

# Managerhaftung

Melot de Beauregard / Lieder / Liersch

2022

ISBN 978-3-406-74081-7

C.H.BECK

Kompensationsgedankens darstellt (→ Rn. 283 f.) und eine effektive Sanktionierung pflichtwidrigen Verhaltens nicht zwangsläufig eine persönliche Haftung der Vorstandsmitglieder erfordert.<sup>659</sup>

Die Rspr. des II. Zivilsenats ist gleichwohl problematisch. Denn bei einem Verstoß **311** gegen einen Zustimmungsvorbehalt besteht die Pflichtverletzung in einem Unterlassen der Vorstandsmitglieder – namentlich darin, im Vorfeld der schadensursächlichen Maßnahme keinen Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats eingeholt zu haben<sup>660</sup> – und nach der bürgerlich-rechtlichen Rspr. des BGH betrifft der hypothetische Sachverhaltsverlauf bei pflichtwidrigem Unterlassen bereits die (Quasi-)Kausalität der Pflichtverletzung, für die nach allgemeinen Grundsätzen der Anspruchsteller beweisbelastet ist.<sup>661</sup> Diese Dissonanz zwischen der Rspr. des II. Zivilsenats und derjenigen der übrigen BGH-Senate ist bislang noch nicht bemerkt, geschweige denn aufgelöst worden. Richtigerweise weicht der II. Zivilsenat jedoch nicht iSv § 132 Abs. 2 GVG von der Entscheidung der anderen Senate ab, wenn er Verstöße gegen Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrats und andere Verfahrensnormen dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens statt der (Quasi-)Kausalität der Unterlassungspflichtverletzung zuordnet. Der wesentliche Unterschied zu den Pflichtverletzungen durch Unterlassen, über welche die anderen Senate zu befinden hatten, besteht nämlich darin, dass das Unterlassen (der Verstoß gegen den Zustimmungsvorbehalt) erst iVm einem positiven Tun der Vorstandsmitglieder (die Vornahme der zustimmungspflichtigen Maßnahme) die Pflichtverletzung begründet. In den Entscheidungen der anderen Senate ging es dagegen um gleichsam isoliertes Unterlassen, dh den pflichtwidrigen Nichteingriff in einen Kausalverlauf, der sich vom Schädiger unabhängig entwickelte.<sup>662</sup> Insofern liegt es nahe, das Handeln unter Verletzung von Kompetenz- und Verfahrensvorschriften anders zu behandeln und nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit<sup>663</sup> als **einheitliche Pflichtverletzung durch aktives Tun** zu begreifen. Dann stellt sich auf Ebene der Kausalität lediglich die Frage, ob das Handeln der Vorstandsmitglieder für den eingetretenen Schaden ursächlich war. Ebendiesem Ansatz verfolgt auch der VI. Zivilsenat, wenn er bei einer unzureichenden Aufklärung des Patienten den – mittlerweile in § 630h Abs. 2 S. 2 BGB kodifizierten – Einwand hypothetischer Einwilligung zwar für beachtlich erklärt, darin aber keine Frage der Kausalität, sondern der Zurechnung erkennt und dem Arzt insoweit die Beweislast auferlegt.<sup>664</sup> Wengleich der VI. Zivilsenat diese Rechtsprechungsgrundsätze nie ausdrücklich dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zugeordnet hat, werden sie im Schrifttum zu Recht so aufgefasst.<sup>665</sup> Im Ergebnis bestehen gegen die Rspr. des II. Zivilsenats zum Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens bei Verstößen gegen Kompetenz- und Verfahrensnormen daher keine durchgreifenden Bedenken.

Für die **Verletzung von Zustimmungsvorbehalten zugunsten des Aufsichtsrats** **312** hat der BGH den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens normativ eingefasst und die Aufklärung des hypothetischen Kausalverlaufs – die Frage, ob der Aufsichtsrat bei Beachtung des Zustimmungsvorbehalts in die Maßnahme eingewilligt hätte – für unbeachtlich

<sup>659</sup> Darauf abstellend auch BGHZ 219, 193 Rn. 44 = NZG 2018, 1189.

<sup>660</sup> Vgl. BGHZ 219, 193 Rn. 14 = NZG 2018, 1189.

<sup>661</sup> BGH NJW 2012, 850 Rn. 12 ff.; 2003, 295 (296).

<sup>662</sup> Vgl. BGHZ 192, 298 Rn. 11 f. = NJW 2012, 850 (unterlassene ärztliche Aufklärung ohne nachfolgenden Eingriff); BGH NJW 2003, 295 (296) (unterlassene Leerstandsanzeige bei der Versicherung).

<sup>663</sup> So die für das Strafrecht maßgebliche Abgrenzung, s. nur BGHSt 59, 292 Rn. 59 = NJW 2015, 96: „Die Rechtsprechung fasst die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen als Wertungsfrage auf, die nicht nach rein äußeren oder formalen Kriterien zu entscheiden ist, sondern eine wertende (normative) Betrachtung unter Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns verlangt. Maßgeblich ist insofern, wo der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt.“

<sup>664</sup> S. BGH NJW 2005, 1718 (1719): „Die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass sich der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung zu der tatsächlich durchgeführten Behandlung entschlossen hätte, trifft nicht den Patienten, sondern den Arzt.“

<sup>665</sup> Vgl. Katzenmeier in BeckOK BGB, 57. Ed. 1.2.2021, BGB § 630h Rn. 36; Wagner in MüKoBGB BGB § 630h Rn. 46.

erklärt, wenn die Aufsichtsratsmitglieder bei pflichtgemäßem Verhalten in das vom Vorstand zur Zustimmung vorgelegte Geschäft entweder hätten einwilligen oder diesem die Einwilligung versagen müssen:

- 313 Danach muss der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens einerseits ausscheiden, wenn der Aufsichtsrat bei Erteilung der Einwilligung pflichtwidrig gehandelt hätte.<sup>666</sup> Denn dann war die Maßnahme unabhängig von der Vorlagepflicht pflichtwidrig und daran hätte auch die Billigung des Aufsichtsrats nichts geändert (§ 93 Abs. 4 S. 2 AktG).<sup>667</sup>
- 314 Andererseits soll der Einwand nach dem BGH stets Erfolg haben, wenn für den Aufsichtsrat trotz seines eigenen unternehmerischen Ermessens ausnahmsweise eine **Pflicht zur Einwilligung** bestanden hätte.<sup>668</sup> Das ist in dieser Absolutheit zwar unter Billigkeitsgesichtspunkten nachvollziehbar, mit Blick auf den hypothetischen Kausalverlauf aber nur haltbar, wenn man – entgegen der hM im Schrifttum<sup>669</sup> – annimmt, dass sich die Vorstandsmitglieder über eine rechtswidrige Verweigerung des Aufsichtsrats hätten hinwegsetzen dürfen, ohne einen Hauptversammlungsbeschluss nach § 111 Abs. 4 S. 3 AktG einzuholen. Denn wenn auch die Missachtung der rechtswidrig versagten Zustimmung eine Schadensersatz bewehrte Pflichtverletzung begründen würde, könnte diese die Zurechnung des Schadens schwerlich in Zweifel ziehen.<sup>670</sup> Jedenfalls besteht aber ein Anscheinsbeweis dafür, dass der Aufsichtsrat im Falle einer Zustimmungspflicht auch tatsächlich zugestimmt hätte.<sup>671</sup> Da die Beweiserleichterung des § 287 ZPO richtigerweise auch für die Frage der Schadenszurechnung bei rechtmäßigem Alternativverhalten gilt (→ Rn. 450), wird der Einwand bei einer Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats in aller Regel auch dann Erfolg haben, wenn man dem BGH insoweit nicht folgt.
- 315 Wäre die Entscheidung über die Einwilligung dagegen – wie im Regelfall – **weder in die eine noch die andere Richtung rechtlich determiniert** gewesen, kommt es allein darauf an, ob die Vorstandsmitglieder *nachweisen* können, dass die Aufsichtsratsmitglieder bei Beachtung des Zustimmungsvorbehalts in die betreffende Maßnahme mehrheitlich eingewilligt hätten.<sup>672</sup> Der Umstand, dass der Aufsichtsrat im Rahmen der Entscheidung über die Zustimmung ein eigenes unternehmerisches Ermessen ausübt, steht dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens mithin weder im Wege noch berechtigt er das Gericht, die Aufklärung des hypothetischen Kausalverlaufs durch eine gerichtliche Entscheidung darüber zu ersetzen, wie sich ein verantwortungsvoll handelnder Aufsichtsrat verhalten hätte.<sup>673</sup> Wenn der Aufsichtsrat die Zustimmung sowohl rechtmäßig hätte erteilen als auch rechtmäßig hätte verweigern können, kann die Einschätzung des Gerichts, wie sich nach seinem Dafürhalten ein verantwortungsvoll handelnder Aufsichtsrat verhalten hätte, auch nicht herangezogen werden, um einen Anscheinsbeweis in diese Richtung zu begründen. Vielmehr besteht in einer solchen Situation im Ausgangspunkt nicht mehr als die – für den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens unzureichende – Möglichkeit der Zustimmung. Um ihrer Darlegungs- und Beweislast gerecht zu werden, müssen die Vorstandsmitglieder mithin konkrete Anhaltspunkte dafür vortragen und gegebenenfalls beweisen, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats der Maßnahme mehrheitlich zugestimmt hätten (zur Beweislast noch → Rn. 446).<sup>674</sup> Gelingt ihnen das nicht, haben sie zwar theoretisch noch die Möglichkeit, den Einwand einer

<sup>666</sup> BGHZ 219, 193 Rn. 52 = NZG 2018, 1189.

<sup>667</sup> BGHZ 219, 193 Rn. 52 = NZG 2018, 1189.

<sup>668</sup> BGHZ 219, 193 Rn. 51 = NZG 2018, 1189.

<sup>669</sup> *Grigoleit/Tomasic* in Grigoleit AktG § 111 Rn. 97; *Habersack* in MüKoAktG AktG § 111 Rn. 147; *Hüffer/Koch* AktG § 111 Rn. 49; *Mertens/Cahn* in Kölner Komm AktG AktG § 111 Rn. 110.

<sup>670</sup> Scholz AG 2020, 453 Rn. 10 ff.

<sup>671</sup> Scholz AG 2020, 453 Rn. 33.

<sup>672</sup> BGHZ 219, 193 Rn. 45 = NZG 2018, 1189.

<sup>673</sup> Für eine solche normative Sichtweise aber *Fleischer* in BeckOGK, 1.2.2021, AktG § 93 Rn. 262; in diese Richtung auch *Hüffer/Koch* AktG § 93 Rn. 50; dagegen zu Recht auch *Krieger* in Krieger/Schneider Managerhaftung-HdB § 3 Rn. 38 Fn. 2.

<sup>674</sup> Dazu eingehend Scholz AG 2020, 453 Rn. 27 ff.

hypothetischen Zustimmung durch die Hauptversammlung zu führen.<sup>675</sup> Damit dringen die Vorstandsmitglieder jedoch nur durch, wenn sie außerdem darlegen und ggf. beweisen können, dass sie die Maßnahme bei Verweigerung der Zustimmung durch den Aufsichtsrat der Hauptversammlung auch tatsächlich vorgelegt hätten – und hieran wird der Einwand regelmäßig scheitern.<sup>676</sup>

Neben der Verletzung von Zustimmungsvorbehalten kommt der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens insbes. auch **bei Verstößen gegen die Business Judgment Rule** zum Zuge.<sup>677</sup> Da § 93 Abs. 1 S. 2 AktG die Vorstandspflichten bei unternehmerischen Entscheidungen iSd Vorschrift abschließend konkretisiert, begründet jeder Verstoß gegen die Business Judgment Rule auch eine Pflichtverletzung (→ Rn. 229).

Haben die Vorstandsmitglieder jedoch lediglich auf unangemessener Informationsgrundlage gehandelt, kann der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens die Schadenszurechnung ausschließen, wenn die getroffene Entscheidung auch **auf Grundlage angemessener Information noch vertretbar** gewesen wäre: Da weitere Informationen typischerweise nicht grundlos, sondern im Hinblick auf eine bereits ins Auge gefasste Entscheidung eingeholt werden, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass die Vorstandsmitglieder an ihrer Entscheidung festgehalten hätten, wenn sich diese auf angemessener Informationsbasis nicht als unvertretbar erwiesen hätte.<sup>678</sup>

Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens kommt auch dann in Betracht, wenn ein befangenes Vorstandsmitglied seinen Interessenkonflikt nicht offengelegt und sich überdies an der Abstimmung im Vorstand beteiligt hat: In dieser Situation ist – ähnlich wie bei der Verletzung eines Zustimmungsvorbehalts – entscheidend, ob die iErg verlustbringende Entscheidung **von den unbefangenen Organmitgliedern auch in Kenntnis des Interessenkonflikts** getroffen worden wäre.<sup>679</sup> In dieser Situation dürfte die Beweisführung für den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens indes ähnlich schwerfallen wie bei Verletzung eines Zustimmungsvorbehalts zugunsten des Aufsichtsrats.<sup>680</sup>

Liegt der Verstoß gegen die Business Judgment Rule indes darin, dass die Vorstandsmitglieder eine **evident unvertretbare Entscheidung** getroffen haben und daher nicht mehr vernünftigerweise annehmen durften, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (→ Rn. 161), ist der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens dagegen regelmäßig ausgeschlossen.<sup>681</sup> Denn das durch die Business Judgment Rule gewährte Ermessen gründet auf der Prämisse der ex-ante bestehenden Unsicherheit über die „richtige“ unternehmerische Entscheidung. Nur deshalb sind Entscheidungen zugunsten wirtschaftlich nachteiliger Maßnahmen überhaupt mit der Sorgfaltspflicht vereinbar.<sup>682</sup> Wo eine solche Unsicherheit nicht mehr besteht, die Vorstandsmitglieder also um den Ausgang der Sachverhaltsentwicklung wissen, kann ihnen die Entscheidung, die Gesellschaft zu schädigen, nicht mehr erlaubt sein. Haben die Vorstandsmitglieder mithin die unvertretbare und zu einem Schaden führende Entscheidung A getroffen, während B und C vertretbar gewesen wären, können sie ihrer Schadensersatzpflicht mithin nicht entgegenhalten, dass sie rechtmäßig auch die im Rückblick ebenfalls nachteilige Entscheidung B hätten treffen können, wenn C auf der anderen Seite zu keinem Schaden geführt hätte. An diesem Beispiel zeigt sich auch, dass die grds. Verweigerung des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens bei

<sup>675</sup> Zur grds. Zulässigkeit dieses Einwands s. *Grunewald* FS Hopt, 2020, 325 (328 ff.); *Habersack* FS E. Vetter, 2019, 183 (186 ff.); *Holle/Mörsdorf* NJW 2018, 3555 (3557); *Krieger* FS Seibert, 2019, 511 (521 f.); *Wicke* FS E. Vetter, 2019, 907 (913).

<sup>676</sup> Eingehend *Scholz* AG 2020, 453 Rn. 34 ff.

<sup>677</sup> Eingehend bereits *Scholz* AG 2015, 222 (227 ff.).

<sup>678</sup> *Scholz* AG 2015, 222 (227 f.).

<sup>679</sup> *Scholz* AG 2015, 222 (229).

<sup>680</sup> Vgl. dazu *Fleischer* in BeckOGK, 1.2.2021, AktG § 93 Rn. 262 („probatio diabolica“); s. auch *Wilsing/von der Linden* NZG 2018, 1416 (1417 ff.).

<sup>681</sup> *Scholz* AG 2015, 222 (228 f.).

<sup>682</sup> Bei Bösgläubigkeit der Vorstandsmitglieder bietet die Business Judgment Rule denn auch konsequenterweise keinen Schutz (→ Rn. 162).

unvertretbaren Entscheidungen mit dem Erfordernis im Einklang steht, dass der Schaden bei pflichtgemäßem Verhalten effektiv und nicht nur möglicherweise herbeigeführt worden wäre (→ Rn. 308). Das heißt jedoch im Umkehrschluss, dass der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens auch bei unvertretbaren Entscheidungen dann durchgreifen muss, wenn ausnahmsweise alle ex-ante vertretbaren Handlungsalternativen zu einem (Mindest-) Schaden geführt hätten.

- 320 Haben die Vorstandsmitglieder bei Legalitätspflichtverstößen die **prozeduralen Anforderungen an einen entschuldigenden Rechtsirrtum** (→ Rn. 242 ff.) nicht eingehalten, erlaubt ihnen der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht, sich auf einen hypothetisch unvermeidbaren Rechtsirrtum zu berufen (zur fehlenden Entschuldigung bereits → Rn. 277).<sup>683</sup> Insbesondere ist es den Vorstandsmitgliedern verwehrt, im Nachhinein einzuwenden, dass ein hinreichend qualifizierter Rechtsberater den Rechtsirrtum durch ein detailliertes und plausibles Gutachten hätte bestätigen können. Denn „entschuldigtes Alternativverhalten“ kann nicht mit „rechtmäßigem Alternativverhalten“ gleichgesetzt werden: Ausgehend von der schadensrechtlichen Differenzhypothese (→ Rn. 308) weist der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens dem Geschädigten den Schaden zu, weil er diesen letztlich ohnehin zu tragen gehabt hätte. Das setzt aber voraus, dass sich der Schaden in der dem Geschädigten von der Rechtsordnung zugewiesenen Risikosphäre ereignet hat. Deswegen ist entscheidend, dass der Schaden unabhängig von der Pflichtverletzung eingetreten wäre. Dass der Schädiger dieselbe Pflichtverletzung auch entschuldigt hätte begehen können, rechtfertigt nicht, dem Geschädigten das Schadensrisiko als gleichsam allgemeines Lebensrisiko zuzuweisen.<sup>684</sup> Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens kann daher nur durchgreifen, wenn gesetzeskonformes Verhalten den Schaden ebenfalls herbeigeführt hätte.
- 321 **(5) Vorteilsausgleichung.** Da die Schadensfeststellung nach der Differenzhypothese auf einem Vergleich der tatsächlichen Vermögenslage mit derjenigen beruht, die ohne die Pflichtverletzung bestehen würde (→ Rn. 284), sind bei der Berechnung des ersatzfähigen Schadens nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen auch solche Vorteile auf Seiten der Gesellschaft zu berücksichtigen, die **adäquat kausal auf der Pflichtverletzung beruhen** und deren Anrechnung dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht entspricht, dh die Gesellschaft weder unzumutbar belastet noch die haftpflichtigen Vorstandsmitglieder unbillig begünstigt.<sup>685</sup> Da Fehlverhalten von Vorstandsmitgliedern stets auch Gegenstand der Personalkompetenz des Aufsichtsrats ist<sup>686</sup> und deshalb selbst der vollständige Ausschluss der Ersatzpflicht keine fehlerhafte Anreizlage begründet, gibt es keinen Grund, die Vorteilsausgleichung im Rahmen der Vorstandshaftung restriktiv zu handhaben.<sup>687</sup>
- 322 Das gilt auch für Verstöße gegen die Legalitätspflicht und insbes. für den **Bußgeldregress** (zur grds. Ersatzfähigkeit von Geldbußen → Rn. 288 ff.).<sup>688</sup> Denn die Vorteilsausgleichung verhindert, dass die Vorteile gesetzeswidrigen Handelns bei der Gesellschaft verbleiben und diese somit einen illegitimen Wettbewerbsvorteil erhält.<sup>689</sup> Da sich die Vorstandsmitglieder nicht darauf verlassen können, dass ein an die Gesellschaft adressiertes Bußgeld lediglich die erlangten Vorteile abschöpft, konterkariert die Vorteilsausgleichung auch nicht die Präventionsfunktion des Bußgeldregresses.<sup>690</sup> Überdies droht den Vorstands-

<sup>683</sup> Eingehend *Kempelmann/Scholz* JZ 2018, 390 (395 f.).

<sup>684</sup> *Kempelmann/Scholz* JZ 2018, 390 (395); aA *Holle* BKR 2018, 500 (503).

<sup>685</sup> *BGH* NZG 2013, 293 Rn. 26; 2011, 1271 Rn. 31 – *ISION*.

<sup>686</sup> Darauf im Kontext des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens hinweisend *BGHZ* 219, 193 Rn. 44 = *NZG* 2018, 1189.

<sup>687</sup> *Fleischer* in *BeckOGK*, 1.2.2021, *AktG* § 93 Rn. 259; *Hopt/Roth* in *GK AktG* *AktG* § 93 Rn. 411; *Hüffer/Koch* *AktG* § 93 Rn. 49.

<sup>688</sup> Eingehend zur Vorteilsausgleichung beim Bußgeldregress am Beispiel des Kartellbußgeldregresses *Scholz*, *Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern*, 2014, S. 57 ff.

<sup>689</sup> Vgl. *Bayer* FS K. Schmidt, 2009, 85 (95); *Fleischer* *DStR* 2009, 1204 (1210).

<sup>690</sup> *Bayer/Scholz* *GmbH*HR 2015, 449 (454 f.).

mitgliedern insbes. bei Kartellverstößen nicht nur der Bußgeldregress, weil die Belastung mit Schadensersatzansprüchen der kartellgeschädigten Abnehmer sowie die damit verbundenen Verteidigungskosten ebenfalls ersatzfähige Schadensposten darstellen.

Wenngleich es keinen Grund gibt, die Vorteilsausgleichung unter Präventionsgesichtspunkten einzuschränken, streiten doch insbes. Präventionserwägungen dafür, die Vorteilsausgleichung im Rahmen der Vorstandshaftung **nicht weiter als im allgemeinen Schadensrecht** zur Anwendung zu bringen.<sup>691</sup> 323

In einem wenig beachteten Urteil aus dem Jahr 2013 hat der BGH dagegen entschieden, dass die Grundsätze der Vorteilsausgleichung „entsprechend“ anzuwenden seien, wenn der Gesellschaft aus einer **Reihe gleichartiger Pflichtverletzungen** sowohl Gewinne als auch Verluste entstehen.<sup>692</sup> Diese Saldierung von Vorteilen aus der einen Pflichtverletzung mit Nachteilen aus einer anderen Pflichtverletzung geht indes über die anerkannten Grenzen der Vorteilsausgleichung hinaus und lässt sich mit schadensrechtlichen Grundsätzen nicht begründen: Zum einen kann die Kausalitätsdogmatik nicht erklären, warum die Zurechnung kausaler Vorteile analog auf nicht-kausale Ereignisse übertragen werden soll.<sup>693</sup> Auch das schadensrechtliche Bereicherungsverbot (→ Rn. 284) kann nicht zur Stütze der Rspr. des BGH herangezogen werden.<sup>694</sup> Es streitet erst für die Saldierung von Gewinnen und Verlusten aus verschiedenen Pflichtverletzungen, wenn diese als Einheit zu behandeln sind; für die Frage, ob eine solche Verknüpfung besteht, ist es aber unergiebig.<sup>695</sup> Der BGH stützt seine entsprechende Anwendung der Vorteilsausgleichung überdies auf die Wertungen der Geschäftsführung ohne Auftrag.<sup>696</sup> Dieser Verweis ist jedoch ebenfalls verfehlt, weil die Vorstandsmitglieder auch bei Pflichtverletzungen nicht ohne Auftrag, sondern im Rahmen des organschaftlichen Schuldverhältnisses tätig werden, das ihnen bei gewinnbringenden Pflichtverletzungen auch sonst keinen Herausgabeanspruch einräumt.<sup>697</sup> Die uneingeschränkte Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs aus der einen Pflichtverletzung stellt in aller Regel auch kein widersprüchliches Verhalten (§ 242 BGB) dar.<sup>698</sup> Denn die Vorstandsmitglieder dürfen weder darauf vertrauen, dass der Gewinn aus einer Pflichtverletzung deren Wiederholung rechtfertigt, noch darauf, dass eine gewinnbringende Wiederholung den ersten Pflichtverstoß entschuldigt.<sup>699</sup> Insofern würde eine Gesamtsaldierung der Gewinne und Verluste aus gleichartigen Pflichtverletzungen auch eine mit dem Zweck der Vorstandshaftung unvereinbare Anreizlage schaffen: Insbesondere wenn die erste Pflichtverletzung zu einem Schaden führt, würde der Vorstand geradezu ermutigt, weiter pflichtwidrig zu handeln, um durch zukünftige Gewinne den von ihm zu ersetzenden Schaden wieder wettzumachen.<sup>700</sup> Aus dieser Erwägung hat sich auch der XI. Zivilsenat des BGH geweigert, die Rspr. des II. Zivilsenats auf die Bankenhaftung bei einer Mehrheit gleichgelagerter Beratungspflichtverletzungen zu übertragen.<sup>701</sup> 324

<sup>691</sup> Ausführlich *Illhardt/Scholz DZWiR* 2013, 512 (514 ff.); s. auch *Hahn*, Das Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung, Diss. Bucerius Law School, 2019, 3. Teil C. II.

<sup>692</sup> *BGH NZG* 2013, 293 Rn. 26 f. (im konkreten Fall ging es um unternehmenszweckwidrige Spekulationsgeschäfte).

<sup>693</sup> *Reiner WuB* 2015, 627 (629); dies konzедierend auch *BGH NZG* 2013, 293 Rn. 27.

<sup>694</sup> So aber *BGH NZG* 2013, 293 Rn. 27.

<sup>695</sup> S. *Illhardt/Scholz DZWiR* 2013, 512 (515) („petitio principii“); zustimmend *Hahn*, Das Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung, Diss. Bucerius Law School, 2019, 3. Teil C. II. 2. b) aa).

<sup>696</sup> *BGH NZG* 2013, 293 Rn. 27.

<sup>697</sup> *Illhardt/Scholz DZWiR* 2013, 512 (515 f.); zust. *Reiner WuB* 2015, 627 (629 f.); ebenso *Hahn*, Das Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung, Diss. Bucerius Law School, 2019, 3. Teil C. II. 2. b) cc).

<sup>698</sup> So aber wiederum *BGH NZG* 2013, 293 Rn. 27.

<sup>699</sup> *Illhardt/Scholz DZWiR* 2013, 512 (516).

<sup>700</sup> Ausführlich *Illhardt/Scholz DZWiR* 2013, 512 (514); zust. *Reiner WuB* 2015, 627 (630).

<sup>701</sup> *BGHZ* 205, 117 Rn. 87 = *NZG* 2015, 875 („Der Verzicht auf eine entsprechende Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung sichert den Anreiz, Beratungspflichten stets und immer zu genügen.“). Dass der XI. Zivilsenat unter Verweis „auf die aus der besonderen Natur der Organstellung folgende[n] Treuepflichten“ gleichwohl nicht den Großen Senat für Zivilsachen angerufen hat (§ 132

- 325 Wenngleich die Saldierung von Gewinnen und Verlusten aus unterschiedlichen Pflichtverletzungen damit grds. ausscheiden muss, kommt eine Vorteilsausgleichung in engen Grenzen dann in Betracht, wenn die separaten Pflichtverletzungen ausnahmsweise eine **Handlungseinheit** bilden, dh zeitgleich oder zumindest in unmittelbarer zeitlicher Nähe vorgenommen wurden und einen erkennbaren inneren Zusammenhang aufweisen.<sup>702</sup> Dass ein Rahmenbeschluss hierfür nicht genügt, wenn sich die pflichtwidrigen Geschäfte anschließend über einen längeren Zeitraum erstreckt haben, hat der BGH indes zurecht klargestellt.<sup>703</sup>
- 326 Für die **Durchführung der Vorteilsausgleichung** kommt es nach der schadensrechtlichen Rspr. des BGH darauf an, ob die zugeflossenen Vorteile und der Ersatzanspruch gleichartig sind: Fehle es an der Gleichartigkeit, soll der Geschädigte den gesamten Schaden ersetzt verlangen können und den ungleichartigen Vorteil lediglich Zug um Zug gegen Erfüllung des Ersatzanspruches herausgeben müssen.<sup>704</sup> Eine Anrechnung auf den Ersatzanspruch erfolge nur, wenn Ersatzanspruch und Vorteil gleichartig seien.<sup>705</sup> Doch sei der Vorteil dann wiederum nur auf denjenigen Schadensposten anrechenbar, der dem Vorteil seiner Art nach entspreche.<sup>706</sup> Dieses Erfordernis der Kongruenz von Vor- und Nachteil schließt eine Gesamtsaldierung aller Vor- und Nachteile aus<sup>707</sup> und kann bei einer Mehrzahl von Schadensposten dazu führen, dass Vorteile iErg nicht vollständig in Ansatz gebracht werden.<sup>708</sup> Für die Organhaftung bestehen indes erhebliche Zweifel daran, Kongruenz (→ Rn. 327) und Gleichartigkeit (→ Rn. 328) zu den Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung zu erheben.
- 327 Allen voran würde das Erfordernis der **Kongruenz von Vor- und Nachteil** unter Umständen zu einer erheblichen Überkompensation der Gesellschaft führen. Das gilt namentlich, wenn die Gesellschaft bei Compliance-Verstößen als Kronzeugin von einem Bußgeld ganz oder in erheblichem Umfang verschont geblieben ist. Denn die Reichweite der Vorteilsausgleichung hinge dann entscheidend davon ab, ob die aus dem Kartellverstoß erzielten Gewinne auch gegen andere Schadensposten als ein gewinnabschöpfendes Bußgeld, zB den Außenhaftungsregress, die Rechtsverteidigungskosten oder die Kosten der internen Aufklärung, angerechnet werden können. Vor diesem Hintergrund ist die Rspr. zur Notwendigkeit der Kongruenz von Vor- und Nachteilen zumindest für die Organhaftung zurückzuweisen. Sie ist jedoch auch grds. mit der gesetzlichen Konzeption eines einheitlichen Schadensersatzanspruches unvereinbar.<sup>709</sup> Überdies lässt sich nicht erklären, wieso die Anrechnung gleichartiger Vorteile auf kongruente Nachteile beschränkt, ein ungleichartiger Vorteil aber umfassend herauszugeben sein soll. Schließlich mag das Kongruenzerfordernis zwar zu Recht verhindern, dass sich ein Geschädigter materielle Vorteile auf einen Schmerzensgeldanspruch anrechnen lassen muss. Hierzu bedarf es indes keines generellen Kongruenzerfordernisses. Ein Anrechnungsverbot ließe sich entsprechend dem Ausschluss des Mitverschuldenseinwands (§ 254 BGB)<sup>710</sup> auch unmittelbar aus dem Sinn und Zweck des Schmerzensgeldanspruchs ableiten.

Abs. 2 GVG), ist ebenso zweifelhaft wie bedauerlich (*Hahn*, Das Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung, Diss. Bucerius Law School, 2019, 3. Teil C. II. 2. b) ee).

<sup>702</sup> *Illhardt/Scholz* DZWIR 2013, 512 (516); *Hahn*, Das Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung, Diss. Bucerius Law School, 2019, 3. Teil C. II. 1. b).

<sup>703</sup> BGH NZG 2013, 293 Rn. 24; vgl. auch BGHZ 205, 117 Rn. 53 f. = NZG 2015, 875 (keine Verklammerung von Schadensersatzansprüchen wegen fehlerhafter Beratung durch Rahmenvertrag).

<sup>704</sup> BGH NZG 2009, 353 Rn. 14; BGHZ 27, 241 (248 f.) = NJW 1958, 1232 (1234).

<sup>705</sup> BGH NJW 2013, 450 Rn. 21.

<sup>706</sup> BGHZ 136, 52 (54) = NJW 1997, 2378 (2378); bestätigt durch BGHZ 215, 157 Rn. 15 = NJW 2017, 3438; BGHZ 167, 108 Rn. 19 = NJW 2006, 1582; BGH NJW-RR 2004, 79 (80).

<sup>707</sup> BGHZ 136, 52 (54) = NJW 1997, 2378 (2378): „Die Vorteilsausgleichung erfolgt also nicht bei der Endsaldierung aller Aktiv- und Passivposten gegenüber dem Gesamtbetrag des Schadens“; ebenso BGHZ 167, 108 Rn. 19 = NJW 2006, 1582.

<sup>708</sup> *Oetker* in MüKoBGB BGB § 249 Rn. 277.

<sup>709</sup> Krit. auch *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, 2001, S. 55 ff., 372 f., 439 ff.

<sup>710</sup> BGH NZV 1991, 305 (305): „Bei der Bemessung (...) ist das Mitverschulden des Verletzten nicht etwa in der Weise zu berücksichtigen, daß zunächst ein Schmerzensgeld ermittelt wird, wie es ohne das Mit-

Angesichts der fremdnützigen Tätigkeit der Vorstandsmitglieder kann auch die **Begrenzung der Anrechnung auf gleichartige Vorteile** in dieser Strenge nicht auf die Organhaftung übertragen werden. Wollte man dieses Erfordernis ernst nehmen, könnte die Gesellschaft jeden pflichtwidrigen Erwerbsvorgang von der Anschaffung einer Maschine bis zum Unternehmenskauf auf die Vorstandsmitglieder abwälzen und von den Vorstandsmitgliedern Ersatz des gesamten von der Gesellschaft gezahlten Kaufpreises verlangen. Hierdurch würde die gesetzgeberische Entscheidung gegen eine ultra vires-Lehre zwar nicht unterlaufen.<sup>711</sup> Denn das Geschäft bliebe zumindest gegenüber dem Dritten wirksam. Rückschlüsse lassen sich indes aus der Holz Müller/Gelatine-Rspr. des II. Zivilsenats zur Vorlagepflicht gegenüber der Hauptversammlung ziehen: Hiernach haben die Aktionäre nämlich bei Übertragung eines Großteils des Gesellschaftsvermögens auf eine Tochtergesellschaft gegen Anteilsgewährung lediglich einen in Anlehnung an § 246 Abs. 1 AktG befristeten Anspruch auf Rückabwicklung der Transaktion und sind anschließend auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen verwiesen, die eine Wiederherstellung des früheren Zustands nicht mehr erfassen (→ Rn. 817).<sup>712</sup> Mit diesem Ausschluss des Rückabwicklungsanspruchs selbst bei strukturändernden Maßnahmen wäre es unvereinbar, wenn die Ersatzpflicht nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG selbst bei weniger schwerwiegenden Pflichtwidrigkeiten faktisch auf Rückabwicklung des Geschäfts gerichtet wäre, zumal auch Ersatzansprüche nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG unter Umständen durch die Aktionäre durchsetzbar sind (→ Rn. 549 ff.). Gegen die Begrenzung der Anrechnung auf gleichartige Vorteile sprechen überdies Praktikabilitätsabwägungen, da gesamtschuldnerisch haftende Vorstandsmitglieder bei ungleichartigen Vorteilen in eine Bruchteilsgemeinschaft (§ 741 BGB) gezwungen würden. Im Rahmen der Organhaftung muss die Vorteilsausgleichung daher jedenfalls bei pflichtwidrigen Geschäften zu einer Anrechnung der Gegenleistung auf den Schadensersatzanspruch führen. Die Gesellschaft ist insofern weder berechtigt noch verpflichtet, die Gegenleistung Zug um Zug an das haftpflichtige Vorstandsmitglied herauszugeben.

Unabhängig von den Einzelheiten der Anrechnung mindern die anzurechnenden Vorteile die an sich bestehende Ersatzpflicht der Vorstandsmitglieder. Aus zivilprozessualer Perspektive handelt es sich bei der Vorteilsausgleichung daher um eine Einwendung, für welche die Vorstandsmitglieder nach allgemeinen Grundsätzen die **Darlegungs- und Beweislast** trifft (→ Rn. 446).<sup>713</sup>

**dd) Mitverschulden.** Die Vorstandsmitglieder können ihrer Inanspruchnahme **grds. nicht entgegengehalten**, dass die Gesellschaft ein Mitverschulden bei der Schadensentstehung trifft (§ 254 Abs. 1 BGB) oder dass diese ihre Obliegenheit zur Schadensabwendung oder -minderung (§ 254 Abs. 2 BGB) verletzt hat. Da die Gesellschaft als juristische Person selbst nicht in der Lage ist zu handeln, könnte sie ein Mitverschulden nur treffen, wenn sie sich das Verschulden für sie handelnder natürlicher Personen analog § 31 BGB oder §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB zurechnen lassen müsste. Das ist gegenüber haftpflichtigen Vorstandsmitgliedern indes weder in Bezug auf andere Vorstandsmitglieder (→ Rn. 331) noch auf Mitglieder des Aufsichtsrats (→ Rn. 332), Mitarbeiter (→ Rn. 333), sonstige Dritte (→ Rn. 334) oder die Hauptversammlung (→ Rn. 335) der Fall. Anders ist dies nur, wenn ein der Gesellschaft zuzurechnender Mitverschuldensbeitrag nach dem Ausscheiden des haftpflichtigen Vorstandsmitglieds erfolgt bzw. ohne eigene Verantwortlichkeit des Vor-

verschulden des Verletzten angemessen wäre, und sodann eine der Mitverschuldensquote entsprechende Kürzung erfolgt. Vielmehr stellt das Mitverschulden bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes lediglich ein Bemessungselement neben anderen dar“.

<sup>711</sup> Auf dieser Grundlage abl. aber *Hahn*, Das Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung, Diss. Bucerius Law School, 2019, 3. Teil C. II. 2.

<sup>712</sup> BGHZ 83, 122 (135 f.) = NJW 1982, 1703 (1706) – Holz Müller.

<sup>713</sup> BGHNZG 2013, 293 Rn. 29; 2011, 1271 Rn. 34 – ISON.

standsmitglieds zur Schadensvertiefung führt (→ Rn. 336) oder vor dessen Amtsantritt (→ Rn. 337) geleistet wurde.

- 331** Für den Einwand des Mitverschuldens **anderer Vorstandsmitglieder** folgt dieser grds. Ausschluss unmittelbar aus der Anordnung der gesamtschuldnerischen Haftung in § 93 Abs. 2 S. 1 AktG,<sup>714</sup> weil die Anspruchskürzung nach §§ 254, 31 BGB letztlich auf eine Teilschuld der Vorstandsmitglieder hinauslief.<sup>715</sup>
- 332** Im Hinblick auf ein konkurrierendes Verschulden des **Aufsichtsrats** folgt der Ausschluss des Mitverschuldenseinwandes aus § 93 Abs. 4 S. 2 AktG, wonach die Billigung des Vorstandshandelns durch den Aufsichtsrat die Ersatzpflicht nicht beseitigt.<sup>716</sup> Dahinter steht die auch der gesamtschuldnerischen Haftung der Vorstandsmitglieder zugrunde liegende Erwägung, dass in der juristischen Person, die als solche nicht handeln kann, die Pflichten der für sie tätigen Organe so ausgestaltet sind, dass sie nebeneinander bestehen.<sup>717</sup> Dass in § 93 Abs. 2 S. 1 AktG nur für Vorstandsmitglieder die gesamtschuldnerische Haftung angeordnet ist und die Vorschrift für die Aufsichtsratsmitglieder nach § 116 S. 1 AktG lediglich sinngemäß gilt, erlaubt nicht den Schluss, dass unter den Vorstandsmitgliedern einerseits und unter den Aufsichtsratsmitgliedern andererseits eine Gesamtschuld bestehe, zwischen Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern dagegen eine Teilschuld anzunehmen wäre.<sup>718</sup> Denn es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit dem Übergang zur sinngemäßen Anwendung der Vorstandshaftung auf den Aufsichtsrat durch § 99 AktG 1937 die zuvor in § 249 HGB 1897 ausdrücklich angeordnete interorganschaffliche Gesamtschuld in Frage stellen wollte.<sup>719</sup>
- 333** Für **Mitarbeiter**, deren Mitverschulden sich die Gesellschaft grds. nach §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB zurechnen lassen müsste, ergibt sich der Ausschluss des Mitverschuldenseinwandes aus einem Erst-recht-Schluss zu § 93 Abs. 2 S. 1 AktG: Setzt sich im Verhältnis zur Gesellschaft die individuelle Haftungsverantwortung der Vorstandsmitglieder sogar gegenüber der Verantwortlichkeit gleichberechtigter Organmitglieder durch, muss es ihnen erst recht verwehrt sein, sich auf das Mitverschulden von in die Organisation eingegliederten und den Weisungen der Geschäftsleitung unterworfenen Angestellten zu berufen.<sup>720</sup>
- 334** Ob die Vorstandsmitglieder das Mitverschulden **sonstiger Dritter** – zB sorgfaltswidrig handelnder externer Berater – nach §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB einwenden können, ist weder durch die Rspr. geklärt noch im Schrifttum diskutiert. Sind die Dritten nicht in die Unternehmensorganisation eingegliedert und keinen Weisungen des Vorstands unterworfen, kann der Mitverschuldenseinwand (anders als bei Arbeitnehmern → Rn. 333) nicht eindeutig mit einem Erst-recht-Schluss aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG zurückgewiesen werden. Das gilt jedenfalls, wenn die Dritten eine im Vergleich zu den Vorstandsmitgliedern überlegene Expertise besitzen. Allerdings ist zu bedenken, dass die Qualifikation als Erfüllungsgehilfe iSd § 278 BGB voraussetzt, dass die Person mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit tätig wird.<sup>721</sup> Die Gesellschaft kann indes keinen natürlichen Willen formen. Vielmehr ist der Vorstand Entscheidungs- und Handlungszentrum der AG.<sup>722</sup> Zudem beruht die schuldrechtliche Einstandspflicht des Schuldners für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen auf der Erwägung, dass die Hilfsperson eine Aufgabe übernimmt, die dem Schuldner im Außenverhältnis selbst

<sup>714</sup> BGH NZG 2008, 104 Rn. 3 (zur GmbH); BGH GmbHR 1983, 300 (301) (zur GmbH); *Fleischer* in BeckOGK, 1.2.2021, AktG § 93 Rn. 246; *Spindler* in MüKoAktG AktG § 93 Rn. 163.

<sup>715</sup> *Bayer/Scholz* GmbHR 2016, 841 (842).

<sup>716</sup> BGH GmbHR 1983, 300 (301) (zum GmbH-Aufsichtsrat); *Fleischer* in BeckOGK, 1.2.2021, AktG § 93 Rn. 246; *Spindler* in MüKoAktG AktG § 93 Rn. 163 f.

<sup>717</sup> BGH GmbHR 1983, 300 (301); *Fleischer* in BeckOGK, 1.2.2021, AktG § 93 Rn. 246.

<sup>718</sup> So aber *Groh*, Einstandspflichten und gestörte Gesamtschuld in der Vorstandshaftung, 2020, S. 125 ff.

<sup>719</sup> So bereits *Scholz* AG 2020, 840.

<sup>720</sup> *Bayer/Scholz* ZGR 2016, 619 (631 f.); s. auch *Spindler* in MüKoAktG AktG § 93 Rn. 163.

<sup>721</sup> BGH NJW 2017, 2608 Rn. 43.

<sup>722</sup> *Hüffer/Koch* AktG § 76 Rn. 2.