 193, 206 ff.; *Blomeyer*, Festschrift Lehmann, 1937, S. 101, 111; *Dikow*, S. 50 ff.; *Stoll/Felgentraeger*, S. 23 ff., 28 ff.; auch dazu *Rüthers*, S. 342 f.

⁵⁰² *Rüthers*, S. 344.

⁵⁰³ Siehe *Siebert*, in: Frank, Nationalsozialistisches Handb., S.957, 963: „Die Schranken der subjektiven Rechte sind jetzt, auf dem Boden [der] nationalsozialistischen Auffassung, natürliche und selbstverständliche Gestaltungen und Begrenzungen des Inhalts der Rechte.“ (Hervorhebungen weggelassen); *ders.*, DRW I (1936), 23, 26, 28; dazu wiederum *Rüthers*, S. 345 f.

⁵⁰⁴ Unverständlich daher *Kuntz*, AG 2020, 801, 804 Rn. 17: „Ein Verweis auf den Zeitpunkt der Einführung der Vorgängernorm im Aktiengesetz 1937 und ein aktienrechtliches ‚Führerprinzip‘ trägt heute nichts zur Klärung bei und hat dies bei näherer Betrachtung im Kern auch noch nie getan.“

⁵⁰⁵ Siehe Begr. RegE zu § 76 Abs. 1 AktG bei *Kropff*, S. 97: „Diese Regelung entspricht dem geltenden Recht (§ 70 Abs. 1 AktG 1937*). Daß der Vorstand bei seinen Maßnahmen die Belange der Aktionäre und der Arbeitnehmer zu berücksichtigen hat, versteht sich von selbst und braucht deshalb nicht ausdrücklich im Gesetz bestimmt zu werden. Gleiches gilt für die Belange der Allgemeinheit.“ § 70 Abs. 1 AktG 1937 hatte vom Vorstand verlangt, die Gesellschaft so zu leiten, „wie das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und *der gemeine Nutzen von Volk und Reich* es fordern“ (Hervorhebung hinzugefügt). *Klausing*, S. 59*, schreibt dazu in seiner Einleitung zum AktG 1937: „Es darf bei uns in Deutschland kein wirtschaftliches Unternehmen mehr geben, das nicht in Zielsetzung und Geschäftsführung unablässig die Synthese zwischen ‚Eigennutz und Gemeinnutz‘, und zwar mit dem Vorrang des ‚gemeinen Nutzens‘ zu verwirklichen hätte.“ Dass es sich hierbei um nationalsozialistisches Gedankengut handelt, liegt auf der Hand. Vgl. das Programm der NSDAP bei *Haidn/L. Fischer*, S. 40, das in der Formulierung „Gemeinnutz vor Eigennutz“ seinen Höhepunkt findet (Nr. 24 a.E.). Knapp *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 22.

⁵⁰⁶ Dazu *Koch*, in: 50 Jahre Aktiengesetz, S. 65, 66 f.; *Kropff*, in: Bayer/Habersack, Kapitel 16 Rn. 53, 55 ff., 58 ff., 62, 136; aus dem älteren Schrifttum *Meyer-Landrut*, in: Großkomm. AktG (3. Aufl. 1971), § 76 Anm. 2.

⁵⁰⁷ Die Amtl. Begr. bei *Klausing*, S. 2, nimmt für das AktG 1937 in Anspruch, dass die „Aufnahme der Erneuerungsarbeiten“ des Aktienrechts „vor allem deshalb erforderlich [war], um den nationalsozialistischen Grundsätzen auch auf dem Gebiete der Wirtschaft zum Durchbruch zu verhelfen.“ Friedrich Klausing, der Mitglied im Aktienrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht war, weist in seiner Einleitung zum AktG 1937 an mehreren Stellen darauf hin, dass das „Führerprinzip“ bei der Neugestaltung des Aktienrechts eine wesentliche Rolle gespielt habe. Zwar finden sich auch Erläuterungen, die der Berufung auf diesen zentralen nationalsozialistischen Grundsatz eine vermeintlich sachlichere Färbung geben. Ungeschehen können sie die augenfällige Bezugnahme aber nicht machen. Siehe a.a.O., S. 41*: „[Der Begriff ‚Kapitalgesellschaft‘] ist, wie alle Begriff dieser Art vieldeutig und missverständlich. [...] Man könnte Entsprechendes auch für [...] das aus der politischen Ideologie entnommene ‚Führerprinzip‘ behaupten, mit dessen Hilfe die ‚Kapitaldemokratie‘ überwunden werden soll. [...] So leicht es hiernach sein würde, die vorgenannten Begriffe zu zerpfücken und als scheinbar unbrauchbar abzutun, so wenig wäre damit (ganz abgesehen von

Was kann § 76 Abs. 1 AktG dem Rechtswender daher heute noch sagen? Lässt man sich auf ein Gedankenexperiment ein und denkt die Norm vorübergehend weg, würde man wohl nicht viel vermissen. Die Weisungsfreiheit des Vorstands kann man auch in anderen Vorschriften des Aktiengesetzes verorten: § 111 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 1 AktG schließt den Aufsichtsrat von der Geschäftsführung aus; nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG kann er Maßnahmen des Vorstands nur blockieren, nicht aber erzwingen. § 119 Abs. 2 AktG (gegebenenfalls i.V.m. § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG) sieht vor, dass die Hauptversammlung nur auf Verlangen des Vorstands über Fragen der Geschäftsführung entscheidet; nach § 82 Abs. 2 AktG müssen dessen Mitglieder dem Beschluss zwar Folge leisten, aus eigener Initiative kann die Hauptversammlung den Vorstand aber nicht zu einem bestimmten Verhalten anweisen. Bei einzelnen Vorschriften des Aktiengesetzes, die den Vorstand adressieren, lässt sich schon aufgrund des Wortlauts ermitteln, ob das gesamte Organ in die Pflicht genommen wird: So z.B. wenn ein Beschluss erforderlich ist wie bei § 121 Abs. 2 AktG. Der Verweis auf § 76 Abs. 1 AktG ist in diesen Fällen Zierwerk und keine argumentative Notwendigkeit. Dasselbe gilt für diejenigen Pflichten, die bei statthafter Arbeitsteilung eine Überwachungsverantwortung aller Vorstandsmitgliedern nach sich ziehen: Hier handelt es sich um eine Übertragung GmbH-rechtlicher Maßstäbe ins Aktienrecht, die von der Rechtsprechung ohne Rücksicht auf § 76 Abs. 1 AktG entwickelt wurden. Im Übrigen kann man, wie im vierten Kapitel darzulegen ist, § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG als Pflichtenprogramm des Vorstands verstehen.⁵⁰⁸

Da § 76 Abs. 1 AktG aber geltendes Recht ist, fragt sich, was man – über die juristische Erinnerungsarbeit hinaus – mit der Vorschrift anfangen soll. Der Leitungsbegriff als solcher gibt keine Auskunft darüber, was der Vorstand auf einzelne seiner Mitglieder, auf Arbeitnehmer der AG

der praktischen Aussichtslosigkeit solchen Unternehmens) in der Sache gewonnen. Denn sie enthalten nun einmal trotz oder gerade wegen ihrer Unbestimmtheit und Vieldeutigkeit einen richtigen Kern.“ Und a.a.O., S. 42*: „Der wesentliche Unterschied des ‚neuen‘ vom ‚alten‘ Rechtszustand dürfte weniger darin zu suchen sein, daß in bezug auf ‚Anonymität‘ und ‚Publizität‘, ‚Kapitaldemokratie‘ und ‚verantwortliches Führertum‘ im einzelnen Besserungen und mancherlei eingreifende Neuerungen durchgeführt worden sind, als vielmehr darin, daß man versucht hat, die betriebs- und volkswirtschaftlich schädlichen Einflüsse ‚anonymer‘ Kapitalmächte durch eine sinnvolle, der Eigenart der AG. angepaßte Übernahme des ‚Führerprinzips‘ und des hierin beschlossenen Gedankens der persönlichen Verantwortlichkeit nach Möglichkeit abzuwehren und unschädlich zu machen.“ Ferner a.a.O., S. 60*: „[Der Vorstand] hat als ‚Leiter‘ des Unternehmens [...] eine so weitgehende Selbständigkeit erhalten, daß man auch für die AG. von einer Anerkennung des ‚Führergedankens‘ wird sprechen können. Gewisse Besonderheiten gegenüber dem politischen ‚Führerprinzip‘ ergeben sich aus der Eigenart der AG. als einer ‚Kapitalassoziation‘ im Bereich der Unternehmerwirtschaft.“ Sowie a.a.O., S. 62* zur Bestellung des Vorstands durch den von der Hauptversammlung gewählten Aufsichtsrat und zur Abberufung aus wichtigem Grund: „Durch diese sehr einfache Konstruktion ist der Gedanke des verantwortlichen ‚Führertums‘ auch im Aktienwesen in einer Weise zur Geltung gebracht worden, die es gestattete, den Aktionären einen maßgebenden Einfluß auf die Auswahl der Verwaltungsmitglieder zu belassen, ohne diese ihrerseits in der selbständigen und eigenverantwortlichen Wahrnehmung ihrer Funktionen nach Art des ‚demokratisch-parlamentarischen‘ Systems zu beschränken.“ Weitere Bezugnahmen auf das „Führerprinzip“ a.a.O., S. 2* im Überblick über „wichtige Bestimmungen von allgemeiner Bedeutung“, S. 21* und S. 24* zu den in der öffentlichen Diskussion und im Aktienrechtsausschuß behandelten Grundfragen, S. 27* beiläufig, S. 63* f. zum „Vorsitzer“ des Vorstands (Hervorhebungen jeweils weggelassen). Siehe zur Umsetzung des „Führerprinzips“ im AktG 1937 auch *Bahrenfuss*, S. 659 ff.; *Thiessen*, in: *Görtemaker/Safferling*, S. 204, 211 f., 235 ff.; *Lieder*, S. 338 f., 344 f.; *Bayer/Engelke*, in: *Bayer/Habersack*, Kapitel 15 Rn. 16 ff. und Rn. 49 f.

⁵⁰⁸ Siehe unten S. 175 nach Fußnote 1082.

und auf außenstehende Dritte delegieren kann oder darf. Welche einzelnen gesetzlichen Aufgaben in die ungeteilte Zuständigkeit des Vorstands fallen, muss man vielmehr durch Auslegung der jeweiligen Vorschriften beantworten. Zwar ist es unschädlich, den Leitungsbegriff wie der Bundesgerichtshof als Synonym für die Gesamtverantwortung der Vorstandsmitglieder zu gebrauchen.⁵⁰⁹ Mehr als ein abschließendes Etikett ist damit aber nicht gewonnen. Genau besehen bezeichnen Geschäftsführung und Leitung dasselbe, nur aus unterschiedlichen Perspektiven. Die Gesellschaft zu leiten bedeutet die Geschäfte zu führen. Die Geschäfte zu führen bedeutet den Unternehmensgegenstand zu verfolgen. Mit der Geschäftsführung ist das Recht des Vorstands zur Verfolgung des Unternehmensgegenstandes angesprochen, mit der Leitung seine Verpflichtung.⁵¹⁰ Hier geht es um ein Dürfen, dort um ein Müssen. Geschäftsführung und Leitung bilden damit ein ähnliches Begriffspaar wie Geschäftsführung und Vertretung. Diese stehen allerdings für das Dürfen und Können.

c) Managementverträge

Der Begriff des Managementvertrages bezeichnet kein einheitliches juristisches Konzept. Es handelt sich nicht um einen gesetzlichen Ausdruck. Welche rechtliche Gestaltung die Parteien im konkreten Fall angestrebt haben, muss man daher durch Auslegung ermitteln, und wie bei jedem Vertrag kommt es dabei nicht auf die Bezeichnung, sondern auf den Inhalt der Vereinbarung an.⁵¹¹ Im Rahmen meiner Untersuchung sind vorrangig solche Verträge von Interesse, mit denen die Aktiengesellschaft externe Experten verpflichtet, um fehlenden Sachverstand innerhalb ihres Vorstands oder auf Mitarbeiterebene zu kompensieren. Diese Verträge werfen zumindest zwei Fragen auf. Nämlich: Wie wirken sie sich auf die Pflichtenstellung des Vorstands aus? Und eng damit verknüpft: Wer hat die Abschlusskompetenz?

aa) Bestellung zum Vorstand

Um sich dem vielgestaltigen Phänomen der Managementverträge systematisch zu nähern, kann man zunächst diejenigen Fälle als unproblematisch aussondern, in denen der Aufsichtsrat eine Expertin nach § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG (vorübergehend) zum Mitglied des Vorstands bestellt. Für die organschaftliche Stellung und die Pflichtenbindung der (Interims-)Managerin als Vorstands-

⁵⁰⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 12.11.2001 – II ZR 225/99 = BGHZ 149, 158, 160 f. („Sachsenmilch III“); *Hieronymi*, S. 10, 19 f.

⁵¹⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 26.4.2004 – II ZR 155/02 = BGHZ 159, 30, 43 („Gelatine I“); BGH, Urteil vom 10.10.2005 – II ZR 90/03 = BGHZ 164, 249, 252 („Commerzbank/Mangusta II“); siehe zuvor schon LG Darmstadt, Urteil vom 6.5.1986 – 14 O 328/85 = ZIP 1986, 1389, 1392 („Opel“); aus dem Schrifttum *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199, 2201, die von Leitungsaufgabe und Geschäftsführungsbefugnis sprechen.

⁵¹¹ Siehe etwa BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 25; *Fleischer*, DB 2015, 1764, 1765; zuvor bereits *Haag/Tiberius*, NZA 2004, 190, 193; allgemein für Unternehmensverträge z.B. *Altmeppen*, in: Münchener Komm. AktG, § 291 Rn. 45 ff.; für Betriebsführungsverträge (dazu eingehend unten S. 82 nach Fußnote 524) auch *Fenzl*, Der Konzern 2006, 18, 26 f.; *Köhm*, Der Konzern 2011, 530, 533; *Michael Winterl/Theisen*, AG 2011, 662, 667. In der Praxis stößt man auf so unterschiedliche Bezeichnungen wie „Dienstverschaffungs-“, „Überlassungs-“, „Gestellungs-“ oder „Beratungsvertrag“. Die hier gewählte Bezeichnung als Managementvertrag und -gesellschaft lehnt sich an die oben S. 56 bei und nach Fußnote 348 dargestellte „Holiday Inn“-Entscheidung (BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = NJW 1982, 1817 f.) an. Die Managementgesellschaft wird in der Praxis mitunter auch als „Provider“ oder „Agentur“ bezeichnet.

mitglied ergeben sich ungeachtet der Dauer ihrer Bestellung keine Besonderheiten. Dies gilt sowohl im Verhältnis zu den anderen Vorstandsmitgliedern (horizontale Delegation) als auch im Verhältnis zu Arbeitnehmern der AG und zu sonstigen Dritten (vertikale Delegation).⁵¹² An die Weisungen anderer Gesellschaftsorgane ist die Interimsmanagerin als Vorstandsmitglied nicht gebunden,⁵¹³ Weisungen Dritter darf sie nur bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrags nach § 291 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 AktG befolgen. Der Abschluss des Managementvertrages als Anstellungsvertrag fällt gemäß §§ 84 Abs. 1 Satz 5, 87, 112 Satz 1 AktG in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats, auch wenn der Vertrag nicht zwischen der Aktiengesellschaft und dem Vorstandsmitglied, sondern mit einem Dritten, etwa einer Managementgesellschaft, abgeschlossen und mit diesem eine Vergütung für die Vorstandstätigkeit vereinbart wird. Man hat es dann mit einem sog. Drittanstellungsvertrag zu tun.⁵¹⁴ Dem Vorstand fehlt für den Abschluss eines solchen Managementvertrages die Vertretungsmacht.⁵¹⁵ Ein Mäklervertrag i.S.v. § 652 BGB wird regelmäßig nicht vorliegen, da die Managementgesellschaft sich für gewöhnlich nicht darauf beschränkt, die Gelegenheit zur Bestellung eines neuen Vorstandsmitglieds nachzuweisen oder eine solche Bestellung zu vermitteln.⁵¹⁶ Für die Vertragsbeziehung zwischen der Interimsmanagerin und der Managementgesellschaft empfehlen umsichtige Berater eine Ausgestaltung als selbständige Dienstleistung. Um die Anwendung des AÜG zu vermeiden, sei zu vereinbaren, dass die Interimsmanagerin in der Gestaltung ihrer Dienste frei und nicht an Weisungen der Managementgesellschaft oder ihrer Kunden gebunden ist.⁵¹⁷ Bei einer organschaftlichen Bestellung fehlt es an der für § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG maßgeblichen Weisungsgebundenheit allerdings schon aufgrund aktienrechtlicher Bestimmungen (§§ 111 Abs. 1 und 4, 119 Abs. 2 AktG).

bb) Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge

Sofern die Interimsmanagerin nicht in den Vorstand aufrückt, sind vielfältige vertragliche Gestaltungen denkbar. Sie alle zu erfassen, ist naturgemäß nicht möglich. Eine hilfreiche Abgrenzung erlaubt aber das gesetzliche Leitbild der Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG. Bei einem Betriebspachtvertrag verpachtet die Gesellschaft den Betrieb ihres gesamten Unternehmens einem anderen, dem nach § 581 Abs. 1 Satz 1 BGB in der Folge Gebrauch und Fruchtgenuss zustehen. Der Pächter betreibt das Unternehmen auf eigene Rechnung und im eigenen Namen und entrichtet hierfür nach § 581 Abs. 1 Satz 2 BGB die vereinbarte Pacht.⁵¹⁸ Ebenso verhält es sich beim Betriebsüberlassungsvertrag, jedoch mit dem Unterschied, dass der Übernehmer im fremden Namen, im Namen der Aktiengesellschaft, handelt, weshalb

⁵¹² Siehe oben S. 64 bei und nach Fußnote 400.

⁵¹³ Siehe oben S. 78 nach Fußnote 507.

⁵¹⁴ Siehe oben S. 58 bei Fußnote 359.

⁵¹⁵ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 82 Rn. 9; implizit auch BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1224 Tz. 38.

⁵¹⁶ Zu den Abgrenzungskriterien etwa *H. Roth*, in: Münchener Komm. BGB, § 652 Rn. 6, 27 f., § 655 Rn. 6.

⁵¹⁷ Siehe *Buschbaum/Klösel*, NJW 2012, 1482 f.; *Krieger*, Festschrift Hoffmann-Becking, S. 711, 712.

⁵¹⁸ Siehe statt vieler *Altmeppen*, in: Münchener Komm. AktG, § 292 Rn. 97.

man die Betriebsüberlassung auch als Innenpacht bezeichnet.⁵¹⁹ Anders als bei der Betriebspacht kommt es bei der Betriebsüberlassung deshalb nicht zu einem Betriebsübergang i.S.v. § 613a BGB. Erweist sich der Managementvertrag als Betriebspacht oder -überlassung, ist der Vorstand gemäß § 78 Abs. 1 Satz 1 AktG für den Abschluss zuständig – unabhängig davon, ob die Vertragsbeziehung direkt mit dem Experten oder mit einer dazwischengeschalteten Managementgesellschaft eingegangen wird.⁵²⁰ Der Vertrag wird aber nach § 293 Abs. 1 Satz 1 AktG nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam. Diese Ausnahme von der Unbeschränktheit der organschaftlichen Vertretungsmacht rechtfertigt sich aus dem Gedanken des Aktionärsschutzes.⁵²¹ Durch die Verpachtung oder Überlassung ihres Unternehmens wird die Gesellschaft zur „Rentnerin“.⁵²² Gewinn erwirtschaftet sie nunmehr aus dem von der anderen Vertragspartei gezahlten Entgelt. Der Unternehmensvertrag kommt insofern einer Satzungsänderung gleich.⁵²³ Deshalb ist es vonnöten, dass die Anteilseigner zustimmen. Zum Schutz des Rechtsverkehrs tritt außerdem die Eintragung in Handelsregister als weiteres Wirksamkeitserfordernis hinzu, § 294 Abs. 2 AktG.⁵²⁴ Auch hierin ähnelt der Abschluss des Unternehmensvertrages einer Satzungsänderung. Außenstehende Dritte, insbesondere Gläubiger, sollen erkennen können, in wessen wirtschaftlichem Interesse das Unternehmen geführt wird.

cc) Betriebsführungsverträge

Nicht gesetzlich geregelt sind die sog. Betriebsführungsverträge. Bei einem Betriebsführungsvertrag überlässt die Gesellschaft den Betrieb ihres Unternehmens (teilweise) einem Dritten. Anders als bei den in § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG genannten Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträgen betreibt der Betriebsführer das Unternehmen aber auf fremde Rechnung, nämlich auf Rechnung der Aktiengesellschaft, und erhält dafür ein Entgelt.⁵²⁵ Je nachdem, ob der Betriebsführer im Namen der AG oder im eigenen Namen handelt, unterscheidet man sog. echte und unechte Betriebsführungsverträge.⁵²⁶ Bei den letztgenannten gelangt wie bei der Betriebspacht § 613a BGB zur Anwendung.⁵²⁷ Den Vertragsparteien ist zumeist daran gelegen, ein Arbeitsverhältnis mit dem Interimsmanager bzw. eine Arbeitnehmerüberlassung durch die Managementgesellschaft

⁵¹⁹ Siehe statt vieler *K. Schmidt*, Festschrift Hoffmann-Becking, S. 1053, 1063.

⁵²⁰ Siehe statt vieler *Veil/Walla*, in: BeckOGK AktG, § 293 Rn. 6.

⁵²¹ Siehe *Veil/Walla*, in: BeckOGK AktG, § 293 Rn. 2; sowie Begr. RegE bei *Kropff*, S. 380 f.

⁵²² *Veil/Walla*, in: BeckOGK AktG, § 292 Rn. 38; zuvor bereits *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, § 292 Rn. 39: „Rentnergesellschaft“ (Hervorhebung weggelassen); ebenso *Altmeyen*, in: *Münchener Komm. AktG*, § 292 Rn. 97; siehe auch *Gefßler*, Festschrift Hefermehl, S. 263, 270.

⁵²³ Vgl. *Veil/Walla*, in: BeckOGK AktG, § 291 Rn. 30; zur GmbH (& Co. KG) BGH, Beschluss vom 24.10.1988 – II ZB 7/88 = BGHZ 105, 324, 331, 338 („Supermarkt“); OLG Hamburg, Urteil vom 29.10.1999 – 11 U 45/99 = NZG 2000, 421, 422.

⁵²⁴ Siehe Begr. RegE und Ausschlußbericht bei *Kropff*, S. 382 ff.; zur GmbH auch BGH, Beschluss vom 24.10.1988 – II ZB 7/88 = BGHZ 105, 324, 344 („Supermarkt“).

⁵²⁵ Siehe statt vieler *Altmeyen*, in: *Münchener Komm. AktG*, § 292 Rn. 97.

⁵²⁶ Siehe statt vieler *Fenzl*, *Der Konzern 2006*, 18, 23; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, § 292 Rn. 55.

⁵²⁷ Siehe *Altmeyen*, in: *Münchener Komm. AktG*, § 292 Rn. 146; *Weißmüller*, *BB* 2000, 1949, 1951, 1953; *Rieble*, *NZA* 2010, 1145, 1147.

zu vermeiden,⁵²⁸ weshalb Betriebsführungsverträge in der Regel als Geschäftsbesorgungsverträge i.S.v. §§ 675 Abs. 1, 611 BGB ausgestaltet werden. Auch für den Abschluss eines Betriebsführungsvertrages ist der Vorstand gemäß § 78 Abs. 1 Satz 1 AktG zuständig. Im Schrifttum befürworten etliche Stimmen jedoch eine analoge Anwendung von §§ 292 Abs. 1 Nr. 3, 293 ff. AktG auf solche Verträge, die das gesamte Unternehmen der Gesellschaft erfassen.⁵²⁹ Der Abschluss eines Betriebsführungsvertrages soll dann einen so schwerwiegenden Eingriff in die Struktur und Organisation des Unternehmens darstellen, dass die Zustimmung der Hauptversammlung unerlässlich erscheine.⁵³⁰ Dahinter steht wohl der in der Regierungsbegründung zu § 293 AktG formulierte Gedanke, dass sich der Vorstand nicht ohne Einwilligung der Gesellschaft der selbständigen Geschäftsführung soll begeben können.⁵³¹ Meines Erachtens fehlt es für einen Analogieschluss indes an einer vergleichbaren Interessenlage.⁵³² Zwischen Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträgen auf der einen sowie Betriebsführungsverträgen auf der anderen Seite besteht ein wesentlicher Unterschied, weil bei letzteren die Geschäftsführung auf Rechnung der Aktiengesellschaft erfolgt.⁵³³ Keine Rolle spielt es hingegen, ob der Interimsmanager im eigenen oder im fremden Namen handelt. Hierin unterscheiden sich Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge. Dennoch hat sie der Gesetzgeber in §§ 293 ff. AktG denselben Regeln unterworfen, eben weil bei ihnen nicht auf Rechnung der Aktiengesellschaft, sondern auf Rechnung des Pächters bzw. Übernehmers gehandelt wird.

Ein Betriebsführungsvertrag lässt die rechtliche Verfassung der Aktiengesellschaft unberührt.⁵³⁴ Durch seinen Abschluss verliert der Vorstand weder „einen wesentlichen Ausschnitt seiner Leitungs- und Vertretungskompetenz“ noch die Zuständigkeit für „Führungsentscheidungen“.⁵³⁵

⁵²⁸ Siehe oben S. 69 bei Fußnote 437.

⁵²⁹ Siehe *Huber*, ZHR 152 (1988), 1, 33; aus der Kommentarliteratur *Altmeyden*, in: Münchener Komm. AktG, § 292 Rn. 150; *Veil/Walla*, in: BeckOGK AktG, § 292 Rn. 55; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, § 292 Rn. 59.

⁵³⁰ So ausdrücklich *Huber*, ZHR 152 (1988), 1, 33; ebenso *Altmeyden*, in: Münchener Komm. AktG, § 292 Rn. 150, der zugleich aber meint, dass die Aktiengesellschaft aufgrund des ihr zustehenden Weisungsrechts eine Verletzung ihrer Interessen durch den Betriebsführer zu verhindern wisse (a.a.O., Rn. 153); ferner *Veil/Walla*, in: BeckOGK AktG, § 292 Rn. 55; *Priester*, Festschrift Hommelhoff, S. 875, 883 f.

⁵³¹ Siehe Begr. RegE bei *Kropff*, S. 380; ferner *Hommelhoff*, S. 262 f.; *Veil*, S. 86: Verträge, mit denen sich eine Entäußerung von Leitungskompetenzen verbinde, würden ein kompetenzielles Problem auf.

⁵³² Zu der methodischen Herausforderung eines Analogieschlusses unten S. 101 nach Fußnote 628.

⁵³³ Ebenso *Fenzl*, *Der Konzern* 2006, 18, 21.

⁵³⁴ So auch *Huber*, ZHR 152 (1988), 1, 25: „Es geht beim Betriebsführungsvertrag nicht darum, daß der Betriebsführer das Vertretungsorgan der juristischen Person in irgendeiner Weise ‚verdrängen‘ oder ‚ersetzen‘ soll, sondern darum, daß die juristische Person den Betrieb einem Dritten überläßt, damit jener ihn führe; die juristische Person verändert nicht ihre Organisation, sondern die Art ihrer Betätigung. Sowenig wie der Betriebsführungsvertrag der OHG oder KG gegen das Prinzip der ‚Selbstorganschaft‘ verstößt, verstößt der Betriebsführungsvertrag der AG oder der GmbH gegen das Prinzip der ‚organschaftlichen Vertretung‘.“ (Fußnote weggelassen); im Übrigen hält er der die „Holiday Inn“-Entscheidung (BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = ZIP 1982, 578 ff.) jedoch für falsch (siehe a.a.O., S. 13 ff.).

⁵³⁵ So aber *Priester*, Festschrift Hommelhoff, S. 875, 883; *Altmeyden*, in: Münchener Komm. AktG, § 292 Rn. 151; *Veil/Walla*, in: BeckOGK AktG, § 292 Rn. 55; wie hier dagegen *Biedenkopf/Koppensteiner*, in: Kölner Komm. AktG (1. Aufl. 1985), § 292 Rn. 24; *Frisch*, AG 1995, 362, 363; *Mülbert*, in: Großkomm. AktG, § 292 Rn. 153, 155 ff.; für konzerninterne Betriebsführungsverträge *Michael Winter/Theisen*, AG 2011, 662, 666 f.; ferner *Krieger*, in: Münchener Handb. Gesellschaftsrecht, Band 4, § 73 Rn. 49, der aber aus anwaltlicher Vorsicht rät,

Vielmehr hat man es auch beim Abschluss eines Betriebsführungsvertrages mit vertikaler Delegation zu tun: Extern verpflichtete Berufsträger mögen in weitem Umfang mit Geschäftsführungsaufgaben betraut werden, die Entscheidungsverantwortung verbleibt beim Vorstand.⁵³⁶ Ob der Vorstand zur Verfolgung des Unternehmensgegenstandes Arbeitnehmer einstellt oder externen Sachverständigen auf anderer vertraglicher Grundlage einkauft, ändert an seiner Pflichtenstellung im Grunde nichts.⁵³⁷ Die Kontrollnotwendigkeiten sind die gleichen.⁵³⁸ Wie die „Holiday Inn“-Entscheidung lehrt, kann der Vorstand seine Verantwortung auch dadurch wahrnehmen, dass er den täglichen Betrieb des Unternehmens weitgehend ungestört lässt.⁵³⁹ Ob er auf sein aus §§ 675 Abs. 1, 665 BGB folgendes, umfassendes⁵⁴⁰ Weisungsrecht gänzlich verzichten sollte, steht auf einem anderen Blatt. Der Bundesgerichtshof stellt im „Holiday Inn“-Fall nicht zuletzt darauf ab, ob die Organanstellung des Geschäftsleiters „auch faktisch noch so zum Tragen kommt, daß sie in ihrem Wesensgehalt nicht beeinträchtigt“ wird.⁵⁴¹ In jedem Fall ist ein Vorstand daher gut beraten, wenn er auf eine ausdrückliche vertragliche Regelung seines Weisungsrechts achtet. Er muss dafür sorgen, dass das Interimsmanagement den für die Geschäftsführung aufgestellten Maßstäben und Richtlinien Folge leistet. Zu diesem Zwecke sollte der Management- bzw. Betriebsführungsvertrag der AG „umfassende Informations-, Einsichts- und Kontrollbefugnisse sowie Eingriffs- und Gestaltungsrechte“ zugestehen und die Interimsmanager zur Verschwie-

in der Unternehmenspraxis der Gegenmeinung durch Beachtung von §§ 293, 294 AktG AktG Rechnung zu tragen; für Betriebsführungsverträge, die Einfluss-, Mitwirkungs- und Informationsrechte der Eigentümergesellschaft sicherstellen, wie hier auch *Fenzl*, *Der Konzern* 2006, 18, 28 ff.; ferner *Köhn*, *Der Konzern* 2011, 530, 534, dessen Einteilung in typische und leitungsgebundene Verträge (a.a.O., S. 533 f.) ich aber für fragwürdig halte; wohl ebenfalls wie hier *K. Schmidt*, § 31 III 1 b, S. 950, der darauf abstellen will, ob ein Weisungsrecht besteht.

⁵³⁶ Vgl. *Altmeyden*, in: Münchener Komm. AktG, § 292 Rn. 152; *Fleischer*, *Festschrift Schwark*, S. 137, 150; zuvor schon *Gefßler*, *Festschrift Hefermehl*, S. 263, 277.

⁵³⁷ Vgl. *Rieble*, *NZA* 2010, 1145, 1146: „Die Betriebsführergesellschaft hat in diesem Fall eine dem leitenden Angestellten vergleichbare Stellung inne – mit dem Unterschied, dass (typischerweise) eine juristische (AG, GmbH) statt einer natürlichen Person tätig wird.“ (Fußnote weggelassen).

⁵³⁸ Vgl. *Fleischer*, *Festschrift Schwark*, S. 137, 150: „[Es] reicht [...] zur Wahrnehmung der Leitungsverantwortung nicht aus, dass der Vorstand der Eigentümergesellschaft einmal im Jahr über die Budgetierung befindet.“; eventuell abweichend *Krieger*, in: Münchener Handb. Gesellschaftsrecht, Band 4, § 73 Rn. 53: Zur Bestimmung der Unternehmenspolitik genüge es, wenn die Eigentümergesellschaft über den Wirtschaftsplan des Betriebsführers entscheide.

⁵³⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = ZIP 1982, 578, 581, 583 („Holiday Inn“); dazu auch *Raupach*, *Festschrift Bezenberger*, S. 327, 339; *Veil*, S. 92 ff.; *Priester*, *Festschrift Hommelhoff*, S. 875, 884; abweichend *Veelken*, S. 211.

⁵⁴⁰ Dass aus dem Betriebsführungsvertrag stets auch eine gewisse Einschränkung des Weisungsrechts folge, weil der Betriebsführer in eigener Regie handeln solle, überzeugt mich nicht. So aber *Huber*, *ZHR* 152 (1988), 1, 31; *Altmeyden*, in: Münchener Komm. AktG, § 292 Rn. 148; *Bachmann*, *NZA* 2002, 1130, 1132. Auch Einzelweisungen zur Abwicklung des Tagesgeschäfts sind, solange nichts anderes vereinbart wird, selbstredend möglich.

⁵⁴¹ Vgl. BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = ZIP 1982, 578, 581 („Holiday Inn“); *Veelken*, S. 120 ff., 127 ff., 140 ff., 210 ff., geht grundsätzlich davon aus, dass die Stellung des Vorstands durch den Abschluss eines Betriebsführungsvertrages ausgehöhlt werde. Eingehende Kritik an seiner Einschätzung äußert *Gefßler*, *Festschrift Hefermehl*, S. 263, 276 ff.; abwägend *Kort*, in: *Großkomm. AktG*, § 76 Rn. 200 f.

genheit und Treue verpflichten.⁵⁴² Der Managementgesellschaft sollte zudem jede Einflussnahme auf die Tätigkeit des Interimsmanagers bei der AG ausdrücklich untersagt werden.⁵⁴³ In der Praxis ist die Festlegung eines weitgehenden Weisungsrechts des Vorstands allerdings schon deshalb üblich, weil man den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums aus bilanziellen (§ 246 Abs. 1 Satz 2 HGB) und steuerlichen (§ 39 AO) Gründen vermeiden möchte.⁵⁴⁴

Die Geltung und Reichweite der organschaftlichen Legalitätspflicht wird durch den Abschluss eines echten Betriebsführungsvertrages nicht berührt, da dieser keinen Betriebsübergang bewirkt. Dasselbe gilt bei einem Betriebsüberlassungsvertrag, da bei diesem ebenfalls im Namen der Aktiengesellschaft gehandelt wird. Dass die Geschäftsführung dann auf Rechnung des Betriebsübernehmers erfolgt, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Im Gegenteil: Der Vorstand muss in diesem Fall zusätzlich mit dem Insolvenzrisiko des Übernehmers Rechnung halten, das sich im Ausfall von Entgelt- und Freistellungsansprüchen der Gesellschaft verwirklichen kann. Diese Form der Delegation macht seine Aufgabe nicht unbedingt leichter und führt erst recht nicht zu einer Pflichtenreduktion. Mit einem Betriebspachtvertrag entscheidet sich der Vorstand dagegen für ein ganz neues Geschäftsmodell. Er verantwortet nicht mehr das gleiche operative Geschäft wie zuvor, sondern beschränkt die wirtschaftliche Betätigung der Gesellschaft darauf, Erträge aus der Verpachtung des Unternehmens zu erzielen. Die Aktionäre gestatten ihm insoweit, sich aus seiner zuvor ausgefüllten Leitungsfunktion zurückzuziehen, § 293 Abs. 1 Satz 1 AktG.⁵⁴⁵ Verantwortlich bleibt der Vorstand aber in dem Maße, in dem der Pachtvertrag der Gesellschaft abweichend von §§ 582 f. BGB Erhaltungs- und Erneuerungspflichten hinsichtlich des Inventars oder anderer verpachteter Vermögensgüter auferlegt.⁵⁴⁶ Auch dann hat man es mit vertikaler Delegation zu tun.

Die Frage, ob der Vorstand mit dem Abschluss eines Managementvertrages sein unternehmerisches Ermessen ausübt oder aus der Hand gibt, hat man nach alledem im ersten Sinne zu beantworten. Keineswegs sollte man § 76 Abs. 1 AktG vorschnell als Verbotsgesetz einordnen und von einer Nichtigkeit der Vereinbarung ausgehen (§ 134 BGB).⁵⁴⁷ Wie dem Gesellschaftswohl bei der Verfolgung des Unternehmensgegenstandes am besten gedient ist, bestimmt der Vorstand. Zu diesem Zweck wird ihm von den Aktionären eine fiduziarische Rechtsstellung eingeräumt: Der

⁵⁴² BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = ZIP 1982, 578, 581 („Holiday Inn“); dazu *Henze*, BB 2000, 209, 210; *Fleischer*, Festschrift Schwark, S. 137, 150; knapper *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 75, 83 f.

⁵⁴³ Vgl. OLG Celle, Urteil vom 10.2.2010 – 4 U 68/09 = AG 2012, 41, 42.

⁵⁴⁴ Siehe *Krieger*, in: Münchener Handb. Gesellschaftsrecht, Band 4, § 73 Rn. 53; *Michael Winter/Theisen*, AG 2011, 662, 664: Ein Übergang würde zur Aufdeckung stiller Reserven führen.

⁵⁴⁵ Siehe *Veil/Walla*, in: BeckOGK AktG, § 292 Rn. 37; eventuell abweichend *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, § 292 Rn. 4; *Altmeppen*, in: Münchener Komm. AktG, § 292 Rn. 7; siehe auch *Fenzl*, *Der Konzern* 2006, 18, 22: „Der Verpächter hat vorbehaltlich besonderer Regelungen im Betriebspachtvertrag kein operatives Mitwirkungsrecht.“

⁵⁴⁶ Dazu *Fenzl*, *Der Konzern* 2006, 18, 22 f.; *Hommelhoff*, S. 276 f., will die wesentlichen Entscheidungen der Unternehmenspolitik zwingend der Verpächterin vorbehalten; *Krieger*, in: Münchener Handb. Gesellschaftsrecht, Band 4, § 73 Rn. 30, hält eine Abstimmung mit der Verpächterin in grundlegenden Fragen für erforderlich.

⁵⁴⁷ Dazu *Kuntz*, AG 2016, 101, 105 ff.

Vorstand kann mehr, als er darf. Im Außenverhältnis ist seine Vertretungsmacht gemäß § 82 Abs. 1 AktG unbeschränkt. Ob der Vertragsschluss eine Pflichtverletzung darstellt, beurteilt sich nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG.⁵⁴⁸ Sollte der Vorstand den Interimsmanger auch zur Wahrnehmung von Leitungsaufgaben⁵⁴⁹ verpflichtet, liegt darin nicht nur ein Verstoß gegen seine Legalitätspflicht; da es sich um einen Fall unzulässiger Delegation handeln würde, könnte man, wie im zweiten Kapitel darzulegen ist, auch § 278 BGB zur Anwendung bringen.⁵⁵⁰

d) Generalvollmachten

Die Rechtsprechung zur Unzulässigkeit von Generalvollmachten ist in mehreren Punkten kritisch zu hinterfragen. Grundsätzlich kann die Vertretungsmacht der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft gegenüber Dritten nicht wirksam beschränkt werden, §§ 82 Abs. 1 AktG, 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Wenn man dennoch von der Unwirksamkeit einer umfassenden rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung Dritter ausgehen möchte, handelt es sich um eine begründungsbedürftige Ausnahme.⁵⁵¹ Ein wesentliches Argument des Bundesgerichtshofs lautet nun, dass die Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers nicht übertragbar sei und er seine Vertretungsmacht infolgedessen nicht im Ganzen durch einen anderen ausüben lassen könne.⁵⁵² Aber stimmt das auch? „Die Vollmachtserteilung führt weder zu einem Rechtsübergang noch zu einer Rechtsteilung noch zu einer Rechtsverdoppelung, da durch sie keine Organbefugnisse übertragen, abgespalten oder dupliziert werden. Sie führt vielmehr zu einer Schaffung neuen, von der Organbefugnis verschiedenen Rechts.“⁵⁵³ Wie die oben dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Bundesfinanzhofs zeigt, werden Geschäftsleiter durch die Hinzuziehung Dritter gerade nicht von ihren Pflichten frei.⁵⁵⁴ Es bleibt ihnen eine fein abgestufte Überwachungsaufgabe.

⁵⁴⁸ Vgl. *Fleischer*, Festschrift Schwark, S. 137, 154 f.: „[In] rechtsdogmatischer Hinsicht [ist] sorgfältiger als bisher zwischen kompetenz- und haftungsrechtlichen Kontrollmechanismen zu unterscheiden: Selbstbindungen des Vorstands können sehr wohl mit § 76 Abs. 1 AktG vereinbar sein, aber unter Umständen gegen die organschaftliche Sorgfalts- oder Treuepflicht der Vorstandsmitglieder nach § 93 Abs. 1 AktG verstoßen.“ (Hervorhebungen weggelassen); eingehend dazu *Koch*, in: 50 Jahre Aktiengesetz, S. 65, 92 ff., insbesondere 95 f., 99f.

⁵⁴⁹ Dazu oben S. 56 bei Fußnote 347, S. 76 bei Fußnote 494 und S. 80 Fußnote 509.

⁵⁵⁰ Siehe unten S. 116 nach Fußnote 724.

⁵⁵¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 14.2.1974 – II ZB 6/73 = BGHZ 62, 166, 168: Für die Wirksamkeit der Erteilung von Prokura und Handlungsvollmacht kommt es nicht auf das Innenverhältnis (46 Nr. 7 GmbHG), sondern auf das Außenverhältnis an (35 Abs. 1 GmbHG). Hier ist das Können des Geschäftsführers unbeschränkt. Im Interesse der Verkehrssicherheit ist diese Regelung notwendig. Außenstehenden Dritten kann nicht zugemutet werden, Nachforschungen zum Innenverhältnis (Gesellschafterbeschluss) anzustellen.

⁵⁵² Siehe BGH, Urteil vom 18.10.1976 – II ZR 9/75 = NJW 1977, 199 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 6.3.1975 – II ZR 80/73 = BGHZ 64, 72, 76, und BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 65 („Prokurist“); bestätigt durch BGH, Urteil vom 18.7.2002 – III ZR 124/01 = ZIP 2002, 1895.

⁵⁵³ *Schippers*, DNotZ 2009, 353, 362; siehe auch schon *Frels*, ZHR 122 (1959), 173, 187; *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 14, 17, 22: Der Vorstand könne sich durch die Erteilung einer Generalvollmacht „nicht aus der Verantwortung stehlen“. Er bleibe insbesondere für die Erfüllung öffentlicher Pflichten wie der Insolvenzantragspflicht zivil- und strafrechtlich verantwortlich.

⁵⁵⁴ Siehe oben S. 50 nach Fußnote 311 und S. 54 nach Fußnote 339.

Die sorgfaltsgemäße Delegation kann allein den straf- und haftungsrechtlichen Verschuldensvorwurf entfallen lassen.⁵⁵⁵

Das Unwirksamkeitsverdict ist hiermit nicht zu vereinbaren, denn es gründet auf der Annahme, dass eine Vollmachtserteilung die Pflichtenbindung des Vorstands lockere. Anders als der II. Zivilsenat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1976 meint, führt aber eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung nicht dazu, dass der Vorstand seine Aufgaben und insbesondere die Verantwortung für deren Erfüllung auf einen anderen abwälzt.⁵⁵⁶ Dass das „Verbot einer umfassenden Übertragung der organschaftlichen Vertretungsmacht die Gesellschafter vor einer von ihnen nicht gewollten Ausübung aller Geschäftsführungsbefugnisse durch Personen schützen soll, die nicht ihr Vertrauen genießen“⁵⁵⁷, überzeugt daher nur eingeschränkt. Und auch das zweite Argument des Bundesgerichtshofs, dass „die Rechtssicherheit und die Belange des Rechtsverkehrs leiden könnten“⁵⁵⁸, wenn die Gültigkeit einer Generalvollmacht von einer Zustimmung der Gesellschafter(mehrheit) abhinge, begegnet Zweifeln.⁵⁵⁹ Dem Rechtsverkehr wäre besser gedient, wenn er sich gemäß § 82 Abs. 1 AktG grundsätzlich auf eine vom Vorstand erteilte Vollmacht verlassen dürfte – ungeachtet des Fehlens oder des Vorliegens einer Zustimmung durch die Gesellschafter. Der II. Zivilsenat benutzt das Argument aber, um die generelle Unwirksamkeit von Generalvollmachten zu begründen.

Inzwischen weicht der Bundesgerichtshof einer Festlegung zur Wirksamkeit von Generalvollmachten vielfach aus, indem er darauf hinweist, dass jedenfalls die Umdeutung in eine Generalhandlungsvollmacht nach § 54 HGB möglich sei.⁵⁶⁰ Einem personengesellschaftsrechtlichen Urteil aus dem Jahr 2009 kann man eventuell ein Abrücken von seiner früheren restriktiven Haltung entnehmen.⁵⁶¹ Dies wäre zu begrüßen, da Aktiengesellschaften ein legitimes Interesse daran ha-

⁵⁵⁵ Siehe BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 377 f.

⁵⁵⁶ Siehe BGH, Urteil vom 18.10.1976 – II ZR 9/75 = NJW 1977, 199, 200.

⁵⁵⁷ BGH, Urteil vom 18.10.1976 – II ZR 9/75 = NJW 1977, 199 f.

⁵⁵⁸ BGH, Urteil vom 18.10.1976 – II ZR 9/75 = NJW 1977, 199, 200.

⁵⁵⁹ Vgl. *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 4 f., 7, 19.

⁵⁶⁰ Siehe BGH, Urteil vom 19.6.1975 – II ZR 170/73 = WM 1975, 790, 791 („Erdölraffinerie I“); BGH, Urteil vom 8.5.1978 – II ZR 209/76 = WM 1978, 1047, 1048 („Erdölraffinerie III“); BGH, Urteil vom 18.7.2002 – III ZR 124/01 = ZIP 2002, 1895 f.

⁵⁶¹ Siehe BGH, Urteil vom 20.10.2008 – II ZR 107/07 = NJW 2009, 293, 294 Tz. 8 zur KG: „Dabei kann dahinstehen, ob [...] die Grundsätze über die Unwirksamkeit einer vom Geschäftsführer einer GmbH einem Nichtgeschäftsführer erteilten Generalvollmacht (vgl. Senat, NJW 1971, 199 = WM 1976, 1247) auf die vom Komplementär einer Personengesellschaft einem Dritten erteilte Generalvollmacht zu übertragen sind. Das [Berufungsgericht] hat verkannt, dass [...] keine umfassende Generalvollmacht erteilt wurde, sondern eine ausdrücklich als solche bezeichnete rechtsgeschäftliche Generalvollmacht, in der von der Vertretungsmacht Rechtsgeschäfte ausgenommen waren, bei denen ein Handeln des Komplementärs als Organ einer Gesellschaft erforderlich ist. Ob eine solche rechtsgeschäftliche Generalvollmacht zulässig ist, kann dahinstehen, weil sie jedenfalls auf eine zulässige Generalhandlungsvollmacht nach § 54 HGB zu reduzieren ist [...].“ (Hervorhebung weggelassen – bei der in Bezug genommenen Entscheidung handelt es sich um BGH, Urteil vom 18.10.1976 – II ZR 9/75 = NJW 1977, 199 = WM 1976, 1246).

ben können, ihren Wirkungsbereich mit weitreichenden rechtsgeschäftlichen Vollmachten zu erweitern – auch über die Standardformen von Prokura und Handlungsvollmacht hinaus.⁵⁶²

Eine weitere Ungereimtheit besteht darin, dass der Bundesgerichtshof bei der Umdeutung regelmäßig darauf hinweist, dass die handelsrechtliche Handlungsvollmacht zulässig sei, weil sie „nicht auf eine unmittelbare Vertretung der GmbH, sondern lediglich auf ein Handeln in (Unter-)Vollmacht des oder der Geschäftsführer gerichtet ist“.⁵⁶³ Dies lässt sich nicht mit Rechtsprechung zu § 78 Abs. 4 AktG und §§ 48 ff. HGB in Einklang bringen. Sowohl das einzelne von den übrigen ermächtigte Vorstandsmitglied als auch der Prokurist vertreten die Gesellschaft.⁵⁶⁴ Im Übrigen hat der Bundesgerichtshof in der „ISION“-Entscheidung betont, dass Dritte, die der Vorstand im Namen der AG einschaltete, regelmäßig im Pflichtenkreis der Gesellschaft tätig werden.⁵⁶⁵

V. Zusammenfassung

Die Haftung des Vorstands gegenüber der Aktiengesellschaft setzt voraus, dass eine Pflichtverletzung vorliegt, für deren Feststellung § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG die zentrale Vorschrift bildet. An einer Pflichtverletzung fehlt es, wenn das beklagte Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Das Tatbestandsmerkmal der unternehmerischen Entscheidung funktioniert als Türöffner dieser sog. Business Judgment Rule, indem es Verstöße gegen die Treuepflicht sowie sonstige Gesetzes- und Satzungsverstöße aus dem Anwendungsbereich von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ausklammert.

Die Treuepflicht verlangt von den Vorstandsmitgliedern, auf die schutzwürdigen Belange der Aktiengesellschaft Rücksicht zu nehmen. Konfligierende Eigeninteressen müssen sie regelmäßig zurückstellen, sie dürfen keine Sondervorteile aus ihrer organschaftlichen Stellung ziehen. Die Interessen der Aktiengesellschaft in guten Treuen zu wahren, bildet die Kernaufgabe des Vorstands. Die Gesellschaft kann von seinen Mitgliedern daher erwarten, dass sie in der Lage sind, Interessenkonflikte selbständig zu erkennen. Die Beachtung der Treuepflicht erfordert im Regelfall keine fachmännische Beratung. Zieht der Vorstand dennoch Ratgeber hinzu, muss er die erteilte Expertise einer sorgfältigen Überprüfung unterziehen, die über die sonst ausreichende

⁵⁶² Dazu OLG Hamburg, Beschluss vom 4.12.2008 – 11 Wx 80/08 = NZG 2009, 957 f.; siehe auch schon *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 4.

⁵⁶³ BGH, Urteil vom 8.5.1978 – II ZR 209/76 = WM 1978, 1047, 1048 („Erdölraffinerie III“); BGH, Urteil vom 18.7.2002 – III ZR 124/01 = ZIP 2002, 1895, 1896; BGH, Urteil vom 20.10.2008 – II ZR 107/07 = NJW 2009, 293, 294 Tz. 8; siehe auch schon BGH, Urteil vom 12.12.1960 – II ZR 255/59 = BGHZ 34, 27, 31.

⁵⁶⁴ Siehe BGH, Urteil vom 6.3.1975 – II ZR 80/73 = BGHZ 64, 72, 75 zur KG: „[Die] organschaftliche Gesamtvertretungsmacht erstarkt durch eine Ermächtigung nach § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB (oder § 78 Abs. 4 AktG) für den darin bestimmten Geschäftsbereich zur Alleinvertretungsmacht [...]“; zur GmbH BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 64 („Prokurist“); BGH, Beschluss vom 14.2.1974 – II ZB 6/73 = BGHZ 62, 166, 171; sowie BGH, Beschluss vom 6.11.1986 – V ZB 8/86 = BGHZ 99, 76, 78.

⁵⁶⁵ BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 17 („ISION“).

Plausibilitätskontrolle hinausgeht: Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior.

Die Beachtung von Gesetz und Satzung gehört ebenfalls zu den Kardinalpflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Die Mitglieder des Vorstands müssen dafür sorgen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt. Die so verstandene Legalitätspflicht wurzelt in dem durch die Bestellung begründeten Rechtsverhältnis zur AG und trägt dem Umstand Rechnung, dass jede juristische Person nur durch ihre Organe Handlungsfähigkeit erlangt. Für die Legalitätspflicht macht es keinen Unterschied, ob der Vorstand selbst tätig wird oder andere für die Aktiengesellschaft arbeiten lässt. Die Vorstandsmitglieder müssen stets ein rechtmäßiges Verhalten aller für die Gesellschaft Handelnden gewährleisten. Die Pflicht zur Rechtstreue bildet eine obligation du résultat, keine obligation du moyen. Da Rechtsverletzungen im Unternehmen Pflichtverletzungen des Vorstands darstellen, besteht neben der Legalitätspflicht kein Bedürfnis für eine abweichend konzipierte Legalitätskontrollpflicht (sog. Compliance-Aufgabe). Ob der Vorstand seiner Legalitätspflicht gerecht wird, ist eine gerichtlich voll überprüfbare Rechtsfrage. Bagatellausnahmen sind bei ihrer Beantwortung nicht anzuerkennen. Ebenso wenig kommen Ausnahmen für nützliche Pflichtverletzungen oder für Verhalten bei Rechtsunsicherheit in Betracht. Bei der Beratung durch einen unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträger mag man dem Vorstand allenfalls einen Rechtsirrtum zugutehalten, der mangels Fahrlässigkeit zum Ausschluss des Verschuldens führt. Die sog. Business Judgment Rule findet hingegen keine Anwendung.

Stehen keine Treue- oder Legalitätspflichtverstöße in Rede, ist der Anwendungsbereich von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eröffnet. Dann kommt es für pflichtgemäßes Verhalten auf zwei Dinge an: Die Vorstandsmitglieder müssen vernünftigerweise annehmen dürfen, auf der Grundlage angemessener Information zu handeln. Und sie müssen vernünftigerweise annehmen dürfen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Expertenrat kommt innerhalb der sog. Business Judgment Rule beim Tatbestandsmerkmal der angemessenen Information zum Tragen. Er kann helfen, den Anforderungen der Rechtsprechung an eine sorgfältige Ermittlung des Sachverhalts gerecht zu werden. Eine formale Absicherung durch das routinemäßige Einholen von Sachverständigengutachten, Beratervoten oder externen Marktanalysen genügt dem Maßstab von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht. Vielmehr hat der Vorstand alle in der konkreten Entscheidungssituation vernünftigerweise verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass jede Information einen Grenznutzen besitzt und der Gesetzgeber dem Vorstand einen erheblichen Spielraum einräumt, seinen Informationsbedarf selbst abzuschätzen. Der Begriff der Angemessenheit beschreibt eine Zweck-Mittel-Relation, so dass man für die Rechtsanwendung zunächst wissen muss, welches unternehmerische Vorhaben der Vorstand verfolgt. Ob der Vorstand die Voraussetzungen erfüllt, um in den Genuss der Haftungsfreistellung zu kommen, kann man folglich nur für den Einzelfall beantworten. Abstrakt formuliert mag man vom Vorstand aber verlangen, dass er sich der Sachkunde und Zuverlässigkeit seiner Ratgeber versichert. Ferner muss er erklären können, warum er

davon ausgehen durfte, ihnen alle erforderlichen Informationen zur Verfügung gestellt zu haben, und warum die erteilte Auskunft plausibel war.

Ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft schließt es nicht aus, geschäftliche Risiken einzugehen. Der Vorstand darf die Bereitschaft, unternehmerische Risiken zu wagen, jedoch nicht in unverantwortlicher Weise überspannen. Er überschreitet seinen Handlungsspielraum, wenn aus der Sicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters das hohe Risiko eines Schadens unabweisbar ist und keine vernünftigen Gründe dafürsprechen, es dennoch einzugehen. Problembewusstsein muss der Vorstand insbesondere bei sog. Klumpenrisiken zeigen. Die Abwägung der Chancen und Risiken seines Handelns bildet das eigenständige Charakteristikum jeder unternehmerischen Entscheidung. Der Vorstand muss diese Abwägung selbst vornehmen. Anders als beim Tatbestandsmerkmal der angemessenen Information ist Expertenrat beim Handeln zum Wohle der Gesellschaft deshalb nur von untergeordneter Bedeutung. Die Aktionäre dürfen erwarten, dass der Vorstand in eigener Person abschätzen kann, welchen Risiken er die Aktiengesellschaft aussetzt. Dafür ist er im Amt. Fehlender Sachverstand vermag ihn im Hinblick auf die Risikoexposition des Unternehmens nicht zu entlasten. Er muss sich selbst ein Bild von den Risiken machen, auch wenn er auf die Zuarbeit von Angestellten oder externen Beratern zurückgreift. Mit einer einfachen Plausibilitätsprüfung ist es dabei nicht getan. Vielmehr muss der Vorstand erklären können, welche Gründe seinem Handeln zugrunde liegen. Macht er sich fremde Gründe zu eigen, muss er sich genau hierfür verantworten.

Soweit kein spezialgesetzliches Delegationsverbot besteht oder das Aktiengesetz ein Wahrnehmungsgebot in dem Sinne formuliert, dass der gesamte Vorstand für die Erfüllung einer Aufgabe in die Pflicht genommen wird, begründet die Delegation grundsätzlich keine Pflichtverletzung. Eine Arbeitsteilung auf Ebene des Vorstands (horizontale Delegation) und eine Aufgabenzuweisung an Arbeitnehmer oder außenstehende Dienstleister (vertikale Delegation) ist dem Grunde nach zulässig. Weder die eine noch die andere hat aber zur Folge, dass die Vorstandsmitglieder sich ihrer Legalitätspflicht entledigen können. Interne Zuständigkeitsregeln und die Übertragung bestimmter Angelegenheiten auf nachgeordnete Mitarbeiter mögen zu einer Beschränkung der straf- und haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit führen. Den nicht selbst handelnden Vorstandsmitgliedern bleibt jedoch kraft ihrer Allzuständigkeit für die Belange der Gesellschaft eine gewisse Überwachungsaufgabe. Sobald sich zeigt, dass die Erfüllung gesetzlicher Pflichten nicht mehr gewährleistet ist, sind die Vorstandsmitglieder zum Eingreifen verpflichtet. Solange kein Anlass zu Zweifeln besteht, dürfen sie sich hingegen auf eine ordnungsgemäße Erledigung durch die zur Ausführung berufenen Personen verlassen. Auf die Angaben anderer Vorstandsmitglieder darf daher wengleich nicht blind, so doch grundsätzlich vertraut werden. Gegenüber Angestellten und externen Dienstleistern ist Vertrauen gerechtfertigt, wenn diese sorgfältig ausgewählt, eingewiesen und überwacht wurden.

Über das Ausmaß der organschaftlichen Überwachungspflicht wird in der deutschen Aktienrechtswissenschaft seit gut anderthalb Jahrzehnten diskutiert. Für konkrete Fragen der Unternehmensorganisation hat diese unter dem Stichwort Compliance geführte Debatte Früchte abgeworfen. Für das dogmatische Verständnis der Vorstandsstellung hat sie aber auch zu Unklarhei-

ten geführt. Tatsächlich benennt Compliance nichts weiter als die hergebrachte Verpflichtung des Vorstands, Gesetz und Satzung zu beachten sowie ein rechtmäßiges Verhalten aller für die Aktiengesellschaft handelnden Personen sicherzustellen. Mit anderen Worten: die Legalitätspflicht. Welche konkreten Anstrengungen die Vorstandsmitglieder unternehmen müssen, um ihr gerecht zu werden, ist eine Frage des Verschuldens. Die sog. Business Judgment Rule schützt den Vorstand bei der Ausgestaltung einer sog. Compliance-Organisation nur insoweit, als der Vorwurf unwirtschaftlicher, übermäßiger Präventionsmaßnahmen im Raum steht. Bei unzureichender Prävention bildet der Rechtsverstoß die Pflichtverletzung. Die Begriffe Geschäftsführung und Leitung erlauben keinen Rückschluss darauf, wann eine Delegation zulässig ist oder nicht. Vielmehr stehen die beiden Begriffe für unterschiedliche Perspektiven auf die Unternehmensführung. Mit der Geschäftsführung ist das Recht des Vorstands zur Verfolgung des Unternehmensgegenstandes angesprochen, mit der Leitung seine Verpflichtung. Die Geschäftsführung beschreibt ein Dürfen, die Leitung ein Müssen. Zu sagen, dass der Leitungsbegriff für den herausgehobenen Teilbereich der Geschäftsführung stehe, hilft dagegen nicht weiter. Ebenso wenig ist der Rechtsanwendung damit gedient, die Leitung als Pflichtrecht zu bezeichnen. Diese hybride Kategorie ist nicht nur rechtstheoretisch unergiebig, sie ist auch rechtshistorisch belastet.

Im Anwendungsbereich von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ist Delegation eine Frage des unternehmerischen Ermessens. Sie ist zulässig, weil sie die Organstellung des Vorstands rechtlich unangetastet lässt. Der Vorstand kann daher so weit gehen, einen Management- oder Betriebsführungsvertrag abzuschließen und den täglichen Betrieb des Unternehmens einem Interimsmanager zu überlassen. Solange der auf diese Weise verpflichtete Interimsmanager nicht in eine echte Organfunktion aufrückt, liegt die Abschlussbefugnis für den Vertrag wie auch sonst beim Vorstand. Allein für Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsverträge bedarf es einer Zustimmung der Hauptversammlung und der Eintragung des Vertrages in das Handelsregister. Mit dem Abschluss eines Managementvertrages begibt sich der Vorstand nicht der eigenverantwortlichen Leitung des Gesellschaftsunternehmens. Management- oder Betriebsführungsverträge stellen vielmehr einen Fall weitreichender vertikaler Delegation dar. Zwei Besonderheiten sind bei dem Abschluss von Managementverträgen allerdings zu beachten: Der Vorstand ist gut beraten, wenn er seine eigenen Einflussmöglichkeiten auf den Interimsmanager durch die Vereinbarung von Informations-, Weisungs- und Kündigungsrechten ausdrücklich sichert und zugleich andere von jeglicher Einflussnahme auf den Interimsmanager ausschließt – letzteres insbesondere bei Drittanstellungsverträgen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Bundesgerichtshof einer Erteilung umfassender rechtsgeschäftlicher Generalvollmachten kritisch gegenübersteht. Das mag man falsch finden. Die Vollmacht sollte dennoch mit der notwendigen Sorgfalt formuliert werden.

KAPITEL 2 VERSCHULDEN

I. Einleitung

Die Haftung nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG setzt neben der Pflichtverletzung ein Verschulden des Vorstands voraus. Von einem Verschulden ist bei dem Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung grundsätzlich auszugehen.⁵⁶⁶ Für das Verschulden gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze:⁵⁶⁷ Der Vorstand hat daher Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.⁵⁶⁸ Als Fahrlässigkeitsmaßstab bestimmt § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, dass Vorstandsmitglieder bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben. Der herausragenden Stellung des Vorstands und seiner Eigenschaft als Verwalter fremden Vermögens soll dabei eine gesteigerte Verantwortlichkeit entsprechen,⁵⁶⁹ die über die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347 Abs. 1 HGB) angeblich noch hinausgeht.⁵⁷⁰ Vorschläge, den organschaftlichen Sorgfaltsmaßstab lediglich im Sinne grober Fahrlässigkeit zu deuten,⁵⁷¹ haben dagegen zu Recht keine Gefolgschaft gefunden. Und auch Haftungsmilderungen, wie man sie aus dem Arbeitsrecht für betrieblich veranlasste Tätigkeiten kennt, kommen richtigerweise nicht in

⁵⁶⁶ BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 28.

⁵⁶⁷ Statt vieler *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 394.

⁵⁶⁸ Zur verschuldensunabhängigen Haftung im englischen Recht *P. Doralt/W. Doralt*, Festschrift Koziol, S. 565, 569.

⁵⁶⁹ Vgl. bereits zu § 84 AktG 1937 die Amtl. Begr. bei *Klausing*, S. 71; *Gefßler*, JW 1937, 497, 501; *Schlegelberger/Quassowski*, § 84 Rn. 1, 4; zweifelnd *Ritter/Ritter*, § 84 Anm. 2.c, S. 276; zu § 93 AktG 1965 etwa *Kust*, WM 1980, 758, 759 f.; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 136; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 15; zweifelnd *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 58; zur Unterscheidung zwischen kaufmännischer Sorgfalt im Allgemeinen und der spezifischen Sorgfalt eines Unternehmers aus dem betreffenden Geschäftszweig siehe RG, Urteil vom 3.11.1906 – Rep. I. 125/06 = RGZ 64, 254, 257 f. („Hamburger Panoramabild“).

⁵⁷⁰ Siehe aus der Rechtsprechung z.B. OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 12.12.2007 – 17 U 111/07 = AG 2008, 453, 454.

⁵⁷¹ So jedenfalls innerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG *Bachmann*, Festschrift Stilz, S. 25, 28, 30 ff.; *ders.*, Gutachten, E 46 (im Widerspruch zu E 29 f.); *ders.*, WM 2015, 105, 106 f. (wobei die Unterscheidung zwischen Pflichtverletzung und Verschulden allerdings unklar bleibt); widersprüchlich *S. Binder*, S. 166, 419; ablehnend *J. v. Falkenhausen*, NZG 2012, 644, 649; *Paefgen*, AG 2014, 554, 562; *Cahn*, Der Konzern 2015, 105, 110; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 244; ablehnend bereits während des Gesetzgebungsverfahrens zum UMAG *Ulmer*, DB 2004, 859, 860, 862; anschließend *Langenbacher*, DStR 2005, 2083, 2086; siehe auch oben S. 31 bei und nach Fußnote 186.

Betracht.⁵⁷² Den Bezugspunkt des Verschuldens bildet das pflichtwidrige Handeln, Vorsatz und Fahrlässigkeit müssen sich nicht auf den Eintritt des Schadens beziehen.⁵⁷³

In der Aktienrechtswissenschaft hat das Verschulden lange eine untergeordnete Rolle gespielt. Ausgehend von der Prämisse, dass § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht nur den Fahrlässigkeitsmaßstab umschreibe, sondern auch das organschaftliche Pflichtenprogramm, hielt man Fälle, in denen die allgemeine Sorgfaltspflicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters missachtet wird und dennoch kein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann, für weitestgehend ausgeschlossen.⁵⁷⁴ Die Würfel sollten auf Ebene der Pflichtverletzung fallen.⁵⁷⁵ Stellt man in Rechnung, welche Bemühungen das Schrifttum unternommen hat, um einer Kodifizierung der „ARAG/Garmenbeck“-Rechtsprechung den Weg zu ebnen und später die in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG verankerte sog. Business Judgment Rule handhabbar zu machen, kann man die Fokussierung auf das organschaftliche Pflichtenprogramm nachvollziehen. Trotzdem ist diese Sichtweise zu einseitig. Wie im ersten Kapitel gezeigt wurde, lassen sich viele Probleme besser auf der Ebene des Verschuldens lösen. Zum einen gilt dies für ein Handeln unter Rechtsunsicherheit. Auch bei der Organhaftung sind hier im Ausgangspunkt die hergebrachten Grundsätze zum Rechtsirrtum einschlägig.⁵⁷⁶ Zum anderen gilt dies für die sog. Compliance. Die Lehre ist zwar bemüht, dem Vorstand bei der Unternehmensorganisation den notwendigen Ermessensspielraum zu sichern. Indem sie die Verhaltensanforderungen für eine Legalitätskontrolle aber auf der Pflichtenebene verortet, läuft sie Gefahr, das Gegenteil zu bewirken, und wiegt Organmitglieder durch den globalen Verweis auf die sog. Business Judgment Rule in falscher Sicherheit.⁵⁷⁷ Der Bundesgerichtshof hingegen findet durch eine feine Skalierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes passgenaue Lösungen, ohne den unternehmerischen Freiraum des Vorstands zu beschneiden.

Welche Besonderheiten für Verschulden und Expertenrat gelten, soll im Folgenden dargestellt werden. Eine wichtige Frage ist auch das Verhältnis zwischen Verschuldenszurechnung und De-

⁵⁷² Siehe BGH, Beschluss vom 24.9.2019 – II ZR 248/17 = NZI 2020, 180, 181 Tz. 16 ff.; ferner BGH, Urteil vom 25.6.2001 – II ZR 38/99 = BGHZ 148, 167, 172; KG, Urteil vom 9.10.1998 – 14 U 4823/96 = NZG 1999, 400, 402 („Transferrubel“), jeweils für die GmbH; für die Genossenschaft zuvor schon BGH, Urteil vom 27.2.1975 – II ZR 112/72 = WM 1975, 467, 469; aus dem Schrifttum statt vieler *Fleischer*, WM 2005, 909, 914; *ders.*, ZIP 2014, 1305, 1306 f.; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 244.

⁵⁷³ So bereits RG, Entscheidung vom 16.12.1908 – I 74/08 = Recht 1909 Rn. 576 zu Art. 241 Abs. 3 HGB: „Das Bewußtsein der Schädigung der Gesellschaft ist kein Erfordernis des den Ersatzanspruch begründenden Tatbestandes.“; ferner BGH, Urteil vom 1.3.1999 – II ZR 312/97 = BGHZ 141, 79, 89 („Buderus“) zu § 317 Abs. 2 AktG; aus dem Schrifttum etwa *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 201; *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368, 383.

⁵⁷⁴ So *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 392; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 243; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 198; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 136; *Cahn*, WM 2013, 1293, 1302; abweichend aber *Koch*, § 93 Rn. 79.

⁵⁷⁵ So *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 243.

⁵⁷⁶ Siehe oben S. 25 bei und nach Fußnote 140.

⁵⁷⁷ Siehe oben S. 72 bei und nach Fußnote 460; ferner *Weber*, ZGR 2020, 688, 695, der zu Recht darauf hinweist, dass die unterschiedliche Zuordnung zur Pflicht- oder Verschuldensebene „eine wichtige Weichenstellung für weitere Überlegungen“ darstelle.

legation. Bevor man sich ihr zuwenden kann, muss aber der für Vorstandsmitglieder geltende Fahrlässigkeitsmaßstab noch etwas ausgeleuchtet werden.

II. Haftung für eigenes Verschulden

1. Objektiver Sorgfaltsmaßstab

Nach gefestigter Rechtsprechung gibt § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG einen normativ typisierten Verschuldensmaßstab vor. Vorstandsmitglieder haben für diejenigen Fähigkeiten und Kenntnisse einzustehen, die die ihnen anvertraute Leitungsaufgabe objektiv erfordert.⁵⁷⁸ Der Vorstand muss, so der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung aus dem Jahr 1971, sein Verhalten an dem Maßstab messen lassen, den das Gesetz allgemein für die Sorgfalt eines Vorstandsmitglieds in vergleichbaren Unternehmen aufstellt.⁵⁷⁹ Der einzelne Organwahrer kann danach nicht geltend machen, dass er „dem Vorstandsamt nicht allseits gewachsen“ sei. Und zwar auch dann nicht, wenn es sich um einen Stellvertreter i.S.v. § 94 AktG handelt, der ansonsten eine technische Abteilung unterhalb der Vorstandsebene leitet und dem zur Last gelegt wird, in seiner Funktion als Vorstandsmitglied Nachlässigkeiten aus dem Bereich einer kaufmännischen Abteilung verkannt zu haben.⁵⁸⁰ Sich schlicht auf eine tatsächlich geübte Arbeitsteilung zu berufen oder sich blind auf (nicht einmal überschlägig geprüfte) Angaben nachgeordneter Mitarbeiter zu verlassen, ist für den II. Zivilsenat mit der Leitungsverantwortung des Vorstandes nicht zu vereinbaren.⁵⁸¹

Dieser strenge richterliche Standpunkt fußt auf einem soliden Fundament. Bereits im Zuge der Aktienrechtsnovelle von 1884 hat der Gesetzgeber klargestellt, dass bei der Organhaftung für den subjektiven Maßstab eigenüblicher Sorgfalt kein Raum besteht.⁵⁸² Das Reichsgericht hat zudem in

⁵⁷⁸ Siehe OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.11.1996 – 6 U 11/95 = AG 1997, 231, 235 („ARAG/Garmenbeck“) unter Verweis auf RG, Urteil vom 28.2.1940 – II 115/39 = RGZ 163, 200 ff. („Siedlungsgenossenschaft“), und BGH, Urteil vom 28.10.1971 – II ZR 49/70 = WM 1971, 1548 ff. („Neptun“); aus dem Schrifttum *Möslein*, S. 138 f.

⁵⁷⁹ Siehe BGH, Urteil vom 28.10.1971 – II ZR 49/70 = WM 1971, 1548, 1549 („Neptun“); ferner BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 28: „Von einem Verschulden ist bei Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung grundsätzlich auszugehen. Mangelnde Fähigkeiten und Kenntnisse, die dem verlangten Standard nicht genügen, stellen keinen Entschuldigungsgrund dar. Das gilt erst recht für einen Rechtsirrtum.“; sowie unten S. 96 bei und in Fußnote 591.

⁵⁸⁰ So der Fall in BGH, Urteil vom 28.10.1971 – II ZR 49/70 = WM 1971, 1548 ff. („Neptun“); siehe auch OLG Hamburg, Urteil vom 18.2.2000 – 11 U 213/98 = NZG 2000, 1083, 1085: „Als Vorstand war [der Beklagte] für die Geschäftsführung und damit für die gesamte Tätigkeit der AG verantwortlich. Der [Beklagte] beruft sich auch zu Unrecht auf seinen Werdegang als Techniker und die Ressortaufteilung im Vorstand, nach der ihm die Akquisition von Elektrizitätswerkprojekten zugeteilt war.“; sowie BFH, Beschluss vom 4.3.1986 – VII S 33/85 = BFHE 146, 23, 25.

⁵⁸¹ Siehe BGH, Urteil vom 28.10.1971 – II ZR 49/70 = WM 1971, 1548, 1549 („Neptun“).

⁵⁸² Vgl. Begr. zu Art. 241 ADHGB (1884) bei *Schubert/Hommelhoff*, S. 508; dazu *Baums*, S. 211 in Fn. 6; aus dem älteren Schrifttum *Rudolf Fischer*, in: *Ehrenberg*, § 42 II 1, S. 231; *Weipert*, in: *Großkomm. AktG* (1. Aufl. 1939), § 84 Anm. 10; abweichend *Wimpfheimer*, *Festschrift Pinner*, S. 636, 654; dazu *M. Roth*, S. 44; heute noch abweichend *Hölters*, in: *Hölters/Weber*, § 93 Rn. 2; für das schweizerische Aktienrecht hat auch *Homburger*, in: *Zürcher Komm. OR*, Art. 717 Rn. 821, diesen Vorschlag gemacht, ohne jedoch Gefolgschaft zu finden (dazu *Böckli*, § 13 Rn. 575: „chancenlos“). Das Bundesgericht stellt in ständiger Rechtsprechung auf die objektiv erforderliche Sorgfalt ab; siehe BGE 99 II 176 E. 1 S. 179 („*Artella/Steffan*“); BGE 113 II 52 E. 3a S. 56; BGE 122 III 195 E. 3a S. 198: „[Il] ne suffit pas d’observer la ‚diligentia quam in suis‘ [...]“

einer Vielzahl genossenschaftsrechtlicher Entscheidungen geurteilt, dass die individuelle Unkenntnis oder Unfähigkeit den Geschäftsleiter nicht entlasten kann.⁵⁸³ Wer „das mit schwerer zivil- und strafrechtlicher Verantwortlichkeit belastete Amt eines Vorstandsmitglieds“ übernehme, müsse auch über die „erforderlichen geschäftlichen Kenntnisse“ verfügen.⁵⁸⁴ Zur Begründung verweist das Reichsgericht auf das Leitbild des ordentlichen Geschäftsmannes: Dieser gehe schon bei Unternehmungen, die er auf eigene Rechnung betreibe, nicht ohne die nötigen Kenntnisse zu Werke.⁵⁸⁵ Bei der Verwaltung fremden Vermögens sei daher besondere Vorsicht geboten.⁵⁸⁶ Abstützen kann der Bundesgerichtshof seinen Standpunkt zur aktienrechtlichen Sorgfalt ferner durch GmbH-rechtliche Judikate. Wie vor ihm das Reichsgericht⁵⁸⁷ versteht auch der Bundesge-

⁵⁸³ Vgl. RG, Urteil vom 26.9.1930 – 520/29 II = JW 1931, 40, 41 f. mit zust. Anm. *E. H. Meyer*: Ein Vorstandsmitglied könne sich nicht mit der Begründung entlasten, dass ihm die genügende „Befähigung, Gewandtheit und Erfahrung“ gefehlt habe. Ferner RG, Urteil vom 28.2.1940 – II 115/39 = RGZ 163, 200, 208 f. („Siedlungsgenossenschaft“); a.A. noch OLG Colmar, Entscheidung vom 16.12.1909 – IV U 54/09 = LZ 1910, 247, 248 f.: „Andererseits brauchen jedoch die Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft nur die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden, und von ihnen können deshalb besondere kaufmännisch-technische Kenntnisse, wie sie zu einer vollkommenen kaufmännischen Buchführung gehören, nicht verlangt werden; vielmehr ist dem Bildungsgrade der Personen, um die es sich handelt, Rechnung zu tragen [...]. Im vorliegenden Falle handelt es sich um Personen, die sämtlich dem Arbeiter- und Handwerkerstande angehören, also um Leute mit geringer Schulbildung. Für die Kreise solcher Leute ist das Genossenschaftsgesetz berechnet [...]. Es kann deshalb den Beklagten auch nicht als Verschulden angerechnet werden, dass sie ohne kaufmännische Kenntnisse zu besitzen, das Amt als Vorstandsmitglieder der Genossenschaft angenommen haben.“; ebenso *Citron*, in: Parisius/Crüger/Crecelius/Citron, § 34 Anm. 1; abweichend für den Ausschluss eines Genossenschaftsvorstands auch BGH, Urteil vom 31.3.1963 – II ZR 79/62 = DB 1963, 480: „An das Ausschließungsver schulden von Verwaltungsträgern kann kein anderer Maßstab angelegt werden als an das Ausschließungsver schulden einfacher Mitglieder. Ein Genosse, der nicht Mitglied der Verwaltung geworden ist, kann nicht unter dem Gesichtspunkt einer schuldhaften Verfehlung ausgeschlossen werden, wenn ihm bei seiner beanstandeten Handlungsweise nach seinem geringeren Bildungsgrad und seinen persönlichen Fähigkeiten kein Verschulden zur Last gelegt werden kann.“

⁵⁸⁴ RG, Urteil vom 31.1.1914 – 464/13 II = JW 1914, 476, wobei das Reichsgericht nicht ausschließen möchte, im Einzelfall „unterstützungsweise in Verbindung mit anderen Entschuldigungsgründen“ anders zu entscheiden; ferner RG, Urteil vom 11.5.1938 – II 210/37 = JW 1938, 2019 („Höhenrestaurant“), jeweils zur Genossenschaft.

⁵⁸⁵ Siehe RG, Urteil vom 31.1.1914 – 464/13 II = JW 1914, 476; mit der Verpflichtung auf fremde Vermögensinteressen argumentieren auch die aktienrechtlichen Entscheidungen OLG Hamm, Urteil vom 10.5.1995 – 8 U 59/94 = ZIP 1995, 1263, 1268 („Harpener/Omni“); und (jedenfalls im Ansatz) LG Hannover, Urteil vom 23.2.1977 – 1 O.123/75 = AG 1977, 198, 200 („Kämmerei Döhren“).

⁵⁸⁶ Vgl. zur Genossenschaft RG, Urteil vom 10.5.1939 – II 140/38 = DR 1939, 2164, 2165: Der Vorstand ist „Verwalter fremden Vermögens [...]. Er wird sich vor allem Zurückhaltung in seinen geschäftlichen Maßnahmen auferlegen müssen, wenn [...] der Genossenschaft erhebliche Spareinlagen anvertraut sind, die ihr von vornherein nicht zur Verfügung gestellt werden, damit sie damit werbend arbeite, sondern um den Sparern als sichere Vermögensanlage zu dienen, auf die sie in Fällen des Bedarfs jederzeit zurückgreifen können.“ – In der Folge begründet das Reichsgericht allerdings, weshalb dem Vorstand dennoch ein unternehmerisches Ermessen zustehe, und verneint im konkreten Fall eine Sorgfaltspflichtverletzung.

⁵⁸⁷ Siehe RG, Entscheidung vom 31.3.1908 – Rep. II $\frac{587/07}{5}$ = LZ 1908, 450 Nr. 33: „Der Geschäftsführer einer G. m. b. H. haftet, auch wenn er persönlich Gesellschafter ist, für die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes in Angelegenheiten der Gesellschaft und nicht [...] nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anwendet.“; sowie RG, Entscheidung vom 23.10.1940 – IV 24/40 = HRR 1941, Nr. 132 unter Verweis auf RG, Urteil vom 26.9.1930 – 520/29 II = JW 1931, 40, RG, Entscheidung vom 17.8.1937 – II 43/37 = DJ 1937, 1685, RG, Urteil vom 11.5.1938 – II 210/37 = JW 1938, 2019 („Höhenrestaurant“), und RG, Urteil vom 28.2.1940 – II 115/39 = RGZ 163, 200, 208 („Siedlungsgenossenschaft“), jeweils zur Genossenschaft: „Der Ge-

richtshof § 43 Abs. 1 GmbHG als objektiven Maßstab.⁵⁸⁸ Einzuhalten ist diejenige Sorgfalt, die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei der selbständigen treuhänderischen Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen an den Tag legt.⁵⁸⁹ Auch hier erfolgt die Begründung also mit der Fremdnützigkeit der Organaufgabe. Ein Geschäftsführer könne sich nicht damit entlasten, dass er „kaufmännisch [...] nicht sonderlich“ oder in Geschäften einschlägiger Größenordnung gar „gänzlich unversiert“ sei.⁵⁹⁰

Legt man an die Vorstandsmitglieder einer AG den gleichen Maßstab an wie das Reichsgerichts an die Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft, dann zählen zu den erforderlichen geschäftlichen Kenntnissen auch Rechtskenntnisse. Ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter müssen sich mit den gesetzlichen Vorgaben des Aktienrechts und ihren organschaftlichen Pflichten vertraut machen.⁵⁹¹ Ferner mit den satzungsmäßigen Beschränkungen ihrer Geschäftsführungsbefugnis.⁵⁹² Diese Obliegenheit trifft jedes Vorstandsmitglied selbst. Das Vertrauen auf die (angebliche) Verlässlichkeit von Vorstandskollegen entschuldigt nicht; vielmehr handelt ein Vorstandsmitglied insofern auf eigene Gefahr.⁵⁹³ Vorstandsmitgliedern, die den Anforderungen ihres Amtes nicht gerecht werden, steht es frei zurückzutreten; besser noch sollten sie ihre Bestellung ablehnen.⁵⁹⁴

schäftsführer einer GmbH. kann sich nicht durch Berufung auf Nichtwissen oder mangelnde Kenntnisse von seiner gesetzl. Verantwortlichkeit und seiner Haftung aus dem Dienstvertrag freimachen.“

⁵⁸⁸ Siehe etwa BGH, Urteil vom 1.3.1993 – II ZR 61/92, II ZR 81/94 = NJW 1994, 2149, 2150 zu § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a.F.

⁵⁸⁹ Siehe jeweils zur GmbH BGH, Urteil vom 20.2.1995 – II ZR 143/93 = BGHZ 129, 30, 34; OLG Zweibrücken, Urteil vom 22.12.1998 – 8 U 98/98 = NZG 1999, 506, 507; zuvor bereits OLG Bremen, Urteil vom 28.2.1963 – 2 U 81/62 – 0 118/1980 = GmbHR 1964, 8, 9; OLG Koblenz, Urteil vom 10.6.1991 – 6 U 1650/89 = ZIP 1991, 870, 871.

⁵⁹⁰ Siehe jeweils zur GmbH BGH, Urteil vom 16.2.1981 – II ZR 49/80 = WM 1981, 440, 442; BGH, Urteil vom 14.3.1983 – II ZR 103/82 = NJW 1983, 1856, 1857; OLG Zweibrücken, Urteil vom 22.12.1998 – 8 U 98/98 = NZG 1999, 506, 507; sowie OLG Koblenz, Urteil vom 10.6.1991 – 6 U 1650/89 = ZIP 1991, 870, 871: Alter, Unerfahrenheit oder Unkenntnis seien unerheblich.

⁵⁹¹ Vgl. RG, Urteil vom 11.5.1938 – II 210/37 = JW 1938, 2019, 2020 („Höhenrestaurant“) zur Genossenschaft; sowie OLG Saarbrücken, Urteil vom 22.1.2014 – 2 U 69/13 = NZG 2014, 343, 345 zur AG: § 112 AktG sei eine für die Vertretungsverhältnisse der AG grundlegende Vorschrift, „deren Kenntnis auch von einem nicht juristisch vorgebildeten Vorstandsmitglied [...] erwartet werden darf.“; i.E. großzügiger BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 f. Tz. 29 ff.; dagegen zu Recht *Bayer/P. Scholz*, ZIP 2015, 1853, 1860; dazu unten S. 131 bei Fußnote 807.

⁵⁹² Vgl. RG, Urteil vom 26.9.1930 – 520/29 II = JW 1931, 40, 41 mit zust. Anm. *E. H. Meyer*.

⁵⁹³ Vgl. RG, Urteil vom 26.9.1930 – 520/29 II = JW 1931, 40, 41.

⁵⁹⁴ Vgl. zum Aufsichtsrat RG, Urteil vom 29.5.1934 – II 9/34 = RGZ 144, 348, 355 (dazu unten S. 119 in Fußnote 734); sowie BGH, Urteil vom 15.11.1982 – II ZR 27/82 = BGHZ 85, 293, 295 f. („Hertie“): „Mit diesem Gebot persönlicher und eigenverantwortlicher Amtsausübung ist vorausgesetzt, daß ein Aufsichtsratsmitglied diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich aneignen muß, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können [...]“; aus dem deutschen Schrifttum zuletzt *Weber*, ZGR 2020, 688, 694; aus schweizerischer Sicht *Kunz*, S. 276 ff.; ferner unten S. 170 bei Fußnote 1043.

Das Schrifttum liegt mit der dargestellten Rechtsprechung auf einer Linie.⁵⁹⁵ Dies gilt auch, soweit man in Anwendung allgemeiner Grundsätze⁵⁹⁶ annimmt, dass Vorstandsmitglieder mit besonderen Fähigkeiten und Kenntnissen einem strengeren Sorgfaltsmaßstab genügen müssen. Für die Mitglieder des Aufsichtsrats hat der Bundesgerichtshof bereits in diesem Sinne entschieden.⁵⁹⁷ Nicht selten wird ein Aufsichtsratsmitglied gerade wegen spezieller Fachkenntnisse gewählt und ist daher auch verpflichtet, diese Kenntnisse einzusetzen.⁵⁹⁸ An die Mitglieder des Vorstands sind keine geringeren Ansprüche zu stellen.⁵⁹⁹

Dabei ist zu beachten, dass der Sorgfaltsmaßstab entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main nicht von dem Zuschnitt der Vorstandsressorts abhängt. In dessen „Bruderhilfe“-Entscheidung aus dem Jahr 2004 liest man: „Bei einem Vorstandsressort, das mit dem die Missstände auslösenden Ressort eng verbunden ist, [...] bestehen [...] keine Zweifel, dass [...] im Hinblick auf die Gesamtverantwortung des Vorstands [...] immer wieder zu überprüfen ist, ob das ressortzuständige Vorstandsmitglied seinen Geschäftsleitungspflichten laufend gewissenhaft nachkommt.“⁶⁰⁰ Bei „gewissermaßen sachferneren Vorstandsressorts“ solle demgegenüber eine sorgfältige Plausibilitätskontrolle ausreichen „und nur wenn sich hieraus Zweifel oder Unstimmigkeiten ergeben, eine Rückfrage oder eigene Nachprüfung geboten sein.“⁶⁰¹ Diese

⁵⁹⁵ Siehe *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 392; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 243 f.; sowie oben S. 92 bei und in Fußnote 571.

⁵⁹⁶ Siehe nur BGH, Urteil vom 10.2.1987 – VI ZR 68/86 = NJW 1987, 1479, 1480 zur Verantwortlichkeit eines Chefarztes; aus dem Schrifttum statt vieler *Grundmann*, in: Münchener Komm. BGB, § 276, Rn. 56.

⁵⁹⁷ Siehe BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2101 Tz. 28 („ISION“); *Bergmann*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2011, S. 1, 16; zustimmend *Staanke*, LMK 2011, 326141; *Vetter*, EWiR 2011, 793, 794 mit Hinweis auf den unabhängigen Finanzexperten i.S.v. § 100 Abs. 5 AktG; ebenso *J.-H. Binder*, ZGR 2012, 757, 774; ferner *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525, 530; *Chab*, AnwBl 2013, 228, 230; siehe auch schon RG, Urteil vom 29.5.1934 – II 9/34 = RGZ 144, 348, 355 f.; ferner BGH, Urteil vom 3.7.2006 – II ZR 151/04 = BGHZ 168, 188, 198 Tz. 17 („IFA“); BGH, Urteil vom 25.3.1991 – II ZR 188/89 = BGHZ 114, 127, 131; LG Hamburg, Urteil vom 16.12.1980 – 8 O 229/79 = ZIP 1981, 194, 197 („L. Bau“); zu Unrecht kritisch *Selter*, AG 2012, 11, 19; *Stengel*, WuB II A. § 93 AktG 1.12.

⁵⁹⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 3.7.2006 – II ZR 151/04 = BGHZ 168, 188, 198 Tz. 17 („IFA“); BGH, Urteil vom 2.4.2007 – II ZR 325/05 = ZIP 2007, 1056, 1059 Tz. 16; BGH, Beschluss vom 27.4.2009 – II ZR 160/08 = ZIP 2009, 1661, 1662 Tz. 6; BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2101 Tz. 28 („ISION“).

⁵⁹⁹ Siehe *A. Schäfer/Zeller*, BB 2009, 1706, 1710 f.; für die monistische SE *Metz*, S. 150 ff.; aus schweizerischer Sicht *Böckli*, § 13 Rn. 576: „Es wäre unvernünftig, im Falle einer Unsorgfalt im finanziellen Bereich an das Verhalten eines speziell als Wissenschaftler in den Verwaltungsrat gewählten Mitglieds den gleichen Massstab anzulegen wie an seinen Kollegen, der eine Ausbildung als Bankier genossen hat und wegen seiner Erfahrung im Finanz- und Rechnungswesen („financial literacy“) ins ‚Audit Committee‘ gewählt wurde.“ (Hervorhebungen weggelassen).

⁶⁰⁰ VG Frankfurt am Main, Urteil vom 8.6.2004 – 1 E 7363/03[1] = WM 2004, 2157, 2161 („Bruderhilfe“); zustimmend *Nietsch*, ZIP 2013, 1449, 1455. Kläger des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens war ein auf Druck der BaFin abberufener „Controlling-Vorstand“. Diesem war vorgeworfen worden, dass er in Anbetracht eines schwierigen Marktumfeldes nicht von sich aus bei dem für Kapitalanlagen zuständigen Vorstand „aktiv nachgefasst“ habe, weshalb es – nach Überzeugung der BaFin und des Verwaltungsgerichts – innerhalb eines Jahres zum Anwachsen stiller Lasten von € 26 Mio. auf € 94 Mio. kommen konnte.

⁶⁰¹ VG Frankfurt am Main, Urteil vom 8.6.2004 – 1 E 7363/03[1] = WM 2004, 2157, 2161 („Bruderhilfe“).

Auffassung ist in der Literatur zu Recht auf Ablehnung gestoßen.⁶⁰² Wollte man mit dem „Bruderhilfe“-Maßstab Ernst machen, würde der im Ressortprinzip verankerte Vertrauensgrundsatz ausgehebelt.⁶⁰³ Außerhalb der turnusmäßigen Sitzungen des Gesamtgorgans oder seiner Ausschüsse muss es dabei bewenden, dass Vorstandskollegen einander nur anlassbezogen überwachen.⁶⁰⁴ Mit dem Kriterium der Sachnähe gibt das Verwaltungsgericht ein vermeintlich abgrenzungsfähiges Merkmal an. Tatsächlich verschweigt es aber, wie und vor allem mit welchen Abstufungen jenseits sprachlicher Evidenz dieses Merkmal angewandt werden soll.⁶⁰⁵ Zwischen welchen Vorstandsressorts eine enge inhaltliche Verbundenheit besteht, lässt sich allgemeingültig nicht festlegen.⁶⁰⁶ Dafür eröffnen die Möglichkeiten einer funktionalen und divisionalen Geschäftsverteilung zu viele Gestaltungsvarianten. Die scheinbar objektive Abgrenzung anhand des formalen Kriteriums der Ressortzuweisung kann man daher nicht als geglückt bezeichnen. Zumal nach herrschender Meinung auch an die Stellung des Vorstandsvorsitzenden keine besonderen Rechte und Pflichten geknüpft sind.⁶⁰⁷ In den Entscheidungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit hat die „Bruderhilfe“-Entscheidung zu Recht keine Nachahmer gefunden. Zwar hat der Bundesgerichtshof in seinem „ISION“-Urteil formuliert, dass der Beklagte die Voraussetzungen für den Erwerb eigener Aktien „als Finanzvorstand“ habe kennen müssen.⁶⁰⁸ Ein strengerer Sorgfaltsmaßstab war damit jedoch nicht verbunden.

⁶⁰² Überzogene Kritik aber bei *Habersack*, WM 2005, 2360, 2363: „Zunächst ließe sich das vom Verwaltungsgericht geforderte Verhalten – ‚aktives Nachfassen‘ und Beschaffen ‚verifizierbarer Unterlagen‘ unabhängig von Verdachtsmomenten (und wohl auch ohne Wissen des überwachten Vorstandsmitglieds) – praktisch kaum durchsetzen. Denn konsequent zu Ende gedacht liefe es ja auf eine wechselseitige Geheimüberwachung hinaus, die zudem zur Vermeidung der Haftung für Überwachungsverschulden allseits hinreichend zu dokumentieren wäre.“ und a.a.O. in Fn. 43: „Die Dokumentation müsste wiederum so erfolgen, dass das überwachte Vorstandsmitglied bei Wahrnehmung seiner eigenen Überwachungsaufgabe keinen Zugriff auf die Akte hätte – hier ließen sich möglicherweise die Erfahrungen der Stasi fruchtbar machen.“ Der historische Vergleich geht fehl und verharmlost das Leid der Stasi-Opfer.

⁶⁰³ Siehe *Wolf*, VersR 2005, 1042, 1044 f.; *Habersack*, WM 2005, 2360, 2363; die Kritik von *Fricke*, VersR 2006, 188 ff., konzentriert sich auf die aufsichtsrechtliche Problematik.

⁶⁰⁴ Vgl. OLG Köln, Urteil vom 31.8.2000 – 18 U 42/00 = NZG 2001, 135, 136; monographisch *Wettich*, S. 242 ff., 247 ff.; ausführlich oben S. 54 bei und nach Fußnote 336 sowie S. 55 bei und nach Fußnote 340.

⁶⁰⁵ Dazu *Wolf*, VersR 2005, 1042, 1045 f.; *Habersack*, WM 2005, 2360, 2363 f.; *Dreher*, AG 2006, 213, 216.

⁶⁰⁶ Siehe *Wolf*, VersR 2005, 1042, 1045.

⁶⁰⁷ Umfassend dazu v. *Hein*, ZHR 166 (2002), 464, 487 ff.; zustimmend *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 77 Rn. 67, § 84 Rn. 98; im Ergebnis ebenso *Wicke*, NJW 2007, 3755, 3756 f.; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 77 Rn. 26, § 88 Rn. 102; speziell zur sog. Compliance *Kort*, Festschrift Hopt (2010), S. 983, 987; abweichend *Heller*, S. 160 f.

⁶⁰⁸ Siehe BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2100 Tz. 24 („ISION“); zuvor auch OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386, 2388: „Gerade im Falle der Übernahme der Verantwortung des Finanzvorstands eines [...] sanierungsbedürftigen Unternehmens gelten für das neue Vorstandsmitglied sogar eher gesteigerte Anforderungen an die Prüfung der Zulässigkeit des Erwerbs eigener Aktien.“

2. Analoge Anwendbarkeit von § 31a BGB

Der beschriebene objektive Sorgfaltsmaßstab steht nicht zur Disposition der Parteien.⁶⁰⁹ Die Haftung aus § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG kann daher weder in der Satzung noch im Anstellungsvertrag auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten begrenzt werden. Sowohl das Reichsgericht als auch der Bundesgerichtshof haben in genossenschaftsrechtlichen Entscheidungen zudem geurteilt, dass der für Vorstandsmitglieder geltende Sorgfaltsmaßstab auch nicht aufgrund einer unentgeltlichen Übernahme des Amtes herabgesetzt werden kann.⁶¹⁰

Die Einführung von § 31a BGB im Jahr 2009⁶¹¹ könnte jedoch Anlass geben, diesen Befund zu überdenken. Seither haften Organmitglieder und besondere Vertreter gegenüber dem Verein bei der Wahrnehmung ihrer Pflichten nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, vorausgesetzt sie sind unentgeltlich tätig oder erhalten für ihre Tätigkeit eine Vergütung, die 720 Euro jährlich nicht übersteigt. Bei den Geschäftsleitern einer AG wird dieser Fall zwar regelmäßig nicht eintreten, denknotwendig ausgeschlossen ist er indes nicht. Es ist durchaus vorstellbar, dass Vorstandsmitglieder symbolträchtig auf ihr Gehalt verzichten⁶¹² oder ein Aufsichtsratsmitglied seine Vergütung an Dritte abführt.⁶¹³ Relevanz bekommen könnte die Frage ferner in Konzernsachverhalten, wenn z.B. der Vorstand der Mutter-Gesellschaft zugleich bei einer Tochter-Gesellschaft die Geschäfte führt, ohne von dieser ein Entgelt zu erhalten.⁶¹⁴ Oder wenn Vorstandsmitglieder der Mutter in Tochter- oder Enkelgesellschaften als Aufsichtsräte fungieren und sich dies auf Basis ihres Anstellungsvertrages mit der Mutter-Gesellschaft vergüten lassen,⁶¹⁵ während die Arbeitnehmervertreter für ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat keine Vergütung erhalten. Interimsmanager mit Drittanstellungsverträgen⁶¹⁶ stellen einen weiteren Fall dar, in dem man über eine analo-

⁶⁰⁹ Siehe *Bastuck*, S. 95; *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 393; *Spindler*, in: *Münchener Komm. AktG*, § 93 Rn. 27.

⁶¹⁰ Siehe RG, Entscheidung vom 28.10.1919 – II 165/19 = LZ 1920, 388; RG, Urteil vom 28.2.1940 – II 115/39 = RGZ 163, 200, 208 („Siedlungsgenossenschaft“); BGH, Urteil vom 1.12.2003 – II ZR 216/01 = NJW-RR 2004, 900, 901 f.; zustimmend *Fandrich*, *Festschrift Graf von Westphalen*, S. 149, 154 f.

⁶¹¹ Durch Art. 1 des Gesetzes zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen vom 28.9.2009, BGBl. I, S. 3161; zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes zur Stärkung des Ehrenamts (Ehrenamtsstärkungsgesetz) vom 21.3.2013, BGBl. I, S. 556.

⁶¹² *Noack*, *GmbHR* 2010, R 81, nennt z.B. Steve Jobs, der als CEO von Apple in den Jahren 2008 bis 2010 ein Jahreslöhrl von nur 1 US-Dollar bezogen haben soll.

⁶¹³ Bekanntermaßen finanziert sich die Hans-Böckler-Stiftung zu einem guten Teil dadurch, dass Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite, die Mitglieder einer dem DGB angeschlossenen Gewerkschaft sind, ihre Vergütungen in einer gewissen Höhe abführen. Einzelheiten dazu bei *Hanau*, S. 7 ff.; kritisch *Thüsing/Forst*, *Festschrift Graf von Westphalen*, S. 693 ff.; *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 113 Rn. 7, 11. Je nach Amtsstellung und Besoldungsgruppe müssen auch Staatsdiener einen Teil ihrer Aufsichtsratsvergütung abführen, jedoch sieht die Bundesnebenberufungsverordnung (§ 6 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Satz 1) Freibeträge vor, die oberhalb der 720-Euro-Grenze liegen.

⁶¹⁴ Siehe *Noack*, *GmbHR* 2010, R 81; *Bachmann*, *NZG* 2013, 1121, 1127; sowie den Überblick bei *Vetter*, *Hoffmann-Becking*, S. 1297, 1298 f.; zu rein vereinsrechtlichen, aber strukturell ähnlich gelagerten Dachverbandsproblemen auch *G. Roth*, *npoR* 2010, 1, 3; *Piper*, *WM* 2011, 2211, 2212; zur Drittvergütung von Aufsichtsratsmitgliedern *Kiem*, *Festschrift Stilz*, S. 329, 331 ff.

⁶¹⁵ Vgl. *Habersack*, in: *Münchener Komm. AktG*, § 113 Rn. 50; sowie *Vetter*, *NZG* 2015, 889, 890.

⁶¹⁶ Dazu oben S. 69 bei Fußnote 436.

ge Anwendung von § 31a BGB nachdenken kann. Und schließlich könnte man die Frage auch bei Unternehmen der kommunalen Daseinsvorsorge aufwerfen, in denen Aufsichtsratsmitglieder nicht selten ohne besondere Vergütung⁶¹⁷ tätig werden. Mit § 34 Abs. 2 Satz 3 GenG hat der Gesetzgeber im Jahr 2017 ferner eine weitere Vorschrift eingeführt⁶¹⁸, deren Regelungsgehalt auch im Aktienrecht fruchtbar gemacht werden könnte. Danach muss bei der Beurteilung der Sorgfalt eines Vorstandsmitglieds zu seinen Gunsten berücksichtigt werden, wenn es im Wesentlichen unentgeltlich tätig ist.

a) Meinungstand im Schrifttum

Das Haftungsprivileg des § 31a BGB hat im Schrifttum von Beginn an Diskussionen ausgelöst.⁶¹⁹ Dass sich der Anwendungsbereich der Vorschrift über den Vereinsvorstand hinaus auch auf andere Organe erstreckt, steht seit der Gesetzesnovelle vom Frühjahr 2013 zwar fest.⁶²⁰ Unklar ist aber weiterhin, ob § 31a BGB in allen Kapitalgesellschaften zum Tragen kommen kann, sobald man es mit nicht oder nur geringfügig entlohnten Organmitgliedern zu tun hat.

Mehrheitlich wird eine analoge Anwendung von § 31a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften abgelehnt.⁶²¹ Der Gesetzgeber habe – so kann man lesen – von einer umfassenden Regelung der Haftungserleichterung für unentgeltliches Organhandeln bewusst abgesehen.⁶²² Das Schweigen des Gesetzes in Bezug auf andere Körperschaften als den Verein sei beredt.⁶²³ Einem Analogieschluss sollen darüber hinaus Erwägungen des Gläubigerschutzes entgegenstehen; bei den Kapitalgesellschaften lasse sich die Haftungsprivilegierung daher nicht widerspruchsfrei in das System der Organhaftung einfügen.⁶²⁴ Manche Autoren zeigen sich für eine

⁶¹⁷ Bei ihnen werden allerdings regelmäßig Sitzungsgelder gezahlt, so dass im Einzelfall zu prüfen ist, ob nicht doch eine Vergütung gewährt wird, weil das Sitzungsgeld über eine bloße Aufwandsentschädigung hinausgeht. Dazu *Habersack*, in: Münchener Komm. AktG, § 113 Rn. 14.

⁶¹⁸ Durch Art. 1 des Gesetzes zum Bürokratieabbau und zur Förderung der Transparenz bei Genossenschaften vom 17.7.2017, BGBl. I, S. 2434.

⁶¹⁹ So am Beispiel der gemeinnützigen GmbH *Sobotta/v. Cube*, DB 2009, 2082, 2083; *D. Reuter*, NZG 2009, 1368, 1369 f.; *Griep*, Sozialrecht aktuell 2010, 161, 164 f.; *Arnold*, Non Profit Law Yearbook 2009, S. 89, 105; *Noack*, GmbHR 2010, R 81; *Schöpflin*, in: BeckOK BGB, § 31a Rn. 3; *Bachmann*, Gutachten, E 31.

⁶²⁰ Vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und FDP, BT-Drucks. 17/11316, S. 16 li. u. re. Sp.

⁶²¹ Siehe *D. Reuter*, NZG 2009, 1368, 1369 f.; *ders.*, in: Münchener Komm. BGB (6. Aufl. 2012), § 31a Rn. 4 (heute *Leuschner*, in: Münchener Komm. BGB, § 31a Rn. 2); *Burgard*, ZIP 2010, 358, 365; *Noack*, GmbHR 2010, R 81; *Wörle-Himmel/Endres*, DStR 2010, 759, 761; *Orth*, SpuRt 2010, 2, 3; *Schöpflin*, Rpfleger 2010, 349, 354; *ders.*, in: BeckOK BGB, § 31a Rn. 3; *Heidel/Lochner*, in: Nomos Komm. BGB, § 31a Rn. 11 f.; *Arnold*, Non Profit Law Yearbook 2009, S. 89, 105 f.; zurückhaltend auch *Sobotta/v. Cube*, DB 2009, 2082, 2083; aus der GmbH-rechtlichen Kommentarliteratur *Ziemons*, in: Michalski, § 43 Rn. 424 allerdings unter irreführendem Verweis auf BFH, Urteil vom 23.6.1998 – VII R 4-98 = BFHE 186, 132 ff.; *Altmeppen*, § 43 Rn. 3; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, § 43 GmbHG Rn. 13; *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, § 43 Rn. 64; *Verse*, in: Scholz, § 43 Rn. 274; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, § 43 Rn. 42; offener *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 256b.

⁶²² Vgl. *Burgard*, ZIP 2010, 358, 362; ferner *G. Roth*, npoR 2010, 1, 2.

⁶²³ Vgl. *Orth*, SpuRt 2010, 2, 3; *Schöpflin*, Rpfleger 2010, 349, 354.

⁶²⁴ Vgl. *Burgard*, ZIP 2010, 358, 362; *Schöpflin*, Rpfleger 2010, 349, 354; *Noack*, GmbHR 2010, R 81; sowie *D. Reuter*, NZG 2009, 1368, 1370; zustimmend noch *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG (1. Aufl. 2012), § 43 Rn. 256; offener *ders.*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 256b.

analoge Anwendung von § 31a BGB dagegen offen.⁶²⁵ Sie verweisen darauf, dass der Verein die Grundform der Körperschaft darstelle und daher auf das Vereinsrecht zurückgegriffen werden könne, wo es an abschließenden Spezialregelungen fehle; davon sei für die Haftungsvorschriften des Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrechts auszugehen.⁶²⁶ Weiterhin stehe § 31a BGB in systematischer Nähe zu § 31 BGB, der ebenfalls im gesamten Kapitalgesellschaftsrecht Anwendung finde.⁶²⁷ Und schließlich komme es ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 31a BGB gerade nicht auf den Zweck der Körperschaft an. Folglich könne es zur Verwirklichung der *ratio legis* auch nicht auf die Rechtsform ankommen.⁶²⁸

b) Stellungnahme

aa) Methodologische Herausforderung

Eine direkte Anwendung von § 31a BGB scheitert am Wortlaut der Vorschrift. AG, eG und GmbH können auch nicht im Wege einer extensiven Auslegung unter den Begriff des Vereins subsumiert werden. Dafür bietet die Ausflagung der vereinsrechtlichen Vorschriften als „Allgemeiner Teil“ des Verbandsrechts eine allzu schwache Begründung,⁶²⁹ zumal die Gesetzesmaterialien zu § 31a BGB – anders als etwa beim UMAG für die sog. Business Judgment Rule⁶³⁰ – keine Aussage zu einer analogen Anwendung der Vorschrift auf andere Körperschaften treffen.⁶³¹ Für die Genossenschaft gilt mit § 34 Abs. 2 Satz 3 GenG seit dem Sommer 2017 ferner eine eigenständige Regelung.

In Betracht kommt daher nur eine analoge Anwendung, die nach gefestigter rechtsmethodologischer Überzeugung eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage vo-

⁶²⁵ Siehe *Griep*, Sozialrecht aktuell 2010, 161 ff.; *Piper*, WM 2011, 2211 ff.; *Windbichler*, § 22 Rn. 12; verhalten zustimmend *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.83a: „denkbar“; für gemeinnützige Gesellschaften i.S.v. §§ 51 ff. AO *Bachmann*, Gutachten, E 31; *Vetter*, GmbHR 2012, 181, 187; *Paefgen*, AG 2014, 554, 570 f.; *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 256b; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 245: „bedarf weiterer Diskussion“.

⁶²⁶ Vgl. *Piper*, WM 2011, 2211, 2214.

⁶²⁷ Vgl. *Piper*, WM 2011, 2211, 2214; ebenso zuvor schon *Griep*, Sozialrecht aktuell 2010, 161, 165.

⁶²⁸ Vgl. *Griep*, Sozialrecht aktuell 2010, 161, 165; *Piper*, WM 2011, 2211, 2214.

⁶²⁹ Diesen Hinweis bringen aber *Noack*, GmbHR 2010, R 81; und *Piper*, WM 2011, 2211, 2214; zu Recht kritisch *S. Lepsius* JZ 2006, 998, 998: „Rechtlich maßgeblich für die unterschiedlichen Strukturtypen ist ihre Ausprägung im Gesetz. Die Typenbildung hat demgegenüber nur eine Systematisierungs- und Ordnungsfunktion. Sie bindet den Gesetzgeber nicht, erzeugt aber Erwartungen an eine stimmige systematische und sachgerechte Ausgestaltung der Vereinigungsformen.“

⁶³⁰ Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 12 li. Sp.: „Der Grundgedanke eines Geschäftsleiterermessens im Bereich unternehmerischer Entscheidungen ist nicht auf den Haftungstatbestand des § 93 AktG und nicht auf die Aktiengesellschaft beschränkt, sondern findet sich auch ohne positivrechtliche Regelung in allen Formen unternehmerischer Betätigung.“

⁶³¹ Vgl. Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drucks. 16/10120, S. 1 ff.; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13537, S. 1 ff.; Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und FDP, BT-Drucks. 17/11316, S. 8, 16.

raussetzt⁶³², auch wenn es nicht immer leichtfällt, das genaue Verhältnis zwischen diesen beiden Voraussetzungen anzugeben. Gehen sie „Hand in Hand“⁶³³, so dass man den Tatbestand der für die Lückenfüllung ins Auge gefassten Rechtsfolgenanordnung bereits vergleichend zur Lückenfeststellung heranziehen kann? Oder handelt es sich um zwei verschiedene Gedankenoperationen, die streng eine nach der anderen vorzunehmen sind? Da unter einer Lücke nach gängiger Lesart verstanden wird, dass eine gesetzliche Regelung „gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung“ eine „planwidrige Unvollständigkeit“ aufweist,⁶³⁴ erfordert schon die Lückenfeststellung einen wertenden Vergleich – wie sodann die Lückenfüllung selbst.⁶³⁵ Bei diesem Vergleich kann die für die Lückenfüllung potentiell taugliche Norm nicht außer Acht bleiben. Oftmals wird eine Gesamtbetrachtung den Ausschlag geben. Im Interesse einer erhöhten Wertungstransparenz⁶³⁶ soll hier dennoch versucht werden, einen argumentativen Zwei-Schritt zu machen.

bb) Planwidrige Regelungslücke

Durch die Einführung von § 31a BGB könnte die Haftungsnorm des § 93 AktG nachträglich lückenhaft geworden sein. Und zwar, wenn man sich einer verbreiteten Terminologie⁶³⁷ anschließen will, nachträglich „verdeckt“, da die aktienrechtliche Vorschrift nicht danach differenziert, ob Vorstandsmitglieder entgeltlich oder unentgeltlich tätig sind: Der in § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG normierte Sorgfaltsmaßstab erfasst womöglich zu viele Fälle. Nachträgliche Lückenhaftigkeit wird allgemein anerkannt, wenn die Unvollständigkeit des Gesetzes „auf Grund einer Änderung der tatsächlichen Gegebenheiten oder auch der der Rechtsordnung immanenten Wertungen entstanden“ ist.⁶³⁸ „Eine nachträgliche Lücke kann sich auch daraus ergeben, daß durch neue gesetzliche Regelungen in anderen Rechtsbereichen Wertvorstellungen der Gesetzgebung gültig werden, die zu bestehenden Gesetzesvorschriften in ein Spannungsverhältnis, bisweilen in einen offenen Widerspruch geraten.“⁶³⁹ Im vorliegenden Fall muss man daher untersuchen, ob § 31a BGB einen solchen Wandel in der Normsituation bewirkt hat.

§ 31a BGB wurde mit dem Regelungsziel eingeführt, „die ehrenamtliche Übernahme von Leitungsfunktionen in Vereinen zu fördern und damit das bürgerschaftliche Engagement weiter zu stärken.“⁶⁴⁰ Mit der Gesetzesnovelle vom Frühjahr 2013 sollten die rechtlichen Bedingungen für

⁶³² Aus der Rechtsprechung BVerfG, Urteil vom 11.7.2012 – 1 BvR 3142/07, 1 BvR 1569/08 = BVerfGE 132, 99, 127 f. Tz. 73 ff. („Delisting“); aus dem Schrifttum statt vieler *Kramer*, Methodenlehre, S. 195 f.

⁶³³ *Kramer*, Methodenlehre, S. 182 mit Fn. 549; allgemein *Canaris*, Feststellung, S. 144 ff.

⁶³⁴ *Canaris*, Feststellung, S. 39.

⁶³⁵ Zur Unsicherheit des Lückenbegriffs *Rüthers/C. Fischer/Birk*, § 23 Rn. 832 ff.

⁶³⁶ Vgl. *Rüthers/C. Fischer/Birk*, § 23 Rn. 839.

⁶³⁷ Siehe statt vieler *Engisch*, S. 184; *Canaris*, Feststellung, S. 135.

⁶³⁸ *Canaris*, Feststellung, S. 135; zustimmend *Kramer*, Methodenlehre, S. 191 f.

⁶³⁹ *Rüthers/C. Fischer/Birk*, § 23 Rn. 862.

⁶⁴⁰ So Begr. des Gesetzentwurfs des Bundesrates, BT-Drucks. 16/10120, S. 6 li. Sp.; siehe auch a.a.O., S. 7 li. Sp.: „Durch die in Absatz 1 Satz 1 vorgesehene Regelung soll die bereits heute in zahlreichen Vereinssatzungen enthaltene Beschränkung der Haftung gegenüber dem Verein generell für alle Fälle ehrenamtlicher und un-

dieses Engagement nochmals verbessert werden.⁶⁴¹ Die Haftungsrisiken für unentgeltlich tätige Organmitglieder hielt der Gesetzgeber für so erheblich, dass er eine Begrenzung der Verantwortlichkeit auf vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten beschloss, um unzumutbare und unbillige Ergebnisse zu verhindern.⁶⁴² Die Annahme einer nachträglichen Lücke wäre mit dieser gesetzgeberischen Konzeption nur dann unvereinbar, wenn der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen hätte, bei den Kapitalgesellschaften und der Genossenschaft ein mit § 31a BGB vergleichbares Haftungsprivileg einzuführen. Dies ist indes nicht der Fall. Weder in den Gesetzesmaterialien noch im Gesetz findet man einen Hinweis, wonach § 31a BGB auf andere Körperschaften als den Verein nicht anzuwenden wäre. Allein für die Genossenschaft hat sich dieser Befund mit der Einführung von § 34 Abs. 2 Satz 3 GenG im Jahr 2017 geändert. Die methodische Redlichkeit gebietet es daher, mit dem Schweigen des Gesetzgebers zurückhaltend umzugehen.⁶⁴³ Man kann es nicht als beredt bezeichnen.⁶⁴⁴ Vielmehr liegt jedenfalls in Bezug auf die AG und die GmbH eine legislatorische Anschauungslücke vor.⁶⁴⁵

Dass § 31a BGB nach der Intention des Gesetzgebers „unabhängig von dem durch den Verein verfolgten Zweck“ eingreifen sollte,⁶⁴⁶ besagt demgegenüber nichts für eine Erstreckung der Vorschrift auf die Kapitalgesellschaften und die Genossenschaft.⁶⁴⁷ Zweck und Rechtsform sind zwei verschiedene Dinge. Es dürfte sich bei der genannten Passage in den Materialien um eine Klarstellung gegenüber den letztlich nicht Gesetz gewordenen⁶⁴⁸ Haftungsbeschränkungen im Außenverhältnis handeln. Diese sollten jeweils nur für Vereine mit gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken i.S.v. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG gelten.

entgeltlicher Tätigkeit des Vorstandes übernommen und gesetzlich festgeschrieben werden.“; der Rechtsausschuss hat sich diesem Ziel angeschlossen, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drucks. 16/13537, S. 1 und insbesondere S. 3 re. Sp. (Verweis auf die Begründung des Gesetzentwurfs).

⁶⁴¹ So Begr. des Gesetzentwurfs der Fraktionen CDU/CSU und FDP, BT-Drucks. 17/11316, S. 8 li. Sp.

⁶⁴² Siehe Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drucks. 16/10120, S. 1; gleichlautend Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13537, S. 1.

⁶⁴³ Für Zurückhaltung bei der Deutung legislativen Schweigens – wenngleich in etwas anderem Zusammenhang – auch das Minderheitsvotum in BVerfG, Beschluss vom 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07 = BVerfGE 122, 248, 284 („Rügeverkümmern“); dazu *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317, 328 f.; in der „Delisting“-Entscheidung hat sich der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts dieses problematischen Arguments allerdings wieder bedient, vgl. BVerfG, Urteil vom 11.7.2012 – 1 BvR 3142/07, 1 BvR 1569/08 = BVerfGE 132, 99, 130 f. Tz. 84.

⁶⁴⁴ So aber *Arnold*, Non Profit Law Yearbook 2009, S. 89, 105; *Sobotta/v. Cube*, DB 2009, 2082, 2083; *Burgard*, ZIP 2010, 358, 362; *Orth*, SpuRt 2010, 2, 3.

⁶⁴⁵ In diesem Sinne auch *Piper*, WM 2011, 2211, 2214; zu der damals noch akuten Frage einer Erstreckung von § 31a BGB auf andere Vereinsorgane *G. Roth*, npoR 2010, 1, 2: „Die Planwidrigkeit der Regelungslücke leitet sich aus dem Umstand ab, dass in den Gesetzgebungsmaterialien an keiner Stelle die Frage der Anwendbarkeit auf andere Organe erörtert worden ist und dafür auch kein zwingender Bedarf bestand, weil die genannten Organe alle fakultativ sind. Die Vergleichbarkeit der Interessenlage leitet sich aus dem Ziel der Neuregelung selbst ab.“

⁶⁴⁶ Begr. des Gesetzentwurfs des Bundesrates, BT-Drucks. 16/10120, S. 7 li. Sp.

⁶⁴⁷ So aber *Piper*, WM 2011, 221, 2214; genau umgekehrt – und für mich unverstänglich – *D. Reuter*, NZG 2009, 1368, 1369 f.; dazu auch *Schöpflin*, Rpfleger 2010, 349, 354.

⁶⁴⁸ Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13537, S. 4 f.

Soweit man in den Gesetzesmaterialien zu § 34 Abs. 2 Satz 3 GenG liest, dass eine „vollständige Übertragung“ des § 31a Abs. 1 Satz 1 BGB in das Genossenschaftsrecht „nicht angemessen“ sei, da es sich bei den Genossenschaften um Formkaufleute handle,⁶⁴⁹ steht dies einem Analogieschluss für die AG und die GmbH nicht entgegen.⁶⁵⁰ Die Kaufmannseigenschaft als solche hat den Gesetzgeber bei der eG nicht abgehalten, eine Haftungserleichterung vorzusehen. Im Gegenteil: Wenn ein Vorstandsmitglied im Wesentlichen unentgeltlich tätig ist, muss dies bei der Beurteilung seiner Sorgfalt zu seinen Gunsten berücksichtigt werden.

cc) Vergleichbare Interessenlage

Ein Analogieschluss ist nur geboten, wenn es andernfalls zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung käme.⁶⁵¹ Die Befürworter einer analogen Anwendung weisen darauf hin, dass es keinen Unterschied machen dürfe, ob ein der Wohlfahrtspflege verschriebener Verein ein e.V. bleibe oder stattdessen in das Rechtskleid der gGmbH schlüpfe.⁶⁵² Auch im zweiten Fall könne es für nicht oder nur geringfügig entlohnte Organmitglieder zu den von dem Gesetzgeber befürchteten Haftungsrisiken kommen. Man wird diesem Vergleich nicht entgegenhalten können, dass es sich bei § 31a BGB um eine systemwidrige Vorschrift handle, die eine restriktive Handhabung verlange.⁶⁵³ Die moderne Methodenlehre hat die Parömie *singularia non sunt extendenda* längst überwunden.⁶⁵⁴ Maßgeblich sind für sie allein die materiellen Wertentscheidungen des Gesetzgebers, die sich auch bei einer Vorschrift mit begrenztem Anwendungsbereich auf einen neuen Fall übertragen lassen, sofern nur der neue Fall deren strengen Vergleichsmaßstäben genügt.⁶⁵⁵ Hier kommt es demnach auf die in den Augen des Gesetzgebers unzumutbaren und unbilligen Haftungsrisiken für unentgeltlich tätige Vereinsvorstände an. Sollten solche Risiken auch für unentgeltlich tätige Organe in anderen Körperschaften bestehen, würden sie eine Analogie als Wertungsbrücke tragen, solange bei diesen anderen Körperschaften nicht Aspekte in den Vordergrund treten, die eine ungleiche Behandlung rechtfertigen.

⁶⁴⁹ Siehe Begr. RegE, BT-Drucks. 18/11506, S. 28.

⁶⁵⁰ Abweichend *Verse*, in: Scholz, § 43 Rn. 274, der aber eine Analogie zu § 34 Abs. 2 Satz 3 GenG für möglich hält.

⁶⁵¹ Siehe *Kramer*, Festgabe Schweizerischer Juristentag, S. 99, 114; *ders.*, Methodenlehre, S. 197.

⁶⁵² Vgl. *Griep*, Sozialrecht aktuell 2010, 161, 164 f.; *Noack*, GmbHR 2010, R 81; *G. Roth*, npoR 2010, 1, 2; *Burgard*, ZIP 2010, 358, 362; ferner *Arnold*, Non Profit Law Yearbook 2009, S. 89, 106; *Heidell/Lochner*, in: Nomos Komm. BGB, § 31a Rn. 12; und de lege ferenda *Wörle-Himmel/Endres*, DStR 2010, 759, 762.

⁶⁵³ So aber *D. Reuter*, NZG 2009, 1368, 1370, demzufolge das Auftragsrecht die Blaupause für die organschaftliche Binnenhaftung sei und von einer Haftung für einfache Fahrlässigkeit ausgehe. Der Schutz der Körperschaft (und ihrer Gläubiger) verbiete es, an den Wertungen des Schenkungsrechts Maß zu nehmen. Siehe auch *Burgard*, ZIP 2010, 358, 362: „[Es ist] zweifelhaft, ob eine analoge Anwendung von § 31a BGB überhaupt wünschenswert wäre. Vielmehr erscheint es sachgerechter, die Vorschrift als nicht analogiefähige Spezialregelung zu behandeln, deren Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG allerdings zweifelhaft ist.“; im Ergebnis wie hier *Piper*, WM 2011, 2211, 2214.

⁶⁵⁴ Siehe *Engisch*, S. 196; *Canaris*, Feststellung, S. 181; *Kramer*, Methodenlehre, S. 205 ff.; *M. Würdinger*, AcP 206 (2006), 946, 956 ff.

⁶⁵⁵ Siehe *Engisch*, S. 196; *Kramer*, Methodenlehre, S. 206.

Als Gesichtspunkte, die gegen eine vergleichbare Interessenlage sprechen sollen, werden insbesondere Erfordernisse des Gläubigerschutzes genannt.⁶⁵⁶ Bereits die Bundesregierung hatte an dem Gesetzentwurf des Bundesrates kritisiert, dass die vorgeschlagene Haftungsbegrenzung für Vorstandsmitglieder das Schadensrisiko in nicht wünschenswerter Weise auf den Verein und die Vereinsmitglieder verlagere und diese daher erheblich belaste.⁶⁵⁷ Der Verein und seine Mitglieder könnten das Schadensrisiko nicht in gleicher Weise beeinflussen wie die Vorstandsmitglieder als Handelnde das eigene Haftungsrisiko.⁶⁵⁸ Da bei den Kapitalgesellschaften und der Genossenschaft die Haftung auf das Vermögen der juristischen Person beschränkt sei, gehe jede Benachteiligung des Haftungsfonds „Körperschaft“ im Endeffekt zulasten ihrer Gläubiger. Diese Wertung soll einem Analogieschluss nach verbreiteter Ansicht im Wege stehen. Ferner wird darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber das Haftungsprivileg für Vereinsvorstände in ausdrücklicher Abgrenzung zum (hauptamtlichen) GmbH-Geschäftsführer begründet habe.⁶⁵⁹ Jedoch dürften beide Argumente zu entkräften sein: Bei der Abgrenzung zum GmbH-Geschäftsführer ging es um eine Beschränkung der Haftung im Außenverhältnis, von deren Umsetzung der Gesetzgeber letztlich Abstand genommen hat.⁶⁶⁰ Die entsprechende Passage in den Gesetzesmaterialien sagt daher nichts über die Haftung im Innenverhältnis. Und die von der Bundesregierung vorgebrachte Kritik hat den Bundestag nicht abgehalten, die Einführung von § 31a BGB – sogar noch unter Erweiterung auf Stiftungsvorstände – zu beschließen.⁶⁶¹ Der Gesetzgeber hat sich die Erwägungen der Bundesregierung also nicht zu eigen gemacht. Gläubigerschutz stellt folglich keinen Wertungsgesichtspunkt dar, der eine Ungleichbehandlung von unentgeltlich tätigen Organmitgliedern in der AG oder der GmbH rechtfertigen könnte.

Es fragt sich daher allein, ob das Gestaltungsprimat des Gesetzgebers einem Analogieschluss entgegensteht. Die Gesetzesbindung, die Gewaltenteilung und das Demokratieprinzip verlangen vom Rechtsanwender eine gewisse Zurückhaltung.⁶⁶² „[R]ichterliche Rechtsfortbildung, die den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, ihren Widerhall nicht im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt wird, [greift] unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers“ ein.⁶⁶³ Warum sollte der Gesetzgeber also

⁶⁵⁶ Siehe *Schöpflin*, Rpfleger 2010, 349, 354; *ders.*, in: BeckOK BGB, § 31a Rn. 3; *Noack*, GmbHR 2010, R 81; für die GmbH etwa *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 256b; für die AG *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 245.

⁶⁵⁷ Siehe Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/10120, S. 10 li. Sp.

⁶⁵⁸ Siehe Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/10120, S. 10 li. Sp.; zustimmend *D. Reuter*, NZG 2009, 1368, 1370; *Burgard*, ZIP 2010, 358, 362.

⁶⁵⁹ Vgl. *Schöpflin*, Rpfleger 2010, 349, 354; *ders.*, in: BeckOK BGB, § 31a Rn. 3 unter Verweis auf Begr. des Gesetzentwurfs des Bundesrates, BT-Drucks. 16/10120, S. 6 li. u. re. Sp.

⁶⁶⁰ Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13537, S. 4 f.; dazu *Burgard*, ZIP 2010, 358, 361; sowie oben S. 103 bei Fußnote 648.

⁶⁶¹ Dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13537, S. 2, 4.

⁶⁶² Vgl. *Rüthers/C. Fischer/Birk*, § 22 Rn. 704 ff. und § 23 Rn. 839 f.

⁶⁶³ Sondervotum in BVerfG, Beschluss vom 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07 = BVerfGE 122, 248, 283 („Rügeverkümmern“) unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05 = BVerfGE 118, 212, 243 („Strafzumessungsfehler“).

nicht frei darüber entscheiden, in welchem Ausmaß und mit welchen Besonderheiten er welche Körperschaften rechtlich ausformen möchte? Das Haftungsprivileg für Vereins- und Stiftungsvorstände wäre so gesehen ein Gestaltungselement unter vielen und man könnte dem Gesetzgeber nicht verwehren, für diese beiden Rechtsinstitute bestimmte Verkehrserwartungen typisierend abzubilden. Wer dagegen die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft wählt, müsste sich demnach mit einer strengeren Haftung im Innenverhältnis abfinden.

Ob eine Regelung, die für einen bestimmten Lebensbereich getroffen wurde, auf Grund des Gleichheitssatzes in einen anderen übernommen werden muss, entscheidet grundsätzlich der Gesetzgeber.⁶⁶⁴ Er ist aber, wie das Bundesverfassungsgericht geurteilt hat, bei „der Bestimmung darüber, welche Sachverhalte als hinreichend ‚gleich‘ anzusehen sind, um sie gleich zu regeln, [...] nicht völlig frei“.⁶⁶⁵ Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz folgt unter den Gesichtspunkten der Systemgerechtigkeit und Folgerichtigkeit das an den Gesetzgeber adressierte Gebot, ein hinreichendes Maß an Wertungskonsistenz durchzuhalten.⁶⁶⁶ Von einigen Autoren wird es sogar als „vielleicht am stärksten prägender Grundgedanke“ in der jüngeren Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG betrachtet.⁶⁶⁷ Allein eine vom Gesetzgeber festgelegte Zugehörigkeit vergleichbarer Fälle zu verschiedenen „Ordnungssystemen“ kann daher für sich genommen die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen.⁶⁶⁸ Die rein formale Einteilung in Vereinsrecht auf der einen und Kapitalgesellschaftsrecht auf der anderen Seite begründet keinen Unterschied von solchem Gewicht und Ausmaß, dass man unentgeltlich tätigen Organmitgliedern der AG die Berufung auf § 31a Abs. 1 Satz 1 BGB versagen könnte.

Solange man sich von der grundlegenden Wertentscheidung des Gesetzgebers, von seinem Regelungsziel der Förderung bürgerschaftlichen Engagements, nicht entfernt, kann man eine vergleichbare Interessenlage daher nicht leugnen. Der Gesetzgeber hielt eine strenge Haftung für

⁶⁶⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 16.6.1959 – 1 BvR 71/57 = BVerfGE 9, 338, 349 („Altersgrenze für Hebammen“); sowie Sondervotum in BVerfG, Urteil vom 22.11.2000 – 1 BvR 2307/94, 1 BvR 1120/95, 1 BvR 1408/95, 1 BvR 2460/95, 1 BvR 2471/95 = BVerfGE 102, 254, 315 („Alteigentümer“): „Die zu ordnenden Lebensverhältnisse gehören damit in beiden Fällen ein und demselben ‚Lebensbereich‘ an. Sie sind deshalb unbeschadet der Freiheit des Gesetzgebers, die für eine Gleich- oder Ungleichbehandlung maßgebenden Lebenssachverhalte im Wesentlichen selbst zu bestimmen [...], im Grundsatz gleich zu behandeln [...]“ (Hervorhebung weggelassen); siehe auch *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu, Art. 3 Rn. 18.

⁶⁶⁵ BVerfG, Beschluss vom 16.6.1959 – 1 BvR 71/57 = BVerfGE 9, 338, 349 („Altersgrenze für Hebammen“).

⁶⁶⁶ Siehe *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Art. 3 Rn. 87.

⁶⁶⁷ *Nußberger*, in: Sachs, Art. 3 Rn. 98.; zustimmend *Kirchhof*, in: Handb. Staatsrecht, § 181 Rn. 209; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Art. 3 Rn. 87; siehe ferner *Drüen*, Festschrift W. Spindler, S. 29, 42 f.; *Petersen*, AÖR 138 (2013), 108, 128 ff.; *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn. 60; kritisch hingegen *Heun*, in: H. Dreier, Art. 3 Rn. 37; *Huster*, in: Berliner Komm. GG, Art. 3 Rn. 111.

⁶⁶⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 8.10.1991 – 1 BvL 50/86 = BVerfGE 84, 348, 363 f. („Lohnsteuerkarte“); siehe ferner BVerfG, Urteil vom 6.3.2002 – 2 BvL 17/99 = BVerfGE 105, 73, 126 („Rentenbesteuerung“); BVerfG, Beschluss vom 21.6.2006 – 2 BvL 2/99 = BVerfGE 116, 164, 180 f. („Gewerbliche Einkünfte“); BVerfG, Beschluss vom 7.11.2006 – 1 BvL 10/02 = BVerfGE 117, 1, 30 („Erbsteuer“); BVerfG, Beschluss vom 15.1.2008 – 1 BvL 2/04 = BVerfGE 120, 1, 29 („Gewerbsteuerfreiheit“); BVerfG, Urteil vom 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08 = BVerfGE 121, 317, 362 f. („Nichtraucherschutzgesetz“); *Nußberger*, in: Sachs, Art. 3 Rn. 101; *Eckhoff*, Festschrift Steiner, S. 118, 120 f.; *Drüen*, Festschrift W. Spindler, S. 29, 43; sowie *Kirchhof*, in: Handb. Staatsrecht, § 181 Rn. 216, 219.

leichteste Fahrlässigkeit für nicht zumutbar, wenn Einzelne fremdnützig in Verbänden tätig werden, die der Befriedigung anderer als rein erwerbswirtschaftlicher Bedürfnisse dienen. Sofern es hingegen um die berufliche Betätigung in erwerbswirtschaftlichen Verbänden geht, ist die Haftungserleichterung zu versagen – auch wenn ihre Voraussetzungen durch geschickte Vergütungsgestaltungen (Konzernsachverhalte, Drittanstellungsverträge) vordergründig erfüllt werden.

Das Ergebnis muss somit differenzierter ausfallen, als bisweilen angenommen.⁶⁶⁹ Sollte in den Kapitalgesellschaften ein Vorstand oder Geschäftsführer unentgeltlich oder für weniger als 720 Euro Jahresgehalt tätig werden, hat man eine analoge Anwendung von § 31a Abs. 1 Satz 1 BGB in Betracht zu ziehen. Dasselbe gilt für die Mitglieder des Aufsichtsrats. Die unentgeltliche Übernahme des Amtes muss sich aber als Ausdruck bürgerschaftlichen Engagements darstellen, das der Förderung gesellschaftlicher Belange im Interesse eines solidarischen Zusammenlebens dient. Typischerweise wird dies bei ehrenamtlichem Engagement im sozialen, kulturellen und sportlichen Bereich der Fall sein, nicht hingegen bei der Verfolgung rein erwerbswirtschaftlicher Zwecke.⁶⁷⁰ Der mit § 31a BGB verbundene Ausschluss einer Haftung für einfache Fahrlässigkeit dürfte dem Rechtsanwender im Verhältnis zu § 34 Abs. 2 Satz 3 GenG mehr Sicherheit bieten, weshalb der grundsätzlich ebenfalls denkbare Analogieschluss zu dieser Vorschrift hier zurückgestellt wird.

III. Haftung für fremdes Verschulden

Im ersten Kapitel wurde in den beiden Abschnitten über die Legalitätskontrollpflicht und Compliance bzw. über die Compliance und das Verschulden darauf hingewiesen, dass das richtige Verständnis der Vorstandspflichten bei Delegation auch für die Frage nach der Verschuldenszurechnung Bedeutung hat.⁶⁷¹ Die herrschende Lehre begegnet einer Zurechnung des Verschuldens von Vorstandskollegen und Angestellten der AG bei der Haftung gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG demgegenüber mit Zurückhaltung. § 278 BGB sei bei der Organhaftung nicht anwendbar. Darüber hinaus soll – wiewohl es sich hierbei gerade nicht um eine Haftung für fremdes Verschulden handelt – auch eine Haftung gemäß § 831 Abs. 1 Satz 1 bzw. Abs. 2 BGB bei Vorstandsmitgliedern nicht in Betracht kommen.⁶⁷² Der mit § 831 BGB zusammenhängende Fragenkreis wird

⁶⁶⁹ Zu weitgehend wohl *Piper*, WM 2011, 2211, 2214, 2216.

⁶⁷⁰ Ähnlich *Griep*, Sozialrecht aktuell 2010, 161, 165, der § 31a BGB „auf alle anderen im Gemeinwohlinteresse gegründeten gemeinnützig anerkannten Rechtsformen erstrecken“ will; Zweifel an der überwiegenden Lehrmeinung äußert auch *Bachmann*, NZG, 2013, 1121, 1127.

⁶⁷¹ Siehe oben S. 28 bei Fußnote 169 und S. 75 bei Fußnote 487.

⁶⁷² Siehe zur GmbH RG, Urteil vom 18.10.1917 – Rep. VI. 143/17 = RGZ 91, 72, 75 („Fredericiastraße 14“); BGH, Urteil vom 14.5.1974 – VI ZR 8/73 = NJW 1974, 1371 f.; BGH, Urteil vom 5.12.1989 – VI ZR 335/88 = BGHZ 109, 297, 304 („Baustoff“); BGH, Urteil vom 13.4.1994 – II ZR 16/93 = BGHZ 125, 366, 375; aus der Kommentarliteratur etwa *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 384, 391; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 182; *G. Wagner*, in: Münchener Komm. BGB, § 831 Rn. 29; monographisch *Rottkemper*, S. 125 ff.; *Kleindiek*, S. 368 ff.; *Rogge*, S. 155 ff.; *Grünwald*, S. 42 ff.; sowie *Holle*, S. 223 ff., 282 ff.; zur entsprechenden Anwendung von § 831 BGB als Zurechnungsnorm im Rahmen von § 254 BGB *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 254 Rn. 49 ff.

im Folgenden außen vor bleiben. Die Verschuldenszurechnung verdient demgegenüber eine eingehende Untersuchung.

1. Meinungsstand in der Rechtsprechung

Aktienrechtliche Judikate zu der Anwendbarkeit von § 278 Satz 1 BGB im Rahmen der Organhaftung existierten, soweit ersichtlich, lange Zeit nicht. Den Bezugspunkt für die wissenschaftliche Diskussion bildete daher ein GmbH-rechtliches Urteil des Bundesgerichtshofs, das die Einschaltung eines gemischt gesamtvertretungsberechtigten Prokuristen zum Gegenstand hatte.⁶⁷³ Während die Kommentare zu dieser Entscheidung aus dem Jahr 1954 in der Mehrheit stets ablehnend ausfielen, so dass manchen Autoren die Befassung mit dem Urteil schon gar nicht mehr als erforderlich erschien,⁶⁷⁴ hat der Bundesgerichtshof die Entscheidung im Jahr 2011 ohne weiteres als Präjudiz herangezogen.

In seinem „ISION“-Urteil hat der II. Zivilsenat eindeutig klargestellt, dass die Zurechnung fremden Verschuldens grundsätzlich in Frage kommt, sofern nur das Vorstandsmitglied eine Hilfsperson in die Erfüllung eigener Verbindlichkeiten einschaltet.⁶⁷⁵ Wenn ein Vorstand im Namen der Gesellschaft Dritte einschaltet, so der Senat, bediene er sich dieser jedoch „regelmäßig nicht zur Erfüllung eigener Verbindlichkeiten, vielmehr sollen diese im Pflichtenkreis der Gesellschaft tätig werden.“⁶⁷⁶ Danach gilt es zwei Dinge festzuhalten: Zum einen spielt § 278 Satz 1 BGB auch bei der Organhaftung eine Rolle. Zum anderen muss geklärt werden, welche Verbindlichkeiten eigene Verbindlichkeiten des Vorstands gegenüber der Aktiengesellschaft darstellen.

In seiner früheren Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof dagegen nicht nur die grundsätzliche Anwendbarkeit von § 278 Satz 1 BGB auf die Geschäftsführerhaftung bejaht und dann die Zurechnung im konkreten Fall verneint, wie er es im „ISION“-Fall getan hat. Teilweise hatte er die Verschuldenszurechnung im Jahr 1954 auch konkret bejaht.

Der Leitsatz der Entscheidung lautet: „[...] Entsteht bei dem Abschluß eines unter [...] Mitwirkung [des Prokuristen] zustande gekommenen Geschäfts ein Schaden, so haftet der Geschäftsführer, den der Prokurist ersetzt hat, nicht nach § 278 BGB. Diese Vorschrift ist dagegen anwendbar, soweit sich ein Geschäftsführer eines mit zur Gesamtvertretung zugelassenen Prokuristen

⁶⁷³ Siehe BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61 ff. („Prokurist“).

⁶⁷⁴ So noch immer *U. Schmidt*, in: Heidel, § 93 AktG Rn. 107 f.; *Link*, in: Wachter, § 93 Rn. 69; *Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 35; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, § 93 AktG Rn. 33; *Schmidt-Husson*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, § 6 Rn. 11; *Bürgers*, in: Bürgers/Körber/Lieder, § 93 Rn. 21c.

⁶⁷⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 17 („ISION“) unter Verweis auf BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 66 („Prokurist“); zu Unrecht abweichend *Hieronimi*, S. 156, demzufolge der Bundesgerichtshof in der „ISION“-Entscheidung deutlich gemacht habe, dass er eine Zurechnung des Verschuldens externer Berater grundsätzlich ablehne.

⁶⁷⁶ BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 17 („ISION“); vgl. auch BFH, Urteil vom 30.8.1994 – VII R 101/92 = BFHE 175, 509, 514 f.

zur Erfüllung eigener Pflichten, etwa der Überwachung, bedient.“⁶⁷⁷ Der Konkursverwalter der Gesellschaft hatte dem beklagten Geschäftsführer u.a. vorgeworfen, dass ein weiterer Geschäftsführer zusammen mit dem Prokuristen der Gesellschaft Bauaufträge erteilt habe. Die Aufträge seien angesichts der finanziellen Lage der Gesellschaft nicht zu verantworten gewesen. Sie hätten der GmbH in erheblichem Umfang liquide Mittel entzogen und wesentlich zu dem Zusammenbruch des Unternehmens beigetragen. Da der Prokurist als Vertrauensmann des Beklagten tätig geworden sei und die Aufgabe gehabt habe, den Beklagten als Geschäftsführer zu vertreten, hafte der Beklagte für dessen Verhalten. Ein weiterer Vorwurf lautete, dass der andere Geschäftsführer der GmbH gemeinsam mit seiner Ehefrau in unzulässiger Weise Gelder entnommen habe. Auch hierfür sei der Beklagte verantwortlich, weil er und der Prokurist die Entnahmen hätten verhindern oder die rechtzeitige Rückzahlung hätten herbeiführen müssen.⁶⁷⁸ Gesellschafter der GmbH waren der Beklagte, der zweite Geschäftsführer sowie dessen Ehefrau. Es bestand Gesamtvertretung in der Art, dass die Gesellschaft entweder durch die beiden Geschäftsführer gemeinschaftlich oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten wurde. Der Beklagte hatte sich gegenüber dem Mitgeschäftsführer verpflichtet, von seinem Recht, die Gesellschaft gemeinsam mit dem Prokuristen zu vertreten, keinen Gebrauch zu machen, solange es sich um einen von ihm benannten Prokuristen handelte.⁶⁷⁹ Gegenüber der Gesellschaft hatte der Beklagte zudem erklärt, dass der bestellte Prokurist sein Vertreter bei der Wahrnehmung der Geschäftsführeraufgaben sei und dass er sich mit dessen Handlungen in jedem Falle einverstanden erkläre.⁶⁸⁰

Soweit der Bundesgerichtshof die Verschuldenszurechnung verneinte, stellte er im „Prokuristen“-Urteil anders als später in „ISION“ nicht auf die eigenen Verbindlichkeiten des Vorstands ab. Den argumentativen Ausgangspunkt des Senats bildete vielmehr die Stellung des potentiellen Erfüllungsgehilfen: Der zur gesetzlichen Vertretung der Gesellschaft mit herangezogene Prokurist habe keine fremde Pflicht zu erfüllen, sondern eine eigene.⁶⁸¹ Da der Prokurist, der in Gemeinschaft mit einem Geschäftsführer zu der Vertretung der GmbH befugt sei, die Gesellschaft

⁶⁷⁷ BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61 Leitsatz („Prokurist“); anders für die Haftung des GmbH-Gesellschafters dagegen BGH, Urteil vom 7.11.1994 – II ZR 270/93 = BGHZ 127, 336, 347: § 278 BGB ist nicht anwendbar; für die Vertreterhaftung gemäß § 69 AO auch BFH, Urteil vom 30.8.1994 – VII R 101/92 = BFHE 175, 509, 510 ff. Aus der letztgenannten Entscheidung lässt sich m.E. kein Argument herleiten, das gegen eine Anwendung von § 278 Satz 1 BGB auf die Binnenhaftung des Vorstands spricht. Der BFH begründet die Beschränkung der Vertreterhaftung auf eigenes Verschulden damit, dass der Vertreter subsidiär für eine fremde Schuld eintreten muss (a.a.O., S. 512). Der Vertreter hafte zusätzlich zum Steuerpflichtigen. Der Steuergläubiger könne sich denjenigen, der das Steuerschuldverhältnis durch sein Handeln als Vertreter begründet, nicht aussuchen (ebd.). Bei der Haftung gegenüber der AG nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG handelt es sich dagegen um eine originäre Schuld des Vorstands, für die er nicht nur subsidiär einzustehen hat.

⁶⁷⁸ Siehe BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 62 („Prokurist“).

⁶⁷⁹ Siehe BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61 („Prokurist“).

⁶⁸⁰ Siehe BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 65 („Prokurist“), sowie Jurion Tz. 8 (insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 13, 61 ff.).

⁶⁸¹ Siehe BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 65 („Prokurist“) unter Verweis auf W. Schmidt, in: Großkomm. AktG (1. Aufl. 1939), § 71 Anm. 8.

vertrete „und nicht die anderen gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer“⁶⁸², sei er auch nicht der Erfüllungsgehilfe derjenigen Organmitglieder, die er bei der Vertretung der Gesellschaft ersetze.⁶⁸³ Der gemischt gesamtvertretungsberechtigte Prokurist besitzt, wie der Senat später ausdrücklich bekräftigt hat, im Verhältnis zur Gesellschaft „ein echtes“ und das soll heißen ein eigenes „Vertretungsrecht“.⁶⁸⁴

Soweit der Bundesgerichtshof die Verschuldenszurechnung in der Entscheidung aus dem Jahr 1954 dagegen bejahte, nahm er an, dass eine Haftung für Erfüllungsgehilfen in Betracht komme, wo sich der beklagte Organwahrer „vertreten lassen konnte oder eine eigene Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft zu erfüllen hatte.“⁶⁸⁵ Wenn sich ein Geschäftsleiter bei der Überwachung von anderen Organmitgliedern einer Hilfsperson bediene, sei § 278 Satz 1 BGB anwendbar.⁶⁸⁶

2. Meinungsstand im Schrifttum

Das Schrifttum folgt dem Bundesgerichtshof nur insoweit, als er die Verschuldenszurechnung verneint hat.⁶⁸⁷ Ein Verschuldensvorwurf kann dem in Anspruch genommenen Vorstandsmitglied nach überwiegender Auffassung allein für seine eigene Acht- und Sorglosigkeit gemacht werden. Zwischen Vorstandskollegen soll die Anwendung von § 278 BGB ausscheiden⁶⁸⁸ und zwar auch in einem Fall der Untervertretung gemäß § 78 Abs. 4 Satz 1 AktG. Ein Vorstandsmitglied werde nicht als rechtsgeschäftlicher Vertreter seiner Kollegen tätig, sondern als eigenständiger organschaftlicher Vertreter der Gesellschaft.⁶⁸⁹ Ebenso wenig haben die Vorstandsmitglie-

⁶⁸² BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 64 („Prokurist“); siehe auch schon RG, Beschluss vom 22.12.1931 – II B 30/31 = RGZ 134, 303, 305 ff. zur AG.

⁶⁸³ BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 65 („Prokurist“).

⁶⁸⁴ BGH, Beschluss vom 14.2.1974 – II ZB 6/73 = BGHZ 62, 166, 171; BGH, Beschluss vom 6.11.1986 – V ZB 8/86 = BGHZ 99, 76, 78, jeweils zur GmbH.

⁶⁸⁵ BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 66 („Prokurist“).

⁶⁸⁶ So BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 66 („Prokurist“).

⁶⁸⁷ Vgl. bereits *Mertens*, in: Kölner Komm. AktG (1. Aufl. 1970/1971), § 93 Rn. 11; heute *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 48; *Koch*, § 93 Rn. 85; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 391 unter irreführendem Verweis auf BGH, Beschluss vom 14.2.1974 – II ZB 6/73 = BGHZ 62, 166, 171 f.; *Fleischer AG* 2003, 291, 292; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 132; *Hölters*, in: Hölters/Weber, § 93 Rn. 219 f. mit Fn. 572; aus dem monographischen Schrifttum etwa *Veil*, S. 87 f.; *Wettich*, S. 231; *Geiser*, S. 84; *Scholl*, S. 248 Rn. 97; zustimmend hingegen *v. Godin/Wilhelmi*, § 93 Anm. 6; *Fleck*, GmbHR 1974, 224, 225; *Schönbrod*, S. 188; *Landwehrmann*, in: Heidel (3. Aufl. 2011), § 93 AktG Rn. 109 allerdings mit nicht zutreffendem Verweis auf *Hefermehl*, in: Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93 Rn. 31.

⁶⁸⁸ Dazu etwa *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 384, 391; *Fleischer*, NZG 2003, 449, 453; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 48; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 182.

⁶⁸⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 6.3.1975 – II ZR 80/73 = BGHZ 64, 72, 75 zur KG: „[Die] organschaftliche Gesamtvertretungsmacht erstarkt durch eine Ermächtigung nach § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB (oder § 78 Abs. 4 AktG) für den darin bestimmten Geschäftsbereich zur Alleinvertretungsmacht [...]“; im Einzelnen *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 78 Rn. 58; *Habersack*, in: Großkomm. AktG, § 78 Rn. 71 f.; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 78 Rn. 35; anders wohl *G. C. Schwarz*, ZGR 2001, 744, 773; *ders.*, NZG 2001, 529, 537: „[D]as ermächtigte Vorstandsmitglied [gibt] eine (einzige) Willenserklärung namens der AG ab, und zwar für sich und auf Grund der Ermächtigung für die anderen ihn ermächtigenden Gesamtvertreter. Auf Grund der Gesamtver-

der nach herrschender Auffassung ein Verschulden der Angestellten und Arbeitnehmer der Gesellschaft zu vertreten. Wenn der Vorstand Mitarbeitern Aufgaben übertrage – und sei es die Vorbereitung oder Ausführung von Leitungsentscheidungen⁶⁹⁰ –, handelten diese im „Pflichtenkreis der Gesellschaft“⁶⁹¹. Manche Autoren, die dem „Prokuristen“-Urteil Rechnung tragen, wollen § 278 BGB dagegen zur Anwendung bringen, wenn es sich um Pflichten handelt, die das Vorstandsmitglied nicht persönlich wahrzunehmen habe,⁶⁹² oder bei Pflichten, die nicht zu seinen Geschäftsführungsaufgaben gehören.⁶⁹³ Vereinzelt wird auch vertreten, dass die Verschuldenszurechnung bei der Hinzuziehung eines Prokuristen zur Erfüllung eigener organschaftlicher Pflichten in Frage komme.⁶⁹⁴ Insgesamt ist festzustellen, dass das Schrifttum die Frage der Verschuldenszurechnung nur an der Oberfläche diskutiert. Eine erfreuliche Ausnahme bildet insofern die Dissertation von Johannes Hieronymi, der sich mit § 278 S. 1 BGB eingehend auseinandergesetzt hat. Hieronymi weist zutreffend darauf hin, dass die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit von der konkreten Anwendung zu unterscheiden ist.⁶⁹⁵

3. Stellungnahme

a) Eigene Verbindlichkeiten des Erfüllungsgehilfen

Das „Prokuristen“-Urteil wirft, soweit es die Stellung des potentiellen Erfüllungsgehilfen zum Ausgangspunkt nimmt, verschiedene Fragen auf. Unter allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorzeichen spielt es nämlich keine Rolle, ob und in welchen eigenen rechtlichen Beziehungen ein Er-

treterermächtigung wird das Vorstandsmitglied ermächtigt, die organschaftliche Vertretungsbefugnis des ihn ermächtigenden gesamtvertretungsberechtigten Vorstandsmitglieds im eigenen Namen auszuüben. Die Gesamtvertretung bleibt dabei bestehen. Das ermächtigte Vorstandsmitglied handelt als Gesamtvertreter und vereint die erforderliche Gesamtvertretungsmacht zur Vertretung der Gesellschaft in sich. Die organschaftliche Vertretungsmacht des ermächtigten Vorstandsmitgliedes erstarkt indessen nicht zur Alleinvertretungsmacht.“

⁶⁸⁹ Vgl. schon *Mertens*, in: Kölner Komm. AktG (1. Aufl. 1970/1971), § 93 Rn. 11; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 48; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 384; sowie zu § 241 Abs. 1 HGB a.F. *Rudolf Fischer*, in: Ehrenberg, § 42 II 1, S. 231 in Fn. 13; zu § 84 AktG 1937 *Schlegelberger/Quassowski*, § 84 Rn. 9; *Weipert*, in: Großkomm. AktG (1. Aufl. 1939), § 84 Anm. 21; v. *Godin/Wilhelmi* (2. Aufl. 1950), § 84 Anm. 4; sowie *R. Teichmann/Koehler*, § 84 Nr. 2 d, S. 186.

⁶⁹⁰ Dazu eingehend *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 20, 74.

⁶⁹¹ *Hopt*, in: Großkomm. AktG (4. Aufl. 1999), § 93 Rn. 55 vor Fn. 135.

⁶⁹² So *Hefermehl*, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93 Rn. 31; heute *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 202.

⁶⁹³ So *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 385; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 48; zustimmend *Kaulich*, S. 90 f.

⁶⁹⁴ Siehe *Landwehrmann*, in: Heidel (3. Aufl. 2011), § 93 AktG Rn. 109; ebenso wohl *Schönbrod*, S. 187 f.: „[§ 278 BGB] muss jedoch gelten, wenn der Vorstand die Verantwortung für die laufende Geschäftsführung ganzer Unternehmensteile in die Hände leitender Angestellter legt. Hier werden von den Spartenleitern komplexe Führungsaufgaben wahrgenommen, die wesensmäßig solche des Vorstandes bzw. seiner Mitglieder sind, von diesen aber zulässigerweise an leitende Angestellte delegiert werden können.“

⁶⁹⁵ Siehe *Hieronymi*, S. 156 ff.

füllungsgehilfe zum Gläubiger steht.⁶⁹⁶ Im Rahmen von § 278 BGB kommt es allein darauf an, ob der Gehilfe mit dem tatsächlichen Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeiten als Hilfsperson tätig wird.⁶⁹⁷ Darüber hinaus leuchtet es auch nicht unmittelbar ein, was die Vertretungsmacht des Prokuristen über dessen Pflichten bzw. über die Pflichten der Geschäftsleiter aussagen soll.⁶⁹⁸ Bei der Vertretungsmacht geht es um ein Können, bei den Pflichten um ein Müssen. Dem Bundesgerichtshof zufolge hat der Prokurist „ein echtes Vertretungsrecht“ in Bezug auf die Gesellschaft.⁶⁹⁹ Seine Pflicht soll dagegen darin bestehen, den Geschäftsführer zu ersetzen. Gleichwohl soll der Prokurist nicht als Erfüllungsgehilfe des Geschäftsführers gelten, da er nicht dessen Stellvertreter, sondern Stellvertreter der Gesellschaft sei.

Bei näherem Hinsehen lassen sich dieses Spannungsverhältnis aber befriedigend auflösen, wenn man bedenkt, dass der Schuldnerpflicht des Vorstands i.S.v. § 278 Satz 1 BGB durch die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung eine zwingende Grenze gesetzt wird. Mag eine Geschäftsverteilung gemäß § 77 Abs. 1 Satz 2 AktG den einzelnen Vorständen auch nicht die Flucht aus der Gesamtverantwortung erlauben, so führt sie doch zu einer Modifizierung des Pflichtenprogramms: Den zuständigen Organwahrer trifft die uneingeschränkte Verantwortung für sein eigenes Ressort, die übrigen trifft jeweils nur die Pflicht zu einer aufmerksamen Begleitung und Kontrolle der fremden Ressorts.⁷⁰⁰ Es kommt mit anderen Worten weniger auf die eigene organschaftliche Stellung des handelnden Vorstandskollegen an, das heißt auf die Verbindlichkeiten des potentiellen Erfüllungsgehilfen, als vielmehr auf den eingeschränkten Pflichtenkreis des beklagten Vorstandsmitglieds.⁷⁰¹ Wo dessen Pflichten enden, endet auch die Möglichkeit der Verschuldenszurechnung.⁷⁰² Sofern es nicht um horizontale, sondern um vertikale Arbeitsteilung, also um das Verhältnis zu Angestellten geht, verhält es sich ganz ähnlich. Der Vorstand hat – als Personifika-

⁶⁹⁶ Siehe BGH, Urteil vom 21.4.1954 – VI ZR 55/53 = BGHZ 13, 111, 113: „Ob jemand als Erfüllungsgehilfe eines anderen anzusehen ist, bestimmt sich nicht danach, in welchen rechtlichen Beziehungen er zu ihm oder zu dessen Gläubiger steht [...]“; sowie BGH, Urteil vom 27.3.1968 – VIII ZR 10/66 = BGHZ 50, 32, 35; BGH, Urteil vom 9.10.1986 – I ZR 138/84 = BGHZ 98, 330, 333 f. („Unternehmensberatungsgesellschaft I“).

⁶⁹⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 21.4.1954 – VI ZR 55/53 = BGHZ 13, 111, 113; BGH, Urteil vom 27.3.1968 – VIII ZR 10/66 = BGHZ 50, 32, 35; BGH, Urteil vom 8.2.1974 – V ZR 21/72 = BGHZ 62, 119, 124; BGH, Urteil vom 9.10.1986 – I ZR 138/84 = BGHZ 98, 330, 334 („Unternehmensberatungsgesellschaft I“); BGH, Urteil vom 4.3.1987 – IVa ZR 122/85 = BGHZ 100, 117, 122; BGH, Urteil vom 14.11.2002 – III ZR 131/01 = BGHZ 152, 380, 383; BGH, Urteil vom 25.10.2006 – VIII ZR 102/06 = NJW 2007, 428, 430 Tz. 22 („Mieterschutzverein“); für ein früheres Beispiel siehe RG, Urteil vom 30.10.1906 – Rep. III. 89/06 = RGZ 64, 231, 234.

⁶⁹⁸ Siehe oben S. 109 bei Fußnote 681 sowie S. 110 bei Fußnote 682 und Fußnote 683.

⁶⁹⁹ Siehe oben S. 110 bei Fußnote 684; zur Rechtsnatur der Vertretungsmacht statt vieler *Bork*, Rn. 1426: „Die Vertretungsmacht ist *kein subjektives Recht* [...]. Die Verhaltensberechtigung des Vertreters, Rechtsfolgen für den Vertretenen herbeizuführen, folgt nicht aus der Vertretungsmacht, sondern aus dem Innenverhältnis (Auftrag, Dienstvertrag, Gesetz etc.)“ (Hervorhebungen im Original, Fußnoten weggelassen).

⁷⁰⁰ Siehe oben S. 54 bei und nach Fußnote 335 sowie S. 65 bei Fußnote 403.

⁷⁰¹ Zu Unrecht daher *H. Schneider*, GmbHR 1954, 77: Eine Verschuldenszurechnung zwischen Prokurist und Geschäftsführer finde nicht statt. „Dieser Grundsatz, der ebenso für das Recht der AG. Geltung hat, ergibt sich, wie das [Urteil vom 31.3.1954] zutreffend ausführt, aus der Stellung des Prokuristen innerhalb der Gesellschaft.“

⁷⁰² Insoweit wie hier *Sander/St. Schneider*, ZGR 2013, 725, 739 f.

tion des Arbeitgebers⁷⁰³ – im Rahmen zulässiger Delegation selbstredend nicht die gleichen Pflichten wie ein Arbeitnehmer und umgekehrt. Im Zuge der Aufgabendelegation werden die Handlungspflichten des Vorstands zu Überwachungsobliegenheiten, rückt er von der Rolle des Akteurs in die Rolle des Kontrolleurs.⁷⁰⁴ Darin unterscheiden sich die Pflichten der Vorstandsmitglieder von den Pflichten derjenigen, die sie im Namen der Gesellschaft hinzuziehen, und daran scheitert die Verschuldenszurechnung nach § 278 Satz 1 BGB. In welchen eigenen (arbeits- oder dienstvertraglichen) Rechtsbeziehungen Dritte zur Aktiengesellschaft stehen, ist dagegen nachrangig.⁷⁰⁵

Dass der Bundesgerichtshof auf die eigenverantwortliche Vertreterstellung des Prokuristen abstellte, half ihm allerdings über eine Besonderheit des Falles hinweg. Diese bestand in einer Erklärung des beklagten Geschäftsführers, die man auch als eigenständige rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung des Prokuristen hätte auslegen können.⁷⁰⁶ Der II. Zivilsenat erklärte diesen Gesichtspunkt kurzerhand für irrelevant.

b) Eigene Verbindlichkeiten des Vorstands

Im „ISION“-Urteil hat der Bundesgerichtshof dem Wortlaut von § 278 Satz 1 BGB entsprechend die eigenen Verbindlichkeiten des Vorstands⁷⁰⁷ als das maßgebliche Kriterium bezeichnet. Wenn

⁷⁰³ Vgl. *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 76 Rn. 193: „Arbeitgeberfunktion“; ebenso *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 11, § 93 Rn. 131; ferner *Prassl*, S. 117 ff.

⁷⁰⁴ Dazu unten S. 175 bei Fußnote 1076.

⁷⁰⁵ Entgegen *Sander/St. Schneider*, ZGR 2013, 725, 739, kommt es nicht darauf an, ob es sich um interne oder externe Ratgeber handelt. Der II. Zivilsenat hatte im „Prokuristen“-Urteil (BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61 ff.) noch keine Veranlassung, sich mit der oben S. 112 in Fußnote 696 und 697 genannten Rechtsprechung auseinanderzusetzen. Das erste Urteil dieser langen und nunmehr gefestigten Entscheidungsreihe stammt vom VI. Zivilsenat und datiert vom 21.4.1954. Die dort in Bezug genommenen Urteile des Reichsgerichts betreffen die hier interessierende Frage nicht. Sie behandeln die rechtliche Beziehung des Erfüllungsgehilfen zum Schuldner (vgl. RG, Urteil vom 17.4.1920 – I 238/19 = RGZ 98, 327, 328; RG, Urteil vom 4.3.1930 – VII 397/29 = RGZ 127, 313, 314 f.) bzw. des Schuldners zum Gläubiger (vgl. RG, Urteil vom 9.5.1939 – VIII 251/38 = RGZ 160, 310, 310, 316), nicht aber die Beziehung des Erfüllungsgehilfen zum Gläubiger (vgl. BGH, Urteil vom 21.4.1954 – VI ZR 55/53 = BGHZ 13, 111, 113).

⁷⁰⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 65 f. („Prokurist“): „Die Erklärung des Beklagten, [der Prokurist] sei sein Vertreter, er sei mit dessen Handlungen in jedem Fall einverstanden, konnte das Verhältnis und die Stellung des [Prokuristen] zum Beklagten nicht in rechtlich unmöglicher Weise kennzeichnen. Sie kann [den Prokuristen] nur da als Erfüllungsgehilfen des Beklagten erscheinen lassen, wo er dies sein konnte, und nicht da, wo er nur unter eigener Verantwortung handeln und vom Beklagten gar nicht als Erfüllungsgehilfe verwendet, sondern nur von einer Inanspruchnahme freigestellt werden konnte. Sie hatte nur da Bedeutung, wo sich der Beklagte vertreten lassen konnte oder eine eigene Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft zu erfüllen hatte.“

⁷⁰⁷ Gemeint sind jeweils die einzelnen beklagten Organmitglieder. Verbandsorganen wie dem Vorstand fehlt die eigene Rechtsfähigkeit; siehe BGH, Urteil vom 17.5.1993 – II ZR 89/92 = BGHZ 122, 342, 345 („Hamburg Mannheimer“). Daher können Berater vom Vorstand auch nur für die Gesellschaft beauftragt werden oder aber von den einzelnen Vorstandsmitgliedern privat. Nicht ganz zutreffend daher *Chab*, AnwBl 2013, 228, 229, der externen Rechtsberatern empfiehlt, genau zu klären, ob sie als Auftragnehmer eines Gesellschaftsorgans, einzelner Organmitglieder oder der Gesellschaft tätig werden; ebenso *Freund*, GmbHR 2011, 238, 240: „Selbst wenn § 278 BGB im Einzelfall herangezogen werden könnte, etwa weil tatsächlich nicht die Gesellschaft, sondern das Organ selbst Auftraggeber ist [Fußnote 24] und der Einzelfall die Überlagerung durch § 93 Abs. 1 S. 2 AktG als zweifelhaft erscheinen lässt [Fußnote 25], droht dem Geschäftsleiter Gefahr durch

er eine Verschuldenszurechnung zugleich mit dem Argument ablehnt, dass die Anwälte „im Pflichtenkreis der Gesellschaft“ tätig wurden,⁷⁰⁸ sollte man dies nicht überbewerten.⁷⁰⁹ Damit kommt lediglich zum Ausdruck, dass die Rechtsberater ihre Auskünfte erteilten, um eigene vertraglichen Leistungspflichten gegenüber der Aktiengesellschaft zu erfüllen.⁷¹⁰ Wie im vorangehenden Abschnitt gezeigt wurde, gibt das aber nicht den Ausschlag. Vielmehr kommt es darauf an, dass die Berater andere Leistungspflichten treffen als die Vorstandsmitglieder. Das ist es wohl, was der Bundesgerichtshof in „ISION“ eigentlich sagen will. Der II. Zivilsenat übernimmt mit dem Pflichtenkreis der Gesellschaft eine griffige Formulierung von Klaus J. Hopt,⁷¹¹ den weichenstellenden Rechtssatz bildet er aber unter Verweis auf sein eigenes Präjudiz: „Eine Zurechnung des Verschuldens beauftragter Dritter nach § 278 BGB kommt nur in Frage, wenn das Vorstandsmitglied eine Hilfsperson in die Erfüllung eigener Verbindlichkeiten einschaltet (BGH, Urt. v. 31.3.1954 – II ZR 57/53, BGHZ 13, 61, 65 [...]).“⁷¹²

In der „Prokuristen“-Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof angenommen, dass eine Haftung für Erfüllungsgehilfen in Betracht kommt, wo der beklagte Organwalter sich „vertreten lassen konnte oder eine eigene Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft zu erfüllen hatte.“⁷¹³ Sofern damit Fälle gemeint sind, in denen das Vorstandsmitglied seiner Gesellschaft rechtsgeschäftlich wie ein Dritter gegenübertritt, erscheint das unproblematisch.⁷¹⁴ Allerdings ergibt sich in diesen Fällen eine Haftung des Vorstandsmitglieds regelmäßig nicht aus der Verletzung organschaftlicher Pflichten (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG), sondern aus der Verletzung schuldrechtlicher (Primär-)Leistungspflichten. Sollte durch das Eigengeschäft zugleich die Treuepflicht des Vorstands betroffen sein, gilt für die Einschaltung von Beratern das im ersten Kapitel Gesagte.⁷¹⁵ Die Schwierigkeiten im Umgang mit dem „Prokuristen“-Urteil erwachsen eher aus der Annahme, dass § 278 BGB bei der Überwachungsaufgabe der Geschäftsleitung eine Rolle spiele.⁷¹⁶ Wie der Bundesgerichtshof ausführt, sei es die Aufgabe des Beklagten gewesen, die Tätigkeit seiner Mitgesellschaf-

die Verschuldenszurechnung nur dann, wenn der hinzugezogene Experte seinerseits schuldhaft geurteilt hat [...].“ mit Fn. 24: „Die eigenständige Beauftragung von Beratern erfolgt in der Praxis durchaus nicht selten, speziell in der Krise oder wenn bereits Vorwürfe gegen den Geschäftsleiter erhoben werden.“ und Fn. 25: „Z.B. dann, wenn die unternehmerische Entscheidung praktisch vollständig von der externen Expertise anhängig ist und sich die Perspektive des entscheidenden Organs faktisch auf deren Ergebnisse einengt.“

⁷⁰⁸ Siehe oben S. 108 bei Fußnote 676.

⁷⁰⁹ Insofern wie hier J.-H. Binder, ZGR 2012, 757, 768 f.

⁷¹⁰ Das übersieht Cahn, Der Konzern 2015, 105, 106, der davon ausgeht, dass die Pflichtenkreise von Gesellschaft und Organmitgliedern weitgehend deckungsgleich seien, und der die Formulierung des Bundesgerichtshofs u.a. deswegen ablehnt.

⁷¹¹ Siehe oben S. 111 bei Fußnote 691.

⁷¹² BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 17 („ISION“).

⁷¹³ BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 66 („Prokurist“).

⁷¹⁴ Zutreffend daher Mertens/Cahn, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 48; Hopt/M. Roth, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 385.

⁷¹⁵ Siehe oben S. 10 bei und nach Fußnote 39 sowie S. 13 nach Fußnote 57.

⁷¹⁶ Siehe BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 66 („Prokurist“).

ter zu überwachen, und insoweit habe er sich weitgehend des Prokuristen bedient. Daher habe er auch für dessen Verschulden und nicht nur für sein eigenes Verschulden einzustehen.⁷¹⁷ Diese Annahme ist mit der im ersten Kapitel im Abschnitt über Pflichtverletzung und Delegation dargestellten Rechtsprechung nicht leicht in Einklang zu bringen.⁷¹⁸ Danach entbindet es die Mitglieder der Geschäftsleitung nicht von ihrer Verantwortung für die Belange der Gesellschaft und insbesondere für die Rechtmäßigkeit der Geschäftsführung, wenn sie eine organinterne Zuständigkeitsverteilung vornehmen oder Aufgaben vertikal delegieren. Haftungsrechtlich eintreten müssen sie aber nur dann, wenn sie Kollegen oder Mitarbeiter selbst nicht hinreichend überwacht haben. In der „Prokuristen“-Entscheidung war dem beklagten Geschäftsführer u.a. vorgeworfen worden, dass er und der von ihm benannte Prokurist Untreuehandlungen seiner Mitgesellschafter nicht unterbunden hätten. Es ging also um einen Legalitätspflichtverstoß.⁷¹⁹ Fahrlässigkeit hätte man dem Beklagten nur dann zur Last legen dürfen, wenn er bei der Überwachung der Mitgesellschafter selbst unsorgfältig gehandelt hätte oder wenn greifbare Anhaltspunkte dafür bestanden, dass der Prokurist seiner Aufgabe nicht mit der erforderlichen Sorgfalt nachgekommen war.

Aber handelt es sich bei der organschaftlichen Überwachungsaufgabe nicht gerade um eine eigene Verbindlichkeit des Vorstands? Im Schrifttum wird darauf verwiesen, dass für mangelhafte Organisation oder ungenügende Beaufsichtigung der Angestellten das Vorstandsmitglied schon aus eigenem Verschulden hafte.⁷²⁰ Daran ist richtig, dass in einem mehrköpfigen, arbeitsteilig handelnden Vorstand alle Organmitglieder pflichtwidrig handeln, wenn z.B. die Wahrnehmung einer zwingenden Gesamtzuständigkeit einem einzelnen überantwortet wird,⁷²¹ – also sowohl das handelnde wie auch die passiv verbleibenden Organmitglieder. Bei der unzulässigen Über-

⁷¹⁷ Siehe BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61, 66 („Prokurist“); sowie die Anm. hierzu von *Robert Fischer*, LM Nr. 1 zu § 43 GmbHG: „Etwas anderes ist es, wenn der Prokurist in rechtlich zulässiger Weise Überwachungsaufgaben wahrnimmt, die dem tatsächlich verhinderten Gesellschafter-Geschäftsführer zustehen. In einem solchen Fall wird der Prokurist nicht auf Grund der ihm übertragenen unechten Gesamtvertretungsbefugnis tätig. Ein solches Verhalten beruht daher auch nicht auf der Rechtsstellung, die dem Prokuristen als solchem durch die Gesellschaft eingeräumt ist; hier handelt er daher auch nicht für die Gesellschaft. Er handelt vielmehr für den verhinderten Gesellschafter-Geschäftsführer, er nimmt dessen Pflichten wahr. Hier bedient sich der Gesellschafter-Geschäftsführer im Rechtssinn des Prokuristen zur Erfüllung seiner eigenen Aufgaben gegenüber der Gesellschaft; in diesem Umfang, aber auch nur in diesem Umfang ist der Prokurist daher Erfüllungsgehilfe des Gesellschafter-Geschäftsführers i. S. des § 278 BGB.“

⁷¹⁸ Siehe oben S. 49 nach Fußnote 308 und insbesondere S. 53 nach Fußnote 334.

⁷¹⁹ Dazu oben S. 71 nach Fußnote 453.

⁷²⁰ Siehe *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 48; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 202; *Koch*, § 93 Rn. 85; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 384; *Landwehrmann*, in: Heidel (3. Aufl. 2011), § 93 AktG Rn. 109.

⁷²¹ Zum Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen BGH, Urteil vom 1.3.1993 – II ZR 61/92, II ZR 81/94 = NJW 1994, 2149, 2150; BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 376 ff.; BGH, Urteil vom 9.1.2001 – VI ZR 407/99 = NJW 2001, 969, 971; aus strafrechtlicher Perspektive auch BGH, Urteil vom 30.7.2003 – 5 StR 221/03 = BGHSt 48, 307, 314, jeweils zur GmbH; zu §§ 121 Abs. 2, 124 Abs. 3 Satz 1 AktG BGH, Urteil vom 12.11.2001 – II ZR 225/99 = BGHZ 149, 158, 160 f. („Sachsenmilch III“); allgemein zur Missachtung der aktienrechtlichen Kompetenzverteilung BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 24 ff., insbesondere auch 1223 Tz. 32.

tragung von organschaftlichen Aufgaben auf Subalterne handelt aus dem Blickwinkel des Aktienrechts jedenfalls das Vorstandsmitglied pflichtwidrig.⁷²² Tatsächlich wird man annehmen müssen, dass die Pflichten der Vorstandsmitglieder untereinander ebenso wie die Pflichten der Vorstandsmitglieder und Dritter in den Fällen zulässiger Delegation verschieden sind. Dies liegt, wie im vierten Kapitel dargelegt wird, an der Befugnis des Vorstands, sein Leistungsprogramm selbst zu definieren,⁷²³ und gilt mit Blick auf die organschaftliche Legalitätspflicht auch im Verhältnis zu sog. Compliance-Beauftragten unterhalb der Vorstandsebene. Die Legalitätspflicht verlangt vom Vorstand, die Gesellschaft so zu leiten, dass es zu keinem Gesetzesverstoß kommt. Die Mitarbeiter einer Complianceabteilung haben demgegenüber in der Regel rechtliche Risikofelder zu identifizieren und Bericht zu erstatten, ohne jedoch selbst Abhilfemaßnahmen anordnen zu können.⁷²⁴ Sie treffen somit andere Pflichten als den Vorstand. Für die Anwendung von § 278 BGB besteht folglich nur dann Raum, wenn die Delegation unzulässig ist. Das ist namentlich bei Aufgaben der Fall, die das Aktiengesetz dem Vorstand als Gesamtorgan zuweist und die der Bundesgerichtshof deshalb als Leitungsaufgaben bezeichnet.⁷²⁵ Dass die unzulässige horizontale oder vertikale Delegation für sich genommen bereits Anknüpfungspunkt eines Fahrlässigkeitsvorwurfes ist, spricht meines Erachtens nicht gegen eine Verschuldenszurechnung.⁷²⁶

Irritieren ließe sich der hier aufgestellte Befund zur Anwendbarkeit von § 278 BGB allenfalls durch einen Blick auf die Entstehungsgeschichte dieser Norm. Bei der entsprechenden Vorschrift des Entwurfes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 224) war ausweislich der Motive vorausgesetzt, „daß der Schuldner befugter Weise sich dritter Personen zu der oder bei der Bewirkung der Leistung bedient hat. That er dies im konkreten Falle unbefugt, so liegt schon in der Zuziehung Dritter eine Pflichtverletzung, deren Folgen der Schuldner nach allgemeinen Grundsätzen zu tragen hätte (arg. §§ 589 Satz 2, 616 Satz 2).“⁷²⁷ Schließt der eigene Pflichtenverstoß also doch die Verschuldenszurechnung aus?

⁷²² Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 132; *Koch*, § 93 Rn. 85.

⁷²³ Siehe unten S. 172 nach Fußnote 1055.

⁷²⁴ Siehe *Illing/Ummuß*, CCZ 2009, 1, 4 ff.; *Bürkle*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, § 36 Rn. 34 ff.; zu Unrecht abweichend BGH, Urteil vom 17.7.2009 – 5 StR 394/08 = BGHSt 54, 44, 49 f. Tz. 27 („Berliner Stadtreinigung“); dazu unten S. 175 bei Fußnote 1077.

⁷²⁵ Dazu oben S. 56 bei Fußnote 347, S. 76 bei Fußnote 494 und S. 80 bei Fußnote 509.

⁷²⁶ Wie hier wohl *Mand*, S. 32; für das schweizerische Recht *Kunz*, S. 91 f. und 127 f., der bei unbefugter Delegation für eine analoge Anwendung von Art. 101 OR plädiert; siehe zu den nicht entziehbaren und nicht übertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats in der Schweiz Art. 716a OR; abweichend *Koch*, § 93 Rn. 85: „Unzulässige Aufgabendelegation führt nicht zur Anwendung des § 278 BGB. Sie ist aber als eigene Pflichtverletzung zu würdigen.“ (Hervorhebung weggelassen).

⁷²⁷ Motive, Band 2, S. 30; vor Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuches galt ausweislich der Entwurfsbegründung (a.a.O., S. 29 f.) im überwiegenden Teil des Deutschen Reiches das Folgende: „[E]s sei im konkreten Falle zu prüfen, ob der Schuldner befugt sei, sich dritter Personen bei Bewirkung der Leistung zu bedienen, und, wenn dies bejaht werden müsse, so hafte der Schuldner für das Verschulden der Dritten, vorbehaltlich bestimmter gesetzlicher Ausnahmen [...], nur insofern, als er bei der Auswahl oder Aufsicht oder bei der etwa erforderlichen Instruktion gefehlt habe, während der Schuldner, wenn ihm die Zuziehung oder Zuhilfenahme Dritter nicht erlaubt gewesen, für deren Handlungen unbedingt einstehe. Dies ist [...] überwiegend der Standpunkt des im Deutschen Reiche zur Zeit geltenden bürgerlichen Rechtes, wenn auch mit Modifikationen für einzelne Schuldverhältnisse. Auf dem weit strengeren Standpunkte der regelmäßigen Haftung für die Gehülfen steht das [französische] Recht (code civil Art. 1384). Der [hessische Entwurf] und der [bay-

Ich denke nein. Wenn man die Begründung der Entwurfsvorschrift im Kontext mit den anderen dort angegebenen Vorschriften und den dazugehörigen Begründungen liest, wird klar, dass es dem Gesetzgeber in erster Linie darum ging, den Schuldner bei unbefugter Substitution nicht allein für die Fahrlässigkeit der dritten Person haften zu lassen.⁷²⁸ Diese Zielsetzung verbietet es nicht, den Schuldner – bei unzulässiger Substitution ebenso wie bei der unzulässigen Einschaltung von Gehilfen – zugleich auch für die Fahrlässigkeit der dritten Person haften zu lassen. Im Übrigen dürfte die historische Begründung für die Einführung von § 278 Satz 1 BGB im Zeitablauf verblasst sein und der seither nachgelieferte Begründungsansatz (*qui habet commoda debet ferre onera*) in den hier geschilderten Fällen erst recht gelten.⁷²⁹

In der Unzulässigkeit der Übertragung einer Aufgabe, sei es auf Vorstandskollegen, auf Angestellte oder Dienstnehmer, liegt demnach kein Grund, der gegen die Anwendung von § 278 BGB spricht. Man wird sogar umgekehrt sagen dürfen, dass die Fälle nicht statthafter Delegation die einzige sinnvolle Deutung darstellen, die man den eigenen organschaftlichen Verbindlichkeiten des Vorstands im Rahmen von § 278 Satz 1 BGB geben kann. Schließlich hat sich gezeigt, dass die Pflichtenkreise des beklagten Vorstands und eines vermeintlichen Erfüllungsgehilfen in Fällen statthafter Delegation überschneidungsfrei sind.⁷³⁰

IV. Verschulden und Expertenrat

Bislang wurde dargestellt, inwiefern die Vorstandsmitglieder für eigenes und für fremdes Verschulden haften und welche Rolle Ratgeber dabei spielen. Die Haftung für eigenes Verschulden setzt einen objektiven Sorgfaltsmaßstab voraus. Unkenntnis oder Unerfahrenheit entlasten den Vorstand nicht. Will der Vorstand dem Vorwurf fahrlässigen Handelns entgehen, muss er eigene Defizite durch die Hinzuziehung von Beratern ausgleichen. Fehlberatung führt nicht automatisch zu einer Haftung für fremdes Verschulden. § 278 BGB kommt nur dann zur Anwendung, wenn ein Vorstandsmitglied Hilfspersonen in die Erfüllung eigener Verbindlichkeiten einschaltet. Wie im ersten Kapitel im Abschnitt über Pflichtverletzung und Delegation gezeigt werden konnte, führt die Zuständigkeitsverteilung im Vorstand ebenso wie die Aufgabenübertragung an Arbeitnehmer oder externe Dienstleister der Gesellschaft allerdings zu einer Modifizierung des organschaftlichen Pflichtenprogramms. Bei zulässiger horizontaler Delegation treffen die Vorstandsmitglieder – ungeachtet ihrer Gesamtverantwortung – untereinander verschiedene Pflichten.

rische Entwurf] haben sich im Wesentlichen dem code civil angeschlossen. Die Praxis der deutschen Gerichte hat auf dem Boden des gemeinen Rechtes an der erwähnten Ansicht im Wesentlichen festgehalten [...].“ (Fußnoten weggelassen).

⁷²⁸ Motive, Band 2, S. 534: „Wenn diesfalls [d.h. bei unbefugter Substitution] positiv vorgeschrieben wird, daß der Beauftragte nur für die schuldhaften Handlungen des Substituten aufzukommen habe, so ist dies nicht zu billigen. In der unbefugten Substitution liegt eine (kontraktwidrige) Pflichtverletzung, in Folge deren der Beauftragte dem Auftraggeber jeden Schaden einzustehen hat, von dem feststeht, daß er im Falle der unterbliebenen Substitution nicht eingetreten wäre.“ (Fußnoten weggelassen); ähnlich a.a.O., S. 574 f.

⁷²⁹ Dazu *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Komm. BGB, §§ 276-278 Rn. 82, 101.

⁷³⁰ Nicht zutreffend daher *Landwehrmann*, in: Heidel (3. Aufl. 2011), § 93 AktG Rn. 109; *Schönbrod*, S. 187 f.; *Hefermehl*, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93 Rn. 31; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 202.

Dasselbe gilt bei vertikaler Delegation für das Verhältnis zwischen den Mitgliedern der Geschäftsleitung und denjenigen, die sie im Namen der Gesellschaft intern oder extern beauftragen. Die Mitarbeiter treffen andere Pflichten als den Vorstand. Allein in den Fällen unzulässiger Delegation erscheint eine Verschuldenszurechnung angezeigt. Und zwar unabhängig davon, dass Vorstandsmitglieder dann in der Regel schon aus eigenem Verschulden haften. Bei unzulässiger Delegation gestattet ein Vorstandmitglied anderen die Wahrnehmung eigener Pflichten. Da in den allermeisten Fällen von § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG jedoch die Haftung für eigenes Verschulden im Vordergrund steht, soll im Folgenden untersucht werden, welche Voraussetzungen beim Einholen von Expertenrat im Einzelnen zu erfüllen sind.

1. Meinungsstand in der Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof hat in den letzten fünfzehn Jahren in einer Reihe von Entscheidungen sehr präzise dargelegt, was er von ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleitern beim Umgang mit Beratern erwartet.⁷³¹ Zahlreiche instanzgerichtliche Urteile vermitteln zudem einen guten Eindruck davon, wann Vorstände und Geschäftsführer den Sorgfaltsanforderungen der §§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG und 43 Abs. 1 GmbHG gerecht werden, sofern sie mangels eigener Sachkunde auf Ratgeber zurückgreifen.⁷³² Vornehmlich ging es dabei um Fälle rechtzeitiger Insolvenzantrag-

⁷³¹ Siehe BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 = ZIP 2007, 1265 Leitsatz 2 („Software-Start-up“) zur AG; BGH, Beschluss vom 16.7.2007 – II ZR 226/06 = DStR 2007, 1641, 1642 wiedergegeben von Goette, zur GmbH & Co. KG; BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097 Leitsatz 2, 2099 Tz. 18 („ISION“) zur AG; BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672 Leitsätze 1 und 2, 674 Tz. 22 („Unternehmensberaterin“) zur GmbH; BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220 Leitsatz 2, 1222 f. Tz. 30.

⁷³² Siehe zum Vorstand OLG Hamm, Urteil vom 10.5.1995 – 8 U 59/94 = ZIP 1995, 1263, 1271 („Harpener/Omni“): „Die Beklagten [...] haben auch subjektiv vorwerfbar gehandelt. Davon muß zumindest mangels Exkulpation ausgegangen werden. Der Sorgfaltsmaßstab für die Vorstandsmitglieder ergibt sich aus § 93 Abs. 1 AktG. Auf die mit ihnen abgeschlossenen Anstellungsverträge kommt es nicht an. Für ein nicht vorwerfbares Verhalten lassen sich dem Beklagtenvortrag keine hinreichenden Anhaltspunkte entnehmen. Bei gehöriger Prüfung, notfalls nach Einholung von Rechtsrat, hätten die Beklagten ihre Pflichtlage zutreffend erkennen und dementsprechend handeln können. Das gilt für die unterbliebene Wahrnehmung der Leitungsfunktion. Insoweit waren die Beklagten ohnehin durch ein Schreiben der Rechtsabteilung der Klägerin vom 6. November 1990 belehrt, wie das Landgericht bereits zutreffend hervorgehoben hat. Dies gilt auch für die Einlagenrückgewähr. Der Problemkreis war im allgemeinen bereits in der Stellungnahme des externen anwaltlichen Beraters [...] angesprochen. Dieser Berater ist anschließend auf Verlangen [des Mehrheitsaktionärs] ausgeschaltet worden. Schließlich konnten die Beklagten auch die Notwendigkeit einer Darlehensbesicherung erkennen. Eine solche Notwendigkeit ist jedem kaufmännisch Handelnden geläufig. Was in dieser Hinsicht bei der Klägerin üblich war oder nicht, ist unerheblich. Der Sorgfaltsmaßstab in § 93 Abs. 1 AktG ist ein normativer [...]“; zum Aufsichtsrat LG Stuttgart, Urteil vom 29.10.1999 – 4 KfH O 80/98 = DB 1999, 2462, 2463 („ASS“): „Der Beklagte kann sich auch nicht damit entlasten, daß er meint, er habe sich auf die vom Sachverständigen B. erstatteten Gutachten verlassen dürfen. Das 1989 erstattete Gutachten hat ganz ausdrücklich lediglich den Zweck der Vermögensfeststellung. Der Beklagte kann der Kammer nicht weiß machen, daß er nicht wisse, was dies bedeute.“; zum GmbH-Geschäftsführer OLG Stuttgart, Urteil vom 28.10.1997 – 12 U 83/97 = NZG 1998, 232 f.: Die beklagten Geschäftsführer durften die Aufklärung durch ihren Steuerberater für sachgerecht und ausreichend halten und verletzten ihre Insolvenzantragspflicht deswegen nicht schuldhaft. Hätten sie einen Anwalt befragt, hätten sie auch nicht mehr rechtzeitig innerhalb der dreiwöchigen Frist einen Insolvenzantrag stellen können – es fehle mithin jedenfalls an der Kausalität. Ebenso OLG Naumburg, Urteil vom 20.8.2003 – 5 U 67/03 = GmbHR 2004, 361, 363: „[Der Beklagte] hat sich zwar sachverständigen Rates bedient. Die sachverständige Beratung könnte ihn jedoch nur dann entlasten, wenn ersichtlich wäre, dass sie alle im Zusammenhang mit der Frage der Insolvenzreife zusammenhängenden wesentlichen Fragen abdeckte, insbesondere also auch die Möglichkeit der Überschuldung und das Er-

stellung sowie um Fälle der Kapitalaufbringung und -erhaltung, vereinzelt stand auch die Kompetenzabgrenzung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat im Mittelpunkt. Die Berufung auf Expertenrat ist beileibe kein neues Argument. In der Judikatur findet man etliche Belege dafür, wie Organwalter versucht haben, unter Berufung auf vermeintlich fehlendes Verschulden einer Haftung zu entgehen.⁷³³ Bereits das Reichsgericht hat die Notwendigkeit, sich fachkundig beraten zu lassen, mehrfach thematisiert.⁷³⁴ Neu ist an der Rechtsprechungsentwicklung der letzten Jahre je-

fordernis einer Fortführungsprognose und deren Grundlagen ermittelte. Das Ergebnis der vom Beklagten in Anspruch genommenen Beratung war aber offensichtlich nicht zur Beurteilung der Insolvenzzureife der Gesellschaft geeignet, weil nicht zwischen Liquiditäts- und Vermögensstatus unterschieden wurde. Auch beschränkte sich die Beratung [...] auf die Frage der Zahlungsfähigkeit für einen Zeitraum von wenigen Wochen und erstreckte sich gerade nicht auf eine Prüfung der Überschuldung i.S.d. § 19 Abs. 2 InsO. Schließlich ist nicht ersichtlich, dass der Beklagte sich auch in rechtlicher Hinsicht beraten ließ, ob die Feststellung der – gerade noch – bestehenden Zahlungsfähigkeit ausreichend war, um die Insolvenzantragspflicht zu verneinen.“; und OLG Brandenburg, Urteil vom 18.7.2007 – 7 U 205/06 = juris Tz. 43; zum Aufsichtsrat OLG Stuttgart, Urteil vom 29.2.2012 – 20 U 3/11 = ZIP 2012, 625, 628 f. („Ferdinand Piëch“): „War P. nicht in der Lage, den Sachverhalt eigenständig zu erfassen oder zu beurteilen, musste er entweder – ggf. durch Berichtsanforderung nach § 90 Abs. 3 Satz 2 AktG – weitere Sachverhaltsinformationen vom Vorstand einholen oder sich die für eine Beurteilung notwendigen Kenntnisse verschaffen, notfalls durch Hinwirken auf die Hinzuziehung externer Berater durch das Gesamtorgan nach § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG. [...] Auch der Einwand der Beklagten, der Aufsichtsrat sei vom Vorstand ausreichend mit Informationen über die Derivatgeschäfte versorgt worden bzw. die Prüfungen durch KPMG im Frühjahr 2009 hätten keine Beanstandungen ergeben, dringt nicht durch. Dies steht zu einem Erfassungs- bzw. Beurteilungsfehler von P. nicht in Widerspruch. Das der Annahme eines solchen Fehlers zugrunde liegende Unvermögen der eigenständigen Abschätzung der Risiken der Derivatgeschäfte, welches in der Äußerung, P. habe sich über die Risiken keine Klarheit verschaffen können, zum Ausdruck kommt, kann viele Ursachen haben. Trotz objektiv ausreichender Informationsversorgung durch den Vorstand kann einem Aufsichtsratsmitglied die gebotene eigenständige Risikoabschätzung unmöglich sein, wenn es entweder nicht über den nötigen Sachverstand verfügt oder wenn die Risiken objektiv unabschätzbar sind. Umgekehrt befreit die unvollständige Information durch den Vorstand ein Aufsichtsratsmitglied nicht von seiner Verantwortlichkeit [...]“; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 6.11.2012 – II ZR 111/12 = ZIP 2012, 2438, 2439 („Ferdinand Piëch“). Siehe ferner die unten S. 125 nach Fußnote 764 ausführlich besprochenen Entscheidungen.

⁷³³ Siehe BGH, Urteil vom 14.2.1985 – IX ZR 145/83 = ZIP 1985, 529, 537 („Innungskrankenkasse“): Der Geschäftsführer eines Sozialversicherungsträgers verletzt seine Pflichten schuldhaft, wenn er vor Abschluss eines Vertrages keinen Rechtsrat einholt und nicht selbst die erforderlichen Rechtskenntnisse besitzt, die der Abschluss eines größeren Datenverarbeitungsprojekts erfordert (insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 94, 18 ff.); sowie BGH, Urteil vom 10.5.1993 – II ZR 74/92 = BGHZ 122, 333, 340: „[O]b die Beklagten darüber hinaus [...] vorsätzlich gehandelt haben, spielt für die Entscheidung keine Rolle. Auf die angebliche Auskunft des Steuerberaters und Wirtschaftsprüfers Dr. N. [...], die Forderung der I. sei verjährt, durfte die Beklagte zu 2 sich nicht verlassen. Nach der insoweit nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts war der Anspruch der I. aus den Geschäftspapieren der Gemeinschuldnerin ohne weiteres als erst in den Jahren 1982/83 begründete Darlehensforderung erkennbar.“; BGH, Urteil vom 6.6.1994 – II ZR 292/91 = BGHZ 126, 181, 199 („Neugläubigerschaden“) unter Verweis auf *Lutter*, DB 1994, 129, 135: „[Risiken beim Geschäftsführer] sind *nur über das subjektive Element* des § 823 BGB steuerbar. Der Geschäftsführer muß sich daher in der Krise von seinem Wirtschaftsprüfer, Anwalt oder Steuerberater sorgfältig beraten lassen, um eine persönliche Haftung zu vermeiden. Solange er als ein ordentlicher Geschäftsleiter die Insolvenzlage nicht erkennen konnte, haftet er nicht.“ (Hervorhebungen im Original); BGH, Urteil vom 20.2.1995 – II ZR 9/94 = ZIP 1995, 560, 561; BGH, Urteil vom 19.6.2012 – II ZR 243/11 = ZIP 2012, 1557, 1558 Tz. 11; BGH, Urteil vom 7.3.2013 – IX ZR 64/12 = ZIP 2013, 829, 832 Tz. 21, jeweils zur GmbH.

⁷³⁴ Siehe z.B. RG, Entscheidung vom 27.5.1913 – II 77/13 = Recht 1913, Nr. 2051: „Die Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft handeln nicht fahrlässig, wenn sie im Zweifel, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt, auf rechtskundigen Rat den Konkurs anmelden. Daß die Beklagten vom subjektiven Verschulden freizusprechen seien, ist rechtlich nicht zu beanstanden. [...] Ihr juristischer Berater hatte ihnen unter Hinweis auf ihre strafrechtliche Verantwortung zum Konkursantrage geraten. Das Amtsgericht, dem sie nichts wesentlich Unrichtiges gesagt und nichts verschleiert haben, nahm Zahlungseinstellung an und eröffnete den Konkurs. [...]

doch, dass sie im Kapitalgesellschaftsrecht erstmals zu einer leitsatzförmigen Verdichtung der zugrundeliegenden Wertungen geführt hat.

a) *Bundesgerichtshof*

aa) *Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 („ISION“)*

Als Wegmarke gilt das „ISION“-Urteil aus dem Jahr 2011. Darin schließt der II. Zivilsenat zunächst an die hergebrachte Rechtsprechung zum Rechtsirrtum im Zivilrecht an: „Ein Organmitglied muss wie jeder Schuldner für einen Rechtsirrtum einstehen, wenn er schuldhaft gehandelt hat. An das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums sind strenge Maßstäbe anzulegen. Ein Schuldner muss die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten [...]. Dabei trifft grundsätzlich den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen [...].“⁷³⁵

An die dem Vorstand obliegende Prüfung der Rechtslage und die Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung stellt der Bundesgerichtshof strenge Anforderungen. Um ihnen zu genügen, reicht die schlichte Anfrage bei einer von dem organschaftlichen Vertreter für fachkundig gehaltenen Person nicht aus. „Erforderlich ist vielmehr, 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 Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht.“⁷³⁶

Immerhin haben sie geglaubt, daß der Verein wirklich zahlungsunfähig und daß es ihre Pflicht sei, den Konkurs anzumelden.“; RG, Urteil vom 29.5.1934 – II 9/34 = RGZ 144, 348, 355: „Der Beklagte kann sich auch nicht damit entschuldigen, daß er von allem Anfang an erklärt habe, er sei mit der Sache nicht vertraut genug, und er habe sich deshalb an die Revisoren gewendet. Konnte er die Pflichten eines Aufsichtsrats nicht erfüllen, so mußte er die Annahme des Amtes ablehnen. Nahm er es an, so mußte er sich auch die nötige Zeit nehmen, um sich über die tatsächlichen Verhältnisse zu unterrichten. Auf den Revisionsbericht durfte er nur vertrauen, wenn dieser ergab, daß die Aktienübernehmer tatsächlich eine Einzahlung auf die Aktien gemacht hatten und diese sich im Besitz des Vorstands befand. Der Wortlaut des Revisorenberichts mußte aber dem Beklagten gerade den Zweifel erwecken, ob die Revisoren die Erfüllung der gesetzlichen Vorschrift geprüft hatten oder bei der Prüfung von einer unrichtigen Auffassung des Gesetzes ausgegangen waren.“; sowie RG, Urteil vom 30.11.1938 – II 39/38 = RGZ 159, 211, 232 f.: „[Den Nachweis fehlenden Verschuldens] sieht das Berufungsgericht [...] als geführt an, indem es ausführt, daß die [beklagten Vorstandsmitglieder] sich auf die beratenden Juristen hätten verlassen können, da ihnen ein Erkennen der Rechtslage aus eigener Beurteilung nicht zuzumuten gewesen sei. Richtig ist, daß die Rechtslage damals noch ungeklärt war [...]. Jedoch können die Beklagten nur dann als entlastet angesehen werden, wenn sie sich wirklich darauf verlassen konnten, daß die in Zahlung genommenen Schuldverschreibungen damals vollwertig waren. Denn darüber, daß es sich im Grunde um eine Verrechnung der Einlageforderung gegen die Schuldverschreibungen handelte, sowie darüber, daß die Hereinnahme nicht vollwertiger Schuldverschreibungen zum Nennwert in Anrechnung auf die Bareinlageforderung jedenfalls unzulässig war und die Gesellschaft schädigte, konnten die Vorstandsmitglieder nicht im Zweifel sein.“

⁷³⁵ BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 16 („ISION“); zum Rechtsirrtum im Zivilrecht ausführlich unten S. 198 nach Fußnote 1238.

⁷³⁶ BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097 Leitsatz 2, 2099 Tz. 18 („ISION“).

Der Bundesgerichtshof bestätigt damit das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, das den beklagten Vorstandsmitgliedern als Vorinstanz eine „erhöhte Sorgfalt und besondere Prüfungspflichten“ abverlangt und dies mit der Größenordnung des geplanten Geschäfts begründet hatte.⁷³⁷

Nach Überzeugung des Oberlandesgerichts hatten die Beklagten den Verzicht auf die Rückerstattung eines Aktiendarlehens zu Unrecht als Sacheinlage akzeptiert und so Aktien im Wert von € 29 Mio. vor Leistung der Bareinlage ausgegeben (Haftung gemäß § 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG). Dabei habe „den Beklagten aus der Äußerung des Steuerberaters [...] klar sein [müssen], dass die Kapitalerhöhung in Verbindung mit dem Anteilerwerb problematisch war“.⁷³⁸ Ein schutzwürdiges Vertrauen auf eingeholte Gutachten wollte der Senat nicht anerkennen. Es sei zu verlangen, dass eine „auf jeden Fall unabhängige Meinung eingeholt“ werde.⁷³⁹ Die mündliche Auskunft der Rechtsanwaltskanzlei eines ebenfalls beklagten Aufsichtsratsmitglieds könne hierfür nicht ausreichen. Eine Einflussnahme des Aufsichtsratsmitglieds sei zumindest denkbar. Der dadurch begründete Zweifel gereiche den beklagten Vorständen zum Nachteil.⁷⁴⁰ Die Zweifel an der Unabhängigkeit der befragten Berufsträger wogen für das Hanseatische Oberlandesgericht umso schwerer, als die Auskunft nicht schriftlich erteilt wurde. Der Senat verhehlt kaum, dass er eine Schutzbehauptung vermutet, kann sein Unbehagen aber auch mit sachlichen Argumenten untermauern. Durch den Verzicht auf ein schriftliches Gutachten hätten sich die Beklagten selbst jeder Möglichkeit begeben, „die [...] Ausführungen wiederholt durchzugehen und ggf. zum Anlass zu nehmen, eine weitere sachkundige Kanzlei zu befragen.“⁷⁴¹ Mangels eigener Sachkunde sei es ihnen unmöglich gewesen, allein aufgrund des mündlich Erörterten die Schwachpunkte der Begutachtung zu erkennen oder auch nur die umfangreichen zu erwägenden Rechtsfragen zu behalten.⁷⁴²

Der Bundesgerichtshof teilt diese Einschätzung und unterstreicht die große Bedeutung einer eigenständigen Plausibilitätsprüfung durch den Vorstand: „Das Vertrauen in die Fachkompetenz der [befragten] Kanzlei [...] ersetzt die Plausibilitätskontrolle nicht.“⁷⁴³

*bb) Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 („Software-Start-up“) und
Beschluss vom 16.7.2007 – II ZR 226/06*

Bereits zuvor hatte der Bundesgerichtshof in zwei Entscheidungen aus dem Mai und dem Juli 2007 geurteilt, dass ein organschaftlicher Vertreter seine Insolvenzantragspflicht nicht schuldhaft

⁷³⁷ OLG Hamburg, Urteil vom 18.9.2009 – 11 U 183/07 = AG 2010, 502, 507 („ISION“).

⁷³⁸ OLG Hamburg, Urteil vom 18.9.2009 – 11 U 183/07 = AG 2010, 502, 506 f. („ISION“).

⁷³⁹ OLG Hamburg, Urteil vom 18.9.2009 – 11 U 183/07 = AG 2010, 502, 507 („ISION“).

⁷⁴⁰ OLG Hamburg, Urteil vom 18.9.2009 – 11 U 183/07 = AG 2010, 502, 507 („ISION“).

⁷⁴¹ OLG Hamburg, Urteil vom 18.9.2009 – 11 U 183/07 = AG 2010, 502, 507; bestätigt durch BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2100 Tz. 23 f. („ISION“).

⁷⁴² So OLG Hamburg, Urteil vom 18.9.2009 – 11 U 183/07 = AG 2010, 502, 507 („ISION“).

⁷⁴³ BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2100 Tz. 25 („ISION“).

verletzt, wenn er den Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers einholt, diesen über sämtliche für die Beurteilung erheblichen Umstände informiert und nach eigener Plausibilitätskontrolle entsprechend dem Inhalt der Auskunft von der Stellung eines Insolvenzantrags absieht.⁷⁴⁴ Von einem organschaftlichen Vertreter werde erwartet, so der Bundesgerichtshof im ersten Fall, dass er sich über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft stets vergewissert. Hierzu gehöre insbesondere die Prüfung der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit.⁷⁴⁵ Ein Verschuldensvorwurf war dem beklagten Vorstand aber nicht zu machen, da er nach Aufstellung des Jahresabschlusses und nach Aufdeckung einer bilanziellen Überschuldung unverzüglich einen Wirtschaftsprüfer beauftragt hatte, um festzustellen, ob ein Insolvenzantrag nicht schon eher hätte gestellt werden müssen. Die Sachkompetenz und Fachkunde des Wirtschaftsprüfers stand für den Bundesgerichtshof außer Frage, Anhaltspunkte für ein Gefälligkeitsgutachten sah der II. Zivilsenat nicht.⁷⁴⁶ Im zweiten Fall meinte der Bundesgerichtshof hingegen, dass das Berufungsgericht zu Unrecht vom fehlenden Verschulden des Beklagten ausgegangen sei. Dem um Rat ersuchten Insolvenzverwalter waren keine näheren Details über die Vermögenslage der Gesellschaft mitgeteilt worden. Wenn der Experte aber nur zu einer bestimmten Forderung um Rat gefragt werde und die Insolvenzreife überhaupt nicht Gegenstand der Anfrage sei, könne der Vorwurf zumindest fahrlässiger Insolvenzverschleppung nicht verneint werden.⁷⁴⁷

cc) Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 („Unternehmensberaterin“)

In einer GmbH-rechtlichen Entscheidung aus dem Jahr 2012 verdeutlichte der Bundesgerichtshof ein weiteres Mal, dass sich Geschäftsleiter auch durch die Beauftragung von Beratern nicht einfach aus ihrer Verantwortung ausklinken können. Wenn ein Geschäftsleiter sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und Kenntnisse verschaffe, die er für die Prüfung seiner Insolvenzantragspflicht benötige, handele er fahrlässig.⁷⁴⁸ Zwar könne es ihn entschuldigen, wenn er bei Anzeichen einer Krise unverzüglich eine fachlich qualifizierte Person mit der Prüfung beauftrage.⁷⁴⁹ Der Geschäftsführer dürfe sich dann aber nicht mit einer unverzüglichen Auftragserteilung begnügen, sondern müsse auch auf eine unverzügliche Vorlage des Prüfungsergebnisses hinwirken.⁷⁵⁰ Hieran fehlte es in dem zu entscheidenden Fall, da der beklagte Geschäftsführer den Prüfauftrag im August 2003 erteilt hatte, die gutachterliche Stellungnahme aber erst Anfang November 2003 erhielt und dann noch bis Mitte Dezember 2003 wartete, bevor er den Insolvenzantrag stellte. Erschwerend kam hinzu, dass der Beklagte die sachkundige Dritte lediglich damit beauftragt hatte, die Vermögenslage der Gesellschaft sowie weitere Sanierungsmöglichkei-

⁷⁴⁴ Siehe BGH, Beschluss vom 16.7.2007 – II ZR 226/06 = DStR 2007, 1641, 1642 wiedergegeben von *Goette*, zur GmbH & Co. KG; zur AG zuvor BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 = ZIP 2007, 1265 Leitsatz 2 („Software-Start-up“).

⁷⁴⁵ Siehe BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 = ZIP 2007, 1265, 1266 („Software-Start-up“).

⁷⁴⁶ Siehe BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 = ZIP 2007, 1265, 1267 („Software-Start-up“).

⁷⁴⁷ Siehe BGH, Beschluss vom 16.7.2007 – II ZR 226/06 = DStR 2007, 1641, 1642 wiedergegeben von *Goette*.

⁷⁴⁸ Siehe BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 673 Tz. 15 („Unternehmensberaterin“) zur GmbH.

⁷⁴⁹ Siehe BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 673 Tz. 19 („Unternehmensberaterin“).

⁷⁵⁰ So BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672 Leitsatz 2 („Unternehmensberaterin“).

ten zu prüfen.⁷⁵¹ „Richtet sich der [...] Auftrag auf eine anderweitige Aufgabenstellung, kann dies den Geschäftsführer nur dann entlasten, wenn er sich nach den Umständen der Auftragserteilung unter Beachtung der gebotenen Sorgfalt darauf verlassen durfte, die Fachperson werde im Rahmen der anderweitigen Aufgabenstellung auch die Frage der Insolvenzzureife vorab und unverzüglich prüfen und ihn gegebenenfalls unterrichten.“⁷⁵² Für eine solche Feststellung fehlten dem II. Zivilsenat hinreichende Anhaltspunkte. Wie später bei der Plausibilitätskontrolle muss ein Geschäftsleiter also auch im Vorfeld sorgfältig und mit der gebotenen Eile handeln. Um die Anforderungen jedoch nicht zu überspannen, stellte der Bundesgerichtshof klar, dass es sich bei der zum Ausgleich unzureichender persönlicher Kenntnisse heranzuziehenden fachlich qualifizierten Person nicht stets um einen Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwalt handeln müsse.⁷⁵³ Die Beratung durch geeignete Angehörige anderer Berufsgruppen kann gleichfalls zur Entlastung des Geschäftsführers genügen; maßgeblich sind für den Bundesgerichtshof die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls, insbesondere die Größe des zu beurteilenden Unternehmens spielt eine Rolle.⁷⁵⁴

dd) Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14

Wenn es nicht um die Insolvenzantragspflicht geht, hat sich der Bundesgerichtshof im Jahr 2015 zuletzt großzügiger gezeigt. Die Entlastung aufgrund eines Rechtsirrtums verlange nicht, dass ein Prüfauftrag ausdrücklich für eine bestimmte Rechtsfrage erteilt werde, sondern nur, dass die Prüfung aus der Sicht des nicht fachkundigen Organs die zweifelhafte Frage umfasse.⁷⁵⁵ Dem beklagten Vorstand war eine Verletzung seiner organschaftlichen Legalitätspflicht vorgeworfen worden, weil er die beiden anderen Vorstandsmitglieder der AG nicht davon abgehalten hatte, mit ihm als Vertreter einer Managementgesellschaft einen Beratungsvertrag abzuschließen.⁷⁵⁶ Der Beratungsvertrag regelte u.a. die Vergütung des Beklagten für seine Tätigkeit als Vorstandsmitglied bei der Gesellschaft und fiel deshalb nach §§ 84 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. Satz 1, 87 Abs. 1 und 112 Satz 1 AktG in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats.⁷⁵⁷ Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs hätte der Beklagte darauf hinwirken müssen, dass auch seine Vorstandskollegen die Kompe-

⁷⁵¹ Siehe BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 674 Tz. 21 („Unternehmensberaterin“); sowie BGH, Urteil vom 7.3.2013 – IX ZR 64/12 = ZIP 2013, 829, 832 Tz. 21: „Weist die Handelsbilanz der Gesellschaft eine Überschuldung aus, hat [der Geschäftsführer] [...] eine Überschuldungsprüfung selbst vorzunehmen oder gesondert in Auftrag zu geben. Auf den Steuerberater der Gesellschaft, den im Rahmen eines allgemeinen Mandats die Pflicht zur steuerlichen Beratung der Gesellschaft trifft, kann er diese Aufgabe nicht ohne besonderen Auftrag abwälzen.“

⁷⁵² BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 674 Tz. 22 („Unternehmensberaterin“).

⁷⁵³ Siehe BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 673 Tz. 17 („Unternehmensberaterin“); siehe auch BGH, Urteil vom 10.12.2009 – IX ZR 238/07 = juris Tz. 8.

⁷⁵⁴ So BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 673 Tz. 17 („Unternehmensberaterin“).

⁷⁵⁵ So BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220 Leitsatz 2, 1222 Tz. 30; bestätigt durch BGH, Urteil vom 26.1.2016 – II ZR 394/13 = NZI 2016, 588, 591 Tz. 36.

⁷⁵⁶ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1221 Tz. 23; dazu bereits oben S. 58 bei Fußnote 359 und allgemein zu Managementverträgen nach Fußnote 361, S. 68 nach Fußnote 429 sowie S. 80 bei und nach Fußnote 511.

⁷⁵⁷ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 24

tenzordnung achteten und ihre Kompetenzen nicht überschritten. Vorstandsmitglieder verletzen ihre Pflichten nicht nur dann, wenn sie eigenhändig tätig werden oder Kollegialentscheidungen treffen, sondern auch dann, wenn sie gegen pflichtwidrige Handlungen anderer Vorstandsmitglieder nicht einschreiten.⁷⁵⁸ Anders als die Vorinstanz sah der II. Zivilsenat die Voraussetzungen als gegeben an, unter denen Expertenrat vom Verschuldensvorwurf befreit. Der Beratungsvertrag war von den Rechtsanwälten der AG ausgearbeitet und dem Vorstand mit der Erläuterung übersandt worden, dass nach den Satzungsbestimmungen der Gesellschaft keine Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich sei.

Das Oberlandesgericht Saarbrücken wollte dem Beklagten die Entlastung hingegen noch versagen: Die naheliegende Frage, ob der Vorstand auf Grund der persönlichen Betroffenheit des Beklagten beim Abschluss des Beratungsvertrages nach § 112 AktG generell von einer Vertretung der AG ausgeschlossen war, sei in der Stellungnahme nicht beantwortet worden. Auch sei nicht erkennbar, dass eine entsprechende Prüfung überhaupt (ausdrücklich) Gegenstand der Beauftragung gewesen sei.⁷⁵⁹

Damit wurden die Anforderungen in den Augen des Bundesgerichtshofs überspannt. „Von einem nicht selbst rechtskundigen Auftraggeber kann grundsätzlich nicht erwartet werden, dass er bestimmte Rechtsfragen formuliert.“⁷⁶⁰ Für den Beklagten habe als Auskunft genügen dürfen, dass der Vertragsschluss in die Kompetenz des Vorstands falle und der Vorstand eigenverantwortlich handeln dürfe. „Diese Fragen wurden [...] beantwortet. [...] Die Rechtsberater haben [...] ausgeführt, dass es sich um ein Beratungsverhältnis im ordentlichen Geschäftsgang handele, das in der alleinigen Kompetenz des Vorstands liege, und der Aufsichtsrat mit der vorbehaltlosen Bestellung des Beklagten zum Vorstandsmitglied seine gesetzlichen Mitwirkungspflichten bereits erfüllt habe. Aus den weiteren Darlegungen, der Vertrag unterliege nicht der Zustimmung des Aufsichtsrats, musste ein juristischer Laie nicht entnehmen, dass die Kompetenz des Vorstands [...] nicht geprüft worden ist. Im Gegenteil befasst sich die E-Mail [der Anwälte] ausführlich mit den Kompetenzen des Aufsichtsrats und erklärt, warum der Beratervertrag nicht darunter falle.“⁷⁶¹ Wenn das Berufungsgericht darauf abstelle, dass in dem Begleitschreiben nicht die Vertretungsmacht, sondern nur die Zustimmungsbedürftigkeit behandelt werde, lege es eine rechtliche Unterscheidung zugrunde, deren Kenntnis man von dem Beklagten nicht habe erwarten können.⁷⁶²

Dem Beklagten konnte nach Auffassung des II. Zivilsenats auch nicht angesonnen werden, sich „durch einen kurzen Blick in einen aktienrechtlichen Standardkommentar zu § 112 AktG“ selbst ein Bild von der Rechtslage zu machen. „Die Plausibilitätsprüfung besteht nicht in einer rechtli-

⁷⁵⁸ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 27.

⁷⁵⁹ Siehe OLG Saarbrücken, Urteil vom 22.1.2014 – 2 U 69/13 = NZG 2014, 343, 345; BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 Tz. 29.

⁷⁶⁰ BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1223 Tz. 30.

⁷⁶¹ BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1223 Tz. 31.

⁷⁶² Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1223 Tz. 32.

chen Überprüfung der erhaltenen Rechtsauskunft.⁷⁶³ Sie beinhalte vielmehr die Überprüfung, ob dem Berater nach dem Inhalt der Auskunft alle erforderlichen Informationen zur Verfügung standen, ob er die Informationen verarbeitet habe und alle sich einem Rechtsunkundigen aufdrängenden Fragen widerspruchsfrei und abschließend beantworte.⁷⁶⁴ In der Zurückweisung an das Berufungsgericht verlangte der Bundesgerichtshof zudem weitere Feststellungen zu der sachlichen Unabhängigkeit der befragten Rechtsanwälte. Darunter versteht der II. Zivilsenat die Frage, ob sie ihre Rechtsauskunft „unbeeinflusst von unmittelbaren oder mittelbaren Vorgaben hinsichtlich des Ergebnisses“ erteilt haben.⁷⁶⁵

ee) Beschluss vom 24.9.2019 – II ZR 248/17

In einem erneut zu § 64 GmbHG ergangenen Beschluss aus dem Jahr 2019 verneinte der Bundesgerichtshof eine sorgfältige Plausibilitätskontrolle. Da die Schuldnerin bei Vornahme der streitgegenständlichen Zahlungen rechnerisch überschuldet war, hätte der Beklagte Umstände darlegen müssen, die es aus damaliger Sicht rechtfertigten, das Unternehmen trotzdem fortzuführen.⁷⁶⁶

Dies war ihm nach Auffassung des II. Zivilsenats nicht gelungen: Verweise der Geschäftsführer auf externen Sachverstand, könne ihn eine Fortführungsempfehlung nur entschuldigen, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierten Person habe beraten lassen und das Prüfergebnis einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterziehe.⁷⁶⁷ Dem Beklagten war zwar mitgeteilt worden, dass eine Überschuldung der Gesellschaft vorliege, zugleich hatte er aber die Auskunft erhalten, dass er bei einer Beachtung der Liquidität und bei der Beauftragung einer weiteren Fortführungsprognose „auf der sicheren Seite“ sei. Eine plausible Fortführungsempfehlung lag darin für den Bundesgerichtshof nicht. „Bei gegebener Überschuldung kann niemand mit der bloßen Beauftragung einer aktuellen Fortführungsprognose ohne Rücksicht auf ihr Ergebnis ‚auf der sicheren Seite‘ sein.“⁷⁶⁸

b) Instanzgerichte

Die im Folgenden geschilderten obergerichtlichen Entscheidungen fügen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in rechtlicher Hinsicht nichts hinzu. Im tatsächlichen Bereich liefern sie aber ein reiches Anschauungsmaterial für die hier untersuchte Problematik.

⁷⁶³ BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1223 Tz. 33.

⁷⁶⁴ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1223 f. Tz. 33, 37.

⁷⁶⁵ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1223 Tz. 36.

⁷⁶⁶ Siehe BGH, Beschluss vom 24.9.2019 – II ZR 248/17 = NZI 2020, 180, 181 Tz. 21 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 6.6.1994 – II ZR 292/91 = BGHZ 126, 181, 200.

⁷⁶⁷ Siehe BGH, Beschluss vom 24.9.2019 – II ZR 248/17 = NZI 2020, 180, 181 Tz. 21 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 26.1.2016 – II ZR 394/13 = NZI 2016, 588, 591 Tz. 34, und BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 673 Tz. 16 („Unternehmensberaterin“).

⁷⁶⁸ BGH, Beschluss vom 24.9.2019 – II ZR 248/17 = NZI 2020, 180, 181 f. Tz. 22.

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat im Jahr 2009 das Verschulden eines Finanzvorstandes bestätigt, der ein vor seinem Amtsantritt gestartetes Aktienrückkaufprogramm unter Verstoß gegen § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG fortgesetzt hatte. Dem Beklagten war von einem befragten Anwalt mitgeteilt worden, dass für den Erwerb eigener Aktien weder Gewinn noch verfügbare Gewinnrücklagen vorhanden seien. Der Rechtsberater sah sich außerstande, die Frage nach einer alternativ in Betracht kommenden Kapitalrücklage (§ 272 Abs. 2 HGB) zu beantworten, und verwies diesbezüglich auf den Wirtschaftsprüfer der Gesellschaft. In den Augen des Oberlandesgerichts exkulpert diese Mitteilung nicht: Zur Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters hätte es gehört, den Hinweis des Rechtsberaters zu beachten.⁷⁶⁹ Für den Beklagten sei ersichtlich gewesen, dass der Rechtsanwalt dessen Fragen ohne die Auskunft eines Wirtschaftsprüfers oder Steuerberaters nicht abschließend habe beantworten können.⁷⁷⁰ Im Anschluss an den Bundesgerichtshof bejaht der Senat eine „originäre Pflicht des Vorstandsmitglieds, den [um Rat nachgesuchten] Berufsträger über sämtliche für die Beurteilung erheblichen Umstände ordnungsgemäß zu informieren“.⁷⁷¹ Der Beklagte habe daher nicht annehmen dürfen, dass der Anwalt „die wirtschaftliche Situation des Unternehmens genau gekannt habe und erforderlichenfalls weitere Informationen eingefordert hätte.“⁷⁷² Vielmehr sei es Sache des beklagten Vorstandsmitglieds gewesen, dem Berater von sich aus „sämtliche für eine fiktive Rücklagenbildung zum maßgeblichen Stichtag des beabsichtigten Aktienerwerbs relevanten Umstände“ darzulegen.⁷⁷³ Es entlaste den Finanzvorstand daher auch nicht, dass der Anwalt in der Vergangenheit die zum Aktienrückkauf ermächtigenden Hauptversammlungsbeschlüsse vorbereitet habe, „zumal offen war, ob und wann der Vorstand von den Ermächtigungen Gebrauch machen würde.“⁷⁷⁴ Der Vorstand hätte im Zeitpunkt des jeweiligen Aktienerwerbs die Zulässigkeit prüfen müssen.⁷⁷⁵ Dass der Jahresabschluss im Vorjahr uneingeschränkt testiert worden sei, lasse ein Verschulden für die Aktienkäufe nicht entfallen.⁷⁷⁶ Ebenso wenig habe der Beklagte darauf vertrauen dürfen, dass ihn die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft oder das mit dem Rückerwerb befasste Kreditinstitut von sich aus auf einen drohenden Verstoßes gegen das Aktienrecht aufmerksam gemacht hätte.⁷⁷⁷

⁷⁶⁹ Siehe OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386, 2389.

⁷⁷⁰ Siehe OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386, 2389; die vom Beklagten erstmals in der Berufungsinstanz vorgebrachte Behauptung, dass die Antwort auf eine derartige Nachfrage bei der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft positiv ausgefallen wäre, lässt der Senat als neues Verteidigungsmittel nicht zu.

⁷⁷¹ OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386, 2389.

⁷⁷² OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386, 2389.

⁷⁷³ OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386, 2389.

⁷⁷⁴ OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386, 2389.

⁷⁷⁵ Siehe OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386, 2389: Es könne nicht genügen, dass der Beklagte sich lediglich zu Beginn eines mehrjährigen Zeitraums „gewissermaßen eine ‚Generalabsolution‘ einholen wollte“.

⁷⁷⁶ Siehe OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386, 2390.

⁷⁷⁷ Siehe OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386, 2390.

Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht hat im Jahr 2010 in einem nach §§ 32b, 64 Abs. 2 GmbHG a.F.⁷⁷⁸, § 19 InsO a.F.⁷⁷⁹ zu entscheidenden Fall angenommen, dass der beklagten Geschäftsführerin hinsichtlich der nicht erkannten Überschuldung jedenfalls Fahrlässigkeit zur Last falle. Zur Sorgfalt einer ordentlichen Geschäftsfrau gehöre es, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten; bei Anzeichen für eine Krise sei ein Vermögensstatus zu erstellen und bei rechnerischer Überschuldung sei zu prüfen, ob eine positive Fortbestehensprognose bestehe.⁷⁸⁰ „Der Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft kann sich indes nicht mit schuldbefreiender Wirkung darauf berufen, dass er [...] sich [...] auf die Richtigkeit von Dritten erstellter Steuererklärungen/Bilanzen verlassen habe. Ein GmbH-Geschäftsführer muss sich [...] in eigener Person die notwendigen steuerlichen und handelsrechtlichen Kenntnisse verschaffen und entsprechende Informationen einholen [...].“⁷⁸¹ Das Oberlandesgericht will Geschäftsleitern damit nicht verwehren, fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen. Nur befreie man sich durch die Hinzuziehung von Experten eben nicht von den eigenen Pflichten.⁷⁸² „Insoweit muss von einem Geschäftsführer auch erwartet werden, dass er die von ihm selbst nicht erstellte Jahresbilanz zumindest einer gewissen Plausibilitätsprüfung unterzieht.“⁷⁸³ Die Beklagte hatte dies nach ihrem eigenen Vortrag nicht getan, obwohl sie hierzu „als Volkswirtin und langjährige Geschäftsführerin angesichts der nicht sehr umfänglichen Jahresbilanz durchaus in der Lage gewesen wäre.“⁷⁸⁴ Dass die Beklagte sich nur für das Ergebnis der Bilanz interessiert und Einzelpositionen nicht auf ihre Richtigkeit überprüft habe, wertet der Senat als unentschuldigbar. Wenn die Beklagte für sich in Anspruch nehme, eine Bilanz weder lesen noch selbst erstellen zu können, dürfe sie sich auch nicht auf ihren Steuerberater verlassen.⁷⁸⁵ Das Urteil des Oberlandesgerichts unterstreicht, dass Geschäftsleiter in der Lage sein müssen, die Kapitalausstattung ihrer Gesellschaft eigenverantwortlich zu überblicken. Nehmen sie die Hilfe professioneller Berater in Anspruch, müssen sie zumindest soviel Verständnis entwickeln, dass sie deren Tätigkeit kritisch nachvollziehen können.

In zwei Entscheidungen aus den Jahren 2010 und 2011 haben Verschulden und Expertenrat ferner das Oberlandesgericht Frankfurt am Main beschäftigt. In einem Bußgeldverfahren gemäß

⁷⁷⁸ Fassung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung (EGInsO) vom 5.10.1994, BGBl. I, S. 2911, 2931, 2933; gültig bis zum 31.10.2008 gemäß Art. 1 Nr. 22, 43 des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, BGBl. I, S. 2026, 2029, 2031.

⁷⁷⁹ Fassung vom 5.10.1994, BGBl. I, S. 2866, 2868; gültig bis zum 17.10.2008 gemäß Art. 5 des Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG) vom 17.10.2008, BGBl. I, S. 1982, 1988 f.

⁷⁸⁰ Siehe OLG Schleswig, Urteil vom 11.2.2010 – 5 U 60/09 = ZIP 2010, 516, 519.

⁷⁸¹ OLG Schleswig, Urteil vom 11.2.2010 – 5 U 60/09 = ZIP 2010, 516, 519 unter Verweis auf BFH, Beschluss vom 13.2.1996 – VII B 245/95 = BFH/NV 1996, 657, 658; siehe auch BGH, Urteil vom 15.11.1982 – II ZR 27/72 = BGHZ 85, 293, 295 f. („Hertie“), wo allerdings mit § 111 Abs. 5 AktG eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gegeben war.

⁷⁸² Siehe OLG Schleswig, Urteil vom 11.2.2010 – 5 U 60/09 = ZIP 2010, 516, 519.

⁷⁸³ OLG Schleswig, Urteil vom 11.2.2010 – 5 U 60/09 = ZIP 2010, 516, 519.

⁷⁸⁴ OLG Schleswig, Urteil vom 11.2.2010 – 5 U 60/09 = ZIP 2010, 516, 519.

⁷⁸⁵ Siehe OLG Schleswig, Urteil vom 11.2.2010 – 5 U 60/09 = ZIP 2010, 516, 519.

§ 60 Abs. 1 WpÜG ging das Oberlandesgericht davon aus, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft leichtfertig handelt, wenn er ohne Einholung von Rechtsrat ein öffentliches Kaufangebot für Aktien, deren Preisfeststellung von der Börse lediglich ausgesetzt wurde, unter Verletzung der Veröffentlichungs- und Gestattungspflichten nach dem WpÜG bekannt gibt, weil er fälschlich davon ausgeht, bereits die Aussetzung des Börsenhandels führe zu einer Beendigung der Börsenzulassung.⁷⁸⁶ Wie das Oberlandesgericht meint, hätte sich auch einem juristischen Laien aufdrängen müssen, dass die Börsenzulassung nicht allein durch die Aussetzung des Börsenhandels entfällt. Ohne eine juristische oder kapitalmarktbezogene Ausbildung oder hinreichende Kenntnisse der einschlägigen Vorschriften des WpÜG stelle es eine besonders grobe Verletzung der gebotenen Sorgfaltspflichten dar, sich vor Veröffentlichung eines Kaufangebots nicht über die rechtlichen Auswirkungen der Aussetzung des Börsenhandels zu informieren. Für den Vorstand der Betroffenen habe im Hinblick auf seine bisherige geschäftliche Tätigkeit durchaus Veranlassung bestanden, „derartige Überlegungen und Überprüfungen – gegebenenfalls unter Einschaltung und Einholung juristischer Beratung – anzustellen.“⁷⁸⁷ Bei dieser Beurteilung berücksichtigt das Oberlandesgericht auch, dass das Kaufangebot einen nicht unbedeutenden Geschäftsumfang (über 10% des Grundkapitals der betroffenen AG) erreichte und unter das WpÜG fallende Kaufangebote nach der Einlassung des Vorstands überhaupt nicht zum Geschäftsmodell der Gesellschaft gehören sollten.

In der „Fresenius“-Entscheidung, der ebenfalls keine Haftungskonstellation zugrunde lag, sondern die Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen, hielt das Oberlandesgericht eine Mandatierung des stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden als Rechtsanwalt der Gesellschaft für unvereinbar mit § 114 Abs. 1 AktG.⁷⁸⁸ Über die Frage, inwiefern die streitgegenständliche Genehmigungspraxis dem aktienrechtlichen Zustimmungserfordernis wirklich gerecht wurde,⁷⁸⁹ mag man streiten; hier kann sie dahinstehen.⁷⁹⁰ Von Interesse ist vielmehr, wie der Senat das Vorbringen der beklagten Gesellschaft gewürdigt hat. Diese hatte vortragen lassen, ihre „Verfahrensweise – Bereitstellung eines Budgets und nachträgliche konkrete Genehmigung unterjähriger Zahlungen am Jahresende – sei praktikabel und auch von einem befragten namhaften Wirtschaftsprüfungsunternehmen gut geheißen worden.“⁷⁹¹ Der Senat hielt das für unbeachtlich. Ob der Vorstand – beraten durch ein Wirtschaftsprüfungsunternehmen – in einem Rechtsirrtum über die Verfahrensweise gehandelt habe, spiele keine Rolle. Für den der Entlastung schädlichen Verstoß gegen

⁷⁸⁶ Siehe OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 28.1.2010 – WpÜG 10/09 = NZG 2010, 583 Leitsatz.

⁷⁸⁷ OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 28.1.2010 – WpÜG 10/09 = NZG 2010, 583, 584.

⁷⁸⁸ OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 15.2.2011 – 5 U 30/10 = NZG 2011, 350 ff. = ZIP 2011, 425 mit Anm. *Drygala* = NJW 2011, 1231 mit Anm. *Habersack*; aufgehoben und zurückverwiesen durch BGH, Urteil vom 10.7.2012 – II ZR 48/11 = BGHZ 194, 14 ff. („Fresenius“).

⁷⁸⁹ So *Drygala*, ZIP 2011, 427, 428 f.; *Habersack*, NJW 2011, 1234; wohl auch *Greulich*, StBW 2011, 376, 377; *Limmerz*, EWiR 2011, 203, 204; dagegen aber *Spindler*, NZG 2011, 334, 336 f.

⁷⁹⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 10.7.2012 – II ZR 48/11 = BGHZ 194, 14, 17 Tz. 10, 20 Tz. 17 („Fresenius“)

⁷⁹¹ OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 15.2.2011 – 5 U 30/10 = NZG 2011, 350, 351 („Fresenius“).

Gesetz oder Satzung komme es auf ein Verschulden des Organs nicht an.⁷⁹² Der Bundesgerichtshof hat diesen Faden in der Revisionsentscheidung nicht aufgegriffen, zum Verschulden äußerte er sich nicht. Wohl aber hat er das Vorliegen eines eindeutigen und schwerwiegenden Gesetzesverstößes verneint: Die streitentscheidende Frage sei höchstrichterlich noch nicht geklärt gewesen.⁷⁹³

Einen interessanten, aber problematischen Fall bildet schließlich die „Arcandor“-Entscheidung des Landgerichts Essen aus dem Jahr 2012. Darin wies die Kammer Schadensersatzklagen gegen den Aufsichtsrat und Vorstand der Arcandor AG wegen unterbliebenen Regresses gegen frühere Organmitglieder als unbegründet ab. Den Beklagten könne jedenfalls keine schuldhaft Verletzung ihrer Pflichten als Aufsichtsratsmitglied bzw. als Mitglied des Vorstands zur Last gelegt werden, weil sie in den Augen des Gerichts auf die Ergebnisse eines Professoren-Gutachtens, auf die Richtigkeit der Auskunft einer Bank und auf die Empfehlung der Rechtsabteilung des Konzerns vertrauen durften.⁷⁹⁴ Die Beklagten hätten sich kritisch mit den ihnen zur Verfügung gestellten Informationen auseinandergesetzt.⁷⁹⁵ Die Kammer meint, dass die Voraussetzungen, unter denen der Aufsichtsrat bzw. Vorstand von der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Mitglieder des Vorstands bzw. Aufsichtsrat absehen dürfe, – der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Trotz – noch nicht geklärt seien.⁷⁹⁶ Daher hätten die Beklagten sich auf die Einschätzungen der Gutachter verlassen dürfen, nachdem sie deren Feststellungen in den jeweiligen Organsitzungen besprochen hatten.⁷⁹⁷ Ob die rechtlichen Annahmen des Landgerichts zutreffen, gilt es im vierten Kapitel zu untersuchen.⁷⁹⁸ Dazu muss erneut die Frage aufgegriffen werden, ob es gesetzliche, satzungsmäßige oder anstellungsvertragliche Pflichten mit tatbestandlichem Beurteilungsspielraum gibt oder – in anderen Worten – welcher unternehmerische Entscheidungsspielraum bei rechtlicher Vorprägung besteht.⁷⁹⁹

⁷⁹² So OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 15.2.2011 – 5 U 30/10 = NZG 2011, 350, 352 („Fresenius“); Zweifel an der Verlässlichkeit eines Wirtschaftsprüfungsunternehmens als Rechtsberater äußert *Drygala*, ZIP 2011, 427, 429.

⁷⁹³ Siehe BGH, Urteil vom 10.7.2012 – II ZR 48/11 = BGHZ 194, 14, 22 Tz. 22 f. („Fresenius“); ferner OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 18.12.2007 – 5 U 177/06 = juris Tz. 34 ff. („Commerzbank/Mangusta III“); *Kort*, EWiR 2008, 385 f.; siehe zu diesem Argument unten S. 202 bei Fußnote 1263 und S. 213 bei Fußnote 1348.

⁷⁹⁴ Siehe LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10 = ZIP 2012, 2061, 2062 = juris Tz. 200 („Arcandor“).

⁷⁹⁵ Siehe LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10 = ZIP 2012, 2061, 2062 ff. = juris Tz. 200, 205 („Arcandor“).

⁷⁹⁶ Siehe LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10 = ZIP 2012, 2061, 2063 = juris Tz. 204 („Arcandor“): „Dabei ist auch zu sehen, dass die Rechtsfragen, die mit der Entscheidung verbunden waren, nämlich insbesondere die Frage, welche konkreten Anforderungen denn an die Vorbereitung der Entscheidung zu stellen sind, bis heute nicht geklärt sind. In Anbetracht dieser Konfliktlage versteht die Kammer die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs so, dass die Entscheidungsträger der Gesellschaft das ‚Für und Wider‘ eines Regresses abwägen müssen, sich hierzu kompetenten Rat einholen müssen, der nicht kritiklos übernommen werden darf, und davon ausgehend eine aus damaliger Sicht vertretbare Entscheidung treffen müssen, die keinesfalls von persönlichen Gründen getragen sein darf.“

⁷⁹⁷ Siehe LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10 = ZIP 2012, 2061, 2063 f. = juris Tz. 205 f. („Arcandor“).

⁷⁹⁸ Ausführlich unten S. 195 nach Fußnote 1218.

⁷⁹⁹ Siehe oben S. 26 nach Fußnote 153; sowie *Scholl*, S. 199 ff. Rn. 19 ff.; *Breitenfeld*, S. 121 ff.

2. Meinungsstand im Schrifttum

Das Schrifttum hat die von der Rechtsprechung gefundenen Ergebnisse von Beginn an überwiegend positiv aufgenommen.⁸⁰⁰ Im Nachgang zum „ISION“-Urteil haben zwei Aufsätze des damaligen stellvertretenden Vorsitzenden des II. Zivilsenats die Beratungspraxis zwar vorübergehend verunsichert.⁸⁰¹ Mit seiner vorerst letzten Entscheidung aus dem Jahr 2015 hat der Bundesgerichtshof aber vor allem wieder Zustimmung geerntet.

Im Schrifttum geht man davon aus, dass (Rechts-)Rat den Vorstand unter grundsätzlich vier Voraussetzungen entlastet: Ein Berater muss *erstens* fachlich qualifiziert sein. Und *zweitens* unabhängig. Der Vorstand muss ihn *drittens* umfassend über die Verhältnisse der Gesellschaft informieren. *Viertens* muss er den erteilten Rat zudem einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterziehen. Dass ein Vorstandsmitglied überhaupt auf externe oder interne Beratung angewiesen ist, begründet für sich genommen weder eine Pflichtverletzung noch Fahrlässigkeit.⁸⁰² Im Gegenteil: Die Einholung (und Befolgung) fachlichen Rats kann zur Vermeidung des Verschuldensvorwurfs sogar zwingend geboten sein.⁸⁰³ Jenseits aufsichtsrechtlicher Sondernormen (z.B. § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 KWG) müssen Vorstandsmitglieder von Gesetzes wegen keine besonderen Fähigkeiten mitbringen.⁸⁰⁴ Solange der Vorstand keine Gesellschaftsmittel verschwendet, steht es ihm daher frei, alle möglichen Ratgeber zu beauftragen.⁸⁰⁵ Was man von den Vorstandsmitgliedern aber erwartet, ist Sensibilität für die Problemträchtigkeit einer Entscheidung; auch ihren subjektiven Beratungsbedarf sollten sie erkennen.⁸⁰⁶ Insbesondere darf man fordern, dass jedes Organmit-

⁸⁰⁰ Siehe insbesondere J.-H. Binder, AG 2008, 274, 275 ff.; Fleischer, ZIP 2009, 1397, 1398 f., 1402 ff.; Spindler, Festschrift Canaris, S. 403, 404 ff.

⁸⁰¹ Siehe Strohn, ZHR 176 (2012), 137 ff.; ders., CCZ 2013, 177 ff.

⁸⁰² Siehe Altmeyden, NJW 2007, 2121; Poertzgen, DZWIR 2007, 429 f.; J.-H. Binder, AG 2012, 885, 891. Entgegen Selter, AG 2012, 11, 13 f., hat ein unkundiges Vorstandsmitglied daher nicht die Wahl zwischen „Pest und Cholera“. Der Rückgriff auf Berater stellt sich keineswegs als Offenbarungseid dar und auch führt nicht zwangsläufig zu einer Abberufung aus wichtigem Grund; die a.a.O., S. 14 in Fn. 21, genannte Entscheidung des OLG Stuttgart (Beschluss vom 9.10.1956 – 2 W 69/56 = GmbHR 1957, 59, 60) kann man m.E. so nicht deuten. Dort heißt es lediglich, dass der abberufene Geschäftsführer „von den betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten der Geschäftsführung einer Kapitalgesellschaft nichts wußte“ und dass zu seiner Entlassung genügt habe, dass er „die GmbH konkursreif gemacht hatte“. Siehe auch oben S. 96 bei Fußnote 594 und unten S. 170 bei Fußnote 1043.

⁸⁰³ So ausdrücklich Poertzgen, DZWIR 2007, 429 f.

⁸⁰⁴ Siehe Selter, AG 2012, 11, 12; abweichend Fleischer, KSzW 2013, 3, 7 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 15.11.1982 – II ZR 27/82 = BGHZ 85, 293, 295 ff. („Hertie“): Jedes Organmitglied müsse für sein Amt gewisse Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen. Dazu unten S. 170 bei Fußnote 1043.

⁸⁰⁵ Zur Verschwendung von Gesellschaftsmitteln BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 312 ff. Tz. 26 ff. („Boygroupp“); Bachmann, NZG 2013, 1121, 1123 ff.; Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 90 f.; ders., KSzW 2013, 3, 7; sowie oben S. 37 bei und nach Fußnote 224 und unten S. 138 nach Fußnote 865.

⁸⁰⁶ Siehe J.-H. Binder, AG 2012, 885, 888, 890; Strohn, ZHR 176 (2012), 137, 139; ders., CCZ 2013, 177, 180, sieht bei Fehlen dieses Problembewusstseins ein Übernahmeverschulden gegeben; anschaulich Sander/St. Schneider, ZGR 2013, 725, 758: „Wer sich bewusst über sein eigenes Kompetenzdefizit hinwegsetzt, keinen Rat einholt und gewissermaßen mit dem Gesellschaftsvermögen *va banque* spielt, widerspricht dem Leitbild des Geschäftsleiters als Treuhänder fremder Vermögensinteressen und ist als Geschäftsleitungsorgan nicht tragbar.“ (Hervorhebung im Original, Fußnote weggelassen); abweichend Kremer, Gesellschaftsrecht in der Dis-

glied sich in Grundzügen mit den für die Binnenorganisation der Aktiengesellschaft maßgeblichen Regeln vertraut macht.⁸⁰⁷ Für die kapitalmarktorientierte AG verlangt § 100 Abs. 5 AktG zudem, dass mindestens ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen muss. Diese Spezialkenntnisse sind – soweit tatsächlich vorhanden – bei der Haftung des Aufsichtsratsmitglieds nach §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG zu berücksichtigen.

Nach allgemeiner Auffassung muss die *fachlich qualifizierte Person* nicht notwendigerweise das Mitglied eines bestimmten Berufsstandes sein.⁸⁰⁸ Welcher Berater im Einzelfall als fachkundig anzuerkennen ist, will man nach materiellen Kriterien bestimmen.⁸⁰⁹ Von Rechtsanwälten wird mehrheitlich verlangt, dass sie in dem einschlägigen Rechtsgebiet Sachkunde⁸¹⁰ und Erfahrung⁸¹¹ besitzen.⁸¹² Eine Spezialisierung als Fachanwalt soll diesen Anforderungen regelmäßig genügen, gilt aber nicht als unabdingbar.⁸¹³

Der Berater muss sich ferner durch *Unabhängigkeit* auszeichnen.⁸¹⁴ Hieran fehlt es, wenn die Auskunftsperson in einem Interessenkonflikt handelt und daher nicht für ein unvoreingenommenes Urteil Gewähr leistet.⁸¹⁵ Solange mit der Auskunftserteilung jedoch keine Eigeninteressen ver-

kussion 2012, S. 171, 184; vermeintlich weniger streng auch *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243: Der Geschäftsführer müsse sich nur die Grenzen seiner juristischen Fähigkeiten bewusst machen.

⁸⁰⁷ Siehe *Bayer/P. Scholz*, ZIP 2015, 1853, 1860; abweichend wohl *Fleischer*, DB 2015, 1764, 1767 f.; dazu bereits oben S. 96 bei Fußnote 591.

⁸⁰⁸ Vgl. *H.-F. Müller*, NZG 2012, 891, 892; *Werner*, StBW 2012, 619, 621; *Fleischer*, KSzW 2013, 3, 7; *Strohn*, CCZ 2013, 177, 180 f.; *Decker*, GmbHR 2014, 72, 75; nunmehr obsolet *Selter*, AG 2012, 11, 16.

⁸⁰⁹ Vgl. *J.-H. Binder*, AG 2008, 274, 285; *Werner*, StBW 2012, 619, 621: Weil und soweit sie die erforderliche Sachkunde aufweisen, seien neben Rechtsanwälten auch sonstige Juristen, insbesondere Notare, Syndici oder unabhängige Rechtsgutachter sowie Bedienstete von Fachverbänden oder Behörden als hinreichend qualifiziert anzusehen. Zur Auskunft durch Fachverbände anschaulich OLG Stuttgart, Urteil vom 16.3.2011 – 9 U 129/10 = juris Tz. 28 f. (insoweit nicht abgedruckt in NZG 2011, 634, 635 f.). Zum Vertrauen auf Behördenaussagen am Beispiel sog. Cum-cum-Geschäfte *Florstedt*, NZG 2018, 485, 489 f.

⁸¹⁰ So *J.-H. Binder*, AG 2008, 274, 285; *Selter*, AG 2012, 11, 16; *Junker/Biederbick*, AG 2012, 898, 900; *Krieger*, ZGR 2012, 496, 499; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 139; *Koch*, § 93 Rn. 82; wohl auch *Rieger*, S. 177; *J. Wagner*, BB 2012, 651, 656.

⁸¹¹ So ausdrücklich *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 141; *Ruoff*, Der Aufsichtsrat 2012, 131; wohl auch *Harnos*, S. 301 f.; *Piepenbrock*, S. 215 ff., 227.

⁸¹² Großzügiger *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1403; *ders.*, NZG 2010, 121, 123; *ders.*, Festschrift Hüffer, S. 187, 190 f.; *ders.*, KSzW 2013, 3, 7 f.; *Peters*, AG 2010, 811, 815; *Kaulich*, S. 231 ff.; *Kiefner/Krämer*, AG 2012, 498, 501; wohl auch *U. H. Schneider*, DB 2011, 99, 102.

⁸¹³ Vgl. *Fleischer*, NZG 2010, 121, 123; *Peters*, AG 2010, 811, 815; *Kaulich*, S. 232 f.; *Rieger*, S. 177; *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 141; *ders.*, CCZ 2013, 177, 181; *Krieger*, ZGR 2012, 496, 499; *J.-H. Binder*, ZGR 2012, 757, 770; *Cahn*, WM 2013, 1293, 1304; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 139; allgemein auch schon *Schröder*, GmbHR 2007, 759, 762.

⁸¹⁴ Kritisch *Goette*, Festschrift Hoffmann-Becking, S. 377, 380 in Fn. 13.

⁸¹⁵ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1403; *Krieger*, ZGR 2012, 496, 500; *Klöhn*, DB 2013, 1535, 1537; *Strohn*, CCZ 2013, 177, 182: „Entscheidend ist immer, ob der Gutachter bei seiner Stellungnahme ergebnisoffen ist oder ob er an einer bestimmten Lösung ein Eigeninteresse hat. Wenn solche Zweifel bestehen, kommt er für eine schuldausschließende Begutachtung nicht in Betracht.“; anschaulich BGH, Urteil vom 11.12.2006 – II ZR

folgt werden und auch keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Ratgeber unseriös oder käuflich ist, will man die Zuverlässigkeit regelmäßig bejahen.⁸¹⁶ Allein dass die Expertise entgeltlich erstattet wird, begründet kein schädliches Eigeninteresse.⁸¹⁷ Zum einen ist es kaum vorstellbar, dass der Vorstand Beratung stets kostenlos einholen kann.⁸¹⁸ Zum anderen verpflichten sich Rechtsberater im Rahmen ihres Mandats zur sachlichen, gewissenhaften und unabhängigen Interessenwahrnehmung.⁸¹⁹ Ein schädliches Eigeninteresse mag sich im Einzelfall daraus ergeben, dass die Auskunftsperson Mängel einer ersten Mitteilung auf Nachfrage nicht behebt, sondern in einer zweiten Mitteilung zu kaschieren versucht.⁸²⁰ Letztlich soll es aber immer auf die Umstände des konkreten Falles ankommen. Dies gilt richtiger Ansicht nach auch für die Frage, ob eine Vorbefassung den Rechtsberater „verbrennt“.⁸²¹ Aus der schreibenden Anwaltschaft erhält man die Empfehlung, bei komplizierten Rechtsfragen oder komplexen Transaktionen auf jeden Fall Experten von außen hinzuziehen.⁸²² Nach überwiegender Meinung kann man aber auch den Mitarbeitern einer Rechtsabteilung die erforderliche Unabhängigkeit nicht ohne weiteres absprechen.⁸²³ Dies soll insbesondere nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom April 2015

243/05 = ZIP 2007, 224 ff. für einen Fall fehlender Vertrauenswürdigkeit zwischen Geschäftsführung und Aufsichtsrat einer GmbH; monographisch *Kumpan*, S. 138 ff., 158 ff.

⁸¹⁶ Vgl. etwa *Fleischer*, Festschrift Hüffer, S. 187, 191; *ders.*, NZG 2010, 121, 123.

⁸¹⁷ Siehe *Buck-Heeb*, BKR 2011, 441, 447; *Krieger*, ZGR 2012, 496, 500; *Fleischer*, KSzW 2013, 3, 8.

⁸¹⁸ Auch wenn ein Rechtsberater von dritter Seite vergütet wird, muss dies nicht zwangsläufig schaden. Der ratsuchende Vorstand sollte sich dann aber ganz besonders vergewissern, ob die Auskunft verlässlich ist, d.h. ob der Ratgeber nicht auch anderen Interessen dient. Vgl. BGH, Beschluss vom 1.12.1981 – KRB 5/79 = BGHSt 30, 270, 277 („Baustoffhändler“); aus dem US-amerikanischen Schrifttum *Longstreth*, 37 Bus. Law. 1185, 1191 (1982); sowie oben S. 41 bei und nach Fußnote 250 zu Vergütungsfehlansreizen bei Ratingagenturen.

⁸¹⁹ Siehe *J.-H. Binder*, ZGR 2012, 757, 771 unter Verweis auf §§ 1, 43a BRAO; ähnlich *Stenzel*, Der Konzern 2015, 356, 361.

⁸²⁰ Vgl. *Fleischer*, KSzW 2013, 3, 8; *Strohn*, CCZ 2013, 177, 182; *Hölters*, in: *Hölters/Weber*, § 93 Rn. 233; nach *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525, 528 f., soll dies in Krisenzeiten und bei Haftungsfragen insbesondere für die Beratung durch ein Aufsichtsratsmitglied gelten, weil dann die latente Gefahr bestehe, dass ein Aufsichtsverschulden verschleiert werde.

⁸²¹ Vgl. *Fleischer*, KSzW 2013, 3, 8; *Kiefner/Krämer*, AG 2012, 498, 500; *J.-H. Binder*, AG 2012, 885, 892 f.; *Krieger*, ZGR 2012, 496, 500; *Koch*, § 93 Rn. 83; *Vetter*, NZG 2015, 889, 893; tendenziell abweichend *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 140; sehr anschaulich mit Blick auf die sog. Cum-ex-Fälle *Florstedt*, NZG 2017, 601, 605 f.: „Es liegt von hier aus auf der Hand, dass Gutachten, die zB von Gestaltern der Fondsmodelle erstellt wurden, in hohem Maße von einem problematischen Interessenkonflikt gekennzeichnet sind. Eine unvoreingenommene, ergebnisoffene Prüfung der Rechtslage ist unwahrscheinlich, wenn der Rechtsrat zum Hinweis auf eine lukrative ‚Lücke‘ im Gesetz und damit zum Werbe- und Vertriebsmittel wird.“

⁸²² Siehe *Vetter*, EWiR 2011, 793, 794; *ders.*, NZG 2015, 889, 894; *Primaczenko*, GWR 2011, 518; *V. Schwarz*, CCZ 2013, 37; *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243, 245; *Bicker*, AG 2014, 8, 11; für den Einzelfall auch *J. Wagner*, BB 2012, 651, 656; *H.-J. Hellwig/Behme*, Festschrift Hommelhoff, S. 343, 359; sowie *Hasselbach/Ebbinghaus*, AG 2014, 873, 880. Strenger *Witte/Gossen*, in: *Mehrbrey*, § 9 Rn. 92, nach deren Auffassung eine Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder ausscheidet; ebenso wohl *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 139. Zurückhaltender *Selter*, AG 2012, 11, 14: Zweitvotum sei gute Corporate Governance, aber keine Verpflichtung. Ablehnend *Junker/Biederbick*, AG 2012, 898, 900: Komplexität könne von ratsuchenden Laien nicht eingeschätzt werden.

⁸²³ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1403; *ders.*, Festschrift Hüffer, S. 187, 192 f.; *ders.*, NZG 2010, 121, 123 f.; *ders.*, KSzW 2013, 3, 8; *Peters*, AG 2010, 811, 816; *Buck-Heeb*, BKR 2011, 441, 447; *Selter*, AG 2012, 11, 14 f.; *J. Wagner*, BB 2012, 651, 655; *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525, 528; *Kiefner/Krämer*, AG 2012, 498, 501; *Lang/Balzer*, WM 2012,

gelten.⁸²⁴ Mitglieder des Aufsichtsrats können unter den genannten Voraussetzungen ebenfalls verlässliche Ratgeber sein.⁸²⁵

Der Vorstand muss dem Berater gegenüber für eine *umfassende Darstellung der Gesellschaftsverhältnisse* sorgen.⁸²⁶ Denn: „Ein Rat kann nur so gut sein, wie die Informationen, auf denen er basiert.“⁸²⁷ Aber: „Der Vorstand muss den Berater nicht vorsorglich mit allen nur denkbaren Informationen und Unterlagen überfluten, sondern er genügt seiner Sorgfaltspflicht, wenn er diejenigen Informationen zur Verfügung stellt, die den Berater in die Lage versetzen, den Sachverhalt im Wesentlichen zu überschauen und selbst zu beurteilen, welche zusätzlichen Informationen er noch benötigt.“⁸²⁸ Dass ein bewusstes Zurückhalten zu Lasten des Vorstands geht, versteht sich von selbst.⁸²⁹ Allenfalls will man es dem Vorstand zugutehalten, wenn er schuldlos verkennt, dass eine Information für den Berater von Bedeutung ist, und dieser es pflichtwidrig versäumt, sie einzufordern.⁸³⁰ Mit Blick auf die Darlegungs- und Beweislast im Haftungsprozess wird dem Vorstand angeraten, die Information des Beraters in seinem eigenen Interesse sorgfältig zu dokumentieren; es muss sich später nachvollziehen lassen, von welchem Sachverhalt der Gutachter ausgegangen ist.⁸³¹ Eine sachgerechte Festlegung des Prüfungsauftrags fällt demnach in die Ver-

1167, 1170; *Krieger*, ZGR 2012, 496, 500; *J.-H. Binder*, ZGR 2012, 757, 771; *ders.*, AG 2012, 885, 892; *Juncker/Biederbick*, AG 2012, 898, 901 ff.; *Kaulich*, S. 234 f.; *Rieger*, S. 177 f.; *Harnos*, S. 300; *Piepenbrock*, S. 251; *Cahn*, WM 2013, 1293, 1303; *Chab*, AnwBl 2013, 228, 229; *Sander/St. Schneider*, ZGR 2013, 725, 750 f.; *Klöhn*, DB 2013, 1535, 1537 ff.; *Bicker*, AG 2014, 8, 11; *Decker*, GmbHR 2014, 72, 75 f.; im Grundsatz auch *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 140 f.; *ders.*, CCZ 2013, 177, 182; *Redeke*, AG 2018, 381, 387 f.

⁸²⁴ Siehe *Fleischer*, DB 2015, 1764, 1768; *Vetter*, NZG 2015, 889, 894; *Steber*, DStR 2015, 2391, 2394; *Diekmann/Punte*, WM 2016, 681, 687.

⁸²⁵ Vgl. *Fleischer*, Festschrift Hüffer, S. 187, 192; *ders.*, KSzW 2013, 3, 8; *J. Wagner*, BB 2012, 651, 655; *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525, 528; *J.-H. Binder*, ZGR 2012, 757, 771; *Chab*, AnwBl 2013, 228, 229; *Strohn*, CCZ 2013, 177, 181.

⁸²⁶ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1403; *ders.*, KSzW 2013, 3, 9: „Informationsverantwortung“; sowie *Florstedt*, NZG, 2017, 601, 606, der zu Recht darauf hinweist, dass die Verwendung standardisierter Rechtsgutachten, denen hypothetische Sachverhalte zugrunde liegen (sog. What-if-Gutachten), nicht entlastet; sehr anschaulich *ders.*, NZG 2018, 485, 490 f. anhand sog. Cum-cum-Geschäfte; *Weyland*, NZG 2019, 1041, 1044 mit Hinweis auf die Delegationsfähigkeit dieser Aufgabe.

⁸²⁷ *Krieger*, ZGR 2012, 496, 499; siehe auch *Kremer*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, S. 171, 178.

⁸²⁸ *Krieger*, ZGR 2012, 496, 499.

⁸²⁹ Siehe *Florstedt*, NZG 2017, 601, 606.

⁸³⁰ Siehe *J.-H. Binder*, AG 2008, 274, 286; *ders.*, ZGR 2012, 757, 771; *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1403; *ders.*, Festschrift Hüffer, S. 187, 193 f.; *ders.*, NZG 2010, 121, 124; *ders.*, KSzW 2013, 3, 9; *Peters*, AG 2010, 811, 816; *Selter*, AG 2012, 11, 17; *Krieger*, ZGR 2012, 496, 499; *Werner*, StBW 2012, 619, 622; ferner *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 139: „Der Geschäftsleiter muss den Umfang der erforderlichen Information notfalls mit dem Gutachter erörtern.“; *ders.*, CCZ 2013, 177, 183: „Nur darauf zu vertrauen, dass der Berater schon nach den erforderlichen Informationen fragen wird, dürfte nicht immer genügen.“; gleichsinnig *Kremer*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, S. 171, 178; *Decker*, GmbHR 2014, 72, 76; siehe auch *Sander/St. Schneider*, ZGR 2013, 725, 756, die das Problem zu Unrecht wohl durch eine entsprechende Anwendung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG lösen wollen.

⁸³¹ So *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 139; *ders.*, CCZ 2013, 177, 183; ferner *H.-F. Müller*, NZG 2012, 891, 893.

antwortung des Vorstands.⁸³² Seit dem Urteil des II. Zivilsenats vom April 2015 wird allerdings vermehrt darauf hingewiesen, dass ein nicht rechtskundiger Unternehmensleiter kaum im Stande sei, die zu klärenden Rechtsfragen selbst zu formulieren.⁸³³ Auch dürfe es, so liest man nun, häufiger in der Verantwortung des Rechtsberaters liegen, durch gezielte Nachfragen auf eine vollständige Sachverhaltsschilderung hinzuwirken.⁸³⁴

Nach weit verbreiteter Einschätzung dürfen die Anforderungen an die abschließende *Plausibilitätskontrolle* nicht überspannt werden.⁸³⁵ Blindes Vertrauen aber ist fehl am Platz.⁸³⁶ Es dürfte daher zu weit gehen, wenn man sagt, dass Geschäftsleiter nicht alles selbst verstehen müssten, sondern das Recht hätten, sich auf die Meinung eines ordentlich ausgewählten und instruierten Experten zu verlassen – selbst wenn sie nicht in der Lage seien, dessen Meinung in allen Aspekten nachzuvollziehen.⁸³⁷ Die Plausibilitätskontrolle muss sorgfältig sein. Einen kritischen Nachvollzug des erhaltenen Rats hat der Vorstand zu leisten. Hierzu gehört zunächst, ein Rechtsgutachten überhaupt zur Kenntnis zu nehmen – zur Not mit Unterstützung der eigenen Rechtsabteilung.⁸³⁸ Sodann ist das Gutachten darauf zu überprüfen, ob es zutreffend und vollständig an die mitgeteilten Tatsachen anknüpft, ob es die beabsichtigte Maßnahme inhaltlich abdeckt⁸³⁹ und ob es keine offensichtlichen Widersprüche und Begründungslücken aufweist.⁸⁴⁰ Ein kritischer Abgleich mit dem eigenen unternehmerischen Erfahrungswissen wird dem Vorstand dabei vielfach den rechten Weg weisen.⁸⁴¹ Zeigen sich zwischen mehreren eingeholten Gutachten Diskrepanzen, muss diesen nachgespürt werden; über verbleibende Zweifel darf sich der Vorstand nicht einfach

⁸³² Siehe J.-H. Binder, WuB II C. § 64 GmbHG 1.12; Blöse, GmbHR 2012, 748, 749; *Commandeur/Römer*, NZG 2012, 979, 981; *Schult/Nikoleyczik*, GWR 2012, 270; *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243, 246; *Decker*, GmbHR 2014, 72, 76 f.; im Ausgangspunkt auch *Vetter*, NZG 2015, 889, 894.

⁸³³ So *Vetter*, NZG 2015, 889, 894; *Weyland*, NZG 2019, 1041, 1044; zurückhaltender *Steber*, DStR 2015, 2391, 2394.

⁸³⁴ So ausdrücklich *Fleischer*, DB 2015, 1764, 1768; siehe auch *Florstedt*, NZG 2017, 601, 606: „[D]ie Aufklärung der Umstände bleibt in erster Linie Aufgabe des Rechtsberaters. Andererseits darf der Geschäftsleiter nicht blind darauf vertrauen, dass der Berater den Sachverhalt richtig ermitteln werde.“; ferner *Weyland*, NZG 2019, 1041, 1044.

⁸³⁵ Siehe J.-H. Binder, AG 2008, 274, 286; *ders.*, ZGR 2012, 757, 772; *ders.*, AG 2012, 885, 893; *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525, 529; *Strohn*, CCZ 2013, 177, 183; *Chab*, AnwBl 2013, 228, 229; *Vetter*, NZG 2015, 889, 894; sowie insbesondere zum Schweigen eines Beraters *Kiefner/Krämer*, AG 2012, 498, 500; als bewegliches System im Sinne Walter Wilburgs wird die Plausibilitätsprüfung von *Sander/St. Schneider*, ZGR 2013, 725, 753 ff., gedeutet.

⁸³⁶ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1400; *Sander/St. Schneider*, ZGR 2013, 725, 746.

⁸³⁷ So aber *Krieger*, ZGR 2012, 496, 502; einen falschen Zungenschlag bemängelt auch *Strohn*, CCZ 2013, 177, 183.

⁸³⁸ Vgl. *Fleischer*, KSzW 2013, 3, 9; *ders.*, DB 2015, 1764, 1769; *Kremer*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, S. 171, 182; *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 142; *ders.*, CCZ 2013, 177, 183; *Weyland*, NZG 2019, 1041, 1045.

⁸³⁹ Daran fehlte es in OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386, 2389; vgl. *Fleischer*, NZG 2010, 121, 124; *ders.*, DB 2015, 1764, 1767; *Peters*, AG 2010, 811, 816; *V. Schwarz*, CCZ 2013, 37; *Sander/St. Schneider*, ZGR 2013, 725, 747.

⁸⁴⁰ Siehe *Steber*, DStR 2015, 2391, 2394 f.; zuvor bereits *Fleischer*, NZG 2010, 121, 124.

⁸⁴¹ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1404; *ders.*, Festschrift Hüffer, S. 187, 194 f.; *ders.*, NZG 2010, 121, 124; *ders.*, DB 2015, 1764, 1769; *Strohn*, CCZ 2013, 177, 183; *Florstedt*, NZG 2017, 601, 607; zu Unrecht abweichend *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525, 529; sowie *Krieger*, ZGR 2012, 496, 502, demzufolge es zu weit geht, stets eine Plausibilitätsprüfung zu verlangen.

hinwegsetzen.⁸⁴² Drängen sich weitere Fragen auf, muss der Vorstand auch für deren Beantwortung sorgen.⁸⁴³ Mit Blick auf die „Unternehmensberaterin“-Entscheidung wird dem Vorstand empfohlen, ein Rechtsgutachten nicht nur zeitig in Auftrag zu geben, sondern auch auf seine unverzügliche Erstattung hinzuwirken.⁸⁴⁴ Dass in Fällen unverschuldeten Zeitdrucks⁸⁴⁵ zur Not auch eine mündliche Expertise in Betracht kommt, wird allseits konsentiert.⁸⁴⁶ In der Regel hat aber ein schriftliches Gutachten einen höheren Beweiswert⁸⁴⁷ und ist daher vorzugswürdig, zumal die schriftliche Fixierung dem Vorstand eine gründlichere Auseinandersetzung mit der jeweiligen Problematik gestattet. Überhaupt wird dem Vorstand nahegelegt, erkennbar zu machen, inwiefern er sich mit dem erhaltenen Rat auseinandergesetzt hat: Nie verkehrt sei es, wenn der Vorstand (kurz) festhalte, weshalb er ein Gutachten als plausibel ansehe.⁸⁴⁸ Ein Gefälligkeitsgutachten für die Schublade⁸⁴⁹ wird ihm kaum nützen, auch wenn er sich zu seiner Entlastung dem Grundsatz nach auf den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens berufen kann.⁸⁵⁰ Seit der

⁸⁴² Vgl. *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1404 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 31.10.1967 – VI ZR 31/66 = VersR 1968, 148 Leitsatz 3; tendenziell großzügiger für eine „odds opinion“ *ders.*, Festschrift Hüffer, S. 187, 198 f.; *ders.*, EuZW 2013, 326, 330; sowie *Florstedt*, NZG 2018, 485, 491 f.; wie hier Generalanwältin *Kokott* im „Schenker“-Fall, vgl. EuGH, Urteil vom 18.6.2013 – Rechtssache C-681/11 = ECLI:EU:C:2013:126, Tz. 71 f. („Bundeswettbewerb-behörde, Bundeskartellamt/Schenker & Co AG u.a.“); dazu *Bergmann*, Festschrift Tolksdorf, S. 11, 18 ff.; und *Florstedt*, NZG 2017, 601, 609 f., demzufolge die Erwägungen des EuGH aufgrund kartell- und lauterkeitsrechtlicher Besonderheiten „nicht eins zu eins“ auf das Organhaftungsrecht übertragen werden können; siehe auch *Vetter*, NZG 2015, 889, 894: Eventuelle Zweifel müsse der Vorstand im Dialog mit dem Berater klären.

⁸⁴³ Siehe *Steber*, DStR 2015, 2391, 2395.

⁸⁴⁴ Siehe *H.-F. Müller*, NZG 2012, 891, 892; *Sander/St. Schneider*, ZGR 2013, 725, 752; entschieden kritisch *Wackerbarth*, EWiR 2012, 457, 458.

⁸⁴⁵ Siehe *Ziemons*, in: *Nirk/Ziemons/Binneweis*, Rn. I 8.751: „Ist Eile geboten, ist der Berater zu zügiger Arbeit anzuhalten; damit entfällt in den meisten Fällen das Argument, bei eilbedürftigen Entscheidungen sei eine summarische Prüfung oder eine mündliche Stellungnahme ausreichend.“ (Fußnoten weggelassen).

⁸⁴⁶ Vgl. *Fleischer*, Festschrift Hüffer, S. 187, 196 f.; *ders.*, NZG 2010, 121, 124 f.; *ders.*, KSzW 2013, 3, 9; *Bergmann*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2011, S. 1, 16; *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 142; *ders.*, CCZ 2013, 177, 183; *J.-H. Binder*, AG 2012, 885, 893; *ders.*, ZGR 2012, 757, 772; *Krieger*, ZGR 2012, 496, 503; *Decker*, GmbHR 2014, 72, 76 f.; *Vetter*, NZG 2015, 889, 894; strenger jedoch *H.-F. Müller*, NZG 2012, 891, 892; *Werner*, StBW 2012, 619, 623; großzügiger dagegen *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 139, die bei eilbedürftigen Entscheidungen sogar von einer Plausibilitätskontrolle absehen wollen.

⁸⁴⁷ *Selter*, AG 2012, 11, 17; *J. Wagner*, BB 2012, 651, 652; *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525, 529 mit der Empfehlung, dass auch eine mündliche Mitteilung fixiert und vom Ratgeber unterschrieben werden sollte; ferner *Decker*, GmbHR 2014, 72, 77.

⁸⁴⁸ So *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 142; *Decker*, GmbHR 2014, 72, 77; in Abhängigkeit vom Einzelfall mag dies z.B. im Sitzungsprotokoll des Vorstands geschehen oder in einer Aktennotiz desjenigen Vorstandsmitglieds, das die Auskunft empfangen hat.

⁸⁴⁹ Siehe *Rönnau*, JZ 2008, 46, 49; *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1404; *ders.*, DStR 2015, 1764, 1769; *Bayer*, Festschrift K. Schmidt, S. 85, 92; *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 141; *Florstedt*, NZG 2017, 601, 605 f.; *ders.*, NZG 2018, 485, 493. In diesem Zusammenhang ist auch von einer „Feigenblatfunktion“ die Rede. Vgl. aus der Rechtsprechung BGH, Urteil vom 15.12.1999 – 2 StR 365/99 = NStZ 2000, 307, 309 („Alpha Comic“), wo es um die Verbreitung pornographischer Schriften ging; BGH, Urteil vom 4.4.2013 – 3 StR 521/12 = NStZ 2013, 461; ein anschauliches Beispiel liefert ferner der Prospekthaftungsfall BGH, Urteil vom 18.9.2012 – XI ZR 344/11 = BGHZ 195, 1, 21 Tz. 47 („Wohnungsbau Leipzig-West“).

⁸⁵⁰ Nach *Strohn*, CCZ 2013, 177, 184, muss sich ein Gericht deshalb immer selbst mit der Plausibilität eines Rechtsgutachtens auseinandersetzen; kritisch im Hinblick auf die Pflicht, eine unverzügliche Vorlage der Expertise zu bewirken, *Wackerbarth*, EWiR 2012, 457, 458; *Sander/St. Schneider*, ZGR 2013, 725, 743, weisen

letzten Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2015 haben sich die Stimmen gemehrt, die bei der Plausibilitätskontrolle eine Laienperspektive für angezeigt halten: Eine Entlastung wegen Rechtsirrtums verlange nur, dass die Prüfung des Experten die zweifelhafte Rechtsfrage aus Sicht des nicht fachkundigen Organs umfasse. Selbst wenn sich der dem sachkundigen Dritten erteilte Auftrag auf eine anderweitige Aufgabenstellung richtet, könne dies den Vorstand entlasten, wenn er sich nach den Umständen der Auftragserteilung darauf verlassen durfte, dass die Zweifelsfrage auch im Rahmen der anderweitigen Aufgabenstellung geprüft worden sei.⁸⁵¹

3. Stellungnahme

a) Sachkunde und Unabhängigkeit

Fehlende Sachkunde ist auf Seiten der Vorstandsmitglieder keine Eingangsvoraussetzung, um die entlastende Wirkung von Rechtsrat in Anspruch zu nehmen.⁸⁵² Nach richtiger Ansicht wird man nur umgekehrt formulieren können, dass ein Organwalter mit besonderem Sachverstand bei der Plausibilitätsprüfung auch besondere Sorgfalt an den Tag legen muss.⁸⁵³ Was die Sachkunde des Ratgebers betrifft, sollte man sich im Ausgangspunkt mit der Formalqualifikation einer zugelassenen Rechtsanwältin zufrieden geben.⁸⁵⁴ Anwälte müssen mit der Mandatsübernahme für die zur Beurteilung des Falles erforderlichen Rechtskenntnisse einstehen.⁸⁵⁵ Laien können demgegenüber die Sachkunde eines Profis nie abschließend beurteilen.⁸⁵⁶ Leicht geraten sie an den Faltschen, ohne es zu merken. Mit der Aussage, dass sich die fachliche Qualifikation eines Rechtsberaters durch eine schnelle Abfrage im Internet ohne weiteres feststellen lasse, dürfte ratsuchen-

darauf hin, dass der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nur möglich sei, wenn die Einholung von Expertenrat auf Ebene der Pflichtverletzung und nicht als Verschuldensproblem behandelt werde; siehe dazu unten S. 206 bei Fußnote 1293.

⁸⁵¹ Vgl. *Vetter*, NZG 2015, 889, 894; *C. Arnold*, DB 2015, 1650, 1651; *Fleischer*, DB 2015, 1764, 1769; *Stenzel*, Der Konzern 2015, 356, 361 f. *Diekmann/Punte*, WM 2016, 681, 686; wohl auch *Schuhknecht*, GWR 2015, 277.

⁸⁵² Ebenso *Kremer*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, S. 171, 177; i.E. wie hier auch *Fleischer*, KSzW 2013, 3, 9; *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1798; *Decker*, GmbHR 2014, 72, 73 f.; zu Unrecht abweichend *H.-F. Müller*, NZG 2012, 981, 982; *Sander/St. Schneider*, ZGR 2013, 725, 747 ff.; *Bürkle*, VersR 2013, 792, 799; und für einen Fall von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG wohl auch OLG Hamm, Urteil vom 12.7.2012 – I-27 U 12/10 = WM 2012, 2200, 2202: „[D]er Beklagte [...] benötigte aufgrund seiner eigenen Ausbildung und Stellung in der Klägerin keinen externen Rat, um fehlende Sachkenntnis auszugleichen.“

⁸⁵³ Dazu oben S. 97 nach Fußnote 595.

⁸⁵⁴ Wie hier *Peters*, AG 2010, 811, 815; *Kiefner/Krämer*, AG 2012, 498, 501 mit dem zutreffenden Argument, dass man auch Neulingen am Rechtsmarkt eine Chance geben muss; *Cahn*, WM 2013, 1293, 1304; *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 139; wohl auch *U. H. Schneider*, DB 2011, 99, 102; *Decker*, GmbHR 2014, 72, 75; noch großzügiger *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1403; *ders.*, NZG 2010, 121, 123; *ders.*, Festschrift Hüffer, S. 187, 190 f.; *ders.*, KSzW 2013, 3, 7 f.; und *Kaulich*, S. 231 f., denen jeweils in Abhängigkeit vom Einzelfall schon eine abgeschlossene juristische Ausbildung genügt; gegen das Erfordernis einer Anwaltszulassung auch *Klöhn*, DB 2013, 1525, 1539 f.

⁸⁵⁵ Vgl. etwa BGH, Beschluss vom 30.6.1971 – IV ZB 41/71 = NJW 1971, 1704; BGH, Beschluss vom 7.3.1978 – VI ZB 18/77 = NJW 1978, 1486 f.; BGH, Urteil vom 24.9.1981 – IX ZR 93/80 = NJW 1982, 96, 97; zuletzt BGH, Beschluss vom 12.10.2016 – V ZB 178/15 = NJW 2017, 1112, 1113 Tz. 10 ff.; aus dem Schrifttum statt vieler *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 280 Rn. 68; im hiesigen Kontext *Altmeppen*, Festschrift Hoffmann-Becking, S. 1, 10.

⁸⁵⁶ Ebenso *Fleischer*, NZG 2010, 121, 123; *ders.*, Festschrift Hüffer, S. 187, 190 f.; *Kaulich*, S. 231.

den Organwaltern nicht geholfen sein.⁸⁵⁷ Worauf sollen sie dabei vertrauen? Dass eine Sozietät von sich sagt, dass andere von ihr sagen, sie sei die „außergewöhnlichste und zugleich angesehenste unter den Wirtschaftskanzleien in Deutschland“? „Deutschlands beste“? Oder „in a class of its own“? Die Internetauftritte auch der seriösesten Kanzleien treiben bisweilen seltsame Blüten. Selbstverständlich wird man vom Vorstand eines DAX-Konzerns, der eine komplizierte Finanzierungsmaßnahme oder eine grenzüberschreitende Transaktion plant, andere Suchanstrengungen verlangen als von dem Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH mit Ein-Mann-Betrieb. Und tatsächlich kann man in der Unternehmenspraxis ein differenziertes Mandatierungsverhalten beobachten. Ohne Kenntnis der Realdaten⁸⁵⁸ muss man sich aber damit begnügen, für die Rechtsanwendung einen Je-desto-Satz aufzustellen: Je mehr für die Gesellschaft auf dem Spiel steht, desto sorgfältiger muss sich der Vorstand der Sachkunde seines Rechtsanwalts versichern. Der Bundesgerichtshof hat nicht umsonst darauf hingewiesen, dass abhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls auch die Beratung durch geeignete Angehörige anderer Berufsgruppen zu einer Entlastung der Geschäftsleitung führen kann.⁸⁵⁹

Klargestellt hat der Bundesgerichtshof nunmehr auch, dass er unter Unabhängigkeit in erster Linie nicht die persönliche Unabhängigkeit versteht, „sondern dass der Berater seine Rechtsauskunft sachlich unabhängig, d.h. unbeeinflusst von unmittelbaren oder mittelbaren Vorgaben hinsichtlich des Ergebnisses erteilt“.⁸⁶⁰ Um einem Gericht die Beurteilung der Unabhängigkeit zu ermöglichen, ist es erforderlich, die Umstände der Auftragserteilung und des weiteren Verlaufs der Beratung näher darzustellen. Einflussnahmen von Seiten der (anderen) Vorstandsmitglieder fallen für den Bundesgerichtshof in die Risikosphäre des beklagten Organwalters.⁸⁶¹ Die offene Formulierung des II. Zivilsenats schließt es nicht aus, aus einer persönlichen Abhängigkeit im Einzelfall auf die inhaltliche Beeinflussung zu schließen. Nur müssen dann konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass aufgrund der persönlichen Nähe eine unvoreingenommene Auskunft nicht mehr gewährleistet und das Vertrauen in den Berater nicht gerechtfertigt ist.

Es ist davon auszugehen, dass mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem April 2015 Ruhe in eine Diskussion einkehren wird, die man nicht nur in der Rückschau als überraschend bezeichnen muss. Gemeint ist die Beratung durch vorbefasste Rechtsberater sowie Syndikusanwälte oder Mitarbeiter einer Rechtsabteilung. Da die insofern relevanten Argumente schon an

⁸⁵⁷ So aber *Selter*, AG 2012, 11, 16; wie hier *Weyland*, NZG 2019, 1041, 1044.

⁸⁵⁸ Vgl. *F. Müller/Christensen*, S. 502, 514 f.; sowie oben S. 40 bei und nach Fußnote 241.

⁸⁵⁹ Siehe BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 673 Tz. 17 („Unternehmensberaterin“) unter Verweis auf die Größe des Unternehmens; OLG Hamburg, Urteil vom 18.9.2009 – 11 U 183/07 = AG 2010, 502, 506 f. („ISION“) unter Verweis auf die Größe des geplanten Geschäfts; sowie *Strohn*, CCZ 2013, 177, 182: „[J]e mehr sich ein Vorschlag von den allgemein gebräuchlichen Standards entfernt, desto höher werden die Anforderungen an einen schuldausschließenden Rechtsirrtum.“; kritisch *Altmeyden*, Festschrift Hoffmann-Becking, S. 1, 9.

⁸⁶⁰ BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1223 Tz. 36.

⁸⁶¹ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1223 Tz. 36.

anderer Stelle ausgetauscht wurden, kann hier ein knapper Abriss genügen.⁸⁶² Wie Lutz Strohn deutlich gemacht hat, beruhte die Kontroverse um die Vorbefassung auf einem Missverständnis. Dass jede neue Frage einen neuen Anwalt erfordere, hat der frühere stellvertretende Vorsitzende des II. Zivilsenats in der Tat nie behauptet. Vielmehr ging es ihm um die Klarstellung, dass „zu der Ausarbeitung des zu überprüfenden Vorschlags eben auch eine eigenständige Überprüfung hinzutreten“ muss.⁸⁶³ Diese Überprüfung kann der Vorstand nicht gänzlich in fremde Hände legen.⁸⁶⁴ Er muss sie selbst leisten.⁸⁶⁵ Es hilft dem Vorstand daher nicht, einen Rechtsberater zunächst mit der juristischen Ausarbeitung oder Bewertung einer unternehmerischen Maßnahme zu beauftragen, nur um ihn im Anschluss ein weiteres Mal untersuchen zu lassen, ob der Vorstand bei der Befolgung der Expertise seine organschaftlichen Pflichten einhält. Sofern sich zwischenzeitlich keine Veränderungen ergeben haben, ist dieses zweite (sog. „93er“-)Gutachten wertlos. Im Hinblick auf die Legalitätspflicht⁸⁶⁶ kann es keine neuen Einsichten vermitteln. Damit ist allerdings weniger die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts angesprochen als vielmehr die Plausibilitätskontrolle des Vorstands.⁸⁶⁷

Im Übrigen schadet eine Vorbefassung als solche der Unabhängigkeit des Beraters nicht.⁸⁶⁸ Ebenso wenig kann man Syndikusanwälte oder Mitarbeiter einer Rechtsabteilung von Rechts wegen als unzuverlässig bezeichnen. In den mitunter gegen ihre Unabhängigkeit angeführten höchst-richterlichen und obergerichtlichen Entscheidungen hat nie das Anstellungsverhältnis allein den Ausschlag gegeben.⁸⁶⁹ Die Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft in

⁸⁶² Siehe insbesondere zu hausinternen Rechtsberatern *Fleischer*, Festschrift Hüffer, S. 187, 192 f.; *Junker/Biederbick*, AG 2012, 898 ff.

⁸⁶³ *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 140.

⁸⁶⁴ Ebenso *Langenbacher*, ZBB 2013, 16, 21; *Weyland*, NZG 2019, 1041, 1045.

⁸⁶⁵ Wie hier *Decker*, GmbHR 2014, 72, 77; siehe ferner *Cahn*, WM 2013, 1293, 1305; *Langenbacher*, Festschrift Lwowski, S. 333, 339 f.; *Florstedt*, NZG 2017, 601, 607.

⁸⁶⁶ Da der Berater dem Vorstand dessen unternehmerische Entscheidung nicht abnehmen kann, ersetzt ein solches Gutachten auch nicht die im Rahmen der sog. Business Judgment Rule vorzunehmende Risikoabwägung (dazu oben S. 47 nach Fußnote 293). Der Berater würde in diesem Bereich nicht als der befragte Fachmann fungieren, der er ist, sondern sich eine fremde Kompetenz anmaßen (dazu unten S. 197 bei und nach Fußnote 1232).

⁸⁶⁷ Siehe aber oben S. 132 bei Fußnote 820.

⁸⁶⁸ Vgl. auch *Kremer*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, S. 171, 179 mit dem Hinweis, dass Abschlussprüfer ihre Fähigkeit zur unabhängigen Prüfung nicht automatisch aufgrund anderer Beratungsleistungen für die Gesellschaft verlieren; gegen eine unbesehene Verallgemeinerung von § 319 Abs. 2 und 3 HGB in diesem Zusammenhang aber *Sander/St. Schneider*, ZGR 2013, 725, 750.

⁸⁶⁹ Ebenso *Junker/Biederbick*, AG 2012, 898, 905; *J. Wagner*, BB 2012, 651, 655; siehe BGH, Beschluss vom 1.12.1981 – KRB 5/79 = BGHSt 30, 270, 276 f. („Baustoffhändler“), wo die Auskunft von der Rechtsabteilung eines Wettbewerbers stammte, der an der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung beteiligt war; OLG Stuttgart, Urteil vom 22.4.1977 – 3 Ss 88/77 = NJW 1977, 1408, 1409, wo von der zuständigen Aufsichtsbehörde mehrfach ein dem Rat des „möglicherweise befangenen Hausjuristen“ entgegengesetzter Rechtsstandpunkt vertreten worden war; die Zuverlässigkeit eines Verlagsjuristen bejaht hingegen OLG Hamburg, Urteil vom 12.10.1966 – 1 Ss 46/66 = NJW 1967, 213, 214 f.; siehe ferner OLG Braunschweig, Beschluss vom 25.2.1998 – Ss 9/98 = NSTZ-RR 1998, 251, 252: Unzuverlässigkeit müsse angenommen gegeben, wenn die Unternehmensanwälte erkennbar auf einseitige Rechtfertigung des Verhaltens des Managements aus gewesen wären und bei den Zuhörern aufkommende Bedenken erkennbar unterdrückt hätten, so daß auch Laien die Zweifelhaf-

Sachen „Akzo Nobel und Akcros“ aus dem Jahr 2010⁸⁷⁰ und des Bundessozialgerichts zur gesetzlichen Rentenversicherungspflicht von Syndikusanwälten aus dem Jahr 2014⁸⁷¹ mögen zwar Befürchtungen genährt haben, dass der Bundesgerichtshof hausinternen Rechtsberatern die erforderliche Unabhängigkeit absprechen könnte. Indes folgen sowohl das europäische Kartellrecht als auch das deutsche Sozialrecht einer anderen Agenda als das organschaftliche Haftungsrecht. Der II. Zivilsenat hat zudem schon im Jahr 2012 unterstrichen, dass nicht nur Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte, sondern auch geeignete Angehörige anderer Berufsgruppen als Berater in Frage kommen.⁸⁷² Beim Verschulden muss man sich also vor schematischen Lösungen hüten.⁸⁷³ Im Einzelfall mag tatsächlich gegebene „Betriebsblindheit“ der Rechtsauskunft ihre Verlässlichkeit nehmen.⁸⁷⁴ Ebenso wenig darf der Vorstand sich von einer Anfrage Entlastung versprechen, die *de facto* keine ist.⁸⁷⁵ Solange nicht greifbare Anhaltspunkte das Gegenteil nahelegen, müssen aber auch Hausjuristen als ausreichend unabhängig gelten.⁸⁷⁶

b) Informationsverantwortung und Plausibilitätskontrolle

Das Vertrauen auf Experten befreit nur dann von der Haftung, wenn es gerechtfertigt ist. Dies darzulegen und zu beweisen fällt im Prozess dem Vorstand zu, § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG. Das beklagte Vorstandsmitglied steht damit in einem Zwiespalt. Einerseits tritt durch die Hinzuziehung von Ratgebern seine eigene Unfähigkeit oder Unkenntnis zu Tage. Zugleich muss das Vor-

tigkeit ihrer Argumentation aufgefallen wäre; aus dem Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes BGH, Urteil vom 11.12.1973 – X ZR 14/70 = BGHZ 62, 29, 39 („Maschenfester Strumpf“): „Soweit die Rechtsprechung gelegentlich die Meinung vertreten hat, auf den Rat ihres eigenen Patentanwalts dürfe sich die Schutzrechtsinhaberin nicht verlassen, sondern müsse in zweifelhaften Fällen das Gutachten eines erfahrenen neutralen Spezialisten einholen [...], vermag der Senat dem jedenfalls dann nicht beizutreten, wenn das Schutzrecht ein Gebiet betrifft, das – wie das hier der Fall ist – in technischer Hinsicht überschaubar ist und von einem Patentanwalt oder einem patentrechtlich erfahrenen Rechtsanwalt erfaßt und beurteilt werden kann. An der Objektivität des Anwalts bei der Beratung seines Auftraggebers zu zweifeln, besteht kein Anlaß, denn dieser erwartet von ihm gerade eine neutrale, das heißt objektiv richtige Beurteilung der Sach- und Rechtslage, weil nur eine solche ihm eine brauchbare Grundlage für seine Entschlüsse geben kann.“

⁸⁷⁰ EuGH, Urteil vom 14.9.2010 – Rechtssache C-550/07 P = Slg. 2010, I-8360 ff. = ECLI:EU:C:2010:512 („Akzo Nobel Chemicals und Akcros Chemicals/Europäische Kommission“); dazu *Kremer/Voet van Vormizeele*, AG 2011, 245, 246 ff.; *Klöhn*, DB 2013, 1535, 1536.

⁸⁷¹ BSG, Urteil vom 3.4.2014 – B 5 RE 13/14 R = NJW 2014, 2743 ff.; BSG, Urteil vom 3.4.2014 – B 5 RE 3/14 R = juris; BSG, Urteil vom 3.4.2014 – B 5 RE 9/14 R = WM 2014, 1883 ff.

⁸⁷² Siehe BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 673 Tz. 17 („Unternehmensberaterin“); sowie *Strohn*, CCZ 2013, 177, 182: „[A]uch der Rechtsrat der Rechtsabteilung [kann] das Verschulden des Geschäftsleiters ausschließen [...]“

⁸⁷³ Vgl. *Strohn*, CCZ 2013, 177, 182; ferner *Krämer/Kiefner*, AG 2012, 498, 500; *Krieger*, ZGR 2012, 496, 500 f.; *Klöhn*, DB 2013, 1535, 1538 f.; sowie unten S. 142 bei Fußnote 897 und S. 143 bei Fußnote 899.

⁸⁷⁴ So *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 92; *Selter*, AG 2012, 11, 15.

⁸⁷⁵ Vgl. *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 141; *ders.*, CCZ 2013, 177, 192 f.; *Klöhn*, DB 2013, 1535, 1538 f.; *Bicker*, AG 2014, 8, 11; abweichend *Kiefner/Krämer*, AG 2012, 498, 501; *Fleischer*, KSzW 2013, 3, 8; *ders.*, DB 2015, 1764, 1768.

⁸⁷⁶ Vgl. *Fleischer*, KSzW 2013, 3, 8; *ders.*, DB 2015, 1764, 1768; *Strohn*, CCZ 2013, 177, 181; *Decker*, GmbHR 2014, 72, 75 f.; *Vetter*, NZG 2015, 889, 893; *Steber*, DStR 2015, 2391, 2394; *Diekmann/Punte*, WM 2016, 681, 687; zu streng OLG Hamburg, Urteil vom 18.9.2009 – 11 U 183/07 = AG 2010, 502, 507 („ISION“): Denkbare Abhängigkeit schadet.

standsmitglied aber zeigen, wie es mit dem eigenen Unvermögen verantwortungsvoll umgegangen ist. Will man dem Gefälle zwischen dem Wissensniveau des Experten und dem des Vorstands sprachlich Rechnung tragen, kann man die aus dem Abschnitt über Pflichtverletzung und Delegation bekannte Trias der Auswahl, Einweisung und Überwachung⁸⁷⁷ von Hilfspersonen für die Beauftragung von Fachleuten neu formulieren: Der Vorstand ist dafür verantwortlich, den Kontakt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzubahnen, aufzunehmen und aufrechtzuerhalten.

Für die Kontaktabahnung bedeutet dies – wie im vorangehenden Abschnitt dargestellt –, dass sich der Vorstand an jeden professionellen Rechtsberater wenden darf, solange er nicht Anhaltspunkte hat, die an der Zuverlässigkeit des Experten zweifeln lassen.

Für die Kontaktaufnahme kann grundsätzlich verlangt werden, dass der Vorstand mit einer präzisen Frage an den juristischen Ratgeber herantritt und ihn zutreffend und vollständig über den zugrundeliegenden Sachverhalt aufklärt. „Die bloße Annahme der Beklagten [...], dass bei der Erstellung des Abwicklungskonzepts die rechtlichen Voraussetzungen der Sacheinlage überprüft wurden, ersetzt eine Beratung und ggf. eine Nachfrage nicht“, heißt es in der „ISION“-Entscheidung.⁸⁷⁸ Es liegt in der Verantwortung des Vorstands, die Anschlussfähigkeit des Experten herzustellen. Der Bundesgerichtshof hat daher im Fall der „Unternehmensberaterin“ geurteilt, dass es nicht ausreicht, die Vermögenslage der Gesellschaft sowie weitere Sanierungsmöglichkeiten prüfen zu lassen, wenn eigentlich die Frage nach der Insolvenzantragspflicht im Raum steht.⁸⁷⁹ In der Entscheidung vom Mai 2007 lag der Fall noch krasser, da der beklagte Geschäftsführer dem hinzugezogenen Insolvenzrechtsexperten keine Details über die Vermögenslage der GmbH hatte mitteilen lassen. Auch hier bildete nicht die Insolvenzreife, sondern nur eine bestimmte Forderung der Gesellschaft den Gegenstand der Anfrage.⁸⁸⁰ Für die Kapitalausstattung der Gesellschaft tragen die Geschäftsleiter nach der Rechtsprechung eine umfassende Verantwortung.⁸⁸¹ Der Auftrag für eine anderweitige Aufgabenstellung entlastet den Vorstand daher nur, wenn er sich nach den Umständen der Auftragserteilung darauf verlassen durfte, dass der Experte die Insolvenzreife auch im Rahmen dieser anderweitigen Aufgabenstellung prüfen werde.⁸⁸²

Klang dies in der Entscheidung der „Unternehmensberaterin“ noch verhältnismäßig streng, hat sich im Urteil aus dem April 2015 gezeigt, dass dem Bundesgerichtshof ein Obersatz gelungen ist,

⁸⁷⁷ Siehe oben S. 55 bei Fußnote 341 und S. 66 bei Fußnote 408; sowie *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 49.

⁸⁷⁸ BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2100 Tz. 22 („ISION“); dazu *Strohm* CCZ 2013, 177, 182.

⁸⁷⁹ Siehe BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 674 Tz. 21 („Unternehmensberaterin“).

⁸⁸⁰ Siehe BGH, Beschluss vom 16.7.2007 – II ZR 226/06 = DStR 2007, 1641, 1642 wiedergegeben von *Goette*.

⁸⁸¹ Siehe oben S. 118 nach Fußnote 732.

⁸⁸² Siehe BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 674 Tz. 22 („Unternehmensberaterin“).

der auch zugunsten des Vorstands funktioniert.⁸⁸³ Der II. Zivilsenat hat klargestellt, dass ein Prüfauftrag nicht ausdrücklich für eine bestimmte Rechtsfrage erteilt werden muss, sondern dass es für die Entlastung aufgrund eines Rechtsirrtums genügt, wenn die Prüfung aus der Sicht des nicht fachkundigen Organs die zweifelhafte Frage umfasst.⁸⁸⁴ Der juristisch nicht gebildete Vorstand kann dem Rechtsberater nur präzise beschreiben, welche Maßnahme er plant oder vor welcher Herausforderung er zu stehen meint. Die Fragestellung würde etwa lauten: Muss ich Insolvenzantrag stellen?⁸⁸⁵ Dürfen wir unser Programm zum Rückkauf eigener Aktien fortsetzen?⁸⁸⁶ Oder: Können Sie einen Beratervertrag entwerfen, den die Gesellschaft mit einem ihrer Vorstandsmitglieder schließen möchte?⁸⁸⁷ Jede Anfrage muss mit einer umfassenden Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und mit einer Offenlegung der erforderlichen Unterlagen einhergehen. Dabei mag man dem Vorstand zugestehen, dass er in vielen Fällen nur im engen Austausch mit dem Berater ermitteln kann, welche Fakten für dessen Beurteilung wesentlich sind.⁸⁸⁸ Die Informationsverantwortung indes geht nicht auf den Experten über.

Für das Kontakt-Halten ist es erforderlich, dass der Rechtsanwalt Auskunft gibt und dass der Vorstand dessen Ratschläge aufgreift. D.h. der Vorstand muss sie zumindest vollständig zur Kenntnis nehmen, auf ihre Plausibilität hin überprüfen und anschließend in der einen oder anderen Weise zur Grundlage seines Handelns machen. Dies schließt es nicht aus, dass der Vorstand sich in geeigneten Fällen mit einer Kurzfassung des Gutachtens begnügt und die detaillierte Durchsicht der eigenen Rechtsabteilung überlässt.⁸⁸⁹ Nur dürfen sich dann aus der Kurzfassung keine Zweifel ergeben. Ein Gutachten, das für juristische Laien erstattet wird, muss für diese auch nachvollziehbar sein.⁸⁹⁰ Niemand wird von einem fachfremden Geschäftsleiter verlangen, dass er die Raffinesse eines jeden juristischen Arguments erfasst.⁸⁹¹ Wohl aber kann man erwar-

⁸⁸³ Steber, DStR 2015, 2391, 2394, weist zu Recht darauf hin, dass der BGH mit seinem Urteil vom 28.4.2015 (II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 f. Tz. 30) die Anforderungen an den Vorstand gegenüber seinem Urteil vom 27.3.2012 (II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 674 Tz. 22) nicht herabgeschraubt hat.

⁸⁸⁴ BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220 Leitsatz 2, 1222 Tz. 30.

⁸⁸⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 = ZIP 2007, 1265 ff. Tz. 1 ff. („Software-Start-up“); BGH, Beschluss vom 16.7.2007 – II ZR 226/06 = DStR 2007, 1641, 1642 wiedergegeben von Goette; BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 673 Tz. 15 („Unternehmensberaterin“); OLG Schleswig, Urteil vom 11.2.2010 – 5 U 60/09 = ZIP 2010, 516, 519.

⁸⁸⁶ Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386, 2387: Der Vorstand hatte sogar gefragt, ob die AG „die nach § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG i.V.m. § 272 Abs. 4 HGB erforderliche Rücklage für eigene Aktien bilden“ konnte.

⁸⁸⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220 ff. Tz. 1 ff.

⁸⁸⁸ Tendenziell großzügiger Fleischer, DB 2015, 1764, 1768; sowie Florstedt, NZG 2017, 601, 606; siehe oben S. 134 bei Fußnote 834.

⁸⁸⁹ Siehe Strohn, ZHR 176 (2012), 137, 142; ders., CCZ 2013, 177, 183 f.; Weyland, NZG 2019, 1041, 1045.

⁸⁹⁰ Siehe Strohn, CCZ 2013, 177, 183.

⁸⁹¹ Vgl. Fleischer, DB 2015, 1764, 1769: „In den meisten Fällen wird man einem juristischen Laien das Vertrauensdünken auf ein Rechtsgutachten aber nur dann absprechen dürfen, wenn diesem der Gefälligkeitscharakter geradezu auf der Stirn geschrieben steht. Wer das bezweifelt, mag als Gegenprobe etwa den Fall nehmen, dass ein juristisch ausgebildetes Vorstandsmitglied eines Erlöunternehmens auf Basis eines geologischen Gutachtens über kostspielige Grundstückskäufe oder Probebohrungen entscheidet. Dann schwindet die Zuversicht, dass sich einem geologischen Laien Unzulänglichkeiten eines solchen Gutachtens geradezu auf-

ten, dass er ein Gutachten daraufhin überprüft, ob es richtig und vollständig an die mitgeteilten Tatsachen anknüpft und ob es offensichtliche Widersprüche oder Begründungslücken aufweist.⁸⁹² Das Vertrauen in die Fachkompetenz einer Kanzlei allein ersetzt die Plausibilitätskontrolle nicht.⁸⁹³ Der II. Zivilsenat hat in seiner letzten Entscheidung vorgeführt, dass dieses Prüfprogramm nicht zu einer Überforderung der Vorstandsmitglieder führt. Keineswegs müssen sie die Rechtsauskunft einer zweiten rechtlichen Überprüfung unterziehen. Maßstab der Plausibilitätskontrolle ist nicht die wirkliche Rechtslage, sondern die unzutreffende Auskunft des Rechtsberaters.⁸⁹⁴ Solange diese Auskunft einem sorgfältigen und gewissenhaften juristischen Laien den Eindruck vermittelt, dass er seinen organschaftlichen Pflichten gerecht werde, trifft ihn kein Verschulden. Ist sein Handeln dagegen erkennbar nicht von der Auskunft des Beraters gedeckt, fällt ihm Fahrlässigkeit zur Last.⁸⁹⁵

c) Rechtsirrtum und Legalitätspflicht

Bereits im ersten Kapitel wurde darauf hingewiesen, dass sich hinter den Begriffen Rechtsunsicherheit und Rechtsirrtum auch im Organhaftungsrecht Verschuldensprobleme verbergen.⁸⁹⁶ Die Entwicklung der Rechtsprechung seit der „Software-Start-up“-Entscheidung aus dem Jahr 2007 bestätigt diese Einschätzung. Das Verschulden spielt jedenfalls für die Legalitätspflicht, in deren Anwendungsbereich alle in diesem Abschnitt dargestellten Fälle fallen, eine nicht zu unterschätzende Rolle. Eng verknüpft mit dieser Einsicht ist die (keineswegs neue) Erkenntnis, dass beim Verschulden die Umstände des Einzelfalls den Ausschlag geben.⁸⁹⁷ Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bildet ebenso wie die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347 Abs. 1 HGB) oder allgemein die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) einen objektiven Maßstab, sie kann aber jeweils nur in einer konkreten Situation ihre Geltung entfalten.

Dass der Bundesgerichtshof daher gut beraten ist, offene Rechtssätze zu formulieren, zeigt sich deutlich an der „Unternehmensberaterin“-Entscheidung und dem Urteil vom April 2015. In beiden Fällen hat der II. Zivilsenat entschieden, dass der auf eine anderweitige Aufgabenstellung

drängen müssen, und es wächst die Einsicht, dass dem Vorstandsmitglied keine fachliche Überprüfung gravimetrischer oder geomagnetischer Messungen angesonnen werden kann.“

⁸⁹² Vgl. *Fleischer*, Festschrift Hüffer, S. 187, 195; *ders.*, KSzW 2013, 3, 9: „Richtigerweise muss sich das Organmitglied mit den Ausführungen des Gutachtens vertraut machen: ‚[D]irectors have some oversight obligations to become reasonably familiar with an opinion, report, or other source of advice before coming entitled to rely on it.‘“ unter Verweis auf *Hanson Trust PLC v. ML SCM Acquisition Inc.*, 781 F.2d 264, 275 (2d Cir. 1986); ferner *Cahn*, WM 2013, 1293, 1299; *Weyland*, NZG 2019, 1041, 1045; abweichend *Ihrig/Schäfer*, Rn. 1532, denen zufolge die „Obliegenheit zur Plausibilitätskontrolle“ das Vorstandsmitglied nicht „höchstpersönlich“ treffe (Hervorhebung weggelassen). Das Vorstandsmitglied müsse sich aber das Verschulden der von ihm eingeschalteten Rechtsabteilung zurechnen lassen.

⁸⁹³ Siehe BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2100 Tz. 25 („ISION“).

⁸⁹⁴ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1223 Tz. 33, 37.

⁸⁹⁵ Anschaulich OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386, 2389.

⁸⁹⁶ Siehe oben S. 25 bei und nach Fußnote 140 sowie bei und nach Fußnote 147.

⁸⁹⁷ Vgl. *Bergmann*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2011, S. 1, 15; *Fleischer*, DB 2015, 1764, 1767.

gerichtete Auftrag die Geschäftsleiter nur dann entlastet, wenn sie sich nach den Umständen der Auftragserteilung darauf verlassen durften, dass der sachkundige Dritte die zweifelhafte Frage auch im Rahmen der anderweitigen Aufgabenstellung geprüft und beantwortet habe.⁸⁹⁸ Während der Bundesgerichtshof im ersten Fall befand, dass die Feststellungen des Berufungsgerichts für eine solche Annahme keine hinreichenden Anhaltspunkte boten, bejahte er im zweiten das Vorliegen dieser Voraussetzungen. Im ersten Fall durfte die Geschäftsführerin nicht darauf vertrauen, dass die Unternehmensberaterin über die Vermögenslage der Gesellschaft sowie etwaige Sanierungsmöglichkeiten hinaus auch gezielt prüfen werde, ob ein Insolvenzantrag zu stellen sei. Im zweiten hingegen durfte der Vorstand davon ausgehen, allein für den Abschluss des Beratervertrages zuständig zu sein. Die Auskunft seiner Rechtsanwälte hatte sich für den II. Zivilsenat ausführlich genug mit den Kompetenzen des Aufsichtsrats befasst und erklärt, warum der Beratervertrag nicht darunterfalle. Diese falsche Auskunft bestärkte den Vorstand in der Annahme, eigenverantwortlich handeln zu dürfen, und entlastete ihn vom Vorwurf des Verschuldens.

Aus methodologischer Sicht bewahrheitet sich hier, dass die Entscheidungsnorm, um es mit Friedrich Müller zu sagen, nicht ohne den Normbereich auskommt oder, mit Wolfgang Fikentscher, dass man die Fallnorm nicht ohne eine gründliche Beschäftigung mit dem zu entscheidenden Sachverhalt bilden kann.⁸⁹⁹ Es steht nicht zu erwarten, dass die Rechtsprechung ohne Not von der eingeschlagenen Linie abweichen wird.⁹⁰⁰ Mit der „ISION“-Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof den Fahrlässigkeitsmaßstab feiner skaliert. Die Exkulpation durch Expertenrat ist nunmehr (auch für Berater) leichter zu handhaben.⁹⁰¹ Im vierten Kapitel werden die für den Rechtsirrtum des Vorstands geltenden Grundsätze der allgemeinen Irrtumslehre gegenübergestellt, um verbleibende Zweifelsfragen zu klären.⁹⁰²

Die Rechtsprechung zu Verschulden und Expertenrat trägt auch zu einem besseren Verständnis der organschaftlichen Pflichten bei. Unzweifelhaft gilt dies für die Legalitätspflicht. Nach verbreteter Ansicht sollen die Mitglieder des Vorstands pflichtgemäß handeln, wenn sie mit guten Gründen eine vertretbare Rechtsmeinung fassen und Risiken wie Chancen ihres Standpunktes gegeneinander abwägen.⁹⁰³ Eine dogmatisch saubere Begründung hierfür steht noch immer aus. Dass man § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG direkt⁹⁰⁴ oder entsprechend⁹⁰⁵ anwenden könnte, wird sich in

⁸⁹⁸ Siehe BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 674 Tz. 22 („Unternehmensberaterin“); BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1222 f. Tz. 30.

⁸⁹⁹ Siehe *F. Müller/Christensen*, S. 502 f., 504 ff., 511 ff., 514 f.; *Fikentscher*, S. 202 ff., 225 f.

⁹⁰⁰ Grundsätzlich andere Bewertung der Rechtsprechung bei *Harnos*, S. 286 f., 260, 264; dazu unten S. 208 nach Fußnote 1318.

⁹⁰¹ Dazu *Fleischer*, DB 2015, 1764, 1768; *Steber*, DStR 2015, 2391, 2395.

⁹⁰² Siehe unten S. 204 nach Fußnote 1269, S. 208 nach Fußnote 1318 und S. 213 nach Fußnote 1349.

⁹⁰³ Siehe oben S. 19 bei Fußnote 98.

⁹⁰⁴ So wohl *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243, 247.

⁹⁰⁵ So jedenfalls i.E. *Spindler*, Festschrift Canaris, S. 403, 415, 421; *ders.*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 90, 97; *Fleischer*, Festschrift Hüffer, S. 187, 201: „Parallele zu § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG“ spreche für eine dogmatische Verortung auf Ebene der Sorgfaltspflicht; ferner *Cahn*, WM 2013, 1293, 1294 f.; *Bicker*, AG 2014, 8, 10 f.; sowie oben S. 19 bei und in Fußnote 99.

Anbetracht der in den vergangenen fünfzehn Jahren gefestigten Rechtsprechung nicht mehr vertreten lassen. Im Rahmen der Legalitätspflicht ist nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers für die Anwendung der sog. Business Judgment Rule kein Raum.⁹⁰⁶ Eine auf Pflichtenebene angesiedelte Lösung verbietet sich somit. Die juristische Person kann nur durch ihre Organe handeln und nur durch ihre Organe behandelt werden: It has no soul to damn and no body to kick.⁹⁰⁷ Jedwede Aufweichung der organschaftlichen Rechtsbindung würde die Aktiengesellschaft gegen einzelne Normbefehle abschirmen. Da der Gestaltungsanspruch des Gesetzgebers jedoch nicht leerlaufen darf, muss an einem Gleichlauf der Legalitätspflicht im Außen- und Innenverhältnis festgehalten werden.⁹⁰⁸ Würde die Legalitätspflicht unter (Rechts-)Unsicherheit ihren Charakter ändern,⁹⁰⁹ könnte man außerdem nur schwerlich erklären, weshalb der Vorstand in Delegationsbeziehungen zum Aufklären, Abstellen und Ahnden⁹¹⁰ von Rechtsverstößen verpflichtet ist.⁹¹¹ Da die Rechtsprechung zu Verschulden und Expertenrat die Legalitätspflicht besser zu verstehen hilft, erlaubt sie zugleich eine schärfere Abgrenzung von den organschaftlichen Pflichten innerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und fördert so auch deren Verständnis. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob es gesetzliche, satzungsmäßige oder anstellungsvertragliche Pflichten mit tatbestandlichem Beurteilungsspielraum gibt. Im vierten Kapitel ist darauf zurückzukommen, welche unternehmerischen Entscheidungsspielräume bei rechtlicher Vorprägung bestehen.⁹¹²

V. Zusammenfassung

Die Haftung des Vorstands gegenüber der Aktiengesellschaft setzt Verschulden voraus. Den Bezugspunkt des Verschuldens bildet allein die Pflichtverletzung, Vorsatz und Fahrlässigkeit müssen sich nicht auf den Eintritt des Schadens beziehen. Als Fahrlässigkeitsmaßstab bestimmt § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, dass die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben. Diese Sorgfalt stellt keine geringen Anforderungen an die Geschäftsleitung. Mit der *diligentia quam in suis* ist es für den Vorstand nicht getan. Ebenso wenig kann er sich auf die aus dem Arbeitsrecht bekannten Haftungsmilderungen aufgrund betrieblich veranlasster Tätigkeit berufen. Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters formuliert einen normativ typisierten Verschul-

⁹⁰⁶ Siehe Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp.; dazu bereits oben S. 26 nach Fußnote 151.

⁹⁰⁷ In Anlehnung an den Aufsatztitel von *Coffee*, 79 Mich. L. Rev. 386 (1981): „No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment“. Das Diktum wird dem britischen Lord High Chancellor Edward Thurlow (1731-1806) zugeschrieben, siehe *Poynder*, S. 268: „Lord Chancellor Thurlow said that Corporations have neither bodies to be punished, nor souls to be condemned; they therefore do as they like.“ (Hervorhebung weggelassen); ferner *Mullins v. Venable*, 297 S.E.2d 866, 870: „This [...] clearly envisions personal liability on the part of corporate officers since imprisonment of the corporation, it having no body, is impossible.“

⁹⁰⁸ So bereits *Holle*, AG 2011, 778, 785; *ders.*, S. 51 f., 54 ff.; siehe zudem oben S. 19 bei und nach Fußnote 100.

⁹⁰⁹ So aber *Kiefner/Krämer*, AG 2012, 498, 499.

⁹¹⁰ Dazu *Reichert*, Festschrift Hoffmann-Becking, S. 943, 947 ff., 958 ff.; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 324.

⁹¹¹ Siehe oben S. 71 bei Fußnote 453.

⁹¹² Siehe unten S. 192 nach Fußnote 1193.

denmaßstab. Vorstandsmitglieder haben für diejenigen Fähigkeiten und Kenntnisse einzustehen, die die ihnen anvertraute Leitungsaufgabe objektiv erfordert. Die individuelle Unkenntnis oder Unfähigkeit entlastet nicht. Wer als Verwalter fremden Vermögens zu Werke geht, muss über die erforderlichen geschäftlichen Kenntnisse verfügen. Dazu zählen grundsätzlich auch Rechtskenntnisse. Die Vorstandsmitglieder sollten sich zumindest mit den gesetzlichen Vorgaben des Aktienrechts und ihren organschaftlichen Pflichten vertraut machen. Dies gilt insbesondere für die satzungsmäßigen Beschränkungen ihrer Geschäftsführungsaufgabe. Das Vertrauen auf die Angaben von Vorstandskollegen entschuldigt insofern nicht. Auch eine Geschäftsverteilung lässt den Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG generell unberührt. Zwischen eng verbundenen Vorstandsressorts besteht keine intensivere Überwachungspflicht als zwischen sachferneren Ressorts.

Der objektive Sorgfaltsmaßstab steht ferner nicht zur Disposition der Parteien. Eine Haftungsmilderung auf statutarischer oder vertraglicher Grundlage kommt nicht in Betracht. Bei der unentgeltlichen Übernahme des Vorstandsamtes oder einer nur geringfügigen jährlichen Vergütung kann im Einzelfall eine analoge Anwendung von § 31a BGB gerechtfertigt sein. Voraussetzung für einen Analogieschluss ist aber, dass die Organtätigkeit sich in Übereinstimmung mit dem gesetzgeberischen Willen als Ausdruck bürgerschaftlichen Engagements darstellt. Entgegen verbreiteter Annahme stehen dann auch Erfordernisse des Gläubigerschutzes einer Analogie nicht entgegen. Sofern es hingegen um eine berufliche Betätigung in erwerbswirtschaftlichen Verbänden geht, ist die Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit zu versagen.

Der Vorstand haftet grundsätzlich auch für fremdes Verschulden. Eine Zurechnung des Verschuldens Dritter kommt in Frage, wenn ein Vorstandsmitglied Hilfspersonen in die Erfüllung eigener Verbindlichkeiten einschaltet. Für die Anwendung von § 278 Satz 1 BGB ist nicht maßgeblich, in welchen eigenen Rechtsbeziehungen der potentielle Erfüllungsgehilfe zur Aktiengesellschaft steht. Ob er zugleich eigene Verbindlichkeiten gegenüber der Gesellschaft erfüllt oder aufgrund seiner vertraglichen Beziehung mit der Gesellschaft in deren Pflichtenkreis tätig wird, gibt nicht den Ausschlag. Entscheidend ist vielmehr, ob der Gehilfe mit dem tatsächlichen Willen eines Vorstandsmitglieds bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeiten als Hilfsperson tätig wird. Diese für § 278 BGB maßgebliche Abgrenzung kann man nicht vornehmen, wenn man allein auf die Leistungspflichten des potentiellen Erfüllungsgehilfen abstellt. Man muss die Schuldnerpflicht des Vorstands in den Blick nehmen. Wo die Pflichten des beklagten Vorstandsmitglieds enden, endet die Möglichkeit einer Verschuldenszurechnung. Die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung setzt insofern zwingende Grenzen. Eine Geschäftsverteilung entlässt die Vorstandsmitglieder zwar nicht aus ihrer Gesamtverantwortung, sie führt aber zu einer Modifizierung des Pflichtenprogramms: Den zuständigen Organwalter trifft die Verantwortung für sein Ressort, die übrigen trifft lediglich eine Pflicht zur aufmerksamen Begleitung und Kontrolle. Bei der vertikalen Arbeitsteilung verhält es sich ähnlich. Der Vorstand erfüllt im Unternehmen der AG die Arbeitgeberfunktion. Er hat im Rahmen zulässiger Delegation daher nicht die gleichen Pflichten wie ein Arbeitnehmer und umgekehrt. Der Vorstand rückt von der Rolle des Akteurs in die Rolle des Kontrolleurs. Dasselbe gilt im Verhältnis zu externen Dienstleistern, auch sie treffen andere Pflichten als den Vorstand. Daran scheitert die Verschuldenszurechnung.

Wie im ersten Kapitel dargestellt, entbindet es die Vorstandsmitglieder nicht von ihrer Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Geschäftsführung, wenn sie eine organinterne Zuständigkeitsverteilung vornehmen oder Aufgaben vertikal delegieren. Haftungsrechtlich einstehen müssen sie aber nur dann, wenn ihnen selbst vorgeworfen kann, Kollegen oder Mitarbeiter nicht hinreichend überwacht zu haben. § 278 BGB spielt bei der Überwachungsaufgabe keine Rolle, da auch die Mitarbeiter einer Complianceabteilung andere Pflichten haben als der Vorstand. Ein Anwendungsbereich bleibt der Verschuldenszurechnung somit nur in Fällen unzulässiger Delegation. Namentlich bei den vom Bundesgerichtshof sogenannten Leitungsaufgaben, die in die Gesamtverantwortung des Vorstands fallen. Dass die unzulässige Delegation für sich genommen bereits Anknüpfungspunkt eines Fahrlässigkeitsvorwurfs ist, spricht nicht dagegen, in diesem Fall auch eine Haftung für fremdes Verschulden anzunehmen.

In der Regel handelt es sich bei der Haftung gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG um eine Haftung für eigenes Verschulden. Dass ein Vorstandsmitglied Beratung in Anspruch nimmt, begründet für sich genommen kein Verschulden. Im Gegenteil: Fachlichen Rat einzuholen, kann zur Vermeidung des Fahrlässigkeitsvorwurfs sogar zwingend geboten sein.

Expertenrat spielt vor allem bei der Legalitätspflicht eine Rolle und kann zu einem unverschuldeten Rechtsirrtum führen. An das Vorliegen eines solchen Irrtums sind strenge Maßstäbe anzulegen. Ein Schuldner muss die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten. Das Irrtumsrisiko trägt grundsätzlich der Schuldner. Dies gilt auch für den Vorstand. Damit er in den Genuss eines haftungsausschließenden Irrtums kommt, muss er sich unverzüglich von einer unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Person beraten lassen. Die Auskunftsperson muss nicht von Rechts wegen einem bestimmten Berufsstand angehören. Im Ausgangspunkt wird der Vorstand zum Nachweis der erforderlichen Sachkunde aber auf die Formalqualifikation einer Anwaltszulassung vertrauen dürfen. Ob die Verlässlichkeit der Auskunft an fehlender Expertise scheitert, ist letztlich ebenso eine Frage des Einzelfalls wie die fehlende Unabhängigkeit des Beraters. Unter Unabhängigkeit ist zu verstehen, dass der Berater seine Rechtsauskunft sachlich unabhängig, d.h. unbeeinflusst von unmittelbaren oder mittelbaren Vorgaben hinsichtlich des Ergebnisses erteilt hat. Sollte der Vorstand Anhaltspunkte dafür besitzen, dass sein Berater in einem Interessenkonflikt handelt und deswegen keine Gewähr für ein unvoreingenommenes Urteil leistet, muss er diese Zweifel ausräumen. Andernfalls ist sein Vertrauen nicht gerechtfertigt. Eine Vorbefassung des Rechtsanwalts steht dessen Unabhängigkeit jedoch nicht entgegen. Ebenso wenig fehlt sie Syndikusanwälten oder Mitarbeitern einer Rechtsabteilung allein aufgrund ihrer arbeitsvertraglichen Bindung an die AG. Hat der Vorstand den Kontakt zu einem zuverlässigen und sachkundigen Ratgeber angebahnt, muss er diesen Kontakt auch mit der erforderlichen Sorgfalt aufnehmen. Dazu gehört es, die Verhältnisse der Gesellschaft umfassend darzustellen und alle erforderlichen Unterlagen offenlegen. Es liegt in der Verantwortung des Vorstands die Anschlussfähigkeit des Experten herzustellen, auch wenn er in vielen Fällen nur im engen Austausch mit dem Berater ermitteln kann, welche Fakten für dessen Beurteilung wesentlich sind. Der Prüfauftrag muss nicht ausdrücklich für eine bestimmte Rechtsfrage erteilt werden. Das ist von einem juristisch ungebildeten Vorstand ist nicht zu verlangen. Erwartet werden darf aber,

dass er dem Berater präzise beschreibt, welche Maßnahme er plant oder vor welcher Herausforderung er zu stehen meint. Für die Entlastung aufgrund eines Rechtsirrtums kann es dann genügen, dass die Prüfung aus der Sicht des nicht fachkundigen Organs die zweifelhafte Frage umfasst. Es kommt darauf an, ob die Vorstandsmitglieder sich nach den Umständen der Auftragserteilung darauf verlassen durften, dass der sachkundige Dritte die zweifelhafte Frage auch im Rahmen einer anderweitigen Aufgabenstellung prüft und beantwortet. Unabhängig vom Prüfungsauftrag kann es den Vorstand natürlich auch entlasten, wenn die problematische Rechtsfrage nach dem Inhalt der Auskunft tatsächlich geprüft und beantwortet wurde. Um das festzustellen, muss der Vorstand die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterziehen. Nur dann kann er den Kontakt mit dem Experten erfolgreich halten. Die Plausibilitätskontrolle besteht nicht in einer zweiten vollständigen Rechtskontrolle. Ihre Grundlage ist nicht die wirkliche Rechtslage, sondern die (unzutreffende) Rechtsauskunft. Die Plausibilitätskontrolle beinhaltet daher die Überprüfung, ob dem Berater nach dem Inhalt der Auskunft alle erforderlichen Informationen zur Verfügung standen, ob er die Informationen verarbeitet hat und ob alle sich für einen Rechtsunkundigen aufdrängenden Fragen widerspruchsfrei beantwortet wurden oder weiterer Beratungsbedarf besteht. Eine Auskunft, die das Verhalten des Vorstands nicht abdeckt, befreit vom Vorwurf des Verschuldens nicht.

KAPITEL 3 MITVERSCHULDEN

I. Einleitung

Anders als die Pflichtverletzung und das Verschulden gehört Mitverschulden nicht zum haftungsbegründenden Tatbestand des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG. Da aber § 254 BGB, soweit keine Sonderregelungen bestehen, grundsätzlich auf alle Schadensersatzansprüche Anwendung findet,⁹¹³ muss man sich mit der Frage auseinandersetzen, welche Rolle Mitverschulden bei der organschaftlichen Haftung zukommt. Zwei Aspekte könnten für die Beachtlichkeit des Mitverschuldenseinwandes sprechen, wenn die Vorstandsmitglieder bei ihrer Arbeit auf andere vertrauen. Zum einen stehen sämtliche Personen, die als Ratgeber in Betracht kommen, in der Regel selbst in organschaftlichen, arbeitsrechtlichen oder dienstvertraglichen Beziehungen zur AG. Die Aktiengesellschaft ist dann nicht bloß Nutznießer, sondern auch Leistungsempfänger der Beratung. Zum anderen finden sich im Schrifttum Stimmen, die meinen, dass die Aktiengesellschaft aufgrund ihrer Treuepflicht gehalten sei, Regressansprüche gegen den Vorstand nicht in vollem Umfang geltend zu machen.⁹¹⁴ Der Einwand des Mitverschuldens gilt aber als Ausprägung von Treu und Glauben i.S.d. § 242 BGB,⁹¹⁵ so dass Expertenrat auch insofern eine Anspruchskürzung nach § 254 BGB rechtfertigen könnte.

II. Mitverschulden unbeachtlich

Ein selbst schuldhaft handelndes Vorstandsmitglied kann sich gegenüber der Gesellschaft nicht mit dem Hinweis auf ein Mitverschulden anderer Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder entlasten.⁹¹⁶ Rechtsprechung und Lehre stehen schon seit langem auf dem Standpunkt, dass das Ver-

⁹¹³ Statt vieler *Oetker*, in: Münchener Komm. BGB, § 254 Rn. 7.

⁹¹⁴ Siehe *Bayer*, Festschrift K. Schmidt, S. 85, 97; sowie *Schnorbus/Ganzer*, WM 2015, 1877, 1878 m.w.N.

⁹¹⁵ Siehe nur BGH, Urteil vom 14.3.1961 – VI ZR 189/59 = BGHZ 34, 355, 363 f.; BGH, Urteil vom 18.4.1997 – V ZR 28/96 = NJW 1997, 2234, 2235 („Tennisplatz“).

⁹¹⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 21.12.1978 – II ZR 244/78 = NJW 1980, 1629, 1630 („Schaffgotsch“): „[J]eder von ihnen – Aufsichtsrats- wie Vorstandsmitglied – ist aus eigener, selbständiger Verpflichtung verantwortlich.“; OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.11.1996 – 6 U 11/95 = AG 1997, 231, 237 („ARAG/Garmenbeck“); OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386, 2389: Es sei „eine originäre Pflicht des Vorstandsmitglieds [...] sich bei der [...] Auswahlentscheidung selbst hinsichtlich der spezifischen Sachkunde des Berufsträgers zu vergewissern [...]“. Dass der Aufsichtsratsvorsitzende dem Finanzvorstand den Rechtsanwalt empfohlen hatte, auf dessen Expertenrat sich der beklagte Vorstand vor Gericht erfolglos berief, begründete kein Mitverschulden der AG. Ferner LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570, 578 („Siemens/Neubürger“): „Eine Rechtsmissbräuchlichkeit der Geltendmachung des Schadens resultiert auch nicht aus der vom Beklagten vorgetragene Erwägung, die Aufsichtsratsmitglieder hätten ihn nicht über das System ‚Schwarzer Kassen‘ bei der Klägerin informiert. Die Argumentation des Beklagten bedeutet einen Widerspruch zu dem Grundsatz aus § 76 Abs. 1 AktG, wonach der Vorstand die Gesellschaft in eigener Verantwortung leitet. Dies hat zur Folge, dass ein Neueintritt in den Vorstand sich auch über die Probleme innerhalb der Gesellschaft kundig machen muss und nicht auf eine vollumfängliche Information durch

sagen anderer Organmitglieder oder Gesellschaftsorgane allenfalls zu deren gesamtschuldnerischen Haftung führe.⁹¹⁷ §§ 31 und 254 BGB finden insofern keine Anwendung.⁹¹⁸ Vorrangig ist die aktienrechtliche Kompetenz- und Haftungsordnung, die von allen Organmitgliedern die Beachtung der ihnen obliegenden Sorgfalt verlangt, unabhängig von der Pflichtvergessenheit anderer (vgl. §§ 76 Abs. 1, 82 Abs. 2, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG sowie insbesondere § 93 Abs. 4 Satz 2 AktG).⁹¹⁹ Oder wie es der Bundesgerichtshof in einer GmbH-rechtlichen Entscheidung formuliert: „In der juristischen Person, die als solche nicht handeln kann, sind [...] die Pflichten der für sie tätigen Organe so ausgestaltet, daß sie nebeneinander bestehen, jedes Organ für die Erfüllung seiner Pflichten im Rahmen seines gesetzlichen oder satzungsmäßigen Geschäftsbereichs selbstständig verantwortlich ist und deshalb im Falle einer Pflichtwidrigkeit für den verursachten Schaden der juristischen Person auch voll einzustehen hat. Kein Gesellschaftsorgan kann der Gesellschaft gegenüber einwenden, seine Ersatzpflicht sei gemindert, weil ein anderes Gesellschaftsorgan für den Schaden mitverantwortlich sei.“⁹²⁰

den Aufsichtsrat vertrauen darf. Der Aufsichtsrat überwacht nach der Konzeption des Aktienrechts den Vorstand bei dessen operativer Tätigkeit. Zum anderen bedeutet die Annahme eines Rechtsmissbrauchs auch einen Wertungswiderspruch zu dem Grundsatz, dass das Verhalten anderer Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder einer AG bei der Verursachung nicht zu einer Kürzung des Schadensumfangs unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens i.S. d. § 254 Abs. 1 BGB führen kann. Fehler im Rahmen der Überwachung können allenfalls zu einer gesamtschuldnerischen Haftung von Mitgliedern des Aufsichtsrats neben pflichtwidrig handelnden Vorstandsmitgliedern führen.“

⁹¹⁷ Vgl. bereits RG, Entscheidung vom 30.1.1900 – 410/99 II = JW 1900, 186 f.; RG, Urteil vom 13.4.1920 – 473/19 II = JW 1920, 1032, 1033 mit Anm. *Pinner*; RG, Urteil vom 21.12.1928 – II 393/28 = RGZ 123, 216, 222; RG, Urteil vom 29.5.1934 – II 9/34 = RGZ 144, 348, 353; zur Genossenschaft auch RG, Urteil vom 6.10.1905 – 140/05 II = JW 1905, 697, 698; RG, Urteil vom 27.4.1934 – III 218/33 = RGZ 144, 277, 279 ff.; RG, Urteil vom 28.9.1935 – I 356/34 = RGZ 148, 357, 362; aus dem Schrifttum statt vieler *Goette*, in: Handb. Corporate Governance, S. 713, 736; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 249; zuvor etwa *v. Godin/Wilhelmi*, § 93 Anm. 23; *Golling*, S. 71 f.

⁹¹⁸ Anders im englischen Recht *Safeway Stores Ltd v Twigger* [2010] EWCA Civ 1472, [2011] 1 CLC 80 unter Berufung auf die *Maxime ex turpi causa non oritur actio*; dazu *Kapp/Hummel* ZWeR 2011, 349, 357: „[...] auf das deutsche Recht nicht übertragbar.“

⁹¹⁹ Vgl. zu den haftungsrechtlichen Folgen einer „Verwischung der Organzuständigkeiten“ von Vorstand und Aufsichtsrat *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497, 511; zum Verhältnis zwischen einfachen Mitgliedern und dem Vorsitzenden des Vorstands in diesem Zusammenhang *v. Hein*, ZHR 166 (2002), 464, 489 f.

⁹²⁰ BGH, Urteil vom 14.3.1983 – II ZR 103/82 = NJW 1983, 1856, 1856; dazu *Lindacher*, JuS 1984, 672, 674 f.; zuvor bereits BGH, Urteil vom 16.2.1981 – II ZR 49/80 = WM 1981, 440, 442: „Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann es den Beklagten nicht entlasten, ‚nach Kenntnis der Klägerin bzw. ihrer Gesellschaftermehrheit in Geschäften einschlägiger Größenordnung gänzlich unversiert‘ gewesen zu sein.“; später BGH, Beschluss vom 26.11.2007 – II ZR 161/06 = ZIP 2008, 117 Tz. 3; für die Genossenschaft BGH, Urteil vom 9.12.1965 – II ZR 177/63 = BB 1966, 877; für die Stiftung BGH, Urteil vom 20.11.2014 – III ZR 509/13 = ZIP 2015, 166, 167 Tz. 22 („Johannes a Lasco Bibliothek“); siehe außerdem BGH, Urteil vom 14.2.1985 – IX ZR 145/83 = ZIP 1985, 529, 537 f. („Innungskrankenkasse“); OLG Bremen, Urteil vom 28.2.1963 – 2 U 81/62 – 0 118/1960 = GmbHR 1964, 8, 10; OLG Köln, Urteil vom 7.11.2000 – 15 U 181/99 = OLGR Köln 2000, 397, 399; OLG Oldenburg, Urteil vom 22.6.2006 – 1 U 34/03 = GmbHR 2006, 1263, 1267 f.: „Der weitere Geschäftsführer und der vorhandene Aufsichtsrat [...] werden nicht eingerichtet und bestellt, damit die GmbH eine Verpflichtung oder Obliegenheit gegenüber ihrem Geschäftsführer wahrnehmen kann, von diesem herbeigeführte Schäden zu vermeiden oder zu vermindern. Die Aufsichtspflicht des Aufsichtsrats soll allein dem Schutz der Gesellschaft, nicht aber dem Schutz des Geschäftsführers dienen.“; für die Zeit nach Ausscheiden des beklagten Geschäftsführers wird a.a.O., S. 1268, allerdings eine Schadensminderungsobliegenheit der Gesellschaft gemäß § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB angenommen; ebenso BGH, Beschluss vom 5.7.1993 – II ZR 174/92 = DStR 1993, 1637, 1638 wiedergegeben von *Goette*; eingehend dazu *Bayer/P. Scholz*, GmbHR 2016, 841, 842 f.; für die Beachtlichkeit des Mitverschuldenseinwands wegen unzureichender Überwachung des Ge-

Auch ein Verschulden von Angestellten ohne Organfunktion wirkt nicht zugunsten der Vorstandsmitglieder.⁹²¹ Eine Haftungsminde rung gemäß §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 BGB ist ausgeschlossen. Das pflichtwidrige, schuld hafte Handeln von Angestellten kann vielmehr selbst Anknüpfungspunkt für Organhaftungsansprüche sein, sofern die Mitglieder des Vorstands ihre Organisationspflichten bei vertikaler Arbeitsteilung vernachlässigt haben.⁹²² Dasselbe gilt, wenn professionelle Ratgeber von außen hinzugezogen werden. Zwar hat der Bundesgerichtshof für sie unlängst die Formulierung geprägt, sie würden „im Pflichtenkreis der Gesellschaft tätig“.⁹²³ Jedoch wollte der II. Zivilsenat damit keineswegs den Mitverschuldenseinwand zulassen. Im ent schiedenen Fall ging es allein darum, eine Verschuldenszurechnung zwischen dem beklagten Vorstand und den Rechtsberatern der Aktiengesellschaft auszuschließen. Folglich macht es kei nen wertungsmäßigen Unterschied, ob Rat auf Grundlage eines Arbeits-, eines Dienst- oder eines Werkvertrages erteilt wird. Die Auswahl-, Einweisungs- und Überwachungspflichten des Vorstands bestehen im einen wie im anderen Fall.⁹²⁴

An dieser Stelle könnte man einen Strich unter den Mitverschuldenseinwand ziehen und ihn schlichtweg für unbeachtlich erklären. Indes findet man in anderen Bereichen des Körperschaftsrechts – nämlich im Genossenschafts- und im GmbH-Recht – Begründungsansätze, auf deren Grundlage man die Beachtlichkeit eines Mitverschuldens der AG ausnahmsweise in Betracht zie hen könnte.

III. Mitverschulden beachtlich?

1. Genossenschaftsrechtliche Ansichten

Eine erste Ausnahme wird von einzelnen Stimmen im Genossenschaftsrecht erwogen, und zwar für unentgeltlich tätige, sog. ehrenamtliche Vorstandsmitglieder. Im Einzelfall soll gemäß § 254 BGB ein Organisationsverschulden der eG zu berücksichtigen sein, wenn sie es versäumt, genü gend fachkundige hauptamtliche Vorstandsmitglieder zu bestellen.⁹²⁵ Andernfalls setze sich die Genossenschaft in Widerspruch zu ihrem eigenen Verhalten (§ 242 BGB) und verstoße gegen die ihr obliegende Treuepflicht. Ausgangspunkt dieser Erwägung ist, dass die „organisationsrechtli che Enge“ der genossenschaftlichen Selbstverwaltung (§ 9 Abs. 2 Satz 1 GenG) das „gemeinsame förderwirtschaftliche Risiko“ aller Genossen darstelle.⁹²⁶

schäftsführers durch andere Gesellschaftsorgane eventuell aber BGH, Beschluss vom 8.9.1997 – II ZR 262/96 = DStR 1997, 1735, 1737 wiedergegeben von Goette.

⁹²¹ Mertens/Cahn, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 50.

⁹²² Dazu eingehend Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 131 ff., insbesondere 100 f., 104 ff.; sowie oben S. 54 nach Fußnote 337, S. 55 bei Fußnote 341 und S. 66 nach Fußnote 407.

⁹²³ BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 17 („ISION“) für Rechtsanwälte, die bei einer Kapitalerhöhung beraten hatten; siehe dazu oben S. 108 bei Fußnote 676 und S. 114 bei und nach Fußnote 708.

⁹²⁴ Siehe oben S. 55 bei Fußnote 341 und S. 66 nach Fußnote 408.

⁹²⁵ Siehe Beuthien, GenG, § 34 Rn. 14; Gätsch, in: Beck'sches Handb. Genossenschaft, § 5 Rn. 66.

⁹²⁶ Beuthien, GenG, § 34 Rn. 14; zustimmend Bode, Festschrift Schaffland, S. 175, 181 f.

Man sollte sich von diesen genossenschaftsrechtlichen Bedenken nicht beirren lassen. Sie tragen für die Rechtslage bei der AG nichts aus und sind schon bei der eG nicht angezeigt. Genau besehen trifft, wer unentgeltlich tätigen Vorstandsmitgliedern über § 254 BGB entgegenkommen will, eine ergebnisorientierte Entscheidung, die in das Feld der Rechtspolitik gehört.⁹²⁷ Der, soweit ersichtlich, von Volker Beuthien gemachte Vorschlag⁹²⁸ stammt aus der Zeit vor Einführung von § 31a BGB und stellt einen von mehreren Versuchen dar, die auf eine Haftungsmilderung für ehrenamtliche Genossenschaftsvorstände abzielten.⁹²⁹ Da man heute auf § 31a BGB zurückgreifen kann, um im Einzelfall zu einem gerechten Urteil zu gelangen,⁹³⁰ braucht man die Krücke des § 254 BGB nicht mehr. Sollte die analoge Anwendung von § 31a BGB hingegen unangebracht sein, erweist sich eine Berücksichtigung der Ehrenamtlichkeit auch im Rahmen von § 254 BGB als unangemessen. Überdies sehen sich die vorgebrachten Argumente Zweifeln ausgesetzt: Die „organisationsrechtliche Enge“ der genossenschaftlichen Selbstverwaltung dürfte sich in der Praxis nicht so gravierend auswirken, wie behauptet. Wenn die Bestellung eines Außenstehenden zum Vorstand von Seiten der eG ernsthaft gewollt ist, wird sie kaum je am Erfordernis der Selbstorganschaft scheitern, nur weil es nicht gelingt, den Wunschkandidaten zum Genossen zu machen. Und wenn man sagt, dass sich die Genossenschaft in Widerspruch zu ihrem eigenen Verhalten setze, indem sie es zuerst versäume, genügend fachkundige hauptamtliche Vorstandsmitglieder zu bestellen, und dann Haftungsansprüche anmelde, offenbart man nicht nur eine seltsam anthropomorphe und monolithische Vorstellung von der juristischen Person, die der Wirklichkeit einer als Verband zusammengeschlossenen Personenmehrheit nicht gerecht wird. Man konterkariert auch die partiell gläubigerschützende Funktion, das Telos der Vorstandshaftung, was vor dem Hintergrund der auf das Genossenschaftsvermögen beschränkten Haftung (§ 2 GenG) und des Fehlens eines gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapitals (§ 8a GenG) nachdenklich stimmt.⁹³¹ Für den Praktiker sollte daher maßgeblich sein, dass der Bundesgerichtshof sich der oben genannten Ansicht verschlossen hat. Er entscheidet für die eG zu Recht nicht anders als für die GmbH.⁹³² Selbst unentgeltlich tätige Vorstandsmitglieder können sich demnach nicht auf ein Mitverschulden der Aktiengesellschaft berufen.⁹³³

⁹²⁷ Vgl. Schaffland, in: Lang/Weidmüller (36. Aufl. 2008), § 34 Rn. 6; zu der neuen Rechtslage unter § 34 Abs. 2 Satz 3 GenG Holthaus/Lehnhoff, in: Lang/Weidmüller, § 34 Rn. 1a, 95d ff.

⁹²⁸ Erstmals Beuthien, S. 63; sodann ders., GenG (13. Aufl. 2000), § 34 Rn. 12; heute ders., GenG, § 34 Rn. 14.

⁹²⁹ Vgl. Bode, Festschrift Schaffland, S. 175, 176.

⁹³⁰ Siehe oben S. 107 bei und nach Fußnote 669.

⁹³¹ Die Nachschusspflicht gemäß § 105 Abs. 1 Satz 1 GenG kann nach § 6 Nr. 3 GenG abbedungen werden. Regelmäßig wird sie es auch. Vgl. Geschwandtner, in: Beck'sches Handb. Genossenschaft, § 4 Rn. 95.

⁹³² Siehe BGH, Urteil vom 1.12.2003 – II ZR 216/01 = NJW-RR 2004, 900, 901 f.: Der Beklagte könne sich nicht damit entlasten, dass er nur unentgeltlich und ehrenamtlich als Mitglied des Vorstandes tätig gewesen sei. Das einzelne Mitglied „entbinden weder eine nur ehrenamtliche Zugehörigkeit zum Vorstand noch eine Aufgabenverteilung unter dessen Mitgliedern [...] von der Verantwortung für Fehlentwicklungen bei der Wahrnehmung der Leitungsaufgabe einer Genossenschaft.“ Vorstandsmitglieder haben „eigenständig für die Erfüllung der ihnen obliegenden Pflichten zu sorgen und dürfen wegen der Defizite bei ihrer Pflichterfüllung nicht auf die zu ihrer Überwachung berufenen Personen verweisen, die gegebenenfalls ihrerseits der Genossenschaft haften [...]“; BGH, Urteil vom 14.3.1983 – II ZR 103/82 = NJW 1983, 1856, 1856: „Hat etwa das Mitglied eines in der GmbH gebildeten Aufsichtsrats seine Aufsichtspflicht verletzt, dann haftet dieses neben dem Geschäftsführer als Gesamtschuldner, und auch hier kann der Geschäftsführer nicht einwenden, die Gesellschaft habe durch das Aufsichtsratsmitglied die in ihrem Interesse gebotene Beaufsichtigung ver-

2. GmbH-rechtliche Einsichten

Auch im Recht der GmbH gilt wie eingangs dargestellt: „Ein Mitverschulden der Gesellschaft in der Form von Verfehlungen anderer Geschäftsführer oder Angestellter wie auch des Aufsichtsrats oder anderer Gesellschaftsorgane kann der Geschäftsführer gegenüber der Organhaftung nicht einwenden. Gleiches gilt für Überwachungsversäumnisse der Gesellschafter, die Auswahl ungeeigneter Mitarbeiter oder unzureichende Instruktion.“⁹³⁴ Die überwiegende Kommentarliteratur will hiervon jedoch eine Ausnahme erlauben, wenn die Gesellschafterversammlung schuldhaft einen ungeeigneten Geschäftsführer bestellt hat und dieser einen Schaden verursacht, für den der beklagte Geschäftsführer wegen Verletzung seiner Überwachungspflicht mit einstehen muss.⁹³⁵ Eine weitere Ausnahme will sie machen, wenn der Geschäftsführer einer rechtswidrigen Weisung der Gesellschafterversammlung Folge leistet.⁹³⁶

a) Rechtswidrige Weisungen

Für letzteren Fall wird man richtigerweise danach zu differenzieren haben, ob der Weisungsbeschluss⁹³⁷ analog § 241 AktG nichtig ist.⁹³⁸ Dann nämlich ist die Weisung für den Geschäftsführer nicht nur unverbindlich,⁹³⁹ mehr noch darf sie von ihm dann nicht befolgt werden⁹⁴⁰ und kann

nachlässigt, so daß seine Ersatzpflicht nach § 254 BGB gemindert sei [...].“; sowie oben S. 149 nach Fußnote 919.

⁹³³ Zur Unentgeltlichkeit (auch bei Drittanstellungsverträgen) siehe oben S. 99 bei und nach Fußnote 612.

⁹³⁴ *Paefgen*, in: Großkomm. GmbHG, § 43 Rn. 173 (Fußnote weggelassen); siehe auch oben S. 149 nach Fußnote 919.

⁹³⁵ Zuerst wohl *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck (14. Aufl. 1985), § 43 Rn. 25; siehe ferner *Mertens*, in: Hachenburg (8. Aufl. 1996), § 43 Rn. 64; heute *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, § 43 Rn. 65; *Altmeyden*, § 43 Rn. 116; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, § 43 Rn. 47; *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 43 Rn. 83; mit Zurückhaltung auch *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 260; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 327; a.A. *Ziemons*, in: Michalski, § 43 Rn. 469 f.; ebenso *Paefgen*, in: Großkomm. GmbHG, § 43 Rn. 174, obwohl er sich in Fn. 563 auf Autoren beruft, die für ein Mitverschulden sind, und es in: Großkomm. GmbHG (2. Aufl. 2014), § 43 Rn. 174, anders vertreten hat.

⁹³⁶ Siehe *Paefgen*, in: Großkomm. GmbHG, § 43 Rn. 174; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, § 43 Rn. 65; *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 43 Rn. 82; ferner *Mertens*, in: Hachenburg (8. Aufl. 1996), § 43 Rn. 64 mit irreführendem Verweis auf RG, Urteil vom 16.1.1934 – II 187/33 = JW 1934, 1493 f.; *Heisse*, S. 73; mit Zurückhaltung auch *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 260; a.A. *Ziemons*, in: Michalski, § 43 Rn. 467 f.

⁹³⁷ Zum Erfordernis eines förmlichen Beschlusses *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 276; *Mand*, S. 51 f.; unter Berufung auf BGH, Urteil vom 15.11.1999 – II ZR 122/98 = ZIP 2000, 135, 136, hält *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 3.85, es für erforderlich, dass GmbH-Gesellschafter, die über ein möglicherweise pflichtwidriges Vorgehen der Geschäftsführer „genau Bescheid“ wissen, diesen eine entsprechende, gegenteilige Weisung erteilen, bevor der Vorwurf einer Pflichtverletzung erhoben werden kann.

⁹³⁸ Siehe *Ziemons*, in: Michalski, § 43 Rn. 468; nur sehr knapp *Haas*, S. 36: Grenzen der Folgepflicht ergeben sich aus den zwingenden, insbesondere dem Gläubigerschutz dienenden Vorschriften und den guten Sitten.

⁹³⁹ Statt vieler *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 278; knapp und insofern nicht durch das MoMiG überholt auch BGH, Urteil vom 24.11.2003 – II ZR 171/01 = BGHZ 157, 72, 78; zuvor etwa BGH, Urteil vom 13.4.1994 – II ZR 16/93 = BGHZ 125, 366, 372.

⁹⁴⁰ Siehe BGH, Urteil vom 14.12.1959 – II ZR 187/57 = BGHZ 31, 258, 278; sowie BGH, Urteil vom 18.3.1974 – II ZR 2/72 = NJW 1974, 1088, 1089 für Weisungen, „die gegen zwingende, im öffentlichen Interesse oder zum Schutz der Gläubiger erlassene Vorschriften verstoßen“; ferner BGH, Urteil vom 29.9.2008 – II ZR 234/07 =

auch kein Mitverschulden der Gesellschaft begründen.⁹⁴¹ Auch bei Zweifeln an der Nichtigkeit des Weisungsbeschlusses erscheint es nicht unbillig, dem Geschäftsführer eine (partielle) Kürzung der Schadensersatzpflicht zu versagen. Vor den Konsequenzen des Legalitätspflichtverstoßes, der in der Befolgung einer nichtigen Weisung zu sehen wäre, schützt ihn gegebenenfalls das berechnete Vertrauen auf anwaltlichen Rat,⁹⁴² das heißt ein unverschuldeter Rechtsirrtum.⁹⁴³ Darüber hinaus hat der Geschäftsführer, der analog § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG klagebefugt ist, die juristischen Mittel zur Hand, um Zweifel an der Nichtigkeit des Weisungsbeschlusses gerichtlich klären zu lassen.⁹⁴⁴ Ausnahmsweise muss ein Geschäftsführer keine haftungsrechtlichen Konsequenzen befürchten, wenn er einer nichtigen Weisung Folge leistet: Nämlich in den Fällen von § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG. Danach besteht eine Schadensersatzpflicht der Geschäftsführer, obwohl der Gesellschafterbeschluss gegen §§ 30 oder 33 GmbHG verstößt und damit im Prinzip nichtig ist, nur wenn der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist.⁹⁴⁵ Andernfalls wird die Verpflichtung der Geschäftsführer aus § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG aufgehoben. Die nichtige Weisung begründet demnach eine rechtshindernde⁹⁴⁶ Einwendung gegen den Schadensersatzanspruch, ohne jedoch beim Geschäftsführer eine Befolgungspflicht auszulö-

NJW 2009, 68, 70: „Bereits in der gegen § 30 GmbHG verstoßenden Auszahlung liegt die haftungsbegründende Pflichtverletzung [...]“; *Tomat*, S. 40: „kein Folgerecht“.

⁹⁴¹ Mit Nuancen im Einzelnen *Fleck*, GmbHR 1974, 224, 227; *Ziemons*, in: Michalski, § 43 Rn. 468; *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 278 einerseits (Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens bleibt möglich); sowie *Lindacher*, JuS 1984, 672, 674; *Heisse*, S. 73; *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, § 43 Rn. 70 andererseits (kein Mitverschulden, soweit Gläubigerschutz Vorrang hat); siehe zum Arglisteneinwand auch BGH, Urteil vom 16.2.1981 – II ZR 49/80 = WM 1981, 440, 442; BGH, Urteil vom 1.3.1993 – II ZR 61/92, II ZR 81/94 = NJW 1994, 2149, 2152 in Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 18.3.1974 – II ZR 2/72 = NJW 1974, 1088, 1089; *Mand*, S. 54; *Verse*, in: Scholz, § 43 Rn. 327, 262; *Mertens*, in: Hachenburg (8. Aufl. 1996), § 43 Rn. 64.

⁹⁴² Zur Berechtigung des Geschäftsführers, anwaltlichen Rat einzuholen, *Fingerhut*, BB 2004, 237 ff.

⁹⁴³ Siehe *Heisse*, S. 70; *Mand*, S. 54; *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 278; *Paefgen*, in: Großkomm. GmbHG, § 43 Rn. 174.

⁹⁴⁴ Vgl. *Wertenbruch*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 47 Anh. Rn. 244; *Altmeppen*, Anh. § 47 Rn. 77; *Noack*, in: Noack/Servatius/Haas, Anh. § 47 Rn. 69; *Raiser/Schäfer*, in: Großkomm. GmbHG, Anh. § 47 Rn. 193; ebenso *K. Schmidt/Bochmann*, in: Scholz, § 45 Rn. 134, für zur Nichtigkeit führende Inhaltsmängel des Beschlusses; abweichend *Drescher*, in: Henssler/Strohn, § 249 AktG Rn. 6: Geschäftsführer müssen allgemeine Feststellungsklage erheben; nicht eindeutig *Römermann*, in: Michalski, Anh. § 47 Rn. 418, 430; siehe ferner BGH, Urteil vom 25.4.1966 – II ZR 80/65 = NJW 1966, 1458, 1459: „Im Unterschied zu jedem auf eine Klage aus § 256 ZPO ergehenden Urteil wirkt das auf eine Nichtigkeitsklage ergehende Urteil, wenn es auf Feststellung der Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses lautet, nicht bloß zwischen den Parteien, sondern für und gegen alle Aktionäre, sowie die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats, auch wenn sie nicht Partei des Rechtsstreits sind (§ 249 Abs. 1 mit § 248 Abs. 1 AktG). Danach steht die Nichtigkeitsklage ebenso wie die Anfechtungsklage nur den Aktionären, dem Vorstand und den Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrats zu. Das gilt sinngemäß auch für die GmbH.“; zur Klagebefugnis von Mitgliedern eines mitbestimmten Aufsichtsrats BGH, Urteil vom 14.11.1983 – II ZR 33/83 = BGHZ 89, 48, 50.

⁹⁴⁵ So BGH, Urteil vom 23.4.2012 – II ZR 252/10 = BGHZ 193, 96, 104 Tz. 27 mit dem zusätzlichen Hinweis, dass der Ersatzbetrag nicht erst später zur Gläubigerbefriedigung erforderlich werden darf; ebenso BGH, Urteil vom 18.2.2008 – II ZR 62/07 = ZIP 2008, 736, 738 Tz. 11; ferner BGH, Urteil vom 7.4.2003 – II ZR 193/02 = ZIP 2003, 945, 946; BGH, Urteil vom 16.9.2002 – II ZR 107/01 = NJW 2002, 3777, 3778; und schon BGH, Urteil vom 14.12.1959 – II ZR 187/57 = BGHZ 31, 258, 278.

⁹⁴⁶ Die Einteilung (dazu *Bork*, Rn. 312) erfolgt mit Hinblick darauf, dass die Weisung der Handlung des Geschäftsführers vorausgeht. Den Wortlaut von § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG („wird ... aufgehoben“) sollte man m.E. nicht überstrapazieren.

sen.⁹⁴⁷ §§ 30 und 33 GmbHG bilden elementare Bestandteile seiner organschaftlichen Legalitätspflicht, weshalb der Geschäftsführer nicht nur nicht verpflichtet ist, den insoweit nichtigen Gesellschafterbeschluss zu befolgen. Er ist dazu auch nicht berechtigt.⁹⁴⁸ Allein die Schadensersatzpflicht besteht in diesem Fall nicht.

Leidet der Weisungsbeschluss an keinem Nichtigkeitsmangel, sondern ist er lediglich anfechtbar, soll nach herrschender Meinung die folgende Differenzierung zum Tragen kommen: Entweder der Beschluss erwächst in Bestandskraft, weil alle anfechtungsberechtigten Personen den Verzicht auf die Klage erklären, weil die Anfechtungsfrist abgelaufen ist oder die Klage rechtskräftig abgewiesen wurde. Dann muss der Geschäftsführer dem Beschluss Folge leisten,⁹⁴⁹ und bei ordnungsgemäßer Ausführung haftet er nicht.⁹⁵⁰ Oder aber die Anfechtungsfrist läuft noch. Dann hat der Geschäftsführer eine Folgenabwägung vorzunehmen zwischen der zügigen Ausführung des Beschlusses und dem Abwarten bis zum Ablauf der Frist (oder sogar bis zur Entscheidung über die Klage), wobei ihm im Hinblick auf das Risiko einer erfolgreichen Anfechtung und die

⁹⁴⁷ Zumindest missverständlich BGH, Urteil vom 26.10.2009 – II ZR 222/08 = NJW 2010, 64 Tz. 10: „An einer Pflichtverletzung i.S. des § 43 I GmbHG fehlt es grundsätzlich dann, wenn die Gesellschafterversammlung den Geschäftsführer zu dem – später beanstandeten – Verhalten anweist.“; siehe BGH, Urteil vom 31.1.2000 – II ZR 189/99 = NJW 2000, 1571 wonach „der Wille der GmbH durch denjenigen ihrer Gesellschafter gebildet wird und ein damit konformes Verhalten des Geschäftsführers deshalb auch keine zum Schadensersatz führende Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft darstellen kann (vgl. BGHZ 119, 257 [259] = [...]), soweit nicht spezielle, im Interesse des Gläubigerschutzes unverzichtbare Regeln der Kapitalerhaltung verletzt sind.“ (Hervorhebungen jeweils hinzugefügt); sowie bereits BGH, Urteil vom 14.12.1959 – II ZR 187/57 = BGHZ 31, 258, 278: „Liegt ein Fall des § 30 oder des § 64 Abs. 2 GmbHG [heute § 64 GmbHG] nicht vor und ist auch § 33 GmbHG nicht gegeben, so [...] hat auch die Gesellschaft keinen Anspruch, wenn der Geschäftsführer in Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses oder einer Weisung der Gesellschafter gehandelt hat [...]“; allerdings stellt der Bundesgerichtshof (a.a.O.) klar, dass eine Weisung sich „im Rahmen von Gesetz, Satzung und guten Sitten“ halten müsse und der Haftungsausschluss gerade nicht in den Fällen von §§ 30, 64 GmbHG gelte; in BGH, Urteil vom 26.10.2009 – II ZR 222/08 (a.a.O.), heißt es auch: „Soweit der Geschäftsführer dadurch nicht gegen gesetzliche Pflichten – etwa aus §§ 30, 64 GmbHG – verstößt, muss er die Weisung befolgen und haftet der Gesellschaft nicht aus § 43 II GmbHG auf Ersatz des dadurch verursachten Schadens (BGHZ 31, 258 [278] = [...]).“; in BGH, Urteil vom 28.9.1992 – II ZR 299/91 = BGHZ 119, 257, 260 und 261, wird deutlich, dass rechtswidrigen, insbesondere gegen zum Schutz der Gläubiger oder im öffentlichen Interesse erlassene Vorschriften verstoßenden Weisungen die Bindungswirkung fehlt; siehe außerdem BGH, Urteil vom 7.4.2003 – II ZR 193 /02 = ZIP 2003, 945, 946. An dem Legalitätspflichtverstoß an und für sich ändert eine nichtige Weisung also nichts. Vgl. *Boesebeck*, GmbHR 1960, 118, 120 f.; *Eisenhardt*, Festschrift Pfeiffer, S. 839, 848; a.A. wohl *Bayer/P. Scholz*, GmbHR 2016, 841, 848.

⁹⁴⁸ Vgl. dazu *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 296; sowie die vorige und die nachfolgende Fußnote.

⁹⁴⁹ Siehe statt vieler *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 278; insoweit auch BGH, Urteil vom 18.3.1974 – II ZR 2/72 = NJW 1974, 1088, 1089; zu weit gehen dürfte allerdings die Annahme des Bundesgerichtshofs (a.a.O.), dass auch bei Verstößen gegen § 15a InsO (§ 64 Abs. 1 GmbHG a.F.) – die Zustimmung aller Gesellschafter vorausgesetzt – eine Befolgungspflicht besteht; vgl. *Ziemons*, in: Michalski, § 43 Rn. 403, 468; denn eine solche Weisung müsste richtigerweise analog § 241 Nr. 3 Alt. 2 AktG als nichtig gelten; vgl. *Fleck*, GmbHR 1974, 224, 227; sowie oben in Fußnote 947.

⁹⁵⁰ Vgl. *Fleck*, GmbHR 1974, 224, 226: „Ein [Weisungsbeschluss] befreit den [Geschäftsführer] bei ordnungsmäßiger Durchführung von jeder Haftung, vorausgesetzt, daß er die Gesellschafter vorher pflichtgemäß voll unterrichtet und dabei vor allem auf etwaige Bedenken oder Risiken hingewiesen hat.“ (Fußnote weggelassen); ebenso *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69, 73.

Eilbedürftigkeit der Beschlussausführung ein gewisses Ermessen zustehen soll.⁹⁵¹ Eine Folgepflicht besteht nach allgemeiner Auffassung nicht.⁹⁵² Der Geschäftsführer soll aber berechtigt⁹⁵³ sein, „nach § 49 Abs. 2 GmbHG die Gesellschafterversammlung einzuberufen, um nach Möglichkeit einen wirksamen Beschluß herbeizuführen (vgl. § 244 AktG).“⁹⁵⁴ Wenn man der herrschenden Meinung folgt, kommt man nicht umhin, dem Geschäftsführer die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit des Weisungsbeschlusses aufzubürden.⁹⁵⁵ Dies erscheint bedenklich,⁹⁵⁶ da „der Wille einer GmbH im Verhältnis zu ihrem Geschäftsführer grundsätzlich durch denjenigen ihrer Gesellschafter repräsentiert“ wird.⁹⁵⁷ Auf den Ermessensspielraum des Geschäftsführers und die Haftungsprivilegierung bei Beachtung seiner Rechtsvergewisserungspflicht zu verweisen,⁹⁵⁸ dürfte demgegenüber ein allzu schwacher Trost sein. Es empfiehlt sich daher, die Mehrheitsmeinung noch einmal im Ausgangspunkt zu hinterfragen.

Wie die Rechtsprechung seit langem geklärt hat, richtet sich die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen in der GmbH nach §§ 241 ff. AktG analog.⁹⁵⁹ Anfechtbar ist ein Beschluss der Gesellschafterversammlung in Analogie zu § 243 Abs. 1 AktG bei Gesetzes- oder Satzungsverstößen, und ein anfechtbarer Beschluss ist, da die Anfechtungsklage kassatorisch wirkt (vgl. § 241 Nr. 5 AktG), anders als ein nichtiger Beschluss zunächst nicht unwirksam. Man könnte

-
- ⁹⁵¹ Wiederum statt vieler *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 278. Zur Sicherheit immer die Anfechtungsfrist abzuwarten, wird man dem Geschäftsführer nicht anraten können (so aber *Konow*, GmbHR 1968, 219 in Fn. 3). Denn erstens kann die Ausführung der Weisung eilbedürftig sein, was angesichts der im GmbH-Recht anders als im Aktienrecht nicht klar festgelegten Frist (vgl. dazu *Noack*, in: Noack/Servatius/Haas, Anh. § 47 Rn. 145 f.) misslich erscheint. Und zweitens ist dem Geschäftsführer mit einem solchen Rat wenig gedient, wenn tatsächlich angefochten wird. Weiß er doch dann immer noch nicht, wie er sich verhalten soll. Nicht entschieden wurde die Frage in BGH, Urteil vom 28.1.1980 – II ZR 84/79 = BGHZ 76, 154, 160. Gegen die Pflicht und die Berechtigung, Weisungen vor Eintritt der Unanfechtbarkeit zu befolgen, ist *Tomat*, S. 53.
- ⁹⁵² *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, § 43 Rn. 35: „Zwar lösen anfechtbare Weisungsbeschlüsse [grundsätzlich] keine Folgepflicht aus, solange Anfechtbarkeit besteht; konnte [der Geschäftsführer] aber ohne Sorgfaltsverstoß annehmen, Anfechtbarkeit sei zu verneinen [...], haftet er nicht.“; *Verse*, in: Scholz, § 43 Rn. 264; *Mand*, S. 56.
- ⁹⁵³ Zu einer etwaigen Hinweispflicht der Geschäftsführer *Stephan/Tieves*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 37 Rn. 115; sowie *Mand*, S. 57.
- ⁹⁵⁴ *Fleck*, GmbHR 1974, 224, 228; noch darüber hinaus verlangen *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69, 71; *Altmeppen*, § 43 Rn. 125; und *Paefgen*, in: Großkomm. GmbHG, § 43 Rn. 243, von einem Geschäftsführer, dass er alles Zumutbare unternimmt, um die Ausführung von rechtswidrigen Gesellschafterbeschlüssen zu verhindern.
- ⁹⁵⁵ Siehe *Fleck*, GmbHR 1974, 224, 228: Sofern sich der Geschäftsführer trotz erkennbar drohender Anfechtung dazu entschließt, den Beschluss alsbald auszuführen, handele er auf eigene Gefahr. Ferner *Mand*, S. 57: Der Geschäftsführer ist „gehalten, den anfechtbaren Beschluss möglichst zu heilen oder die erneute Beschlussfassung herbeizuführen. [...] Tut er dies nicht, trifft ihn [...] die volle Verantwortung für seine Entscheidung [...]“ (Fußnote weggelassen).
- ⁹⁵⁶ Gleiche Einschätzung bei *P. Krebs*, S. 297.
- ⁹⁵⁷ BGH, Urteil vom 7.4.2003 – II ZR 193/02 = ZIP 2003, 945, 946; zuvor auch BGH, Urteil vom 31.1.2000 – II ZR 189/99 = NJW 2000, 1571; BGH, Urteil vom 28.9.1992 – II ZR 299/91 = BGHZ 119, 257, 259 f.
- ⁹⁵⁸ Vgl. *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 278; *Paefgen*, in: Großkomm. GmbHG, § 43 Rn. 242 f.
- ⁹⁵⁹ Siehe schon BGH, Urteil vom 16.12.1953 – II ZR 167/52 = BGHZ 11, 231, 235 unter Verweis auf RG, Urteil vom 20.1.1941 – II 96/40 = RGZ 166, 129, 131, und RG, Urteil vom 14.10.1943 – II 72/43 = RGZ 172, 76, 77; BGH, Beschluss vom 24.3.2016 – IX ZB 32/15 = NZG 2016, 552, 553 Tz. 20.

daher folgern, dass ein Gesellschafterbeschluss trotz Anfechtbarkeit zunächst Bindungswirkung entfalte und deswegen von den Geschäftsführern immer zu befolgen sei, ließe man dabei nicht außer Acht, dass die Beachtung von Gesetz und Satzung (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG) unter dem Blickwinkel ihrer Legalitätspflicht auch den Geschäftsführern aufgegeben ist.⁹⁶⁰ Ersichtlich steht der Geschäftsführer „in einem Spannungsverhältnis zwischen Weisungsgebundenheit und Eigenverantwortlichkeit“.⁹⁶¹ Wie soll man diesen Normkonflikt also auflösen? Was setzt sich durch, die organschaftliche Legalitätspflicht oder die Binnenhierarchie der GmbH? Ich möchte vorschlagen, dass ein Geschäftsführer den Weisungen der Gesellschafterversammlung solange Folge zu leisten hat, wie der Weisungsbeschluss nicht an einem Nichtigkeitsmangel leidet.⁹⁶² Den Geschäftsführer sollte eine uneingeschränkte Folgepflicht treffen, unabhängig davon, ob die Anfechtung des Beschlusses möglich ist, droht⁹⁶³ oder tatsächlich vorgenommen⁹⁶⁴ wurde. Zur Begründung kann man darauf verweisen, dass der Geschäftsführer in der GmbH kein generelles Wächteramt in Bezug auf die Rechtmäßigkeit des Gesellschafterhandelns innehat. Anders als der Vorstand, der die Gesellschaft unter eigener Verantwortung – und das heißt im Wesentlichen weisungsfrei – zu leiten hat, muss der Geschäftsführer nach dem Regelungsplan des GmbH-Gesetzes wirksame Weisungsbeschlüssen der Gesellschafter befolgen.⁹⁶⁵ Soweit die legislatorische Grundentscheidung in § 37 Abs. 1 GmbHG. Dem Geschäftsführer kommt darüber hinaus auch keine generelle Anfechtungsbefugnis zu.⁹⁶⁶ § 245 Nr. 4 AktG hält der Bundesgerichtshof für unanwendbar. In der GmbH ist es „ausschließlich Sache der Gesellschafter zu entscheiden, ob ein mangelhafter Beschluß angefochten werden soll oder nicht.“⁹⁶⁷ Wäre dem Geschäftsführer die Berufung auf Anfechtungsgründe gestattet, dann, so der II. Zivilsenat, „würde er damit unerlaubt über das Anfechtungsrecht der Gesellschafter verfügen und deren Entschließung vorgreifen, ob sie die Anfechtungsfrist ungenutzt verstreichen lassen wollen mit der Folge, daß der Beschluß voll wirksam wird.“⁹⁶⁸ Zwar wird in der Lehre mehrheitlich erwogen, dem Geschäftsführer die Anfechtungsbefugnis in Anlehnung an § 245 Nr. 5 AktG zuzugestehen, wenn er sich durch die Ausführung des Beschlusses schadensersatzpflichtig oder strafbar machen bzw. eine Ordnungs-

⁹⁶⁰ Siehe nur BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 375; *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 43 Rn. 36; ausführlich zur Legalitätspflicht *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 21 ff.; gegen die Pflicht und die Berechtigung der Geschäftsführer, noch anfechtbare Weisungen zu befolgen, aus diesem Grund *Tomat*, S. 49 ff.

⁹⁶¹ *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69, 72.

⁹⁶² Im Ergebnis wie hier wohl *Boesebeck*, GmbHR 1960, 118, 121, obwohl er für satzungswidrige Beschlüsse zum Teil eine Folgepflicht verneint (a.a.O., S. 119); siehe ferner *Immenga*, GmbHR 1973, 5, 8; *P. Krebs*, S. 296 ff.

⁹⁶³ Insofern eventuell abweichend *Immenga*, GmbHR 1973, 5, 8.

⁹⁶⁴ Insofern abweichend *P. Krebs*, S. 296, 298; eventuell auch *Immenga*, GmbHR 1973, 5, 8.

⁹⁶⁵ Siehe BGH, Urteil vom 14.12.1959 – II ZR 187/57 = BGHZ 31, 258, 278; BGH, Urteil vom 20.8.2019 – II ZR 121/16 = ZIP 2019, 1805, 1809 Tz. 37; *Lehmann*, S. 103 f.; *Immenga*, GmbHR 1973, 5, 8.

⁹⁶⁶ Zu bedenken ist aber, dass Nichtigkeits- und Anfechtungsklage denselben Streitgegenstand haben, vgl. BGH, Urteil vom 17.2.1997 – II ZR 41/96 = BGHZ 134, 364, 366 f.; dazu *Sandmann*, S. 274; zur Anfechtungsbefugnis auch *Fehrenbach*, S. 330; *Fleischer*, GmbHR 2013, 1289, 1293 f.

⁹⁶⁷ BGH, Urteil vom 28.1.1980 – II ZR 84/79 = BGHZ 76, 154, 159.

⁹⁶⁸ BGH, Urteil vom 28.1.1980 – II ZR 84/79 = BGHZ 76, 154, 159.

widrigkeit begehen würde.⁹⁶⁹ Jedoch wird in diesen Fällen oftmals schon ein Nichtigkeitsgrund vorliegen,⁹⁷⁰ der den Geschäftsführer entsprechend § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG zur Klageerhebung ermächtigt. Beim Abgleich von § 243 Abs. 1 AktG mit § 241 Nr. 3 AktG fällt außerdem auf, dass für den Anfechtungsgrund des Gesetzesverstößes im Wesentlichen nur solche Gesetzeswidrigkeiten übrig bleiben, die das Innenleben der Gesellschaft betreffen und zur Disposition der Gesellschafter stehen.⁹⁷¹ Für das Innenverhältnis trifft nun aber § 37 Abs. 1 GmbHG die Regelung, dass der Wille der GmbH durch die Gesellschafter gebildet wird.⁹⁷² Daher ist, die Wirksamkeit der Gesellschafterbeschlusses vorausgesetzt, im Grundsatz von einer Folgepflicht der Geschäftsführer auszugehen.

Für die herrschende Meinung, die vor Ablauf der Anfechtungsfrist eine Folgepflicht der Geschäftsführer ablehnt,⁹⁷³ könnte zwar sprechen, dass man das Anfechtungsrecht der Gesellschafter in seiner Wirksamkeit einschränken würde, wenn man es den Geschäftsführern zur Verpflichtung machen und nicht bloß gestatten wollte, dass sie anfechtbare Weisungsbeschlüsse ausführen.⁹⁷⁴ Indes wiegt diese Beeinträchtigung der Gesellschafterstellung nicht allzu schwer. Man

⁹⁶⁹ Noack, in: Noack/Servatius/Haas, Anh. § 47 Rn. 140; Ganzer, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Anh. § 47 Rn. 46; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 47 Rn. 73; Casper, in: Bork/Schäfer, § 47 Rn. 80; Wicke, Anh. § 47 Rn. 18; Lehmann, S. 105; Fleischer, GmbHR 2013, 1289, 1294; Raiser/Schäfer, in: Großkomm. GmbHG, Anh. § 47 Rn. 164; grundsätzlich großzügiger K. Schmidt/Bochmann, in: Scholz, § 45 Rn. 134; für eine uneingeschränkte Anfechtungsbefugnis Becker, S. 454 f.; a.A. Römermann, in: Michalski, Anh. § 47 Rn. 431; Wertbruch, in: Münchener Komm. GmbHG, § 47 Anh. Rn. 261: keine Anfechtungsbefugnis, aber allgemeine Feststellungsklage möglich. Siehe auch BGH, Urteil vom 11.2.2008 – II ZR 187/06 = ZIP 2008, 757, 759 Tz. 26, 34.

⁹⁷⁰ Eisenhardt, Festschrift Pfeiffer, S. 839, 851.

⁹⁷¹ Verstöße gegen Vorschriften, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gläubiger oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind, führen bereits zur Nichtigkeit. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist dabei weit auszulegen (siehe bereits die Amtl. Begr. zu §§ 195, 196 AktG 1937 bei Klausung, S. 174; Weipert, in: Großkomm. AktG (1. Aufl. 1939), § 195 Anm. 20), selbst wenn man die Einschränkung „ausschließlich oder überwiegend“ auch auf diese Tatbestandsvariante beziehen möchte (so etwa Schäfer, in: Münchener Komm. AktG, § 241 Rn. 56). Tatsächlich wird man es genügen lassen können, wenn „das öffentliche Interesse bei der Bestimmung des jeweiligen Normzwecks eine wesentliche Rolle spielt“ (a.a.O.). Den Gegensatz sollen solche Vorschriften bilden, „die nur oder überwiegend im Interesse der Aktionäre gegeben sind“ (Weipert, in: Großkomm. AktG (1. Aufl. 1939), § 195 Anm. 20). Jedoch erfüllen den Tatbestand auch Verstöße gegen eine Vorschrift, die „nur die beschließenden Aktionäre schützen will“, sofern die Aktionäre „auf den Schutz nach dem Willen des Gesetzgebers nicht verzichten dürfen“ (Amtl. Begr. zu §§ 195, 196 AktG 1937 bei Klausung, S. 174). Sofern es sich mit anderen Worten um eine zwingende Norm handelt, reicht es für § 241 Nr. 3 AktG aus, dass der Gesetzgeber mit der Vorschrift zumindest auch öffentliche Interessen verfolgt (so Drescher, in: BeckOGK AktG, § 241 Rn. 229; siehe auch Zöllner, in: Kölner Komm. AktG (1. Aufl. 1985), § 241 Rn. 105). Siehe zur Dispositionsbefugnis der Gesellschafterversammlung ferner BGH, Urteil vom 7.4.2003 – II ZR 193/02 = ZIP 2003, 945, 946; BGH, Urteil vom 18.3.1974 – II ZR 2/72 = NJW 1974, 1088, 1089; sowie P. Krebs, S. 297.

⁹⁷² Siehe BGH, Urteil vom 7.4.2003 – II ZR 193/02 = ZIP 2003, 945, 946; zuvor auch BGH, Urteil vom 31.1.2000 – II ZR 189/99 = NJW 2000, 1571; BGH, Urteil vom 28.9.1992 – II ZR 299/91 = BGHZ 119, 257, 259 f.; sowie BGH, Urteil vom 18.3.1974 – II ZR 2/72 = NJW 1974, 1088, 1089: Soweit es nicht um Verstöße gegen zwingende, im öffentlichen Interesse oder zum Schutz der Gläubiger erlassene Vorschriften geht, ist die Verfügungsmacht der Gesellschafter über das wirtschaftlich ihnen gehörende Gesellschaftsvermögen eben nicht zum Schutz übergeordneter Interessen eingeschränkt. Im Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsführern und Gesellschaft ist – abgesehen von den Sonderfällen des § 43 Abs. 3 GmbHG – das Interesse der Gesellschaft maßgeblich.

⁹⁷³ Siehe oben S. 154 nach Fußnote 950 und S. 155 bei Fußnote 952.

⁹⁷⁴ So P. Krebs, S. 296.

muss sie nur mit den möglichen alternativen Konsequenzen für den Geschäftsführer vergleichen: Der Geschäftsführer würde zu Überlegungen über die Anfechtbarkeit gezwungen, obwohl er die Begleitumstände des Beschlusses womöglich nicht kennt.⁹⁷⁵ Wenn der Beschluss letztlich nicht (erfolgreich) angefochten wird, der Geschäftsführer die Weisung aber nicht alsbald ausgeführt hat, zöge er sich den Unbill der Gesellschafter zu, weil er als entscheidungsschwach, ängstlich oder schlimmstenfalls widerspenstig erscheint.⁹⁷⁶ Und überhaupt kann es, solange man nicht so weit geht, bei anfechtbaren Beschlüssen auch ein Befolungsrecht des Geschäftsführers zu verneinen, einem anfechtungsberechtigten Gesellschafter immer passieren, dass der Gesellschafterbeschluss schon umgesetzt wurde, bevor er sich zu einer Klage entschließt.⁹⁷⁷ Bleibt die Anfechtung also Sache der Gesellschafter,⁹⁷⁸ sollte potentieller Streit auch in ihren Reihen verbleiben.⁹⁷⁹

Geht man bei anfechtbaren Weisungen danach von einer uneingeschränkten⁹⁸⁰ Folgepflicht des Geschäftsführers aus, braucht man den Mitverschuldenseinwand nicht,⁹⁸¹ ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft scheidet bereits am Fehlen der Pflichtverletzung. Für rechtswidrige Weisungen, die nichtig sind, spielt er hingegen keine Rolle, da es zum organschaftlichen Pflichtenprogramm des Geschäftsführers gehört, diese nicht zu befolgen.⁹⁸² Eine Schadensersatzpflicht trifft den Geschäftsführer ungeachtet seiner Legalitätspflichtverletzung allerdings nur, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Für eine Anspruchskürzung nach § 254 Abs. 1 BGB besteht dann aber keine Rechtfertigung.

⁹⁷⁵ So *P. Krebs*, S. 297; zuvor schon *Boesebeck*, GmbHR 1960, 118, 121: „Der Geschäftsführer kann weder wissen, ob der Weisungsbeschluss innerhalb ‚angemessener Frist‘ angefochten werden wird, noch vermag er sich ein Urteil über die Aussichten eines solchen Anfechtungsprozesses zu bilden, zumal diese Aussichten vielfach von Dingen abhängen, die sich seiner Kenntnis und Beurteilung entziehen. Deshalb braucht sich der Geschäftsführer für den Fall, daß die Anfechtung unterbleibt oder nicht durchdringt, seinerseits nicht dem Vorwurf auszusetzen, daß er einen wirksamen Weisungsbeschluss nicht befolgt habe.“ Der Geschäftsführer hat nicht schon aufgrund seiner Organstellung als solcher ein Teilnahmerecht an der Gesellschafterversammlung, vgl. statt vieler *Noack*, in: *Noack/Servatius/Haas*, § 48 Rn. 11.

⁹⁷⁶ Vgl. *Boesebeck*, GmbHR 1960, 118, 121; *P. Krebs*, S. 297: Der Geschäftsführer dürfte das Vertrauen der Gesellschafter verlieren, da diese zu Recht wünschten, dass ihre Weisungen ausgeführt werden.

⁹⁷⁷ Zu Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes siehe *Waclawik*, Rn. 444 ff.

⁹⁷⁸ Siehe BGH, Urteil vom 28.1.1980 – II ZR 84/79 = BGHZ 76, 154, 159; *Eisenhardt*, Festschrift Pfeiffer, S. 839, 851.

⁹⁷⁹ Siehe *Boesebeck*, GmbHR 1960, 118, 121: „Es muß vielmehr dem Gesellschafter, der einen Weisungsbeschluss anfechten will, überlassen bleiben, eine einstweilige Verfügung zu erwirken, durch die die Ausführung der beschlossenen Weisung einstweilen untersagt wird.“; *P. Krebs*, S. 297 f. mit dem Hinweis auf mögliche Schadensersatzansprüche zwischen den Gesellschaftern.

⁹⁸⁰ Abweichend für den Fall, dass bereits angefochten wurde, hingegen *P. Krebs*, S. 296, 298.

⁹⁸¹ Deshalb lehne ich auch die Ansicht von *Bayer/P. Scholz*, GmbHR 2016, 841, 844, 845, ab. Zweifel weckt nicht nur ihre pauschale Gleichsetzung von Haftung und Existenzvernichtung (a.a.O., S. 845). Das Bedürfnis für eine Anerkennung des Mitverschuldenseinwands dürfte, anders als sie (a.a.O.) meinen, durch die Entscheidung des BGH zur Enthftung durch stillschweigendes Einverständnis (Urteil vom 15.11.1999 – II ZR 122/98 = ZIP 2000, 135, 136) zudem eher kleiner werden. Siehe auch a.a.O., S. 849.

⁹⁸² Zumindest i.E. wie hier *Bayer/P. Scholz*, GmbHR 2016, 841, 846: „Der Einwand des Mitverschuldens der Gesellschaftergesamtheit kann dort nicht durchgreifen, wo die Gesellschafter nicht mehr über die Geschäftsführerhaftung disponieren können.“

Eine Ausnahme für rechtswidrige Weisungen hat nach dem hier vertretenen Standpunkt also schon keine Ableitungsbasis im GmbH-Recht. Sie lässt sich aber auch deswegen nicht ins Aktienrecht übertragen, weil die normative Ausgangslage dort eine andere ist. Der Vorstand der Aktiengesellschaft ist im Gegensatz zum GmbH-Geschäftsführer keinen Weisungen unterworfen, sondern hat die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten. Hauptversammlungsbeschlüsse nach § 119 Abs. 1, 2 AktG muss er nach §§ 82 Abs. 2, 83 Abs. 2 AktG nur dann ausführen, wenn sie gesetzmäßig sind – das heißt weder nichtig noch anfechtbar.⁹⁸³ Gemäß § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG macht er sich gegenüber der Aktiengesellschaft unter dieser Voraussetzung auch nicht schadensersatzpflichtig. Die Verantwortung des Vorstandes für die Beachtung der gesetzlichen und satzungsmäßigen Regularien innerhalb der AG ist Ausdruck seiner Legalitätspflicht und reicht so weit, dass er als Gesamtorgan ohne weiteres anfechtungsbefugt ist (§ 245 Nr. 4 AktG).⁹⁸⁴ Überdies kann er sich bei unterlassener Anfechtung schadensersatzpflichtig machen.⁹⁸⁵ Primär ist der Vorstand also aufgerufen, sich von der Rechtmäßigkeit der Beschlussausführung selbst zu überzeugen, seine Beziehung zur Versammlung der Anteilseigner zeichnet sich, anders als beim GmbH-Geschäftsführer, nicht durch ein Über- und Unterordnungsverhältnis aus.

b) Bestellung „ungeeigneter“ Organmitglieder

Für eine Bestellung „ungeeigneter“ Organmitglieder wird man die Anwendung von § 254 BGB im Ergebnis ebenfalls verneinen müssen. Zwar ist der Fall bereits unter GmbH-rechtlichen Vorzeichen zweifelhaft. Einzelnen Kommentatoren hat er aber allem Anschein nach dennoch als Blaupause für ihre aktienrechtlichen Überlegungen gedient. Sie halten den Mitverschuldenseinwand für möglich, wenn es um ein Verschulden der Hauptversammlung geht, namentlich bei der „fahrlässigen“ Bestellung eines „ungeeigneten“ Aufsichtsratsmitglieds.⁹⁸⁶

Im GmbH-Recht hat, soweit ersichtlich, erstmals Wolfgang Zöllner vorgeschlagen, ein Mitverschulden zu berücksichtigen, wenn die Gesellschafterversammlung schuldhaft einen ungeeigneten Geschäftsführer bestelle und dieser einen Schaden verursache, für den ein anderer Geschäftsführer wegen Verletzung seiner Überwachungspflicht mit einstehen müsse.⁹⁸⁷ Zöllner lässt für

⁹⁸³ Vgl. nur *Fleischer*, BB 2005, 2025, 2026 m.w.N. auch zu abweichenden Ansichten. Ob bei geheilten (§ 242 AktG) oder nicht rechtzeitig angefochtenen Beschlüssen (§ 246 Abs. 1 AktG) etwas anderes gelten kann, soll hier nicht weiter untersucht werden, da mit der herrschenden Meinung von der Gesetzmäßigkeit solcher Beschlüsse auszugehen ist. Siehe hierzu statt vieler *Schwab*, in: K. Schmidt/Lutter, § 242 Rn. 14.

⁹⁸⁴ Vgl. *Fleischer*, BB 2005, 2025, 2026.

⁹⁸⁵ Vgl. *Fleischer*, BB 2005, 2025, 2029; dasselbe gilt natürlich bei nicht erhobener Nichtigkeitsklage, vgl. nur *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 485; zum Mitverschuldenseinwand bei pflichtwidrig herbeigeführten Hauptversammlungsbeschlüssen a.a.O., Rn. 488; sowie *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 329 a.E.

⁹⁸⁶ So *Hopt*, in: Großkomm. AktG (4. Aufl. 1999), § 93 Rn. 260 unter Verweis auf *Mertens*, in: Hachenburg (8. Aufl. 1996), § 43 Rn. 64 (heute *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 405); im Anschluss daran *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (2. Aufl. 2010), § 93 Rn. 210; abweichend im Anschluss an den hier vertretenen Standpunkt *ders.*, in: Spindler/Stilz (3. Aufl. 2015), § 93 Rn. 210; heute *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 249. Siehe ferner *Thümmel*, Rn. 220; *Witte/Indenhuck*, BB 2014, 2563, 2564.

⁹⁸⁷ Siehe *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck (14. Aufl. 1985), § 43 Rn. 25 (heute *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, § 43 Rn. 65); im Anschluss daran *Mertens*, in: Hachenburg (8. Aufl. 1996), § 43 Rn. 64; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen (3. Aufl. 1997), § 43 Rn. 47 (heute *Altmeyen*, § 43 Rn. 116); unter Verweis auf diesen

seinen Vorschlag jede Begründung vermissen. Es überrascht daher, dass seine Auffassung zur heute überwiegenden Lehrmeinung werden konnte, gleichsam als sei sie, ohne je auf Widerstand zu stoßen, in die übrigen Kommentierungen eingesickert.⁹⁸⁸ Im Ergebnis ist sie aus mehreren Gründen abzulehnen:⁹⁸⁹ Zum einen übersieht die auf Zöllner zurückgehende Ansicht, dass nicht eine generell fehlende Eignung, sondern immer nur ein konkret begangener Pflichtenverstoß schadenersatzpflichtig macht.⁹⁹⁰ Für eine Obliegenheitsverletzung der Gesellschaft weniger genügen zu lassen, erscheint äußerst zweifelhaft, zumal die GmbH- und aktienrechtlichen Inhabilitätsvorschriften (§ 6 GmbHG, §§ 76 Abs. 3, 100 AktG) nur eine verhältnismäßig niedrige Eignungsschwelle vor das Amt des Geschäftsführers legen.⁹⁹¹ Zum anderen bringt Zöllners Lehre ohne Not ein austariertes Verantwortlichkeitsregime durcheinander. Überwachungspflichten zwischen mehreren Geschäftsführern folgen den allgemein konsentierten Prinzipien der organschaftlichen Ressort- und Restverantwortung⁹⁹² und spiegeln die organisatorischen Herausforderungen innerhalb einer mehrköpfigen Geschäftsleitung wider. Die Personalkompetenz der Gesellschafterversammlung ändert hieran nichts. Solange nicht weisungsgebundenes Handeln in Rede steht, sollte in das Gefüge der organschaftlichen Gesamtverantwortung nicht eingegriffen werden.⁹⁹³ Im Übrigen missachtet die Mehrheitsmeinung im GmbH-rechtlichen Schrifttum die methodologisch anerkannten Grundsätze der Argumentationslast.⁹⁹⁴ Wer von einem Präjudiz abweichen will, muss in der Lage sein, dafür Gründe zu benennen. Andernfalls kann bestehende Rechtspre-

Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (4. Aufl. 2002), § 43 Rn. 26 (heute *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 43 Rn. 83); ferner *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 260; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, § 43 Rn. 47; *Bayer/P. Scholz GmbHR* 2016, 841, 850.

- ⁹⁸⁸ Siehe für einen stillen, nicht näher begründeten Gesinnungswandel exemplarisch *Lutter/Hommelhoff* (14. Aufl. 1995), § 43 Rn. 20: „Der Umfang des Schadenersatzes wird nicht durch ein Mitverschulden anderer [Gesellschaftsorgane], etwa der den [Geschäftsführer] nur unzureichend überwachenden [Gesellschafter] eingeschränkt; der [Gesellschaft] ggü haften die Organe und ihre Mitglieder ggf nebeneinander und dann unverkürzt (BGH NJW 83, 1856; s. auch BGH AG 85, 166; aA B/H/Zöllner 25). Denn jedes Organ ist je für sich gehalten, die Interessen der [Gesellschaft] zu verfolgen.“ (Hervorhebungen weggelassen und hinzugefügt); *Lutter/Hommelhoff* (15. Aufl. 2000), § 43 Rn. 24 mit anderem Klammerzusatz bei sonst unverändertem Text: „differenzierend B/H/Zöllner 25“ (Hervorhebung hinzugefügt); *Hommelhoff/Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff* (16. Aufl. 2004), § 43 Rn. 26: „Denkbar ist aber Haftungsminderung zugunsten eines [Geschäftsführers], der wegen unzureichender Überwachung eines [Mitgeschäftsführers] haftet [...], wenn [Gesellschafter] schuldhaft einen ungeeigneten [Mitgeschäftsführer] bestellt hatten [...].“ mit Fn. 6: „B/H/Zöllner 35; R/A/Altmeppen 79; enger Vorauf Rn 24.“ (Hervorhebungen weggelassen und hinzugefügt).
- ⁹⁸⁹ Ebenso *Ziemons*, in: Michalski, § 43 Rn. 469 f.; im Ergebnis wie hier auch *Sandmann*, S. 367 f.
- ⁹⁹⁰ Abweichend *Witte/Indenhuck*, BB 2014, 2563, 2564.
- ⁹⁹¹ Die Eingangshürden sind formeller Natur: Wer Geschäftsführer werden will, muss vollgeschäftsfähig sein, darf keinem Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 BGB) unterliegen und keinem Berufsverbot und er darf nicht nach einer der Katalogstraftaten verurteilt worden sein. Satzungsmäßige Erschwerungen bleiben unbenommen. Dazu *Goette*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 6 Rn. 40 f.; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 139 ff.
- ⁹⁹² Statt vieler *Fleischer*, in: Münchener Komm. GmbHG, § 43 Rn. 109, 111 ff., insbesondere 118 f.; sowie oben S. 65 bei Fußnote 402 und Fußnote 403.
- ⁹⁹³ Zu den Weisungsfällen siehe oben S. 152 nach Fußnote 936; zum stets möglichen Einwand des Rechtsmissbrauchs *Ziemons*, in: Michalski, § 43 Rn. 468.
- ⁹⁹⁴ Dazu *Kriele*, Theorie, S. 243 ff.; knapper *ders.*, Recht, S. 93 f.; zustimmend *Bydlinski*, S. 510; ferner *Alexy*, S. 336, 339; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, § 6 Rn. 243 ff.; *F. Müller/Christensen*, S. 163, 167 nach Fn. 392; sowie *v. Ungern-Sternberg*, AöR 138 (2013), 1, 45 ff.

chung präsumtive Verbindlichkeit beanspruchen.⁹⁹⁵ Der Bundesgerichtshof hat aber bereits entschieden, dass die Nachlässigkeit anderer Organmitglieder oder Gesellschaftsorgane allenfalls zu deren gesamtschuldnerischen Haftung führt und nicht zu einer Anspruchskürzung nach § 254 BGB.⁹⁹⁶

Gründe, weshalb von der bewährten Linie der Rechtsprechung abgewichen und dem Mitverschuldenseinwand ausnahmsweise Rechnung getragen werden sollte, sucht man nicht nur im GmbH-, sondern auch im Aktienrecht vergebens. Angesichts der Weisungsfreiheit des Vorstandshandelns ist die nicht näher begründete Forderung nach einer Ausnahme für den Fall, dass die Hauptversammlung ein „ungeeignetes“ Aufsichtsratsmitglied bestellt habe, zumindest erstaunlich, wie zurückhaltend sie auch vorgebracht sein mag.⁹⁹⁷ Sie ist meines Erachtens sogar fehl am Platze – und zwar unabhängig davon, ob das Vorstandsmitglied Bedenken gegen die Wahl geäußert hat oder nicht.⁹⁹⁸ Die Hauptversammlung trifft gegenüber dem Aufsichtsrat keine Überwachungspflicht,⁹⁹⁹ und auch eine Überwachungsobliegenheit sollte man nicht konstruieren. Die Acht- und Sorglosigkeit des Vorstandes bleibt seine eigene Acht- und Sorglosigkeit. Den Einwand, er habe darauf hingewiesen, dass ein Aufsichtsratsmitglied nicht die notwendigen Fähigkeiten mitbringe, um ihn von pflichtwidrigem und schuldhaftem Handeln abzuhalten, kann man dem Vorstand nicht gestatten (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).¹⁰⁰⁰ Wenn ein Vorstandsmitglied bei eindeutig überforderten Kollegen oder Aufsehern zum Tagesgeschäft über-

⁹⁹⁵ Siehe *Kriele*, Theorie, S. 243 ff.

⁹⁹⁶ Siehe oben S. 148 bei und in Fußnote 916 sowie S. 159 bei und in Fußnote 917 und Fußnote 920.

⁹⁹⁷ Vgl. *Hopt*, in: *Großkomm. AktG* (4. Aufl. 1999), § 93 Rn. 260: „[Für die Anwendung von § 254] könnte man allenfalls dann entscheiden, wenn es um Verschulden der Hauptversammlung geht, allerdings sind hier entsprechende Fälle noch schwerer als bei der GmbH zu bilden. Denkbar ist etwa, daß die Hauptversammlung fahrlässig ein ungeeignetes Aufsichtsratsmitglied bestimmt, gegen dessen Wahl die Mitglieder des Vorstands nicht die erforderlichen Einwände erheben.“ (Fußnoten weggelassen); *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 405: „Ausnahmsweise anders kann es bei einem Verschulden der Hauptversammlung sein, was allerdings noch seltener der Fall sein wird als bei der GmbH. Denkbar ist etwa, dass die Hauptversammlung eine rechtswidrige Weisung erteilt hat oder dass sie fahrlässig ein ungeeignetes Aufsichtsratsmitglied bestimmt hat, gegen dessen Wahl die Mitglieder des Vorstands nicht die erforderlichen [...] Einwände erheben.“ (Fußnoten weggelassen); ähnlich noch *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (2. Aufl. 2010), § 93 Rn. 210: „In besonders gelagerten Fällen mag man allenfalls an ein anspruchsverkürzendes Mitverschulden der Hauptversammlung wegen Bestellung ungeeigneter Aufsichtsratsmitglieder denken.“; wie hier *ders.*, in: *Spindler/Stilz* (3. Aufl. 2015), § 93 Rn. 210; *ders.*, in: *BeckOGK AktG*, § 93 Rn. 249.

⁹⁹⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 20.10.1954 – II ZR 280/53 = BGHZ 15, 71, 78 zur Bestellung eines neuen Vorstandskollegen: „Ein Vorstandsmitglied darf seine Bedenken gegen eine Geschäfts- oder Verwaltungsmaßnahme nicht unterdrücken. Das folgt aus seiner Stellung als Organmitglied und seinem Treueverhältnis zu Gesellschaft und gilt in gleicher Weise gegenüber Maßnahmen des ganzen Vorstands, des Aufsichtsrats und der Hauptversammlung. Auch eine Wahl in den Vorstand ist davon nicht ausgenommen. Es besteht eine *Redepflicht* gegenüber dem Aufsichtsrat oder seinen Mitgliedern.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

⁹⁹⁹ Vgl. *Fleischer*, DB 2013, 217, 220: „Aktionären obliegt nach ganz überwiegender Ansicht im In- und Ausland keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle des Aufsichtsratshandelns.“ (Fußnote weggelassen).

¹⁰⁰⁰ Siehe nunmehr BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2100 Tz. 20 („ISION“): „Der Vorstand kann sich nicht unter Berufung auf eine unzutreffende Beratung durch den Aufsichtsrat im Rahmen seiner Aufsichtsratsstätigkeit, die Teil der Überwachungspflicht ist [...], entlasten. Vorstandsmitglieder können sich nicht darauf berufen, der Aufsichtsrat habe sie ungenügend überwacht oder fehlerhaft beraten.“

geht, ohne auf eine Ablösung der betroffenen Person hinzuwirken bzw. ohne für seine eigene Stellung Konsequenzen zu ziehen, handelt es auf eigene Gefahr.¹⁰⁰¹

IV. Zusammenfassung

Sub specie Mitverschulden spielt Expertenrat keine Rolle. Vertrauen die Mitglieder des Vorstands auf Angaben ihrer Kollegen, auf Informationen aus anderen Organen oder auf das, was ihnen Angestellte der AG oder externe Dienstleister mitteilen, ist nach den im ersten und zweiten Kapitel dargestellten Grundsätzen zu prüfen, ob dieses Vertrauen den Vorwurf der Pflichtverletzung oder des Verschuldens entfallen lässt. Ohne Pflichtverletzung hat ein Vorstandsmitglied weder Abberufung noch Schadensersatzansprüche zu befürchten. Fehlt es am Verschulden, scheidet jedenfalls die Haftung aus. Haftet ein Vorstand hingegen, bleibt es seine Sache, bei anderen Gesamtschuldnern Ausgleich zu suchen. Sowohl die Mitglieder des Vorstands als auch die Mitglieder des Aufsichtsrats werden in fiduziarischer Stellung für die Gesellschaft tätig und schulden dieser die Wahrnehmung ihrer organschaftlichen Funktion jeweils für sich. Für ein Mitverschulden der Aktiengesellschaft besteht daneben kein Raum. Andernfalls wiche man der Frage nach der Verantwortlichkeit der einzelnen Organwalter im arbeitsteilig organisierten Verband aus. Die individuelle Rechenschaft gegenüber der AG ginge im Zusammenspiel der Akteure unter. Ausnahmen sind nicht angezeigt. Etwaige Begründungsmuster aus dem Genossenschafts- und dem GmbH-Recht überzeugen, bei Lichte besehen, schon in ihrem eigenen Regelungsumfeld nicht. Auf das Aktienrecht kann man sie erst recht nicht übertragen. Damit ist unter den Mitverschuldenseinwand ein Strich gezogen. Er wird im Fortgang der Arbeit keine Rolle mehr spielen.

¹⁰⁰¹ Vgl. BGH, Urteil vom 20.3.1986 – II ZR 114/85 = WM 1986, 789, 790 („KCS“) zu den Sanktionsmöglichkeiten gegenüber Mitgeschäftsführern (Änderung der Vertretungsregelung, Abberufung, Untersagung der weiteren Geschäftsführung durch einstweilige Verfügung); BGH, Urteil vom 26.6.1995 – II ZR 109/94 = NJW 1995, 2850, 2851 zu der Berechtigung eines GmbH-Geschäftsführers, den eigenen Anstellungsvertrag zu kündigen; sowie BFH, Beschluss vom 12.5.2009 – VII B 266/08 = BFH/NV 2009, 1589, 1591; dazu oben S. 61 bei Fußnote 379. Siehe ferner *Behme/Zickgraf*, AG 2015, 841, 847 ff. zur Auswahlsorgfalt des Aufsichtsrats bei der Bestellung von Vorstandsmitgliedern.

KAPITEL 4 KRITIK

I. Einleitung

Die vorangehenden Kapitel haben gezeigt, wie sich Expertenrat in das dogmatische Gebäude der Vorstandshaftung einfügt. Sofern es um Vertrauen auf Rechtsrat geht, bewegt man sich außerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und findet in den Grundsätzen zum Rechtsirrtum eine bewährte Lösung. Ein Verstoß gegen die organschaftliche Treue- oder Legalitätspflicht liegt vor, berechtigtes Vertrauen schließt aber den Verschuldensvorwurf aus. Sofern andere Experten konsultiert werden, ist regelmäßig der Tatbestand von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eröffnet. Ihr Rat muss sich als angemessene Information darstellen – zumindest aus Sicht des beklagten Vorstandsmitglieds. Durfte dieses vernünftigerweise davon ausgehen, einen zuverlässigen Fachmann befragt zu haben, ist der Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens unbegründet. Bei der horizontalen oder vertikalen Delegation darf auf Vorstandskollegen oder Arbeitnehmer vertraut werden, solange zu Zweifeln kein Anlass besteht. Mitarbeiter muss der Vorstand sorgfältig auswählen, einweisen und überwachen. Werden Experten beauftragt, um fehlenden Sachverstand zu kompensieren, fällt es in die Verantwortung des Vorstands, diesen Kontakt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzubahnen, aufzunehmen und aufrechtzuerhalten. Insbesondere letzteres setzt voraus, dass der Vorstand die Auskunft des Ratgebers einer Plausibilitätskontrolle unterzieht: Auf ein Gutachten darf er nur dann vertrauen, wenn es richtig und vollständig an die mitgeteilten Tatsachen anknüpft und keine offensichtlichen Widersprüche oder Begründungslücken aufweist.

Am Ende des zweiten Kapitels wurde darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Exkulpation durch Expertenrat nicht nur auf der Ebene des Verschuldens für wertvolle Klarstellungen gesorgt hat.¹⁰⁰² In demselben Maße, in dem sie den Fahrlässigkeitsbegriff schärfer konturiert, trägt sie auch zu einem besseren Verständnis der organschaftlichen Pflichten bei. Auf Grundlage der in den ersten beiden Kapiteln gesammelten Erkenntnisse wird es im Folgenden darum gehen, die noch offenen Fragen des Haftungstatbestandes kritisch zu würdigen. Für die Pflichtverletzung bedeutet dies, dem Unterschied zwischen den überwiegend verhaltensbezogenen Pflichten innerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und dem Begriff der Fahrlässigkeit nachzuspüren. Im Rückgriff auf neuere Forschungsergebnisse zum Erfüllungs- und Bereicherungsrecht soll versucht werden, eine frische Perspektive auf die Leistungspflicht des Vorstands zu eröffnen und den gefundenen Ergebnissen nach Möglichkeit auch eine rechtstheoretische Untermauerung zu geben. Was das Verschulden betrifft, werden die für den Rechtsirrtum des Vorstands geltenden Maßstäbe mit den allgemein geltenden Regeln abgeglichen. Dabei wird sich zeigen, dass der II. Zivilsenat mit seiner Rechtsprechung einen folgerichtigen Weg eingeschlagen hat.

¹⁰⁰² Siehe oben S. 143 nach Fußnote 902.

II. Pflichtverletzung

1. Eine deliktsrechtliche Dekonstruktion?

Wenn man sich mit der Literatur zu den organschaftlichen Pflichten des Vorstands vertraut macht, kann man eines feststellen: die Abwesenheit jeglicher vertragsrechtlichen Dogmatik.¹⁰⁰³ Bereits im Ausgangspunkt der Pflichtenkonkretisierung stößt man stattdessen auf einen erstaunlichen Befund. Dem Verschuldensmaßstab in § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG kommt angeblich eine Doppelfunktion zu. Als Generalklausel soll die Vorschrift zugleich die objektiven Verhaltenspflichten des Vorstands umschreiben. Dass der gesetzliche Haftungsmaßstab auch den haftungsbegründenden Tatbestand festlege, wurde zuerst von Ernst-Joachim Mestmäcker behauptet, später von Hans-Joachim Mertens übernommen und ist heute zu einem aktienrechtlichen Allgemeinplatz geworden.¹⁰⁰⁴ Autoren, die wie etwa Uwe Hüffer eine andere Auffassung vertreten (haben), konnten sich entweder nicht durchsetzen oder wollten die Frage aus pragmatischen Erwägungen nicht weiter verfolgen.¹⁰⁰⁵ Von einem vertragsrechtlichen Standpunkt aus ist diese dogmatische Konzeption überraschend, so als würde man zur Bestimmung einer Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Fahrlässigkeitsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB zurückgreifen.

Aus deliktsrechtlicher Sicht kommt sie einem dagegen schon vertrauter vor. Welche Schwierigkeiten sich mit der Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Verschulden verbinden, ist aus der Debatte über Erfolgs- und Verhaltensunrecht bestens bekannt und muss hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden.¹⁰⁰⁶ Die Schwierigkeiten zeigen sich insbesondere, wenn mit der Rechts-

¹⁰⁰³ Siehe aber *Kinzl*, DB 2004, 1653, 1654, der § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG mit § 670 BGB und § 110 HGB vergleicht. Der Ersatzanspruch des Auftragtragers setze voraus, dass dieser die zur Ausführung des Auftrags getätigten Aufwendungen den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Das Vertrauen der Vorstandsmitglieder, auf der Grundlage angemessener Information zu handeln, sei strukturell ähnlich. Zustimmend *Bachmann*, Festschrift Stilz, S. 25, 29. Siehe ferner *D. Reuter*, NZG 2009, 1368, 1370, demzufolge das Auftragsrecht die Blaupause für die organschaftliche Binnenhaftung darstelle.

¹⁰⁰⁴ Siehe oben S. 7 bei und nach Fußnote 18.

¹⁰⁰⁵ Siehe *Hüffer*, Festschrift Raiser, S. 163, 165 ff., 176; *ders.* (10. Aufl. 2012), § 93 Rn. 3a: „Dogmatisch spricht vielmehr für § 93 I 1 [AktG] als bloßen Verschuldensmaßstab aufzufassen, während sich [die objektive] Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung aus § 76 I [AktG] ergibt [...]. Praktisch dürfte [die] Frage, soweit es nur um [die] Vorstandshaftung geht, folgenlos bleiben, solange darüber Einigkeit besteht, daß sich [die] Begründung von Pflichten durch [eine] Konkretisierung des § 93 I 1 an [der] Leitungsaufgabe des Vorstands (§ 76 I), seinen Treuebindungen und [gesetzlichen] Einzelvorschriften (zB §§ 80, 81, 83, 88, 90, 92 [AktG]) zu orientieren hat.“; so wohl auch *Immenga*, Festschrift Schwark, S. 199, 202; für das GmbH-Recht ebenso *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck* (17. Aufl. 2000), § 43 Rn. 11, 16 f. (abweichend heute *Beurskens*, in: *Noack/Servatius/Haas*, § 43 Rn. 7); *Koppensteiner/Gruber*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff* (5. Aufl. 2013), § 43 Rn. 8; zustimmend *Goette*, in: *Handb. Corporate Governance*, S. 713, 719 in Fn. 35; abweichend aber *Koch*, § 93 Rn. 7, mit dem nicht überzeugenden Argument, dass § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nur Sinne ergebe, wenn in § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG eine positive Umschreibung des Pflichtenstandards enthalten sei.

¹⁰⁰⁶ Dazu eingehend *Jansen*, S. 405 ff., 413 ff., 416 ff., 421 ff., 424 ff. Eine im Ausgangspunkt ähnliche Kritik hat bereits *Heisse*, S. 13 ff., 16 f., formuliert, indem er die Geschäftsführerhaftung als nicht deliktische Haftung einstuft. Heisse legt Wert darauf, dass es bei § 43 GmbHG neben dem Verschulden nicht auf Rechtswidrigkeit, sondern auf eine Pflichtverletzung ankomme (a.a.O., S. 14 bei und in Fn. 7). Meine Kritik unterscheidet sich von seinem Standpunkt aber durch die unten S. 169 bei und nach Fußnote 1038 vorgenommene vertragsrechtliche Rekonstruktion der Lei(s)tungspflicht des Vorstands (siehe auch a.a.O., S. 6 f., 11 ff.). Im

widrigkeit verhaltensbezogene Sorgfaltsanforderungen verbunden werden und zugleich ein objektiver Verschuldensmaßstab gilt.¹⁰⁰⁷ Beides ist im Anwendungsbereich von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG der Fall. Man wundert sich insofern nicht, dass viele Autoren dem Verschulden bei der Organhaftung einen nur untergeordneten Stellenwert zumessen.¹⁰⁰⁸ Im Deliktsrecht stellt die schwache Trennschärfe von Rechtswidrigkeit und Verschulden die Dogmatik der Verkehrspflichtenhaftung vor erhebliche Probleme.¹⁰⁰⁹ Verkehrspflichten begründen zwar eine Haftungsverantwortlichkeit (für mittelbare Rechtsgutsverletzungen und Unterlassungen), sie stellen aber keine einklagbaren (echten) Verhaltenspflichten dar.¹⁰¹⁰ „Indem sie ‚Handlungsgebote‘ aufstellen, entscheiden sie das Zurechnungsproblem, wie weit der deliktische Rechtsgüterschutz auch bei Unterlassungen und mittelbaren Verletzungen gewährt wird. Zugleich normieren sie damit aber auch den Haftungsmaßstab, also den Grad der erforderlichen Sorgfalt.“¹⁰¹¹ Soweit die Rechtswidrigkeit verhaltensbezogen verstanden wird, ist die Unterscheidbarkeit vom Verschulden also in Frage gestellt.¹⁰¹²

In der aktienrechtlichen Debatte um die sog. Compliance kann man hierzu in gewissem Maße eine Parallele finden. Wie im ersten Kapitel dargestellt wurde, zeigt die Aktienrechtswissenschaft große Zurückhaltung, wenn es darum geht, echte (einklagbare) Organisations- und Überwachungspflichten zu statuieren.¹⁰¹³ Die Haftung gilt als Folge unterlassener oder ungenügender Aufsichtsmaßnahmen, ohne dass man im Allgemeinen sagen könnte, wozu ein sorgfältiger Vorstand bei der Einrichtung einer Compliance-Organisation oder eines Überwachungssystems nach § 91 Abs. 2 AktG tatsächlich verpflichtet ist. Die sog. Compliance wird verbreitet als verhaltensbezogene Legalitätskontrollpflicht konzipiert. Bei der Frage des „Ob“ soll dem Vorstand kein unternehmerisches Ermessen zustehen, wohl aber bei der Frage des „Wie“, bei der Entscheidung also, welche konkreten Maßnahmen zu ergreifen sind.¹⁰¹⁴ Der Verweis auf die sog. Business Judgment Rule ist, wie oben gezeigt, jedoch trügerisch. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG hilft dem Vorstand nur, wenn der Vorwurf übermäßiger, unwirtschaftlicher Kontrollmaßnahmen im Raum steht.¹⁰¹⁵ Wenn man die sog. Compliance dagegen als erfolgsbezogene Legalitätspflicht begreift und das Delegationsproblem mit dem Bundesgerichtshof als eine Frage des Verschuldens versteht, hat

Übrigen lehne ich Heisses Schlussfolgerungen ab, d.h. seine Sicht auf bewusste Vertragsverletzungen gegenüber Dritten (a.a.O., S. 17 f.), auf nützliche Verstöße gegen die Legalitätspflicht (a.a.O., S. 19 ff.) sowie auf vermeintliche Ordnungsvorschriften (a.a.O., S. 21 f.). Siehe dazu oben S. 19 nach Fußnote 99.

¹⁰⁰⁷ So ausdrücklich *Jansen*, S. 413 f., 431; siehe ferner *Mertens*, *VersR* 1980, 397, 407.

¹⁰⁰⁸ Siehe oben S. 93 nach Fußnote 573.

¹⁰⁰⁹ Siehe *Jansen*, S. 22 f., 394, 414 ff.; sowie *v. Bar*, S. 145 ff., 148 ff., 171 ff.

¹⁰¹⁰ Siehe *Jansen*, S. 11 ff., 402 f.

¹⁰¹¹ *Jansen*, S. 22.

¹⁰¹² So *Jansen*, S. 424.

¹⁰¹³ Siehe oben S. 72 bei und nach Fußnote 460; sowie *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 91 Rn. 63: „Vermittelnd spricht man daher auch von einer relativen oder grundsätzlichen Compliance-Pflicht.“

¹⁰¹⁴ Vgl. *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 91 Rn. 63, 71; sowie oben S. 68 bei Fußnote 426.

¹⁰¹⁵ Siehe oben S. 72 bei und nach Fußnote 462.

man mit der Unterscheidung zwischen Pflichtverletzung und Sorgfaltsmaßstab keine Schwierigkeiten. Die Annahme einer Doppelfunktion für § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG erübrigt sich.

Die Auswahl-, Einweisungs- und Überwachungsverantwortung des Vorstands für Mitarbeiter wird im Schrifttum ausdrücklich mit einer deliktsrechtlichen Vorschrift in Verbindung gebracht, und zwar mit § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB: Die „Verhaltensvorgaben für die Übertragung deliktischer Verkehrspflichten“ sollen nach Überzeugung etlicher Autoren in den Fällen statthafter Delegation eine „Orientierungshilfe“ bieten.¹⁰¹⁶ Ob die aktienrechtliche Literatur mit der oben beschriebenen Einordnung von § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG ebenso bewusst einem deliktsrechtlichen Paradigma folgt, kann man dagegen nur mutmaßen. Hans-Joachim Mertens, der dem organschaftlichen Haftungsrecht seit den Siebzigerjahren mit zwei großen Kommentierungen seinen Stempel aufgedrückt hat,¹⁰¹⁷ hat auch im Deliktsrecht umfangreiche Forschungsarbeiten geleistet. Von 1980 bis 1997 verantwortete er die Darstellung der §§ 823 ff. BGB im Münchener Kommentar.¹⁰¹⁸ Gerald Spindler, der mit der zweiten Auflage den Münchener Kommentar zu §§ 76 ff. AktG von Wolfgang Hefermehl übernommen hat und seither fortsetzt,¹⁰¹⁹ hat sich nicht nur zu einem deliktsrechtlichen Thema habilitiert, nämlich zu den von ihm sogenannten Unternehmensorganisationspflichten.¹⁰²⁰ Auch er hat wie sein Lehrer Mertens eine Kommentierung zum Recht der unerlaubten Handlungen betreut.¹⁰²¹ Ausdrückliche Bezugnahmen auf deliktsrechtliche Denkmuster findet man bei beiden allerdings nur am Rande.¹⁰²² Teilweise wird auch auf den Charakter der Organstellung als rechtsgeschäftlich begründete Sonderrechtsbeziehung verwiesen, so dass sich

¹⁰¹⁶ Vgl. *Fleischer*, AG 2003, 291, 292 unter Verweis auf *Hager*, in: Staudinger (13. Bearb. 1999), § 831 E 59 ff.; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 133; *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199, 2205 unter Verweis auf *Spindler*, S. 691 ff., und *Mertens*, in: Münchener Komm. BGB (3. Aufl. 1997), § 831 Rn. 2, 28; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, § 93 Rn. 56 bei und in Fn. 92; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 163; für das GmbH-Recht z.B. *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, § 43 Rn. 28: Bei der Verpflichtung zur sorgfältigen Auswahl, Einweisung und Überwachung des Delegatars handele es sich „um gesicherte Erkenntnisse zur allgemeinen Verkehrspflichtendogmatik“.

¹⁰¹⁷ Siehe *Mertens*, in: Kölner Komm. AktG (1. Aufl. 1970/1971/2. Aufl. 1988/1995), Vorb. § 76 und §§ 76-117; *ders./Cahn*, in: Kölner Komm. AktG (3. Aufl. 2010), Vorb. § 76 und §§ 76-94; sowie zum GmbH-Geschäftsführer *Mertens*, in: Hachenburg (7. Aufl. 1979), §§ 35-40 und 43, 44; *ders.*, in: Hachenburg (8. Aufl. 1996), §§ 35 (teilweise mit *Ursula Stein*), 35a-37 und 39-43.

¹⁰¹⁸ Siehe *Mertens*, in: Münchener Komm. BGB (1. Aufl. 1980/2. Aufl. 1986), §§ 823-838, 840-853; *ders.*, in: Münchener Komm. BGB (3. Aufl. 1997), § 823-829.

¹⁰¹⁹ Siehe *Hefermehl/Spindler*, in: Münchener Komm. AktG (2. Aufl. 2003), Vor § 76 und §§ 76-94; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG (3. Aufl. 2008/4. Aufl. 2014/5. Aufl. 2019), Vor § 76 und §§ 76-94.

¹⁰²⁰ Siehe *Spindler*, insbesondere S. 689 ff.

¹⁰²¹ Siehe *Spindler*, in: Bamberger/Roth (1. Aufl. 2003/2. Aufl. 2007/3. Aufl. 2012/4. Aufl. 2019), §§ 823-838, 840-853; *ders.*, in: BeckOK BGB, §§ 827-830, 832-838, 840-853; *ders.*, in: BeckOGK BGB, §§ 823-826, 831.

¹⁰²² Wenn man so will bei dem Verweis auf die Anspruchskonkurrenz zu §§ 826 und 823 BGB (*Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 3; zuvor bereits *Mertens*, in: Kölner Komm. AktG (2. Aufl. 1988), § 93 Rn. 2; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 336 ff.). Ferner bei dem Hinweis, dass es sich bei § 93 AktG nicht um ein Schutzgesetz zugunsten der Aktionäre und Dritter handele (*Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 5; *Mertens*, in: Kölner Komm. AktG (2. Aufl. 1988), § 93 Rn. 3; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 343). Soweit es um die Eigenschaft als Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaft geht, argumentieren *Mertens/Cahn*, a.a.O., ausdrücklich in Abgrenzung zur deliktischen Teilnehmerhaftung. Zum vermeintlich geringen Stellenwert des Verschuldens oben S. 93 bei und in Fußnote 574.

insgesamt ein zwiespältiges Bild ergibt.¹⁰²³ Allein in der ersten Auflage des Kölner Kommentars finden sich noch längere Ausführungen zu der Einordnung des Schadensersatzanspruchs aus § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG als vertragliche oder gesetzliche Haftung sowie – in Auseinandersetzung mit der vormalig in § 294 AktG 1937 geregelten Aktienrechtsuntreue – zu dem Erfordernis eines Rechtswidrigkeitskriteriums.¹⁰²⁴ In der zweiten Auflage hat Mertens es dann eine „belanglose[, allenfalls zu Mißverständnissen führende[] Frage“ genannt, „ob man die Organhaftung als gesetzliche oder vertragliche Haftung bezeichnen sollte“.¹⁰²⁵ Wolfgang Zöllner hat in seiner Kommentierung zu § 43 Abs. 2 GmbHG formuliert, dass es sich bei den haftungsbegründenden Pflichtwidrigkeiten um Verhaltensunrecht handle, das sich nicht ohne Heranziehung von Sorgfaltsanforderungen bestimmen lasse.¹⁰²⁶ Dabei hat er ausdrücklich die Frage angesprochen, ob „generell, [insbesondere] im deliktischen Bereich[] die Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt zu den Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen“ gehöre, sie dann aber dahinstehen lassen.¹⁰²⁷

Andere Autoren, die die wissenschaftliche Diskussion vor und nach Erlass des UMAG durch Kommentierungen oder Monographien geprägt haben, sehen in dem Begriff der Sorgfaltspflicht vor allem ein rechtsvergleichend anschlussfähiges Konzept. Dies gilt namentlich für Klaus J. Hopt und seinen Schüler Markus Roth sowie für Holger Fleischer und seinen Lehrer Herbert

¹⁰²³ So sprechen *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 5, von einem „spezifische[n] Rechtsverhältnis zwischen individuell Beteiligten, das in mancher Hinsicht durchaus ihrer privatautonomen Ausgestaltung unterliegt und auf beiderseitiger Zustimmung beruht“, sowie von einer „dienstrechtlichen Stellung“ (a.a.O., Rn. 64); zuvor bereits *Mertens*, in: Kölner Komm. AktG (2. Aufl. 1988), § 93 Rn. 3, 27. Siehe ferner *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 138, wonach die Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG „durch die allgemeine Regel gestützt [werde], dass ein Vertragspartner, der zu bestimmten Tätigkeiten verpflichtet ist, die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Leistungen beweisen muss.“ An anderer Stelle (a.a.O., § 93 Rn. 140) sprechen sie aber davon, dass sich die Beweislastumkehr „nicht nur auf die subjektive Vorwerfbarkeit[,] sondern auch auf die Rechtswidrigkeit einer Schädigung der Gesellschaft“ (Hervorhebungen weggelassen) beziehe. Zugleich lehnen sie eine Leistungsklage der Gesellschaft ebenso wie negatorische Ansprüche ab. Siehe *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 235, 240 und Vorb. § 76 Rn. 4; *Mertens*, in: Kölner Komm. AktG (2. Aufl. 1988), § 93 Rn. 190, 194.

¹⁰²⁴ Siehe *Mertens*, in: Kölner Komm. AktG (1. Aufl. 1970/1971), § 93 Rn. 2, 12, der § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG als allgemeinen Auffangtatbestand einer Haftung wegen pflichtwidriger Nachteilszufügung bezeichnet und zu folgender Gliederung gelangt: „*Tatbestandsmäßig* ist die Zufügung eines Nachteils; diese ist *rechtswidrig*, wenn das Verwaltungsmitglied der Sorgfalt eines pflichtbewußten Unternehmers nicht genügt hat [...]; das genügt infolge des objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs, den § 93 mit dem Hinweis auf die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters statuiert, bei Schuldfähigkeit des betreffenden Verwaltungsmitglieds normalerweise auch zur Bejahung der *subjektiven Vorwerfbarkeit*.“ (Hervorhebungen im Original).

¹⁰²⁵ *Mertens*, in: Kölner Komm. AktG (2. Aufl. 1988), § 93 Rn. 3; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 11; siehe außerdem *Mertens*, in: Hachenburg (7. Aufl. 1979), § 43 Rn. 22, 56.

¹⁰²⁶ So *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck (17. Aufl. 2000), § 43 Rn. 17; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (21. Aufl. 2017), § 43 Rn. 18; siehe ferner *K. Schmidt*, ZZZ 92 (1979), 212, 215 f., der klagbare Organrechte und -pflichten anhand des Paradigmas von § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB abgrenzt.

¹⁰²⁷ Siehe *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck (17. Aufl. 2000), § 43 Rn. 17; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (21. Aufl. 2017), § 43 Rn. 18 (ohne diese Verbindung nunmehr *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, § 43 Rn. 7). Ein deliktisches Denken zeigen Zöllner und Noack m.E. auch insoweit, als sie die Geschäftsführungsaufgabe als „Grundnorm“ bezeichnen, aus der sich zahlreiche ungeschriebene Unternormen entwickeln ließen. Die Pflichten des Geschäftsführers würden durch „Verhaltensnormen“ bestimmt, deren wichtigste darin liege, den Gesellschaftszweck möglichst effektiv zu verfolgen (a.a.O., Rn. 17). Im Regelfall geschehe dies durch Gewinnerzielung (dazu unten S. 190 bei und nach Fußnote 1182).

Wiedemann. Nicht weniger gilt es für Walter G. Paefgen. Sie alle haben die Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG der directors' duty of care US-amerikanischer Prägung gegenübergestellt.¹⁰²⁸ Dabei ist häufig unbeachtet geblieben, dass sowohl die duty of care der US-amerikanischen Gesellschaftsrechte¹⁰²⁹ als auch die duty to exercise reasonable care, skill and diligence des englischen Companies Act 2006 (s 174)¹⁰³⁰ ihre Wurzeln im tort of negligence finden.¹⁰³¹ Tort law und deutsches Deliktsrecht können funktional rechtsvergleichend als Äquivalente betrachtet werden,¹⁰³² auch wenn man in Rechnung stellen muss, dass die dogmatische Einordnung in den Rechtsordnungen des common law¹⁰³³ traditionell weniger Bedeutung mit Blick auf den Haftungsgrund hat als vielmehr in Hinblick auf die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe (remedies). Im englischen Recht zeigt sich dies noch immer in ss 170(3), (4) und 178 Companies Act 2006 (CA 2006). Die Geschäftsleiterpflichten sollen danach in derselben Weise interpretiert und angewendet werden wie die common law rules oder die equitable principles, auf denen sie beruhen. Für Pflichtverletzungen gelten nach s 178(1) CA 2006 die hergebrachten Rechtsfolgen, wobei s 178(2) CA 2006 klarstellt, dass es sich bei der Sorgfaltspflicht nach s 174 CA 2006 nicht um eine mit den in equity verfügbaren Rechtsbehelfen durchsetzbare fiduciary duty handelt. Bei ihrer Verletzung kommt daher allein ein Anspruch auf Geldersatz in Betracht.¹⁰³⁴ In dem für das US-amerikanische Gesellschaftsrecht so eminent wichtigen Gliedstaat Delaware¹⁰³⁵ verhält es sich genau umgekehrt. Zwar entscheidet dessen Court of Chancery, einer der wenigen

¹⁰²⁸ Siehe Wiedemann, Organverantwortung, S. 12 ff.; Hopt, Festschrift Mestmäcker, S. 909, 917; ders., in: Großkomm. AktG (4. Aufl. 1999), § 93 Rn. 83, 145; ders./M. Roth, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 52; M. Roth, S. 44 ff., 75 ff.; Paefgen, S. 151 ff.; Fleischer, Festschrift Wiedemann, S. 827 ff.; ferner Mutter, S. 206 ff.; Oltmanns, S. 19 ff., 45 ff., 119 ff., 165 ff.; Möslin, S. 41, 129 ff.; zu Abeltshauser, S. 50 ff., siehe oben S. 1 bei und in Fußnote 1.

¹⁰²⁹ Eingehend dazu Gevurtz, S. 278 ff.; ferner Cox/Hazen, S. 186: „[T]he changes to the Model Act still refer to ‚director reasonably believes to be in the best interest of the corporation,‘ which still captures the negligence concept of how a reasonable director would act under like circumstances.“ (Fußnote weggelassen); Hawes/Sherrard, 62 Va. L. Rev. 1, 42 (1976): „The business judgment rule provides the best context for understanding the application of the reliance defence in negligence actions.“; abweichend wohl Bainbridge, S. 298, 287 f.: „[A]s Professor Bishop famously observed: ‚The search for cases in which directors [...] have been held liable [...] for negligence uncomplicated by selfdealing is a search for a very small number of needles in a very large haystack.‘ [...] The paucity of [...] cases [...] reflects a fundamental disagreement as to whether negligence is the appropriate standard of review in the corporate context.“

¹⁰³⁰ Siehe Hannigan, Rn. 14–55: „[A] breach of this duty gives rise to the standard common law liability in damages for negligence.“; Davies, S. 154; deutlicher noch ders. (1. Aufl. 2002), S. 154: „The common law of tort imposes on directors a duty to take care in the exercise of their functions as directors.“

¹⁰³¹ Siehe aber Merkt, Rn. 904: „In der Sache handelt es sich [...] um den allgemeinen Sorgfaltsmaßstab, der im Deliktsrecht (law of torts) bei der Haftung für Fahrlässigkeit (liability for negligence) gilt.“; sowie Bedkowski, S. 135; bei v. Hein, S. 913 ff., kommt dieser Aspekt nicht vor.

¹⁰³² Vgl. Jansen, in: Handwörterb. des Europäischen Privatrechts, Stichwort: Deliktsrecht: Allgemeines und *lex Aquilia*, S. 305, 306; zu *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562 knapp und anschaulich Häcker, JuS 2014, 872, 875.

¹⁰³³ Zum Begriff Vogenauer, in: Handwörterb. des Europäischen Privatrechts, Stichwort: Common law, S. 280 ff.; ferner ders., in: Englischtes Handels- und Wirtschaftsrecht, § 1 Rn. 16.

¹⁰³⁴ Siehe Davies, S. 154: „The principal remedy is tort-like damages for loss caused to the company by the breach of duty rather than an obligation to account for profits made or to restore to the company the value of property misapplied in breach of duty.“; ferner W. Doralt, S. 79 Rn. 3.

¹⁰³⁵ Vgl. Armour/Hansmann/Kraakman, in: Anatomy, S. 24: „the leading state of incorporation for publicly traded companies“.

in den Vereinigten Staaten heute so noch vorhandenen equity courts, auch über derivative suits, die auf den Ausgleich von Vermögensschäden gerichtet sind.¹⁰³⁶ Schadensersatzansprüche wegen einer Verletzung der duty of care kommen aber wegen satzungsmäßiger Ausschlussklauseln, wie sie § 102(b)(7) Delaware General Corporation Law gestattet, praktisch nicht vor.¹⁰³⁷ Auf weitere Einzelheiten einzugehen, ist für die Zwecke meiner Untersuchung nicht erforderlich. Jedenfalls kann man festhalten, dass die Rechtsvergleicher unter den deutschen Aktienrechtswissenschaftlern keine vertragsrechtliche Konzeption der Sorgfaltspflicht entwickelt haben.

2. Eine vertragsrechtliche Rekonstruktion

Wer § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG eine Doppelfunktion zuschreibt,¹⁰³⁸ handelt sich notgedrungen Schwierigkeiten ein: Man kann die organschaftlichen Pflichten des Vorstands nicht auf der einen Seite wie deliktische Verkehrspflichten behandeln und auf der anderen Seite davon sprechen, dass es sich bei der Sorgfaltspflicht um eine einklagbare Leistungspflicht handele.¹⁰³⁹ Etliche Kommentierungen des Vorstandsrechts sind denn auch von einer gewissen Ratlosigkeit gekennzeichnet. Bei Klaus J. Hopt und Markus Roth liest man etwa, dass die Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft zu sorgfältigem Handeln verpflichtet seien.¹⁰⁴⁰ Ihr Verhalten müsse sich an dem objektiv Erforderlichen messen lassen. Zugleich könne man das Maß der anzuwendenden Sorgfalt jedoch nicht absolut, sondern nur relativ bestimmen. Es richte sich nach der jeweils in Rede stehenden Situation.¹⁰⁴¹ Letztlich geben beide zu, dass man § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG nur wenig darüber entnehmen kann, was zur Pflichtenerfüllung des Vorstands konkret erforderlich ist.¹⁰⁴²

¹⁰³⁶ Vgl. *Fleischer/Bong/Cools*, *RabelsZ* 81 (2017), 608, 616 ff., insbesondere 622 f.

¹⁰³⁷ Siehe *Holland*, 11 U. Pa. J. Bus. L. 675, 690 ff. (2009), insbesondere 692 f.; zur Bedeutung von Expertenrat im Gesellschaftsrecht Delawares siehe § 141(e) Del. Gen. Corp. L. sowie *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244 261 (Del. 2000): „[The board of directors] is entitled to the presumption that it exercised proper business judgment, including proper reliance on experts.“; zum US-amerikanischen Recht im Übrigen *Diamond v. Davis*, 62 N.Y.S.2d 181, 191 (Sup. Ct. 1945): „The business judgment rule [...] ordinarily protects corporate directors against charges of [negligence] where competent professional advice has been obtained.“; *Hawes/Sherrard*, 62 Va. L. Rev. 1, 69 ff. (1976); *Longstreth*, 37 Bus. Law. 1185, 1190 f. (1982); *Rokas*, 2 A. U. B. L. R. 323, 327 ff. (2013).

¹⁰³⁸ Siehe oben S. 7 bei Fußnote 18 sowie S. 164 bei und nach Fußnote 1004.

¹⁰³⁹ Zu diesem Unterschied *Jansen*, S. 403.

¹⁰⁴⁰ Siehe *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 44, 58; sowie *Hopt*, in: *Großkomm. AktG* (4. Aufl. 1999), § 93 Rn. 18, 453: „Die Verpflichtung zu sorgfältigem Handeln [...] ist eine einklagbare Pflicht der Vorstandsmitglieder und kann daher [...] erforderlichenfalls selbständig durchgesetzt werden.“; zu der mit Blick auf § 888 Abs. 3 ZPO zweifelhaften Vollstreckbarkeit *Lutter*, *Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat*, Rn. 232; außerdem *Hüffer*, *Festschrift Raiser*, S. 163, 171: „Eine Lehre vom Leitungsermessen des Vorstands und seiner Ausübung zu entwickeln, erscheint nicht als vordringlich, weil es keine Möglichkeit gibt, einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Vorstandsentscheidung oder gar nach dem Vorbild der Ermessensschumpfung auf eine bestimmte Maßnahme des Vorstands durchzusetzen.“ Für die Haftung und Abberufung sei das Fehlen einer aktienrechtlichen Ermessenslehre allerdings misslich. Die Frage der Klagbarkeit wird in der Literatur oftmals eher beim sog. Organstreit diskutiert, in Gestalt der Frage, ob die Organe Vorstand und Aufsichtsrat als solche rechts- und parteifähig sind.

¹⁰⁴¹ Siehe *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 59, 85.

¹⁰⁴² So *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 60.

Ein deliktisches Verständnis der Vorstandspflichten erweist sich so als doppelt misslich. Wenn man die Vorstandspflichten nicht präzise beschreiben kann, leidet im Zentrum unternehmerischen Handelns nicht nur die Rechtssicherheit. Auch die Handlungsfreiheit der Normadressaten von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG wird beeinträchtigt, wenn man sagt, dass ein Vorstandsmitglied ohne die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse sein Amt nicht annehmen dürfe bzw. niederlegen müsse.¹⁰⁴³ Delegationsfreundlich erscheint das nicht gerade. Beratungsbedarf begründet für sich genommen keine Pflichtverletzung und keine Fahrlässigkeit.

Ich möchte im Folgenden daher eine vertragsrechtlich inspirierte Sicht auf die Geschäftsführung entwickeln, die diese Nachteile vermeidet. Wie sich zeigen lässt, hat eine solche Sichtweise auch eigenständige Vorteile; insbesondere kann sie ein schlüssiges und von § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG unabhängiges Verständnis der sog. Business Judgment Rule vermitteln. Einer vertragsrechtlichen Rekonstruktion der Lei(s)tungspflicht des Vorstands steht es nicht entgegen, dass es sich bei der Haftung nach § 93 AktG¹⁰⁴⁴ und bei vielen organschaftlichen Pflichten um zwingendes Gesetzesrecht handelt. Die Organstellung als solche wird nicht nur rechtsgeschäftlich begründet, nämlich durch Bestellung gemäß § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG.¹⁰⁴⁵ Das Vorstandsamt wird auch inhaltlich ganz wesentlich durch ein Rechtsgeschäft ausgestaltet, nämlich durch die Satzung, genauer noch durch die Festlegung des Unternehmensgegenstandes gemäß §§ 23 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 2, 179 Abs. 1 Satz 1 AktG. Dass sich die meisten Gesellschaften damit begnügen, dem Vorstand mit der Satzungsbestimmung über den Unternehmensgegenstand nur eine Rahmenvorgabe zu machen, wurde im ersten Kapitel bereits dargestellt.¹⁰⁴⁶ Es handelt sich dabei nicht um eine rechtliche Notwendigkeit, sondern um die in der Regel bewusste Gestaltungsentscheidung der Gründer bzw. der satzungsändernden Mehrheit, dass es dem Vorstand überlassen bleiben solle, die Statuten mit Leben zu füllen. Wie der Bundesgerichtshof mehrfach geurteilt hat, werden mit der Bestimmung des Unternehmensgegenstandes die Grenzen festgelegt, innerhalb deren der Vorstand in Ausübung der ihm übertragenen Leitungsmacht die Geschäfte zu führen hat.¹⁰⁴⁷ Verlässt der Vorstand den von der Satzung abgesteckten Rahmen, verletzt er seine Legalitätspflicht (§ 82 Abs. 2 AktG).¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴³ Siehe *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 59; dazu oben S. 96 bei Fußnote 594 und S. 130 bei Fußnote 802.

¹⁰⁴⁴ Statt vieler *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 8.

¹⁰⁴⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 22.9.1969 – II ZR 144/68 = BGHZ 52, 316, 321 zur GmbH, wo allerdings zwischen dem Bestellungsbeschluss als Akt körperschaftlicher Willensbildung und rechtsgeschäftlicher Bestellungserklärung differenziert wird. Kritisch zum rechtsgeschäftlichen Charakter von Beschlüssen *Ernst*, *Liber amicorum Leenen*, S. 1, 18 ff., 39 ff, 42; erfreulich eindeutig unter der Überschrift „Die Vertragshaftung gegenüber der juristischen Person“ *Baums*, S. 213: „[D]ie Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsleitung, an deren Verletzung die Haftung gegenüber der Gesellschaft anknüpft, ergibt sich immer aus dem vertraglichen Versprechen. Die §§ 93 AktG, 34 GenG, 43 GmbHG statuieren also keine gesetzliche Haftung.“ (Fußnote weggelassen).

¹⁰⁴⁶ Siehe oben S. 15 nach Fußnote 73.

¹⁰⁴⁷ Siehe BGH, Urteil vom 26.4.2006 – II ZR 155/02 = BGHZ 159, 30, 36 f. („Gelatine I“); dazu oben S. 15 bei und nach Fußnote 71.

¹⁰⁴⁸ Siehe BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1959 f. Tz. 16 („Corealcredit Bank“); dazu oben S. 15 bei Fußnote 72.

Dass die Satzung den Rahmenvertrag des Vorstandshandelns bildet, lässt sich anschaulich an der Entscheidung „Deutsche Bank“ aus dem Jahr 1994 zeigen. Der Bundesgerichtshof führte darin aus, dass die Ausnutzung eines unter Ausschluss des Bezugsrechts genehmigten Kapitals in die Geschäftsführungsverantwortung des Vorstands falle (§§ 76 Abs. 1, 204 Abs. 1 Satz 1 AktG).¹⁰⁴⁹ Die Hauptversammlung der Deutschen Bank AG hatte den Vorstand für fünf Jahre ermächtigt, das Grundkapital durch Ausgabe neuer Aktien um bis zu DM 75 Mio. zu erhöhen. Damit sollte die Bank in die Lage versetzt werden, ihre Aktionärsbasis u.a. im Ausland zu verbreitern und ihre Aktien an ausländischen Börsen einzuführen. Vor allem eine Notierung an der New Yorker Börse sollte angestrebt werden, aber auch eine Platzierung an europäischen Finanzplätzen, an denen die Aktien der Bank zum Teil bereits gehandelt wurden, kam nach dem Beschluss der Hauptversammlung in Betracht. Die neuen Aktien sollten breit gestreut und nur mit bestimmten Höchstbeträgen je Einleger ausgegeben werden.¹⁰⁵⁰ Der II. Zivilsenat hielt diese Vorgaben der Hauptversammlung für hinreichend bestimmt.¹⁰⁵¹ Die Bank sei nicht verpflichtet gewesen, die ausländischen Börsenplätze, an denen sie das genehmigte Kapital ganz oder in Teile platzieren wollte, bereits in dem Hauptversammlungsbeschluss unabänderlich festzulegen oder unter mehreren in Betracht gezogenen Orten eine feste Reihenfolge anzugeben. Eine Ausweitung der Präsenz an ausländischen Börsen und die damit einhergehende Ausweitung der wirtschaftlichen und unternehmerischen Aktivitäten der Gesellschaft könne nur dann erfolgreich sein, wenn Vorstand und Aufsichtsrat die erforderliche Freiheit verbleibe, um den Gegebenheiten und Entwicklungen an der Börse des entsprechenden Landes Rechnung zu tragen. Im Interesse und zum Wohle der Gesellschaft müssten sie auf konjunkturelle, wirtschaftliche und politische Entwicklungen angemessen und flexibel reagieren können.¹⁰⁵² Was der Bundesgerichtshof damit anspricht, ist die Betätigung des unternehmerischen Ermessens durch den Vorstand, die beim genehmigten Kapital nach § 204 Abs. 1 Satz 2 AktG an eine Zustimmung des Aufsichtsrats geknüpft ist. Abgesehen von diesem zwingenden Zustimmungsvorbehalt unterscheidet sich der Fall aber nicht von der gewöhnlichen Geschäftsführung des Vorstands, die – wie oben ausgeführt – in der Verfolgung des Unternehmensgegenstandes besteht.¹⁰⁵³

Was schuldet der Vorstand nun in vertragsrechtlichen Begriffen, wenn er den Unternehmensgegenstand verfolgt? Die Treuepflicht entspricht funktional § 241 Abs. 2 BGB.¹⁰⁵⁴ Die Legalitätspflicht ist auf die Beachtung und Befolgung der Gesetze gerichtet, also auf das Herbeiführen ei-

¹⁰⁴⁹ Siehe BGH, Urteil vom 7.3.1994 – II ZR 52/93 = BGHZ 125, 239, 248 („Deutsche Bank“).

¹⁰⁵⁰ Siehe BGH, Urteil vom 7.3.1994 – II ZR 52/93 = BGHZ 125, 239, 240 („Deutsche Bank“).

¹⁰⁵¹ BGH, Urteil vom 7.3.1994 – II ZR 52/93 = BGHZ 125, 239, 248 f. („Deutsche Bank“): „Die individuellen gesellschaftlicher Interessen und Belange der Aktionäre werden – vorbehaltlich anderweitiger einschränkender Bestimmungen durch die Hauptversammlung (vgl. § 204 Abs. 1 Satz 1 AktG) – dadurch hinreichend gewahrt, daß bestimmte, auf realistischer Grundlage bestehende Rahmenbedingungen vorgegeben werden, innerhalb deren das Vorhaben im Interesse der Gesellschaft durchgeführt werden kann und – bei positiven Markt Voraussetzungen – auch durchgeführt werden muß.“

¹⁰⁵² Siehe BGH, Urteil vom 7.3.1994 – II ZR 52/93 = BGHZ 125, 239, 248 („Deutsche Bank“).

¹⁰⁵³ Siehe oben S. 80 bei Fußnote 510.

¹⁰⁵⁴ Siehe oben S. 9 bei Fußnote 32.

nes Erfolges.¹⁰⁵⁵ Im Übrigen schuldet der Vorstand ein Tätigwerden. Man kann insoweit von einer Geschäftsbesorgung sprechen, die einen Dienstvertrag zum Gegenstand hat.¹⁰⁵⁶ Doch wie sieht das Tätigwerden des Vorstands genau aus? Was muss er leisten, wenn er den Unternehmensgegenstand verfolgt?

Die Antwort liefert meines Erachtens die hinter § 315 BGB¹⁰⁵⁷ stehende allgemeine Erfüllungsdogmatik, die sich nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* zwanglos mit aktienrechtlichen Wertungen anreichern lässt. Mit anderen Worten: Der Vorstand bestimmt sein Leistungsprogramm selbst. Er legt fest, was er tun muss, um die Rahmenvorgaben des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes auszufüllen.¹⁰⁵⁸ Auf diese Weise ergibt sich eine zweistufige Leistungsbeziehung. Zunächst ist der Vorstand verpflichtet, seine Leistung zu bestimmen; sodann ist er verpflichtet, genau diese Leistung zu bewirken. Dass die Leistungsbestimmung einen Teil der Leistungspflicht ausmacht, entspricht der allgemeinen zivilrechtlichen Dogmatik zu § 315 Abs. 1 BGB.¹⁰⁵⁹ Für das Aktienrecht kann man zudem in § 76 Abs. 1 AktG einen positivrechtlichen Anknüpfungspunkt finden: Der Vorstand hat die Gesellschaft bekanntlich *unter eigener Verantwortung* zu leiten. Die Bestimmung der eigenen Leistung geschieht durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und kann auch für einen zurückliegenden Zeitraum erfolgen.¹⁰⁶⁰ Eine Begründungspflicht besteht bei Ausübung des Bestimmungsrechts grundsätzlich nicht; das Gesetz

¹⁰⁵⁵ Siehe oben S. 71 bei Fußnote 453. Im Schrifttum wird oft davongesprochen, dass den Vorstand keine Erfolgshaftung treffe. Damit ist aber etwas anderes gemeint, nämlich dass auch im Rahmen von § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG das Verschuldensprinzip gilt. Wie ich oben dargestellt habe, spielt das Verschulden insbesondere bei der Legalitätspflicht und insbesondere bei der Delegation bzw. bei der Beratung durch Experten eine Rolle. Siehe dazu S. 25 bei und nach Fußnote 140, S. 73 nach Fußnote 465 sowie S. 141 nach Fußnote 895.

¹⁰⁵⁶ Dazu bereits *Baums*, S. 1: „Die entgeltliche Geschäftsbesorgung, zu welcher [der Geschäftsleiter] sich der Gesellschaft verpflichtet hat, weist – je nach Gesellschaftsform verschiedene – durch das Gesellschaftsrecht vorgegebene Besonderheiten auf.“

¹⁰⁵⁷ Insoweit wie hier *Weller*, S. 478 ff.; *M. Roth*, S. 12, hat bereits zuvor erwogen, ob man den Begriff des unternehmerischen Ermessens in Anlehnung an § 315 BGB bestimmen kann, diesen Ansatz aber mit Blick auf die Rechtsfolge einer unbilligen Ermessensausübung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB verworfen. Da die § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zugrundeliegende gesetzgeberische Wertung (Sicherung des unternehmerischen Handlungsspielraums) dieser allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschrift nach dem Spezialitätsgrundsatz vorgeht, ist die in der Gesellschaftsrechtswissenschaft viel beschworene Gefahr einer „Einmischung“ der Gerichte in die Unternehmensführung m.E. allerdings gering. *Langenbacher*, DStR 2005, 2083, 2086 f., hat die Überprüfung des Vorstandshandelns an dessen eigenen Zielen bei dem Tatbestandsmerkmal des Vernünftigerweiseannehmen-Dürfens verortet („[Der Vorstand] hat die Annahmen, auf welche die unternehmerische Entscheidung gestützt wurde, zu identifizieren, von ihnen muss ein gedanklich bruchloser Weg zu dieser Entscheidung führen und die Annahmen müssen einer Kontrolle am Maßstab der Vernünftigkeit standhalten.“) und sieht darin eine „neuartige Systematik“. Die dogmatische Parallele zu § 315 Abs. 1 BGB spricht sie nicht an.

¹⁰⁵⁸ Allgemein zum Leistungsbestimmungsrecht einer Partei bei Rahmenvereinbarungen *M. Würdinger*, in: Münchener Komm. BGB, § 315 Rn. 3, 15; ferner *Rieble*, in: Staudinger, § 315 Rn. 97 ff.; sowie *Thümmel*, DB 1997, 1117, 1119 in Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244 ff. („ARAG/Garmenbeck“): „Kann [...] der Aufsichtsrat eine Maßnahme des Vorstands identifizieren, die zu einem Schaden der Gesellschaft geführt hat, wäre der Vorstand dazu zu hören, wie er seinen Gestaltungsspielraum definiert hat.“

¹⁰⁵⁹ Siehe statt vieler *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 315 Rn. 13.

¹⁰⁶⁰ Siehe *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 315 Rn. 11; *M. Würdinger*, in: Münchener Komm. BGB, § 315 Rn. 35, 36; *Rieble*, in: Staudinger, § 315 Rn. 97, 300.

kann aber Abweichendes vorsehen.¹⁰⁶¹ Letzteres wird man, wie unten noch auszuführen ist, für den Vorstand einer Aktiengesellschaft in gewissem Umfang annehmen müssen (§§ 90 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 1, 131 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 AktG).¹⁰⁶² Den anderen Teil der Leistungspflicht des Vorstands bildet die Erfüllung der selbstbestimmten Schuld.¹⁰⁶³ Diese Leistungsbewirkung setzt – im Anschluss an neuere Forschung¹⁰⁶⁴ – ebenfalls zwingend eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung voraus, die Tilgungsbestimmung. Auch die Tilgungsbestimmung kann zeitlich unabhängig von der tatsächlichen Erbringung der versprochenen Leistung erklärt werden.¹⁰⁶⁵ Die Zweistufigkeit der Leistungsbeziehung des Vorstands zur AG darf daher nicht zu der Fehlannahme verleiten, dass die Erklärung der Leistungsbestimmung einer Erklärung der Tilgungsbestimmung vorauszugehen habe. Beide Erklärungen können zeitgleich abgegeben werden. Zu beachten ist ferner, dass es sich beim Zugangserfordernis gemäß § 130 Abs. 1 BGB um dispositives Recht handelt.¹⁰⁶⁶ Konstruktiv kann man daher entweder annehmen, dass die AG mit der Festlegung eines ausfüllungsbedürftigen Unternehmensgegenstandes in der Satzung auf den Zugang (konkludent) erklärter oder normativ zugeschriebenen¹⁰⁶⁷ Leistungs- und Tilgungsbestimmungen verzichtet. Oder man sieht in der Berichterstattung des Vorstands an den Aufsichtsrat den Zugang dieser Erklärungen (§§ 90 Abs. 1, 112 Satz 1 AktG).

Die Organstellung vertragsrechtlich zu rekonstruieren, bietet verschiedene Vorteile. Zum einen kann die Vorstellung von der Satzung als Rahmenvertrag, zu dessen Ausfüllung der Vorstand mit der Bestimmung seiner Leistungspflicht gemäß § 76 Abs. 1 AktG berufen ist, an den institutionen-ökonomischen Begriff des unvollständigen (relationalen) Vertrages anknüpfen.¹⁰⁶⁸ Zum anderen – und für die Praxis wichtiger – entspricht es einem vertragsrechtlichen Verständnis der Vorstandspflichten auf verfahrensrechtlicher Seite, dass die örtliche Zuständigkeit für Organhaftungsprozesse aus § 29 Abs. 1 ZPO folgt. Maßgeblich ist der Gerichtsstand des Erfüllungsorts, nicht der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung.¹⁰⁶⁹ Der Bundesgerichtshof hat in diesem Zu-

¹⁰⁶¹ Siehe *M. Würdinger*, in: Münchener Komm. BGB, § 315 Rn. 39.

¹⁰⁶² Siehe unten S. 182 nach Fußnote 1124.

¹⁰⁶³ Zur Identität von Erfüllungs- und Bereicherungsleistung *Thomale*, S. 163 ff.

¹⁰⁶⁴ Überzeugend *Thomale*, S. 11 ff., 18 ff.; zustimmend *Schwab*, in: Münchener Komm. BGB, § 812 Rn. 54 f. Die Rechtsprechung hat sich vom Dogma der realen Leistungsbewirkung dagegen noch nicht endgültig gelöst. Siehe nur BGH, Urteil vom 20.7.2010 – XI ZR 236/07 = BGHZ 186, 269, 282 Tz. 25; BGH, Urteil vom 21.11.2013 – IX ZR 52/13 = NJW 2014, 547, 549 Tz. 21.

¹⁰⁶⁵ Siehe *Thomale*, S. 192 f.

¹⁰⁶⁶ Siehe BGH, Urteil vom 7.6.1995 – VIII ZR 125/94 = BGHZ 130, 71, 75; *Einsele*, in: Münchener Komm. BGB, § 130 Rn. 12; speziell für die Tilgungsbestimmung *Thomale*, S. 26.

¹⁰⁶⁷ Dazu *Thomale*, S. 88 ff., 90 ff., 92 ff.

¹⁰⁶⁸ Dazu *A. Arnold*, S. 168; *Hellgardt*, Festschrift Hopt (2010), S. 765, 770.

¹⁰⁶⁹ Siehe BGH, Urteil vom 10.2.1992 – II ZR 23/91 = NJW-RR 1992, 800, 801 zur GmbH; aus international privatrechtlicher Perspektive auch EuGH, Urteil vom 10.9.2015 – Rechtssache C-47/14 = ECLI:EU:C:2015:574, Tz. 50 ff. („*Holterman Ferho Exploitatie BV u.a./Friedrich Leopold Freiherr Spies von Bülllesheim*“); aus dem Schrifttum *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 378; i.E. ebenso *Koch*, § 93 Rn. 121, bei möglicherweise abweichendem (doch deliktsrechtlich gefärbtem) Verständnis des Schadensersatzanspruchs: „Entscheidend ist iRd § 29 ZPO nicht dogmatische Einordnung des Haftungstatbestands, sondern rechtsgeschäftlicher Charakter des Organverhältnisses.“

sammenhang ausdrücklich ausgeführt, dass die Geschäftsleiterhaftung nicht deliktischer Natur ist. Sie folgt vielmehr aus der organschaftlichen Sonderrechtsbeziehung zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter, die nur mit Zustimmung des Betroffenen durch den Beststellungsakt begründet wird.¹⁰⁷⁰ Auf materiell-rechtlicher Seite fügt sich ins Bild, dass die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats auch auf die Organstellung Anwendung finden. Wenn die wesentliche Aufgabe einer Komplementär-GmbH in der Führung der Geschäfte einer Kommanditgesellschaft besteht, erstreckt sich der Schutzbereich der organschaftlichen Sonderrechtsbeziehung zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer im Falle einer sorgfaltswidrigen Geschäftsführung auch auf die KG.¹⁰⁷¹ Es besteht folglich eine unmittelbare Haftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG auch gegenüber dieser Gesellschaft.¹⁰⁷²

Im Hinblick auf das Thema meiner Arbeit liegen die wesentlichen Vorzüge einer vertragsrechtlich inspirierten Sichtweise allerdings darin, dass man mit ihr sowohl die Verschuldenszurechnung nach § 278 Satz 1 BGB als auch die Funktion von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG schlüssig erklären kann.

Im zweiten Kapitel habe ich bereits darauf hingewiesen, dass Vorstandsmitglieder fremdes Verschulden nur dann zu vertreten haben, wenn sie sich Dritter zur Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit bedienen.¹⁰⁷³ Im Verhältnis zwischen den Vorstandsmitgliedern setzt eine Geschäftsverteilung der jeweils eigenen Verbindlichkeit Grenzen. Die Geschäftsverteilung wird entweder wie der Unternehmensgegenstand in der Satzung festgelegt oder sie wird in der Geschäftsordnung des Vorstands vorgenommen (§ 77 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 AktG). Unter den Voraussetzungen des § 77 Abs. 2 Satz 1 AktG kann sich der Vorstand die Geschäftsordnung auch selbst geben. In diesem Fall hat die Geschäftsverteilung strukturelle Ähnlichkeiten mit der oben beschriebenen Leistungsbestimmung i.S.v. § 315 Abs. 1 BGB, auch wenn sie regelmäßig noch nicht deren Detaillierungsgrad erreichen wird. Das „Weltruf“-Urteil stützt meinen vertragsrechtlichen Ansatz insoweit, als der II. Zivilsenat darin verlangt, dass „die Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung von allen Geschäftsführern *einvernehmlich* mitgetragen wird“.¹⁰⁷⁴ Im Verhältnis zu nachgeordneten Dritten übt der Vorstand nicht nur das Direktionsrecht aus, das der Gesellschaft als Arbeit- oder Auftraggeberin zusteht,¹⁰⁷⁵ sondern bestimmt mit der Aufgabenzuweisung

¹⁰⁷⁰ Siehe BGH, Urteil vom 10.2.1992 – II ZR 23/91 = NJW-RR 1992, 800, 801.

¹⁰⁷¹ Siehe BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304 Leitsatz a („Boygroup“).

¹⁰⁷² BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 307 ff. Tz. 14 ff. („Boygroup“). Wenn der II. Zivilsenat die „organschaftliche Sonderrechtsbeziehung“ vom Anstellungsvertrag abgrenzt (a.a.O., Tz. 17) und darauf hinweist, dass die Annahme einer Schutzwirkung zu Gunsten Dritter nicht zwingend auf Vertragsverhältnisse beschränkt sei (a.a.O., Tz. 19), ändert dies doch nichts daran, dass die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter kein deliktsrechtliches Konzept sind und ihren Erfolg vor allem dem Umstand verdanken, dass sie die Schwächen einer deliktischen Verkehrspflichtenhaftung vermeiden (Stichworte: Verschuldenszurechnung, Vermögensschaden, Beweislast; dazu statt vieler *Gottwald*, in: Münchener Komm. BGB, § 328 Rn. 166).

¹⁰⁷³ Siehe oben S. 112 bei und nach Fußnote 701.

¹⁰⁷⁴ BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162, 169 Tz. 21 („Weltruf“ – Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁰⁷⁵ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 131.

zugleich sein eigenes Leistungsprogramm, und zwar in einer Weise, die zu überschneidungsfreien Pflichtenkreisen für sich und die Mitarbeiter oder externen Auftragnehmer führt.¹⁰⁷⁶ Dies gilt auch für den Bereich der sog. Compliance.¹⁰⁷⁷ „[D]ie Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält“,¹⁰⁷⁸ kann der Vorstand, wie im ersten Kapitel gezeigt wurde, nicht auf andere übertragen.¹⁰⁷⁹

Anders als bei der Legalitätspflicht schulden die Vorstandsmitglieder im Anwendungsbereich von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG keinen Erfolg, sondern ein schlichtes Tätigwerden. Man hat es mit einer dienstvertraglichen Leistungspflicht zu tun, deren Inhalt der Vorstand im Rahmen des Unternehmensgegenstandes selbst bestimmt. Die sog. Business Judgment Rule schließt hier mit dem Erfordernis angemessener Information als *lex specialis* an. Wie ich im ersten Kapitel ausgeführt habe, beschreibt der Begriff der Angemessenheit eine Relation von Mittel (Information) und Zweck (unternehmerische Entscheidung). Um sie beurteilen zu können, muss man wissen, welches unternehmerische Ziel der Vorstand verfolgt; man muss sein Leistungsprogramm kennen. Dass über die richtige Erfassung der sog. Business Judgment Rule als Tatbestandsausschluss,¹⁰⁸⁰ unwiderlegliche Vermutung¹⁰⁸¹ oder Konkretisierung der Sorgfaltspflicht¹⁰⁸² Uneinigkeit besteht, ist vor diesem Hintergrund erstaunlich. Das Aktiengesetz sagt in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ausdrücklich, worum es geht: Wenn der Vorstand bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, liegt keine Pflichtverletzung vor, er handelt dann mit anderen Worten pflichtgemäß. Man kann auch sagen, dass seine Mitglieder verpflichtet sind, bei einer unternehmerischen Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft zu handeln und sich angemessen zu informieren. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG tritt als *lex specialis* mit zusätzlichen Anforderungen neben die

¹⁰⁷⁶ Auf den „Pflichtenkreis der Gesellschaft“ kommt es dagegen nicht an. Siehe dazu oben S. 114 bei Fußnote 711.

¹⁰⁷⁷ Siehe oben S. 116 bei Fußnote 724; abweichend BGH, Urteil vom 17.7.2009 – 5 StR 394/08 = BGHSt 54, 44, 49 f. Tz. 27 („Berliner Stadtreinigung“). Der Bundesgerichtshof geht allerdings zu Recht davon aus, dass nicht jede Übertragung von Pflichten auch eine Garantenstellung im strafrechtlichen Sinne begründe, sondern vielmehr der tatsächlich übernommene Pflichtenkreis maßgeblich sei (a.a.O., S. 48 f. Tz. 25 f.). Das ist auch von dem hier vertretenen Standpunkt aus richtig und würde dem 5. Strafsenat eine Chance geben, von seinem zweifelhaften pauschalen Standpunkt zu der Garantenstellung von Compliance-Beauftragten (a.a.O., Tz. 27) wieder abzurücken. Wie dargelegt sind die Pflichtenkreise überschneidungsfrei, denn nach der Rechtsprechung des VI. und des II. Zivilsenats können Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer ihre Legalitätspflicht gerade nicht auf andere übertragen (dazu oben S. 53 bei und nach Fußnote 334).

¹⁰⁷⁸ BGH, Urteil vom 10.7.2012 – VI ZR 341/10 = BGHZ 194, 26, 34 Tz. 22 („NICI“), dazu oben S. 71 bei und nach Fußnote 448.

¹⁰⁷⁹ Siehe nur BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 376 f.; dazu oben S. 53 bei und nach Fußnote 334; zur Weisungsgebundenheit von Compliance-Beauftragten Harbarth, ZHR 179 (2015), S. 136, 166 ff.

¹⁰⁸⁰ Siehe Fleischer, ZIP 2004, 685, 689; zurückhaltender ders., in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 85; ferner Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp.: „Tatbestandseinschränkung“; dazu unten S. 176 bei Fußnote 1088.

¹⁰⁸¹ Siehe Schlimm, S. 148; Holle, S. 66; Koch, § 93 Rn. 30 f.

¹⁰⁸² Siehe Hopt/M. Roth, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 67; Spindler, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 46; sowie etwa Kocher, CCZ 2009, 215, 216; und Cahn, Der Konzern 2015, 109 ff. jeweils m.w.N.

selbstbestimmte Leistungspflicht.¹⁰⁸³ Dass diese positive Formulierung der sog. Business Judgment Rule dabei ohne das Merkmal des Vernünftigerweise-annehmen-Dürfens auskommt, halte ich für unschädlich.¹⁰⁸⁴ Indem man auf das Leistungsbestimmungsrecht des Vorstands abstellt, hat man dessen Perspektive für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit bereits ausreichend Rechnung getragen.¹⁰⁸⁵

Eine Konzeption des Vorstandshandelns, die an der vertragsrechtlichen Erfüllungsdogmatik und nicht an den deliktsrechtlichen Verkehrspflichten Maß nimmt, nimmt somit nicht nur den Vorstand beim Wort. Sie sollte seinen Mitgliedern auch die Befürchtung nehmen, diese könnten zu Unrecht als Sündenböcke wirtschaftlichen Misserfolgs haften. Genau davor will § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG aber schützen. Das hier ausgebreitete Konzept steht daher im Einklang mit dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck. Es bereinigt zugleich die verbreitete Fehlvorstellung, dass beim Fehlen eines Tatbestandsmerkmals von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG noch keine Pflichtverletzung feststehe, sondern dass man zu deren Feststellung gesondert auf § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG zurückgreifen müsse.¹⁰⁸⁶ Wenn wegen eines Treuepflicht- oder Legalitätspflichtverstoßes die unternehmerische Entscheidung zu verneinen ist, liegt eine Pflichtverletzung vor. Ist dagegen das unternehmerische Ermessen eröffnet und handelt das beklagte Vorstandsmitglied bei seiner Entscheidung nicht auf der Grundlage angemessener Information oder nicht zum Wohle der Gesellschaft,¹⁰⁸⁷ verletzt es notwendigerweise seine organschaftlichen Pflichten. Wenn man in der Regierungsbeurteilung zur sog. Business Judgment Rule dagegen liest, dass mit § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG der Bereich des unternehmerischen Handlungsspielraums aus dem Tatbestand der Sorgfaltspflichtverletzung nach Satz 1 ausgegrenzt werde, sollte das nicht verunsichern.¹⁰⁸⁸ Von den Mitarbeitern des federführenden Ministeriums kann man kaum erwarten, dass sie den vorhandenen Normbestand bei der Einführung einer so kontrovers diskutierten Vorschrift wie § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG

¹⁰⁸³ Siehe *Weller*, S. 479: „§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG ist also kein ‚Haftungsausschluss‘, denn weder die Vorschrift noch die business judgment rule als solche schließen eine an sich bestehende Haftung aus. Sie präzisieren vielmehr, allerdings in haftungsrechtlicher Einkleidung, die Primärpflichten des Geschäftsleiters.“ (Hervorhebung und Fußnote weggelassen).

¹⁰⁸⁴ Anders *Bunz*, S. 152 unter Verweis auf *Schäfer* ZIP 2005, 1253, 1258; sowie *Bachmann*, Festschrift Stilz, S. 25, 28 ff. Der Begriff „vernünftigerweise“ kann weder mit dem Ausdruck „ohne Fahrlässigkeit“ gleichgesetzt werden noch kann man den Maßstab grober Fahrlässigkeit in die Formulierung hineinlesen. Beiden Ansinnen hat der Gesetzgeber bei Erlass des UMAG eine Absage erteilt (dazu oben S. 31 nach Fußnote 185). Siehe zu dem Merkmal des Vernünftigerweise-annehmen-Dürfens auch *Langenbacher*, DStR 2005, 2083, 2086 f.

¹⁰⁸⁵ Siehe Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 re. Sp.; dazu oben S. 31 bei Fußnote 183; sowie *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 68.

¹⁰⁸⁶ So *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2103, 2106; *Koch*, § 93 Rn. 31; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 53, 72; *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 47; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 85; *Empt*, KSzW 2010, 107 f.; *Bunz*, S. 207; *Bachmann*, Festschrift Stilz, S. 27, 43; *Holle*, S. 66 f.; *Paefgen*, AG 2014, 554, 564; *Witte/Gossen*, in: *Mehrbrey*, § 9 Rn. 95; siehe aber auch *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368, 378: Abweichungen vom gebotenen Verhalten könnten als Indiz für eine Pflichtverletzung gewertet werden; ebenso aus strafrechtlicher Sicht BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15 = ZIP 2016, 2467, 2470 Tz. 31 („HSH Nordbank“); i.E. wie hier *P. Scholz*, AG 2015, 222, 227, 230.

¹⁰⁸⁷ Dazu oben S. 47 bei Fußnote 294; zum Verhältnis von Treuepflicht und Gesellschaftswohl unten S. 188 bei und nach Fußnote 1170.

¹⁰⁸⁸ Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp.; wie hier *Born*, in: Handb. Managerhaftung, Rn. 14.13 in Fn. 1.

dogmatisch anders einordnen als die ganz herrschende Meinung. Im Übrigen ist das auch nicht ihre Aufgabe. Die Gesetzesmaterialien sind dazu da, die Zwecksetzung eines Legislativaktes zu dokumentieren, die dogmatische Durchdringung darf Rechtsprechung und Lehre vorbehalten bleiben. Wie im vorangehenden Abschnitt dargelegt, spiegelt sich im Umgang des Schrifttums mit § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG und den organschaftlichen (Leistungs-)Pflichten die deliktsrechtliche Verkehrspflichtendogmatik. Gänzlich von der Hand zu weisen vermag man eine strukturelle Ähnlichkeit verhaltensbezogener Organpflichten und der im Rahmen von § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG oder § 276 Abs. 2 BGB zu beachtenden Sorgfaltsanforderungen auch nicht.¹⁰⁸⁹ Unter anderem deshalb wurde im ersten Kapitel vorgeschlagen, die aus der „ISION“-Rechtsprechung bekannten Kriterien auch im Anwendungsbereich von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG fruchtbar zu machen.¹⁰⁹⁰ Dennoch meine ich, dass man dem Vorstandshandeln mit den Begriffen der Leistungs- und Tilgungsbestimmung sowie einer positiven Formulierung der sog. Business Judgment Rule näher kommt, als wenn darauf abstellt, „was eine gewissenhafte, ordentliche, redliche und ihrer Aufgabe gewachsene Person an der Stelle des Organmitglieds täte“.¹⁰⁹¹ Am Vorstandshandeln kann die Theorie der finalen Leistungsbewirkung ihre Stärken beweisen und das Gesellschaftsrecht einen Beitrag zu der Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts liefern.

3. Ein Begriff von Verantwortung

In den beiden vorangehenden Abschnitten wurde die aktienrechtliche Lehre dafür kritisiert, dass ihr Umgang mit den organschaftlichen Pflichten des Vorstands jegliche vertragsrechtliche Dogmatik vermissen lässt und eher an die Konzeption deliktsrechtlicher Verkehrspflichten gemahnt. Als Gegenentwurf wurde angeboten, die Lei(s)tungspflicht des Vorstands i.S.v. § 315 Abs. 1 BGB zu verstehen: Bei der Verfolgung des Unternehmensgegenstandes bestimmt der Vorstand sein Leistungsprogramm selbst; die Satzung bildet insoweit nur einen Rahmenvertrag. Neben die allgemeine Erfüllungsdogmatik tritt als spezialgesetzliche Regelung § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, der die Vorstandsmitglieder verpflichtet, bei einer unternehmerischen Entscheidung auf der Grundlage angemessener Information und zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Ferner legt das Aktiengesetz in § 90 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 1 sowie in § 131 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 fest, dass der Vorstand seine Leistungsbestimmung abweichend vom Regelfall des § 315 Abs. 1 BGB in einem gewissen Umfang auch begründen muss.¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁹ Vgl. allgemein *Hirte*, Berufshaftung, S. 135 f.: „Tendenziell scheint das Verschuldensprinzip ungeachtet der Frage, ob das Verschulden objektiv oder subjektiv zu verstehen ist, umso eher angewendet zu werden, je schwieriger eine korrekte Leistung festzulegen und je größer das Haftungsrisiko bei einer Pflichtverletzung ist [...]“; ferner *Grundmann*, Festschrift Schwark, S. 21, 35 ff., 37 ausdrücklich zur sog. Business Judgment Rule.

¹⁰⁹⁰ Siehe oben S. 40 bei und nach Fußnote 245 und S. 48 bei Fußnote 299.

¹⁰⁹¹ *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 85.

¹⁰⁹² Zum Erfordernis eines logisch widerspruchsfreien Ableitungszusammenhangs zwischen den Annahmen des Vorstands und dem von ihm eingeschlagenen Handlungsweg bereits *Langenbucher*, *DStR* 2005, 2083, 2087; zustimmend *Rahlmeyer/Gömöry*, *NZG* 2014, 616, 618; wohl abweichend für den Haftungsprozess *Holle*, S. 65: „[E]ine unternehmerische Entscheidung [ist] bereits dann sorgfaltskonform [...], wenn sie prozedural untadelig zustandegekommen ist und keine Sonderinteressen des Vorstands gegeben sind. Die Nachvollziehbarkeit und Begründbarkeit der konkreten Entscheidung spielen hingegen keine Rolle mehr.“ Ich halte Holles Standpunkt für widersprüchlich, da er einerseits eine inhaltliche Überprüfung der unternehmeri-

Wenn man dem Vorstand auf diese Weise die Verantwortung für die Bestimmung seiner Leistungspflicht zuschreibt, liegt die Frage nahe, ob so nicht zwangsläufig Erwartungen enttäuscht werden. Sind die Vorstandsmitglieder bei der Erfüllung ihrer organschaftlichen Pflichten tatsächlich ganz frei, solange sie sich nur im Rahmen der Satzung bewegen? Unverkennbar besteht hier ein Spannungsverhältnis, dem ich mich anhand eines kleinen philosophischen Traktats von Julian Nida-Rümelin nähern möchte.¹⁰⁹³

Der Traktat bildet zusammen mit einer ersten Abhandlung über strukturelle Rationalität¹⁰⁹⁴ und einer zweiten über menschliche Freiheit¹⁰⁹⁵ eine Art Trilogie. Nida-Rümelin beschreibt darin Freiheit, Rationalität und Verantwortung als drei Aspekte einer besonderen menschlichen Eigenschaft – nämlich der Eigenschaft, sich von Gründen affizieren zu lassen.¹⁰⁹⁶ „Unsere *Rationalität* ist Ausdruck der Fähigkeit, Gründe abzuwägen, unsere *Freiheit* äußert sich darin, dass wir, je nach dem Ergebnis dieser Abwägungen (Deliberationen), Meinungen ausprägen und Entscheidungen treffen, und wir sind *verantwortlich* für das, was uns als Ergebnis der Deliberationen von Gründen zugeschrieben werden kann.“¹⁰⁹⁷

Rationalität, Freiheit und Verantwortung sind nach diesem Konzept eingebettet in ein komplexes Bedingungsgefüge: Die Entwicklung von Ich-Stärke und Urteilskraft ist, so Nida-Rümelin, die Voraussetzung für die Wirksamkeit der Deliberation.¹⁰⁹⁸ Urteilskraft zeigt der Mensch, wenn er in der Lage ist, Gründe abzuwägen und auf den konkreten Fall anzuwenden.¹⁰⁹⁹ Ich-Stärke bedeutet, kohärente Begründungsstrukturen zu entwickeln und das eigene Leben konsequent an ihnen auszurichten.¹¹⁰⁰ Der Begriff der Verantwortung tritt damit in einen engen Zusammenhang mit demjenigen der personalen Identität.¹¹⁰¹ „Die Person entwickelt und behauptet sich gegen

schen Entscheidung ablehnt (a.a.O. bei Fn. 229), andererseits aber doch verlangt, dass die Entscheidung nicht jeder Rationalität und Nachvollziehbarkeit entbehrt (a.a.O., S. 65 f. bei Fn. 232). Widersprüchlich ist, wie er selbst einräumt, auch sein Verweis auf die Gesetzesmaterialien (a.a.O., S. 65 bei und in Fn. 230).

¹⁰⁹³ Andere philosophische Anbindungen sind damit nicht ausgeschlossen.

¹⁰⁹⁴ Siehe *Nida-Rümelin*, Strukturelle Rationalität (2001).

¹⁰⁹⁵ Siehe *Nida-Rümelin*, Über menschliche Freiheit (2005).

¹⁰⁹⁶ So *Nida-Rümelin*, Verantwortung, S. 15.

¹⁰⁹⁷ *Nida-Rümelin*, Verantwortung, S. 8. (Hervorhebungen im Original). Zuschrieben werden kann dem Menschen nach Nida-Rümelin eine Verantwortung für Handlungen (a.a.O., S. 19 ff.), für Überzeugungen (a.a.O., S. 33 ff.) und für Einstellungen (a.a.O., S. 48 ff.).

¹⁰⁹⁸ *Nida-Rümelin*, Verantwortung, S. 17.

¹⁰⁹⁹ Siehe *Nida-Rümelin*, Verantwortung, S. 29.

¹¹⁰⁰ Vgl. *Nida-Rümelin*, Verantwortung, S. 25 ff., insbesondere 29, 30 f.

¹¹⁰¹ Vgl. *Nida-Rümelin*, Verantwortung, S. 74. Siehe auch a.a.O., S. 76: „Die Person konstituiert sich über Gründe, die hinreichend kohärent und über die Zeit hinreichend konstant sind, oder präziser, die intra- und interkohärent sind. Diese Gründe machen den Kern [dessen] aus, was wir üblicherweise als Persönlichkeit bezeichnen, sie prägen die wesentlichen Einstellungen, Überzeugungen und Handlungen.“ Sowie a.a.O., S. 77: „Die zeitliche Kontinuität mentaler Zustände und Dispositionen sind noch kein Ausweis einer entwickelten und stabilen Persönlichkeit. Im Gegenteil: nur Ich-starke Persönlichkeiten können sich in der Vielfalt von kulturellen Erwartungen und sich ändernden Kontexten behaupten, sie können sich in unterschiedlichen Interaktionssituationen jeweils angemessen verhalten, ohne sich zu verlieren, ohne ihre persönlichkeitskonstituti-

andere Determinanten ihrer Existenz, indem sie Gründen Geltung und Wirkung verschafft.“¹¹⁰² Die Gesamtheit dieser Gründe „bildet ein umfassendes Netz feiner Distinktionen, die zu erfassen das zentrale Ziel von Erziehung und Persönlichkeitsbildung ist.“¹¹⁰³ Man kann den Prozess, in dem diese Distinktionsfähigkeit schrittweise erworben wird, auch als Sozialisation oder Akkulturation bezeichnen.¹¹⁰⁴ An seinem Ende steht jedenfalls „eine geteilte Lebensform, für die eine im Ganzen geteilte Praxis des Begründens wesentlich ist.“¹¹⁰⁵ Während das Ausmaß, in dem Begründungen eine Rolle spielen, von Lebensform zu Lebensform unterschiedlich ist, sind die Regeln des Begründens doch unauflöslich mit der geteilten Lebensform verknüpft.¹¹⁰⁶

Da es sich bei der Aktiengesellschaft nicht um eine Lebensform handelt, sondern um eine Rechtsform, darf man diese Ausführungen nicht unbesehen an die Dogmatik der Vorstandspflichten herantragen, auch wenn es sich unzweifelhaft lohnt, über den Begriff der Verantwortung in einem erweiterten Kontext nachzudenken. Das Vorstandsrecht leidet in seinem Kern an einer Leerstelle, der Verantwortungsbegriff in § 76 Abs. 1 AktG ist noch immer ungeklärt. Zwar wird er von einigen Autoren herangezogen, um die Leitungstätigkeit sprachlich zu erfassen,¹¹⁰⁷ mehrheitlich behilft man sich aber mit einer eher typologischen Umschreibung des Vorstandshandelns.¹¹⁰⁸ Wie kann man also auf die philosophischen Überlegungen Nida-Rümelins zurückgreifen? Wenn die Rechtstheorie nicht nur stille Vorrede¹¹⁰⁹ einer anwendungsbezogenen Rechtswissenschaft bleiben, sondern der Rechtsdogmatik Resonanzräume eröffnen soll, muss man sich aktiv verge-

ven Merkmale aufgeben zu müssen. Es geht also nicht um das quantitative Maß der Invarianz von Eigenschaften, sondern um die Fähigkeit der Person, ihr Leben als ganzes zu verantworten, es geht um sich in der Zeit durchhaltende Gründe für Handlungen, Überzeugungen und Einstellungen. Personale Identität beruht auf der Stabilität akzeptierter Gründe, der Stabilität praktischer wie theoretischer Deliberationen angesichts unterschiedlicher Herausforderungen *intratemporal* und im Zeitverlauf eines Lebens *intertemporal*.“ (Hervorhebungen im Original).

¹¹⁰² Nida-Rümelin, Verantwortung, S. 17.

¹¹⁰³ Nida-Rümelin, Verantwortung, S. 55.

¹¹⁰⁴ So Nida-Rümelin, Verantwortung, S. 55.

¹¹⁰⁵ Nida-Rümelin, Verantwortung, S. 55; siehe auch a.a.O., S. 89: „Zu dieser Lebensform gehören geteilte Wahrnehmungen und Überzeugungen, Einstellungen und Handlungsweisen.“; in einem größeren Zusammenhang *ders.*, Philosophie und Lebensform (2009). Der Begriff der Lebensform spielt in der Philosophie Ludwig Wittgensteins eine Rolle und ist eng verknüpft mit dem Begriff des Sprachspiels (zu letzterem *Alexy*, S. 72). Unter Lebensform „versteht Wittgenstein die den einzelnen Sprachspielen zugrunde liegende, durch bestimmte Grundüberzeugungen und Regeln geprägte gemeinsame Lebenspraxis“ (*Alexy*, S. 74 bei und in Fn. 93). Nida-Rümelin nimmt an verschiedenen Stellen seiner Abhandlung ausdrücklich Bezug auf Wittgenstein. Darüber hinaus sieht er sich in der philosophischen Tradition Immanuel Kants und der griechischen Stoa.

¹¹⁰⁶ Siehe Nida-Rümelin, Verantwortung, S. 55 f.

¹¹⁰⁷ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2003, 1, 5 f.; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 18: „Planungs- und Steuerungsverantwortung, Organisationsverantwortung, Finanzverantwortung und Informationsverantwortung“; zustimmend *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199, 2201; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körper/Lieder*, § 76 Rn. 10.

¹¹⁰⁸ Siehe oben S. 67 bei Fußnote 413.

¹¹⁰⁹ Vgl. *Dworkin*, S. 90: „Jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision at law.“

wissern, welchen Erkenntnisgewinn sie verspricht.¹¹¹⁰ Dabei ist zu berücksichtigen, dass rechtstheoretische und rechtsdogmatische Erwägungen unterschiedliche Konzepte von Normativität zugrunde legen und deshalb Brückenschläge erforderlich machen.¹¹¹¹ Man muss sich also fragen, wie man den Verantwortungsbegriff Nida-Rümelins mit demjenigen des Aktiengesetzes rückkoppeln kann.

Die Philosophie Nida-Rümelins entwickelt ein *Konzept von Personalität*, das auf der Freiheit und Rationalität des Menschen und auf einer Praxis des Begründens aufbaut. Sie erscheint anschlussfähig, denn auch Juristen beschäftigen sich mit Konzepten von Personalität, Gesellschaftsrechtler zumal. Die Zurechnung zur Rechtsperson steht im Mittelpunkt allen juristischen Arbeitens. Welche Interessen berechtigt und welche Erwartungen legitim sind, welche Rechte und welche Pflichten verschiedenen Personen zugeschrieben werden können, bilden die immer wiederkehrenden Fragen der Jurisprudenz. Im Gesellschaftsrecht gewinnen diese Fragen dadurch an Bedeutung, dass die juristische Person als Verband ein Außen- und ein Innenverhältnis kennt, dass es sich bei ihr um ein Mehrebenensystem mit verschränkten Zuständigkeiten handelt. In ihrem Innern wirkt mitunter eine Vielzahl von natürlichen Personen, deren Verantwortungssphären klar voneinander geschieden sein wollen. Soweit es um die Stellung des Vorstands innerhalb der Aktiengesellschaft geht, kommt hinzu, dass sein Kompetenzbereich von *Freiheit und Rationalität* geprägt sein soll. Der Vorstand betätigt für die Aktiengesellschaft das unternehmerische Ermessen. Er trifft seine Entscheidungen nach kaufmännischer Vernunft und ohne an Weisungen gebunden zu sein. Ob seine Mitglieder damit aber von jeglicher Begründungspflicht befreit sind, steht auf einem anderen Blatt. Wirtschaftlicher Misserfolg setzt den Vorstand erheblichem Rechtfertigungsdruck aus. Spätestens in einem Haftungsprozess ist er gezwungen, sich zu erklären. Der Dreiklang von deliberativer Freiheit, Rationalität und Verantwortung, der das Nida-Rümelin'sche Konzept von Personalität prägt, erlaubt somit assoziative Anleihen. Bei näherem Hinsehen kann der *Akt des Begründens*, der bei Nida-Rümelin die zentrale Rolle spielt, in die Dogmatik des aktienrechtlichen Verantwortungsregimes sogar übernommen werden. Er soll daher im Folgenden etwas genauer betrachtet werden.

„Wer begründet, wer Antworten gibt, wer sich verantwortet, begibt sich in eine Interaktion.“¹¹¹² Diese Interaktion lässt sich präziser verstehen, wenn man sich klar macht, an welche Voraussetzungen sie geknüpft ist und welchen Zwecken sie dienen soll. Damit verbunden sind die Perspektiven derjenigen, die an der Interaktion, an diesem Begründungsspiel,¹¹¹³ teilhaben: der Fragende und der Antwortende. Soweit es um die Rolle des Fragenden geht, muss man beantworten,

¹¹¹⁰ Siehe zu den Möglichkeiten und den Grenzen der rechts(wissenschafts)theoretischen Reflexion die Beiträge in *Jestaedt/O. Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie* (2008); sowie *Grünberger/Jansen, Privatrechtstheorie heute* (2017).

¹¹¹¹ Vgl. für ein Beispiel aus dem Verfassungsrecht *Haltern*, *Der Staat* 41 (2001), 243, 244 ff.; *ders.*, in: *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, S. 15, 23 ff.

¹¹¹² *Nida-Rümelin, Verantwortung*, S. 94.

¹¹¹³ Vgl. den an Wittgensteins Sprachspiel angelehnten Sprachgebrauch von *Nida-Rümelin, Verantwortung*, S. 93: „Jede Begründung ergibt nur Sinn in einem Rahmen, der durch akzeptierte Regeln des Begründungsspiels etabliert ist.“

wo die Grenze seines Informations- und Rechtsfertigungsbedürfnisses liegt. „Wir begründen nicht ad infinitum. Wir begründen nur dort, wo Zweifel bestehen, wo Deliberation angemessen ist. Begründungspflicht und rationaler Zweifel sind miteinander eng verbunden. Begründungen setzen Nicht-Begründungsbedürftiges voraus. Dieses Nicht-Begründungsbedürftige ist Ausdruck einer mit anderen geteilten Lebensform, ist Ausdruck von normativen und deskriptiven Stellungnahmen, die für die Lebensform so zentral und selbstverständlich erscheinen, dass vernünftiger Zweifel nicht möglich ist.“¹¹¹⁴ Innerhalb der geteilten Lebensform gibt es also einen Bereich dessen, was nicht begründungsbedürftig ist und nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden kann. Soweit es um die Rolle des Antwortenden geht, muss man fragen, welchen Erwartungen er gerecht zu werden hat. „Wir verbinden mit der Zuschreibung von Verantwortung normative Erwartungen.“¹¹¹⁵ Verantwortung nimmt man wahr, indem man Warum-Fragen beantwortet; Warum-Fragen werden gestellt, weil ein Ereignis überraschend war.¹¹¹⁶ Ihre Beantwortung, die Begründung, ist dann erfolgreich, wenn „die in der Kausal-Erklärung gebrauchten (deterministischen oder probabilistischen) Gesetzmäßigkeiten vom Fragenden akzeptiert werden. Sei es, weil er der Expertise des Erklärenden vertraut, sei es aus eigener Einsicht.“¹¹¹⁷ Insbesondere wird das überraschende Ereignis vertraut, wenn die angegebenen Gründe kohärent sind.¹¹¹⁸ Die Begründung gelingt, wenn der sog. perlokutionäre Sprechakt des Überzeugens vollzogen wurde.¹¹¹⁹ Der Antwortende darf also nicht allein danach streben, den Fragenden zu überreden¹¹²⁰. Er muss ihn überzeugen und das setzt voraus, „dass die gegebenen Gründe ausschlaggebend dafür sind, dass die fragende Person sich nun der Überzeugung der antwortenden angeschlossen hat. Wer sich hat überzeugen lassen, hat nicht lediglich die Meinung des Befragten übernommen, sondern hat diese Meinung auch wegen der gegebenen Gründe übernommen.“¹¹²¹ Die Überzeugung muss im Sinne der in der Antwort angenommenen Sachverhalte und Begründungsrelationen rational sein, die angegebenen Gründe müssen also gute Gründe sein.¹¹²² Um einen bloßen Überredungsversuch handelt es sich hingegen, wenn der Antwortende weiß, dass die vorgebrachten Gründe keine guten Gründe sind; um einen Überzeugungsversuch, wenn er fälschlicherweise davon aus-

¹¹¹⁴ Nida-Rümelin, Verantwortung, S. 85 f. (Fußnote weggelassen); zur praktischen Notwendigkeit endlicher Begründungsketten Alexy, S. 116 f., anhand der Argumentationstheorie von Stephen Edelston Toulmin.

¹¹¹⁵ Vgl. Nida-Rümelin, Verantwortung, S. 170 (Hervorhebung im Original); siehe auch a.a.O., S. 174.

¹¹¹⁶ Siehe Nida-Rümelin, Verantwortung, S. 88, 20 f.

¹¹¹⁷ Nida-Rümelin, Verantwortung, S. 89.

¹¹¹⁸ Vgl. Nida-Rümelin, Verantwortung, S. 89.

¹¹¹⁹ So Nida-Rümelin, Verantwortung, S. 94. Der Begriff des perlokutionären Aktes (perlocutionary act) geht auf John Langshaw Austin zurück. Fruchtbar gemacht für eine Theorie der juristischen Argumentation hat ihn Alexy, S. 77 ff.; siehe ferner S. Müller-Mall, S. 68 ff., 74 ff.

¹¹²⁰ Zu dieser Unterscheidung Alexy, S. 207, anhand der Argumentationstheorie von Chaim Perelman und Lucie Olbrechts-Tyteca: Wer überredet, benutzt ein bloß wirksames Argument. Wer überzeugt, ein gültiges. Siehe auch Nida-Rümelin, Verantwortung, S. 102 f.: „Die Überzeugung von C, dass B gerechtfertigt ist, muss auf der Begründung beruhen, darf nicht lediglich eine kausale Folge eines rhetorisch beeindruckenden Redeschwells sein.“

¹¹²¹ Nida-Rümelin, Verantwortung, S. 94 f.

¹¹²² Siehe Nida-Rümelin, Verantwortung, S. 103.

geht, es seien gute Gründe.¹¹²³ In beiden Fällen wird der Antwortende seiner Verantwortung gegenüber dem Fragenden nicht gerecht.¹¹²⁴

Übertragen auf das Recht der Aktiengesellschaft bedeutet dies: Ein Vorstand bewegt sich im Bereich des Nicht-Begründungsbedürftigen, wo er den Vorgaben des Gesetzes im Allgemeinen und der Satzung im Besonderen folgt. Ebenso wo er seiner Geschäftsführung Annahmen zugrundelegt, die zum Allgemeinwissen gehören. Vernünftigen Zweifel hat der Vorstand hier nicht zu erwarten, unvernünftigen braucht er nicht zu fürchten. Soweit der Vorstand seine Geschäftstätigkeit hingegen auf der Grundlage von Sonderwissen entfaltet, ändern sich die Voraussetzungen der Interaktion. Das Ausmaß des Begründungsbedürftigen variiert dabei im Verhältnis zu den beiden anderen Organen der Aktiengesellschaft, auch wenn § 90 Abs. 4 Satz 1 AktG und § 131 Abs. 2 Satz 1 AktG im Ausgangspunkt gleichlautend bestimmen, dass die Berichte an den Aufsichtsrat und die Auskünfte gegenüber der Hauptversammlung den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft entsprechen müssen.

Gegenüber dem Aufsichtsrat als Gesamtorgan ist der Vorstand zu vollkommener Offenheit verpflichtet.¹¹²⁵ Seine Berichte müssen ein übersichtliches, nachprüfbares, vollständiges und sachlich zutreffendes Bild von den Gesellschaftsverhältnissen zeichnen; er muss danach trachten, Tatsachen und Bewertungen auseinanderzuhalten, und darf Meinungsverschiedenheiten innerhalb der eigenen Reihen nicht verhehlen.¹¹²⁶ § 90 Abs. 4 Satz 2 AktG schreibt vor, dass die Berichte rechtzeitig und in der Regel in Textform zu erstatten sind. Auf Seiten des Aufsichtsrats korrespondiert eine strenge Verschwiegenheitspflicht (§ 116 Satz 2 und Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG), die nicht nur schadensersatz-, sondern sogar strafbewehrt ist (§ 404 Abs. 1 Nr. 1 AktG).¹¹²⁷ Allenfalls den missbräuchlichen Anfragen einzelner Aufsichtsratsmitglieder braucht der Vorstand nicht zu entsprechen, z.B. wenn der Repräsentant eines Wettbewerbers über den Weg von § 90 Abs. 3 Satz 2 AktG Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in Erfahrung bringen möchte.¹¹²⁸

Der Informationsanspruch des einzelnen Aktionärs auf der Hauptversammlung ist im Gegensatz dazu von vorneherein auf solche Auskünfte beschränkt, die zur sachgemäßen Beurteilung des

¹¹²³ Siehe *Nida-Rümelin*, Verantwortung, S. 103.

¹¹²⁴ Siehe *Nida-Rümelin*, Verantwortung, S. 103.

¹¹²⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 26.3.1956 – II ZR 57/55 = BGHZ 20, 239, 246; BGH, Beschluss vom 6.3.1997 – II ZB 4/96 = BGHZ 135, 48, 56; statt vieler *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 90 Rn. 55 ff.

¹¹²⁶ Siehe *Koch*, § 90 Rn. 13; *Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, § 90 Rn. 53; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 90 Rn. 51; zum Umgang mit Meinungsverschiedenheit zwischen den Vorstandsmitgliedern *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 77 Rn. 30: „Das Interventionsrecht jedes einzelnen Vorstandsmitglieds, gegebenenfalls auch ein Widerspruchsrecht oder ein Vetorecht stellen Befugnisse dar, mit deren Ausübung eine gesteigerte Verantwortung verbunden ist. Die anderen Vorstandsmitglieder müssen sich vergewissern können, dass ein Widerspruch nicht auf pflichtwidrigen Erwägungen beruht. Daher ist er auf Verlangen zu begründen und andernfalls pflichtwidrig.“ – Der Vorstand muss sich also erklären können.

¹¹²⁷ Vgl. *Koch*, § 90 Rn. 3, § 116 Rn. 9 ff.; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 90 Rn. 58; *Leyens*, S. 169 f.; sowie BGH, Urteil vom 5.6.1975 – II ZR 156/73 = BGHZ 64, 325, 327 ff. („Bayer“).

¹¹²⁸ Siehe *Koch*, § 90 Rn. 12a.

Gegenstandes der Tagesordnung erforderlich sind (§ 131 Abs. 1 Satz 1 AktG).¹¹²⁹ Nach der Rechtsprechung kommt es darauf an, ob die begehrte Auskunft vom Standpunkt eines objektiv urteilenden Aktionärs, der die Gesellschaftsverhältnisse nur aufgrund allgemein bekannter Tatsachen kennt, ein nicht nur unwesentliches Beurteilungselement bilden würde.¹¹³⁰ Auskünfte werden in der Regel mündlich erteilt.¹¹³¹ Die Satzung oder die Geschäftsordnung der Hauptversammlung kann den Versammlungsleiter des Weiteren ermächtigen, das Frage- und Rederecht des Aktionärs zeitlich angemessen zu beschränken (§ 131 Abs. 2 Satz 2 AktG). Darüber hinaus enthält § 131 Abs. 3 Satz 1 AktG einen ganzen Katalog von Gründen, die es dem Vorstand gestatten, die Auskunft zu verweigern; etwa soweit die Erteilung der Auskunft nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung geeignet ist, der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen (Nr. 1). Das Recht des Vorstands, eine Auskunft zu verweigern, entbindet ihn nicht von jeder Begründungspflicht. Gerade im zuletzt genannten Fall von § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG ist der Vorstand auf Verlangen gehalten, die Auskunftsverweigerung ihrerseits zu begründen.¹¹³² Dass man bei dieser Begründung zweiter Ordnung keine allzu hohen Anforderungen stellen darf, versteht sich, da man andernfalls Gefahr läuft, den Normzweck zu konterkarieren. Der Vorstand kann auch im Rahmen eines Anfechtungsprozesses oder Auskunftserzwingungsverfahrens nach § 132 AktG nicht verpflichtet sein, die geheimhaltungsbedürftigen Informationen offenzulegen. Da die Auskunftsverweigerung aber der vollen gerichtlichen Nachprüfbarkeit zugänglich sein muss, hat der Vorstand zumindest plausibel zu machen, aus welchen tatsächlichen Umständen der Gesellschaft Nachteile erwachsen können.¹¹³³ Klar ist

¹¹²⁹ Ein bloßer Zusammenhang genügt nicht. Siehe etwa OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 20.10.2010 – 23 U 121/08 = AG 2011, 36, 42 („Deutsche Bank/Kirch“); KG, Urteil vom 31.1.1996 – 23 U 3989/94 = AG 1996, 421, 423 („VIAG“).

¹¹³⁰ Siehe BGH, Urteil vom 18.10.2004 – II ZR 250/02 = BGHZ 160, 385, 389; BGH, Urteil vom 16.2.2009 – II ZR 185/07 = BGHZ 180, 9, 29 Tz. 39 („Kirch/Deutsche Bank I“); BGH, Beschluss vom 5.11.2013 – II ZB 28/12 = BGHZ 198, 354, 358 Tz. 20 („Kirch/Deutsche Bank II“); BGH, Beschluss vom 14.1.2014 – II ZB 5/12 = NZG 2014, 423, 425 Tz. 27 („Porsche/VW II“); OLG München, Urteil vom 4.7.2001 – 7 U 5285/00 = NZG 2002, 187, 188; OLG Stuttgart, Urteil vom 17.11.2010 – 20 U 2/10 = AG 2011, 93, 97 („Porsche/VW I“); ausführliche Kritik im Hinblick auf Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften („Aktionärsrechterichtlinie“) bei *Kersting*, in: Kölner Komm. AktG, § 131 Rn. 112 ff.; *ders.*, Festschrift Hoffmann-Becking, S. 651 ff.; *ders.*, ZIP 2013, 2460, 2461 f.; in seinem Beschluss vom 5.11.2013 hat der Bundesgerichtshof unter Hinweis auf die „acte clair“-Doktrin darauf verzichtet, den Gerichtshof der Europäischen Union um eine Vorabentscheidung zu ersuchen (siehe a.a.O., S. 368 f. Tz. 37); kritisch dazu *C. Teichmann*, NZG 2014, 401, 406 f.

¹¹³¹ Siehe BGH, Urteil vom 9.2.1987 – II ZR 119/86 = BGHZ 101, 1, 15; *Kersting*, in: Kölner Komm. AktG, § 131 Rn. 489 ff. Zu beachten ist allerdings § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 AktG, wonach Auskünfte auch auf der Internetseite der Gesellschaft zugänglich gemacht werden können. Der Zugang muss über mindestens sieben Tage vor Beginn und in der Hauptversammlung gewährleistet sein.

¹¹³² Vgl. *Kersting*, in: Kölner Komm. AktG, § 131 Rn. 505 m.w.N. auch zur Gegenansicht; offengelassen in BGH, Urteil vom 9.2.1987 – II ZR 119/86 = BGHZ 101, 1, 8 f.; und in BGH, Beschluss vom 14.1.2014 – II ZB 5/12 = NZG 2014, 423, 426 Tz. 43 („Porsche/VW II“); zu § 112 Abs. 3 AktG 1937 hingegen bejaht in BGH, Urteil vom 7.4.1960 – II ZR 143/58 = BGHZ 32, 159, 168 f.; und in BGH, Urteil vom 23.11.1961 – II ZR 4/60 = BGHZ 36, 121, 130 ff.

¹¹³³ Siehe nur *Kersting*, in: Kölner Komm. AktG, § 131 Rn. 508, 510 f. und § 132 Rn. 63, 65; *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter, § 132 Rn. 20; sowie *Burgard*, S. 84: Ein Begründungszwang besteht schon in der Hauptversammlung, damit der Aktionär die Erfolgsaussichten einer Klage beurteilen kann.

auch, dass die Auskunftsverweigerung für den Vorstand kein Mittel sein darf, eigenes pflichtwidriges Fehlverhalten vor der Hauptversammlung zu verbergen und sich dadurch der Verantwortung zu entziehen.¹¹³⁴ „Wenn [...] objektiv begründete Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung vorliegen, der Vorstand dies weiß oder erkennen muß und nicht schon ein wirksames Eingreifen des Aufsichtsrats zu erwarten ist, wird sich der Vorstand in aller Regel nicht darauf berufen dürfen, eine Offenlegung der für ein richtiges Urteil über seine Amtsführung maßgebenden Tatsachen könnte für die Gesellschaft nachteilig sein.“¹¹³⁵

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft wird seiner Verantwortung also gerecht, indem er dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung Rede und Antwort steht.¹¹³⁶ Er tut dies zu dem Zweck, das Kontrollgremium und die Eigentümer davon zu überzeugen, dass seine handlungsanleitenden Gründe gute Gründe sind. Der Vorstand muss bei Kontrolleuren wie Eignern Verständnis für seine Geschäftsführung einwerben und erreicht Akzeptanz, wenn die anderen Akteure in der Aktiengesellschaft seine Begründung als ihre eigene übernehmen.¹¹³⁷ Gelingt ihm dies nicht, droht ihm im schlimmsten Fall eine gerichtliche Auseinandersetzung.¹¹³⁸ In einem Schadenersatzprozess¹¹³⁹ müssen die Vorstandsmitglieder sogar unter verschärften Bedingungen Überzeugungsarbeit leisten: Gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG trifft sie die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben.

¹¹³⁴ So BGH, Urteil vom 29.11.1982 – II ZR 88/81 = BGHZ 86, 1, 19.

¹¹³⁵ BGH, Urteil vom 29.11.1982 – II ZR 88/81 = BGHZ 86, 1, 19.

¹¹³⁶ Zum Erfordernis intersubjektiver Vermittelbarkeit aus haftungsrechtlicher Sicht *Hamann*, ZGR 2012, 817, 831 ff., 834: „Die Rechtsordnung privilegiert unternehmerische Ermessensentscheidungen nur soweit wie sie nachvollziehbar gemacht werden können; wo ökonomisch bessere Ergebnisse auf Kosten der Nachvollziehbarkeit erzielt werden, sind im Falle des Scheiterns auch die Haftungskonsequenzen zu tragen.“; ferner *P. Schaub/M. Schaub*, ZIP 2013, 656, 657 f.; im Ansatz auch *Graumann*, CCZ, 2010, 222 ff.

¹¹³⁷ Vgl. *Nida-Rümelin*, Verantwortung, S. 113: „Wir tragen mit der Handlung eine Verantwortung für die zu erwartenden Folgen insofern, als wir mit der Entscheidung für eine Handlung auch die durch die Handlung verursachte Wahrscheinlichkeitsverteilung für Folgen akzeptieren. Wir müssen gute Gründe haben, diese Wahrscheinlichkeitsverteilung ihrer Folgen zu akzeptieren. Unsere Verantwortung äußert sich darin, dass wir Gründe angeben können, warum wir diese Risiken und Chancen, die mit der Handlung verbunden sind, akzeptiert haben.“; sowie oben S. 181 bei und nach Fußnote 1119.

¹¹³⁸ Vgl. *Nida-Rümelin*, Verantwortung, S. 93 f.: „Wenn mehrere Teilnehmer eines [Begründungsspiels] darüber uneins sind, nach welchen Regeln zu spielen ist, dann kann man auch dies als eine Art von interpersoneller Inkohärenz ansehen. Die gemeinsame Praxis ist dann insofern inkohärent, als verschiedene Teilnehmer nach unterschiedlichen Regeln vorgehen, die miteinander nicht kompatibel sind. Die gemeinsame Praxis bricht dann zusammen und kann durch eine neue Verständigung über Regeln (Metaebene) wiederhergestellt werden. Die gemeinsame Praxis ist dann wieder kohärent. Die gemeinsame Praxis kann aber auch abbrechen, das Spiel beendet sein. Wenn die Interaktionsbeteiligten nach wie vor Interessen haben, die sie aneinander binden, aber keine Einigkeit mehr über die Form der Interaktion besteht, also keine Einigkeit darüber, welche Regeln die Interaktion leiten sollen, dann bedeutet das Ende gemeinsam akzeptierter Regeln der Interaktion und der Verständigung häufig den Beginn der Gewalt, des Krieges.“

¹¹³⁹ Anders verhält es sich aber bei einer Abberufung aus wichtigem Grund, der namentlich in einer groben Pflichtverletzung bestehen kann (§ 84 Abs. 3 Satz 2 Alt. 1 AktG). Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes trägt im Prozess die Aktiengesellschaft; vgl. *Grumann/Gillmann*, DB 2003, 770, 772; *Kort*, in: *Großkomm. AktG*, § 84 Rn. 544; *Witte/Gossen*, in: *Mehrbrey*, § 9 Rn. 12; für die Kündigung des Anstellungsvertrages auch *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 84 Rn. 201.

4. Verbleibende Fragen

a) Darlegungs- und Beweislast

Die Vorstandsmitglieder müssen in einem Haftungsprozess gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nachweisen, dass sie ihre Pflichten nicht verletzt oder jedenfalls schuldlos gehandelt haben, ferner dass der Schaden auch bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten eingetreten wäre.¹¹⁴⁰ Die Aktiengesellschaft kann sich demgegenüber in der Klageschrift darauf beschränken, den Eintritt und die Höhe eines Schadens sowie dessen Verursachung durch ein Verhalten des beklagten Organwalters darzulegen.¹¹⁴¹ Für das Beweismaß kommt der AG in Anwendung allgemeiner Grundsätze (haftungsausfüllende Kausalität) § 287 ZPO zugute. Dies gilt auch schon für die Substantiierungslast. Es genügt, wenn die Gesellschaft Tatsachen vorträgt und unter Beweis stellt, die für eine Schadensschätzung hinreichende Anhaltspunkte bieten.¹¹⁴²

Wenn der Bundesgerichtshof bisweilen formuliert, dass die Gesellschaft die Schadensverursachung durch „ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten des Vorstandsmitglieds in seinem Pflichtenkreis“ darlegen und beweisen müsse, darf dies nicht missverstanden werden.¹¹⁴³ Die Darlegungs- und Beweislast für pflichtgemäßes Handeln liegt beim Vorstand.¹¹⁴⁴ Insoweit gilt

¹¹⁴⁰ Siehe BGH, Urteil vom 8.7.2014 – II ZR 174/13 = BGHZ 202, 26, 38 f. Tz. 33; zuvor grundlegend zur GmbH BGH, Urteil vom 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, 280 Leitsatz, 284 f.; ferner zur Genossenschaft BGH, Beschluss vom 8.1.2007 – II ZR 304/04 = ZIP 2007, 322, 325 Tz. 28; zur AG BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 = ZIP 2007, 1265, 1266 Tz. 15; zur GmbH & Co. KG BGH, Beschluss vom 16.7.2007 – II ZR 226/06 = DStR 2007, 1641, 1642 wiedergegeben von *Goette*; erneut zur AG BGH, Urteil vom 1.12.2008 – II ZR 102/07 = BGHZ 179, 71, 81 f. Tz. 20 f. („MPS“); BGH, Urteil vom 16.3.2009 – II ZR 280/07 = NJW 2009, 2454, 2457 Tz. 42; BGH, Urteil vom 22.2.2011 – II ZR 146/09 = ZIP 2011, 766, 767 Tz. 17; BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1959 Tz. 14 („Corealcredit Bank“); BGH, Urteil vom 14.5.2013 – II ZR 76/12 = ZIP 2013, 1642, 1644 Tz. 15; wieder zur GmbH (& Co. KG) BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 314 ff. Tz. 31 ff. („Boygroupp“); ausdrücklich für die Voraussetzungen eines Rechtsirrtums bei Expertenrat BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1223 Tz. 35; zu dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens BGH, Urteil vom 10.7.2018 – II ZR 24/17 = BGHZ 219, 193, 207 ff. Tz. 38 ff. („Schloss Eller“); Nachweise zur gleichsinnigen Rechtsprechung des Reichsgerichts bei *Goette*, ZGR 1995, 648, 650 ff.; monographisch *Danninger*, insbesondere S. 65 ff.

¹¹⁴¹ Siehe BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1959 Tz. 14 („Corealcredit Bank“); die Darlegungs- und Beweislast für eine Vorteilsausgleichung liegt wiederum bei dem beklagten Organwalter (a.a.O., S. 1961 Tz. 25 ff.); sowie jeweils zur GmbH BGH, Urteil vom 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, 280, 284; BGH, Beschluss vom 22.6.2009 – II ZR 143/08 = ZIP 2009, 1467 Tz. 5.

¹¹⁴² Siehe BGH, Urteil vom 22.2.2011 – II ZR 146/09 = ZIP 2011, 766, 767 Tz. 17; BGH, Urteil vom 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, 280, 287; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 326.

¹¹⁴³ So z.B. aber *Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 41; *Paefgen*, NZG 2009, 891, 893 f.; *ders.*, AG 2014, 554, 565 f.; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, § 93 AktG Rn. 36; *Eßwein*, S. 147; *Witte/Gossen*, in: Mehrbrey, § 9 Rn. 71; *Ehmann/Stretz*, in: Servatius, Rn. 714; sowie OLG Nürnberg, Beschlüsse vom 23.9.2014 und vom 28.10.2014 – 12 U 567/13 = ZIP 2015, 427, 429 und 430 f.; kritisch dazu *L. Bauer*, NZG 2015, 549, 550 f.; *Fleischer/L. Bauer*, ZIP 2015, 1901, 1907 f.; wie hier bereits *Heermann*, ZIP 1998, 761, 767; wie hier auch BGH, Beschluss vom 8.1.2007 – II ZR 304/04 = ZIP 2007, 322, 324 Tz. 13 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, 280, 284.

¹¹⁴⁴ Siehe BGH, Beschluss vom 8.1.2007 – II ZR 304/04 = ZIP 2007, 322, 325 Tz. 27; zur GmbH BGH, Beschluss vom 18.2.2008 – II ZR 62/07 = ZIP 2008, 736, 737 Tz. 5; *L. Bauer*, NZG 2015, 549, 550; zur sekundären Darlegungslast der Gesellschaft bei ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern BGH, Urteil vom 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, 280, 285; *Danninger*, S. 90 ff.; sowie *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 230 ff.; *Eßwein*, S. 150 ff.

§ 286 ZPO.¹¹⁴⁵ Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG entspricht, soweit es um den Nachweis fehlenden Verschuldens geht, der allgemeinen Regel für vertragliche Schadensersatzansprüche in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB.¹¹⁴⁶ Dass die Vorstandsmitglieder darüber hinaus auch das Fehlen der Pflichtverletzung nachweisen müssen, rechtfertigt die Rechtsprechung unter Hinweis auf die Verfahrensfairness. Das jeweilige Organmitglied könne die konkreten Umstände seines Handelns und damit die Gesichtspunkte, die für die Beurteilung der Pflichtmäßigkeit seines Verhaltens sprechen, leicht überschauen, während die von ihm verwaltete Korporation in diesem Punkt immer in Beweisnot sei.¹¹⁴⁷

Diese Erwägung des Bundesgerichtshofs trifft zu und kann auf Grundlage der in den vorangehenden Abschnitten vorgenommenen vertragsrechtlichen Rekonstruktion der Vorstandspflichten um eine materiell-rechtliche Erklärung ergänzt werden.¹¹⁴⁸ Hat die Gesellschaft schlüssig dargelegt, inwiefern das beklagte Vorstandsmitglied ihr einen Schaden zugefügt hat, ist es dessen Sache, sein Verhalten zu erklären. Das beklagte Vorstandsmitglied muss im gerichtlichen Verfahren darlegen und notfalls beweisen, wie es seine Leistungspflicht bestimmt und erfüllt hat. Der oben beschriebene Begründungsakt¹¹⁴⁹ muss vor Gericht wiederholt werden. Auch hier wird nicht irgendeine, sondern nur eine tragfähige Begründung ausreichen.¹¹⁵⁰

Zu einer *probatio diabolica* gerät der Entlastungsbeweis deswegen nicht.¹¹⁵¹ Die Anforderungen an den Beklagtenvortrag dürfen mit Blick auf § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht überspannt werden.¹¹⁵² Der Pflicht zur Substantiierung ist nur dann nicht genügt, wenn das Gericht aufgrund der Darstellung nicht beurteilen kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolgen erfüllt sind.¹¹⁵³ Genügt das Parteivorbringen diesen Anforderungen hingegen, so kann der Vortrag weiterer Einzel Tatsachen nicht verlangt werden.¹¹⁵⁴ Insbesondere darf ein Gericht das Vorbringen des Vorstands nicht als unsubstanziert zurückweisen und dabei wirtschaftlichen Sachverstand in Anspruch nehmen, der ihm selbst nicht ohne weiteres zu-

¹¹⁴⁵ Siehe BGH, Beschluss vom 18.2.2008 – II ZR 62/07 = ZIP 2008, 736, 737 Tz. 5; zur Abgrenzung des jeweiligen Sachvortrags zu Pflichtverletzung und Schaden *Danninger*, S. 81 ff.; ferner BGH, Urteil vom 9.5.1974 – II ZR 50/72 = NJW 1974, 1468; BGH, Urteil vom 8.7.1985 – II ZR 198/84 = NJW 1986, 54, 55.

¹¹⁴⁶ Siehe bereits *Baums*, S. 211 f. bei und in Fn. 6 unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien zur Aktienrechtsnovelle 1884.

¹¹⁴⁷ So BGH, Urteil vom 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, 280, 283.

¹¹⁴⁸ Siehe bereits *L. Bauer*, NZG 2015, 549, 551.

¹¹⁴⁹ Siehe oben S. 180 bei und nach Fußnote 1112 sowie S. 182 nach Fußnote 1124.

¹¹⁵⁰ Abweichend wohl *Holle*, S. 65 f. (dazu oben S. 177 in Fußnote 1092).

¹¹⁵¹ So aber insbesondere *Paefgen*, NZG 2009, 891, 892 f., 896.

¹¹⁵² Anschaulich BGH, Urteil vom 22.2.2011 – II ZR 146/09 = ZIP 2011, 766, 767 f. Tz. 20 ff.; eingehende Empfehlungen zur Klageerwiderung bei *Ehmann/Stretz*, in: *Servatius*, Rn. 720.

¹¹⁵³ Siehe etwa BGH, Urteil vom 25.7.2005 – II ZR 199/03 = ZIP 2005, 1738, 1740 zur GmbH.

¹¹⁵⁴ Siehe BGH, Beschluss vom 21.5.2007 – II ZR 266/04 = NZG 2007, 714, 715 Tz. 8 („Vattenfall/Bewag“); zur GmbH BGH, Beschluss vom 14.7.2008 – II ZR 202/07 = NJW 2008, 3361, 3362 Tz. 6.

kommt.¹¹⁵⁵ Ohne Rückgriff auf einen gerichtlich bestellten Sachverständigen wird ein Gericht Streitiges Vorbringen regelmäßig nur dann würdigen können, wenn es darlegt, „dass es eigene Sachkunde auf dem Gebiet der Unternehmensplanung besitzt und deswegen in der Lage ist, die Streitigen Fragen abschließend zu beurteilen“.¹¹⁵⁶ Andererseits darf der Beklagtenvortrag nicht völlig unbestimmt bleiben.¹¹⁵⁷ Hypothetische Erwägungen zur Pflichtmäßigkeit des Vorstandshandelns können die erforderlichen trichterförmigen Feststellungen nicht ersetzen.¹¹⁵⁸

Der Vorstand trägt nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG auch die Darlegungs- und Beweislast für die Tatbestandsvoraussetzungen der sog. Business Judgment Rule.¹¹⁵⁹ Spätestens im Haftungsfall muss er daher konkrete Tatsachen, Annahmen und Überlegungen benennen, aus denen sich eine angemessene Informationsgrundlage ergibt.¹¹⁶⁰ Dasselbe gilt für ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft. Die gerichtliche Überprüfung seiner Ermessensbetätigung kann nur gelingen, wenn der Vorstand offenlegt, welche Gründe er abgewogen und seinem Handeln zugrunde gelegt hat.¹¹⁶¹ Dabei ist es nicht notwendig, dass der beklagte Organwalter von sich aus auf das Nichtvorliegen von Treue- oder Legalitätspflichtverstößen eingeht. Der Vortrag zu den unternehmerischen Beweggründen seines Handelns gibt der Gesellschaft vielmehr Gelegenheit zu substantiiertem Bestreiten; etwa indem sie darlegt, inwiefern das Vorstandsmitglied Sonderinteressen ver-

¹¹⁵⁵ Siehe BGH, Urteil vom 22.2.2011 – II ZR 146/09 = ZIP 2011, 766, 767 f. Tz. 20, 23, 25; dazu *Fest*, NZG 2011, 540, 541 f.; zum heiklen Verhältnis von Richtern und Gutachtern *Boehme-Neßler*, RW 2014, 189 ff.

¹¹⁵⁶ BGH, Urteil vom 22.2.2011 – II ZR 146/09 = ZIP 2011, 766, 768 Tz. 25; ferner BGH, Beschluss vom 2.6.2008 – II ZR 67/07 = NZG 2008, 622 Tz. 3; sowie LG Bonn, Urteil vom 22.1.2008 – 11 O 38/03 = juris Tz. 75: „Hinsichtlich der Anforderungen an die Wahrung der nach §§ 116, 93 Abs. 2 AktG maßgeblichen Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds besitzt die Kammer eigene Sachkunde (§ 114 GVG). Beide beteiligten Handelsrichter sind Aufsichtsratsmitglieder, einer von ihnen Vorsitzender eines Aufsichtsrats. Gegenstand des zu bewertenden Sachverhalts sind kaufmännische Vorgänge, insbesondere die ordnungsgemäße Aufstellung von Jahresabschlüssen.“

¹¹⁵⁷ Siehe BGH, Urteil vom 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, 280, 285.

¹¹⁵⁸ Siehe BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1960 Tz. 20 („Corealcredit Bank“); knapp auch BGH, Urteil vom 16.3.2009 – II ZR 280/07 = NJW 2009, 2454, 2457 Tz. 42.

¹¹⁵⁹ Siehe BGH, Urteil vom 22.2.2011 – II ZR 146/09 = ZIP 2011, 766, 767 Tz. 19; BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1959 Tz. 14 („Corealcredit Bank“); sowie BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 313 Tz. 28 („Boygroup“) zur GmbH & Co. KG.

¹¹⁶⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 14.7.2008 – II ZR 202/07 = NJW 2008, 3361, 3362 Tz. 4 zur GmbH; speziell für das Vorhandensein eines etwa erforderlichen Informationssystems und dessen sachgerechte Ausgestaltung BGH, Urteil vom 1.12.2008 – II ZR 102/07 = BGHZ 179, 71, 81 f. Tz. 20 f. („MPS“); im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nach § 142 Abs. 5 Satz 2 AktG auch OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 15.6.2011 – 21 W 18/11 = ZIP 2011, 1764, 1767 („Commerzbank/Dresdner Bank“): „Ein objektiv richtiges Maß der Informationsbeschaffung gibt es nicht. Erforderlich ist vielmehr, dass die Entscheidung des Vorstands, auf welche Informationen er sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung stützt, und seine Gewichtung und Bewertung der zur Verfügung stehenden Informationen vertretbar und nachvollziehbar ist [...]“

¹¹⁶¹ Ebenso *Landwehrmann*, in: Heidel (3. Aufl. 2011), § 93 AktG Rn. 110: Eine Überprüfung ist nur möglich, „wenn der Vorstand im Einzelnen darlegt, welche Überlegungen er seiner Ermessensentscheidung zugrunde gelegt hat.“; zustimmend *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (3. Aufl. 2015), § 93 Rn. 220; sowie *Bürgers*, in: Bürgers/Körber/Lieder, § 93 Rn. 26 unter Verweis auf *U. Schmidt*, in: Heidel, § 93 AktG Rn. 110, bei dem sich die Aussage so allerdings nicht mehr findet.

folgt oder sachfremden Einflüssen nachgegeben habe.¹¹⁶² Der Vorstand ist daher gut beraten, Organbeschlüsse „unter genauer Angabe der im Entscheidungsprozess berücksichtigten Vor- und Nachteile“ zu protokollieren.¹¹⁶³

Die Vorlage eines Parteigutachtens macht konkrete richterliche Feststellungen nicht entbehrlich.¹¹⁶⁴ Das Gutachten eines vom Vorstand beauftragten Experten stellt lediglich qualifizierten Parteivortrag dar.¹¹⁶⁵ Als Sachvortrag ist es der gerichtlichen Entscheidung nicht schon deshalb zugrunde zu legen, weil die klagende Gesellschaft eine inhaltliche Auseinandersetzung unterlässt und sich auf ein schlichtes Bestreiten beschränkt.¹¹⁶⁶ Der Tatrichter ist dann vielmehr aufgerufen, in die Beweisaufnahme einzutreten. Gegebenenfalls benannte Zeugen hat er nach Einzelheiten zu befragen, zur Not muss er einen Sachverständigen hinzuziehen, um sich über die gängigen Marktstandards ordentlicher Entscheidungsvorbereitung zu unterrichten.¹¹⁶⁷ Legen beide Parteien einander widersprechende Expertisen vor, darf das Gericht in Ermangelung eigener Sachkunde (§ 114 GVG) nicht ohne Erhebung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens dem einen Privatgutachten zu Lasten des anderen den Vorzug geben.¹¹⁶⁸ Die beklagten Vorstandsmitglieder können nach § 141 ZPO angehört¹¹⁶⁹ und unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 447, 448 ZPO als Partei vernommen werden.

b) Treuepflicht und unternehmerische Entscheidung

Die Treuepflicht verlangt vom Vorstand, bei seiner Geschäftsführung nicht den eigenen Nutzen oder den Vorteil anderer vor die Interessen der Gesellschaft zu stellen.¹¹⁷⁰ Insbesondere gebietet sie, alle Maßnahmen zu unterlassen, die den sicheren Eintritt eines Vermögensschadens bei der Gesellschaft zur Folge haben. Expertenrat spielt, wie im ersten Kapitel ausgeführt wurde, bei der Einhaltung der Treuepflicht nur eine untergeordnete Rolle.¹¹⁷¹ Der Vorstand muss selbst in der Lage sein, eventuelle Interessenkonflikte zu vermeiden bzw. Sondervorteile auszuschlagen. Hierin ähnelt die organschaftliche Treuepflicht dem in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG festgeschriebenen Erfordernis, bei einer unternehmerischen Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

¹¹⁶² Das übersieht *Paefgen*, NZG 2009, 891, 893; *ders.*, AG 2014, 554, 566; wie hier dagegen *Bachmann*, Gutachten, E 34 f.; *L. Bauer*, NZG 2015, 549, 550; dazu unten S. 191 nach Fußnote 1191; siehe ferner BGH, Beschluss vom 16.7.2007 – II ZR 226/06 = DStR 2007, 1641, 1642 wiedergegeben von *Goette*, wonach der Beklagte darlegen und beweisen müsse, dass eine von ihm veranlasste Zahlung der Gesellschaft auf eine tatsächlich gegen diese bestehende Forerung erfolgt sei.

¹¹⁶³ *Bunz*, Der Konzern 2012, 444, 445; sowie *Empt*, KSzW 2010, 107, 108; *L. Bauer*, NZG 2015, 549, 551.

¹¹⁶⁴ Siehe BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1960 Tz. 20 („Corealcredit Bank“).

¹¹⁶⁵ Siehe BGH, Urteil vom 14.4.1981 – VI ZR 264/79 = VersR 1981, 576, 577; BGH, Beschluss vom 2.6.2008 – II ZR 67/07 = NZG 2008, 622 Tz. 3.

¹¹⁶⁶ Siehe BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1960 Tz. 20 („Corealcredit Bank“).

¹¹⁶⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 14.7.2008 – II ZR 202/07 = NJW 2008, 3361, 3362 Tz. 6; *Redeke*, ZIP 2011, 59, 62.

¹¹⁶⁸ Siehe BGH, Beschluss vom 21.5.2007 – II ZR 266/04 = NZG 2007, 714, 715 Tz. 9 („Vattenfall/Bewag“).

¹¹⁶⁹ Dazu allgemein BGH, Urteil vom 16.7.1998 – I ZR 32/96 = NJW 1999, 363, 364 m.w.N.

¹¹⁷⁰ Siehe oben S. 9 bei und nach Fußnote 34.

¹¹⁷¹ Siehe oben S. 10 nach Fußnote 37.

Die Chancen und Risiken seines Handelns für die Gesellschaft abzuwägen, muss der Vorstand ebenfalls selbst leisten.¹¹⁷² Er muss seine unternehmerischen Entscheidungen selbst erklären und begründen können.¹¹⁷³

Folgt man der Regierungsbegründung zum UMAG, gehen die die Gemeinsamkeiten zwischen der Treuepflicht und dem Handeln-zum-Wohle-der-Gesellschaft noch darüber hinaus und sind sogar substanzieller Natur: In den Gesetzesmaterialien kann man lesen, dass ein Vorstandsmitglied dann nicht zum Wohle der Gesellschaft handelt, wenn es Sonderinteressen verfolgt oder sachfremden Einflüssen nachgibt.¹¹⁷⁴ Dass der Gesetzgeber Treuepflichtverstöße aus dem Anwendungsbereich der sog. Business Judgment Rule ausgrenzen wollte und die der Treuepflicht zugrundeliegenden Wertungen zugleich innerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zur Geltung bringt, stellt den Rechtsanwender auf den ersten Blick vor eine Herausforderung. Der Rechtsklarheit, so sollte man meinen, ist mit derartigen Überschneidungen nicht gedient. Wie trennscharf sind also die beiden Kategorien?

Nimmt man ein vertragsrechtlich inspiriertes Verständnis der Vorstandspflichten zum Ausgangspunkt, kann man jedenfalls die sog. Schutzpflichten im engeren Sinne, also diejenigen Pflichten, die das Integritätsinteresse der Aktiengesellschaft wahren, der Treuepflicht zuschlagen.¹¹⁷⁵ Sobald man sich anschickt, leistungsbezogene Nebenpflichten und Nebenleistungspflichten abzuschichten, wird die Zuordnung zu § 241 Abs. 2 BGB nicht nur im Allgemeinen weniger eindeutig.¹¹⁷⁶ Beim Vorstandshandeln tritt hinzu, dass die Bestimmung seiner Leistungspflicht dem Vorstand im Rahmen der Satzung selbst überlassen ist.¹¹⁷⁷ Der Vorstand soll unter eigener Verantwortung entscheiden, was dem Gesellschaftswohl bei der Verfolgung des Unternehmensgegenstandes am besten dient. Er entscheidet daher nicht nur, zu welchen Konditionen er bereit ist, Waren und Dienstleistungen für die AG einzukaufen. Er entscheidet auch über Zuwendungen zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen oder Sport, die als Spenden oder Sponsoring die gesellschaftliche Akzeptanz des Unternehmens und damit dessen Marktchancen verbessern können. Als unternehmerische Entscheidung ist eine solche Mittelvergabe grundsätzlich an § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zu messen. Handelt es sich dagegen nachweislich um eine Ausgabe ohne jeglichen (Werbe-)Wert oder um eine sog. pet charity, liegt die Verschwendung von Gesellschaftsmitteln und damit ein Treuepflichtverstoß vor.¹¹⁷⁸ An der „Boycgroup“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs lässt sich jedoch anschaulich zeigen, dass der Vorstand nicht verpflichtet ist,

¹¹⁷² Siehe oben S. 47 nach Fußnote 295 und S. 48 bei Fußnote 303.

¹¹⁷³ Siehe oben S. 180 bei und nach Fußnote 1112.

¹¹⁷⁴ Siehe oben S. 43 bei Fußnote 262; sowie *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 25.

¹¹⁷⁵ Vgl. *Bachmann*, in: Münchener Komm. BGB, § 241 Rn. 56.

¹¹⁷⁶ Siehe statt vieler *Bachmann*, in: Münchener Komm. BGB, § 241 Rn. 56 ff.

¹¹⁷⁷ Siehe oben S. 172 bei Fußnote 1058.

¹¹⁷⁸ Dazu bereits *Fleischer/L. Bauer*, ZIP 2015, 1901, 1908 ff.; für die strukturell ähnliche Entscheidung des Aufsichtsrats über eine nachträgliche Anerkennungsprämie a.a.O., S. 1906.

stets auf den billigsten Preis zu achten.¹¹⁷⁹ Er schuldet der AG kein Preisdumping.¹¹⁸⁰ Wenn man die Treuepflicht schlicht als Pflicht zur Schadensabwendung definiert und Schaden als entgangenen Gewinn (§ 252 BGB), muss man hingegen aufpassen, nicht allzu schnell aus dem Anwendungsbereich der sog. Business Judgment Rule herauszufallen.¹¹⁸¹ Man würde den Vorstand unbedacht zu einem Garanten wirtschaftlichen Erfolgs, d.h. zum Garanten einer Mindestrendite, machen.¹¹⁸² Aus diesem Grund kann man sich übrigens auch fragen, ob es sinnvoll ist, neben dem Begriff des Unternehmensgegenstandes einen eigenständigen Begriff des Unternehmenszwecks zu entwickeln. Der Bundesgerichtshof benutzt beide Begriffe austauschbar i.S.v. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG.¹¹⁸³ Vielfach werden die Begriffe aber als Zweck-Mittel-Relation betrachtet, wobei der Unternehmenszweck die Frage beantworten soll, wozu die Gesellschaft bestehe, und der Unternehmensgegenstand die Frage, was die Gesellschaft zur Erreichung dieses Zwecks genau mache. Der Unternehmenszweck wird dann regelmäßig mit Gewinnerzielung gleichgesetzt.¹¹⁸⁴ Ohne den Rahmen meiner Arbeit zu sprengen, kann diese Frage hier allerdings nicht weiter vertieft werden.

¹¹⁷⁹ Siehe BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304, 313 f. Tz. 29 f. („Boygroup“) zur GmbH & Co. KG; dazu oben S. 38 nach Fußnote 228.

¹¹⁸⁰ Vgl. Koch, in: 50 Jahre Aktiengesetz, S. 65, 75.

¹¹⁸¹ Insoweit bedenklich Holle, S. 37: Es sei die Pflicht des Vorstands, „alles zu veranlassen, was erforderlich ist, um eine erfolgreiche Entwicklung der Gesellschaft herbeizuführen.“; sowie a.a.O., S. 52: „In den Fällen, in denen die Gesellschaft mit einer Geldbuße belegt wird, ist ein Binnenregress im Regelfall aber bereits unabhängig von einer Legalitätspflicht möglich. Entsteht der Gesellschaft durch die Sanktionierung ein Schaden, kann sie diesen bequem auf Grundlage der allgemeinen Pflicht, Schäden von der Gesellschaft abzuwenden, vom Vorstand ersetzt verlangen.“; zutreffend aber a.a.O., S. 67; ferner Spindler, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 26: „Aufgabe des Vorstands ist es, den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden.“ (Hervorhebungen weggelassen); sowie Karbaum, AG 2013, 863, 868: Die Sorgfaltspflicht verlange vom Vorstand, dass ein angemessener Gewinn erwirtschaftet werde. Siehe außerdem Seyfarth, § 23 Rn. 13, 14.

¹¹⁸² In der Unternehmenspraxis wird mitunter Abweichendes gedacht oder jedenfalls zur Rechtfertigung des eigenen Verhaltens behauptet. So soll der damalige Vorstandsvorsitzende der Daimler AG Dieter Zetsche auf den Vorwurf der Manipulation von Abgaswerten geantwortet haben, dass es „große Spielräume in der Gesetzgebung“ gegeben habe, die man habe nutzen müssen. Andernfalls könne man „Untreue zuungunsten der Shareholder begehen“. Siehe Leyendecker/Ott, Süddeutsche Zeitung, Nr. 159 vom 13.7.2017, S. 2. Die Aussage ist so natürlich nicht richtig. Innerhalb der geltenden Gesetze ist das Verhalten des Vorstands, solange er nicht Sonderinteressen verfolgt oder sachfremden Einflüssen nachgibt, pflichtgemäß, wenn er auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft handelt. Bei der Abwägung der Chancen und Risiken seines Handelns, d.h. bei der Definition des Gesellschaftswohls hat der Vorstand einen weiten Ermessensspielraum. Dieser Ermessensspielraum schützt ihn, auch wenn er einmal nicht die wirtschaftlichste Entscheidung trifft.

¹¹⁸³ Siehe BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958, 1959 f. Tz. 16 („Corealcredit Bank“); dazu oben S. 16 bei Fußnote 78 und S. 26 nach Fußnote 153; zur KG auch BGH, Urteil vom 21.2.1978 – KZR 6/77 = BGHZ 70, 331, 333: Der „Zweck der Gesellschaft“ bzw. gemeinsame Zweck bestehe im „gemeinsamen Betrieb des Handelsgewerbes“. Dass sich die ursprüngliche Zwecksetzung durch eine Auflösung gemäß § 262 AktG ändert (an ihre Stelle tritt der Abwicklungszweck), steht dem m.E. nicht entgegen. Die Gesellschaft betreibt dann eben nicht mehr den Unternehmensgegenstand, sondern stellt dessen Betrieb ein. Vgl. BGH, Urteil vom 23.10.2006 – II ZR 162/05 = BGHZ 169, 270, 273 Tz. 8 zur Auflösung einer Vor-AG durch Kündigung aus wichtigem Grund.

¹¹⁸⁴ Vgl. etwa OLG Hamburg, Beschluss vom 18.9.1967 – 2 W 125/67 = BB 1968, 267; Koch, § 23 Rn. 22; eingehender Pentz, in: Münchener Komm. AktG, § 23 Rn. 70 ff.; sowie bereits Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 3 I 3 a, S. 155 ff.; kritisch zur Gewinnerzielung Müller-Gugenberger, Gedächtnisschrift Rödiger, S. 274, 281 anhand der *societas leonina*: „So wichtig Gewinn für sehr zahlreiche Gesellschaften aus betriebswirtschaftlicher oder steuerlicher Sicht auch sein mag, im Gesellschaftsrecht kommt ihm im Grundsatz keine elementare Bedeu-

Deutet man das Tatbestandsmerkmal des Handelns-zum-Wohle-der-Gesellschaft im Sinne der Regierungsbegründung, hat es neben der Treuepflicht keinen eigenständigen Anwendungsbereich. Ein Vorstandsmitglied, das Sonderinteressen verfolgt oder sachfremden Einflüssen nachgibt, kann sich von vorneherein nicht auf § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG berufen.¹¹⁸⁵ Ebenso verhält es sich mit dem Merkmal der Gutgläubigkeit. Wenn ein Vorstandsmitglied weiß, dass es nicht dem Gesellschaftswohl dient¹¹⁸⁶ oder nicht auf der Grundlage angemessener Information handelt, stellt es entweder den eigenen Nutzen oder den Vorteil anderer vor die Interessen der Gesellschaft – andernfalls würde es von der unternehmerischen Entscheidung unter den gegebenen Voraussetzungen Abstand nehmen. Man sollte für die Gutgläubigkeit daher nicht nach einer Verlegenheitslösung suchen, sondern ganz auf dieses Tatbestandsmerkmal verzichten.¹¹⁸⁷ Da die Treuepflicht alle Anwendungsfälle abdeckt, wird der gesetzgeberische Regelungsplan auf diese Weise nicht konterkariert.

Deutet man das Gesellschaftswohl dagegen wie hier vorgeschlagen, bleibt dem Tatbestandsmerkmal neben der Treuepflicht ein (kleiner) eigenständiger Anwendungsbereich. Wie im ersten Kapitel gezeigt, handelt der Vorstand nach der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft, solange er die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, nicht in unverantwortlicher Weise überspannt.¹¹⁸⁸ Mit dem Handeln-zum-Wohle-der-Gesellschaft ist also die Risikoabwägung¹¹⁸⁹ angesprochen, die der Vorstand seiner Leistungsbestimmung¹¹⁹⁰ zugrunde legt. Der Anwendungsbereich dieses Tatbestandsmerkmals ist materiell-rechtlich allerdings nicht allzu groß, weil vorrangig das Informationsniveau des Vorstands auf seine Angemessenheit zu überprüfen ist.¹¹⁹¹ Im Prozess wird das beklagte Vorstandsmitglied versuchen, sich dadurch zu entlasten, dass es das Vorliegen der Voraussetzungen der sog. Business Judgment Rule nachweist.¹¹⁹² Ob es sich dabei darauf beschränken kann, zu seiner Leistungsbestimmung, zur Angemessenheit seines Informationsniveaus und zu seiner Risikoabwägung vorzutragen, hängt davon

tung zu. Wichtig ist, daß eine Personenmehrheit einen gemeinsamen Zweck verfolgt, und in zweiter Linie, wie sie ihn verfolgt, nicht aber, welchen Zweck sie verfolgt.“

¹¹⁸⁵ Zum Umgang mit Interessenkonflikten innerhalb des Vorstands *Koch*, Festschrift Säcker, S. 403, 414 ff.

¹¹⁸⁶ Vgl. etwa BGH, Urteil vom 12.10.1987 – II ZR 251/86 = ZIP 1988, 512, 514 zur GmbH & Co. KG.

¹¹⁸⁷ *Eisele*, S. 317 ff., und *Kauer*, S. 196 f., gehen demgegenüber gesondert auf das Merkmal der Gutgläubigkeit ein. Auch viele Kommentierungen orientieren sich noch immer an den in Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 li. Sp., genannten Tatbestandsmerkmalen der sog. Business Judgment Rule statt am Wortlaut von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG. Siehe etwa *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 71; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 87 ff.; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 17 ff.; *Bürgers*, in: Bürgers/Körper/Lieder, § 93 Rn. 11 ff.; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, § 93 AktG Rn. 20 ff.; zumindest zum Teil auch *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 48 ff., 52 ff.; sowie *Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 13 ff.; *Koch*, § 93 Rn. 34, liest die Gutgläubigkeit und die Freiheit von Interessenkonflikten in das Gesellschaftswohl hinein; größere Eigenständigkeit ist bei *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, § 93 Rn. 41 ff., sichtbar.

¹¹⁸⁸ Siehe BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 253 f. („ARAG/Garmenbeck“); dazu oben S. 29 bei Fußnote 171 und S. 43 bei Fußnote 265.

¹¹⁸⁹ Siehe oben S. 47 bei Fußnote 295.

¹¹⁹⁰ Siehe oben S. 172 bei und nach Fußnote 1058 sowie S. 182 nach Fußnote 1124.

¹¹⁹¹ Siehe oben S. 47 nach Fußnote 295.

¹¹⁹² Siehe *Ehmann/Stretz*, in: Servatius, Rn. 721.

ab, wie substantiiert die Gesellschaft in der Klageschrift bereits zu einem etwaigen Treuepflichtverstoß vorgetragen hat. Da ihre Klage schon schlüssig ist, wenn sie die Verursachung eines Schadens darlegt, kann sie sich hierzu zunächst der Stellungnahme enthalten, um den Beklagtenvortrag in der Replik substantiiert zu bestreiten.¹¹⁹³

c) Legalitätspflicht und unternehmerische Entscheidung

Vor dem Hintergrund der bisher gesammelten Erkenntnisse kann man das Verhältnis zwischen Legalitätspflicht und unternehmerischer Entscheidung präziser fassen. Dies gilt insbesondere für etwaige gesetzliche, satzungsmäßige oder anstellungsvertragliche Pflichten mit tatbestandlichem Beurteilungsspielraum. Die Legalitätspflicht des Vorstands, verstanden als sprachliche Abkürzung für dessen Verpflichtung zur Einhaltung der Gesetze,¹¹⁹⁴ tritt zu den Anforderungen der sog. Business Judgment Rule genauso hinzu, wie § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG die autonome Leistungsbestimmung des Vorstands als *lex specialis* überlagert.¹¹⁹⁵ Positiv formuliert verlangt die sog. Business Judgment Rule von Vorstandsmitgliedern, bei einer unternehmerischen Entscheidung angemessen informiert und zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.¹¹⁹⁶ Der Vorstand muss Chancen und Risiken seines Handelns sorgfältig gegeneinander abwägen, innerhalb der Satzungsvorgaben bestimmt er das Gesellschaftswohl selbst. Gesetzliche Vorgaben schränken diese Definitionshoheit des Vorstands ein, und zwar auch dann, wenn sie ihm einen gewissen Beurteilungsspielraum zugestehen. Nicht jede Entscheidung mit prognostischem Einschlag und nicht jede Entscheidung unter Unsicherheit ist daher eine unternehmerische Entscheidung, die allein am Maßstab von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zu messen wäre.¹¹⁹⁷ Vielmehr ist die jeweilige rechtliche Vorprägung zu beachten.¹¹⁹⁸ Das Gesetz kann die unternehmerische Handlungsfreiheit des Vorstands so stark einschränken, dass ihm hinsichtlich des zu verfolgenden Ziels und der einzusetzenden Mittel nur wenig oder gar keine Optionen bleiben.¹¹⁹⁹ Die gesetzlichen Vorgaben können das Pflichtenprogramm der sog. Business Judgment Rule aber auch subtil modifizieren bzw. mit

¹¹⁹³ Siehe bereits L. Bauer, NZG 2015, 549, 550; sowie oben S. 188 bei Fußnote 1162, ferner Heermann, ZIP 1998, 761, 768; Ehmman/Stretz, in: Servatius, Rn. 718 f., empfehlen für den „Detaillierungsgrad“ der Klageschrift einen „Mittelweg“.

¹¹⁹⁴ Siehe oben S. 71 bei und nach Fußnote 448.

¹¹⁹⁵ Siehe oben S. 172 bei und nach Fußnote 1057.

¹¹⁹⁶ Siehe oben S. 175 nach Fußnote 1082.

¹¹⁹⁷ So tendenziell aber Spindler, Festschrift Canaris, S. 403, 414 f.; Mertens/Cahn, in: Kölner Komm. AktG, § 93 Rn. 19; Grunewald, NZG 2013, 841, 842; Bürkle, VersR 2013, 792, 794 ff; Bachmann, ZIP 2014, 579, 580; mit Blick auf die Treuepflicht auch Schäfer, ZIP 2005, 1253, 1256. U.a. aus diesem Grund habe ich im ersten Kapitel (siehe oben S. 30 bei und nach Fußnote 177) von einer positiven Definition des Begriffs der unternehmerischen Entscheidung abgesehen.

¹¹⁹⁸ Insofern wie hier Holle, AG 2011, 778, 784; Harnos, S. 142 ff., 149 ff.; Koch, § 93 Rn. 29; abweichend Hasselbach/Ebbinghaus, AG 2014, 873, 874, 875 f., 878, die mit dem Begriff der „rechtlich vorgeprägten unternehmerischen Entscheidung“ wohl eher ein Handeln bei unklarer Rechtslage meinen.

¹¹⁹⁹ Im Ansatz ähnlich Holle, S. 77 f., aber mit abweichender, unzutreffender Schlussfolgerung (a.a.O., S. 80): „Dass der Vorstand sich im Rahmen gesetzlicher Bindungen auf dann nicht auf § 93 Abs. 1 S. 2 AktG berufen kann, wenn ihm ihm ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum verbleibt, bedeutet im Umkehrschluss nicht, dass die Frage, ob er bestehende Handlungsspielräume ordnungsgemäß ausgefüllt hat, einer vollständigen gerichtlichen Nachprüfung unterliegt.“; dazu unten S. ... bei Fn. 1216.

gewissen Abweichungen nachbilden. Anschaulich zeigen lässt sich dies an der Entscheidung des Aufsichtsrats über die Geltendmachung von Regressansprüchen gegen Vorstandsmitglieder.¹²⁰⁰ Die folgenden Ausführungen gelten aber auch für die Entscheidungen des Vorstands im umgekehrten Fall (§§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG).

Während der Vorstand im Rahmen des normalen Geschäftsverkehrs nach pflichtgemäßem Ermessen über die gerichtliche Durchsetzung einer Forderung entscheidet,¹²⁰¹ steht der Aufsichtsrat bei der Organhaftung unter Zugzwang,¹²⁰² da es dann nicht um den werbenden Einsatz von Gesellschaftsmitteln geht.¹²⁰³ Die Geltendmachung von Regressansprüchen nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG dient nicht der Verfolgung des Unternehmensgegenstandes, sondern ist Teil der gesetzlichen Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats. Das Unternehmenswohl verlangt, wie der Bundesgerichtshof in der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung ausgeführt und in zwei Entscheidungen aus den Jahren 2014 und 2018 nochmals bestätigt hat, hierbei „grundsätzlich die Wiederherstellung des geschädigten Gesellschaftsvermögens“.¹²⁰⁴ Schadensersatzansprüche wegen einer vom Vorstand begangenen Pflichtverletzung sind daher grundsätzlich zu verfolgen.¹²⁰⁵

Die Entscheidung des Aufsichtsrats erfordert auf einer ersten Stufe die Feststellung des zum Schadensersatz verpflichtenden Tatbestandes, und zwar in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht, sowie eine Analyse des Prozessrisikos und der Beitreibbarkeit der Forderung.¹²⁰⁶ Man könnte auch sagen, andernfalls ist er nicht angemessen informiert. Eine Entscheidungsprärogative, die zur Beschränkung der gerichtlichen Nachprüfbarkeit führt, kann der Aufsichtsrat insoweit aber nicht in Anspruch nehmen.¹²⁰⁷ „Die Haltbarkeit und Richtigkeit seiner Beurteilung der Erfolg-

¹²⁰⁰ Für Vergütungsentscheidungen, insbesondere Abfindungsleistungen an Manager siehe *Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, AG 2013, 477, 479 f.

¹²⁰¹ Vgl. BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = NZG 2013, 1021, 1025 Tz. 50 („Boygroup“ – insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 197, 304 ff.).

¹²⁰² Vgl. *Bachmann*, NZG 2013, 1121, 1126; zur Rechtslage im Konzern *Fischbach/Lüneborg*, NZG 2015, 1142 ff.

¹²⁰³ Vgl. *Raiser*, NJW 1996, 552, 554: „[D]ie unternehmerische Freiheit, die Vorstand und Aufsichtsrat als Unternehmensorgan genießen, [berechtigt] grundsätzlich nicht dazu [...], Vermögenswerte der Gesellschaft freiwillig aufzugeben. Der Satz ist Ausfluß der treuhänderischen Stellung der Unternehmensorgane, deren Auftrag lautet, die ihnen von den Aktionären anvertrauten Mittel unternehmerisch zu nutzen, über die sie aber nicht nach Belieben verfügen dürfen. Unternehmerisches Ermessen kann es nur bei der Wahl der Mittel zur Vermögensmehrung geben.“

¹²⁰⁴ BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 255 („ARAG/Garmenbeck“); sowie BGH, Urteil vom 8.7.2014 – II ZR 174/13 = BGHZ 202, 26, 31 Tz. 18: „§ 93 AktG soll ausschließen, dass der Vorstand durch eine pflichtwidrige Handlung der Gesellschaft dauerhaft einen Nachteil zufügt.“; siehe ferner *Göppert*, S. 133 ff.

¹²⁰⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 252, 256 („ARAG/Garmenbeck“); BGH, Urteil vom 8.7.2014 – II ZR 174/13 = BGHZ 202, 26, 32 Tz. 19; BGH, Urteil vom 18.9.2018 – II ZR 152/17 = BGHZ 219, 356, 368 Tz. 37 („Easy-Software“).

¹²⁰⁶ Siehe BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 253 („ARAG/Garmenbeck“); sowie BGH, Urteil vom 16.3.2009 – II ZR 280/07 = NJW 2009, 2454, 2456 f. Tz. 30.

¹²⁰⁷ Siehe BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 254 („ARAG/Garmenbeck“); BGH, Urteil vom 8.7.2014 – II ZR 174/13 = BGHZ 202, 26, 33 Tz. 21: „Der Aufsichtsrat hat insoweit aber kein Ermessen, eine Pflichtwidrigkeit zu verneinen [...]. Bei der Beurteilung, ob das Verhalten des Vorstands pflichtwidrig ist, geht es nicht um ein unternehmerisches Handlungsermessen, sondern um Fragen des Erkenntnisbe-

saussichten einer gerichtlichen Anspruchsverfolgung sind im Streitfall vor Gericht grundsätzlich voll nachprüfbar [...].¹²⁰⁸ Insbesondere die Frage, ob eine Pflichtverletzung des Vorstands vorliegt, beurteilt sich nach objektiver Rechtslage.¹²⁰⁹ Allenfalls im Erkenntnisbereich will der Bundesgerichtshof dem Aufsichtsrat einen begrenzten Beurteilungsspielraum zubilligen.¹²¹⁰ Mit dieser Formulierung hält sich der II. Zivilsenat die Möglichkeit offen, dem Empfängerhorizont des Aufsichtsrats innerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG Rechnung zu tragen: Wie in den vorangehenden Abschnitten ausgeführt, nimmt dieser die Leistungsbestimmungserklärung des Vorstands entgegen (§§ 315 Abs. 1 BGB, 90 Abs. 1, 112 Satz 1 AktG).¹²¹¹

Kommt der Aufsichtsrat zu dem Ergebnis, dass der Gesellschaft voraussichtlich ein Schadensersatzanspruch zusteht, kann er auf einer zweiten Stufe¹²¹² erwägen, von der Verfolgung und damit von einer Wiedergutmachung des der Gesellschaft zugefügten Schadens gleichwohl abzusehen, sofern übergeordnete Gründe des Gesellschaftswohls dies gebieten.¹²¹³ Ein *autonomer* unternehmerischer Ermessensspielraum ist aber auch insoweit nicht eröffnet.¹²¹⁴ Der Bundesgerichtshof unterscheidet deutlich zwischen der auf die Verfolgung des Unternehmensgegenstandes gerichteten Geschäftsführung und der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats, die darauf gerichtet ist, „den Vorstand zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten und Schäden von der Gesellschaft abzuwenden“.¹²¹⁵ In einem gerichtlichen Verfahren ist daher zu prüfen, ob eine besondere Rechtfertigung vorliegt, die es gestattet, von einer voraussichtlich aussichtsreichen Anspruchsverfolgung abzusehen.¹²¹⁶ Das Gericht muss hierfür die gegeneinander abzuwägenden Umstände feststellen

reichs, für die von vorneherein allenfalls die Zubilligung eines begrenzten Beurteilungsspielraums in Betracht kommen kann [...].“, aus dem Schrifttum insbesondere *Koch*, NZG 2014, 934, 935 m.w.N. zum Meinungsstand.

¹²⁰⁸ BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 254 („ARAG/Garmenbeck“).

¹²⁰⁹ Siehe BGH, Urteil vom 8.7.2014 – II ZR 174/13 = BGHZ 202, 26, 31 Tz. 17.

¹²¹⁰ Siehe BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 254 („ARAG/Garmenbeck“); BGH, Urteil vom 8.7.2014 – II ZR 174/13 = BGHZ 202, 26, 33 Tz. 21.

¹²¹¹ Dazu oben S. 173 nach Fußnote 1067.

¹²¹² Eine dritte Prüfungsstufe ist entgegen mancher Stimmen im Schrifttum (siehe statt vieler *Schnorbus/Ganzer*, WM 2015, 1877 ff.; *Koch*, in: Münchener Handb. Gesellschaftsrecht, Band 7, § 30 Rn. 45) nicht anzuerkennen. Die Annahme, dass die Gesellschaft aus Gründen ihrer Treuepflicht von der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs ganz oder in Teilen absehen müsse, steht in einem gewissen Widerspruch zu den Wertungen, die gegen eine Anwendung von § 254 BGB bei der Organhaftung sprechen (dazu oben S. 148 bei Fußnote 915 und S. 161 bei Fußnote 1000). Auch die Entscheidung „Mappus/Gleiss Lutz“ (BGH, Urteil vom 21.7.2016 – IX ZR 252/15 = BGHZ 211, 251 ff.) könnte der Annahme entgegenstehen. Siehe im Übrigen *Wilsing*, Festschrift Haarmann, S. 257, 261 in Fn. 4: Ein konkreter Ausgangspunkt für die Diskussion über die Möglichkeiten zur Abwendung existenzbedrohender Haftungslagen bei der Organhaftung lasse sich nicht erkennen.

¹²¹³ Siehe BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 255 f. („ARAG/Garmenbeck“); sowie BGH, Urteil vom 16.3.2009 – II ZR 280/07 = NJW 2009, 2454, 2456 f. Tz. 30.

¹²¹⁴ Siehe BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 254 („ARAG/Garmenbeck“); *Koch*, AG 2009, 93, 96 f.; zu Unrecht kritisch *Goette*, Liber amicorum Martin Winter, S. 153, 159 ff., 161, 164 f.; *ders.*, Festschrift Hoffmann-Becking, S. 377, 378, 387, 394; *ders.*, ZHR 176 (2012), 588, 594.

¹²¹⁵ BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 255 („ARAG/Garmenbeck“).

¹²¹⁶ Siehe BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 256 („ARAG/Garmenbeck“).

und bewerten.¹²¹⁷ Nur dann kann es beurteilen, ob sich der Aufsichtsrat noch in den „engen Grenzen“ bewegt, innerhalb derer er „ausnahmsweise von der Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs absehen“ darf.¹²¹⁸ Das rein persönliche Interesse der Aufsichtsratsmitglieder, sich durch die Verfolgung der Ersatzansprüche gegen den Vorstand nicht einer eigenen damit zusammenhängenden Pflichtverletzung bezichtigen und einem Schadensersatzanspruch aussetzen zu müssen, begründet, wie man seit dem „Easy-Software“-Urteil weiß, keine Ausnahme.¹²¹⁹

Das „Arcandor“-Urteil des Landgerichts Essen wurde diesen Anforderungen des Bundesgerichtshofs nicht gerecht.¹²²⁰ Anders als die Kammer meint, kommt es für eine Anwendung der „ARAG/Garmenbeck“-Grundsätze nicht auf die prozessuale Einkleidung an.¹²²¹ Die Pflichten des Aufsichtsrats und des Vorstands beurteilen sich im Rahmen einer allgemeinen Feststellungsklage nicht anders als im Rahmen eines Schadensersatzprozesses. Ebenso wenig trifft es zu, dass die Entscheidungen des Aufsichtsrats und des Vorstands über die Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar seien.¹²²² Dies ist nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats, wie soeben dargestellt, ausdrücklich nicht der Fall. Der Bundesgerichtshof hat die Kriterien, an denen das Absehen von einer gerichtlichen Verfolgung zu messen ist, vielmehr eindeutig benannt.¹²²³

¹²¹⁷ Siehe BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 256 f. („ARAG/Garmenbeck“): „Das Berufungsgericht hat aufgrund seines abweichenden rechtlichen Standpunktes keine Feststellungen dazu getroffen, ob ein Schadensersatzanspruch gegen den Vorstandsvorsitzenden der Beklagten besteht, dessen Beitreibung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Ferner fehlen Feststellungen dazu, ob gewichtige Gründe des Unternehmenswohls vorliegen, die dem Aufsichtsrat eine Ermessensentscheidung darüber eröffnen, ob er ausnahmsweise von der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche absehen will. Es hat auch darauf verzichtet, eine ins einzelne gehende Bewertung und Gewichtung der für und gegen eine Inanspruchnahme des Vorstandsvorsitzenden sprechenden Gesichtspunkte vorzunehmen. Die Sache ist deshalb unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur erneuten Prüfung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.“; *Casper*, ZHR 176 (2012), 617, 633: Auf der zweiten Prüfungsstufe müssen „nachvollziehbare, konkret belegte, handfeste Gründe“ vorliegen. Zustimmend *Fleischer*, ZIP 2014, 1305, 1308.

¹²¹⁸ BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 256 („ARAG/Garmenbeck“); zu Unrecht abweichend *Goette*, Liber amicorum Martin Winter, S. 153, 162 ff.; *Koch*, NZG 2014, 934, 937, denen zufolge es auf die Reihenfolge der ersten und zweiten Prüfungsstufe nicht ankommen soll; siehe dazu auch unten S. 197 bei und in Fußnote 1229.

¹²¹⁹ Siehe BGH, Urteil vom 18.9.2018 – II ZR 152/17 = BGHZ 219, 356, 368 Tz. 38 („Easy-Software“).

¹²²⁰ Siehe bereits oben S. 129 nach Fußnote 793.

¹²²¹ Siehe LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10 = ZIP 2012, 2061, 2063 („Arcandor“). Von den in der entsprechenden Urteilspassage namentlich genannten Autoren vertrat diese Auffassung nur *Hüffer* (10. Aufl. 2012), § 111 Rn. 4b, dessen Kritik gefestigter Spruchpraxis zum Trotz darauf fußte, dass er die Justiziabilität von Aufsichtsratsbeschlüssen (dazu *Fleischer*, DB 2013, 160 ff., 217 ff.) ablehnte. Anders nunmehr *Koch*, § 108 Rn. 26 a.E.; insoweit abweichend, obwohl von dem LG Essen ebenfalls als Beleg genannt, auch *Thümmel*, DB 1997, 1117: „Der BGH befaßt sich in seiner Entscheidung mit zwei Fragenkomplexen. Zum einen prüft er die Frage der Zulässigkeit einer Feststellungsklage einzelner Aufsichtsratsmitglieder, die auf die Feststellung der Nichtigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen gerichtet ist. Zum anderen beschäftigt er sich – und dies ist der Kern der Entscheidung – mit den Pflichten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Rechtsverfolgung gegenüber dem Vorstand wegen Mißmanagements.“

¹²²² Siehe LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10 = ZIP 2012, 2061, 2063 („Arcandor“); dazu auch *Redeke*, EWiR 2012, 645, 646; allgemein *Koch*, NZG 2014, 934, 937 f.

¹²²³ Siehe BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 255 f. („ARAG/Garmenbeck“): „[D]er Aufsichtsrat [wird] von der Geltendmachung voraussichtlich begründeter Schadensersatzansprüche [...] nur

Das Landgericht Essen ging daher zu Unrecht davon aus, „dass die Rechtsfragen, die mit der Entscheidung [über den Regress] verbunden [sind], nämlich insbesondere die Frage, welche konkreten Anforderungen denn an die Vorbereitung der Entscheidung zu stellen sind, bis heute nicht geklärt“ seien.¹²²⁴ Keine Zustimmung verdient das Urteil des Landgerichts auch insofern, als es aus der „ARAG/Garmenbeck“-Konstellation einen „ISION“-Fall macht.¹²²⁵ Die „ISION“-Rechtsprechung spielt auf der Ebene des Verschuldens und setzt einen Rechtsirrtum voraus.¹²²⁶ Die „ARAG/Garmenbeck“-Rechtsprechung spielt hingegen auf der Ebene der Pflichtverletzung und behandelt eine unternehmerische Entscheidung, die spezialgesetzlich überformt ist: Die Voraussetzungen, unter denen ein Ermessen des Aufsichtsrats bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen eröffnet ist, sind enger formuliert als bei § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und auch die Definition des Unternehmenswohls ist nicht in sein Belieben gestellt. In der Regel verlangt das Wohl der Gesellschaft, die durch pflichtwidriges Organhandeln erlittenen Schäden wieder auszugleichen.¹²²⁷ Der Aufsichtsrat muss daher im Rahmen seiner Überwachungsaufgabe prüfen, ob eine Anspruchsverfolgung voraussichtlich Erfolg hätte, und darf von ihr nur ausnahmsweise absehen, wenn gewichtige Interessen und Belange der Gesellschaft dafür sprechen, den entstandenen Schaden ersatzlos hinzunehmen.¹²²⁸ Weder das eine noch das andere

dann ausnahmsweise absehen dürfen, wenn gewichtige Interessen und Belange der Gesellschaft dafür sprechen, den ihr entstandenen Schaden ersatzlos hinzunehmen. Diese Voraussetzung wird im allgemeinen nur dann erfüllt sein, wenn die Gesellschaftsinteressen und -belange, die es geraten erscheinen lassen, keinen Ersatz des der Gesellschaft durch den Vorstand zugefügten Schadens zu verlangen, die Gesichtspunkte, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest annähernd gleichwertig sind. In diesem Zusammenhang können die von dem Berufungsgericht hervorgehobenen Gesichtspunkte, wie negative Auswirkungen auf Geschäftstätigkeit und Ansehen der Gesellschaft in der Öffentlichkeit, Behinderung der Vorstandsarbeit und Beeinträchtigung des Betriebsklimas, durchaus Bedeutung erlangen. Hingegen wird der Aufsichtsrat anderen Gesichtspunkten als denen des Unternehmenswohls, wie etwa der Schonung eines verdienten Vorstandsmitglieds oder dem Ausmaß der mit der Beitreibung für das Mitglied und seine Familie verbundenen sozialen Konsequenzen, nur in Ausnahmefällen Raum geben dürfen. Ein solcher Ausnahmefall kann z.B. dann in Betracht kommen, wenn auf der einen Seite das pflichtwidrige Verhalten nicht allzu schwerwiegend und die der Gesellschaft zugefügten Schäden verhältnismäßig gering sind, auf der anderen Seite jedoch einschneidende Folgen für das ersatzpflichtig gewordene Vorstandsmitglied drohen.“; wie *Koch*, NZG 2014, 934, 936, 940 f., zutreffend bemerkt, ist die vielfach rechtsmethodisch verbrämte Kritik an dem Urteil in erster Linie rechtspolitisch motiviert.

¹²²⁴ LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10 = ZIP 2012, 2061, 2063 („Arcandor“).

¹²²⁵ Siehe LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10 = ZIP 2012, 2061, 2063 („Arcandor“): „[D]ie Kammer [versteht] die Grundsatzentscheidung des BGH so, dass die Entscheidungsträger der Gesellschaft das ‚Für und Wider‘ eines Regresses abwägen müssen, sich hierzu kompetenten Rat einholen müssen, der nicht kritiklos übernommen werden darf, und davon ausgehend eine aus damaliger Sicht vertretbare Entscheidung treffen müssen, die keinesfalls von persönlichen Gründen getragen sein darf.“; ähnlich *Koch*, NZG 2014, 934, 938 f., 941 f., der die Abwägung auf der zweiten Prüfungsstufe grundsätzlich Verschuldensfrage behandeln will. Ich halte das für falsch und meine, dass sich hier einmal mehr die oben auf S. 164 bei und nach Fußnote 1006 beschriebene Schwierigkeit zeigt, zwischen Pflichtverletzung und Verschulden zu unterscheiden. *C. Krebs*, BB 2014, 2512, empfiehlt Aufsichtsräten im Hinblick auf „ISION“-Entscheidung (BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097 ff.), schriftlich qualifizierten Rechtsrat einzuholen; insofern unklar *Kespohl*, GWR 2012, 441; wie hier wohl *Redeke*, EWiR 2012, 645, 646: Die Anwendung der „reliance defence“ im Rahmen der nach „ARAG/Garmenbeck“ gebotenen Abwägungsentscheidung sei überraschend.

¹²²⁶ Siehe oben S. 119 nach Fußnote 734 sowie unten S. 204 nach Fußnote 1269.

¹²²⁷ Dazu bereits oben S. 193 bei Fußnote 1204.

¹²²⁸ So BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 255 („ARAG/Garmenbeck“).

hat das Landgericht Essen positiv festgestellt. Die Kammer hielt es nicht nur für unerheblich, „ob noch Ansprüche gegen weitere frühere Vorstandsmitglieder bestanden und inwieweit Ansprüche realisierbar waren.“¹²²⁹ Auch in der Frage, ob der Arcandor AG durch einen Regress mehr Schaden als Nutzen drohte, begnügte sie sich mit Mutmaßungen.¹²³⁰

Soweit das Landgericht Essen von einem entschuldigenden Rechtsirrtum ausging, bleiben ebenfalls Zweifel. Nach seinen eigenen Feststellungen beauftragten die Beklagten den Gutachter „Prof. N3“ in Kenntnis (!) des „ARAG/Garmenbeck“-Urteils mit einer Prüfung der Rechtslage.¹²³¹ Sollte ihnen ihre Pflichtenbindung also bereits vor Erteilung des Prüfauftrags bekannt gewesen sein? Dann hätte man von der Kammer genauere Ausführungen dazu erwartet, inwiefern überhaupt Raum war für exkulperenden Expertenrat. Da es beim Absehen von der Verfolgung eines Organhaftungsanspruchs ungeachtet der Unterschiede zu § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG darum geht, das Wohl der Gesellschaft zu wahren, können die Mitglieder der Aufsichtsrat die erforderliche Abwägung nicht in fremde Hände legen.¹²³² Das „Arcandor“-Urteil liest sich aber so, als habe „Prof. N3“ den ihnen zukommenden Entscheidungsspielraum okkupiert.¹²³³ Dann hätte es sich

¹²²⁹ LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10 = ZIP 2012, 2061, 2064 („Arcandor“); auch *Schnorbus/Ganzer*, WM 2015, 1832, 1833, relativieren die Prüfungsreihenfolge zu Unrecht. Wie im „Arcandor“-Fall vom Kläger zutreffend vorgetragen wurde, kann ein Ermessen des Aufsichtsrats erst einsetzen, wenn die gegeneinander abzuwägenden Umstände festgestellt sind (a.a.O. = juris Tz. 203, 56 – insoweit teilweise nicht abgedruckt in ZIP 2012, 2061 ff.).

¹²³⁰ Siehe LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10 = ZIP 2012, 2061, 2063 = juris Tz. 204 („Arcandor“): Die Beklagten hätten, wie sich aus der (privat-)gutachterlichen Stellungnahme von „Prof. C2“ ergebe, eine Prognoseentscheidung treffen müssen. Dieser habe herausgearbeitet, „dass es – zu damaliger Zeit – nicht sicher voraussehbar war, welche Konsequenzen eine Klage gegen die früheren Organmitglieder haben könnte. Die von dem Gutachter Prof. N3 beschriebenen Effekte waren nicht auszuschließen, andererseits hätte die Klageerhebung auch zu positiven Reaktionen führen können. Die Beklagten befanden sich damit in der Situation, entweder von der Verfolgung der Regressansprüche abzusehen und sich selbst damit einer Gefahr von Schadensersatzansprüchen auszusetzen (siehe hiesiges Verfahren) oder aber die Ansprüche durchzusetzen mit der Gefahr, dass die Gesellschaft großen Schaden erleidet, was sich aber erst im Nachhinein herausgestellt hätte.“ Das daneben vorliegende Schreiben einer Investmentbank enthielt im Wesentlichen wohl die Aussage, dass ein weiterer negativer Kurseffekt durch das Bekanntwerden der Einleitung von zivilrechtlichen Maßnahmen gegen früherer oder noch aktive Organmitglieder nicht auszuschließen sei (a.a.O. = juris Tz. 42 f. – insoweit nicht abgedruckt in ZIP 2012, 2061 ff.).

¹²³¹ Siehe LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10 = juris Tz. 40 („Arcandor“ – insoweit nicht abgedruckt in ZIP 2012, 2061 ff.)

¹²³² Siehe oben S. 47 nach Fußnote 293; wie hier *Redeke*, EWiR 2012, 645, 646: „[D]ie Konkretisierung des Unternehmensinteresses ist originäre Aufgabe der Unternehmensorgane [...] und nicht die Aufgabe unternehmensexterner, sachverständiger Dritter.“; *Hölters*, in: *Hölters/Weber*, § 93 Rn. 232: „Lässt sich das Vorstandsmitglied in wirtschaftlichen Fragen beraten, wird man ihm zumeist entgegenhalten müssen, dass die wirtschaftliche Beurteilung einer bestimmten Maßnahme gerade seine Aufgabe ist und er damit zur Beurteilung des Sachverhalts besser in der Lage sein müsste als der Berater. Die Entlastungswirkung entfällt damit.“; ferner *Fleischer*, KSzW 2013, 3, 8; *ders.*, Festschrift Hüffer, S. 187, 198; zur Bedeutung von (außenstehenden) Beratern für die eigenständige Wahrnehmung der Aufsichtsratspflichten *H. P. Westermann*, Festschrift Hommelhoff, S. 1319, 1327 ff.

¹²³³ Siehe LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10 = juris Tz. 41 („Arcandor“ – insoweit nicht abgedruckt in ZIP 2012, 2061 ff.) in Zusammenfassung des Parteigutachten: „Eine Entscheidung, die Organmitglieder nicht in Anspruch zu nehmen, sei aber nicht pflichtwidrig, weil das Unternehmenswohl dem entgegen stehe. Ein Rechtsstreit, der abzusehen sei, wenn man sich zum Regress entschließe, würde u.a. dazu führen, dass das Verbrauchervertrauen und die Kundenakzeptanz (sic!) beeinträchtigt würden, Geschäfts- und Kreditbeziehungen negativ beeinflusst würden und eher negative Auswirkungen auf den Börsenkurs zu erwarten sei-

um einen Fall unzulässiger Delegation gehandelt, auf den § 278 Satz 1 BGB Anwendung fände.¹²³⁴ Der Umgang der Kammer mit den zahlreichen von den Parteien vorgelegten Privatgutachten bereitet grundsätzlich Unbehagen. Wie im Abschnitt über die Darlegungs- und Beweislast beschrieben, stellen solche Gutachten lediglich qualifizierten Parteivortrag dar.¹²³⁵ Mit Blick auf Art. 103 Abs. 1 GG ist der Tatrichter verpflichtet, die dagegen erhobenen Einwände der anderen Partei zu berücksichtigen.¹²³⁶ Streitige Fragen sind durch Beweiserhebung zu klären.¹²³⁷ Das Landgericht Essen machte sich dagegen kurzerhand die von den Beklagten vorgelegten Privatgutachten zu eigen.¹²³⁸

III. Verschulden

1. Der Rechtsirrtum im Zivilrecht

Unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches ist der Rechtsirrtum im Ergebnis stets eine Frage des Verschuldens gewesen.¹²³⁹ Der Bundesgerichtshof hat bereits im ersten Jahr seines Bestehens geurteilt, dass der Schuldner für einen Rechtsirrtum nur dann einstehen müsse, wenn er fahrlässig gehandelt habe.¹²⁴⁰ Die Annahme eines unverschuldeten Irrtums will man in Karlsruhe

en.“ Wie „Prof. N3“ dies konkret festgestellt haben will, wüsste man gern. Gutachterliche juristische Stellungnahme werden von Professoren üblicherweise auf der Grundlage eines als feststehend geltenden Sachverhalts erstattet. Die Ermittlung des Sachverhalts in tatsächlicher Hinsicht übersteigt regelmäßig ihre Möglichkeiten, mitunter auch ihre Expertise, so dass sie für gewöhnlich das Haftungsrisiko scheuen. Im Sinne der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung (BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244 ff.) können sie daher typischerweise nur auf der ersten Prüfungsstufe dazu beitragen, den zum Schadensersatz verpflichtenden Tatbestand in rechtlicher Hinsicht aufzuklären und das Prozessrisiko einzuschätzen. Schon zur Beitreibbarkeit der Schadensersatzforderung werden sie sich in aller Regel einer Beurteilung enthalten. Auf der zweiten Prüfungsstufe vermag ein Rechtsgutachten daher wenig zu leisten.

¹²³⁴ Siehe oben S. 116 nach Fußnote 724 und S. 117 nach Fußnote 729.

¹²³⁵ Siehe oben S. 188 bei Fußnote 1165; dazu auch Greger, in: Zöller, Vor § 284 Rn. 8a, § 286 Rn. 13, 24, § 402 Rn. 6c.

¹²³⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 9.6.2009 – VI ZR 261/08 = VersR 2009, 1406, 1407 Tz. 5 mit Blick auf Einwände gegen ein Sachverständigengutachten.

¹²³⁷ Siehe oben S. 188 bei und nach Fußnote 1164 und Fußnote 1166.

¹²³⁸ Siehe LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10 = ZIP 2012, 2061, 2063 f. = juris Tz. 205 f. („Arcandor“).

¹²³⁹ Vgl. RG, Urteil vom 12.4.1918 – Rep. III. 496/17 = RGZ 92, 376, 379 f.; RG, Urteil vom 10.10.1919 – III 73/19 = RGZ 96, 313, 316; RG, Urteil vom 27.9.1927 – III 38/27 = RGZ 118, 126, 131; RG, Urteil vom 22.9.1930 – VI 493/29 = RGZ 130, 23, 28; RG, Urteil vom 19.10.1934 – II 100/43 = RGZ 146, 133, 144; RG, Urteil vom 25.6.1935 – II 264/34 = RGZ 148, 225, 234; RG, Urteil vom 12.11.1937 – VII 22/37 = RGZ 156, 113, 120; zuvor bereits RG, Urteil vom 5.7.1897 – Rep. VI. 204/97 = RGZ 39, 94, 99 („Waldbrauerei II“); zur Entwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, zur Behandlung des Rechtsirrtums im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens sowie zu älteren Lehren Rittner, Festschrift v. Hippel, S. 391, 394 ff., 411, 413 f.; Mayer-Maly, AcP 170 (1970), 133, 138 ff.; ders., Festschrift Verdross, S. 147 ff.; Deutsch, Festschrift Sieg, S. 127, 135; J. P. Bauer, Gedächtnisschrift Schultz, S. 21 f.; R. Zimmermann, S. 604 ff.; Huber, S. 705 f. mit Fn. 1; monographisch J. Mayer, S. 101 ff., 134 ff.; unlängst Engert, Gedächtnisschrift Unberath, S. 91 ff.

¹²⁴⁰ Siehe BGH, Urteil vom 9.2.1951 – I ZR 35/50 = NJW 1951, 398 („Ost-West-Überweisung“); BGH, Urteil vom 1.6.1951 – I ZR 120/50 = NJW 1951, 758, 759; BGH, Urteil vom 26.10.1951 – I ZR 8/51 = BGHZ 3, 271, 281 („Constanze I“); BGH, Urteil vom 3.6.1953 – II ZR 236/52 = NJW 1953, 1426 („Bierlieferung“); BGH, Urteil vom 18.5.1955 – I ZR 8/54 = BGHZ 17, 266, 295 („Grundig-Reporter“); BGH, Urteil vom 23.9.1957 – VII ZR 403/56 = BGHZ 25, 217, 224 f.; BGH, Urteil vom 17.12.1969 – VIII ZR 10/68 = NJW 1970, 463, 464; BGH, Urteil

allerdings an strenge Voraussetzungen knüpfen.¹²⁴¹ So verlangt der Bundesgerichtshof von den beteiligten Verkehrskreisen, dass sie die für sie maßgeblichen Rechtsnormen kennen und dort, wo sie die rechtliche Lage nicht selbst beurteilen können, Rechtsrat einholen.¹²⁴² Ferner müssen sie ihr Verhalten an der bestehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung ausrichten. Wie der I. Zivilsenat im Jahr 1951 zum Verschulden beim Verzug ausgeführt hat, bemisst sich der Fahrlässigkeitsvorwurf insbesondere mit Blick auf das Prozessrisiko:¹²⁴³ Es genügt nicht, dass der Schuldner seine Rechtsauffassung nach sorgfältiger Prüfung und sachgemäßer Beratung gebildet hat; seine Säumnis ist vielmehr nur dann entschuldigt, wenn er, „ausgehend von dieser Rechtsauffassung, auch bei Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit seinem Unterliegen im Rechtsstreit nicht zu rechnen brauchte.“¹²⁴⁴ Dass eine für den Schuldner ungünstige Entscheidung „undenkbar“ gewesen sein müsste, verlangt der Bundesgerichtshof allerdings nicht; sonst wäre die Entschuldigung praktisch immer ausgeschlossen.¹²⁴⁵ Welche Wertung dieser Rechtsprechung zugrunde liegt, kann man in der „Heinrich Böll“-Entscheidung des VI. Zivilsenats aus dem Jahr 1981 lesen: Der Bundesgerichtshof sieht den Geltungsanspruch des Rechts in Gefahr,

vom 7.3.1972 – VI ZR 169/70 = NJW 1972, 1045 f.; BGH, Urteil vom 14.6.1994 – XI ZR 210/93 = NJW 1994, 2754.

¹²⁴¹ Vgl. etwa BGH, Urteil vom 17.12.1969 – VIII ZR 10/68 = NJW 1970, 463, 464; BGH, Urteil vom 7.3.1972 – VI ZR 169/70 = NJW 1972, 1045, 1046; BGH, Urteil vom 18.4.1974 – KZR 6/73 = NJW 1974, 1903, 1904; BGH, Urteil vom 11.1.1984 – VIII ZR 255/82 = BGHZ 89, 296, 303; dazu aus dem Schrifttum *Wiedemann*, in: *Soergel* (12. Aufl. 1990), § 285 Rn. 10; *Huber*, S. 706; *Ernst*, in: *Münchener Komm. BGB*, § 286 Rn. 117.

¹²⁴² Siehe BGH, Urteil vom 4.7.2001 – VIII ZR 279/00 = NJW 2001, 3114, 3115; sowie BGH, Beschluss vom 29.6.2010 – XI ZR 308/09 = ZIP 2010, 1335 Tz. 3; BGH, Beschluss vom 15.1.2013 – II ZR 44/12 = juris Tz. 12.

¹²⁴³ Ähnlich *Huber*, S. 711.

¹²⁴⁴ BGH, Urteil vom 9.2.1951 – I ZR 35/50 = NJW 1951, 398 („Ost-West-Überweisung“); sowie BGH, Urteil vom 11.12.1951 – I ZR 121/51 = LM ADS Nr. 2, Bl. 3; BGH, Urteil vom 19.9.1957 – VII ZR 423/56 = NJW 1957, 1759, 1760 (insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 25, 211 ff.); BGH, Urteil vom 1.10.1970 – VII ZR 171/68 = WM 1970, 1513, 1514; BGH, Urteil vom 18.4.1974 – KZR 6/73 = NJW 1974, 1903, 1904 f.; BGH, Urteil vom 16.12.1986 – KZR 36/85 = WuW/E 2341, 2344 f. („Taxizentrale Essen“); BGH, Urteil vom 22.11.2001 – I ZR 138/99 = BGHZ 149, 191, 204 („shell.de“); BGH, Urteil vom 12.7.2006 – X ZR 157/05 = NJW 2006, 3271, 3272 f.; BGH, Urteil vom 25.10.2006 – VIII ZR 102/06 = NJW 2007, 428, 430 Tz. 25 („Mieterschutzverein“); dem Argument wurde bereits vom Reichsgericht vorgespurt, vgl. *Huber*, S. 711 f. in Fn. 21; siehe ferner BAG, Urteil vom 23.9.1999 – 8 AZR 791/98 = juris Tz. 17 f.; BAG, Urteil vom 15.9.2011 – 8 AZR 846/09 = NZA 2012, 377, 381 Tz. 42: „Entscheidend ist, ob [der Arbeitgeber] unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit vertretbaren Gründen zu der Annahme gelangen durfte, die Kündigung werde sich als rechtsbegründet erweisen [...]“

¹²⁴⁵ Siehe BGH, Urteil vom 7.3.1972 – VI ZR 169/70 = NJW 1972, 1045, 1046; zuvor bereits BGH, Urteil vom 5.11.1962 – I ZR 39/61 = NJW 1963, 531, 534 („Kindernähmaschine“ – insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 38, 200 ff.); später BGH, Urteil vom 11.12.1973 – X ZR 14/70 = BGHZ 62, 29, 36 f. („Maschenfester Strumpf“); BGH, Urteil vom 10.10.1989 – KZR 22/88 = NJW 1990, 1531, 1533 („Neugeborenen Transporte“); BGH, Urteil vom 14.12.1995 – I ZR 210/93 = BGHZ 131, 308, 318 („Gefärbte Jeans“); BGH, Urteil vom 18.12.1997 – I ZR 79/95 = NJW 1998, 2144, 2145 („Beatles-Doppel-CD“); sowie *Huber*, S. 713: „[D]er umsichtige Rechtsanwalt, dessen Prognose den Standard darstellt, an dem der Schuldner sich messen lassen muß, [wird] seinen Mandanten auch dann auf die Möglichkeit des Unterliegens im Prozeß hinweisen, wenn er selbst die Rechtslage für eindeutig hält. Er wird seinem Mandanten niemals sagen, daß er den Prozeß ‚mit Sicherheit‘ gewinnen werde. Auf eine solche nur theoretische Möglichkeit der Prozessniederlage kann es aber nicht ankommen. Vielmehr muß bei fachkundiger und objektiver Einschätzung der Prozessaussichten eine ernsthafte Möglichkeit bestehen, daß der Rechtsstandpunkt des Gläubigers vom Gericht geteilt wird.“ (Fußnote weggelassen).

wenn der Verpflichtete das Risiko seines Irrtums nicht selbst tragen müsste.¹²⁴⁶ Er will sicherstellen, dass der Schuldner sein normales Prozessrisiko nicht auf den Gläubiger abwälzen kann.¹²⁴⁷ Rechtsunkenntnis darf keine bequeme Ausrede werden.¹²⁴⁸ Ein sorgfältiger Schuldner muss daher mit der Möglichkeit Rechnung halten, dass die Gerichte zu einer abweichenden Beurteilung kommen.¹²⁴⁹

Bei aller Strenge, die der Bundesgerichtshof für die Beurteilung des Rechtsirrtums in Anspruch nimmt, zeigt eine Durchsicht der Rechtsprechung doch, dass er tatsächlich einen gleitenden Maßstab benutzt, um den Umständen des jeweiligen Falls gerecht zu werden. Der Ausgangspunkt ist allerdings noch simpel: Wer einen unzutreffenden Rechtsstandpunkt ohne eigene Prüfung vertritt bzw. ohne sachgemäße Beratung, kann der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt kaum genügen.¹²⁵⁰ Auf die Auskunft einer Rechtsanwältin darf man sich dagegen regelmäßig verlassen,¹²⁵¹ zumal wenn es um die Beurteilung einer schwierigen oder umstrittenen Rechtsfrage geht,

¹²⁴⁶ Siehe BGH, Urteil vom 1.12.1981 – VI ZR 200/80 = NJW 1982, 635, 637 („Heinrich Böll“) mit dem Zusatz: „[A]uch ein Richterkollegium kann ihn hiervon auf Kosten des Berechtigten nur unter besonderen Umständen entlasten. Das muß gerade dann gelten, wenn der Verpflichtete das Risiko eines Verbotsirrtums bewußt eingegangen ist, etwa sich durch sein Vorgehen zu den geschützten Gütern und Interessen eines anderen wissentlich in eine scharfe Spannungslage gebracht hat, in der ihm die Möglichkeit, daß seine Rechtsauffassung über die Zulässigkeit seines Vorgehens falsch sein kann, vor Augen stehen mußte.“; ebenso BGH, Urteil vom 26.1.1983 – IVb ZR 351/81 = NJW 1983, 2318, 2321.

¹²⁴⁷ Siehe BGH, Urteil vom 7.3.1972 – VI ZR 169/70 = NJW 1972, 1045, 1046; BGH, Urteil vom 24.10.1984 – IVb ZR 43/83 = NJW 1985, 486, 488; BGH, 27.9.1989 – IVa ZR 156/88 = NJW-RR 1990, 160, 161; BGH, Urteil vom 6.12.2006 – IV ZR 34/05 = NJW-RR 2007, 382, 383; zur Zurechnung von Beraterverschulden BGH, Urteil vom 25.10.2006 – VIII ZR 102/06 = NJW 2007, 428, 430 Tz. 21 ff. („Mieterschutzverein“); *Huber*, S. 712 f., 723.

¹²⁴⁸ So *Caspers*, in: *Staudinger*, § 276 Rn. 55. Ansprüche dürfen aber innerhalb einer angemessenen Frist geprüft werden, siehe BGH, Urteil vom 15.3.1962 – III ZR 17/61 = *VersR* 1962, 548, 550; BGH, Urteil vom 27.4.1964 – III ZR 128/63 = *VersR* 1962, 749, 750.

¹²⁴⁹ Vgl. BGH, 27.9.1989 – IVa ZR 156/88 = NJW-RR 1990, 160, 161; BGH, Urteil vom 18.12.1997 – I ZR 79/95 = NJW 1998, 2144, 2145 („Beatles-Doppel-CD“); BGH, Urteil vom 25.10.2006 – VIII ZR 102/06 = NJW 2007, 428, 430 Tz. 25 („Mieterschutzverein“): „Bei einer zweifelhaften Rechtsfrage handelt bereits fahrlässig, wer sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt, in dem er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fraglichen Verhaltens in Betracht ziehen muss“. Ferner zu § 254 BGB BGH, Urteil vom 31.10.1967 – VI ZR 31/66 = *VersR* 1968, 148 Leitsatz 3: „Wer in einer wichtigen Frage auf eine von zwei gegensätzlichen Rechtsauskünften vertraut, ohne den Widerspruch aufzuklären, läßt die Sorgfalt außer acht, die ein verständiger Mensch anzuwenden pflegt, um sich in eigenen Angelegenheiten [...] vor Schaden zu bewahren [...]“; zustimmend *Feldmann*, in: *Staudinger*, § 286 Rn. 164; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 276 Rn. 22.

¹²⁵⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 15.6.1951 – I ZR 59/50 = *BGHZ* 2, 387, 393 f. („Mülltonnen“); BGH, Urteil vom 11.12.1973 – X ZR 14/70 = *BGHZ* 62, 29, 36 („Maschenfester Strumpf“); *Rittner*, *Festschrift v. Hippel*, S. 391, 415; *J. P. Bauer*, *Gedächtnisschrift Schultz*, S. 21, 29; *Caspers*, in: *Staudinger*, § 276 Rn. 55; *Feldmann*, in: *Staudinger*, § 286 Rn. 164; *Grundmann*, in: *Münchener Komm. BGB*, § 276 Rn. 73; *Ernst*, in: *Münchener Komm. BGB*, § 286 Rn. 118; siehe auch *Huber*, S. 712 bei und in Fn. 24: Der Schuldner sei nicht verpflichtet, einen Rechtsanwalt hinzuziehen, handele dann aber auf eigenes Risiko.

¹²⁵¹ Siehe BGH, Urteil vom 8.1.1981 – IVa ZR 60/80 = NJW 1981, 1098, 1099: „Auf die – sei es auch objektiv unrichtige – Auskunft eines Rechtsanwalts darf sich der Versicherungsnehmer grundsätzlich verlassen. Rechtsanwälte sind Organe der Rechtspflege und allein zur allgemeinen Rechtsberatung befugt. In der Regel hat ein Rechtssuchender weder Anlaß noch die Möglichkeit, solche Auskünfte auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Das könnte außerhalb von Prozessen ohnehin praktisch nur durch Auskünfte anderer Rechtsanwälte geschehen. Ob ausnahmsweise bei einem geschäftsgewandten Nichtjuristen, wie es der [Kläger] ist, ein Widerspruch zwischen dem klar erscheinenden Wortlaut einer Versicherungsbedingung und der erteil-

zu der sich noch keine herrschende Meinung herausgebildet hat.¹²⁵² Abweichendes gilt verständlicherweise bei § 826 BGB: Sind einem Schuldner die Umstände bekannt, die sein Verhalten aus der Sicht des redlichen Verkehrs als sittenwidrig erscheinen lassen, dann entschuldigt ihn auch nicht die unrichtige Auskunft eines Rechtsanwaltes, dass dieses Verhalten erlaubt sei.¹²⁵³ Wenig überraschend ist es ferner, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Beachtung fordert.¹²⁵⁴ Ebenso wenig, dass man auf ihre Beständigkeit im Gegenzug vertrauen darf und sein Verhalten nicht vorsichtshalber auf eine Änderung einstellen muss.¹²⁵⁵ Der XI. Zivilsenat hat aber auch schon entschieden, dass sich Rechtsentwicklungen schrittweise andeuten können.¹²⁵⁶ Bestehen zwischen verschiedenen Senaten des Bundesgerichtshofs unterschiedliche Rechtsansich-

ten Rechtsauskunft Anlaß zu begründeten Zweifeln geben kann, bedarf hier keiner Entscheidung. Mit Recht hat das OLG jedenfalls sowohl Vorsatz als auch grobe Fahrlässigkeit des [Klägers] insoweit ausgeschlossen.“

- ¹²⁵² Vgl. BGH, Urteil vom 18.5.1955 – I ZR 8/54 = BGHZ 17, 266, 295 („Grundig-Reporter“); BGH, Urteil vom 19.2.1962 – III ZR 200/60 = BGHZ 36, 344, 347; sowie BGH, Urteil vom 26.1.2005 – VIII ZR 79/04 = NJW 2005, 976, 977 zur Anfechtbarkeit wegen Erklärungsirrtums bei falscher Kaufpreisauszeichnung im Internet: „Der [Beklagte] ist nicht [gemäß] §§ 280 I und II, § 286 I BGB zum Schadensersatz verpflichtet, weil er mit seiner auf § 812 I 1 Alt. 1 BGB beruhenden Verpflichtung zur Rückübereignung und Herausgabe des Notebooks nicht in Verzug geraten ist. Das [Berufungsgericht] hat angenommen, dass weder den anwaltlich beratenen [Beklagten] noch seinen Rechtsanwalt ein Verschulden an der Nichtleistung treffe, da die Rechtslage hinsichtlich der Anfechtbarkeit in besonderem Maße unklar gewesen sei. Dies trifft entgegen der von der Anschlussrevision vertretenen Auffassung zu. Die vorliegende Fallgestaltung wirft, wie ausgeführt, Abgrenzungsprobleme zu einem grundsätzlich nicht zur Anfechtung berechtigenden Motivirrtum auf; einschlägige höchstrichterliche Entscheidungen lagen bisher nicht vor.“; zum Fehlen einschlägiger Rechtsprechung und Literatur auch BGH, Urteil vom 28.9.2000 – IX ZR 279/99 = BGHZ 145, 265, 275 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 24.9.2007 – 12 U 1437/04 = juris Tz. 108.
- ¹²⁵³ Vgl. BGH, Urteil vom 15.5.1979 – VI ZR 230/76 = BGHZ 74, 281 Leitsatz a, 284 f.; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 276 Rn. 22; *Ernst*, in: *Münchener Komm. BGB*, § 286 Rn. 119.
- ¹²⁵⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 7.3.1972 – VI ZR 169/70 = NJW 1972, 1045, 1046; BGH, Urteil vom 24.10.1984 – IVb ZR 43/83 = NJW 1985, 486, 488; BGH, Urteil vom 14.6.1994 – XI ZR 210/93 = NJW 1994, 2754, 2755 unter Verweis auf RG, Urteil vom 14.11.1922 – VII 741/21 = RGZ 105, 356, 359; ferner BGH, Urteil vom 4.7.2001 – VIII ZR 279/00 = NJW 2001, 3114, 3115; zustimmend *Ernst*, in: *Münchener Komm. BGB*, § 286 Rn. 120; abweichend jedoch *Feldmann*, in: *Staudinger*, § 286 Rn. 165; Zeitablauf und Zweifel im Schrifttum könnten die Bedeutung selbst von BGH-Urteilen relativieren; ebenso *Dreher*, *Festschrift Konzen*, S. 85, 93.
- ¹²⁵⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 23.1.1959 – I ZR 14/58 = GRUR 1959, 365, 367 („Englisch-Lavendel“); BGH, Urteil vom 18.12.1962 – I ZR 54/61 = BGHZ 38, 356, 368; BGH, Urteil vom 18.4.1974 – KZR 6/73 = NJW 1974, 1903, 1904 f.; BGH, Urteil vom 16.4.1975 – I ZR 40/73 = NJW 1975, 1220, 1222 f. („August Vierzehn“ – insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 64, 183 ff.); BGH, Urteil vom 22.11.2007 – III ZR 9/07 = BGHZ 174, 255, 260 f. Tz. 17; dazu aus dem Schrifttum *Rittner*, *Festschrift v. Hippel*, S. 391, 416; *Wiedemann*, in: *Soergel* (12. Aufl. 1990), § 285 Rn. 12 f.; *Huber*, S. 716 ff., 723; *Ernst*, in: *Münchener Komm. BGB*, § 286 Rn. 120; *Grundmann*, in: *Münchener Komm. BGB*, § 276 Rn. 75; *Haertlein*, *ZHR* 168 (2004), 437, 456; rechtsvergleichend zur Rückwirkung geänderter Rechtsprechung *Balthasar*, S. 42 ff., 61 ff.; abweichend allerdings BGH, Urteil vom 1.12.1981 – VI ZR 200/80 = NJW 1982, 635, 637 („Heinrich Böll“). Nachdem der Bundesgerichtshof eine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch die beklagten ARD-Redakteure erst auf die erfolgreiche Verfassungsbeschwerde Bölls hin bejaht hatte, konnte er nicht umhin, auch das Verschulden zu bejahen, da er andernfalls die Grundrechtsverletzung fortgesetzt hätte. Sein erstes entgegengesetztes Urteil gewährte den Redakteuren keinen Vertrauensschutz.
- ¹²⁵⁶ Siehe BGH, Urteil vom 14.6.1994 – XI ZR 210/93 = NJW 1994, 2754, 2755 unter Verweis auf Hinweise in BGH, Urteil vom 22.6.1989 – III ZR 72/88 = BGHZ 108, 98, 104 ff.; anschaulich auch BGH, Beschluss vom 29.6.2010 – XI ZR 308/09 = ZIP 2010, 1335 f. Tz. 5 ff. zur Aufklärungspflicht über Rückvergütungen; BGH, Urteil vom 8.5.2012 – XI 262/10 = BGHZ 193, 159, 167 Tz. 25; BGH, Urteil vom 15.7.2014 – XI ZR 418/13 = NJW 2014, 2951 f. Tz. 14 ff.; abweichend *Huber*, S. 718.

ten,¹²⁵⁷ schränkt dies den Vertrauensschutz ein,¹²⁵⁸ solange keine Entscheidung nach § 132 GVG ergangen ist.

Weniger Sicherheit bietet es in den Augen des Bundesgerichtshofs, wenn der Schuldner sich an der Rechtsprechung von Instanzgerichten orientiert. Hier bewahrheitet sich, dass Verschulden Einzelfallgerechtigkeit bedeutet und die zum Rechtsirrtum ergangenen Entscheidungen in hohem Maße von den Fakten abhängen. Grundsätzlich gilt, dass der Tenor eines Urteils nur für die Parteien und auch nur insofern verlässlich ist, als er in Rechtskraft erwächst.¹²⁵⁹ Eine eindeutige Linie lässt sich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber nicht entnehmen. So hat der II. Zivilsenat etwa entschieden, dass ein Schuldner fahrlässig handelt, wenn er aus dem erstinstanzlichen Urteil ersehen kann, dass die vorliegenden Tatsachen seinen Standpunkt bei objektiver Beurteilung nicht stützen.¹²⁶⁰ In einer früheren Entscheidung des I. Zivilsenats liest man dagegen, dass die Schuldnerin ein Urteil des Berufungsgerichts ohne Fahrlässigkeit abwarten durfte.¹²⁶¹ Ebenso in einer späteren Entscheidung des VI. Zivilsenats: Der Beklagten könne kein Vorwurf gemacht werden, nur weil sie nach der abweichenden Beurteilung der Rechtslage durch das Landgericht und nach einem Hinweis der Klägerin auf ein entsprechendes Urteil eines Oberlandesgerichts an ihrer Rechtsauffassung festgehalten habe. Beide Entscheidungen hätten in der Begründung nicht zu überzeugen vermocht. Zudem habe die Rechtsauffassung der Beklagten der Rechtsprechung des Reichsgerichts und überwiegenden damaligen Lehrmeinung entsprochen.¹²⁶² Wenn es um die Beurteilung einer äußerst schwierigen und in den Fachkreisen des In- und Auslandes eingehend erörterten Rechtsfrage geht, zu der sich noch keine eindeutig als herrschend anzusehende Meinung gebildet hat, darf man, wie es in der „Grundig Reporter“-Entscheidung des I. Zivilsenats aus dem Jahr 1955 heißt, trotz ungünstiger Urteile der Tatsacheninstanzen an seiner Rechtsauffassung festhalten und eine Klärung der Rechtslage durch eine höchstrichterliche Entscheidung abwarten, ohne sich einem Schuldvorwurf auszusetzen.¹²⁶³ Vier Jahre zuvor hatte

¹²⁵⁷ Vgl. etwa BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 = ZIP 2007, 1265 ff.

¹²⁵⁸ Abweichend *Rittner*, Festschrift v. Hippel, S. 391, 416.

¹²⁵⁹ Siehe BGH, Urteil vom 18.4.1974 – KZR 6/73 = NJW 1974, 1903, 1905; sowie BGH, Urteil vom 7.3.1972 – VI ZR 169/70 = NJW 1972, 1045, 1046. Im Schrifttum verweist man zusätzlich auf §§ 302 Abs. 4 Satz 3, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2 und 945 ZPO, vgl. *Grundmann*, in: Münchener Komm. BGB, § 276 Rn. 74; *Huber*, S. 714.

¹²⁶⁰ Siehe BGH, Urteil vom 23.6.1954 – II ZR 69/54 = BB 1954, 614; BGH, Urteil vom 12.3.1969 – VIII ZR 97/67 = MDR 1969, 569; sowie *Deutsch*, Haftungsrecht, S. 265.

¹²⁶¹ Siehe BGH, Urteil vom 5.6.1951 – I ZR 11/51 = DB 1951, 758, 759 in Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 9.2.1951 – I ZR 35/50 = NJW 1951, 398 („Ost-West-Überweisung“): Die abweichende Stellungnahme eines anderen Senats des Berufungsgerichts habe der Schuldnerin noch „kein sicheres Anzeichen dafür“ gegeben, dass auch der zuständige Senat „sich der neueren Rechtsprechung anschließen werde.“ Ferner BGH, Urteil vom 3.6.1953 – II ZR 236/52 = NJW 1953, 1426 f. („Bierlieferung“): Der Beklagte habe sich ohne Verschulden nach dem für ihn günstigen erstinstanzlichen Urteil richten dürfen, zumal der streitige Rechtsverstoß strafbewehrt war. Dass der Kläger in der Berufungsbegründung auf das abweichende Urteil eines vom Berufungsgericht verschiedenen Oberlandesgerichts hingewiesen habe, ändere daran nichts.

¹²⁶² Siehe BGH, Urteil vom 7.3.1972 – VI ZR 169/70 = NJW 1972, 1045, 1046.

¹²⁶³ Siehe BGH, Urteil vom 18.5.1955 – I ZR 8/54 = BGHZ 17, 266, 295 f. („Grundig-Reporter“) unter Verweis auf die weitreichende Bedeutung der Streitfrage für den Geschäftsbetrieb der Beklagten. Es sei ihr nicht zumutbar gewesen, den Urteilen der Instanzgerichte vorläufig Folge zu leisten. Aus dem Schrifttum *Feldmann*, in: *Staudinger*, § 286 Rn. 168; *Wiedemann*, in: *Soergel* (12. Aufl. 1990), § 285 Rn. 14.

derselbe Senat im Fall der „Ost-West-Überweisung“ dagegen geurteilt, dass man nach Erlass des Berufungsurteils die Möglichkeit einer endgültigen Verurteilung nicht mehr außer Betracht lassen dürfe und nicht ohne weiteres darauf vertrauen könne, in der Revisionsinstanz mit dem eigenen Rechtsstandpunkt durchzudringen. Das Recht, durch die Einlegung der Revision eine höchstrichterliche Entscheidung herbeizuführen, befreit demnach nicht von der Pflicht, dem verurteilenden Erkenntnis des Berufungsgerichts nachzukommen.¹²⁶⁴ Die Rechtsprechung der Instanzgerichte gibt dem Schuldner also keine abschließende Gewissheit. Insbesondere entschuldigt den Rechtsirrtum nicht allein der Umstand, dass ein Kollegialgericht das Verhalten des Schuldners für rechtmäßig gehalten hat.¹²⁶⁵ Nur weil ein Oberlandesgericht die Rechtsauffassung des Schuldners teilt, kann man beim Kartellsenat des Bundesgerichtshofs lesen, darf er noch nicht annehmen, die Rechtslage zutreffend beurteilt zu haben. Andere Gerichte oder Bundesgerichtshof können zu einer abweichenden Entscheidung gelangen.¹²⁶⁶

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1897, auf die im älteren aktienrechtlichen Schrifttum zur Beurteilung von Rechtsunsicherheit und Rechtsirrtum zurückgegriffen wurde,¹²⁶⁷ hatte das Reichsgericht darauf abgestellt, dass die streitentscheidende Frage bis dahin weder ausdrücklich geregelt noch durch Rechtsprechung und Lehre behandelt worden war und der Beklagte auch nicht die Wahl hatte, ob er überhaupt etwas tun oder lassen wollte: „[E]r mußte in der einen oder anderen Weise verfahren; bei solcher Sachlage kann von einem Handeln des Konkursverwalters auf eigene Gefahr nicht die Rede sein.“¹²⁶⁸ In einem vergleichbaren Dilemma sah der Bundesgerichtshof ein gutes Jahrhundert später einen WEG-Verwalter, der sich in einer rechtlich unklaren Situation, wie er sich auch entscheiden sollte, jeweils mit Haftungsansprüchen konfrontiert sehen

¹²⁶⁴ Siehe BGH, Urteil vom 9.2.1951 – I ZR 35/50 = NJW 1951, 398, 399 („Ost-West-Überweisung“); *Deutsch*, Festschrift Sieg, S. 127, 136.

¹²⁶⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 1.12.1981 – VI ZR 200/80 = NJW 1982, 635, 636 f. („Heinrich Böll“); OLG Bremen, Urteil vom 18.5.1999 – 3 U 2/98 = ZIP 1999, 1671, 1678 („Bremer Vulkan/MTW“); nach BGH, Beschluss vom 19.2.2009 – III ZR 154/08 = juris Tz. 4, ist diese in Amtshaftungssachen entwickelte Richtlinie ausdrücklich nicht anzuwenden, wenn es darum geht, eine „freie unternehmerische Betätigung“ zu beurteilen; ebenso OLG München, Urteil vom 27.2.2012 – 17 U 3889/11 = juris Tz. 54-59; zu Unrecht abweichend *Kaulich*, S. 193 ff.; *Harnos*, S. 279.

¹²⁶⁶ Siehe BGH, Urteil vom 18.4.1974 – KZR 6/73 = NJW 1974, 1903, 1905; BGH, Urteil vom 10.10.1989 – KZR 22/88 = NJW 1990, 1531, 1533 („Neugeborenentransporte“); sowie BGH, Urteil vom 26.1.1983 – IVb ZR 351/81 = NJW 1983, 2318, 2321.

¹²⁶⁷ Siehe oben S. 25 bei und in Fußnote 142.

¹²⁶⁸ RG, Urteil vom 5.7.1897 – Rep. VI. 204/97 = RGZ 39, 94, 99 f., 101 („Waldbrauerei II“). Der Verwalter stand nach der zwischenzeitlichen Aufhebung des Konkursverfahrens vor der Wahl, der Gemeinschuldnerin alsbald deren gesamtes, in seine Verwaltung gekommenes Vermögen zurückzugeben oder das zur Begleichung von Masseschulden benötigte und vorhandene Vermögen sicherzustellen. Er entschied sich für die erste Alternative, um gegenüber der Gesellschaft nicht ersatzpflichtig zu werden; dass er die zweite Alternative hätte wählen müssen, entsprach zum Zeitpunkt seines Handelns noch nicht der späteren und für die beteiligten Rechtskreise überraschenden Auffassung des Reichsgerichts. Siehe RG, Urteil vom 15.11.1895 – Rep. III. 228/95 = RGZ 36, 93 ff. („Waldbrauerei I“); von der Haftung gegenüber einem Massegläubiger, dessen Forderung im ersten, aufgehobenen Konkurs noch nicht fällig gewesen war und im zweiten, endgültigen Konkurs mangels Sicherstellung ausfiel, befreite ihn das Reichsgericht durch die Anerkennung eines unverschuldeten Rechtsirrtums.

musste. Der Bundesgerichtshof wollte es daher genügen lassen, dass der Verwalter sein Urteil über die rechtlichen Voraussetzungen seines Handelns mit Sorgfalt gebildet hatte.¹²⁶⁹

2. Der Rechtsirrtum des Vorstands

Vor der Folie der allgemeinen Irrtumsgrundsätze kann man die für Vorstandsmitglieder geltenden Maßstäbe wie folgt zusammenfassen: Auch der Vorstand muss für einen Rechtsirrtum nur einstehen, wenn er fahrlässig gehandelt hat.¹²⁷⁰ Wie jedem Schuldner obliegt es ihm, die Rechtslage sorgfältig zu prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einzuholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten.¹²⁷¹ Ist der Vorstand nicht im Stande, die Rechtslage selbst einzuschätzen, gehört die Einholung von Expertenrat zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Das Vertretungsorgan muss sich unter umfassender Darstellung der Gesellschaftsverhältnisse und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Person beraten lassen.¹²⁷² Darüber hinaus muss der Vorstand den erteilten Rat einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterziehen.¹²⁷³ Das Gutachten muss zutreffend und vollständig an die mitgeteilten Tatsachen anknüpfen und darf keine offensichtlichen Widersprüche oder Begründungslücken aufweisen.¹²⁷⁴ Dabei ist zu berücksichtigen, dass Grundlage der Plausibilitätsprüfung die unzutreffende Rechtsauskunft ist und nicht die wirkliche Rechtslage.¹²⁷⁵ Fußt die eingeholte Expertise auf höchstrichterlichen Entscheidungen, profitiert sie von deren Dignität. Instanzgerichtliche Urteile geben dagegen weniger Gewissheit. Sie zu befolgen, kann den Vorstand exkulpieren; sie zu missachten, schadet ihm nicht zwangsläufig.¹²⁷⁶ Maßgeblich ist, ob der Vorstand – ausgehend von seinem auf diese Weise gebildeten Rechtsstandpunkt – mit einem Unterliegen in einem Rechtsstreit nicht ernstlich zu rechnen braucht.¹²⁷⁷ Keineswegs ist aber zu fordern, dass eine nachteilige Gerichtsentscheidung undenkbar erscheint.¹²⁷⁸

¹²⁶⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 354 f.

¹²⁷⁰ Siehe BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 16 („ISION“); aus dem Schrifttum *Krause*, BB-Special 8/2007, 2, 6; sowie *Koch*, AG 2009, 93, 100 f.; *ders.*, WM 2010, 49, 56; *Link*, in: Wachter, § 93 Rn. 68; *Harnos*, S. 150.

¹²⁷¹ Siehe BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 16 („ISION“); dazu eingehend oben S. 120 nach Fußnote 735.

¹²⁷² Siehe BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672, 673 Tz. 16 („Unternehmensberaterin“); dazu oben S. 122 nach Fußnote 747.

¹²⁷³ Siehe BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 = ZIP 2007, 1265 Leitsatz 2 („Software-Start-up“); BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097 Leitsatz 2 („ISION“).

¹²⁷⁴ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1223 Tz. 33; dazu oben S. 123 nach Fußnote 754.

¹²⁷⁵ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1223 Tz. 37.

¹²⁷⁶ Dazu oben S. 202 nach Fußnote 1259.

¹²⁷⁷ Siehe BGH, Urteil vom 9.2.1951 – I ZR 35/50 = NJW 1951, 398 („Ost-West-Überweisung“); dazu oben S. 199 bei Fußnote 1244.

¹²⁷⁸ BGH, Urteil vom 7.3.1972 – VI ZR 169/70 = NJW 1972, 1045, 1046; dazu oben S. 199 bei Fußnote 1245.

Die Voraussetzungen, unter denen Rechtsrat für Vorstandsmitglieder entlastend wirkt, fügen sich in diesem Sinne nahtlos in die hergebrachte Irrtumsdogmatik ein.¹²⁷⁹ Meines Erachtens gilt dies auch, soweit der Bundesgerichtshof in „ISION“ entschieden hat, den Vorstandsmitgliedern das Verschulden der für die Gesellschaft tätigen Rechtsanwälte nicht zuzurechnen.¹²⁸⁰ Zwar wird im Schrifttum unter Berufung auf eine Entscheidung des VIII. Zivilsenats darauf verwiesen, dass im allgemeinen Vertragsrecht etwas Anderes gelte, weil ein anwaltlicher Berater dort als Erfüllungsgehilfe derjenigen Vertragspartei angesehen werde, die ihn engagiere.¹²⁸¹ Ich meine jedoch, dass zwischen beiden Standpunkten keine unüberbrückbaren Differenzen bestehen.¹²⁸² Der VIII. Zivilsenat hält die Anwendung von § 278 BGB auf Rechtsberater einer Vertragspartei – im konkreten Fall hatte ein Mieterschutzverein einen Mieter rechtlich falsch beraten¹²⁸³ – für geboten, weil nur so eine angemessene Risikoverteilung zwischen Gläubiger und Schuldner ermöglicht und eine ungerechtfertigte Privilegierung des Beraters verhindert werde.¹²⁸⁴ „Müsste der Schuldner nur für eine sorgfältige Auswahl des Beraters haften, ginge eine etwaige Fehlberatung durch diesen zu Lasten des Gläubigers, der an dem Beratungsverhältnis nicht beteiligt ist und dem auch kein Schadensersatzanspruch gegen den Berater zustünde, während der Schuldner dadurch geschützt ist, dass er bei seinem Rechtsberater Regress nehmen kann.“¹²⁸⁵ In der Aktiengesellschaft liegen die Dinge anders: Zum einen schuldet der Vorstand der Gesellschaft nicht bloß eine Geldleistung im Austauschverhältnis – wie es zwischen Mieter und Vermieter der Fall ist –, sondern umfassende Rechtstreue. Die strenge organschaftliche Legalitätspflicht erübrigt somit in vielen Fällen einen Rückgriff auf § 278 BGB.¹²⁸⁶ Zum anderen steht die Gesellschaft in der Regel in direkten Vertragsbeziehungen zu den Ratgebern¹²⁸⁷ und kann diese bei Beratungsfehlern in Regress nehmen – und zwar unabhängig davon, ob der Vorstand ebenfalls haftet oder ob ihm selbst etwaige Ansprüche gegen die Berater zustehen.¹²⁸⁸ Wie die Entscheidung des IX. Zivilsenats im Verfahren „Mappus/Gleiss Lutz“ lehrt, profitiert ein organschaftlicher Vertreter in diesen Fällen nicht stets von einer etwaigen Schutzwirkung des Beratungsverhältnisses.¹²⁸⁹

¹²⁷⁹ Zu Unrecht abweichend *Sander/St. Schneider*, ZGR 2013, 725, 731.

¹²⁸⁰ Siehe BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 17 („ISION“).

¹²⁸¹ Vgl. *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 142 mit Fn. 22; *ders.*, CCZ 2013, 177, 184; *Fleischer*, KSzW 2013, 3, 5, jeweils unter Verweis auf BGH, Urteil vom 25.10.2006 – VIII ZR 102/06 = NJW 2007, 428, 429 Tz. 15 („Mieterschutzverein“).

¹²⁸² Anders aber *Fleischer*, KSzW 2013, 3, 5.

¹²⁸³ Siehe BGH, Urteil vom 25.10.2006 – VIII ZR 102/06 = NJW 2007, 428, 430 Tz. 26 („Mieterschutzverein“).

¹²⁸⁴ Siehe BGH, Urteil vom 25.10.2006 – VIII ZR 102/06 = NJW 2007, 428, 430 Tz. 23 („Mieterschutzverein“).

¹²⁸⁵ BGH, Urteil vom 25.10.2006 – VIII ZR 102/06 = NJW 2007, 428, 430 Tz. 23 („Mieterschutzverein“).

¹²⁸⁶ Vgl. oben S. 71 nach Fußnote 452 und S. 116 nach Fußnote 723.

¹²⁸⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 17 („ISION“).

¹²⁸⁸ Vgl. *Fleischer*, KSzW 2013, 3, 6 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 14.6.2012 – IX ZR 145/11 = BGHZ 193, 297, 308 f. Tz. 27 ff.; dazu auch *Decker*, GmbHR 2014, 72, 74.

¹²⁸⁹ Siehe BGH, Urteil vom 21.7.2016 – IX ZR 252/15 = BGHZ 211, 251, 259 ff. Tz. 24 ff. („Mappus/Gleiss Lutz“); oben S. 13 bei Fußnote 57.

Die vom Bundesgerichtshof geforderte Plausibilitätskontrolle muss nach meinem Dafürhalten tatsächlich stattfinden.¹²⁹⁰ Ein Gutachten nicht zur Kenntnis zu nehmen, kann den Vorstand nicht entlasten, auch wenn es zu einem für ihn vorteilhaften Resultat gekommen sein sollte.¹²⁹¹ Zwar hat der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens auch im Organhaftungsrecht seine Berechtigung.¹²⁹² Die Berufung auf schuldloses, aber rechtswidriges Alternativverhalten wird indes nicht anerkannt.¹²⁹³ Rechtsirrtümer können allein den Fahrlässigkeitsvorwurf entfallen lassen. An einer Verletzung der organschaftlichen Legalitätspflicht ändert die objektiv falsche Beratung dagegen nichts.¹²⁹⁴ Der Filter der von den Mitgliedern des Vorstands erwarteten Plausibilitätsprüfung dient vor allem dazu, Gefälligkeitsgutachten auszuschneiden.¹²⁹⁵ Dabei handelt es sich um eine Frage des Einzelfalls, und so wird ein Gericht nicht umhinkönnen, einen Blick in die erstellte Expertise zu werfen. Zwar hat der II. Zivilsenat darauf hingewiesen, dass Grundlage der Plausibilitätsprüfung die unzutreffende Rechtsauskunft und nicht die wirkliche Rechtslage sei.¹²⁹⁶ Insofern erscheinen die Anforderungen an den Rechtsirrtum von Vorstandsmitgliedern unter Umständen geringer als bei anderen Schuldnern. Tatsächlich ist damit aber wohl nur gemeint, dass der Vorstand die erhaltene Rechtsauskunft keiner eigenständigen rechtlichen Überprüfung unterziehen muss.¹²⁹⁷ Als Laie vermag er dies nicht zu leisten und eine zweite fachmännische Begutachtung kann für gewöhnlich nur bei sehr konkreten Anhaltspunkten für eine Fehlberatung verlangt werden.¹²⁹⁸ Wie bereits festgestellt, baut die „ISION“-Entscheidung auf dem klassischen Irrtumsdreiklang auf.¹²⁹⁹ Dabei korrespondiert das Element der Plausibilitätsprüfung mit dem Erfordernis, dass der Schuldner die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten habe,¹³⁰⁰ und erlaubt

¹²⁹⁰ Siehe oben S. 121 bei Fußnote 743; abweichend *Strohn*, CCZ 2013, 177, 184: „[D]er Geschäftsleiter [muss] darlegen und beweisen, dass er eine ordnungsgemäße Plausibilitätsprüfung durchgeführt hat. Diese Darlegung wird aber in der Regel mit einer Überprüfung der Plausibilität durch das Gericht einhergehen. Ist das Gutachten plausibel, kann also ein Nichtjurist daran keinen Zweifel erkennen, dann wird man in aller Regel auch davon ausgehen können, dass der Geschäftsleiter entweder die Plausibilität geprüft hat oder insoweit entsprechend den Grundsätzen des rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht haftet. Ihm kann kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass er das Gutachten nicht geprüft hat, wenn diese Überprüfung ohnehin keine Beanstandung ergeben hätte.“; für eilbedürftige Entscheidungen auch *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 139, wengleich ohne Begründung; wie hier dagegen *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 49 in Fn. 101.

¹²⁹¹ Abweichend *Strohn*, CCZ 2013, 177, 184; *H.-F. Müller*, DB 2014, 1301, 1306 f.; *Grundmann*, in: *Münchener Komm. BGB*, § 276 Rn. 73.

¹²⁹² Vgl. *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1207 ff.; BGH, Urteil vom 10.7.2018 – II ZR 24/17 = BGHZ 219, 193, 207 ff. Tz. 38 ff. („Schloss Eller“).

¹²⁹³ Siehe BGH, Urteil vom 20.7.2006 – IX ZR 94/03 = BGHZ 168, 352, 360 Tz. 23; OLG Köln, Urteil vom 20.10.1994 – 7 U 68/94 = VersR 1996, 456, 458; i.E. bestätigt durch BGH, Beschluss vom 28.9.1995 – III ZR 202/94 = NVwZ-RR 1996, 65; ferner *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 64; *Sander/St. Schneider*, ZGR 2013, 725, 743.

¹²⁹⁴ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1221 Tz. 23 ff.

¹²⁹⁵ Siehe *Strohn*, CCZ 2013, 177, 183.

¹²⁹⁶ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1223 Tz. 37.

¹²⁹⁷ Siehe BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220, 1223 Tz. 33; *Steber*, DStR 2015, 2391, 2394 f.; deutlich im hiesigen Sinne BGH, Beschluss vom 24.9.2019 – II ZR 248/17 = NZI 2020, 180, 181 f. Tz. 22.

¹²⁹⁸ Siehe *Grundmann*, in: *Münchener Komm. BGB*, § 276 Rn. 73.

¹²⁹⁹ Siehe oben S. 204 bei und nach Fußnote 1271.

¹³⁰⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 18 („ISION“).

es den Gerichten, je nach Lage des Falles in eine mehr oder weniger engmaschige Prüfung einzusteigen.¹³⁰¹ Ist die Rechtsauskunft nicht eindeutig – etwa weil sie auf divergierende instanzgerichtliche Urteile hinweist –, darf sich der Vorstand nicht einfach über bestehende Widersprüche hinwegsetzen.¹³⁰² Andererseits wird er nicht erst dann als entschuldigt gelten, wenn das Gutachten eine nachteilige Gerichtsentscheidung mit Sicherheit ausschließt.¹³⁰³ Der Bundesgerichtshof lässt bei dieser Frage, wie im vorangehenden Abschnitt gesehen, zu Recht Augenmaß walten.¹³⁰⁴ Wie vor ihm das Reichsgericht zeigt er sich vor allem dann großzügig, wenn der Schuldner in ein Pflichtendilemma gerät, das er nicht selbst verursacht hat, und höchstrichterliche Orientierungshilfen fehlen.¹³⁰⁵

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft mag nicht immer in ein solches Dilemma geraten, nicht bei jeder seiner Entscheidungen droht ihm zwangsläufig eine Haftungsfalle.¹³⁰⁶ Vorstellen kann man sich eine Entscheidungsnotlage aber durchaus: Fasst die Hauptversammlung einen anfechtbaren Gewinnverwendungsbeschluss, werden die Dividendenansprüche der Aktionäre sofort fällig,¹³⁰⁷ während der Vorstand nach herrschender Meinung im Schrifttum einem Ausführungsverbot unterliegt, bis der Beschluss unanfechtbar geworden ist.¹³⁰⁸ Im Verhältnis zu den Aktionären kann die Gesellschaft bis zum Eintritt der Unanfechtbarkeit wegen Verzögerung der Leistung Schadensersatzpflichtig werden.¹³⁰⁹ Den Vorstand kann sie dann gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG in Regress nehmen, sofern dieser es versäumt hat, den Gewinnverwendungsbeschluss anzufechten.¹³¹⁰ Ebenso wenn der Vorstand die Dividendenzahlung verzögert, weil er einen gesetzmäßigen Beschluss rechtsirrtümlich für nichtig oder anfechtbar hält und entsprechende Schritte unternimmt.¹³¹¹ Hält der Vorstand einen nichtigen oder anfechtbaren Gewinnverwendungsbeschluss für wirksam und zahlt daher die Dividende aus, kann er für ausgefallene Rückgewähran-

¹³⁰¹ Dazu *Strohn*, CCZ 2013, 177, 183 f.

¹³⁰² Vgl. BGH, Urteil vom 31.10.1967 – VI ZR 31/66 = VersR 1968, 148 Leitsatz 3; oben S. 200 in Fußnote 1249. Für übertrieben halte ich die von *Merkel/Mylich*, NZG 2012, 525, 529, geäußerte Befürchtung, dass ein Vorstand sich angreifbar machen könnte, wenn er von einer widersprüchlichen oder unvollständigen Auskunft abweichen oder zur Klärung ein weiteres Gutachten einholen wollte. *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 51, wollen dem Vorstand demgegenüber einen gewissen Handlungsspielraum zugestehen. Sie gehen allerdings davon aus, dass der Vorstand der Gesellschaft gegenüber nicht verpflichtet sei, rechtlich den sichersten Weg zu wählen, obwohl sie anerkennen, dass der Vorstand fremdnützig tätig ist (a.a.O., S. 50).

¹³⁰³ Vgl. BGH, Urteil vom 7.3.1972 – VI ZR 169/70 = NJW 1972, 1045, 1046; dazu oben S. 199 bei Fußnote 1245.

¹³⁰⁴ Siehe oben S. 202 nach Fußnote 1259.

¹³⁰⁵ Siehe oben S. 203 bei und nach Fußnote 1268.

¹³⁰⁶ Siehe unten S. 214 nach Fußnote 1358 zu dem entgegen *Kaulich*, S. 163, nur eingeschränkt möglichen Regress wegen „verfrühter“ *Ad-hoc*-Mitteilungen.

¹³⁰⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 3.11.1975 – II ZR 67/73 = BGHZ 65, 230, 235; BGH, Urteil vom 28.10.1993 – IX ZR 21/93 = BGHZ 124, 27, 32; BGH, Urteil vom 12.1.1998 – II ZR 82/93 = BGHZ 137, 378, 381 („Tomberger“).

¹³⁰⁸ Vgl. nur *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 83 Rn. 9 f. m.w.N.

¹³⁰⁹ Siehe *Haertlein*, ZHR 168 (2004), 437, 447 f.

¹³¹⁰ Siehe *Haertlein*, ZHR 168 (2004), 437, 458 f.

¹³¹¹ Siehe *Haertlein*, ZHR 168 (2004), 437, 457 f.

sprüche der Gesellschaft (§ 62 Abs. 1 Satz 1 AktG) regresspflichtig werden.¹³¹² In solchen Situationen ist bei der Verschuldensbemessung Milde geboten und es liegt nahe, an der im vorangehenden Abschnitt genannten Entscheidung zum WEG-Verwalter Orientierung zu suchen.¹³¹³ Darin hatte der Bundesgerichtshof dem Verwalter bei rechtlichen Zweifeln einen Beurteilungsspielraum zugestanden. Habe er sich das Urteil über den Inhalt seiner Leistungspflicht mit Sorgfalt gebildet, könne ihm nicht angelastet werden, wenn er gleichwohl irre und aus diesem Grund pflichtwidrig handele. Dasselbe gelte, wenn er in gleicher Lage von einer eigenen Entscheidung absehe und die Eigentümerversammlung anrufe oder dieser einen Vorschlag für das weitere Vorgehen unterbreite.¹³¹⁴ Ausschlaggebend war für den V. Zivilsenat, dass der Verwalter bei der Verweigerung der Zustimmung zu einer Umbaumaßnahme eine von der Eigentümerversammlung abgeleitete Kompetenz wahrgenommen hatte.¹³¹⁵ Hierin ähneln sich die Situation des Vorstands bei der Gewinnverwendung und der für den WEG-Verwalter entschiedene Fall. Bei dem Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns zur Dividendenausschüttung handelt es sich gemäß §§ 119 Abs. 1 Nr. 2, 174 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2 AktG um eine originäre Zuständigkeit der Hauptversammlung. Dem Vorstand obliegt nach § 83 Abs. 2 AktG lediglich die Ausführung des Beschlusses. Für den Umgang mit Gewinnverwendungsbeschlüssen ist seine Situation also mit derjenigen des WEG-Verwalters vergleichbar.¹³¹⁶ Zumal der Vorstand im Vorfeld für die zutreffende und vollständige Information der Hauptversammlung die Verantwortung trägt und bei entsprechenden Pflichtverstößen gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG schadensersatzpflichtig wird.¹³¹⁷ Für einen Ausschluss der Fahrlässigkeit sollte in dieser Konstellation genügen, dass der Vorstand seinen Rechtsstandpunkt mit Sorgfalt gebildet hat, das heißt dass er mit guten Gründen zu einer vertretbaren Auffassung gelangt.¹³¹⁸

3. Verbleibende Fragen

a) Sorgfaltsmaßstab bei unberechtigter Anspruchsverfolgung

In seiner Dissertationsschrift über die Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage hat Rafael Harnos vor allem mit Blick auf das Kartellrecht¹³¹⁹ dafür geworben, beim Verschulden nicht allzu streng zu sein. Für unberechtigte Schutzrechtverwarnungen und die Geltendmachung vermeintlicher vertraglicher Ansprüche habe der Bundesgerichtshof entschieden, dass man den Sorgfaltsmaßstab nicht zu hoch ansetzen dürfe.¹³²⁰ Wer nach gewissenhafter Prüfung der Rechtslage

¹³¹² Siehe *Haertlein*, ZHR 168 (2004), 437, 458.

¹³¹³ So *Haertlein*, ZHR 168 (2004), 437, 461 f.; eingehend zu der Entscheidung unten S. 214 nach Fußnote 1364.

¹³¹⁴ Siehe BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 354 f.

¹³¹⁵ Dazu unten S. 217 bei und nach Fußnote 1388.

¹³¹⁶ Dies ist allerdings nicht die Regel; siehe unten S. 217 bei Fußnote 1385.

¹³¹⁷ Vgl. nur *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 488; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 329.

¹³¹⁸ Wie hier wohl *Haertlein*, ZHR 168 (2004), 437, 462, jedoch mit dem zusätzlichen Erfordernis einer Folgenabschätzung (a.a.O., S. 463 f., 467).

¹³¹⁹ Dazu auch *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33 ff.

¹³²⁰ Siehe *Harnos*, S. 279 ff., 283 f., unter Verweis auf BGH, Urteil vom 11.12.1973 – X ZR 14/70 = BGHZ 62, 29 ff. („Maschenfester Strumpf“), BGH, Urteil vom 22.6.1976 – X ZR 44/74 = NJW 1976, 2162 f. („Spritzgießma-

zu dem Schluss komme, dass sein Schutzrecht bestehe, bzw. wer den eigenen Rechtsstandpunkt auf Plausibilität geprüft habe, sei vom Vorwurf der Fahrlässigkeit freizusprechen.¹³²¹ Vorstandsmitglieder, die mit einer schwierigen Kartellrechtsfrage konfrontiert seien, befänden sich in einer vergleichbaren Interessenlage.¹³²² Mit einem milden Sorgfaltsmaßstab trage die Rechtsprechung bei unberechtigten Schutzrechtsverwarnungen widerstreitenden Belangen Rechnung. Durch das Schutzrecht als eine staatlich gewährleistete Monopolstellung werde dem Inhaber gestattet, die Freiheit des Wettbewerbs einzuschränken; zugleich werde damit aber im Interesse der Allgemeinheit ein Anreiz für Kreativität und für Innovationen gesetzt. Ein großzügiger Verschuldensmaßstab stelle sicher, dass die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Marktakteure nicht entwertet werde.¹³²³ Ebenso verhalte es sich bei vertraglich vereinbarten Rechten. Müsse ein Unternehmen befürchten, auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, falls es in einer unklaren rechtlichen oder tatsächlichen Lage versuche, seine Interessen durchzusetzen, könne dies zu einer Entwertung vertraglicher Positionen und damit zu einer erheblichen Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit führen.¹³²⁴ Da es auch im Kartellrecht um die Frage gehe, welche Handlungen ein Unternehmen am Markt vornehmen dürfe, um seine wirtschaftlichen Ziele zu verwirklichen, sprächen systematische Gesichtspunkte dafür, in allen drei Situationen denselben Fahrlässigkeitsmaßstab anzulegen.¹³²⁵

Ob für den Rechtsirrtum bei unberechtigter Schutzrechtsverwarnung ein strukturell milderer Sorgfaltsmaßstab gilt, erscheint jedoch zweifelhaft. Zwar hat der Bundesgerichtshof im Anschluss an das Reichsgericht entschieden, dass den Verwarnenden kein Verschulden treffe, wenn er sich seine Überzeugung durch gewissenhafte Prüfung gebildet habe oder wenn er sich bei seinem Vorgehen von vernünftigen und billigen Überlegungen habe leiten lassen.¹³²⁶ Allerdings hat der X. Zivilsenat hinzugefügt, dass die reichsgerichtlichen Grundsätze weiterer Interpretation bedürften, und er hat ausgeführt, wie er sich eine interessengerechten Fortentwicklung vorstellt:¹³²⁷ Für die Annahme eines Verschuldens genügt noch nicht die – in Streitigkeiten des ge-

schine“), BGH, Urteil vom 14.2.1978 – X ZR 19/76 = BGHZ 71, 86 ff. („Fahrradgepäckträger II“), BGH, Urteil vom 19.1.1979 – I ZR 166/76 = NJW 1979, 916 („Brombeerleuchte“), BGH, Urteil vom 18.12.1986 – I ZR 111/84 = NJW 1987, 2869, 2870 f. („Chanel No. 5“ – insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 99, 244 ff.), BGH, Urteil vom 23.2.1995 – I ZR 15/93 = GRUR 1995, 424, 425 („Abnehmerverwarnung“), BGH, Urteil vom 19.1.2006 – I ZR 98/02 = GRUR 2006, 432, 433 Tz. 25; sowie BGH, Urteil vom 23.1.2008 – VIII ZR 246/06 = NJW 2008, 1147, 1148 Tz. 13; BGH, Urteil vom 16.1.2009 – V ZR 133/08 = BGHZ 179, 238, 246, 248 Tz. 20, 26.

¹³²¹ Vgl. *Harnos*, S. 282, 284.

¹³²² Vgl. *Harnos*, S. 286, 284; ähnlich zuvor schon *Dietrich*, S. 151 ff., 157 ff.

¹³²³ Vgl. *Harnos*, S. 284 f.

¹³²⁴ Vgl. *Harnos*, S. 285.

¹³²⁵ Vgl. *Harnos*, S. 286.

¹³²⁶ Siehe BGH, Urteil vom 11.12.1973 – X ZR 14/70 = BGHZ 62, 29, 36 („Maschenfester Strumpf“) unter Verweis auf RG, Urteil vom 10.1.1919 – Rep. II. 220/18 = RGZ 94, 271, 276 („Sprechmaschine“), und RG, Entscheidung vom 6.3.1931 – II 281/1930 = GRUR 1931, 640, 641 („Echten Schwatten Hetdorper“).

¹³²⁷ Siehe BGH, Urteil vom 11.12.1973 – X ZR 14/70 = BGHZ 62, 29, 37 („Maschenfester Strumpf“): „Der Senat sieht in keinem dieser Kriterien ein Abweichen von dem oben wiedergegebenen Grundsatz des [Reichsgerichts], wonach dem Vorgehen des Verwarners eine ‚gewissenhafte Prüfung‘ und ‚vernünftige und billige Überlegungen‘ vorausgehen müssen, um seine Haftung auszuschließen.“

werblichen Rechtsschutzes stets gegebene – Möglichkeit, dass das Schutzrecht keinen Bestand haben könnte. Die möglichen Zweifel an der Rechtslage müssen vielmehr einen konkreten Bezugspunkt haben.¹³²⁸ Das entspricht im Wesentlichen der allgemeinen Irrtumsrechtsprechung, die besagt, dass eine für den Schuldner ungünstige Entscheidung nicht denkbare ausgeschlossen sein müsse.¹³²⁹ Der X. Zivilsenat belässt es aber nicht dabei, sondern konkretisiert die Sorgfaltsanforderungen weiter: Bei nicht staatlich geprüften Schutzrechten trifft den Verwarnenden eine erhöhte Prüfpflicht.¹³³⁰ Dasselbe gilt, wenn der Schutzrechtsinhaber sich mit der Verwarnung nicht direkt an den Konkurrenten, sondern an dessen Abnehmer und mithin von der unmittelbaren Rechtsverletzung weiter entfernte und größere Verkehrskreise wendet.¹³³¹ Den Stand der Technik muss der Verwarnende vollständig berücksichtigen und zutreffend würdigen; die Erfordernisse des Fortschritts muss er richtig einschätzen. Ob die Verletzungsform unter sein Schutzrecht fällt, beurteilt er auf eigenes Risiko. Allenfalls bei der Frage der Erfindungshöhe will der Bundesgerichtshof eine irri- gere Wertung des (vermeintlichen) Schutzrechtsinhabers weniger streng würdigen.¹³³² Einen strengeren Sorgfaltsmaßstab rechtfertigen dagegen nicht nur in lang- jähriger unternehmerischer Erfahrung gewonnene, gesteigerte Sachkenntnisse.¹³³³ Der Schutz- rechtsinhaber muss die Sach- und Rechtslage auch nach Absendung der Verwarnung prüfen, bei Bekanntwerden veränderter Umstände hat er seinen Standpunkt zu kontrollieren und darf die Verwarnung nicht einfach wiederholen.¹³³⁴ Die Prüfung der Sach- und Rechtslage, so der Große Senat für Zivilsachen in einem Beschluss aus dem Jahr 2005, ist vom Verwarnenden nach Lage

¹³²⁸ BGH, Urteil vom 11.12.1973 – X ZR 14/70 = BGHZ 62, 29, 36 f. („Maschenfester Strumpf“); zuvor bereits BGH, Urteil vom 5.11.1962 – I ZR 39/61 = NJW 1963, 531, 534 („Kindernähmaschine“ – insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 38, 200 ff.).

¹³²⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 7.3.1972 – VI ZR 169/70 = NJW 1972, 1045, 1046; dazu oben S. 199 bei Fußnote 1245.

¹³³⁰ Siehe BGH, Urteil vom 11.12.1973 – X ZR 14/70 = BGHZ 62, 29, 37 („Maschenfester Strumpf“) einerseits; so- wie BGH, Urteil vom 22.6.1976 – X ZR 44/74 = NJW 1976, 2162 f. („Spritzgießmaschine“); BGH, Urteil vom 19.1.2006 – I ZR 98/02 = GRUR 2006, 432, 433 Tz. 25 andererseits: „Die Sorgfaltspflichten eines Markenrechts- inhabers würden im Allgemeinen überspannt, wenn von ihm bei der Verwarnung eine bessere Beurteilung der Rechtslage verlangt würde als sie der Eintragungsbehörde möglich war [...]. Besondere Umstände, auf Grund deren die [Klägerin] ausnahmsweise eine besondere Sorgfaltspflicht getroffen hätte, sind nicht er- sichtlich.“

¹³³¹ Vgl. BGH, Urteil vom 14.2.1978 – X ZR 19/76 = BGHZ 71, 86, 92 f. („Fahrradgepäckträger II“); BGH, Urteil vom 19.1.1979 – I ZR 166/76 = NJW 1979, 916 („Brombeerleuchte“): „Die allgemein anerkannte Rechtspflicht eines jeden, sich bei der Verfolgung seiner Rechte unter Berücksichtigung auch der Belange des vermeintli- chen Schädigers auf die hierzu notwendigen Mittel zu beschränken, gebietet es, zu der risikoträchtigen Ab- nehmerverwarnung erst dann zu schreiten, wenn die Herstellerverwarnung erfolglos geblieben ist oder bei verständiger Abwägung der besonderen Umstände des Einzelfalles ausnahmsweise (sic!) unangebracht erscheint und die vorausgegangene sorgfältige Prüfung der Rechtslage bei objektiver Betrachtungsweise den Verwarnenden davon überzeugen konnte, seine Ansprüche seien berechtigt. Wird die vorgenommene Prüfung der Rechtslage den gebotenen erhöhten Anforderungen nicht gerecht, verwarnt der vermeintliche Verletzer gleichwohl die Abnehmer und stellt sich die Verwarnung als objektiv rechtswidrig heraus, trägt er das damit verbundene Risiko.“

¹³³² Siehe BGH, Urteil vom 11.12.1973 – X ZR 14/70 = BGHZ 62, 29, 37 („Maschenfester Strumpf“); zuvor bereits BGH, Urteil vom 5.11.1962 – I ZR 39/61 = NJW 1963, 531, 534 („Kindernähmaschine“ – insoweit nicht abge- druckt in BGHZ 38, 200 ff.).

¹³³³ Vgl. BGH, Urteil vom 11.12.1973 – X ZR 14/70 = BGHZ 62, 29, 37 („Maschenfester Strumpf“).

¹³³⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 14.2.1978 – X ZR 19/76 = BGHZ 71, 86, 92 f. („Fahrradgepäckträger II“).

des jeweiligen Falls zu erwarten.¹³³⁵ Dass der Bundesgerichtshof bei der Beurteilung unberechtigter Schutzrechtsverwarnungen besonders milde sei,¹³³⁶ kann man also nicht sagen.

Auch bei der unberechtigten Geltendmachung vertraglicher Ansprüche handhabt der Bundesgerichtshof den Sorgfaltsmaßstab nur vermeintlich großzügiger.¹³³⁷ Wörtlich heißt es in einer Entscheidung des V. Zivilsenats aus dem Jahr 2009: „Fahrlässig handelt der Gläubiger [...] nicht schon dann, wenn er nicht erkennt, dass seine Forderung in der Sache nicht berechtigt ist. Die Berechtigung seiner Forderung kann sicher nur in einem Rechtsstreit geklärt werden. Dessen Ergebnis vorauszusehen kann von dem Gläubiger im Vorfeld oder außerhalb eines Rechtsstreits nicht verlangt werden. Das würde ihn in diesem Stadium der Auseinandersetzung überfordern und ihm die Durchsetzung seiner Rechte unzumutbar erschweren [...]. Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) entspricht der Gläubiger nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vielmehr schon dann, wenn er prüft, ob die Vertragsstörung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die dem eigenen Verantwortungsbereich zuzuordnen, der eigene Rechtsstandpunkt mithin plausibel ist (vgl. BGH, Urteil vom 23. Januar 2008, VIII ZR 246/06, NJW 2008, 1147, 1148). Mit dieser Plausibilitätskontrolle [...] hat es sein Bewenden. Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich eine Pflichtverletzung der anderen Vertragspartei vorliegt, darf der Gläubiger die sich aus einer Pflichtverletzung ergebenden Rechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt [...]“¹³³⁸

Bevor man hierin allzu schnell eine generelle Absenkung des Sorgfaltsmaßstabes sieht, sollte man das Folgende bedenken: Der V. Zivilsenat hält zu Beginn lediglich fest, dass nicht schon die unberechtigte Anspruchstellung an sich den Verschuldensvorwurf trägt. Das ist bekanntes Terrain.

¹³³⁵ Siehe BGH, Beschluss vom 15.7.2005 – GSZ 1/04 = NJW 2005, 3141, 3144.

¹³³⁶ Siehe auch BGH, Urteil vom 19.1.1979 – I ZR 166/76 = NJW 1979, 916, 917 („Brombeerleuchte“): „Die Revision macht unter Hinweis auf die Urteile [„Kindernähmaschine“] und [„Spritzgießmaschine“] geltend, die Vorwerfbarkeit eines Irrtums über die Schutzfähigkeit sei vom BGH bislang ‚milder‘ behandelt worden. Insoweit mag der Hinweis genügen, daß beide Entscheidungen – ebenso wie das [...] „Maschenfester Strumpf“-Urteil [...] – keine Abnehmer-, sondern eine Herstellerverwarnung zum Gegenstand haben und schon aus diesem Grunde nicht einschlägig sind. Das [Berufungsgericht] hat entgegen der Auffassung der Revision auch nicht übersehen, daß es bei den hier in Rede stehenden Schutzrechten kein amtliches Prüfungsverfahren gibt und der Inhaber eines solchen vermeintlichen Rechts keine andere Möglichkeit hat, als sich durch Fachleute beraten zu lassen. Vielmehr ist das [Berufungsgericht] hiervon ausgegangen. Wenn es gleichwohl den von der [Beklagten] eingeholten Rat als für einen Schuldausschluß aus den vom ihm dargelegten Gründen nicht ausreichend angesehen hat, ist dies angesichts der sehr strengen Anforderungen, die bei Abnehmer-Verwarnungen an die Sorgfaltspflicht des Verwarnenden zu stellen sind, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.“ (Hervorhebungen weggelassen).

¹³³⁷ Siehe BGH, Urteil vom 23.1.2008 – VIII ZR 246/06 = NJW 2008, 1147, 1148 Tz. 12 ff. (unberechtigter Mängelbeseitigungsanspruch); BGH, Urteil vom 16.1.2009 – V ZR 133/08 = BGHZ 179, 238, 246 ff. Tz. 19 ff. (unberechtigtes Zahlungsverlangen und unberechtigter Rücktritt nach ausbleibender Kaufpreiszahlung); BGH, Urteil vom 18.1.2011 – XI ZR 356/09 = NJW 2011, 1063, 1064 Tz. 28 ff. (unberechtigtes Festhalten an einem widerrufenen Darlehens- und damit verbundenen Restschuldversicherungsvertrag); dazu *Harnos*, S. 283 f.

¹³³⁸ BGH, Urteil vom 16.1.2009 – V ZR 133/08 = BGHZ 179, 238, 246 Tz. 20; siehe auch *Haertlein*, MDR 2009, 1, 2 f.; *Kaiser*, NJW 2008, 1709, 1713: „Maßgeblich ist, ob der Käufer bei der gebotenen Evidenzkontrolle erkennen kann, dass der Defekt erst nach Gefahrübergang entstanden ist.“ (Hervorhebung weggelassen).

Eine für den Schuldner ungünstige Entscheidung muss nicht denknotwendig ausgeschlossen sein.¹³³⁹ Wenn der Schuldner nicht überblicken kann, ob tatsächlich eine Pflichtverletzung der anderen Partei vorliegt, ist dies unschädlich.¹³⁴⁰ Wohl aber muss er den eigenen Einflussbereich im Blick behalten. Im konkreten Fall bestätigte der Bundesgerichtshof das Berufungsgericht: Der Kläger habe weder sein unberechtigtes Zahlungsverlangen noch seinen unberechtigten Rücktritt zu vertreten, er habe nicht fahrlässig gehandelt.¹³⁴¹ Sein Verhalten habe vielmehr der gebotenen Plausibilitätskontrolle genügt, zumal die Beklagte dem Kläger Grund zu der Annahme gegeben hatte, dass sie die Erteilung der Baugenehmigung als Voraussetzung der Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs treuwidrig nicht herbeiführte.¹³⁴² In dem von dem V. Zivilsenat zitierten Urteil aus dem Jahr 2008 befand der VIII. Zivilsenat, dass das Berufungsgericht eine schuldhafte Vertragsverletzung der Beklagten zu Recht bejaht habe. Jede der in Betracht kommenden, im eigenen Verantwortungsbereich der Beklagten liegenden Ursachen hätte von dieser oder ihren Mitarbeitern (§ 278 BGB) bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkannt werden können und vor einer Inanspruchnahme der Klägerin berücksichtigt werden müssen.¹³⁴³ Das Mängelbeseitigungsverlangen der Beklagten war daher unberechtigt – mit anderen Worten: Ihr Rechtsstandpunkt war unplausibel. Genau genommen handelte es sich hierbei um die Erkennbarkeit von Tatsachen.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2011 ging es dann aber tatsächlich um einen Rechtsirrtum: Der Gläubiger – so führt der XI. Zivilsenat aus – könne der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auch dann genügen, wenn die von ihm zu beurteilende Rechtslage in besonderem Maße unklar sei und er sorgfältig prüfe, ob dem eigenen Rechtsstandpunkt und der darauf beruhenden Anspruchsberühmung eine vertretbare rechtliche Beurteilung zu Grunde liege.¹³⁴⁴ Für ausschlaggebend hielt der Senat dabei, dass die streitentscheidende Rechtsfrage, ob Darlehens- und Restschuldversicherungsverträge verbundene Geschäfte i.S.v. § 358 BGB sein können,¹³⁴⁵ im maßgeblichen Zeitpunkt höchstrichterlich noch nicht geklärt gewesen sei.¹³⁴⁶ Vorprozessual habe sich die

¹³³⁹ Siehe oben S. 199 bei Fußnote 1245.

¹³⁴⁰ Siehe BGH, Urteil vom 16.1.2009 – V ZR 133/08 = BGHZ 179, 238, 246 Tz. 20; vgl. auch BGH, Urteil vom 23.1.2008 – VIII ZR 246/06 = NJW 2008, 1147, 1148 Tz. 13: „Der Käufer braucht nicht vorab zu klären und festzustellen, ob die von ihm beanstandete Erscheinung Symptom eines Sachmangels ist [...]. Er muss lediglich im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig überprüfen, ob sie auf eine Ursache zurückzuführen ist, die nicht dem Verantwortungsbereich des Verkäufers zuzuordnen ist. Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, darf der Käufer Mängelrechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt. Da es bei der den Käufer treffenden Prüfungspflicht um den Ausschluss von Ursachen in seinem eigenen Einflussbereich geht, kommt es entgegen der Auffassung der Revision auf besondere, die Kaufsache betreffende Fachkenntnisse nicht an, über die unter Umständen nur der Verkäufer verfügt.“

¹³⁴¹ Siehe BGH, Urteil vom 16.1.2009 – V ZR 133/08 = BGHZ 179, 238, 246 Tz. 21.

¹³⁴² Siehe BGH, Urteil vom 16.1.2009 – V ZR 133/08 = BGHZ 179, 238, 246 Tz. 22.

¹³⁴³ Siehe BGH, Urteil vom 23.1.2008 – VIII ZR 246/06 = NJW 2008, 1147, 1148 Tz. 14.

¹³⁴⁴ Siehe BGH, Urteil vom 18.1.2011 – XI ZR 356/09 = NJW 2011, 1063, 1065 Tz. 31.

¹³⁴⁵ Siehe *van Dongen*, S. 179 ff., 188 ff.

¹³⁴⁶ Siehe BGH, Urteil vom 18.1.2011 – XI ZR 356/09 = NJW 2011, 1063, 1064 f. Tz. 30 f.

Beklagte gegenüber dem Kläger auf die für sie günstige Instanzrechtsprechung berufen.¹³⁴⁷ Dass der Bundesgerichtshof beim Fehlen eigener Judikate im Einzelfall großzügiger urteilt, ist wie schon erwähnt nicht ungewöhnlich.¹³⁴⁸ Auf die These, dass er bei der unberechtigten Anspruchsverfolgung innerhalb vertraglicher Beziehungen generell einen mildereren Sorgfaltsmaßstab anlegt, sollte man deswegen aber nicht wetten.¹³⁴⁹

b) Sorgfaltsmaßstab bei fremdnützigem Handeln

Matthias Kaulich hat in seiner Dissertation über die Haftung von Vorstandsmitgliedern für Rechtsanwendungsfehler dafür plädiert, bei Rechtsunsicherheit und Rechtsirrtümern eine Lösung schon auf Ebene der Pflichtverletzung zu suchen. Begründet hat er dies mit dem Verweis auf die fremdnützige Tätigkeit des Vorstands.¹³⁵⁰ Der Bundesgerichtshof habe für den Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft entschieden, dass diesem bei Rechtszweifeln ein Beurteilungsspielraum zustehe und es ausreiche, wenn er seinen Rechtsstandpunkt sorgsam ermittle.¹³⁵¹ Der Verwalter nehme dann nicht eigene Interessen auf Kosten fremder Rechte wahr, vielmehr besorge er fremde Geschäfte.¹³⁵² Für den Vorstand einer Aktiengesellschaft dürfe nichts anderes gelten. Auch er sehe sich einem Haftungsdilemma ausgesetzt:¹³⁵³ Unterlasse der Vorstand z.B. eine *Ad-hoc*-Mitteilung am Kapitalmarkt, müsse er befürchten, dass ihn die Gesellschaft für die Schadensersatzansprüche Dritter (§ 37b WpHG) in Regress nehme. Veröffentliche er hingegen die Insiderinformation, obwohl er nach § 15 Abs. 3 WpHG a.F.¹³⁵⁴ (heute Art. 17 Abs. 4 MAR) einen Aufschub in Anspruch nehmen könnte, erleide die Gesellschaft möglicherweise auch einen Schaden, etwa weil eine Transaktion nicht mehr oder nur noch zu schlechteren Konditionen durchgeführt werden könne.¹³⁵⁵ Für diesen Schaden sei der Vorstand ebenfalls regresspflichtig.¹³⁵⁶

¹³⁴⁷ Siehe BGH, Urteil vom 18.1.2011 – XI ZR 356/09 = NJW 2011, 1063, 1065 Tz. 32.

¹³⁴⁸ Siehe oben S. 202 bei Fußnote 1263 und S. 203 bei Fußnote 1268.

¹³⁴⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 16.1.2009 – V ZR 133/08 = BGHZ 179, 238, 244 Tz. 15: „Das teilweise angenommene [...] ‚Recht auf Irrtum‘ bei der unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen und Rechten erkennt der Bundesgerichtshof bei bestehenden Schuldverhältnissen nicht an.“

¹³⁵⁰ Siehe *Kaulich*, S. 161 ff., insbesondere 165 ff.; etwas abgewandelt gebraucht das Argument der Fremdnützigkeit auch *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 5.

¹³⁵¹ So *Kaulich*, S. 164, 168 unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 355.

¹³⁵² Vgl. BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 354.

¹³⁵³ Siehe *Kaulich*, S. 163: „[D]er Vorstand [sieht sich] demnach im Verbandsinnenverhältnis zur AG unabhängig von seiner konkreten Entscheidung stets potentiellen Haftungsgefahren ausgesetzt, die aus der Unsicherheit der Rechtslage resultieren.“; ähnlich *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2251.

¹³⁵⁴ In der Fassung vom 30.10.2004 (geändert durch Art. 1 Nr. 5 des Gesetzes zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz – AnSVG) vom 28.10.2004, BGBl. I, S. 2630, 2638); seit dem 3.7.2016 gilt stattdessen Art. 17 Abs. 4 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission („MAR“).

¹³⁵⁵ Siehe *Kaulich*, S. 163; zuvor schon *Spindler*, Festschrift Canaris, S. 403, 404 ff.; *Winnen*, S. 159.

¹³⁵⁶ So *Kaulich*, S. 163.

Kaulichs Ansatz ist mit der „ISION“-Rechtsprechung nicht zu vereinbaren. Wie der Vorstand mit rechtlichen Zweifeln umgeht, stellt eine Frage des Verschuldens dar.¹³⁵⁷ Darüber hinaus dürfte das von Kaulich beschriebene Dilemma so nicht bestehen.¹³⁵⁸ Wenn der Vorstand guten Gewissens beschließt, eine Insiderinformation *ad hoc* zu veröffentlichen, obwohl er sie noch hätte zurückhalten können, handelt er nicht pflichtwidrig.¹³⁵⁹ Er verletzt seine Verschwiegenheitspflicht nicht. Nach § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG haben die Mitglieder des Vorstands über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die ihnen durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekannt geworden sind, Stillschweigen zu bewahren. Der Geheimnisbegriff setzt aber einen Geheimhaltungswillen der Gesellschaft voraus, den zu bilden dem Gesamtvorstand obliegt.¹³⁶⁰ Der Vorstand ist, wie es in der „Bayer“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1975 heißt, der „Herr der Gesellschaftsgeheimnisse“.¹³⁶¹ Und auch die Vertraulichkeit steht zur Disposition des Gesamtvorstands.¹³⁶² Solange er sich bei seinen Entscheidungen nicht von sachfremden und illoyalen Gesichtspunkten leiten lässt, kann der Vorstand frei darüber befinden, mit welchen Informationen er an die Öffentlichkeit geht. Vorausgesetzt, er durfte vernünftigerweise annehmen, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.¹³⁶³

Wie muss man die Entscheidung zum WEG-Verwalter also einordnen? Immerhin nimmt der II. Zivilsenat den Beschluss des V. Zivilsenats im „ISION“-Urteil in Bezug.¹³⁶⁴ Wörtlich heißt es in den Gründen: „Die strengen Voraussetzungen, die die Rechtsprechung an die Entschuldbarkeit eines Rechtsirrtums des Schuldners gestellt hat, gehen auf die Überlegung zurück, daß derjenige schuldhaft handelt, der seine Interessen trotz zweifelhafter Rechtslage auf Kosten fremder Rechte wahrnimmt [...]. So liegen die Dinge beim Rechtsirrtum des Verwalters über die Zustimmungspflicht nicht. Die Entscheidung über die Zustimmung trifft er nicht im eigenen Interesse, er nimmt vielmehr die Interessen Dritter wahr, deren Geschäfte er besorgt.“¹³⁶⁵ Der Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft hatte davon abgesehen, über eine Baumaßnahme zu entscheiden, die ihm entsprechend der Teilungserklärung zur Zustimmung vorgelegt worden war. Stattdessen hatte er eine Eigentümerversammlung einberufen. Die Eigentümerversammlung ge-

¹³⁵⁷ Siehe oben S. 25 nach Fußnote 146 sowie eingehend S. 119 nach Fußnote 734.

¹³⁵⁸ Zweifelhaft daher auch *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2251.

¹³⁵⁹ Ähnliches gilt, wenn der Vorstand nach fachkundiger, aber falscher Beratung zu Unrecht Insolvenz anmeldet. Vgl. RG, Entscheidung vom 27.5.1913 – II 77/13 = Recht 1913, Nr. 2051.

¹³⁶⁰ Dazu nur *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 136; *Hefendehl*, in: BeckOGK AktG, § 404 Rn. 36 ff.

¹³⁶¹ BGH, Urteil vom 5.6.1975 – II ZR 156/73 = BGHZ 64, 325, 329 („Bayer“).

¹³⁶² Siehe *Spindler*, in: Münchener Komm. AktG, § 93 Rn. 138.

¹³⁶³ Ein Gericht wird sich hüten, dem Vorstand vorzuschreiben, wie er das Unternehmen wirtschaftlich besser geführt hätte. Insbesondere wird es nicht sein Urteil, ob eine *Ad-hoc*-Mitteilung trotz fehlender gesetzlicher Verpflichtung ergehen sollte, an die Stelle der vom Vorstand getroffenen Entscheidung setzen. Ist die „verfrühte“ Marktmitteilung nicht ihrerseits nach Artt. 15, 12 f. MAR (früher § 20a WpHG a.F.) unzulässig und wird sie nicht von treuwidrigen Motiven geleitet, sollte das Gericht die Mitteilung im Haftungsprozess in der Regel nicht beanstanden.

¹³⁶⁴ Siehe BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097, 2099 Tz. 16 („ISION“).

¹³⁶⁵ BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 354.

nehmigte das Vorgehen des Verwalters und beschloss, die Zustimmung zu versagen. Der V. Zivilsenat hatte im Wege eines Vorlageverfahrens nach § 28 Abs. 2 FGG die Frage zu beantworten, ob der Verwalter die Zustimmungsentscheidung in eigener Verantwortung treffen musste oder der Wohnungseigentümergeinschaft überlassen konnte, mit der Folge, dass seine Haftung ausschied.¹³⁶⁶ Im Ausgangspunkt unterscheidet der Senat zwischen der „Rechtsstellung des Verwalters nach dem Gemeinschaftsrecht (§§ 21 ff. WEG, Teilungserklärung) und aufgrund des eingegangenen Verwaltervertrages (§§ 675, 611 ff. BGB)“.¹³⁶⁷ Nach dem Gemeinschaftsrecht habe der Verwalter nicht selbst über die Zustimmung entscheiden müssen, der Beschluss der Eigentümerversammlung sei bis zu seiner späteren Aufhebung durch das Beschwerdegericht für den Verwalter bindend gewesen.¹³⁶⁸ „Der Gegenstand der Beschlußfassung der Eigentümer unterliegt im Verhältnis zum Verwalter, jedenfalls wenn der unabdingbare Bereich von Verwalteraufgaben und -befugnissen in § 27 Abs. 3 WEG nicht berührt wird, keinen Einschränkungen [...]. Die in der Teilungserklärung vorgesehene Zustimmung des Verwalters zur baulichen Veränderung am Wohnungseigentum gehört nicht zum gesetzlich unabdingbaren Wirkungsbereich des Verwalters, denn sie geht über die ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums hinaus (§ 27 Abs. 1 Nr. 2, § 22 WEG). Sie war ihm auch nicht mit der Wirkung zugewiesen, daß die Verwaltungsbefugnis der Wohnungseigentümer (§ 21 WEG) insoweit verdrängt gewesen wäre.“¹³⁶⁹ Anders beurteilt der V. Zivilsenat den Fall nach dem Verwaltervertrag. Übernehme der Verwalter vertraglich die Pflicht, die in der Teilungserklärung vorgesehene Zustimmungsentscheidung zu treffen, so habe er hierbei die im übernommenen Pflichtenkreis erforderliche Sorgfalt zu wahren (§ 276 BGB).¹³⁷⁰ Er schulde aufgrund eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages eine Leistung, die den kaufmännischen, den rechtlich-organisatorischen und den technischen Aufgabenbereich der Verwaltung umfassend abdecke.¹³⁷¹ „Der gewerbliche Verwalter darf danach von einer eigenen Entscheidung über den Antrag grundsätzlich nur dann absehen, wenn ernstliche Zweifel daran bestehen, ob die Voraussetzungen der beantragten Zustimmung nach dem Gemeinschaftsrecht gegeben sind. Liegt ein solcher Fall vor, ist er befugt, die Gemeinschaft um eine Weisung (vgl. § 665 HGB) anzugehen. Er hat sie dann aber umfassend über die aufgetretenen tatsächlichen und rechtlichen Zweifelsfragen aufzuklären und ihr, jedenfalls auf Verlangen, einen Vorschlag zum weiteren Vorgehen zu machen. Die Eigentümerversammlung muß aufgrund der Aufklärung durch den Verwalter in der Lage sein, das Risiko, das sie mit der Zustimmung zu der beabsichtigten Maßnahme oder mit deren Versagung eingeht, zutreffend abzuschätzen. Läßt es der Verwalter hieran schuldhaft fehlen, so haftet er, weil er der Eigentümerversammlung keine ordnungsgemäße Grundlage für die zu tref-

¹³⁶⁶ Siehe BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 350.

¹³⁶⁷ BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 351; hier und in den folgenden Zitaten handelt es sich um die Vorschriften des WEG in der Fassung vom 1.1.1985 (zuletzt geändert durch Art. 28 des Steuerbereinigungsgesetzes vom 14.12.1984, BGBl. I, S. 1493, 1513).

¹³⁶⁸ Siehe BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 352.

¹³⁶⁹ BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 351 f.

¹³⁷⁰ Siehe BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 352.

¹³⁷¹ Siehe BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 353; der Verwalter hatte sich außerdem für die Bearbeitung der Anträge auf Zustimmung eine Sondervergütung versprechen lassen.

fende Entscheidung verschafft hat.“¹³⁷² Der Verwalter sieht sich, so der Bundesgerichtshof, in einem nicht lösbaren Pflichtenwiderstreit: „In zweifelhafter Rechtslage kann er einer Verletzung seiner Pflicht nicht dadurch vorbeugen, daß er die Zustimmung erteilt. Denn ebenso wie er der Gemeinschaft bei Nichtvorliegen eines dem Vorhaben entgegenstehenden Grundes Zustimmung schuldet, schuldet er, wenn ein solcher Grund doch vorhanden ist, deren Versagung. Kommt er nach ordnungsgemäßer Prüfung der Rechtsfrage zu der Auffassung, die Zustimmung sei nicht oder noch nicht geschuldet, hat er dabei aber die Möglichkeit einer anderen Beurteilung durch das zuständige Gericht in Rechnung zu stellen, müßte er [...] zustimmen; solange andererseits auch die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen ist, daß das Gericht seine Auffassung teilt, hätte er die Zustimmung zu versagen.“¹³⁷³ Um diesen Konflikt aufzulösen, gesteht der Bundesgerichtshof dem Verwalter einen Beurteilungsspielraum zu: „Hat er sein Urteil, die rechtlichen Voraussetzungen der beantragten Zustimmung seien nicht erfüllt, mit Sorgfalt gebildet, kann ihm nicht angelastet werden, wenn er gleichwohl irrt und aus diesem Grunde die Zustimmung verweigert. Dasselbe gilt, wenn er in gleicher Lage von einer eigenen Entscheidung absieht und die Eigentümerversammlung anruft oder dieser einen Vorschlag für das weitere Vorgehen unterbreitet.“¹³⁷⁴

Zwischen dem Vorstand einer Aktiengesellschaft und dem Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft bestehen Unterschiede: Der Vorstand leitet die Gesellschaft unter eigener Verantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG), seine Vertretungsmacht ist nicht beschränkbar (§ 82 Abs. 1 AktG). Der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung sind von der Geschäftsführung (in der Regel) ausgeschlossen (§§ 111 Abs. 4 Satz 1, 119 Abs. 2 AktG). Diese aktienrechtliche Kompetenzverteilung ist zwingend (§ 23 Abs. 5 Satz 1 AktG). Für den WEG-Verwalter existiert eine § 76 AktG vergleichbare Vorschrift nicht. Es muss ihn selbst nicht einmal zwingend geben: Zwar kann die Bestellung eines Verwalters gemäß § 20 Abs. 2 WEG nicht ausgeschlossen werden, wohl aber kann sie unterbleiben.¹³⁷⁵ Nach der gesetzlichen Ausgangslage kommt dem Verwalter ein eng umrissener Aufgabenkatalog zu (§ 27 Abs. 1 WEG).¹³⁷⁶ Seine Vertretungsmacht und seine Geschäftsführungsbefugnis sind entsprechend begrenzt.¹³⁷⁷ Man kann vergrößernd von einer primären

¹³⁷² BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 353; gemeint ist nicht § 665 HGB, sondern § 665 BGB.

¹³⁷³ BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 354.

¹³⁷⁴ BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 354 f. Der BGH meint auch, dass es darauf ankomme, ob „ernstliche Zweifel“ an der Zustimmungspflicht bestünden (a.a.O., S. 355, ebenso S. 353). Sei dies nicht der Fall gewesen, hafte der Verwalter wegen Fahrlässigkeit. Im anderen Falle habe der Verwalter die Eigentümerversammlung anrufen dürfen; ausschlaggebend sei dann, ob der Verwalter seiner Aufklärungspflicht gegenüber der Versammlung erfüllt habe.

¹³⁷⁵ Für die heutige Rechtslage *Spielbauer*, in: *Spielbauer/Then*, § 20 Rn. 8; *Vandenhouten*, in: *Niedenführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten*, § 20 Rn. 8; für die im Jahr 1995 geltende Rechtslage *Bärmann/Pick*, § 20 Rn. 9.

¹³⁷⁶ Für die im Jahr 1995 geltende Rechtslage *Bärmann/Pick*, § 27 Rn. 2, 6.

¹³⁷⁷ Für die im Jahr 1995 geltende Rechtslage *Bärmann/Pick*, § 27 Rn. 7, 20 ff.; *Stürner*, in: *Soergel* (12. Aufl. 1990), § 27 WEG Rn. 1. Seit der WEG-Novelle von 2007 (Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26.3.2007, BGBl. I, S. 370), die der vom Bundesgerichtshof anerkannten Teilrechtsfähigkeit der WEG Rechnung tragen sollte, regelt § 27 Abs. 1 WEG nunmehr das Innen- und § 27 Abs. 2 und 3 WEG das Außenverhältnis; dazu *Niedenführ*, in: *Niedenführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten*, § 27 Rn. 1 ff.

und subsidiären gemeinschaftlichen Verwaltungszuständigkeit der Wohnungseigentümer sprechen.¹³⁷⁸ Gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 lässt das Wohnungseigentumsgesetz Raum für vertragliche Abweichungen,¹³⁷⁹ auch wenn die Mindestzuständigkeiten des Verwalters nicht entziehbar sein mögen (§ 27 Abs. 3 WEG a.F.¹³⁸⁰ bzw. § 27 Abs. 4 WEG). Eine § 93 AktG entsprechende Haftungsregelung fehlt, der Verwalter haftet aus §§ 280 ff. BGB oder aus Delikt.¹³⁸¹ Wie der Bundesgerichtshof betont, hatte der in die Haftung genommene Verwalter eine von der Wohnungseigentümergeinschaft abgeleitete Kompetenz wahrgenommen, als er entschied, die Zustimmung nicht selbst zu erteilen, sondern die Eigentümerversammlung anzurufen. Zugleich hatte er durch den Verwaltervertrag die Pflicht übernommen, bei Nichtvorliegen eines entgegenstehenden Grundes dem Vorhaben zuzustimmen; wenn ein solcher Grund doch vorhanden war, schuldete er dagegen deren Versagung.¹³⁸² Da dem Verwalter in dem einen wie in dem anderen Fall ein Regress drohte, half ihm der V. Zivilsenat durch die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums aus der Klemme.¹³⁸³ Für den Vorstand einer Aktiengesellschaft spielt das Nebeneinander von Organstellung und Anstellungs(dienst)vertrag hingegen keine Rolle.¹³⁸⁴ Er handelt, auch wenn er die Hauptversammlung um eine Entscheidung nach § 119 Abs. 2 AktG angeht, aus eigener organschaftlicher Kompetenz (§ 76 Abs. 1 AktG).¹³⁸⁵ In der Regel entscheidet er sich bei seiner Geschäftsführung für eine unter mehreren Handlungsoptionen, ohne automatisch in eine Haftungsfalle zu geraten – für § 15 Abs. 3 WpHG a.F. wurde dies oben dargestellt.¹³⁸⁶ Auf die Pflichtenkollision kam es beim WEG-Verwalter aber gerade an.¹³⁸⁷ Die Fremdnützigkeit des Handelns, die bei dem Organwalter einer juristischen Person stets vorliegt, sollte als solche dagegen nicht den Ausschlag geben.¹³⁸⁸ Wenn der V. Zivilsenat sagt, dass der Verwalter die Interessen Dritter wahrge-

¹³⁷⁸ Vgl. J. Scheel, in: Rechtshandb. Wohnungseigentum, Teil 9 Rn. 77.

¹³⁷⁹ Dazu Spielbauer, in: Spielbauer/Then, § 10 Rn. 12 ff.; Schmidt-Räntsch, in: Niefenführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten, § 10 Rn. 18 ff.

¹³⁸⁰ Siehe oben S. 215 in Fußnote 1367.

¹³⁸¹ Für die heutige Rechtslage Spielbauer, in: Spielbauer/Then, § 27 Rn. 3; Niefenführ, in: Niefenführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten, § 27 Rn. 143 ff., 155 ff.

¹³⁸² Siehe BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 354.

¹³⁸³ Siehe BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346, 354.

¹³⁸⁴ Vgl. oben S. 27 bei Fußnote 157.

¹³⁸⁵ Dies gilt jedenfalls, solange beabsichtigte Maßnahmen nicht „so tief in die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre eingreifen [...], daß diese Auswirkungen an die Notwendigkeit einer Satzungsänderung heranreichen.“ Vgl. BGH, Urteil vom 26.4.2004 – II ZR 155/02 = BGHZ 159, 30, 40 („Gelatine I“) unter Verweis auf BGH, Urteil vom 25.2.1982 – II ZR 174/80 = BGHZ 83, 122, 131 („Holzmüller“). In der Entscheidung „Gelatine I“ ist der Bundesgerichtshof von seinem auf § 119 Abs. 2 AktG gestützten ursprünglichen Begründungsansatz abgerückt; er bekennt sich nun zu einer „offenen Rechtsfortbildung“ (a.a.O., S. 41 ff., 43).

¹³⁸⁶ Siehe zu § 15 Abs. 3 WpHG a.F. (dazu oben S. 213 in Fußnote 1354) auch Harnos, S. 153.

¹³⁸⁷ Ebenso RG, Urteil vom 5.7.1897 – Rep. VI. 204/97 = RGZ 39, 94, 97 ff., 99 f., 101 f. („Waldbrauerei II“); vgl. auch Haertlein, ZHR 168 (2004), 437, 461, 462 bei und in Fn. 88; sowie oben S. 203 nach Fußnote 1266.

¹³⁸⁸ Den Hinweis von Kaulich, S. 164, 165 in Fn. 34; und Haertlein, ZHR 168 (2004), 437, 461, 462 in Fn. 87 auf OLG Köln, Urteil vom 10.5.1991 – 19 U 265/89 = VersR 1992, 706, 707 = NJW 1991, 2570, 2571, halte ich nicht für überzeugend. Das vom OLG Köln als OLG Düsseldorf (!) in Bezug genommene OLG Hamm (Urteil vom 22.1.1985 – 27 U 156/84 = NJW 1985, 865, 867) legt unter Berufung auf den Bundesgerichtshof (Urteil vom 25.6.1974 – VI ZR 18/73 = NJW 1974, 1865, 1866) einen strengeren Maßstab an, als ihn das OLG Köln zur Anwendung bringt. Siehe zum Rechtirrtum des Insolvenzverwalters auch BGH, Urteil vom 9.5.1996 – IX ZR

nommen habe, dürfte er gemeint haben, dass eine Pflichtenkollision umso eher der Auflösung bedarf, als es sich um derivative Pflichten handelt. In der Aktiengesellschaft nimmt der Vorstand für gewöhnlich jedoch keine von der Hauptversammlung abgeleiteten Pflichten wahr.¹³⁸⁹ Innerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG bestimmt er seine Leistungspflicht vielmehr selbst.¹³⁹⁰ Insofern hat er es selbst in der Hand, welche Risiken er eingeht.

IV. Zusammenfassung

Im aktienrechtlichen Schrifttum werden die Kategorien der Pflichtverletzung und des Verschuldens nicht immer klar voneinander getrennt. Gut beobachten kann man dies etwa an der Diskussion über die Anerkennung unternehmerischer Ermessensspielräume bei unklarer Rechtslage. Während die Rechtsprechung Rechtsunsicherheit und Rechtsirrtum seit jeher auf der Ebene des Verschuldens verortet, wollen etliche Literaturstimmen eine Lösung durch die (entsprechende) Anwendung der sog. Business Judgment Rule schon auf der Ebene der Pflichtverletzung suchen und messen dem Verschulden dementsprechend nur eine untergeordnete Bedeutung bei. Am deutlichsten zeigen sich die Schwierigkeiten im Umgang mit den beiden Kategorien aber wohl daran, dass viele Autoren § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG eine Doppelfunktion zuschreiben. Die Vorschrift soll nicht nur den Fahrlässigkeitsmaßstab festlegen, sondern auch als Pflichtenquelle dienen.

Dies gemahnt stark an eine deliktsrechtliche Denkweise. Aus der Diskussion über Erfolgs- und Verhaltensunrecht weiß man, welche Schwierigkeiten mit der Unterscheidung von verhaltensbezogener Rechtswidrigkeit und Verschulden verbunden sind. Deliktische Verkehrspflichten begründen zwar eine Haftungsverantwortlichkeit für mittelbare Rechtsgutsverletzungen und Unterlassungen, sie stellen aber keine einklagbaren, echten Verhaltenspflichten dar. In der aktienrechtlichen Debatte um die sog. Compliance kann man hierzu in gewissem Maße eine Parallele finden. Das Schrifttum formuliert auch hier Handlungsgebote, ohne von echten, einklagbaren Organisations- und Überwachungspflichten des Vorstands auszugehen. Ob das Schrifttum bei der Vorstandshaftung bewusst einem deliktsrechtlichen Paradigma folgt, lässt sich nicht mit letzter Sicherheit sagen. Es fällt aber auf, dass einflussreiche aktienrechtliche Kommentatoren auch zu §§ 823 ff. BGB umfangreiche Forschungsarbeiten geleistet haben. Eine nicht minder starke Fraktion ist mit rechtsvergleichender Forschung hervorgetreten und sieht im Begriff der Sorgfaltspflicht ein international anschlussfähiges Konzept. Dabei ist bislang jedoch ohne Erörterung

244/95 = NJW 1996, 2233, 2234 f. („Kapselrollmaschinen“): „Ein Konkursverwalter, der unberechtigt fremdes Eigentum zur Masse zieht, handelt fahrlässig, wenn er die Sachlage unzureichend aufklärt oder eine *klare* Rechtslage falsch beurteilt [...]“ (Hervorhebung hinzugefügt); anschaulich ferner OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 13.11.2009 – 25 U 111/08 = juris Tz. 32 ff. In der von *Kaulich*, S. 168 in Fn. 53, ebenfalls zitierten Entscheidung des OLG Nürnberg, Urteil vom 15.1.1986 – 4 U 1334/85 = ZIP 1986, 244, 246 (überwiegend bestätigt durch BGH, Urteil vom 4.12.1986 – IX ZR 47/86 = BGHZ 99, 151, 153 ff.), ging es um die Fragen, ob ein Konkursverwalter durch die Fortführung des Betriebes pflichtwidrig gehandelt hatte und ob er durch die rechtsirrig Veranschlagung von Beiträgen zur Berufsgenossenschaft als Massekosten i.S.v. § 58 Nr. 2 KO schuldhaft gehandelt hatte.

¹³⁸⁹ Siehe für eine Ausnahme *Haertlein*, ZHR 168 (2004), 437 ff.; dazu oben S. 207 bei und nach Fußnote 1306; ferner *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 50 in Fn. 106.

¹³⁹⁰ Siehe oben S. 172 bei und nach Fußnote 1057.

geblieben, dass die duty of care US-amerikanischer oder englischer Prägung ihre Wurzeln im tort of negligence findet. Tort law und deutsches Deliktsrecht gelten funktional rechtsvergleichend als Äquivalente.

Ein knappes Jahrzehnt nach der Einführung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG durch das UMAG gibt die „ISION“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Anlass, grundlegende Fragen der Organhaftung noch einmal zu überdenken. Der II. Zivilsenat hat dem Verschulden bei Rechtsirrtümern klarere Konturen verliehen: Wie jedem Schuldner obliegt es dem Vorstand, die Rechtslage sorgfältig zu prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einzuholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten. Ist er nicht im Stande, die Rechtslage selbst einzuschätzen, gehört die Einholung von Expertenrat zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Der Vorstand muss sich dann unter umfassender Darstellung der Gesellschaftsverhältnisse und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Person beraten lassen. Den erteilten Rat muss er einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterziehen. Das Gutachten muss zutreffend und vollständig an die mitgeteilten Tatsachen anknüpfen und darf keine offensichtlichen Widersprüche oder Begründungslücken aufweisen.

Die Urteile des Bundesgerichtshofs zu Verschulden und Expertenrat helfen nicht nur, den Umriss der organschaftlichen Legalitätspflicht deutlicher zu sehen. Auch der Anwendungsbereich der sog. Business Judgment Rule und der (nach hergebrachter Diktion) allgemeinen organschaftlichen Sorgfaltspflicht tritt damit deutlicher zu Tage. Zugleich werden Schwachstellen in der bisherigen Dogmatik erkennbar. Dem möchte ich mit einer vertragsrechtlich inspirierten Sicht auf die Geschäftsleitung abhelfen.

Dafür spricht, dass die Stellung des Vorstands nicht nur durch Rechtsgeschäft begründet wird. Das Vorstandsamt wird auch inhaltlich durch ein Rechtsgeschäft ausgestaltet, nämlich durch die Festlegung des Unternehmensgegenstandes in der Satzung. Zwar begnügen sich die Satzungsgeber in der Regel damit, dem Vorstand eine ausfüllungsbedürftige Rahmenvorgabe zu machen. Unzweifelhaft verpflichten die Statuten den Vorstand aber, den Unternehmensgegenstand zu verfolgen. Wenn man wissen will, was genau der Vorstand dabei leisten muss, kann man in der hinter § 315 BGB stehenden Erfüllungsdogmatik eine Antwort finden, die sich nach dem *Lex specialis*-Grundsatz mit aktienrechtlichen Wertungen anreichern lässt. So ergibt sich eine zweistufige Leistungsbeziehung. Zunächst muss der Vorstand seine Leistung bestimmen. Er legt fest, wie er die Rahmenvorgabe des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes ausfüllen möchte; immerhin hat er die Gesellschaft nach § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung zu leiten. Sodann muss er genau diese Leistung bewirken. Sowohl die Leistungsbestimmung als auch die Leistungsbewirkung setzen eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Vorstands voraus – letztere nach der Theorie der finalen Leistungsbewirkung in Gestalt der Tilgungsbestimmung. Beide Erklärungen können rückwirkend und zeitlich unabhängig voneinander erfolgen. Für die Leistungsbestimmung des Vorstands besteht nach der spezialgesetzlichen Regelung in §§ 90 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 1, 131 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 AktG und abweichend von § 315 BGB in gewissem Umfang zudem eine Begründungspflicht. Diese Begründungspflicht kann man rechtstheoretisch untermauern, indem man einen Verantwortungsbegriff an das Aktienrecht heranträgt,

der auf der Freiheit und der Rationalität des Menschen aufbaut und für den der Akt des Begründens wesentlich ist. Die Zuschreibung von Verantwortung ist danach mit normativen Erwartungen verbunden. Dem Vorstand gelingt es, diese Erwartungen an sein Handeln zu erfüllen, wenn er die berechtigten Fragen des Aufsichtsrats und der Aktionäre mit überzeugenden Begründungen beantwortet.

Im Hinblick auf das Thema meiner Arbeit liegen die wesentlichen Vorzüge einer vertragsrechtlichen Sichtweise auf die Lei(s)tungspflicht des Vorstands darin, dass man mit ihr sowohl die Verschuldenszurechnung nach § 278 Satz 1 BGB als auch die Funktion von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG schlüssig erklären kann.

Vorstandsmitglieder haben fremdes Verschulden nur dann zu vertreten, wenn sie sich Dritter zu der Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit bedienen. Im Verhältnis zwischen den Vorstandsmitgliedern setzt eine Geschäftsverteilung der jeweils eigenen Verbindlichkeit Grenzen. Die Geschäftsverteilung wird entweder in der Satzung oder in der Geschäftsordnung des Vorstands festgelegt. Da sich der Vorstand die Geschäftsordnung unter den Voraussetzungen des § 77 Abs. 2 Satz 1 AktG selbst geben kann, spiegelt sich hier in gewissem Maße das oben beschriebene Verhältnis von Rahmenvorgabe (Satzung) und eigener Leistungsbestimmung wieder. Im Verhältnis zu nachgeordneten Dritten übt der Vorstand das Direktionsrecht der Gesellschaft aus und bestimmt mit der Aufgabenzuweisung zugleich sein eigenes Leistungsprogramm. Dies führt zu überschneidungsfreien Pflichtenkreisen für ihn und die Dritten, nicht zuletzt im Bereich der sog. Compliance. Seine Legalitätspflicht kann der Vorstand jedoch nicht auf andere übertragen.

An die Verpflichtung zur Verfolgung des Unternehmensgegenstandes schließt die sog. Business Judgment Rule als *lex specialis* an. Positiv formuliert verlangt sie von den Mitgliedern des Vorstands, bei einer unternehmerischen Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft zu handeln und sich angemessen zu informieren. Der Begriff der Angemessenheit beschreibt eine Relation von Mittel (Information) und Zweck (unternehmerische Entscheidung). Wenn der Vorstand verpflichtet ist, sein Leistungsprogramm zu definieren, weiß man, welches unternehmerische Ziel er verfolgt, und kann die Angemessenheit daher beurteilen. Wenn der Vorstand überdies verpflichtet ist, seine Leistungsbestimmung zu begründen, erlaubt dies auch, die Abwägung der Chancen und Risiken seiner unternehmerischen Entscheidung nachzuvollziehen. Da es sich bei dieser Abwägung um das Kernelement der Vorstandstätigkeit handelt, wird ein Gericht hier Zurückhaltung üben. Stellt sich aber heraus, dass die Vorstandsmitglieder bei einer unternehmerischen Entscheidung weder angemessen informiert noch zum Wohle der Gesellschaft gehandelt haben, liegt stets eine Pflichtverletzung vor. Die Legalitätspflicht des Vorstands tritt zu den Anforderungen der sog. Business Judgment Rule genauso hinzu, wie § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG die autonome Leistungsbestimmung des Vorstands als *lex specialis* überlagert. Gesetzliche Vorgaben schränken daher die Definitionshoheit des Vorstands ein, und zwar auch dann, wenn sie ihm einen gewissen Beurteilungsspielraum zugestehen. Nicht jede Entscheidung mit prognostischem Einschlag und nicht jede Entscheidung unter Unsicherheit ist eine unternehmerische Entscheidung, die allein am Maßstab von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zu messen wäre. Ein anschauliches Beispiel hierfür liefert die „ARAG/Garmenbeck“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Die Vo-

raussetzungen, unter denen ein Ermessen des Aufsichtsrats bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen eröffnet ist, sind enger formuliert als bei § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und auch die Definition des Unternehmenswohls ist nicht in sein Belieben gestellt. In der Regel verlangt das Wohl der Gesellschaft, die durch pflichtwidriges Organhandeln erlittenen Schäden wieder auszugleichen. Der Aufsichtsrat muss daher prüfen, ob eine Anspruchsverfolgung voraussichtlich Erfolg hätte, und darf von ihr nur ausnahmsweise absehen, wenn gewichtige Interessen und Belange der Gesellschaft dafür sprechen, den entstandenen Schaden ersatzlos hinzunehmen. Diese Abwägung darf er nicht in fremde Hände legen. In einem gerichtlichen Verfahren ist zu prüfen, ob eine besondere Rechtfertigung tatsächlich vorliegt. Das Gericht muss die gegeneinander abzuwägenden Umstände feststellen und bewerten.

Im Haftungsprozess müssen die Vorstandsmitglieder nachweisen, dass sie ihre Pflichten nicht verletzt oder jedenfalls schuldlos gehandelt haben, ferner, dass der Schaden auch bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten eingetreten wäre. Die Aktiengesellschaft trägt dagegen die Darlegungs- und Beweislast für den Eintritt und die Höhe eines Schadens sowie für dessen Verursachung durch ein Verhalten des beklagten Organwalters. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG entspricht, soweit es um den Nachweis fehlenden Verschuldens geht, der allgemeinen Regel für vertragliche Schadensersatzansprüche in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. Dass die Vorstandsmitglieder auch das Fehlen der Pflichtverletzung nachweisen müssen, rechtfertigt die Rechtsprechung unter Hinweis auf die Verfahrensfairness. Das jeweilige Organmitglied könne die konkreten Umstände seines Handelns und damit die Gesichtspunkte, die für die Beurteilung der Pflichtmäßigkeit seines Verhaltens sprechen, leicht überschauen, während die von ihm verwaltete Korporation insoweit immer in Beweisnot wäre. Wer sich auf eine vertragsrechtliche Rekonstruktion der Vorstandspflichten einlässt, kann diese Erwägung um eine materiell-rechtliche Erklärung ergänzen: Hat die Gesellschaft schlüssig dargelegt, inwiefern das beklagte Vorstandsmitglied ihr einen Schaden zugefügt hat, ist es dessen Sache, sein Verhalten zu erklären. Das beklagte Vorstandsmitglied muss im gerichtlichen Verfahren also darlegen und notfalls beweisen, wie es seine Leistungspflicht bestimmt und erfüllt hat.

Mit der „ISION“-Rechtsprechung schließt der Bundesgerichtshof stimmig an die allgemeine Irrtumslehre an: Auch der Vorstand muss für einen Rechtsirrtum nur einstehen, wenn er fahrlässig gehandelt hat. Wie jedem Schuldner obliegt es ihm, die Rechtslage sorgfältig zu prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einzuholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten. Ist der Vorstand nicht im Stande, die Rechtslage selbst einzuschätzen, gehört die Einholung von Expertenrat zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Das Vertretungsorgan muss sich unter umfassender Darstellung der Gesellschaftsverhältnisse und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Person beraten lassen. Die Expertise muss zutreffend und vollständig an die mitgeteilten Tatsachen anknüpfen und darf keine offensichtlichen Widersprüche oder Begründungslücken aufweisen. Grundlage der Plausibilitätsprüfung ist die unzutreffende Rechtsauskunft und nicht die wirkliche Rechtslage.

SCHLUSS

Mit der vorliegenden Arbeit wurde versucht, das Verhältnis von *Vorstandshaftung und Expertenrat* zu klären. Dabei hat sich gezeigt, dass das Thema nicht nur Detailfragen bereithält, sondern auch zu grundsätzlichen Überlegungen einlädt. Wenn man wissen will, wofür der Vorstand haftet, wenn er sich auf Dritte verlässt, kommt man nicht umhin, über die Vorstandsstellung als solche nachzudenken. Nach § 76 Abs. 1 AktG hat der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten. Ihm haben die Aktionäre die in der juristischen Person versammelte Vermögensmasse anvertraut und von ihm erwarten sie, dass er über die Geschicke der Aktiengesellschaft bestimmt. Da die Vorstandsmitglieder entscheiden sollen, wie dem Gesellschaftswohl am besten gedient ist, dabei jedoch unmöglich alles selbst machen können, dürfen sie grundsätzlich arbeitsteilig handeln und Aufgaben delegieren. Zugleich muss sichergestellt sein, dass die berechtigten Erwartungen der Aktionäre nicht enttäuscht werden, indem man dem Vorstand gestattet, Dritte als Ratgeber hinzuzuziehen und sich auf diese Weise aus seiner Verantwortung zu verabschieden. Anlass und Referenzpunkt der Untersuchung ist die Rechtsprechungsentwicklung der vergangenen fünfzehn Jahre. Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in einer Reihe von Urteilen die Voraussetzungen präzisiert, unter denen sich Vorstandsmitglieder bei fachkundiger Beratung auf einen unverschuldeten Rechtsirrtum berufen können. Diese Entscheidungen haben nicht nur zu einem besseren Verständnis der Bedeutung des Verschuldens beigetragen, sondern auch das Verständnis der organschaftlichen Legalitätspflicht und – in Abgrenzung dazu – des Pflichtenprogramms nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG gefördert. Damit hat die Rechtspraxis ein gutes Jahrzehnt nach Einführung der sog. Business Judgment Rule eine wichtige Konsolidierungsstufe erreicht. Dies rechtfertigt eine kritische Bestandsaufnahme, die auch grundlegende Fragen umfasst.

Im ersten Kapitel habe ich untersucht, wie sich Expertenrat auf der Ebene der Pflichtverletzung auswirkt. Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG hat sich gezeigt, dass die Bedeutung von Ratgebern bei der Treuepflicht nur ganz gering ist. Die Treuepflicht gebietet den Vorstandsmitgliedern, die Gesellschaft nicht zu übervorteilen, und verbietet ihnen, aus der Organstellung Sondervorteile zu ziehen. Ob sie diesen Vorgaben gerecht werden, müssen ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter ohne fremde Hilfe beurteilen können. Das Urteil anderer vermag sie nur in ganz seltenen Ausnahmefällen zu entlasten. Bei der organschaftlichen Legalitätspflicht spielt fachkundige Beratung demgegenüber eine wichtige Rolle. Den Unternehmensgegenstand dürfen die Vorstandsmitglieder nur im Rahmen des geltenden Rechts verfolgen. Dies bedeutet nicht nur, Gesetz und Satzung in eigener Person zu beachten, sondern auch dafür zu sorgen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt. Diese mit der Legalitätspflicht angesprochene strikte Gesetzesbindung kennt nach der Rechtsprechung keine Ausnahmen, weder für Bagatelverstöße noch für nützliche Pflichtverletzungen. Auch bei Rechtsunsicherheit oder Irrtümern ändert sie ihren Charakter nicht. Da juristische Personen nur durch ihre Vertretungsorgane handeln können, müssen diese die Rechtstreue

der Körperschaft sicherstellen. Der VI. Zivilsenat hat dies bereits Mitte der Neunzigerjahre entschieden und der II. Zivilsenat hat sich dieser Sichtweise seit dem Jahr 2007 angeschlossen, indem er Expertenrat als Verschuldensfrage behandelt. Den im Schrifttum gemachten Vorschlägen, bei einem sorgfältigen Bemühen um die Ermittlung der Rechtslage bereits den Vorwurf der Pflichtverletzung zu verneinen, hat er damit eine Absage erteilt. Innerhalb des Anwendungsbereichs von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kommt Expertenrat bei dem Tatbestandsmerkmal der angemessenen Information zum Tragen. Zwar gestattet das Gesetz dem Vorstand, seinen Informationsbedarf selbst abzuschätzen. Nichtsdestotrotz ist der Vorstand aber verpflichtet, den Sachverhalt vor einer unternehmerischen Entscheidung sorgfältig zu ermitteln. Zu diesem Zweck kann er (und muss er oft) in weitem Umfang auf das Wissen von Spezialisten zurückgreifen. Bei dem Merkmal des Handelns-zum-Wohle-der-Gesellschaft verhält es sich dagegen wie bei der Treuepflicht. Der Vorstand muss die Risiken und Chancen seines Handelns selbst gegeneinander abwägen. Hinter dem Urteil anderer kann er sich, wenn es um die Risikoexposition des Unternehmens geht, nicht verstecken. Das schließt die Zuarbeit von Angestellten oder externen Beratern nicht aus, wohl aber die unkritische Übernahme fremder Beurteilungen. Für das Verhältnis von Pflichtverletzung und Delegation ergibt sich damit folgendes Bild: Aufgaben, die in die Gesamtverantwortung der Vorstandsmitglieder fallen, können nicht in dem Sinne auf einzelne oder auf Dritte übertragen werden, dass die übrigen Organmitglieder von der jeweiligen Pflicht befreit werden. Dies gilt namentlich für die Legalitätspflicht. Möglich ist es aber, durch eine Zuständigkeitsverteilung im Vorstand (horizontale Delegation) oder durch die Übertragung einer Angelegenheit auf nachgeordnete Mitarbeiter (vertikale Delegation), eine Beschränkung der straf- und haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit herbeizuführen. Solange zu Zweifeln kein Anlass besteht, dürfen sich Vorstandsmitglieder grundsätzlich darauf verlassen, dass die zuständige Kollegin oder Mitarbeiterin ihr zugewiesene Aufgaben ordnungsgemäß erledigt. Liegen Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten vor, müssen jedoch auch nicht zuständige Vorstandsmitglieder eingreifen, sonst handeln sie zumindest fahrlässig. Vertikale Delegation setzt zudem voraus, dass Mitarbeiter sorgfältig ausgewählt, eingewiesen und überwacht werden. Die Gesetzesauslegung kann ferner ergeben, dass die Delegation auf ein einzelnes Vorstandsmitglied – und erst recht auf Dritte – unzulässig ist. Der Bundesgerichtshof spricht dann von einer Leitungsaufgabe. Im Anwendungsbereich der sog. Business Judgment Rule ist eine Delegation jedoch annähernd ohne Einschränkung zulässig. Der Vorstand kann, wenn es ihm sinnvoll erscheint, einen Betriebsführungsvertrag abschließen und sich aus dem operativen Tagesgeschäft weitestgehend zurückziehen. Auch den Abschluss von Generalvollmachten, sollte man ihm – anders als der Bundesgerichtshof meint – prinzipiell gestatten.

Im zweiten Kapitel habe ich mich dem Verschulden gewidmet. Das Aktiengesetz enthält in § 93 Abs. 1 Satz 1 einen besonderen Fahrlässigkeitsbegriff, der über § 276 Abs. 1 BGB hinausgeht und auf diese Weise der herausgehobenen Stellung des Vorstands Rechnung trägt. Es gilt ein objektiver Sorgfaltsmaßstab und nicht bloß die *diligentia quam in suis*. Bei ehrenamtlich engagierten Vorstandsmitgliedern hat man im Einzelfall zu prüfen, ob eine analoge Anwendung von § 31a BGB in Betracht kommt, d.h. eine Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Anders als im Schrifttum oft angenommen, haften Vorstandsmitglieder grundsätzlich auch für fremdes Verschulden. Der II. Zivilsenat hält die Anwendbarkeit von § 278 BGB bei der Organhaftung kei-

neswegs für ausgeschlossen. Die Verschuldenszurechnung scheidet vielmehr in der Regel daran, dass die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht vorliegen. Maßgeblich ist, ob das Vorstandsmitglied eine Hilfsperson in die Erfüllung eigener Verbindlichkeiten einschaltet. Durch eine Geschäftsverteilung wird den jeweils eigenen Verbindlichkeiten der Vorstandsmitglieder jedoch – ungeachtet ihrer Gesamtverantwortung für die Einhaltung der Legalitätspflicht – eine zwingende Grenze gesetzt. Dasselbe gilt bei vertikaler Delegation im Verhältnis zu nachgeordneten Mitarbeitern (auch Compliance-Beauftragten) oder Dritten. Solange die Delegation nicht unzulässig ist, führt die Ausübung des Direktionsrechts durch den Vorstand zu überschneidungsfreien Aufgaben. Der Vorstand legt für Angestellte und Auftragnehmer andere Pflichten fest als für seine eigenen Mitglieder. Im Ergebnis kommt es daher zumeist auf deren eigenes Verschulden an und zur Vermeidung des Fahrlässigkeitsvorwurfs kann es geboten sein, Experten um Rat zu fragen: Wie jeder Schuldner müssen auch Vorstandsmitglieder für einen Rechtsirrtum nur einstehen, wenn sie schuldhaft gehandelt haben. Sie sind daher gehalten, die Rechtslage sorgfältig zu prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einzuholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig zu beachten. Ein Vorstandsmitglied, das nicht selbst über die notwendige Sachkunde verfügt, hat sich unter umfassender Darstellung der Gesellschaftsverhältnisse und unter Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten zu lassen und muss die erteilte Auskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterziehen. Der Vorstand wird also daran gemessen, ob er den Kontakt zu seinen Ratgebern mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anbahnt, aufnimmt und aufrechterhält. Dies setzt nicht nur eine unverzügliche Auftragserteilung voraus, sondern auch, dass die Vorstandsmitglieder auf eine rechtzeitige Vorlage des Prüfergebnisses hinwirken. Inhaltlich kann es zur Entlastung des Vorstands allerdings ausreichen, wenn er sich nach den Umständen der Auftragserteilung darauf verlassen durfte, dass der Experte die zweifelhafte Frage geprüft habe. Die korrekte Formulierung der streitigen Rechtsfrage kann von einem juristisch ungebildeten Auftraggeber nicht verlangt werden. Und auch die Plausibilitätskontrolle verlangt in erster Linie, dass der Vorstand die Rechtsauskunft daraufhin überprüft, ob sie zutreffend und vollständig an die von ihm mitgeteilten Tatsachen anknüpft und keine offensichtlichen Widersprüche oder Begründungslücken aufweist.

Im dritten Kapitel habe ich gezeigt, dass der Mitverschuldenseinwand bei der Organhaftung unbeachtlich ist. Das Verhalten anderer Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder kann zu deren gesamtschuldnerischen Haftung führen, nicht aber zu einer Anwendung von § 254 BGB. Entsprechendes gilt für das Verhalten von Arbeitnehmern oder externen Mitarbeitern. Allein deren Vertragsbeziehung zur AG rechtfertigt es nicht, dass sich die Gesellschaft mit einer Kürzung ihres Schadensersatzanspruches aus § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG abfinden müsste.

Im vierten Kapitel habe ich die Frage aufgeworfen, ob die deutsche Aktienrechtswissenschaft der Vorstandshaftung nicht ein deliktsrechtliches Paradigma zugrunde gelegt hat, indem sie den Fahrlässigkeitsmaßstab des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG zugleich als Pflichtenquelle deutet (sog. allgemeine Sorgfaltspflicht). Ein solches Paradigma birgt für das Verständnis von § 93 Abs. 1 Satz 2 unnötige Hürden. Wie aus der Debatte über Erfolgs- und Verhaltensunrecht bekannt ist, hat die deliktische Verkehrspflichtendogmatik mit der Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und

Verschulden große Schwierigkeiten. In der Diskussion um die sog. Compliance, die von weiten Teilen des Schrifttums als verhaltensbezogene Legalitätskontrollpflicht verstanden wird, zeigen sich hierzu augenfällige Parallelen. Daher habe ich eine vertragsrechtlich inspirierte Sichtweise auf die Lei(s)tungspflicht des Vorstands vorgeschlagen, die an der allgemeinen Erfüllungsdogmatik und an § 315 Abs. 1 BGB Maß nimmt. Danach sind die Vorstandsmitglieder aufgefordert, die Rahmenvorgaben der Satzung, die sie in der Festlegung des Unternehmensgegenstandes vorfinden, durch eine Leistungsbestimmungserklärung in eigener Verantwortung auszufüllen. Abweichend vom allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Leitbild sieht das Aktiengesetz in den §§ 90 und 131 für die Leistungsbestimmung allerdings eine Begründungspflicht vor. Dies ist nach dem *Lex-specialis*-Grundsatz zwanglos möglich. Die Begründungspflicht eignet sich außerdem als Einfallstor für rechtstheoretische Überlegungen, mit denen der aktienrechtliche Verantwortungsbe-griff in einem erweiterten Kontext verortet werden kann. In einem zweiten Schritt müssen die Vorstandsmitglieder ihr selbst definiertes Leistungsprogramm erfüllen, was nach der Theorie der finalen Leistungsbewirkung in Gestalt der Tilgungsbestimmung ebenfalls eine Willenserklärung voraussetzt. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG tritt zu der Leistungsbestimmung des Vorstands mit zusätzlichen Anforderungen hinzu. Positiv formuliert verlangt die sog. Business Judgment Rule nämlich, dass die Vorstandsmitglieder auf der Grundlage angemessener Information und zum Wohle der Gesellschaft handeln. Auch insofern kommt der *Lex-specialis*-Grundsatz zum Tragen. Mit dem Leistungsbestimmungsrecht des Vorstands lässt sich aber nicht nur die sog. Business Judgment Rule erklären, sondern auch die beschränkte Bedeutung der Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB. Der *Lex-specialis*-Grundsatz beschreibt ferner das Verhältnis zwischen der Pflichtenlage bei einer unternehmerischen Entscheidung nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und der organschaftlichen Legalitätspflicht. Dem Gesetzgeber ist es unbenommen, die Handlungsfreiheit des Vorstands über die Vorgaben der sog. Business Judgment Rule hinaus einzuschränken, und zwar sowohl hinsichtlich des zu verfolgenden Ziels als auch hinsichtlich der einzusetzenden Mittel.

Die vorstehenden Ergebnisse beanspruchen auch in anderen Haftungskonstellationen Beachtung. Dies gilt zunächst einmal für alle verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüche, denen Vorstandsmitglieder neben § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ausgesetzt sein können. Wie gesehen, fügt sich die „ISION“-Rechtsprechung nahtlos in die zivilrechtliche Irrtumsdogmatik ein. Ferner lassen sich die dargestellten Grundsätze bei § 43 Abs. 2 GmbHG oder im Personengesellschaftsrecht zur Anwendung bringen. Wie aus den Gesetzesmaterialien zum UMAG hervorgeht, ist der Grundgedanke des unternehmerischen Ermessens nicht auf die Aktiengesellschaft beschränkt.¹³⁹¹ Solange man bestehende Unterschiede wie etwa beim Weisungsrecht oder dem Haftungsmaßstab nicht außer Acht lässt,¹³⁹² kann man somit auf die von mir gefundenen Ergebnisse zurückgreifen.

Nicht vergessen sollte man außerdem, dass die sog. Business Judgment Rule auch für die Untreuestrafbarkeit nach § 266 Abs. 1 StGB Bedeutung hat.¹³⁹³ Im „HSH Nordbank“-Urteil hat der

¹³⁹¹ Siehe Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 12 li. Sp.

¹³⁹² Vgl. für Übertragungen vom Aktien- in das GmbH-Recht *Fleischer*, GmbHR 2008, 673 ff.

¹³⁹³ Siehe BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15 = ZIP 2016, 2467, 2470 Tz. 31 („HSH Nordbank“) zur AG; dazu *A. Baur/Holle*, ZIP 2017, 555 ff.; sowie bereits BGH, Beschluss vom 26.11.2015 – 3 StR 17/15 = NJW 2016, 2585, 2591 Tz. 57 („Nürburgring“) zur GmbH.

5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs klargestellt, dass die Überschreitung des unternehmerischen Ermessens „automatisch“ zugleich eine Pflichtwidrigkeit i.S.v. § 266 Abs. 1 StGB begründet.¹³⁹⁴ Für eine gesonderte Prüfung der Pflichtverletzung als „gravierend“ bzw. „evident“ sieht er daneben keinen Raum.¹³⁹⁵ Zwar bleibt das Urteil der falschen Annahme verhaftet, dass § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG für die Bestimmung der Pflichtverletzung neben der sog. Business Judgment Rule eine eigenständige Bedeutung zukomme.¹³⁹⁶ Bemerkenswert ist aber, dass es die konkrete Entscheidungssituation als Bezugsrahmen für das Ausmaß der Informationspflicht des Vorstands bezeichnet.¹³⁹⁷ Der hier entwickelte Standpunkt, wonach die Leistungsbestimmung des Vorstands für die Beurteilung der Angemessenheit i.S.v. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG den Ton setzt, könnte insoweit, ungeachtet der unterschiedlichen Beweislastverteilung im Strafverfahren, zu einem besseren Verständnis der Untreuestrafbarkeit beitragen. Darüber hinaus könnte die hier vorgenommene Abgrenzung der Pflichtenkreise von Vorstand und nachgeordneten Mitarbeitern dem 5. Strafsenat Anlass bieten, seine Aussagen zur Garantenstellung von Compliance-Beauftragten zu überdenken.¹³⁹⁸

Anders als vereinzelt gefordert wurde,¹³⁹⁹ ist der Gesetzgeber nicht aufgerufen, den Vertrauensgrundsatz im Aktiengesetz festzuschreiben. Mehr als eine Zementierung des erreichten Rechtszustands stünde nicht zu erwarten. Sowohl mit der sog. Compliance als auch mit der „ISION“-Rechtsprechung ist eine Verschuldensthematik verbunden. Verschulden bedeutet jedoch Einzelfallgerechtigkeit,¹⁴⁰⁰ und daher ist es fraglich, ob eine Kodifizierung nicht mehr Schaden als Nutzen anrichten würde. Wie insbesondere die letzten beiden Urteile zur „Unternehmensberaterin“ und aus dem April 2015 zeigen, hat der II. Zivilsenat Obersätze gefunden, die auf der einen Seite streng genug sind, um der *Verantwortung* des Vorstands Rechnung zu tragen, die auf der anderen Seite aber ausreichende Flexibilität besitzen, um dem Bedürfnis nach *Delegation* gerecht zu werden. *Vorstandshaftung und Expertenrat* sind beim Bundesgerichtshof daher bislang gut aufgehoben.

¹³⁹⁴ So BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15 = ZIP 2016, 2467, 2469 Tz. 27 („HSH Nordbank“); siehe auch schon BGH, Urteil vom 22.11.2005 – 1 StR 571/04 = NJW 2006, 453, 454 f. („Kinowelt“).

¹³⁹⁵ Siehe BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15 = ZIP 2016, 2467, 2469 Tz. 27 („HSH Nordbank“); der Sache nach ebenso BGH, Beschluss vom 26.11.2015 – 3 StR 17/15 = NJW 2016, 2585, 2592 Tz. 60 („Nürburgring“).

¹³⁹⁶ Siehe BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15 = ZIP 2016, 2467, 2470 Tz. 31 („HSH Nordbank“); dazu oben S. 176 bei Fußnote 1086.

¹³⁹⁷ Siehe BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15 = ZIP 2016, 2467, 2470 Tz. 34 („HSH Nordbank“).

¹³⁹⁸ Siehe BGH, Urteil vom 17.7.2009 – 5 StR 394/08 = BGHSt 54, 44, 49 f. Tz. 27 f. („Berliner Stadtreinigung“); dazu oben S. 175 bei Fußnote 1077.

¹³⁹⁹ Siehe H.-F. Müller, DB 2014, 1301, 1307; Seibt/Cziupka, DB 2014, 1598, 1602.

¹⁴⁰⁰ Siehe oben S. 142 bei und nach Fußnote 897.

LITERATUR

- Abeltshauser, Thomas E.*, *Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München 1998
- Ahrendt, Christian*, *Entscheidungen unter Unsicherheit*, Berlin 2018
- Alexy, Robert*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996
- Altmeyen, Holger*, *Haftung der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft für Verletzung von Verkehrssicherungspflichten*, ZIP 1995, 881-891
- Altmeyen, Holger*, *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06*, NJW 2007, 2121
- Altmeyen, Holger*, *Wirklich keine Haftung der Bundesrepublik Deutschland im Fall Telekom?*, NJW 2008, 1553-1556
- Altmeyen, Holger*, *Zur Haftung der Organwalter einer AG bei untauglicher Sacheinlage – zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II Z R234/09 –*, in: Gerd Krieger/Marcus Lutter/Karsten Schmidt (Hrsg.), *Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag*, München 2013, S. 1-11
- Altmeyen, Holger*, *GmbHG Kommentar*, 10. Aufl., München 2021
- Armbrüster, Christian*, *Haftung der Geschäftsleiter bei Verstößen gegen § 64a VAG*, VersR 2009, 1293-1304
- Armbrüster, Christian*, *Neue Vorgaben zur Managervergütung im Versicherungssektor*, VersR 2011, 1-13
- Arnold, Arnd*, *Die Steuerung des Vorstandshandelns*, München 2007
- Arnold, Arnd*, *Die Organhaftung in Verein und Stiftung (unter besonderer Berücksichtigung des neuen §31a BGB)*, in: Rainer Hüttemann/Peter Rawert/Karsten Schmidt/Birgit Weitemeyer (Hrsg.), *Non Profit Law Yearbook 2009*, Köln 2010, S. 89-113
- Arnold, Michael*, *Verantwortung und Zusammenwirken des Vorstands und Aufsichtsrats bei Compliance-Untersuchungen*, ZGR 2014, 76-106
- Auer, Marietta*, *Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant*, AcP 208 (2008), 583-634
- Bachmann, Gregor*, *Compliance – Rechtsgrundlagen und offene Fragen –*, in: *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.)*, *Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007*, Band 13, Köln 2008, S. 65-101
- Bachmann, Gregor*, *Reformbedarf bei der Business Judgment Rule?*, ZHR 177 (2013), 1-12
- Bachmann, Gregor*, *Die Haftung des Geschäftsleiters für die Verschwendung von Gesellschaftsvermögen*, NZG 2013, 1121-1128
- Bachmann, Gregor*, *Das „vernünftige“ Vorstandsmitglied – Zum richtigen Verständnis der deutschen Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG)*, in: Mathias Habersack/Karl Huber/Gerald Spindler (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Stilz zum 65. Geburtstag*, München 2014, S. 25-44
- Bachmann, Gregor*, *Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen*, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.)*, *Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages*, Band 1, München 2014
- Bachmann, Gregor*, *Zehn Thesen zur deutschen Business Judgment Rule*, WM 2015, 105-112

- Bachmann, Gregor*, Die Beschränkung der Organhaftung nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts, ZIP 2017, 841-851
- Bachmann, Gregor*, Der Anwendungsbereich der ARAG-Doktrin, in: Michael Hoffmann-Becking/Peter Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 61-75
- Bärmann, Johannes / Pick, Eckhart*, WEG Kommentar, 13. Aufl., München 1994
- Bahrenfuss, Dirk*, Die Entstehung des Aktiengesetzes von 1965, Berlin 2001
- Balthasar, Stephan*, Rückwirkung geänderter Rechtsprechung und *prospective overruling* im Spannungsfeld von Vertrauensschutz und Richtigkeitskontrolle, in: Daphne Aichberger-Beig/Florian Aspöck/Petra Leupold/Janine Oelkers/Stefan Perner/Martin Ramharter (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2010, Vertrauen und Kontrolle und Privatrecht, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2010, S. 39-65
- Balthasar, Stephan / Hamelmann, Uwe*, Finanzkrise und Vorstandshaftung nach § 93 Abs. 2 AktG: Grenzen der Justiziabilität unternehmerischer Entscheidungen, WM 2010, 589-594
- Bar, Christian von*, Verkehrspflichten, Köln/Berlin/Bonn/München 1980
- Barz, Carl Hans / Brönnner, Herbert / Klug, Ulrich / Mellerowicz, Konrad / Meyer-Landrut, Joachim / Schilling, Wolfgang / Wiedemann Herbert / Würdinger, Hans*, Aktiengesetz Großkommentar, Band 1, Halbband 2, 3. Aufl. Berlin/New York 1973
- Basedow, Jürgen / Hopt, Klaus J. / Illmer, Martin / Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Tübingen 2009
- Bastuck, Burkhard*, Enthftung des Managements – Corporate Indemnification im amerikanischen und deutschen Recht, Köln/Berlin/Bonn/München 1986
- Bauer, Johann Paul*, „Guter Glaube“ und Rechtsirrtum, in: Günther Jahr (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Schultz, Köln/Berlin/Bonn/München 1987, S. 21-39
- Bauer, Leopold*, Zur Darlegungs- und Beweislast des Vorstands in organschaftlichen Haftungsprozessen, NZG 2015, 549-551
- Bauer, Leopold*, Keine Business Judgment Rule für Insolvenzverwalter, ZIP 2020, 2272-2278
- Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred*, GmbH-Gesetz, 14. Aufl., München 1985
- Baums, Theodor*, Der Geschäftsleitungsvertrag, Köln 1987
- Baums, Theodor*, Risiko und Risikosteuerung im Aktienrecht, ZGR 2011, 218-274
- Baur, Alexander / Holle, Maximilian Philipp*, Untreue und unternehmerische Entscheidung, ZIP 2017, 555-559
- Baur, Alexander / Holle, Maximilian Philipp*, Zur privilegierenden Wirkung der Business Judgment Rule bei Schaffung einer angemessenen Informationsgrundlage, AG 2017, 597-606
- Bayer, Walter / Engelke, Sylvia*, Die Revision des Aktienrechts durch das Aktiengesetz von 1937, in: Walter Bayer/Mathias Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Band I, Tübingen 2007, S. 619-669
- Bayer, Walter*, Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen – dargestellt am Beispiel von Kartellverstößen –, in: Georg Bitter/Marcus Lutter/Hans-Joachim Priester/Wolfgang Schön/Peter Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt, Köln 2009, S. 85-103
- Bayer, Walter / Meier-Wehrsdorfer, Annett*, Abfindungsleistungen an Manager, AG 2013, 477-488
- Bayer, Walter*, Die Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers de lege lata und de lege ferenda, GmbHR 2014, 897-907
- Bayer, Walter / Scholz, Philipp*, Vertretung durch den Aufsichtsrat nach § 112 AktG und Rechtsirrtümer im Kernbereich des Aktienrechts, ZIP 2015, 1853-1861

- Bayer, Walter / Scholz, Philipp*, Vom Dogma der Unzulässigkeit des Mitverschuldenseinwands bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, *GmbHHR* 2016, 841-852
- Becker, Michael*, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, Tübingen 1997
- Bedkowski, Dorothea*, Die Geschäftsleiterpflichten. Eine rechtsvergleichende Abhandlung zum deutschen und englischen Kapitalgesellschaftsrecht, Berlin 2006
- Behme, Casper / Zickgraf, Peter*, Rechtspflichten des Aufsichtsrats bei der Auswahl geeigneter Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat, *AG* 2015, 841-857
- Berger, Victoria Anna*, Vorstandshaftung und Beratung, Baden-Baden 2015
- Bergmann, Alfred*, Die aktuelle gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.)*, *Gesellschaftsrecht in der Diskussion* 2011, Band 17, Köln 2012, S. 1-18
- Bergmann, Alfred*, Zum Irrtum über die Rechtmäßigkeit aufgrund anwaltlicher Auskunft, in: *Friedrich Dencker/Gregor Galke/Andreas Voßkuhle (Hrsg.)*, *Festschrift für Klaus Tolksdorf*, Köln 2014, S. 11-22
- Beurskens, Michael / Fastrich, Lorenz / Haas, Ulrich / Kersting, Christian / Kraft, Julia / Noack, Ulrich / Servatius, Wolfgang*, *GmbHG*, 23. Aufl., München 2022 (zitiert als: Noack/Servatius/Haas)
- Beuthien, Volker*, Genossenschaftliche Selbstverwaltung. Hauptamt, Nebenamt oder Ehrenamt?, in: *Volker Beuthien (Hrsg.)*, *Genossenschaftsrecht: woher – wohin?*, *Marburger Schriften zum Genossenschaftswesen* 69, Göttingen 1989, S. 48-74
- Beuthien, Volker*, *Genossenschaftsgesetz*, 16. Aufl., München 2018
- Bezenberger, Tilman*, Der Vorstandsvorsitzende der Aktiengesellschaft, *ZGR* 1996, 661-673
- Bicker, Eike*, Legalitätspflicht des Vorstands – ohne Wenn und Aber?, *AG* 2014, 8-14
- Bieder, Marcus*, Grund und Grenzen der Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats bei pflichtwidrigem Vorstandshandeln, *NZG* 2015, 1178-1186
- Binder, Jens-Hinrich*, Geschäftsleiterhaftung und fachkundiger Rat, *AG* 2008, 274-287
- Binder, Jens-Hinrich*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10, *WuB II C. § 64 GmbHG* 1.12
- Binder, Jens-Hinrich*, Mittelbare Einbringung eigener Aktien als Sacheinlage und Informationsgrundlagen von Finanzierungsentscheidungen in Vorstand und Aufsichtsrat, *ZGR* 2012, 757-775
- Binder, Jens-Hinrich*, Anforderungen an Organentscheidungsprozesse in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung – Grundlage einer körperschaftsrechtlichen Entscheidungslehre?, *AG* 2012, 885-898
- Binder, Sabrina*, *Grenzen der Vorstandshaftung*, Berlin 2016
- Bitter, Georg / Bochmann, Christian / Cramer, Carsten / Crezelius, Georg / Emmerich, Volker / Hohenstatt, Klaus-Stefan / Meyer, André / Priester, Hans-Joachim / Rönnau, Thomas / Scheller, Johannes / Schmidt, Karsten / Schneider, Sven H. / Schneider, Uwe H. / Seibt, Christoph H. / Seyfarth, Georg / Tebben, Joachim / Veil, Rüdiger / Verse, Dirk A. / Westermann, Harm Peter / Wicke, Hartmut*, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 12. Aufl., Köln 2018/2020/2021 (zitiert als: Scholz)
- Blasche, Sebastian*, Auswirkungen von Verstößen gegen das KWG sowie von Abweichungen von den MaRisk auf die zivilrechtliche Haftung des Bankvorstands, *WM* 2011, 343-351
- Blaurock, Uwe*, Regelbildung und Grenzen des Rechts – Das Beispiel der Finanzkrise, *JZ* 2012, 226-234
- Blöse, Jochen*, Kommentar zu BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10, *GmbHHR* 2012, 748-750
- Blomeyer, Karl*, Zur Lehre von den Rechten des Einzelnen, in: *Kölner Rechtswissenschaftliche Fakultät (Hrsg.)*, *Festschrift für Heinrich Lehmann zum sechzigsten Geburtstag* 20. Juli 1936, Berlin 1937, S. 101-114

- Bode, Bernd K.*, Die Haftung ehrenamtlicher Vorstandsmitglieder gegenüber der Genossenschaft, in: Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e.V. (Hrsg.), Genossenschaftsrecht und Wirtschaftsrecht zwischen Tradition und Fortschritt – Festschrift für Hans-Jürgen Schaffland, Berlin 2008, S. 175-188
- Böckli, Peter*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009
- Boehme-Neßler, Volker*, Prekäre Balance: Überlegungen zum heiklen Verhältnis von Richtern und Gutachtern, RW 2014, 189-227
- Boesebeck, Ernst*, Das Weisungsrecht der Gesellschafter einer GmbH, GmbHR 1960, 118-123
- Böttcher, Lars*, Bankvorstandshaftung im Rahmen der Sub-Prime Krise, NZG 2010, 1047-1052
- Bork, Reinhard*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016
- Bork, Reinhard / Schäfer, Carsten* (Hrsg.), Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Aufl., Köln 2019
- Born, Manfred / Ghassemi-Tabar, Nima / Gehle, Burkhard* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 7 Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (Corporate Litigation), 6. Aufl., München 2020
- Borowski, Martin*, Grundrechte als Prinzipien, Baden-Baden 1998
- Brommer, Andreas*, Folgen einer reformierten Aktionärsklage für die Vorstandsinnenhaftung, AG 2013, 121-130
- Buck-Heeb, Petra*, Vertrauen auf den Rechtsrat Dritter und Wissenszurechnung bei der Anlageberatung, BKR 2011, 441-449
- Buck-Heeb, Petra*, Die Haftung von Mitgliedern des Leitungsorgans bei unklarer Rechtslage – Notwendigkeit einer Legal Judgment Rule?, BB 2013, 2247-2257
- Bürgers, Tobias / Körber, Torsten / Lieder, Jan* (Hrsg.), Aktiengesetz, 5. Aufl., Heidelberg 2021
- Bürkle, Jürgen*, Corporate Compliance – Pflicht oder Kür für den Vorstand der AG?, BB 2005, 565-570
- Bürkle, Jürgen*, Die Compliance-Praxis im Finanzdienstleistungssektor nach Solvency II, CCZ 2008, 50-56
- Bürkle, Jürgen*, Grenzen der strafrechtlichen Garantienstellung des Compliance-Officers, CCZ 2010, 4-12
- Bürkle, Jürgen*, Aufsichtsrechtliches Legal Judgment: Sachlicher Anwendungsbereich und prozedurale Voraussetzungen, VersR 2013, 792-802
- Bulgrin, Gerrit M. / Wolf, Maximilian*, „Nützliche“ Vertragsbrüche von Geschäftsleitern in Zeiten der COVID-19-Pandemie, AG 2020, 367-377
- Bunting, Nikolaus*, Konzernweite Compliance – Pflicht oder Kür?, ZIP 2012, 1542-1549
- Bunz, Thomas*, Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen durch das Geschäftsleiterermessen, Köln 2011
- Bunz, Thomas*, Ist nur vollständige Information „angemessen“? Anforderungen an den Grad der Informiertheit bei unternehmerischen Entscheidungen, Der Konzern 2012, 444-449
- Burgard, Ulrich*, Die Offenlegung von Beteiligungen, Abhängigkeits- und Konzernlagen bei der Aktiengesellschaft, Berlin 1990
- Burgard, Ulrich*, Das Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen, ZIP 2010, 358-365
- Buschbaum, Jörg / Klösel, Daniel*, Interim Management aus Sicht der arbeitsrechtlichen Vertragspraxis, NJW 2012, 1482-1485
- Buß, Thomas*, De minimis non curat lex, NJW 1998, 337-344
- Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien/New York 1991
- Cahn, Andreas*, Aufsichtsrat und Business Judgment Rule, WM 2013, 1293-1305

- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1983
- Cannivé, Klaus / Seebach, Daniel*, Vorstandsvergütung als neue Haftungsfalle für Aufsichtsratsmitglieder?, *Der Konzern* 2009, 593-601
- Casper, Matthias*, Hat die grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats im Sinne des ARAG/Garmenbeck-Urteils ausgedient?, *ZHR* 176 (2012), 617-651
- Chab, Bertin*, Anwalt des Aufsichtsrats – Anwalt als Aufsichtsrat, *AnwBl* 2013, 228-230
- Chelidonis, Apostolos*, „Legalität und Legitimation“ – Gedanken zum Verhältnis von subjektivem Recht und Rechtsmissbrauch, *JURA* 2010, 726-734
- Choper, Jesse H. / Coffee, Jr., John C. / Gilson, Ronald J.*, Cases and Materials on Corporations, 7. Aufl., Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands 2008
- Cichy, Patrick / Cziupka, Johannes*, Compliance-Verantwortung der Geschäftsleiter bei Unternehmenstätigkeit mit Auslandsbezug, *BB* 2014, 1482-1486
- Coffee, Jr., John C.*, „No Soul to Damn: No Body to Kick“: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, 79 *Mich. L. Rev.* 386-459 (1981)
- Commandeur, Anja / Römer, Alexander*, Neuere Entwicklungen im Insolvenzrecht, *NZG* 2012, 979-981
- Cox, James D. / Hazen, Thomas Lee*, Corporations, 2. Aufl., New York 2003
- Danninger, Nadja*, Organhaftung und Beweislast, Tübingen 2020
- Dauner-Lieb, Barbara*, Unternehmerische Tätigkeit zwischen Kontrolle und Kreativität, in: Georg Crezelius/Heribert Hirte/Klaus Vieweg (Hrsg.), Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag, Köln 2005, S. 83-103
- Davies, Paul L.*, Introduction to Company Law, 2. Aufl., Oxford 2010
- Decher, Christian E.*, Die Fairness Opinion in der aktien- und übernahmerechtlichen Praxis, in: Michael Hoffmann-Becking/Uwe Hüffer/Jochem Reichert (Hrsg.), Liber Amicorum für Martin Winter, Köln 2011, S. 99-116
- Decker, Andreas*, Organhaftung und Expertenrat – Umfang und Grenzen einer Haftungsvermeidung durch fachkundige Expertise –, *GmbHR* 2014, 72-78
- Deilmann, Barbara / Dornbusch, Gregor*, Drittanstellung im Konzern, *NZG* 2016, 201-208
- Deutsch, Erwin*, Irrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit, in: Horst Baumann/Helmut Schirmer/Reimer Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Karl Sieg, Karlsruhe 1976, S. 127-137
- Deutsch, Erwin*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1996
- Diekmann, Hans / Punte, Jan-Henric M.*, Aktuelles zur Drittanstellung, Drittvergütung und Haftung von Mitgliedern des AG-Vorstands, *WM* 2016, 681-687
- Dietrich, Fabian*, Der Rechtsirrtum im Kartellrecht, Diss. Bonn 2006
- Dikow, Lüben*, Die Neugestaltung des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Berlin/Leipzig 1937
- Dinter, Lasse / David, Daniel*, Das Recht hat man zu kennen – Zum Vorsatz bei bußgeldbewehrten Verstößen im Kapitalmarktrecht, *ZIP* 2017, 893-900
- Dongen, Sanne van*, Groepen van contracten, Nijmegen 2016
- Doralt, Peter / Doralt, Walter*, Rechtsvergleichung und Rezeption in der Managerhaftung, in: Peter Apathy/Raimund Bollenberger/Peter Bydlinski/Gert Iro/Ernst Karner/Martin Karollus (Hrsg.), Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag, Wien 2010, S. 565-589
- Doralt, Walter*, Managerpflichten in der englischen Limited – Companies Act Kommentar, Wien 2011
- Dose, Michael*, Aktionärsklage, D&O-Versicherung und Vorstandshaftung, Wiesbaden 2019
- Dose, Stefan*, Die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, 3. Aufl. Köln 1975
- Dreher, Meinrad*, Kartellrechtscompliance, *ZWeR* 2004, 75-106

- Dreher, Meinrad*, Überformung des Aktienrechts durch die Rechtsprechung von Straf- und Verwaltungsgerichten?, AG 2006, 213-223
- Dreher, Meinrad*, Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern, in: Barbara Dauner-Lieb/Peter Hommelhoff/Matthias Jacob/Dagmar Kaiser/Christoph Weber (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 85-107
- Dreher, Meinrad*, Nicht delegierbare Geschäftsleiterpflichten, in: Stefan Grundmann/Brigitte Haar/Hanno Merkt/Peter O. Mülberrt/Marina Wellenhofer/Harald Baum/Jan von Hein/Thomas von Hippel/Katharina Pistor/Markus Roth/Heike Schweitzer (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin/New York 2010, Band 1, S. 517-540
- Dreher, Meinrad*, Die Vorstandsverantwortung im Geflecht von Risikomanagement, Compliance und interner Revision, in: Peter Kindler/Jens Koch/Peter Ulmer/Martin Winter (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 161-177
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 3. Aufl., Tübingen 2013
- Dreier, Ralf*, Recht – Staat – Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2, Frankfurt am Main 1991
- Drüen, Klaus Dieter*, Systembildung und Systembindung im Steuerrecht, in: Rudolf Mellinghoff/Wolfgang Schön/Hermann Ulrich Viskorf (Hrsg.), Steuerrecht im Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Spindler zum 65. Geburtstag, Köln 2011, S. 29-50
- Drygala, Tim*, Die Pflicht des Managements zur Vermeidung existenzgefährdender Risiken, in: Stefan Grundmann/Brigitte Haar/Hanno Merkt/Peter O. Mülberrt/Marina Wellenhofer/Harald Baum/Jan von Hein/Thomas von Hippel/Katharina Pistor/Markus Roth/Heike Schweitzer (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin/New York 2010, Band 1, S. 541-558
- Drygala, Tim*, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 15.2.2011 – 5 U 30/10, ZIP 2011, 427-430
- Dubovitskaya, Elena*, Sind Vorstandsmitglieder einer AG wirklich Treuhänder?, NZG 2015, 983-988
- Dürr, Simon*, Die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, Taunusstein 2005
- Dworkin, Ronald*, Law's Empire, Cambridge (Mass.)/London 1986
- Ebenroth, Carsten Thomas / Lange Knut Werner*, Sorgfaltspflichten und Haftung des Geschäftsführers einer GmbH nach § 43 GmbHG, GmbHR 1992, 69-76
- Eckhoff, Rolf*, Steuerrecht ohne System, in: Gerrit Manssen/Monika Jachmann/Christoph Gröpl (Hrsg.), Nach geltendem Verfassungsrecht. Festschrift für Udo Steiner zum 70. Geburtstag, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2009, S. 118-134
- Eichenhofer, Philipp*, Rechtsmissbrauch – Zu Geschichte und Theorie einer Figur des Europäischen Privatrechts, Tübingen 2019
- Eichner, Christian / Höller, Timo*, Anforderungen an das Tätigwerden des Aufsichtsrats bei Verdacht einer Sorgfaltspflichtverletzung des Vorstands, AG 2011, 885-894
- Eisenhardt, Ulrich*, Zum Weisungsrecht der Gesellschafter in der nicht mitbestimmten GmbH, in: Otto Friedrich Freiherr von Gamm/Peter Raisch/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht – Festschrift für Gerd Pfeiffer, Köln/Berlin/Bonn/München 1988, S. 839-852
- Ehrenberg, Victor* (Hrsg.), Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band 3, I. Abteilung, Leipzig 1916
- Ellenberger, Jürgen / Götz, Isabell / Grüneberg, Christian / Herrler, Sebastian / v. Pückler, Renata / Retzlaff, Björn / Siede, Walther / Sprau, Hartwig / Thorn, Karsten / Weidenkaff, Walter / Weidlich, Dietmar / Wicke, Hartmut*, Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., München 2022 (zitiert als: Grüneberg)
- Emmerich, Volker / Habersack, Mathias*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. München 2019

- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., Stuttgart 2010
- Engert, Andreas*, Der Rechtsirrtum in der Verschuldenshaftung, in: Stefan Arnold/Stephan Lorenz (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, München 2015, S. 91-110
- Ernst, Wolfgang*, Der Beschluss als Organakt, in: Martin Häublein/Stephen Utz (Hrsg.), Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus. Liber Amicorum für Detlev Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012, Berlin/Boston 2012, S. 1-42
- Eßwein, Kilian Konstantin*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung, Frankfurt am Main 2015
- Eufinger, Alexander*, Die Regresshaftung von Vorstand und Geschäftsführer für Kartellverstöße der Gesellschaft, WM 2015, 1265-1271
- Falkenhausen, Joachim von*, Die Haftung außerhalb der Business Judgment Rule – Ist die Business Judgment Rule ein Haftungsprivileg für Vorstände?, NZG 2012, 644-651
- Fandrich, Andreas*, Haftungsbeschränkungs- und Regressverzichtsklauseln bei Vorstandsmitgliedern von Genossenschaftsbanken, in: F. Christian Genzow/Barbara Grunewald/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz – Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen, Köln 2010, S. 149-159
- Faust*, Die vorstandsinterne Delegation von Aufgaben des Risikomanagements einer Versicherungsgesellschaft nach § 64a VAG, Karlsruhe 2013
- Fehrenbach, Markus*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, Köln 2011
- Fenzl, Alexander*, Betriebspachtvertrag und Betriebsführungsvertrag – Verträge im Grenzbereich zwischen gesellschaftsrechtlichen Organisations- und schuldrechtlichen Austauschverträgen, Der Konzern 2006, 18-31
- Fest, Timo*, Darlegungs- und Beweislast bei Prognoseentscheidungen im Rahmen der Business Judgment Rule, NZG 2011, 540-542
- Fikentscher, Wolfgang*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band 4, Dogmatischer Teil, Tübingen 1977
- Fingerhut, Michael*, Kostentragung im Konflikt zwischen GmbH-Geschäftsführer und Gesellschafterversammlung, BB 2004, 237-239
- Fischbach, Jonas*, Die Haftung des Vorstands im Aktienkonzern, Baden-Baden 2009
- Fischbach, Jonas / Lüneborg, Cäcilie*, Die Organpflichten bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen im Aktienkonzern, NZG 2015, 1142-1150
- Fischer, Nicolai*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (de lege lata), Berlin 2018
- Fischer, Robert*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53, LM Nr. 1 zu § 43 GmbHG
- Fleck, Hans-Joachim*, Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 1974, 224-235
- Fleckner, Andreas M.*, Antike Kapitalvereinigungen, Köln/Weimar/Wien 2010
- Fleischer, Holger*, Unternehmensspenden und Leitungsermessen des Vorstands im Aktienrecht, AG 2001, 171-181
- Fleischer, Holger*, Die „Business Judgment Rule“ im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie, in: Rolf Wank/Heribert Hirte/Kaspar Frey/Holger Fleischer/Gregor Thüsing (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 827-849
- Fleischer, Holger*, Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, ZIP 2003, 1-11
- Fleischer, Holger*, Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen – Von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance-Organisation, AG 2003, 291-300
- Fleischer, Holger*, Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung im Aktienrecht, NZG 2003, 449-459

- Fleischer, Holger*, Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht, WM 2003, 1045-1058
- Fleischer, Holger*, Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685-692
- Fleischer, Holger*, Zur Verantwortlichkeit einzelner Vorstandsmitglieder bei Kollegialentscheidungen im Aktienrecht, BB 2004, 2645-2652
- Fleischer, Holger* (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, München 2006
- Fleischer, Holger*, Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund, CCZ 2008, 1-6
- Fleischer, Holger*, Zur ergänzenden Anwendung des Aktienrechts auf die GmbH, GmbHHR 2008, 673-682
- Fleischer, Holger*, Haftung des herrschenden Unternehmens im faktischen Konzern und unternehmerisches Ermessen (§§ 317 II, 93 I AktG) – Das UMTS-Urteil des BGH –, NZG 2008, 371-373
- Fleischer, Holger*, Kartellrechtsverstöße und Vorstandsrecht, BB 2008, 1070-1076
- Fleischer, Holger*, Zur Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht im deutschen, englischen und US-amerikanischen Aktienrecht, in: Stefan Grundmann/Christian Kirchner/Thomas Raiser/Hans-Peter Schwintowski/Martin Weber/Christiane Windbichler (Hrsg.), Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts – Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 137-155
- Fleischer, Holger*, Rechtsverlust nach § 28 WpHG und entschuldbarer Rechtsirrtum des Meldepflichtigen, DB 2009, 1335-1341
- Fleischer, Holger*, Vertrauen von Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern auf Informationen Dritter, ZIP 2009, 1397-1406
- Fleischer, Holger*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VortsAG), NZG 2009, 801-806
- Fleischer, Holger / Schmolke, Klaus Ulrich*, Klumpenrisiken im Bankaufsichts-, Investment- und Aktienrecht, ZHR 173 (2009), 649-688
- Fleischer, Holger / Wedemann, Frauke*, Kodifikation und Derogation von Richterrecht, AcP 209 (2009), 597-627
- Fleischer, Holger / Goette, Wulf* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, 3. Aufl./4. Aufl., München 2018/2019/2022
- Fleischer, Holger*, Aufsichtsratsverantwortlichkeit für die Vorstandsvergütung und Unabhängigkeit der Vergütungsberater, BB 2010, 67-73
- Fleischer, Holger*, Rechtsrat und Organwalterhaftung im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in: Peter Kindler/Jens Koch/Peter Ulmer/Martin Winter (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 187-203
- Fleischer, Holger*, Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat, NZG 2010, 121-125
- Fleischer, Holger*, Kartellrechtsverstöße und Vorstandsrecht, BB 2010, 1070-1076
- Fleischer, Holger*, Verantwortlichkeit von Bankgeschäftsleitern und Finanzmarktkrise, NJW 2010, 1504-1506
- Fleischer, Holger*, Zu rechtlichen Bedeutung der Fairness Opinion im deutschen Aktien- und Übernahmerecht, ZIP 2011, 201-211
- Fleischer, Holger*, Expertenrat und Organhaftung, KSzW 2013, 3-9
- Fleischer, Holger*, Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse: Rechtsdogmatik – Rechtsvergleichung – Rechtspolitik (Teil 2), DB 2013, 217-224

- Fleischer, Holger*, Verbotsirrtum und Vertrauen auf Rechtsrat im Europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 2013, 326-331
- Fleischer, Holger*, Das Beschlussmängelrecht in der GmbH – Rechtsdogmatik – Rechtsvergleichung – Rechtspolitik –, GmbHR 2013, 1289-1302
- Fleischer, Holger*, Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, 321-329
- Fleischer, Holger*, Ruinöse Managerhaftung: Reaktionsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda, ZIP 2014, 1305-1316
- Fleischer, Holger*, Reformperspektiven der Organhaftung: Empfiehlt sich eine stärkere Kodifizierung von Richterrecht?, DB 2014, 1971-1975
- Fleischer, Holger / Bauer, Leopold*, Von Vorstandsbezügen, Flugreisen, Festschriften, Firmensponsoring und Festessen: Vorstandshaftung für übermäßige Vergütung und „fringe benefits“, ZIP 2015, 1901-1911
- Fleischer, Holger / Bong, Sebastian / Cools, Sofie*, Spezialisierte Spruchkörper im Gesellschaftsrecht, RabelsZ 81 (2017), 608-660
- Fleischer, Holger*, Vorstandshaftung wegen pflichtwidrig unterlassener Einholung eines Zustimmungsbeschlusses des Aufsichtsrats, DB 2018, 2619-2625
- Fleischer, Holger*, Ressortverteilung zwischen GmbH-Geschäftsführern: Das Weltruf-Urteil des BGH, DB 2019, 472-478
- Flohr, Martin*, Rechtsdogmatik in England, Tübingen 2017
- Florstedt, Tim*, Zur organhaftungsrechtlichen Aufarbeitung der Finanzmarktkrise, AG 2010, 315-323
- Florstedt, Tim*, Cum/ex-Geschäfte und Vorstandshaftung – Zur Rechtweite des Vertrauensschutzes beim Rechtsirrtum, NZG 2017, 601-611
- Florstedt, Tim*, Cum/cum-Geschäfte und Vorstandshaftung – Rechtsirrtum und Rechtszweifel bei „saisonalen Aktienarbitrage“, NZG 2018, 485-493
- Foerster, Max*, Beweislastverteilung und Einsichtsrecht bei Inanspruchnahme ausgeschiedener Organmitglieder, ZHR 176 (2012), 221-249
- Forstmoser, Peter* (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 5b, 2. Aufl., Zürich 1997 (zitiert als: Zürcher Komm. OR)
- Frank, Hans* (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, Zentralverlag der NSDAP., München 1935
- Frank, Will*, Die Haftung des Geschäftsführers einer GmbH und der Geschäftsführungsorgane sonstiger juristischer Personen für Aufsichtsverschulden nach § 831 Abs. 2 BGB, BB 1975, 588-589
- Freitag, Robert*, Kurzkommentar zu OLG Stuttgart, Beschluss vom 22.7.2006 – 8 W 271/06, EWiR 2007, 257-258
- Freitag, Robert / Korch, Stefan*, Die Angemessenheit der Information im Rahmen der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG), ZIP 2012, 2281-2286
- Frels, Harro*, Die Geschäftsverteilung im Vorstand der Aktiengesellschaft, ZHR 122 (1959), 8-43
- Frels, Harro*, Überweisung von Vertretungsmacht an einzelne Mitglieder des Vorstands der Aktiengesellschaft, ZHR 122 (1959), 173-188
- French, Derek / Mayson, Stephen W. / Ryan, Christopher L.*, Mayson, French & Ryan on Company Law, 30. Aufl., Oxford 2013-2014
- Freund, Stefan*, Konturierungen der Organpflichten von Geschäftsführern und Vorständen, GmbHR 2011, 238-243
- Freund, Stefan*, Brennpunkte der Organhaftung, NZG 2015, 1419-1424

- Friauf, Karl Heinrich / Höfling, Wolfram* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Band 1, Lfg. 1/22, Berlin 2022
- Fricke, Martin*, Einmal gefehlt, für immer gefehlt? – Zu den aufsichtsrechtlichen Aspekten der Entscheidung des VG Frankfurt/M. vom 8.7.2004 VersR 2005, 57 zur Amtsenthebung von Vorständen eines Versicherungsunternehmens –, VersR 2006, 188-192
- Fuchs, Andreas / Zimmermann, Martin*, Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, JZ 2014, 838-846
- Gadow, W. / Heinichen, E. / Schmidt, E. / Schmidt, W. / Weipert, O.*, *Aktiengesetz Großkommentar*, Berlin 1939
- Gebele, Alexander / Scholz, Kai-Steffen* (Hrsg.), *Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht*, 14. Aufl., München 2022
- Geiser, Martina*, *Leitungspflichten des Vorstandes in der AG*, Hamburg 2010
- Gerner-Beuerle, Carsten*, Of Convergent Evolution and Legal Transplantation: The International Diffusion of the Duty of Care and the Business Judgment Rule, in: Gregor Bachmann/Stefan Grundmann/Anja Mengel/Kaspar Krolop (Hrsg.), *Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020*, Berlin/Boston 2020, S. 679-698
- Geßler, Ernst*, Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz, JW 1937, 497-503
- Geßler, Ernst / Hefermehl, Wolfgang / Eckardt, Ulrich / Kropff, Bruno*, *Aktiengesetz Kommentar*, Band 2, München 1974
- Geßler, Ernst*, Der Betriebsführungsvertrag im Licht der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung, in: Robert Fischer/Ernst Geßler/Wolfgang Schilling/Rolf Serick/Peter Ulmer (Hrsg.), *Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag am 18. September 1976*, München 1976, S. 263-282
- Glückner, Jochen / Müller-Tautphaeus, Ken*, Rückgriffshaftung von Organmitgliedern bei Kartellrechtsverstößen, AG 2001, 344-349
- Godin, Reinhard von / Wilhelmi, Hans*, *Aktiengesetz Kommentar*, 2. Aufl., Berlin 1950
- Godin, Reinhard von / Wilhelmi, Hans / Wilhelmi, Sylvester*, *Aktiengesetz Kommentar*, 4. Aufl., Berlin/New York 1971 (zitiert als: *v. Godin/Wilhelmi*)
- Göppert, Jan*, *Die Reichweite der Business Judgment Rule bei unternehmerischen Entscheidungen des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft*, Berlin 2010
- Goette, Wulf*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 5.7.1993 – II ZR 174/92, und OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.7.1992 – 17 U 245/91, DStR 1993, 1637-1638
- Goette, Wulf*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 8.9.1997 – II ZR 262/96, und OLG Frankfurt, Urteil vom 26.7.1996 – 8 U 216/94, DStR 1997, 1735-1737
- Goette, Wulf*, Leitung, Aufsicht, Haftung – zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: Karlmann Geiß/Kay Nehm/Hans Erich Bradner/Horst Hagen (Hrsg.), *Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof*, Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 123-142
- Goette, Wulf*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.12.2006 – II ZR 243/05, DStR 2007, 356-357
- Goette, Wulf / Habersack, Mathias / Kalss, Susanne* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 5. Aufl., München 2019/2020/2021
- Goette, Wulf*, Organisationspflichten in Kapitalgesellschaften zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZHR 175 (2011), 388-400

- Goette, Wulf, „Zur ARAG/GARMENBECK-Doktrin“, in: Michael Hoffmann-Becking/Uwe Hüfer/Jochem Reichert (Hrsg.), *Liber Amicorum für Martin Winter*, Köln 2011, S. 153-166
- Goette, Wulf, Grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats bei sorgfaltswidrig schädigendem Verhalten im AG-Vorstand?, *ZHR* 176 (2012), 588-616
- Goette, Wulf, „Zu den vom Aufsichtsrat zu beachtenden Abwägungskriterien im Rahmen seiner Entscheidung nach den ARAG/GARMENBECK-Kriterien – dargestellt am Beispiel des Kartellrechts“, in: Gerd Krieger/Marcus Lutter/Karsten Schmidt (Hrsg.), *Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag*, München 2013, S. 377-394
- Götz, Heinrich, Die Überwachung der Aktiengesellschaft im Lichte jüngerer Unternehmenskrisen, *AG* 1995, 337-353
- Golling, Hans-Joachim, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder für ihre Geschäftsführung innerhalb der nicht konzerngebundenen Aktiengesellschaft, *Diss. Köln* 1968
- Gomer, Maxim, Die Delegation von Compliance-Zuständigkeit des Vorstands einer Aktiengesellschaft, *Berlin* 2020
- Gottschalk, Eckart / Weng, Andreas, Was ist bei der Inanspruchnahme rechtlicher Beratung zu beachten? Ein Leitfaden für Geschäftsleiter, *GWR* 2013, 243-248
- Graumann, Matthias, Gesellschaftsrechtliche Anforderungen an die Informationsgrundlage unternehmerischer Entscheidungen – Versuch einer Konkretisierung unter Einbeziehung betriebswirtschaftlicher Erkenntnisse, *CCZ* 2010, 222-228
- Graumann, Matthias, Der Entscheidungsbegriff in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG – Rekonstruktion des traditionellen Verständnisses und Vorschlag für eine moderne Konzeption –, *ZGR* 2011, 293-303
- Graumann, Matthias / Engelsleben, Tobias, warum Geschäftsleiter für die Beurteilung der Informationsgrundlage von Prognosen ein regelbasiertes Verfahren benötigen, *ZCG* 2011, 69-75
- Greulich, Sven, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 15.2.2011 – 5 U 30/10; *StBW* 2011, 376-377
- Griep, Heinrich, Haftung ehrenamtlicher Vereins- und Stiftungsvorstände, *Sozialrecht aktuell* 2010, 161-168
- Grigoleit, Christoph (Hrsg.), *Aktiengesetz*, 2. Aufl., München 2020
- Groh, Jakob, Einstandspflicht und gestörte Gesamtschuld in der Vorstandshaftung, *Baden-Baden* 2020
- Grünberger, Michael / Jansen, Nils (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, Tübingen 2017
- Grünwald, Michael, Die deliktische Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers für Organisationsdefizite, *Baden-Baden* 1999
- Grundmann, Stefan, Das Verschuldensprinzip im Vertragsrecht zwischen Ethik und Markt, in: Stefan Grundmann/Christian Kirchner/Thomas Raiser/Hans-Peter Schwintowski/Martin Weber/Christiane Windbichler (Hrsg.), *Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts – Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag*, München 2009, S. 21-40
- Grunewald, Barbara / Hennrichs, Joachim, Haftungsgrundsätze für Entscheidungen unter Unsicherheit, in: Barbara Grunewald/Harm Peter Westermann (Hrsg.), *Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag*, München 2010, S. 147-159
- Grumann, Marc-Olaf / Gillmann, Michael, Abberufung und Kündigung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, *DB* 2003, 770-775
- Gsell, Beate / Krüger, Wolfgang / Lorenz, Stephan / Reymann, Christoph (Gesamthrg.), *beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB*, Stand: 01.12.2021, München 2021 (zitiert als: BeckOGK BGB)
- Haag, Oliver / Tiberius, Victor A., *Interimsmanagement – rechtliche Aspekte und Einordnung*, *NZA* 2004, 190-194

- Haas, Ulrich*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, München 1997
- Habbe, Julia Sophia / Köster, Anna-Elisabeth*, Neue Anforderungen an Vorstand und Aufsichtsrat von Finanzinstituten, BB 2011, 265-268
- Habersack, Mathias*, Gesteigerte Überwachungspflichten des Leiters eines „sachnahen“ Vorstandsresorts?, WM 2005, 2360-2364
- Habersack, Mathias*, Managerhaftung, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2009: Managerhaftung, Karlsruhe 2010, S. 5-40
- Habersack, Mathias*, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 15.2.2011 – 5 U 30/10, NJW 2011, 1234
- Habersack, Mathias*, Die Legalitätspflicht des Vorstands der AG, in: Ulrich Burgard/Walther Hadding/Peter O. Mülbart/Michael Nietsch/Reinhard Welter (Hrsg.), Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, Köln 2011, S. 429-441
- Habersack, Mathias*, Enthftung des Vorstandsmitglieds qua Anstellungsvertrag?, NZG 2015, 1297-1300
- Habersack, Mathias*, Organverantwortlichkeit und rechtmäßiges Alternativverhalten, in: Barbara Grunewald/Jens Koch/Jörgen Tielmann (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Vetter zum 70. Geburtstag, Köln 2019, S. 183-192
- Habersack, Mathias / Casper, Matthias / Löbbe, Marc* (Hrsg.), GmbHG Großkommentar, 3. Aufl., Tübingen 2019/2020/2021
- Häcker, Birke*, Das englische Common Law – Eine Einführung, JuS 2014, 872-876
- Haertlein, Lutz*, Vorstandshaftung wegen (Nicht-)Ausführung eines Gewinnverwendungsbeschlusses mit Dividendenausschüttung, ZHR 168 (2004), 437-467
- Haertlein, Lutz*, Haftung bei unbegründeter Geltendmachung vertraglicher Ansprüche, MDR 2009, 1-5
- Haidn, Carl / Fischer, Ludwig* (Hrsg.), Das Recht der NSDAP. Vorschriften-Sammlung mit Anmerkungen, Verweisungen und Sachregister, München 1937
- Halter, Ulrich*, Die Rule of Law zwischen Theorie und Praxis, Der Staat 40 (2001), 243-271
- Halter, Ulrich*, Recht als kulturelle Existenz, in: Erik Jayme (Hrsg.), Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, Heidelberg 2003, S. 15-50
- Hamann, Hanjo*, Reflektierte Optimierung oder bloße Intuition? Eine verhaltenswissenschaftliche Erwiderung zur Auslegung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, ZGR 2012, 817-834
- Hannigan, Brenda*, Company Law, 3. Aufl., Oxford 2012
- Happ, Wilhelm / Groß, Wolfgang / Möhrle, Frauke / Vetter, Eberhard* (Hrsg.), Aktienrecht, 5. Aufl., Köln 2019
- Harbarth, Stephan*, Anforderungen an die Compliance-Organisation in börsennotierten Unternehmen, ZHR 179 (2015), 136-172
- Harnos, Rafael*, Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage, Berlin 2013
- Harnos, Rafael*, Inhaltsfehler und unternehmerisches Ermessen bei Beschlüssen der Verwaltungsorgane, in: Barbara Grunewald/Jens Koch/Jörgen Tielmann (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Vetter zum 70. Geburtstag, Köln 2019, S. 215-232
- Harnos, Rafael*, Gerichtliche Kontrolldichte im Gesellschaftsrecht, Köln 2021
- Harrer, Friedrich*, Grundlagen der Organhaftung, in: Eveline Artmann/Friedrich Ruffler/Ulrich Torggler (Hrsg.), Die Organhaftung zwischen Ermessensentscheidung und Haftungsfalle, Wien 2013, S. 1-11
- Harzenetter, Tobias*, Innenhaftung des Vorstands der Aktiengesellschaft für so genannte nützliche Pflichtverletzungen: illegales Verhalten von Vorstandsmitgliedern in der Absicht, das Unternehmenswohl zu fördern, und die Haftung aus § 93 Abs. 2 AktG, Hamburg 2008

- Hasselbach, Kai / Ebbinghaus, Felix*, Anwendung der Business Judgment Rule bei unklarer Rechtslage, AG 2014, 873-883
- Hau, Wolfgang / Poseck, Roman*, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 60. Edition, Stand: 01.11.2021, München 2021 (zitiert als: BeckOK BGB)
- Hauger, Nils F. W. / Palzer, Christoph*, Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress, ZGR 2015, 33-83
- Hauschka, Christoph E.*, Corporate Compliance – Unternehmensorganisatorische Ansätze zur Erfüllung der Pflichten von Vorständen und Geschäftsführern, AG 2004, 461-480 (inkl. Checkliste zur Risikoverringerung der Geschäftsleitungstätigkeit)
- Hauschka, Christoph E. / Moosmayer, Klaus / Lösler, Thomas* (Hrsg.), Corporate Compliance, 3. Aufl., München 2016
- Hausmaninger, Herbert*, Diligentia quam in suis, in: Dieter Medicus/Hans Hermann Seiler (Hrsg.), Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 265-284
- Hawes, Douglas W. / Sherrard, Thomas J.*, Reliance on Advice of Counsel as a Defense in Corporate and Securities Cases, 62 Va. L. Rev. 1-148 (1976)
- Heermann, Peter W.*, Unternehmerisches Ermessen, Organhaftung und Beweislastverteilung, ZIP 1998, 761-769
- Heidel, Thomas*, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2020
- Heidel, Thomas / Hüfstege, Rainer / Mansel, Heinz-Peter / Noack, Ulrich* (Hrsg.), Nomos-Kommentar BGB, Band 1, 4. Aufl., Baden-Baden 2021
- Heidinger, Andreas / Leible, Stefan / Schmidt, Jessica* (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 3. Aufl. München 2017 (zitiert als: Michalski)
- Hein, Jan von*, Vom Vorstandsvorsitzenden zum CEO?, ZHR 166 (2002), 464-502
- Hein, Jan von*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, Tübingen 2008
- Heisse, Matthias*, Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, Köln 1988
- Helios, Marcus / Strieder, Thomas* (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009
- Heller, Arne*, Unternehmensführung und Unternehmenskontrolle unter besonderer Berücksichtigung der Gesamtverantwortung des Vorstands, Heidelberg 1998
- Hellgardt, Alexander*, Die deliktische Außenhaftung von Gesellschaftsorganen für unternehmensbezogene Pflichtverletzungen – Überlegungen vor dem Hintergrund des Kirch/Breuer-Urteils des BGH –, WM 2006, 1514-1522
- Hellgardt, Alexander*, Abdingbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, in: Stefan Grundmann/Brigitte Haar/Hanno Merkt/Peter O. Mülbart/Marina Wellenhofer/Harald Baum/Jan von Hein/Thomas von Hippel/Katharina Pistor/Markus Roth/Heike Schweitzer (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin/New York 2010, Band 1, S. 765-794
- Hellgardt, Alexander*, Wider die Legalitätspflicht im Kapitalgesellschaftsrecht, in: Stefan Grundmann/Hanno Merkt/Peter O. Mülbart/Harald Baum/Katharina Pistor/Andreas M. Fleckner/Markus Roth/Jan v. Hein/Heike Schweitzer/Thomas v. Hippel/Felix Steffek/Christoph Kumpan/Marina Wellenhöfer/Patrick C. Leyens (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag am 24. August 2020, Berlin/Boston 2020, S. 403-423
- Hellwig, Hans-Jürgen*, Die Finanzkrise – Fragen und Anmerkungen, in: Barbara Grunewald/Harm Peter Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 201-217

- Hellwig, Hans-Jürgen / Behme, Caspar*, Die Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat zur Einleitung des Statusverfahrens (§§ 97, 98 AktG), in: Bernd Erle/Wulf Goette/Detlef Kleindiek/Gerd Krieger/Hans-Joachim Priester/Christian Schubel/Martin Schwab/Christoph Teichmann/Carl-Heinz Witt (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 343-368
- Hellwig, Martin*, Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? – Finanzkrise und Reformbedarf, Gutachten E zum 68. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Band 1, München 2010
- Hemeling, Peter*, Organisationspflichten des Vorstands zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZHR 175 (2011), 368-387
- Henssler, Martin / Strohn, Lutz* (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2021
- Henze, Hartwig*, Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, BB 2000, 209-216
- Herwig, Michael*, Zulässigkeit und Grenzen vertraglicher Einflussnahmemöglichkeiten auf Leitungsentscheidungen des Vorstands einer Aktiengesellschaft, Berlin 2014
- Hieronymi, Johannes*, Die Haftung des aktienrechtlichen Vorstands bei Einholung externer Beratung, Köln 2017
- Hirte, Heribert*, Kapitalgesellschaftsrecht, 8. Aufl., Köln 2016
- Hirte, Heribert / Mülbart, Peter O. / Roth, Markus* (Hrsg.), Großkommentar Aktiengesetz, 5. Aufl., Berlin/München/Boston 2015
- Hölters, Wolfgang / Weber, Markus* (Hrsg.), Aktiengesetz Kommentar, 4. Aufl., München 2022
- Hoffmann-Becking, Michael* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft, 5. Aufl., München 2020
- Hoffmann-Becking, Michael*, Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand der AG, ZGR 1998, 497-519
- Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Vofßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl., München 2012
- Hofmann, Hans / Henneke, Hans-Günter* (Hrsg.), GG. Kommentar zum Grundgesetz, 15. Aufl., Köln 2021 (zitiert als: Schmidt-Bleibtreu)
- Holland, Randy J.*, Delaware Directors' Fiduciary Duties: The Focus on Loyalty, 11 University of Pennsylvania Journal of Business Law (2009), 675-701
- Holle, Philipp Maximilian*, Rechtsbindung und Business Judgment Rule, AG 2011, 778-786
- Holle, Philipp Maximilian*, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, Tübingen 2014
- Hommelhoff, Peter*, Die Konzernleitungspflicht, Köln/Berlin/Bonn/München 1982
- Hommelhoff, Peter/ Hopt, Klaus J. / Werder, Axel von* (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., Stuttgart/Köln 2009
- Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Watter, Rolf* (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht, Band 2, 4. Aufl., Basel 2012
- Hopt, Klaus J.*, Aktionärskreis und Vorstandsneutralität, ZGR 1993, 535-566
- Hopt, Klaus J.*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, in: Ulrich Immenga/Wernhard Möschel/Dieter Reuter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1996, S. 909-931
- Hopt, Klaus J.*, Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, ZIP 2013, 1793-1806

- Hoss, Juliane*, Gesamtschuldnerische Vorstandshaftung, Baden-Baden 2021
- Huber, Peter M. / Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., München 2018 (zitiert als: v. Mangoldt/Klein/Starck)
- Huber, Ulrich*, Betriebsführungsverträge zwischen selbständigen Unternehmen, ZHR 152 (1988), 1-37
- Huber, Ulrich*, Betriebsführungsverträge zwischen konzernverbundenen Unternehmen, ZHR 152 (1988), 123-164
- Huber, Ulrich*, Leistungsstörungen, Band II, Tübingen 1999
- Hübner, Ulrich*, Zur Zulässigkeit der Generalvollmacht bei Kapitalgesellschaften, ZHR 143 (1979), 1-23
- Hüffer, Uwe*, Das Leitungsermessen des Vorstands in der Aktiengesellschaft, in: Reinhard Damm (Hrsg.), Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005, Berlin 2005, S. 163-180
- Hügel, Stefan / Scheel, Jochen* (Hrsg.), Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 3. Aufl., München 2011
- Illing, Diana / Umnuß, Karsten*, Die arbeitsrechtliche Stellung des Compliance Managers – insbesondere Weisungsunterworfenheit und Reportingpflichten, CCZ 2009, 1-8
- Ihrig, Hans-Christoph*, Reformbedarf beim Haftungstatbestand des § 93 AktG, WM 2004, 2098-2107
- Ihrig, Hans-Christoph / Schäfer, Carsten*, Rechte und Pflichten des Vorstands, Köln 2014
- Immenga, Ulrich*, Die Problematik der Anfechtungsklage im GmbH-Recht, GmbHR 1973, 5-11
- Immenga, Ulrich*, Compliance als Rechtspflicht nach Aktienrecht und Sarbanes-Oxley-Act, in: Stefan Grundmann/Christian Kirchner/Thomas Raiser/Hans-Peter Schwintowski/Martin Weber/Christiane Windbichler (Hrsg.), Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts – Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 199-207
- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, 3. Aufl., Heidelberg 2010
- Jansen, Nils*, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003
- Jastrzębski, Jacek*, Corporate Directors' Liability in Polish Law, ECFR 2017, 73-93
- Joachim, Willi E.*, Der Managementvertrag, DWiR¹⁴⁰¹1992, 397-405 (Teil I) und 455-459 (Schluß)
- Jobst, Stefan / Kapoor, Sunny*, Paradoxien im Ratingsektor, WM 2013, 680-689
- Junker, Claudia / Biederbick, Jörn*, Die Unabhängigkeit des Unternehmensjuristen, AG 2012, 898-906
- Kämmerer, Axel / Kotzur, Markus* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., München 2021 (zitiert als: v. Münch/Kunig)
- Kaiser, Dagmar*, Pflichtwidriges Mangelbeseitigungsverlangen, NJW 2008, 1709-1713
- Kalb, Sebastian / Fröhlich, Martin*, Die Drittvergütung von Vorständen, NZG 2014, 167-170
- Kapp, Thomas / Gärtner, Daniel*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat bei Verstößen gegen das Kartellrecht, CCZ 2009, 168-174
- Kapp, Thomas / Hummel, Karin*, Haftung von Managern und Mitarbeitern für Unternehmensbußgelder?, ZWeR 2011, 349-360
- Karbaum, Christian*, Kartellrechts-Compliance – Mehr Fragen als Antworten nach einer Dekade intensiver Diskussion der Compliance-Verantwortung des Vorstands?, AG 2013, 863-874
- Kasalowsky, Boris*, Fiduciary duties in company law: theory and practice, Baden-Baden 2003

¹⁴⁰¹ Bei Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Aufl., Berlin/Boston 2013, S. 85, wird diese Zeitschrift als „DZWIR“ geführt.

- Katsas, Theodor*, Die Inhaltskontrolle unternehmerischer Entscheidungen von Verbandsorganen im Spannungsfeld zwischen Ermessensfreiheit und Gesetzesbindung, Berlin 2006
- Kauer, Dorothee*, Die Informationsbeschaffungspflicht des Vorstands einer AG, Baden-Baden 2015
- Kaulich, Matthias*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, Berlin 2012
- Kebekus, Frank / Zenker, Wolfgang*, Business Judgment Rule und Geschäftsleiterermessen – auch in Krise und Insolvenz?, in: Barbara Grunewald/Harm Peter Westermann (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 319-343
- Kern, Christoph A.*, Privilegiertes Business Judgment trotz Interessenkonflikts?, ZVglRWiss 112 (2013), 70-88
- Kersting, Christian*, Erforderlichkeit der Auskunft und Aktionärsrechterichtlinie, in: Gerd Krieger/Marcus Lutter/Karsten Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 651-668
- Kersting, Christian*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 5.11.2013 – II ZB 28/12, ZIP 2013, 2460-2463
- Kespohl, Annette*, Aufsichtsrat darf nur ausnahmsweise von Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder absehen, GWR 2012, 441
- Khanian, Linette Mirza*, Finanzkrise und Organhaftung, KSzW 2010, 127-136
- Kiefner, Alexander / Krämer, Lutz*, Geschäftsleiterhaftung nach ISON und das Vertrauendürfen auf Rechtsrat, AG 2012, 498-502
- Kiem, Roger*, Drittvergütung von Aufsichtsratsmitgliedern, in: Mathias Habersack/Karl Huber/Gerald Spindler (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Stilz zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 329-344
- Kinzl, Ulrich-Peter*, Wie angemessen muss „angemessene Information“ als Grundlage der Vorstandsentscheidung sein?, DB 2004, 1653-1654
- Klausing, Friedrich*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktien-Gesetz) nebst Einführungsgesetz und „Amtlicher Begründung“, Berlin 1937
- Kleindiek, Detlef*, Deliktshaftung und juristische Person, Tübingen 1997
- Kleindiek, Detlef*, Organhaftung und Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens, in: Michael Hoffmann-Becking/Peter Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 489-508
- Klöhn, Lars*, Geschäftsleiterhaftung und unternehmensinterner Rechtsrat – Wie unabhängig sind Unternehmensjuristen? –, DB 2013, 1535-1540
- Koch, Jens*, Beurteilungsspielräume bei der Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EG, ZWeR 2005, 380-395
- Koch, Jens*, Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Aktienrechts (UMAG), ZGR 2006, 769-804
- Koch, Jens*, Keine Ermessensspielräume bei der Entscheidung über die Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern, AG 2009, 93-102
- Koch, Jens*, Die Herabsetzung der Vorstandsbezüge gemäß § 87 Abs. 2 AktG nach dem VorstAG, WM 2010, 49-58
- Koch, Jens*, Beschränkungen des gesellschaftsrechtlichen Innenregresses bei Bußgeldzahlungen, in: Michael Hoffmann-Becking/Uwe Hüffer/Jochem Reichert (Hrsg.), Liber Amicorum für Martin Winter, Köln 2011, S. 327-350
- Koch, Jens*, Die Anwendung der Business Judgment Rule bei Interessenkonflikten innerhalb des Vorstands, in: Deltev Joost/Hartmut Oetker/Martin Paschke (Hrsg.), Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, München 2011, S. 403-420
- Koch, Jens*, Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429-440

- Koch, Jens*, Die schleichende Erosion der Verfolgungspflicht nach ARAG/Garmenbeck, NZG 2014, 934-942
- Koch, Jens*, Der Vorstand im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft, in: Holger Fleischer/Jens Koch/Bruno Kropff/Marcus Lutter (Hrsg.), 50 Jahre Aktiengesetz (= ZGR Sonderheft 19), Berlin/Boston 2015, S. 65-102
- Koch, Jens*, Pflichtaufgaben mit Entscheidungsspielraum, in: Barbara Dauner-Lieb/Joachim Henrichs/Martin Henssler/Thomas Liebscher/Alexander Morell/Hans-Friedrich Müller/Michael Schlitt (Hrsg.), Festschrift für Barbara Grunewald zum 70. Geburtstag, Köln 2021, S. 547-568
- Koch, Jens*, Aktiengesetz, 16. Aufl., München 2022
- Kocher, Dirk*, Zur Reichweite der Business Judgment Rule, CCZ 2009, 215-221
- Köhler, Karoline H.*, Legal Judgment Rule, Berlin/Bern/Wien 2018
- Köhn, Kai*, Der Betriebsführungsvertrag – Rechtliche Qualifikation und gesellschaftsrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen, Der Konzern 2011, 530-547
- Konow, Karl-Otto*, Probleme der Geschäftsführerhaftung bei der GmbH, GmbHR 1968, 219-222
- Korch, Stefan*, Haftung und Verhalten, Tübingen 2015
- Kort, Michael*, Verhaltensstandardisierung durch Corporate Compliance, NZG 2008, 81-86
- Kort, Michael*, Kurzkommentar zu OLG Frankfurt, Urteil vom 18.12.2007 – 5 U 177/06, EWiR 2008, 385-386
- Kort, Michael*, Compliance-Pflichten von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsmitgliedern, in: Stefan Grundmann/Brigitte Haar/Hanno Merkt/Peter O. Mülbart/Marina Wellenhofer/Harald Baum/Jan von Hein/Thomas von Hippel/Katharina Pistor/Markus Roth/Heike Schweitzer (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin/New York 2010, Band 1, S. 983-1003
- Kort, Michael*, Rechtsfragen der Compliance-Organisation von Unternehmen außerhalb spezialgesetzlich geregelter Branchen im deutschen Recht, in: Holger Altmeppen/Hanns Fitz/Heinrich Honsell (Hrsg.), Festschrift für Günter H. Roth zum 70. Geburtstag, München 2011, S. 407-422
- Kraakman, Reinier / Armour, John / Davies, Paul / Enriques, Luca / Hansmann, Henry / Hertig, Gerard / Hopt, Klaus / Kanda, Hideki / Rock, Edward*, The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach, 2. Aufl., Oxford 2009
- Kramer, Ernst A.*, Analogie und Willkürverbot, in: Juristische Abteilung der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften/St. Gallischer Juristenverein (Hrsg.), Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern/Stuttgart 1981, S. 99-129
- Kramer, Ernst A.*, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern/München/Wien 2010
- Krause, Rüdiger*, „Nützliche“ Rechtsverstöße im Unternehmen – Verteilung finanzieller Lasten und Sanktionen, BB-Special 8, 2007, 2-16
- Krebs, Christian A.*, BB-Kommentar zu BGH, Urteil vom 8.7.2014 – II ZR 174/13, BB 2014, 2512
- Krebs, Peter*, Geschäftsführerhaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, Baden-Baden 1991
- Kremer, Thomas / Klahold, Christoph*, Compliance-Programme in Industriekonzernen, ZGR 2010, 113-143
- Kremer, Thomas / Voet van Vormizeele, Philipp*, Neues Rollenverständnis für Syndikusanwälte und das Anwaltsprivileg, AG 2011, 245-254
- Kremer, Thomas*, Haftungsausschluss durch Beratung, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, Band 18, Köln 2013, S. 171-185
- Krieger, Gerd / Schneider, Uwe H.* (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl., Köln 2017

- Krieger, Gerd*, Wie viele Rechtsberater braucht ein Geschäftsleiter, ZGR 2012, 496-504
- Krieger, Gerd*, Interim Management im Vorstand der AG, in: Gerd Krieger/Marcus Lutter/Karsten Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 711-732
- Kriele, Martin*, Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1967
- Kriele, Martin*, Recht und praktische Vernunft, Göttingen 1979
- Kröger, Jens*, Korruptionsschäden, Unternehmensgeldbußen und Imageschäden, Baden-Baden 2013
- Kropff, Bruno*, Aktiengesetz. Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 (Bundesgesetzbl. I S. 1089) und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 (Bundesgesetzbl. I S. 1185) mit Begründung des Regierungsentwurfs Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages Verweisungen und Sachverzeichnis, Düsseldorf 1965
- Kumpan, Christoph*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, Tübingen 2014
- Kuntz, Thilo*, Grundlagen und Grenzen der aktienrechtlichen Leitungsautonomie, AG 2016, 101-116
- Kuntz, Thilo*, Leitungsverantwortung des Vorstands und Delegation, AG 2020, 801-819
- Kuntz, Thilo*, Geschäftsleiterhaftung bei drohender Zahlungsunfähigkeit nach StaRUG, ZIP 2021, 597-611
- Kunz, Rudolf*, Die Annahmeverantwortung von Mitgliedern des Verwaltungsrats, Zürich/Basel/Genf 2004
- Kust, Egon*, Zur Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, AG 1980, 758-765
- Lang, Johann / Weidmüller, Ludwig*, Genossenschaftsgesetz Kommentar, 40. Aufl., Berlin/Boston 2022
- Lang, Volker / Balzer, Peter*, Handeln auf angemessener Informationsgrundlage – zum Haftungsregime von Vorstand und Aufsichtsrat von Kreditinstituten, WM 2012, 1167-1174
- Langenbucher, Katja*, Vorstandshandeln und Kontrolle – Zu einigen Neuerungen durch das UMAG, DStR 2005, 2083-2090
- Langenbucher, Katja*, Vorstandshaftung und Legalitätspflicht in regulierten Branchen, ZBB 2013, 16-23
- Langenbucher, Katja*, Rechtsermittlungspflichten und Rechtsbefolgungspflichten des Vorstands – Ein Beitrag zur aktienrechtlichen Legalitätspflicht, in: Georg Bitter/Claus Ott/Herbert Schimansky (Hrsg.), Bankgeschäfte zwischen Markt, Regulierung und Insolvenz, Festschrift für Hans-Jürgen Lwowski zum 75. Geburtstag, München 2014, S. 333-347
- Larenz, Karl*, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Karl Larenz (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225-260
- Larenz, Karl*, Gemeinschaft und Rechtsstellung, DRW I (1936), 31-39
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm / Rissing-van Saan, Ruth / Tiedemann, Klaus* (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 9, 1. Teilband, 12. Aufl. 2012
- Lehmann, Michael*, Die ergänzende Anwendung von Aktienrecht auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Köln 1970
- Lenz, Tobias*, Wirtschaftskrise – Bankvorstände und D&O-Versicherung, in: F. Christian Genzow/Barbara Grunewald/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz – Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen, Köln 2010, S. 469-488
- Lepsius, Oliver*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen 2008, S. 1-49
- Lepsius, Susanne*, Personalisierungstendenzen beim Verein und bei der Wohnungseigentümergeinschaft, JZ 2006, 998-1004

- Leyendecker, Hans / Ott, Klaus*, Schwäbische Untugend, Süddeutsche Zeitung, Nr. 159 vom 13.7.2017, S. 2.
- Leyens, Patrick C.*, Information des Aufsichtsrats, Tübingen 2006
- Liebscher, Thomas / Ott, Nicolas*, Die Regulierung der Finanzmärkte – Reformbedarf und Regelungsansätze des deutschen Gesetzgebers im Überblick, NZG 2010, 841-846
- Lieder, Jan*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, Jena 2006
- Liese, Jens*, Much Adoe About Nothing? oder: Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft verpflichtet, eine Compliance-Organisation zu implementieren?, BB-Special 5.2008, 17-22
- Lindacher, Walter F.*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers und Einwand des Auswahl- und Überwachungsmitverschuldens – BGH, NJW 1983, 1856, JuS 1984, 672-675
- Linden, Klaus von der*, Teile und herrsche – auch als Geschäftsführer, NJW 2019, 1039-1041
- Linnertz, Anja*, Die Delegation durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft, Berlin 2020
- Linnerz, Markus*, Kurzkommentar zu OLG Frankfurt, Urteil vom 15.2.2011 – 5 U 30/10, EWiR 2011, 203-204
- Löbbe, Marc / Fischbach, Jonas*, Die Business Judgment Rule bei Kollegialentscheidungen des Vorstands, AG 2014, 717-729
- Löffler, Joachim*, Betriebsführungsverträge mit Personengesellschaften, NJW 1983, 2920-2923
- Lohse, Andrea*, Unternehmerisches Ermessen, Tübingen 2005
- Longstreth, Bevis*, Reliance on Advice of Counsel as a Defense to Securities Law Violations, 37 Bus. Law. 1185-1197 (1982)
- Lorenz, Dirk / Pospiech, Lutz*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern in Zeiten moderner Corporate Governance, NZG 2011, 81-86
- Lotz, Christian Martinho*, Haftung des Vorstands der Aktiengesellschaft, Hamburg 2013
- Lowry, John / Reisberg, Arad*, Pettet's Company Law: Company Law & Corporate Finance, 4. Aufl., Harlow/London/New York/u.a. 2012
- Lücke, Oliver* (Hrsg.), Beck'sches Mandatshandbuch Vorstand der AG, 2. Aufl., München 2010
- Lutter, Marcus*, Gefahren persönlicher Haftung für Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH, DB 1994, 129-135
- Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter* (Hrsg.), GmbHG Kommentar, 20. Aufl., Köln 2020
- Lutter, Marcus / Krieger, Gerd*, Hilfspersonen von Aufsichtsratsmitgliedern, DB 1995, 257-260
- Lutter, Marcus*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Köln/Berlin/München 2006
- Lutter, Marcus*, Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841-848
- Lutter, Marcus*, Bankenkrise und Organhaftung, ZIP 2009, 197-201
- Mand, Beate*, Die Geschäftsführerhaftung nach § 43 II GmbHG und die Möglichkeit privatautonomer Begrenzungen, Baden-Baden 2004
- Martens, Klaus-Peter*, Der Grundsatz gemeinsamer Vorstandsverantwortung, in: Reinhard Goerdeler/Peter Hommelhoff/Marcus Lutter/Herbert Wiedemann (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag am 30. Januar 1988, Berlin/New York 1988, S. 191-208
- Martens, Klaus-Peter*, Aktienrechtliche Probleme des Ausstiegs aus der Kernenergie, in: Reinhard Goerdeler/Peter Hommelhoff/Marcus Lutter/Walter Odersky/Herbert Wiedemann (Hrsg.), Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag am 29. November 1990, Berlin/New York 1991, S. 271-298
- Mayer, Bernd R.*, Die aktienrechtliche Organhaftung – Reform durch juristische Methodik oder gesetzgeberisches Handeln?, NZG 2014, 1208-1211

- Mayer, Jörg*, Der Rechtsirrtum und seine Folgen im bürgerlichen Recht, Bielefeld 1989
- Mayer-Maly, Theo*, Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Probleme des Privatrechts, AcP 170 (1970), 133-180
- Mayer-Maly, Theo*, Error iuris, in: Herbert Miehlser/Erhard Mock (Hrsg.), Ius humanitatis – Festschrift für Alfred Verdross zum 90. Geburtstag, Berlin 1980, S. 147-170
- Medicus, Dieter*, Schuldrecht, 1. Aufl., München 1981
- Mehrbrey, Kim Lars* (Hrsg.), Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, 3. Aufl., Köln 2020
- Melot de Beauregard, Paul / Baur, Maximilian*, Der Vertrag mit dem Interim Manager – Befristung, Haftung und Vergütung –, DB 2017, 2033-2038
- Merk, Walther*, Vom Werden und Wesen des deutschen Rechts, 3. Aufl., Langensalza 1935
- Merkt, Hanno*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2013
- Merkt, Hanno / Mylich, Falk*, Einlage eigener Aktien und Rechtsrat durch den Aufsichtsrat, NZG 2012, 525-530
- Merkt, Hanno*, Compliance und Risikofrüherkennung in kleinen und mittleren Unternehmen, ZIP 2014, 1705-1714
- Mertens, Hans-Joachim*, Politisches Programm in der Satzung der Aktiengesellschaft?, NJW 1970, 1718-1724
- Mertens, Hans-Joachim*, Verkehrspflichten und Deliktsrecht, VersR 1980, 397-408
- Mertens, Hans-Joachim*, Zur Auslegung und zum Verhältnis von § 76 Abs. 1 und § 58 AktG im Hinblick auf uneigennützige soziale Aktivitäten der Aktiengesellschaft, in: Hans Havermann (Hrsg.), Bilanz- und Konzernrecht – Festschrift für Reinhard Goerdeler, Düsseldorf 1987, S. 349-360
- Mertens, Hans-Joachim*, Schadensersatzhaftung des Aufsichtsrats bei Nichtbeachtung der Regeln des ARAG-Urteils über die Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern?, in: Georg Bitter/Marcus Lutter/Hans-Joachim Priester/Wolfgang Schön/Peter Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt, Köln 2009, S. 1183-1195
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958
- Metz, Florian*, Die Organhaftung bei der monistisch strukturierten Europäischen Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland, Baden-Baden 2009
- Meyer, Andreas*, Finanzmarktkrise und Organhaftung, CCZ 2011, 41-47
- Meyer, E. H.*, Anmerkung zu Reichsgericht, Urteil vom 26. September 1930; 520/29 II – Celle, JW 1931, 40-43
- Meyer, Susanne*, Compliance-Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern – Legalitätsprinzip und Risikomanagement, DB 2014, 1063-1068
- Mielke, Werner*, Die Abberufung von Vorstandsmitgliedern wegen Vertrauensentzugs durch die Hauptversammlung – beweis- und verfahrensrechtliche Fragen, BB 2014, 1035-1038
- Möllers, Thomas M. J. / Wecker, Christine*, Regulierung von Ratingagenturen in der Europäischen Union, ZRP 2012, 106-109
- Möslein, Florian*, Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im marktoffenen Verband, Berlin 2007
- Möslein, Florian*, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht: Unternehmensleitung durch Algorithmen und künstliche Intelligenz?, ZIP 2018, 204-212
- Müller, Friedrich / Christensen, Ralph*, Juristische Methodik, Band 1, 10. Aufl., Berlin 2009
- Müller, Hans-Friedrich*, Geschäftsleiterhaftung wegen Insolvenzverschleppung und fachkundige Beratung, NZG 2012, 981-983
- Müller, Hans-Friedrich*, Geschäftsleiterhaftung und Vertrauen auf fachkundigen Rat, DB 2014, 1301-1307

- Müller, Welf*, Bilanzentscheidungen und Business Judgment Rule, in: Michael Hoffmann-Becking/
Rüdiger Ludwig (Hrsg.), Liber amicorum Wilhelm Happ, Köln/Berlin/München 2006, S. 179-199
- Müller-Gugenberger, Christian*, Bemerkungen zur 'societas leonina'. Fabelhaftes im Gesellschaftsrecht,
in: Ulrich Klug/Thilo Ramm/Fritz Rittner/Burkhard Schmiedel (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie,
Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger, Berlin/
Heidelberg/New York 1978, S. 274-285
- Müller-Mall, Sabine*, Performative Rechtserzeugung, Weilerswist 2012
- Müller-Michaels, Olaf / Wingenter, Eugen*, Die Wiederbelebung der Sonderprüfung durch die Finanzkri-
se: IKB und die Folgen, AG 2010, 903-910
- Mussche, Maarten*, Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling, Rotterdam 2011
- Mutter, Stefan*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesell-
schaft, Köln 1994
- Neher, Florian*, Innergesellschaftliche Haftung für die Verletzung von Sorgfaltspflichten und Durch-
griffshaftung bei Kapitalgesellschaften. Ein deutsch-nordischer Rechtsvergleich (DK, N, S), Ba-
den-Baden 2011
- Nida-Rümelin, Julian*, Strukturelle Rationalität, Stuttgart 2001
- Nida-Rümelin, Julian*, Über menschliche Freiheit, Stuttgart 2005
- Nida-Rümelin, Julian*, Philosophie und Lebensform, Frankfurt am Main 2009
- Nida-Rümelin, Julian*, Verantwortung, Stuttgart 2011
- Niedenführ, Werner / Schmidt-Räntsch, Johanna / Vandenhouten, Nicole*, WEG – Kommentar und Hand-
buch zum Wohnungseigentumsrecht, 13. Aufl., Bonn 2020
- Nietsch, Michael*, Überwachungspflichten bei Kollegialorganen, ZIP 2013, 1449-1456
- Nietsch, Michael*, Geschäftsleiterermessen und Unternehmensorganisation bei der AG, ZGR 2015, 631-
666
- Nietsch, Michael*, Compliance-Risikomanagement als Aufgabe der Unternehmensleitung, ZHR 180
(2016), 733-775
- Noack, Ulrich*, Haftungsmilderung für ehrenamtliche GmbH-Geschäftsführer?, GmbHR 2010, R 81
- Oltmanns, Martin*, Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen, Frankfurt am
Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2001
- Orth, Jan F.*, Entlastung ehrenamtlicher Vereinsvorstände durch § 31a BGB, SpuRt 2010, 2-4
- Paefgen, Walter G.*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, Köln
2002
- Paefgen, Walter G.*, Die Inanspruchnahme pflichtvergessener Vorstandsmitglieder als unternehmeri-
sche Ermessensentscheidung des Aufsichtsrats, AG 2008, 761-769
- Paefgen, Walter G.*, Die Darlegungs- und Beweislast bei der Business Judgment Rule, NZG 2009, 891-
896
- Paefgen, Walter G.*, Organhaftung: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, AG 2014, 554-584
- Paefgen, Walter G.*, „Compliance“ als gesellschaftsrechtliche Organpflicht?, WM 2016, 433-444
- Paefgen, Walter G. / Wallisch, Kai*, Die Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) – gesellschafts-
rechtliche Magna Carta Libertatum, in: Michael Hoffmann-Becking/Peter Hommelhoff (Hrsg.),
Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 675-699

- Parisius, Rudolf / Crüger, Hans / Crecelius, Adolf / Citron, Fritz*, Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften – Kommentar, 12. Aufl., Berlin/Leipzig 1932
- Pauschinger, Philipp*, Vorstandshaftung und Vertraulichkeit, Baden-Baden 2020
- Peters, Kai*, Angemessene Informationsbasis als Voraussetzung pflichtgemäßen Vorstandshandelns, AG 2010, 811-817
- Petersen, Niels*, Gesetzgeberische Inkonsistenz als Beweiszeichen, AöR 138(2013), 108-134
- Piepenbrock, Dina*, „Defense of Reliance“ im deutschen Aktienrecht, Hamburg 2013
- Pinner, Albert*, Anmerkung zu Reichsgericht, Urteil vom 13.4.1920, 473/19 II – JW 1920, 1032-1033
- Piper, Bernd*, Die Haftung von ehrenamtlich tätigen Organen und § 31a BGB, WM 2011, 2211-2216
- Pöhlmann, Peter / Fandrich, Andreas / Bloehs, Joachim*, Genossenschaftsgesetz, 4. Aufl., München 2012
- Poelzig, Dörte / Thole, Christoph*, Kollidierende Geschäftsleiterpflichten, ZGR 2010, 836-867
- Poertzgen, Christoph*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06, DZWIR 2007, 429-431
- Prassl, Jeremias*, The Concept of the Employer, Oxford 2015
- Preston, Thomas L.*, Advice of Counsel as a Defense, 28 Va. L. Rev. 26-49 (1942)
- Priester, Hans-Joachim*, Satzungsvorgaben zum Vorstandshandeln – Satzungsautonomie contra Leitungsautonomie, in: Peter Kindler/Jens Koch/Peter Ulmer/Martin Winter (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 777-788
- Priester, Hans-Joachim*, Betriebsführungsverträge im Aktienkonzern – organisationsrechtliche Instrumente, in: Bernd Erle/Wulf Goette/Detlef Kleindiek/Gerd Krieger/Hans-Joachim Priester/Christian Schubel/Martin Schwab/Christoph Teichmann/Carl-Heinz Witt (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 875-889
- Primaczenko, Vladimir*, Eigene Aktien der Gesellschaft können nicht als Sacheinlage eingebracht werden, GWR 2011, 518
- Radin, Stephen A.*, The Business Judgment Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors, Band 1, 6. Aufl., Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands 2009
- Rahlmeyer, Niklas*, Vorstandshaftung zwischen traditionellem deutschen Aktienrecht und kapitalmarktorientierter Corporate Governance, Baden-Baden 2010
- Rahlmeyer, Niklas / Gömöry, Christine*, Der unternehmerische Ermessensspielraum (§ 93 I 2 AktG) bei Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern, NZG 2014, 616-620
- Randow, Philipp von*, Derivate und Corporate Governance, ZGR 1996, 594-641
- Raupach, Arndt*, Schuldvertragliche Verpflichtungen anstelle beteiligungsgestützter Beherrschung, in: Harm Peter Westermann/Klaus Mock (Hrsg.), Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag am 13. März 2000, Berlin/New York 2000, S. 327-358
- Redeke, Julian*, Auswirkungen des UMAG auf die Verfolgung von Organhaftungsansprüchen seitens des Aufsichtsrats?, ZIP 2008, 1549-1557
- Redeke, Julian*, Zu den Organpflichten bei bestandsgefährdenden Risiken, ZIP 2010, 159-167
- Redeke, Julian*, Zur gerichtlichen Kontrolle der Angemessenheit der Informationsgrundlage im Rahmen der Business Judgment Rule nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, ZIP 2011, 59-64
- Redeke, Julian*, Kurzkomentar zu LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10, EWiR 2012, 645-646
- Redeke, Julian*, Zur gesellschaftsrechtlichen Beratung durch die Konzernrechtsabteilung, AG 2018, 381-388
- Reichert, Jochem / Ott, Nicolas*, Non Compliance in der AG – Vorstandspflichten im Zusammenhang mit der Vermeidung, Aufklärung und Sanktionierung von Rechtsverstößen, ZIP 2009, 2173-2180

- Reichert, Jochem*, Das Prinzip der Regelverfolgung von Schadensersatzansprüchen nach „ARAG/Garmenbeck“, in: Bernd Erle/Wulf Goette/Detlef Kleindiek/Gerd Krieger/Hans-Joachim Priester/Christian Schubel/Martin Schwab/Christoph Teichmann/Carl-Heinz Witt (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 907-926
- Reichert, Jochem*, Corporate Compliance und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Gerd Krieger/Marcus Lutter/Karsten Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 943-963
- Rehbinder, Eckard*, Rechtliche Schranken der Erstattung von Bußgeldern an Organmitglieder und Angestellte, ZHR 148 (1984), 555-578
- Reuter, Alexander*, Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Konzernanstellungsverträgen, AG 2011, 274-282
- Reuter, Dieter*, Zur Vereinsrechtsreform 2009, NZG 2009, 1368-1373
- Rieble, Volker*, Betriebsführungsvertrag als Gestaltungsinstrument, NZA 2010, 1145-1150
- Rieger, Katja*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands, Jena 2012
- Ringleb, Kenrik-Michael / Kremer, Thomas / Lutter, Marcus / v. Werder, Axel*, Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 4. Aufl., München 2010
- Ritter, Carl / Ritter, Justus*, Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin/München 1939
- Rittner, Fritz*, Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht, in: Josef Esser/Hans Thieme (Hrsg.), Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, Tübingen 1967, S. 391-422
- Röhl, Klaus F. / Röhl, Hans Christian*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln/München 2008
- Röhling, Andreas*, Die Zukunft des Kartellverbots in Deutschland nach In-Kraft-Treten der neuen EU-Verfahrensrechtsordnung, GRUR 2003, 1019-1025
- Rönnau, Thomas*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06, JZ 2008, 46-50
- Rogge, Ingo*, Selbständige Verkehrspflichten bei Tätigkeiten im Interesse Dritter, Köln/Berlin/Bonn/München 1997
- Rokas, Alexandros N.*, Reliance on Experts from a Corporate Law Perspective, 2 American University Business Law Review (2013), 323-351
- Roth, Markus*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands, München 2001
- Roth, Markus*, Das unternehmerische Ermessen des Vorstands, BB 2004, 1066-1069
- Roth, Gregor*, Zur Haftung im Ehrenamt gemäß § 31a BGB, npoR 2010, 1-5
- Rottkemper, Michael*, Deliktische Außenhaftung der Leitungsorganmitglieder rechtsfähiger Körperschaften, Frankfurt am Main 1996
- Rubner, Daniel*, Anforderungen an Vergütungssysteme im Finanzsektor, NZG 2010, 1288-1291
- Rudolph, Bernd*, Lehren aus den Ursachen und dem Verlauf der internationalen Finanzkrise, zfbf 60 (2008), 713-741
- Rüthers, Bernd*, Die unbegrenzte Auslegung, 6. Aufl., Tübingen 2005
- Rüthers, Bernd / Fischer, Christian / Birk, Axel*, Rechtslehre, 9. Aufl., München 2016
- Ruoff, Michael*, Die Second Opinion bei M&A-Transaktionen, Der Aufsichtsrat 2012, 131-133
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl., München 2021
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl./9. Aufl., München 2019/2020/2021
- Sander, Julian / Schneider, Stefan*, Die Pflicht der Geschäftsleiter zur Einholung von Rat, ZGR 2013, 725-759

- Sandmann, Bernd*, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, Tübingen 2001
- Schäfer, Achim / Zeller, Ulrich*, Finanzkrise, Risikomodelle und Organhaftung, BB 2009, 1706-1711
- Schäfer, Carsten*, Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG, ZIP 2005, 1253-1259
- Schäfer, Carsten*, Vorstandspflichten bei Compliance-Organisation und internen Untersuchungen, in: Michael Hoffmann-Becking/Peter Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 779-788
- Schaub, Peter / Schaub, Michael*, Ratingurteile als Entscheidungsgrundlage für Vorstand und Abschlussprüfer?, ZIP 2013, 656-664
- Schiessl, Maximilian*, Gesellschafts- und mitbestimmungsrechtliche Probleme der Spartenorganisation (Divisionalisierung), ZGR 1992, 64-86
- Schiessl, Maximilian*, Fairness Opinions im Übernahme- und Gesellschaftsrecht, ZGR 2003, 814-852
- Schippers, Josef Christian*, Organvertretende Generalvollmachten – Zulässigkeitsgrenzen von „shared legal services“ im GmbH-Konzern –, DNotZ 2009, 353-374
- Schlechtriem, Peter*, Schadensersatzhaftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, in: Karl Kreuzer (Hrsg.), Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, Baden-Baden 1991, S. 9-78
- Schlegelberger, Franz / Quassowski, Leo / Herbig, Gustav / Gefßler, Ernst / Hefermehl, Wolfgang*, Aktiengesetz Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1939
- Schlimm, Katrin*, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft, Baden-Baden 2009
- Schmidt, Karsten*, „Insichprozesse“ durch Leistungsklagen in der Aktiengesellschaft?, ZJP 92 (1979), 212-237
- Schmidt, Karsten*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2002
- Schmidt, Karsten / Lutter, Marcus* (Hrsg.), Aktiengesetz Kommentar, 4. Aufl., Köln 2020
- Schmidt, Karsten*, Betriebspacht, Betriebsüberlassung und Betriebsführung im handelsrechtlichen Stresstest, in: Gerd Krieger/Marcus Lutter/Karsten Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 1053-1070
- Schmidt, Uwe*, Überlegungen zur Beweislastverteilung bei Organhaftungsansprüchen, in: Burkhard Gehle/Heribert Hirte/Daniel Lochner (Hrsg.), Festschrift für Thomas Heidel, Baden-Baden 2021, S. 733-750
- Schmidt-Leithoff, Christian* (Hrsg.), GmbHG Kommentar, 6. Aufl., München 2017 (zitiert als: Rowedder/Schmidt-Leithoff)
- Schmieder, Philipp*, De minimis non curat praetor, ZJP 120 (2007), 199-217
- Schmoeckel, Mathias / Rückert, Joachim / Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band 2, 1. Teilband, Tübingen 2007
- Schneider, H.*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53, GmbHR 1954, 77
- Schneider, Sven H.*, „Unternehmerische Entscheidungen“ als Anwendungsvoraussetzungen für die Business Judgment Rule, DB 2005, 707-712
- Schneider, Uwe H.*, Gesellschaftsrechtliche und öffentlich-rechtliche Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unternehmensorganisation, DB 1993, 1909-1915
- Schneider, Uwe H. / Brouwer, Tobias*, Die straf- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für die Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung, ZIP 2007, 1033-1042

- Schneider, Uwe H.*, Die Haftung von Mitgliedern des Vorstands und der Geschäftsführer bei Vertragsverletzungen der Gesellschaft, in: Peter Kindler/Jens Koch/Peter Ulmer/Martin Winter (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 905-916
- Schneider, Uwe H.*, Anwaltlicher Rat zu unternehmerischen Entscheidungen bei Rechtsunsicherheit, DB 2011, 99-103
- Schneider, Uwe H. / Schneider, Sven H.*, Managerhaftung im Vertragskonzern, in: Michael Hoffmann-Becking/Peter Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 853-863
- Schnieders, Ferit*, Haftungsfreiräume für unternehmerische Entscheidungen in Deutschland und Italien, Köln/München 2009
- Schnorbus, York / Ganzer, Felix*, Recht und Praxis der Prüfung und Verfolgung von Vorstandsfehlverhalten durch den Aufsichtsrat, Teil I und II, WM 2015, 1832-1844 und 1877-1886
- Schön, Stephan / Cortez, Benjamin*, Finanzmarktkrise als Vertrauenskrise, IRZ 2009, 11-17
- Schönbrod, Wolfgang*, Die Organstellung von Vorstand und Aufsichtsrat in der Spartenorganisation, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1987
- Schöpflin, Martin*, Neuerungen im Vereinsrecht, Rpfleger 2010, 349-355
- Scholl, Bernd*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, Baden-Baden 2015
- Scholz, Philipp*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, Jena 2014
- Scholz, Philipp*, Die Haftung bei Verstößen gegen die Business Judgment Rule, AG 2015, 222-231
- Scholz, Philipp*, Rechtmäßiges Alternativverhalten bei der Verletzung von Zustimmungsvorbehalten und Berichtspflichten, AG 2020, 453-461
- Scholz, Philipp*, Die Krisenpflichten von Geschäftsleitern nach Inkrafttreten des StaRUG, ZIP 2021, 219-231
- Schraud, Angélique*, Compliance in der Aktiengesellschaft, Baden-Baden 2019
- Schröder, Christian*, Kommentar zu BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06, GmbHR 2007, 759-762
- Schroeter, Ulrich G.*, Ratings – Bonitätsbeurteilungen durch Dritte im System des Finanzmarkt-, Gesellschafts- und Vertragsrechts, Tübingen 2014
- Schubert, Werner / Hommelhoff, Peter* (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht. Eine Sammlung von Texten und Quellen zur Aktienrechtsreform 1884 mit zwei Einführungen (= ZGR Sonderheft 4), Berlin/New York 1985
- Schult, Ludger / Nikoleyczik, Tobias*, Geschäftsführer muss auf unverzügliche Vorlage des Prüfungsergebnisses eines zur Prüfung der Insolvenzzureife hinzugezogenen Experten hinwirken, GWR 2012, 270
- Schulz-Schaeffer, Rudolf*, Persönlichkeitsrecht und Rechtserneuerung, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät Marburg (Hrsg.), Beiträge zur Neugestaltung des Deutschen Rechts, Festgabe zum 70. Geburtstag des o. Professors Dr. jur. Dr. phil. Dr. rer. pol.h.c. Erich Jung, N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, Marburg 1937, S. 193-211
- Schwark, Eberhard*, Spartenorganisation in Großunternehmen und Unternehmensrecht, ZHR 142 (1978), 203-227
- Schwarz, Günter Christian*, Die Gesamtvertreterermächtigung – Ein zivil- und gesellschaftsrechtliches Rechtsinstitut, NZG 2001, 529-539
- Schwarz, Günter Christian*, Rechtsfragen der Vorstandsermächtigung nach § 78 Abs. 4 AktG, ZGR 2001, 744-781
- Schwarz, Volker*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10, CCZ 2013, 37-38

- Seibt, Christoph H. / Cziupka, Johannes*, 20 Thesen zur Compliance-Verantwortung im System der Organhaftung aus Anlass des Siemens-Neubürger-Urteils, DB 2014, 1598-1602
- Seibt, Christoph H. / Cziupka, Johannes*, Rechtspflichten und Best Practices für Vorstands- und Aufsichtsrats handeln bei der Kapitalmarkt-Compliance, AG 2015, 93-109
- Seibt, Christoph H.*, 20 Thesen zur Binnenverantwortung im Unternehmen im Lichte des reformierten Kapitalmarktsanktionsrechts, NZG 2015, 1097-1103
- Seibt, Christoph H.*, Bewältigung von Normkonflikten durch Vorstandsmitglieder, ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, S. 73-78
- Selter, Wolfgang*, Haftungsrisiken von Vorstandsmitgliedern bei fehlendem und von Aufsichtsratsmitgliedern bei vorhandenem Fachwissen, AG 2012, 11-20
- Semler, Johannes*, Mitverantwortung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft für die eigenen Vergütungen, in: Michael Hoffmann-Becking/Rüdiger Ludwig (Hrsg.), Liber amicorum Wilhelm Happ, Köln/Berlin/München 2006 S. 277-294
- Servatius, Wolfgang* (Hrsg.), Corporate Litigation, 2. Aufl., Köln 2021
- Sethe, Rolf*, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 165-201
- Seyfarth, Georg*, Vorstandsrecht, Köln 2016
- Siebert, Wolfgang*, Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs, in: Karl Larenz (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 189-224
- Siebert, Wolfgang*, Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung, DRW I (1936), 23-31
- Simon, Stefan / Merkelbach, Matthias*, Organisationspflichten des Vorstands betreffend das Compliance-System – Der Neubürger-Fall, AG 2014, 318-321
- Sobotta, Jan / Cube, Nicolai von*, Die Haftung des Vorstands für das Stiftungsvermögen, DB 2009, 2082-2088
- Soergel, Hans Theodor*, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln 1990
- Spielbauer, Thomas / Then, Michael*, WEG Kommentar, 3. Aufl., Berlin 2017
- Spindler, Gerald*, Unternehmensorganisationspflichten, Köln/Berlin/Bonn/München 2001
- Spindler, Gerald*, Haftung und Aktionärsklage nach dem neuen UMAG, NZG 2005, 865-872
- Spindler, Gerald*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, in: Andreas Heldrich/Jürgen Prölss/Ingo Koller/Katja Langenbacher/Hans Christoph Grigoleit/Johannes Hager/Felix Christopher Hey/Jörg Neuner/Jens Petersen/Reinhard Singer (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, Band 2, München 2007, S. 403-428
- Spindler, Gerald*, Sonderprüfung und Pflichten eines Bankvorstands in der Finanzkrise, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – 6 W 45/09 – IKB, NZG 2010, 281-285
- Spindler, Gerald*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern – Vorabzustimmung oder nachträgliche Genehmigung?, NZG 2011, 334-337
- Spindler, Gerald*, Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Sicht, AG 2013, 889-904
- Spindler, Gerald / Stilz, Eberhard* (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Aktienrecht, Stand: 01.09.2021, München 2021 (zitiert als: BeckOGK AktG)
- Staahe, Marco*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09, LMK 2011, 326141
- Staudinger, Julius v.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitungen 2017/2019/2020, Berlin 2017/2019/2020

- Steber, Tobias*, Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur Enthaltung von Vorstandsmitgliedern bei Einholung von Rechtsrat, DStR 2015, 2391-2395
- Stein, Michael*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.12.2006 – II ZR 243/05, DZWIR 2007, 329-330
- Stengel, Arndt*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09, WuB II A. § 93 AktG 1.12
- Stenzel, Roman*, Drittanstellung, Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats und Haftung bei einem Rechtsirrtum, Der Konzern 2015, 356-361
- Steuber, Elgin*, Compliance – moving target, in: Bernd Erle/Wulf Goette/Detlef Kleindiek/Gerd Krieger/Hans-Joachim Priester/Christian Schubel/Martin Schwab/Christoph Teichmann/Carl-Heinz Witt (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 1165-1180
- Stoll, Heinrich / Felgentraeger, Wilhelm*, Vertrag und Unrecht, 1. Halbband, 4. Aufl., Tübingen 1944
- Strine, Leo E. / Hamermesh, Lawrence A. / Balotti, R. Franklin / Gorris, Jeffrey M.*, Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law, 98 Georgetown Law Journal 629-696 (2010)
- Strohn, Lutz*, Beratung der Geschäftsleitung durch Spezialisten als Ausweg aus der Haftung?, ZHR 176 (2012), 137-143
- Strohn, Lutz*, Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, 177-184
- Teichmann, Robert / Koehler, Walter*, Aktiengesetz Kommentar, 3. Aufl., Heidelberg 1950
- Terwedow, Nicole / Kļaviņa, Zane*, Inwieweit dürfen sich Vorstand, Aufsichtsrat und Abschlussprüfer auf Ratings erworbener Finanzprodukte verlassen? Der Konzern 2012, 535-547
- Thamm, Robert*, Die rechtliche Verfassung des Vorstands der AG, Berlin 2008
- Thaten, Marlen*, Die Ausstrahlung der Aufsichts- auf das Aktienrecht am Beispiel der Corporate Governance von Banken und Versicherungen, Berlin 2016
- Theiselmann, Rüdiger*, Gesellschaftsrechtliche Aspekte des Abschlusses von Drittanstellungsverträgen mit Interimsmanagern, ZIP 2015, 1712-1714
- Theisen, Manuel R.*, Musste die Titanic wirklich untergehen ... – oder hätte ein Gutachten das Drama verhindern können?, BB 2012, Heft 38, I
- Thiessen, Jan*, Haftung des Aufsichtsrats für Zahlungen nach Insolvenzreife, ZGR 2011, 275-292
- Thiessen, Jan*, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsrechtler im Schatten der NS-Vergangenheit, in: Manfred Görtemaker/Christoph Safferling (Hrsg.), Die Rosenberg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit – eine Bestandsaufnahme, 2. Aufl., Göttingen 2013
- Thole, Christoph*, Managerhaftung für Gesetzesverstöße, ZHR 173 (2009), 504-535
- Thomale, Chris*, Leistung als Freiheit, Tübingen 2012
- Thümmel, Roderich C.*, Zu den Pflichten des Aufsichtsrats bei der Verfolgung von Haftungsansprüchen gegenüber dem Vorstand der AG, DB 1997, 1117-1120
- Thümmel, Roderich C.*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 5. Aufl., Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2016
- Thüsing, Gregor / Forst, Gerrit*, Abführung von Aufsichtsratsvergütung an gewerkschaftliche Bildungseinrichtungen, in: F. Christian Genzow/Barbara Grunewald/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz – Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen, Köln 2010, S. 693-718
- Tieves, Johannes*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, Köln 1998
- Tomat, Oliver*, Grenzen des Weisungsrechts der GmbH-Gesellschafter, Hamburg 2001
- Triebel, Volker / Illmer, Martin / Ringe, Wolf-Georg / Vogenauer, Stefan / Ziegler, Katja*, Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2012

- Uffmann, Katharina*, Interim Management in Zeiten nachhaltiger Unternehmensführung?, ZGR 2013, 273-315
- Uffmann, Katharina*, Interim Management, Tübingen 2015
- Uffmann, Katharina*, Drittanstellung von Interim Managern – Ende der Streitfragen in Sicht?, DB 2019, 2281-2288
- Ullrich, Benjamin D.*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, Köln 2011
- Ulmer, Peter* (Hrsg.), Hachenburg GmbHG Großkommentar, Band 2, 8. Aufl., Berlin/New York 1997 (zitiert als: Hachenburg)
- Ulmer, Peter*, Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns, ZHR 163 (1999), 290-342
- Ulmer, Peter*, Haftungsfreistellung bis zur Grenze grober Fahrlässigkeit bei unternehmerischen Fehlentscheidungen von Vorstand und Aufsichtsrat?, DB 2004, 859-863
- Unberath, Hannes*, Die Vertragsverletzung, Tübingen 2007
- Ungern-Sternberg, Antje von*, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 138 (2013), 1-59
- Veelken, Winfried*, Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht, Baden-Baden 1974
- Veil, Rüdiger*, Unternehmensverträge, Tübingen 2003
- Verse, Dirk A.*, Compliance im Konzern, ZHR 175 (2011), 401-424
- Verse, Dirk A.*, Wider die Organhaftung für Verbandsgeldbußen, in: Michael Hoffmann-Becking/Peter Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 1025-1043
- Vetter, Eberhard*, Zur Compliance-Verantwortung des Vorstands und zu den Compliance-Aufgaben des Aufsichtsrats, in: F. Christian Genzow/Barbara Grunewald/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz – Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen, Köln 2010, S. 719-739
- Vetter, Eberhard*, Kurzkommentar zu BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09, EWiR 2011, 793-794
- Vetter, Eberhard*, Zur Haftung im fakultativen Aufsichtsrat der GmbH, GmbHR 2012, 181-188
- Vetter, Eberhard*, Drittanstellung von Vorstandsmitgliedern und aktienrechtliche Kompetenzordnung, in: Gerd Krieger/Marcus Lutter/Karsten Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 1297-1316
- Vetter, Eberhard*, Drittanstellung von Vorstandsmitgliedern, aktienrechtliche Kompetenzverteilung und Exkulpation des Vorstands bei rechtlicher Beratung, NZG 2015, 889-895
- Vogenauer, Stefan*, The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law, in: Rita de la Feria/Stefan Vogenauer (Hrsg.), Prohibition of Abuse of Law, Oxford/Portland 2011, S. 521-571
- Voigt, Hans-Christoph*, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft (§§ 117, 309, 317 AktG), München 2003
- Wachter, Thomas* (Hrsg.), AktG – Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Köln 2018
- Wackerbarth, Ulrich*, Kurzkommentar zu BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10, EWiR 2012, 457-458
- Waclawik, Erich*, Prozessführung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., München 2013

- Wagner, Gerhard*, Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, ZHR 178 (2014), 227-281
- Wagner, Jens*, Die Rolle der Rechtsabteilung bei fehlenden Rechtskenntnissen der Mitglieder von Vorstand und Geschäftsführung, BB 2012, 651-658
- Weber, Christoph-Andreas*, Ressortverteilung unter GmbH-Geschäftsführern – das Weltruf-Urteil des BGH, ZGR 2020, 688-705
- Weber-Rey, Daniela*, Gesellschafts- und aufsichtsrechtliche Herausforderungen an die Unternehmensorganisation, AG 2008, 345-359
- Weber-Rey, Daniela / Buckel, Jochen*, Die Pflichten des Aufsichtsrats bei der Mandatierung des Vergütungsberaters, NZG 2010, 761-766
- Weinkamm, Benedikt*, Die Drittanstellung von Vorstandsmitgliedern, Berlin 2016
- Weißmüller, Wolfgang*, Der Betriebsführungsvertrag – eine Alternative zum Unternehmenskauf?, BB 2000, 1949-1955
- Weller, Matthias*, Persönliche Leistungen, Tübingen 2012
- Wendler, Jan-Sebastian*, Die Justiziabilität ökonomischer Unternehmensentscheidungen im US-amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2007
- Werner, Rüdiger*, Die zivilrechtlicher Haftung des Vorstands einer AG für gegen die Gesellschaft verhängte Geldbußen gegenüber der Gesellschaft, CCZ 2010, 143-147
- Werner, Rüdiger*, Enthftung durch Vertrauen auf Expertenrat, StBW 2012, 619-624
- Westermann, Harm Peter*, Eigenständige Wahrnehmung der Aufsichtsratspflichten – eine Selbstverständlichkeit?, in: Bernd Erle/Wulf Goette/Detlef Kleindiek/Gerd Krieger/Hans-Joachim Priester/Christian Schubel/Martin Schwab/Christoph Teichmann/Carl-Heinz Witt (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 1319-1335
- Wettich, Carsten*, Vorstandsorganisation in der Aktiengesellschaft, Köln/München 2008
- Weyland, Peter*, Rechtsirrtum und Delgation durch den Vorstand, NZG 2019, 1041-1045
- Wicke, Hartmut*, Der CEO im Spannungsverhältnis zum Kollegialprinzip – Gestaltungsüberlegungen zur Leitungsstruktur der AG, NJW 2007, 3755-3758
- Wicke, Hartmut*, GmbHG, 4. Aufl., München 2020
- Wiedemann, Herbert*, Gesellschaftsrecht, Band I, München 1980
- Wiedemann, Herbert*, Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, Opladen 1989
- Wiedemann, Herbert*, Verantwortung in der Gesellschaft – Gedanken zur Haftung der Geschäftsleiter und der Gesellschafter in der Kapitalgesellschaft, ZGR 2011, 183-217
- Wiesner, Georg*, Vorstandshaftung wegen Verletzung eines Zustimmungsvorbehalts des Aufsichtsrats, in: Michael Hoffmann-Becking/Peter Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 1127-1139
- Williams, Cynthia A.*, Corporate Compliance with the Law in the Era of Efficiency, 76 N.C.L. Rev. 1265-1385 (1998)
- Wilsing, Hans-Ulrich*, Der Vergleich über Organhaftungsansprüche – Überlegungen zum materiellen Prüfungsmaßstab des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG, in: Jens Blumenberg/Georg Crezelius/Dietmar Gosch/Matthias Schüppen (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Haarmann, Düsseldorf 2015, S. 257-295

- Wimpfheimer, Heinrich*, Zum Begriff der Sorgfaltspflicht von Aufsichtsrat und Vorstand, in: Deutscher Anwaltverein, Berliner Anwaltverein, Walter de Gruyter & Co. (Hrsg.), Festschrift Herrn Rechtsanwalt und Notar Justizrat Dr. jur. h.c. Albert Pinner, Berlin/Leipzig 1932, S. 636-655
- Winkler, Karl*, Nichtgewerbliche, ideale, insbesondere politische Zielsetzungen als Inhalt von Gesellschaftsverträgen und Satzungen, NJW 1970, 449-453
- Winnen, Armin*, Die Innenhaftung des Vorstands nach dem UMAG, Baden-Baden 2009
- Winter, Martin*, Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Compliance“, in: Peter Kindler/Jens Koch/Peter Ulmer/Martin Winter (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 1103-1127
- Winter, Michael / Theisen, Dominik*, Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, AG 2011, 662-668
- Witte, Jürgen Johannes / Indenhuck, Moritz*, Wege aus der Haftung – die Beauftragung externer Berater durch den Aufsichtsrat, BB 2014, 2563-2569
- Wolf, Martin*, Wider eine Misstrauenspflicht im Kollegialorgan „Vorstand“, VersR 2005, 1042-1047
- Wöller, Andreas*, Die Drittanstellung und Drittvergütung bei Vorstandsdoppelmandaten, Berlin 2016
- Wörle-Himmel, Christof / Endres, Markus*, Neue gesetzliche Regelungen im Vereinsrecht, DStR 2010, 759-763
- Würdinger, Hans*, Das subjektive Recht im Privatrecht, DRW I (1936), 15-23
- Würdinger, Markus*, Die Analogiefähigkeit von Normen, AcP 206 (2006), 946-979
- Zimmer, Daniel*, Rating-Agenturen: Reformbedarf nach der Reform, in: Stefan Grundmann/Brigitte Haar/Hanno Merkt/Peter O. Mülbelt/Marina Wellenhofer/Harald Baum/Jan von Hein/Thomas von Hippel/Katharina Pistor/Markus Roth/Heike Schweitzer (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin/New York 2010, Band 2, S. 2689-2710
- Zimmermann, Martin*, Kartellrechtliche Bußgelder gegen Aktiengesellschaften und Vorstand: Rückgriffsmöglichkeiten, Schadensumfang und Verjährung, WM 2008, 433-442
- Zimmermann, Reinhard*, The Law of Obligations, Oxford 1996
- Zöllner, Wolfgang / Noack, Ulrich* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Köln 2010

RECHTSPRECHUNG

Gerichtshof der Europäischen Union

- EuGH, Urteil vom 14.9.2010 – Rechtssache C-550/07 P = Slg. 2010, I-8360-I-8402 = ECLI:EU:C:2010:512 („Akzo Nobel Chemicals und Akcros Chemicals/Kommission“)
- EuGH, Urteil vom 18.6.2013 – Rechtssache C-681/11 = ECLI:EU:C:2013:404, und Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 28.2.2013 = ECLI:EU:C:2013:126 („Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellamt/Schenker & Co AG u.a.“)
- EuGH, Urteil vom 10.9.2015 – Rechtssache C-47/14 = ECLI:EU:C:2015:574 („Holterman Ferho Exploitation BV u.a./Friedrich Leopold Freiherr Spies von Büllenheim“)

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, Beschluss vom 16.6.1959 – 1 BvR 71/57 = BVerfGE 9, 338-354 („Altersgrenze für Hebammen“)
- BVerfG, Beschluss vom 9.2.1988 – 1 BvL 23/86 = BVerfGE 78, 20-25
- BVerfG, Beschluss vom 8.10.1991 – 1 BvL 50/86 = BVerfGE 84, 348-365 („Lohnsteuerkarte“)
- BVerfG, Beschluss vom 4.11.1992 – 1 BvR 79/85, 1 BvR 643/87, 1 BvR 442/89, 1 BvR 238/90, 1 BvR 1258/90, 1 BvR 772/91, 1 BvR 909/91 = BVerfGE 87, 287-331
- BVerfG, Urteil vom 22.11.2000 – 1 BvR 2307/94, 1 BvR 1120/95, 1 BvR 1408/95, 1 BvR 2460/95, 1 BvR 2471/95 = BVerfGE 102, 254-346 („Alteigentümer“)
- BVerfG, Urteil vom 6.3.2002 – 2 BvL 17/99 = BVerfGE 105, 73-135 („Rentenbesteuerung“)
- BVerfG, Beschluss vom 21.6.2006 – 2 BvL 2/99 = BVerfGE 116, 164-202 („Gewerbliche Einkünfte“)
- BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 = BVerfGE 126, 170-233 („Landowsky“)
- BVerfG, Beschluss vom 7.11.2006 – 1 BvL 10/02 = BVerfGE 117, 1-70 („Erbchaftsteuer“)
- BVerfG, Beschluss vom 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05 = BVerfGE 118, 212-244 („Strafzumessungsfehler“)
- BVerfG, Beschluss vom 15.1.2008 – 1 BvL 2/04 = BVerfGE 120, 1-55 („Gewerbsteuerfreiheit“)
- BVerfG, Urteil vom 30.8.2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08 = BVerfGE 121, 317-388 („Nichtraucherschutzgesetz“)
- BVerfG, Urteil vom 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07 = BVerfGE 122, 248-303 („Rügeverkümmern“)
- BVerfG, Urteil vom 11.7.2012 – 1 BvR 3142/07, 1 BvR 1569/08 = BVerfGE 132, 99-133 („Delisting“)

Reichsgericht

- RG, Urteil vom 19.2.1881 – Rep. I. 872/80 = RGZ 3, 123-138 („Rumänische Eisenbahn“)
- RG, Urteil vom 4.10.1894 – Rep. 3702/94 = RGSt 26, 136-138
- RG, Urteil vom 15.11.1895 – Rep. III. 228/95 = RGZ 36, 93-96 („Waldbrauerei I“)
- RG, Urteil vom 5.7.1897 – Rep. VI. 204/97 = RGZ 39, 94-102 („Waldbrauerei II“)
- RG, Urteil vom 3.11.1900 – 410/99 II = JW 1900, 186-187
- RG, Urteil vom 6.10.1905 – 140/05 II = JW 1905, 697-699
- RG, Urteil vom 30.10.1906 – Rep. III 89/06 = RGZ 64, 231-235

RG, Urteil vom 3.11.1906 – Rep. I. 125/06 = RGZ 64, 254-258 („Hamburger Panoramabild“)

RG, Entscheidung vom 31.3.1908 – Rep. II $\frac{587/07}{5}$ = LZ 1908, 450

RG, Urteil vom 17.2.1912 – 280/11 VI = JW 1912, 526-527

RG, Entscheidung vom 27.5.1913 – II 77 /13 = Recht 1913, Nr. 2051

RG, Urteil vom 31.1.1914 – 464/13 II = JW 1914, 476-477

RG, Urteil vom 24.2.1915 – Rep. V. 472/14 = RGZ 86, 262-266

RG, Urteil vom 18.10.1917 – Rep. VI. 143/17 = RGZ 91, 72-80 („Fredericiastraße 14“)

RG, Urteil vom 12.4.1918 – Rep. III. 496/17 = RGZ 92, 376-380

RG, Urteil vom 10.1.1919 – Rep. II. 220/18 = RGZ 94, 271-277 („Sprechmaschine“)

RG, Urteil vom 10.10.1919 – III 73/19 = RGZ 96, 313-316

RG, Entscheidung vom 28.10.1919 – II 165/19 = LZ 1920, 388

RG, Urteil vom 3.2.1920 – II 272/19 = RGZ 98, 98-101 („Ringofenziegelei“)

RG, Urteil vom 13.4.1920 – 473/19 II = JW 1920, 1032-1033

RG, Urteil vom 17.4.1920 – I 238/19 = RGZ 98, 327-328

RG, Urteil vom 14.11.1922 – VII 741/21 = RGZ 105, 356-359

RG, Urteil vom 24.10.1924 – 1 D 763/24 = JW 1925, 261-262

RG, Urteil vom 24.11.1924 – III 813/24 = RGSt 58, 391-392

RG, Urteil vom 27.9.1927 – III 38/27 = RGZ 118, 126-132

RG, Entscheidung vom 4.7.1928 – I 135/08 = HRR 1929, Nr. 25

RG, Urteil vom 21.12.1928 – II 393/28 = RGZ 123, 216-222

RG, Entscheidung vom 25.9.1929 – II 8/28 = HRR 1929, Nr. 750

RG, Urteil vom 4.3.1930 – VII 397/29 = RGZ 127, 313-316 („Klub für Motorsport“)

RG, Urteil vom 28.6.1930 – IX 4/30 = RGZ 129, 272-276

RG, Urteil vom 22.9.1930 – VI 493/29 = RGZ 130, 23-34

RG, Urteil vom 26.9.1930 – 520/29 II = JW 1931, 40-44

RG, Entscheidung vom 6.3.1931 – II 281/1930 = GRUR 1931, 640-641 („Echten Schwatten Hetdorper“)

RG, Beschluss vom 22.12.1931 – II B 30/31 = RGZ 134, 303-308

RG, Entscheidung vom 10.8.1933 – 1 D 603/33 = JW 1933, 2954-2955

RG, Urteil vom 16.1.1934 – II 187/33 = JW 1934, 1493-1494

RG, Entscheidung vom 16.3.1934 – 1 D 169/34 = JW 1934, 2151-2152

RG, Urteil vom 27.4.1934 – III 218/33 = RGZ 144, 277-281

RG, Urteil vom 29.5.1934 – II 9/34 = RGZ 144, 348-358

RG, Urteil vom 19.10.1934 – II 100/43 = RGZ 146, 133-145

RG, Urteil vom 2.11.1934 – II 186/34 = RGZ 146, 145-155

RG, Entscheidung vom 25.2.1935 – 2 D 1469/34 = HRR 1935, Nr. 1116

RG, Urteil vom 25.6.1935 – II 264/34 = RGZ 148, 225-236

RG, Urteil vom 28.9.1935 – I 356/34 = RGZ 148, 357-364

RG, Urteil vom 7.9.1936 – VI 73/36 = RGZ 152, 125-128

RG, Entscheidung vom 17.8.1937 – II 43/37 = DJ 1937, 1685-1686

RG, Urteil vom 12.11.1937 – VII 22/37 = RGZ 156, 113-121

RG, Urteil vom 11.5.1938 – II 210/37 = JW 1938, 2019-2020 („Höhenrestaurant“)

RG, Urteil vom 30.11.1938 – II 39/38 = RGZ 159, 211-234

RG, Urteil vom 9.5.1939 – VIII 251/38 = RGZ 160, 310, 310-316

RG, Urteil vom 10.5.1939 – II 140/38 = DR 1939, 2164-2167

RG, Urteil vom 7.6.1939 – II 199/380 = RGZ 161, 129-145 („Bauernsiedlung“)

RG, Urteil vom 28.2.1940 – II 115/39 = RGZ 163, 200-210 („Siedlungsgenossenschaft“)
RG, Urteil vom 12.10.1940 – II 33/40 = RGZ 165, 68-85 („Phosphatfabrik“)
RG, Entscheidung vom 23.10.1940 – IV 24/40 = HRR 1941, Nr. 132
RG, Urteil vom 10.3.1944 – II 147/43 = DR 1944, 488-490

Bundesgerichtshof

BGH, Urteil vom 9.2.1951 – I ZR 35/50 = NJW 1951, 398-399 („Ost-West-Überweisung“)
BGH, Urteil vom 1.6.1951 – I ZR 120/50 = NJW 1951, 758-759
BGH, Urteil vom 5.6.1951 – I ZR 11/51 = DB 1951, 758-759
BGH, Urteil vom 15.6.1951 – I ZR 59/50 = BGHZ 2, 387-394 („Mülltonnen“)
BGH, Urteil vom 26.10.1951 – I ZR 8/51 = BGHZ 3, 270-285 („Constanze I“)
BGH, Urteil vom 11.12.1951 – I ZR 121/51 = LM ADS Nr. 2
BGH, Urteil vom 3.6.1953 – II ZR 236/52 = NJW 1953, 1426-1427 („Bierlieferung“)
BGH, Urteil vom 16.12.1953 – II ZR 167/52 = BGHZ 11, 231-248
BGH, Urteil vom 31.3.1954 – II ZR 57/53 = BGHZ 13, 61-66
BGH, Urteil vom 21.4.1954 – VI ZR 55/53 = BGHZ 13, 111-115
BGH, Urteil vom 23.6. 1954 – II ZR 69/54 = BB 1954, 614
BGH, Urteil vom 20.10.1954 – II ZR 280/53 = BGHZ 15, 71-80
BGH, Urteil vom 18.5.1955 – I ZR 8/54 = BGHZ 17, 266-296 („Grundig-Reporter“)
BGH, Urteil vom 26.3.1956 – II ZR 57/55 = BGHZ 20, 239-250
BGH, Urteil vom 19.9.1957 – VII ZR 423/56 = BGHZ 25, 211-216 = NJW 1957, 1759-1760
BGH, Urteil vom 23.9.1957 – VII ZR 403/56 = BGHZ 25, 217-225
BGH, Urteil vom 23.1.1959 – I ZR 14/58 = GRUR 1959, 365-367 („Englisch-Lavendel“)
BGH, Urteil vom 14.12.1959 – II ZR 187/57 = BGHZ 31, 258-279
BGH, Urteil vom 7.4.1960 – II ZR 143/58 = BGHZ 32, 159-170
BGH, Urteil vom 11.7.1960 – II ZR 260/59 = BGHZ 33, 105-112
BGH, Urteil vom 12.12.1960 – II ZR 255/59 = BGHZ 34, 27-31
BGH, Urteil vom 14.3.1961 – VI ZR 189/59 = BGHZ 34, 355-367
BGH, Urteil vom 23.11.1961 – II ZR 4/60 = BGHZ 36, 121-142
BGH, Urteil vom 22.1.1962 – II ZR 11/61 = BGHZ 36, 292-295
BGH, Urteil vom 19.2.1962 – III ZR 200/60 = BGHZ 36, 344-348
BGH, Urteil vom 15.3.1962 – III ZR 17/61 = VersR 1962, 548-550
BGH, Urteil vom 5.11.1962 – I ZR 39/61 = BGHZ 38, 200-208 = NJW 1963, 531-535 („Kindernähmaschine“)
BGH, Urteil vom 18.12.1962 – I ZR 54/61 = BGHZ 38, 356-369
BGH, Urteil vom 31.1.1963 – II ZR 79/62 = DB 1963, 480
BGH, Urteil vom 27.4.1964 – III ZR 128/63 = VersR 1962, 749-751
BGH, Urteil vom 26.10.1964 – II ZR 127/62 = WM 1964, 1320-1322
BGH, Urteil vom 9.12.1965 – II ZR 177/63 = BB 1966, 877
BGH, Urteil vom 8.5.1967 – II ZR 126/65 = WM 1967, 679
BGH, Urteil vom 31.10.1967 – VI ZR 31/66 = VersR 1968, 148-150
BGH, Urteil vom 27.3.1968 – VIII ZR 10/66 = BGHZ 50, 32-39
BGH, Urteil vom 12.3.1969 – VIII ZR 97/67 = MDR 1969, 569
BGH, Urteil vom 22.9.1969 – II ZR 144/68 = BGHZ 52, 316-321
BGH, Urteil vom 17.12.1969 – VIII ZR 10/68 = NJW 1970, 463-464

BGH, Urteil vom 1.10.1970 – VII ZR 171/68 = WM 1970, 1513-1516

BGH, Beschluss vom 30.6.1971 – IV ZB 41/71 = NJW 1971, 1704

BGH, Urteil vom 28.10.1971 – II ZR 49/70 = WM 1971, 1548-1550 („Neptun“)

BGH, Urteil vom 7.3.1972 – VI ZR 169/70 = NJW 1972, 1045-1046

BGH, Urteil vom 11.12.1973 – X ZR 14/70 = BGHZ 62, 29-42 („Maschenfester Strumpf“)

BGH, Urteil vom 8.2.1974 – V ZR 21/72 = BGHZ 62, 119-125

BGH, Beschluss vom 14.2.1974 – II ZB 6/73 = BGHZ 62, 166-174

BGH, Urteil vom 18.4.1974 – KZR 6/73 = NJW 1974, 1903-1905

BGH, Urteil vom 18.3.1974 – II ZR 2/72 = NJW 1974, 1088-1089

BGH, Urteil vom 9.5.1974 – II ZR 50/72 = NJW 1974, 1468

BGH, Urteil vom 25.6.1974 – VI ZR 18/73 = NJW 1974, 1865-1868

BGH, Urteil vom 27.2.1975 – II ZR 112/72 = WM 1975, 467-470

BGH, Urteil vom 27.2.1975 – 4 StR 571/74 = NJW 1975, 1234-1236 („Arminia Bielefeld“)

BGH, Urteil vom 16.4.1975 – I ZR 40/73 = BGHZ 64, 183-193 = NJW 1975, 1220-1223 („August
Vierzehn“)

BGH, Urteil vom 6.3.1975 – II ZR 80/73 = BGHZ 64, 72-78

BGH, Urteil vom 5.6.1975 – II ZR 156/73 = BGHZ 64, 325-333 („Bayer“)

BGH, Urteil vom 19.6.1975 – II ZR 170/73 = WM 1975, 790-792 („Erdö Raffinerie I“)

BGH, Urteil vom 3.11.1975 – II ZR 67/73 = BGHZ 65, 230-238

BGH, Urteil vom 22.6.1976 – X ZR 44/74 = NJW 1976, 2162-2163 („Spritzgießmaschine“)

BGH, Urteil vom 18.10.1976 – II ZR 9/75 = NJW 1977, 199-200

BGH, Urteil vom 10.2.1977 – II ZR 79/75 = WM 1977, 361-363

BGH, Urteil vom 4.7.1977 – II ZR 150/75 = BGHZ 69, 207-223

BGH, Urteil vom 14.2.1978 – X ZR 19/76 = BGHZ 71, 86-101 („Fahrradgepäckträger II“)

BGH, Urteil vom 21.2.1978 – KZR 6/77 = BGHZ 70, 331-336

BGH, Beschluss vom 7.3.1978 – VI ZB 18/77 = NJW 1978, 1486-1487

BGH, Urteil vom 13.3.1978 – II ZR 142/76 = BGHZ 71, 40-53 („Kali und Salz“)

BGH, Urteil vom 8.5.1978 – II ZR 209/76 = WM 1978, 1047-1049 („Erdö Raffinerie III“)

BGH, Urteil vom 21.12.1978 – II ZR 244/78 = NJW 1980, 1629-1630 („Schaffgotsch“)

BGH, Urteil vom 19.1.1979 – I ZR 166/76 = NJW 1979, 916-917 („Brombeerleuchte“)

BGH, Urteil vom 9.7.1979 – II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96-116 („Herstatt“)

BGH, Urteil vom 13.11.1979 – KZR 1/79 = GRUR 1980, 242-245 („Denkzettel-Aktion“)

BGH, Urteil vom 28.1.1980 – II ZR 84/79 = BGHZ 76, 154-160

BGH, Urteil vom 8.1.1981 – IVa ZR 60/80 = NJW 1981, 1098-1099

BGH, Urteil vom 16.2.1981 – II ZR 49/80 = WM 1981, 440-442

BGH, Beschluss vom 24.3.1981 – KRB 4/80 = wistra 1982, 34-35 („Revisionsabteilung“)

BGH, Urteil vom 24.9.1981 – IX ZR 93/80 = NJW 1982, 96-97

BGH, Urteil vom 5.10.1981 – II ZR 203/80 = NJW 1982, 1817-1818 („Holiday Inn“)

BGH, Urteil vom 16.11.1981 – II ZR 213/80 = NJW 1982, 877-879

BGH, Beschluss vom 1.12.1981 – KRB 5/79 = BGHSt 30, 270-277 („Baustoffhändler“)

BGH, Urteil vom 1.12.1981 – VI ZR 200/80 = NJW 1982, 635-637 („Heinrich Böll“)

BGH, Urteil vom 25.2.1982 – II ZR 174/80 = BGHZ 83, 122-144 („Holzmüller“)

BGH, Urteil vom 22.3.1982 – II ZR 74/81 = NJW 1982, 2495-2496

BGH, Urteil vom 24.3.1982 – 3 StR 68/82 = wistra 1982, 148-150

BGH, Urteil vom 15.11.1982 – II ZR 27/82 = BGHZ 85, 293-300 („Hertie“)

BGH, Urteil vom 29.11.1982 – II ZR 88/81 = BGHZ 86, 1-22

BGH, Urteil vom 26.1.1983 – IVb ZR 351/81 = NJW 1983, 2318-2321

BGH, Urteil vom 21.2.1983 – II ZR 183/82 = ZIP 1983, 689-690

BGH, Urteil vom 14.3.1983 – II ZR 103/82 = NJW 1983, 1856-1857

BGH, Urteil vom 14.11.1983 – II ZR 33/83 = BGHZ 89, 48-60

BGH, Urteil vom 11.1.1984 – VIII ZR 255/82 = BGHZ 89, 296-308

BGH, Urteil vom 8.10.1984 – II ZR 175/83 = GmbHR 1985, 143-144 („Hausfrau“)

BGH, Urteil vom 24.10.1984 – IVb ZR 43/83 = NJW 1985, 486-488

BGH, Urteil vom 14.2.1985 – IX ZR 145/83 = BGHZ 94, 18-24 = ZIP 1985, 529-539 („Innungskrankenkasse“)

BGH, Urteil vom 8.7.1985 – II ZR 198/84 = NJW 1986, 54-55

BGH, Beschluss vom 11.3.1986 – KRB 7/85 = WuW/E 1986, 744-749 („Tessmer“, auch bekannt als „Aktenvermerk“)

BGH, Urteil vom 20.3.1986 – II ZR 114/85 = WM 1986, 789-790 = NJW-RR 1986, 1293 („KCS“)

BGH, Urteil vom 9.10.1986 – I ZR 138/84 = BGHZ 98, 330-337 („Unternehmensberatungsgesellschaft I“)

BGH, Beschluss vom 21.10.1986 – KRB 5/86 = wistra 1987, 148-149 („Prüfgruppe“)

BGH, Beschluss vom 6.11.1986 – V ZB 8/86 = BGHZ 99, 76-81

BGH, Urteil vom 4.12.1986 – IX ZR 47/86 = BGHZ 99, 151-159

BGH, Urteil vom 16.12.1986 – KZR 36/85 = WuW/E BGH 2341-2346 („Taxizentrale Essen“)

BGH, Urteil vom 18.12.1986 – I ZR 111/84 = BGHZ 99, 244-249 = NJW 1987, 2869-2872 („Chanel No. 5“)

BGH, Urteil vom 9.2.1987 – II ZR 119/86 = BGHZ 101, 1-18

BGH, Urteil vom 10.2.1987 – VI ZR 68/86 = NJW 1987, 1479-4181

BGH, Urteil vom 4.3.1987 – IVa ZR 122/85 = BGHZ 100, 117-125

BGH, Urteil vom 24.3.1987 – KRB 8/86 = WuW 1987, 850-853 („Zweigniederlassung“)

BGH, Urteil vom 12.10.1987 – II ZR 251/86 = ZIP 1988, 512-515

BGH, Urteil vom 16.11.1987 – II ZR 92/87 = DB 1988, 386-387

BGH, Urteil vom 11.1.1988 – II ZR 192/87 = ZIP 1988, 843-845

BGH, Beschluss vom 24.10.1988 – II ZB 7/88 = BGHZ 105, 324-346 („Supermarkt“)

BGH, Urteil vom 12.6.1989 – II ZR 334/87 = ZIP 1989, 1390-1398 („Neue Heimat Bayern“)

BGH, Urteil vom 22.6.1989 – III ZR 72/88 = BGHZ 108, 98-109

BGH, Urteil vom 27.9.1989 – IVa ZR 156/88 = NJW-RR 1990, 160-161

BGH, Urteil vom 10.10.1989 – KZR 22/88 = NJW 1990, 1531-1533 („Neugeborenentransporte“)

BGH, Urteil vom 12.6.1990 – 5 StR 268/89 = NJW 1990, 3219-3220

BGH, Urteil vom 6.7.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106-135 („Lederspray“)

BGH, Urteil vom 25.3.1991 – II ZR 188/89 = BGHZ 114, 127-137

BGH, Urteil vom 10.2.1992 – II ZR 23/91 = NJW-RR 1992, 800-802

BGH, Urteil vom 28.9.1992 – II ZR 299/91 = BGHZ 119, 257-262

BGH, Urteil vom 5.10.1992 – II ZR 172/91 = BGHZ 119, 305-334 („Klößner“)

BGH, Urteil vom 1.3.1993 – II ZR 61/92, II ZR 81/94 = NJW 1994, 2149-2152

BGH, Urteil vom 10.5.1993 – II ZR 74/92 = BGHZ 122, 333-342

BGH, Urteil vom 17.5.1993 – II ZR 89/92 = BGHZ 122, 342-363 („Hamburg Mannheimer“).

BGH, Beschluss vom 5.7.1993 – II ZR 174/92 = DSStR 1993, 1637-1638 wiedergegeben von *Goette*

BGH, Urteil vom 20.9.1993 – II ZR 204/92 = NJW-RR 1994, 98-99

BGH, Urteil vom 28.10.1993 – IX ZR 21/93 = BGHZ 124, 27-35

BGH, Urteil vom 15.11.1993 – II ZR 235/92 = BGHZ 124, 111-128 („Vereinte Krankenversicherung“)

BGH, Urteil vom 7.3.1994 – II ZR 52/93 = BGHZ 125, 239-251 („Deutsche Bank“)

BGH, Urteil vom 13.4.1994 – II ZR 16/93 = BGHZ 125, 366-382

BGH, Urteil vom 21.4.1994 – II ZR 65/93 = NJW 1994, 2027-2028

BGH, Urteil vom 6.6.1994 – II ZR 292/91 = BGHZ 126, 181-201

BGH, Urteil vom 14.6.1994 – XI ZR 210/93 = NJW 1994, 2754-2755

BGH, Urteil vom 10.10.1994 – II ZR 95/93 = ZIP 1994, 1851-1855

BGH, Urteil vom 7.11.1994 – II ZR 270/93 = BGHZ 127, 336-347

BGH, Urteil vom 14.2.1995 – VI ZR 106/94 = NJW 1995, 1619

BGH, Urteil vom 20.2.1995 – II ZR 143/93 = BGHZ 129, 30-37

BGH, Urteil vom 20.2.1995 – II ZR 9/94 = ZIP 1995, 560-563

BGH, Urteil vom 23.2.1995 – I ZR 15/93 = GRUR 1995, 424-427 („Abnehmerverwarnung“)

BGH, Urteil vom 7.6.1995 – VIII ZR 125/94 = BGHZ 130, 71-76

BGH, Urteil vom 26.6.1995 – II ZR 109/94 = NJW 1995, 2850-2851

BGH, Beschluss vom 28.9.1995 – III ZR 202/94 = NVwZ-RR 1996, 65-66

BGH, Urteil vom 14.12.1995 – I ZR 210/93 = BGHZ 131, 308-318 („Gefärbte Jeans“)

BGH, Beschluss vom 21.12.1995 – V ZB 4/94 = BGHZ 131, 346-356

BGH, Urteil vom 9.5.1996 – IX ZR 244/95 = NJW 1996, 2233-2235 („Kapselrollmaschinen“)

BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370-383

BGH, Urteil vom 9.12.1996 – II ZR 240/95 = NJW 1997, 741-742 („Rechtsreferendar“)

BGH, Urteil vom 21.1.1997 – VI ZR 338/95 = BGHZ 134, 304-315

BGH, Urteil vom 17.2.1997 – II ZR 41/96 = BGHZ 134, 364-368

BGH, Beschluss vom 6.3.1997 – II ZB 4/96 = BGHZ 135, 48-58

BGH, Urteil vom 18.4.1997 – V ZR 28/96 = NJW 1997, 2234, 2235-2237 („Tennisplatz“)

BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244-257 („ARAG/Garmenbeck“)

BGH, Beschluss vom 8.9.1997 – II ZR 262/96 = DStR 1997, 1735-1737 wiedergegeben von *Goette*

BGH, Urteil vom 18.12.1997 – I ZR 79/95 = NJW 1998, 2144-2146 („Beatles-Doppel-CD“)

BGH, Urteil vom 12.1.1998 – II ZR 82/93 = BGHZ 137, 378-387 („Tomberger“)

BGH, Urteil vom 1.3.1999 – II ZR 312/97 = BGHZ 141, 79-90 („Buderus“)

BGH, Urteil vom 15.11.1999 – II ZR 122/98 = ZIP 2000, 135-136

BGH, Urteil vom 15.12.1999 – 2 StR 365/99 = NStZ 2000, 307-310 („Alpha Comic“)

BGH, Urteil vom 31.1.2000 – II ZR 189/99 = NJW 2000, 1571-1572

BGH, Urteil vom 21.3.2000 – VI ZR 158/99 = NJW 2000, 1946-1947

BGH, Urteil vom 6.4.2000 – 1 StR 280/99 = BGHSt 46, 30-36

BGH, Urteil vom 19.4.2001 – I ZR 238/98 = NJW-RR 2002, 612-614

BGH, Urteil vom 28.9.2000 – IX ZR 279/99 = BGHZ 145, 265-278

BGH, Urteil vom 9.1.2001 – VI ZR 407/99 = NJW 2001, 969-971

BGH, Urteil vom 25.6.2001 – II ZR 38/99 = BGHZ 148, 167-175

BGH, Urteil vom 4.7.2001 – VIII ZR 279/00 = NJW 2001, 3114-3115

BGH, Urteil vom 17.10.2001 – IV ZR 205/00 = NJW-RR 2002, 166-168

BGH, Urteil vom 12.11.2001 – II ZR 225/99 = BGHZ 149, 158-165 („Sachsenmilch III“)

BGH, Urteil vom 22.11.2001 – I ZR 138/99 = BGHZ 149, 191-206 („shell.de“)

BGH, Urteil vom 3.12.2001 – II ZR 308/99 = NZG 2002, 195-198

BGH, Urteil vom 6.12.2001 – 1 StR 215/01 = BGHSt 47, 187-202 („Schaufler“, auch bekannt als „SSV Reutlingen“)

BGH, Urteil vom 18.7.2002 – III ZR 124/01 = ZIP 2002, 1895-1897

BGH, Urteil vom 16.9.2002 – II ZR 107/01 = NJW 2002, 3777-3779
BGH, Urteil vom 28.10.2002 – II ZR 353/00 = ZIP 2002, 2254-2257
BGH, Urteil vom 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, 280-290
BGH, Urteil vom 14.11.2002 – III ZR 131/01 = BGHZ 152, 380-391
BGH, Urteil vom 7.4.2003 – II ZR 193/02 = ZIP 2003, 945-947
BGH, Urteil vom 30.7.2003 – 5 StR 221/03 = BGHSt 48, 307-314
BGH, Urteil vom 24.11.2003 – II ZR 171/01 = BGHZ 157, 72-78
BGH, Urteil vom 1.12.2003 – II ZR 216/01 = NJW-RR 2004, 900-904
BGH, Urteil vom 26.4.2004 – II ZR 155/02 = BGHZ 159, 30-48 („Gelatine I“)
BGH, Urteil vom 26.4.2004 – II ZR 154/02 = ZIP 2004, 1001-1003 („Gelatine II“)
BGH, Urteil vom 8.6.2004 – VI ZR 230/03 = BGHZ 159, 254-263
BGH, Urteil vom 18.10.2004 – II ZR 250/02 = BGHZ 160, 385-393
BGH, Urteil vom 26.1.2005 – VIII ZR 79/04 = NJW 2005, 976-977
BGH, Urteil vom 21.3.2005 – II ZR 54/03 = NZG 2005, 562-565
BGH, Urteil vom 25.7.2005 – II ZR 199/03 = ZIP 2005, 1738-1741
BGH, Urteil vom 10.10.2005 – II ZR 90/03 = BGHZ 164, 249-261 („Commerzbank/Mangusta II“)
BGH, Urteil vom 22.11.2005 – 1 StR 571/04 = NJW 2006, 453-456 („Kinowelt“)
BGH, Urteil vom 21.12.2005 – 3 StR 470/04 = BGHSt 50, 331-346 = ZIP 2006, 72-82 („Mannesmann“)
BGH, Urteil vom 19.1.2006 – I ZR 98/02 = GRUR 2006, 432-433
BGH, Urteil vom 24.1.2006 – XI ZR 384/03 = BGHZ 166, 84-116 („Kirch/Breuer“)
BGH, Urteil vom 3.7.2006 – II ZR 151/04 = BGHZ 168, 188-200 („IFA“)
BGH, Urteil vom 12.7.2006 – X ZR 157/05 = NJW 2006, 3271-3273
BGH, Urteil vom 20.7.2006 – IX ZR 94/03 = BGHZ 168, 352-368
BGH, Urteil vom 23.10.2006 – II ZR 162/05 = BGHZ 169, 270-281
BGH, Urteil vom 25.10.2006 – VIII ZR 102/06 = NJW 2007, 428-431 („Mieterschutzverein“)
BGH, Urteil vom 23.11.2006 – III ZR 65/06 = NJW-RR 2007, 357-358
BGH, Urteil vom 6.12.2006 – IV ZR 34/05 = NJW-RR 2007, 382-385
BGH, Urteil vom 11.12.2006 – II ZR 243/05 = ZIP 2007, 224-226
BGH, Urteil vom 11.12.2006 – II ZR 166/05 = ZIP 2007, 268-270
BGH, Beschluss vom 8.1.2007 – II ZR 304/04 = ZIP 2007, 322-326
BGH, Urteil vom 2.4.2007 – II ZR 325/05 = ZIP 2007, 1056-1060
BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 = ZIP 2007, 1265-1267 („Software Start-up“)
BGH, Beschluss vom 21.5.2007 – II ZR 266/04 = NZG 2007, 714-717 („Vattenfall/Bewag“)
BGH, Beschluss vom 16.7.2007 – II ZR 226/06 = DStR 2007, 1641-1642 wiedergegeben von *Goette*
BGH, Urteil vom 22.11.2007 – III ZR 9/07 = BGHZ 174, 255-262
BGH, Beschluss vom 26.11.2007 – II ZR 161/06 = ZIP 2008, 117-118
BGH, Urteil vom 23.1.2008 – VIII ZR 246/06 = NJW 2008, 1147-1148
BGH, Beschluss vom 30.1.2008 – IV ZR 9/06 = NJW-RR 2008, 696
BGH, Urteil vom 11.2.2008 – II ZR 187/06 = ZIP 2008, 757-759
BGH, Urteil vom 18.2.2008 – II ZR 62/07 = ZIP 2008, 736-738
BGH, Urteil vom 3.3.2008 – II ZR 124/06 = BGHZ 175, 365-374 („UMTS“)
BGH, Urteil vom 28.4.2008 – II ZR 264/06 = BGHZ 176, 204-221 („GAMMA“)
BGH, Urteil vom 5.5.2008 – II ZR 38/07 = ZIP 2008, 1229-1230
BGH, Beschluss vom 2.6.2008 – II ZR 67/07 = NZG 2008, 622-623
BGH, Urteil vom 2.6.2008 – II ZR 27/07 = NZG 2008, 628-629

BGH, Beschluss vom 14.7.2008 – II ZR 202/07 = NJW 2008, 3361-3363

BGH, Urteil vom 21.7.2008 – II ZR 39/07 = ZIP 2008, 1818-1821

BGH, Urteil vom 29.9.2008 – II ZR 234/07 = NJW 2009, 68-71

BGH, Urteil vom 29.9.2008 – II ZR 162/07 = NJW 2009, 295-296

BGH, Urteil vom 20.10.2008 – II ZR 107/07 = NJW 2009, 293-295

BGH, Beschluss vom 3.11.2008 – II ZR 236/07 = ZIP 2009, 223-224

BGH, Urteil vom 1.12.2008 – II ZR 102/07 = BGHZ 179, 71-84 („MPS“)

BGH, Urteil vom 16.1.2009 – V ZR 133/08 = BGHZ 179, 238-249

BGH, Urteil vom 16.2.2009 – II ZR 185/07 = BGHZ 180, 9-38 („Kirch/Deutsche Bank I“)

BGH, Urteil vom 16.3.2009 – II ZR 280/07 = NJW 2009, 2454-2457

BGH, Beschluss vom 27.4.2009 – II ZR 160/08 = ZIP 2009, 1661-1662

BGH, Urteil vom 8.6.2009 – II ZR 147/08 = NJW 2009, 2599-2600

BGH, Beschluss vom 9.6.2009 – VI ZR 261/08 = VersR 2009, 1406-1408

BGH, Beschluss vom 22.6.2009 – II ZR 143/08 = ZIP 2009, 1467

BGH, Urteil vom 17.7.2009 – 5 StR 394/08 = BGHSt 54, 44-52 („Berliner Stadtreinigung“)

BGH, Urteil vom 13.8.2009 – 3 StR 576/08 = ZIP 2009, 1854-1859 („WestLB“)

BGH, Urteil vom 26.10.2009 – II ZR 222/08 = NJW 2010, 64-65

BGH, Urteil vom 10.12.2009 – IX ZR 238/07 = juris

BGH, Beschluss vom 29.6.2010 – XI ZR 308/09 = ZIP 2010, 1335-1337

BGH, Urteil vom 20.7.2010 – XI ZR 236/07 = BGHZ 186, 269-295

BGH, Urteil vom 27.8.2010 – 2 StR 111/09 = BGHSt 55, 266-287 („Schwarze Kasse“, auch bekannt als „Trienekens“)

BGH, Urteil vom 13.9.2010 – 1 StR 220/09 = BGHSt 55, 288-314 („Schelsky“, auch bekannt als „Siemens“ und „AUB“)

BGH, Urteil vom 20.9.2010 – II ZR 78/09 = BGHZ 187, 60-68 („Doberlug“)

BGH, Urteil vom 18.1.2011 – XI ZR 356/09 = NJW 2011, 1063-1065

BGH, Urteil vom 22.2.2011 – II ZR 146/09 = ZIP 2011, 766-768

BGH, Beschluss vom 17.5.2011 – II ZR 32/10 = juris

BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09 = ZIP 2011, 2097-2102 („ISION“)

BGH, Urteil vom 13.10.2011 – IX ZR 193/10 = WM 2011, 2334-2338

BGH, Urteil vom 27.3.2012 – II ZR 171/10 = NZG 2012, 672-674 („Unternehmensberaterin“)

BGH, Urteil vom 23.4.2012 – II ZR 252/10 = BGHZ 193, 96-110

BGH, Urteil vom 8.5.2012 – XI ZR 262/10 = BGHZ 193, 159-183

BGH, Urteil vom 14.6.2012 – IX ZR 145/11 = BGHZ 193, 297-315

BGH, Urteil vom 19.6.2012 – II ZR 243/11 = ZIP 2012, 1557-1559

BGH, Urteil vom 10.7.2012 – II ZR 48/11 = BGHZ 194, 14-26 („Fresenius“)

BGH, Urteil vom 10.7.2012 – II ZR 341/10 = BGHZ 194, 26-39 („NICI“)

BGH, Urteil vom 18.9.2012 – XI ZR 344/11 = BGHZ 195, 1-22 („Wohnungsbau Leipzig-West“)

BGH, Beschluss vom 6.11.2012 – II ZR 111/12 = ZIP 2012, 2438-2439 („Ferdinand Piëch“)

BGH, Urteil vom 18.12.2012 – II ZR 220/10 = ZIP 2013, 412-414

BGH, Beschluss vom 15.1.2013 – II ZR 44/12 = juris

BGH, Urteil vom 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958-1962 („Corealcredit Bank“)

BGH, Urteil vom 7.3.2013 – IX ZR 64/12 = ZIP 2013, 829-833

BGH, Urteil vom 12.3.2013 – II ZR 179/12 = BGHZ 196, 312-318

BGH, Urteil vom 14.5.2013 – II ZR 76/12 = ZIP 2013, 1642-1644

BGH, Urteil vom 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304-316 („Boygroup“)
BGH, Beschluss vom 5.11.2013 – II ZB 28/12 = AG 2014, 87-92 („Kirch/Deutsche Bank II“)
BGH, Urteil vom 21.11.2013 – IX ZR 52/13 = NJW 2014, 547-549
BGH, Beschluss vom 14.1.2014 – II ZB 5/12 = NZG 2014, 423-431 („Porsche/VW II“)
BGH, Urteil vom 8.7.2014 – II ZR 174/13 = BGHZ 202, 26-39
BGH, Urteil vom 15.7.2014 – XI ZR 418/13 = NJW 2014, 2951-2954
BGH, Urteil vom 20.11.2014 – III ZR 509/13 = ZIP 2015, 166-168 („Johannes a Lasco Bibliothek“)
BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 = ZIP 2015, 1220-1224
BGH, Beschluss vom 26.11.2015 – 3 StR 17/15 = NJW 2016, 2585-2600 („Nürburgring“)
BGH, Urteil vom 19.1.2016 – II ZR 61/15 = ZIP 2016, 615-618
BGH, Urteil vom 26.1.2016 – II ZR 394/13 = NZI 2016, 588-592
BGH, Beschluss vom 24.3.2016 – IX ZB 32/15 = NZG 2016, 552-555
BGH, Urteil vom 3.5.2016 – II ZR 311/14 = ZIP 2016, 1283-1286
BGH, Urteil vom 21.7.2016 – IX ZR 252/15 = BGHZ 211, 251-268 („Mappus/Gleiss Lutz“)
BGH, Beschluss vom 12.10.2016 – V ZB 178/15 = NJW 2017, 1112-1113
BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15 = ZIP 2016, 2467-2472 („HSH Nordbank“, auch bekannt als „Nonnenmacher“)
BGH, Urteil vom 19.12.2017 – II ZR 88/16 = BGHZ 217, 129-153 („Bugwelle“)
BGH, Urteil vom 10.7.2018 – II ZR 24/17 = BGHZ 219, 193-215 („Schloss Eller“)
BGH, Urteil vom 18.9.2018 – II ZR 152/17 = BGHZ 219, 356-372 („Easy-Software“)
BGH, Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17 = BGHZ 220, 162-178 („Weltruf“)
BGH, Urteil vom 14.5.2019 – II ZR 299/17 = BGHZ 222, 32-44
BGH, Urteil vom 20.8.2019 – II ZR 121/16 = ZIP 2019, 1805-1809
BGH, Beschluss vom 24.9.2019 – II ZR 248/17 = NZI 2020, 180-184
BGH, Urteil vom 12.3.2020 – IX ZR 125/17 = BGHZ 225, 90-121

Bundesfinanzhof

BFH, Urteil vom 26.4.1984 – V R 128/79 = BFHE 141, 443-451
BFH, Beschluss vom 5.3.1985 – VII B 69/84 = BFH/NV 1987, 422-423
BFH, Beschluss vom 4.3.1986 – VII S 33/85 = BFHE 146, 23-27
BFH, Urteil vom 10.5.1988 – VII R 24/85 = BFH/NV 1989, 72
BFH, Urteil vom 17.5.1988 – VII R 90/85 = GmbHR 1989, 170-172
BFH, Urteil vom 30.8.1994 – VII R 101/92 = BFHE 175, 509-515
BFH, Urteil vom 14.9.1994 – I R 6/94 = BFHE 175, 412-416
BFH, Beschluss vom 13.2.1996 – VII B 245/95 = BFH/NV 1996, 657-658
BFH, Urteil vom 23.6.1998 – VII R 4/98 = BFHE 186, 132-142
BFH, Beschluss vom 21.8.2000 – VII B 260/99 = BFH/NV 2001, 413-414
BFH, Urteil vom 13.3.2003 – VII R 46/02 = BFHE 202, 22-32
BFH, Beschluss vom 4.5.2004 – VII B 318/03 = GmbHR 2004, 1244-1246
BFH, Beschluss vom 12.5.2009 – VII B 266/08 = BFH/NV 2009, 1589-1591

Bundesarbeitsgericht

BAG, Urteil vom 23.9.1999 – 8 AZR 791/98 = juris
BAG, Urteil vom 15.9.2011 – 8 AZR 846/09 = NZA 2012, 377-381

Bundessozialgericht

BSG, Urteil vom 3.4.2014 – B 5 RE 13/14 R = NJW 2014, 2743-2752
BSG, Urteil vom 3.4.2014 – B 5 RE 3/14 R = juris
BSG, Urteil vom 3.4.2014 – B 5 RE 9/14 R = WM 2014, 1883-1892

Oberlandesgerichte

OLG Colmar, Entscheidung vom 16.12.1909 – IV U 54/09 = LZ 1910, 247-249
OLG Stuttgart, Beschluss vom 9.10.1956 – 2 W 6/56 = GmbHR 1957, 59-60
OLG Bremen, Urteil vom 28.2.1963 – 2 U 81/62 – 0 118/1980 = GmbHR 1964, 8-10
OLG Hamburg, Urteil vom 12.10.1966 – 1 Ss 46/66 = NJW 1967, 213-215
OLG Hamburg, Beschluss vom 18.9.1967 – 2 W 125/67 = BB 1968, 267
OLG Stuttgart, Beschluss vom 7.9.1976 – 3 Ss 526/76 = NJW 1977, 1410 („Steinwerk“)
OLG Stuttgart, Urteil vom 22.4.1977 – 3 Ss 88/77 = NJW 1977, 1408-1409
OLG Köln, Beschluss vom 12.5.1981 – 2 Wx 9/81 = ZIP 1981, 736-737
OLG Düsseldorf, Urteil vom 8.3.1984 – 6 U 75/83 = BB 1984, 997-1002
OLG Hamm, Urteil vom 22.1.1985 – 27 U 156/84 = NJW 1985, 865-868
OLG Nürnberg, Urteil vom 15.1.1986 – 4 U 1334/85 = ZIP 1986, 244-246
OLG Köln, Urteil vom 10.5.1991 – 19 U 265/89 = NJW 1991, 2570-2571
OLG Koblenz, Urteil vom 10.6.1991 – 6 U 1650/89 = ZIP 1991, 870-871
KG, Beschluss vom 11.6.1991 – 1 W 1581/91 = NJW-RR 1992, 33-35
OLG Naumburg 16.12.1993 – 2 U 15/93 = GmbHR 1994, 556
OLG Köln, Urteil vom 20.10.1994 – 7 U 68/94 = VersR 1996, 456-458
OLG Hamm, Urteil vom 10.5.1995 – 8 U 59/94 = ZIP 1995, 1263-1271 („Harpener/Omni“)
KG, Urteil vom 31.1.1996 – 23 U 3989/94 = AG 1996, 421-425 („VIAG“)
OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.11.1996 – 6 U 11/95 = AG 1997, 231-238 („ARAG/Garmenbeck“)
OLG Stuttgart, Urteil vom 28.10.1997 – 12 U 83/97 = NZG 1998, 232-233
OLG Braunschweig, Beschluss vom 25.2.1998 – Ss 9/98 = NStZ-RR 1998, 251-252
KG, Urteil vom 9.10.1998 – 14 U 4823/96 = NZG 1999, 400-402 („Transferrubel“)
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.11.1998 – 2 Ss OWi 385-98 – (OWi) 112-98 III = NStZ-RR 1999, 151-152
OLG Zweibrücken, Urteil vom 22.12.1998 – 8 U 98/98 = NZG 1999, 506-508
OLG Bremen, Urteil vom 18.5.1999 – 3 U 2/98 = ZIP 1999, 1671-1680 („Bremer Vulkan/MTW“)
OLG Hamburg, Urteil vom 29.10.1999 – 11 U 45/99 = NZG 2000, 421-423
OLG Hamburg, Urteil vom 18.2.2000 – 11 U 213/98 = NZG 2000, 1083-1088
OLG Köln, Urteil vom 11.7.2000 – 15 U 181/99 = OLGR Köln 2000, 397-399
OLG Köln, Urteil vom 31.8.2000 – 18 U 42/00 = NZG 2001, 135-136
OLG München, Urteil vom 4.7.2001 – 7 U 5285/00 = NZG 2002, 187-189
OLG Naumburg, Urteil vom 20.8.2003 – 5 U 67/03 = GmbHR 2004, 361-363
KG, Urteil vom 22.3.2005 – 14 U 248/03 = ZIP 2005, 1866-1868

OLG Oldenburg, Urteil vom 22.6.2006 – 1 U 34/03 = GmbHR 2006, 1263-1268
 OLG Stuttgart, Beschluss vom 22.7.2006 – 8 W 271/06 = NZG 2006, 790-791 („Maybach/smart“)
 OLG Brandenburg, Urteil vom 18.7.2007 – 7 U 205/06 = juris
 OLG Koblenz, Urteil vom 24.9.2007 – 12 U 1437/04 = juris
 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 12.12.2007 – 17 U 111/07 = AG 2008, 453-456
 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 18.12.2007 – 5 U 177/06 = juris („Commerzbank/Mangusta III“)
 OLG Celle, Urteil vom 28.5.2008 – 9 U 185/07 = WM 2008, 1745-1748
 OLG Hamburg, Beschluss vom 4.12.2008 – 11 Wx 80/08 = NZG 2009, 957-959
 OLG München, Urteil vom 9.2.2009 – 21 U 4853/08 = juris
 OLG Jena, Urteil vom 12.8.2009 – 7 U 244/07 = NZG 2010, 226-229
 OLG Hamburg, Urteil vom 18.9.2009 – 11 U 183/07 = AG 2010, 502-508 („ISION“)
 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 13.11.2009 – 25 U 111/08 = juris
 OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = ZIP 2009, 2386-2391
 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – I-6 W 45/09 = ZIP 2010, 28-34 („IKB“)
 OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 28.1.2010 – WpÜG 10/09 = NZG 2010, 583-585
 OLG Schleswig, Urteil vom 11.2.2010 – 5 U 60/09 = ZIP 2010, 516-519
 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 20.10.2010 – 23 U 121/08 = AG 2011, 36-45 („Deutsche Bank/Kirch“)
 OLG Stuttgart, Urteil vom 17.11.2010 – 20 U 2/10 = AG 2011, 93-99 („Porsche/VW I“)
 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 18.11.2010 – 5 U 110/08 = AG 2011, 462-465
 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 15.2.2011 – 5 U 30/10 = NZG 2011, 350-353 („Fresenius“)
 OLG Stuttgart, Urteil vom 16.3.2011 – 9 U 129/10 = NZG 2011, 634-636 = BeckRS 2011, 06469 = juris
 OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 15.6.2011 – 21 W 18/11 = ZIP 2011, 1764-1771 („Commerzbank/Dresdner Bank“)
 KG, Urteil vom 28.6.2011 – 19 U 11/11 = NZG 2011, 865-867
 OLG Stuttgart, Urteil vom 29.2.2012 – 20 U 3/11 = ZIP 2012, 625-636 („Ferdinand Piëch“)
 OLG München, Urteil vom 10.5.2012 – 14 U 2175/11 = ZIP 2012, 1024-1028
 OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.5.2012 – I-16 U 176/10 = ZIP 2012, 2299-2302
 OLG Braunschweig, Beschluss vom 14.6.2012 – Ws 44/12, Ws 45/12 = ZIP 2012, 1860-1863
 OLG Stuttgart, Beschluss vom 19.6.2012 – 20 W 1/12 = ZIP 2012, 1965-1968
 OLG Hamm, Urteil vom 12.7.2012 – I-27 U 12/10 = WM 2012, 2200-2203
 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 16.10.2012 – 5 U 135/11 = juris
 OLG Karlsruhe, Urteil vom 31.7.2013 – 7 U 184/12 = ZIP 2013, 1767-1769
 OLG Saarbrücken, Urteil vom 22.1.2014 – 2 U 69/13 = NZG 2014, 343-345
 OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.9.2014 – 12 U 567/13 = ZIP 2015, 427-429
 OLG Nürnberg, Beschluss vom 28.10.2014 – 12 U 567/13 = ZIP 2015, 430-431

Landgerichte

LG Hannover, Urteil vom 23.2.1977 – 1 O.123/75 = AG 1977, 198-202 („Kämmerei Döhren“)
 LG Hamburg, Urteil vom 16.12.1980 – 8 O 229/79 = ZIP 1981, 194-197 („L. Bau“)
 LG Darmstadt, Urteil vom 6.5.1986 – 14 O 328/85 = ZIP 1986, 1389-1394 („Opel“)
 LG Stuttgart, Urteil vom 29.10.1999 – 4 KfH O 80/98 = DB 1999, 2462-2464 („ASS“)
 LG Berlin, Urteil vom 18.11.1999 – 21 O 708/98 = GmbHR 2000, 234-236
 LG Berlin, Urteil vom 3.7.2002 – 2 O 358/01 = AG 2002, 682-684 („Hypothekenbank“)

LG Bonn, Urteil vom 22.1.2008 – 11 O 38/03 = juris

LG München I, Urteil vom 15.10.2010 – 5 HK O 2122/09 = ZIP 2010, 2451-2457 („HRE“)

LG Essen, Urteil vom 25.4.2012 – 41 O 45/10 = ZIP 2012, 2061-2064 („Arcandor“)

LG Essen, Urteil vom 9.9.2013 – 44 O 164/10 = juris („Middelhoff“)

LG München I, Urteil vom 12.10.2013 – 5 HK O 1387/10 = ZIP 2014, 570-579 („Siemens/Neubürger“)

Amtsgerichte

AG Stuttgart, Beschluss vom 15.3.2006 – HRB 19360 = NZG 2006, 598-599 („Maybach/smart“)

Verwaltungsgerichte

VG Frankfurt am Main, Urteil vom 8.6.2004 – 1 E 7363/03[1] = WM 2004, 2157-2164 („Bruderhilfe“)