

Die zivile Haftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft gem. § 93 AktG¹

Doç. Dr. Erhan TEMEL, LL.M.*

ZUSAMMENFASSUNG

Die Haftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft stellt in der deutschen Rechtspraxis eine wichtige Frage dar. Dieser Beitrag behandelt zunächst die Rechtsverhältnisse zwischen dem Vorstandsmitglied und der AG. Dies ist für die Frage nach der Rechtsnatur der Haftung der Vorstandsmitglieder von enormer Bedeutung. Ferner thematisiert dieser Aufsatz die Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder. Im Anschluss daran geht der Autor auf die Voraussetzungen der Haftung im Einzelnen ein.

Schlüsselwörter: Haftung der Vorstandsmitglieder, § 93 AktG, Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder, Anstellung und Bestellung der Vorstandsmitglieder, Voraussetzungen der Haftung.

ÖZET

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu § 93'de düzenlenen anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusu Alman uygulamasında sık karşılaşılan önemli sorunlardan biridir. Bu makale kapsamında önce yönetim kurulu ile anonim şirket arasında ne tür ilişkiler olduğu ele alınmaktadır. Zira bu ilişkinin hukuki neteliğine göre, yönetim kurulu üyelerinin tazminat sorumluluğunun niteliği belirlenmektedir. Makalede son olarak, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun şartları ayrıntıları ile ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu, Alman POK § 93, özen borcu, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişki.

¹ Überarbeitete Fassung eines Vortrages, den der *Verfasser* an der Juristischen Fakultät der Kadir Has Universität am 30. April 2010 im Rahmen des I. Deutsch-Türkischen Rechtssymposium (Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht) gehalten hat. Diese beruht grundsätzlich auf dem Werk des Verfassers Die aktienrechtliche Haftung der Mitglieder des Vorstands/Verwaltungsrates einer konzernunabhängigen Aktiengesellschaft nach deutschem und türkischem Recht, Frankfurt am Main 2001. Die neue Entwicklungen in den letzten Jahren sowie die neuere Literatur wurden mitberücksichtigt.

* Juristische Fakultät der Universität Augsburg, erhan.temel@jura.uni-augsburg.de.

I. Aktiengesellschaften im Allgemeinen

Die Aktiengesellschaften als handelsrechtlicher Kooperationstyp sind ein Erzeugnis des 19. Jahrhunderts. Sie bilden den elementarsten Aspekt der industriellen Revolution. Die charakteristische Funktion der Aktiengesellschaft als Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit ist heutzutage die eines großen Finanzierungsinstrumentes, das von einzelnen Personen meist nicht gedeckt werden kann, sondern durch ein breites Publikum (d.h. die Ersparnisse zahlreicher Haushalte) auf den Kapitalmärkten angesammelt und sodann in langfristig gebundenes Unternehmenskapital transformiert wird. Dadurch ist die Aktiengesellschaft insbesondere in Deutschland vorzugsweise eine Gesellschaftsform für wirtschaftliche Großrisiken. Das deutsche AktG von 1965 geht von der Publikumsgesellschaft als typische Form der Aktiengesellschaft aus. Die kleinen und mittleren Unternehmen bevorzugen dagegen in Deutschland meistens die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Heute kommen auf eine Aktiengesellschaft etwa 160 Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Im Jahr 2006² befanden sich in Deutschland 15.442 Aktiengesellschaften.

Die Aktiengesellschaften stellen jedenfalls einen unentbehrlichen Teil des Wirtschaftslebens dar. Sie sind für die Volkswirtschaft von zentraler Bedeutung. Durch sie werden Produktions- und Vertriebsaufgaben jeglicher Art bewältigt. Für solch ein wichtiges Wirtschaftselement spielen sicherlich neben anderen zwingenden Organen die Leitungsorgane die bedeutendste Rolle. Sie sind nämlich hauptsächlich Entscheidungsträger der Gesellschaft. An deren erfolgreichem Management haben die Gesellschaft (Unternehmen), Aktionäre, Gläubiger der Gesellschaft, Belegschaft und schließlich die Allgemeinheit ein Interesse. Das Leitungsorgan im deutschen Vorstands-Aufsichtsrats-System (*two tier system*) ist gem. § 76 AktG der Vorstand, während der Aufsichtsrat diese Leitung zu überwachen hat.

Die Hauptversammlung stellt neben Vorstand und Aufsichtsrat ein drittes zwingendes Organ der AG dar. Die Hauptversammlung besteht aus allen stimmberechtigten Aktionären. Demnach üben die Aktionäre ihre Stimmrechte in der Hauptversammlung. Die Hauptversammlung ist in erster Linie für die Beschlussfassungen in den Fragen zuständig, die mit dem wirtschaftlichen und rechtlichen Aufbau der Aktiengesellschaft zusammenhängen. Hierzu zählen insbesondere die Angelegenheiten wie z.B. Satzungsänderung, Kapitalherabsetzung und -erhöhung, Auflösung der Gesellschaft, Verschmelzung, Umwandlung, Vermögensübertragung, Abschluss eines Unternehmensvertrags etc (§ 119 Abs. 1 AktG). Ferner ist die Hauptversammlung für die Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder, für die Entlastung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sowie für die Verwendung des Bilanzgewinns zuständig.

² <http://www.bankenverband.de/downloads/082007/ta0708-fm-anzahl-ag.pdf> (Stand: 24.04.2010).

II. Rechtsverhältnisse zwischen dem Vorstandsmitglied und der Aktiengesellschaft

Es ist heute allgemein anerkannt, dass zwischen Vorstandsmitglied und AG zwei Rechtsverhältnisse bestehen: auf der einen Seite das organisationsrechtliche Bestellungsverhältnis, auf der anderen Seite das schuldrechtliche Anstellungsverhältnis.³ Dies ergibt sich aus den Bestimmungen von § 84 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 3 Satz 4 und 5 AktG. Die beiden Rechtsverhältnisse bedingen sich nicht wechselseitig, sondern sie können ein unterschiedliches Schicksal haben.⁴

Die rechtliche Trennung der Bestellung von der Anstellung hat unter anderem vor allem eine praktische Funktion. Sie erleichtert dem sachfremden Aufsichtsratsplenum das Aushandeln des komplizierten Anstellungsvertrages und gewährt ihm die Gelegenheit, diese belastenden Aufgaben an einen sachkundigen Ausschuss zu delegieren.⁵

1. Bestellung

Gemäß der zwingenden Bestimmung des § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG ist der Aufsichtsrat ausschließlich zuständiges Organ für die Bestellung der Vorstandsmitglieder. Dieses Bestellungsrecht des Aufsichtsrats kann weder durch seinen Beschluss noch durch eine Satzungsbestimmung einem Aufsichtsratsausschuss sowie einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied oder der Hauptversammlung oder irgend einem Dritten übertragen werden. Die Vorbereitung der Bestellung dagegen kann einem Ausschuss oder einem Aufsichtsratsmitglied übertragen werden.

Die Bestellung der Vorstandsmitglieder erfordert nach §§ 84 Abs. 1, 108 Abs. 1 AktG einen wirksamen Beschluss des Gesamtaufichtsrats, welcher der einfachen Mehrheit bedarf. Durch eine Bestimmung der Satzung kann keine qualifizierte Mehrheit verlangt werden⁶, sie widerspräche der zwingenden Zuständigkeit des Aufsichtsrats zur Bestellung der Vorstandsmitglieder.⁷ Es ist

³ Vgl. statt vieler, **GroßKomm/ Hopt, Klaus**, Aktiengesetz 4. Aufl. Berlin 2008, § 93 Anm. 225

⁴ **Fleck, Hans-Joachim**, Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften in der Rechtsprechung des BGH, WM Sonderbeilage 3/1981 S. 3.; **ders.**, Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften in der Rechtsprechung des BGH, WM Sonderbeilage 3/1968 S. 3.

⁵ Vgl. **Säcker, Franz-Jürgen**, Kompetenzstrukturen bei Bestellung und Anstellung von Mitgliedern des unternehmerischen Leitungsorgan, BB 1979 S. 1322.

⁶ **Meyer-Landrut**, Aktiengesetz, Großkommentar, Band I/2, 3. Aufl., 1970 Berlin usw., § 84 Anm. 2 Großkomm; **Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred**, Aktiengesetz, 13. Aufl., München 1968, § 108 Anm. 4 AktG Komm.

⁷ **Hefermehl, Wolfgang**, Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, §§ 76-117 AktG, 2. Aufl., München 2004, § 84 Anm. 12 Komm. AktG.

jedoch zulässig, dass ein Aufsichtsratsmitglied, das zum Vorstandsmitglied bestellt werden soll, mitstimmt.

Der Vorgang der Bestellung ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Deswegen herrscht in der Literatur keine Einigkeit darüber, welche zusätzlichen Erfordernisse zum Bestellungsbeschluss des Aufsichtsrats noch hinzukommen müssen, damit ein Bestellungsverhältnis wirksam begründet wird. Hier besteht aber m.E. kein Anlass, den Zugang der Bestellungserklärung als Wirksamkeitselement der Bestellung zu erachten. Der Aufsichtsrat als Kurationsorgan hat nämlich mit dem Bestellungsbeschluss den Willen der Gesellschaft ausgedrückt, dass der Bestellte das Mitglied des Vorstands sein soll, wenn er dieses Amt akzeptiert. Um es mit anderen Worten auszudrücken, hat der Aufsichtsrat seinerseits alles Erforderliche getan, damit das Bestellungsverhältnis begründet werden kann. Auf den Zugang seines Beschlusses an den Bestellten kommt es nicht mehr an.⁸

Der Gesetzgeber hat die Frage, ob die Bestellung der Annahme (der Zustimmung) von seiten des Bestellten bedarf, offen gelassen. Nach der herrschenden Lehre bildet die Zustimmung des Bestellten einen Teil des ganzen Bestellungsverhältnisses.⁹ Ohne Zustimmung fällt der Bestellungsakt ins Leere.¹⁰ Die Zustimmungsbedürftigkeit basiert auf dem Prinzip der Privatautonomie. Demnach kann niemand ohne sein Einverständnis zum Vorstandsmitglied gemacht und dadurch mit einer Reihe von Pflichten belastet werden. Die Zustimmungserklärung des Bestellten ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung.¹¹ Sie kann entweder ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Die konkludente Erklärung liegt vor, wenn der Bestellte mit der Ausübung seines Amtes anfängt oder sich ins Handelsregister eintragen lässt.

⁸ Vgl. *Natzel, Bruno*, Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern insbesondere von Arbeitnehmervertretern, AG 1959 S. 97 ff.; *Lenze, Jürgen*, Amtsniederlegung durch das Vorstandsmitglied einer AG, Diss., Münster 1982, S. 75 ff.

⁹ *Bergmann, Friedrich*, Die rechtliche Abhängigkeit des Anstellungsvertrages der Vorstandsmitglieder einer AG von der Bestellung und den für sie geltenden Bestimmungen, Diss., Münster 1971 S. 12; *Schwarz, Christian*, Bestellung und Anstellung der Verwaltungsmitglieder von Kapitalgesellschaften, Diss., Berlin 1983, S. 57; *Natzel*, AG 1959, S. 98; *Mertens, Hans-J.*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, Köln usw. 1996, § 84 Anm. 3 Kölner Komm.; *Baumbach-Hueck*, § 84 Anm. 4 AktG Komm.; *Hefermehl*, § 84 Anm. 13 Komm. AktG; *Hüffer*, Uwe, Kommentar Aktiengesetz, 8. Aufl., München 2008, § 84 Anm. 3, 4 AktienG; *Müller, Klaus*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Band 1 (§§ 1-42), Bielefeld 1976, § 24 Anm. 29 KommGenG; *Meyer/ Meulenbergh/ Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, 12. Aufl., München 1983, § 24 Anm. 13 GenGK.

¹⁰ *Mertens*, § 84 Anm. 3 Kölner Komm.

¹¹ *Schwarz*, Diss. S. 59; *Hüffer*, § 84 Anm. 4 AktienG.

Mit dem Zugang der Zustimmungserklärung ist ein körperschaftsrechtliches Verhältnis¹² zwischen Vorstandsmitglied und der AG wirksam begründet, d.h. der Bestellte wird als Träger der Organstellung des Vorstandes der juristischen Person angegliedert.¹³

2. Anstellung

Bei der Anstellung des Vorstandsmitglieds handelt es sich um einen Vertrag, in dem das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Vorstandsmitglied und der Gesellschaft entsteht. Der Beschluss über den Anstellungsvertrag fällt wieder in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrates (§ 84 Abs. 1 Satz 5).

Nach einhelliger Literaturmeinung darf aber der Aufsichtsrat die Unterzeichnung des Vertrages - im Gegensatz zur Bestellung - an einen Ausschuss überweisen. Dies folgt aus dem Verweis des § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG auf § 84 Abs. 1 Satz 1 und 3 AktG. Der Anstellungsvertrag ist im § 84 Abs. 1 Satz 5 geregelt. Der Gesetzgeber hat bewusst in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG den Anstellungsvertrag ausgenommen.

Der rechtlichen Trennung zwischen Anstellungs- und Bestellungsverhältnis entsprechend kann der Abschluss des Anstellungsvertrags der Bestellung vorgehen oder ihr nachfolgen. Sie können aber auch gleichzeitig erfolgen. Aus dem dem Anstellungsvertrag vorangegangenen Bestellungsakt kann das angehende Vorstandsmitglied keinen Anspruch auf den Abschluss des Anstellungsvertrags herleiten¹⁴, da die Bestellung nur auf der körperschaftsrechtlichen Ebene von Bedeutung ist.

Der Anstellungsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Solange das AktG keine Sonderbestimmung enthält, finden die für gegenseitige Verträge allgemein geltenden Vorschriften des §§ 323 ff. BGB Anwendung.¹⁵ Aus dem Ans-

¹² Nach der Ansicht von *Schilling* käme mit der Annahmeerklärung des Bestellten ein einheitliches, zweiseitiges Rechtsgeschäft, nämlich Geschäftsführungsvertrag, zustande, der sich in erster Linie nach dem Gesellschaftsrecht richtete; in *Hachenburg* (6. Aufl.) § 35 Anm. 40. M.E. trifft diese Ansicht nicht zu. Die Zustimmungserklärung qualifiziert sich nicht als die Annahme des Angebots im Sinne des Vertragsrechts, sondern sie ist lediglich eine Rechtsbedingung, die dem körperschaftlichen Akt der Bestellung die Wirksamkeit verleiht. Vgl. *Natzel*, AG 1959 S. 99; *Lenze*, Diss. S. 82. So auch *Reuter, Dieter*, Münchener Kommentar zum BGB, Band I (§§ 1-240), 3. Aufl., München 1994, § 27 Anm. 2; *Schlegelberger-Quassowski*, Aktiengesetz, Berlin 1939, §75 Anm. 2 AktGKomm. 1937.

¹³ *Lehmann, Karl*, Das Recht der Aktiengesellschaften, Aalen 1964, S. 243; *Mack, Wolfgang*, Die Begründung und Beendigung der Rechtsstellung von Organmitgliedern der juristischen Personen im Handelsrecht, Diss., Mainz 1974, S. 10; *Lenze*, Diss. S. 82.

¹⁴ *Bergmann*, Diss. S. 18; *Lenze*, Diss. S. 94. Zum Gegenstandspunkt vgl. *Müller*, § 24 Anm. 38 KommGenG.

¹⁵ BGHZ 10, 187, 190; *Godin, Reinhardt Freiherr v.*, Über die Natur des Vorstandsvertrages, ZAKDR 1938 S. 597; *Meyer-Landrut*, § 84 Anm. 15 Großkomm.

tellungsvertrag lassen sich hauptsächlich die Rechte und Pflichten des Vorstandsmitglieds ableiten, die ihn nicht als Organ, sondern als Partner des zweiseitigen, schuldrechtlichen Vertrages gegenüber der AG betreffen, wie z.B. finanzielle Rechte: Gehalt, Tantieme, Ruhegeld, Umsatzbeteiligung etc. oder Nebenleistungspflichten der Gesellschaft: Gewährung einer Wohnung oder eines PKW etc. Dieser Vertrag dient also im Grunde genommen der Sozialabsicherung und Festlegung der Arbeitsbedingungen des Vorstandsmitglieds.¹⁶

Beim Anstellungsvertrag kommen zwei Vertragstypen in Frage: Auftrag oder Dienstvertrag. Bei der rechtlichen Unterscheidung des Auftrags von dem Dienstvertrag kommt es im deutschen Recht darauf an, ob die Tätigkeit entgeltlich übernommen wurde.¹⁷ Arbeitet das Vorstandsmitglied unentgeltlich (ehrenamtlich), so finden die Vorschriften des BGB für den Auftrag (§§ 662 ff. BGB) Anwendung. Betätigt es sich aber gegen Entgelt, was nach § 612 Abs. 1 BGB vermutet wird, dann spricht man vom Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat¹⁸ (§ 611 BGB). Im deutschen Recht ist der freie bzw. selbständige Dienstvertrag von dem unselbständigen Dienstvertrag (Arbeitsvertrag) zu unterscheiden. Das Abgrenzungskriterium zwischen beiden Verträgen ist, ob die Tätigkeit in einer abhängigen (unselbständigen) Stellung ausgeübt wird.¹⁹ Folglich ist ein Arbeitsvertrag dann gegeben, wenn der Dienstverpflichtete den Weisungen des Dienstherrn unterliegt und ihm Arbeitszeit und -ort allgemein vorgeschrieben sind.

Dem Vorstand steht es zu, die Gesellschaft als Mitglied des obersten Leitungsorgans unter eigener Verantwortung zu leiten, indem sie Art und Weise sowie Dauer und Ort ihrer Tätigkeit selbst bestimmen. Diese autonome Leitungsbefugnis schließt die Weisungsabhängigkeit gegenüber Dritten und infolgedessen auch ein Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft aus. Im Gegenteil übt der Vorstand hinsichtlich der Stellung als Unternehmensträger²⁰ die Arbeitgeber-

¹⁶ *Lenze*, Diss. S. 100.

¹⁷ RG, JW 1936 S. 3212.

¹⁸ *Meyer-Landrut*, § 84 Anm. 15 Großkomm.; *Baumbach-Hueck*, § 84 Anm. 8 AktG Komm.; *Mertens*, § 84 Anm. 33 Kölner Komm.; *Meyer/Meulenbergh/Beuthien* § 24 Anm. 14 GenGK.; *Schaffland*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 33. Aufl. Berlin usw. 1997, § 24 Anm. 47 GenG Komm.; *Schuster-Bonnott, Walther*, Die Rechtsnatur des zwischen AG und Vorstandsmitgliedern geschlossenen Anstellungsvertrages, FS Walther Kastner, Wien 1972, S. 421, 439.

¹⁹ *Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts Band II, Besonderer Teil, 12. Aufl., München 1987, § 52 S. 250 ff.; *Esser, Josef/ Weyers, Hans-Leo*, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 7. Aufl., Heidelberg 1991, § 27 S. 231 ff; *Medicus, Dieter*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 7. Aufl., München 1995, S. 147 ff.; *Wilhelmi, Carl-Heinz und Sylvester*, Sind Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften und GmbH-Geschäftsführer nach dem Angestelltenversicherungsgesetz versicherungspflichtig?, BB 1968 S. 139.

²⁰ *Fleck, Hans-Joachim*, Das Organmitglied – Unternehmer oder Arbeitnehmer?, FS Hilger-Stumpf München 1983, S. 208.

funktion²¹ gegenüber anderen Arbeitnehmern des Betriebes aus, und es steht ihm das Recht und die Pflicht zu, bindende Weisungen zu erteilen.

III. Rechtsnatur der Haftung der Vorstandsmitglieder

Berücksichtigt man neben der Vorschrift von § 93 AktG auch die Vorschriften von § 34 GenG und von § 43 GmbHG mit, in denen ebenfalls die Verantwortlichkeit des Vorstandsmitglieds der Genossenschaft sowie des Geschäftsführers der GmbH verankert ist, so stellt man unter anderem einen gemeinsamen Punkt fest, nämlich, dass der Gesetzgeber die Pflichtverletzungen für die Verantwortung des Betreffenden vorausgesetzt hat. Es ist für den Rechtscharakter der Haftung des Vorstandsmitglieds, die sich aus § 93 AktG ergibt, entscheidend, ob diese Pflichten aus dem Anstellungsvertrag oder aus der Bestellung folgen.

Die sich aus § 93 AktG ergebende Haftung beruht nicht auf dem Anstellungsvertrag, wie die Vertragstheorie behauptet, sondern auf der durch die Bestellung erhaltenen Organstellung des Vorstandsmitglieds.²² Da die gesetzlich normierte Hauptpflicht der eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft des Vorstandsmitglieds in § 76 Abs. 1 AktG die Wahrnehmung der durch die organisationsrechtlichen Normen begründeten Rechte und vor allem Pflichten, - seien sie im Aktiengesetz, seien sie in der Satzung oder in der Geschäftsordnung geregelt - erfordert und diese Pflicht mit der Zustimmung zur Bestellung

²¹ BGHZ 36, 142, 143; **Bauer, Jobst-Hibertus**, Rechtliche und taktische Probleme bei der Beendigung von Vorstandsverhältnissen, DB 1992 S. 141; **Hueck, Alfred**, Die Rechtsstellung der Mitglieder von Organen der juristischen Personen, DB 1954 S. 275; **Hueck, Götz**, Bemerkungen zum Anstellungsverhältnis von Organmitgliedern juristischer Personen, FS für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, München 1983, S. 368 ff.; **Veith, Günther**, Fehlerhafte Anstellung von Vorstandsmitgliedern, DB 1965 S. 807; **Dietel, Peter**, Der Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied bei Vertrauensentzug der Hauptversammlung Diss., Köln 1965 S. 5.

²² Zustimmend, **MünchHandAktG/ Wiesner, Georg**, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, 3. Aufl., München 2007, § 26 Anm. 3 S. 217; **Mertens**, § 93 Anm. 3 Kölner Komm.; **Hefermehl**, § 93 Anm. 8 Komm. AktG; **Schilling**, § 93 Anm. 3 Großkomm.; **Godin-Wilhelmi** § 93 Anm. 3 Aktiengesetz; **Hüffer**, § 93 Anm. 11 AktienG; **Schmidt, Karsten**, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Köln 1997, S. 823; **Kust, Egon**, Zur Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter, WM 1980 S. 758; **Reich, Norbert**, Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des faktischen Organmitglieds im Gesellschaftsrecht, DB 1967 S. 1663; **Sonnenberger, Hans-J.**, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit geschäftsführender Organe von Kapitalgesellschaften, GmbH-Rdsch 1973 S. 26 ff.; **Ebenroth, Carsten Thomas/ Lange, Knut Werner**, Die Sorgfaltspflichten und Haftung des Geschäftsführers einer GmbH nach § 43 GmbHG, GmbH-Rdsch. 1992 S. 70; **Meyer/ Meulenbergh/ Beuthien**, § 34 Anm. 2 GenGK; **Metz**, § 34 Anm. 2 GenG Komm.; **Müller**, § 34 Anm. 2 KommGenG; **GroßKomm/ Hopt**, § 93 Anm. 20; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. München 2004, § 93 Anm. 10.

automatisch ihm zufällt, können jene sämtlichen Organpflichten des Vorstandsmitglieds als gesetzlich begründete Pflichten qualifiziert werden. Infolgedessen müssen die Pflichtverletzungen der Vorstandsmitglieder nicht als Vertragswidrigkeiten, sondern als Gesetzesverstöße betrachtet werden.

IV. Beginn und Ende der Haftung des einzelnen Mitglieds des Vorstands

Die Frage, wann die Haftung des Vorstandsmitglieds anfängt, hat der Gesetzgeber offen gelassen. Sie lässt sich unter Berücksichtigung der Rechtsnatur der sich aus § 93 AktG ergebenden Haftung beantworten. Wie schon angeführt, besteht die Haftung des Vorstandsmitglieds kraft Gesetzes und beruht unmittelbar auf seiner Organstellung. Demnach beginnt die Haftung zu dem Zeitpunkt, zu dem das Vorstandsmitglied in die Organisation der AG eingegliedert worden ist und damit zugleich die von ihm zu erfüllenden Pflichten entstanden sind.²³ Dies ist dann der Fall, wenn das Vorstandsmitglied die Bestellung, also das Amt, annimmt.²⁴

V. Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder

1. Funktionen der Regelung von § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG

§ 93 AktG stellt an die Spitze seiner Vorschriften über Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder die Bestimmung: „Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.“ Mit dieser Regelung legt der Gesetzgeber einerseits den Sorgfaltsmaßstab fest. Nach diesem Maßstab des Verschuldens wird das Verhalten des einzelnen Mitglieds des Vorstands bemessen.²⁵

Andererseits schafft der Gesetzgeber in Verbindung mit § 93 Abs. 2 AktG eine selbständige Anspruchsgrundlage, also eine Pflicht des Vorstands: die Pflicht, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Wenn das Vorstandsmitglied die Sorgfaltspflicht verletzt, dann haftet es gegenüber der Gesellschaft. Die Bestimmung des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG hat somit eine *doppelte Funktion*²⁶.

²³ Vgl. *Godin-Wilhelmi*, § 93 Anm. 3 Aktiengesetz; *Golling, Hans-Joachim*, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder für Ihre Geschäftsführung innerhalb der nicht konzerngebundenen AG, Köln 1968 Diss. S. 26.

²⁴ *MünchHandAktG/ Wiesner*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. München 2007, § 26 Anm. 4.; *NomosKommAktG/ Pusch, Tobias*, in: Heidel, Thomas (Hrsg.) Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. Baden Baden 2010, § 93 Anm. 2.

²⁵ Vergleichbar mit dem Verschuldensmaßstab in § 276 BGB.

²⁶ Vgl. *Mertens*, § 93 Anm. 7 Kölner Komm.; *ders.*, § 43 Anm. 22 Hachenburg; *MünchHandAktG/ Wiesner*, § 26 Anm. 5 S. 218; *Raiser, Thomas*, Recht der

2. Das Verhältnis des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG zu anderen bürgerlich-, handels- und gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsbegriffen

a) Das Verhältnis des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG zu § 276 BGB

In § 276 BGB wird die Verantwortlichkeit des Schuldners vorgesehen. Die Vorschriften stellen keine selbständige Anspruchsgrundlage dar, sondern beinhalten die Begriffsbestimmung des Vertretenmüssens.²⁷ Demnach hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt, noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Dazu können andere Bestimmungen des BGB, so z.B. §§ 278, 279 ergänzend in Anwendung kommen. Ferner umschreibt der Gesetzgeber zugleich in § 276 den öfters im BGB erwähnten Begriff einer Haftungsvoraussetzung, nämlich den Begriff des Verschuldens. Folglich ist ein Verhalten als schuldhaft zu bezeichnen, wenn es vorsätzlich oder fahrlässig ist und keine Schuldausschließungsgründe bestehen. Diese Begriffsbestimmung des Verschuldens gilt nicht nur für das BGB, sondern sie findet im ganzen Privatrecht und sogar im öffentlichen Recht Anwendung.²⁸

Insofern hat das BGB jedoch offengelassen, was unter Vorsätzlichkeit zu verstehen ist. Er hat den Begriff der Fahrlässigkeit in § 276 Abs.1 Satz 2 BGB folgendermaßen legal definiert: „*die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt*“. Mit dieser Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit schafft der Gesetzgeber abweichend vom Strafrecht keinen individuellen, sondern einen auf allgemeine Verkehrsbedürfnisse ausgerichteten objektiven, abstrakten Sorgfaltsmaßstab²⁹, der für alle Rechtsverkehrsteilnehmer Geltung hat. Dies liegt in erster Linie im Gedanken des Vertrauensschutzes begründet.³⁰ Hier kommt es also darauf an, wie sich eine normale, ordentliche und gewissenhafte Person in der betreffenden Lage verhalten würde.³¹ Dagegen spielen aufgrund

Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., München 1992, § 14 Anm. 52 S. 104; **Dose, Stefan**, Die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Köln 1975, S. 111 ff.; **Hefermehl**, § 93 Anm. 9 Komm. AktG; **Hüffer**, Organpflichten und Haftung in der Publikums-Personengesellschaft, ZGR 1981 S. 350; **Meyer/ Meulenbergh/ Beuthien**, § 34 Anm. 7 GenGK.; **Koppensteiner, Hans-Georg**, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Aufl., München 1989, § 43 Anm. 1, 6 GmbHGKomm.

²⁷ Vgl. BGHZ 11, 80, 83; **Hanau**, im Münchener Kommentar zum BGB, Band II (§§241-432), 3. Aufl., München 1994, § 276 Anm. 1, 2; **Palandt/ Heinrichs**, Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl., München 2007, § 276 Anm. 1.

²⁸ Zum Anwendungsbereich ausführlich vgl. **Hanau**, § 276 Anm. 4 ff. Münchener BGB.

²⁹ RGZ 95, 16, 17; 119, 397, 400; BGHZ, 80, 186, 193.

³⁰ **Palandt/ Heinrichs**, § 276 Anm. 15..

³¹ **Battes** in: Erman, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I (§§ 1-853), 8. Aufl., Münster 1989, § 276 Anm. 20.

der objektiven und abstrakten Natur des Sorgfaltsmaßstabes die Fähigkeiten, Fachkenntnisse, Verstandeskkräfte, Erfahrungen u.s.w. des Schuldners für die Beurteilung der Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabes prinzipiell keine Rolle.

Im Unterschied zu § 276 BGB schafft § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG neben seiner Funktion als Verschuldensmaßstab eine selbständige Anspruchsgrundlage. Dagegen schreibt § 93 AktG anders als § 276 BGB weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit ausdrücklich vor, jedoch ist beiden Vorschriften das Prinzip der Verschuldenshaftung gemeinsam.

Der allgemeine, objektive Sorgfaltsmaßstab in § 276 BGB wird durch die nähere Bestimmung von § 93 AktG modifiziert und konkretisiert: Nach § 93 Abs.1 Satz 1 AktG haben sich die Vorstandsmitglieder so zu verhalten, wie es ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter tut. Hier stellt also das AktG den Sorgfaltmaßstab anders als das BGB auf einen bestimmten Personenkreis, nämlich auf den Geschäftsleiterkreis, ab. In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber im Vergleich zu § 276 BGB in § 93 AktG einen individuellen Sorgfaltsbegriff aufgestellt. Dieser Sorgfaltsbegriff geht logischerweise über die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ hinaus: Hier hat der Gesetzgeber den Fahrlässigkeitsmaßstab mit strengeren Anforderungen verschärft. Im Unterschied zu § 276 Abs. 2 BGB kann einem Vorstandsmitglied die Haftung wegen dieser verschärften Fahrlässigkeit im voraus nicht erlassen werden (weder durch die Satzung noch durch eine anstellungsvertragliche Vereinbarung).

Aus all diesen Differenzen zwischen § 276 BGB und § 93 AktG ergibt sich, dass § 93 Abs. 1 eine *lex specialis* hinsichtlich des Verschuldensmaßstabes im Verhältnis zu 276 Abs.1 Satz 1 BGB darstellt.³²

b) Das Verhältnis des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG zu § 347 HGB und zu § 241 Abs. 1 Satz 1 aHGB

Das HGB enthält in § 347 Abs.1 die Bestimmung über den Maßstab der anzuwendenden Sorgfalt, und zwar die „*eines ordentlichen Kaufmanns*“. Auch bei dieser Begriffsbestimmung des Sorgfaltsmaßstabes handelt es sich gegenüber dem in § 276 BGB erläuterten Sorgfaltsbegriff um eine Konkretisierung und zugleich angesichts des strengeren Maßstabes an Sorgfaltsanforderungen auch um eine Verschärfung. Das HGB verlangt hier nicht die Sorgfalt, die von jedermann anzuwenden ist, sondern die Sorgfalt, die „nach Lebenserfahrung ein ordentlicher Geschäftsmann regelmäßig anwendet, um seine eigenen oder fremden Geschäfte, deren Besorgung ihm obliegt, zu führen“. ³³ Die Generalklausel

³² Vgl. *Kust*, WM 1980 S. 759.

³³ RGZ 163, 200, 208, 209.

des § 347 HGB stellt dabei auf den jeweiligen Geschäftszweig³⁴ ab, in dem sich der betreffende Kaufmann betätigt.

Die überwiegende Ansicht des deutschen Schrifttums³⁵ geht heute zu Recht davon aus, dass die Sorgfalt eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ weiter geht als die eines „ordentlichen Kaufmannes“. Dieser Begriff der „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ hat zum ersten Mal seinen Platz im AktG von 1937 erhalten. Früher, als die Aktiengesellschaft noch im HGB geregelt war, enthielt § 241 Abs. 1 Satz. 1 aHGB die Bestimmung: „Die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden“.³⁶ Mit dieser Wortwahl in § 93 Abs.1 AktG die Sorgfalt eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ statt der eines „ordentlichen Kaufmanns oder Geschäftsmanns“ zu verlangen, bezieht sich der Gesetzgeber auf die alleinige, eigenverantwortliche und weisungsfreie Leitungsmacht des Vorstands über das fremde Kapital in § 76 AktG.³⁷ Dies bedeutet, dass sich die Leitungsmacht des Vorstandes mit seiner Sorgfaltspflicht somit zugleich mit seiner Verantwortung in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis befindet. Je umfangreicher seine Leitungsmacht und je größer seine Entscheidungsfreiheit ist, desto strenger sind die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht. Deswegen muss das Vorstandmitglied aufgrund seiner gehobenen Position in der Organisation der AG im Vergleich zum früheren Recht nicht die Sorgfalt eines beliebigen Geschäftsmanns oder Kaufmanns, sondern eine erhöhte Sorgfalt walten lassen.³⁸

³⁴ Vgl. beispielsweise § 429 HGB.

³⁵ Statt vieler vgl. **Kust**, WM 1980 S. 759; **Metz**, § 34 Anm. 16 GenG Komm.; **Schlegelberger-Quassowski**, § 84 Anm. 4 AktG Komm. 1937.

³⁶ Zum Begriff der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ausführlich vgl. **Wimpheimer, Heinrich**, Zum Begriff der Sorgfaltspflicht von Aufsichtsrat und Vorstand, FS für Albert Pinner, Berlin und Leipzig 1932, S. 637 ff.

³⁷ Vgl. **Meyer/ Meulenbergh/ Beuthien**, § 34 Anm. 7 GenGK; **Schilling**, § 84 Anm. 9 Großkomm. von 1937; **Baumbach-Hueck**, § 93 Anm. 6 AktG Komm.; **Dose**, S. 112.

³⁸ Vgl. **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 22; **HeidelbergerKommAktG/ Bürgers, Tobias / Israel**, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, Heidelberg 2008, § 93 Anm. 2; **Meyer/ Meulenbergh/ Beuthien**, § 34 Anm. 7 GenGK.; **Golling**, Diss. S. 30; **Saage, Gustav**, Die Haftung des Aufsichtsrates für wirtschaftliche Fehlentscheidungen des Vorstandes nach AktG, DB 1973 S. 118; **Schlegelberger-Quassowski**, § 84 Anm. 4 AktG Komm. 1937; **Gessler, Ernst**, Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz, JW 1937 S. 501; **Metz**, § 34 Anm. 16 ff. GenG Komm.; **Kust**, WM 1980 S. 760; **Lenze**, Diss. S. 88.

VI. Voraussetzungen der Haftung der Mitglieder des Vorstands

1. Allgemeine Bemerkungen

Das deutsche AktG räumt in § 93 den Schadenersatzanspruch wegen der Pflichtverletzung der Vorstandsmitglieder nur der Gesellschaft und den Gläubigern der Gesellschaft ein. Es wird jedoch einer bestimmten Minderheit der Aktionäre ein Anspruch auf Schadenersatz gewährt. Diese anspruchsberechtigte Minderheit muss also % 10 des Grundkapitals vertreten³⁹ (§ 147 Abs. 2 AktG). Die Minderheit kann beim Gericht beantragen, dass andere Personen als Vorstands- und Verwaltungsmitglieder zur Geltendmachung der Ansprüche bestellt werden. Neben der Gesellschaft, den Gläubigern und Minderheitaktionären können bestimmte Aktionäre beim Gericht wiederum die Zulassung beantragen, Schadenersatzansprüche der Gesellschaft im eigenen Namen, aber auf Zahlung an die Gesellschaft zu machen (§ 148 AktG)⁴⁰. Für die Zulassungsklage sind nur

³⁹ Auch die Aktionäre, deren anteiligen Betrag 1 Millionen Euro erreichen, haben die gleiche Position.

⁴⁰ **§ 148 AktG Klagezulassungsverfahren**

(1) Aktionäre, deren Anteile im Zeitpunkt der Antragstellung zusammen den einhundertsten Teil des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 100.000 Euro erreichen, können die Zulassung beantragen, im eigenen Namen die in § 147 Abs. 1 Satz 1 bezeichneten Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend zu machen. Das Gericht lässt die Klage zu, wenn

1. die Aktionäre nachweisen, dass sie die Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem sie oder im Falle der Gesamtrechtsnachfolge ihre Rechtsvorgänger von den behaupteten Pflichtverstößen oder dem behaupteten Schaden auf Grund einer Veröffentlichung Kenntnis erlangen mussten,

2. die Aktionäre nachweisen, dass sie die Gesellschaft unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben,

3. Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist, und

4. der Geltendmachung des Ersatzanspruchs keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen. (2) Über den Antrag auf Klagezulassung entscheidet das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, durch Beschluss. Ist bei dem Landgericht eine Kammer für Handelssachen gebildet, so entscheidet diese anstelle der Zivilkammer. Die Landesregierung kann die Entscheidung durch Rechtsverordnung für die Bezirke mehrerer Landgerichte einem der Landgerichte übertragen, wenn dies der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dient. Die Landesregierung kann die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltung übertragen. Die Antragstellung hemmt die Verjährung des streitgegenständlichen Anspruchs bis zur rechtskräftigen Antragsabweisung oder bis zum Ablauf der Frist für die Klageerhebung. Vor der Entscheidung hat das Gericht dem Antragsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Gegen die Entscheidung findet die sofortige Beschwerde statt. Die Rechtsbeschwerde ist ausgeschlossen. Die Gesellschaft ist im Zulassungsverfahren und im Klageverfahren beizuladen.

(3) Die Gesellschaft ist jederzeit berechtigt, ihren Ersatzanspruch selbst gerichtlich geltend zu machen; mit Klageerhebung durch die Gesellschaft wird ein anhängiges Zulassungs- oder

die Aktionäre, deren Anteile zusammen 1% des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 100.000 Euro erreichen, klageberechtigt.

Die Haftungsvoraussetzungen sowie die Konsequenzen, die aus der Haftung folgen, sind jedoch zum großen Teil unabhängig davon, wer von diesen Klageberechtigten den Anspruch auf den Schadenersatz geltend macht. Im Folgenden wird im Einzelnen auf die Fragen der Voraussetzungen der Verantwortlichkeit der Mitglieder des Vorstands bei der Gesellschaftsklage eingegangen; die diesbezüglichen Ausführungen finden prinzipiell aber auch auf die Gläubiger- und Aktionärsklage Anwendung.

2. Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen

a) Schaden

Das Vorliegen eines Schadens ist erste und entscheidendste Voraussetzung für das Entstehen des Verantwortlichkeitsanspruchs. Dies gilt bekanntlich sowohl im vertraglichen als auch im deliktischen als auch im aktienrechtlichen Schadenersatzrecht des deutschen Rechtssystems. Die Unabdingbarkeit des Vor-

Klageverfahren von Aktionären über diesen Ersatzanspruch unzulässig. Die Gesellschaft ist nach ihrer Wahl berechtigt, ein anhängiges Klageverfahren über ihren Ersatzanspruch in der Lage zu übernehmen, in der sich das Verfahren zur Zeit der Übernahme befindet. Die bisherigen Antragsteller oder Kläger sind in den Fällen der Sätze 1 und 2 beizuladen.

(4) Hat das Gericht dem Antrag stattgegeben, kann die Klage nur binnen drei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung und sofern die Aktionäre die Gesellschaft nochmals unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben, vor dem nach Absatz 2 zuständigen Gericht erhoben werden. Sie ist gegen die in § 147 Abs. 1 Satz 1 genannten Personen und auf Leistung an die Gesellschaft zu richten. Eine Nebenintervention durch Aktionäre ist nach Zulassung der Klage nicht mehr möglich. Mehrere Klagen sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

(5) Das Urteil wirkt, auch wenn es auf Klageabweisung lautet, für und gegen die Gesellschaft und die übrigen Aktionäre. Entsprechendes gilt für einen nach § 149 bekannt zu machenden Vergleich; für und gegen die Gesellschaft wirkt dieser aber nur nach Klagezulassung.

(6) Die Kosten des Zulassungsverfahrens hat der Antragsteller zu tragen, soweit sein Antrag abgewiesen wird. Beruht die Abweisung auf entgegenstehenden Gründen des Gesellschaftswohls, die die Gesellschaft vor Antragstellung hätte mitteilen können, aber nicht mitgeteilt hat, so hat sie dem Antragsteller die Kosten zu erstatten. Im Übrigen ist über die Kostentragung im Endurteil zu entscheiden. Erhebt die Gesellschaft selbst Klage oder übernimmt sie ein anhängiges Klageverfahren von Aktionären, so trägt sie etwaige bis zum Zeitpunkt ihrer Klageerhebung oder Übernahme des Verfahrens entstandene Kosten des Antragstellers und kann die Klage nur unter den Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 Satz 3 und 4 mit Ausnahme der Sperrfrist zurücknehmen. Wird die Klage ganz oder teilweise abgewiesen, hat die Gesellschaft den Klägern die von diesen zu tragenden Kosten zu erstatten, sofern nicht die Kläger die Zulassung durch vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtigen Vortrag erwirkt haben. Gemeinsam als Antragsteller oder als Streitgenossen handelnde Aktionäre erhalten insgesamt nur die Kosten eines Bevollmächtigten erstattet, soweit nicht ein weiterer Bevollmächtigter zur Rechtsverfolgung unerlässlich war.

liegens eines Schadens folgt aus dem Grundgedanken des Schadenersatzrechts, wonach die Schadenersatzleistung des Schädiger an den Geschädigten „die entstandenen Nachteile“ ausgleichen soll. Sie hat dagegen keine pönale Funktion, die etwa nur begangenes Unrecht bestraft. Ohne Schaden gibt es keinen Schadensersatz.⁴¹

Nach § 93 AktG setzt die Ersatzpflicht eines Vorstandsmitglieds wegen Pflichtverletzung voraus, dass dadurch die Gesellschaft einen Schaden erlitten hat. Für diesen Schadensbegriff sind grundsätzlich die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB maßgeblich.⁴² Demnach handelt es sich hierbei gemäß der Bestimmung von § 251 BGB prinzipiell um den Vermögensschaden, d.h. eine in Geld berechenbare und durch eine Geldleistung wiedergutzumachende Einbuße am Vermögen.⁴³ Für die rechtliche Beurteilung des Vermögensschadens geht sowohl die Rechtsprechung⁴⁴ als auch die Literatur⁴⁵ von der sog. Differenzhypothese (bzw. Differenzmethode) aus. Demnach liegt ein Vermögensschaden vor, wenn der gegenwärtige tatsächliche Wert des Vermögens geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis haben würde. Nach dieser Differenzmethode gehört aber zu dem zu ersetzenden Schaden auch der entgangene Gewinn⁴⁶ des Geschädigten (der Gesellschaft), den die Gesellschaft durch das pflichtgemäße Verhalten des Vorstandsmitglieds erhalten hätte.

In der deutschen Literatur ist jedoch umstritten, ob jede festgestellte Einbuße am Gesellschaftsvermögen als Schaden zu qualifizieren ist. Nach heute überwiegender Ansicht in der Literatur stellt nicht jede Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens einen Schaden dar, es wird angesichts der Eigenart der

⁴¹ Demnach kann also ohne herbeigeführte Nachteile logischerweise deren Wiedergutmachung nicht verlangt werden.

⁴² Vgl. *Hüffer*, § 93 Anm. 15 AktienG; *Koppensteiner*, § 43 Anm. 20 GmbHGKomm. So auch OLG Düsseldorf, AG 1997 S. 231, 237.

⁴³ § 251 Schadensersatz in Geld ohne Fristsetzung.

(1) Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen.

(2) Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen sind nicht bereits dann unverhältnismäßig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen.

⁴⁴ BGHZ 27, 181, 183, 184; 40, 345, 347; 45, 212, 218; 54, 45, 52; BGH, NJW 1978, S. 262, 263, 264.

⁴⁵ *Palandt/Heinrichs*, Vorbem. v. § 249 Anm. 8.; *Sirp*, § 249 Anm. 8 ff. Erman BGB; *Brox, Hans*, Allgemeines Schuldrecht, 23. Aufl., München 1996, Anm. 320 S. 185 ff.

⁴⁶ Vgl. *Mertens*, § 93 Anm. 24 Kölner Komm.; *MüchHandAktG/ Wiesner*, § 26 Anm. 10 S. 220; *Roth, Holger/ Altmeyen, Günther*, Kommentar, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Aufl., München 1997, § 43 Anm. 42.

unternehmerischen Betätigung vielmehr auf die Zweckwidrigkeit der Vermögensminderung abgestellt.⁴⁷ Demnach ist der ersatzpflichtige Schaden im Sinne von § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG eine dem Unternehmenszweck widersprechende Minderung des Gesellschaftsvermögens.⁴⁸ Insofern ist der Schaden mangels der Zweckwidrigkeit der Vermögensminderung etwa bei den Sozialaufwendungen, so zum Beispiel bei den dem Arbeitnehmer im Notfall in vertretbarem Rahmen gezahlten Übergangsgeldern sowie bei akzeptablen Ausgaben für einen Betriebsausflug⁴⁹, nicht gegeben.⁵⁰

Der vom Vorstandsmitglied zu ersetzende Schaden, d.h. - zweckwidrige - Vermögensminderung bzw. entgangener Gewinn, ergibt sich also im deutschen Aktienrecht aus der Differenz zwischen der gegenwärtigen Gesamtlage des Vermögens der Gesellschaft und der hypothetischen bei pflichtgemäßem Verhalten des Vorstandsmitglieds bestehende Lage des gesamten Gesellschaftsvermögens.⁵¹ Für die Beurteilung der Frage nach dem Vermögensschaden der Gesellschaft ist jedoch die Vermögenslage der Aktionäre, d.h. ob sie infolge der Vermögenseinbuße der Gesellschaft auch ihrerseits eine Vermögensminderung erlitten haben oder ob sie sogar davon profitiert haben, völlig irrelevant.⁵²

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Berechnung des Vermögensschadens der Gesellschaft ist allerdings der Zeitpunkt der Schadensfeststellung, zu dem aber zukünftige Entwicklungen vorweggenommen werden dürfen.⁵³ Dieser Zeitpunkt ist im Prozess derjenige der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung.⁵⁴

⁴⁷ Vgl. **Mertens**, § 93 Anm. 23 Kölner Komm.; **ders.**, § 43 Anm. 60 Hachenburg; **Hefermehl**, § 93 Anm. 28 Komm. AktG; **MünchHandAktG/ Wiesner**, § 26 Anm. 10 S. 220; **Hübner, Ulrich**, Managerhaftung, München 1992, S. 13; **Zöllner**, § 43 Anm. 13 a GmbH-Gesetz.

⁴⁸ Gegen diesen eingeschränkten Schadensbegriff neuerdings vgl. **Hüffer**, § 93 Anm. Anm. 15, 17; **GroßKommAktG/ Hopt**, § 93 Anm. 262, 263; **HeidelbergerKommAktG/ Bürgers/ Israel**, § 93 Anm. 22; **NomosKommAktG/ Pusch** § 93 Anm. 100.

⁴⁹ Wie **Mertens/Cahn** zu Recht ausführen, fallen unter den Begriff des Schadens auch nicht die Ausgaben des Unternehmens für dauerhafte Sicherung der Umweltstabilisierung oder die Investitionen für die Forschung oder gesetzlich nicht für einen gesetzlich nicht vorgesehenen besseren Umweltschutz. Vgl. **KölnerKommAktG/ Mertens/ Cahn**, Kölner Kommentar zum Aktienrecht, 3. Aufl. Köln 2009, § 93 Anm. 59.

⁵⁰ **Hefermehl**, § 93 Anm. 28 Komm. AktG.

⁵¹ BGH, NJW-RR 2005, 611; **HeidelbergerKommAktG/ Bürgers/ Israel**, § 93 Anm. 22; **GroßKomm/ Hopt**, § 93 Anm. 261; **MünchHandAktG/ Wiesner**, § 93 Anm. 7; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 79.

⁵² So auch **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 79.

⁵³ **Mertens**, § 93 Anm. 24 Kölner Komm.

⁵⁴ BGH, NJW 1978 S. 262, 263.

b) Widerrechtlichkeit bzw. Pflichtwidrigkeit und Rechtfertigungsgründe

aa) Widerrechtlichkeit bzw. Pflichtwidrigkeit

Sowohl im deliktischen als auch vertraglichen Schadenersatzrecht reicht allein das Vorliegen eines Schadens für die Begründung einer Verantwortlichkeit des Schädigers nicht aus, hinzukommen muss weiter die Widerrechtlichkeit der schädigenden und schuldhaften Handlung oder Unterlassung. Die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit gilt gleichermaßen im aktienrechtlichen Schadenersatzrecht: Ist der Schaden etwa trotz der sorgfältigen und gewissenhaften Geschäftsführung der betreffenden Organpersonen entstanden, so können sie auf Ersatz des eingetretenen Schaden nicht verklagt werden. Das Verhalten der Organmitglieder muss also nicht nur einen Schaden gestiftet haben, sondern auch noch als widerrechtlich zu bewerten sein.

Im deutschen Aktienrecht ist das Haftungstatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit des Verhaltens eines Vorstandsmitglieds erst dann gegeben, wenn es durch sein Verhalten die ihm obliegenden Pflichten verletzt. Im Aktienrecht lassen sich die Verpflichtungen der Vorstandsmitglieder hauptsächlich in zwei Arten gliedern⁵⁵: auf der einen Seite die den Vorstandsmitgliedern durch den Anstellungsvertrag zugeschriebenen Vorstandspflichten, auf der anderen Seite die auf der Organstellung beruhenden Pflichten: Diese organschaftlichen Pflichten ergeben sich hauptsächlich aus dem Aktiengesetz, aus der Satzung sowie der Geschäftsordnung des Vorstands.

Die gesetzlichen Hauptpflichten⁵⁶ der Vorstandsmitglieder sind die Sorgfaltspflicht und die Treuepflicht⁵⁷. Diese beiden Pflichten bestehen gegenüber

⁵⁵ Vgl. Spindler/ Stilz/ Fleischer, Kommentar zum Aktienrecht, München 2007, § 93 Anm. 188, 189; MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler, § 93 Anm. 68; HeidelbergerKommAktG/ Bürgers/ Israel, § 93 Anm. 19.

⁵⁶ Spindler/ Stilz/ Fleischer, § 93 Anm. 188; MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler, § 93 Anm. 69.

⁵⁷ Die Treuepflicht des Vorstands tritt als eine weitere gesetzliche Pflicht in § 88 Abs. 1 AktG in Erscheinung: Wettbewerbsverbot. Demnach dürfen die Vorstandmitglieder mit Ihrer AG nicht in geschäftliche Konkurrenz treten. Widrigenfalls haften Sie für den daraus entstandenen Schaden. Aus der Treuepflicht lässt sich die Verschwiegenheitspflicht herleiten, § 93 Abs. 1 AktG.

§ 88 AktG, Wettbewerbsverbot

(1) Die Vorstandsmitglieder dürfen ohne Einwilligung des Aufsichtsrats weder ein Handelsgewerbe betreiben noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Sie dürfen ohne Einwilligung auch nicht Mitglied des Vorstands oder Geschäftsführer oder persönlich haftender Gesellschafter einer anderen Handelsgesellschaft sein. Die Einwilligung des Aufsichtsrats kann nur für bestimmte Handelsgewerbe oder Handelsgesellschaften oder für bestimmte Arten von Geschäften erteilt werden.

(2) Verstößt ein Vorstandsmitglied gegen dieses Verbot, so kann die Gesellschaft Schadenersatz fordern. Sie kann stattdessen von dem Mitglied verlangen, dass es die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten

der Gesellschaft. Ferner haben die Vorstandsmitglieder die Kapitalerhaltungspflichten. Diese Pflichten kommen in diversen Vorschriften des AktG als Verbote zum Ausdruck, wie z.B. Einlagenrückgewährverbot (§ 57 Abs. 1 AktG), Auszahlungsverbot (§ 230 AktG), Verbot der Zinsen und Gewinnanteile entgegen den Bestimmungen zur Gewinnverwendung. Die Verstöße gegen diese Kapitalerhaltungspflichten sind in § 93 Abs. 3 in neun Tätbeständen sanktioniert.⁵⁸ Liegt eine dieser konkretisierten Pflichtverstöße vor, so ist von einem Schaden der Gesellschaft auszugehen.

Neben diesen Pflichten gibt es auch weitere gesetzliche Vorstandspflichten, die den anderen Organen gegenüber bestehen, wie zum Beispiel Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat (§ 90 AktG) oder Verlustanzeigepflicht gegenüber der Hauptversammlung (§ 92 Abs. 1, 2)⁵⁹. Diese Pflichten beruhen jedoch auf der Organstellung und bestehen daher im Prinzip auch der Gesellschaft gegenüber.⁶⁰

Die Pflichtverletzung eines Vorstandsmitglieds kann in einem aktiven Tun oder passiven Unterlassen bestehen. Insofern führt etwa die Vernachlässigung der im Gesetz ausdrücklich geregelten Pflicht der ordnungsgemäßen Buchführung (§ 91 AktG) genauso zur Schadensersatzpflicht wie der Verlust angesichts des Kaufs eines unverhältnismäßig riskanten Grundstücks. In beiden Fällen ist bekanntermaßen die Voraussetzung der Pflichtwidrigkeit (bzw. Widerrechtlichkeit) des Verhaltens erfüllt.

lässt und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgibt oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtritt.

⁵⁸ § 93 Abs. 3 AktG: Die Vorstandsmitglieder sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen diesem Gesetz

1. Einlagen an die Aktionäre zurückgewährt werden,
2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnanteile gezahlt werden,
3. eigene Aktien der Gesellschaft oder einer anderen Gesellschaft gezeichnet, erworben, als Pfand genommen oder eingezogen werden,
4. Aktien vor der vollen Leistung des Ausgabebetrags ausgegeben werden,
5. Gesellschaftsvermögen verteilt wird,
6. Zahlungen entgegen § 92 Abs. 2 geleistet werden,
7. Vergütungen an Aufsichtsratsmitglieder gewährt werden,
8. Kredit gewährt wird,
9. bei der bedingten Kapitalerhöhung außerhalb des festgesetzten Zwecks oder vor der vollen Leistung des Gegenwerts Bezugsaktien ausgegeben werden.

⁵⁹ Der Vorstand hat die Hauptversammlung einzuberufen, sofern ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals abzusehen ist. Bei Zahlungsunfähigkeit der AG hat er spätestens jedoch nach drei Wochen, Insolvenzantrag zu stellen.

⁶⁰ Vgl. **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 68.

bb) Ausschluss der Pflichtverletzung

Die Vorstandsmitglieder haben unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters die Geschäfte der Gesellschaft eigenverantwortlich zu leiten. Im komplexen Wirtschaftsleben muss der Vorstand öfters auch mit Risiko behaftete Geschäfte vornehmen können. Die Frage, ob allein die Gewagtheit eines riskanten Geschäfts die Pflichtwidrigkeit und das Verschulden darstellen kann, war in der Literatur lange Zeit strittig. Anknüpfend an einer BGH-Entscheidung⁶¹ wurde die Problematik mit der Gesetzesänderung im Jahre 2004 folgendermaßen gelöst:

Ausweislich § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG „*liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.*“ Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine gesetzliche unwiderlegbare Vermutung für ein pflichtmäßiges Handeln des Vorstands.⁶² Mit dieser Norm hat der Gesetzgeber das US-amerikanische Rechtsinstitut der sog. **Business Judgement Rule** ins deutsche Recht transformiert.

Wenn die Voraussetzungen der gesetzlichen Vermutung in § 93 Abs. 1 Satz 2 gegeben sind, so ist das Verhalten des Vorstands nicht rechtswidrig und mithin ist die Haftung des Vorstands ausgeschlossen. Diese Voraussetzungen sind in der Regierungsbegründung⁶³ näher umschrieben: Demnach gilt folgendes:

(1) Es muss eine unternehmerische Entscheidung vorliegen. (2) Das Vorstandsmitglied muss annehmen dürfen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. (3) Das Vorstandsmitglied muss ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse (4) auf der Grundlage angemessener Informationen (5) und schließlich im guten Glauben gehandelt haben.

cc) Rechtfertigungsgründe

Im Zivilrecht allgemein liegt die Tatbestandsmäßigkeit des widerrechtlichen, schuldhaften, schadenstiftenden Verhaltens vor, solange keine Rechtfertigungsgründe, d.h. kein Erlaubnissatz eintritt. Als Rechtfertigungsgründe kommen hierbei Notwehr, Notstand, erlaubte Selbsthilfe, rechtmäßig ausgeübte öffentliche Gewalt, Geschäftsführung ohne Auftrag und Einwilligung des Geschädigten in Betracht. Hinsichtlich des aktienrechtlichen Schadenersatzrechts ist letztere äußerst bedeutsam.

⁶¹ BGH, NJW 1997, 1926.

⁶² Vgl. Statt vieler **HeidelbergerKommAktG/ Bürgers/ Israel**, § 93 Anm. 9; **Hüffer**, § 93 Anm. Anm. 4d.

⁶³ RegE zum UMAG vom 07.01.2005, BT-Drucks. 3/05, S.18.

Im allgemeinen zivilrechtlichen Sinne beseitigt die Einwilligung des Geschädigten die Widerrechtlichkeit und es fehlt somit ein Element für die Entstehung eines Schadenersatzanspruches. Die Widerrechtlichkeit kann jedoch aufgrund der Einwilligung als rechtsgeschäftliche Handlung nur dann ausgeschlossen oder aufgehoben werden, wenn der Einwilligende über das jeweilige Recht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen frei verfügen kann⁶⁴. Ob dies der Fall ist, wird nach den Vorschriften von §§ 134, 138 BGB bestimmt. Demnach ist die Einwilligung z.B. in die Tötung gemäß den obigen Vorschriften ungültig und die Handlung bleibt weiterhin widerrechtlich.

Der Ausschluss der Pflichtwidrigkeit (Widerrechtlichkeit) kann dagegen im konkreten aktienrechtlichen Haftungsfall derart in Erscheinung treten, dass die Gesellschaft als Geschädigte in das schädigende, rechtswidrige Verhalten des Mitglieds des Vorstands einwilligt. Dies ist dann der Fall, wenn die Hauptversammlung als willensbildendes Organ der Gesellschaft durch ihren Beschluss in Kenntnis der Verhältnisse der pflichtwidrigen Handlung des Verantwortlichen zugestimmt hat und nach Gesetz und Statut zustimmen durfte.⁶⁵ Insoweit enthält das deutsche Aktienrecht in § 93 Abs. 4 Satz 1 die positive Bestimmung darüber, dass die *„Ersatzpflicht der Gesellschaft gegenüber nicht eintritt, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht“*. Wie auch aus dem Wortlaut dieser Bestimmung zu folgern ist, setzt dabei die Beseitigung der Pflichtwidrigkeit durch Einwilligung voraus, dass der einwilligende Beschluss der Hauptversammlung (Generalversammlung) weder nichtig noch wegen Verstoßes gegen Gesetz oder Satzung anfechtbar sein soll. In diesem Fall ist das Verhalten des Organmitglieds nur gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären nicht pflichtwidrig. Es bleibt dagegen die Pflichtwidrigkeit und damit zugleich die Verantwortung im Verhältnis der Gläubiger bestehen, sofern sie infolge der Ausführung des Beschlusses einen Schaden erlitten haben. Dies folgt aus dem eindeutigen Wortlaut des § 93 Abs. 5 Satz 3 AktG.

Zum Schluss kann hinsichtlich der Widerrechtlichkeit darauf hingewiesen werden, dass für die Haftung immer ein pflichtwidriges Verhalten als „Mitglied des Vorstands vorausgesetzt ist.“⁶⁶ Die Abstimmung in der Hauptversammlung

⁶⁴ Vgl. **Bürgi, F. Wolfhart/ Nordmann-Zimmermann**, U, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V5b3, Art. 753/754 Anm. 83 (Im Folgenden: Züricher Komm.); **Schellhammer, Kurt**, Zivilrecht nach Anspruchsgrundlage, Heidelberg 1994, Anm. 988 S. 368; **Larenz**, Schuldrecht II, Besonderer Teil, § 71 S. 594.

⁶⁵ **Bürgi**, Art 753/754 Anm. 84 Züricher Komm.

⁶⁶ Zu den Beispielen des pflichtwidrigen Verhalten des Verwaltungsratsmitglieds aus der schweizerischen Gerichtspraxis vgl. **Forstmoser**, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nach Schweizerischem Recht – Risiken und Möglichkeiten ihrer Vermeidung, LJZ 1984 S. 7 ff.; **ders.**, Aktienrecht § 37 Anm. 21 ff. S. 443 ff.; **Burckhardt, Mathias**, Die Pflichten und

des Vorstandsmitglieds als Aktionär oder Ausübung weiterer Aktionärsrechte können keinesfalls als pflichtwidrige Handlung des Vorstandsmitglieds betrachtet werden, auch wenn sie gegen Gesellschaftsinteressen verstoßen.

c) Verschulden

Sowohl das deliktische (§ 823 ff. BGB) als auch das vertragliche Schadensersatzrecht (§ 280 Abs. 1 BGB) setzt prinzipiell für die Haftbarmachung des Schädigers ein Verschulden voraus. Nur ausnahmsweise kann jemand zur Verantwortung gezogen werden, obwohl ihn am Entstehen des Schadens kein Verschulden trifft; zu diesen Ausnahmefällen gehört etwa die Gefährdungshaftung (§ 84 Arzneimittelgesetz).

Auch die aktienrechtliche Haftung nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG setzt ausdrücklich neben der Pflichtwidrigkeit weiterhin die Schuldhaftigkeit des Verhaltens vom Vorstandsmitglied voraus.

Im deutschen Recht hat das Verschulden eine subjektive und eine objektive Seite. Demnach setzt die Ersatzpflicht vorab gemäß § 827 BGB die Verschuldensfähigkeit des Ersatzpflichtigen voraus, damit ihm seine schädigende, widerrechtliche Handlung zugerechnet werden kann. Dies bildet die subjektive Seite des Verschuldens.

Die Rechtsordnung verlangt allgemein, dass jedermann sich nach einem unter den gegebenen Verhältnissen als angebracht gedachten Durchschnittsverhalten verhält. Die objektive Seite des Verschuldens knüpft hierbei an konkretes schadenstiftendes Verhalten an, das von diesem herangezogenen Durchschnittsverhalten (Normalverhalten) abweicht.⁶⁷ Die Abweichung von als angebracht gedachtem Durchschnittsverhalten kann sich hingegen in zwei Formen aufzeigen: Vorsatz bzw. Absicht und Fahrlässigkeit.

Nach dem auch für das Aktienrecht geltenden Grundsatz in § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB hat im deutschen Aktienrecht das Vorstandsmitglied gleichfalls Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

In der deutschen Rechtsordnung findet sich keine Legaldefinition des Vorsatzes. Nach herrschender Lehre versteht man aber unter Vorsatz „das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges“.⁶⁸ Demnach setzt also der Vorsatz zwei Elemente voraus: ein Wissens- und ein Willenselement. Um den Vorsatz zu bejahen, muss der Handelnde mit dem rechtswidrigen Erfolg seines Verhaltens gerechnet und ihn billigend in Kauf genommen haben und trotzdem so und

die Verantwortlichkeit der Verwaltung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem, französischem und deutschem Recht, Diss., Basel 1969, S. 147 Fn. 30.

⁶⁷ Vgl. *Oftinger, Karl*, Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I, 4. Aufl., Zürich 1975 S. 141.

⁶⁸ Statt vieler vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 276 Anm. 10; *Battes*, § 276 Anm. 16 Erman BGB.

nicht anders gehandelt haben. Dagegen ist es nicht unbedingt erforderlich, dass der Erfolg unmittelbar gewünscht oder beabsichtigt war.⁶⁹ In diesem Fall spricht man von *dolus eventualis* (bedingter Vorsatz). Dolus eventualis hat jedoch keine große praktische Bedeutung im Rahmen der aktienrechtlichen Schadenersatzpflicht, da hier für jedes Verschulden haftet wird. Dolus eventualis kommt bei Pflichtverletzungen der Organperson der Gesellschaft insbesondere in Form von Unterlassung öfters in Frage, wenn etwa die Organperson wegen ungenügender Aufklärung des Sachverhalts eine Pflicht zum Tätigwerden nicht erkennen kann, jedoch damit rechnet, dass sie bei der anständigen Aufklärung des Sachverhalts eine Pflicht zum Tätigwerden erkennen könnte und sie die eventuelle Pflichtverletzung billigend in Kauf nimmt.⁷⁰

Die zweite Art des Verschuldens ist die Fahrlässigkeit. Der Begriff der Fahrlässigkeit ist, wie bereits erwähnt, im deutschen Recht in § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB als „*Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt*“ definiert. Wie schon ausgeführt, ist der Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gesetzlich für das Aktienrecht explizit festgeschrieben. Danach liegt die Fahrlässigkeit im aktienrechtliche Haftungsrecht nach deutschem Recht darin, dass das Vorstandsmitglied bei der Erfüllung seiner Pflichten die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters außer Acht lässt (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG).

Mit diesen Bestimmungen schafft der Gesetzgeber im Gegensatz zum Strafrecht einen *objektivierten, typisierten*⁷¹ Fahrlässigkeitsbegriff. Demnach bestimmt sich die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nach den konkreten Anforderungen der von ihm wahrzunehmenden jeweiligen Aufgabe.⁷² Das Vorstandsmitglied muss entsprechende Fähigkeiten, Kenntnisse –gegebenenfalls die Erfahrung – welche für den ihm anvertrauten Geschäftsbereich objektiv erforderlich ist, aufweisen können⁷³. Die mangelnden Fähigkeiten und Kenntnisse, die dem verlangten Standard nicht genügen, sind von daher grundsätzlich nicht als Entschuldigungsgrund zulässig.⁷⁴ Insofern ist

⁶⁹ Vgl. **Palandt/Heinrichs**, § 276 Anm. 10; **Battes**, § 276 Anm. 16 Erman BGB.; **Eren, Fikret**, Borclar Hukuku, Genel Hükümler C II, 4. Aufl., Istanbul 1994, S. 117.

⁷⁰ **Müller**, § 34 Anm. 22 KommGenG.

⁷¹ **Hüffer**, § 93 Anm. 14; **MünchHandAktG/ Wiesner**, § 93 Anm. 9; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 82.

⁷² Vgl. **KölnerKommAktG/ Mertens/ Cahn**, § 93 Anm. 136; **GroßKomm/ Hopt**, § 93 Anm. 255; **MünchHandAktG/ Wiesner**, § 93 Anm. 9; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 82.

⁷³ Vgl. vorangegangene Fußnote.

⁷⁴ Vgl. dafür ausführlich **Temel, Erhan**, Die Aktienrechtliche Haftung der Mitglieder des Vorstands/Verwaltungsrates einer konzerunabhängigen Aktiengesellschaft nach deutschem

es aber nicht auszuschließen, dass sich die Modalitäten der Erfüllung einer plötzlich entstandenen Aufgabe des Organmitglieds seiner Kenntnis entziehen können. In einem solchen Fall ist es die Pflicht des Organmitglieds, sachkundigen Rat einzuholen; er kann jedoch entschuldigt sein, sofern dafür keine Zeit bleibt, weil die Situation sofortiges Handeln erfordert.⁷⁵

Zwei Grade der Fahrlässigkeit lassen sich im Aktienrecht unterscheiden: die grobe Fahrlässigkeit und leichte (einfache) Fahrlässigkeit. Die grobe Fahrlässigkeit ist dann gegeben, wenn das Mitglied des Vorstands die ihm zuzumutende Sorgfalt in besonders schwerem Maß verletzt und nicht beachtet hat, was jedem Mitglied des Vorstands in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen.⁷⁶ Dagegen liegt leichte Fahrlässigkeit vor, wenn die besonderen Merkmale der groben Fahrlässigkeit nicht erfüllt sind.⁷⁷

Der Unterscheidung zwischen den Graden der Fahrlässigkeit kommt im türkischen und schweizerischen Aktienrecht keine Bedeutung zu, während ihr das deutsche Aktiengesetz erhebliche praktische Bedeutung beimisst. Demnach können die Vorstandsmitglieder dem Gläubiger gegenüber außer den in § 93 Abs. 3 AktG aufgelisteten Fällen nur für grobe Verletzung der aktienrechtlichen Sorgfalt zur Verantwortung gezogen werden, während sie der Gesellschaft gegenüber für jede Fahrlässigkeit (d.h. auch für leichte Fahrlässigkeit) haften.

d) Kausalität

Für die Haftung der Vorstandsmitglieder ist die letzte Voraussetzung ein Kausalzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen und schuldhaften Verhalten des Organmitglieds (Vorstandsmitglieds) und dem eingetretenen Schaden. Er stellt die Beziehung zwischen Ursache und Wirkung dar. Relevant ist aber für das Schadenersatzrecht im Unterschied zur Naturwissenschaft nicht jeder Zusammenhang zwischen der Ursache (dem pflichtwidrigen Verhalten) und der Wirkung (dem Schaden). Um sehr entfernte Folgen auszuschließen, hat man insofern in der Rechtswissenschaft zunächst einen juristischen Kausalbegriff aufgestellt: „adäquater Kausalzusammenhang“. Die heute wohl herrschende zivilrechtliche Lehre geht von diesem „adäquaten Kausalzusammenhang“ aus.

und türkischem Recht, unter Berücksichtigung des alten und revidierten schweizerischen Obligationenrecht, Frankfurt usw. 2001, S. 85 ff.

⁷⁵ Vgl. **Mertens**, § 93 Anm. 99 Kölner Komm.; ders., § 43 Anm. 56 Hachenburg; **Hefermehl**, § 93 Anm. 29 Komm. AktG; **MünchHandAktG/ Wiesner**, § 26 Anm. 11 S. 220.

⁷⁶ Vgl. **Palandt/ Heinrichs**, § 277 Anm. 4; **Battes**, § 276 Anm. 70 Erman BGB.

⁷⁷ **Palandt/ Heinrichs**, § 276 Anm. 14.

Im deutschen Recht wurde der adäquate Zusammenhang wohl zum ersten Mal durch das Reichsgericht⁷⁸ formuliert, und der BGH⁷⁹ und die Doktrin⁸⁰ haben sich dieser Formulierung angeschlossen. Danach liegt ein adäquater Zusammenhang vor, „wenn ein Verhalten oder Ereignis im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge ganz außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolges geeignet ist.“

Diese Begriffsbestimmung der adäquaten Kausalität gelten allgemein auch für die aktienrechtliche Schadenersatzpflicht.⁸¹ Die Voraussetzung des Kausalzusammenhangs liefert also für viele Haftungstatbestände keine besonderen aktienrechtlichen Probleme. Im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Haftung ist jedoch allgemein nahegelegt, dass an den Beweis des Kausalzusammenhangs keine hohen Anforderungen gestellt werden.⁸² Demnach muss es genügen, wenn der Nachweis einer hohen Wahrscheinlichkeit erbracht wird.⁸³

Für die aktienrechtliche Haftung ist es nicht erforderlich, dass das Verhalten des in Anspruch genommen Mitglieds die alleinige Ursache des Schadens darstellt.⁸⁴ Vielmehr ist es ausreichend, dass seine Pflichtwidrigkeit eine Teilursache bildet. Dagegen kann sich das Vorstandsmitglied auf rechtmäßiges Alternativverhalten berufen und der Haftung entziehen⁸⁵. Dafür trägt der Beklagte alleinige Darlegungs- und Beweislast. Demnach muss das Vorstandsmitglied einen sicheren Nachweis erbringen, dass der Schaden beim rechtmäßigen Alter-

⁷⁸ RGZ 78, 270, 272; 133, 126, 127; 142, 383, 388; 170, 129, 136.

⁷⁹ BGHZ 3, 261, 267; 7, 198, 204; 57, 137, 141.

⁸⁰ **Palandt/ Heinrichs**, Vorbem. v. § 249 Anm. 58 ff.; **Medicus, Dieter**, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 1996, § 54 S. 276 ff.; **Larenz, Karl**, Lehrbuch des Schuldrechts Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, § 27 S. 435 ff.

⁸¹ **GroßKomm/ Hopt**, § 93 Anm. 266; **MünchHandAktG/ Wiesner**, § 93 Anm. 8; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 81.

⁸² BGE 59 II 451; 76 II 319; 93 II 29; **Forstmoser**, Verantwortlichkeit Anm. 269 S. 98; **Bürgi**, Art. 753/754 Anm. 86 Züricher Komm.; **Schiess, Maya**, Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs, Diss., Zürich 1978, S. 50; **Hober, Felix**, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Diss., Zürich 1986, S. 26.

⁸³ **Meier-Wehrli, Jörg**, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäß Art. 754 ff. OR/ 41 ff. BkG, Diss., Zürich 1968, S. 79; Burckhardt, Diss. S. 139.

⁸⁴ **Forstmoser**, Verantwortlichkeit S. 100 Anm. 270; **Horber**, Diss. S. 27; **Meier-Wehrli**, Diss. 79.

⁸⁵ **MünchHandAktG/ Wiesner**, §93 Anm. 8; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 81; **GroßKomm/ Hopt**, § 93 Anm. 266; **Spindler/ Stilz/ Fleischer**, § 93 Anm. 202.

nativverhalten auf jeden Fall eingetreten wäre.⁸⁶ Die bloße Möglichkeit, dass der Schaden auch beim Alternativverhalten eingetreten wäre, reicht also nicht aus.⁸⁷

Beim Verstoß gegen Kompetenz-, Organisations- und Verfahrensregeln (etwa Berichtspflichten) kann aber die Berufung auf Alternativverhalten die Haftung nicht verhindern.⁸⁸ Die Begründung dafür ergibt sich aus dem Schutzzweck jeweiliger Vorschriften⁸⁹: diese dienen hauptsächlich der Abstimmung und Herbeiführung von gemeinsamen Vorstandsbeschlüssen, ansonsten würden der Schutzzweck und seine Saktionierung weitgehend leer laufen⁹⁰.

VII. Ergebnisse

Als Ergebnisse der vorangegangenen Ausführungen sind zusammenfassend festzuhalten:

1. Nach deutschem Recht besteht ein doppeltes Rechtsverhältnis zwischen einem Vorstandsmitglied und einer Aktiengesellschaft: Das erste Rechtsverhältnis wird als Organverhältnis (d.h. körperschaftsrechtliches Bestellungsverhältnis) und das zweite als schuldrechtliches Anstellungsverhältnis bezeichnet. Die Schadenersatzhaftung der Vorstandsmitglieder gem. § 93 AktG beruht auf diesem organ- bzw. körperschaftsrechtlichen Verhältnis.

2. Die Schadenersatzhaftung endet in der Regel mit der wirksamen Beendigung der Bestellung. Ferner kann diese Haftung durch Ablauf der Amtszeit, durch Widerruf der Bestellung oder durch Amtsniederlegung enden.

3. Die Sorgfaltspflicht eines Vorstandsmitglieds gem. § 93 Abs. 1 AktG geht über die in § 276 BGB, in 347 HGB und in § 241 Abs. 1 aHGB verankerten Sorgfalt hinaus. Die aktienrechtliche Sorgfaltspflicht stellt nämlich eine erhöhte und objektivierte dar.

4. Ausweislich § 93 AktG steht der Schadenersatzanspruch wegen der Pflichtverletzung der Vorstandsmitglieder nur der Gesellschaft und den Gläubigern der Gesellschaft zu. Es wird jedoch einer bestimmten Minderheit der Ak-

⁸⁶ **GroßKomm/ Hopt**, § 93 Anm. 266; **MünchHandAktG/ Wiesner**, §93 Anm. 8; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 81; **Spindler/ Stilz/ Fleischer**, § 93 Anm. 202.

⁸⁷ Vgl. vorangegangene Fußnote.

⁸⁸ **Spindler/ Stilz/Fleischer**, § 93 Anm. 203; **MünchHandAktG/ Wiesner**, §93 Anm. 8; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 81; **GroßKomm/ Hopt**, § 93 Anm. 266.

⁸⁹ **Spindler/ Stilz/ Fleischer**, § 93 Anm. 203; **MünchHandAktG/ Wiesner**, §93 Anm. 8; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 81

⁹⁰ **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 81.

tionäre ein Anspruch auf Schadensersatz gewährt. Diese anspruchsberechtigte Minderheit muss also % 10 des Grundkapitals vertreten (§ 147 Abs. 2 AktG). Die Minderheit kann beim Gericht beantragen, dass andere Personen als Vorstands- und Verwaltungsmitglieder zur Geltendmachung der Ansprüche bestellt werden. Neben der Gesellschaft, den Gläubigern und Minderheitsaktionären können bestimmte Aktionäre beim Gericht wiederum die Zulassung beantragen, Schadensersatzansprüche der Gesellschaft im eigenen Namen, aber auf Zahlung an die Gesellschaft zu machen (§ 148 AktG).

5. Die Haftungsvoraussetzungen sowie die Konsequenzen, die aus der Haftung folgen, sind zum großen Teil unabhängig davon, wer von diesen Klageberechtigten den Anspruch auf den Schadenersatz geltend macht. Die Voraussetzungen der Haftung der Vorstandsmitglieder sind im Einzelnen: Schaden der Gesellschaft, Widerrechtlichkeit bzw. Pflichtwidrigkeit, Verschulden und Kausalität.

6. Nach § 93 AktG setzt die Ersatzpflicht eines Vorstandsmitglieds wegen Pflichtverletzung voraus, dass die Gesellschaft einen Schaden erlitten hat. Für diesen Schadensbegriff sind grundsätzlich die Vorschriften von §§ 249 ff. BGB maßgeblich.

7. Die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit des Verhaltens eines Vorstandsmitglieds ist erst dann gegeben, wenn es durch sein Verhalten die ihm obliegenden Pflichten verletzt. Im Aktienrecht lassen sich die Verpflichtungen der Vorstandsmitglieder hauptsächlich in zwei Arten gliedern: auf der einen Seite die den Vorstandsmitgliedern durch den Anstellungsvertrag zugeschriebenen Vorstandspflichten, auf der anderen Seite die auf der Organstellung beruhenden Pflichten. Diese organschaftlichen Pflichten ergeben sich hauptsächlich aus dem Aktiengesetz, aus der Satzung sowie der Geschäftsordnung des Vorstands.

8. Gem. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Mit dieser Norm hat der Gesetzgeber das US-amerikanische Rechtsinstitut der sog. *Business Judgement Rule* ins deutsche Recht übernommen.

9. Für die aktienrechtliche Haftung gem. § 93 AktG ist es nicht nötig, dass das Verhalten des in Anspruch genommenen Vorstandsmitglieds die alleinige Ursache des Schadens darstellt. Für die Haftung ist es durchaus ausreichend, dass seine Pflichtwidrigkeit eine Teilursache darstellt. Dagegen kann sich das Vorstandsmitglied auf rechtmäßiges Alternativverhalten berufen und der Haftung entziehen. Dafür trägt das beklagte Vorstandsmitglied alleinige Darlegungs- und Beweislast.

