

Katharina Bestmann

Die Innenhaftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft bei Kollegialentscheidungen

Unter besonderer Berücksichtigung der Business Judgement Rule



Studien zum Gesellschaftsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Haas

Prof. Dr. Detlef Kleindiek

Prof. Dr. Christoph Teichmann

Band 20

Katharina Bestmann

Die Innenhaftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft bei Kollegialentscheidungen

Unter besonderer Berücksichtigung der Business Judgement Rule



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.: Erfurt, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8903-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-2958-1 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat die Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Erfurt im Sommersemester 2021 als rechtswissenschaftliche Dissertation angenommen. Die Untersuchung ist in den Jahren 2015 bis 2019 entstanden und wurde vor der Drucklegung im Sommer 2021 aktualisiert.

Mein besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Carl-Heinz Witt. Er hat mich bereits bei der Auswahl der Thematik engagiert unterstützt und die Entstehung meiner Arbeit durchgehend mit wertvollen Hinweisen und konstruktiven Anregungen gefördert. Zudem danke ich Herrn Prof. Dr. Christoph Teichmann herzlich für die Übernahme der Zweitbegutachtung. Den Herausgebern Prof. Dr. Ulrich Haas, Prof. Dr. Detlef Kleindiek und Prof. Dr. Christoph Teichmann danke ich für die Aufnahme meiner Dissertation in ihre Schriftenreihe „Studien zum Gesellschaftsrecht“.

Großen Dank richte ich an alle lieben Menschen meines Freundes- und Verwandtenkreises, die mich auf meinem Weg ausdauernd begleitet und tatkräftig unterstützt haben.

Meinen Eltern und meinem Ehemann spreche ich meinen größten Dank aus für ihre motivierenden Worte („Mea Maxima Culpa“), für ihr Verständnis und nicht zuletzt für die Durchsicht des Manuskripts bei der sprachlichen Überarbeitung. Insbesondere danke ich ihnen für ihre große Hingabe, mit der sie mich unentwegt bei all‘ meinen Projekten im Leben unterstützen. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Berlin, Januar 2022

Katharina Bestmann

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
A. Einleitung	21
B. Konzept der Innenhaftung eines Vorstandsmitglieds	35
I. Individuelle Pflichtverletzung	35
1. Dogmatische Herleitung der Voraussetzung der individuellen Pflichtverletzung	36
a. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG	36
b. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	37
2. Ausschluss einer Pflichtverletzung durch die <i>BJR</i>	38
a. Rechtsnatur der <i>BJR</i>	39
b. Tatbestandsmerkmale der <i>BJR</i>	41
aa. Unternehmerische Entscheidung	41
(1) Legalitätspflicht	42
(a) Gesetzliche Pflichtaufgaben	43
(b) Gesetzliche Pflichtaufgaben mit Beurteilungsspielraum	45
(2) Beurteilung unsicherer Rechtslagen	51
(a) Ursachen für eine unklare Rechtslage	51
(b) Anwendbarkeit der <i>BJR</i>	51
(c) Grundsätze des Rechtsirrtums	53
(aa) Keine Anwendbarkeit der <i>BJR</i>	53
(bb) Einzelfallbezogene Anwendbarkeit der <i>BJR</i>	57
(d) Handlungs- und Beurteilungsspielraum	58
(aa) Pflichtwidrigkeits- oder Verschuldensebene	59
(bb) Parallele zu verwaltungsrechtlichen Entscheidungsspielräumen	60
(e) Schlussfolgerungen	62
(3) Enthftung wegen der Einholung von Expertenrat	62
(a) Pflichtwidrigkeitsebene	63
(b) Verschuldensebene	64

(c) Kriterien für das berechtigte Vertrauen auf Expertenrat	65
bb. Handeln auf der Grundlage angemessener Information	65
(1) Umfang der Informationsgrundlage	65
(2) Anwendbarkeit der <i>BJR</i> bei der Informationsbeschaffung	67
(3) Inanspruchnahme von Rechtsberatung	71
(a) Pflicht zur Einholung von Rechtsrat	71
(b) Beachtung der Kriterien des BGH zur Einholung von Expertenrat	72
cc. Handeln in gutem Glauben	74
dd. Handeln zum Wohle der Gesellschaft	74
ee. Handeln ohne Interessenkonflikt als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal	75
c. Subjektivierender Ansatz der <i>BJR</i>	79
aa. Annahme des Vorstandsmitglieds	79
(1) Bestimmung der Betrachtungsweise	79
(2) Formulierung eines Verschuldensmaßstabs	82
bb. Relevanz der subjektiven Komponente bei Entscheidungen eines Vorstandsmitglieds	84
d. Rechtsfolgen der Nichtanwendbarkeit der <i>BJR</i>	84
aa. Feststellung einer Pflichtverletzung am Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG	85
bb. Vorliegen einer Pflichtverletzung	86
II. Weitere Aspekte der Innenhaftung	87
1. Verschulden	87
2. Exkulpation durch berechtigtes Vertrauen auf Expertenrat	87
a. Unabhängigkeit des Beraters	89
b. Gegenstand des Prüfauftrags	89
c. Prüfung des Expertenrats auf Plausibilität	90
3. Nichterkennen einer unklaren Rechtslage	91
4. Kausalität	93
III. Zwischenergebnis	93
C. Das Kollegialorgan	95
I. Begriff des Kollegialorgans	95

II. Merkmale von Kollegialorganen	96
1. Gleichberechtigung und Mehrgliedrigkeit	96
a. Gleichstellung der Mitglieder	97
b. Mindestanzahl der Mitglieder	98
aa. Zweiköpfiges Gremium als Kollegialorgan	98
bb. Stichtscheidungsrecht im zweiköpfigen Gremium	102
c. Höchstzahl von Mitgliedern	104
2. Befugnis zur Beschlussfassung	104
a. Information	105
b. Quorum	105
aa. Mindestanzahl anwesender Mitglieder	106
bb. Sinn und Zweck des Quorum-Prinzips	107
c. Majorität	107
3. Organisationsautonomie	108
4. Gesamtzuständigkeit und -verantwortung der Organmitglieder	108
III. Vor- und Nachteile eines Kollegialorgans	109
1. Vorteile	109
2. Nachteile	112
IV. Zwischenergebnis	114
D. Der mehrköpfige Vorstand einer AG als Kollegialorgan	117
I. Kollegialitätsprinzip als gesetzliches Leitbild des AG-Vorstands	117
II. Gleichstellung und Gleichberechtigung der Vorstandsmitglieder	119
1. Dispositiv vorgegebener Grundsatz der gemeinschaftlichen Geschäftsführung	119
2. Ausnahmen vom Grundsatz der gemeinschaftlichen Gesamtgeschäftsführung	119
a. Dispositive Abweichungen	120
b. Gesetzlich zwingend angeordnete Ausnahmen	120
III. Mehrgliedrigkeit des Vorstands	120
IV. Mindestanzahl von Vorstandsmitgliedern	122
1. Zweiköpfiger Vorstand als Kollegialorgan	122
2. Stichtscheidungsrecht im zweiköpfigen Vorstand	124

V. Die kollegiale Gesamtverantwortung der Vorstandsmitglieder	129
1. Dogmatische Einordnung	131
a. Prinzip der Gesamtleitung, § 76 Abs. 1 AktG	131
b. Allgemeiner Rechtsgrundsatz	132
c. Pflicht zur Selbstkontrolle	132
d. Prinzip der gemeinschaftlichen Geschäftsführung, § 77 Abs. 1 AktG	133
2. Zuständigkeit des Gesamtvorstands	133
a. Gesetzlich zugewiesene, zentrale Leitungsaufgaben des Gesamtvorstands	135
b. Delegationsfähigkeit der Vorbereitung und Ausführung von Leitungsaufgaben	136
aa. Pflicht zur Einrichtung und Unterhaltung eines funktionierenden Compliance-Systems	137
(1) Persönliche Pflicht des Vorstandsmitglieds	137
(2) Gegliederte Compliance-Organisation als Gestaltungsmöglichkeit	139
bb. Persönliche Insolvenzantragsbefugnis des Vorstandsmitglieds	140
cc. Persönliche Buchführungspflicht des Vorstandsmitglieds	141
c. Abstimmungserfordernis bei Leitungsaufgaben	141
3. Dispositive organinterne Geschäftsverteilung	142
a. Voraussetzungen einer organinternen Geschäftsverteilung	144
aa. Klarheit, Eindeutigkeit und Sachgerechtigkeit der Aufgabenzuweisung	144
bb. Einstimmigkeit	146
cc. Vollständige Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben	146
dd. Zuweisung an fachlich und persönlich geeignete Personen	148
ee. Wahrung der Gesamtverantwortung	149
ff. Kein Schriftformerfordernis	150
b. Möglichkeit der Ressortbildung	153
aa. Entscheidungsbefugnis einzelner Vorstandsmitglieder	154
bb. Rückbindung an den Gesamtvorstand	155
cc. Gegenseitige Aufsichts- und Überwachungspflicht	155
dd. Vorstandsinternes Informations- und Berichtssystem	156

c.	Möglichkeit der Ausschussbildung	157
aa.	Beschlussfassung und Informationspflicht	158
bb.	Grenzen der Ausschussbildung	159
(1)	Keine Leitungsaufgaben im Kernbereich der Vorstandstätigkeit	159
(2)	Unzulässigkeit einer verfestigten Mehrheit und der Majorisierung einer Minderheit	160
cc.	Überprüfung durch den Gesamtvorstand	161
dd.	Möglichkeit der Bildung von Koordinierungs- und Überwachungsausschüssen	162
4.	Das Prinzip der gegenseitigen Überwachung	163
a.	Fälle der Rechtsprechung	164
b.	Anforderungen an die Überwachungspflichten	167
c.	Einholung von Expertenrat	172
d.	Überwachungssorgfalt des Vorstandsvorsitzenden	172
e.	Verletzung der persönlichen Überwachungspflicht	176
5.	Gegenseitiges Vertrauen	177
a.	Richterrechtliche Anerkennung des Vertrauensgrundsatzes	178
b.	Beurteilungskriterien	179
aa.	Bedeutung der unternehmerischen Entscheidung und des Aufgabenbereichs	180
bb.	Situation der Gesellschaft	180
cc.	Persönlichkeit des handelnden Vorstandsmitglieds	182
dd.	Indizien für pflichtwidriges Handeln	183
6.	Recht und Pflicht zur Intervention	184
a.	Gegenstand des Interventionsrechts	184
b.	Entscheidung des Gesamtvorstands	186
c.	Ausübung des Interventionsrechts	187
d.	Unzulässigkeit der Einräumung eines endgültigen Widerspruchsrechts	188
VI.	Beschlussfassung im mehrköpfigen Vorstand	191
1.	Mindestanzahl anwesender Vorstandsmitglieder	192
a.	Mindestquorum bei der Beschlussfassung nach dem Einstimmigkeitsprinzip	193
b.	Mindestquorum bei der Beschlussfassung nach dem Mehrheitsprinzip	193
2.	Form der Beschlussfassung	194
a.	Keine gesetzlich angeordnete Form der Beschlussfassung	194
b.	Mögliche Formen der Beschlussfassung	195

c. Keine gesetzlich angeordnete Protokollpflicht	196
3. Abstimmung des einzelnen Vorstandsmitglieds	197
a. Persönliches Stimmrecht des Vorstandsmitglieds	198
b. Unzulässigkeit der Stimmabgabe durch einen Stellvertreter	199
c. Zulässigkeit der Stimmübermittlung durch einen Boten	200
4. Abstimmungsmöglichkeiten im Vorstand	202
5. Vetorecht gegen Vorstandsbeschlüsse	203
a. Unzulässigkeit der Einräumung eines endgültigen Vetorechts	203
aa. Gesetzeswortlaut	203
bb. Historie	204
cc. Gesetzssystematik sowie Sinn und Zweck	205
dd. Vergleich zur mitbestimmten AG	207
ee. Unzulässigkeit der Einräumung eines endgültigen Vetorechts zugunsten des Vorstandsvorsitzenden	210
b. Zulässigkeit der Einräumung eines suspensiven Vetorechts	211
6. Unterbindung rechtswidriger Geschäfte	213
7. Gestaltungsmöglichkeiten	213
a. Gesamtgeschäftsführung unter Geltung des Mehrheitsprinzips	213
b. Einzelgeschäftsführung	215
c. Ausschussbildung	215
d. Keine Beschlussfassung einer Minderheit gegen den Willen der Mehrheit	216
e. Kombination der Gestaltungsmöglichkeiten	216
f. In der Praxis verbreitete Gestaltungen	217
8. Bindung an den Beschluss	218
9. Begriff der Kollegialentscheidung	218
VII. Zwischenergebnis	220
E. Individuelle Pflichtverletzung eines Vorstandsmitglieds bei Kollegialentscheidungen	224
I. Zustimmendes Vorstandsmitglied	225
II. Überstimmtes Vorstandsmitglied	228
1. Keine Verantwortlichkeit bei rechtmäßigem Abstimmungsverhalten	229
2. Keine Pflicht zur Herbeiführung der Beschlussunfähigkeit	230

3. Pflicht zum Vorgehen gegen die Ausführung pflichtwidriger Beschlüsse	231
4. Pflicht zum Ergreifen gesellschaftsinterner Maßnahmen	233
a. Remonstration innerhalb des Vorstands	233
b. Information des Aufsichtsrats	235
c. Niederlegung des Amtes	236
5. Gesellschaftsexterne Maßnahmen	238
a. Information externer Dritter	238
aa. Verschwiegenheitspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 3 AktG	239
bb. Gesetzlich vorgeschriebene Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht	240
(1) Anzeigepflicht nach § 138 StGB	241
(2) Pflicht zur Anzeige sonstiger Straftaten	241
(3) Anderweitige gesetzliche Anzeigepflicht	243
cc. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht aufgrund des Unternehmensinteresses	243
dd. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht zum Schutz des Gesellschaftsvermögens	247
ee. Folgen der unberechtigten Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht	249
b. Erhebung einer Klage	250
III. Sich enthaltendes Vorstandsmitglied	252
IV. Abwesendes Vorstandsmitglied	254
V. Zwischenergebnis	255
F. Die Anwendung der <i>BJR</i> bei Kollegialentscheidungen	257
I. Unternehmerische Entscheidung	257
1. Einstimmige Beschlussfassung	258
a. Anwesende Vorstandsmitglieder	258
b. Abwesende Vorstandsmitglieder	259
2. Mehrheitliche Beschlussfassung	260
a. Mehrheitsbeschluss zur Durchführung einer bestimmten Maßnahme	260
b. Mehrheitsbeschluss zum Unterlassen einer bestimmten Maßnahme	261
3. Nichtergreifen von Maßnahmen	262
4. Genehmigungsbeschluss des Gesamtvorstands	262

II. Handeln auf der Grundlage angemessener Information	263
1. Delegation der Informationsbeschaffung	263
2. Pflichten des Berichterstatters	264
3. Anwendbarkeit der <i>BJR</i> bei der Informationsweitergabe	265
4. Kontrollpflichten der Vorstandskollegen	266
III. Handeln zum Wohle der Gesellschaft	270
IV. Handeln in gutem Glauben	271
V. Handeln ohne Interessenkonflikt	271
1. Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten	271
2. Adressat der Offenlegung von Interessenkonflikten	273
3. Gebot der Nichtteilnahme an Beratungen und Abstimmungen	274
4. Auswirkungen der Teilnahme des konfliktbefangenen Vorstandsmitglieds	277
a. Nicht offengelegter Interessenkonflikt	278
aa. Infizierung des Gesamtvorstands (Gesamtbetrachtung)	278
bb. Entscheidungserheblichkeit (Mehrheitsbetrachtung)	280
cc. Schlussfolgerungen bei einem nicht offengelegten Interessenkonflikt	281
b. Offengelegter Interessenkonflikt	282
c. Zusammenfassung der Auswirkungen eines Interessenkonflikts bei Kollegialentscheidungen	285
5. Interessenkonflikt aller Vorstandsmitglieder	285
VI. Subjektivierender Ansatz der <i>BJR</i>	286
VII. Zwischenergebnis	287
G. Weitere Aspekte der Innenhaftung bei Kollegialentscheidungen	290
I. Verschulden bei Kollegialentscheidungen	290
1. Individuelles Verschulden	290
2. Exkulpation durch berechtigtes Vertrauen auf Expertenrat	291
II. Kausalität	292
III. Gesamtschuldnerische Haftung gegenüber der AG	295
1. Begriff der Gesamtschuld	296
2. Fallgruppen der Gesamtschuld	296
a. Gemeinschaftliche vertragliche Verpflichtung	296

b. Schadensersatz- und sonstige Schutzzweckgesamtschulden	297
c. Sicherungsgesamtschulden	298
3. Vorstandsmitglieder als Gesamtschuldner	299
4. Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder als Gesamtschuldner	300
a. Begründung der Gesamtschuldnerschaft	300
b. Bedeutung der Gesamtschuldnerschaft für ein Aufsichtsratsmitglied	301
aa. Streitverkündung seitens eines Vorstandsmitglieds als prozesstaktisches Mittel	301
bb. Vertretung der AG durch den Aufsichtsrat	302
cc. Risiko der Streitverkündung gegenüber einem Aufsichtsratsmitglied	303
c. Bedeutung der Gesamtschuldnerschaft für den D&O- Versicherer	304
IV. Voraussetzungen der gesamtschuldnerischen Haftung	305
V. Innenregress	307
1. Innenausgleich zwischen den Vorstandsmitgliedern	307
a. Ausgleichspflicht zu gleichen Anteilen	307
b. Abgestufte Ausgleichspflicht	308
aa. Grundsatz der Alleinhaftung eines ressortzuständigen Vorstandsmitglieds	308
bb. Ausnahmsweise Ausgleichspflicht des aufsichtspflichtigen Vorstandsmitglieds	309
cc. Keine grundsätzlich erhöhte Ausgleichspflicht des Vorstandsvorsitzenden	311
dd. Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des Regressprozesses	314
ee. Auswirkungen des Abstimmungsverhaltens auf die Ausgleichspflicht	315
(1) Zustimmendes Vorstandsmitglied	315
(2) Überstimmtes Vorstandsmitglied	316
(3) Sich enthaltendes Vorstandsmitglied	317
(4) Abwesendes Vorstandsmitglied	318
c. Streitverkündung als prozesstaktisches Mittel	320
d. Auswirkungen eines Vergleichs mit einem Vorstandsmitglied	320
2. Innenausgleich zwischen den Aufsichtsrats- und den Vorstandsmitgliedern	321

VI. Zwischenergebnis	322
H. Gestaltungsvorschläge	327
I. Fortlaufender Informationsaustausch	327
II. Umfassende Dokumentation	329
I. Reformvorschläge	331
I. Gesetzliche Konkretisierung der Geschäftsleiterpflichten	331
1. Normierung des Grundsatzes der Gesamtverantwortung	332
2. Kodifizierung der gegenseitigen Überwachungspflicht	333
3. Gesetzliche Verankerung der Treuepflicht	334
4. Aufnahme des Tatbestandsmerkmals „Handeln ohne Interessenkonflikt“	334
5. Normierung der Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten	336
a. Britischer Companies Act als Vorbild	336
b. Deutscher Corporate Governance Kodex als Leitbild	336
c. Formulierungsvorschlag	337
II. Begrenzung der Geschäftsleiterpflichten	338
1. Kodifizierung der Kriterien zur verschuldensausschließenden Einholung von Expertenrat	338
2. Kodifizierung des Vertrauensgrundsatzes	341
3. Einführung einer „Legal Judgement Rule“	343
4. Begründung und Begrenzung der Compliance-Pflichten	345
III. Zwischenergebnis	346
J. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	349
Literaturverzeichnis	359

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
abgedr.	abgedruckt
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bd.	Band
Begr.	Begründung
begr. von	begründet von
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BJR	Business Judgement Rule
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
D&O-Versicherung	Directors&Officers-Versicherung
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	Derselbe
dies.	Dieselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
eG	eingetragene Genossenschaft
f.	folgende

Abkürzungsverzeichnis

ff.	fortfolgende
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GemO BaWü	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg
GemO LSA	Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt
ggü.	gegenüber
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO	Geschäftsordnung
GOBReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
hrsg. von	herausgegeben von
i. S. d.	im Sinne des/der
i. V. m.	in Verbindung mit
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
InsO	Insolvenzordnung
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
lit.	littera (= Buchstabe)
Ls.	Leitsatz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MaComp	Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und weitere Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz)
MMVO	Marktmissbrauchsverordnung
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
n. F.	neue Fassung
Nachdr.	Nachdruck
Neudr.	Neudruck

Nr.	Nummer
nrkr.	nicht rechtskräftig
NSpG	Niedersächsisches Sparkassengesetz
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
para.	paragraph (Absatz)
RefE	Referentenentwurf
RegBegr	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer
s.	section (Abschnitt)
S.	Seite
SächsGemO	Sächsische Gemeindeordnung
sog.	sogenannte, sogenannter
StGB	Strafgesetzbuch
ThürGGO	Gemeinsame Geschäftsordnung für die Landesregierung sowie für die Ministerien und die Staatskanzlei des Freistaats Thüringen
TransPuG	Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
UmwG	Umwandlungsgesetz
Urt.	Urteil
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen
vgl.	vergleiche
VW	Volkswagen
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung

A. Einleitung

„Kollegialität darf nicht dazu veranlassen wegzusehen.“¹ Die Voraussetzungen der Haftung von Mitgliedern mehrköpfiger Vorstände großer Aktiengesellschaften stellen die aktienrechtliche Praxis regelmäßig vor Schwierigkeiten.² Die Presse berichtet fortlaufend über gravierende Fehlentscheidungen von Vorstandsmitgliedern, die vereinzelt auch als „Nieten im Nadelstreifen“ bezeichnet werden.³

Aus aktuellem Anlass seien beispielhaft genannt die dem ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der VW AG *Winterkorn* sowie seinen früheren Vorstandskollegen derzeit drohenden Schadensersatzklagen wegen des Abgaskandals,⁴ die aufgrund angeblicher rechtswidriger Schmiergeldzahlungen geltend gemachten Schadensersatzansprüche der Siemens AG gegen die ehemaligen Vorstandsmitglieder *von Pierer* und *Neubürger*⁵ sowie die wegen des Kirch-Skandals erhobenen Schadensersatzforderungen der Deutsche Bank AG gegenüber dem ehemaligen Vorstandsvorsitzenden *Breuer*.⁶

Insbesondere der im September 2015 bekannt gewordene VW-Abgaskandal macht deutlich, dass eine Entscheidung in mehrgliedrigen Vorständen für jedes einzelne Mitglied haftungsrechtlich relevant ist.⁷ Die

1 *Nietsch*, ZIP 2013, 1449.

2 Vgl. *Nietsch*, ZIP 2013, 1449.

3 *Harnos/Rudzio*, JuS 2010, 104.

4 Vgl. Artikel in *Süddeutsche-Online* v. 23.04.2021, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/vw-winterkorn-schadenersatz-1.5274216> (letzter Abruf: 21.05.2021); Artikel im *Handelsblatt* v. 23.04.2021, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/dieselskandal-bericht-vw-fordert-von-ex-chef-winterkorn-ueber-eine-milliarde-euro-schadenersatz/27127464.html?ticket=ST-1725258-WYJOURtHEaacdCSeYT03-ap1> (letzter Abruf: 21.05.2021); Artikel in *Süddeutsche-Online* v. 15.04.2019, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/dieselskandal-vw-winterkorn-abgasskandal-anklage-1.4410914> (letzter Abruf: 21.05.2021); Artikel in *Frankfurter Allgemeine Zeitung-Online* v. 05.05.2018, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/diesel-affaer-e/f-a-s-exklusiv-martin-winterkorn-droht-der-ruin-15575610.html> (letzter Abruf: 21.05.2021).

5 Vgl. LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, NZG 2014, 345 ff.

6 Vgl. Artikel in *Spiegel-Online* v. 31.03.2016, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/kirch-pleite-rolf-breuer-zahlt-3-2-millionen-euro-an-deutsche-bank-a-1084788.html> (letzter Abruf: 21.05.2021).

7 Vgl. *Altmeppen*, ZIP 2016, 97, 102.

A. Einleitung

VW AG teilte kürzlich mit, dass sie von ihrem früheren Vorstandsvorsitzenden *Winterkorn* sowie von dem ehemaligen Vorstandsvorsitzenden *Stadler* ihrer Tochtergesellschaft Audi AG wegen aktienrechtlicher Sorgfaltspflichtverletzungen Schadensersatz im Zusammenhang mit dem Dieselskandal verlangt.⁸ Gegen die früheren Vorstandsmitglieder der Audi AG *Hackenberg* und *Knirsch* sowie der Porsche AG *Hatz* macht die VW AG ebenfalls Schadensersatzansprüche geltend.⁹ Sie müssen nun aufgrund der mit der Organhaftung verbundenen Beweislast jeweils darlegen und beweisen, dass sie von den Manipulationen der Abgaswerte keine Kenntnis hatten oder dass sie Maßnahmen ergriffen haben, um ein gesetzeswidriges Verhalten bei Abgas-Messungen im VW-Konzern zu erkennen und zu verhindern.¹⁰ Die damit einhergehenden Beweisschwierigkeiten liegen auf der Hand. Die Forderung von mehr als einer Milliarde Euro Schadensersatz vom ehemaligen Konzernchef *Winterkorn* stelle die höchste Summe dar, die je von einem früheren oder amtierenden Vorstandsvorsitzenden in Deutschland verlangt worden sei.¹¹

Vorstandsmitglieder haften gegenüber ihrer Gesellschaft nicht nur, wenn sie eigenständig für die AG nachteilige Entscheidungen treffen, sondern auch bei nicht ordnungsgemäßer Erfüllung ihrer gegenseitigen Überwachungs-, Informations- und Berichtspflichten im Rahmen von Kollegialentscheidungen. Laut mehrerer Zeugenaussagen¹² und einem von

8 Vgl. Artikel im Handelsblatt v. 23.04.2021, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/dieselskandal-bericht-vw-fordert-von-ex-chef-winterkorn-ueber-eine-milliarde-euro-schadensersatz/27127464.html?ticket=ST-1725258-WYJOURtHEaacdCSeYT03-ap1> (letzter Abruf: 21.05.2021).

9 Vgl. Artikel im Handelsblatt v. 23.04.2021, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/dieselskandal-bericht-vw-fordert-von-ex-chef-winterkorn-ueber-eine-milliarde-euro-schadensersatz/27127464.html?ticket=ST-1725258-WYJOURtHEaacdCSeYT03-ap1> (letzter Abruf: 21.05.2021).

10 Vgl. Artikel in Focus-Online v. 14.12.2015, abrufbar unter: http://www.focus.de/finanze/news/wegen-abgas-afaaere-ex-vw-chef-winterkorn-droht-der-ruin_id_5152259.html (letzter Abruf: 21.05.2021).

11 Vgl. Artikel in Süddeutsche-Online v. 23.04.2021, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/vw-winterkorn-schadenersatz-1.5274216> (letzter Abruf: 21.05.2021); Artikel im Handelsblatt v. 23.04.2021, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/dieselskandal-bericht-vw-fordert-von-ex-chef-winterkorn-ueber-eine-milliarde-euro-schadensersatz/27127464.html?ticket=ST-1725258-WYJOURtHEaacdCSeYT03-ap1> (letzter Abruf: 21.05.2021).

12 Vgl. Artikel in Süddeutsche Zeitung-Online v. 28.07.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/ferdinand-pich-bei-der-staatsanwaltschaft-die-abrechnung-des-alten-1.4072158> bzgl. der für *Winterkorn* möglicherweise folgenschweren Aussage des ehemaligen Aufsichtsratsvorsitzenden *Piëch* bei der

VW veröffentlichten Bericht¹³ ist *Winterkorn* bereits weit vor der offiziellen Bekanntmachung über die Manipulation von Abgaswerten in Dieselfahrzeugen in den USA unterrichtet worden. *Winterkorn* habe bereits gewusst, dass in Dieselfahrzeugen von VW für den US-amerikanischen Markt eine betrügerische Software verbaut worden sei, die im Gegensatz zum normalen Fahrbetrieb bei den offiziellen Messungen der Behörden auf einem Rollenprüfstand für einen geringen Schadstoffausstoß gesorgt habe.¹⁴

Einer der führenden Maschinenbauingenieure des VW-Konzerns sowie der ehemalige Aufsichtsratsvorsitzende *Piëch* sollen der Staatsanwaltschaft Braunschweig von Treffen mit *Winterkorn* im Frühjahr 2015 berichtet haben.¹⁵ In dem von VW geheim gehaltenen Gespräch mit mehreren Technikern hätten diese den damaligen Vorstandsvorsitzenden über die manipulierte Abgas-Software in Kenntnis gesetzt, ohne dass dieser Handlungsbedarf aufgezeigt habe.¹⁶ Nach *Piëchs* Aussage hat er *Winterkorn* Anfang des Jahres 2015 auf die angeblich seiner Wochenendpost beigelegte Notiz über die Studie des International Council on Clean Transportation (ICCT) über Abgaswerte angesprochen, woraufhin letzterer geantwortet habe, eine solche Notiz existiere nicht.¹⁷

Staatsanwaltschaft Braunschweig (letzter Abruf: 21.05.2021); Artikel in Süddeutsche Zeitung-Online v. 26.07.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/abgaskandal-zeuge-belastet-winterkorn-schwer-1.4070421> (letzter Abruf: 21.05.2021).

- 13 Vgl. Artikel in Welt-Online v. 05.03.2016, abrufbar unter: <http://www.welt.de/debatte/kommentare/article152966119/VW-Bericht-wird-Winterkorn-weiter-belastet.html> (letzter Abruf: 21.05.2021); Artikel in Welt-Online v. 03.03.2016, abrufbar unter: <http://www.welt.de/wirtschaft/article152914413/Ein-Tag-im-August-was-Winterkorn-wirklich-wusste.html> (letzter Abruf: 21.05.2021).
- 14 Vgl. Artikel in Süddeutsche Zeitung-Online v. 05.05.2018, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/anlage-in-den-usa-fuer-winterkorn-wird-es-jetzt-richtig-eng-1.3967828> (letzter Abruf: 21.05.2021).
- 15 Vgl. Artikel in Süddeutsche Zeitung-Online v. 26.07.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/abgaskandal-zeuge-belastet-winterkorn-schwer-1.4070421> (letzter Abruf: 21.05.2021); Artikel in Süddeutsche Zeitung-Online v. 28.07.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/ferdinand-piëch-bei-der-staatsanwaltschaft-die-abrechnung-des-alten-1.4072158> (letzter Abruf: 21.05.2021).
- 16 Vgl. Artikel in Süddeutsche Zeitung-Online v. 26.07.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/abgaskandal-zeuge-belastet-winterkorn-schwer-1.4070421> (letzter Abruf: 21.05.2021).
- 17 Vgl. Artikel in Süddeutsche Zeitung-Online v. 28.07.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/ferdinand-piëch-bei-der-staatsanwaltschaft-die-abrechnung-des-alten-1.4072158> (letzter Abruf: 21.05.2021).

Wie viel die damaligen Vorstandsmitglieder bereits im Vorfeld von un-erlaubten Abschaltvorrichtungen wussten bzw. hätten wissen müssen, ist unklar.¹⁸ Mit Ausnahme von *Winterkorn* haben nach der Aussage eines VW-Sprechers alle Vorstandsmitglieder erst von dem Skandal erfahren, als dieser an die Öffentlichkeit gelangte.¹⁹ Der Rechtsprechung zu Folge haben die Mitglieder des VW-Vorstands von den pflichtwidrig hergestellten VW-Motoren mit manipulierten Abgaswerten gewusst.²⁰ Die Staatsanwaltschaft Braunschweig hat im Frühjahr 2019 gegen *Winterkorn* und vier weitere frühere Vorstandsmitglieder Anklage unter anderem wegen eines besonders schweren Falles des Betrugs und darüber hinaus im Herbst 2019 Anklage gegen *Winterkorn*, gegen den gegenwärtigen Vorstandsvorsitzenden *Diess* sowie gegen den derzeitigen Aufsichtsratsvorsitzenden *Pötsch* wegen Marktmanipulation erhoben.²¹ Die Strafverfahren wegen des Verdachts des Verstoßes gegen das WpHG gegen *Diess* und *Pötsch* wurden im Mai 2020 gegen Zahlung von jeweils 4,5 Mio. Euro an die Staatskasse und das Verfahren gegen *Winterkorn* auf den Antrag der Staatsanwaltschaft im Januar 2021 vorläufig eingestellt.²²

Vor diesem Hintergrund verwundern überspitzte Aussagen im Schrifttum nicht, die Organhaftung halte das Gesellschaftsrecht in Atem.²³ In den letzten Jahrzehnten stand kaum eine andere Frage des Kapitalgesellschaftsrechts im Mittelpunkt einer solch dynamischen wissenschaftlichen

18 Vgl. Artikel in Welt-Online v. 03.03.2016, abrufbar unter: <http://www.welt.de/wirtschaft/article152914413/Ein-Tag-im-August-was-Winterkorn-wirklich-wusste.html> (letzter Abruf: 21.05.2021).

19 Vgl. Artikel in Welt-Online v. 03.03.2016, abrufbar unter: <http://www.welt.de/wirtschaft/article152914413/Ein-Tag-im-August-was-Winterkorn-wirklich-wusste.html> (letzter Abruf: 21.05.2021).

20 Vgl. LG Krefeld, Urt. v. 19.07.2017 – 7 O 147/16, BeckRS 2017, 117776 Rn. 31, 35 ff.

21 Vgl. Presseinformation der Staatsanwaltschaft Braunschweig v. 15.04.2019, abrufbar unter: <https://staatsanwaltschaft-braunschweig.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/anklage-im-diesel-skandal-176101.html> (letzter Abruf: 21.05.2021), sowie Presseinformation der Staatsanwaltschaft Braunschweig v. 24.09.2019, abrufbar unter: <https://staatsanwaltschaft-braunschweig.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/marktmanipulation-anklage-gegen-winterkorn-potsch-und-diess-180937.html> (letzter Abruf: 21.05.2021).

22 LG Braunschweig, Beschl. v. 14.01.2021 – 16 Kls 75/19, Presseinformation des LG Braunschweig v. 15.01.2021, abrufbar unter: <https://landgericht-braunschweig.niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen/verdacht-der-marktmanipulation-straftverfahren-gegen-prof-dr-martin-winterkorn-vorlaufing-eingestellt-196222.html> (letzter Abruf: 21.05.2021).

23 *Freund*, NZG 2015, 1419.

und rechtspolitischen Diskussion wie diejenige der Vorstandshaftung.²⁴ Sowohl durch die Rechtsprechung als auch durch den Gesetzgeber veränderten und verschärften sich im Laufe der Zeit die Anforderungen an die Leitungsorgane. Dies ist insbesondere auf die stets komplexer werdenden rechtlichen, technischen und wirtschaftlichen Zusammenhänge sowie auf das intensivere und offensivere Aufgreifen des Themas der Haftung von Vorstandsmitgliedern bekannter Aktiengesellschaften in der Fachöffentlichkeit zurückzuführen.²⁵

Kollegialentscheidungen von Vorstandsmitgliedern wurden nach der *Lederspray*-Entscheidung des BGH²⁶ insbesondere in der strafrechtlichen Literatur beleuchtet.²⁷ Ergänzend dazu erscheint vor dem Hintergrund der drohenden Organhaftung eine vertiefte Auseinandersetzung mit Blick auf das Aktienrecht zielführend.²⁸

Der Vorstand einer AG trifft seine Entscheidungen in den meisten Fällen als Kollegialorgan.²⁹ Zwar kann er gemäß § 76 Abs. 2 S. 1 AktG auch aus nur einer Person bestehen, in großen Gesellschaften besteht der Vorstand aufgrund der vielfältigen Aufgaben des Managements jedoch regelmäßig aus mehreren Personen.³⁰ Sofern Stimmen im Schrifttum überhaupt näher auf Kollegialentscheidungen des Vorstands eingehen, kann man den Ausführungen nicht entnehmen, welche konkrete Entscheidung gemeint ist.³¹ Häufig wird lediglich von „Mehrheitsbeschlüssen“ des Vor-

24 *Faßbender*, NZG 2015, 501; *Loritz/Wagner*, DStR 2012, 2189.

25 Vgl. *Faßbender*, NZG 2015, 501.

26 Vgl. BGH, Urt. v. 06.07.1990 – 2 StR 549/89, NJW 1990, 2560 ff., nach dem Geschäftsführer einer GmbH für die Schadensfolgen des einstimmig beschlossenen Unterlassens eines gebotenen Rückrufs toxischer Ledersprays als Mittäter haften.

27 Vgl. die Urteilsbesprechungen von *Bachmann/Beulke*, JuS 1992, 737 ff.; *Hilgendorf*, NStZ 1994, 561 ff.; *Kuhlen*, NStZ 1990, 566 ff.; *Puppe*, JR 1992, 30 ff.; *Schmidt-Salzer*, NJW 1990, 2966.

28 So schon *Fleischer*, in: *Fleischer*, Hdb. Vorstandsrecht, 2006, § 11 Rn. 39 ff.; *ders.*, BB 2004, 2645 m. w. N. in Fn. 4; vgl. auch *Bunz*, NZG 2011, 1294; *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401 („Klare Antworten sind bislang schwer zu geben.“).

29 Vgl. *Bunz*, NZG 2011, 1294; *Faßbender*, NZG 2015, 501, 505.

30 Vgl. *Bunz*, NZG 2011, 1294; *Fleischer*, BB 2004, 2645; *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717.

31 Vgl. *Bunz*, NZG 2011, 1294; *Bürgers*, in: *HeidelbKomm, AktG*, 4. Aufl., 2017, § 93 Rn. 5, 20; *Faßbender*, NZG 2015, 501, 505; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, 4. Aufl., 2019, § 93 Rn. 217 ff.; *ders.*, in: *Fleischer*, Hdb. Vorstandsrecht, 2006, § 11 Rn. 39 ff. und 66 ff.; *ders.*, BB 2004, 2645 ff.; *Harnos/Rudzio*, JuS 2010, 104, 106; *Hopt/Roth*, in: *GroßKomm, AktG*, 5. Aufl., 2015, § 93 Rn. 370, 378; *Koch*, in: *Hüffer/Koch, AktG*, 15. Aufl., 2021, § 77 Rn. 15a, § 93 Rn. 26; *Löbbe/Fischbach*,

stands gesprochen, ohne dass zwischen den unterschiedlichen Formen einstimmiger und mehrheitlicher Kollegialentscheidungen sowie der Beschlussfassung des Gesamtvorstands, eines Ressorts oder eines Ausschusses differenziert würde.³²

Die Zahl der Gerichtsentscheidungen zu dem Themenfeld der Geschäftsleiterhaftung steigt fortlaufend.³³ Die Brisanz diverser spektakulärer Haftungsfälle führte dazu, dass Experten des Gesellschaftsrechts auf dem 70. Deutschen Juristentag (DJT) im Jahr 2014 grundlegend über mögliche Reformen der Organhaftung diskutierten.³⁴

Jüngere Fälle aus der Rechtsprechung belegen, dass Vorstandsmitglieder gegenüber ihrer AG ein beachtliches Haftungsrisiko tragen.³⁵ Einer auf Zahlung von knapp 300 Mio. Euro gerichteten Schadensersatzklage sah sich im Jahr 2012 das ehemalige Vorstandsmitglied *Sehlbach* der Thyssen-Krupp AG ausgesetzt, dem eine bußgeldbewehrte Beteiligung am Schienenkartell sowie eine Aufsichtspflichtverletzung vorgeworfen wurde.³⁶ Die Klage wurde zunächst zu einem Großteil mit der Begründung abgewiesen, der Konzern könne sich Kartellbußen des Unternehmens grundsätzlich

AG 2014, 717 ff.; *Scholz*, AG 2018, 173, 180; *Wiesner*, in: MüHdb. GesR-AG, 4. Aufl., 2015, § 26 Rn. 13 f.

32 Vgl. *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl., 2020, § 93 Rn. 33; *Spindler*, in: MüKo, AktG, 5. Aufl., 2019, § 93 Rn. 187.

33 Vgl. z. B. aus jüngerer Zeit BGH, Urt. v. 28.04.2015 – II ZR 63/14, NJW-RR 2015, 988 ff.; BGH, Urt. v. 20.11.2014 – III ZR 509/13, NZG 2015, 38 ff. bzgl. eines Stiftungsvorstands; BGH, Urt. v. 15.01.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958 ff.; BGH, Urt. v. 20.09.2011 – II ZR 234/09, NJW-RR 2011, 1670 ff. (*ISJON*); BGH, Urt. v. 22.02.2011 – II ZR 146/09, NZG 2011, 549 ff.; OLG Koblenz, Urt. v. 23.12.2014 – 3 U 1544/13, NZG 2015, 272 ff. bzgl. der Geschäftsführer einer GmbH; LG Düsseldorf, Urt. v. 25.04.2014 – 39 O 36/11 U, BB 2014, 2388 (Ls. bzgl. einer eG); LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/19, NZG 2014, 345 ff. (*Siemens*); LG Leipzig, Urt. v. 08.11.2013 – 08 O 3757/10, BeckRS 2014, 01102.

34 Zum Diskussionsstand vgl. *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014; Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht des 70. DJT 2014, veröffentlicht unter http://www.djt.de/fileadmin/downloads/70/140919_djt_70_beschluesse_web_rz.pdf (letzter Abruf: 16.12.2019).

35 *Bachmann*, BB 2015, 771; *Harnos/Rudzio*, JuS 2010, 104.

36 Vgl. Artikel in Spiegel-Online v. 20.01.2015, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/thyssenkrupp-scheitert-mit-millionen-klage-a-1014036.html> (letzter Abruf: 21.05.2021); Artikel im Handelsblatt v. 13.01.2014, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/energie/schadenersatz-thyssen-krupp-scheitert-mit-klage-gegen-ex-vorstand/9326132.html?ticket=ST-725672-dVZ3LrOnm93fxYXGehIX-ap4> (letzter Abruf: 21.05.2021).

nicht von Mitarbeitern erstatten lassen.³⁷ Das BAG gab Ende Juni 2017 der Revision der ThyssenKrupp AG unter Aufhebung des klageabweisenden Urteils statt und verwies den Fall zurück an das LAG Düsseldorf zur erneuten Prüfung, ob *Sehlbach* pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt habe.³⁸ Letzteres wies die Entscheidung wiederum weiter an die Kammer für Kartellsachen des LG Dortmund.³⁹ Deren Entscheidung wird mit Spannung erwartet. Das Solarunternehmen Conergy AG erhob im Jahr 2011 gegen vier frühere Vorstandsmitglieder eine Schadensersatzklage im Umfang von 268 Mio. Euro mit der Begründung, die Beklagten seien 2007 unter Verletzung ihrer aktienrechtlichen Pflichten bestandsgefährdende Risiken eingegangen und hätten riskante Unternehmenskäufe getätigt.⁴⁰ Mit allen Beklagten wurde im April 2013 eine Vergleichsvereinbarung abgeschlossen.⁴¹ Der Insolvenzverwalter der Arcandor AG verklagte den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden *Middelhoff* und zehn weitere frühere Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder auf Zahlung von 175 Mio. Euro Schadensersatz.⁴² Er warf ihnen vor, für das Unternehmen wirtschaftlich

37 Vgl. das in Höhe von 191 Millionen Euro klageabweisende Teilurt. des LAG Düsseldorf v. 20.01.2015 – 16 Sa 459/14, nrkr., BB 2015, 907 ff. (Vorinstanz: ArbG Essen, Urt. v. 19.12.2013 – 1 Ca 657/13, BeckRS 2014, 68462); das LG Bochum stellte das Strafverfahren gegen *Sehlbach* am 48. Verhandlungstag ein, vgl. Artikel in Juve-Online v. 22.12.2016, abrufbar unter: <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2016/12/schienenkartell-straftverfahren-in-bochum-endet-ohne-urteile> (letzter Abruf: 21.05.2021).

38 Vgl. BAG, Urt. v. 29.06.2017 – 8 AZR 189/15, NJW 2018, 184 Rn. 14 ff., das entschieden hat, dass das LAG wegen des Vorhandenseins einer kartellrechtlichen Vorfrage gemäß § 87 S. 2 GWB nicht zuständig gewesen sei; Artikel in Frankfurter Allgemeine Zeitung-Online v. 29.06.2017, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/thyssen-krupp-will-kartellbusse-nicht-zahlen-15083612.html> (letzter Abruf: 21.05.2021); Artikel in jUVE v. 29.06.2017, abrufbar unter: <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2017/06/schienenkartell-streit-zwischen-thyssenkrupp-und-sehlbach-dreht-mit-mueller-und-aulinger-neue-runde> (letzter Abruf: 21.05.2021).

39 So Beschl. des LAG Düsseldorf v. 29.01.2018 – 14 Sa 591/17, BeckRS 2018, 2688.

40 Vgl. Artikel in Frankfurter Allgemeine Zeitung-Online v. 27.08.2011, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/268-millionen-euro-schadensersatz-conergy-verklagt-fruehere-vorstaende-11125549.html> (letzter Abruf: 21.05.2021).

41 Vgl. Mitteilung in SolarServer v. 02.05.2013, abrufbar unter: <https://www.solarserver.de/solar-magazin/nachrichten/archiv-2013/2013/kw18/solar-unternehmen-conergy-einigt-sich-mit-ehemaligen-vorstandsmitgliedern-dem-do-versicherer-aig-und-anleger-klagern.html> (letzter Abruf: 21.05.2021).

42 Vgl. Artikel in Abendblatt-Online v. 07.07.2010, abrufbar unter: <http://www.abendblatt.de/wirtschaft/article108542028/Karstadt-Insolvenzverwalter-verklagt-Mid>

nachteilige Immobilienverkäufe getätigt zu haben.⁴³ In erster Instanz stellte das Gericht in einem Grundurteil eine schuldhafte Pflichtverletzung für einen Verkaufsfall fest und verurteilte *Middelhoff* zur Rückzahlung von rund 3,4 Mio. Euro.⁴⁴ Die überprüfende nächste Instanz schlug Ende des Jahres 2017 einen Teilvergleich vor.⁴⁵ Der Abschlusses eines von *Middelhoff* anvisierten Vergleichs steht bisher aus.⁴⁶

Erfolgreiche Haftungsprozesse werden vereinzelt auch als „wirtschaftliche Todesstrafe durch Vorstandshaftung“ bezeichnet.⁴⁷ Mit solchen Aussagen ist allerdings insofern zurückhaltend umzugehen, als die Pfändungsfreigrenzen der §§ 850 ff. ZPO auch für Vorstandsmitglieder Geltung beanspruchen.⁴⁸

Der Eindruck der Öffentlichkeit, Manager würden hohe Gehälter kassieren, haftungsrechtlich aber meistens verschont, könnte daher rühren, dass

delhoff.html (letzter Abruf: 21.05.2021); Artikel in Spiegel-Online v. 26.04.2012, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/middelhoff-will-s-elbst-auf-schadensersatz-klagen-a-829822.html> (letzter Abruf: 21.05.2021).

43 Vgl. Artikel in Spiegel-Online v. 25.04.2012, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/middelhoff-insolvenzverwalter-gewinnt-in-prozess-um-schadensersatz-a-829709.html> (letzter Abruf: 21.05.2021).

44 Vgl. LG Essen, Urt. v. 09.09.2013 – 44 O 164/10, BeckRS 2014, 22313 (*Arcandor/Middelhoff*); Artikel in beck-aktuell v. 12.10.2017, abrufbar unter: <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/olg-hamm-parteien-zeigen-interesse-an-vergleich-im-arcandor-prozess> (letzter Abruf: 21.05.2021); Artikel in Spiegel-Online v. 25.04.2012, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/middelhoff-insolvenzverwalter-gewinnt-in-prozess-um-schadensersatz-a-829709.html> (letzter Abruf: 21.05.2021); Artikel in Spiegel-Online v. 11.10.2017, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/vernehmung-von-thomas-middelhoff-arcandor-prozess-steuert-auf-vergleich-zu-a-1172452.html> (letzter Abruf: 21.05.2021); das strafrechtliche Urteil gegen *Middelhoff* wurde im Jahr 2016 rechtskräftig, vgl. BGH, Urt. v. 17.02.2016 – 1 StR 209/15, FD-StrafR 2016, 376047.

45 Vgl. Artikel in beck-aktuell v. 12.10.2017, abrufbar unter: <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/olg-hamm-parteien-zeigen-interesse-an-vergleich-im-arcandor-prozess> (letzter Abruf: 21.05.2021); Artikel in Spiegel-Online v. 11.10.2017, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/vernehmung-von-thomas-middelhoff-arcandor-prozess-steuert-auf-vergleich-zu-a-1172452.html> (letzter Abruf: 21.05.2021).

46 Vgl. Artikel im manager-magazin v. 07.05.2018, abrufbar unter: <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/personalien/thomas-middelhoff-ex-arcandor-chef-schreibt-wirtschaftskrimi-a-1206513.html> (letzter Abruf: 21.05.2021).

47 *Bayer*, in: FS K. Schmidt, 2009, 85, 97; monografisch auch *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der AG, 2014, S. 396 f., der sich für die Kodifikation einer Haftungsreduktionsklausel ausspricht.

48 *Fajßbender*, NZG 2015, 501, 502.

bisher alle großen Wirtschaftsprozesse, wie z. B. bei Mannesmann⁴⁹ und Siemens⁵⁰, ihr Ende im Einstellungs- oder Vergleichswege fanden.⁵¹ Auch die VW AG einigte sich Anfang Juni 2021 mit den betreffenden früheren Vorstandsmitgliedern der VW AG, der Audi AG sowie der Porsche AG auf Schadensersatzzahlungen wegen des Dieselskandals wegen fahrlässiger Pflichtverletzungen in Höhe von rund 18 Mio. Euro, wovon 11,2 Mio. Euro auf *Winterkorn* und 4,1 Mio. Euro auf *Stadler* entfallen.⁵²

Angesichts der drohenden Haftungssummen scheut sich der Großteil der verklagten Vorstandsmitglieder, den Instanzenzug auszuschöpfen, und wählt den prozessbeendenden Vergleich.⁵³ Nichtsdestotrotz sind viele Fälle bekannt, in denen Vorstandsmitglieder zu Schadensersatzzahlungen in erheblicher Höhe verurteilt wurden.⁵⁴ Vor diesem Hintergrund ist es für

49 Vgl. Artikel in Zeit-Online v. 29.11.2006, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/online/2006/48/Mannesmann-eil> (letzter Abruf: 21.05.2021) bzgl. der Einstellung gegen Geldauflage des aufgrund eines Untreuevorwurfs wegen Verletzung aktienrechtlicher Pflichten geführten Strafverfahrens gegen ehemalige Mitglieder des Aufsichtsratsausschusses für Vorstandsangelegenheiten der früheren Mannesmann AG; näher dazu BGH, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 ff.

50 Im Rahmen der Berufungsverhandlungen hat die Siemens AG am 26.08.2014 eine Vergleichsvereinbarung in Höhe von 2, 5 Mio. Euro mit *Neubürger* abgeschlossen, die die Hauptversammlung am 27.01.2015 mit einer Mehrheit von 99,64 % billigte; vgl. dazu die Einberufung der ordentlichen Hauptversammlung 2015 der Siemens AG, S. 19, 53 ff., abrufbar unter: <https://assets.new.siemens.com/siemens/assets/api/uuid:ba34fdf4-cb40-46dc-997a-cb01503737e1/version:1565189149/hv2015-einberufung-de.pdf> (letzter Abruf: 21.05.2021); eingehend zu den Pflichten der Hauptversammlung und des Aufsichtsrats beim Vergleich vgl. *Bayer/Scholz*, ZIP 2015, 149 ff.

51 Vgl. *Bachmann*, BB 2015, 771; *Guntermann*, AG 2017, 606, 610.

52 Vgl. Artikel in Spiegel-Online v. 09.06.2021, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/diesellaefaere-ehemalige-volkswagen-manager-zahle-n-288-millionen-an-vw-zurueck-a-26544b5f-4020-4fea-93f5-ad044cec4ef9> (letzter Abruf: 11.06.2021); Artikel im Handelsblatt v. 01.06.2021, abrufbar unter: <https://app.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/streit-ueber-schadensersatz-dieselskandal-kostete-vw-mehr-als-30-milliarden-euro-ex-chef-winterkorn-kommt-mit-rund-elf-millionen-davon/27244030.html> (letzter Abruf: 11.06.2021); Artikel in Frankfurter Allgemeine Zeitung-Online v. 31.05.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/vw-dieselskandal-schadensersatz-einigung-steht-bevor-17367991.html> (letzter Abruf: 11.06.2021).

53 Vgl. *Bachmann*, BB 2015, 771; *Guntermann*, AG 2017, 606, 610.

54 Vgl. BGH, Urt. v. 20.11.2014 – III ZR 509/13, NZG 2015, 38 ff. bzgl. der Verurteilung eines Stiftungsvorstands zu einer Schadensersatzzahlung in Höhe von 1, 4 Mio. Euro; OLG Köln, Urt. v. 28.02.2013 – 18 U 298/11, NZI 2013, 506 ff. bzgl. der Verurteilung des Vorstands einer AG zu einer Zahlung in Höhe von knapp 160.000 Euro.

alle Beteiligten entscheidend, mit dem geltenden Aktienrecht sicher umgehen zu können.⁵⁵

Übervorsichtige Entscheidungen liegen nicht im Unternehmensinteresse, da von Unternehmensleitungen ein effizientes Chancenmanagement erwartet werden darf.⁵⁶ Ohne risikofreudige Entscheidungen gäbe es keine Innovationen. Unternehmerischer Erfolg lässt sich zu großen Teilen auf das bewusste und überlegte Eingehen von Risiken zurückführen.⁵⁷ Daher muss einem Vorstandsmitglied auch das Recht eingeräumt werden, sich zu irren und Fehler zu machen.⁵⁸

Elementares Instrument zur Begrenzung der Vorstandshaftung und damit zur Förderung einer gewissen Risikobereitschaft ist die Business Judgment Rule (nachfolgend „BJR“).⁵⁹ Dieser englische Terminus tauchte bis zur *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung des BGH von 1997⁶⁰ in keinem deutschen Rechtswörterbuch auf.⁶¹ Nunmehr bestimmt der seit dem Jahr 2005 in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verankerte unternehmerische Entscheidungsspielraum die Art und Reichweite der aktienrechtlichen Vorstandshaftung.⁶² Vorstandsmitglieder, die bei ihrer Geschäftsführung entgegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG nicht die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anwenden und ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Eine Pflichtverletzung eines Vorstandsmitglieds liegt jedoch nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Obwohl die Ermessensvorschrift seit nunmehr eineinhalb Jahrzehnten kodifiziert ist, besteht bei ihrer praktischen Anwendung nach wie vor er-

55 Vgl. *Bachmann*, BB 2015, 771, 777.

56 Vgl. *Faßbender*, NZG 2015, 501, 504; *Hahn/Naumann*, CCZ 2013, 156; *Langenbucher*, DStR 2005, 2083, 2084.

57 LG Düsseldorf, Urt. v. 25.04.2014 – 39 O 36/11, BB 2014, 2388 (Ls.) bzgl. einer eG m. Anm. *Bachmann*; *Faßbender*, NZG 2015, 501, 504; *Langenbucher*, DStR 2005, 20843.

58 So überspitzt formulierend *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen, 2002, S. 176.

59 Vgl. *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 43; *Langenbucher*, DStR 2005, 2083, 2084.

60 BGH, Urt. v. 21.04.1997 – I ZR 175/95, NJW 1997, 1926 ff.

61 Vgl. *Faßbender*, NZG 2015, 501, 502.

62 Vgl. *Nietsch*, ZGR 2015, 631.

hebliche Rechtsunsicherheit.⁶³ Mit der *BJR* wird einem Vorstandsmitglied ein Entscheidungsspielraum gewährt, der jedoch von vielen unbestimmten Rechtsbegriffen geprägt ist.⁶⁴ Deshalb verwundert es nicht, dass sich auch mehr als 20 Jahre nach der *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung stets neue Auslegungs- und Streitfragen ergeben, die weder in der aktienrechtlichen Literatur noch von der Rechtsprechung einheitlich beurteilt werden.⁶⁵ Konsens besteht darüber, dass Pflichtverletzungen und Verschulden eines Vorstandsmitglieds den Vorstandskollegen nicht zugerechnet werden können.⁶⁶ Hat die Gesellschaft aufgrund einer Kollegialentscheidung einen Schaden erlitten, ist dafür nicht per se jedes einzelne Vorstandsmitglied verantwortlich.⁶⁷ Die Haftung gegenüber der AG setzt ein eigenes pflichtwidriges und schuldhaftes Verschulden voraus.⁶⁸ Indes sprechen sich einige Stimmen im aktienrechtlichen Schrifttum dafür aus, schon nicht ordnungsgemäße Ressortverteilungen oder das Nichterkennen einer Beeinflussung durch interessengeleitete Kollegen als persönliche Pflichtverletzung zu qualifizieren.⁶⁹

Trotz der lebhaften wissenschaftlichen Diskussion im Zusammenhang mit den Pflichten von Vorstandsmitgliedern wird dem bedeutenden Umstand, dass Organhaftungsfälle zumeist Kollegialentscheidungen betreffen, weder im aktienrechtlichen Schrifttum noch von der Rechtsprechung vertiefte Aufmerksamkeit geschenkt.⁷⁰ Vielfach wird wohl stillschweigend davon ausgegangen, dass alle Mitglieder des Vorstands auf demselben Informationsniveau und Erkenntnisstand sind und daher für maßgebliche Vor-

63 Vgl. *Bachmann*, WM 2015, 105 ff. mit 10 Thesen zur deutschen *BJR*; *Freund*, NZG 2015, 1419, 1422, der den Weg in die *BJR* in der Praxis als „steinig“ bezeichnet; *Goette/Goette*, DStR 2016, 815 ff.; *Niensch*, ZGR 2015, 631 f., nach dem sich ein „randscharfes Verständnis“ der Regelung nach wie vor nicht entwickelt hat.

64 Vgl. *Bachmann*, BB 2015, 771, 777.

65 Vgl. dazu *Faßbender*, NZG 2015, 501, 503 mit dem Titel „18 Jahre ARAG Garmenbeck - und alle Fragen offen?“; *Habersack*, NZG 2016, 321 ff. mit dem Titel „19 Jahre „ARAG/Garmenbeck“ - und viele Fragen offen“.

66 Vgl. *Faßbender*, NZG 2015, 501, 505 mit dem Hinweis auf die fehlende Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe; *Leuring/Rubner*, NJW-Spezial 2015, 335 bzgl. der Geschäftsführer einer GmbH.

67 Vgl. *Faßbender*, NZG 2015, 501, 503.

68 Vgl. BGH, Urt. v. 15.01.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958 Rn. 22; *Faßbender*, NZG 2015, 501, 503; *Fleischer*, BB 2004, 2645; *Kleindiek*, in: FS Kayser, 2019, 435, 448 bzgl. der Haftung der Geschäftsführer gegenüber einer GmbH.

69 Vgl. *Faßbender*, NZG 2015, 501, 505; *Koch*, ZGR 2014, 697, 708 f., 711.

70 Dies ebenfalls feststellend *Bunz*, NZG 2011, 1294; *Koch*, ZGR 2014, 697, 708; *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717.

standsentscheidungen gleichermaßen in die Verantwortung genommen werden können.⁷¹

Zu Unsicherheit in der täglichen Vorstandsarbeit können auch Ausführungen im Schrifttum beitragen, bei einer Verletzung der Sorgfaltspflicht seien aufgrund des Prinzips der Gesamtgeschäftsführung grundsätzlich alle Vorstandsmitglieder betroffen, und Unterschiede seien allenfalls aufgrund verschiedener Informationsniveaus im Rahmen der *BJR* denkbar.⁷² Inwiefern derartige Differenzierungen bestehen und welche Komplikationen sich auf Verschuldensebene ergeben können, wird vielfach nicht erörtert. Viele praxisrelevante Fragen im Zusammenhang mit der Innenhaftung von Vorstandsmitgliedern bei Kollegialentscheidungen sind bisher nicht geklärt. Trotz jüngerer Rechtsprechung und der für das aktienrechtliche Schrifttum richtungsweisenden Ergebnisse des 70. DJT zu dem Themenfeld der Organhaftung ist auch in Zukunft keine Rechtssicherheit für den Umgang mit diesem Problembereich zu erwarten.

Für die einer gegenseitigen Überwachungspflicht unterliegenden Vorstandsmitglieder sollte unter Heranziehung der aktienrechtlichen Literatur ersichtlich sein, welche haftungsvermeidenden Kontrollmaßnahmen sie zu ergreifen haben. Es werden fortlaufend Rechtsfälle bekannt, in denen nicht die persönlichen Pflichten des Ressortverantwortlichen, sondern die Untersuchungs- und Überwachungspflichten der nicht ressortverantwortlichen Vorstandsmitglieder den Gegenstand der Pflichtverletzung bilden.⁷³ Als Beispiel kann der vor dem Landgericht München verhandelte Fall der Siemens AG herangezogen werden, in dem der Hauptgrund für die Klage gegen zwei ehemalige Vorstandsmitglieder in dem Vorwurf bestand, sie seien Hinweisen auf eine im Unternehmen etablierte Korruptionspraxis nicht nachgegangen.⁷⁴ Insofern erscheint es hilfreich, die pflichtenbeschränkenden Wirkungen der Ressortaufteilung zu konkretisieren und greifbare Kriterien aufzustellen.⁷⁵

71 Vgl. *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, 2009, S. 22, nach dem regelmäßig davon ausgegangen werden kann, dass ein identisches Informationsniveau bei allen Vorstandsmitgliedern herrscht; das Bestehen eines Informationsgefälles sei jedoch nicht auszuschließen; ablehnend *Löbbecke/Fischbach*, AG 2014, 717.

72 Vgl. *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl., 2020, § 93 Rn. 32.

73 Vgl. *Niensch*, ZIP 2013, 1449.

74 LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/19, NZG 2014, 345 ff. (*Siemens*).

75 Vgl. *Niensch*, ZIP 2013, 1449, 1450.

Diese Untersuchung soll die haftungsrechtlichen Risiken für jedes einzelne Mitglied des Vorstands der AG bei Kollegialentscheidungen aufzeigen und zu mehr Rechtssicherheit führen. Sie verfolgt sowohl einen dogmatischen als auch einen praktischen Ansatz. Zunächst wird das Konzept der Innenhaftung eines Vorstandsmitglieds gegenüber der AG nach § 93 AktG dargestellt. Die Vorschrift beinhaltet eine wichtige gesetzgebende Entscheidung vor dem Hintergrund begrenzter Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber Aktionären und anderen Dritten. Es wird ein Überblick über die Kodifizierung, die Rechtsnatur sowie die einzelnen Tatbestandsmerkmale der *BJR* nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bei einer Entscheidung eines Vorstandsmitglieds gegeben. So wird eine Vergleichsbasis zu der späteren Beleuchtung der Anwendung der *BJR* auf Kollegialentscheidungen geschaffen.

§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG knüpft zwar an „die Vorstandsmitglieder“ an, es wird aber zumeist nicht speziell berücksichtigt, dass der Vorstand der AG eben häufig ein Kollegialorgan ist und Kollegialentscheidungen trifft. Vor diesem Hintergrund werden die Merkmale eines Kollegialorgans erläutert und dessen Vor- und Nachteile aufgezeigt. Daran anknüpfend wird der mehrköpfige, nach der hier vertretenen Auffassung bereits der zweiköpfige, Vorstand unter Heranziehung des Kollegialitätsprinzips und der Möglichkeiten der Beschlussfassung als Kollegialorgan qualifiziert. Im Zuge dessen werden die das Prinzip der Gesamtverantwortung prägenden gegenseitigen Überwachungspflichten sowie der Vertrauensgrundsatz erläutert und unter Zugrundelegung der Rechtsprechung konkretisiert. Zudem werden die für Kollegialentscheidungen relevanten Regelungsmodalitäten der Vorstandsorganisation (Ressortprinzip und Ausschussbildung) sowie die denkbaren Interventions-, Widerspruchs- und Vetorechte der Vorstandsmitglieder dargestellt. Nachfolgend wird der der Untersuchung zugrunde gelegte Begriff der Kollegialentscheidung definiert.

Im Rahmen der Erörterung der für die Haftung von Kollegialentscheidungen erforderlichen individuellen Pflichtverletzung des einzelnen Vorstandsmitglieds werden Beispielsszenarien für zustimmende, überstimmte, sich enthaltende und abwesende Vorstandsmitglieder aufgeführt und die bei Erkennen einer rechtswidrigen Kollegialentscheidung jeweils zu ergreifenden Maßnahmen herausgearbeitet.

Anschließend wird untersucht, inwiefern die *BJR* bei Kollegialentscheidungen für das einzelne Mitglied Anwendung findet. Einer der Schwerpunkte liegt dabei auf der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der unternehmerischen Entscheidung, wobei zwischen den bisher unbeleuchteten Auswirkungen bei einstimmiger und mehrheitlicher Beschlussfassung so-

A. Einleitung

wie bei dem bewussten Unterlassen bestimmter Maßnahmen differenziert wird. Darüber hinaus werden die höchst umstrittenen Rechtsfolgen hinsichtlich der Anwendbarkeit der *BJR* bei Vorliegen eines Interessenkonflikts von Entscheidungsträgern beleuchtet und die jeweiligen Unterschiede zwischen offengelegten und nicht offenbarten Interessenkonflikten aufgezeigt.

Im Zuge der Klärung der Verschuldensfrage wird die mögliche Exkulpation durch berechtigtes Vertrauen auf Expertenrat unter Berücksichtigung der jüngeren Rechtsprechung des BGH dargestellt und auf die offen gebliebenen Fragen bezüglich Kollegialentscheidungen eine Antwort gefunden. Ausgewählte Beispielszenarien werden aufzeigen, wo Probleme und Schwachstellen bei der Anwendbarkeit der *BJR* bei Kollegialentscheidungen liegen und warum es mit Blick auf eine mögliche Anwendung der *BJR* wichtig ist, die Einordnung des Vertrauens auf Expertenrat eindeutig der Pflichtwidrigkeits- oder der Schuldebene zuzuordnen.

Nach Darstellung der weiteren Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Innenhaftung eines Vorstandsmitglieds bei Kollegialentscheidungen, mit hin der Kausalität und der gesamtschuldnerischen Haftung sowie des Ausgleichs im Innenverhältnis, werden unter Berücksichtigung der zuvor dargestellten Problemfelder sinnvolle Gestaltungsmöglichkeiten der Organisation des Mehrpersonen-Vorstands der AG aufgezeigt. Im Zuge dessen wird beleuchtet, inwieweit es für das einzelne Vorstandsmitglied möglich ist, sich auch ohne Gesetzesreformen im Rahmen von Kollegialentscheidungen rechtskonform zu verhalten. Darüber hinaus werden einzelne, mit der Thematik verbundene rechtspolitische Reformvorschläge dargestellt und bewertet sowie eigene unterbreitet. Schlussendlich erfolgt eine Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse und Reformvorschläge in Form von Thesen.

B. Konzept der Innenhaftung eines Vorstandsmitglieds

Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Die Vorschrift stellt eine wichtige gesetzgeberische Entscheidung vor dem Hintergrund begrenzter Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber Aktionären und anderen Dritten dar.

I. Individuelle Pflichtverletzung

Die Haftung eines Vorstandsmitglieds basiert trotz des in § 76 Abs. 1 AktG verankerten Grundsatzes der Gesamtverantwortung des Vorstands auf seinem individuellen Verhalten und seiner persönlichen Verantwortung.⁷⁶ Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.

In der aktienrechtlichen Literatur findet man häufig Ausführungen zu den Pflichten des Vorstands als Organ der AG.⁷⁷ Selten wird das Augenmerk auf das einzelne Vorstandsmitglied gerichtet, dessen Verhalten allerdings für die Beurteilung der Pflichtmäßigkeit seines Handelns entscheidend ist.⁷⁸

Winnen spricht beispielsweise stets vom Vorstand, der sich Rechtsrat einholen soll, anstatt auf das einzelne Vorstandsmitglied abzustellen.⁷⁹ *Rehm* führt in diesem Zusammenhang aus, dass für den Vorstand, der Kenntnis von Mängeln eines organinternen Überwachungssystems hat, große Haftungsrisiken bestünden, die trotz der individuellen Verantwortlichkeit in ihren Auswirkungen an eine Art Kollektivhaftung heranreichen

76 Vgl. BGH, Urt. v. 15.01.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958 Rn. 22; *Bürgers*, in: HeidelbKomm, AktG, 4. Aufl., 2017, § 93 Rn. 20; *Fleischer*, BB 2004, 2645; *Habersack*, WM 2005, 2360, 2361; *Kleindiek*, in: FS Kayser, 2019, 435, 448 bzgl. der Haftung des Geschäftsführers einer GmbH; *Scholz*, AG 2018, 173, 180.

77 Vgl. *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage, 2013, S. 233; *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, 2009, S. 158.

78 Vgl. aber *Nietsch*, ZIP 2013, 1449, 1451, der von dem „einzelnen Vorstand“ spricht.

79 Vgl. *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, 2009, S. 158.

könnten.⁸⁰ Die Vorstandskollegen seien zwar regelmäßig nicht direkt an der für den Schaden kausalen Pflichtverletzung beteiligt; allerdings könne ihnen stets vorgeworfen werden, die Einrichtung eines die Pflichtverletzung vermeidenden Überwachungssystems unterlassen zu haben.⁸¹ Solche Ausführungen können den falschen Eindruck entstehen lassen, es bestehe angesichts des Grundsatzes der Gesamtverantwortung eine kollegiale Organhaftung.⁸²

1. Dogmatische Herleitung der Voraussetzung der individuellen Pflichtverletzung

Die Voraussetzung der individuellen Pflichtverletzung lässt sich anhand der beiden Regelungen in § 93 Abs. 2 S. 1 AktG und § 93 Abs. 1 S. 2 AktG dogmatisch herleiten.

a. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG

Die zentrale aktienrechtliche Organhaftungsnorm des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG verdeutlicht mit den einleitenden Worten „Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen“, dass sich die Androhung gesamtschuldnerischer Haftung nicht auf alle mitentscheidenden Vorstandsmitglieder in

80 Vgl. *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, 2012, S. 253.

81 Vgl. *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, 2012, S. 253.

82 Insofern missverständlich *Emde*, in: FS Schneider, 2011, 295, 308 f. („umfassende bzw. kontrollorientierte Mitverantwortung“); *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497, 506 („mitverantwortlich“); *Hopt/Roth*, in: GroßKomm, AktG, 5. Aufl., 2015, § 93 Rn. 378 („eigene Mitverantwortung“); *Kort*, in: GroßKomm, AktG, 5. Aufl., 2015, § 77 Rn. 37 („gemeinschaftliche Verantwortung“); *Krieger*, Personalentscheidungen, 1981, S. 250 („Was alle Vorstandsmitglieder gleichermaßen mitverantworten müssen,...“); *Martens*, in: FS Fleck, 1988, 192, 195 („...alle Vorstandsmitglieder in gleicher Weise verantwortlich...“, „...individuelle Verantwortungssteile für den Einzelaktionär kaum erkennbar“); *Wettich*, Vorstandsorganisation in der AG, 2009, S. 260 („Wegen seiner Gesamtverantwortung trägt es die Mitverantwortung für die übertragene Aufgabe.“) und S. 271 („Aufgrund der Gesamtverantwortung trägt jedes Vorstandsmitglied für eine im Gesamtgremium getroffene Entscheidung die Mitverantwortung.“); i. E. auch *Szalai/Marz*, DStR 2010, 809, 812, die eine kollegialorganschaftliche Haftung des Vorstands in Erwägung ziehen, eine solche aber letztlich ablehnen mit der Begründung, das operative Geschäft erfordere und ermögliche auch das alleinige Handeln der jeweiligen Mitarbeiter.

ihrer Gesamtheit als Organ bezieht, sondern nur auf die einzelnen pflichtwidrig handelnden Organwalter.⁸³ Es ist daher stets zu prüfen, ob dem einzelnen Mitglied des Vorstands ein pflichtwidriges Tun oder Unterlassen vorgeworfen werden kann.⁸⁴

b. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG

Der Grundsatz der Organhaftung als Haftung für individuelle Pflichtverletzungen kommt auch in dem die *BJR* formulierenden § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zum Ausdruck.⁸⁵ Eine Pflichtverletzung liegt danach nicht vor, wenn „das Vorstandsmitglied“ bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Es ist nicht von dem Vorstand als Kollegialorgan die Rede. Bei jedem Vorstandsmitglied ist demnach gesondert zu beurteilen, ob die Voraussetzungen der *BJR* vorliegen.⁸⁶ Die Kontrolle kann daher bei den einzelnen Vorstandsmitgliedern auch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.⁸⁷

Eine derartige Auslegung lässt sich sowohl aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift als auch aus dem Willen des Gesetzgebers folgern.⁸⁸ Die *BJR* soll dem Vorstandsmitglied bei Vorliegen gewisser prozeduraler Voraussetzungen einen „sicheren Hafen“ (sog. *safe harbour*) im Sinne eines Haftungsausschlusses für bestimmte Unternehmensentscheidungen gewährleisten.⁸⁹ Dem liegt die Intention zugrunde, dass sich das Vorstandsmit-

83 Vgl. *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 718.

84 Vgl. *Bürgers*, in: HeidelbKomm, AktG, 4. Aufl., 2017, § 93 Rn. 20; *Fleischer*, in: *Fleischer*, Hdb. Vorstandsrecht, 2006, § 11 Rn. 81; *Habersack*, WM 2005, 2360, 2361 f.; *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 718; *Schlimm*, Geschäftsleiterermessen, 2008, S. 265; *Spindler*, in: MüKo, AktG, 5. Aufl., 2019, § 93 Rn. 71; *Wiesner*, in: MüHdb. GesR-AG, 4. Aufl., 2015, § 26 Rn. 13 f.

85 Vgl. *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 718; *Scholz*, AG 2018, 173, 180.

86 Vgl. *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 718.

87 Vgl. *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 718.

88 Vgl. *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 718.

89 Vgl. Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 11; *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 43; *ders.*, ZHR 177 (2013), 1, 9 f.; *Bürgers*, in: HeidelbKomm, AktG, 4. Aufl., 2017, § 93 Rn. 10; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm, AktG, 5. Aufl., 2015, § 93 Rn. 66; *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2103; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl., 2021, § 93 Rn. 9; *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 718; *Spindler*, NZG 2005, 865, 871; ablehnend *Scholz*, AG 2018, 173, 174 ff., der die *BJR* als eine schlichte Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs ansieht.

glied bei unternehmerischen Entscheidungen nicht aus Angst vor einer etwaigen Haftung übervorsichtig verhalten soll.⁹⁰ Vor diesem Hintergrund muss jedes Vorstandsmitglied aufgrund seines persönlichen Verhaltens die Voraussetzungen der *BJR* erfüllen können.⁹¹ Wenn Verhaltensweisen eines Vorstandskollegen das Haftungsprivileg für ein anderes Vorstandsmitglied entfallen lassen könnten,⁹² entspräche das nicht dem Sinn und Zweck des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.⁹³

2. Ausschluss einer Pflichtverletzung durch die *BJR*

Durfte ein Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, liegt gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG keine Pflichtverletzung vor. Die *BJR* ist seit dem Jahr 2005 als ein elementares Instrument zur Begrenzung der Organhaftung im Aktiengesetz verankert. Das Haftungsprivileg wurde auf Vorschlag der Regierungskommission Corporate Governance sowie entsprechend einer Beschlussfassung des 63. DJT durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) kodifiziert.⁹⁴

Im Vorfeld der gesetzlichen Niederlegung des Haftungsprivilegs war der Umfang des unternehmerischen Ermessens der Vorstandsmitglieder Gegenstand vieler Diskussionen. In der *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung hat der BGH im Jahr 1997 den Vorstandsmitgliedern bei der Leitung der Geschäfte des Gesellschaftsunternehmens erstmals ausdrücklich einen weiten unternehmerischen Handlungsspielraum zugebilligt.⁹⁵ Eine Schadensersatzpflicht des Vorstands kann danach erst in Betracht kommen, wenn

90 Vgl. dazu die Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 12 („Das Gesetz möchte den Mut zum unternehmerischen Risiko nicht nehmen, zugleich aber Unbesonnenheit und Leichtsinns auf Kosten der Kapitalgeber und der Arbeitnehmer keinen Vorschub leisten.“).

91 Vgl. *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 718.

92 So wird z. B. teilweise angenommen, dass ein Interessenkonflikt eines Vorstandsmitglieds den gesamten Vorstand „infizieren“ bzw. auf ihn „ausstrahlen“ könne, vgl. *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141, 150 („Ausstrahlung“); *Lutter*, in: FS Canaris, 2007, 245, 248 („Infektion“); siehe dazu Ziff. F.V.4.a.aa „Infizierung des Gesamtvorstands (Gesamtbetrachtung)“.

93 Vgl. *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 718.

94 Vgl. Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 f.

95 BGH, Urt. v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926, 1927 (*ARAG/Garmenbeck*).