

Julian Erfurth

Der Bußgeldregress im Kapitalgesellschaftsrecht

Eine Untersuchung zur
gesellschaftsrechtlichen Innenhaftung
für Verbandsgeldbußen unter
besonderer Berücksichtigung der
Sanktionszwecke



Nomos

Nomos Universitätsschriften

Recht

Band 977

Julian Erfurth

Der Bußgeldregress im Kapitalgesellschaftsrecht

Eine Untersuchung zur gesellschaftsrechtlichen
Innenhaftung für Verbandsgeldbußen unter besonderer
Berücksichtigung der Sanktionszwecke



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-6782-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-0886-9 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand in den Jahren 2016 bis 2018 und wurde im Wintersemester 2019/2020 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen. Das Promotionsvorhaben wurde durch das Elsa-Neumann-Stipendium des Landes Berlin gefördert.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster, der mir mit seiner freundlichen, professionellen und stets positiven Art immer als Ansprechpartner zur Verfügung stand und der die Arbeit durch hilfreiche Anregungen gefördert hat. Die promotionsbegleitenden Doktorandenkolloquien an seinem Lehrstuhl boten ebenfalls gute Gelegenheit zum regelmäßigen fachlichen Austausch. Auch für die sehr zügige Erstellung des Erstgutachtens möchte ich mich bedanken. Mein weiterer Dank gilt Herrn Univ.-Prof. Dr. Andreas Engert für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Berlin, im Juni 2020

Julian Erfurth

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
§ 1 Einführung	17
A. Hintergrund der Thematik	17
B. Zielsetzung der Untersuchung	20
C. Untersuchungsgegenstand und Abgrenzung	22
D. Gang der Untersuchung	23
§ 2 Die Grundzüge der Innenhaftung	25
A. Überblick	25
I. Innenhaftung als Strukturprinzip der Organhaftung	25
II. Der konkretisierungsbedürftige Pflichtenkanon der Leitungsorgane	26
III. Haftungszwecke	28
B. Haftung für unternehmerische Entscheidungen	30
C. Haftung bei Legalitätspflichtverletzungen	32
I. Grundlagen der Legalitätspflicht	32
II. Strikter Gleichlauf zwischen externer Gesetzesbindung und Legalitätspflicht	33
D. Beweislastregeln	36
I. Beweislastverteilung de lege lata	36
II. Kritik und Reformbestrebungen	37
III. Stellungnahme	39
§ 3 Die Geldbuße gegen juristische Personen	41
A. Einführung	41
I. Zweigleisige Sanktionierung im unternehmerischen Bereich	41
II. Normhistorie	43
III. Umstrittene Rechtsnatur	43

B. Normative Konzeption	46
I. Individualsanktion als Ausgangspunkt	46
II. Festsetzungsvoraussetzungen der Verbandsgeldbuße	47
C. Alternativmodell im Europäischen Kartellrecht	49
D. Grundsätze der Bußgeldberechnung	51
1. Bußgeldrahmen	51
2. Bestimmung der Bußgeldhöhe	53
a) Kriterien und Praxis der Zumessung	53
aa) Entsprechende Anwendung des § 17 Abs. 3 OWiG	53
bb) Insbesondere: Compliance Defense	55
b) Berechnung des Abschöpfungsanteils	58
E. Wirtschaftliche Bedeutung	59
§ 4 Der Haftungsrückgriff beim Leitungsorgan	62
A. Einleitung	62
B. Meinungsstand	63
I. Rechtsprechung	63
II. Schrifttum	65
C. Verortung der Regressproblematik in der Anspruchsprüfung	68
I. Haftungsbegründender Tatbestand	68
1. Pflichtverletzung	68
2. Einwand der nützlichen Pflichtverletzung	69
3. Unternehmerisches Ermessen bei unsicherer Rechtslage	71
4. Gesellschafterweisungen bei der GmbH	73
5. Zwischenergebnis	74
II. Haftungsausfüllender Tatbestand	75
1. Natürlicher Schadensbegriff als Ausgangspunkt	75
2. Normative Einschränkungen	76
a) Grundlagen	76
b) Zurechnungszusammenhang	76
aa) Kooperation mit den Verfolgungsbehörden	77
bb) Fehlender Einfluss auf die Bemessungskriterien	79
c) Schutzzweck der Norm	81
3. Zwischenergebnis	83

D. Vereinbarkeit der Regresshaftung mit außerschadensrechtlichen Wertungen	83
I. Ausgangslage	83
II. Beurteilung der Regresshaftung im englischen Recht	84
1. Hintergrund	84
2. Die Entscheidung Safeway Stores v Twigger des Court of Appeal	84
3. Verortung des ex turpi-Prinzips im deutschen Recht	86
4. Anwendbarkeit auf den Bußgeldregress nach deutschem Recht	87
III. Gesetzgeberische Zwecksetzung der Verbandsgeldbuße	89
1. Bedeutung für die Untersuchung	89
2. Zweck der Individualsanktion	90
3. Übertragbarkeit auf die Verbandsgeldbuße	92
a) Ausgangslage	92
b) Abschöpfungszweck	93
c) Präventionszweck	96
aa) Begrenzte Präventionswirkung durch Abschöpfung	96
bb) Prävention durch Übelszufügung	98
d) Gleichstellungszweck	101
4. Rechtsgebietsübergreifende Geltung der Zwecksetzung	102
5. Zwischenergebnis	103
IV. Innenregress und Vorteilsabschöpfung	103
1. Ausgangslage	103
2. Berücksichtigung rechtswidrig erzielter Vorteile	104
a) Abzug über die Grundsätze der Vorteilsausgleichung	104
b) Problem der Beweislast	106
c) Lösungsansätze	108
aa) Sekundäre Darlegungslast	108
bb) Verortung der Vorteile im Rahmen der Differenzhypothese	109
cc) Stellungnahme	110
3. Zwischenergebnis	112
V. Innenregress und Präventionszweck	113
1. Problemstellung	113
2. Zielobjekt der präventiven Steuerungswirkung	113
a) Bedeutung für die Regressproblematik	113
b) Ansatzpunkte	114
c) Meinungsstand im Schrifttum	114

d) Stand der Rechtsprechung	116
e) Steuerung der Leitungsorgane	118
aa) Grundgedanke	118
bb) Bewertung	119
(1) Erkenntnisse aus den Gesetzesmaterialien	119
(2) Systematik der Verbandsgeldbuße	120
(3) Materielle Erwägungen: Übelszufügung	122
(4) Materielle Erwägungen: Rückschlüsse aus der Bußgeldzumessung	124
(a) Unternehmensbezogenheit der Zumessungskriterien	124
(b) Folgerungen für die Ausrichtung der Sanktionswirkung	126
cc) Steuerungswirkung der Regressmöglichkeit	127
(1) Problemstellung und Bedeutung für die Untersuchung	127
(2) Individuelle Sanktionierung	129
(a) Verhaltenssteuerung durch Androhung persönlicher Sanktionen	129
(b) Versicherung und Erstattungszusagen	130
(c) Problematik des Opportunitätsprinzips	130
(3) Zivilrechtliche Haftungsfolgen	132
(4) Gewerbe- und anstellungsrechtliche Konsequenzen für Organwalter	133
(5) Kriminalpolitische Argumente gegen den Rückgriff	135
dd) Zwischenergebnis	135
f) Steuerung des Verbands	136
aa) Ausgangslage	136
bb) Präventionsfunktion gegenüber dem Verband als „soziales Subjekt“	136
cc) Stellungnahme	138
g) Weitere potentielle Steuerungsadressaten	140
aa) Einführende Überlegungen	140
bb) Adressat der Übelszufügung	142
cc) Ansätze im Schrifttum und in der Rechtsprechung	145
(1) Verbandsgeldbuße	145
(2) Verbandsstrafrecht	147

dd)	Weitere Argumente für eine Anteilseignersteuerung	149
	(1) Gesetzesbegründung zur 9. GWB-Novelle	149
	(2) Stärkung der Unternehmenseigentümer bei der Corporate Governance	150
	(3) Deutscher Corporate Governance Kodex	152
	(4) Unionsrechtliche Entwicklungen	153
h)	Zwischenergebnis	154
3.	Auswirkungen einer Regressmöglichkeit auf die Präventionswirkung	155
a)	Meinungsstand beim Bußgeldregress	155
b)	Andere Regresskonstellationen	157
aa)	Meinungsstand zur Abwälzbarkeit von Individualsanktionen	157
	(1) Abwälzbarkeit dienstlich veranlasster Individualsanktionen	158
	(2) Erstattungszusagen für Individualsanktionen	159
bb)	Privatrechtlicher Sanktionsregress in sog. Berater-Fällen	160
	(1) Hintergrund	160
	(2) Gegenstand der sog. Berater-Fälle	161
	(3) Stellungnahme zur Berater-Rechtsprechung	163
	(4) Keine Übertragbarkeit auf den Innenregress	164
cc)	Privatrechtlicher Sanktionsregress im BGH-Flugreisefall	168
dd)	Regressdebatte bei sportrechtlichen Verbandssanktionen	168
	(1) Hintergrund	168
	(2) Meinungsstand	169
	(3) Grundlagen der verbandsrechtlichen Sanktionierung von Sportvereinen	170
	(4) Folgerungen für den Regress gegenüber Organwaltern	172
ee)	Zusammenfassung	174
c)	Erforderlichkeit einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung	175
d)	Bedeutung einer Reputationsbeeinträchtigung	180

e)	Gleichlauf mit dem steuerrechtlichen Abzugsverbot für Geldsanktionen	181
aa)	Entwicklung und Begründung des Abzugsverbots	181
bb)	Rückschlüsse für den Bußgeldregress	183
f)	Keine Rückschlüsse aus der strafrechtlichen Beurteilung von Drittzahlungen	184
aa)	Hintergrund	184
bb)	Überblick zur strafrechtlichen Diskussion	185
cc)	Stellungnahme	186
(1)	Bewertung der Rückschlüsse für den Bußgeldregress	186
(2)	Kritik an der Rechtsprechung	190
g)	Zwischenergebnis	193
4.	Der Einwand des Durchsetzungsrisikos	193
a)	Hintergrund	193
b)	Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen	194
c)	Realisierbarkeit des Anspruchs	195
d)	Unbeachtlichkeit des Einwands	198
5.	Zwischenergebnis	199
VI.	Verhältnismäßigkeit einer anteilseignerbezogenen Verbandsgeldbuße	200
1.	Hintergrund	200
2.	Eingriff	200
3.	Legitimer Zweck	203
4.	Eignung zur Rechtsdurchsetzung	203
a)	Grundlagen	203
b)	Wirkungsziel der präventiven Anteilseignersteuerung	204
aa)	Ausgangslage	204
bb)	Negative Anreizsetzung	205
cc)	Positive Anreizsetzung	207
c)	Bedeutung der verbandsrechtlichen Organisationsstruktur	208
d)	Gesellschaftereinfluss bei der GmbH	210
e)	Gesellschaftereinfluss bei der Aktiengesellschaft	211
aa)	Problemstellung	211
bb)	Aufsichtsrat als unmittelbares Kontrollorgan	212
cc)	Mittelbarer Aktionärsseinfluss durch Steuerung des Aufsichtsrats	215
(1)	Kontrolldefizite des Aufsichtsrats	215

(2) Möglichkeiten der Aktionäre zur Aufsichtsratssteuerung	217
(a) Personalkompetenz	217
(b) Repressionsmöglichkeiten	220
dd) Aktionärs Einfluss durch faktische Zwangswirkung auf den Vorstand	220
(1) Entlastung und Vertrauensentzug	221
(2) Vergütungsvotum	224
(3) Bußgelderstattung	227
(4) Satzungsregelungen	227
(5) Informeller Einfluss	229
ee) Zwischenergebnis	230
f) Bedeutung der Beteiligungshöhe	230
aa) Problemstellung	230
bb) Einflussmöglichkeiten von Kleinaktionären	232
(1) Auskunftsrecht	232
(2) Entlastungsanfechtung	233
(3) Koordinierte Stimmrechtsausübung	234
cc) Einflussmöglichkeiten von Großaktionären	235
dd) Aktionärs Einfluss bei kleinen AGs	238
g) Folgerungen für die Geeignetheit	238
5. Erforderlichkeit	241
6. Abschließende Interessenabwägung	241
7. Zwischenergebnis	245
VII. Innenregress und Gleichstellungszweck	246
1. Funktionsweise des Gleichstellungszwecks	246
2. Auswirkungen eines Innenregresses auf den Gleichstellungszweck	247
E. Konsequenzen für den zivilrechtlichen Ersatzanspruch	248
I. Normzielkonflikt zwischen Sanktionsrecht und Innenhaftung	249
II. Abstraktes Rangverhältnis	250
III. Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen	252
IV. Spezifika der Verbandsgeldbuße	253
V. Methodische Verortung des Regressausschlusses	256
1. Normative Korrektur der Differenzhypothese	256
2. Einbeziehung außerschadensrechtlicher Wertungen	257
3. Vorrang gegenüber teleologischer Reduktion	258
VI. Gerichtliche Kompetenz für einen Regressausschluss	260
VII. Zwischenergebnis	262

F. Übertragbarkeit auf unionsrechtliche Unternehmensgeldbußen	263
I. Problemstellung	263
II. Verwaltungssanktionsrecht der Union	264
1. Überblick	264
2. Geldbuße gegen Unternehmen im EU-Kartellrecht	265
III. Sanktionszweck der unionsrechtlichen Unternehmenskartellbuße	267
IV. Sanktionsrichtung der unionsrechtlichen Kartellbuße	268
1. Problemstellung	268
2. Meinungsstand	269
3. Stellungnahme	271
V. Konsequenzen für den Innenregress	273
1. Bedeutung des Effektivitätsgrundsatzes	273
2. Probleme bei uneinheitlicher Beurteilung	274
3. Unionskompetenz für Individualsanktionen	277
4. Konzeptionsschwäche des EU-Kartellsanktionsrechts	279
VI. Schlussfolgerung für einen Regress bei unionsrechtlichen Geldbußen	281
§ 5 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung	282
§ 6 Vorschläge und Ausblick	288
1. Gesetzgeberische Klarstellung	288
2. Stärkung der Präventionseffizienz	289
3. Effektivierung der Individualsanktion	291
4. Individualsanktion auf unionsrechtlicher Ebene	292
Literaturverzeichnis	295

Abkürzungsverzeichnis

ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
All ER	All England Law Reports
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BRÄK	Bundesrechtsanwaltskammer
BR-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
Cal. L. Rev.	California Law Review
CAS	Court of Arbitration for Sport
DAX	Deutscher Aktienindex
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DRB	Deutscher Richterbund
ECLA	European Competition Law Annual
Einl.	Einleitung
EUV	Vertrag über die Europäische Union (Konsolidierte Fassung), ABl. EU 2016, C 202/1
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FD-ArbR	Fachdienst Arbeitsrecht
FD-StrVR	Fachdienst Straßenverkehrsrecht
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
J. Bus. & Tech. L.	Journal of Business and Technology Law
J. Bus. Ethics	Journal of Business Ethics
jm	juris Monatszeitschrift
jurisPR-Compl	juris Praxis-Report Compliance & Investigations
Melb. U. L. Rev.	Melbourne University Law Review
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
n.v.	Nicht veröffentlicht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht

Abkürzungsverzeichnis

NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
Pitt. L. Rev.	Pittsburg Law Review
RegBegr.	Begründung Regierungsentwurf
Rev. Financ. Stud.	Review of Financial Studies
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts
Vor §	Vorbemerkungen zu §
VP	Versicherungspraxis (Zeitschrift)
Wij	Journal der wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V.
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Alle übrigen Abkürzungen sind allgemein bekannt oder ergeben sich aus: Kirchner, Hildebert/Butz, Cornelia: Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 9. Aufl., Berlin 2018, und Duden, Die Deutsche Rechtschreibung, 27. Aufl., Mannheim u.a. 2017.

§ 1 Einführung

A. Hintergrund der Thematik

Die Innenhaftung von Managern zählt zu den meist diskutierten Themenfeldern im Gesellschaftsrecht.¹ Obwohl eine Innenhaftung für organschaftliche Pflichtverletzungen bereits in den Vorgängerregelungen zum heutigen Aktiengesetz vorhanden war und zu den Grundlagen der gesellschaftsrechtlichen Verfassung gehört, spielten die Haftungstatbestände in der unternehmerischen Praxis lange eine nur untergeordnete Rolle. Die geringe Bedeutung der Innenhaftung spiegelte sich sowohl in der spärlichen Rechtsprechung zur Thematik als auch in Verlautbarungen aus dem Schrifttum wieder, dass die Organhaftungsvorschriften „kein lebendes Recht“ verkörperten.² Die Ursachen für eine nur zurückhaltende Inanspruchnahme von Leitungsorganen sind vielfältig. Ein Grund mag darin liegen, dass die Haftung mitunter als „Verhandlungsmasse“ bzw. als Druckmittel zur Begrenzung von Abfindungen beim Ausscheiden der Leitungsorgane verwendet wird, sodass es in solchen Fällen nur beim Scheitern der Verhandlungen zu einer Geltendmachung von Ansprüchen kommt.³ Auch die bei einem öffentlichen Schadenersatzprozess drohende Offenbarung von Unternehmensinterna vermag in manchem Fall Unternehmen von einer gerichtlichen Durchsetzung ihrer Ersatzansprüche abhalten.⁴ Speziell bei der Aktiengesellschaft kommt hinzu, dass zwischen dem Vorstand und dem für die Anspruchsdurchsetzung zuständigen Aufsichtsrat häufig enge persönliche Beziehungen bestehen, die einer gericht-

1 Auf dem 70. Deutschen Juristentag wurde die Organhaftung kürzlich als eigenständiger Themenkomplex eingehend behandelt, siehe *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT; siehe auch *Thomas*, Haftungsfreistellung, S. 17.

2 *Wiedemann*, GesR, S. 624; ähnlich *Vetter*, AG 2000, 453; siehe auch *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 93 Rn. 5a.

3 *Horn*, ZIP 1997, 1129, 1131.

4 Streitigkeiten dieser Art werden aus diesem Grund vermehrt vor nichtöffentlichen Schiedsgerichten ausgetragen, siehe hierzu *Loritz/Wagner*, DStR 2012, 2189, 2195; eingehend zum Schiedsverfahren bei Organhaftungsfällen *Schumacher*, NZG 2016, 969.

lichen Auseinandersetzung entgegenstehen.⁵ Von Bedeutung dürfte zudem sein, dass sich der Aufsichtsrat infolge einer Anspruchsverfolgung unter Umständen dem Vorwurf eines eigenen Überwachungsverschuldens ausgesetzt sieht.⁶

Ohne die Grundlagen der Haftung anzutasten, haben Gesetzgeber und Rechtsprechung dieser Entwicklung durch verbesserte Durchsetzungsmöglichkeiten und eine verdichtete Durchsetzungspflicht der gesellschaftsrechtlichen Verwaltungsorgane entgegen gesteuert.⁷ Maßgeblicher Einfluss auf die mittlerweile deutlich gesteigerte Verfolgungsbereitschaft ist der sog. ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung des BGH zuzurechnen, die eine Pflicht des Aufsichtsrats zur Durchsetzung erfolgversprechender Ansprüche gegen die Organmitglieder formuliert hat.⁸ Daneben trägt auch die zunehmende Verbreitung der Geschäftsleiter-Haftpflichtversicherung, kurz D&O-Versicherung, zur vermehrten Anspruchsverfolgung bei, da sie dem Organwalter Deckung bei persönlicher Inanspruchnahme und der geschädigten Gesellschaft reflexartig einen leistungsfähigen Schuldner für den Fall des Innenregresses bietet. Darüber hinaus verringert die D&O-Versicherung gerade auch die unternehmerische Brisanz einer konfrontatorischen Inanspruchnahme von Leitungsorganen.⁹

In der Unternehmenswirklichkeit hat sich auf diesem Wege, gefördert auch durch zunehmenden öffentlichen Druck zur Haftungsdurchsetzung, ein gesteigertes Bewusstsein dafür entwickelt, Leitungsorgane und andere Führungspersonen für Schäden, die dem Unternehmen aus pflichtwidrigem Verhalten entstanden sind, in die Verantwortung zu nehmen. Als Nachweise dieser Entwicklung dienen öffentlich bekannt gewordene Haftungsfälle aus der jüngeren Vergangenheit, etwa der Korruptionsskandal beim Elektronikkonzern Siemens oder die Inanspruchnahme von Managern am Flughafen BER und beim Baukonzern Bilfinger Berger. Auch der sog. Abgasskandal in der Automobilindustrie konfrontiert die betroffenen Hersteller mit Ersatzansprüchen in neuer Dimension und dürfte nach derzeitigem Erkenntnisstand ebenfalls eine interne Inanspruchnahme der verantwortlichen Leitungspersonen nach sich ziehen.

5 Bayer, in: FS K. Schmidt, S. 85, 86; Fabisch, ZWeR 2013, 91, 93; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 1.

6 Habersack, in: Karlsruher Forum, S. 5, 35; Rack, CB 2017, 59, 62.

7 Thomas, Haftungsfreistellung, S. 17 f; siehe auch Wilsing, in: Krieger/Schneider, Hdb. Managerhaftung, § 31 Rn. 2 f.

8 BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 253 = NJW 1997, 1926, 1927 f.

9 Lange, r+s 2010, 92, 95; v. Schenck, NZG 2015, 494, 495.

Neben Schäden, die der Gesellschaft aus wirtschaftlichen Fehlentscheidungen der Leitungsorgane entstehen oder aus einer Inanspruchnahme Dritter, die durch rechtswidriges Verhalten aus dem Unternehmen heraus geschädigt wurden, können sich finanzielle Einbußen auch aus einer gegen das Unternehmen verhängten Geldbuße ergeben. Auch insoweit stellt sich die Frage der Innenhaftung der für den Rechtsverstoß verantwortlichen Leitungsorgane. Geldbußen gegen juristische Personen können insbesondere in Bereichen mit Sonderbußgeldrahmen, etwa dem Kartellrecht oder dem Wertpapierrecht, beträchtliche Summen erreichen. Doch auch der Regelbußgeldrahmen lässt bereits Geldbußen in Millionenhöhe zu und kann insbesondere für kleinere Unternehmen eine erhebliche Belastung darstellen. Materiell-rechtliche Verschärfungen der unternehmerischen Bußgeldhaftung in verschiedenen Bereichen dürften das Bedürfnis nach Regressmöglichkeiten der Unternehmen zukünftig zusätzlich verstärken. Gleiches würde bei Einführung einer in Rechtswissenschaft und Politik seit Langem diskutierten kriminalstrafrechtlichen Verbandssanktion gelten, die sich nach wie vor auf der rechtspolitischen Agenda befindet.¹⁰ Während auf Gesellschaftsseite ein originäres wirtschaftliches Interesse an einem Rückgriff zur „Wiederauffüllung“ des Gesellschaftsvermögens besteht, fürchten Organwalter eine erhebliche Ausweitung ihrer Haftungsrisiken mit potentiell existenzbedrohendem Ausmaß.¹¹

Die Möglichkeit einer Weiterreichung finanzieller Schäden aus straf- oder ordnungsrechtlichen Geldsanktionen an Dritte beschäftigt Rechtsprechung und Schrifttum schon lange. Die Debatte drehte sich zunächst jedoch nicht um den gesellschaftsrechtlichen Innenregress für Unternehmensgeldbußen, sondern vielmehr um die Frage, ob natürliche Personen gegen sie selbst verhängte persönliche Geldsanktionen im Wege des Schadenersatzes auf einen anderen abwälzen können. Anspruchsgläubiger waren Arbeitnehmer oder Organmitglieder, die eine persönliche Geldbuße oder Geldstrafe auf ihr Unternehmen abzuwälzen suchten, oder Personen, die ihre eigene Sanktionierung auf die fehlerhafte Beratung Dritter zurück-

10 Siehe hierzu auch die Absichtserklärungen im Koalitionsvertrag 2018 zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode, S. 126, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/656734/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1> (zuletzt besucht am 31.5.2020).

11 Eingehend zur Diskussion um die Existenzbedrohung durch Innenhaftung *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, S. 35 ff.; hierzu auch *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT, S. E 3.

fürten und sich bei diesen schadlos halten wollten.¹² Der gesellschaftsrechtliche Bußgeldregress gegenüber Leitungsorganen gerät dagegen erst in jüngerer Zeit verstärkt in den Fokus. Im Schrifttum werden von einer uneingeschränkten Regressmöglichkeit über eine höhenmäßige Begrenzung bis hin zu einem vollständigen Regressausschluss verschiedene Lösungsansätze vertreten, die sich scheinbar unvereinbar gegenüberstehen.¹³ Die Diskussion hat mittlerweile deutlich an Fahrt aufgenommen. Maßgeblich ursächlich hierfür ist eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf (nachfolgend: LAG Düsseldorf) aus dem Jahr 2015, das sich als erstes deutsches Obergericht mit der Frage eines solchen Verbandsbußgeldregresses befasst hat.¹⁴ Die im Schrifttum hoch umstrittene Entscheidung führte nicht zu einer Erledigung der Streitfrage, sondern hat die Diskussion vielmehr neu entfacht.

B. Zielsetzung der Untersuchung

Die Untersuchung befasst sich vor diesem Hintergrund mit der Frage, ob die Anspruchsnormen der gesellschaftsrechtlichen Innenhaftung auch zum Ersatz von solchen finanziellen Einbußen dienen können, die der Gesellschaft durch die Festsetzung einer Geldbuße entstanden sind, oder ob die Organhaftung insoweit einer Einschränkung unterliegen muss. Auch nach der genannten Entscheidung des LAG Düsseldorf bleibt die Thematik der schadensrechtlichen Abwälzbarkeit von gegenüber einem Unternehmen verhängten Geldbußen im Wege der Innenhaftung weiterhin kontrovers. Eine rechtssichere Beantwortung der Regressfrage erscheint auf dieser Grundlage bislang nicht möglich. Soweit die Thematik Eingang in monographische Darstellungen gefunden hat, bleibt festzustellen, dass die Möglichkeit einer Innenhaftung hierbei entweder vorausgesetzt werden scheint¹⁵ oder trotz eingehender Erörterung der Problematik ent-

12 Zur Abwälzung durch Arbeitnehmer oder Organwalter siehe die Nachweise unter § 4 D.V.3.b)aa). Zur Abwälzung in Beratungsverhältnissen siehe die Nachweise unter § 4 D.V.3.b)bb).

13 Zur Entwicklung der Debatte und dem aktuellen Meinungsbild siehe die Nachweise unter § 4 B.II.

14 LAG Düsseldorf, Urt. v. 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, juris.

15 So offenbar *Altemeier*, Verantwortlichkeit, S. 89 ff.; siehe auch die Darstellung bei *Eden*, Persönliche Schadensersatzhaftung, S. 135 f.

scheidende Aspekte unberücksichtigt bleiben.¹⁶ Letzteres gilt insbesondere für die Frage, welches Rechtssubjekt von der Verbandsgeldbuße gesteuert werden soll.¹⁷ Auch eine Auseinandersetzung mit der speziellen regelungstechnischen Konzeption der Verbandsbußgeldnorm des § 30 OWiG und den Auswirkungen auf die Regressfrage erfolgt kaum.¹⁸ Eine höchstrichterliche Klärung der Frage ist trotz revisionsrechtlicher Befassung des BAG allenfalls mittelfristig zu erwarten. Das BAG hat den Rechtsstreit unter Zuständigkeitsgesichtspunkten zurückverwiesen. Das Verfahren hat auf dem ordentlichen Rechtsweg von neuem begonnen.¹⁹

Für einen Teilbereich der gesellschaftsrechtlichen Organhaftung mit erheblicher praktischer Relevanz besteht damit eine große Rechtsunsicherheit. Ziel dieser Untersuchung ist es, einen Diskussionsbeitrag für eine sachgerechte und mit den gesetzlichen Voraussetzungen zu vereinbarende Lösung zu leisten. Eine Klärung ist dabei nicht bloß für die haftungsbedrohten Leitungsorgane und die mit der Geldbuße belasteten Gesellschaften von enormer Bedeutung. Bei der Aktiengesellschaft etwa kommt der Frage auch für den Aufsichtsrat große Tragweite zu. Dieser ist – wie erwähnt – bei Erfolgsaussichten grundsätzlich zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand verpflichtet, um der Gefahr einer eigenen Schadenersatzhaftung zu entgehen. Darüber hinaus dürften auch die beteiligten D&O-Versicherer an einer Klärung der Rechtslage in diesem Punkt interessiert sein.

Die Thematik des Bußgeldregresses fügt sich teilweise in grundlegende Fragen der Organhaftung ein, wie etwa die Diskussion zu einer höhenmäßigen Haftungsbegrenzung. Darüber hinaus eröffnen sich aber eine Reihe spezifischer Problemfelder. Dies gilt insbesondere für das Verhältnis zwischen hoheitlichen Sanktionen und privatrechtlichem Schadensausgleich sowie die Bedeutung beider Ebenen für eine Verhaltenssteuerung

16 So etwa *Kaulich*, Haftung, S. 288 ff.; *Kröger*, Korruptionsschäden, S. 215 ff.; *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 101 ff., insbes. S. 108 ff.; *Ruttmann*, Versicherbarkeit, S. 154 ff.; *Wacker*, Persönliche Schadenersatzhaftung, S. 43 ff. Eine ausführliche Erörterung liefert dagegen die jüngst erschienene Arbeit von *Hauff*, Der Regress von Verbandsgeldbußen im Kapitalgesellschaftsrecht (2019), die jedoch die Zulässigkeit des Bußgeldregresses abweichend von der vorliegenden Arbeit bewertet.

17 Hierzu eingehend unten, § 4 D.V.2.

18 Zur normativen Konzeption siehe unten, § 3 B, zur Bedeutung für die Beurteilung des Bußgeldregresses siehe § 4 D.V.2.e)bb)(2) und § 4 E.IV.

19 BAG, Beschl. v. 29.6.2017 – 8 AZR 189/15, juris. Das LAG hat den Rechtsstreit an das LG Dortmund verwiesen, siehe LAG Düsseldorf, Beschl. v. 29.1.2018 – 14 Sa 591/17, juris Rn. 267.

mit dem Ziel der Rechtmäßigkeitsförderung im unternehmerischen Bereich. Auch das Verhältnis zwischen nationalem und EU-Sanktionsrecht wirft bei der Regressproblematik Fragen auf.

C. Untersuchungsgegenstand und Abgrenzung

Um sich der Frage einer Innenhaftung für Unternehmensgeldbußen mit der erforderlichen Tiefe nähern zu können, bedarf es Eingrenzung in verschiedener Hinsicht. Zum einen beschränkt sich die Untersuchung auf Kapitalgesellschaften in der Rechtsform der GmbH und der Aktiengesellschaft. Anders als bei den Personengesellschaften, bei denen die Gesellschafter häufig mit den organschaftlichen Vertretern personenidentisch sind, fallen Organwalter und Gesellschafter bei Aktiengesellschaft und GmbH in der Regel auseinander. Selbst wenn ein Gesellschafter zugleich organschaftlicher Vertreter ist, existiert zumindest ein großer Teil an Mitgesellschaftern, denen diese Stellung nicht zukommt. Die Frage eines Rückgriffs auf die Leitungsorgane stellt sich nur in dieser Konstellation. Hinzu kommt, dass ein Großteil der unternehmenstragenden Gesellschaften in Deutschland in der Rechtsform der GmbH oder der Aktiengesellschaft organisiert ist.

Hinsichtlich der potentiell haftungsauslösenden Sanktionen beschränkt sich die Untersuchung zunächst auf Geldbußen, die auf Grundlage von § 30 OWiG gegen juristische Personen festgesetzt werden. Damit geht die Untersuchung über den Anwendungsfall von Kartellbußen hinaus, der dem Urteil des LAG Düsseldorf zugrunde lag und auf den sich auch die rechtswissenschaftliche Diskussion klar fokussiert. Stattdessen soll untersucht werden, ob das Problem anstelle einer sektorspezifischen Lösung einer einheitlichen Lösung für den gesamten Bereich von Verbandsgeldbußen zugeführt werden kann.²⁰

Dabei kann auf eine Abwälzbarkeit von Unternehmenssanktionen, die auf Grundlage ausländischer Rechtsnormen verhängt werden, in dieser Untersuchung nicht vertieft eingegangen werden. Wenngleich auch diese Frage im zunehmend globalisierten Wirtschaftsverkehr praktische Relevanz besitzt, stellen sich hierbei eine Reihe spezifischer, den Rahmen des Untersuchungsgegenstands übersteigende Fragen, die etwa die Erstreckung der Legalitätspflicht der Leitungsorgane auf ausländische Rechts-

20 Siehe hierzu auch *Bachmann*, BB 2015, 771, 775.

normen²¹ oder die Ermittlung der der Norm zugrunde liegende Zielsetzung bzw. Sanktionswirkung betreffen. Ein separates Kapitel widmet sich allerdings der praktisch ebenso relevanten Frage, ob die für die Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG gefundenen Ergebnisse auf solche Unternehmensgeldbußen übertragbar sind, die auf Grundlage unionsrechtlicher Vorschriften im Bereich des Kartellrechts ergehen. Die Verknüpfung zwischen Unionskartellrecht und nationalem Kartellrecht lässt ein besonderes Bedürfnis für einen Gleichlauf beim Innenregress entstehen.

D. Gang der Untersuchung

Die Innenhaftung der Leitungsorgane ergibt sich aus den Haftungstatbeständen im Aktien- und GmbH-Recht. In einem Überblick sollen daher zunächst die Grundzüge der gesellschaftsrechtlichen Innenhaftung von Leitungsorganen knapp dargestellt werden. Dabei liegt ein Fokus auf der Haftung für Gesetzesverletzungen (§ 2). Anschließend werden die Grundlagen der Geldbuße gegen juristische Personen nach § 30 OWiG erörtert und praxisrelevante Bußgeldtatbestände vorgestellt (§ 3). Sodann sind die Besonderheiten des Binnenregresses gegenüber Leitungsorganen im Falle von gegen das Unternehmen verhängten Verbandsgeldbußen zu erläutern und dessen Zulässigkeit zu untersuchen (§ 4). Dabei erfolgt eine eingehende Auseinandersetzung mit den Argumenten, auf die sich die wissenschaftliche Debatte fokussiert. Hierbei wird zunächst normgeleitet geprüft, ob die Verbandsgeldbuße einen Ersatzanspruch begründen kann und bei welchen Tatbestandsmerkmalen Einwände gegen eine Inanspruchnahme der Leitungsorgane zu verorten sind (§ 4 C.). Der Schwerpunkt der Erörterung liegt sodann auf der Frage, ob bzw. inwieweit die der Verbandsgeldbuße zugrunde liegenden Sanktionszwecke durch einen zulässigen Innenregress unterwandert zu werden drohen (§ 4 D.). Sollte sich eine derartige Sanktionszweckgefährdung feststellen lassen, ist darüber hinaus zu klären, ob Auswirkungen auf die haftungsrechtliche Ebene in Form eines Ausschlusses der Innenhaftung zwingend sind (§ 4 E.). In einem weiteren Abschnitt werden die unionsrechtlichen Unternehmensgeldbußen in die Betrachtung einbezogen und die Frage erörtert, inwieweit die zuvor gefundenen Ergebnisse auch auf solche supranationalen Sanktionen Anwendung finden können (§ 4 F.). Abschließend werden die wichtigsten Ergebnisse der

21 Siehe hierzu *Binder*, Vorstandshaftung, S. 84, mit zahlreichen Nachweisen zum Meinungsstand; siehe auch *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 6a.

§ 1 Einführung

Untersuchung zusammengefasst (§ 5) und es wird ein Ausblick auf Aspekte gegeben, die über den Untersuchungsgegenstand hinausgehen (§ 6).

§ 2 Die Grundzüge der Innenhaftung

A. Überblick

I. Innenhaftung als Strukturprinzip der Organhaftung

Die juristische Person ist ein normatives Konstrukt ohne Handlungsfähigkeit im natürlichen Sinne. Um ihr dennoch gerade in ihrer häufigen Eigenschaft als Trägerin eines Unternehmens die Teilnahme am Rechtsverkehr zu ermöglichen, sieht die Rechtsordnung die Einrichtung von Leitungs- und Vertretungsorganen vor, die über ein gesetzlich bestimmtes Verfahren mit natürlichen Personen besetzt werden.²² Diese Organwalter führen die Geschäfte der unternehmenstragenden juristischen Person und vertreten sie nach außen im Rechtsverkehr. Bei der Aktiengesellschaft obliegt diese Aufgabe dem Vorstand, bei der GmbH den Geschäftsführern.²³

Bei einem Fehlverhalten der Leitungsorgane bei der Unternehmensführung kommt eine persönliche Haftung in Betracht, die vom Gesetzgeber als reine Innenhaftung ausgestaltet ist. Eine Ersatzpflicht tritt grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft ein, nicht aber gegenüber Dritten, die durch das Verhalten geschädigt wurden.²⁴ Dritten gegenüber haftet stattdessen nur die Gesellschaft. Eine unmittelbare Außenhaftung der Leitungsorgane ist gesetzlich nur in wenigen bereichsspezifischen Ausnahmefällen angeordnet.²⁵ Darüber hinaus ist sie nur in besonders gelagerten Konstellationen anerkannt, in denen die Pflichten aus der Organstellung mit solchen Pflichten einhergehen, die den Organwalter aus besonderen

22 Näher zum Begriff des Organs sowie des Organwalters *Schürmbrand*, *Organschaft*, S. 30 ff. und 231 ff.; zu den verschiedenen Gruppen von Organen siehe *K. Schmidt*, *GesR*, 408.

23 Die Begriffe Leitungsorgan und Organwalter werden im Folgenden synonym für die Mitglieder des Vorstands bzw. die Geschäftsführer verwendet, sofern nicht ausdrücklich auf ein anderes gesellschaftsrechtliches Organ Bezug genommen wird.

24 BGH, Urt. v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26, 34 = NJW 2012, 3439 Rn. 23; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, *AktG*, § 93 Rn. 307.

25 *Fleischer*, in: *ders.*, *Hdb. Vorstandsrecht*, § 11 Rn. 1; siehe auch *Thümmel*, *Persönliche Haftung*, S. 213; zum Vorschlag einer Außenhaftung im Bereich der Emittentenhaftung *de lege ferenda* siehe *Spindler*, in: *MünchKomm-AktG*, § 93 Rn. 3.

Gründen persönlich gegenüber Dritten treffen.²⁶ Namentlich ist dies der Fall bei der Verwirklichung deliktsrechtlicher Tatbestände nach §§ 823 ff. BGB oder über die Rechtsfigur der culpa in contrahendo (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB) im vorvertraglichen Bereich.²⁷ Die Haftungskonzentration gegenüber der Gesellschaft entspricht auch den Ansätzen zahlreicher anderer europäischer Rechtsordnungen und kann als eines der Strukturprinzipien des europäischen Gesellschaftsrechts bezeichnet werden.²⁸

Die Grundlage der Innenhaftung bildet nach ganz überwiegender Ansicht im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum die Amtsstellung der Organmitglieder auf korporationsrechtlicher Ebene als Treuhänder des für sie fremden Gesellschaftsvermögens, das ihnen im Rahmen ihrer Leitungsfunktion anvertraut wurde.²⁹ In dogmatischer Hinsicht geht die vertragliche Haftung aus dem Anstellungsvertrag nach §§ 280, 241 Abs. 2 BGB in dieser Spezialregelung auf, sodass einer vertraglichen Haftung neben der Organhaftung kein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt.³⁰

II. Der konkretisierungsbedürftige Pflichtenkanon der Leitungsorgane

Für den Vorstand der Aktiengesellschaft ist die Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft in § 93 Abs. 2 S. 1 AktG gesetzlich normiert.³¹ Hiernach sind Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft als Gesamtschuldner zum Schadenersatz verpflichtet. Für die GmbH schreibt § 43 Abs. 2 GmbHG vor, dass Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden haften. Der Regelungsgehalt beider Vorschriften ist trotz des leicht abweichenden Wortlauts identisch.³²

26 BGH, Urt. v. 5.2.1989 – VI ZR 335/88, BGHZ 109, 297, 303 = NJW 1990, 976, 977 f.; Urt. v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10, NJW 2012, 3439, 3441 f.

27 Hierzu *Altmeyden*, in: Krieger/Schneider, Hdb. Managerhaftung, § 7 Rn. 19 ff.; speziell zur Aktiengesellschaft siehe *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 302 ff.; zur GmbH *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 309 ff.

28 *Fleischer*, ZGR 2004, 437, 440 ff.

29 *Lutter*, in: Krieger/Schneider, Hdb. Managerhaftung, § 1 Rn. 1; *Fleischer*, in: ders., Hdb. Vorstandsrecht, § 11 Rn. 2; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 36.

30 BGH, Urt. v. 9.12.1996 – II ZR 240/95, NJW 1997, 741, 742.

31 Zur geschichtlichen Entwicklung des Haftungstatbestands siehe *Lutter*, in: Krieger/Schneider, Hdb. Managerhaftung, § 1 Rn. 2 ff.

32 *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 1; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 3.

Die von den Haftungstatbeständen in Bezug genommenen Pflichten der Leitungsorgane ergeben sich zu einem Teil aus gesetzlichen Konkretisierungen. So trifft beispielsweise den Vorstand gem. § 91 Abs. 2 AktG die Pflicht zur Einrichtung eines geeigneten Frühwarnsystems für die Erkennung von bestandsgefährdenden Entwicklungen. Daneben hebt auch § 93 Abs. 3 AktG eine Reihe von Sondertatbeständen hervor, die Schadenersatz begründende Pflichtverletzungen des Vorstands normieren.³³ Von diesen expliziten Konkretisierungen abgesehen verpflichtet § 93 Abs. 1 S. 1 AktG die Vorstandsmitglieder in allgemeiner Hinsicht – entsprechendes normiert § 43 Abs. 1 GmbHG für den Geschäftsführer einer GmbH – bei der Unternehmensleitung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Diese Vorschrift postuliert nach überwiegender Ansicht nicht lediglich einen Verschuldens- bzw. Sorgfaltsmaßstab für die anderweitig normierten Pflichten, sondern beinhaltet selbst eine eigenständige Pflichtenbeschreibung, deren Verletzung Anknüpfungspunkt für eine Haftung nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG sein kann.³⁴ Für dieses Verständnis spricht zum einen der generalklauselartige Charakter der Vorschrift. Bei einer Eingrenzung auf die explizit normierten Pflichten bestünde ohne einen solchen Auffangtatbestand außerdem die Gefahr ungewollter Haftungslücken. In gesetzessystematischer Hinsicht kommt hinzu, dass auch § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, der als Einschränkung unmittelbar an die Regelung des Satz 1 anknüpft, selbst den Begriff der Pflichtverletzung verwendet.

Das vom Gesetzgeber nicht näher konkretisierte, sondern generalklauselartig umschriebene Pflichtenprogramm, welches der Geschäftsleitung über die objektive Sorgfalts- bzw. Verhaltenspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG auferlegt wird, lässt sich in verschiedene Pflichtenkreise aufspalten. Eine grobe Unterteilung kann in eine rechtliche und eine ökonomische Komponente erfolgen.³⁵ Zur erstgenannten zählt einerseits die allgemein als Legalitätspflicht bezeichnete Pflicht der Leitungsorgane zur Regeltreue, die eine strikte Einhaltung von Recht und Gesetz verlangt.³⁶ Mit dieser eng verknüpft ist die als Überwachungspflicht oder Legalitätskontrollpflicht bezeichnete Aufgabe zur Überwachung und

33 Hierzu eingehend *Thümmel*, Persönliche Haftung, S. 75 ff.

34 *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 21; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 5; a.A. *Hüffer*, AktG, § 93 Rn. 4 (bloßer Verschuldensmaßstab).

35 Siehe auch *Paefgen*, AG 2014, 554, 556 („Dichotomie“ von Legalitätspflicht und unternehmerischen Ermessen).

36 *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 73; siehe näher unter C.

Sicherstellung eines rechtstreuen und zweckmäßigen Verhaltens aller nachgeordneten Mitarbeiter im Unternehmen.³⁷ Hierzu zählt insbesondere die Einrichtung geeigneter Compliance-Systeme, die eine Regeltreue innerhalb des Unternehmens zu gewährleisten im Stande sind, sowie eine fortlaufende Wirksamkeitskontrolle.³⁸ Effektiviert wird die Überwachungspflicht durch §§ 130 i.V.m. 9 OWiG, der über eine Bußgeldandrohung sicherstellen soll, dass Vorkehrungen zur Verhinderung von Rechtsverletzungen getroffen werden.

Zusätzlich zu dieser rechtlichen Komponente der Sorgfaltspflicht haben die Leitungsorgane in betriebswirtschaftlicher Hinsicht die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung.³⁹ Diese Pflicht hat im Wesentlichen eine sachgerechte Organisation zur Erkennung und Vermeidung von betriebswirtschaftlichen Risiken zum Gegenstand. Sie geht einher mit der Pflicht zur Leitung des Unternehmens nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ordnungsgemäßer Unternehmensführung.⁴⁰

III. Haftungszwecke

Das bürgerlichrechtliche Schadensrecht beruht auf dem Grundsatz der Totalreparation.⁴¹ Der Geschädigte soll durch die Ersatzleistung in die Ausgangslage vor dem schädigenden Ereignis zurückversetzt, der Schaden also vollständig ausgeglichen werden. Gleichzeitig soll eine Bereicherung des Geschädigten vermieden werden.⁴² Dies zugrunde gelegt hebt das Schrifttum meist die Ausgleichs- bzw. Kompensationsfunktion des Schadenersatzes hervor.⁴³ Außerkompensatorische, verhaltenssteuernde Präventions-

37 *Seyfarth*, Vorstandsrecht, § 23 Rn. 13; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 6c.

38 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 112; LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 346 ff.

39 Zum Begriff der Ordnungsmäßigkeit *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93, Rn. 7.

40 Vgl. *Fleischer*, in: ders., Hdb. Vorstandsrecht, § 7 Rn. 27 ff.

41 *Flume*, in: BeckOK-BGB, § 249 Rn. 43.

42 *Oetker*, in: MünchKomm-BGB, § 249 Rn. 20. Zum hiervon abweichenden Konzept sog. punitive damages in anderen Rechtsordnungen siehe *Wagner*, AcP 2006, 352, 471 ff.

43 *Larenz*, Schuldrecht AT, S. 423 f.; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, S. 169 f.; *Maier-Reimer*, Referat zum 66. DJT, S. L 35 f.; *Eden*, Persönliche Schadensersatzhaftung, S. 131; siehe auch *Prütting/Kniepert*, ZfPW 2017, 458, 465; kritisch gegenüber einer Fixierung auf isolierte Zwecksetzungen des Haftungsrechts *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT, S. E 21.

zwecke werden der Haftung überwiegend nur ergänzend bzw. für Sonderbereiche zugesprochen.⁴⁴ So erkennt die Rechtsprechung beispielweise im Bereich von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechtsverletzungen eine präventive Funktion der Haftung ausdrücklich an.⁴⁵

Auch der Zweck der gesellschaftsrechtlichen Organhaftung wird vorrangig im Ausgleich von Vermögenseinbußen gesehen, die der Gesellschaft entstanden sind.⁴⁶ Einige Stimmen messen der Organhaftung daneben aber auch außerkompensatorische, verhaltenssteuernde Zwecke in dem Sinne bei, dass die Organwalter durch die drohende Inanspruchnahme zu pflichtgemäßem Verhalten angehalten werden.⁴⁷

Dass der Gesetzgeber mit der Innenhaftung eine Ausgleichsfunktion verfolgt, macht er insbesondere damit deutlich, dass auch der Sondertatbestand-Katalog des § 93 Abs. 3 AktG ausschließlich auf kapitalschützende Pflichten abstellt.⁴⁸ Aus diesem Kompensationsgedanken folgt unmittelbar der Schutzzweck der Haftungsnorm. Die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften der §§ 93 Abs. 2 S. 1 AktG, 43 Abs. 2 GmbHG dienen in erster Linie dem Schutz des Gesellschaftsvermögens und der Vermögensrechte der Anteilseigner.⁴⁹ Ergänzend tritt der Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes hinzu, dem ein kompensiertes Gesellschaftsvermögen ebenfalls zugute kommt. Ein darüber hinausgehender möglicher Präventionszweck der Haftung lässt sich dagegen nicht abstrakt-generell, sondern nur unter Einbeziehung des konkreten Regelungskontextes und der spezifischen Pflichtverletzung bestimmen.⁵⁰

44 Siehe hierzu auch Abteilung Zivilrecht des 66. DJT, Beschluss II 1. b), 66. DJT, S. L 89; dagegen den Präventionsaspekt in den Vordergrund rückend und die Steuerungsfunktion betonend *Wagner*, Gutachten A zum 66. DJT, S. A 20 ff.; *ders.* AcP 2006, 352, 451 ff.

45 BGH, Urt. v. 2.11.2000 – I ZR 246/98, BGHZ 145, 366, 372 = NJW 2001, 2173, 2174 (Immaterialgüterrecht); Urt. v. 15.11.1994 – VI ZR 56/94; BGHZ 128, 1, 15 = GRUR 1995, 224, 229; Urt. v. 5.10.2004 – VI ZR 255/03, BGHZ 160, 298, 303 = NJW 2005, 215, 216 (jew. Persönlichkeitsrecht).

46 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 2; *Lutter*, in: Krieger/Schneider, Hdb. Managerhaftung, § 1 Rn. 1; *Thomas*, Haftungsfreistellung, S. 147.

47 *Hüffer*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Kap. 7 Rn. 82; *Fleischer*, in: MünchKomm-GmbHG, § 43 Rn. 2; *Lutter*, in: Krieger/Schneider, Hdb. Managerhaftung, § 1 Rn. 1; hervorhebend *Gigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, AktG, § 93, Rn. 1 („zentrales Instrument zur Sicherstellung einer guten Unternehmensleitung“); siehe auch *Hölters*, in: *ders.*, AktG, § 93 Rn. 8.

48 *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 68.

49 *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 1; *Hölters*, in: *ders.*, AktG, § 93 Rn. 8; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 1; *Roth*, Unternehmerisches Ermessen, S. 29.

50 Siehe hierzu unten § 4 E.I.

B. Haftung für unternehmerische Entscheidungen

Hauptaufgabe eines jeden Leitungsorgans ist die Steuerung der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens und damit insbesondere die Sicherstellung und Steigerung des Gewinns. In dieser Funktion haben Geschäftsleiter häufig Entscheidungen zu treffen, deren ökonomische Tragweite, insbesondere die Realisierung des angestrebten wirtschaftlichen Erfolges, aus einer ex-ante-Perspektive nur selten sicher vorhersehbar sind. Die aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG ableitbare Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen birgt daher im Zusammenspiel mit den Innenhaftungstatbeständen das Risiko, für bestimmte betriebswirtschaftliche Entscheidungen, die sich rückblickend als verlustbegründend erweisen, haftungsrechtlich mit dem Privatvermögen zur Verantwortung gezogen zu werden.

Diesem Risiko kann nicht allein dadurch angemessen entgegengewirkt werden, dass das Gesetz von vornherein auf die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters abstellt. Für diesen Sorgfaltsmaßstab ist lediglich entscheidend, wie ein pflichtbewusster, selbständig tätiger Leiter eines Unternehmens der konkreten Art zu handeln hat, der nicht mit eigenen Mitteln wirtschaftet, sondern wie ein Treuhänder fremden Vermögensinteressen verpflichtet ist.⁵¹ Die Gefahr einer allzu strengen nachträglichen Beurteilung der in Frage stehenden wirtschaftlichen Entscheidung durch ein Gericht unter Kenntnis sämtlicher nachträglicher Tatsachen ist damit nämlich keinesfalls beseitigt.⁵²

Aus diesem Grund legt § 93 Abs. 1 S. 2 AktG fest, dass bei einer unternehmerischen Entscheidung eine Pflichtverletzung nicht vorliegt, wenn das Vorstandsmitglied vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.⁵³ Der hierdurch zum Ausdruck gebrachte Grundsatz des unternehmerischen Ermessens war bereits vor seiner Kodifizierung durch das UMAG im Jahre 2005 anerkannt und vom BGH in Anlehnung an das Konzept der US-amerikanischen Business Judgment Rule formuliert worden.⁵⁴ Hiernach verfügen Vorstandsmitglieder über einen weiten unternehmerischen Hand-

51 BGH, Urt. v. 20.2.1995 – II ZR 143/93, NJW 1995, 1290, 1291.

52 Sog. Rückschaufehler oder „hindsight bias“, hierzu *Fleischer*, NZG 2008, 371, 372; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 9.

53 Zur umstrittenen dogmatischen Einordnung der Norm siehe *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 65.

54 BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 253 = NJW 1997, 1926, 1927 f.; siehe hierzu auch *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 61.

lungsspielraum. Sie haften für betriebswirtschaftliche Fehlentscheidungen nur dann, wenn es sich um eine unter sämtlichen Gesichtspunkten unvertretbare Entscheidung handelt.⁵⁵ Dem Ansatz liegt unter anderem der Gedanke zugrunde, dass der Geschäftsleiter durch die Auferlegung zu großer Haftungsrisiken nicht mit einer im Ergebnis dem Unternehmensinteresse zuwiderlaufenden Risikoaversion agiert und davon abgehalten wird, unter Umständen profitable Geschäftschancen wahrzunehmen, die nahezu immer eine Prognoseentscheidung voraussetzen.⁵⁶ Ziel der Vorschrift ist damit die auch unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten angestrebte Stärkung der Risikobereitschaft des Vorstands.⁵⁷ Der Grundsatz des unternehmerischen Ermessens eröffnet dem Geschäftsleiter den sog. safe harbour, einen sicheren, da dem Haftungsregime des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG entzogenen Handlungsspielraum für unternehmerische Entscheidungen.⁵⁸

Dieses Grundkonzept des Geschäftsleiterermessens bei unternehmerischen Entscheidungen ist nicht auf das Aktienrecht beschränkt. Insbesondere für den GmbH-Geschäftsführer, der sich angesichts des Pflichtenkanons des § 43 GmbHG in einer dem Vorstand vergleichbaren Situation befindet, müssen die einschränkenden Grundsätze ebenso gelten. Insofern hat auch der Gesetzgeber klargestellt, dass das Konzept des unternehmerischen Ermessens auf sämtliche Formen unternehmerischer Betätigung Anwendung findet.⁵⁹ Auch ohne positivrechtliche Normierung gelten die Grundgedanken damit auch für den GmbH-Geschäftsführer.⁶⁰

55 Zu den Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 66 ff.; *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1797.

56 *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 36; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 60; *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2253; v. *Falkenhausen*, NZG 2012, 644, 646.

57 *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 9.

58 BT-Drs. 15/5092, S. 11; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 9.

59 BT-Drs. 15/5092, S. 12.

60 BGH, Urt. v. 4.11.2002 – II ZR 224/00, BGHZ 152, 280, 283 = NJW 2003, 358 f.; BGH, Beschl. v. 14.7.2008 – II ZR 202/07, NJW 2008, 3361 Rn. 11; *Paefgen*, AG 2014, 554, 556; *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 22; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, § 43 Rn. 8; *Fleischer*, in: MünchKomm-GmbHG, § 43 Rn. 71; zu GmbH-spezifischen Besonderheiten des Geschäftsleiterermessens siehe *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 146.

C. Haftung bei Legalitätspflichtverletzungen

I. Grundlagen der Legalitätspflicht

Neben der Sorgfaltspflicht im Hinblick auf unternehmerische Entscheidungen besteht als zweiter Aspekt der gesetzlich nicht konkretisierten Sorgfaltsanforderungen der Leitungsorgane auch eine Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten bei der Unternehmensleitung. Auch die Verletzung dieser Pflicht kann eine Innenhaftung nach sich ziehen.

In Rechtsprechung und Schrifttum ist allgemein anerkannt, dass die Geschäftsleitungstätigkeit rechtstreu erfolgen muss, die Geschäftsleiter also bei der Unternehmensleitung an Recht und Gesetz gebunden sind.⁶¹ Auch der Gesetzgeber lässt den Willen erkennen, rechtswidriges Verhalten der Geschäftsleiterhaftung zuzuführen.⁶² Diese Legalitätspflicht besteht zum einen im Hinblick auf solche Vorschriften, die sich an den Geschäftsleiter als Normadressaten richten. Hierzu zählen sowohl dem Schutz Dritter dienende Normen, wie etwa die Pflicht zur rechtzeitigen Einleitung des Insolvenzverfahrens nach § 15a InsO, als auch gerade im Verhältnis zur Gesellschaft bestehende Verhaltensgebote des Gesetzes, der Satzung oder gegebenenfalls der Geschäftsordnung, etwa die Einhaltung der gesetzlich festgelegten Kompetenzordnung oder des satzungsmäßig festgelegten Unternehmensgegenstands bei der Geschäftsleitung.⁶³ Des Weiteren haben die Geschäftsleiter beim Handeln für die Gesellschaft auch all diejenigen Vorschriften zu beachten, welche die Rechtsordnung gegenüber der Gesellschaft bzw. dem Unternehmen als Rechtssubjekt aufstellt, die also die Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten betreffen.⁶⁴ Zu dieser externen Legalitätspflicht zählen sämtliche wirtschaftszivilrechtlichen, straf- oder ordnungsrechtlichen sowie je nach wirtschaftlicher Ausrichtung des Unternehmens auch wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Vorschriften. Beispiel-

61 BGH, Urt. v. 13.4.1994 – II ZR 16/93, BGHZ 125, 366, 370 = NJW 1994, 1801, 1802; Urt. v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370, 375 = NJW 1997, 130, 131; Urt. v. 28.4.2008 – II ZR 264/06, BGHZ 176, 204, 220 = NJW 2008, 2437 Rn. 38; Urt. v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26, 33 f. = NJW 2012, 3439 Rn. 22; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 6; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 14 ff.; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 17.

62 BT-Drs. 15/5092, S. 11.

63 Spindler, in: MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 73; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 20 f.

64 Spindler, in: MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 74; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 23.