

RODERICH C. THÜMMEL

# Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten

Haftungsrisiken bei Managementfehlern,  
Risikobegrenzung und D&O-Versicherung

5. Auflage

# **Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten**

Haftungsrisiken bei Managementfehlern,  
Risikobegrenzung und D&O-Versicherung

Prof. Dr. Roderich C. Thümmel  
LL.M. (Harvard), Attorney at Law (New York)  
Rechtsanwalt in Stuttgart  
Honorarprofessor an der Universität Tübingen

5., völlig neu bearbeitete Auflage, 2016

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [www.dnb.de](http://www.dnb.de) abrufbar.

5. Auflage, 2016

ISBN 978-3-415-05770-8

E-ISBN 978-3-415-05885-9

E-Book-Umsetzung: Datagroup int. SRL, Timisoara

© 1996 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Dörr + Schiller GmbH, Curiestraße 4, 70563 Stuttgart | Druck und Bindung: Beltz Bad Langensalza GmbH, Neustädter Straße 1–4, 99947 Bad Langensalza

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart  
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden  
[www.boorberg.de](http://www.boorberg.de)

## Vorwort

Sowohl in der öffentlichen Wahrnehmung wie auch in der praktischen Rechtsanwendung hat das Haftungsrecht von Vorständen und Aufsichtsräten in der Aktiengesellschaft sowie von Geschäftsführern und sonstigen Aufsichtsorganen in anderen Rechtsformen unverändert hohe Relevanz. Seit der Voraufgabe sind 8 Jahre vergangen, die einerseits von weiteren Aktivitäten des Gesetzgebers (z. B. Verlängerung der Verjährungsfrist auf 10 Jahre für die Haftung in börsennotierten Gesellschaften), andererseits und vor allem aber durch eine Vielzahl von großen und kleinen Haftungsfällen geprägt war, in denen sich die anwendbaren Regelungen bewähren mussten. Insgesamt sind die Risiken – jedenfalls für die operativ tätigen Organe – soweit angewachsen, dass bereits über Begrenzungsmechanismen nachgedacht wird (s. die Diskussion auf dem 70. Deutschen Juristentag). Vor allem Aufsichtsräte börsennotierter Gesellschaften scheinen vielfach unter Druck zu stehen. Sie lassen das Verhalten von Vorständen, etwa im Zusammenhang mit Compliance-Fragen, jedenfalls viel häufiger und routinemäßiger unter haftungsrechtlichen Aspekten extern prüfen als das noch vor einigen Jahren der Fall war. Bei kleineren Unternehmen führt oft die Insolvenz zu einer Inanspruchnahme von Organen.

Auch die D&O-Versicherung hat sich gewandelt. Die Bedingungswerke sind – auch durch den Einfluss von Maklern – einerseits zielgenauer, andererseits im Hinblick auf die Risikoabdeckung breiter geworden. Kennzeichnend hierfür sind weniger (und engere) Ausschlüsse, mehr Nebenleistungen (vorsorgliche Rechtskosten etc.) und längere Nachmeldefristen. Die Schadensbearbeitung zeichnet sich durch hohe Professionalität aus, wobei typischerweise – jedenfalls bei großen Schäden – die Abwehr der Haftung, nicht die Regulierung im Vordergrund steht.

Gesetzesänderungen und neues Fallmaterial geben Anlass, das vorliegende Buch auf den neuesten Stand zu bringen. Wie schon in den früheren Auflagen geht es dabei nicht um lückenlose Vollständigkeit, sondern um das Nachzeichnen von Entwicklungslinien und das Setzen von Schwerpunkten. Unverändert bleibt das Ziel des Buches, einen systematischen Leitfaden des Managerhaftungsrechts einschließlich der D&O-Versicherung zu bieten. Es richtet sich dabei sowohl an Unternehmen und Unternehmensleiter wie auch an ihre Berater. Für Rückmeldungen aus dem Kreis der Nutzer, für Anregungen und Verbesserungsvorschläge bin ich wie immer dankbar.

Besonders danken möchte ich meiner Tochter, Frau Rechtsreferendarin *Isabel Thümmel*, die mir bei den Korrekturen wertvolle Hilfe geleistet hat.

Stuttgart, im August 2016

Roderich C. Thümmel

## **Aus dem Vorwort zur 1. Auflage (1996)**

Die persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten für Fehlentwicklungen, die in ihrem Unternehmen eingetreten sind, ist in Deutschland ein verhältnismäßig junges Thema. Obwohl entsprechende gesetzliche Grundlagen durchaus vorhanden sind, wurden diese in der Vergangenheit nur selten angewendet. Für den unsorgfältigen oder gar leichtfertigen Manager lag das Hauptrisiko im Wesentlichen darin, entlassen zu werden. Soweit Geschäftspartner oder Kunden des Unternehmens Ansprüche wegen eines Fehlverhaltens des Managers anmeldeten, wurden diese meist von dem Unternehmen getragen.

Die Situation hat sich gründlich gewandelt. Bei vielen Unternehmensinsolvenzen ist deutlich geworden, dass nicht nur glücklos, sondern unter Außerachtlassung aller Regeln der Kunst und oft auch kriminell gehandelt wurde. Die wegen ihrer enormen wirtschaftlichen Auswirkungen öffentlich diskutierten Fälle (z. B. Vulkan, Schneider, Balsam, Metallgesellschaft etc.) legen hiervon beredtes Zeugnis ab. Dementsprechend versuchen Insolvenzverwalter und leer ausgehende Gläubiger zunehmend, die handelnden Personen in die Pflicht zu nehmen. Aber auch außerhalb von Insolvenzen sind Unternehmen und ihre Eigner immer weniger bereit, durch das Management verursachte Schäden ohne Weiteres hinzunehmen.

Ziel dieses Buches ist es, die sehr zerstreuten und disparaten Haftungstatbestände zusammenzuführen und Unternehmensleitern ein möglichst klares und umfassendes Bild ihrer Haftungssituation und der besonderen Risikofelder zu vermitteln. Hierzu gehört eine detaillierte Zusammenstellung der Verhaltensanforderungen, welche an Manager und Aufsichtsräte gestellt werden. Breiter Raum ist dabei den Möglichkeiten der Haftungsvermeidung und der Befreiung von Haftungsrisiken gewidmet. Schließlich werden die zur Verfügung stehenden Versicherungslösungen und deren Reichweite erläutert.

# Inhaltsübersicht\*

<b>Vorwort</b> . . . . .	5
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> . . . . .	11
<b>A. Grundlagen</b> . . . . .	17
1. Kapitel    Management und Aufsichtsorgane im Haftungsrecht . . . . .	17
I.    Einführung . . . . .	19
II.   Gegenstand und Einteilung der Managerhaftung . . . . .	31
III.  Kreis der Haftpflichtigen und der Anspruchsberechtigten . . . . .	40
IV.  Überblick über die Haftung leitender Angestellter . . . . .	55
V.   Strafrechtliche Verantwortlichkeit . . . . .	60
VI.  Internationale Aspekte der Managerhaftung . . . . .	63
VII. Schiedsgerichtliche Streitbeilegung . . . . .	68
VIII. Entwicklung von Versicherungskonzepten . . . . .	69
<b>B. Innenhaftung</b> . . . . .	71
2. Kapitel    Innenhaftung der Vorstände und Geschäftsführer . . . . .	71
I.    Übersicht . . . . .	73
II.   Pflichtverletzung . . . . .	75
III.  Verschulden . . . . .	139
IV.  Schaden . . . . .	140
V.   Darlegungs- und Beweislast . . . . .	142
VI.  Verjährung . . . . .	146
3. Kapitel    Innenhaftung der Aufsichtsorgane . . . . .	148
I.    Übersicht . . . . .	149
II.   Pflichtverletzung des Aufsichtsrates . . . . .	155
III.  Pflichtverletzung des Beirates . . . . .	176
IV.  Pflichtverletzung von Aufsichtsorganen bei Gesellschaften mit öffentlich-rechtlichen Anteilseignern . . . . .	178
V.   Weitere Voraussetzungen der Haftung . . . . .	180
4. Kapitel    Geltendmachung von Innenhaftungsansprüchen . . . . .	182
I.    Übersicht . . . . .	182
II.   Ansprüche der Aktiengesellschaft . . . . .	183
III.  Ansprüche der GmbH . . . . .	196

\* Den einzelnen Kapiteln sind jeweils ausführliche Inhaltsübersichten vorangestellt.

5. Kapitel	Beschränkung der Innenhaftung	199
I.	Übersicht	199
II.	Billigung pflichtwidrigen Verhaltens	200
III.	Verzicht auf Innenhaftungsansprüche	205
IV.	Haftungsbeschränkung durch Vereinbarung	210
V.	Freistellung	211
<b>C.</b>	<b>Außenhaftung</b>	213
6. Kapitel	Rechtsgrundlagen der Außenhaftung	213
I.	Übersicht	213
II.	Deliktische Schadenersatzansprüche	214
III.	Mithaftung des Unternehmens, Regress auf den Unternehmensleiter	218
IV.	Freistellung von der Außenhaftung	219
7. Kapitel	Haftung gegenüber Gläubigern des Unternehmens	222
I.	Übersicht	222
II.	Mithaftungstatbestände	223
III.	Insolvenzverschleppungshaftung	228
IV.	Eigentumsverletzung und Organisationsverschulden	232
V.	Verfolgungsrecht der Gläubiger (§ 93 Abs. 5 AktG u. a.)	233
8. Kapitel	Haftung gegenüber Anteilseignern und Anlegern	236
I.	Haftung gegenüber Anteilseignern	236
II.	Haftung gegenüber Anlegern	242
9. Kapitel	Haftung gegenüber sonstigen Dritten	252
I.	Haftung gegenüber Verbrauchern	252
II.	Haftung gegenüber staatlichen Einrichtungen	255
III.	Haftung gegenüber abhängigen Gesellschaften	259
IV.	Haftung gegenüber Arbeitnehmern	260
V.	Haftung gegenüber Wettbewerbern und Schutzrechtsinhabern	261
<b>D.</b>	<b>Versicherung</b>	265
10. Kapitel	Versicherungsdeckung der Managerhaftpflicht	265
I.	Entwicklung der D&O-Versicherung	266
II.	Grundelemente der D&O-Versicherung	269
III.	Musterbedingungen der D&O-Police	282
<b>E.</b>	<b>Anhang</b>	307
	Auszüge aus Gesetzestexten und sonstigen Regelwerken	307
1.	Abgabenordnung (AO)	309
2.	Aktiengesetz (AktG)	309
3.	Genossenschaftsgesetz (GenG)	323

4. GmbH-Gesetz (GmbHG) .....	324
5. Insolvenzordnung (InsO) .....	328
6. Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG) .....	330
7. SE-Verordnung (SE-VO) .....	330
8. SE-Ausführungsgesetz (SEAG).....	331
9. Strafgesetzbuch (StGB) .....	333
10. Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK) (in der Fassung vom 5. Mai 2015) .....	335
1. Präambel.....	335
2. Aktionäre und Hauptversammlung.....	337
3. Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat....	338
4. Vorstand .....	340
5. Aufsichtsrat .....	343
6. Transparenz .....	347
7. Rechnungslegung und Abschlussprüfung .....	348
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>351</b>
<b>Sachregister</b> .....	<b>373</b>





## Abkürzungsverzeichnis

A.	Atlantic Reporter
a. A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
aE.	am Ende
AG	Amtsgericht, Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft (Jahr, Seite)
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
BB	Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
Bd.	Band
betr.	betreffend
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Band, Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (Jahr, Seite)
BörsG	Börsengesetz
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift (Jahr, Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
Del. (Ch.)	Delaware (Chancery)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DNNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr, Seite)
D&O	Directors and Officers

DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht (Jahr, Seite)
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGVVO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 12.12.2012
EuGVÜ	Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
Fed.R.Civ.P.	Federal Rules of Civil Procedure
FS	Festschrift
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V.
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
gem.	gemäß
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GeschmMG	Gesetz über das Urheberrecht an Mustern und Modellen
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Jahr, Seite)
GoB	Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
Halbs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
InsO	Insolvenzordnung
IntBusL	International Business Lawyer (Jahr, Seite)

IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Jahr, Seite)
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JZ	Juristen-Zeitung (Jahr, Seite)
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch vom 16.05.2013
Kap.	Kapitel
KapMuG	Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	Konkursordnung
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
LG	Landgericht
lit.	litera (Buchstabe)
MarkenG	Markengesetz
MitbG	Mitbestimmungsgesetz
MMVO	Marktmissbrauchsverordnung (VO (EU) Nr. 596/2014)
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Jahr, Seite)
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Jahr, Seite)
o.	oben
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PatG	Patentgesetz
PHi	Produkt- und Umwelthaftpflicht international – Recht und Versicherung (Jahr, Seite)
r+s	recht und schaden – Unabhängige monatliche Informationsschrift für Versicherungsrecht und Schadenersatz (Jahr, Seite)
Rn.	Randnummer

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Jahr, Seite)
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Satz, Seite
s.	siehe
SE	Europäische Aktiengesellschaft (societas europaea)
SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz)
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
SGB	Sozialgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
StuB	Steuern und Bilanzen (Jahr, Seite)
TransPuG	Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz)
u. a.	und andere
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22.09.2005
UmwG	Umwandlungsgesetz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von
VerkProspG	Verkaufsprospektgesetz
VermAnlG	Gesetz über Vermögensanlagen vom 06.12.2011
VersR	Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Jahr, Seite)
VersW	Versicherungswirtschaft, Halbmonatsschrift der deutschen Individualversicherung (Jahr, Seite)
vgl.	vergleiche
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 18.06.2009
vs.	versus (gegen)
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
WHG	Wasserhaushaltsgesetz

WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung, Zeitschrift für Wirtschaftsanwälte und Unternehmensjuristen (Jahr, Seite)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier-Mitteilungen (Jahr, Seite)
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
WpPG	Wertpapierprospektgesetz vom 22.06.2005
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z. B.	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Versicherung (Jahr, Seite)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Band, Jahr, Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Band, Jahr, Seite)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Band, Seite)



# A. Grundlagen

## 1. Kapitel

### Management und Aufsichtsorgane im Haftungsrecht

	Rn.
I. Einführung .....	1
1. Managerhaftung im Wandel der Zeit .....	1
2. Entwicklungen im US-Recht .....	7
3. Änderungen des rechtlichen Umfeldes .....	9
a) Rechtsprechung .....	9
b) Gesetzgebung .....	11
c) Reform .....	16a
4. Corporate Governance .....	17
5. Haftung von Aufsichtsgremien .....	22
II. Gegenstand und Einteilung der Managerhaftung .....	24
1. Inhalt der Haftung .....	24
2. Innenhaftung .....	25
a) Begriff der Innenhaftung .....	25
b) Innenhaftung als gesetzlich geregelte Organhaftung .....	27
c) Innenhaftung und dienstvertragliche Haftung .....	31
3. Außenhaftung .....	33
a) Begriff der Außenhaftung .....	33
b) Außenhaftung und Insolvenz .....	34
c) Außenhaftung als Anknüpfungspunkt für die Innenhaftung .....	35
d) Haftung für Verbindlichkeiten des Unternehmens und für Eingriffe in geschützte Rechtspositionen Dritter .....	36
e) Haftungsbegründende Normen .....	37
4. Typische Haftungsszenarien .....	39
a) Insolvenz .....	39
b) Regress .....	41
c) Vermögensminderungen .....	42
d) Trennung .....	43
III. Kreis der Haftpflichtigen und der Anspruchsberechtigten .....	44
1. Anspruchsberechtigte .....	44
a) Das Unternehmen und Dritte .....	44
b) Vertretung des anspruchsberechtigten Unternehmens .....	45
2. Haftungsadressaten .....	49
a) Ausgangspunkt: Organmitglieder .....	49
b) Haftungsadressaten bei der AG .....	50
aa) Vorstand .....	50
bb) Aufsichtsrat .....	52
c) Haftungsadressaten bei der GmbH .....	53
aa) Geschäftsführer .....	53
bb) Fakultative Organe: Aufsichtsrat und Beirat .....	55
d) Haftungsadressaten bei der SE .....	56
aa) Dualistische Organstruktur .....	56



bb)	Monistische Organstruktur .....	57
e)	Haftungsadressaten bei der Personengesellschaft .....	58
aa)	Geschäftsführende Gesellschafter .....	58
bb)	Verschuldensmaßstab: Eigenübliche gegen verkehrsübliche Sorgfalt .....	60
cc)	GmbH & Co. KG .....	61a
f)	Haftungsadressaten bei sonstigen Unternehmensformen ..	62
aa)	Eingetragene Genossenschaft .....	62
bb)	Eingetragener Verein .....	63
cc)	Stiftungen .....	63b
dd)	Anstalten öffentlichen Rechts .....	63c
ee)	Einzelkaufmännisches Unternehmen .....	64
3.	Mehrere Haftpflichtige .....	65
a)	Grundsatz der Gesamtschuld .....	65
b)	Innenausgleich .....	66
c)	Entscheidungen von Kollegialorganen .....	68
IV.	Überblick über die Haftung leitender Angestellter .....	69
1.	Haftung gegenüber dem Unternehmen .....	69
a)	Haftungsgrundlage: Verletzung von Pflichten aus dem Arbeitsvertrag .....	69
b)	Pflichtenkreis .....	71
c)	Verschulden, Mitverschulden des Arbeitgebers .....	72
d)	Arbeitsrechtliche Haftungsprivilegierung .....	73
e)	Erleichterungen bei der Beweislastverteilung .....	74
2.	Haftung gegenüber Dritten .....	75
a)	Geringere Einwirkungsmöglichkeiten auf Rechte Dritter ...	75
b)	Freistellungsanspruch .....	76
V.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit .....	77
1.	Anwendbare Tatbestände .....	77
2.	Wirkung der strafrechtlichen Normen .....	90
VI.	Internationale Aspekte der Managerhaftung .....	91
1.	Ausgangspunkt .....	91
2.	Internationale Zuständigkeit .....	92
3.	Anwendbares Recht .....	94
a)	Maßgeblich: IPR des Gerichtsortes .....	94
b)	Anwendbares Recht nach deutschem IPR .....	95
aa)	Innenhaftung .....	95
bb)	Außenhaftung .....	96
cc)	Auswirkungen .....	97
dd)	Insolvenz des Unternehmens .....	97a
4.	Vollstreckbarkeit im Ausland erwirkter Titel .....	98
VII.	Schiedsgerichtliche Streitbeilegung .....	100
VIII.	Entwicklung von Versicherungskonzepten .....	101

## I. Einführung

### 1. Managerhaftung im Wandel der Zeit

Unternehmerische Tätigkeit bezieht sich auf Zukunftszeiträume, beruht auf Prognosen und Einschätzungen und ist folglich mit Risiken verbunden. Noch bis vor wenigen Jahrzehnten entsprach es allgemeiner Überzeugung, dass Schäden und Verluste, die sich aus der Verwirklichung solcher Risiken ergaben, von Ausnahmefällen abgesehen allein die Eigentümer der Unternehmen trafen. Soweit angestellte Manager oder gar Aufsichtsorgane durch Fehlverhalten oder mangelnde Sorgfalt bei der Ausübung ihrer Tätigkeit Schäden verursacht hatten, lag die Konsequenz allenfalls darin, dass sie ihr Amt verloren. Eine Haftung wurde nur bei krassen Regelverstößen eingefordert. Deshalb konnte noch in den 1980er Jahren in Fachveröffentlichungen konstatiert werden, dass Schadenersatzansprüche gegen Manager, die mit der Missachtung von Sorgfaltsstandards bei der Unternehmensführung begründet wurden, in der Bundesrepublik Deutschland „rechtstatsächlich kaum eine nennenswerte Rolle“ spielten und die entsprechenden Haftungsnormen hierzulande daher „kein lebendes Recht“ darstellten.<sup>1</sup>

Dieses Bild hat sich deutlich gewandelt. Für Schäden persönlich in Anspruch genommen zu werden, gehört heute zu den großen Berufsrisiken von Vorständen, Geschäftsführern und Aufsichtsräten.<sup>2</sup> Äußerlich erkennbar wird der Umschwung an den in der Wirtschaftspresse vielfach und regelmäßig geführten Diskussionen um vermeintliches oder tatsächliches Versagen von Managern und Aufsichtsorganen, vor allem im Zusammenhang mit Unternehmensschieflagen oder -zusammenbrüchen, an der zunehmenden Zahl veröffentlichter Gerichtsentscheidungen, der Flut von Beiträgen in Fachzeitschriften und an der schnellen Verbreitung einer vor kurzem noch wenig bekannten Versicherungsgattung, nämlich der Managerhaftpflichtversicherung (Directors' und Officers', kurz: D&O-Versicherung). Mit dieser wird im Unterschied zu der früher schon erhältlichen Rechtsschutzversicherung (die lediglich die in einem gerichtlichen Verfahren entstehenden Prozesskosten abdeckt) die Deckung des Haftpflichtrisikos selbst angeboten, welchem Unternehmensleiter bei ihrer Tätigkeit ausgesetzt sind.

---

1 Vgl. v. Werder, DB 1987, 2265; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, S. 624; vgl. auch Trescher, DB 1995, 661 ff.

2 Vgl. den Überblick über Zwischenstände der Rechtslage bei Thümmel, AG 2004, 83 ff.; ders., Der Aufsichtsrat 2009, 84 ff.; PHi 1998, 29 ff.; ders., StuB Rechtsrundschau 2001, 48 ff.

- 3 Die veränderte Wahrnehmung und verschärfte Umsetzung der Managerhaftung hat verschiedene Ursachen.<sup>3</sup> Zu nennen ist die Globalisierung der Märkte und die hieraus folgende zunehmende internationale Verflechtung von Unternehmen. Diese hat den Blick für die sehr unterschiedlichen Risikopotenziale geschärft, die Unternehmensleiter in den verschiedenen Weltregionen zu gewärtigen haben. Der Grund für solche Unterschiede liegt in voneinander abweichenden rechtlichen Konzepten,<sup>4</sup> aber auch in Mentalitätsunterschieden bei der Anwendung und Durchsetzung vorhandener rechtlicher Normen. Einflüsse anderer Rechtsordnungen auf das deutsche Managerhaftungsrecht sind unverkennbar. Europäische Vorgaben können ebenso als Beispiel genannt werden wie bestimmte Regelungstechniken des US-Rechts.<sup>5</sup> In diesem Zusammenhang ebenfalls von großer Bedeutung sind die internationalen Kapitalmärkte, die in erheblichem Umfang Kontrollfunktion wahrnehmen<sup>6</sup> und vergleichbare Standards für die Verantwortlichkeit von Unternehmensleitern anmahnen. Sichtbares Zeichen hierfür sind die Corporate-Governance-Regularien, wie etwa der Deutsche Corporate Governance Kodex,<sup>7</sup> die sich in wichtigen Märkten finden und jeweils ähnliche Fragen ansprechen.<sup>8</sup>
- 4 Neben dem Einfluss von außen gibt es aber auch interne Entwicklungen, welche die Managerhaftung stärker in den Blickpunkt öffentlichen Interesses gerückt haben. Angesprochen sind damit die nicht wenigen Fälle tatsächlich oder vermeintlich schadensverursachender Fehlentscheidungen von Managern, die wegen ihrer gesamtwirtschaftlichen Bedeutung in den vergangenen Jahren öffentliche Beachtung gefunden haben (z.B. Bremer Vulkan, HypoVereinsbank, Balsam, Holzmann, Babcock, Bankgesellschaft Berlin, EM.TV, Infomatec, ComRoad, Mannesmann, WestLB, Daimler-Chrysler, Infineon, Siemens, Deutsche Bank, VW). Forderungen aus der Politik, dass Manager stärker als bisher für ihre Fehlentscheidungen geradestehen müssten, waren dabei nur noch die Zusammenfassung der ohnehin sich in dieser Richtung bewegenden öffentlichen Debatte. Ins Kreuzfeuer der Kritik geraten sind im Übrigen in den erwähnten Fällen nicht nur die eigentlichen Akteure (Vorstände, Geschäftsführer), sondern zunehmend auch deren Überwacher (Aufsichtsräte). Letztere stehen in jüngster Zeit verstärkt unter Druck. Von ihnen wird nicht nur eine effektive Überwachung, sondern vor allem eine überzeugende Personalauswahl verbunden mit an-

---

3 Vgl. zu den tatsächlichen Entwicklungen und ihren Ursachen *Sieg*, DB 2002, 1759, 1760 ff.

4 Einen rechtsvergleichenden Überblick verschafft etwa *Kreuzer* (Hrsg.), Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften.

5 Vgl. etwa §§ 148, 149 AktG, die sich an das Konzept des *derivative suit* des US-amerikanischen Kapitalgesellschaftsrechts anlehnen.

6 S. zur Bedeutung der Märkte als Kontrollinstanz vor allem in den USA *Escher-Weingart*, ZvglRWiss 99 (2000) 387, 396 ff.

7 Der Text des DCGK ist im Anhang abgedruckt.

8 S. zur Konvergenz von Corporate-Governance-Prinzipien in Europa: *Förster*, ZIP 2006, 162 ff.

gemessenen Vergütungszusagen und, wenn erforderlich, die Durchsetzung von Haftungsansprüchen gegenüber den operativ tätigen Organen erwartet.

Hinzu kommt, dass in Zeiten wirtschaftlicher Krisen oder auch nur eingetretener Stagnation die Neigung aller Beteiligten wächst, nach weiteren Verantwortlichen Ausschau zu halten, die für eingetretene Schäden oder Verluste geradestehen könnten. Dies gilt etwa für Gläubiger insolvent gewordener Unternehmen, die mangels hinreichender Insolvenzquote ihr Heil in der persönlichen Inanspruchnahme der Unternehmensleiter suchen, für Insolvenzverwalter, die hier eine Chance für die Mehrung der Masse sehen, für Anleger, die ihre Ersparnisse verloren haben und die Vorstände hierfür haftbar machen, oder für in die Verlustzone geratene Familienunternehmen, die zur Verbesserung der Situation ihre Geschäftsführer in die Pflicht nehmen wollen. Auch diese Entwicklung ist eine Erklärung für die zu beobachtende Belebung des Rechts der Managerhaftung. **5**

Nicht zu unterschätzen ist schließlich der Einfluss der D&O-Versicherung auf das Verhalten der Beteiligten. Eine bestehende Versicherungsdeckung verstärkt den Reflex möglicher Geschädigter, Schadenersatzansprüche auch tatsächlich durchzusetzen. Bestehende Skrupel werden zurückgestellt, weil die Erwartung besteht, dass Ersatzleistungen die Versicherung, nicht aber den Manager persönlich belasten. Dies kann so weit gehen, dass von dem betroffenen Manager Kooperation im Hinblick auf die Einforderung der Versicherungsleistung erwartet wird („freundliche Inanspruchnahme“). Gerade in Fällen vermuteter Kooperation wird die Versicherung aber mit Leistungen zurückhaltend sein, solange die Einstandspflicht des Managers nicht abschließend feststeht. So entsteht eine paradoxe Lage: Die Versicherungsdeckung fordert die Geltendmachung von Ansprüchen geradezu heraus, wo sie doch eigentlich den Schutz des Managers bezweckt. Praktisch bedeutet dies, dass sich der Manager in den vielen Fällen unklarer Sachverhalte und zweifelhafter Ansprüche – ein markantes Beispiel ist die verbreitete Geltendmachung von Schäden, die auf angeblich mangelnder Compliance beruhen – oft einem (belastenden) gerichtlichen Verfahren stellen muss, wenn sich Geschädigter und Versicherung nicht frühzeitig auf eine (Teil-) Regulierung einigen können. **6**

## **2. Entwicklungen im US-Recht**

Für die Leitungsorgane US-amerikanischer Unternehmen ist die Managerhaftung (und damit auch die D&O-Versicherung)<sup>9</sup> ein alltägliches und vertrautes Thema. Die „litigious society“ – wie die US-amerikanische Gesellschaft wegen ihrer besonderen Prozessfreudigkeit gern genannt wird – hat mit der persönlichen Inanspruchnahme von Directors und Officers rei- **7**

---

<sup>9</sup> Vgl. *Ihlas*, S. 35 ff.; *Uwe H. Schneider/Ihlas*, DB 1994, 1123, 1125, *Sieg*, DB 2002, 1759 ff. sowie allgemein *Scheifele* und *Wollny*.

che Erfahrung, wobei den potenziellen Anspruchstellern prozessuale Besonderheiten des US-Rechts entgegenkommen. Hierzu gehört z.B. die Möglichkeit der direkten Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch die Aktionäre (*shareholder derivative suit*),<sup>10</sup> der verfassungsrechtlich verbürgte Anspruch des Klägers auf eine Entscheidung durch Geschworene (*jury trial*), die mögliche Verhängung eines über den tatsächlichen Schaden hinausgehenden Strafschadenersatzes (*punitive damages*) oder die erfolgsabhängige Anwaltshonorierung (*contingency fee*). Auch die *class action* ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, die vor allem im Bereich der Anlegerklagen (*securities actions*) Bedeutung hat. Die Voraussetzungen des *shareholder derivative suit* variieren je nach anwendbarer einzelstaatlicher Rechtsordnung, die bundesgesetzliche Regelung ist in Rule 23.1 Fed.R.Civ.P.<sup>11</sup> enthalten.

In der Regel ist erforderlich, dass der Kläger zum Zeitpunkt des Management-Fehlverhaltens Aktionär der Gesellschaft war und das Management (den Board of Directors) vor der Klageerhebung vergeblich aufgefordert hatte, selbst die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen (*demand*).<sup>12</sup> Das *demand*-Erfordernis ist entbehrlich, wenn sich die Organe in einem

---

10 Siehe hierzu eingehend *Merkt*, Rn. 1126 ff.; *Wiedemann*, S. 44 f.; Beispielsfälle aus neuerer Zeit wären etwa *Brehm et al. v. Eisner et al.*, Del.Supr., 746 A.2d 244 (2000) sowie *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, Del. Ch., 698 A. 2d 959 (1996).

11 Federal Rules of Civil Procedure.

Der Text lautet wie folgt:

Rule 23.1. Derivative Actions

(a) Prerequisites. This rule applies when one or more shareholders or members of a corporation or an unincorporated association bring a derivative action to enforce a right that the corporation or association may properly assert but has failed to enforce. The derivative action may not be maintained if it appears that the plaintiff does not fairly and adequately represent the interests of shareholders or members who are similarly situated in enforcing the right of the corporation or association.

(b) Pleading Requirements. The complaint must be verified and must:

(1) allege that the plaintiff was a shareholder or member at the time of the transaction complained of, or that the plaintiff's share or membership later devolved on it by operation of law;

(2) allege that the action is not a collusive one to confer jurisdiction that the court would otherwise lack; and

(3) state with particularity:

(A) any effort by the plaintiff to obtain the desired action from the directors or comparable authority and, if necessary, from the shareholders or members; and

(B) the reasons for not obtaining the action or not making the effort.

(c) Settlement, Dismissal, and Compromise. A derivative action may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. Notice of a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise must be given to shareholders or members in the manner that the court orders.

12 Die Gesellschaftsorgane müssen es zu Unrecht abgelehnt haben, selbst tätig zu werden. Weisen sie die *demand* ohne Verletzung ihrer *duty of care* zurück, ist dem Aktionär die Klagemöglichkeit genommen, vgl. *Knepper/Bailey*, *Liability of Corporate Officers and Directors*, 7th ed., § 18.09(1).

Interessenkonflikt befinden.<sup>13</sup> Die Klage wird im eigenen Namen des Aktionärs erhoben, richtet sich aber grundsätzlich auf Schadenersatzleistung an die Gesellschaft.

Das Verfahren zur Durchsetzung von Managerhaftpflichtansprüchen in den USA weicht recht deutlich von dem rechtlichen Rahmen ab, der in Deutschland gegeben ist. Dies erklärt, weshalb das Haftpflichtrisiko von Managern hierzulande noch immer weniger bedrohlich erscheint als in den USA. Dort handelt es sich typischerweise um Außenhaftung, während es in der deutschen Rechtspraxis in der Mehrzahl der Fälle um Innenhaftung geht. Und tatsächlich führen die genannten prozessualen Besonderheiten des US-Rechts oft zu sehr hohen Schadenersatzzahlungen, meist im Wege des Vergleichs. Dennoch gibt es Parallelen: So sieht die Aktionärsklage nach § 148 AktG eine Art *shareholder derivative suit* vor.<sup>14</sup> Der *duty of care*,<sup>15</sup> der Directors und Officers unterliegen, steht die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG) gegenüber, der *duty of loyalty*<sup>16</sup> die Treuepflicht, die sich etwa in der Verschwiegenheitspflicht (§ 93 Abs. 1 S. 3 AktG) oder im Wettbewerbsverbot (§ 88 AktG) manifestiert. Die *business judgement rule*<sup>17</sup> schließlich findet zu weiten Teilen ihre Entsprechung im unternehmerischen Ermessen des deutschen Rechts. Dieses wurde erst 2005 kodifiziert und in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG aufgenommen.<sup>18</sup> Auch andere Rechtsordnungen weisen hier Übereinstimmungen auf.<sup>19</sup> Insgesamt ist die Vorbildfunktion des US-Rechtes bei der Managerhaftpflicht unverkennbar, was sich vor allem bei der Gestaltung und Anwendung von D&O-Versicherungskonzepten zeigt (unten Rn. 451 ff.).

### 3. Änderungen des rechtlichen Umfeldes

#### a) Rechtsprechung

Die Veränderungen in der Wahrnehmung und Anwendung des Managerhaftungsrechtes sind von der Rechtsprechung begleitet und maßgeblich vorangetrieben worden. Der Bundesgerichtshof hat gerade in den letzten beiden Jahrzehnten in einigen Leitentscheidungen juristisches Neuland betreten und das Leben für Manager und Aufsichtsräte risikoreicher gemacht.

13 S. Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 811, 812 (Del. 1984).

14 S. Thümmel, in: Gottwald (Hrsg.), Europäisches Insolvenzrecht – kollektiver Rechtsschutz, S. 235 ff.

15 Siehe z. B. In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, Del. Ch., 698 A. 2d 959, 964 (1996); Merkt, Rn. 904 ff.; v. Werder/Feld, RIW 1996, 481 ff.

16 S. Merkt, Rn. 958 ff.

17 S. Merkt, Rn. 922 ff.; v. Werder/Feld, RIW 1996, 481, 482.

18 Zuvor lediglich in der Rechtsprechung verankert, s. insb. BGHZ 135, 244 „ARAG“.

19 Vgl. etwa für Frankreich: Fleischer, RIW 1999, 576; Maul, RIW 2000, 364; Becker, GmbHR 2003, 162; für Luxemburg: Steffen/Vezina, IntBusL 1998, 23; für England: Fleischer, ZGR 2000, 152; für Spanien: Meyer, RIW 1999, 450; Sánchez, GmbHR 2003, 760; Martinez-Pujalte/Rentsch, RIW 2008, 29; für Tschechien: Loges/Nedelka, RIW 1998, 454; für Italien: Casper/Reiß, RIW 2004, 428; für skandinavische Länder: Dotevall, 37 Int. Lawyer 7.

Beispielhaft zu nennen ist hier die „Baustoff“-Entscheidung<sup>20</sup> aus dem Jahr 1990, mit der die Anforderungen an die Pflicht des Unternehmensleiters zur ordnungsgemäßen Organisation des Betriebes deutlich angehoben wurden. Aus dem Unternehmen heraus begangene Rechtsverletzungen sind dem Manager damit leichter zurechenbar, auch wenn er an der schadensstiftenden Maßnahme persönlich gar nicht mitgewirkt hatte. Heute spielt dieser Gesichtspunkt bei den Compliance-Fällen eine große Rolle. Erhebliche Auswirkungen hat ferner die Entscheidung zur Insolvenzverschleppung<sup>21</sup> aus dem Jahr 1994, die das Haftungsrisiko von Vorständen und Geschäftsführern bei verspäteter (oder überhaupt unterlassener) Insolvenzantragstellung verschärft hat.

- 10 Besonders hervorzuheben ist die „ARAG“-Entscheidung<sup>22</sup> aus dem Jahre 1997, die den Pflichtenkreis des Aufsichtsrates erweitert und den Begriff des unternehmerischen Ermessens präzisiert hat. Der Aufsichtsrat ist danach grundsätzlich gehalten, die Geschäftsleitung nicht nur zu kontrollieren, sondern namens der Gesellschaft auch auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen, wenn ein entsprechendes Fehlverhalten erkennbar ist. Ein Ermessen steht dem Aufsichtsrat insoweit nicht zu; verzichtet er auf die Geltendmachung von Ansprüchen, setzt er sich selbst einem Haftungsrisiko aus. Schließlich ist die „Mannesmann“-Entscheidung<sup>23</sup> des BGH aus dem Jahr 2005 bemerkenswert. Zwar ging es hier um strafrechtliche Vorwürfe, diese haben aber auf die zivilrechtliche Haftung insbesondere des Aufsichtsrats erheblichen Einfluss. Der BGH betont die Fremdnützigkeit der Aufsichtsratsstätigkeit und ihre Bindung an das Unternehmensinteresse („Gutsverwalter, nicht Gutsherr“), die es verbiete, Vermögen der Gesellschaft nutzlos hinzugeben.

### b) Gesetzgebung

- 11 In großem Umfang tätig geworden ist der Gesetzgeber. Den Beginn markiert das am 01.05.1998 in Kraft getretene Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG). Das KonTraG, mit dem verschiedene Bestimmungen des AktG und des GmbHG reformiert wurden, nahm „gezielte Korrekturen“ des Kontrollsystems für die Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften vor.<sup>24</sup> Hierzu gehörten insbesondere Änderungen im Recht des Aufsichtsrates und bei den Pflichten des Vorstandes, die Stärkung der Kontrolle durch die Hauptversammlung und die Verbesserung der Qualität der Abschlussprüfung. Im Rahmen der Managerhaftung von Bedeutung ist die Erweiterung der Berichtspflicht des Vorstandes im Hinblick auf die

---

20 BGHZ 109, 297; vgl. näher hierzu Rn. 387 ff.

21 BGHZ 126, 181; vgl. näher hierzu Rn. 380, 382 ff.

22 BGHZ 135, 244; vgl. näher hierzu Rn. 185 ff., 251 f., 270 ff. und *Thümmel*, DB 1997, 1117 ff.

23 BGHSt 50, 331; Vorinstanz LG Düsseldorf, NJW 2004, 3275.

24 Siehe die Allgemeine Begründung zu dem Regierungsentwurf des KonTraG und *Thümmel*, DB 1997, 261; vgl. auch *ders.*, in: *Söffing/Thümmel*, Kap. 3, Rn. 1 ff.

Unternehmensplanung (§ 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG), die Verpflichtung des Vorstandes zur Einrichtung eines Überwachungssystems, mit dem bestandsgefährdende Risiken für das Unternehmen frühzeitig erkannt werden (§ 91 Abs. 2 AktG, Risikomanagement) und die – inzwischen wieder aufgehobene<sup>25</sup> – Erleichterung der Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegenüber Vorstand oder Aufsichtsrat auf Initiative von Aktionären durch Herabsetzung des Quorums bei groben Pflichtverletzungen (§ 147 Abs. 3 AktG).<sup>26</sup> Die Veränderungen im Recht der Abschlussprüfung, insbesondere die stärkere Anbindung der Abschlussprüfer an den Aufsichtsrat (Auftragserteilung durch Aufsichtsrat, Teilnahme an Bilanzsitzung des Aufsichtsrates, §§ 318 Abs. 1 S. 4 HGB, 171 Abs. 1 S. 2 AktG) und die erhöhten Anforderungen an den Prüfungsinhalt haben mittelbare Auswirkungen auf die Managerhaftung. Der verbesserte Informationsstand der Beteiligten kann die Durchsetzung von Haftungsansprüchen erleichtern, weil Fehler offenkundiger werden und die Sachverhaltsbasis möglicher Ansprüche deutlicher zutage tritt.<sup>27</sup>

Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz,<sup>28</sup> in Kraft getreten am 01.07.2002, **12** hat das Börsengesetz neu gefasst und das Wertpapierhandelsgesetz sowie weitere kapitalmarktrelevante Gesetze reformiert. Für die Managerhaftung bedeutsam sind die neu in das WpHG aufgenommenen Haftungsregelungen bei unterlassenen oder falschen ad-hoc-Meldungen (§§ 37b, 37c WpHG), die allerdings nach außen nur die Gesellschaft, nicht die Unternehmensleitung treffen. Weiter zu erwähnen sind die in § 15a WpHG (zukünftig Art. 19 MMVO) niedergelegten Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten des Führungspersonals des Emittenten, insbesondere von Vorständen und Aufsichtsräten, bei Eigengeschäften mit Aktien der Gesellschaft („Directors’ Dealings“). Die Mitteilung hat an die Gesellschaft und die BaFin, die Veröffentlichung im Internet (Website der Gesellschaft) oder einem Börsenpflichtblatt zu erfolgen. Geschäfte, die über bestimmte nahe Angehörige abgewickelt werden, sind ebenfalls erfasst. Verstöße sind zwar bußgeldpflichtig (§ 39 WpHG), bieten aber keine Basis für Schadenersatzansprüche (keine Schutzgesetzverletzung).

Von wesentlicher Bedeutung ist ferner das am 26.07.2002 in Kraft getretene **13** Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG),<sup>29</sup> das eine Reihe von Änderungen des AktG sowie der HGB-Bestimmungen zur Abschlussprüfung gebracht hat. Die Regelungen verstärken erneut die Position (und damit die Verantwortlichkeit)

---

<sup>25</sup> Ersetzt durch §§ 148, 149 AktG.

<sup>26</sup> Näher zum Pflichtenkreis des Vorstandes unten Rn. 106 ff. zur Geltendmachung von Haftungsansprüchen Rn. 296 ff.; kritisch zur Wirksamkeit der Neuregelung *Thümmel*, DB 1997, 261 ff.

<sup>27</sup> *Thümmel*, DB 1997, 261, 264.

<sup>28</sup> BGBl. I, S. 2010 ff.

<sup>29</sup> BGBl. I, S. 2681 ff.



des Aufsichtsrats sowie der Hauptversammlung und begründen für börsennotierte Gesellschaften die Verpflichtung der Unternehmensorgane zur Abgabe einer Erklärung zum Deutschen Corporate Governance Kodex (§ 161 AktG). Die erste Fassung des Kodex selbst ist kurz vor Erlass des TransPuG veröffentlicht worden.

- 14 Weiterhin zu erwähnen sind das am 01.01.2002 in Kraft getretene WpÜG,<sup>30</sup> das Verhaltensregeln für die Unternehmensleitung in Übernahmesituationen enthält, sowie das am 01.11.2005 in Kraft getretene Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (KapMuG).<sup>31</sup> Letzteres ermöglicht unter bestimmten Voraussetzungen den Erlass von Musterentscheiden durch die Oberlandesgerichte, wodurch Massenverfahren leichter handhabbar werden sollten. Im Rahmen des Managerhaftungsrechts könnte das KapMuG bei Anlegerklagen eine Rolle spielen,<sup>32</sup> ist bisher aber kaum zur Anwendung gekommen.
- 15 Einen weiteren Eingriff des Gesetzgebers im Bereich des Managerhaftungsrechts stellt das am 01.11.2005 in Kraft getretene Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)<sup>33</sup> dar. Das UMAG führte die Aktionärsklage in das deutsche Aktienrecht ein (§§ 148, 149 AktG) und sorgte für eine Kodifizierung des unternehmerischen Ermessens und damit der *business judgement rule* (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG). Die Aktionärsklage, die Ähnlichkeiten mit dem *shareholder derivative suit* des US-Rechts aufweist,<sup>34</sup> steht allerdings unter dem Vorbehalt gerichtlicher Zulassung, die an verschiedene Voraussetzungen geknüpft ist. Hierzu gehört insbesondere der Verdacht einer qualifizierten Pflichtverletzung.
- 16 Für den Regelungsbereich des Managerhaftungsrechts sind ferner das am 01.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)<sup>35</sup> sowie das am 05.08.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)<sup>36</sup> von Bedeutung. Ersteres hat Auswirkungen auf die Haftung von Unternehmensorganen in der Insolvenz, letzteres auf das Maß der Versicherbarkeit der Organhaftung (Selbstbehaltanforderung, § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG) und die Haftung des Aufsichtsrats für unangemessene Vergütungszusagen. Das Restrukturierungsgesetz vom 09.12.2010 (RStruktG)<sup>37</sup>, am 01.01.2011 in Kraft getreten, hat schließlich die Verjäh-

---

30 WpÜG vom 20.12.2001, BGBl. I, S. 3822.

31 KapMuG vom 16.08.2005, BGBl. I, S. 2437.

32 Vgl. Hess, in: Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, § 14 Rn. 8 ff.

33 UMAG vom 22.09.2005, BGBl. I S. 2802.

34 S. die vergleichende Darstellung bei Thümmel in: Gottwald (Hrsg.), Europäisches Insolvenzrecht – Kollektiver Rechtsschutz, S. 235 ff.

35 BGBl. I S. 2026.

36 BGBl. I S. 2509.

37 BGBl. I S. 1900.

rungsfrist für Schadenersatzansprüche gegen Organe von Kreditinstituten und (sonstigen) börsennotierten Gesellschaften auf 10 Jahre verlängert (§ 93 Abs. 6 AktG). Das vor einigen Jahren an Widerständen aus der Wirtschaft gescheiterte Kapitalmarktinformationshaftungsgesetz (KapInHaG) wird voraussichtlich nicht wieder aufgegriffen. Das Ziel des damals zurückgezogenen Gesetzesentwurfs ging dahin, Anlegern einen direkten Haftungsanspruch gegenüber Unternehmensleitern (nicht nur gegenüber dem Emittenten, §§ 37b, 37c WpHG) wegen Fehlinformationen des Kapitalmarktes zu verschaffen. Konsolidierungen hat es dagegen mit Wirkung zum 01.06.2012 im Bereich der Prospekthaftung gegeben: Die börsenrechtliche Prospekthaftung ist jetzt in §§ 21, 22 WpPG geregelt, diejenige für nicht verbriefte Vermögensanlagen in §§ 20 bis 22 VermAnlG sowie (seit 22.07.2013) in § 306 KAGB.

### c) Reform

Insgesamt wird die Organhaftung, so wie sie sich in den gesetzlichen Regelungen und deren Anwendung in der Gerichtspraxis zeigt, als streng empfunden. Hierzu tragen vor allem der Grundsatz der Haftung für jeden Grad an Fahrlässigkeit, die langen Verjährungsfristen und die Umkehr der Beweislast im Hinblick auf Pflichtverletzung und Verschulden (§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG) im Bereich der Innenhaftung sowie die weitreichenden Compliance-Pflichten im Bereich der Außenhaftung bei. Schon als verhältnismäßig geringfügig erscheinende Pflichtverletzungen ziehen so oftmals sehr hohe Schadenersatzforderungen nach sich. Es hat daher immer wieder Überlegungen dazu gegeben, ob das Haftungsregime für Manager abgemildert werden sollte<sup>38</sup>. Zuletzt hat sich der 70. Deutsche Juristentag des Themas angenommen, sich dabei allerdings nicht für bahnbrechende Veränderungen des bestehenden Systems ausgesprochen. Beschlossen wurde lediglich, dass die aktienrechtliche Innenhaftung durch Satzungsregelung begrenzt sein soll (wie es bei der GmbH schon geltendem Recht entspricht), etwa durch Absenkung des Haftungsmaßstabs oder durch Haftungshöchstbeträge (jeweils allerdings auf 5 Jahre begrenzt). Außerdem soll die Beweislastregel des § 93 Abs. 2 Satz 2 entschärft, das Ressortprinzip gestärkt, die Verjährungsfrist den allgemeinen Regeln (§§ 195, 199 BGB) unterworfen und auf höchstens 3 Jahre nach Ausscheiden des Organmitglieds begrenzt und die Verzichts- und Vergleichsfrist des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG abgeschafft werden.<sup>39</sup> Welche Schlussfolgerungen der Gesetzgeber aus den Empfehlungen des 70. DJT zieht, bleibt abzuwarten.

16a

---

<sup>38</sup> Vgl. auch *Spindler*, AG 2013, 889, 894 ff.

<sup>39</sup> S. im einzelnen Rn. 343 ff.

#### 4. Corporate Governance

- 17 Die vielfältigen Bemühungen des Gesetzgebers um eine bessere Unternehmenskontrolle, wie sie in den Regelungen des KonTraG, des TransPuG und auch des UMAG zum Ausdruck kommen, machen deutlich, dass die Managerhaftung nur einen Teilaspekt aus einer breiteren Diskussion darstellt, die um das Thema *Corporate Governance*<sup>40</sup> geführt wird. Corporate Governance betrifft die Organisation des Unternehmens und beschreibt die Voraussetzungen und Mechanismen einer angemessenen *Führung und Kontrolle* des Unternehmensgeschehens. Im Fokus stehen damit die Aufgaben des Managements und der Aufsichtsgremien. Eine wichtige Rolle bei der Kontrollaufgabe spielen ferner der Abschlussprüfer und natürlich die Anteilseigner, an deren Interessen sich die Unternehmensleitung bei ihrer Tätigkeit in erster Linie zu orientieren hat. Ob es neben dem *shareholder value* weitere Messlatten für gute Unternehmensführung gibt, mag in der Theorie umstritten sein.<sup>41</sup> In der Praxis spielt dies jedenfalls dann kaum eine Rolle, wenn das Anteilseignerinteresse langfristig definiert wird, weil es eben auch bei den sonstigen denkbaren *stakeholders* vor allem um die Sicherung der langfristigen Ertragskraft des Unternehmens geht.
- 18 Corporate Governance stellt in erster Linie ein Instrument des Anlegerschutzes dar. Es geht folglich darum, die Unternehmensleitung so zu organisieren, dass die Gefahr einer Schädigung des Unternehmens und der Anleger möglichst gering ist. Im Vordergrund steht damit die *Kontrollfunktion*, die im deutschen Gesellschaftsrecht durch Aufsichtsgremien, Abschlussprüfer und Anteilseigner wahrgenommen wird. Die Professionalisierung der Aufsichtsrats-tätigkeit ist bei allen Überlegungen zur Verbesserung der Unternehmenskontrolle ein wesentliches Stichwort. Dabei geht es – neben der Auswahl der richtigen Personen<sup>42</sup> – einerseits um die stärkere Einbeziehung des Aufsichtsrats in das Unternehmensgeschehen, etwa durch Präzisierung der Berichtspflichten der Geschäftsführung,<sup>43</sup> durch die Verpflichtung zur Aufstellung von Zustimmungsvorbehalten (§ 111 Abs. 4 AktG) und damit zur Teilnahme an wesentlichen Entscheidungen oder durch die klarere Erfassung seiner Zuständigkeiten im Hinblick auf die strategische Ausrichtung des Unternehmens.<sup>44</sup> Andererseits ist

---

40 Vgl. zum Begriff etwa *Escher-Weingart*, ZvglRWiss 99 (2000) 387 ff. m. w. N.

41 Vgl. näher *Wiedemann*, Organverantwortung und Gesellschafterklage in der Aktiengesellschaft, S. 31 ff.; *Malik*, Wirksame Unternehmensaufsicht, S. 91 ff., 105 ff.

42 S. hierzu etwa *Thümmel*, Der Aufsichtsrat 2007, S. 65.

43 Siehe z. B. den durch das KonTraG sowie erneut durch das TransPuG reformierten § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG, der nun ausdrücklich die Unternehmensplanung mit entsprechender Nachverfolgung zum Gegenstand der Berichtspflicht macht; s. eingehend *Theisen*, Grundsätze einer ordnungsmäßigen Information des Aufsichtsrats, S. 19 ff.

44 Vgl. BGHZ 135, 244 „ARAC“ sowie BGHZ 114, 127, wo jeweils deutlich zwischen der vergangenheitsbezogenen Kontrollaufgabe und der „in die Zukunft gerichteten Kontrolle“, also der strategischen Begleitung der operativ tätigen Organe unterschieden wird.

der verbesserte Kontrollzugriff angesprochen, wie er seit der Neuregelung durch das KonTraG sinnfälliger in der Anbindung des Abschlussprüfers an den Aufsichtsrat zum Ausdruck kommt.<sup>45</sup>

Die Maßnahmen des Gesetzgebers zur Umsetzung von Corporate-Governance-Überlegungen sind notwendigerweise eher abstrakt. Deshalb hat es schon seit längerem verschiedene Initiativen<sup>46</sup> gegeben, im Sinne eines *Code of Best Practice* die Verhaltensanforderungen an die beteiligten Personenkreise aufzufächern und praxisingerechte Anleitungen für eine gute Unternehmensführung zu geben. Von besonderer Bedeutung ist der Deutsche Corporate Governance Kodex,<sup>47</sup> der von einer hochrangig besetzten Regierungskommission unter der Leitung des damaligen Vorsitzenden *Cromme* erarbeitet und im Februar 2002 erstmals veröffentlicht wurde. Die Idee des Kodex ist es, die in Deutschland geltenden Regeln zur Unternehmensleitung und -überwachung für internationale wie nationale Anleger transparent zu machen und Standards zu setzen, die von den Unternehmen, die die Anforderungen erfüllen, als Gütesiegel gegenüber Anlegern eingesetzt werden können. **19**

Der Kodex wiederholt und interpretiert zum Teil gesetzliche Regelungen und ergänzt diese in Form von Empfehlungen („soll“) und Anregungen („sollte, kann“). Er betrifft zunächst börsennotierte Gesellschaften, soll aber auch auf nichtbörsennotierte Gesellschaften und Unternehmen anderer Rechtsform mittelbare Auswirkungen haben („Ausstrahlungswirkung“). Die Regeln des Kodex bewirken keine direkte rechtliche Bindung von Unternehmen oder Unternehmensleitern (soweit nicht gesetzliche Regelungen wiederholt werden). Der Kodex wird aber in dem durch das TransPuG eingeführten § 161 AktG vorausgesetzt, woran erkennbar wird, welche Bedeutung der Gesetzgeber ihm zumisst. Nach dieser Bestimmung sind Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft gehalten, öffentlich zu erklären, ob sie den Empfehlungen (nicht den Anregungen) des Kodex in seiner jeweiligen, im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlichten Fassung gefolgt sind und folgen werden oder an welchen Punkten Abweichungen vorliegen. Abweichungen sind dann zu erläutern („comply or explain“). Die disziplinierende Wirkung des Kodex, der regelmäßig überarbeitet wird, ist deshalb erheblich. Die darin enthaltenen Empfehlungen und Anregungen konkretisieren die Rollenverteilung zwischen Geschäftsführung und Aufsichtsrat, akzentuieren Berichts- und Kooperationspflichten. **20**

45 Der Prüfungsauftrag wird vom Aufsichtsrat erteilt, der Abschlussprüfer hat diesem zu berichten und an der Bilanzbesprechung des Aufsichtsrates teilzunehmen, §§ 318 Abs. 1 Satz 4, 321 Abs. 5 Satz 2 HGB, 171 Abs. 1 Satz 2 AktG.

46 Siehe etwa *Schneider/Strenger*, AG 2000, 106 zu den Ergebnissen des German Panel on Corporate Governance; ferner *Peltzer/v. Werder*, AG 2001, 1 ff. zu den Ergebnissen des Berliner Initiativkreises (Berlin Center of Corporate Governance).

47 Der Text des Deutschen Corporate Governance Kodex ist im Anhang abgedruckt und in seiner jeweiligen Fassung unter [www.corporate-governance-code.de](http://www.corporate-governance-code.de) im Internet abrufbar.

ten und versuchen, Interessenkonflikte weitgehend auszuräumen. Allerdings haben die Autorität des Kodex und seine praktische Bedeutung durch verschiedene überholende gesetzgeberische Eingriffe gelitten. Dennoch dürften inzwischen viele Empfehlungen und Anregungen zum Standard einer guten Unternehmensführung gehören.

- 21 Auch auf die Haftungssituation von Managern und Aufsichtsräten bleibt der Kodex nicht ohne Auswirkungen.<sup>48</sup> Soweit seine Regelungen allgemein akzeptiert sind,<sup>49</sup> kann im Regelfalle erwartet werden, dass ihnen auch entsprochen wird. Damit aber gewinnen sie wesentlichen Einfluss auf die äußeren Grenzen des unternehmerischen Ermessens, in dessen Rahmen der Unternehmensleiter haftungsfrei agieren kann. Wenn die Kodex-Regeln den Standard guter Unternehmensführung abbilden – und der Gesetzgeber bestätigt dies durch die Einführung der Compliance-Erklärung (§ 161 AktG) –, so kann ihre Verletzung einen Ermessensfehler darstellen, wenn nicht besondere Umstände ein solches Abweichen rechtfertigen. Außerdem kann davon ausgegangen werden, dass Abweichungen von den in wesentlichen Teilen organisatorischen Empfehlungen und Anregungen des Kodex im Einzelfall die Annahme eines Organisationsverschuldens rechtfertigen können, das für die Außenhaftung des Unternehmensleiters von Bedeutung ist.<sup>50</sup>

### 5. Haftung von Aufsichtsgremien

- 22 Unternehmensschieflagen und -zusammenbrüche der jüngeren Vergangenheit haben immer wieder deutliche Kontrollmängel zu Tage gefördert. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber verschiedentlich die Verbesserung der Unternehmenskontrolle in den Mittelpunkt seiner Bemühungen gestellt. Die Ausübung der Kontrollfunktion im Unternehmen und die Sicherung der Effizienz solcher Kontrolle stellt auch ein zentrales Thema des Deutschen Corporate Governance Kodex dar.<sup>51</sup> Zuständig für die Kontrolle des Unternehmensgeschehens sind in erster Linie die Aufsichtsgremien, also Aufsichtsräte und ähnlich strukturierte Organe wie etwa Beiräte, jeweils in Zusammenarbeit mit dem Abschlussprüfer.
- 23 Die Verantwortlichkeit der Aufsichtsgremien, ihr gelegentlich beklagtes Versagen, die Mängel in ihrer Zusammensetzung und in ihrer Arbeitsmethode sind zu Recht Gegenstand einer intensiven und noch anhaltenden

---

48 S. auch *Ettinger/Grützediek*, AG 2003, 353; *Lutter*, ZHR 166 (2002) 523; *Bachmann*, WM 2002, 2137; *Berg/Stöcker*, WM 2002, 1569.

49 Vgl. zur Akzeptanz des Kodex den regelmäßigen Report des Berlin Center of Corporate Governance, etwa *v. Werder/Talaulicar*, DB 2005, 841.

50 Vgl. etwa BGHZ 109, 297 „Baustoff“ und unten Rn. 387 ff.

51 Siehe insb. Ziff. 3, 5 und 7 des Kodex, die sich mit dem Aufsichtsrat, dessen Zusammenarbeit mit dem Vorstand und der Abschlussprüfung beschäftigen.

Diskussion geworden.<sup>52</sup> Diese erstreckt sich auch auf die Frage der Haftung, die ein notwendiges Korrelat zu gesteigerter Verantwortung darstellt. Waren von dem verstärkten Interesse an der Managerhaftung zunächst nur Vorstände und Geschäftsführer betroffen, sind es nun ebenso die Aufsichtsräte<sup>53</sup> (und Beiräte). Die hiermit verbundenen Risiken werden von den Beteiligten nur verzögert wahrgenommen. Gelegentlich fehlt es noch an einer wirklich professionellen Besetzung von Aufsichtsräten, an der konsequenten Vermeidung von Interessenkonflikten und Abhängigkeiten gegenüber dem Management<sup>54</sup> und an der klaren Ausrichtung der Tätigkeit am Unternehmensinteresse<sup>55</sup> statt an Partikularinteressen. Dies sind aber wesentliche Voraussetzungen einer effizienten Kontrolltätigkeit und damit einer Verminderung von Haftungsrisiken.

## II. Gegenstand und Einteilung der Managerhaftung

### 1. Inhalt der Haftung

Der Begriff der Managerhaftung umschreibt die Verpflichtung des Unternehmensleiters, für durch seine Tätigkeit oder Untätigkeit verursachte, bei seinem Unternehmen oder Dritten eingetretene Schäden Ersatz zu leisten. Soweit das Unternehmen betroffen ist, liegen solche Schäden darin, dass dort Vermögensminderungen in Form von verminderten Aktiva oder erhöhten Passiva (Belastung mit Verbindlichkeiten) eingetreten sind. Bei Dritten können Schäden entstehen, wenn diese ihre Forderungen gegen das Unternehmen wegen dessen Insolvenz nicht mehr durchsetzen können oder in ihren absolut geschützten Rechtsgütern (Leben, körperliche Unversehrtheit, Eigentum, gewerbliche Schutzrechte) oder sonst an ihrem Vermögen beeinträchtigt sind. Ist der Unternehmensleiter haftbar, so hat er diese Schäden nach §§ 249 ff. BGB – d. h. soweit möglich durch Naturalrestitution, ansonsten durch Geldleistung – aus seinem persönlichen Vermögen auszugleichen. Von der zivilrechtlichen Haftung zu trennen ist eine etwa daneben bestehende strafrechtliche Verantwortlichkeit (Rn. 77 ff.), die dazu führen kann, dass der Unternehmensleiter zu Geld- oder Freiheitsstrafe verurteilt wird.

24

52 Vgl. etwa *Bea/Scheurer*, DB 1994, 2145 ff.; *dies.*, DB 1995, 1289 ff.; *Henze*, NJW 1998, 3309 ff.; *Wiese*, DB 2000, 1901 ff.; *Feddersen*, AG 2000, 385 ff.; *Thümmel*, DB 1999, 885 ff.; *ders.*, DB 1999, 1891 ff.; *ders.*, FAZ v. 26.06.2002, S. 22; s. auch BGHZ 135, 244, 252 ff. „ARAG“.

53 Siehe etwa LG Bielefeld, BB 1999, 2630 m. Anm. *Thümmel*, DB 1999, 2633 ff.; LG Stuttgart, DB 1999, 2462; LG Dortmund, DB 2001, 2591; *Thümmel*, DB 1999, 885 ff.; *Pielorz/Sieg*, PHI 2000, 77 ff.; *Reichert/Weller*, ZRP 2002, 49 ff.

54 Insb. hierzu *Heermann*, WM 1997, 1689 ff.; *Thümmel*, FAZ v. 26.06.2002, S. 22 und FAZ v. 11.04.2001, S. 30.

55 S. hierzu insb. BGHSt 50, 331 „Mannesmann“.

## 2. Innenhaftung

### a) Begriff der Innenhaftung

- 25 Das Recht der Managerhaftung zeichnet sich dadurch aus, dass es kein in sich geschlossenes System darstellt, sondern nur für Teilbereiche spezielle gesetzliche Regelungen bereithält. Dies bedingt eine Zweiteilung der Haftungsfelder. Auf der einen Seite steht der klassische und weitgehend geregelte Bereich der *Innenhaftung*. Mit ihr wird die Haftung des Unternehmensleiters dem Unternehmen gegenüber beschrieben, für das er tätig ist. Der andere im Detail weitgehend unregelte und aus dem allgemeinen Haftungsrecht zu entwickelnde Bereich ist die *Außenhaftung*, d.h. die Haftung des Unternehmensleiters allen anderen möglichen Anspruchsberechtigten gegenüber (vgl. Abb. 1).
- 26 Innenhaftungsansprüche setzen ein *Organverhältnis* zwischen anspruchstellendem Unternehmen und Manager voraus. Dies ist auch in Konzernbeziehungen zu beachten, wo die Inanspruchnahme des Managements von Ober- oder Untergesellschaften nicht in den Bereich der Innenhaftung fällt. Bei der gesellschaftsrechtlichen Mischform der GmbH & Co. KG würde diese enge Definition allerdings zu Unzutraglichkeiten führen, weil die Geschäftsführer des Unternehmens formal Organ der Komplementär-GmbH sind, Schäden aber typischerweise bei der KG als dem eigentlichen Unternehmensträger eintreten. Der BGH<sup>56</sup> hat der KG hier ausdrücklich einen Direktanspruch gegenüber der Geschäftsführung eingeräumt, wobei er das Organ- und Anstellungsverhältnis mit der GmbH als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (nämlich der KG) qualifiziert. Auch der Direktanspruch der KG ist daher ein Innenanspruch im Sinne der obigen Definition. Gleiches gilt, wenn die Rechtsformen der AG & Co. KG oder SE & Co. KG<sup>57</sup> Verwendung finden.

### b) Innenhaftung als gesetzlich geregelte Organhaftung

- 27 Die Innenhaftung ist bei den *Kapitalgesellschaften* gesetzlich geregelt. Sie ergibt sich für die Vorstände der Aktiengesellschaft aus § 93 AktG (mit weiteren Spezialregelungen), für die Aufsichtsräte der Aktiengesellschaft aus § 116 AktG (mit einem Verweis auf § 93 AktG), für die Geschäftsführer der GmbH aus § 43 GmbHG (mit weiteren Spezialregelungen), für die Aufsichtsräte der GmbH aus §§ 52 Abs. 1 GmbHG, 116 AktG sowie für die Vorstände und Aufsichtsräte der Genossenschaften aus §§ 34, 41 GenG. Nicht

---

56 BGHZ 75, 321, 322; BGHZ 76, 326, 337 f., jüngst auch BGH, GmbHR 2002, 588, 589; vgl. Rn. 61; zur parallelen Problematik der Beiratshaftung bei der GmbH & Co. KG vgl. *Ruter/Thümmel*, Rn. 323.

57 Vgl. zur Zulässigkeit dieser Rechtsform *Reichert/Ott*, in: Bergmann u. a., 10 Jahre SE, Erreichter Stand-verbleibende Anwendungsfragen-Perspektiven, S. 154, 165 f.

gesetzlich geregelt ist die Innenhaftung des Beirates bei der GmbH (und GmbH & Co. KG), die sich in Analogie zur Aufsichtsratshaftung ergibt.<sup>58</sup>

Bei der Rechtsform der SE ist zwischen dualistischem und monistischem Organaufbau zu unterscheiden.<sup>59</sup> Soweit Leitung und Kontrolle bei Vorstand und Aufsichtsrat liegen, kommen bei der im Inland ansässigen SE die aktienrechtlichen Bestimmungen, also §§ 93, 116 AktG zur Anwendung (Art. 51 SE-VO). Dasselbe gilt für die Mitglieder des Verwaltungsrats bei monistischer Organstruktur, die insoweit wie Vorstandsmitglieder zu behandeln sind (Art. 51 SE-VO, § 39 SEAG). Auch die geschäftsführenden Direktoren unterfallen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung den Haftungsregelungen für den Vorstand (§ 40 Abs. 8 SEAG).

28

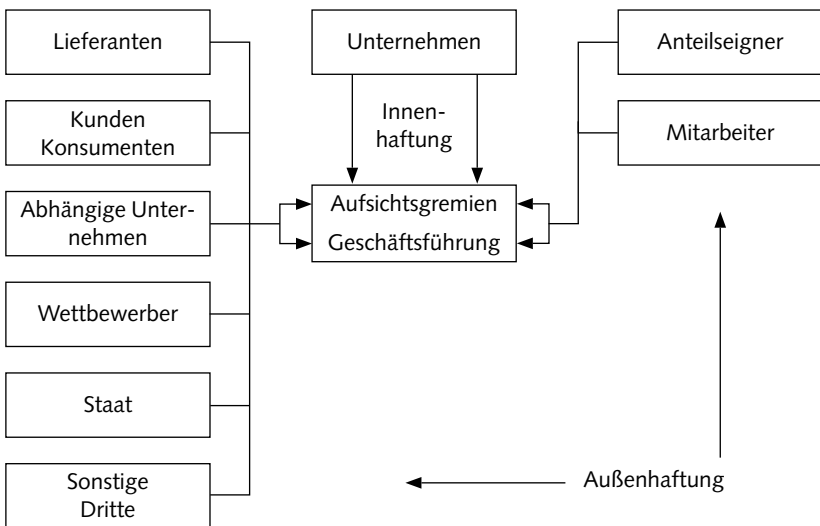


Abb. 1: Managerhaftung im Überblick

Für die Innenhaftung bei der *Personengesellschaft* existieren keine den §§ 93 AktG, 43 GmbHG entsprechenden Regelungen. Dies erklärt sich daraus, dass die Personengesellschaften des deutschen Rechts, nämlich die oHG, die KG und die BGB-Gesellschaft, im Ausgangspunkt nicht als juristische Personen konzipiert sind, die eine Organstruktur benötigen. Ihre Geschäftsführung liegt daher nach der Grundstruktur nicht in der Hand von Dritten, sondern der Gesellschafter selbst. Haftung für fehlerhafte Ge-

29

<sup>58</sup> Ruter/Thümmel, Rn. 319 ff.; zum Begriff des Beirates *dies.*, Rn. 142 ff.; siehe im Übrigen unten Rn. 283 ff.

<sup>59</sup> Vgl. z. B. Teichmann, in: Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, § 5; Thümmel, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), Rn. 146 ff.



schäftsführung ist folgerichtig bei der Personengesellschaft eine Haftung, die im Gesellschaftsverhältnis und der sich hieraus ergebenden Treuepflicht wurzelt (näher Rn. 58 ff.). Einer gesonderten gesetzlichen Regelung bedurfte es daher nicht. Soweit gesellschaftsfremde Manager tätig sind, haften sie nicht als Organ, sondern im Rahmen ihrer jeweiligen Anstellungsverträge.

- 30 Innenansprüche sind, wie sich aus Vorstehendem ergibt, in erster Linie *gesetzliche Ansprüche*. Sie bedürfen keines vertraglichen Bandes zwischen den Beteiligten. Auch wenn der Vorstand oder Geschäftsführer mit seinem Unternehmen keinen Dienstvertrag abgeschlossen hat, haftet er diesem bei Pflichtverletzungen auf Schadenersatz. Deutlich wird dies auch beim Aufsichtsrat, den typischerweise mit dem Unternehmen keine Vertragsbeziehung verbindet. Erforderlich und genügend ist die Organstellung.<sup>60</sup>

### c) Innenhaftung und dienstvertragliche Haftung

- 31 Da Unternehmensorgane jedoch in den allermeisten Fällen auch Dienstverträge mit ihrem Unternehmen abgeschlossen haben, kann neben die gesetzliche Organhaftung auch eine Vertragshaftung des Organs treten, die sich auf die Verletzung von Pflichten aus dem Dienstvertrag (§§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB) stützt. Die Behandlung der vertraglichen Ansprüche ist umstritten. Teilweise<sup>61</sup> wird die Meinung vertreten, die Organhaftung nehme die Vertragshaftung in sich auf, sodass für letztere kein eigenständiger Regelungsbereich verbleibe. Auf der anderen Seite steht die Auffassung,<sup>62</sup> dass beide Anspruchsgrundlagen grundsätzlich selbständig nebeneinander stünden und getrennt zu prüfen seien (Anspruchskonkurrenz). Eine Ausnahme bildet auch nach dieser Auffassung die Regelung der Verjährung. Die in §§ 93 Abs. 6 AktG, 43 Abs. 4 GmbHG vorgesehene fünfjährige (bzw. zehnjährige) Verjährung erstreckt sich danach auch auf konkurrierende vertragliche Schadenersatzansprüche.
- 32 Ansonsten ist die Streitfrage verhältnismäßig bedeutungslos. Auch bei den Befürwortern der Anspruchskonkurrenz besteht Einigkeit dahin, dass vertragliche Ansprüche überhaupt nur dann eigenständige Bedeutung gewinnen können, wenn es um die Verletzung von Pflichten geht, die *allein im Anstellungsvertrag* geregelt sind und nicht gleichzeitig Verstöße gegen allgemeine Organpflichten darstellen. Dies wird beim Vorstand der AG kaum in Betracht kommen, beim Geschäftsführer der GmbH wären solche weitergehenden dienstvertraglichen Pflichten eher vorstellbar. In jedem Falle wird man davon ausgehen können, dass die allgemeinen Sorgfaltspflichten

---

60 Es genügt grundsätzlich die faktische Organstellung, s. näher Rn. 51, 54, 436.

61 So die inzwischen wohl h. M., BGH, NJW 1997, 741; BGH, NJW-RR 1989, 1255; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 4; *Fleck*, ZIP 1991, 1270.

62 *Hübner* S. 37 f.; *Scholz/Uwe H. Schneider*, § 43 Rn. 18; vgl. auch BGHZ 75, 321; BGH, ZIP 1988, 568.

des Organs auch dahin gehen, besondere anstellungsvertragliche Regelungen (ebenso wie etwa auch Weisungen der Gesellschafter der GmbH) zu beachten. Daher decken sich Organhaftungsansprüche und anstellungsvertragliche Ansprüche im Grundsatz immer. Erkennt man dennoch bei vertraglichen Ansprüchen einen eigenständigen Regelungsbereich, so wäre dieser Teil der Innenhaftung des Unternehmensleiters. Jedenfalls bei dem Geschäftsführer der GmbH können dienstvertragliche Regelungen allerdings den Haftungsmaßstab herabsetzen, z. B. auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit. Dies gilt dann nicht nur für dienstvertragliche Ansprüche, sondern auch für die gesetzliche Organhaftung.

### 3. Außenhaftung

#### a) Begriff der Außenhaftung

Die *Außenhaftung* des Managers beschreibt die Haftung gegenüber Dritten, d. h. solchen Personen, zu denen der Unternehmensleiter in keiner Organbeziehung steht (siehe Abb. 1). Dritte können damit Gesellschafter oder Aktionäre des Unternehmens, abhängige Unternehmen, Arbeitnehmer, Lieferanten und Kunden, Wettbewerber, allgemein Gläubiger des Unternehmens oder sonstige völlig unbeteiligte Personen sein.<sup>63</sup> Gemeinsame Basis ihrer Ansprüche gegen den Manager ist, dass dieser bei der Erfüllung seiner Aufgaben in geschützte Rechtspositionen der Genannten eingegriffen, gegen Schutzgesetze verstoßen oder Rechtsscheintatbestände gesetzt hat. Zumeist geht es dabei um Ansprüche, die sich auch gegen das Unternehmen selbst richten. Soweit nämlich der Unternehmensleiter in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen bei Dritten Schäden verursacht, hat hierfür nach § 31 BGB die Körperschaft einzutreten, als deren Organ er tätig war, d. h. also das Unternehmen.<sup>64</sup> Stützt sich die Haftung des Unternehmensleiters auf Rechtsscheintatbestände, geht es um die Mithaftung für Forderungen, die sich von vornherein gegen das Unternehmen selbst richteten.

#### b) Außenhaftung und Insolvenz

Gemeinsames Merkmal der Außenhaftung ist daher, dass die Verpflichtung des Managers sich mit derjenigen des Unternehmens zumeist überschneidet. Dies ist ein Teil der Erklärung für die zunehmende Aufmerksamkeit, welche der Außenhaftung in der Rechtsprechung entgegengebracht wird. Im Ergebnis geht es darum, dass dem Gläubiger des Unternehmens im Falle

---

63 Vgl. zu den verschiedenen Tatbeständen der Außenhaftung etwa *Stapelfeld*, GmbHR 1991, 94; *Uwe H. Schneider*, DB 1993, 1909; *Medicus*, GmbHR 1993, 533; *Lutter*, DB 1994, 129; *Wellkamp*, DB 1994, 869; *Thamm*, DB 1994, 1021; *Keßler*, GmbHR 1994, 429; *Altmeyen*, ZIP 1995, 881; *Westermann/Mutter*, DZWIR 1995, 184; *Maser/Sommer*, BB 1996, 65, 67 ff.; *Thümmel/Sparberg*, DB 1995, 1013, 1015 ff.

64 Dies gilt auch für die Personengesellschaft, s. BGHZ 154, 88; *Altmeyen*, NJW 2003, 1553.

der Insolvenz ein weiterer Schuldner zur Verfügung steht.<sup>65</sup> Deutlich wird dies etwa an der Rechtsprechung des BGH<sup>66</sup> zur Schadenersatzpflicht des GmbH-Geschäftsführers wegen der Verletzung der Insolvenzantragspflicht, die dazu führt, dass der Geschäftsführer Neugläubigern gegenüber (dies sind solche, die erst nach Insolvenzreife mit dem Unternehmen in geschäftlichen Kontakt getreten sind) in vollem Umfang für deren Vertrauensschaden aus dem mit dem insolventen Unternehmen abgeschlossenen Geschäft haftet. Ebenfalls bemerkenswert sind der *Lederspray*-<sup>67</sup> und der *Baustoff-Fall*<sup>68</sup> des BGH, die den Unternehmensleiter persönlich für Drittschäden in die Pflicht nehmen, die aus von ihm zu verantwortenden Organisationsmängeln des (inzwischen insolventen) Unternehmens herrühren. Außenhaftung realisiert sich damit weitgehend dann, wenn das Unternehmen zu einer Befriedigung des Gläubigers nicht mehr in der Lage ist.

### c) Außenhaftung als Anknüpfungspunkt für die Innenhaftung

- 35 Außerhalb von Insolvenztatbeständen ist eine indirekte Realisierung der Außenhaftung denkbar. Wenn geschädigte Dritte ihre Ansprüche nicht gegen den handelnden Manager, sondern im Hinblick auf § 31 BGB gegen das Unternehmen geltend machen und von diesem befriedigt werden, mögen dem Unternehmen Regressansprüche gegenüber dem Manager zustehen. Voraussetzung wäre, dass das Fehlverhalten des Managers und der Eingriff in die Rechte des geschädigten Dritten gleichzeitig eine Sorgfaltspflichtverletzung im Innenverhältnis darstellen. Der Regressanspruch ist ein Fall der Innenhaftung, allerdings mit der Besonderheit, dass ein Anspruch im Außenverhältnis zugrunde liegt. Die Konstellation ist häufig, weil Rechtsverstöße im Außen- und im Innenverhältnis oft parallel laufen (vgl. Rn. 366).

### d) Haftung für Verbindlichkeiten des Unternehmens und für Eingriffe in geschützte Rechtspositionen Dritter

- 36 Im Übrigen bietet sich eine weitere Unterteilung der Außenhaftung an: Auf der einen Seite geht es um die Befriedigung von Verbindlichkeiten des Unternehmens, die unabhängig von der schädigenden Handlung des Unter-

---

65 Vgl. auch *Westermann/Mutter*, DZWIR 1995, 184.

66 BGHZ 126, 181; BGH, NJW 1995, 398; vgl. auch den Vorlagebeschluss BGH, ZIP 1993, 1543; aus der zahlreichen Literatur zur Insolvenzverschleppungshaftung etwa *K. Schmidt*, ZIP 1988, 1497; *Wilhelm*, ZIP 1993, 1833; *Müsgen*, DZWIR 1994, 455; *Flume*, ZIP 1994, 337; *Uhlenbruck*, ZIP 1994, 1153; *ders.*, GmbHR 1997, R 225; *Grunewald*, GmbHR 1994, 665; *G. Müller*, GmbHR 1994, 209; *Karollus*, ZIP 1995, 269; *Altneppe*, ZIP 1997, 1173; s. auch unten Rn. 379 ff.

67 BGHSt 37, 106, betrifft die strafrechtliche Verantwortlichkeit, aus der sich die zivilrechtliche Haftungsfolge aber zwanglos ableiten lässt.

68 BGHZ 109, 297.

nehmensleiters begründet worden sind, d.h. um die Haftung des Unternehmensleiters für bestehende *Schulden* seines Unternehmens. Beispiele wären die Einstandspflicht des Managers für Steuern und Arbeitnehmer-Sozialversicherungsbeiträge oder für Schulden der später nicht in das Handelsregister eingetragenen Vorgesellschaft (§§ 41 Abs. 1 S. 2 AktG, 11 Abs. 2 GmbHG). Auf der anderen Seite steht die Haftung des Unternehmensleiters für ein *Verhalten*, das erst den Anspruch des Dritten gegen ihn und das Unternehmen (über § 31 BGB) begründet. Beispielsfälle sind die Verletzung absolut geschützter Rechtspositionen, wie etwa der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit bei der Produkt-, Umwelt- und Arbeitssicherheitshaftung oder der Verstoß gegen ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB, wie etwa die Verletzung der Insolvenzantragspflicht.

### e) Haftungsbegründende Normen

Die haftungsbegründenden Normen bei der Außenhaftung sind verstreut (vgl. Abb. 9 auf S. 215). Eine in sich geschlossene gesetzliche Regelung – wie sie bei der Innenhaftung vorliegt – fehlt. Spezialgesetzlich geregelt sind einzelne Fallkonstellationen, so z.B. die Haftung für Verbindlichkeiten der später nicht eingetragenen Vorgesellschaft (§§ 41 Abs. 1 S. 2 AktG, 11 Abs. 2 GmbHG) oder für Steuerverpflichtungen des Unternehmens (§§ 34, 69 AO), das Gläubiger-Verfolgungsrecht nach § 93 Abs. 5 AktG,<sup>69</sup> die börsenrechtliche Prospekthaftung (§§ 21 ff. WpPG) sowie konzernrechtliche Haftungstatbestände (z.B. §§ 309, 310, 317, 318 AktG).

Daneben kommen die allgemeinen Rechtsinstitute wie die *culpa in contrahendo* (Verschulden bei Vertragsschluss, §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB) und vor allem das Deliktsrecht (§ 823 Abs. 1 und 2 BGB) zur Anwendung. Letzteres ist von der Rechtsprechung vielfach nutzbar gemacht worden und liegt heute dem weitaus größten Teil der Außenhaftungstatbestände zugrunde. In diesem Bereich sind in der Vergangenheit mehrfach Grenzen zu Lasten der Unternehmensleiter verschoben worden. Dies gilt für die Bestimmung der geschützten Rechtsgüter (z.B. Mitgliedschaft des Anteilseigners als absolut geschütztes Recht nach § 823 Abs. 1 BGB)<sup>70</sup> und des Kreises der Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2 BGB (z.B. Pflicht zur Insolvenzantragstellung als Schutzgesetz),<sup>71</sup> ferner für die Anforderungen an die Organisation des Betriebes zur Vermeidung von Schädigungen Dritter<sup>72</sup>

69 Betrifft das Recht von Gläubigern des Unternehmens, Innenhaftungsansprüche im eigenen Namen geltend zu machen, soweit von dem Unternehmen keine Befriedigung zu erlangen ist; vgl. unten Rn. 390 ff.

70 BGHZ 83, 122, 133 ff. „Holzmüller“; siehe auch BGHZ 110, 323.

71 Siehe etwa BGHZ 29, 100, 102 ff.; BGHZ 126, 181, 190.

72 BGHZ 109, 297, 303 ff. „Baustoff“.

und für die Voraussetzungen vorsätzlichen und sittenwidrigen Verhaltens.<sup>73</sup>

### 4. Typische Haftungsszenarien

#### a) Insolvenz

- 39 Welches sind die Fälle, in denen sich die persönliche Haftung von Unternehmensleitern vornehmlich realisiert? Unterscheiden lassen sich vor allem vier Szenarien (s. Abb. 2): Eine wesentliche Rolle spielt – für Innen- wie für Außenhaftung – die *Insolvenz* des Unternehmens. Solange das Unternehmen leistungsfähig ist, werden sich Gläubiger von Außenhaftungsansprüchen in aller Regel an dieses wenden (§ 31 BGB). Erst im Falle der Insolvenz gerät der Manager persönlich ins Blickfeld des Gläubigers. Dies gilt vor allem für den Fiskus und den Gläubiger von Arbeitnehmer-Sozialbeiträgen.
- 40 Auch Innenhaftungsansprüche gewinnen in der Insolvenz Bedeutung. Der Insolvenzverwalter ist an einer Vergrößerung der Masse interessiert und wird schon bei nur möglichem Fehlverhalten des ehemaligen Managements (und bei Vorliegen einer D&O-Versicherung) frühere Vorstände oder Geschäftsführer in Anspruch nehmen. Das Risiko, Fehler zu machen, ist gerade in der Krise des Unternehmens recht hoch, weil rechtliche Anforderungen bei der Suche nach einer Lösung der drängenden Liquiditätsprobleme eher in den Hintergrund treten.<sup>74</sup> Bedeutsam sind in diesem Zusammenhang auch Leistungen in Konzernverhältnissen, also das Cash-Pooling und die Abführung von liquiden Mitteln im Rahmen von Beherrschungsverträgen. Die Erfahrung zeigt, dass der Insolvenzverwalter der für den Unternehmensleiter gefährlichste Anspruchsteller ist, weil seine Interessenlage klar und nicht – wie bei anderen Beteiligten, wie etwa den sonst zuständigen Aufsichtsgremien oft – durch konkurrierende Gesichtspunkte geprägt ist.

#### b) Regress

- 41 Ebenfalls typisch ist die *Regresssituation*, d.h. der Rückgriff des Unternehmens auf das eigene Management nach einer Inanspruchnahme durch Dritte. Die Konstellation ist dadurch gekennzeichnet, dass Dritte gegenüber dem Unternehmen (und möglicherweise gleichzeitig gegenüber dem Unternehmensleiter persönlich) Ansprüche geltend machen, die ihren Grund

---

73 Z. B. BGH, GmbHR 1994, 464: Sittenwidrige Schädigung angenommen bei Veranlassung eines Kunden des Unternehmens zur Erbringung weitgehender Vorleistungen ohne auch nur einigermaßen hinreichende Sicherheit, Leistungen später bezahlen zu können; OLG Düsseldorf, NJW 1995, 404, 405: Sittenwidrige Schädigung angenommen bei Veranlassung eines Kunden des Unternehmens zum Abschluss von Börsentermingeschäften ohne ausreichende Aufklärung; siehe auch BGHZ 105, 108, 109 und BGH, NJW 1994, 997.

74 Vgl. Thümmel, BB 2002, 1105 ff.

in einem Fehlverhalten des Unternehmensleiters haben. Befriedigt das Unternehmen den Dritten, entsteht hierdurch ein Schaden, für den das Unternehmen dann bei dem Unternehmensleiter Regress nimmt. Es handelt sich daher um einen Fall der Innenhaftung, dem allerdings (von dem Unternehmen befriedigte) Ansprüche im Außenverhältnis zugrunde liegen. Welche Rechtsgrundlage die Außenansprüche haben, spielt keine Rolle. So kommen etwa auch vor US-amerikanischen Gerichten verfolgte Schadenersatzansprüche von Anlegern (*securities claims*) oder von Konsumenten (*products liability*) in Betracht. Diese haben wegen der prozessrechtlichen Besonderheiten des US-Rechts<sup>75</sup> und der hierauf beruhenden Neigung, substantielle Vergleiche abzuschließen, ein hohes Risikopotenzial.

### c) Vermögensminderungen

Ferner zu erwähnen ist die *Verlustsituation*. Die Gesellschafter des Unternehmens (oder der Aufsichtsrat) machen Minderungen des Gesellschaftsvermögens an bestimmten Managemententscheidungen fest und drängen darauf, die negativen bilanziellen Auswirkungen durch Inanspruchnahme des Managements (im Wege der Innenhaftung) zu korrigieren. Nach der „ARAG“-Entscheidung des BGH<sup>76</sup> hat die Bedeutung dieser Konstellation auch bei größeren Unternehmen zugenommen, weil der Aufsichtsrat zur Verfolgung von Ansprüchen gegenüber dem Vorstand grundsätzlich verpflichtet ist, wenn Hinweise auf Pflichtverletzungen des Managements vorliegen. Auch die Aktionärsklage nach § 148 AktG gehört in diesen Kontext, denn sie ermöglicht es einer Minderheit von 1% des Grundkapitals (oder einem anteiligen Betrag von 100.000 Euro), bei Erfüllung der Voraussetzungen für die Klagezulassung Innenhaftungsansprüche im eigenen Namen, aber zugunsten des Unternehmens geltend zu machen. **42**

### d) Trennung

Schließlich ist die *Trennungssituation* von Bedeutung. Hier geht es darum, dass Innenhaftungsansprüche wegen Missmanagements vornehmlich aus verhandlungstaktischen Gründen erhoben werden, um Abfindungs- oder Restvergütungsansprüchen des ausgeschiedenen Unternehmensleiters ein Gegengewicht entgegensetzen zu können. Auf diese Weise sollen die effektiven Zahlungsverpflichtungen reduziert werden. Wegen der Vergleichsbeschränkungen des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG spielt diese Konstellation allerdings weniger bei der AG und eher bei der GmbH eine Rolle. **43**

---

<sup>75</sup> Z.B. das *jury trial* oder die *class action*, vgl. oben Rn. 7 f.

<sup>76</sup> BGHZ 135, 244.

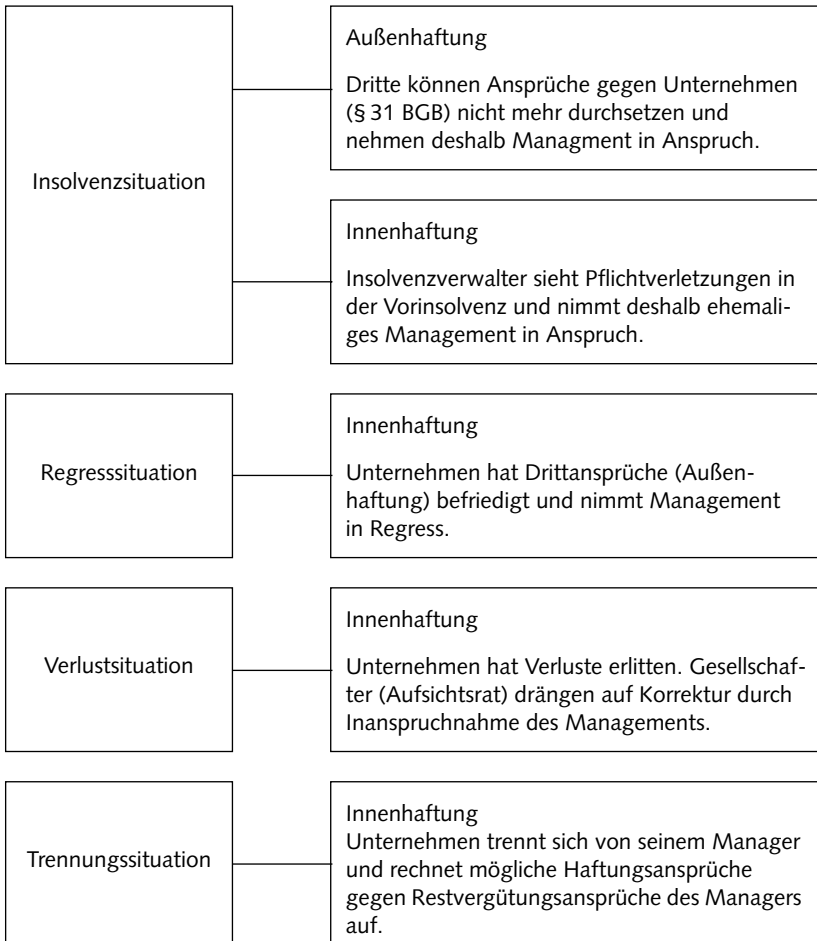


Abb. 2: Typische Szenarien der Managerhaftung

### III. Kreis der Haftpflichtigen und der Anspruchsberechtigten

#### 1. Anspruchsberechtigte

##### a) Das Unternehmen und Dritte

- 44 Von den möglichen Anspruchsberechtigten im Rahmen der Managerhaftung war bereits bei der Grundeinteilung in Innen- und Außenhaftung die Rede. Ansprüche wegen Fehlverhaltens des Managers können bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen einerseits das Unternehmen, dessen Organ er ist, andererseits Dritte geltend machen. Als Dritte gelten auch andere „Unternehmensangehörige“ wie Anteilseigner, Mitarbeiter oder abhängige

Unternehmen. Neben diesen kommen Lieferanten des Unternehmens, Kunden, Benutzer der Produkte des Unternehmens (Konsumenten), Wettbewerber oder auch der Staat als Anspruchsberechtigte in Betracht (s. Abb. 1). Sämtliche dieser Berechtigten machen etwaige Ansprüche grundsätzlich in eigenen Namen und zu eigenen Gunsten geltend. Dies gilt auch für Aktionäre und Gesellschafter, es sei denn die Voraussetzungen für eine Aktionärsklage nach § 148 AktG lägen vor. Dieser Fall entspricht in seinen Grundzügen dem *shareholder derivative suit* des US-Rechtes.<sup>77</sup> Allerdings können Anteilseigner nur dann Leistung an sich selbst verlangen, wenn ihnen ein über die Schädigung des Unternehmens hinausgehender Schaden entstanden ist. Beschränkungen ergeben sich, wenn sich ihr Schaden lediglich als Reflex des bei dem Unternehmen eingetretenen Schadens zeigt, ihre Beteiligung durch die schädigende Handlung also einen Wertverlust erlitten hat. Dann können sie nur mit einer Klage auf Leistung an das Unternehmen beanspruchen, dass dessen Schaden ausgeglichen wird, womit auch ihr Entwertungsschaden entfällt.<sup>78</sup>

#### b) Vertretung des anspruchsberechtigten Unternehmens

Auf der Seite des Unternehmens stellt sich die Frage, durch welches Organ es bei der Geltendmachung von Innenhaftungsansprüchen vertreten wird. Die Interessenkollisionslage ist offenkundig, weil es um Ansprüche gegen denjenigen Personenkreis geht, der gleichzeitig für die Vertretung des Unternehmens zuständig ist. Deshalb gibt es Sonderregeln. Bei der *Aktiengesellschaft* ist der Aufsichtsrat (§ 112 AktG) zur Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand berufen, und zwar nach h. M.<sup>79</sup> sowohl gegenüber noch amtierenden als auch gegenüber ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern. Im Übrigen kann die Hauptversammlung nach § 147 Abs. 2 AktG besondere Vertreter bestellen und mit der Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber Vorstand oder Aufsichtsrat betrauen. Hat die Hauptversammlung die Geltendmachung von Ansprüchen beschlossen, kann auch eine Minderheit von 10 % des Grundkapitals (oder einem Anteil von 1 Mio. Euro) besondere Vertreter gerichtlich bestellen lassen. Die weiteren Minderheitenrechte des § 147 Abs. 1 bis 3 AktG a. F. sind durch das UMAG entfallen (näher Rn. 303). Steht eine Pflichtverletzung des Aufsichtsrats in Rede, könnte der Vorstand als allgemeines Vertretungsorgan (§ 78 AktG) tätig werden. Sehr häufig wird sich ein Kontrollmangel des Aufsichtsrats aber auf eine Pflichtverletzung des Vorstands beziehen, sodass die Haftung beider

45

77 Hierbei geht es um die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegenüber Unternehmensleitern durch Anteilseigner, die von dem Unternehmen „abgeleitet“ sind. Damit wird in den USA im Ergebnis die Verwirklichung der Innenhaftung weitgehend in die Hände der Aktionäre gelegt, vgl. *Merk*, Rn. 1126 ff.; *Henn/Alexander*, §§ 361 ff.; vgl. im Übrigen jetzt § 148 AktG und oben Fn. 10.

78 BGHZ 65, 15 „ITT“; BGH, AG 1987, 126, 128; vgl. auch *Thümmel/Sparberg*, DB 1995, 1013, 1016.

79 BGH, AG 1991, 269; BGH, NJW 1989, 2055; *Hüffer/Koch*, § 112 Rn. 2.