

§ 3 Organpflichten und Haftung in der AG

Professor Dr. Gerd Krieger

	Rz.		Rz.
A. Grundlagen	1	E. Verschulden	37
B. Sorgfaltsverpflichtung der Vorstandsmitglieder	4	F. Schaden und Kausalität	39
I. Ordentliche und gewissenhafte Geschäftsführung	4	G. Beweislastumkehr	41
II. Insbesondere: Risiko- management	9	H. Haftungsausschlüsse und -einschränkungen	43
III. Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG)	13	I. Haftungsausschluss durch Hauptversammlungsbeschluss	43
IV. Ressortprinzip und Aufgaben- delegation	19	II. Verzicht, Vergleich, Verjährung	44
V. Sorgfaltspflichten im Konzern	22	III. Haftungsbeschränkungen	46
C. Sorgfaltsverpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder	23	J. Durchsetzung des Ersatz- anspruchs	47
I. Ordentliche und gewissenhafte Überwachung	23	I. Anspruchsverfolgung durch Aufsichtsrat bzw. Vorstand	47
II. Mitwirkungspflichten der einzel- nen Aufsichtsratsmitglieder	28	II. Anspruchsverfolgung durch die Hauptversammlung oder eine Aktionärsminderheit	50
III. Sorgfaltspflicht und Ausschuss- tätigkeit	29	III. Anspruchsverfolgung durch einzelne Aktionäre und Gläubiger	53
IV. Sorgfaltspflichten im Konzern	30	K. Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gegen- über Dritten (Außenhaftung)	55
D. Treuepflicht und Verschwiegen- heitspflicht	31	L. D&O-Versicherung	56
I. Treuepflicht	31		
II. Verschwiegenheitspflicht	33		

Schrifttum: *Abeltshauer*, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht: Zu den Sorgfalts- und Loyalitätspflichten von Unternehmensleitern im deutschen und US-amerikanischen Kapitalgesellschaftsrecht, 1998; *Albers*, Der Pflicht-Selbstbehalt im Rahmen der D&O-Versicherung – Überlegungen zur Umsetzung in der Praxis, CCZ 2009, 222; *Bachmann*, Der „deutsche Corporate Governance Kodex“: Rechtswirkungen und Haftungsrisiken, WM 2002, 2137; *Bezenberger/Keul*, Die Aufgaben und Sorgfaltspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern – Eine Übersicht, in FS Schwark, 2009, S. 121; *Binder*, Geschäftsleiterhaftung und fachkundiger Rat, AG 2008, 274; *Böttcher*, Bankvorstandshaftung im Rahmen der Sub-Prime-Krise, NZG 2009, 1047; *Böttcher*, Direktanspruch gegen den D&O-Versicherer – Neue Spielregeln im Managerhaftungsprozess?, NZG 2008, 645; *Böttcher*, Organpflichten beim Unternehmenskauf, NZG 2007, 481; *Bussmann/Matschke*, Die Zukunft der unternehmerischen Haftung bei Compliance-Verstößen, CCZ 2009, 132; *Ciota*, Die deliktische Außenhaftung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft, 2008; *Dauner-Lieb/Tettinger*, Vorstandshaftung, D&O-Versicherung, Selbstbehalt, ZIP 2009, 1555; *Dreher*, Der Abschluss von D&O-Versicherungen und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung, ZHR 165 (2001), 293; *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, 2008; *Edenfeld/Neufang*, Die Haftung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, AG 1999, 49; *Ettinger/Grützediek*, Haftungsrisiken im Zusammenhang mit der Abgabe der Corporate Governance Entscheidungserklärung ge-

mäß § 161 AktG, AG 2003, 353; *Fleischer*, Unternehmensspenden und Leitungsermessen im Aktienrecht, AG 2001, 171; *Fleischer*, Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen – Von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance Organisation, AG 2003, 291; *Fleischer*, Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung im Aktienrecht, NZG 2003, 449; *Fleischer*, Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe, AG 2004, 517; *Fleischer*, Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685; *Fleischer*, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141; *Fleischer*, Kartellrechtsverstöße und Vorstandsrecht, BB 2008, 1070; *Fleischer*, Vertrauen von Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern auf Informationen Dritter, ZIP 2009, 1397; *Fleischer*, Vertrauen von Aufsichtsratsmitgliedern auf Rechtsrat, Der Aufsichtsrat 2009, 86; *Fleischer*, Kompetenzüberschreitungen von Geschäftsleitern im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht, DStR 2009, 1204; *Fleischer*, Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337; *Fleischer*, Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat, NZG 2010, 121; *Fleischer/Schmolke*, Klumpenrisiko und organschaftliche Verantwortlichkeit im schweizerischen Aktienrecht, RIW 2009, 337; *Franz*, Der gesetzliche Selbstbehalt in der D&O-Versicherung nach dem VorstAG – Wie weit geht das Einschussloch in der Schutzweste der Manager?, DB 2009, 2764; *Goette*, Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, ZGR 1995, 648; *Götz*, Die Pflicht des Aufsichtsrats zur Haftbarmachung von Vorstandsmitgliedern, NJW 1997, 3275; *Grundeis/v. Werder*, Die Angemessenheit der Informationsgrundlage als Anwendungsvoraussetzung der Business Judgment Rule, AG 2005, 825; *Habersack*, Die Freistellung des Organwalters von seiner Haftung gegenüber der Gesellschaft, in FS Ulmer, 2003, S. 151; *Habersack*, Gesteigerte Überwachungspflichten des Leiters eines „sachnahen“ Vorstandsressorts?, WM 2005, 2360; *Habersack*, Managerhaftung, in Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2009: Managerhaftung, 2009, S. 5; *Habersack/Schürnbrand*, Die Rechtsnatur der Haftung aus §§ 93 Abs. 3 AktG, 43 Abs. 3 GmbHG, WM 2005, 957; *Happ*, Vom besonderen Vertreter zur actio pro socio – Das Klagezulassungsverfahren des § 148 AktG auf dem Prüfstand, in FS H.P. Westermann, 2008, S. 971; *Hasselbach/Seibel*, Die Freistellung von Vorstandsmitgliedern und leitenden Angestellten von der Haftung für Kartellrechtsverstöße, AG 2008, 770; *Heermann*, Unternehmerisches Ermessen, Organhaftung und Beweislastverteilung, ZIP 1998, 761; *Hegnon*, Aufsicht als Leitungspflicht, CCZ 2009, 57; *Heimbach/Boll*, Führungsaufgabe und persönliche Haftung der Vorstandsmitglieder und des Vorstandsvorsitzenden im ressortaufgeteilten Vorstand einer AG, VersR 2001, 801; *Hoor*, Die Präzisierung der Sorgfaltsanforderungen nach § 93 Abs. 1 AktG durch den Entwurf des UMAG, DStR 2004, 2104; *Hopt*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat – zugleich ein Beitrag zur Corporate Governance-Debatte, in FS Mestmäcker, 1996, S. 909; *Horn*, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats, ZIP 1997, 1129; *Horn*, Unternehmerisches Ermessen und Vorstandshaftung nach § 93 AktG, in FS H.P. Westermann, 2008, S. 1053; *Ihlas*, Organhaftung und Haftpflichtversicherung, 1997; *Ihrig*, Reformbedarf beim Haftungstatbestand des § 93 AktG, WM 2004, 2098; *van Kann*, Zwingender Selbstbehalt bei der D&O-Versicherung – Gut gemeint, aber auch gut gemacht?, NZG 2009, 1010; *Kapp/Gärtner*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat bei Verstößen gegen das Kartellrecht, CCZ 2009, 168; *Kau/Kukat*, Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern einer AG bei Pflichtverletzung nach dem Aktiengesetz, BB 2000, 1045; *Kiethe*, Vorstandshaftung auf Grund fehlerhafter Due Diligence beim Unternehmenskauf, NZG 1999, 976; *Kiethe*, Falsche Erklärung nach § 161 AktG – Haftungsverstärkung für Vorstand und Aufsichtsrat?, NZG 2003, 559; *Kindler*, Unternehmerisches Ermessen und Pflichtenbindung, ZHR 162 (1998), 101; *Koch*, Keine Ermessensspielräume bei der Entscheidung über die Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern, AG 2009, 93; *J. Koch*, Die Pflichtenstellung des Aufsichtsrats nach Zulassung der Aktionärsklage, in FS Hüffer, 2010, S. 447; *Kocher*, Zur Reichweite der Business Judgment Rule, CCZ 2009, 215; *Kock/Dinkel*, Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen, NZG 2004, 441; *Körber*, Geschäftsleitung der Zielgesellschaft und Due Diligence bei Paketerwerb und Unternehmenskauf, NZG 2002, 263; *Kort*, Corporate Governance-Grundsätze als haftungsrechtlich relevante Verhaltensstandards, in FS K. Schmidt, 2009, S. 945; *N. Krause*, Managerhaftung und Strategien zur Haftungsvermeidung, BB 2009, 1370;

Krieger, Zur (Innen-)Haftung von Vorstand und Geschäftsführung, in RWS-Forum Gesellschaftsrecht 1995, S. 149; *Lange*, Praxisfragen der D&O-Versicherung, DStR 2002, 1326, 1674; *Lutter*, Due Diligence des Erwerbers beim Kauf einer Beteiligung, ZIP 1997, 613; *Lutter*, Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers – Zehn Gebote an den Geschäftsführer, GmbHR 2000, 301; *Lutter*, Interessenkonflikte und Business Judgment Rule, in FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 245; *Lutter*, Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841; *Lutter*, Bankenkrise und Organhaftung, ZIP 2009, 197; *Lutter*, Zur Rechtmäßigkeit von internationalen Risikogeschäften durch Banken der öffentlichen Hand, BB 2009, 786; *Marsch-Barner*, Vorteilsausgleichung bei der Schadensersatzhaftung nach § 93 AktG, ZHR 173 (2009), 723; *Meier-Greve*, Vorstandshaftung wegen mangelhafter Corporate Compliance, BB 2009, 2555; *Mertens*, Schadensersatzhaftung des Aufsichtsrats bei Nichtbeachtung der Regeln des ARAG-Urteils über die Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern?, in FS K. Schmidt, 2009, S. 1183; *Mutschler/Mersmann*, Verfahrensmäßige Anforderungen an ordnungsgemäße Vorstandsentscheidungen im M&A-Bereich, DB 2003, 79; *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 1994; *Paefgen*, Die Inanspruchnahme pflichtvergessener Vorstandsmitglieder als unternehmerische Ermessensentscheidung des Aufsichtsrats, AG 2008, 761; *Paefgen*, Die Darlegungs- und Beweislast bei der Business Judgment Rule, NZG 2009, 891; *Patzina*, Haftung von Unternehmensorganen, 2010; *Peters*, Informationsrechte und Geheimhaltungspflichten im Rahmen einer Due Diligence und daraus resultierende Haftungsrisiken, 2002; *Pietzke*, Die Verantwortung für Risikomanagement und Compliance im mehrköpfigen Vorstand, CCZ 2010, 45; *Preußner*, Risikomanagement und Compliance in der aktienrechtlichen Verantwortung des Aufsichtsrats unter Berücksichtigung des Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG), NZG 2008, 574; *Redeke*, Zu den Voraussetzungen unternehmerischer Ermessensentscheidungen, NZG 2009, 496; *Redeke*, Auswirkungen des UMAG auf die Verfolgung von Organhaftungsansprüchen seitens des Aufsichtsrats, ZIP 2008, 1549; *Reichert/Ott*, Non Compliance in der AG – Vorstandspflichten im Zusammenhang mit der Vermeidung, Aufklärung und Sanktionierung von Rechtsverstößen, ZIP 2009, 2173; *Schäfer*, Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG, ZIP 2005, 1253; *Schaefer/Missling*, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, NZG 1998, 441; *Schäfer/Zeller*, Finanzkrise, Risikomodelle und Organhaftung, BB 2009, 1706; *K. Schmidt*, Verbotene Zahlungen in der Krise von Handelsgesellschaften und die daraus resultierenden Ersatzpflichten, ZHR 168 (2004), 637; *Sven H. Schneider/Uwe H. Schneider*, Vorstandshaftung im Konzern, AG 2005, 57; *Uwe H. Schneider*, Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung, ZIP 2003, 645; *Uwe H. Schneider*, Die Haftung von Mitgliedern des Vorstands und der Geschäftsführer bei Vertragsverletzungen der Gesellschaft, in FS Hüffer, 2010, S. 905; *Uwe H. Schneider*, Compliance im Konzern, NZG 2009, 1321; *Schwark*, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Kreditausschusses einer Bank, in FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 403; *Seibert*, UMAG – Zu den Begriffen „Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung“ in § 148 AktG und zu den Zusammenhängen zwischen §§ 93 und 148 AktG, in FS Priester, 2007, S. 763; *Semler*, Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht, in FS Ulmer, 2003, S. 627; *Sieg*, Tendenzen und Entwicklungen der Managerhaftung in Deutschland, DB 2002, 1759; *Spindler*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, in FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 403; *Spindler*, Sonderprüfung und Pflichten eines Bankvorstands in der Finanzmarktkrise, NZG 2010, 281; *Stoffels*, Grenzen der Informationsweitergabe durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft im Rahmen einer „Due Diligence“, ZHR 165 (2001), 362; *Thole*, Managerhaftung für Gesetzesverstöße, ZHR 173 (2009), 504; *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 4. Aufl. 2008; *Thümmel*, Aufsichtsratshaftung vor neuen Herausforderungen – Überwachungsfehler, unternehmerische Fehlentscheidungen, Organisationsmängel und andere Risikofelder, AG 2004, 83; *Thümmel/Burkhardt*, Neue Haftungsrisiken für Vorstände und Aufsichtsräte aus § 57 Abs. 1 AktG und § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG in der Neufassung des MoMiG, AG 2009, 885; *Treeck*, Die Offenbarung von Unternehmensgeheimnissen durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft im Rahmen einer Due Diligence, in FS Fikentscher, 1998, S. 434; *Ulmer*, Strikte aktienrechtliche Organhaftung und D&O-Versicherung – zwei getrennte Welten?, in FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 451; *Ulmer*, Haf-

tungsfreistellung bis zur Grenze grober Fahrlässigkeit bei unternehmerischen Fehlentscheidungen von Vorstand und Aufsichtsrat?, DB 2004, 859; *Verhoeven*, Der besondere Vertreter nach § 147 AktG: Erwacht ein schlafender Riese?, ZIP 2008, 245; *E. Vetter*, Aktienrechtliche Probleme der D&O-Versicherung, AG 2000, 453; *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung: die gesamtschuldnerische Haftung von Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern für Pflichtverletzungen und deren interne Haftungsanteile, 2008; *Weiss/Buchner*, Wird das UMAG die Haftung und die Inanspruchnahme der Unternehmensleitung verändern?, WM 2005, 162; *Winnen*, Die Innenhaftung des Vorstands nach dem UMAG: eine Untersuchung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und der Durchsetzungsmöglichkeiten von Innenhaftungsansprüchen, 2009; *Winter*, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Compliance“, in FS Hüffer, 2010, S. 1103; *Wirth*, Der „besondere Vertreter“ nach § 147 Abs. 2 AktG – Ein neuer Akteur auf der Bühne?, in FS Hüffer, 2010, S. 1129; *Witte*, Die persönliche Haftung von Mitgliedern des Aufsichtsrates einer AG – unter besonderer Berücksichtigung der Haftung bei Kreditvergaben, BB 2004, 725; *Zimmermann*, Vereinbarungen über die Erledigung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften, in FS Duden, 1977, S. 773; *Zimmermann*, Aktienrechtliche Grenzen der Freistellung des Vorstands von kartellrechtlichen Bußgeldern, DB 2008, 687. Wegen weiterer Literaturnachweise vgl. die Schrifttumsangaben zu § 3 der 1. Auflage.

A. Grundlagen

- 1 Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft, die ihre Amtspflichten verletzen, unterliegen verschiedenen Sanktionen. Ihnen kann die Entlastung verweigert werden (§ 120 AktG), sie können aus ihrem Amt abberufen werden¹, und sie können sich gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig machen.
- 2 Die Schadensersatzpflicht von Vorstandsmitgliedern gegenüber der Gesellschaft ist im Wesentlichen durch § 93 AktG geregelt. Danach haben Vorstandsmitglieder ihr Amt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu führen (§ 93 Abs. 1 AktG). Verletzen sie diese Pflicht schuldhaft, sind sie zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (§ 93 Abs. 2 und 3 AktG). Entsprechendes gilt kraft Verweisung in § 116 Satz 1 AktG für die Mitglieder des Aufsichtsrats. Das Verschulden wird vom Gesetz vermutet. Das in Anspruch genommene Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied muss das fehlende Verschulden seinerseits dartun und beweisen.
- 3 Daneben enthält das Gesetz einige spezielle Haftungsvorschriften, die jedoch kaum von praktischer Bedeutung sind. Dazu gehört die Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nach § 117 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 AktG im Zusammenhang mit vorsätzlich schädigenden Einflussnahmen auf die Gesellschaft und die konzernrechtliche Haftung nach §§ 309 Abs. 2, 310 Abs. 1, 317 Abs. 3, 318 Abs. 1 und 2 AktG. Einige Pflichtverletzungen sind darüber hinaus unter Straf- oder Bußgeldandrohung gestellt (§§ 399, 400, 404, 405 AktG; §§ 331, 334 HGB; § 130 OWiG).

¹ Vgl. für den Vorstand § 84 Abs. 3 AktG, für den Aufsichtsrat § 103 AktG, § 23 MitbestG, § 12 DrittelbG, § 11 MontanMitbestG, § 10m MitbestErgG.

B. Sorgfaltsverpflichtung der Vorstandsmitglieder

I. Ordentliche und gewissenhafte Geschäftsführung

Der Vorstand hat die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten und die Geschäfte zu führen (§§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1 AktG), seine Mitglieder haben dabei die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die Vorstandsmitglieder müssen danach den Anforderungen genügen, die an einen Geschäftsleiter zu stellen sind, der nicht eigenes Vermögen, sondern wie ein Treuhänder fremde Vermögensinteressen verwaltet.¹ Maßstab ist ein Vergleichsunternehmen der konkreten Art², also einer vergleichbaren Tätigkeit, Größe und wirtschaftlichen Lage.

Das Sorgfaltserfordernis betrifft zunächst die **Rechtmäßigkeit** der Geschäftsführung, das heißt die Einhaltung der von dem Unternehmen zu beachtenden Rechtsnormen in ihrer ganzen Breite.³ Diese gesetzliche Lage beschreibt auch Ziff. 4.1.3 DCGK, wonach der Vorstand für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu sorgen und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken hat.⁴ Das betrifft zunächst die Vorschriften des Aktiengesetzes nebst Satzung und Vorstandsgeschäftsordnung. Hierher gehören Regelungen wie das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung (§ 57 AktG), die Einschränkungen für den Erwerb eigener Aktien (§§ 71 ff. AktG), die Verpflichtung zur Berichterstattung an den Aufsichtsrats (§ 90 AktG), die Buchführungs- und Bilanzierungspflichten (§ 91 Abs. 1 AktG, §§ 238 ff. HGB)⁵, die Verpflichtung, ab Eintritt der Insolvenzreife das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 AktG zu beachten und rechtzeitig Insolvenzantrag zu stellen⁶, die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis durch Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG), die Verpflichtung zur Einhaltung des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes⁷ usw. Darüber hinaus geht es ganz allgemein um die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften des Wettbewerbsrechts⁸, des Kapitalmarktrechts⁹,

1 BGH v. 20.2.1995 – II ZR 143/93, BGHZ 129, 30, 34 = GmbHR 1995, 451 (GmbH-Geschäftsführer); OLG Düsseldorf v. 28.11.1996 – 6 U 11/95, AG 1997, 231, 235; OLG Hamm v. 11.5.1995 – 8 U 59/94, AG 1995, 512, 514; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 24; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 4.

2 OLG Jena v. 8.8.2000 – 8 U 1387/98, NZG 2001, 86, 87 = GmbHR 2001, 243; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 4; *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körber*, § 93 AktG Rz. 3.

3 Eingehend zur Managerhaftung für Gesetzverstöße *Thole*, ZHR 173 (2009), 504.

4 Zur Haftung für fehlerhafte Auslegungen von Rechtsbegriffen eingehend *Spindler* in FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 403.

5 Vgl. dazu unten *Gelhausen*, § 30 (S. 903 ff.).

6 BGH v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, ZIP 2009, 860 = AG 2009, 404; OLG Brandenburg v. 17.2.2009 – 6 U 102/07, ZIP 2009, 866 = AG 2009, 662.

7 Im Ausgangspunkt zutreffend OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, ZIP 2010, 28, 30f. = AG 2010, 126 – IKB, wo allerdings die Grenzen des Unternehmensgegenstandes viel zu eng gezogen werden; kritisch gegenüber der Entscheidung mit Recht auch *Spindler*, NZG 2010, 281, 283; zu eng auch *Lutter*, BB 2009, 786 ff. zu den Satzungen von Landesbanken.

8 Vgl. dazu unten *Kellenter*, § 23 (S. 677 ff.).

9 Vgl. dazu unten *Krämer*, § 28 (S. 814 ff.).

des Kartellrechts¹, des Steuerrechts², des Sozialversicherungsrechts³, des Umweltrechts⁴, des Antikorruptionsrechts⁵ usw. Die Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex schaffen für sich genommen keine haftungsrelevanten Verhaltenspflichten, sie können aber von Fall zu Fall eine Interpretationshilfe für die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters darstellen.⁶

- 6 Zu den Sorgfaltsanforderungen gehört weiter die **Ordnungsmäßigkeit** der Geschäftsführung. Dabei geht es um die sachgerechte Leitung und Überwachung des Geschehens im Unternehmen und der Unternehmensgruppe und die Schaffung der hierfür notwendigen Instrumentarien. Dazu gehört die zweckmäßige Organisation der Gesellschaft und des Konzerns und die Einrichtung eines betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen und Erfahrungen genügenden **Controlling-Systems** mit einer entsprechenden Unternehmensplanung, einem zweckmäßigen System der Berichterstattung an den Vorstand und einer entsprechenden Kontrolle.⁷ Hierzu gehört auch die Schaffung des durch § 91 Abs. 2 AktG vorgeschriebenen Systems zur Früherkennung von den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen, ebenso wie die Sorge für ein „angemessenes **Risikomanagement** und Risiko-Controlling im Unternehmen“ gem. Ziff. 4.1.4 DCGK; vgl. dazu noch unten Rz. 9ff. Zu den Pflichten des Vorstands in diesem Zusammenhang gehört es außerdem sicherzustellen, dass geeignete **Compliance-Systeme** in der Gesellschaft und ihren Konzernunternehmen eingerichtet werden⁸, die nicht nur auf dem Papier stehen, sondern ernsthaft umgesetzt werden. Ziel ist es sicherzustellen, dass die gesetzlichen Bestimmungen und die unternehmensinternen Richtlinien eingehalten und auch von den Konzernunternehmen beachtet werden (vgl. auch Ziff. 4.1.3 DCGK). Dazu gehört ein entsprechender „tone from the top“, eine regelmäßige Kontrolle der Wirksamkeit der Systeme und eine angemessene Reaktion auf Verstöße (von Nachschulungen bis zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen). In dem viel beachteten Haftungsfall bei der Siemens AG lag der Kern des Vorwurfs, der den auf Schadensersatz in Anspruch genommenen ehemaligen Vorstandsmitgliedern gemacht wurde, gerade darin, dass sie diesen Hinweisen auf eine bestehende Korruptionspraxis im Konzern nicht in ausreichender Form nachgegangen seien.⁹
- 7 Darüber hinaus trifft den Vorstand die Pflicht zur **Wirtschaftlichkeit** der Geschäftsführung und zur **Zweckmäßigkeit** der Leitungsentscheidungen. Der Vor-

1 Vgl. dazu unten *Dreher*, § 31 (S. 937ff.).

2 Vgl. dazu unten *Prinz/Hick*, § 32 (S. 965ff.).

3 Vgl. dazu unten *Brand*, § 33 (S. 992ff.).

4 Vgl. dazu unten *Uwer*, § 34 (S. 1018ff.).

5 Vgl. dazu unten *Riegger/Götze*, § 26 Rz. 36ff.

6 Näher *Kort* in FS K. Schmidt, 2009, S. 945ff.

7 Vgl. dazu etwa *Semler* in Lutter (Hrsg.), *Holding-Handbuch*, 4. Aufl. 2004, § 5.

8 Vgl. dazu unten *Gebauer/Kleinert*, § 20 (S. 583ff.) und *Kremer/Klahold*, § 21 (S. 613ff.). Zur Vorstandshaftung wegen mangelhafter Compliance auch *Meier-Greve*, BB 2009, 2555; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173; *Busmann/Matschke*, CCZ 2009, 132; *Koch*, WM 2009, 1013.

9 Vgl. hierzu nur den Bericht von Vorstand und Aufsichtsrat zu TOP 12 und 13 der Siemens-Hauptversammlung 2010, veröffentlicht im elektronischen Bundesanzeiger am 08. Dezember 2009.

stand verwaltet fremdes Vermögen. Er darf Vermögenswerte der Gesellschaft nicht verschwenden¹ und keine **unvertretbaren Risiken**, insbesondere Klumpenrisiken, eingehen.² Die in der Literatur diskutierte Frage, ob bestandsgefährdende Risiken schon dann unvertretbar und deshalb unzulässig sind, wenn es sich nur um ganz fernliegende, abstrakte Risiken handelt³ oder ob es dazu einer konkreten Bestandsgefährdung bedarf⁴, ist für die Praxis eher irrelevant. Der Vorstand muss Ansprüche der Gesellschaft betreiben, soweit nicht überwiegende Interessen der Gesellschaft entgegenstehen⁵, darf keine Kredite ohne ausreichende Prüfung der Kreditwürdigkeit⁶ oder die Einräumung angemessener Sicherheiten⁷ gewähren⁸, hat vor dem Erwerb von Unternehmen und Beteiligungen eine due diligence zur Feststellung etwaiger Mängel und Risiken durchführen zu lassen⁹ usw. Man darf die Pflichtenlage des Vorstands aber auch nicht überspannen und muss sich insbesondere vor der Versuchung hüten, unter dem Eindruck der Höhe eines eingetretenen Schadens überzogene Sorgfaltspflichten zu postulieren, wie es derzeit vereinzelt geschieht, wenn versucht wird, die Vorstände der von der Finanzmarktkrise in Mitleidenschaft gezogenen Banken kurzerhand als schadensersatzpflichtig anzusehen, weil sie die Risiken „toxischer“ Wertpapiere nicht erkannt haben.¹⁰ Die Gewährung von **Spenden** für gemeinnützige Zwecke¹¹ ist zulässig, sofern ihr Umfang angemessen ist und die Entscheidung des Vorstands nicht an

1 Vgl. etwa BGH v. 9.12.1996 – II ZR 240/95, NJW 1997, 741/742 (Abschluss eines nutzlosen Beratungsvertrages; Bezahlung nicht erbrachter Leistungen).

2 Nur im Ausgangspunkt zutreffend OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, ZIP 2010, 28, 30f. = AG 2010, 126 – IKB, jedoch mit stark simplifizierter Würdigung des Sachverhalts; mit Recht kritisch gegenüber der Entscheidung auch *Spindler*, NZG 2010, 281, 284; zu pauschal in seinem Urteil auch *Lutter*, ZIP 2009, 197, 199. Vgl. zur Problematik des Klumpenrisikos bei Kreditvergaben der Tochter an die Mutter *Spindler*, ZHR 171 (2007), 245, 269; *Bayer* in MünchKomm. AktG, § 57 AktG Rz. 102; *Fleischer* in K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rz. 26. Zum Klumpenrisiko und der organschaftlichen Verantwortlichkeit im schweizerischen Aktienrecht *Fleischer/Schmolke*, RIW 2009, 337.

3 So vor allem *Lutter*, ZIP 2009, 197, 199.

4 In diesem Sinne *Paefgen* in *Ulmer/Habersack/Winter*, § 43 GmbHG Rz. 70f.; *Redeke*, ZIP 2010, 159ff.

5 Näher BGH v. 1.3.1982 – II ZR 189/80, WM 1982, 532; *Hopt* in *Großkomm. AktG*, § 93 AktG Rz. 112.

6 BGH v. 16.2.1981 – II ZR 49/80, WM 1981, 440, 441; vgl. aber auch OLG Celle v. 28.5.2008 – 9 U 184/07, NZG 2008, 669 = AG 2008, 711.

7 OLG München v. 16.7.1997 – 7 U 4603/96, ZIP 1998, 23, 25; OLG Düsseldorf v. 28.11.1996 – 6 U 11/95, AG 1997, 231, 234f.; OLG Hamm v. 11.5.1995 – 8 U 59/94, AG 1995, 512, 515.

8 Zur Sondersituation der Kreditgewährung im Konzern vgl. BGH v. 1.12.2008 – II ZR 102/07, ZIP 2009, 70 = *GmbHR* 2009, 199 – MPS und aus der Literatur etwa *Altmeppen*, ZIP 2009, 49; *Habersack*, ZGR 2009, 347; *Habersack* in *FS Schaumburg*, 2009, S. 1293; *Mülbert/Leuschner*, NZG 2009, 281; *Thümmel/Burkhardt*, AG 2009, 885.

9 Vgl. dazu unten *Bücker/von Bülow*, § 25 Rz. 60ff.

10 So etwa OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, ZIP 2010, 28, 31ff. = AG 2010, 126 – IKB; *Lutter*, ZIP 2009, 197, 198ff.; *Lutter*, BB 2009, 786, 790f.; *Peltzer*, Börsen-Zeitung v. 31.1.2009; tendenziell auch *Mertens/Cahn* in *KölnKomm. AktG*, § 93 AktG Rz. 142; kritisch gegenüber solchen Tendenzen mit Recht auch *Spindler*, NZG 2010, 281, 283ff.; *Schäfer/Zeller*, BB 2009, 1706, 1709ff.; *Böttcher*, NZG 2009, 1047ff.

11 Vgl. dazu unten *Riegger/Götze*, § 26 Rz. 6ff.

persönlichen Vorlieben, sondern am Unternehmensinteresse orientiert ist.¹ Auf die Frage, ob sich die Spende auch für das Unternehmen „lohnt“, sollte es dabei nicht ankommen.² Bei allen Fragen der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung steht dem Vorstand ein weites unternehmerisches Ermessen zu, das durch die Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG besonders hervorgehoben ist; vgl. dazu sogleich Rz. 13 ff.

- 8 Der Vorstand kann bei seinen Entscheidungen auf **Rat und Informationen Dritter** angewiesen sein. Fehlt ihm im Einzelfall die eigene Sachkunde, ist er verpflichtet, sich beraten zu lassen.³ Er muss in einem solchen Fall den Berater sorgfältig auswählen, d.h. sicherstellen, dass dieser über die erforderliche Fachkunde verfügt und sich nicht in einem Interessenkonflikt befindet, er muss den Berater vollständig unterrichten und dessen Ergebnis einer eigenen Plausibilitätskontrolle unterziehen. Genügt der Vorstand diesen Anforderungen, erfüllt er seine Sorgfaltspflichten und haftet auch dann nicht, wenn sich der Rat im Nachhinein als unzutreffend erweisen sollte.⁴

II. Insbesondere: Risikomanagement

- 9 Gem. **§ 91 Abs. 2 AktG** muss der Vorstand geeignete Maßnahmen treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einrichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig erkannt werden. In die gleiche Richtung zielt Ziff. 4.1.4 DCGK⁵, der die Verpflichtung des Vorstands nennt, für ein angemessenes Risikomanagement und Risikocontrolling im Unternehmen zu sorgen. Diese Verpflichtung folgt allerdings nicht erst aus § 91 Abs. 2 AktG, sondern ergibt sich bereits aus der Sorgfaltspflicht des Vorstands. Mit § 91 Abs. 2 AktG wollte der Gesetzgeber diese im Gesetz angelegte Verantwortlichkeit des Vorstands lediglich präzisieren und betonen. Bei börsennotierten Gesellschaften hat sich die Abschlussprüfung auf die Frage zu erstrecken, ob der Vorstand die ihm nach § 91 Abs. 2 AktG obliegenden Maßnahmen in geeigneter Form getroffen hat und das Überwachungssystem seine Aufgaben erfüllen kann

1 BGHSt 47, 187, 195 f.; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 61 f.; *Hopt* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 120; *Fleischer*, AG 2001, 171, 177 f.; *Laub*, AG 2002, 308 ff.

2 *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 61; *Fleischer*, AG 2001, 171, 174 ff.; im Grundsatz anders die verfehlte Mannesmann-Entscheidung BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, ZIP 2006, 72, wonach Leistungen, auf die der Empfänger keinen Anspruch hat, unabhängig von ihrer Motivation eine treuwidrige Verschwendung von Gesellschaftsvermögen sein sollen, wenn mit der Leistung nicht ein Vorteil für die Gesellschaft verbunden ist.

3 BGH v. 14.5.2007 – II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265, 1266 = AG 2007, 548; OLG Stuttgart v. 25.11.2009 – 20 U 5/09, ZIP 2009, 2386, 2389 = AG 2010, 133.

4 Vgl. hierzu etwa BGH v. 14.5.2007 – II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265, 1266 f. = AG 2007, 548 (Beratung durch Wirtschaftsprüfer zur Klärung der Insolvenzreife); OLG Stuttgart v. 25.11.2009 – 20 U 5/09, ZIP 2009, 2386, 2389 f. = AG 2010, 133; *Fleischer*, NZG 2010, 121; *Fleischer*, ZIP 2009, 1397; *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2009, 86; *Binder*, AG 2008, 274.

5 *Ringleb* in Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 3. Aufl. 2008, Rz. 638 f.

(§ 317 Abs. 4 HGB). Für Kreditinstitute ist die Verpflichtung, ein angemessenes und wirksames Risikomanagement einzurichten, überdies in § 25a KWG und den dazu erlassenen „MaRisk“¹ detailliert geregelt, für Versicherungsunternehmen finden sich detaillierte Regelungen in § 64a VAG und den „MaRisk VA“.² Eine schuldhaftige Verletzung der Pflicht zur Einrichtung eines angemessenen Risikomanagementsystems führt zur Haftung des Vorstands für Schäden, deren Eintritt mit einem solchen System vermieden worden wären.

§ 91 Abs. 2 AktG beschränkt die Verpflichtung zur Einrichtung eines Risikomanagements auf diejenigen Maßnahmen, die erforderlich sind, um **bestandsgefährdende Entwicklungen** frühzeitig zu erkennen. Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiele für bestandsgefährdende Risiken Unrichtigkeiten der Rechnungslegung und Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften, die sich auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft oder des Konzerns wesentlich auswirken.³ Insbesondere Derivat- und Termingeschäfte werden vom Gesetzgeber als potentiell bestandsgefährdend angesehen⁴, aber auch sonstige potentiell nachteilige Veränderungen sind erfasst, selbst wenn sie von außen an das Unternehmen herangetragen werden (z.B. Veränderungen der Marktbedingungen oder des Käuferverhaltens). Entgegen einer in einem Teil der Literatur, namentlich in der Betriebswirtschaftslehre, und in der Prüfungspraxis vertretenen Auffassung⁵, folgt aus § 91 Abs. 2 AktG keine Pflicht zur Einrichtung eines „allumfassenden“ Risikomanagements.⁶ Nach Gesetzeswortlaut und -zweck müssen nur solche Risiken erfasst werden, die ein Insolvenzrisiko begründen oder wesentlich steigern, nicht aber „normale“ Risiken.⁷ Allerdings wird nur selten ein einziger Vorgang bereits ein Insolvenzrisiko begründen. Deshalb ist sicherzustellen, dass sämtliche Vorgänge frühzeitig bekannt werden, die – auch in ihrer Kumulierung – potentiell bestandsgefährdend sein können.⁸ Das muss so rechtzeitig geschehen, dass der Vorstand einer Bestandsgefährdung noch durch Gegenmaßnahmen entgegenwirken kann.⁹

Die vom Vorstand getroffenen Maßnahmen sind dann ausreichend, wenn nach der Erfahrung eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters davon aus-

1 BaFin-Rundschreiben 15/2009 (BA) vom 14.8.2009 „Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk“. S. dazu auch unten *Fischer*, § 19 Rz. 21 ff.

2 BaFin-Rundschreiben 3/2009 v. 22.1.2009 „Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk VA“.

3 Begr. RegE KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S. 15.

4 Begr. RegE KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S. 15.

5 *Preussner/Becker NZG* 2002, 846, 847; *Preussner/Zimmermann, AG* 2002, 658, 659; *Wolf, DStR* 2002, 1729 ff.; *Lück DB* 2000, 1473.

6 *Hüffer*, § 91 AktG Rz. 9; *Kort*, Großkomm. AktG, § 91 AktG Rz. 50 ff.; *Krieger/Sailer* in K. Schmidt/Lutter, § 91 AktG Rz. 14; *Pahlke*, *NJW* 2002, 1680/1681 ff.

7 *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 91 AktG Rz. 21; *Krieger/Sailer* in K. Schmidt/Lutter, § 91 AktG Rz. 9; *Götz*, *NJW-Sonderheft* 2001, S. 21, 22; *Seibert* in FS Bezenberger, 2000, S. 427, 437; weitergehend *Hüffer*, § 91 AktG Rz. 6 (Veränderungen der Vermögens-, Ertrags- oder Finanzlage, die für die Darstellungsanforderungen des § 264 Abs. 2 HGB relevant sind).

8 *Krieger/Sailer* in K. Schmidt/Lutter, § 91 AktG Rz. 9; *Götz*, *NJW-Sonderheft* 2001, S. 1.

9 Begr. RegE KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S. 15; *Hüffer*, § 91 AktG Rz. 7; *Krieger/Sailer* in K. Schmidt/Lutter, § 91 AktG Rz. 11.

gegangen werden kann, dass der Vorstand die erforderlichen Informationen über bestandsgefährdende Risiken rechtzeitig erhält.¹ Die **konkrete Ausgestaltung des Risikomanagements** gibt § 91 Abs. 2 AktG nicht vor. Sie hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und ist abhängig von Art, Umfang, Komplexität und Risikogehalt der Geschäftstätigkeit.² Dem Vorstand steht also hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Risikomanagements ein unternehmerischer Ermessensspielraum zu.³ Die für Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen geltenden, sehr detaillierten Sonderregelungen aus § 25a KWG i.V.m. den MaRisk bzw. aus § 64a VAG i.V.m. den MaRisk VA lassen sich nicht auf sämtliche Aktiengesellschaften erstrecken.⁴ Das heißt allerdings nur, dass die Vorschriften des Banken- und Versicherungsaufsichtsrechts nicht pauschal als Anforderungen der allgemeinen Risikomanagementverpflichtung des Vorstands herangezogen werden können. Die Übertragung einzelner Grundsätze ist hingegen denkbar, wenn diese als Konkretisierung dessen angesehen werden können, was für die Einrichtung eines funktionierenden Systems zur Früherkennung bestandsgefährdender Entwicklungen unumgänglich ist. Das gilt etwa für die in § 64a Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 lit. b VAG beschriebene Notwendigkeit Prozesse einzurichten, die eine Risikoidentifikation, -analyse, -bewertung, -steuerung und -überwachung enthalten⁵, ebenso wie für die Notwendigkeit einer ausreichenden unternehmensinternen Kommunikation über die als wesentlich eingestufteten Risiken (§ 64a Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 lit. c VAG).⁶

- 12 Die in § 91 Abs. 2 AktG genannte Verpflichtung, ein **Überwachungssystem** einzurichten, klingt nach dem Wortlaut der Regelung so, als sei es der Zweck dieses Systems, die bestandsgefährdenden Entwicklungen zu erkennen. Das ist jedoch irreführend. Gemeint ist vielmehr ein Überwachungssystem, das nicht die bestandsgefährdenden Entwicklungen, sondern die Einhaltung der eingeleiteten Maßnahmen zur Früherkennung kontrollieren soll.⁷ Insbesondere soll das Überwachungssystem folglich sicherstellen, dass eine interne Revision und ein sach-

1 Hüffer, § 91 AktG Rz. 7; Kort in Großkomm. AktG, § 91 AktG Rz. 46; Krieger/Sailer in K. Schmidt/Lutter, § 91 AktG Rz. 12.

2 So auch § 25a Abs. 1 Satz 4 KWG und AT 4.3 Abs. 1 MaRisk; Krieger/Sailer in K. Schmidt/Lutter, § 91 AktG Rz. 14.

3 Begr. RegE KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S. 15; Hüffer, § 91 AktG Rz. 7; Kort in Großkomm. AktG, § 91 AktG Rz. 47; Krieger/Sailer in K. Schmidt/Lutter, § 91 AktG Rz. 12, 14; Hommelhoff/Mattheus, AG 1998, 249, 251.

4 Hüffer, § 91 AktG Rz. 8; Krieger/Sailer in K. Schmidt/Lutter, § 91 AktG Rz. 15; Bürkle, WM 2005, 1496, 1497f.; weitergehend VG Frankfurt v. 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (1), WM 2004, 2157, 2160; Preussner, AG 2002, 657, 660.

5 In diesem Sinne auch Ringleb in Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 3. Aufl. 2008, Rz. 657; Krieger/Sailer in K. Schmidt/Lutter, § 91 AktG Rz. 8.

6 Ringleb in Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 3. Aufl. 2008, Rz. 657.

7 So klar die ursprünglich vorgesehene Formulierung in § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG des Referentenentwurfs zum KonTraG, abgedruckt in ZIP 1996, 2129 („Dazu gehört auch die Einrichtung eines Überwachungssystems mit der Aufgabe, die Einhaltung der nach Satz 2 zu treffenden Maßnahmen zu überwachen“); ebenso Hüffer, § 91 AktG Rz. 8; Spindler in MünchKomm. AktG, § 91 AktG Rz. 25; Krieger/Sailer in K. Schmidt/Lutter, § 91 AktG Rz. 13; a.A. Götz, NJW-Sonderheft 2001, S. 21; Kiethe, NZG 2003, 401, 402.

gerechtes Controlling eingerichtet sind und dass diese ihre jeweiligen Erkenntnisse zeitnah an den Vorstand weiter vermitteln.¹

III. Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG)

Nach § 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 Informationen zum Wohle der
Gesellschaft zu handeln. Die Regelung wurde durch das UMAG eingefügt und hat
im Wesentlichen **deklaratorische Bedeutung**.² In der Rechtsprechung des Bundes-
gerichtshofs war schon zuvor anerkannt, dass Vorstandsmitglieder einen weiten
unternehmerischen Handlungsspielraum besitzen, ohne den unternehmerische
Tätigkeit nicht möglich ist, und dass eine Haftung wegen pflichtwidrigen Vor-
standshandelns nur bei schlechthin unververtretbaren Entscheidungen in Frage
kommen kann.³ Diese frühere Rechtsprechung kann für die Konkretisierung
von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG auch weiter herangezogen werden.⁴ 13

Unter den Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG liegt **keine Pflichtverletzung**
vor. Es fehlt also nicht erst am Verschulden, sondern schon an der Pflicht-
verletzung, und es handelt sich nicht bloß um eine Beweislastregelung, sondern
um eine materiell-rechtliche Norm. Man mag darin eine unwiderlegbare Ver-
mutung sehen⁵ oder eine Tatbestandskonkretisierung zu § 93 Abs. 1 Satz 1
AktG. Entscheidend ist, dass wer den Anforderungen des § 93 Abs. 1 Satz 2
AktG genügt, objektiv pflichtgemäß handelt. Damit scheidet eine Haftung
nach § 93 Abs. 2 AktG ebenso aus wie ein Widerruf der Vorstandsbestellung aus
wichtigem Grund gem. § 84 Abs. 3 AktG.⁶ Sind die Voraussetzungen nach § 93
Abs. 1 Satz 2 nicht erfüllt, folgt daraus nicht umgekehrt, dass das Vorstandsmit-
glied seine Pflichten verletzt hätte. Vielmehr ist auch dann pflichtgemäßes Han-
deln nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG möglich, das jedoch im Einzelnen festzustel-
len und nach näherer Maßgabe von § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG vom Vorstandsmit-
glied darzulegen und zu beweisen ist.⁷ 14

Die Business Judgment Rule will das unternehmerische Ermessen der Vorstands-
mitglieder schützen. Sie greift daher nur bei **unternehmerischen Entscheidungen**
ein, d.h. bei Entscheidungen, die nach unternehmerischen Zweckmäßigkeits-
gesichtspunkten zu treffen sind. Nicht von der Business Judgment Rule erfasst
sind daher die sog. Pflichtaufgaben des Vorstands (z.B. §§ 83, 90, 91, 92 Abs. 1 15

1 Hüffer, § 91 AktG Rz. 8; Spindler in MünchKomm. AktG, § 91 AktG Rz. 21; Krieger/
Sailer in K. Schmidt/Lutter, § 91 AktG Rz. 13.

2 Begr. RegE UMAG BR-Drucks. 3/05, S. 18; vgl. auch Hüffer, § 93 AktG Rz. 4a; Kropff in
FS Raiser, 2005, S. 225, 226f.

3 BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 253 = AG 1997, 377 – ARAG/Garmen-
beck; BGH v. 3.12.2001 – II ZR 308/99, NZG 2002, 195, 196; vgl. auch Hopt in Groß-
komm. AktG, § 93 AktG Rz. 81; Kindler, ZHR 162 (1998), 101, 103ff.; Henze, NJW 1998,
3309, 3311.

4 Hüffer, § 93 AktG Rz. 4b; Weiss/Buchner, WM 2005, 162, 163; Roth, BB 2004, 1066, 1068.

5 Hüffer, § 93 AktG Rz. 4d.

6 Hüffer, § 93 AktG Rz. 4c; Fleischer, ZIP 2004, 685, 688.

7 Hüffer, § 93 AktG Rz. 4c; Fleischer, ZIP 2004, 685, 689.

und 2, 124 Abs. 3, 131, 161, 170 Abs. 1 usw. AktG, § 34 Abs. 1 AO u.a.). Darüber hinaus muss sich die Maßnahme innerhalb der durch die Gesetze, die Satzung und die Geschäftsordnung gezogenen Grenzen halten¹; dazu gehört auch die Einhaltung des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes.²

- 16 Erforderlich ist weiter, dass das Vorstandsmitglied vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage **angemessener Informationen** zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Der Vorstand muss die für eine sachgerechte Entscheidungsfindung nötigen Informationen einholen. Erforderlich sind die Informationen, die ein ordentlicher Geschäftsleiter in der Situation des Vorstands im Zeitpunkt der Entscheidung herangezogen hätte.³ Dazu kann die Einholung externen Rats erforderlich sein (näher oben Rz. 8). Es müssen aber nicht sämtliche denkbaren Erkenntnisquellen ausgeschöpft werden, sondern ausreichend ist eine in der konkreten Entscheidungssituation unter Abwägung der Kosten und Nutzen weiterer Informationsgewinnung „angemessene“ Tatsachenbasis.⁴ Zum **Wohle der Gesellschaft** handelt der Vorstand, wenn Entscheidungsmaßstab das Unternehmensinteresse an der Erhaltung des Bestandes, der Förderung der nachhaltigen Rentabilität und der Steigerung des nachhaltigen Unternehmenswertes ist.⁵
- 17 Entscheidend ist nicht, ob die Entscheidung tatsächlich auf der Basis angemessener Informationen erfolgte und dem Wohle der Gesellschaft diene, sondern es reicht, dass der Vorstand dies **vernünftigerweise annehmen** durfte.⁶ Entscheidend ist auch insoweit, ob die Beurteilung des Vorstands im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsleiters vertretbar („vernünftigerweise“) erscheint. Grobe Fahrlässigkeit, wie Sie im Referentenentwurf des UMAG zunächst erwogen wurde⁷; ist hingegen nicht erforderlich, um das Eingreifen der Business Judgment Rule auszuschließen.
- 18 Nach wohl allgemeiner Ansicht soll die Business Judgment Rule – angelsächsischem Vorbild folgend – nur zum Zuge kommen, wenn das Vorstandsmitglied

1 Begr. RegE UMAG BR-Drucks. 3/05, S. 18; Hüffer, § 93 AktG Rz. 4f; Schäfer, ZIP 2005, 1253, 1255f.; Fleischer, ZIP 2004, 685, 690; vgl. allerdings Kocher, CCZ 2009, 215, 216ff. mit Fallgruppen, in denen die Aussage in dieser Allgemeinheit einzuschränken ist. Zur Frage der Anwendbarkeit der Business Judgment Rule bei Vertragsverletzungen der Gesellschaft Uwe H. Schneider in FS Hüffer, 2010, S. 905, 907ff.

2 OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, ZIP 2010, 28, 30 = AG 2010, 126 – IKB, wo allerdings die Grenzen des Unternehmensgegenstandes deutlich zu eng gezogen werden; Hüffer, § 93 AktG Rz. 4f; Schäfer, ZIP 2005, 1253, 1256; Ihrig, WM 2004, 2098, 2103.

3 Ähnlich Hüffer, § 93 AktG Rz. 4g; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, § 93 Abs. 1 Satz 2, 4 AktG n.F. Rz. 44ff.; näher Horn in FS H.P. Westermann, 2009, S. 1053, 1057f.

4 Vgl. Begr. RegE UMAG, BR-Drucks. 3/05, S. 20f.; Spindler in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 180; Hüffer, § 93 AktG Rz. 4g; Grundel/v. Werder, AG 2005, 825, 829ff.; Ihrig, WM 2004, 2098, 2105f.

5 Begr. RegE UMAG BR-Drucks. 3/05 S. 19f.; Hüffer, § 93 AktG Rz. 4g i.V.m. § 76 AktG Rz. 13f.; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, § 93 Abs. 1 Satz 2, 4 AktG n.F. Rz. 26ff.; Horn in FS H.P. Westermann, 2009, S. 1053, 1058ff.; Fleischer, ZIP 2004, 685, 690.

6 Näher Horn in FS H.P. Westermann, 2009, S. 1053, 1060ff.

7 Vgl. § 93 Abs. 1 Satz 2 des Referentenentwurfs zum UMAG, NZG 2004, Sonderbeilage 4, S. 5; dazu kritisch DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2004, 555, 556; Schäfer, ZIP 2005, 1253, 1258; Ulmer, DB 2004, 859, 862f.; Ihrig, WM 2004, 2098, 2106.

sich bei der Entscheidungsfindung nicht in einem **Interessenwiderstreit** befand.¹ Das ist problematisch und jedenfalls nicht mit dem Erfordernis zu begründen, dass das Vorstandsmitglied gutgläubig zum Wohle der Gesellschaft handeln muss.² Gutgläubig zum Wohle der Gesellschaft kann auch derjenige handeln, der sich in einem Interessenkonflikt befindet, die widerstreitenden Interessen bei der Entscheidung jedoch ausblendet. Es wäre auch verfehlt, dem Vorstandsmitglied in einer solchen Situation den unternehmerischen Ermessensspielraum zu versagen, denn das liefe im praktischen Ergebnis wohl darauf hinaus, eine Erfolgshaftung eintreten zu lassen.³ Letztlich bleibt nur, den Interessenkonflikt in die Prüfung mit einzuziehen und zu fragen, ob das Vorstandsmitglied bei der Entscheidung trotz des bestehenden Interessenkonflikts annehmen durfte, im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln. Zumindest aber wird man annehmen müssen, dass eine Offenlegung des Interessenkonflikts gegenüber den übrigen Vorstandsmitgliedern genügt⁴; die Auffassung, in einem solchen Fall dürfe das Vorstandsmitglied nicht an der Entscheidung mitwirken⁵, andernfalls verlören auch alle übrigen Vorstandsmitglieder den Schutz der Business Judgment Rule⁶, ist überzogen, auch wenn es im Allgemeinen als praktische Empfehlung sinnvoll sein wird, dass sich ein Vorstandsmitglied im Interessenkonflikt von der Entscheidung fernhält.

IV. Ressortprinzip und Aufgabendelegation

Das Gesetz unterscheidet bei den Vorstandsaufgaben zwischen Leitung (§ 76 Abs. 1 AktG) und Geschäftsführung (§ 77 Abs. 1 AktG). Für die **Leitungsaufgaben** ist stets der Gesamtvorstand zuständig, einzelne Vorstandsmitglieder oder nachgeordnete Mitarbeiter können mit der Vorbereitung beauftragt werden, eine Delegation ist jedoch ausgeschlossen.⁷ Bei Pflichtverletzungen im Bereich dieser Leitungsaufgaben kann sich ein Vorstandsmitglied daher nicht mit dem

1 Vgl. nur Begr. RegE UMAG BR-Drucks. 3/05, S. 20; *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, § 93 Abs. 1 Satz 2, 4 AktG n.F. Rz. 38 ff.; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 55; *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 93 AktG Rz. 68; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 4g; *Habersack* in Karlsruher Forum 2009: Managerhaftung, S. 5, 21 ff.; *Lutter* in FS Canaris, 2007, S. 245, 248 ff.

2 So aber Begr. RegE UMAG BR-Drucks. 3/05, S. 20; zurückhaltender *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 4g.

3 Der Hinweis von *Lutter* in FS Canaris, 2007, S. 245, 247 und *Habersack* in Karlsruher Forum 2009: Managerhaftung, S. 5, 23 f., der Ausfall der Business Judgment Rule habe nur zur Folge, dass die Ordnungsmäßigkeit der Entscheidung vom Gericht im Haftungsprozess voll nachzuprüfen sei, ist in der Theorie zutreffend. Das Gericht müsste dann aber eine eigene unternehmerische Entscheidung treffen, zu der es gar nicht in der Lage ist. Vor allem aber wäre die Annahme lebensfremd, das Gericht könnte bei seiner Ermessensausübung zum gleichen Ergebnis kommen wie der Vorstand, obwohl dessen Entscheidung einen Schaden verursacht hat.

4 So auch Begr. RegE UMAG, BR-Drucks. 3/05, S. 20.

5 *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 55; *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 93 AktG Rz. 68; *Bürgers/Israel* in Bürgers/Körper, § 93 AktG Rz. 14.

6 *Lutter* in FS Canaris, 2007, S. 245/248 ff.

7 Vgl. etwa *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 76 AktG Rz. 8 f.; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 76 AktG Rz. 19; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 76 AktG Rz. 8.

Hinweis entlasten, ihn habe für die Angelegenheit keine Zuständigkeit getroffen, haftungsrelevante Unterschiede können sich aber aus anderen Umständen ergeben, z.B. aufgrund unterschiedlicher Informationsstände im Rahmen der Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG. Zu diesen Leitungsaufgaben gehören grundsätzliche Festlegungen der Unternehmenspolitik, die Besetzung von Führungspositionen, geschäftliche Maßnahmen von außergewöhnlicher Bedeutung sowie die Einrichtung der betriebswirtschaftlichen Anforderungen genügenden Führungsinstrumente wie Planung, Steuerung, Organisation und Controlling. Hierzu zählen auch die Einrichtung eines angemessenen Risikomanagements und einer funktionsfähigen Complianceorganisation.¹ Ferner gehören zu den nicht delegationsfähigen Leitungsaufgaben solche Aufgaben, die Kraft gesetzlicher Anordnung zwingend vom Gesamtvorstand zu erledigen sind, wie die Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen (§ 83 AktG), die Berichterstattung an den Aufsichtsrat (§ 90 AktG) usw.²

- 20 Außerhalb des Bereichs der Leitungsaufgaben sind, wenn nicht Satzung oder Geschäftsordnung etwas anderes bestimmen, ebenfalls sämtliche Vorstandsmitglieder nur gemeinschaftlich zur Geschäftsführung befugt (§ 77 Abs. 1 AktG). In diesem Fall ist auch bei einfachen Geschäftsführungsmaßnahmen die Pflichtenstellung aller Vorstandsmitglieder die gleiche, so dass im Grundsatz bei Pflichtverletzungen auch alle gleichermaßen haften, soweit nicht bei einzelnen aufgrund individueller Umstände (anderer Informationsstand, Unterliegen bei Abstimmung u. Ä.) eine schuldhafte Pflichtverletzung ausscheidet. Besteht wie üblich eine **Geschäftsverteilung**, liegt die Geschäftsführungsverpflichtung hingegen in erster Linie bei dem jeweils ressortzuständigen Vorstandsmitglied; insoweit treffen auch Haftungsrisiken in erster Linie das ressortverantwortliche Vorstandsmitglied. Die Rechtspflichten der übrigen Vorstandsmitglieder reduzieren sich auf eine allgemeine Aufsicht über die Ressortgeschäftsführung der Kollegen. Dazu gehört es sicherzustellen, dass in den Vorstandssitzungen über wesentliche Angelegenheiten aus den Ressorts berichtet wird; bei Zweifeln oder Unstimmigkeiten ist diesen nachzugehen, wobei die Schwelle, ab der weitere Maßnahmen veranlasst sind, von dem mit der Ressortgeschäftsführung verbundenen Risiko abhängt.³ Entsprechende Grundsätze gelten bei anderen Formen der Arbeitsteilung im Vorstand, insbesondere bei der Einrichtung spezieller Vorstandsausschüsse für bestimmte Geschäftsführungsangelegenheiten. Überdies trifft auch den Vorstandsvorsitzenden und -sprecher auf Grund seiner Funktion eine gesteigerte Verpflichtung zur vorstandsinternen Koordination und Überwachung und damit zugleich ein erhöhtes Haftungsrisiko.⁴

1 Vgl. hierzu näher *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 76 AktG Rz. 16ff.; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 76 AktG Rz. 17; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 76 AktG Rz. 9.

2 Vgl. im Einzelnen die Aufzählung bei *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 76 AktG Rz. 19; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 76 AktG Rz. 16; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 76 AktG Rz. 9; *Schiessl*, ZGR 1992, 64, 67f.

3 Vgl. hierzu instruktiv VG Frankfurt v. 8.7.2004 – I E 7363/03, AG 2005, 264, 265f. (zum Risikomanagement); *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 77 AktG Rz. 45ff.; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 77 AktG Rz. 59; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 77 AktG Rz. 18; *Pietzke*. CCZ 2010, 45, 46f.

4 Vgl. zu dem Ganzen eingehend unten *E. Vetter*, § 18 (S. 501ff.).

Geschäftsführungsaufgaben außerhalb des Bereichs der Leitungsaufgaben können an **Mitarbeiter oder selbständige Dienstleister delegiert** werden. Voraussetzung dafür sind die sorgfältige Auswahl, Einweisung und Überwachung.¹ Dazu gehört weiter eine sachgerechte Organisation mit klaren Zuständigkeiten und die Bereitstellung ausreichender Ressourcen, damit eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung möglich ist.² 21

V. Sorgfaltspflichten im Konzern

Vgl. dazu eingehend unten *Sven H. Schneider*, § 8 (S. 225 ff.). 22

C. Sorgfaltsverpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder

I. Ordentliche und gewissenhafte Überwachung

Bei der Frage nach der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern geht es in erster Linie um die Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Erledigung der Aufgaben des Aufsichtsrats, d.h. vor allem der Überwachung und Besetzung des Vorstands. 23

Überwachungsgegenstand des Aufsichtsrats sind die Leitungsmaßnahmen des Vorstands.³ Der Aufsichtsrat haftet also nicht für Versäumnisse im Tagesgeschäft, weil dieses nicht seiner Überwachung unterliegt. Er haftet auch nicht für Fehler, die auf nachgeordneten Führungsebenen oder in untergeordneten Konzerngesellschaften vorkommen, denn diese sind nicht vom Aufsichtsrat, sondern vom Vorstand zu überwachen.⁴ Zur Kontrollaufgabe des Aufsichtsrats gehört insoweit nur die Frage, ob der Vorstand seiner Führungs- und Überwachungsaufgabe im Hinblick auf nachgeordnete Führungsebenen und Konzerntöchter – insbesondere durch Schaffung geeigneter Organisationsrichtlinien, eines ordnungsgemäßen konzernweiten Controllings und eines zweckmäßigen Compiencesystems – nachkommt.⁵ 24

Überwachungsmaßstab des Aufsichtsrats sind Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung durch den Vorstand.⁶ Stellt der Aufsichtsrat rechtswidriges Handeln des Vorstands fest, hat er dieses unverzüg-

1 Vgl. etwa BGH v. 7.11.1994 – II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, 347; *Fleischer*, AG 2003, 291, 292 ff.; *Hegnon*, CCZ 2009, 57, 58.

2 *Hegnon*, CCZ 2009, 57, 58 m.w.N.

3 Näher *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 63 ff.; *Hoffmann-Becking* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 29 Rz. 23.

4 *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 68 f.; *Mertens* in KölnKomm. AktG, § 111 AktG Rz. 21; *Hoffmann-Becking* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 29 Rz. 24.

5 Dazu eingehend unten *Uwe H. Schneider*, § 9 Rz. 5 ff.; *E. Vetter*, § 18 Rz. 60 ff.

6 BGH v. 25.3.1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114, 127, 129 f. = AG 1991, 312; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 71 ff.; 137 ff.; *Hoffmann-Becking* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 29 Rz. 26; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1996, Rz. 183.

lich abzustellen; unterlässt er dies, haftet er selbst.¹ Im Rahmen der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung muss der Aufsichtsrat darauf achten, dass die sachgerechten kaufmännischen Instrumente für die Unternehmensführung, insbesondere eine funktionierende Planung und ein funktionierendes Berichtswesen, ein angemessenes Risikomanagement und ein funktionsfähiges Compliance-System² vorhanden sind; lässt er dies außer Betracht, verhält er sich pflichtwidrig und kann haften. Bei Zweckmäßigkeitseinsparungen hat der Vorstand ein **weites unternehmerisches Ermessen** (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG). Gleiches gilt für den Aufsichtsrat, soweit er sich mit Zweckmäßigkeitseinsparungen zu befassen hat. Er hat in diesen Fällen die Sorgfalt der Entscheidungsfindung des Vorstands zu prüfen, etwaige Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit der Vorstandsabsichten darzulegen und zu diskutieren, kann aber im Ergebnis grundsätzlich den Vorstand gewähren lassen und braucht nicht sein eigenes Zweckmäßigkeitsurteil an die Stelle des Vorstands zu setzen, solange dessen Handeln kaufmännisch ebenfalls vertretbar erscheint.³ Zu unterbinden hat der Aufsichtsrat jedoch unvertretbare Geschäftsführungshandlungen. Für eigene Zweckmäßigkeitsentscheidungen, etwa bei der Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung zu einem zustimmungsbedürftigen Geschäft, steht dem Aufsichtsrat der gleiche Ermessensspielraum zu, wie dem Vorstand. Auch der Aufsichtsrat haftet nicht, wenn seine Mitglieder bei einer solchen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durften, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.⁴ Hingegen verletzen die Aufsichtsratsmitglieder ihre Pflichten, wenn sie einer zustimmungsbedürftigen Maßnahme die Zustimmung erteilen, ohne sich selbst die zur Entscheidung erforderlichen Informationen zu verschaffen und darauf aufbauend die Chancen und Risiken abzuwägen.⁵

- 26 Hinsichtlich des **Überwachungsumfangs** reicht im Normalfall die sorgfältige Prüfung der regelmäßig erstatteten Vorstandsberichte, auf deren Richtigkeit und Vollständigkeit der Aufsichtsrat grundsätzlich vertrauen darf. Ergeben sich hierbei Bedenken, ist diesen nachzugehen. Eine vertiefte Prüfung kann nötig sein, wenn besondere Umstände, wie eine wirtschaftlich schwierige Lage der Gesellschaft⁶, vorliegen, die Gesellschaft erst vor relativ kurzer Zeit angelaufen ist⁷, besonders riskante Geschäfte zu beurteilen sind oder der Vorstand in der Vergangen-

1 Vgl. nur BGH v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, ZIP 2009, 860, 861 = AG 2009, 404 (Pflicht, für rechtzeitige Stellung eines Insolvenzantrags und Einhaltung des Zahlungsverbots aus § 92 Abs. 2 AktG zu sorgen); OLG Brandenburg v. 17.2.2009 – 6 U 102/07, ZIP 2009, 866 = AG 2009, 662.

2 Zur Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für Risikomanagement und Compliance vgl. insbes. Winter in FS Hüffer, 2010, S. 1103; Preußner, NZG 2008, 574.

3 Mertens in KölnKomm. AktG, § 111 AktG Rz. 35; Hüffer, § 111 AktG Rz. 7; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 86.

4 Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 986; Habersack in MünchKomm. AktG, § 116 AktG Rz. 39 ff.; Spindler in Spindler/Stilz, § 116 AktG Rz. 37 f.; Drygala in K. Schmidt/Lutter, § 116 AktG Rz. 10 ff.

5 BGH v. 11.12.2006 – II ZR 243/05, ZIP 2007, 224 = AG 2007, 167.

6 BGH v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, ZIP 2009, 860, 861 = AG 2009, 404; OLG Brandenburg v. 17.2.2009 – 6 U 102/07, ZIP 2009, 866, 869 = AG 2009, 662.

7 OLG Düsseldorf v. 8.3.1984 – 6 U 75/83, WM 1984, 1080, 1084.

heit seinen Berichtspflichten nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist. Pflichtwidrig handelt der Aufsichtsrat deshalb z.B., wenn er trotz Unregelmäßigkeiten in der Geschäftsführung keine Untersuchungen und weiteren Maßnahmen veranlasst¹ oder sich bei einer erst kürzlich angelaufenen und vornehmlich im Ausland tätigen Gesellschaft nicht vor Ort selbst einen Eindruck von dem Geschäft verschafft oder sich wenigstens durch unabhängige Sachverständige diesen Eindruck verschaffen lässt.² Zu den Sorgfaltspflichten gehört es auch, die dem Aufsichtsrat zur Verfügung stehenden **Überwachungsmittel zweckgerecht einzusetzen**, d.h. für die pünktliche Berichterstattung durch den Vorstand zu sorgen, das Frage- und Einsichtsrecht auszuüben, soweit dazu Anlass besteht, und für wichtige Geschäftsführungsmaßnahmen einen Zustimmungsvorbehalt einzurichten (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG). Unvertretbare Geschäftsführungsmaßnahmen muss der Aufsichtsrat verhindern. Er handelt daher pflichtwidrig, wenn er nicht mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln gegen ungewöhnlich leichtfertige Maßnahmen des Vorstands einschreitet.³ Notfalls hat er zur Verhinderung unvertretbarer Geschäftsführungsmaßnahmen ad hoc einen Zustimmungsvorbehalt einzurichten und die Zustimmung sodann zu verweigern⁴, erforderlichenfalls muss er ein ihm unzuverlässig erscheinendes Vorstandsmitglied abberufen.⁵ Eine Pflichtwidrigkeit des Aufsichtsrats kann ferner darin liegen, dass er die zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgaben nötige Selbstorganisation vernachlässigt. Dazu gehört die Abhaltung der nötigen Anzahl von Sitzungen, die Einrichtung von Ausschüssen, die Schaffung eines Berichtssystems zwischen Ausschuss und Plenum und die Zuziehung von Beratern, wo dies nötig ist. Es ist daher z.B. als Pflichtwidrigkeit des Aufsichtsrats anzusehen, wenn dieser sich trotz Unerfahrenheit nicht von Spezialisten beraten lässt.⁶

Im Bereich der **Personalmaßnahmen** kann der Aufsichtsrat durch die Bestellung ungeeigneter Personen zu Vorstandsmitgliedern pflichtwidrig handeln. Da ihm hierbei ein weiter Beurteilungsspielraum zusteht, kommt das aber nur bei völlig unvertretbaren Auswahlentscheidungen in Betracht. Daneben sind Pflichtwidrigkeiten bei der Gestaltung der Vorstandsanstellungsverträge denkbar, insbesondere durch Zusage unvertretbar hoher Zahlungen oder Herbeiführung einer Vergütungsstruktur, die den Anforderungen des § 87 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG nicht genügt (§ 116 Satz 3 AktG).⁷ Theoretisch kann es auch zur Haftung führen, wenn der Aufsichtsrat bei Verschlechterung der Lage der Gesellschaft nicht von dem Herabsetzungsrecht des § 87 Abs. 2 AktG Gebrauch macht, auch wenn dieser

1 Vgl. die Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts, BGE 97 II 403 ff., 411 ff.

2 OLG Düsseldorf v. 8.3.1984 – 6 U 75/83, WM 1984, 1080, 1084.

3 BGHZ 6, 207, 214.

4 BGH v. 15.11.1993 – II ZR 235/92, BGHZ 124, 111, 127 = AG 1994, 124; LG Bielefeld v. 16.11.1999 – 15 O 91/98, WM 1999, 2457, 2465.

5 BGH v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, ZIP 2009, 860, 861 = AG 2009, 404.

6 Schweizerisches Bundesgericht, BGE 93 II, 22 ff., 26; Österreichischer OGH v. 31.5.1977 – 5 Ob 306/76, AG 1983, 81, 82.

7 Zu den Anforderungen von § 87 Abs. 1 AktG vgl. etwa *Hoffmann-Becking/Krieger*, Beilage zu NZG Heft 26/2009, Rz. 2 ff.; *Fleischer*, NZG 2009, 801; *Thüsing*, AG 2009, 517; *Hohenstatt*, ZIP 2009, 1349; *Seibert*, WM 2009, 1489; *Gaul/Janz*, NZA 2009, 809; *Annuß/Theusinger*, BB 2009, 2434.

Fall in § 116 Satz 3 AktG nicht erwähnt ist.¹ Nach der Mannesmann-Entscheidung des Bundesgerichtshofs handelt der Aufsichtsrat darüber hinaus pflichtwidrig, wenn er Vorstandsmitgliedern Zahlungen leistet, auf die diese keinen Anspruch haben, sofern dem kein Vorteil für die Gesellschaft gegenübersteht.² Danach wären rein belohnende Leistungen für die Vergangenheit unzulässig, sofern sich damit nicht eine Anreizwirkung für die Zukunft verbindet. Auch wenn diese Rechtsprechung als verfehlt angesehen werden muss und in der Literatur mit Recht fast ausnahmslos abgelehnt wird³, bleibt der Praxis nichts anderes übrig, als sich daran zu orientieren.

II. Mitwirkungspflichten der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder

- 28 Die einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrats haften nicht automatisch deshalb, weil der Aufsichtsrat als Organ seine Pflichten verletzt, sondern ihre Haftung setzt eine **individuelle Pflichtverletzung** voraus. Die Aufsichtsratsmitglieder haben an der Aufgabenerledigung durch den Aufsichtsrat mitzuwirken, d.h. jedes Aufsichtsratsmitglied muss sich auf die Sitzungen vorbereiten, an diesen teilnehmen und sich an den Erörterungen und der Urteilsbildung im Aufsichtsrat beteiligen. Dazu gehört es auch, beurteilungsrelevante Informationen an den Aufsichtsrat weiterzugeben. Deshalb handelt ein Aufsichtsratsmitglied pflichtwidrig, das es unterlässt, vor der Beschlussfassung über die Vergabe eines ungesicherten Kredits die übrigen Aufsichtsratsmitglieder über die wirtschaftlich prekäre Situation des Darlehensempfängers aufzuklären⁴, oder das Hinweise auf rechtswidrige Maßnahmen des Vorstands nicht an den gesamten Aufsichtsrat weitergibt.⁵ Erscheint eine Beschlussfassung des Aufsichtsrats unvertretbar, genügt es nicht, sich der Stimme zu enthalten, sondern das Aufsichtsratsmitglied muss mit Nein stimmen; es ist allerdings nicht verpflichtet, zur Verhinderung einer Entscheidung die Beschlussunfähigkeit des Gremiums herbeizuführen.⁶ Wird ein Aufsichtsratsmitglied bei einer Entscheidung überstimmt, die es für fehlerhaft ansieht, empfiehlt es sich, um später dem Vorwurf der Pflichtverletzung zu entgehen, die Ablehnung des Beschlusses ausdrücklich zu Protokoll zu geben.⁷

1 Habersack, ZHR 174 (2010), 2, 3; Hoffmann/Becking/Krieger, Beilage zu NZG Heft 26/2009, Rz. 80; Greven, BB 2009, 2154, 2155f.

2 BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, ZIP 2006, 72.

3 Hüffer, § 87 AktG Rz. 4; Peltzer, ZIP 2006, 205ff.; W. Müller in Liber Amicorum Mock, 2009, S. 197, 211f.; Spindler, ZIP 2006, 349ff.; Hoffmann-Becking, NZG 2006, 127ff.; Dreher, AG 2006, 213ff.; s. auch schon Fonk, NZG 2005, 248, 250f.; Marsch-Barner in FS Röhrich, 2005, S. 401, 406; Kort, NJW 2005, 333, 334; Hoffmann-Becking, ZHR 169 (2005), 155, 161f.; Fleischer, DStR 2005, 1318, 1320ff.; a.A. Martens, ZHR 169 (2005), 124, 131ff.

4 LG Hamburg v. 16.12.1980 – 8 O 229/79, ZIP 1981, 194.

5 LG Bielefeld v. 16.11.1999 – 15 O 91/98, WM 1999, 2457, 2464 = AG 2000, 136 – Balsam (Existenzbedrohende Geschäfte des Vorstands); LG Dortmund v. 1.8.2001 – 20 O 143/83, DB 2001, 2591 = AG 2002, 97 (Ungesicherte Darlehensgewährung an Muttergesellschaft).

6 Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 994.

7 Zum Recht jedes Aufsichtsratsmitglieds, Widerspruch zu Protokoll zu geben, vgl. Mertens in KölnKomm. AktG, § 107 AktG Rz. 73; Hoffmann-Becking in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 31 Rz. 91.

III. Sorgfaltspflicht und Ausschusstätigkeit

Aufsichtsräte können (§ 107 Abs. 3 AktG) und sollen (Ziff. 5.3 DCGK) Aufgaben zur Vorbereitung oder zur abschließenden Erledigung an Ausschüsse übertragen.¹ Kommt es im Tätigkeitsbereich eines Ausschusses zu Pflichtverletzungen, sind davon in erster Linie die Mitglieder des Ausschusses betroffen. War der **Ausschuss nur vorbereitend** tätig, wurde die Entscheidung letztlich aber vom Gesamtorgan getroffen, haben alle Mitglieder des Aufsichtsrats trotz der Ausschussvorbereitung ihre Meinungsbildung mit derselben Sorgfalt zu treffen, die sie auch sonst anzuwenden haben. Das schließt es nicht aus, sich bei der Entscheidung auf die Vorbereitungstätigkeit des Ausschusses zu stützen, erforderlich ist aber, dies mit der nötigen Sorgfalt zu tun und sich auf den Ausschuss nicht blind zu verlassen, sondern dessen Meinung sorgfältig auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen. Entscheidet der **Ausschuss an Stelle des Gesamtorgans** gilt der Grundsatz, dass jedes Aufsichtsratsmitglied allgemein auch die Tätigkeit der Ausschüsse im Auge behalten muss. Erhalten Aufsichtsratsmitglieder Informationen, die Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit der Ausschusstätigkeit wecken, müssen sie diesen nachgehen und entweder den Aufsichtsratsvorsitzenden oder das Gesamtorgan einschalten, die dann ihrerseits einzugreifen haben. Darüber hinaus ist der Gesamtaufichtsratsrat verpflichtet, die Tätigkeit der Ausschüsse zu überwachen und sich zu diesem Zweck regelmäßig über die Ausschusstätigkeit berichten zu lassen (§ 107 Abs. 3 Satz 3 AktG). Eine Verletzung dieser Überwachungspflicht führt bei Pflichtversäumnissen im Ausschuss auch dann zur Haftung der übrigen Aufsichtsratsmitglieder, wenn diese nicht informiert waren, bei ordnungsgemäßer Überwachung des Ausschusses aber hätten informiert sein müssen.

29

IV. Sorgfaltspflichten im Konzern

Vgl. hierzu eingehend unten *Uwe H. Schneider*, § 9 (S. 260ff.).

30

D. Treuepflicht und Verschwiegenheitspflicht

I. Treuepflicht

Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder trifft gegenüber der Gesellschaft eine Treuepflicht, die ihre Grundlage in der Organstellung hat. Eine gesetzliche Ausprägung ist für Vorstandsmitglieder das Wettbewerbsverbot des § 88 AktG. Darüber hinaus ist Inhalt der Treuepflicht die Verpflichtung, das Unternehmensinteresse zu wahren und das Verbot, das Vorstands- oder Aufsichtsratsamt zu benutzen, um im eigenen Interesse oder im Interesse eines anderen Unternehmens nachteilig auf die Gesellschaft einzuwirken.² Pflichtwidrig handelt deshalb zum Beispiel, wer im Widerstreit von Interessen eine für die Gesellschaft schädliche, einem anderen

31

¹ *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 743ff.; *Krieger*, ZGR 1985, 338, 361ff.; *Rellermeyer*, Aufsichtsratsausschüsse, 1986, S. 14f.

² *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 95ff.; *Hopt* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 45; *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, § 116 AktG Rz. 184ff.

Unternehmen aber günstige Maßnahme veranlasst¹, oder wer Informationen, die er in seiner Eigenschaft als Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied erhalten hat, benutzt, um Geschäftschancen der Gesellschaft für sich selbst zu nutzen.²

- 32 **Interessenkollisionen** entlasten nicht, sondern das Organmitglied bleibt bei Ausübung seines Amtes verpflichtet, allein die Interessen der Gesellschaft zu wahren.³ Es ist ihm aber gestattet – und in aller Regel zweckmäßig – sich bei der Abstimmung der Stimme zu enthalten und auch von sonstigen Einflussnahmen auf die Entscheidung abzusehen; denkbar ist auch ein Verzicht auf die Einbindung in den Informationsfluss zu dem betreffenden Gegenstand und der Verzicht auf die Sitzungsteilnahme bei der Erörterung und Entscheidung der betreffenden Angelegenheit.

II. Verschwiegenheitspflicht

- 33 Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder haben über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihnen durch ihre Amtstätigkeit bekannt geworden sind, Stillschweigen zu bewahren (§§ 93 Abs. 1 Satz 3, 116 Satz 1 AktG). Das wird im Hinblick auf Aufsichtsratsmitglieder für von diesen erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen in § 116 Satz 2 AktG nochmals besonders betont. Die **Verschwiegenheitspflicht** dauert nach Beendigung der Amtszeit fort.⁴ Sie ist gesetzlich zwingend und kann durch die Satzung, die Geschäftsordnung oder den Vorstands-Anstellungsvertrag wieder eingeschränkt werden⁵, noch ist eine Erweiterung möglich.⁶
- 34 **Geheimnisse** sind alle Tatsachen, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sind, die nach dem – geäußerten oder mutmaßlichen – Willen der Gesellschaft geheim gehalten werden sollen und hinsichtlich derer ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung besteht.⁷ Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind Beispiele hierfür, wobei unter Betriebsgeheimnisse technische Informationen (Herstellungsverfahren, Rezepturen usw.) und unter Geschäftsgeheimnisse kaufmännische Informationen (Kundenstamm,

1 BGH v. 21.12.1978 – II ZR 244/78, NJW 1980, 1629 – Schaffgotsch; dazu *Ulmer*, NJW 1980, 1603; *Lutter*, ZHR 145 (1981), 224ff., 239ff.

2 BGH v. 23.9.1985 – II ZR 246/84, WM 1985, 1443 = GmbHR 1986, 42 (GmbH-Geschäftsführer); BGH v. 7.7.1983 – III ZR 159/82, BB 1986, 486; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, § 93 Rz. 105; *Hopt* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 166ff.

3 BGH v. 21.12.1978 – II ZR 244/78, NJW 1980, 1629, 1630 – Schaffgotsch; *Hoffmann-Becking* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 33 Rz. 48.

4 Begr. RegE AktG, abgedruckt bei *Kropff*, AktG, 1965, S. 123; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 115; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 7.

5 Allg. Meinung, z.B. *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 125.

6 BGH v. 5.6.1975 – II ZR 156/73, BGHZ 64, 325, 327; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 125; *Hopt* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 199.

7 BGH v. 5.6.1975 – II ZR 156/73, BGHZ 64, 325/329; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 100; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 7; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, Rz. 410ff.

Unternehmensplanung usw.) fallen.¹ **Vertrauliche Angelegenheiten** sind alle Informationen, hinsichtlich deren ein Interesse der Gesellschaft daran besteht, dass sie nicht weitergegeben werden. Das kann auch bei Informationen der Fall sein, die an sich offenkundig und deshalb kein Geheimnis (mehr) sind.² Eine Kennzeichnung der Angabe als „vertraulich“ ist nicht erforderlich.³ Ein Interesse der Gesellschaft an vertraulicher Behandlung kann sich auch aus einem entsprechenden Interesse Dritter (z.B. Kunden- oder Lieferanteninformation) ergeben, sofern die Gesellschaft – etwa zum Schutz ihrer Kunden- und Lieferantenbeziehungen – ein eigenes Interesse an der vertraulichen Behandlung der Information hat.⁴

Geschützt sind Geheimnisse und vertrauliche Angaben, sofern diese den Organmitgliedern **durch ihre Vorstands- bzw. Aufsichtsratsstätigkeit** bekannt geworden sind. Dabei ist nicht erforderlich, dass die Angelegenheit im Vorstand bzw. Aufsichtsrat behandelt wurde, sondern es genügt, dass die Organmitgliedschaft für die Informationserteilung ursächlich war.⁵ Aus der allgemeinen Treuepflicht kann allerdings eine weiter gehende Verpflichtung folgen, auch privat erlangte Informationen vertraulich zu behandeln, so weit das Interesse der Gesellschaft dies verlangt.⁶ 35

Die Verschwiegenheitspflicht besteht grundsätzlich **gegenüber jedermann**, auch gegenüber Aktionären, Arbeitnehmern, dem Betriebsrat und anderen Organen der Betriebsverfassung.⁷ Hingegen gibt es keine Verschwiegenheitspflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder untereinander⁸; und keine Verschwiegenheitspflicht zwischen den Organen.⁹ Keine Verschwiegenheitsverpflichtung besteht auch gegenüber den Abschlussprüfern (§ 320 Abs. 2 HGB) und gegenüber der Prüfstelle für Rechnungslegung (§ 93 Abs. 1 Satz 4 AktG). Weitere **gesetzliche Durchbrechungen** der Verschwiegenheitsverpflichtung finden sich in den kapitalmarktrechtlichen Vorschriften über die ad hoc-Publizität (§ 15 WpHG) und die Abgabe von Beteiligungsmitteilungen (§§ 21 ff. WpHG). Daneben besteht eine Vielzahl behördlicher Auskunftsrechte auf Grund spezieller Vorschriften des öffentlichen Rechts.¹⁰ Geheimnisse und vertrauliche Angaben können offen gelegt werden, wenn ein entsprechendes **Offenlegungsinteresse** der Gesellschaft besteht, welches das Geheimhaltungsinteresse überwiegt. Deshalb ist z.B. die Offenlegung geheimer vertraulicher Informationen zur Ermöglichung einer Due Diligence-Prüfung 36

1 Abweichend wohl *Hopt* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 191, die Unterscheidung sei kaum zu treffen.

2 *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 103; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 7; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, Rz. 453.

3 Begr. RegE AktG, abgedruckt bei *Kropff*, Aktiengesetz, 1965, S. 122f.; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 103; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 7.

4 *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 103.

5 *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 105.

6 *Hopt* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 138.

7 *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 107 ff.; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 8.

8 *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 8; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 111.

9 BGH v. 26.3.1956 – II ZR 57/55, BGHZ 20, 239, 246; BGH v. 6.3.1997 – II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 56; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 8.

10 Vgl. etwa *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 112; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 8a.

zulässig, sofern die Gesellschaft ein eigenes, ihr Geheimhaltungsinteresse überwiegendes Interesse an dem Zustandekommen des Erwerbsgeschäfts hat und durch geeignete Prozessgestaltung sichergestellt wird, dass das Geheimhaltungsinteresse soweit wie möglich geschützt bleibt (Verschwiegenheitserklärung; nach dem Grad der Geheimhaltungsbedürftigkeit und dem Verhandlungsfortschritt gestufte Informationserteilung u. Ä.).¹ Die Entscheidung hierüber fällt in die Kompetenz des Vorstands, nicht in die des Aufsichtsrats oder einzelner Aufsichtsratsmitglieder.² Die Entscheidung über die Offenlegung von Informationen zum Zwecke einer Due Diligence ist wegen ihrer Bedeutung dem Gesamtvorstand vorbehalten³; die Offenlegung weniger wichtiger Einzelinformationen können auch einzelne Vorstandsmitglieder im Rahmen ihrer Ressortzuständigkeit entscheiden.

E. Verschulden

- 37 Die Haftung der Vorstände und Aufsichtsräte ist eine Verschuldenshaftung. Verschuldensmaßstab ist ebenfalls die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bzw. Aufsichtsratsmitglieds.⁴ Wer nicht mit dieser Sorgfalt handelt, handelt nicht nur pflichtwidrig, sondern zugleich schuldhaft. Es gilt also ein **objektivierter Verschuldensmaßstab** für alle Organmitglieder, ohne Unterschied ihrer persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten.⁵ Jedes Organmitglied muss die Fähigkeiten und Kenntnisse besitzen, die es in die Lage versetzen, diesem Maßstab gerecht zu werden, und alle Organmitglieder haben für diejenige Sorgfalt einzustehen, die von einem durchschnittlichen Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglied erwartet werden kann.⁶
- 38 Den unterschiedlichen Kenntnissen und Fähigkeiten trägt das Gesetz dadurch Rechnung, dass es die **Arbeitsteilung** in Vorstand und Aufsichtsrat zulässt, mit der Folge, dass sich die Verantwortung vor allem auf diejenigen Organmitglieder verlagert, die mit der konkreten Aufgabe betraut sind (vgl. oben Rz. 19 und 29). Organmitglieder, die innerhalb des Vorstands oder Aufsichtsrats besondere Funktionen übernehmen, d.h. insbesondere der Vorstandsvorsitzende, der Aufsichtsratsvorsitzende, die jeweils ressortzuständigen Vorstandsmitglieder und die Mitglieder von Ausschüssen, unterliegen einem strengeren Maßstab. Sie haben für die Kenntnisse und Fähigkeiten einzustehen, die ihre Funktion erfordert.⁷ Darüber hinaus ist anzunehmen, dass **besondere Kenntnisse** individueller Vorstands-

1 Vgl. im Einzelnen *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 120 ff; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 8; *Banerjea*, ZIP 2003, 1730f.; *Fleischer*, ZIP 2002, 651 f.

2 Vgl. etwa *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 284.

3 *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 124; *K.J. Müller*, NJW 2000, 3452, 3453; *Ziemons*, AG 1999, 492, 494.

4 *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 3; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 158; *Habersack* in MünchKomm. AktG, § 116 AktG Rz. 70.

5 BGH WM 1971, 1548, 1549; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 14; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 159; *Habersack* in MünchKomm. AktG, § 116 AktG Rz. 70; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, § 93 Rz. 136 f.; *Wiesner* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 9.

6 BGH v. 15.11.1982 – II ZR 27/82, BGHZ 85, 293, 295 – Hertie; *Hüffer*, § 116 AktG Rz. 2.

7 *Hüffer*, § 116 AktG Rz. 3; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 1008; *Dreher* in FS Boujong, 1996, S. 71, 83 ff.

oder Aufsichtsratsmitglieder für diese den Verschuldensmaßstab erhöhen.¹ Wer Sonderkenntnisse besitzt und nicht anwendet, kann sich nicht damit entschuldigen, dass ein durchschnittliches Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied diese Sonderkenntnisse gar nicht besitzen müsse.

F. Schaden und Kausalität

Die Ersatzpflicht setzt voraus, dass die Pflichtverletzung des Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieds einen Schaden der Gesellschaft verursacht hat. Für die **Ermittlung des Schadens** sind grundsätzlich §§ 249 ff. BGB anwendbar.² Im Allgemeinen ist also eine Minderung des Wertes des Gesellschaftsvermögens gegenüber der Vermögenslage erforderlich, die ohne das pflichtwidrige Handeln bestünde. Anders muss dies jedoch bei kompetenzwidrigen Geschäftsführungsmaßnahmen entschieden werden, etwa beim Erwerb von Vermögensgegenständen ohne die erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrats; in solchen Fällen haben die verantwortlichen Vorstandsmitglieder die Gesellschaft so zu stellen, wie sie ohne die pflichtwidrige Maßnahme stehen würde, auch wenn eine Minderung des Vermögens nicht eingetreten ist (Beispiel: Erwerb einer werthaltigen Beteiligung ohne die erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrats).³ Besondere praktische Bedeutung hat die Frage, ob und inwieweit **Bußgelder** einen ersatzpflichtigen Schaden darstellen können, die der Gesellschaft etwa wegen eines Kartellverstößes (§ 81 GWB) oder wegen einer Verletzung der Aufsichtspflicht im Unternehmen (§ 130 OWiG) auferlegt werden. In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, aus Grundsätzen des Ordnungswidrigkeitenrechts folge, dass wegen einer Geldbuße kein oder jedenfalls nur ein beschränkter Regress genommen werden könne⁴, andere Erwägungen gehen dahin, unter Rückgriff auf die aktienrechtliche Fürsorgepflicht den Rückgriff gegen Organmitglieder auf einen angemessenen Betrag zu beschränken⁵; vgl. dazu eingehend *Wilsing*, unten § 27 (S. 790 ff.). Die ganz herrschende Meinung sieht Bußgelder uneingeschränkt als ersatzfähigen Schaden an.⁶ Auch dann ist aber zu beachten, dass die Geldbußen vielfach nur zu einem Teil Ahndungscharakter, zum größeren Teil aber Abschöpfungscharakter haben und der Abschöpfungsteil keinen Schaden darstellt, sondern nur den wirtschaftlichen Vorteil beseitigt, den die Gesellschaft aus der Pflichtverletzung erlangt hat. Soweit der Gesellschaft durch die Pflichtverletzung Vermögensvor-

1 Wie hier LG Hamburg v. 16.12.1980 – 8 O 229/79, ZIP 1981, 194, 197; *Mertens* in KölnKomm. AktG, § 116 AktG Rz. 57; *Hüffer*, § 116 AktG Rz. 3; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 849; *Hoffmann-Becking* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 33 Rz. 46, 77 ff.; *Dreher* in FS Boujong, 1996, S. 71; a.A. *Schwark* in FS Werner, 1984, S. 841/850, 853 f.

2 *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 154; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, § 93 Rz. 55; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 14; *Wiesner* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 10.

3 OLG München v. 17.9.1999 – 23 U 1514/99, NZG 2000, 741, 743.

4 So insbesondere *Dreher* in FS Conzen, 2006, S. 85, 103 f.; *Krause*, BB-Spezial 2007, 2, 13; differenzierend *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 56.

5 *Bayer* in FS K. Schmidt, 2008, S. 85, 97.

6 Z.B. *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 730; *Zimmermann*, WM 2008, 433, 437; *Haselbach/Seibel*, AG 2008, 770, 773; *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001, 344, 346.

teile entstehen und diese nicht abgeschöpft werden, sind die Grundsätze über die **Vorteilsausgleichung** anwendbar, d.h. der erzielte Vorteil mindert den ersatzpflichtigen Schaden.¹

- 40 Die Pflichtwidrigkeit muss den Schaden **adäquat kausal** herbeigeführt haben.² Die Haftung entfällt, wenn der Schaden auch bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wäre; beweispflichtig hierfür ist das Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglied.³ Bei der Verletzung von Kompetenz-, Organisations- oder Verfahrensregeln ist der **Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens** jedoch ausgeschlossen, weil sonst der Schutzzweck dieser Regelungen unterlaufen würde⁴; z.B. kann gegenüber einer Haftung für eine ohne die erforderliche Aufsichtsratszustimmung vorgenommene Geschäftsführungsmaßnahme nicht eingewandt werden, bei ordnungsgemäßer Einschaltung des Aufsichtsrats hätte dieser zugestimmt.

G. Beweislastumkehr

- 41 Während normalerweise der Anspruchsteller, der einen Schadensersatzanspruch geltend machen will, dessen Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen hat, kehrt § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die Darlegungs- und Beweislast um. Ist streitig, ob die Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bzw. Aufsichtsratsmitglieds angewandt haben, so trifft sie die Beweislast hierfür. Der **Umfang dieser Beweislastumkehr** beschränkt sich nicht allein auf die Frage des Verschuldens, sondern erfasst auch die objektive Pflichtwidrigkeit des Handelns.⁵ Die Gesellschaft muss also nur darlegen und beweisen, dass und in welcher Höhe ihr ein Schaden entstanden ist und dass dieser Schaden auf einer bestimmten Handlung oder Unterlassung des Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglieds beruht. Überdies hat die Gesellschaft die Darlegungslast dafür, dass das schadensursächliche Verhalten zumindest möglicherweise pflichtwidrig sein kann.⁶ Es ist dann Sache des Organmitglieds, sich hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit oder des Verschuldens zu entlasten.

1 *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 56, 63; *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 93 AktG Rz. 34; *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 729; *Zimmermann*, WM 2008, 433, 439; *Krause*, BB-Spezial 2007, 2, 13; *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001, 344, 346; *Wilsing*, unten § 27 Rz. 35 ff.; ablehnend *Säcker*, WuW 2009, 362, 368; zurückhaltend *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 526 ff.

2 *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 156; *Hopt* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 266; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 15.

3 *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 156; *Hopt* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 268; *Wiesner* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 8.

4 BGH v. 25.3.1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114, 127, 135; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 156; *Hopt* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 267; *Wiesner* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 8; a.A. *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1208 ff.

5 BGH v. 4.11.2002 – II ZR 224/00, ZIP 2002, 2314, 2315 f. (GmbH); OLG Hamm v. 11.5.1995 – 8 U 59/94, AG 1995, 512, 513; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 163; *Hopt* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 285; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 16.

6 BGH v. 4.11.2002 – II ZR 224/00, BGHZ 152, 280, 284 = AG 2003, 381; ausführlich *Goette*, ZGR 1995, 648/671 ff.; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 16; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 142; *Wiesner* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 11; *Paefgen*, NZG 2009, 891, 892 ff.

Die Beweislastumkehr trifft auch ausgeschiedene Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder. Dass sie keinen uneingeschränkten Zugang zu den Informationen und Unterlagen der Gesellschaft mehr besitzen, rechtfertigt keine Einschränkung der Beweislastumkehr.¹ Vielmehr ist ausgeschiedenen Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern unabhängig von § 810 BGB ein **Anspruch auf Einsicht** in die Unterlagen der Gesellschaft zuzubilligen, soweit sie diese für ihre Rechtsverteidigung benötigen.² Solange die Gesellschaft die Einsicht verweigert, kann sie sich entsprechend den Regeln über die Beweisvereitelung auf die Beweislastumkehr nicht berufen.³ Das Einsichtsrecht beschränkt sich auf Unterlagen, die für die Frage relevant sein können, ob die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters/Aufsichtsratsmitglieds eingehalten wurde; es umfasst nicht Unterlagen zu Fragen, die ohnehin von der Gesellschaft darzulegen und zu beweisen sind, insbesondere Fragen des Schadens. Weiterhin ist das Recht auf solche Informationen und Unterlagen zu beschränken, die als solche für die Beurteilung des Pflichtenvorwurfs relevant sind; Einsicht in interne Untersuchungsprotokolle, Protokolle über von der Gesellschaft durchgeführte Befragungen von Mitarbeitern oder von der Gesellschaft eingeholte Gutachten zur Frage der Organhaftung kann nicht beansprucht werden. Auch die Ausstrahlungswirkung von Grundrechten und grundrechtsgleichen Prozessgrundrechten (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 20 Abs. 3, 103 Abs. 1 GG) kann ein so weitgehendes Informationsrecht nicht begründen⁴, sondern insoweit ist das Vorstandsmitglied wie jeder Beklagte vor Gericht auf seine prozessualen Rechte zu verweisen, die ausreichenden Schutz gewähren. Als Voraussetzung des Einsichtsrechts wird man überdies verlangen müssen, dass das Organmitglied nachvollziehbar darlegt, warum es glaubt, aus den von ihm angeforderten Unterlagen zu seiner Rechtsverteidigung geeignete Informationen gewinnen zu können.

42

H. Haftungsausschlüsse und -einschränkungen

I. Haftungsausschluss durch Hauptversammlungsbeschluss

Gem. § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG tritt die Ersatzpflicht der Gesellschaft gegenüber nicht ein, wenn die schadenstiftende Handlung auf einem **gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung** beruht. Der Vorstand ist verpflichtet, von der Hauptversammlung im Rahmen ihrer Zuständigkeit beschlossene Maßnahmen auszuführen (§ 83 Abs. 2 AktG), und demgemäß kann die pflichtgemäße Durchführung des Beschlusses keine Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach sich ziehen. Diese Haftungsentlastung betrifft nicht nur Entscheidungen, für die eine originäre Zuständigkeit der Hauptversammlung besteht, sondern sie greift auch in den Fällen ein, in denen der Vorstand von sich aus gem. § 119 Abs. 2 AktG Geschäftsführungsmaßnahmen der Hauptversammlung zur Entscheidung vorlegt.

43

1 So aber *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 17; *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körper*, § 93 AktG Rz. 29.

2 BGH v. 4.11.2002 – II ZR 224/00, BGHZ 152, 280, 285 = AG 2003, 381; *Spindler* in *MünchKomm. AktG*, § 93 AktG Rz. 170; *Mertens/Cahn* in *KölnKomm. AktG*, § 93 Rz. 147; *Wiesner* in *MünchHdb. AG*, § 26 Rz. 12.

3 Ebenso wohl *Spindler* in *MünchKomm. AktG*, § 93 AktG Rz. 170.

4 So aber kürzlich *Hassemer* in einem unveröffentlichten Parteigutachten vom 12.7.2009.

Erforderlich ist aber ein förmlicher Hauptversammlungsbeschluss; informelle Erklärungen von Aktionären, auch des Alleinaktionärs, genügen nicht.¹ Auf dem Beschluss der Hauptversammlung muss die schädigende Handlung beruhen; deshalb reicht eine bloß nachträgliche Billigung durch Beschluss der Hauptversammlung nicht.² Erforderlich ist außerdem ein gesetzmäßiger Beschluss, d.h. ein Beschluss, der **weder nichtig noch anfechtbar** ist.³ Wird ein anfechtbarer Beschluss innerhalb der Anfechtungsfrist nicht angefochten, entlastet auch er.⁴ Ebenso entlastet ein nichtiger Beschluss, wenn die Nichtigkeit nach § 242 AktG nicht mehr geltend gemacht werden kann.⁵ Anders verhält es sich nur dann, wenn der Vorstand Anlass gehabt hätte, selbst Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen den Beschluss zu erheben, und dies pflichtwidrig unterlassen hat.⁶ Selbst ein gesetzmäßiger Hauptversammlungsbeschluss entlastet nicht, wenn er **pflichtwidrig** – insbesondere durch unrichtige oder unvollständige Information der Hauptversammlung – **herbeigeführt** wurde.⁷ Gleiches kann gelten, wenn sich für die Beschlussfassung der Hauptversammlung maßgebliche Umstände wesentlich verändert haben; in diesem Fall müssen Vorstand und Aufsichtsrat die Hauptversammlung erneut mit der Angelegenheit befassen, bevor der Beschluss umgesetzt werden darf.⁸

II. Verzicht, Vergleich, Verjährung

- 44 Die Gesellschaft kann auf Ersatzansprüche gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nur verzichten und sich über sie auch nur vergleichen, wenn seit der Entstehung des Anspruchs **drei Jahre** vergangen sind (Ausnahme § 93 Abs. 4 Satz 4 AktG), außerdem die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Aktionärsminderheit von mindestens 10 % des Grundkapitals gegen den Zustimmungsbeschluss Widerspruch zu Protokoll erhebt (§ 93 Abs. 4 Satz 3 AktG). Davon erfasst sind Erlassverträge und negative Schuldanerkenntnisse (§ 397 BGB), gerichtliche und außergerichtliche Vergleiche (§ 779 BGB) und darüber hinaus alle Rechtshandlungen, die einem Verzicht oder Vergleich wirtschaftlich gleichkommen, wie namentlich auch die Stundung des Ersatzanspruchs.⁹ Den Gläubi-

1 Hüffer, § 93 AktG Rz. 24.

2 Spindler in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 213; Hüffer, § 93 AktG Rz. 25; Wiesner in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 14.

3 Hüffer, § 93 AktG Rz. 25; eingehend Hopt in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 316ff.; Spindler in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 208f.

4 Spindler in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 208; Hopt in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 322f.; Hüffer, § 93 AktG Rz. 25; Haertlein, ZHR 186 (2004), 437, 441.

5 BGH v. 6.10.1960 – II ZR 150/58, BGHZ 33, 175, 178f.; Hopt in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 317ff.; Hüffer, § 93 AktG Rz. 25; Spindler in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 209; Wiesner in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 15; a.A. Mertens/Cahn in KölnKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 155.

6 Spindler in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 208; Hüffer, § 93 AktG Rz. 25f., § 242 AktG Rz. 7; Hopt in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 321.

7 Spindler in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 211, 214; Hopt in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 26; Wiesner in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 16.

8 Spindler in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 215; Hopt in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 327ff.; Wiesner in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 16.

9 Spindler in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 231; Hopt in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 375.

gern gegenüber ist ein Vergleich oder Verzicht selbst nach Ablauf der Dreijahresfrist und mit Zustimmung der Hauptversammlung unwirksam (§ 93 Abs. 5 Satz 3 AktG). Die Regelung von Ersatzansprüchen ist vielfach im Interesse sowohl der Gesellschaft als auch der betroffenen Organmitglieder. Deshalb ist die 3-Jahresfrist, die einer sachgerechten Erledigung der Angelegenheit für einen langen Zeitraum entgegenstehen kann, rechtspolitisch problematisch. Die Frist schließt es jedoch nicht aus, schon vor ihrem Ablauf Vergleichsgespräche zu führen und sich in unverbindlicher Form auf den Inhalt einer später abzuschließenden und der Hauptversammlung vorzulegenden Vereinbarung zu verständigen. Ob der Aufsichtsrat hingegen vor Fristablauf schon eine Vergleichsvereinbarung schließen kann, an die er gebunden ist und hinsichtlich derer er sich verpflichtet, sie der Hauptversammlung zur Zustimmung vorzulegen, ist zweifelhaft. Der Schutzzweck des Gesetzes spricht eher für die Annahme, dass dies nicht möglich ist, sondern vor Fristablauf nur gänzlich unverbindliche Übereinkünfte getroffen werden können. Zur Einbeziehung der D&O-Versicherung in einen Vergleichsschluss vgl. unten *Sieg*, § 15 Rz. 60ff.

Die Ansprüche aus §§ 93, 116 AktG **verjähren** in fünf Jahren (§ 93 Abs. 6 AktG), im Justizministerium wird allerdings zurzeit eine (überflüssige und sachwidrige) Verlängerung auf 10 Jahre erwogen. Die Frist beginnt unabhängig von der Kenntniserlangung mit der Entstehung des Anspruchs (§ 200 BGB).¹ Dazu muss der Schaden eingetreten sein, auch wenn er sich noch nicht beziffern lässt oder in seiner Entwicklung noch nicht abgeschlossen ist.² Es genügt, wenn der Anspruch durch Feststellungsklage geltend gemacht werden kann.³ Für die Fristberechnung gelten §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB, die Hemmung der Verjährung richtet sich nach §§ 203ff. BGB. In der Praxis ist es häufig sinnvoll und weitgehend üblich, zur Vermeidung verjährungsunterbrechender Maßnahmen durch die Gesellschaft während der Untersuchungsphase oder während laufender Vergleichsbemühungen eine Verjährungsverzichtsvereinbarung zu treffen.⁴

III. Haftungsbeschränkungen

Aus dem gesetzlichen Verbot, vor Ablauf von drei Jahren auf Schadensersatzansprüche zu verzichten (§ 93 Abs. 4 Satz 3 AktG), folgt zugleich, dass auch eine Haftungsbeschränkung zu Gunsten der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder weder durch Satzungsregelung noch durch individuelle Vereinbarung vorgesehen werden kann.⁵ Auch die Grundsätze der Rechtsprechung zur Begrenzung der

1 Begr. RegE zu § 93 Abs. 6 AktG, BT-Drucks. 15/3653, S. 12; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 37; *Spindler* in *MünchKomm. AktG*, § 93 AktG Rz. 255; *Wiesner* in *MünchHdb. AG*, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 21.

2 BGH v. 28.10.1993 – IX ZR 21/93, BGHZ 124, 27, 29f.; BGH v. 23.3.1987 – II ZR 190/86, BGHZ 100, 228, 231; *Hüffer*, § 94 AktG Rz. 37; *Spindler* in *MünchKomm. AktG*, § 93 AktG Rz. 256; *Wiesner* in *MünchHdb. AG*, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 21.

3 BGH v. 21.2.2005 – II ZR 112/03, ZIP 2005, 852, 853; BGH v. 23.3.1987 – II ZR 190/86, ZIP 1987, 776, 777; *Wiesner* in *MünchHdb. AG*, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 21.

4 Vgl. dazu etwa *Ellenberger* in *Palandt*, 69. Aufl. 2010, § 202 BGB Rz. 7.

5 *Spindler* in *MünchKomm. AktG*, § 93 AktG Rz. 26; *Hopt* in *Großkomm. AktG*, § 93 AktG Rz. 23ff.; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 1; *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 675.

Arbeitnehmerhaftung bei betrieblichen Tätigkeiten¹ lassen sich auf Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nicht übertragen.² Zulässig sind hingegen Freistellungserklärungen Dritter, etwa des Großaktionärs; ob der Großaktionär sich allerdings verpflichten kann, dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft Ersatzansprüche nicht geltend macht (z.B. durch Herbeiführung eines Verzichtsbeschlusses nach § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG?)³, erscheint schon wegen des Schutzzwecks der 3-Jahresfrist aus § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG zweifelhaft und liefe letztlich auf eine Verpflichtung zur Schädigung der Gesellschaft hinaus. Rechtspolitisch sollte allerdings erwogen werden, eine Haftungsmilderung durch die Satzung oder aufgrund einer Satzungsermächtigung *de lege ferenda* zuzulassen.⁴

J. Durchsetzung des Ersatzanspruchs

I. Anspruchsverfolgung durch Aufsichtsrat bzw. Vorstand

- 47 Gem. § 112 AktG ist es Sache des Aufsichtsrats, die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Darunter fällt auch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder. Solange nicht die Hauptversammlung oder das Gericht zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs besondere Vertreter bestellt haben (§ 147 Abs. 2 AktG)⁵ oder die Hauptversammlung in rechtswirksamer Weise auf den Anspruch verzichtet hat (§ 93 Abs. 4 Satz 3 AktG), ist der Aufsichtsrat grundsätzlich verpflichtet, möglichen Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern nachzugehen.⁶ Dazu hat der Aufsichtsrat bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte zunächst den **Sachverhalt festzustellen** und die **Erfolgsaussichten** einer Anspruchsverfolgung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht **zu analysieren**. Der Aufsichtsrat hat dabei seinerseits mit pflichtgemäßer Sorgfalt zu handeln. Dazu gehört es zumeist, dem betroffenen Vorstandsmitglied Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und für die rechtliche Beurteilung fachlichen Rat einzuholen. Der Aufsichtsrat braucht sich jedoch nicht – was in der Praxis immer wieder versucht wird – ein außergerichtliches Vorverfahren aufdrängen zu lassen, in dem er Sachverhalts- und Rechtsfragen mit dem Betroffenen diskutiert. Ebenso wenig muss der Aufsichtsrat sich mit allen Einwendungen des Betroffenen zum Sachverhalt und zur rechtlichen Bewertung selbst im Detail befassen, sondern er kann (und wird zweckmäßigerweise) hierzu Berater beauftra-

1 Vgl. dazu etwa BAG v. 27.9.1994 – GS 1/89, NJW 1995, 210; *Weidenkaff* in Palandt, § 611 BGB Rz. 156 ff.

2 BGH WM 1975, 467; OLG Düsseldorf v. 22.6.1995 – 6 U 104/94, ZIP 1995, 1183, 1192; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 159; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 14.

3 So *Arnold* in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, 2. Aufl. 2009, § 22 Rz. 61.

4 Eingehend *Uwe H. Schneider/Schmitz*, Börsen-Zeitung v. 26.2.2010; ebenso bereits *Hopt* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 24; *Hirte* in Lutter/Wiedemann (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht in Europa, ZGR-Sonderheft 13, 1998, S. 60, 96; *Krieger* in RWS-Forum Gesellschaftsrecht 1995, S. 149, 177.

5 Ein besonderer Vertreter verdrängt im Rahmen seines Aufgabenbereichs den Aufsichtsrat, *Hüffer*, § 147 AktG Rz. 6; *Bezenberger* in Großkomm. AktG, § 147 AktG Rz. 52.

6 BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 251 ff. – ARAG/Garmenbeck.

gen, und genügt seiner Sorgfaltspflicht, wenn er deren Ergebnisse auf ihre Plausibilität hin überprüft. Der Aufsichtsrat kann die Klageerhebung beschließen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Haftung in Frage kommen könnte und ihm deshalb eine neutrale Klärung durch das Gericht sachgerecht erscheint. Im Prozessfall wird gelegentlich versucht, der Klage der Gesellschaft den Einwand entgegenzusetzen, der Aufsichtsratsbeschluss über die Klageerhebung sei nichtig, weil der Aufsichtsrat sich nicht hinreichend mit den Einwendungen des Betroffenen befasst habe. Das ist schon deshalb verfehlt, weil dem Aufsichtsrat bei der Frage, welcher Grad von Anhaltspunkten ihm genügt, um die Haftungsfrage durch das Gericht klären zu lassen, ein sehr weites Ermessen einzuräumen ist; die Nichtigkeit des Beschlusses über die Klageerhebung kommt allenfalls in krassen Ausnahmefällen in Betracht, wenn die Entscheidung zur Klageerhebung die Grenzen des Vertretbaren klar überschreitet und als willkürlich erscheint.¹

Führt die Beurteilung der Erfolgsaussichten zu dem Ergebnis, dass der Gesellschaft voraussichtlich durchsetzbare Schadensersatzansprüche zustehen, ist der Aufsichtsrat in aller Regel **verpflichtet**, diese **Ansprüche zu verfolgen**. Das bedeutet nicht, dass in jedem Fall Klage erhoben werden müsste, sondern der Aufsichtsrat kann auch Vergleichsgespräche aufnehmen und, führen diese zu einem angemessenen Ergebnis, eine etwaige Klageerhebung zurückstellen, bis die 3-Jahresfrist abgelaufen ist und die Hauptversammlung Gelegenheit hatte, über die Zustimmung zu dem Vergleich zu entscheiden. Allerdings ist der Aufsichtsrat in einem solchen Fall verpflichtet, den Ersatzanspruch in der Zwischenzeit zu sichern. Dazu gehört zumindest eine Verjährungsverzichtserklärung, wenn Verjährung droht. Es können aber auch weitergehende anspruchssichernde Maßnahmen nötig sein, wie insbesondere die Ausübung von Zurückbehaltungsrechten gegenüber offenen Zahlungsansprüchen des Vorstandsmitglieds u. ä. Wie weit der Aufsichtsrat dabei gehen muss, ist eine Frage des Einzelfalls. Angemessene Pensionszahlungen wird er im Allgemeinen bis zur Entscheidung der Hauptversammlung vorläufig weiter leisten dürfen, wenn er bei pflichtgemäßer Einschätzung erwarten kann, dass die Hauptversammlung dem Vergleich zustimmen wird. Ein **Absehen von der Anspruchsverfolgung** aus eigener Entscheidung des Aufsichtsrats, d.h. ohne Herbeiführung einer Verzichtserklärung der Hauptversammlung, ist ausnahmsweise zulässig, wenn überwiegende Gründe des Unternehmenswohls der Anspruchsverfolgung entgegenstehen (vgl. auch § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG). Dabei können im Einzelfall Gesichtspunkte wie negative Auswirkungen auf Geschäftstätigkeit und Ansehen der Gesellschaft in der Öffentlichkeit, Behinderung der Vorstandsarbeit, Beeinträchtigung des Betriebsklimas u. Ä. eine Rolle spielen, während andere Gesichtspunkte als solche des Unternehmensinteresses, wie etwa die Verdienste des Vorstandsmitglieds oder die mit der Anspruchsverfolgung verbundenen sozialen Konsequenzen, keine Rolle spielen dürfen.² Bei der Beurteilung der Frage, ob solche Gründe des Unternehmenswohls

1 So im Fall BGHZ 135, 244, 247 ff. – ARAG/Garmenbeck; vgl. zur Nichtigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen wegen fehlerhafter Ermessensausübung überdies *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 735.

2 BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 254 ff. – ARAG/Garmenbeck; eingehend *Redeke*, ZIP 2008, 1549, 1553 ff.

ein Absehen von der Anspruchsverfolgung rechtfertigen, dürfte es richtig sein, dem Aufsichtsrat den Schutz der Business Judgment Rule zuzubilligen.¹ Jedemfalls aber ist insoweit ein Beurteilungsspielraum des Aufsichtsrats anzuerkennen, innerhalb dessen das Gericht nicht seine Beurteilung an die Stelle einer ebenfalls vertretbaren abweichenden Beurteilung des Aufsichtsrats setzen kann.² Die Gesellschaft kann, wenn sie selbst das Vorstandsmitglied auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, nicht die Kosten dessen Rechtsverteidigung übernehmen; eingehend zu den Fragen einer Kostenübernahme durch die Gesellschaft *Marsch-Barner*, unten § 17 (S. 480ff.).

- 49 Die gleichen Grundsätze gelten spiegelbildlich auch für die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen **gegen Mitglieder des Aufsichtsrats**. Zuständig hierfür ist der Vorstand (§ 78 AktG). Eine Inanspruchnahme von Aufsichtsratsmitgliedern durch den Vorstand kommt in der Praxis naturgemäß nur vor, wenn ein neuer Vorstand ins Amt gekommen ist und die Aufsichtsratsmitglieder inzwischen ausgeschieden sind. Hingegen wäre es lebensfremd anzunehmen, dass der alte Vorstand, der an den Vorgängen selbst beteiligt war, den amtierenden Aufsichtsrat wegen mangelnder Überwachung auf Schadensersatz in Anspruch nehmen würde.

II. Anspruchsverfolgung durch die Hauptversammlung oder eine Aktionärsminorität

- 50 Da eine ordnungsgemäße Anspruchsverfolgung durch Aufsichtsrat bzw. Vorstand nicht in jedem Fall gewährleistet ist, enthält das Gesetz in §§ 147 ff. AktG Regelungen, die es der Hauptversammlung oder ein Aktionärsminorität erlauben, die Anspruchsverfolgung zu erzwingen. Für die Praxis sind diese Bestimmungen – sieht man von dem aufsehenerregenden Fall der HVB³ ab – bislang von geringer Bedeutung.
- 51 Gem. § 147 Abs. 1 AktG kann die **Hauptversammlung** mit einfacher Stimmenmehrheit beschließen, dass die Ersatzansprüche geltend zu machen sind. In diesem Fall ist es in erster Linie Sache des Aufsichtsrats bzw. des Vorstands, den Anspruch zu verfolgen. Die Hauptversammlung kann jedoch besondere Vertreter bestellen, die dann an Stelle des an sich zuständigen Gesellschaftsorgans den Anspruch zu verfolgen haben (§ 147 Abs. 2 Satz 1 AktG). Außerdem kann eine Minorität von Aktionären, deren Anteile zusammen 10 % des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 1 Mio. Euro erreichen, bei Gericht den Antrag stellen, an Stelle des Vorstands oder an Stelle des von der Hauptversammlung bestell-

1 Eingehend *Paefgen*, AG 2008, 761, 762ff.; *Kocher*, CCZ 2009, 215, 219f.; a.A. wohl BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ, 135, 244, 255 – ARAG/Garmenbeck und eingehend *Paefgen*, AG 2008, 53ff.

2 In diese Richtung auch *Mertens* in FS K. Schmidt, 2009, S. 1183, 1186ff.; auch insoweit a.A. *Koch*, AG 2009, 93, 97ff., der lediglich akzeptieren will, dass im Einzelfall das Verschulden fehlen kann.

3 Vgl. die Nachweise in der folgenden Fußnote. Die Bestellung eines besonderen Vertreters zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen war auch Gegenstand der Entscheidung OLG Düsseldorf v. 24.4.1997 – 6 U 20/96, ZIP 1997, 1153.

ten besonderen Vertreters andere Vertreter zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs zu bestellen.¹

Solange die Gesellschaft ihren Ersatzanspruch nicht selbst gerichtlich geltend macht, gibt § 148 AktG einer qualifizierten Aktionärsminderheit die Möglichkeit, ein **gerichtliches Klagezulassungsverfahren** zu betreiben. Ziel des Verfahrens ist die Ermächtigung der antragstellenden Aktionäre durch das Gericht, die Schadensersatzansprüche der Gesellschaft im eigenen Namen geltend zu machen. Antragsberechtigt sind Aktionäre, deren Anteile im Zeitpunkt der Antragstellung zusammen 1 % des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 100000 Euro erreichen. Die Aktionäre müssen ihre Aktien vor Kenntniserlangung von den Pflichtverstößen erworben haben (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG), und sie müssen zudem zunächst die Gesellschaft unter Setzung einer angemessenen Frist auffordern, selbst Klage zu erheben (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, lässt das Gericht die Klage durch die Aktionäre zu, wenn Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist und der Geltendmachung des Ersatzanspruchs keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftszwecks entgegenstehen (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 u. 4 AktG). Die Gesellschaft bleibt berechtigt, ihren Ersatzanspruch trotz eines laufenden Klagezulassungsverfahrens selbst geltend zu machen (§ 148 Abs. 3 Satz 1 AktG). Ein von der Aktionärsminderheit auf Grund entsprechender Zulassung anhängig gemachtes Klageverfahren kann die Gesellschaft übernehmen (§ 148 Abs. 3 Satz 2 AktG); die zuständigen Gesellschaftsorgane werden dazu in aller Regel verpflichtet sein.² Wegen der Einzelheiten des Klagezulassungsverfahrens vgl. im Übrigen die detaillierten gesetzlichen Regelungen in §§ 148, 149 AktG.³

52

III. Anspruchsverfolgung durch einzelne Aktionäre und Gläubiger

Wenn das zuständige Gesellschaftsorgan nicht handelt und §§ 147, 148 AktG versagen, bleibt die Frage, ob unter besonderen Voraussetzungen auch **einzelne Aktionäre** die Anspruchsverfolgung in die Hand nehmen können. Die herrschende Meinung in der juristischen Literatur lehnt dies mit Recht ab.⁴ Das Gesetz hat das Problem in §§ 147, 148 AktG geregelt; daneben gibt es konzernrechtliche Sondervorschriften, die ausnahmsweise einzelne Aktionäre zur Anspruchsverfol-

53

1 Zur Rechtsstellung des gemeinsamen Vertreters vgl. die im Fall HVB ergangenen Entscheidungen OLG München v. 28.11.2007 – 7 U 4498/07, ZIP 2008, 73; LG München I v. 28.7.2008 – 5 HK O 12504/08, ZIP 2008, 1588; OLG München v. 27.8.2008 – 7 U 5678/07, ZIP 2008, 1916; OLG München v. 7.11.2008 – 7 W 1034/08, ZIP 2008, 2173 und dazu eingehend Wirth in FS Hüffer, 2010, S. 1129; Verhoeven, ZIP 2008, 245.

2 Spindler in K. Schmidt/Lutter, § 184 AktG Rz. 31; Mook in Spindler/Stilz, § 184 AktG Rz. 84; Schroer, ZIP 2005, 2081, 2086; Linnerz, NZG 2004, 307, 311; Krieger, ZHR 163 (1999), 343, 351; a.A. eingehend Koch in FS Hüffer, 2010, S. 447, 448 ff.

3 Eingehend dazu auch Seibert in FS Priester, 2007, S. 763 ff.; Happ in FS H.P. Westermann, 2008, S. 971 ff.

4 Hüffer, § 147 AktG Rz. 5; Wiesner in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 22; Krieger, ZHR 163 (1999), 343, 344; Habersack, DStR 1998, 533; Zöllner, ZGR 1988, 392, 408.

gung ermächtigen (§§ 309 Abs. 4, 318 Abs. 2 und 4 AktG). Damit ist der Fragenkreis abschließend geregelt.

- 54 **Gläubiger der Gesellschaft** haben normalerweise nicht das Recht, Schadensersatzansprüche der Gesellschaft geltend zu machen. Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können und zusätzlich entweder eine der in § 93 Abs. 3 AktG aufgeführten besonderen Pflichtverletzungen vorliegt oder die Vorstands-/Aufsichtsratsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds gröblich verletzt haben (§ 93 Abs. 5 AktG). Der Anspruch des Gläubigers ist im eigenen Namen geltend zu machen und richtet sich auf Zahlung an den Gläubiger, nicht an die Gesellschaft.¹ Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, wird das Verfolgungsrecht der Gläubiger durch den Insolvenzverwalter, im Falle der Eigenverwaltung durch den Sachwalter, ausgeübt (§ 93 Abs. 5 Satz 4).

K. Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gegenüber Dritten (Außenhaftung)

- 55 Von der Frage der Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft ist eine mögliche Schadensersatzhaftung gegenüber Aktionären, Kapitalanlegern, Gesellschaftsgläubigern und sonstigen Dritten zu unterscheiden. Grundlage hierfür können insbesondere die deliktsrechtlichen Vorschriften der §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2 und 826 BGB sein. Vgl. zu diesem Fragenkomplex eingehend *Altmeppen*, unten § 7 (S. 184 ff.). Für die Praxis spielt in diesem Zusammenhang eine große Rolle, ob und unter welchen Voraussetzungen die Gesellschaft ihre Organmitglieder von Schadensersatzansprüchen Dritter und von den Kosten der Rechtsverteidigung gegen solche Ansprüche freistellen kann; die gleiche Frage stellt sich bei Geldstrafen und -bußen sowie für die Kosten der Rechtsverteidigung in Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren; vgl. zu diesen Fragen eingehend *Marsch-Barner*, unten § 17 (S. 480 ff.).

L. D&O-Versicherung

- 56 Auch in Deutschland ist es inzwischen Standard, dass größere Unternehmen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungen für ihr Management, sog. D&O-Versicherungen, abschließen. „D&O“ kommt aus dem Amerikanischen und ist die Kurzbezeichnung für Directors' und Officers' Liability Insurance. Vgl. zur versicherungstechnischen Seite dieser Versicherungen eingehend *Sieg*, unten § 15 (S. 411 ff.).²

1 *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 239; *Hüffer*, § 93 AktG Rz. 34; *Wiesner* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 27.

2 Vgl. zum Inhalt der D&O-Versicherungen überdies *von Westphalen*, VersR 2006, 17; *Beckmann* in Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2009, § 28; *Barzen/Brachmann/Braun*, D&O-Versicherung für Kapitalgesellschaften – Haftungsrisiken der Geschäftsleitung und ihre Deckung, 2003.

Die **Zulässigkeit** von D&O-Versicherungen steht außer Zweifel. Insbesondere stehen sie nicht in Widerspruch zu § 93 Abs. 4 AktG.¹ Allerdings wurde seit langem befürchtet, dass der Abschluss einer D&O-Versicherung die Präventivwirkung der Haftungsdrohung verwässere.² Ziff. 3.8 Abs. 2 DCGK a.F. empfahl aus diesem Grund, bei Abschluss einer D&O-Versicherung einen **angemessenen Selbstbehalt** zu vereinbaren, ließ allerdings unklar, was als Selbstbehalt angemessen sein sollte. Inzwischen schreibt das Gesetz für Vorstandsmitglieder in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG einen Selbstbehalt zwingend vor³: Als Selbstbehalt ist mindestens 10 % des Schadens vorzusehen, für höhere Schäden oder mehrere Schäden innerhalb eines Geschäftsjahres kann der Selbstbehalt auf mindestens das Eineinhalbfache der jährlichen Festvergütung des Vorstandsmitglieds beschränkt werden⁴; maßgeblich ist dabei die Festvergütung des Geschäftsjahres, in dem die Pflichtverletzung geschah.⁵ Die Deckung der Abwehrkosten kann selbstbehaltfrei vereinbart werden.⁶ Wird die D&O-Versicherung von der Muttergesellschaft abgeschlossen, ist der Selbstbehalt jedenfalls dann zu beachten, wenn die Kosten auf die Tochter umgelegt werden.⁷ Aber auch wenn das nicht der Fall ist, ist zu fragen, ob nicht der Vorstand der Mutter seine Pflichten verletzt, wenn er zugunsten der Tochter-Vorstände eine selbstbehaltfreie D&O-Versicherung abschließt⁸; handelt es sich um eine ausländische Mutter, gilt das allerdings nicht. Für Aufsichtsratsmitglieder schreibt das Gesetz einen Selbstbehalt nicht zwingend vor, jedoch empfiehlt Ziff. 3.8 Abs. 3 DCGK einen § 93 Abs. 2 AktG entsprechenden Selbstbehalt auch für die Mitglieder des Aufsichtsrats. Es steht den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern frei, den Selbstbehalt auf eigene Kosten zu versichern.⁹ Jedoch muss das so geschehen, dass die jeweiligen Organ-

1 *Hopt* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 519; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 244; *Hüffer*, § 84 AktG Rz. 16; *Wiesner* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 45; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rz. 1025.

2 Vgl. insbesondere *Hopt* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 519; *Baums* (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rz. 75; *Kästner*, AG 2000, 113, 122; *Ulmer* in FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 451, 458 ff., der eine D&O-Versicherung deshalb nur mit angemessenem Selbstbehalt für zulässig ansehen wollte; a.A. *Henssler* in RWS-Forum Gesellschaftsrecht, 2001, S. 131, 141 f.; *Wiesner* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 45; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 244.

3 Eingehend dazu *Albers*, CCZ 2009, 222; *Dauner-Lieb/Tettinger*, ZIP 2009, 1555; *Franz*, DB 2009, 2764; *van Kann*, NZG 2009, 1010.

4 Nach § 23 Abs. 1 EGAktG gilt diese Verpflichtung für alle neu abgeschlossenen D&O-Versicherungsverträge. Altverträge müssen den Selbstbehalt ab dem 1.7.2010 vorsehen. Ist die Gesellschaft aus einer vor dem 5.8.2009 geschlossenen Vereinbarung zur Gewährung einer Versicherung ohne oder mit einem geringeren Selbstbehalt verpflichtet, darf sie diese Verpflichtung auch über den 1.7.2010 hinaus bis zu ihrem Ende erfüllen; der Selbstbehalt ist dann spätestens mit der nächsten Bestellungsperiode einzuführen.

5 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13433, S. 17; *Hoffmann-Becking/Krieger*, Beilage zu NZG Heft 26/2009, Rz. 46.

6 *Hoffmann-Becking/Krieger*, Beilage zu NZG Heft 26/2009, Rz. 47; *Ulbrich/Kassing*, BB 2009, 1659, 1660; *Dauner-Lieb/Tettinger*, ZIP 2009, 1555, 1556.

7 *Hoffmann-Becking/Krieger*, Beilage zu NZG Heft 26/2009, Rz. 50.

8 Weitergehend *van Kann*, NZG 2009, 1010, 1011, der § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG anscheinend unmittelbar auf Konzernpolicen erstrecken will.

9 *Dauner-Lieb/Tettinger*, ZIP 2009, 1555, 1557; *Hoffmann-Becking/Krieger*, Beilage zu NZG Heft 26/2009, Rz. 56; *van Kann*, NZG 2009, 1010, 1012.

mitglieder die Prämien in voller Höhe selbst tragen und diese nicht – auch nicht mittelbar – von der Mutter wirtschaftlich mitfinanziert werden. Die in der Praxis angebotene Gestaltung einer Selbstbehaltsversicherung, bei der etwaige Versicherungsleistungen auf die Deckungssumme der D&O-Versicherung angerechnet werden¹, ist unzulässig, weil dabei die Prämien der Selbstbehaltsversicherung durch die D&O-Versicherung subventioniert werden.

- 58 Schwierig zu beantworten und entsprechend umstritten ist die Frage, ob der Abschluss als (Sach-)Vergütung anzusehen ist. Wäre das der Fall, müsste über den Abschluss einer D&O-Versicherung für den Vorstand der Aufsichtsrat entscheiden, und für Einbeziehung von Aufsichtsratsmitgliedern in eine D&O-Versicherung wäre gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 AktG entweder eine Satzungsregelung oder ein Hauptversammlungsbeschluss erforderlich. Mittlerweile hat sich weitgehend die Auffassung durchgesetzt, dass die D&O-Versicherung **keinen Vergütungscharakter** hat, sondern in erster Linie den Vermögensinteressen der Gesellschaft dient.² Dieser Sicht hat sich auch die Finanzverwaltung angeschlossen, die die Beiträge zur D&O-Versicherung nicht als lohn- und einkommensteuerpflichtige Einkünfte ansieht, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind.³ In der Konsequenz liegt es nach h.M., die **Zuständigkeit für die Entscheidung** über den Abschluss einer D&O-Versicherung dem Vorstand zuzuordnen.⁴ Näher dürfte es liegen, weil auch die eigenen wirtschaftlichen Interessen des Vorstandsmitglieds berührt sind, entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 84, 88, 89, 112 AktG die Entscheidung über den Abschluss einer D&O-Versicherung für den Vorstand dem Aufsichtsrat zuzuordnen. Jedenfalls aber ist der Vorstand gut beraten, den Versicherungsabschluss mit dem Aufsichtsrat abzustimmen, und der Aufsichtsrat sollte hierfür die Schaffung eines Zustimmungsvorbehalts nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG erwägen. Durch eine unangemessen günstige Ausgestaltung der Versicherung können die beteiligten Organe ihre Pflichten verletzen, wobei ihnen nach h.M. wegen des bestehenden Interessenkonflikts die Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht zugute kommen soll (vgl. oben Rz. 18).

1 Dazu *Albers*, CCZ 2009, 222, 226.

2 *Wiesner* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 46; *Fleischer* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 12 Rz. 12; *Notthoff*, NJW 2003, 1351, 1354; *Dreher*, ZHR 165 (2001), 293, 304; *Mertens*, AG 2000, 447, 451; *E. Vetter*, AG 2000, 453, 456f.; *Lange*, ZIP 2001, 1524, 1526ff.; a.A. *Hüffer*, § 84 AktG Rz. 16, § 113 AktG Rz. 2a; *Semler* in FS Claussen, 1997, S. 381, 400f.; *Feddersen*, AG 2000, 385, 394.

3 Näher BMF-Schreiben v. 24.1.2002, AG 2002, 287; Erlass des Finanzministeriums Niedersachsen v. 25.1.2002, DStR 2002, 678; *Notthoff*, NJW 2003, 1350, 1354f.; *Küppers/Dettmeier/Koch*, DStR 2002, 1999.

4 *Wiesner* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rz. 46; *Fleischer* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 12 Rz. 12; *Dreher*, ZHR 165 (2001), 293, 321; *Lange*, ZIP 2001, 1524, 1528; *E. Vetter*, AG 2000, 453, 457.

§ 19

Risikobereich und Haftung: Haftung und Abberufung von Vorstand und Aufsichtsorgan bei Kreditinstituten

Reinfrid Fischer

	Rz.		Rz.
A. Einführung	1	1. Anforderungen an die Prozesse im Kreditgeschäft	37
B. Haftung der Geschäftsleiter	6	2. Bonitätsprüfung des Kredit- nehmers	39
I. Grundlagen der Haftung	6	3. Risikoermittlung und -bewertung im Kreditgeschäft	41
1. Organhaftung der privatrecht- lich organisierten Institute	6	4. Gewährung von Sanierungs- krediten	44
2. Haftungsgrundlagen bei Spar- kassen und Landesbanken	7	5. Organkredite	48
a) Landesgesetzliche Rege- lungen	7	IV. Verjährung	50
b) Fehlende gesetzliche Grundlagen	9	1. Beginn der Verjährungsfrist . .	51
c) Vereinzelte Haftungs- privilegierung im öffent- lichen Sektor	10	2. Verjährung bei öffentlich- rechtlich organisierten Institu- ten	54
3. Deliktische Haftung	12	V. Darlegungs- und Beweislast	55
a) Der Kirch/Breuer-Fall	13	VI. Wirkung der Entlastung	58
b) Verletzung von Geheim- haltungspflichten	14	C. Haftung der Mitglieder des Aufsichtsorgans	60
4. Haftung nach § 17 KWG	16	I. Sorgfaltsforderungen	61
II. Bankspezifische Sorgfaltspflich- ten	17	1. Allgemeine Anforderungen . .	61
1. Bankaufsichtliche Qualifikati- onsanforderungen	17	2. Richtlinienkompetenz der Ver- waltungsräte von Sparkassen . .	64
2. Business-Judgment-Rule in der Rechtsprechung zu Banken . . .	18	3. Bankaufsichtliches Sach- kundeerfordernis	67
3. Anforderungen an die Ge- schäftsorganisation	19	a) Regelung in § 36 Abs. 3 KWG	67
a) § 25a KWG	19	b) Unzureichende Sachkunde in der Praxis	69
b) MaRisk	21	c) Großzügige Kriterien der Gesetzesbegründung	71
aa) Risikostrategie	23	d) Flexible Anforderungen der BaFin	74
bb) Funktionstrennung	25	e) Zeitlicher Einsatz	79
cc) Personalausstattung und Anreizsysteme	26	4. Informationsrechte und -pflichten	80
dd) Operationelle Risiken . .	27	5. Verschwiegenheitspflicht	84
ee) Kreditgeschäft	28	a) Vertrauensempfindlichkeit . .	86
ff) Handelsgeschäft	31	b) Beratungsgeheimnis	87
gg) Kontrollsysteme	32	c) Gefährdung der Vertraulich- keit	88
hh) Outsourcing	33	d) Vorkehrungen zur Wahrung der Vertraulichkeit	90
c) Organisationspflichten zur Verhinderung krimineller Handlungen	35	II. Rechtsgrundlagen der Haftung . .	94
III. Haftungsrisiken im Kredit- geschäft	36		

	Rz.		Rz.
1. Allgemeine Grundlagen	94	1. Verantwortlichkeit des Geschäftsleiters	109
2. Besonderheiten bei öffentlich-rechtlichen Instituten	96	2. Nachweis durch die BaFin	113
a) Haftungsbeschränkung in einigen Landesgesetzen	98	II. Abberufung nach Verwarnung	114
b) Haftung ohne gesetzliche Regelung	99	1. Verwarnung bei leichtfertigen Gesetzesverstößen	115
c) Haftungsmaßstab für den Verwaltungsratsvorsitzenden	101	2. Missbilligung als milderer Mittel	118
d) Verjährung	102	3. Abberufung wegen Qualifikationsmängeln	119
D. Bankaufsichtliche Maßnahmen gegen Geschäftsleiter und Mitglieder des Aufsichtsorgans	104	III. Abberufung und Tätigkeitsverbot von Mitgliedern des Aufsichtsorgans	122
I. Tätigkeitsverbot und Abberufung von Geschäftsleitern	104	1. Abberufungsgründe	123
		2. Abberufungsverlangen bei geborenen Mitgliedern	126

Schrifttum: *Beck/Samm/Kokemoor*, Gesetz über das Kreditwesen, Loseblattkommentar, Stand Juni 2009; *Berg*, Zur Haftung von Vorstandsmitgliedern der Sparkassen in Bayern, Bayerische Verwaltungsblätter 2000, 385; *Berger*, Niedersächsisches Sparkassengesetz, 2. Aufl. 2006; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, 14. Aufl. 2004; *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, Kommentar zum KWG, 3. Aufl. 2008; *Consbruch/Fischer*, KWG-Textsammlung, Loseblattausgabe, Stand November 2009; *Ehricke/Rotstege*, Drittschutz zu Gunsten anderer Konzerngesellschaften bei Verletzung des Bankgeheimnisses, ZIP 2006, 925; *Fischer, R.*, Haftung und Abberufung von Bankvorständen, DStR 2007, 1083; *Fischer, R.*, Entlastung des Sparkassenvorstands und Bestätigung der Sparkassenaufsichtsbehörde, WM 2007, 1005; *Fischer, R.*, Informationsrechte des Verwaltungsrats und Vertraulichkeitsgebot bei Sparkassen, ZIP 2004, 2169; *Fischer/Klanten*, Bankrecht, 4. Aufl. 2010; *Goette*, Leitung, Aufsicht, Haftung – zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2000, S. 123; *Goette*, Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, ZGR 1995, 648; *Graef*, Haftung der Geschäftsführer bei fehlerhafter Kreditvergabe, GmbHR 2004, 327; *Großfeld/Noelle*, Haftung des Vorstands einer Genossenschaftsbank als Strukturproblem, AG 1986, 275; *Habersack*, Gesteigerte Überwachungspflichten des Leiters eines „sachnahen“ Ressorts?, WM 2005, 2360; *Hingst/Himmelreich/Krawinkel*, Neue rechtliche Rahmenbedingungen für die Kontrollorgane von Banken und Sparkassen, WM 2009, 2016; *Kiethe*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern eines Kreditinstituts für riskante Kreditgeschäfte, WM 2003, 861; *Klüpfel/Gaberdie/Gnam/Höppel*, Kommentar zum Sparkassengesetz, 7. Aufl. 2006; *Lehleiter/Hoppe*, Die Haftung des Bankverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR 2007, 178; *Lutter*, Bankenkrise und Organhaftung, ZIP 2009, 197; *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, 1991; *Lutter*, Zur Rechtmäßigkeit von internationalen Risikogeschäften durch Banken der öffentlichen Hand, BB 2009, 786; *Lutz/Neus/Scharpf/Schneider/Weber*, Gesetz über das Kreditwesen, 2009; *Reischauer/Kleinhans*, Kreditwesengesetz, Loseblattkommentar, Stand Juni 2009; *Redeke*, Auswirkungen des UMAG auf die Verfolgung von Organhaftungsansprüchen seitens des Aufsichtsrats?, ZIP 2008, 1549; *Schäfer/Zeller*, Finanzkrise, Risikomodelle und Organhaftung, BB 2009, 1706; *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007; *Schlierbach/Püttner*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. 2003; *Schmidt, M.*, Die Sorgfaltspflicht des Vorstands bei Kreditentscheidungen aus ökonomischer Sicht, ZBB 2006, 31; *Schmitt, B.*, Untreue von Bank- und Sparkassenverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR 2006, 125; *Schwennicke/Auerbach*, KWG, Kommentar, 2009.

A. Einführung

- 1 Das Haftungsregime für Vorstände und Aufsichts- oder Verwaltungsräte von Banken, Sparkassen und Finanzdienstleistungsinstituten unterliegt zwar grundsätzlich den gleichen Regeln wie das anderer Unternehmen. Dennoch bedingen die Struktur der Branche und die **besondere Aufmerksamkeit, die Gesetzgeber und Gesellschaft** diesem Bereich widmen, eine Reihe von Besonderheiten. Vor allem enthalten die Aufsichtsgesetze, besonders das Kreditwesengesetz, das Geldwäschegesetz, das Pfandbriefgesetz, das Depotgesetz sowie weitere Spezialgesetze samt ergänzender Verordnungen und aufsichtsbehördlicher Verlautbarungen eine Vielzahl spezifischer Sorgfalts- und Verhaltenspflichten, deren Nichtbeachtung Haftungsrisiken beinhaltet. Die Erfüllung dieser Pflichten wird durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) überwacht. Auch die starke Einbindung der Institute in die Verbandsorganisation, die bei einem Großteil – nämlich den Kreditgenossenschaften und Sparkassen – zudem als gesetzlicher Jahresabschlussprüfer fungiert, sorgt für eine engmaschige Kontrolle und Beobachtung der Institute und damit auch der Pflichterfüllung durch deren Organe.
- 2 Vielfach herrscht die Vorstellung, dass Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder von Banken in der Praxis kaum vorkämen¹, das Organhaftungsrecht insgesamt weitgehend „**totes Recht**“ sei. Ein signifikantes Beispiel ist die so genannte Subprime Krise. Eine Reihe großer privater und öffentlicher Banken beteiligten sich an der Emission, Gewährleistung oder an Investments in von nicht haftenden Zweckgesellschaften (SPVs) ausgegebenen Wertpapieren oder Derivaten, ohne diese Geschäfte wirklich überblicken zu können. Betrachtet man die individuellen und gesamtwirtschaftlichen Schäden, durch die im Anschluss an den Zusammenbruch des Bankhauses Lehman Brothers im September 2008 eskalierte Bankenkrise, die offenkundig durch bestandsgefährdendes Versagen von Organmitgliedern der beteiligten Banken maßgeblich verursacht wurde², so überrascht in der Tat, dass die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen kaum wahrnehmbar ist. Möglicherweise verstärkt die fundamentalistisch streng ausgestaltete Haftung aller Beteiligten, die keinerlei Haftungsmilderung etwa nach Komplexität und Schwere der Aufgabe zulässt – die Business Judgement Rule ist keine solche – die Abneigung, Schadensersatzansprüche überhaupt geltend zu machen. Außerdem dürfte bei Großunternehmen auch außerhalb des Bankenbereichs ein korporatives Einvernehmen zwischen den Vorständen und ihren Aufsichtsorganen herrschen, nach dem man sich nicht gegenseitig in die Haftung nimmt.
- 3 Die nur seltene **Realisierung potentieller Schadensersatzansprüche** beschränkt sich jedoch auf die großen öffentlichen Banken und großen Aktienbanken. Bei **Kreditgenossenschaften und Sparkassen** trifft es nicht zu, dass die Inanspruch-

1 Zur generell geringen Haftungs-Inanspruchnahme vgl. *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 93 AktG Rz. 2.

2 Vgl. dazu *Lutter*, ZIP 2009, 197 und OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, ZIP 2010, 28.

nahme von Vorstandsmitgliedern kaum vorkäme. Die Genossenschaftsorganisation macht zum Beispiel bei Krisenfällen von Volks- oder Raiffeisenbanken grundsätzlich zur Bedingung für Sanierungsleistungen, dass Haftungsansprüche gegen Vorstände geprüft und gegebenenfalls durchgesetzt werden.¹ Wesentlich wegen dieses Haftungsrisikos sind ein Großteil der Vorstände von Kreditgenossenschaften und von Sparkassen in einer Art Schutzgemeinschaften organisiert², die kostenlosen Rechtsschutz bei Schadensersatzforderungen bieten. Zahlreiche Fälle werden still durch Vergleich gelöst, z.B. durch Teilverzicht auf Pensionszahlungen ehemaliger Vorstandsmitglieder. Es gibt aber auch eine ausgeprägte Rechtsprechung zur Haftung von Bankvorständen. Einige gelangten bis zum BGH³, der anders als häufig die Vorinstanzen eine konsequente Anwendung der gesetzlichen Haftungsgrundsätze praktiziert. Möglicherweise werden weitere Fälle auch für den Bereich der großen international tätigen Banken hinzukommen, wenn die derzeitige Bankenkrise aufgearbeitet ist und Strafverfahren zu Verurteilungen führen sollten.

Die **heterogene Organisationsstruktur** der Kreditwirtschaft bedingt Unterschiede 4 in den rechtlichen Grundlagen und der Praxis der Organhaftung. Dabei steht auf den gleichen Märkten eine Vielzahl von Instituten ganz unterschiedlicher Größenordnung und Rechtsform miteinander im Wettbewerb. Nach der Bankenstatistik der Deutschen Bundesbank⁴ waren im Juni 2009 1967 Kreditinstitute am Markt tätig. Die Bankenstatistik unterscheidet zwischen Großbanken, Regionalbanken und sonstigen Kreditbanken, Zweigstellen ausländischer Banken, Landesbanken und Sparkassen, genossenschaftlichen Zentralbanken und Kreditgenossenschaften, Realkreditinstituten, Bausparkassen und Banken mit Sonderaufgaben. Nur der zahlenmäßig und gemessen am Geschäftsvolumen der Branche kleinere Teil der Kreditinstitute wird in den Rechtsformen der AG, GmbH oder oHG betrieben. Der Großteil – nämlich die Sparkassen, die meisten Landesbanken und staatlichen Förderbanken – werden in öffentlicher Rechtsform betrieben, ein weiterer Teil der Branche in der Rechtsform der Genossenschaft. Auch dies bedingt Besonderheiten in Bezug auf die Haftung, die bei den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten zudem landesrechtlich unterschiedlich geregelt ist. Teilweise fehlt auch eine Regelung oder beschränkt sich auf Grundsätze, so dass die Rechtslage durch Analogien zum Gesellschaftsrecht oder zum öffentlichen Dienstrecht klärungsbedürftig ist. Im Zusammenhang mit internationalen Risikogeschäften durch Banken der öffentlichen Hand wurde außerdem auf Risiko begrenzende Sonderpflichten aufgrund der öffentlichen Anbindung hingewiesen und daraus auf eine verschärfte Haftung geschlossen.⁵ Ebenso sieht das OLG Düsseldorf⁶ eine grobe Pflichtverletzung, wenn der Vorstand einer Bank einen Groß-

1 Vgl. § 16 Abs. 1 des Statuts der Sicherungseinrichtung des Bundesverbands der Volks- und Raiffeisenbanken.

2 Z.B. Interessengemeinschaft von Sparkassenvorstandsmitgliedern oder VGgB, Vereinigung der Geschäftsleiter genossenschaftlicher Banken in Südwestdeutschland e.V.

3 Vgl. z.B. BGH v. 8.1.2007 – II ZR 304/04, DStR 2007, 402; BGH v. 21.3.2005 – II ZR 54/05, ZIP 2005, 981 und BGH v. 3.12.2001 – II ZR 308/99, ZIP 2002, 213.

4 Monatsbericht September 2009, S. 104 ff.

5 Lutter, BB 2009, 786.

6 OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, ZIP 2010, 28, 31.

teil risikoreicher Geschäftstätigkeit (46 %) außerhalb des satzungsmäßigen Unternehmenszwecks (Förderung der gewerblichen Wirtschaft) entwickelt.

- 5 Ein weiteres berufliches Risiko von Vorständen und Mitgliedern der Aufsichtsorgane der Banken und Finanzdienstleistungsinstitute beruht auf der Möglichkeit der Bankenaufsicht (BaFin), gem. § 36 Abs. 1 bis 3 KWG die Abberufung von unfähigen Organmitgliedern zu verlangen. Außerdem kann ein Tätigkeitsverbot verhängt werden.

B. Haftung der Geschäftsleiter

I. Grundlagen der Haftung

1. Organhaftung der privatrechtlich organisierten Institute

- 6 Rechtsgrundlagen für die Haftung von Vorstandsmitgliedern von Banken und Finanzinstituten in privater Rechtsform sind die allgemeinen gesellschafts- und genossenschaftsrechtlichen Bestimmungen, also insbesondere § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 1 GmbHG und § 34 Abs. 2 GenG. Insoweit gelten keine Besonderheiten gegenüber den Darstellungen von *Uwe H. Schneider, Krieger* und *Weber* im Grundlagenteil in den §§ 2 bis 4.

2. Haftungsgrundlagen bei Sparkassen und Landesbanken

a) Landesgesetzliche Regelungen

- 7 Für öffentlich-rechtliche Institute ist die Rechtslage hingegen aufgrund **landesrechtlicher Gesetzgebungszuständigkeit und teilweise fehlender Regelungen** differenziert. Eine gesetzlich geregelte Haftungsgrundlage für Sparkassenvorstände enthalten die Sparkassengesetze von Baden-Württemberg, Niedersachsen und den neuen Bundesländern außer Thüringen (§ 24 Abs. 5 SpkG Baden-Württemberg, § 20 Abs. 4 SpkG Brandenburg, § 20 Abs. 3 SpkG Mecklenburg-Vorpommern, § 10 Abs. 1 Satz 4 SpkG Niedersachsen, § 20 Abs. 3 Sächsisches SpkG und § 20 Abs. 3 SpkG Sachsen-Anhalt). Für die Norddeutsche Landesbank und die Nieders. Förderbank gibt es gleichfalls eine spezifische Regelung in § 9 Abs. 2 des NordLB-Staatsvertrags¹ bzw. § 10 Nieders. FörderbankG. Teilweise wird auch auf die Sorgfalts- und Haftungsregelungen des Aktiengesetzes verwiesen, so z.B. bei der Aufbaubank Thüringen (§ 4 Nr. 3 AufbaubankG Thüringen) und bei der Investitionsbank Hessen (§ 9 Abs. 3 InvestitionsbankG Hessen).
- 8 Abgesehen von den Verweisungen auf das Aktiengesetz beschränken sich die genannten gesetzlichen Regelungen auf die Feststellung, dass Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Sparkasse oder der Landesbank zum Ersatz des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet sind. Weitere Regelungen, wie sie

¹ Staatsvertrag zwischen dem Land Niedersachsen, dem Land Sachsen-Anhalt und dem Land Mecklenburg-Vorpommern über die Norddeutsche Landesbank vom 22.8.2007, GVBl. 2007, 632.

das Aktien- und Genossenschaftsrecht kennt, z.B. zur **Beweislast oder Verjährung**, bestehen nicht. In Niedersachsen ist allerdings sowohl für die Sparkassen wie für die Norddeutsche Landesbank und die Niedersächsische Förderbank eine Haftungsbeschränkung eingeführt (Näheres nachfolgend Rz. 10f.). Einen mittelbaren Hinweis auf eine bestehende Haftung enthalten die Sparkassengesetze von Rheinland-Pfalz und dem Saarland. Dort ist nämlich geregelt, dass die Entlastung keine Haftungsfreistellung bewirkt, was eine Haftung voraussetzt (§ 19 Abs. 5 Satz 3 SpkG Rheinland-Pfalz und § 24 Abs. 5 Satz 2 Saarländisches SpkG). Eine Regelung im Umkehrschluss, nämlich eine unbeschränkte Haftung, lässt sich auch aus § 20 SpkG Schleswig-Holstein schließen. Diese Bestimmung erklärt die Haftungsbegrenzung des Landesbeamtengesetzes für Mitglieder des Verwaltungsrats und der Ausschüsse für entsprechend anwendbar. Aus dem Fehlen einer entsprechenden Regelung kann für Vorstandsmitglieder auf eine unbeschränkte Haftung geschlossen werden.¹

b) Fehlende gesetzliche Grundlagen

Für die Sparkassen der Länder ohne gesetzliche Regelung und die weiteren in öffentlicher Rechtsform geführten Landesbanken ist keine ausdrücklich geregelte Haftungsgrundlage ersichtlich. Dennoch ist es heute herrschende Meinung², dass auch ohne gesetzliche Regelung der allgemeine organisationsrechtliche Grundsatz gilt, der den § 93 AktG, § 43 GmbHG, § 34 GenG zugrunde liegt: Aus der Übertragung der Organfunktion folgt die Verantwortlichkeit für die korrekte Erfüllung der Organaufgabe. Aufgabe und Haftungsverantwortlichkeit bilden eine Einheit, deren Grundlage das **organschaftliche Rechtsverhältnis** zwischen Organmitglied und Unternehmen ist.³ Demnach besteht ein organschaftliches Treue- und Pflichtenverhältnis, aus dem das Organmitglied zur sorgfältigen und gewissenhaften Erfüllung seiner Aufgaben verpflichtet ist. Entsteht der Sparkasse oder Landesbank ein Schaden durch die schuldhafte Verletzung dieser Pflichten, so haftet das Organmitglied.⁴ Dies entspricht weitgehend den Regeln des privaten Verbandsrechts, so dass auf dessen Haftungsgrundsätze sowie die Kommentierung und das Fallmaterial, insbesondere zur Aktiengesellschaft, zurückgegriffen werden kann.⁵

c) Vereinzelt Haftungsprivilegierung im öffentlichen Sektor

Für die öffentlich-rechtlich organisierten Institute des Finanzsektors gelten grundsätzlich die gleichen Haftungsmaßstäbe wie für andere Unternehmen, also die unbeschränkte Haftung für jede Fahrlässigkeit. Eine Ausnahme wird für die Mitglieder des Vorstands der **bayerischen Sparkassen** vertreten.⁶ Diese Auffassung stützt sich darauf, dass das bayerische Sparkassenrecht keine Rege-

1 Ebenso *Schlierbach/Püttner*, S. 221, Fn. 1.

2 *Lutter*, Pflichten und Haftung, S. 10ff. und BB 2009, 791; *Schlierbach/Püttner*, S. 221.

3 *Lutter*, Pflichten und Haftung, S. 11.

4 *Lutter*, Pflichten und Haftung, S. 12; *Schlierbach/Püttner*, S. 220ff.

5 *Lutter*, Pflichten und Haftung, S. 11f.

6 Vgl. *Berg*, Bayerische Verwaltungsblätter 2000, 385ff.

lung der Organhaftung enthält, jedoch nach Art. 20 Abs. 2 Bayer. SpkG ergänzend die Bestimmungen des allgemeinen Kommunalrechts heranzuziehen sind. Damit gelte die **kommunalrechtliche Haftungsprivilegierung** auch für die Mitglieder des Vorstands. Diese Auffassung findet eine gewisse Stütze darin, dass die Mitglieder des Vorstands der bayerischen Sparkassen – anders als in den anderen Bundesländern – nicht Bedienstete der Sparkasse, sondern von deren Trägern sind. Dennoch begegnet diese Auffassung angesichts der gleichartigen Aufgaben, Pflichten und Funktionen von bayerischen Sparkassenvorständen im Vergleich zu den Vorständen anderer Sparkassen und Banken rechtspolitischen Bedenken. Auch erscheint die Anwendung des Kommunalrechts keineswegs zwingend. Vielmehr lässt sich die Regelungslücke ebenso wie in den anderen Bundesländern ohne spezifische Organhaftungsregelung durch entsprechende Anwendung der allgemeinen Organhaftungsgrundsätze schließen.¹

- 11 Eine weitere Besonderheit ergibt sich aus der ausdrücklichen Haftungsprivilegierung im **Niedersächsischen Sparkassengesetz**. Der niedersächsische Gesetzgeber hat den im Referentenentwurf zum UMAG² enthaltenen Vorschlag einer Haftungsmilderung übernommen³, der letztlich jedoch nicht Eingang in § 93 AktG gefunden hat. § 10 Abs. 1 Satz 5 Nieders. SpkG enthält für die Vorstände der Sparkassen eine Haftungsbeschränkung für bestimmte fahrlässig begangene Pflichtverletzungen. Danach liegt eine haftungsbegründende Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied **ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen** zum Wohl der Sparkasse zu handeln. Der Vorstand haftet also auch dann nicht, wenn er leicht fahrlässig keine hinreichenden Informationen eingeholt, diese nicht sorgfältig genug ausgewertet oder das Unternehmensinteresse mit leichter Fahrlässigkeit fehlerhaft eingeschätzt hat. Dies bedeutet aber nicht, dass der Vorstand generell nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften würde. Die Haftungserleichterung für niedersächsische Sparkassenvorstände gilt vielmehr nur für die Informationsbeschaffung und -auswertung sowie die Abwägung bei unternehmerischen Entscheidungen, nicht aber für sonstige haftungsbegründende Sachverhalte. Die Haftungsprivilegierung greift z.B. nicht, wenn keine Entscheidungsgrundlagen ermittelt und bewertet, gesetzliche oder satzungsmäßige Bestimmungen verletzt oder das mit der Entscheidung verbundene Risiko in unverantwortlicher Weise falsch eingeschätzt wird.⁴ Eine gleichartige Haftungsmilderung gilt für die Vorstände der Norddeutschen Landesbank und der Niedersächsischen Förderbank.

3. Deliktische Haftung

- 12 Hinsichtlich der weiteren Anspruchsgrundlagen aus deliktischer Haftung – z.B. aus § 823 Abs. 1 und 2 BGB i.V.m. § 266 StGB oder § 826 BGB bestehen keine Besonderheiten gegenüber der Rechtslage bei sonstigen Unternehmen. Gleiches

1 Im Ergebnis ebenso *Lutter*, Pflichten und Haftung, S. 11, 12.

2 Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005, BGBl. I 2005, 2802.

3 Näheres zur Gesetzesentwicklung vgl. *Berger*, § 10 Rz. 15, Fn. 49.

4 *Berger*, § 10 Rz. 15.

gilt für **Direktansprüche** von Gläubigern gegen die Organe des Instituts z.B. nach § 93 Abs. 5 AktG oder § 34 Abs. 5 GenG. Schadensersatzansprüche von Gläubigern gegen Organmitglieder haben in der Finanzwirtschaft bislang – soweit bekannt – in Praxis und Rechtsprechung kaum Bedeutung erlangt.

a) Der Kirch/Breuer-Fall

Eine Ausnahme stellt allerdings der Kirch/Breuer-Fall¹ dar. Dabei ging es um eine (abgetretene) Schadensersatzforderung eines Unternehmens der Kirch-Gruppe gegen den Sprecher des Vorstands der Deutschen Bank, weil dieser in einer Fernsehsendung geäußert hatte, dass die sanierungsbedürftige Gruppe von den bisherigen Hausbanken keine Kredite mehr erhalten werde. Die stark beachtete Entscheidung des BGH berührt neben komplexen Fragen der Schadenskausalität und der Schutzbereichserstreckung² auch banktypische Verhaltenspflichten der Organmitglieder. Der BGH begründet die Haftung mit **Nebenpflichten aus dem besonderen Vertrauensverhältnis** zwischen Bank und Kunde. Eine solche Nebenpflicht aus dem Darlehensvertrag verpflichte zur Rücksichtnahme und Loyalität gegenüber dem Darlehensnehmer und dazu, „die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers weder durch Tatsachenbehauptungen, auch wenn sie wahr sind, noch durch Werturteile oder Meinungsäußerungen zu gefährden“. Durch die öffentlichen Äußerungen über die fehlende Sanierungsbereitschaft und damit die geringe Kreditwürdigkeit der insolvenzgefährdeten Kreditnehmerin sei diese Loyalitätspflicht verletzt worden. Dies stelle einen Eingriff in das durch § 823 Abs. 1 BGB geschützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar.

b) Verletzung von Geheimhaltungspflichten

Die Kirch/Breuer-Entscheidung hätte auch mit einer Verletzung des **Bankgeheimnisses**³ begründet werden können, was der BGH aber offen lässt. Im Ergebnis begründen damit kreditgefährdende Äußerungen über Kunden, auch wenn sie wahr sind, Direktansprüche aus unerlaubter Handlung, für die über § 31 BGB auch das Institut haftet. Allerdings kommt der Haftung für Verletzungen des Bankgeheimnisses kaum praktische Bedeutung zu, obwohl das Bankgeheimnis wesentlicher Teil der Vertrauensbasis der Kreditinstitute ist.⁴ Dies dürfte weniger daran liegen, dass Verletzungen des Bankgeheimnisses nicht vorkämen, sondern daran, dass Schaden und Schadenskausalität schwer nachweisbar sind.

Der BGH spricht in dieser Entscheidung einen weiteren banktypischen Sachverhalt an. Die relativ wenig bekannte Bestimmung des § 55b KWG verbietet die unbefugte Offenbarung von Angaben, die dem Institut im Zusammenhang mit **Millionen-Kredit-Anzeigen** bekannt werden. Zugrunde liegt die Verpflichtung der Institute nach § 14 Abs. 1 KWG, die Verschuldung ihrer Kreditnehmer ab einer

1 BGH v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 = WM 2006, 308 = ZIP 2006, 317.

2 Hierzu vgl. *Ehricke/Rotstegge*, ZIP 2006, 925 ff.

3 Vgl. Nr. 2 AGB Banken sowie Kommentierung hierzu z.B. von *Bunte* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 7.

4 Vgl. *Bruckner/Krepold* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 39 Rz. 1 ff.

Grenze von 1,5 Mio. Euro der Bundesbank anzuzeigen. Diese informiert in einer Rückmeldung die anzeigenden Institute über die Gesamtverschuldung eines Kreditnehmers sowie die Anzahl der kreditgewährenden Unternehmen. Die unbefugte Offenbarung von daraus gewonnenen Informationen ist gem. § 55b KWG strafbar. Damit ist im Zusammenhang mit der Weitergabe vertraulicher Informationen durch Organmitglieder ein Haftungstatbestand gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 55b KWG gegeben, und zwar gerade bei der Bekanntgabe zutreffender Informationen. In dem Kirch/Breuer-Fall hat der BGH in den mehr generalisierenden öffentlichen Äußerungen und Einschätzungen jedoch zu Recht keine Verletzung des § 55b KWG gesehen. Hierzu wäre vielmehr erforderlich, dass konkrete Erkenntnisse aus den Rückmeldungen der Deutschen Bundesbank offenbart werden.

4. Haftung nach § 17 KWG

- 16 Eine weitere bankspezifische Haftungsgrundlage enthält § 17 KWG. Hierauf wird gesondert unter B.III.5. (Rz. 48f.) eingegangen.

II. Bankspezifische Sorgfaltspflichten

1. Bankaufsichtliche Qualifikationsanforderungen

- 17 Das Bankaufsichtsrecht fordert in § 32 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Abs. 2 KWG eine besondere Qualifikation der Geschäftsleiter. Sie müssen in ausreichendem Maße **theoretische und praktische Kenntnisse** in den von dem Kreditinstitut betriebenen Geschäftsarten aufweisen sowie **Leitungserfahrung**. Die fachliche Qualifikation ist bei Bestellung durch Lebenslauf, Zeugnisse usw. nachzuweisen und wird im Regelfall vermutet, wenn eine mindestens dreijährige leitende Tätigkeit in einem Institut vergleichbarer Größe und Geschäftsart absolviert wurde (§ 33 Abs. 2 Satz 2 KWG). Die Details der bankaufsichtlichen Anforderungen an die fachliche Qualifikation sind in der Kommentarliteratur¹ und teilweise auch in der Rechtsprechung² ausführlich diskutiert.

2. Business-Judgement-Rule in der Rechtsprechung zu Banken

- 18 Die mit der ARAK/Garmenbeck-Entscheidung³ entwickelten und heute in § 93 Abs. 1 AktG kodifizierten Grundsätze für den Handlungsrahmen eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters wurden in mehreren BGH-Urteilen, die Kreditinstitute betrafen, aufgegriffen und auf die spezifischen Pflichten von Bankmanagern angewandt. In einer Entscheidung vom 3.12.2001⁴ hält der BGH den Handlungsrahmen für überschritten, „wenn aus der Sicht eines ordentlichen

1 Vgl. z.B. *Fischer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 33 KWG Rz. 39ff. m.w.N.; *Reischauer/Kleinhaus*, § 33 KWG Rz. 7ff.; *Samm* in Beck/Samm, § 33 KWG Rz. 72ff.

2 Vgl. z.B. BVerwG v. 27.6.1961 – I c 34.60, NJW 1961, 1834.

3 BGH v. 24.4.1997 – II ZR 175/95, ZIP 1997, 383.

4 BGH v. 3.12.2001 – II ZR 309/99, WM 2002, 220 = ZIP 2002, 213.

und gewissenhaften Geschäftsleiters einer Genossenschaftsbank das hohe Risiko eines Schadens unabweisbar ist und keine vernünftigen geschäftlichen Gründe dafür sprechen, es dennoch einzugehen“. Eine Pflichtverletzung sei gegeben, „wenn das Vorstandsmitglied gegen die **in dieser Branche anerkannten Erkenntnisse und Erfahrungssätze** verstößt“.¹ Mit seinem Urteil vom 21.3.2005² bezieht sich der BGH auf das Urteil aus 2001 und ergänzt: „Für Vorstandsmitglieder einer Genossenschaftsbank bedeutet dies, dass Kredite grundsätzlich nicht ohne übliche Sicherheiten und nur unter Beachtung der Beleihungsobergrenzen gewährt werden dürfen.“

3. Anforderungen an die Geschäftsorganisation

a) § 25a KWG

Die für jeden Unternehmensleiter zentrale Aufgabe, für eine den Anforderungen des Unternehmens geeignete Geschäftsorganisation zu sorgen, ist im Bankaufsichtsrecht detailliert kodifiziert. Die in § 25a KWG geregelten Anforderungen an die Geschäftsorganisation eines Kreditinstituts wurden vom Gesetzgeber und der BaFin laufend fortgeschrieben und teilweise neu definiert.³ Diese durch jeweils aktuelle Krisenerfahrungen und das steigende Sicherheitsbedürfnis des Staates besonders bei der Geldwäsche- und Terrorbekämpfung veranlasste Regulierungshetke erscheint zwar **rechtspolitisch fragwürdig**. Denn außer der immer stärkeren Instrumentalisierung der Finanzwirtschaft für Zwecke der Kriminalitätsbekämpfung stellen die laufend erweiterten Spezialanforderungen an die Betriebsorganisation z.B. bei der Erfassung der Einzelrisiken, der Geldwäsche- und Betrugsbekämpfung u.a. besonders kleinere Institute vor kurzfristig schwer lösbare Umsetzungs- und Kostenprobleme. Dennoch ergeben die in § 25a KWG formulierten Anforderungen den wesentlichen Maßstab für die sorgfältige und gewissenhafte Erfüllung der Geschäftsleiterpflichten – auch i.S. des § 93 Abs. 1 AktG⁴ –, wie § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ausdrücklich klarstellt. Ihnen kommt damit **zentrale Bedeutung für die Haftung** im Falle von schadensbegründenden Fehlentwicklungen zu.

§ 25a KWG verpflichtet die Institute, neben der Sicherstellung der gesetzlichen Anforderungen, ein auf der Risikotragfähigkeit des Instituts basiertes angemessenes und wirksames **Risikomanagement** zu unterhalten – weit über die allgemeine Bestimmung in § 91 Abs. 2 AktG hinausgehend.⁵ Es soll die jederzeitige Bestimmung der finanziellen Lage gewährleisten und die Ermittlung der Risikotrag-

1 Ähnlich BGH v. 8.1.2007 – II ZR 304/04, ZIP 2007, 321.

2 BGH v. 21.3.2005 – II ZR 54/03, ZIP 2005, 981.

3 Sieben Gesetzesänderungen seit 2002, zuletzt mit Gesetz vom 29.7.2009 (BGBl. I 2009, 2305); ebenso Neufassung der Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk), neu gefasst durch Rundschreiben 15/2009 der BaFin vom 14.8.2009, abgedruckt bei *Consbruch/Fischer*, B 64.36.

4 Ebenso *Schäfer/Zeller*, BB 2009, 1707.

5 In der Literatur wird zum Teil die Anwendung oder zumindest die Maßstabfunktion des § 25a KWG für andere Teile der Wirtschaft erwogen – vgl. *Schäfer/Zeller*, BB 2009, 1707 m.w.N., dort Fn. 14 und 15.

fähigkeit, die Festlegung von Risikostrategien, ein internes Kontrollsystem samt Innenrevision, sowie ein Notfallkonzept, besonders für das IT-System, umfassen.¹

b) MaRisk

- 21 Zur Konkretisierung hat die BaFin zuletzt am 14.8.2009 Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) samt ausführlicher Erläuterungen veröffentlicht.² Dabei handelt es sich zwar nur um eine rechtlich nicht verbindliche, empfehlende Kundgabe der behördlichen Rechtsauffassung³ zur Konkretisierung der Anforderungen nach § 25a KWG. In der bankaufsichtlichen Praxis und ebenso in der Prüfungspraxis der Institute werden die MaRisk jedoch als auch im Detail verbindliche **Richtlinien für die Unternehmensorganisation** sowie deren Umsetzung in der Unternehmenspraxis und somit als Maßstab für die Erfüllung der Sorgfaltsanforderungen der Geschäftsleiter behandelt. Auch ist damit zu rechnen, dass die Zivilgerichte in Haftungsprozessen und ebenso die Strafgerichte bei der Prüfung des Untreuetatbestands⁴ diesen Maßstab anwenden. In einem Urteil des OLG Frankfurt vom 12.12.2007⁵ rechtfertigt das Gericht die Nichtanwendung der Vorgängerregelung, der Mindestanforderungen für das Kreditgeschäft (MaK), mit der seinerzeit von der Bankenaufsicht eingeräumten, noch nicht abgelaufenen Übergangsfrist⁶ für deren Anwendung. Dies lässt den Schluss zu, dass bei Inkrafttreten der jeweils gültigen Regelung Abweichungen von den Vorgaben der MaRisk allenfalls dann, wenn ungewöhnliche Sonderverhältnisse vorliegen, den Sorgfaltspflichtenanforderungen entsprechen.
- 22 Die derzeit geltenden MaRisk zielen auf ein Konzept einer ganzheitlichen Risikobetrachtung. Sie gehen von einem prinzipienorientierten Ansatz mit einer Reihe von Öffnungsklauseln aus, die den Instituten **Gestaltungsspielräume** für betriebswirtschaftlich bestimmte Umsetzungslösungen einräumen. Nach dem vorstehend zitierten Urteil des OLG Frankfurt steht dem Vorstand einer Bank bei der gem. § 91 Abs. 2 AktG i.V.m. § 25a KWG erforderlichen Einrichtung eines Risikomanagement- und -überwachungssystems ein weiter unternehmerischer Spielraum zu. Darüber hinaus enthalten die MaRisk eine Vielzahl von organisatorischen Anforderungen und Detailregelungen für die gesamte Geschäftsorganisation. Die wesentlichen Anforderungen umfassen folgende Bereiche:
- 23 **aa) Risikostrategie.** Auf der Grundlage eines **Gesamtrisikoprofils** soll sichergestellt werden, dass alle wesentlichen Risiken durch das Risikodeckungspotential laufend abgedeckt sind. Dabei hat die Geschäftsleitung eine Geschäfts-

1 Zu Ausgestaltung und Management eines Compliance-Systems vgl. auch unten *Gebauer/Kleinert*, § 20 Rz. 82ff.

2 Rundschreiben 15/2009 der BaFin vom 14.8.2009, abgedruckt bei *Consbruch/Fischer*, B 64.36.

3 Vgl. Urteil des Hess. VGH v. 31.4.2006 – 6 UE 3256/05, WM 2007, 392 mit Anm. *Fischer*, WuB I L 1. § 36 KWG 1.07; *Braun* in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, § 25a KWG Rz. 67.

4 So *Schmitt*, BKR 2006, 125, 129.

5 OLG Frankfurt v. 12.12.2007 – 17 U 111/07, AG 2008, 453.

6 Vgl. hierzu auch *Fischer* in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, § 36 KWG Rz. 24.

strategie und eine dazu konsistente Risikostrategie – ggf. unterteilt in Teilstrategien – festzulegen. Weiterhin ist ein internes Kontrollsystem einzurichten, das Regelungen zur Aufbau- und Ablauforganisation sowie Risikosteuerungs- und -controllingprozesse umfasst. Die damit verbundenen Aufgaben, Kompetenzen, Verantwortlichkeiten, Kontrollen und Kommunikationswege sind klar zu definieren und aufeinander abzustimmen.

Das Risikomanagement soll einen Überblick über alle Risiken des Instituts, deren Identifizierung und Grundlagen für die Handhabung der wesentlichen Risiken umfassen. Die wesentlichen Risiken sind dabei das **Adressenausfallrisiko** (einschließlich Länderrisiken), das **Marktpreisrisiko** (Kursrisiko aus Wertpapier- und Währungsgeschäften, Zinsänderungsrisiko, Marktpreisrisiko aus Warengeschäften) und das **Liquiditätsrisiko** sowie Risiken aus den **operationellen Abläufen** innerhalb des Instituts. Zur Risikosteuerung und zum Risikocontrolling werden in der Praxis Risikoszenarien ermittelt und Stresstests durchgeführt.

bb) Funktionstrennung. Wesentliche Prinzipien der MaRisk sind die Funktionstrennung im Kreditgeschäft¹ und im Handelsgeschäft zwischen Markt und Marktfolge bis zur Ebene der Geschäftsleitung und das **Zwei-Voten-Prinzip**, nach dem grundsätzlich beide Bereiche einer Entscheidung zustimmen müssen. Dies schließt – je nach Art, Umfang, Komplexität, Risikogehalt und Kompetenzregelung – abweichende Einzelregelungen besonders bei kleinen Instituten (MaRisk BTO 1.1) oder die Nichtbeachtung eines Votums durch den letzten Kompetenzträger nicht aus.

cc) Personalausstattung und Anreizsysteme. Eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation setzt nach den MaRisk zunächst eine an den Geschäftsaktivitäten und der Risikosituation ausgerichtete quantitativ und qualitativ hinreichende Personalausstattung voraus. Es sind Stellenbeschreibungen erforderlich, die Aufgaben, Inhalte, Kompetenzen, Verantwortlichkeiten und die Weisungsbefugnisse darstellen. Die Erfahrungen mit der jüngsten Finanzmarktkrise haben bei der Neufassung 2009 der MaRisk eine Regelung zu den Anreizsystemen veranlasst. Sie konkretisieren die mit dem Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung² getroffenen Regelungen (besonders § 87 AktG) und gelten für Institute in jeder Rechtsform. Danach müssen „Vergütungssysteme so ausgerichtet sein, dass schädliche Anreize zur Eingehung unverhältnismäßig hoher Risikopositionen vermieden werden“ (MaRisk, AT 7.4 S. 2). Weitere risikobezogene Vorgaben sind für die **Vorstandsvergütung** mit Hinweisen zu anzuwendenden Parametern in MaRisk, AT 7.1.7 formuliert.

dd) Operationelle Risiken. Die organisatorischen Anforderungen zur Beherrschung der operationellen Risiken sollen insbesondere eine funktionsfähige Entwicklung der Aufbau- und Ablauforganisation durch entsprechende Qualifizierung der Mitarbeiter, laufende Anpassung der technisch-organisatorischen Ausstattung, eine hinreichende Notfallplanung und funktionsfähige Vorgaben

1 Vgl. dazu Urteil des BGH v. 8.1.2007 – II ZR 304/04, ZIP 2007, 322.

2 VorstAG v. 31.7.2009, BGBl. I 2009, 2509.

(**Organisationshandbücher**) für sämtliche Geschäfte und vor allem Geschäfte in neuen Produkten oder neuen Märkten umfassen.

- 28 **ee) Kreditgeschäft.** Bei der Organisation der Kreditprozesse sehen die MaRisk eine Trennung zwischen risikorelevanten und nicht risikorelevanten Engagements vor. Maßgebliche Kriterien hierfür sind **Größenkonzentrations- und Klumpenrisiken**, das Maß der **Ausfallwahrscheinlichkeit** sowie die **Werthaltigkeit der Sicherheiten**.
- 29 Zur Risikosteuerung und Risikoüberwachung im Kreditgeschäft ist zunächst eine **Risikostrategie mit entsprechenden Limiten** zu formulieren. Es sind Überwachungsinstrumente zur Früherkennung und Quantifizierung von Ausfallrisiken sowie ein funktionsfähiges Berichtswesen hierzu einzurichten. Zur Risikoüberprüfung ist ein aussagefähiges Risikoklassifizierungsverfahren (Rating und Scoring) zu unterhalten.
- 30 Die jüngsten Erfahrungen mit der Zuverlässigkeit **externer Ratingsysteme** hat die BaFin veranlasst in der Neufassung 2009 der MaRisk klarzustellen, dass die „Verwendung externer Bonitätseinschätzungen ... das Institut nicht von seiner Verpflichtung (enthebt), sich ein Urteil über das Adressenausfallrisiko, zu bilden und dabei eigene Erkenntnisse und Informationen in die Kreditentscheidung einfließen zu lassen“ (MaRisk BTO 1.2.4.).
- 31 **ff) Handelsgeschäft.** Ein ähnliches Risikocontrolling ist für die Handelsgeschäfte erforderlich, das Strategie, Risikolimits und Kompetenzen umfasst. Auch für das Handelsgeschäft muss eine **aufbauorganisatorische Trennung** zwischen Handel, Risikocontrolling sowie der Abwicklung und Kontrolle bis zur Ebene der Geschäftsleitung eingerichtet sein. Voraussetzung ist, dass für sämtliche Handelsgeschäfte verbindliche Vorgaben z.B. zu Konditionen samt Nebenabreden und der grundsätzlichen Abwicklung zu marktgerechten Bedingungen vereinbart sind. Die laufende Kontrolle umfasst insbesondere die Marktgerechtigkeit der Geschäftsabschlüsse, die Einhaltung der Limits sowie die Ordnungsmäßigkeit der Abwicklung und Dokumentation.
- 32 **gg) Kontrollsysteme.** Schließlich erfordert eine ordnungsgemäße Betriebsorganisation eine ausreichende Kontrolle der Umsetzung der festgelegten Risikostrategie. Diese erfolgt durch prozessabhängige Kontrollsysteme bei den jeweiligen Geschäften und Geschäftsarten und eine prozessunabhängige **interne Revision**, die in jedem Institut eingerichtet sein muss. Die interne Revision hat risikoorientiert die Funktionsfähigkeit des Risikomanagements nach den individuellen Anforderungen des jeweiligen Instituts und den getroffenen Vorgaben, die Funktionsfähigkeit der prozessabhängigen Kontrollsysteme und die Ordnungsmäßigkeit aller Geschäfte und sonstigen Prozesse zu prüfen.
- 33 **hh) Outsourcing.** Zu einer ordnungsmäßigen Betriebsorganisation gehört gem. § 25a Abs. 2 KWG auch, dass bei Auslagerung von Aktivitäten und Prozessen auf andere Unternehmen (Outsourcing) die Ordnungsmäßigkeit der Geschäfte und der Geschäftsorganisation nicht beeinträchtigt und dadurch keine übermäßigen zusätzlichen Risiken begründet werden. Einzelheiten sind in den MaRisk, AT

9 geregelt. Dabei gehen die MaRisk von dem Grundsatz aus, dass Zuverlässigkeit, Art, Umfang, Ausgestaltung und Kontrolle ausgelagerter Funktionen von der Geschäftsleitung zu beurteilen sind. Sofern bestimmte geschäftliche oder organisatorische Prozesse (EDV-Dienstleistungen, Durchführung der Innenrevision, Notfalldienste, Kreditüberwachung usw.) auf externe Unternehmen ausgelagert werden, darf dadurch die **Steuerungsmöglichkeit der Geschäftsleitung** und die bankaufsichtliche Überwachung nicht faktisch gelockert werden. Die Auslagerung darf auch nicht dazu führen, dass die Geschäftsleitung nicht mehr für sämtliche – auch die ausgelagerten – Tätigkeiten verantwortlich wäre.¹

Bestimmte **kardinale Funktionen** sind grundsätzlich nicht auslagerbar, so Unternehmensplanung, -koordination und -kontrolle. Die Innenrevision kann ausgelagert werden, sofern die Geschäftsleitung einen hausinternen Revisionsbeauftragten bestellt, der Planung und Abwicklung der Innenrevision mit dem beauftragten Dritten abstimmt und überwacht.² 34

c) Organisationspflichten zur Verhinderung krimineller Handlungen

Die §§ 25b bis 25g KWG begründen weitere organisatorische Pflichten zur **Verhinderung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung** und von **betrügerischen Handlungen** zum Nachteil der Institute. Sie sollen vor allem gewährleisten, dass den staatlichen Sicherheitsinteressen in Zusammenhang mit den Sonderpflichten nach dem Geldwäschegesetz und weiteren Überwachungs- und Mitwirkungspflichten der Institute bei der Kriminalitätsbekämpfung – z.B. automatisierter behördlicher Zugriff auf Konteninformationen der Kunden, Kontenscreening u.a. – entsprochen wird. Sie können darüber hinaus aber auch haftungsrelevant werden, z.B. wenn Verletzungen dieser Pflichten zu Sanktionen führen oder eine unzureichende Kriminalitätsprävention Betrugs- oder Unterschlagungsfälle begünstigt. 35

III. Haftungsrisiken im Kreditgeschäft

Das Schwergewicht der aus Rechtsprechung und Praxis bekannt gewordenen Haftungsfälle betrifft Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem Kreditgeschäft. Bedeutsame Haftungsrisiken entstehen aber auch aus anderen Geschäftsbereichen der Finanzinstitute. Dies gilt für Anlageentscheidungen im Wertpapiereigengeschäft, die vereinzelt auch zum Gegenstand von Schadensersatzansprüchen gemacht wurden. Dies könnte bei der Aufarbeitung der Haftungsfolgen aus spekulativen Fehlentscheidungen bei der so genannten Subprimekrise ab dem Jahre 2007 (vgl. Rz. 2) eine zunehmende Bedeutung erlangen.³ 36

1 Einen solchen Fall behandelt das OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, ZIP 2010, 28.

2 Vgl. *Braun* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 25a KWG Rz. 633.

3 Vgl. dazu *Lutter*, ZIP 2009 197 und *Lutter*, BB 2009, 786.

1. Anforderungen an die Prozesse im Kreditgeschäft

- 37 Die organisatorischen Anforderungen des § 25a KWG und ihre Konkretisierung in den MaRisk (vgl. Rz. 21 ff.) haben maßgebliche Bedeutung für die Vermeidung von Haftungsrisiken im Kreditgeschäft. Denn Bearbeitungsfehler werden häufig nicht auf Vorstandsebene, sondern von den zuständigen Kreditbearbeitern verursacht. Eine mangelhafte Aufbau- oder Ablauforganisation begünstigt solche Fehlentwicklungen. Haftungsfälle können sich daher keineswegs nur dann ergeben, wenn der Vorstand selbst an einer Kreditentscheidung beteiligt war, sondern auch aus einer vom Vorstand zu verantwortenden mangelhaften **Organisation und Fehlern auf nachgeordneter Ebene**. Für den Haftungsnachweis stellt sich in diesem Fall zwar ein Kausalitätsproblem. Generell kann man aber davon ausgehen, dass mangelhafte Vorgaben für die Kreditbearbeitung und Risikokontrolle den Anscheinsbeweis für in diesem Zusammenhang aufgetretene Fehler der nachgeordneten Stelle und daraus resultierende Schäden erbringen kann.¹
- 38 Die Umsetzung und laufende Einhaltung der Anforderungen an die Prozesse bei Kreditgewährung, Kreditweiterbearbeitung, Kreditbearbeitungskontrolle, Intensivbetreuung bei gefährdeten Engagements und die rechtzeitige Bildung der erforderlichen Risikovorsorge sind Voraussetzung für eine pflichtgemäße **Schadensprävention** im Kreditgeschäft. Weiterhin müssen Verfahren zur Früherkennung von Risiken im Kreditgeschäft und zur Risikoklassifizierung eingerichtet und praktiziert werden (zu Einzelheiten vgl. MaRisk BTO 1.1 bis 1.4).

2. Bonitätsprüfung des Kreditnehmers

- 39 Die Verletzung der Pflicht zur sorgfältigen Bonitätsprüfung des Kreditnehmers ist ein häufiger Vorwurf in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen zur Haftung von Bankvorständen², zur Strafbarkeit wegen Untreue bei Kreditvergabe³ und bei der Begründung von bankaufsichtlichen Verwarnungen oder Abberufungsverlangen nach § 36 Abs. 2 KWG.⁴

Nach der in § 18 KWG formulierten **Offenlegungspflicht** darf ein Kreditinstitut einen Kredit von mehr als 750000,00 Euro oder 10 % des haftenden Eigenkapitals des Kreditinstituts nur gewähren, wenn es sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers insbesondere durch Vorlage der aktuellen Jahresabschlüsse und betriebswirtschaftlichen Auswertungen offen legen lässt. Auch nach Kreditgewährung sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers laufend zu überwachen. Hiervon gibt es einige Ausnahmen, auf die hier nicht im Einzelnen

1 So z.B. für Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, BGH v. 14.12.1993 – VI ZR 271/92, NJW 1994, 945; zum Anscheinsbeweis generell vgl. *Hartmann* in Baumbach/Lauterbach, ZPO, 67. Aufl., Anh. zu § 286 ZPO Rz. 22 ff.

2 Vgl. z.B. BGH v. 8.1.2007 – II ZR 304/04, DStR 2007, 402, und BGH v. 3.12.2001 – II ZR 308/99, ZIP 2002, 213; OLG Frankfurt v. 12.12.2007 – 17 U 111/07, AG 2008, 453; KG v. 22.3.2005 – 14 U 248/03, ZIP 2005, 1866.

3 Vgl. BGH v. 15.1.2001 – 1 Str 185/01, WM 2002, 225 und BGH v. 4.6.2000 – 1 StR 280/99, NJW 2000, 2364; *Schmitt*, BKR 2006, 125, 128.

4 Vgl. z.B. Beschluss des OVG Berlin v. 2.10.2001 – 1 Sn 27.01, EWiR § 36 KWG 1/02, 533 – *Fischer, Fischer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 36 KWG Rz. 21.

eingegangen werden kann. Die Offenlegungsgrenze von 750000,00 Euro besagt keineswegs, dass Kredite unterhalb dieses Rahmens blind gewährt werden dürften. Die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung gilt generell, wenn auch unterhalb der Bagatellgrenze ein größerer Entscheidungsspielraum darüber besteht, welche Informationen vom Kreditnehmer beschafft werden müssen.

Zur Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Kreditnehmer hatte die Bankenaufsicht bis zum Jahre 2005 eine kaum mehr überschaubare Anzahl an Rundschreiben und sonstigen Verlautbarungen herausgegeben und der Jahresabschlussprüfung aufgegeben, über deren Einhaltung detailliert zu berichten. Dies hatte zu einer stark formalisierten Praxis geführt. Mit Rundschreiben vom 9.5.2005¹ hatte die BaFin sämtliche Verlautbarungen hierzu aufgehoben und die Anwendung der Offenlegungsanforderungen des § 18 KWG in die Verantwortung der Geschäftsleiter gestellt.² Nach der heutigen Aufsichtspraxis sind diese Anforderungen flexibler und mit mehr Eigenverantwortlichkeit der Geschäftsleiter im Rahmen der Betriebsorganisation sicherzustellen (MaRiskBTO 1.2).

3. Risikoermittlung und -bewertung im Kreditgeschäft

Bei einer Kreditentscheidung muss eine Prognoseentscheidung getroffen werden, die sich auf vergangenheits- und gegenwartsbezogene Fakten des Kreditnehmers und des wirtschaftlichen Umfelds sowie eine zukunftsbezogene Einschätzung stützt. Das stets bestehende Ausfallrisiko muss bestimmt und in Relation zu den Ertragschancen gesetzt werden. Die auf die Zukunft gerichtete Einschätzung muss durch vollständige und entscheidungsrelevante Tatsachen unterlegt werden. Die Kreditentscheidung darf sich daher nicht auf eine „Prophezeiung“, sondern muss sich auf eine **Prognose** stützen.³

Kardinale Bedeutung kommt dabei der laufenden **Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse** gem. § 18 KWG und deren Auswertung zu. Alle für die Kreditentscheidung und Weitergewährung maßgeblichen Zahlen, Fakten und sonstigen Beurteilungsgrundlagen müssen je nach Bedarf aus aktuellen Jahresabschlüssen, zuverlässigen betriebswirtschaftlichen Zwischenberichten, Steuererklärungen, Gehaltsnachweisen, Vermögensaufstellungen u.a. ermittelt, sorgfältig ausgewertet und – notfalls mittels externer Sachkunde – bewertet werden. Hierzu sind zunächst die Ausgangsdaten der wirtschaftlichen Situation des Kreditnehmers als auch Informationen zu den persönlichen Verhältnissen, der fachlichen Erfahrung und dem bisherigen Auftreten des Kreditnehmers sowie Daten des zu finanzierenden Objekts bzw. der Marktstellung und Branche des Unternehmens zu ermitteln. Die ermittelten Daten müssen richtig, vollständig und relevant, die zukunftsbezogenen Prämissen plausibel, sachlogisch und neutral sein.

Auf Basis dieser Informationen müssen Prämissen gesetzt werden, also zukunftsbezogene Annahmen hinsichtlich der weiteren Entwicklung des Kreditnehmers

1 Abgedruckt bei *Consbruch/Fischer*, B 61.55.

2 Zu dieser Entwicklung und deren Konsequenzen vgl. *Lehleiter/Hoppe*, BKR 2007, 182; *Schmitt*, BKR 2006, 125.

3 Eine scharfsinnige Analyse dazu enthält ein Aufsatz von *M. Schmidt*, ZBB 2006, 31.

und/oder des zu finanzierenden Objekts sowie des wirtschaftlichen Umfelds wie Konjunktur, Situation der Branche, erwartete Preis- und Ertragsentwicklung. Die bei diesen Prämissen unterstellten Annahmen müssen sachlogisch und plausibel sein. Ob sie letztlich eintreten, liegt außerhalb des **Verantwortungsbereichs des Entscheidungsträgers**. Die auf dieser Basis getroffene Entscheidung muss vertretbar und nachvollziehbar sein, braucht sich aber im Nachhinein nicht als erfolgreich zu erweisen. Solange die Entscheidung in weitem unternehmerischen Handlungsspielraum auf informierter Basis getroffen wurde, ist sie nicht pflichtwidrig. Sie wird auch nicht dadurch widerlegt, dass nachgewiesen wird, dass z.B. ein gegenteiliges Votum auf gleicher Entscheidungsgrundlage die sich nachträglich als richtig erweisende Handlungsalternative vorgeschlagen hatte.¹ Vielmehr ist dies Gegenstand des unternehmerischen Entscheidungsspielraums gem. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG.

4. Gewährung von Sanierungskrediten

- 44 Eine in der Kreditwirtschaft nicht seltene Problematik ergibt sich bei Kreditbedarf eines in der Krise befindlichen Kreditkunden. Hier stellt sich für den Bankvorstand die Entscheidungsnotwendigkeit, ob das ausfallgefährdete „**schlechte Geld**“ durch neues „**gutes Geld**“ gerettet werden kann. Im Grundsatz gelten die gleichen Ermittlungs- und Prognoseanforderungen wie vorstehend beschrieben. Entscheidende Beutung kommt der Aufstellung und zuverlässigen Beurteilung eines Sanierungsplans auf der Grundlage weiterer Kredite zu.
- 45 Ein signifikantes Beispiel einer solchen Situation hatte das **Kammergericht** bei seinem Urteil vom 22.3.2005² zu entscheiden. Es ging um die Finanzierung von Plattenbauten. Die wirtschaftlich wenig erfahrenen Initiatoren hatten bereits erhebliche Kredite von der Bank zum Ankauf und zur Sanierung der Objekte bekommen, waren in einer kritischen wirtschaftlichen Situation, hatten sich aber dennoch zum Kauf und zur Sanierung weiterer Plattenbauten auf Kredit verpflichtet. Bei der Vorbereitung der Kreditentscheidung hatte der Bereich Marktfolge ein negatives Votum abgegeben, weil er die Wirtschaftlichkeit der weiteren Finanzierung kritisch sah. Dennoch hat das Kammergericht – wie schon die Vorinstanz – die Schadensersatzklage abgelehnt. Es führt aus, dass für die Bank die Entscheidungslage bestand, entweder das Projekt weiter zu fördern oder bei Versagung neuer Kredite die Gefahr des finanziellen Zusammenbruchs samt Teilausfall des Kreditengagements in Kauf zu nehmen. In dieser Situation hätte der Vorstand trotz des kritischen internen Revisionsberichtes nicht gegen seine Sorgfaltspflichten verstoßen, indem er sich für die weitere Finanzierung des Vorhabens entschieden habe.
- 46 Das Urteil enthält noch einen bemerkenswerten Aspekt zur Anwendung des § 18 KWG. Auf den ersten Blick scheint bei ausfallgefährdeten Krediten eine besondere **Sorgfalt hinsichtlich der Offenlegung** der wirtschaftlichen Verhältnisse erforderlich zu sein. Dies ist nicht der Fall. Wenn die Bank nämlich weiß, dass ihr Kreditnehmer mehr oder minder zahlungsunfähig ist, nutzen ihr ordnungs-

¹ Einen solchen Fall hatte KG v. 22.3.2005 – 14 U 248/03, ZIP 2005, 1866 entschieden.

² KG v. 22.3.2005 – 14 U 248/03, ZIP 2005, 1866.

gemäß unterschriebene Bilanzen – sofern überhaupt noch vorhanden – oder die Erfüllung sonstiger mehr formaler Anforderungen wenig. In dieser Situation sind Prognoseentscheidungen über den Sanierungsplan, den Objektwert und die Sicherheitenbewertung die maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen. Das Kammergericht führt dazu aus, dass der Vorstand bereits auf Grund des Revisionsberichtes die mangelnde Bonität der Initiatoren kannte. Eine weitere Prüfung war damit entbehrlich, da bereits feststand, dass die Vermögenslage der Initiatoren allein nicht geeignet war, eine weitere Kreditvergabe zu rechtfertigen. Der Vorschrift des § 18 KWG war damit im Ergebnis Genüge getan, da schon auf Grund des Revisionsberichtes ein hinreichend klares Bild von den mit der Kreditvergabe verbundenen Risiken bestand.

Diesen Ausführungen ist im Grundsatz zuzustimmen. Allerdings wurde in der Literatur **Kritik an der Entscheidung** geübt.¹ Diese bezog sich aber nicht auf die grundsätzlichen Ausführungen, sondern darauf, dass das Gericht sich zu wenig mit der Tatsachengrundlage auseinandergesetzt habe. So sollen neben der mangelnden Berücksichtigung der fehlenden kaufmännischen und technischen Erfahrung der Initiatoren vor allem auch erhebliche technische Fehler bei der Ermittlung der Entscheidungsgrundlage gemacht worden sein. Träfe dies zu, läge eine Haftung wegen schadensbegründender Sorgfaltspflichtverletzungen nahe. 47

5. Organkredite

§ 17 KWG enthält eine spezifische Haftungsbestimmung für Kredite an Gesellschafter, Organmitglieder, Prokuristen und Generalbevollmächtigte des Instituts einschließlich deren Ehegatten und Kinder sowie an durch personelle oder Kapitalverflechtung nahe stehende Unternehmen oder deren Organmitglieder, Ehegatten und Kinder. Solche Organkredite müssen gem. § 15 Abs. 1 KWG einstimmig von allen Geschäftsleitern beschlossen sowie vom Aufsichtsorgan gebilligt werden. Die Zustimmung des Aufsichtsrats entfällt naturgemäß, wenn ein solcher z.B. bei einer GmbH nicht gebildet ist.² Außerdem dürfen Organkredite – außer im Rahmen von Mitarbeiterprogrammen – nur zu marktmäßigen Konditionen gewährt werden. Die **Zustimmung des Aufsichtsorgans und der einstimmige Beschluss** der Geschäftsleiter müssen sich nicht nur auf die Höhe des Kredits und die Person des Kreditnehmers, sondern auch auf die Konditionen, insbesondere die Verzinsung und die Rückzahlung des Kredits, erstrecken. Sollen die Konditionen (außer Verlängerung der Laufzeit des Kredits) nachträglich geändert werden, gelten die Beschlussanforderungen auch hierfür³, ebenso wenn der Kredit um mehr als 10 % erhöht wird (§ 15 Abs. 3 Nr. 3 KWG). Die Regelung soll Vetterwirtschaft in der Kreditwirtschaft vorbeugen. 48

Wird ein Organkredit ohne die einstimmige Zustimmung der Geschäftsleiter oder ohne die Zustimmung des Aufsichtsorgans gewährt, so **haften die Organmit-** 49

1 M. Schmidt, ZBB 2006, 38.

2 BGH v. 11.7.2006 – VI ZR 339/04, ZIP 2006, 1761.

3 Groß in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 15 KWG Rz. 38 unter Bezugnahme auf Schreiben des ehemaligen Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen vom 20.6.1974 und vom 6.9.1974, *Consbruch/Fischer*, B 62.8 und B 62.9.

glieder gegenüber der Bank als Gesamtschuldner für entstehende Schäden, sogar auch dann, wenn sie zwar unbeteiligt sind, aber trotz Kenntnis nicht dagegen einschreiten (§ 17 Abs. 1 KWG). Einer weiteren Pflichtverletzung – etwa unsorgfältige Kreditprüfung – bedarf es für die Haftungsinanspruchnahme nicht. Es gilt eine gleichartige Beweislastumkehr wie für Organhaftungsansprüche im Gesellschaftsrecht sowie eine fünfjährige Verjährungsfrist (§ 17 Abs. 1 Hs. 1 und Abs. 3 KWG). Die Haftung kann auch von Gläubigern des Instituts geltend gemacht werden, soweit sie durch das Institut nicht befriedigt werden (§ 17 Abs. 2 KWG). Die Haftung nach § 17 KWG spielt in der Bankenpraxis bislang kaum eine Rolle.

IV. Verjährung

- 50 Für die fünfjährige Verjährungsfrist der § 93 Abs. 6 AktG, § 34 Abs. 6 GenG und § 43 Abs 4 GmbHG gelten bei privatrechtlich organisierten Instituten keine Besonderheiten.

1. Beginn der Verjährungsfrist

- 51 Die fünfjährige Verjährungsfrist beginnt unabhängig von der Kenntnis des Schadens gem. § 200 BGB mit dem Eintritt des Schadens. Dabei nimmt die Rechtsprechung einen Schaden nicht erst dann an, wenn er der Höhe nach feststeht. Es genügt, dass der Schaden **dem Grunde nach entstanden** ist, also eine Sorgfaltspflichtverletzung eine Verschlechterung der Vermögenslage bewirkt, ohne dass zu diesem Zeitpunkt bereits feststeht, ob der Schaden bestehen bleibt und in welcher Höhe er entsteht.¹ Es genügt also, dass eine Feststellungsklage erfolgreich erhoben werden könnte.²
- 52 Pflichtwidrigkeiten des Vorstands bei Kreditvergaben oder im Anlagegeschäft genügen allein nicht für den Beginn der Verjährungsfrist. Ein latentes Ausfallrisiko besteht bei jedem Kredit- oder Anlagegeschäft. Wenn z.B. die Bonität des Kreditnehmers oder die Sicherheiten auf Grund pflichtwidrig fehlerhaft ermittelter Beurteilungsgrundlagen zu günstig eingeschätzt werden, kann ein Schaden zwar entstehen. Solange der Kreditnehmer seine Verbindlichkeiten erfüllt und keine Korrektur der Sicherheitenbewertung erfolgt, ist noch kein konkretisierter Schaden eingetreten. Eine bloße **Vermögensgefährdung setzt die Verjährungsfrist aber noch nicht in Lauf**.³ Selbst wenn der Bericht des Jahresabschlussprüfers Mängel zum Beispiel bei der Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse feststellt, ist noch keine als Schaden anzusehende Verschlechterung der Vermögenslage eingetreten. Erst wenn z.B. Zahlungsstockungen eintreten oder der Blankoanteil die Leistungsfähigkeit des Kreditnehmers übersteigt, weil erkannt wird, dass die Sicherheiten weniger als eingeschätzt wert sind, konkretisiert sich ein Schaden.

1 BGH v. 28.10.1993 – IX ZR 21/93, AG 1994, 81 und BGH v. 23.3.1987 – II ZR 190/86, ZIP 1987, 776.

2 BGH v. 21.2.2005 – II ZR 112/03, ZIP 2005, 852 und BGH v. 23.3.1987 – II ZR 190/86, ZIP 1987, 776.

3 OLG Frankfurt v. 12.12.2007 – 17 U 111/07, AG 2008, 453 = BeckRS 2008, 02699.

Dies spricht dafür, den maßgebenden Zeitpunkt erst dann anzunehmen, wenn entweder eine **Wertberichtigung** gebildet wird oder bei ordnungsmäßiger Beurteilung der zu diesem Zeitpunkt eingetretenen Tatsachen gebildet werden müsste. Vor dem Erfordernis einer Wertberichtigung ist ein Schaden, der über das allgemeine Kreditrisiko hinausgeht, hingegen noch nicht konkretisierbar.¹ Daher wäre auch eine Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht nicht erfolgreich. In der Praxis kann selbst danach noch ein langer Zeitraum vergehen, bevor dem Aufsichtsorgan realistischerweise bekannt wird, dass bestimmte Wertberichtigungen auf Pflichtverletzungen des Vorstands beruhen, die zum Schadensersatz verpflichten.

53

2. Verjährung bei öffentlich-rechtlich organisierten Instituten

Bei Sparkassen, Landesbanken und sonstigen öffentlichen Instituten ist die Frage der Verjährungsfrist offen. Obwohl in einigen Sparkassengesetzen Regelungen zur Haftung des Vorstands getroffen sind, findet sich keine Bestimmung über die Verjährung. Ob eine **Analogie zur fünfjährigen Verjährungsfrist** des Aktienrechts veranlasst ist, ist bislang nicht entschieden. Die insoweit spärliche sparkassenrechtliche Literatur² vertritt die Auffassung, es gelte die gesetzliche, also die dreijährige Verjährungsfrist nach Kenntniserlangung durch den Verwaltungsrat. Die Begründung, dass die Unterlassung einer ausdrücklichen Regelung die Anwendung der gesetzlichen Verjährungsfrist gebiete³, erscheint nicht überzeugend. Die sparkassenrechtlichen Bestimmungen enthalten entweder gar keine oder nur rudimentäre Regelungen zur Organhaftung.⁴ Dass Organhaftungsansprüche auch ohne gesetzliche Regelung bestehen, ist hingegen herrschende Meinung.⁵ Dies setzt die analoge Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Haftungsregelungen voraus, die konsequenter Weise auch die Verjährung umfassen.

54

V. Darlegungs- und Beweislast

§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG und ebenso § 34 Abs. 2 Satz 2 GenG sehen eine **Umkehr der Beweislast** vor.⁶ Obwohl es dafür keine gesetzliche Regelung gibt, wendet der BGH die Umkehr der Beweislast auch für die GmbH-Geschäftsführer an, zumal die Beweislastumkehr von der Rechtsprechung bereits angewandt wurde, als es eine gesetzliche Regelung hierfür noch nicht gab.⁷

55

1 OLG Frankfurt v. 12.12.2007 – 17 U 111/07, AG 2008, 453 = BeckRS 2008, 02699.

2 Berger, § 10 Rz. 14 mit unzutreffendem Verweis (vgl. dort Fn. 47) auf Heinrichs in Palandt, § 195 BGB Rz. 20; Klüpfel/Gaberdiehl/Gnam/Höppel, § 25 Anm. V.6.

3 Klüpfel/Gaberdiehl/Gnam/Höppel, § 25 Anm. V.6.

4 Vgl. vorstehend B.I.3. (Rz. 7–11).

5 Lutter, Pflichten und Haftung, S. 10ff. und BB 2009, 791; Schlierbach/Püttner, S. 221.

6 Einzelheiten hierzu vgl. den Beitrag von Kurzwelly, oben § 12 sowie Goette, Beweislast, ZGR 1995, 648ff.

7 Vgl. BGH v. 4.11.2002 – II ZR 224/00, ZIP 2002, 2314. Die Entscheidung verweist u.a. auch auf die historische Entwicklung dieser Rechtsprechung bereits vor der gesetzlichen Regelung.

- 56 Das **Sparkassenrecht** kennt gleichfalls keine Regelung der Beweislast für Organhaftungsansprüche. Es ist davon auszugehen, dass die von der Rechtsprechung für maßgebend gehaltenen Gesichtspunkte – insbesondere, dass primär der handelnde Vorstand seine eigene Tätigkeit zu seiner Entlastung offen legen muss –, für Sparkassen und Landesbanken gleichfalls gilt. Außerdem bietet sich die Analogie zum Gesellschaftsrecht aus gleichen Gründen, wie vorstehend zur Anwendung der Beweislastumkehr auf GmbH-Geschäftsführer¹ und zur Verjährungsfrist dargelegt, an.
- 57 In der **gerichtlichen Schadensersatzpraxis** verlässt sich der Kläger in der Regel nicht auf die Beweislastumkehr. Vielmehr ist es üblich, dass die Bank alle Tatsachen, auch die Einzelumstände der Pflichtverletzung, darlegt und Beweis hierfür anbietet. Meist macht sie dies zunächst durch Vorlage von Auszügen aus Prüfungsberichten, was aber allein nicht genügt. Vielmehr wird sie anhand der konkreten Entscheidungsumstände – also der Kreditunterlagen usw. – Schadensursache und Pflichtverletzung darlegen. Wenn die maßgeblichen Tatsachen aber nicht dokumentiert sind, spielt die Beweislastumkehr eine Rolle. Wenn sich zum Beispiel die Sicherheitenprüfung nicht aus den Kreditakten ergibt, trägt der Vorstand die Beweislast, dass sie dennoch mit der notwendigen Sorgfalt erfolgt ist. Der Vertreter der Beklagtenseite stellt daher nicht selten – auch aus taktischen Gründen – umfangreiche Informations- und Vorlageanforderungen. Es ist Aufgabe einer sachgerechten Abwägung durch das Gericht, welche Einsichts- und Vorlagerechte für den Beklagten zielführend sein können und welche lediglich der Verzögerung oder Vernebelung dienen.

VI. Wirkung der Entlastung

- 58 § 93 Abs. 4 Satz 2 AktG schließt einen Haftungsverzicht aufgrund der Entlastung durch den Aufsichtsrat ausdrücklich aus. Das Genossenschaftsrecht kennt eine solche Regelung nicht. Trotzdem gilt im praktischen Ergebnis kaum etwas anderes. Denn nach der Rechtsprechung kann eine Verzichtswirkung nur eintreten, wenn das Entlastungsorgan den **Schaden und die schadensbegründenden Umstände** kennt. In einer Entscheidung vom 3.12.2001² hat der BGH die Verzichtswirkung selbst in einem Fall abgelehnt, in dem der Generalversammlung über Probleme mit der Kreditvergabe berichtet und deutliche Kritik an der vom Vorstand eingeschlagenen Kreditpolitik formuliert wurden. Ansprüche, die aus dem Bericht nicht oder in wesentlichen Punkten nur so unvollständig erkennbar sind, dass die Tragweite der Entlastungsentscheidung nicht voll überblickbar ist, werden nach Auffassung des BGH von der Verzichtswirkung dennoch nicht erfasst. Da der Generalversammlung bzw. der Vertreterversammlung einer Genossenschaftsbank der Prüfungsbericht nicht vorliegt und auch kaum je über einzelne Kreditausfälle samt der schadensbegründenden Pflichtverletzungen berichtet wird, kommt damit eine Haftungsentlastung bei Kreditgenossenschaften kaum in Betracht.

¹ Vgl. vorstehende Fn.

² BGH v. 3.12.2001 – II ZR 308/99, WM 2002, 220, ähnlich BGH v. 21.3.2005 – II ZR 54/03, ZIP 2005, 981.

Bei **Sparkassen** ist die Situation etwas anders. In einer Reihe von Bundesländern ist zwar – ebenso wie im Aktienrecht – die Verzichtswirkung ausdrücklich gesetzlich ausgeschlossen, in anderen aber nicht. In den letzteren Bundesländern, z.B. in Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen und in drei neuen Bundesländern, gilt keine solche Regelung. Dort erhält der Verwaltungsrat den Prüfungsbericht und kann somit von kritischen Feststellungen Kenntnis nehmen, wozu er verpflichtet ist.¹ Daher ist für diese Länder vertretbar, dass die Entlastung einen Haftungsverzicht zumindest dann bewirkt, wenn die Umstände von Schaden und Pflichtwidrigkeit aus dem Prüfungsbericht erkennbar sind.² Eine Besonderheit stellt das in einigen Bundesländern bestehende, angesichts des kommunalen Selbstverwaltungsrechts der Sparkassenträger verfassungsrechtlich fragwürdige³ Erfordernis der Zustimmung der Sparkassenaufsichtsbehörde zur Entlastung dar. Auch wenn diese erteilt wird, stellt dies keine Haftungsentlastung dar, da für diese Zustimmung andere Beurteilungsmaßstäbe gelten und die Sparkassenaufsicht auf die Rechtsaufsicht beschränkt ist.⁴ 59

C. Haftung der Mitglieder des Aufsichtsorgans

Eine Haftungsanspruchnahme von Aufsichtsrats- oder Verwaltungsratsmitgliedern von Banken oder Sparkassen kommt – anders als für den Vorstandsbereich (zumindest bei kleineren Instituten, vgl. vorstehend Rz. 3) – in der Praxis kaum vor. Dies mag zum einen an der weit verzweigten Streuung der Verantwortlichkeit liegen. Die Durchsetzung der zivilrechtlichen Konsequenzen von Pflichtverletzungen z.B. im Zusammenhang mit den Schadensfolgen der Subprime-Krise dürfte einen großen Teil der Aufsichtsorganmitglieder einschließlich der Mitglieder aus Wirtschaft, Politik und Gewerkschaften erfassen, was ein faktisches Hindernis für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen darstellen dürfte. Außerdem wird hier der kardinale **Fehler des Haftungssystems** besonders deutlich, nach dem die häufig selbst versagenden Mitglieder des Vorstands die Mitglieder ihres eigenen Wahlorgans in die Haftung nehmen müssten. 60

I. Sorgfaltsforderungen

1. Allgemeine Anforderungen

Für die Pflichten sowie die Sorgfaltsanforderungen der Mitglieder des Aufsichtsorgans gelten grundsätzlich keine anderen Maßstäbe, als sie von *Krieger*, oben § 3 Rz. 23 ff. für die Aktiengesellschaft dargestellt sind. 61

Die besonderen Qualifikationsanforderungen des § 33 Abs. 2 KWG für Geschäftsleiter muss ein Mitglied des Aufsichtsorgans nicht aufweisen, sondern die eines 62

1 *Fischer*, Informationsrechte, ZIP 2004, 2169.

2 H.M. z.B. *Schlierbach/Püttner*, S. 261; *Berger*, § 23 Rz. 22 m.w.N.; *Klüpfel/Gaberdiehl/Gnam/Höppel*, § 30 II 9; *Fischer*, Entlastung, WM 2007, 1005.

3 *Fischer*, Entlastung, WM 2007, 1009.

4 *Fischer*, Entlastung, WM 2007, 1010.

ordentlichen und gewissenhaften Überwachers eines gleichartigen Instituts. Für Kreditinstitute werden allgemeine wirtschaftliche Erfahrung und Grundkenntnisse der spezifischen Geschäfte, die das Institut betreibt, samt deren Risiken und des allgemeinen Organisationsablaufs, ferner Kenntnisse der Rechtsgrundlagen des Instituts samt Bankaufsichtsrecht für notwendig gehalten. Die Organmitglieder müssen diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich aneignen, die notwendig sind, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können.¹ Die Sachkunde muss so weit reichen, dass das Mitglied imstande ist, die vorgelegten Unterlagen einschließlich Bilanz und Prüfungsbericht zu verstehen, ggf. Ergänzungen zu fordern und aufgrund dieser Information die Situation des Instituts, die Vorstandsarbeit und die zu treffenden Entscheidungsgegenstände zu beurteilen.

- 63 Die Einschaltung von Außenstehenden als ständige **Berater** zur Erledigung von Vorbereitungsarbeiten für Aufsichtsrats- oder Verwaltungsratssitzungen sind unzulässig. Darunter würde nicht nur die Vertraulichkeit, sondern auch das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit leiden. Allerdings können von einem Aufsichtsratsmitglied nicht auf allen Gebieten Spezialkenntnisse der sehr komplexen bankgeschäftlichen und organisatorischen Abläufe verlangt werden. Es ist dann Sache des Organs, in konkreten Einzelfällen externe Sachkunde einzuholen.

2. Richtlinienkompetenz der Verwaltungsräte von Sparkassen

- 64 Für Sparkassen gelten einige Besonderheiten. Neben der Überwachungsaufgabe bestimmt der Verwaltungsrat nach den Sparkassengesetzen der Länder² auch die Richtlinien der Geschäftspolitik. Damit ist das Management-System der Sparkassen tendenziell auf eine engere Verzahnung der Aufgaben von Vorstand und Verwaltungsrat als bei der Aktiengesellschaft angelegt.³ Richtlinien der Geschäftspolitik sind **allgemeine Orientierungsmaßstäbe und Zielvorstellungen für die Unternehmenspolitik**.⁴ Eingriffe in die Geschäftsführung oder Einzelweisungen – z.B. zu Regelkonditionen, bestimmten Geschäftsabschlüssen oder organisatorischen Maßnahmen – sind damit nicht legitimiert. Trotz Richtlinienkompetenz des Verwaltungsrats gilt auch für Sparkassen die grundsätzliche Funktionstrennung zwischen Geschäftsführungsaufgabe des Vorstands und deren Überwachung durch den Verwaltungsrat.⁵ Etwas anderes wäre mit der aufsichtsrechtlich gebotenen Alleinverantwortlichkeit⁶ des Vorstands für den Unternehmenserfolg nicht vereinbar.

1 BGH v. 15.11.1982 – II ZR 27/82, BGHZ 85, 293, 295, für den Verwaltungsrat von Sparkassen, *Berger*, § 10 Rz. 20.

2 Außer in Niedersachsen, wo der Verwaltungsrat den Vorstand nur berät und dessen Geschäftsführung überwacht – vgl. § 16 Abs. 1 Nieders. SpkG.

3 *Lutter*, Pflichten und Haftung, S. 138 f.

4 *Schlierbach/Püttner*, 14.6.2; *Klüpfel/Gaberdiehl/Gnam/Höppel*, § 12 II 2 und 3; *Lutter*, Pflichten und Haftung, S. 79.

5 *Berger*, § 16 Rz. 2; *Klüpfel/Gaberdiehl/Gnam/Höppel*, § 12 I 2.

6 *Fülbi* in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, § 1 KWG Rz. 153; *Berger*, § 10 Rz. 4; *Klüpfel/Gaberdiehl/Gnam/Höppel*, § 12 II 2 und 3.

Neben der Richtlinienkompetenz ist die Überwachung der Geschäftsführung des Vorstands Hauptaufgabe des Verwaltungsrats. Die Überwachung durch den Verwaltungsrat bezieht sich darauf, dass der Vorstand seiner Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung nachkommt und sich bei seiner Tätigkeit im Rahmen von Gesetz, Verordnung, Satzung, aufsichtsbehördlichen Anordnungen und internen Geschäftsanweisungen hält.¹ Allerdings ist Gegenstand der Überwachung nur eine **Rechtmäßigkeitskontrolle**², während Zweckmäßigsfragen im ausschließlichen Kompetenzbereich des Vorstands liegen. 65

Der Sorgfaltsmaßstab ist in den Sparkassengesetzen weniger detailliert, aber im Grundsatz ähnlich wie für Aufsichtsratsmitglieder formuliert. Er bemisst sich an den Anforderungen an einen **ordentlichen und gewissenhaften Überwacher** in einem Kreditinstitut eigener Prägung bzw. der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (so z.B. § 19 Abs. 1 Satz 2 SpkG BW und § 14 Abs. 1 Satz 1 Sächsisches SpkG). 66

3. Bankaufsichtliches Sachkundeerfordernis

a) Regelung in § 36 Abs. 3 KWG

Die allgemeinen Sachkundeforderungen des Gesellschafts-, Genossenschafts- und Sparkassenrechts für die Mitglieder der Aufsichtsorgane wurden für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute mit dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht vom 29.7.2009³ im Bankaufsichtsrecht konkretisiert. Nach dem zum 1.8.2009 in Kraft getretenen § 36 Abs. 3 KWG müssen die Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans eines Instituts zuverlässig sein und „die zur Wahrnehmung der Kontrollfunktion sowie zur Beurteilung und Überwachung der Geschäfte, die das Unternehmen betreibt, erforderliche Sachkunde besitzen. Dabei sind der **Umfang und die Komplexität der von dem Institut betriebenen Geschäfte zu berücksichtigen**“.⁴ 67

Außerdem beschränkt § 36 Abs. 3 Satz 5 KWG den **Wechsel von Geschäftsleitern in das Aufsichtsorgan**, wenn bereits zwei ehemalige Geschäftsleiter des Unternehmens dort Mitglied sind. Dies entspricht einer Forderung des Deutschen Corporate Governance Kodex.⁵ Es besteht eine Anzeigepflicht für die Bestellung eines Mitglieds des Verwaltungs- und Aufsichtsorgans, bei der Angaben zur Beurteilung der Zuverlässigkeit und Sachkunde (Einreichung von Lebenslauf – entsprechend § 5 AnzeigenVO, Führungszeugnis nach § 30 Abs. 5 BRZG, Straffreiheitserklärung) gemacht werden müssen (§ 24 Abs. 1 Nr. 15 KWG). Die BaFin über- 68

1 Lutter, Pflichten und Haftung, S. 87.

2 Berger, § 15 Rz. 5; Schlierbach/Püttner, S. 185; Lutter, Pflichten und Haftung, S. 86.

3 BGBl. I 2009, 2305.

4 Zu Einzelheiten der gesetzlichen Regelung vgl. auch Hingst/Himmelreich/Krawinkel, WM 2009, 2016.

5 Deutscher Corporate Governance Kodex vom 26.2.2002 in der Fassung der Neubekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger vom 24.7.2006, Ziff. 5.4.2.

wacht die Zuverlässigkeits- und Sachkundeforderungen und kann die Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsorgans verlangen (dazu nachfolgend Rz. 122 ff.).

b) Unzureichende Sachkunde in der Praxis

- 69 Die tatsächlich vorhandene Sachkunde dürfte zumindest bei den kleinen und mittleren Instituten trotz der auch bisher bestehenden gesetzlichen Anforderungen diesem Standard kaum entsprechen. Die Wahl der Mitglieder in die Verwaltungsräte von Sparkassen folgt großenteils **kommunalpolitischen Gepflogenheiten**. Parteipolitische Verdienste dürften nicht selten das wirtschaftliche Sachkundeerfordernis überlagern, was dazu führt, dass auch Verwaltungsangestellte, Hausfrauen, Lehrer, usw. ohne hinreichende bankwirtschaftliche Erfahrung Mitglieder des Verwaltungsrats werden. Nicht viel anders sind die Verhältnisse bei kleinen und mittleren Kreditgenossenschaften. Hinzu kommt, dass nach den meisten Sparkassengesetzen der Hauptverwaltungsbeamte oder der Landrat oder Bürgermeister geborener Vorsitzender des Verwaltungsrats ist, also eine Auswahl nach Sachkundekriterien gar nicht erfolgen kann. Trotzdem ist nicht zu verkennen, dass diese allenfalls partiell sachkundeorientierte Besetzungspraxis der Aufsichtsorgane von Sparkassen und Kreditgenossenschaften diesen Organisationen offenbar keine signifikanten Nachteile gebracht haben, wie deren hohe Wirtschaftlichkeit und Krisenfestigkeit im Vergleich zu den Großinstituten – jüngst auch im Zusammenhang mit der Finanzmarktkrise 2008/2009 – belegt.
- 70 Schließlich dürfte auch bei der **Arbeitnehmerseite** im Aufsichtsorgan die wirtschaftliche Sachkunde im Verhältnis zum Gesichtspunkt der Interessenvertretung nicht die primäre Rolle spielen. Bei Arbeitnehmervertretern aus dem eigenen Unternehmen kann allerdings davon ausgegangen werden, dass sie zumindest aufgrund ihrer Berufstätigkeit über allgemeine kreditwirtschaftliche Kenntnisse verfügen und die Spezifika des eigenen Unternehmens kennen. Bei externen Gewerkschaftsvertretern erscheint dies nicht unbedingt gewährleistet.

c) Großzügige Kriterien der Gesetzesbegründung

- 71 Diese Problemlage war dem Gesetzgeber bekannt. Die Bundesregierung betont in der Gesetzesbegründung¹, dass sich die fachliche Eignung nach der Art der getätigten Geschäfte zu richten habe und die Anforderungen bei kleineren Instituten andere als bei international tätigen Banken seien. Der **Finanzausschuss** des deutschen Bundestages hat ergänzend ungewöhnlich flexible und detaillierte Erläuterungen² zu den neuen gesetzlichen Anforderungen gegeben. Die Sachkunde sei danach jedenfalls bei Personen mit Erfahrungen im Bereich der Rechnungslegung oder der Abschlussprüfung anzunehmen oder solchen, die an herausgehobener Stelle eines Unternehmens tätig waren. Darüber hinaus räumt der Finanzausschuss einen flexiblen und sehr weiten Spielraum zur Beurteilung der fachlichen Eignung der Mitglieder des Aufsichtsorgans ein:

¹ BT-Drucks. 16/12783, S. 16.

² Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht BT-Drucks. 16/13684, S. 40 ff.

„Daneben erfüllen auch solche Personen die Voraussetzungen, die über berufliche Erfahrungen aus einer Tätigkeit in einer **anderen Branche oder der öffentlichen Verwaltung** verfügen oder sich durch berufsbezogene Weiterbildung die erforderlichen Kenntnisse angeeignet haben oder bereit sind, sich diese **Kenntnisse ... anzueignen**. Auch diese Personen sind unter dem Aspekt der Überwachung der Geschäftsführung aus einem anderen, weniger finanzmarktgeprägten Blickwinkel als Mitglied eines Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans geeignet.“ 72

Dabei können im Wege der Arbeitsteilung im Verwaltungs- und Aufsichtsorgan Tätigkeiten, die vertiefte Fachkenntnisse erfordern, auf ausgewählte Mitglieder übertragen werden, die einen **besonderen Ausschuss**, wie etwa den Kreditausschuss, den Risikoausschuss oder Bilanzausschuss bilden. Die übrigen Mitglieder des Verwaltungs- und Aufsichtsorgans müssen aber über ausreichende Sachkunde verfügen, um die vom jeweiligen Ausschuss für das gesamte Verwaltungs- und Aufsichtsorgan erstellten Berichte nachvollziehen und eigenständig beurteilen zu können. Die Anforderungen sind damit nicht auf einen abstrakten Experten ausgerichtet, sondern abhängig vom konkreten Geschäftsmodell des jeweiligen Instituts und der innerhalb des Verwaltungs- und Aufsichtsorgans wahrgenommenen Funktion.“ 73

d) Flexible Anforderungen der BaFin

Die BaFin hat in einem Merkblatt¹ weitere Erläuterungen gegeben. Danach sind die Anforderungen an Mitglieder von Aufsichts- und Verwaltungsräten an der **Größe, Komplexität und systemischen Relevanz** des Instituts zu messen. Für **Arbeitnehmervertreter** sollen zwar keine abweichenden Kriterien gelten. Bei Beschäftigten des jeweiligen Unternehmens, geht die BaFin jedoch davon aus, dass das gesetzliche Kriterium „Verständnis für die wirtschaftlichen und rechtlichen Abläufe im Tagesgeschehen eines Instituts“ zumindest dann vorliegt, wenn sie nicht lediglich Unterstützungsfunktionen in dem Institut wahrnehmen. 74

Weiterhin nimmt die BaFin bei **Kaufleuten**, buchführungspflichtigen Land- und Forstwirten sowie sonstigen Unternehmern i.S. des § 141 AO regelmäßig die allgemeine wirtschaftliche Sachkunde an. Sie sei beispielsweise dann zu bejahen, wenn das Gewerbe des Organmitglieds dem Großteil der Institutskunden der Art nach vergleichbar ist. Danach verfügt z.B. der Geschäftsführer oder Inhaber eines mittelständigen Betriebs über die erforderliche kreditwirtschaftliche Sachkunde für das Aufsichtsorgan einer Kreditgenossenschaft oder Sparkasse, deren gewerbliche Kunden zum größeren Teil dieser Art von Unternehmen entsprechen. 75

Schließlich könne auch die **Tätigkeit in anderen Branchen oder der öffentlichen Verwaltung** oder aufgrund von **politischen Mandaten** die erforderliche Sachkunde begründen, wenn diese Tätigkeit maßgeblich auf wirtschaftliche und juristische Fragestellungen ausgerichtet ist. Allerdings sollte die Tätigkeit eine gewisse Ver- 76

¹ Merkblatt zur Kontrolle von Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG vom 22.2.2010.

verantwortlichkeit beinhalten, während ganz nachgeordnete Positionen nicht geeignet seien, die erforderliche Sachkunde zu begründen. Danach verfügten auch Kämmerer, Bürgermeister oder Landräte einer Gebietskörperschaft regelmäßig über die erforderliche Sachkunde. Diese Aussage mag zwar etwas gewagt sein, nimmt aber auf die Gesetzeslage Rücksicht, nach der bei Sparkassen diese Funktionsträger geborene Vorsitzende von Verwaltungsräten sind, die nicht oder nur unter erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Komplikationen austauschbar wären (vgl. hierzu Rz. 126 ff.).

- 77 Selbst wenn diese schon weit gefassten Anforderungen nicht erfüllt sind, können die erforderlichen Kenntnisse nach den Erläuterungen der BaFin – wie auch vom Finanzausschuss des Deutschen Bundestages angenommen – grundsätzlich durch **Fortbildung** erworben werden, sogar nach der Bestellung. Der Inhalt der Fortbildung soll Größe und Komplexität des Instituts berücksichtigen. Die Fortbildung soll die grundlegenden wirtschaftlichen und rechtlichen Abläufe im Tagesgeschehen des jeweiligen Instituts, das Risikomanagement sowie die Funktionen und die Verantwortung der Mitglieder des Aufsichtsorgans umfassen. Auch Kenntnisse über die Grundzüge der Bilanzierung sowie des Aufsichtsrechts sollten erworben werden. Werden die Kenntnisse erst nach Beginn der Tätigkeit in dem Aufsichtsorgan erworben, sollte dies innerhalb von 6 Monaten nach Bestellung erfolgen, ausnahmsweise (Saisonbeschäftigung) auch später. Die Bereitschaft zu entsprechender Fortbildung soll im Zusammenhang mit der Anzeige der Bestellung erklärt werden. Nach Abschluss der Fortbildung soll die BaFin einen entsprechenden Teilnahmenachweis erhalten.
- 78 Mit diesen großzügigen Auslegungsgrundsätzen kommt die BaFin der **nicht kurzfristig änderbaren Realität** bei einem erheblichen Teil der Kreditwirtschaft entgegen. Die kreditwirtschaftlichen Verbände boten zwar schon vorher vielfach Fortbildungskurse und Seminare an, von denen aber nur teilweise Gebrauch gemacht wurde. Die neuen Sachkundanforderungen dürften zumindest bewirken, dass sich die Mitglieder der Aufsichtsorgane künftig in höherem Maße fortbilden müssen und damit langfristig das Sachkundeniveau ansteigen könnte.

e) Zeitlicher Einsatz

- 79 Zur Ausübung der Aufsichtsfunktion fordert das Merkblatt der BaFin, dass Mitglieder des Aufsichtsorgans die Geschäftsstrategie und die Risikosituation des Unternehmens **laufend beobachten** und sich ein Urteil darüber bilden. Insbesondere bei bereits festgestellten oder zu erwartenden erheblichen Änderungen der Risikosituation sei auch zwischen den Sitzungen eine enge Begleitung der Entwicklung des Instituts erforderlich. Die BaFin bezieht sich dabei auf § 36 Abs. 3 Satz 4 KWG, wonach Mitglieder des Aufsichtsorgans ihre Überwachungs- und Kontrollfunktion so ausüben hätten, dass wesentliche Verstöße der Geschäftsleiter gegen die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung entdeckt und verhindert werden können. Dies setze den notwendigen zeitlichen Einsatz besonders für die Vorbereitung von Sitzungen und eine aktive Inanspruchnahme des Auskunftsrechts gegenüber der Geschäftsleitung voraus.

4. Informationsrechte und -pflichten

Die Mitglieder des Aufsichtsorgans können ihre Aufgabe nur dann sachgerecht erfüllen, wenn sie hinreichend informiert sind. Die Information muss so aufbereitet sein, dass sie die erforderliche **Entscheidungsgrundlage** für alle zu behandelnden Fragen im Aufsichtsorgan darstellt. Je nach Entscheidungsgegenstand müssen die zur Beurteilung erforderlichen Maßnahmen, geschäftspolitischen Zwecke, Konsequenzen und Risiken vom Vorstand dargestellt bzw. die entsprechenden Daten geliefert werden. Weitere Informationsquellen sind die Ergebnisse von Ausschüssen, die Prüfungsberichte und Pressedarstellungen. Allerdings befasst sich der Aufsichts- oder Verwaltungsrat – von gewichtigen Ausnahmen abgesehen – weder mit Einzelgeschäften, noch mit den Details der organisatorischen Entwicklung. Für die Information genügt die Darstellung der wesentlichen Planungen, Entwicklungen, Risiken und organisatorischen Veränderungen. 80

Der Vorstand ist zur selbständigen, rechtzeitigen, offenen und gewissenhaften Unterrichtung über alle wichtigen Vorgänge unabhängig von etwaigen konkreten Fragen der Organmitglieder verpflichtet, ggf. auch zur Aktenvorlage.¹ **Wichtige Angelegenheiten** sind bei Kreditinstituten unter anderem die wirtschaftliche Lage, die Solvabilität und Liquidität entsprechend den bankaufsichtlichen Anforderungen nach §§ 10 bis 11 KWG und der Solvabilitätsverordnung, besondere Risiken, größere Wertberichtigungen oder Abschreibungen, Beanstandungen der Aufsicht, geplante Strukturmaßnahmen u.a. 81

Die Information durch den Vorstand muss nicht nur inhaltlich zutreffen, für Zwecke des Aufsichtsorgans hinreichend vollständig und in sich schlüssig sein, sondern auch in einer **Form** zur Verfügung gestellt werden, die es den Mitgliedern ermöglicht, die Informationen in zumutbarer Weise zur Kenntnis zu nehmen. Für leicht überblickbare Sachverhalte, z.B. solche, die lediglich eine Fortschreibung bekannter Umstände usw. darstellen, genügen wesentlich geringere Anforderungen – z.B. nur mündlicher Vortrag in der Sitzung – als für sachlich schwierige Beratungs- oder Entscheidungsgegenstände. Der in der Regierungsbegründung² zum Transparenz- und Publizitätsgesetz niedergelegte Grundsatz, dass umfangreiche oder komplizierte Unterlagen früher als andere zur Verfügung gestellt werden müssen, gilt ebenso wie das Erfordernis, dass bei besonders schwierigen Beschlussgegenständen oder solchen von bedeutsamer Tragweite ein größerer Zeitraum für eine gewissenhafte Prüfung erforderlich ist. Andererseits müssen die Unterlagen den aktuellen Stand wiedergeben. Soweit dies nicht im Rahmen einer hinreichend frühzeitigen Vorlage möglich ist, lässt sich das Problem durch kurzfristige Ergänzung – ggf. auch mündlich in der Sitzung – lösen. 82

Jedes Organmitglied ist dafür verantwortlich, dass es, soweit erkennbar, die erforderlichen Informationen erhält. Dies bedeutet allerdings nicht, dass jedes Organmitglied jedwede Information an sich selbst einfordern könnte. Zur Erfüllung der aktiven Informationspflicht genügt der Hinweis auf eine ggf. unzureichende Entscheidungsvorbereitung mit dem Antrag, entsprechende **Informationen dem Auf-** 83

1 Spindler in MünchKomm. AktG, § 90 AktG Rz. 48 ff.; Schlierbach/Püttner, S. 187.

2 BT-Drucks. 14/8769, S. 15.

sichtsorgan zu übermitteln. Erhält ein solcher Antrag nicht die notwendige Mehrheit oder ist er aus anderen Gründen nicht durchsetzbar, wurde der Antragsteller seiner Informationsverpflichtung gerecht.

5. Verschwiegenheitspflicht

- 84 Die gesetzliche Pflicht der Mitglieder der Aufsichtsorgane zur Verschwiegenheit gilt für privatrechtlich wie öffentlich-rechtlich organisierte Institute¹ gleichermaßen. Bei letzteren sind Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht zudem **strafbewehrt**. „Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ... ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm als Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter ... anvertraut oder sonst bekannt geworden ist“, macht sich gem. § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar. Der Amtsträgerbegriff nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB umfasst unter anderem sonstige in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehende Personen, was für die Mitglieder der Organe von Sparkassen und Landesbanken allgemein angenommen wird.^{2, 3}
- 85 Auch die Kommunal- und Staatsvertreter in den öffentlich-rechtlich organisierten Instituten unterliegen der strikten Schweigepflicht auch gegenüber ihren Entsendungskörperschaften. Eine Offenbarung von vertraulichen Informationen über die geschäftlichen Verhältnisse oder Sitzungsgang und Abstimmungsverhalten z.B. **gegenüber der Trägerkörperschaft, Partei oder Fraktion** stellt eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht dar.⁴ Es besteht keine rechtlich anzuerkennende Güterabwägung zwischen dem Informationsinteresse von Institutsträger, Politik oder Öffentlichkeit im Verhältnis zu der gesetzlich angeordneten Verschwiegenheitspflicht. Entsprechendes gilt im Verhältnis der Mitarbeitervertreter gegenüber Personalrat oder Gewerkschaft.

a) Vertrauensempfindlichkeit

- 86 Die Verschwiegenheitspflicht hat in der Kreditwirtschaft angesichts von **Bankgeheimnis** und besonderer Vertrauensempfindlichkeit der Branche⁵ herausragende Bedeutung. Sie erfasst jede vertrauliche Information aus dem Geschäftsbetrieb und den gesamten Beratungsinhalt (Beratungs- und Abstimmungsgeheimnis). Alle kundenbezogenen Tatsachen sind durch das Bankgeheimnis geschützt, vertrauliche Interna der geschäftlichen Entwicklung, der Planung usw. unterliegen dem Schutz des Betriebsgeheimnisses und personelle Angelegenheiten wie z.B. Bewerbungsunterlagen dem Daten- und Persönlichkeitsschutz.

1 Lutter, Pflichten und Haftung, S. 121 ff.; Schlierbach/Püttner, S. 178; Berger, § 15 Rz. 1 ff.; Klüpfel/Gaberdiehl/Gnam/Höppel, § 19 III.

2 Vgl. Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 11 StGB Rz. 21 ff.; Berger, § 25 Rz. 9; Fischer, Informationsrechte, ZIP 2004, 2169, 2157; vgl. aber vorige Fn.

3 Die Anwendbarkeit von § 203 StGB auf die Verletzung des Bankgeheimnisses wurde vom BGH allerdings jüngst in Zweifel gezogen – BGH v. 27.10.2009 – XI ZR 225/08, ZIP 2009, 2329.

4 Schlierbach/Püttner, S. 178 unter Verweis auf VGH BW v. 12.3.2001 – 1 S 785/00, VBl. BW 2001, 261 f.; Berger, § 15 Rz. 1.

5 Vgl. Fischer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Einf. 62.

b) Beratungsgeheimnis

Beratungen des Plenums und der Ausschüsse sind auch ohne besondere Kennzeichnung grundsätzlich vertraulich. Sowohl Gegenstand als auch Ablauf der Sitzung und das Verhalten der Mitglieder unterliegen der Schweigepflicht.¹ Kein Mitglied darf öffentlich über den Verlauf der Sitzung berichten. Besonders schutzbedürftig ist dabei neben dem Bank- und Betriebsgeheimnis das Beratungs- und Abstimmungsverhalten der Sitzungsteilnehmer. Das besondere Vertraulichkeitsgebot ergibt sich insoweit aus dem Schutzbedürfnis der Sitzungsteilnehmer, da anderenfalls eine unbefangene Meinungsäußerung und Meinungsbildung der Mitglieder des Aufsichtsorgans gefährdet sein können.² Das Beratungsgeheimnis fällt daher in weitestem Umfang unter die Schweigepflicht.³ 87

c) Gefährdung der Vertraulichkeit

Der in der Kreditwirtschaft besonders wichtige Schutz der Vertraulichkeit ist in der Praxis gefährdet durch anderweitige Pflichten und Einbindungen der Organmitglieder. Die Mitglieder der Vertretung der Träger bei den öffentlich-rechtlichen Instituten sind ihren Fraktionen und den Bürgern ihres Wahlbezirks besonders verbunden⁴, die Mitbestimmungsvertreter sind häufig Mitglieder des Personalrats und den Arbeitnehmerinteressen verpflichtet.⁵ Schließlich können sich **Kollisionen** auch aus geschäftlichen Verpflichtungen und Beziehungen zu Kunden oder sonstigen Geschäftspartnern des Instituts ergeben. 88

Das Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungserfordernis bzw. Missbrauchsgefahr einerseits und dem Informationsbedarf der Aufsichts- oder Verwaltungsratsmitglieder andererseits kann nicht in der Weise gelöst werden, dass den Organmitgliedern **entscheidungsnotwendige Informationen vorenthalten** oder ohne hinreichende Prüfungsmöglichkeit übermittelt werden. Vorstand und Aufsichtsorgan gelten in gleicher Weise als vertrauenswürdig. Ein Bankgeheimnis oder Betriebsgeheimnis zwischen Vorstand und Verwaltungsrat ist daher in keinem Falle anzuerkennen. Gegenüber einem pflichtgemäßen, d.h. nicht überwachungsfremden Zweck dienenden Auskunftsverlangen des Aufsichtsorgans kann sich der Vorstand daher nicht auf das Bankgeheimnis berufen.⁶ 89

d) Vorkehrungen zur Wahrung der Vertraulichkeit

Jedoch kann die geschilderte Vertrauensempfindlichkeit vieler Beratungs- und Beschlussgegenstände Anlass sein, besondere Vorkehrungen zur Gewährleistung 90

1 Hüffer, § 113 AktG Rz. 6a; Habersack in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 116 AktG Rz. 54; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, § 116 AktG Rz. 250ff.; Drygala in K. Schmidt/Lutter, § 116 AktG Rz. 24.

2 Hüffer, § 116 AktG Rz. 6aff.

3 BGH v. 5.6.1975 – II ZR 156/73, BGHZ 64, 332 = NJW 1975, 1412.

4 Hierauf weist Berger in § 15 Rz. 1 hin.

5 Zur Problematik bei den Mitbestimmungsvertretern vgl. Spindler in MünchKomm. AktG, § 90 AktG Rz. 54 und Schlierbach/Püttner, S. 178, 179.

6 Vgl. Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, Spindler in MünchKomm. AktG, § 90 AktG Rz. 53; Schlierbach/Püttner, S. 187.

des Geheimnisschutzes vorzusehen, ohne dem Aufsichtsorgan die für seine Tätigkeit erforderlichen Informationen zu verweigern. Von Bedeutung ist dabei die Frage der **Übermittlung schriftlicher Sitzungsunterlagen**. Der Gesetzestext des § 90 Abs. 1 AktG besagt zwar, dass schriftliche Berichte jedem Aufsichtsratsmitglied auf Verlangen zu übermitteln sind. Dies steht jedoch unter dem Vorbehalt eines gegenteiligen Beschlusses des Aufsichtsrats. Das Schwergewicht der Regelung des § 90 Abs. 5 Satz 2 AktG liegt nicht in der Art der Übermittlung, sondern darin, dass jedes Aufsichtsratsmitglied die Übermittlung von schriftlichen Berichten verlangen kann.¹

- 91 Die Art der Übermittlung bedeutet daher nicht zwangsläufig **Übersendung an die Privat- oder Geschäftsanschrift**. Im Zusammenhang mit § 90 Abs. 5 Satz 2 AktG werden zwar unterschiedliche Möglichkeiten der Informationsvermittlung diskutiert – so z.B. die Übersendung per Post, per E-Mail, per Telefax oder durch Aushändigung zur Mitnahme und Rückgabe. Keine dieser Formen und auch nicht das Prinzip, dass die Unterlagen grundsätzlich außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmens eingesehen werden dürfen, ist im Gesetz festgeschrieben. Vielmehr ist unter Übermittlung auch die Aushändigung schriftlicher Unterlagen in den Geschäftsräumen der Gesellschaft zu verstehen.² Eine „Übermittlung“ ist – z.B. in Sonderfällen besonderer Geheimhaltung – selbst dann gegeben, wenn die Unterlagen dem Mitglied nur während der Sitzung zur Einsicht bereitgestellt werden.³
- 92 Besonders im Hinblick auf die Vertraulichkeit von Beratungsgegenständen und die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder sind hierzu auch **satzungsrechtliche Regelungen** möglich, soweit sie den Rahmen des § 90 Abs. 5 AktG einhalten. Dass die Aufstellung von Richtlinien zur Wahrung oder Konkretisierung der Vertraulichkeit generell zulässig ist, ergibt sich unter anderem aus einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁴ und der Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG).⁵ Danach kann „der Aufsichtsrat eine Informationsordnung erlassen ..., die die Berichtspflicht im einzelnen regelt“.
- 93 Sofern besondere Umstände dies erfordern – z.B. bei Befangenheit oder persönlicher Betroffenheit – kann außerdem im Einzelfall das Aufsichtorgan durch Beschluss ein **einzelnes Mitglied** von einer bestimmten Information **ausschließen** oder beschließen, dass besonders vertrauensempfindliche Informationen z.B. nur dem Vorsitzenden oder einem Ausschuss (z.B. Personalausschuss, Hauptausschuss) zugänglich gemacht werden.

1 So z.B. *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 90 AktG Rz. 45.

2 *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 90 AktG Rz. 45; *Hüffer*, § 90 AktG Rz. 14; zur Aushändigung von Unterlagen bei Sparkassen vgl. *Fischer*, Informationsrechte, ZIP 2004, 2169, 2176.

3 *Oltmanns* in Heidelberger Anwaltskomm. Aktienrecht, 2003, § 90 AktG Rz. 19.

4 BGH v. 5.6.1975 – II ZR 156/73, BGHZ 64, 332 = NJW 1975, 1412; *Hüffer*, § 116 AktG Rz. 7.

5 BT-Drucks. 13/9712, S. 15.

II. Rechtsgrundlagen der Haftung

1. Allgemeine Grundlagen

Gegenüber den allgemeinen Haftungsgrundlagen der § 116 AktG und § 41 GenG 94
gelten bei Banken keine Besonderheiten. Die Haftungsregelung des § 17 KWG bei
fehlerhaft vergebenen Organkrediten (vgl. Rz. 48f.) gilt für Mitglieder des Auf-
sichtsorgans gleichermaßen. Die Mitglieder der Aufsichtsräte von Banken haften
somit (theoretisch) für Schäden aus jedweder Verletzung ihrer Pflichten nach **ob-**
jektiven Maßstäben mit ihrem Vermögen unbeschränkt.¹ Eine Differenzierung
der Verantwortlichkeit nach Herkunft oder Vorerfahrung (Personalvertreter,
Neuwahl, Mitglied kraft Amtes usw.) findet nicht statt.² Das Mitglied kann
sich somit weder auf mangelnde Sachkunde noch auf unzureichende Information
berufen, jedenfalls wenn der Informationsmangel erkennbar und behebbar ist.

Allerdings hat der Gesetzgeber durch die relativ großzügige Sachkunderegelung 95
des § 36 Abs. 3 KWG in der Interpretation durch die Gesetzesbegründung und
die amtliche Auslegung durch die BaFin (vgl. Rz. 71 und 74) die Sorgfaltsstandards
relativ niedrig gesetzt. Auch fragt sich, welche Haftungsmaßstäbe in der Über-
gangsfrist zwischen Bestellung und einer von der amtlichen Interpretation einge-
räumten **Frist bis zur Aneignung der erforderlichen Sachkunde** gelten sollen. In-
soweit ist wohl davon auszugehen, dass diese Standards für die Beurteilung der
Erfüllung von Sorgfaltspflichten maßgebend und in der eingeräumten Übergangs-
zeit zur Aneignung entsprechender Kenntnisse nochmals herabgesetzt sind.

2. Besonderheiten bei öffentlich-rechtlichen Instituten

Die **Haftungsgrundlage** für das Aufsichtsorgan der öffentlich-rechtlichen Insti- 96
tute ist teilweise in den Landesgesetzen enthalten, teilweise fehlt jedwede Rege-
lung. In der sparkassenrechtlichen Literatur ist jedoch allgemein anerkannt, dass
Verwaltungsratsmitglieder für Pflichtverletzungen haften, und zwar auch dann,
wenn das anwendbare Sparkassengesetz keine Haftungsnorm enthält.³ Gleiches
gilt für Landesbanken und sonstige öffentlich-rechtliche Kreditinstitute. Denn
auch hier gilt, dass aus der Verleihung der Organstellung die Verpflichtung zur
ordnungsgemäßen Erfüllung der entsprechenden Aufgaben und somit die Haf-
tung für Verletzungen dieser Pflichten folgt.

Die Haftung besteht auch dort, wo bei Pflichtverletzungen gesetzlich nur die 97
Möglichkeit des **Ausschlusses aus dem Verwaltungsrat** geregelt ist (wie z.B. in
§ 14 Abs. 3 SpkG M-V), eine gesetzliche Haftungsanordnung für Pflichtverlet-
zungen aber fehlt.⁴ Mittelbar wird dies z.B. durch die gesetzliche Regelung in Ba-

1 Ein Fallbeispiel einer möglichen Haftung wegen unzureichender Wahrnehmung der Auf-
sichts- und Kontrollaufgabe enthält der Beschluss des OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6
W 45/09, ZIP 2010, 28, 33.

2 Dieser allgemeine Grundsatz gilt auch für Sparkassen, vgl. *Schlierbach/Püttner*, S. 182.

3 *Schlierbach/Püttner*, S. 180; *Lutter*, Pflichten und Haftung, S. 72.

4 *Lutter*, Pflichten und Haftung, S. 74.

den-Württemberg in § 18 Abs. 5 und Abs. 6 SpkG B-W¹ bestätigt, die sowohl die Haftung als auch gleichzeitig die Ausschließung vorsehen, mithin die Ausschließung kein die Haftung verdrängender Tatbestand ist.

a) Haftungsbeschränkung in einigen Landesgesetzen

- 98 In einigen Bundesländern wurde der Haftungsmaßstab des Verwaltungsrats einer Sparkasse gesetzlich ausdrücklich geregelt. So kennen Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, das Saarland, Schleswig-Holstein und Thüringen eine Haftungsbeschränkung für Mitglieder des Verwaltungsrats auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit – meist durch Verweisung auf die **Regelungen des Landesbeamtengesetzes** (vgl. z.B. § 19 Abs. 6 SpkG B-W i.V.m. § 96 LBG; § 5d Abs. 3 Satz 2 hess. SpkG; § 14 Abs. 8 SpkG NRW i.V.m. § 84 Abs. 1 LBG). Gleiches gilt für die Verwaltungsratsmitglieder in Bayern. Dort besteht zwar keine ausdrückliche Haftungsregelung, jedoch in Art. 20 Abs. 2 bay. SpkG eine allgemeine Verweisklausel auf die Bestimmungen des Kommunalrechts.² Niedersachsens Sparkassengesetz enthält eine Regelung, die die modifizierten Haftungsgrundsätze für den Vorstand für anwendbar erklärt (vgl. dazu Rz. 11). Danach liegt eine haftungsbegründende Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Verwaltungsratsmitglied ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohl der Sparkasse zu handeln. Gleiches gilt für die Norddeutsche Landesbank (§ 9 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 Satz 3 NordLB-Staatsvertrag) sowie die Niedersächsische Förderbank (§ 10 Abs. 1 Satz 5 Nieders. FörderbankG). Eine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gilt für die Mitglieder der Verwaltungsräte der Landesbank Baden-Württemberg (§ 6 Abs. 3 Satz 2 Satzung LBBW), der Bayerischen Landesbank (§ 19 Abs. 2 Satz 2 Bayerischen Landesbank-Satzung) und der Hessischen Landesbank (§ 11 Abs. 8 Satz 2 Satzung Helaba). Für andere öffentliche Banken sind die aktienrechtlichen Haftungsbestimmungen ausdrücklich für anwendbar erklärt, so für die Investitionsbank Hessen (§ 9 Abs. 2 Errichtungsgesetz Investitionsbank Hessen) und die Aufbaubank Thüringen (§ 4 Nr. 3 AufbaubankG) sowie für die Sachsen LB (§ 8 Abs. 10 Satzung Sachsen LB).

b) Haftung ohne gesetzliche Regelung

- 99 Fraglich ist die Rechtslage, wenn eine spezialgesetzliche Regelung fehlt wie in Berlin und den vier neuen Bundesländern außer Thüringen. Hierzu wird in der sparkassenrechtlichen Literatur teilweise vertreten, dass die Regelung der Länder mit einer entsprechenden **Haftungsprivilegierung analog anwendbar** sei.³ Dies wird mit der ehrenamtlichen Tätigkeit, mit der Nähe zu kommunalen Ämtern, bei denen die kommunalrechtliche Haftungsbeschränkung greift, und mit dem Fehlen eines Sachgrundes für eine unterschiedliche Behandlung begründet.

¹ Ebenso in Thüringen, vgl. § 12 Abs. 4 Thür SpkG und § 4 Satz 2 Thür. SpkVO.

² Näheres vgl. *Berg*, Bay. VBl. 2000, 385 ff.

³ *Schlierbach/Püttner*, S. 180ff. m.w.N.

Letzteres überzeugt aber schon deshalb nicht, weil **landesrechtlich unterschiedliche Regelungen** im Organisationsrecht der Landesbanken und Sparkassen häufig anzutreffen sind und zumindest durch die Sonderregelung in Niedersachsen (nur teilweise Haftungsbeschränkung) ausdrücklich abweichend von den anderen Ländern mit einer Haftungsregelung ausgestaltet ist (ebenso unterschiedliche Regelungen bei anderen öffentlichen Banken – siehe vorstehender Absatz). Hinzu kommt, dass in vier neuen Bundesländern¹ eine Haftungsprivilegierung für Mitglieder des Verwaltungsrats nicht geregelt wurde, obwohl die Sparkassengesetze der anderen Bundesländer bekannt waren und weitgehend als Vorlage dienten. Dies spricht für eine bewusste Nichtregelung einer Haftungsprivilegierung, die somit auch nicht gewollt sein dürfte. Außerdem ist der beamtenrechtliche Haftungsmaßstab mit der gesetzlich angeordneten Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns kaum vereinbar.² Schließlich ist bei heutigen Sparkassen die Vergleichbarkeit und die Wettbewerbssituation mit Instituten des privaten und genossenschaftlichen Sektors zu berücksichtigen, der keine Haftungsprivilegierung ihrer Überwachungsorgane kennt. Die Milderung des Haftungsmaßstabs könnte den Fehlschluss suggerieren, dass die Überwachungstätigkeit eines Sparkassenverwaltungsrats potenziell mit höheren Defiziten und Unzulänglichkeiten behaftet wäre, weil es keine branchenübliche Haftung gibt, die disziplinierend wirkt.³ Sofern keine ausdrückliche Regelung im Landessparkassenrecht getroffen ist, sprechen die überzeugenderen Gründe daher gegen eine analoge Anwendung der beamtenrechtlichen Haftungsprivilegierung.

100

c) Haftungsmaßstab für den Verwaltungsratsvorsitzenden

In den Ländern ohne gesetzlich geregelte Haftungsprivilegierung könnte fraglich sein, ob die gleichen Haftungsmaßstäbe für den Vorsitzenden des Verwaltungsrats gelten. Denn er gehört nach den Landessparkassengesetzen dem Organ nicht als gewählter, sondern als geborener Vertreter an (außer bei Zweckverbandsparkassen). Das Amt des Vorsitzenden folgt dem Hauptamt in der Verwaltung des Trägers. Das Kommunalrecht enthält eine **Haftungsprivilegierung für die Vertreter der Gebietskörperschaften** für ihre Tätigkeit in einem Organ eines Unternehmens in privater Rechtsform (vgl. z.B. § 104 Abs. 3 GO Brdb oder § 71 Abs. 3 GO M-V). Das kommunale Wirtschaftsrecht ist jedoch auf die Tätigkeit bei Sparkassen nicht anwendbar, weil die deutschen Gemeindeordnungen einheitlich bestimmen, dass es für das öffentliche Sparkassenwesen bei den besonderen Vorschriften des Sparkassenrechts verbleibt (vgl. z.B. § 101 Abs. 5 Satz 2 GO Brdb oder § 68 Abs. 3 Satz 2 GO M-V).⁴ Eine abweichende haftungsrechtliche Behandlung des Vorsitzenden des Verwaltungsrats ist damit nicht begründet. Für ihn gelten die gleichen Grundsätze, nach denen aus der übertragenen Organstellung die Pflicht zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Organaufgaben folgt, für deren Verletzung der Amtsträger mangels entgegenstehender Regelung für jedwede Fahrlässigkeit einzustehen hat. Ein Übergreifen der mit dem Hauptamt verbundenen

101

1 Anders in Thüringen – vgl. § 4 Satz 2 Thür. SpkVO.

2 So Lutter, Pflichten und Haftung, S. 126 ff.

3 Ähnlich Lutter, Pflichten und Haftung, S. 126 ff.

4 Ebenso Berg, Bay. VBl. 2000, 392, rechte Spalte.

Haftungsprivilegierung auf die andersartige Tätigkeit als Überwacher des im Vergleich zu Kommunalunternehmen andersartigen Wirtschaftsunternehmens Sparkasse ist nicht veranlasst. Es wäre auch inkonsequent, die weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats für jedwede Fahrlässigkeit haften zu lassen, den Vorsitzenden jedoch nicht.¹

d) Verjährung

- 102 In den Ländern mit einer haftungsrechtlichen Privilegierung durch Verweis auf die beamtenrechtlichen Bestimmungen gilt die für diese geltende **kurze Verjährungsfrist von drei Jahren**.² Sie endet, anders als die zivilrechtliche Verjährungsfrist, taggenau drei Jahre nach dem schädigenden Ereignis. Die spezialgesetzliche Verjährungsfrist des § 17 Abs. 3 KWG für Schäden aus einer Verletzung der Organkreditbestimmungen (vgl. Rz. 48f.) gilt auch für Mitglieder und den Vorsitzenden der Verwaltungsräte von Sparkassen in diesen Ländern.
- 103 Soweit für die Verwaltungsräte in den anderen Ländern eine Verweisung auf beamtenrechtliche Regelungen fehlt, kommt die Verjährungsfrist nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen (§§ 195, 199 BGB) von drei Jahren ab Anspruchsentstehung und Kenntnis von Schaden und Schädiger in Betracht³ oder eine Analogie zu den beamtenrechtlichen Haftungsregelungen. Die Frist ist nach beiden Meinungen zwar gleich lang. Der Fristenlauf beginnt aber unterschiedlich und führt bei der zivilrechtlichen Methode zu einer längeren Verjährungsfrist, weil die Frist erst zum jeweiligen Jahresende zu laufen beginnt. Nach hier vertretener Auffassung ist die Vergleichbarkeit mit den für private Banken und genossenschaftliche Institute geltenden Regelungen jedoch maßgebend. Dies gebietet die Anwendung der Organhaftungsgrundsätze auch hinsichtlich der **fünffährigen Verjährung**. Hierzu gelten die gleichen Überlegungen wie unter Rz. 54 und 100 dargestellt.

D. Bankaufsichtliche Maßnahmen gegen Geschäftsleiter und Mitglieder des Aufsichtsorgans

I. Tätigkeitsverbot und Abberufung von Geschäftsleitern

- 104 Die BaFin kann nach § 36 KWG vom Bestellungsorgan verlangen, dass ungeeignete Geschäftsleiter abberufen werden oder sie kann ihnen mit sofortiger Wirkung die Tätigkeit als Geschäftsleiter untersagen. Solche Fälle kommen in der **Aufsichtspraxis** durchaus vor und werden in den Jahresberichten der BaFin unter „Maßnahmen gegen Geschäftsleiter“ bekannt gemacht.⁴ Eine größere Anzahl aufsichtlich ver-

1 Lutter, Pflichten und Haftung, S. 143; für die umgekehrte Gesetzeslage in BW (Haftungsprivilegierung trotz fehlender Regelung für Vorsitzenden vgl. Klüpfel/Gaberdiehl/Gnam/Höppel, § 19 Anm. VI.3.

2 Schlierbach/Püttner, S. 183.

3 So für Ansprüche gegen den Vorstand Klüpfel/Gaberdiehl/Gnam/Höppel, § 25 Anm. V.6 und Berger, § 10 Rz. 1.

4 www.bafin.de-veroeffentlichungen-jahresberichte, z.B. Jahresbericht 2008, S. 130, Tabelle 20.

anlasser Abberufungen von Vorständen aus Banken und Finanzdienstleistungsinstituten dürfte aber aufgrund informellen Verwaltungshandelns durch entsprechende Einflussnahme der BaFin auf die Aufsichtsorgane stattfinden.

Die Gründe für ein Abberufungsverlangen nach § 36 Abs. 1 KWG sind vor allem eine unzureichende fachliche Qualifikation oder Mängel der Zuverlässigkeit sowie weitere Gründe, die den Entzug der Betriebserlaubnis rechtfertigen könnten. Als weiteren Grund nennt § 36 Abs. 2 KWG **vorsätzliche oder leichtfertige Verstöße gegen Aufsichtsnormen**, die trotz Verwarnung fortgesetzt werden. Das Abberufungsverlangen kann selbstständig angeordnet werden, ohne dass es zu einem sofortigen Tätigkeitsverbot kommt. Hingegen kann das Tätigkeitsverbot nur verfügt werden, wenn die BaFin gleichzeitig oder vorher die Abberufung verlangt hat.¹ Das Tätigkeitsverbot bezieht sich nicht nur auf die Ausübung der gegenwärtigen Geschäftsführungs- und Vertretungsfunktion, sondern (bis zur Aufhebung) auf jede Geschäftsleiterfunktion bei demselben oder anderen Instituten.² 105

Das Abberufungsverlangen ist ein Verwaltungsakt, der sich an das Institut und nicht an den betroffenen Geschäftsleiter richtet. **Adressat** ist demnach nur das Institut, das die Abberufung durchzuführen hat. Da das Abberufungsverlangen gegenüber dem Geschäftsleiter Drittwirkung erzeugt, ist er Betroffener i.S. von § 41 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. Damit hat dieser ein selbständiges Anfechtungsrecht.³ Das Tätigkeitsverbot richtet sich unmittelbar an den Geschäftsleiter. Er ist materieller Adressat, an den der Verwaltungsakt zuzustellen ist. Das Institut ist allerdings mittelbar betroffen, weshalb eine Bekanntgabe regelmäßig auch an dieses erfolgt und ein selbständiges Anfechtungsrecht eröffnet. 106

Auch nach § 46 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KWG kann ein Tätigkeitsverbot verfügt werden. Abgesehen davon, dass dieses nicht in Verbindung mit einem Abberufungsverlangen ausgesprochen werden muss, handelt es sich um eine einstweilige Maßnahme zur **Gefahrenabwehr bei Gläubigergefährdung**, die mit der Wiederherstellung ordnungsmäßiger Zustände endet. Allerdings kann auch in diesem Falle nach Klärung der Verantwortlichkeit ein Abberufungsverlangen oder ein dauerhaftes Tätigkeitsverbot nach § 36 KWG folgen. 107

Typische Qualifikations- oder Zuverlässigkeitsmängel als Abberufungsgründe sind eine unsachgemäße Geschäftsführung z.B. im Bereich der Geschäftsorganisation (§ 25a Abs. 1 KWG), bei Kontroll- und Sicherheitsvorkehrungen, bei der Führung der Geschäftsbücher, die Verletzung von Satzungsbestimmungen wie Kompetenzverletzungen oder Nichteinhaltung von Zustimmungsvorbehalten anderer Organe, ferner Buchungsmanipulationen, kriminelle Handlungen u.a. Die Verletzung aufsichtlicher Bestimmungen kann zwar grundsätzlich die Qualifikation in Frage stellen. Ein damit begründetes Abberufungsverlangen oder ein Tätigkeitsverbot muss jedoch die spezielleren gesetzlichen Voraussetzungen der § 36 Abs. 1 i.V.m. § 35 Abs. 2 Nr. 6 KWG oder § 36 Abs. 2 KWG erfüllen.⁴ Auch 108

1 *Fischer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 36 KWG Rz. 3.

2 Regierungsbegründung zur 6. KWG-Novelle BR-Drucks 963/96, Nr. 54.

3 *Fischer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 36 KWG Rz. 41.

4 *Fischer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 36 KWG Rz. 29.

ist davon auszugehen, dass die BaFin den Geschäftsleiter bei Qualifikationsmängeln vorher abmahnen und ihm Gelegenheit zur Beseitigung der Mängel geben muss, obwohl eine förmliche Verwarnung nur in § 36 Abs. 2 KWG, nicht aber bei einem Abberufungsverlangen nach § 36 Abs. 1 KWG gesetzlich vorausgesetzt ist (zur Begründung vgl. nachstehend Rz. 121).

1. Verantwortlichkeit des Geschäftsleiters

- 109 Abberufung und Tätigkeitsverbot setzen die persönliche Verantwortlichkeit des Betroffenen voraus. Es genügt, dass Mängel der Führung und insbesondere Verletzungen bankaufsichtlicher Normen **in seinem Verantwortungsbereich entstanden** sind, wobei ihm auch unterlassene Kontrollen, mangelhafte Durchsetzung angeordneter Maßnahmen oder Desorganisation ohne entsprechende Kompetenzzuweisung zuzurechnen sind. Bei Unklarheiten in den Verantwortungsbereichen liegt regelmäßig ein Mangel in der Geschäftsorganisation vor, für den sämtliche Geschäftsleiter nach dem Grundsatz der Gesamtverantwortlichkeit verantwortlich sind.
- 110 Mit dem **Grundsatz der Gesamtverantwortung** lässt sich aber nicht jeder Mangel der Geschäftsorganisation oder jeder sonstige Verstoß gegen bankaufsichtliche Pflichten jedem Geschäftsleiter zurechnen. Der auch im Bankaufsichtsrecht geltende gesellschaftsrechtliche Grundsatz der Gesamtverantwortung geht zwar einerseits davon aus, dass jeder Geschäftsleiter, also auch der nicht ressortzuständige, Erfolg oder Misserfolg des Instituts zu verantworten hat. Die Gesamtverantwortung bezieht sich aber auf den Unternehmenserfolg als solchen und nicht auf Details der Ressortverantwortlichkeit der anderen Vorstandsmitglieder. Sie umfasst die elementaren Angelegenheiten des Unternehmens, also z.B. die Unternehmensstrategie, die Grundlagen der Betriebs- und Geschäftsorganisation und existenziell bedeutsame Einzelgeschäfte, nicht aber die Vielzahl von organisatorischen Einzelheiten wie z.B. die Erfüllung der Offenlegungsanforderungen des § 18 KWG durch die Mitarbeiter oder die Umsetzung dieser Pflicht durch das ressortzuständige Vorstandsmitglied.¹ Vielmehr beschränkt sich die Verantwortlichkeit bei Maßnahmen im Rahmen der arbeitsteiligen Betriebsorganisation auf unmittelbar eigene Fehlentscheidungen oder eine Verletzung von Kontroll-, Auswahl- und Überwachungspflichten gegenüber den anderen Vorstandsmitgliedern und den Mitarbeitern des eigenen Ressorts.
- 111 Das **Delegationsprinzip** bewirkt dabei, dass sich die Verantwortlichkeit auf eine Sekundärpflicht in Form der sorgfältigen Auswahl der beauftragten Personen und der funktionsfähigen Organisation der delegierten Aufgaben reduziert, sowie im Falle der Delegation auf Ebene des Vorstands auf Grund der Geschäftsverteilung auf eine Plausibilitätskontrolle und verstärkte Überwachung bei Auffälligkeiten. Dies führt zu unterschiedlichen Stufen der Verantwortung. Grundsätzlich darf jedes Vorstandsmitglied darauf vertrauen, dass alle Vorstandsmitglieder ihre Aufgaben ordnungsgemäß erfüllen. Die fachliche Verantwortung der anderen Vorstandsmitglieder tritt daher solange hinter diejenige des Ressortleiters zurück,

¹ Vgl. *Fischer*, DStR 2007, 1083, 1087.

als kein greifbarer Anlass zur Vermutung von Fehlleistungen des Zuständigen besteht. Das ressortmäßig nicht zuständige Vorstandsmitglied ist also grundsätzlich von der fachlichen Einzelverantwortung entlastet. Vielmehr ist ihm aufgrund der Aufgabenteilung verwehrt, in den einem Anderen zugewiesenen Geschäftsbereich einzugreifen.¹

Der BGH hat die **abgestufte Verantwortlichkeit** des Vorstandsvorsitzenden eines Kreditinstituts bei Kreditentscheidungen durch einen mehrköpfigen Vorstand anschaulich wie folgt beurteilt: „Wird die Entscheidung über eine Kreditvergabe wie hier von einem mehrköpfigen Gremium getroffen, kommen auch für den Fall des Einstimmigkeitsprinzips unterschiedliche Verantwortlichkeiten der Beteiligten in Frage. So wird sich der Vorstandsvorsitzende, es sei denn, es gehe um besonders hohe Risiken, auf den Bericht des Kreditsachbearbeiters und des Kreditvorstands verlassen dürfen. Nur wenn sich daraus Zweifel oder Unstimmigkeiten ergeben, ist Rückfrage oder eigene Nachprüfung geboten. Das Gleiche gilt für weitere Beteiligte wie die Mitglieder eines Kreditausschusses.“² 112

2. Nachweis durch die BaFin

Die BaFin stützt sich bei Abberufungsverlangen regelmäßig auf **Feststellungen des Jahresabschlussprüfers** oder eines Sonderprüfers. Feststellungen von Prüfern beschreiben regelmäßig aber nur die Situation, ohne dass dies zwingend auf die Vermeidbarkeit, die Vorwerfbarkeit und die persönliche Zurechnung schließen lässt. Hierzu muss die BaFin eigene Feststellungen und Wertungen treffen.³ 113

Dabei muss, anders als bei Prüfungsberichten, die sich auf die Darlegung von Mängeln beschränken, zusätzlich festgestellt werden, dass der Abzuberufende für die Mängel verantwortlich ist. Soweit z.B. ein Institut in einer Restrukturierungsphase oder aufgrund des Zusammentreffens besonderer Erschwernisse nicht in der Lage ist, sämtliche bankaufsichtliche Anforderungen zeitnah zu erfüllen, ist ein Abberufungsverlangen nur dann gerechtfertigt, wenn die BaFin nachweisen kann, dass es **realistische Handlungsalternativen** gegeben hätte, die die kritische Situation vermieden hätten. Die Abwendung einer Gefahrenlage durch unqualifizierte Geschäftsleiter ist zwar ein vorrangiges Ziel zur Gläubigersicherung und zur Erhaltung der Ordnungsmäßigkeit im Kreditgewerbe. Die Abberufung allein löst das Problem aber nicht. Vielmehr muss die BaFin zuverlässig davon ausgehen können, dass andere Geschäftsleiter die Probleme effizienter in den Griff bekommen können.

1 *Beuthien*, § 34 GenG Rz. 14; ähnlich *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 93 AktG Rz. 131 mit Rechtsprechungsnachweisen; ähnlich *Großfeld/Noelle*, AG 1986, 275, 278.

2 BGH v. 4.6.2000 – 1 StR 280/99, NJW 2000, 2364, 2366.

3 Näheres hierzu vgl. *Fischer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 36 KWG Rz. 21aff. und VerwG Berlin v. 18.9.2001 – VG 25 A 16.99 (Seelow – unveröffentlicht).

II. Abberufung nach Verwarnung

- 114 Geschäftsleiter, die vorsätzlich oder leichtfertig gegen Bestimmungen des KWG oder des WpHG oder gegen die zur Durchführung dieser Gesetze erlassenen Verordnungen oder Anordnungen der BaFin verstoßen, können gem. § 36 Abs. 2 KWG nach vorheriger Verwarnung ebenfalls abberufen werden. Der Gesetzeswortlaut bestätigt, dass Maßnahmen nach § 36 Abs. 2 KWG nicht auf sonstige **Gesetzesverstöße** gestützt werden können, zumal es nicht Aufgabe der BaFin ist, zivilrechtliche, Verbraucherschützende oder sonstige allgemeine Rechtsnormen zu überwachen.

1. Verwarnung bei leichtfertigen Gesetzesverstößen

- 115 Ein Abberufungsverlangen nach § 36 Abs. 2 KWG setzt eine Verwarnung durch die Aufsicht voraus. Die Verwarnung ist ein anfechtbarer **Verwaltungsakt**.¹ Dieser ist bei schwerwiegenden Verstößen bereits nach einem einmaligen Vorfall möglich. Die vorstehend dargestellten Anforderungen an die Begründung eines Abberufungsverlangens (persönliche Zurechenbarkeit, Vermeidbarkeit, angemessene Gewichtung usw.) gelten für die Erteilung einer Verwarnung entsprechend.
- 116 Eine Verwarnung kann weiterhin nur bei leichtfertigem Verhalten des Betroffenen ausgesprochen werden. Es setzt ein **ungewöhnlich großes Maß an Nachlässigkeit** voraus, mit dem der Geschäftsleiter Pflichten nicht wahrnimmt oder in grober Achtlosigkeit darauf vertraut, dass die notwendigen bankaufsichtlichen Maßnahmen von anderen erfüllt werden.
- 117 Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich weiter, dass einzelne Verstöße gegen Regelungen trotz vorheriger Verwarnung nicht für ein Abberufungsverlangen ausreichen. Vielmehr muss ein **Verhalten** vorliegen, das fortgesetzt wird. Dies setzt voraus, dass ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen mehreren Regelverstößen vorliegt, was allerdings nicht bedeutet, dass es sich um Verstöße gegen gleiche Bestimmungen handeln muss. Es genügt z.B., dass Anzeigepflichten verschiedener Art vernachlässigt oder Kreditbegrenzungen nicht eingehalten werden. Jedenfalls muss ein zeitlicher Zusammenhang zwischen Verwarnung und erneutem Verstoß bestehen. Beachtet der Geschäftsleiter die Verwarnung über einen längeren Zeitraum und verstößt er erst später erneut gegen eine bankaufsichtliche Bestimmung, so ist dies kein fortgesetztes Verhalten. Die BaFin nimmt diesen Zeitraum mit ca. drei Jahren an.

2. Missbilligung als milderer Mittel

- 118 Andererseits geht der Hessische Verwaltungsgerichtshof in einem Urteil vom 31.5.2006² von einer „Ermessensunterschreitung“ aus, wenn die BaFin nicht

1 Streitig, wie hier VGH Kassel v. 31.5.2006 – VI UE 3256/05, WM 2007, 392 = WuB I L 1. § 36 KWG 1.07 – R. Fischer; zum Streitstand s. Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, § 36 KWG Rz. 33.

2 Hess. VGH v. 31.5.2006 – VI UE 3256/05, WM 2007, 392 = WuB I L 1. § 36 KWG 1.07 – R. Fischer.

auch die Möglichkeit einer **formlosen Missbilligung als milderer Mittel** prüft. Das Gericht sah eine „zur Rechtswidrigkeit führende erhebliche Ermessensunterschreitung ... darin, dass die BaFin erkennbar die Möglichkeit einer einfachen oder formlosen Missbilligung als möglicherweise ausreichende Reaktion auf die begangenen Pflichtverstöße nicht in Betracht gezogen hat“. Die BaFin machte vor dem Bundesverwaltungsgericht geltend, dass eine Missbilligung, da gesetzlich nicht geregelt, kein rechtlich zulässiges Aufsichtsmittel sei. Das Bundesverwaltungsgericht ließ die Revision mit Beschluss vom 6.11.2006¹ nicht zu. Es ist der Auffassung, dass eine formlose Missbilligung auch ohne ausdrückliche Ermächtigung als milderer Mittel gegenüber einer förmlichen Verwarnung zulässig und unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit je nach Sachlage geboten sein kann. Danach muss die BaFin vor Erlass einer förmlichen Verwarnung oder eines Abberufungsverlangens regelmäßig den Einsatz einer Missbilligung, Beanstandung oder sonstigen nicht förmlichen Maßnahme prüfen. Zum anderen kann sich die Rechtsverteidigung gegen eine Verwarnung darauf stützen, dass weniger belastende Maßnahmen ausgereicht hätten.

3. Abberufung wegen Qualifikationsmängeln

Mängel bei der Geschäftsführung beruhen regelmäßig nicht auf Unwilligkeit oder besonders großer Nachlässigkeit, also leichtfertigem Führungsverhalten, sondern darauf, dass der Geschäftsleiter die korrekte **Anwendung der bankaufsichtlichen Regelungen nicht in den Griff bekommt**. Dies galt früher vor allem für § 18 KWG, auf den Verwarnungen und Abberufungsverlangen gestützt wurden, und heute für § 25a KWG samt Mindestanforderung an das Risikomanagement. In diesen Fällen verhält sich der Geschäftsleiter kaum je leichtfertig. Die Praxis zeigt vielmehr, dass der Geschäftsleiter bei kritischen Situationen die Problemlage auch ohne Leichtfertigkeit nicht zutreffend bewertet oder mit der Problemlösung überfordert ist. 119

Die Praxis der BaFin unterstellt regelmäßig das gesetzliche Tatbestandsmerkmal der Leichtfertigkeit, ohne diese vertretbar zu begründen. Wenn erhebliche Mängel z.B. aus einem früheren Prüfungsbericht oder einer Beanstandung der BaFin erkennbar waren und vom Geschäftsleiter nicht behoben wurden, wird daraus auf Leichtfertigkeit geschlossen. Die BaFin begründet dies formelhaft z.B. damit, dass sich aus der Schwere der Verstöße die Leichtfertigkeit ergebe – ein recht eigenwilliger Schluss. Würde die BaFin das Tatbestandsmerkmal der Leichtfertigkeit zutreffend begründen, könnte sie kaum je eine Verwarnung erteilen. Ihr bliebe dann nur die auch sachlich richtige Möglichkeit, die fachliche **Qualifikation des Geschäftsleiters** in Zweifel zu ziehen. Dies kann gleichfalls ein Abberufungsverlangen begründen, wobei der Gesetzeswortlaut keine vorherige Verwarnung vorschreibt. 120

Es erscheint jedoch widersprüchlich und unangemessen, wenn der leichtfertig handelnde Geschäftsleiter eine Bewährungschance in Form der zwingend vor-

¹ BVerwG v. 6.11.2006 – 15 C 2028/08, WM 2007, 1655 = WuB I L 1. § 36 KWG 2.07, R. Fischer.

geschriebenen vorherigen Verwarnung erhalten muss, während der Geschäftsleiter, der möglicherweise nur vorübergehend Probleme nicht in den Griff bekommt, ohne Verwarnung abberufen werden kann.¹ Hier zeigt sich die weitere Bedeutung des zitierten Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts. Denn die BaFin kann eine nicht förmliche **Abmahnung auch als Vorstufe einer potenziellen Abberufung** wegen mangelnder fachlicher Eignung einsetzen, ohne den fragwürdigen Vorwurf der Leichtfertigkeit begründen zu müssen. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts stellt klar, dass die BaFin die Möglichkeit hat, im Vorfeld und zur Vermeidung der Abberufung eines Geschäftsleiters von diesem eine Beseitigung der Mängel unter Hinweis auf die Möglichkeit der Abberufung zu verlangen.

III. Abberufung und Tätigkeitsverbot von Mitgliedern des Aufsichtsorgans

- 122 Die Bankenaufsicht hat seit August 2009 die Möglichkeit, von einem Institut oder einer Finanzholding-Gesellschaft zu verlangen, dass sie ungeeignete Mitglieder ihres Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans abberuft. Die Regelung in § 36 Abs. 3 KWG wurde mit dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht vom 29.7.2009² in das Kreditwesengesetz eingefügt. Nach der Gesetzesbegründung³ besteht auch für die **bereits bestellten Mitglieder** des Aufsichtsorgans, gleichgültig ob sie der Arbeitgeber- oder der Arbeitnehmerseite zuzurechnen sind, „keine schützenswerte Vertrauensposition, wenn sie unzuverlässig oder fachlich ungeeignet sind. Soweit eine Abberufung durch das Gericht in Betracht kommt (z.B. § 103 Abs. 3 AktG), kann auch die BaFin den Antrag auf Abberufung stellen, wenn der Aufsichtsrat dem Abberufungsverlangen der Aufsichtsbehörde nicht nachgekommen ist (§ 36 Abs. 3 Satz 7 KWG).

1. Abberufungsgründe

- 123 Als Grund für ein solches Abberufungsverlangen nennt das Gesetz entweder **mangelnde Zuverlässigkeit, mangelnde Sachkunde oder die unzureichende Wahrnehmung der Überwachungs- und Kontrollaufgabe**. Die mangelnde Zuverlässigkeit oder fehlende fachliche Qualifikation kann die BaFin aus den nach § 24 Abs. 1 Nr. 15 KWG bei Bestellung einzureichenden Unterlagen (Lebenslauf, Führungszeugnis u.a.) oder aus späteren Erkenntnissen aus ihrer laufenden Aufsicht z.B. aufgrund der Jahresabschlussprüfungen oder einer Sonderprüfung erkennen.
- 124 Das Gesetz konkretisiert die mangelnde Ausübung der Aufsichts- und Kontrollaufgabe in § 36 Abs. 3 Satz 4 KWG. So soll ein Abberufungsverlangen z.B. dann begründet sein, wenn das Mitglied des Aufsichtsorgans wesentliche Verstöße des Unternehmens gegen die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung wegen sorgfaltswidriger Ausübung seiner Überwachungs- und Kontrollfunktion

1 So *Fischer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 36 KWG Rz. 23a.

2 BGBl. I 2009, 2305.

3 BT-Drucks. 16/12783, S. 16.

nicht bemerkt oder das Mitglied nicht alles Erforderliche zur Beseitigung der Verstöße veranlasst hat. In diesem Fall ist vor einem Abberufungsverlangen allerdings eine Verwarnung der Organe des Unternehmens durch die BaFin Voraussetzung des Abberufungsverlangens. Bei fehlender Zuverlässigkeit oder Sachkunde ist ein Abberufungsverlangen hingegen ohne vorherige Verwarnung möglich.¹ Eine vorwerfbare Pflichtverletzung liegt nur dann vor, wenn der Vorstand das Aufsichtsorgan über die Lage des Unternehmens und die geschäftliche Situation hinreichend informiert hat oder das Mitglied aufgrund eigener Kenntnisse ernsthafte Zweifel an den vom Vorstand erteilten Informationen oder an der Geschäftspolitik haben musste.²

Unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Abberufungsverlangen kann die BaFin den Mitgliedern des Aufsichtsorgans die Ausübung ihrer Tätigkeit untersagen. Allerdings kann sie ein solches **Tätigkeitsverbot** – anders als bei Geschäftsleitern (s. vorstehend Rz. 106) – nicht unmittelbar gegenüber dem betroffenen Mitglied aussprechen, sondern kann nur verlangen, dass dieses von den hierzu berufenen Organen des betroffenen Unternehmens ausgesprochen wird, soweit dies gesellschaftsrechtlich überhaupt möglich ist.³ 125

2. Abberufungsverlangen bei geborenen Mitgliedern

Fraglich ist, wie ein Abberufungsverlangen realisiert werden kann, wenn das Mitglied nicht bestellt werden muss, sondern kraft Amtes die Aufsichtsfunktion wahrnimmt. Dies ist insbesondere bei Sparkassen und Landesbanken der Fall. So ist Vorsitzender des Verwaltungsrats einer Sparkasse kraft Gesetzes meist der Hauptverwaltungsbeamte, Oberbürgermeister oder Landrat und bei Landesbanken der vom Gesetz für zuständig erklärte Minister oder der Präsident des Sparkassenverbands (vgl. z.B. § 11 Satzung NordLB, anders z.B. § 12 Satzung der LBBW). Ein Abberufungsverlangen würde ein **Ausscheiden aus dem Hauptamt** voraussetzen. Dementsprechend müsste sich die BaFin bei einer Sparkasse an die kommunale Gebietskörperschaft mit der Forderung wenden, ihren Hauptverwaltungsbeamten, Landrat oder Bürgermeister aus dem Amt zu entfernen. Entsprechendes würde für die Landesregierung im Hinblick auf Minister als geborene Vorsitzende des Aufsichtsrats einer Landesbank gelten. 126

Ob dies – besonders im Falle der Wahl eines Kommunalbeamten in sein Hauptamt – rechtlich überhaupt möglich ist, sei dahingestellt. Jedenfalls erscheint eine solche Situation lebensfremd – abgesehen von dem Fall schwerkrimineller Verfehlungen, die aufgrund gesetzlicher Bestimmungen zur Entfernung aus dem Hauptamt oder zur Amtsniederlegung führen. Die **Realitätsferne** dieser Regelung dürfte auch der Grund dafür sein, dass die BaFin in ihren Erläuterungen zum Sachkundeerfordernis davon ausgeht, dass bei dem Kämmerer und dem Hauptverwal-

¹ Vgl. Merkblatt der BaFin, Merkblatt zur Kontrolle von Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG vom 22.2.2010.

² So Ausschussempfehlung des Finanzausschusses BT-Drucks. 16/13684, S. 41.

³ Vgl. Merkblatt der BaFin, Merkblatt zur Kontrolle von Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG vom 22.2.2010.

tungsbeamten einer Gebietskörperschaft und vermutlich auch bei den anderen geborenen Vorsitzenden die Sachkunde regelmäßig anzunehmen ist.

- 128 Ob bei künftigen Bankenkrisen, die auf Versagen des Aufsichtsorgans mit zurückzuführen sind, die Bankenaufsicht tatsächlich den Mut und die Macht aufbringen wird, ungeeignete Mitglieder des Aufsichtsorgans abzurufen, wird die Zukunft erweisen. Nicht ausgeschlossen ist, dass diese, wie auch andere Regelungen in der Folge der Bankenkrise, mehr **Alibi-Funktion für die Politik** als praktische Bedeutung haben werden.