

Dr. Dieter Lehner<sup>1</sup>

## Organhaftung und Compliance

	Rn.
I. Einführung	1
II. Grundzüge der Compliance	3
1. Begriff der Compliance	3
2. Compliance-Verantwortung	4
3. Rechtsgrundlagen	6
4. Compliance-Ziel	8
5. Risikoanalyse	10
6. Organisations- und Überwachungspflichten	13
a) Compliance-Organisation	14
b) Delegation	15
c) Aufbau- und Ablauforganisation	20
d) Einrichtung von Kontrollstrukturen	22
e) Kontrolle der Tochtergesellschaften	26
f) Gesteigerte Überwachungspflicht	27
g) Strukturen in der Praxis	29
aa) „Tone from the top“	30
bb) Aufgabenzuweisung, Berichtswege	31
cc) Verhaltenskodex (Code of Conduct)	32
dd) Schulungen	34
ee) Hinweisgebersystem („Whistleblower-System“)	35
ff) Kontrolle, Aufklärung und Ahndung	36
gg) Richtlinien	36a
h) IDW PS 980	37
i) ISO 19600, weitere Standards	39
7. Dokumentation	40
III. Haftung des Vorstands	40a
1. Organhaftung	40a
a) Pflichtverletzung	42
aa) Grundsatz der Gesamtverantwortung	44
bb) Ressortverantwortung	46
cc) Ressortübergreifende Überwachungspflicht	50
dd) Unternehmerisches Ermessen („Business Judgement Rule“)	52
b) Verschulden	61
c) Schaden	63
d) Kausalität	64
e) Darlegungs- und Beweislast	65
f) Verjährung	68
g) Gesamtschuld	71
2. Weitere Anspruchsgrundlagen	73
a) Ansprüche der Gesellschaft	74
aa) Dienstvertrag	75
bb) Unerlaubte Handlung	76
b) Ansprüche der Gesellschafter oder Dritter	81
IV. Organhaftung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft	87

<sup>1</sup> Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht bei Zirngibl, München.

## I. Einführung

- 1 „**Compliance**“ ist zum **festen Bestandteil** des **deutschen Rechts** geworden. Verstöße gegen Compliance-Anforderungen dienen nicht selten als Anknüpfungspunkte für **Haftungen von Unternehmen und ihren Managern** (vgl. z.B. *LG München I* Urteil v. 10.12.2018 - 5 HK O 1387/10 = NZG 2014, 345 ff. – Siemens/Neubürger). Auch Aufsichtsorgane können in den Fokus geraten. Die Aktualität des Themas wird durch spektakuläre Fälle wie Wirecard, den VW-Dieselskandal oder die sog. Cum/Ex-Geschäfte belegt.

In den letzten Jahren hat die Zahl der Haftungsfälle erheblich zugenommen. Diese Zunahme geht auf die wachsende **Komplexität der unternehmerischen Tätigkeit und der rechtlichen Rahmenbedingungen** in einem sich wandelnden Umfeld zurück. Daraus resultiert eine deutlich gesteigerte Verantwortung des Managements. Verstärkt wird die Entwicklung durch die **höchstrichterliche Rechtsprechung**. Danach ist der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft bei Vorliegen von Anhaltspunkten verpflichtet, Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder zu prüfen und ggf. zu verfolgen, wenn nicht ausnahmsweise gewichtige Interessen entgegenstehen (*BGHZ* 135, 244 ff. – ARAG/Garmenbeck). Motiviert ist die Inanspruchnahme nicht zuletzt durch das Bestehen von **D & O-Versicherungen** (Directors and Officers-Versicherungen), durch die die Organe von Gesellschaften gegen Vermögensschäden, die durch schuldhaftige Pflichtverletzungen entstehen, abgesichert werden. Schließlich spielen die **Bußgeldtatbestände des § 30 OWiG und des § 130 OWiG** eine Rolle. Nach diesen Vorschriften können bei schuldhaften Aufsichtspflichtverletzungen **empfindliche Geldbußen** gegen Manager und auch gegen das Unternehmen festgesetzt werden.

- 2 Im Folgenden werden die Grundzüge der Compliance dargestellt und in das Haftungsregime der aktienrechtlichen und GmbH-rechtlichen Organhaftung eingefügt. Angesichts der zum Teil existenzvernichtenden Haftungsrisiken stellt sich die Frage nach dem **Umfang** und den **Grenzen** der **haftungsbegründenden Compliance-Verantwortung** der Geschäftsführung, also von Vorständen und Geschäftsführern, sowie des Aufsichtsrats. Die Darstellung gibt einen Überblick über die aktuelle Rechtslage.

## II. Grundzüge der Compliance

### 1. Begriff der Compliance

- 3 Compliance bedeutet die **Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen, regulatorischen Standards** und der weiteren anwendbaren **Regeln und Richtlinien** (vgl. zum Begriff I/B/P/Poppe 1. Kap. Rn. 2). Compliance steht damit für **regelkonformes Verhalten**. Compliance im Unternehmen umfasst aber auch die Vorkehrungen zur Sicherstellung rechtmäßigen Verhaltens sowie zur Risikofrüherkennung und Risikominimierung (vgl. Hauschka/*Hauschka/Moosmayer/Lösler* Compliance

§ 1 Rn. 8). Damit steht Compliance auch für **Organisationspflichten** und **präventive Kontrolle** (Hüffer/Koch § 76 Rn. 16a).

## 2. Compliance-Verantwortung

Die **Verantwortung** dafür, dass sich eine Gesellschaft bei ihren unternehmerischen Aktivitäten an das geltende Recht hält, liegt bei dem **Geschäftsführungsorgan**. So definiert etwa **der Grundsatz 5 Deutscher Corporate Governance Kodex** (DCGK): „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance)“. Damit bestätigt der Kodex, wenngleich er unmittelbar nur auf börsennotierte Aktiengesellschaften Anwendung findet, die geltende Rechtslage (vgl. Spindler/Stilz/*Fleischer* § 91 Rn. 52).

Wie die Compliance-Verantwortung allerdings umzusetzen ist, ist nicht allgemein verbindlich durch den Gesetzgeber festgelegt. Es gehört nämlich zu den Aufgaben der Geschäftsführung – nach einer entsprechenden Risikoanalyse – zu bestimmen, welche organisatorischen Maßnahmen getroffen werden, um regelkonformes Verhalten durch die Unternehmensangehörigen bestmöglich zu gewährleisten. Nicht jeder Regelverstoß im Unternehmen kann verhindert werden und führt zu einer Haftung der verantwortlichen Organe. Es geht vielmehr darum, **systematisches Fehlverhalten zu unterbinden**, ggf. **Anzeichen zu erkennen** und **Gegenmaßnahmen zu ergreifen** (vgl. *Moosmayer* § 1 Rn. 6).

## 3. Rechtsgrundlagen

Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, ist **allgemein anerkannt**, dass es eine **Rechtspflicht der Unternehmensleitung** gibt, durch **organisatorische Vorkehrungen** für **regelkonformes Verhalten** der Unternehmensangehörigen zu sorgen (Spindler/Stilz/*Fleischer* § 91 Rn. 47 m.w.N., vgl. aber Rn. 59). Die rechtsdogmatische Begründung für diese Pflicht ist noch nicht abschließend geklärt.

Die rechtliche Grundlage der Compliance wird zum Teil in den **Bestimmungen des Ordnungswidrigkeitenrechts** zur Haftung von im Unternehmen aufsichtspflichtigen Personen (§§ 130, 9 OWiG) und zur Haftung des Unternehmens selbst für zurechenbares Fehlverhalten seiner aufsichtspflichtigen Personen (§§ 30, 130, 9 OWiG) gesehen (*Moosmayer* § 2 Rn. 11). Zum Teil wird auch eine Analogie zu **spezialgesetzlichen Vorschriften** gezogen. Jedenfalls stellt die aus der **Leitungsverantwortung folgende Legalitätspflicht der Geschäftsführungsorgane** gem. §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG bzw. § 43 GmbHG eine wesentliche Rechtsgrundlage dar (Spindler/Stilz/*Fleischer* § 91 Rn. 50; I/B/P/*Rieder* 2. Kap. Rn. 3; MK-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 21)). Schließlich kann das geplante Verbandssanktionengesetz künftig eine Rolle spielen (vgl. *Habersack* NZG 2021, 48 ff.)

#### 4. Compliance-Ziel

- 8 **Ziel von Compliance** ist es, die **Einhaltung der Gesetze**, der weiteren anwendbaren Bestimmungen und der internen Richtlinien **sicherzustellen**, um damit **Haftungen** oder andere Nachteile für die Gesellschaft, ihre Organe und ihre Mitarbeiter **zu vermeiden** (vgl. Hauschka/*Hauschka/Moosmayer/Löscher* Compliance § 13 Rn. 21). In Betracht kommen hier zivilrechtliche Ansprüche, strafrechtliche Konsequenzen, Bußgelder und öffentlich-rechtliche Sanktionen, aber auch sonstige wirtschaftlich negative Folgen, etwa durch Reputationsschäden oder im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen.
- 9 Um das Ziel von Compliance zu erreichen, sind die **unternehmensspezifischen Risiken zu erfassen und zu organisieren**. Die Implementierung eines adäquaten **Compliance Management Systems (CMS)** ist damit der Ausgangspunkt einer wirksamen Compliance-Struktur innerhalb eines Unternehmens (zu den Grundelementen eines Compliance Management Systems Ruhmannseder/Behr/Krakov/*Ruhmannseder/Behr* 2. Kap. Rn. 73 ff.). Compliance Management System bezeichnet die **Gesamtheit** der im Unternehmen eingerichteten **Maßnahmen und Prozesse zur Sicherstellung der Regelkonformität**. Um Schwächen des Systems aufzudecken und neuen Anforderungen zu genügen, sind Maßnahmen zur **kontinuierlichen Überprüfung und Verbesserung** notwendig.

#### 5. Risikoanalyse

- 10 Die **Anforderungen** an Compliance in einem Unternehmen hängen von den Risiken, denen es ausgesetzt ist, ab. Die spezifischen Risiken sind dabei naturgemäß von Unternehmen zu Unternehmen unterschiedlich und hängen etwa von der ausgeübten Tätigkeit und der Unternehmensgröße ab. Daher ist zunächst eine individuelle, **unternehmensbezogene Risikoanalyse** notwendig. Die Geschäftsführung muss diejenigen Risikobereiche identifizieren, in denen wesentliche Gefahren für nicht regelgerechtes Verhalten bestehen (*I/B/P/Rieder* 2. Kap. Rn. 50). Risikobehaftete Bereiche können beispielsweise der Zahlungsverkehr, die Auftragsannahme und die Auftragsvergabe sein. Hier stellen sich Fragen nach Geldwäsche, Preisabsprachen oder Bestechung. Die Risikoanalyse beschränkt sich aber nicht auf diese allgemein bekannten Themen. Vielmehr können auch weniger herausgehobene Einheiten durch Fehlverhalten erhebliche Schäden verursachen. Dies beweisen etwa der Dieselskandal bei der Volkswagen AG und die Cum/Ex-Geschäfte, die eine Vielzahl von Banken getätigt haben.
- 11 Bei der Risikoanalyse sind auch die **Geschäftspraktiken der Geschäftspartner** eines Unternehmens nicht zu vernachlässigen. Fehlverhalten von Geschäftspartnern kann zu Haftungen führen, wenn die Gesellschaft die erforderlichen Prüfungshandlungen bei deren Auswahl und Bezahlung unterlassen hat (*Moosmayer* § 1 Rn. 3).
- 12 Compliance ist somit Teil des Risikomanagements. Eine allgemeine Pflicht, Risiken zu vermeiden, gibt es aber nicht.

## 6. Organisations- und Überwachungspflichten

Die **Organisation des Unternehmens** muss im **Einklang mit den identifizierten Risiken** stehen. Nach der Analyse der Risiken ist die bestehende Organisation daraufhin zu überprüfen, ob in den erkannten Risikobereichen Regelverstöße möglichst vermieden werden (I/B/P/Rieder 2. Kap. Rn. 51). Dabei sind die **Grundfunktionen der Compliance** abzudecken, nämlich **Prävention, Aufdeckung von Fehlverhalten** und die **Reaktion** hierauf (Moosmayer § 1 Rn. 4). 13

### a) Compliance-Organisation

Die Compliance-Organisation kann unterschiedlich ausgestaltet werden. Dabei gibt es keine zwingenden Vorgaben. Allerdings lassen sich zwei Grundmodelle unterscheiden: Die Compliance-Aufgaben können den **einzelnen Fachabteilungen** innerhalb der Unternehmensorganisation zugeordnet und jeweils **Compliance-Verantwortliche** bestimmt werden. Möglich ist aber auch eine **eigenständige Compliance-Organisation**, die in die Unternehmensstrukturen eingebettet ist (I/B/P/Hülsberg/Laue 3. Kap. Rn. 8 ff.). Regelmäßig wird zumindest in größeren Unternehmen ein Compliance-Beauftragter benannt, vielfach als „Chief Compliance Officer“ bezeichnet. 14

### b) Delegation

Besteht das Geschäftsführungsorgan aus mehreren Personen, sind diese gemeinschaftlich zur Geschäftsführung verpflichtet. Selbstverständlich kann sich jedoch nicht jedes Mitglied der Geschäftsführung um sämtliche Aufgaben im Unternehmen selbst kümmern. 15

Zulässig ist es daher, Aufgabenbereiche an **einzelne Mitglieder der Geschäftsführung zu delegieren**, sog. **horizontale Delegation** (vgl. Bürgers/Körber/Lieder/Bürgers § 77 Rn. 15). Dies gilt **auch für die Compliance-Verantwortung**. Durch die horizontale Delegation reduziert sich das Haftungsrisiko der übrigen Mitglieder der Geschäftsführung, wenngleich es bei einer **Kontroll- und Aufsichtspflicht** des Gesamorgans zwingend verbleibt (vgl. Hauschka/Schmidt-Husson Compliance § 6 Rn. 12). Die **Übertragung** von Verantwortung auf ein bestimmtes Mitglied der Geschäftsführung erfolgt im Rahmen der **Geschäftsverteilung**, etwa durch die Geschäftsordnung für die Geschäftsführung. 16

Soweit Aufgaben nicht ausnahmsweise explizit dem Geschäftsführungsorgan zwingend zugewiesen sind, können diese Aufgaben auf hierarchisch nachgeordnete Personen übertragen werden (Hauschka/Schmidt-Husson Compliance § 6 Rn. 8 m.w.N.). Bei der **vertikalen Delegation** von Aufgaben an nachgeordnete Mitarbeiter sind funktionsfähige **Kontrollstrukturen** einzurichten, um ein Fehlverhalten der Mitarbeiter im Vorfeld zu verhindern sowie ggf. aufzudecken und abzustellen, sogenannte **Überwachungspflicht** (Spindler/Stilz/Fleischer § 93 Rn. 100 ff. m.w.N.). Diese Überwachungspflicht umfasst die **ordnungsgemäße Auswahl, Einweisung** 17

**und Kontrolle** der Mitarbeiter. Weiterhin muss gewährleistet sein, dass die notwendigen **Informationen** an die Geschäftsführung gelangen.

- 18 Zulässig ist schließlich die **Delegation an externe Dritte** (Hauschka/Schmidt-Husson Compliance § 6 Rn. 9). Für die Organisations- und Überwachungspflichten gelten dabei die gleichen Grundsätze wie bei der vertikalen Delegation.
- 19 Die **Überwachungspflicht** trifft **jedes Mitglied des Geschäftsführungsorgans** ab **Beginn seiner Tätigkeit** für die Gesellschaft. Bei der Übertragung von bestimmten Aufgaben auf einzelne Mitglieder der Geschäftsführung trägt das **jeweilige Organmitglied** ab Inkrafttreten der **Geschäftsverteilung** die volle **Handlungsverantwortung** für das ihm zugewiesene Ressort (*Fleischer* § 8 Rn. 9 m.w.N.). Ab diesem Zeitpunkt ist das Organmitglied verpflichtet, in seinem Zuständigkeitsbereich für die Einrichtung funktionsfähiger Strukturen zu sorgen.

#### c) Aufbau- und Ablauforganisation

- 20 Die Geschäftsführung ist verpflichtet, für eine **geeignete Aufbau- und Ablauforganisation** zu sorgen (Spindler/Stilz/*Fleischer* § 93 Rn. 56). Die Einrichtung einer solchen Organisation setzt die **Bestimmung der Zuständigkeiten** der Mitarbeiter und die **Festlegung der Geschäfts- bzw. Prozessabläufe** einschließlich der notwendigen Kontrollen voraus. Die Geeignetheit der Aufbau- und Ablauforganisation ist zu überwachen und **regelmäßig neu zu bewerten**. An neue Gegebenheiten ist die Organisation anzupassen, etwaige Unzulänglichkeiten sind zu beseitigen (Spindler/Stilz/*Fleischer* § 93 Rn. 101 ff.).
- 21 Die Geschäftsführung hat durch geeignete organisatorische Maßnahmen dafür zu sorgen, dass die Mitarbeiter auf jeder Hierarchieebene in ihre **Verantwortlichkeit eingewiesen** und ihnen die **übertragenen Aufgaben erläutert** werden (Spindler/Stilz/*Fleischer* § 93 Rn. 103 m.w.N.). Die **Einweisung und Erläuterung** muss nicht durch die Geschäftsführung erfolgen, sondern **kann delegiert werden**.

#### d) Einrichtung von Kontrollstrukturen

- 22 **Art und Umfang der Kontrolle** der Mitarbeiter hängen von der Bedeutung der übertragenen **Aufgabe** und der **Person** ab, die die übertragene Aufgabe wahrnimmt (Spindler/Stilz/*Fleischer* § 93 Rn. 104 ff. m.w.N.). Die Angemessenheit und Funktionsfähigkeit der Kontrolle ist auf der Grundlage der identifizierten Risiken zu beurteilen.
- 23 Die Funktionsfähigkeit einer in den Prozess **integrierten Kontrolle** (prozessabhängige oder prozessimmanente Kontrolle) ist durch eine **prozessunabhängige Stelle**, z.B. die interne Revision, sicherzustellen (prozessunabhängige Kontrolle).
- 24 Nicht ausreichend ist die einmalige Einrichtung funktionsfähiger Kontrollstrukturen. Vielmehr besteht die Verpflichtung, die **Geeignetheit der Kontrollstrukturen** kontinuierlich zu **überwachen, anzupassen und fortzuentwickeln**.

Unabhängig von der Einrichtung eines Kontrollsystems besteht die Notwendigkeit für einen **reibungslosen Informationsfluss** zu sorgen und Informationsquellen zu schaffen, die es der Geschäftsführung erlauben, möglichst zuverlässig, früh und unmittelbar von Missständen zu erfahren (vgl. *OLG Düsseldorf CCZ 2010*, 117, 118 ff.). Aufgrund ihrer Prozesseinbindung erlangen oftmals die Mitarbeiter der unteren Hierarchieebenen als Erste Kenntnis von etwaigen Missständen oder Fehlverhalten. Ein Informationssystem ist daher erforderlich, um im Notfall erforderliche Maßnahmen zeitnah ergreifen zu können (vgl. *Krieger/Schneider/Vetter § 18 Rn. 68 m.w.N.*).

#### e) Kontrolle der Tochtergesellschaften

Die Pflicht zur Leitung der Gesellschaft umfasst auch die **Steuerung und Überwachung** von in- und ausländischen **Beteiligungsgesellschaften**. Die Geschäftsführung hat die Geschäftstätigkeiten der Tochtergesellschaften zu steuern und die Tochtergesellschaften in die Organisation zur Vermeidung von Rechtsverstößen einzubeziehen (vgl. *MK-AktG/Spindler § 76 Rn. 46 ff.*). Die **Möglichkeiten zur Einflussnahme** und die sich für die Geschäftsführung ergebenden Pflichten sind hier nicht einheitlich. Sie hängen maßgeblich von dem **jeweiligen Rechtsregime**, das für die Tochtergesellschaft gilt, ab.

#### f) Gesteigerte Überwachungspflicht

Bei **greifbaren Anhaltspunkten** für Regelverstöße ist die Geschäftsführung verpflichtet, umfassende **Prüfungen vorzunehmen**, erkennbare **Misstände abzustellen** und **Vorkehrungen gegen weitere Regelverstöße** zu treffen. Nicht jedes außergewöhnliche Geschäft führt allerdings zu einer Prüfungspflicht der Geschäftsführung. Vielmehr müssen sich die Anhaltspunkte gerade auf mögliche Regelverstöße beziehen. Anderenfalls führte dies zu einer Art Erfolgshaftung der Geschäftsführung, für rechtmäßiges Verhalten der Mitarbeiter zu sorgen.

Eine Prüfungspflicht entsteht aber auch dann, wenn die **organisatorischen Abläufe** geändert werden. Dies gilt namentlich für diejenigen Bereiche, in denen unternehmensspezifische Risiken bestehen. Diese gesteigerte Pflicht folgt aus der Notwendigkeit, die Geeignetheit der Organisation kontinuierlich zu beobachten und weiter zu entwickeln.

#### g) Strukturen in der Praxis

In der Compliance-Praxis haben sich gewisse Üblichkeiten zur Umsetzung der Compliance-Verantwortung etabliert. Bei der Implementierung ist in der Praxis darauf zu achten, dass die jeweils anwendbaren gesetzlichen Regelungen berücksichtigt, z.B. arbeitsrechtliche oder datenschutzrechtliche Anforderungen erfüllt werden.

**aa) „Tone from the top“**

- 30** Die **Effektivität** und der **Erfolg** der Compliance hängen davon ab, dass die **Geschäftsleitung** sich klar und eindeutig **zu rechtskonformem Verhalten im Geschäftsverkehr bekennt**. Sie muss unmissverständlich deutlich machen, dass rechtswidriges Handeln im Unternehmen nicht geduldet und auf solche Geschäfte verzichtet wird, die nur durch Rechtsbruch zustande kommen. Erforderlich ist eine **dauerhafte und nachhaltige** Ansprache der Mitarbeiter, die von der Unternehmensführung glaubhaft vorgelebt wird (I/B/P/Inderst/Steiner 3. Kap. Rn. 2 ff.). Die Geschäftsleitung muss also mit gutem Beispiel vorangehen.

**bb) Aufgabenzuweisung, Berichtswege**

- 31** Die Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten müssen klar geregelt sein und sich eindeutig und nachvollziehbar aus der **Aufbau- und Ablauforganisation** ergeben. Wichtig sind **klare Zuständigkeiten, Berichtswege, Arbeitsabläufe und Zustimmungsanforderungen**. Die wesentlichen Bestandteile der Organisation sollten schriftlich niedergelegt werden (vgl. I/B/P/Rieder 2. Kap. Rn. 54).

**cc) Verhaltenskodex (Code of Conduct)**

- 32** In einem **Code of Conduct** werden möglichst übersichtlich und **allgemein verständlich Regelungen und Verhaltensanforderungen an Compliance** zusammengefasst. Der Code of Conduct hat unternehmensweite Gültigkeit und wird von der Geschäftsführung in Kraft gesetzt (*Moosmayer* § 4 Rn. 155). Die Anforderungen an den Inhalt hängen vom jeweiligen Unternehmen und seinem Risikoprofil ab. Üblicherweise enthält der Code of Conduct Aussagen zumindest zu folgenden Komplexen:

- Schutz vor Diskriminierung,
- Datenschutz,
- Wettbewerbs- und Kartellrecht,
- Beachtung der Menschenrechte,
- Bestechlichkeit,
- Verhalten gegenüber Amtsträgern,
- Ausschluss von Interessenskonflikten,
- Geschenke und Einladungen,
- Einhaltung von Umweltstandards.

- 33** Die vorstehende Aufzählung ist naturgemäß nicht abschließend (s. zum Inhalt des Code of Conduct etwa Bay/Hastenrath/Borowa Kap. 5 Rn. 84).

**dd) Schulungen**

- 34** Compliance-Themen betreffen teilweise **komplexe rechtliche Fragestellungen**. Die Effektivität der Compliance erfordert daher eine **professionelle Schulung** der Mitarbeiter, damit die im Unternehmen zu beachtenden Regeln von den Mit-



arbeitern nachvollzogen und korrekt angewendet werden können (I/B/P/Inderst/Steiner 3. Kap. Rn. 74 ff.). Dabei müssen selbstverständlich nicht alle Mitarbeiter in allen Bereichen, die im Unternehmen risikobehaftet sind, geschult werden. Wesentlich ist, dass die einzelnen Mitarbeiter spezifisch zu den von ihnen verantworteten Themen Schulungen erhalten. Dies kann durch Präsenzs Schulungen ebenso wie durch E-Learning Tools erfolgen. Der Lernerfolg sollte nachgehalten werden.

#### ee) Hinweisgebersystem („Whistleblower-System“)

Durch geeignete **Hinweisgebersysteme** wird Mitarbeitern, aber auch Dritten, die Möglichkeit gegeben, **Compliance-Verstöße zu melden** (Ruhmannseder/Behr/Krakow/Ruhmannseder/Behr 1. Kap. Rn. 9). Damit ein derartiges System funktioniert, ist auf **Vertraulichkeit und Anonymität** zu achten. Ein derartiges „Whistleblower-System“ kann beispielsweise ein interner oder externer Ombudsmann oder eine Telefonhotline sein. Das Hinweisgebersystem dient dazu, dass die Geschäftsleitung **Informationen über Compliance-Verstöße** tatsächlich erhält, ohne dass der Hinweisgeber Nachteile zu befürchten hat. Ende 2019 hat die EU eine Richtlinie zum Schutz von Whistleblowern verabschiedet (EU-Richtlinie 2019/1937), mit Frist zur Umsetzung in nationales Recht bis zum 16.12.2021. 35

#### ff) Kontrolle, Aufklärung und Ahndung

Die **Einhaltung der Compliance-Anforderungen** ist durch **geeignete Kontrollen** sicherzustellen. Dazu dienen neben den in der jeweiligen organisatorischen Einheit etablierten Kontrollmechanismen (prozessabhängige Kontrolle) auch von der jeweiligen Einheit unabhängige Kontrollen (prozessunabhängige Kontrolle), z.B. durch die interne Revision. Ein adäquates Mittel für Kontrollen sind **unangekündigte Stichproben** durch einen Compliance-Verantwortlichen. Darüber hinaus bedarf es regelmäßig formeller, **systematischer Prüfungen** der Risikobereiche im Unternehmen (**Compliance Audit**), in deren Mittelpunkt häufig die Befragung der Mitarbeiter steht. Soweit sich greifbare Anhaltspunkte für Rechtsverstöße ergeben, ist sicherzustellen, dass die Geschäftsleitung von diesen Anhaltspunkten Kenntnis erlangt. Den Anhaltspunkten für Rechtsverstöße ist durch die Geschäftsführung nachzugehen, aufgedeckte Missstände sind abzustellen. 36

#### gg) Richtlinien

Stehen die risikobehafteten Bereiche eines Unternehmens fest, empfehlen sich **Richtlinien** und Vorgaben zur Steuerung der identifizierten Risiken. Die Richtlinien enthalten abstrakte Regelungen für den Umgang mit Risikosituationen. Die Geschäftsleitung hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass der einzelne Mitarbeiter die Richtlinien in der konkreten Situation richtig versteht und umsetzen kann (Ruhmannseder/Behr/Krakow/Ruhmannseder/Behr 2. Kap. Rn. 34 ff.), etwa durch Schulungen. 36a

**h) IDW PS 980**

- 37** Das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW) hat den Prüfungsstandard „**Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance Management Systemen (IDW PS 980)**“ verabschiedet. Zwar richtet sich dieser Standard an die Wirtschaftsprüfer und bestimmt den Inhalt der Prüfung von Compliance Management Systemen. Aus dem IDW PS 980 lassen sich aber Anforderungen an eine „Good Practice“ für Compliance ableiten (vgl. I/B/P/Inderst/Steiner 3. Kap. Rn. 104 ff.).
- 38** Der IDW PS 980 stellt einen Standard für eine betriebswirtschaftlich konzipierte Systemprüfung zur Verfügung, kann aber auftretende Rechtsrisiken kaum sachkundig beurteilen und situationsbedingte Organpflichten nicht erfassen (*Fleischer NZG 2014, 321, 325*). **Ein positives Prüfungsurteil kann daher Haftungsrisiken für Organe reduzieren** (I/B/P/Inderst/Steiner 3. Kap. Rn. 134), **führt aber nicht generell zur Enthftung** (*Fleischer NZG 2014, 321, 325 m.w.N.*).

**i) ISO 19600, weitere Standards**

- 39** Wie bereits ausgeführt, ist die Rechtskonformität im Unternehmen das zentrale Element von Compliance Management Systemen. Die internationale Organisation für Normung (ISO) hat die **ISO-Norm 19600 „Compliance Management Systems Guideline“** erarbeitet. Diese Norm beinhaltet internationale Maßstäbe für Compliance Management Systeme. Sie soll bei dem **Nachweis regelkonformen Verhaltens in behördlichen Ermittlungs- oder zivilrechtlichen Haftungsverfahren** helfen. Eine generelle Enthftung kann aber aus den unter vorstehend Rn. 38 f. genannten Gründen nicht erreicht werden.
- 39a** Daneben existieren weitere nationale und internationale Standards (vgl. z.B. Ruhmannseder/Behr/Krakow *Ruhmannseder/Behr* 2. Kap. Rn. 48 ff.).
- 39b** Von wachsender Bedeutung für die Unternehmensführung sind Kriterien, die unter dem Begriff **„Environmental Social Governance“** (ESG) zusammengefasst sind. Dabei handelt es sich um Standards für die Beachtung und Bewertung der unternehmerischen Verantwortung vor allem unter ökologischen und gesellschaftlichen Gesichtspunkten auf freiwilliger Basis. Für kapitalmarktorientierte Unternehmen sowie Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Versicherungsunternehmen besteht die Verpflichtung, Erklärungen, mit dem Ziel, dem Markt Informationen über ökologische und soziale Aspekte der Unternehmenstätigkeit bereitzustellen, abzugeben. Die im Jahr 2014 verabschiedet der EU-CSR (**Corporate Social Responsibility**, EU-Richtlinie 2014/95/EU) wurde durch das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz in nationales Recht umgesetzt. Die EU-Kommission hat im April 2021 einen Vorschlag zur Änderung der aktuellen Richtlinie vorgelegt und will mit der Corporate Sustainability Reporting Directive die bestehende Pflicht zur Nachhaltigkeitsberichterstattung erweitern. Spezielle Anforderungen an die Compliance-Verantwortung der Geschäftsführung ergeben sich aus der Environmental Social Governance nicht.

## 7. Dokumentation

Die Erfüllung der dargestellten Anforderungen an die Risikoanalyse und die Erfüllung der Organisations- und Überwachungspflichten sollte sorgfältig dokumentiert werden (*Freund NZG 2015, 1419, 1424*). Die Dokumentation ist erforderlich, um den **Beweis** des pflichtgemäßen Verhaltens führen zu können, sofern Compliance-Verstöße Gegenstand eines zivilrechtlichen **Haftungsprozesses** oder eines **behördlichen Ermittlungsverfahrens** sind. 40

## III. Haftung des Vorstands

### 1. Organhaftung

Für die Organhaftung von Vorständen einer Aktiengesellschaft und von GmbH-Geschäftsführern gelten ähnliche Grundsätze. 40a

Vorstandsmitglieder, die schuldhaft ihre **Pflicht verletzen**, sind der Gesellschaft gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG zum **Ersatz des der Gesellschaft daraus entstehenden Schadens** verpflichtet. Dies gilt auch für Verstöße gegen Compliance-Pflichten. Die Regelung ist **zwingendes Recht** und kann nicht durch die Satzung oder den Anstellungsvertrag abbedungen oder abgeschwächt werden (*Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 2*). 41

Eine § 93 Abs. 2 S. 1 AktG entsprechende Regelung enthält § 43 Abs. 2 GmbHG für GmbH-Geschäftsführer. 41a

#### a) Pflichtverletzung

Die Vorstandsmitglieder leiten gem. § 76 Abs. 1 AktG die Geschäfte der Gesellschaft in eigener Verantwortung. Dabei haben sie nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG die **Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters** anzuwenden. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ist nach herrschender Meinung sowohl **Verhaltenspflicht**, als auch **Verschuldensmaßstab**. Nach § 43 Abs. 1 treffen GmbH-Geschäftsführer die gleichen Sorgfaltspflichten. 42

Zu den **wesentlichen Pflichten von Vorständen und Geschäftsführern** gehört es, **sich selbst** im Rahmen ihrer Amtsführung **gesetzestreu** zu verhalten (statt aller *Bürgers/Körper/Lieder/Bürgers/Israel § 93 Rn. 7; Freund NZG 2021, 579, 579 m.w.N.*). Daneben besteht die Pflicht, **regelkonformes Verhalten** von Organen, Mitarbeitern und Konzernunternehmen durch Organisation und Kontrolle sicherzustellen (vgl. *I/B/P/Rieder 2. Kap. Rn. 4*). Compliance ist also Teil der **Sorgfalts- und Legalitätspflicht der Geschäftsführungsorgane**. 43

#### aa) Grundsatz der Gesamtverantwortung

Grundsätzlich sind sämtliche Mitglieder der Geschäftsführung für die sorgfaltsgerechte Führung der Geschäfte der Gesellschaft nach dem sogenannten **Grundsatz der Gesamtverantwortung** gemeinsam verantwortlich. Einzelnen Mitglie- 44

dem können aber **bestimmte Aufgabenbereiche** zur eigenverantwortlichen Leitung **übertragen** werden. Besteht eine solche **Aufgabenverteilung**, führt dies zu einer **Zweiteilung der Aufgaben** der Geschäftsführung in eine **unmittelbar verwaltende** und in eine **beaufsichtigende** Tätigkeit (Spindler/Stilz/*Fleischer* § 77 Rn. 47 m.w.N.; MK-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 112).

- 45 Diese allgemeinen Grundsätze zur Gesamtverantwortung und die **Möglichkeit der Geschäftsverteilung** gelten auch für die Pflicht, durch geeignete organisatorische Maßnahmen Rechtsverstöße zu vermeiden, aufzudecken und zu ahnden. Dem **Gesamtvorstand** obliegt insoweit die **oberste Organisations- und Koordinationsverantwortung**, so dass es für die grundlegenden Ausgestaltungsfragen trotz Geschäftsverteilung bei der Gesamtverantwortung der Geschäftsführung verbleibt (KölnKomm-AktG/*Mertens/Cahn* § 91 Rn. 36). Im Übrigen kann die Organisations- und Überwachungspflicht sowohl Gegenstand der Geschäftsverteilung als auch der Delegation auf nachgeordnete Mitarbeiter sein.

#### bb) Ressortverantwortung

- 46 Jedes Mitglied des Geschäftsführungsorgans ist für die sorgfaltsgerechte Geschäftsführung in dem ihm zugewiesenen Zuständigkeitsbereich verantwortlich. Im Rahmen dieser **Ressortverantwortung** trifft das Mitglied auch die Pflicht, durch geeignete organisatorische Maßnahmen für rechtmäßiges Verhalten der Mitarbeiter in seinem Ressort zu sorgen.
- 47 Das Mitglied des Geschäftsführungsorgans muss daher die ihm berichtspflichtigen Mitarbeiter laufend überwachen. **Soweit es greifbare Anhaltspunkte für Gesetzesverletzungen** bzw. Unregelmäßigkeiten hat, ist es verpflichtet, Untersuchungen einzuleiten und ggf. geeignete Vorkehrungen gegen weitere Verstöße zu treffen (Spindler/Stilz/*Fleischer* § 93 Rn. 107 m.w.N.). Zudem ist die Geeignetheit der Organisation kontinuierlich zu beobachten und bei Veranlassung hierzu zu überprüfen und anzupassen. Das Vorstandsmitglied bzw. Mitglied der GmbH-Geschäftsführung hat in geeigneter Form sicherzustellen und zu überwachen, dass die Mitarbeiter in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich die von ihm getroffenen Anweisungen beachten. Die Überwachungsaufgabe kann auf unmittelbar **berichtspflichtige Führungskräfte delegiert** werden.
- 48 Über Maßnahmen von **besonderer Bedeutung** für die Gesellschaft darf das ressortverantwortliche Vorstandsmitglied bzw. Mitglied der GmbH-Geschäftsführung nicht alleine entscheiden. Wegen des Grundsatzes der Gesamtverantwortung ist für solche Entscheidungen der **Gesamtvorstand zuständig** (MK-AktG/*Spindler* § 77 Rn. 60 m.w.N.).
- 49 Das **ressortverantwortliche Mitglied des Geschäftsführungsorgans** ist verpflichtet, seine Geschäftsführung an etwaigen **Entscheidungen des Gesamtremiums** auszurichten bzw. dessen Entscheidungen in seinem Zuständigkeitsbereich umzusetzen (MK-AktG/*Spindler* § 77 Rn. 33).

### cc) Ressortübergreifende Überwachungspflicht

Die **Ressortverantwortung** des zuständigen Vorstandsmitglieds beseitigt die **Verantwortung der übrigen Vorstandsmitglieder** nicht. Soweit einem Vorstandsmitglied ein bestimmter Aufgabenbereich zugewiesen wurde, tragen die übrigen Vorstandsmitglieder zwar nicht mehr die volle Verantwortung für diesen Aufgabenbereich. Mit der Geschäftsverteilung soll nämlich die Verantwortlichkeit für ein bestimmtes Ressort gerade auf das jeweils ressortverantwortliche Vorstandsmitglied delegiert werden. Dies gilt auch und gerade für die Organisations- und Überwachungspflicht. Jedes Vorstandsmitglied ist aber verpflichtet, die ordnungsgemäße Leitung der übrigen Ressorts zu überwachen (Spindler/Stilz/*Fleischer* § 77 Rn. 49 ff.). Art und Umfang dieser Überwachungspflicht sind einzelfallabhängig. Dabei gilt der Grundsatz, dass jedes Vorstandsmitglied darauf vertrauen kann, dass die übrigen Vorstandsmitglieder sich in ihrem Pflichtenkreis ordnungsgemäß verhalten, **sog. Vertrauensgrundsatz** (vgl. MK-AktG/*Spindler* § 77 Rn. 58 m.w.N.). Anderenfalls hätte die regelmäßig auf fachlichen Gründen beruhende Ressortbildung und Geschäftsverteilung keinen Sinn.

Das aufsichtspflichtige Vorstandsmitglied muss andere Ressorts daher **nicht generell beaufsichtigen**, es genügt eine kritische Begleitung der Geschäftsführung im Sinne einer Plausibilitätskontrolle. Soweit das Vorstandsmitglied **greifbare Anhaltspunkte** dafür hat, dass die Geschäfte in einem anderen Ressort nicht ordnungsgemäß geführt werden, sind die Missstände aufzuklären und ggf. dem Gesamtvorstand zur Kenntnis zu bringen (vgl. MK-AktG/*Spindler* § 77 Rn. 59). Die Überwachungspflicht ist umso intensiver, (1) je mehr Auffälligkeiten und Unregelmäßigkeiten in dem betroffenen Ressort in der Vergangenheit aufgetreten sind, (2) je kürzer das Vorstandsmitglied die ihm zugewiesene Aufgabe wahrnimmt oder (3) je bedeutender die Angelegenheit für das Unternehmen ist (Spindler/Stilz/*Fleischer* § 77 Rn. 51 ff.).

Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für GmbH-Geschäftsführer (vgl. MK-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 248). **51a**

### dd) Unternehmerisches Ermessen („Business Judgement Rule“)

Gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verstößt ein Vorstandsmitglied nicht gegen seine Sorgfaltspflicht, wenn es bei einer **unternehmerischen Entscheidung annehmen durfte**, auf der Grundlage **angemessener Information** zum **Wohl der Gesellschaft** zu handeln („**Business Judgement Rule**“). Bei § 93 Abs. 1 S. 2 AktG handelt es sich um eine unwiderlegbare Vermutung objektiv pflichtgemäßen Verhaltens (Hüffer/*Koch* § 93 Rn. 14 m.w.N.). **52**

Dem Vorstand steht ein **weiter Beurteilungsspielraum** zu, der grundsätzlich nur sehr eingeschränkt der **richterlichen Prüfung zugänglich** ist (vgl. *Kocher* CCZ 2009, 215, 216). Die Prüfung beschränkt sich auf die Einhaltung der normativen Vorgaben sowie der Grundregeln ordnungsgemäßer Unternehmensführung. Die Frage der Zweckmäßigkeit einer Geschäftsführungsmaßnahme betrifft hingegen **53**

den nicht überprüfbareren Ermessensspielraum des Vorstands (*OLG Naumburg NZG 2001, 136* [zur GmbH]). Ob ein objektiv evidenten Fehlverhalten der Organmitglieder vorlag oder sich eine Entscheidungsalternative offensichtlich aufdrängte, ist stets **ex ante** zu beurteilen. (Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer-Coceani § 93 Rn. 10 ff.). Maßgeblich ist also allein der **Zeitpunkt, in dem das Vorstandsmitglied seine Entscheidung getroffen bzw. Handlung ausgeführt hat** (*BGH NJW 2009, 850, 852*). Selbst wenn es in der Folge wider Erwarten zu einem Schaden kommt, obwohl ein solcher aus der allein maßgeblichen ex ante-Perspektive nicht vorhersehbar war, ändert dies nichts an der fehlenden Pflichtverletzung (*BGH NJW 2009, 850, 852*). Der Schluss von einem Schaden auf eine Pflichtverletzung **ex post ist unzulässig**. In der Praxis ist allerdings zu beobachten, dass die Business Judgement Rule vor allem auf Grund der Schärfe der gesetzlichen Regelung und der höchstrichterlichen Rechtsprechung keinen ausreichenden Schutz für die Vorstände darstellt (*Freund NZG, 2021, 579, 580 ff.*).

- 54** Die Business Judgement Rule setzte voraus (vgl. zu den Voraussetzungen der Business Judgement Rule z.B. Hüffer/Koch § 93 Rn. 15 ff. m.w.N.), dass
- es sich um eine unternehmerische Entscheidung handelt,
  - der Vorstand auf der Basis angemessener Information entscheidet,
  - der Vorstand vernünftigerweise annehmen kann, zum Wohl der Gesellschaft zu handeln und
  - der Vorstand frei von Interessenkonflikten und ohne Eingehung existenzgefährdender Risiken handelt.
- 55** Eine Sorgfaltspflichtverletzung ist nur dann gegeben, wenn – bei angemessener Informationsgrundlage – das mit einer unternehmerischen Entscheidung verbundene Risiko vom Vorstand in unverantwortlich falscher Weise beurteilt wurde (Hüffer/Koch § 93 Rn. 23). Es muss ein Leitungsfehler vorliegen, der auch für einen Außenstehenden derart evident ist, dass sich das Vorliegen eines Fehlers aufdrängt (*MK-AktG/Spindler § 93 Rn. 65*).
- 56** Die Business Judgement Rule findet allerdings auf **rechtlich gebundene Entscheidungen** keine Anwendung. Eine Einschränkung der Pflicht zu rechtskonformem Verhalten lässt sich aus der Business Judgement Rule daher nicht ableiten (vgl. Bürgers/Körber/Lieder/Bürgers/Israel § 93 Rn. 11). Daher sind auch Pflichtverletzungen, die für die Gesellschaft (vermeintlich) **nützlich** sind, Pflichtverletzungen (statt aller KölnKomm-AktG/Mertens § 93 Rn. 34). Der Vorstand darf daher die Entscheidung über rechtmäßiges Verhalten nicht von einer Kosten-Nutzen-Analyse abhängig machen (*I/B/P/Rieder 2. Kap. Rn. 4 m.w.N.*).
- 57** Während die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben eine Pflicht des Vorstands darstellt, ändert sich diese Einschätzung nach der herrschenden Literaturmeinung bei Vertragsverletzungen. Hier kann es der Vorstand nach sorgfältiger Abwägung der Risiken und Chancen für das Unternehmen auch auf einen Schadenersatz ankommen lassen (*MK-AktG/Spindler § 93 Rn. 102 m.w.N.*).

Gegenstand einer unternehmerischen Entscheidung kann sowohl ein **positives Tun** als auch ein **Unterlassen** sein. Besteht ausnahmsweise die Verpflichtung zu einem bestimmten Tun oder einem bestimmten Unterlassen, liegt keine unternehmerische Entscheidung vor. Das Vorstandsmitglied kann sich dann nicht auf unternehmerisches Ermessen berufen (*Fleischer ZIP 2004, 685 ff. m.w.N.*). 58

Für die Verpflichtung des Vorstands, **Maßnahmen zur Vermeidung von Rechtsverstößen** im Unternehmen zu ergreifen, ist nach wohl überwiegender Meinung in der Literatur zu unterscheiden: Die Pflicht des Vorstands für eine ordnungsgemäße Unternehmensorganisation zu sorgen, d.h. **das „Ob“ beinhaltet keine unternehmerische Entscheidung** (*LG München I NZG 2014, 345, 348; a.A. Hauschka/Hauschka/Moosmayer/Lösler § 1 Rn. 30 f.*). Die Art und Weise der Pflichterfüllung, d.h. **das „Wie“ stellt eine unternehmerische Entscheidung dar**, auf die die Business Judgement Rule anwendbar ist, sogenanntes Organisationsermessen (*Spindler/Stilz/Fleischer § 91 Rn. 53; Meier-Grewe BB 2009, 2555, 2556*). **Unterlässt es die Geschäftsführung vollständig, grundlegende Organisationsstrukturen** einzurichten, liegt bereits darin nach der hier vertretenen Auffassung eine Pflichtverletzung. Bei der Frage, ob eine **funktionsfähige Struktur** einzurichten ist, handelt es sich um eine aus der Legalitätspflicht folgende, **gebundene Entscheidung**. Ein Organisationsermessen besteht insoweit nicht. 59

Die Ordnungsmäßigkeit der Organisation hat jedenfalls für die von dem Vorstand zu treffenden einzelnen unternehmerischen Entscheidungen nicht zu unterschätzende Auswirkungen. Denn gerade **klare Berichtswegen** und **funktionsfähige Kontrollstrukturen** im Rahmen der Organisation führen dazu, dass unternehmerische Entscheidungen des Vorstands auf **angemessener Informationsgrundlage** getroffen werden. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG erfordert eine sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung muss der Vorstand in der konkreten Entscheidungssituation **alle verfügbaren Informationsquellen** tatsächlicher und rechtlicher Art ausschöpfen und auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsmöglichkeiten abwägen und den erkennbaren Risiken Rechnung tragen (*BGH NJW 2008, 3361, 3362; zurückhaltender BGH NJW-RR 2009, 332*). Eine vollständige Informationsgrundlage zu fordern, ist nach der wohl überwiegenden Ansicht im Schrifttum allerdings zu weitgehend (*Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer-Coceani § 93 Rn. 13 m.w.N.*). Vielmehr geht es um eine angemessene Informationsgrundlage, die angesichts der konkreten Entscheidungssituation, insbesondere der Eilbedürftigkeit und der Tragweite der Entscheidung, angemessen erscheint. Damit ist dem Vorstand auch bei der Informationsgewinnung ein **Beurteilungsspielraum** zuzubilligen (*Henssler/Strohn/Dauner-Lieb § 93 Rn. 22*). Nach der neueren strafrechtlichen Rechtsprechung des BGH muss die Beurteilung im Zeitpunkt der Entscheidung aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsführers vertretbar erscheinen (*BGH NZG, 2017, 116, 117 – HSH Nordbank*). Fehlt allerdings ein funktionsfähiges Berichtswesen oder Kontrollsystem, trifft der Vorstand seine Entscheidungen oftmals nicht auf der Basis angemessener Information. Er kann sich bei seinen Entscheidungen dann nicht auf die Business Judgement Rule berufen (vgl. *Lorenz ZRFG 2006*, 60

5, 9; I/B/P/Poppe 1. Kap. Rn. 28). Damit spielt die Organisation eine wesentliche Rolle auch bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von getroffenen unternehmerischen Entscheidungen des Vorstands. Verfügt eine Gesellschaft über ein funktionierendes Compliance Management-System, können Sanktionen oder Nachteile aus Gesetzesverstößen vermieden oder reduziert werden (Schulz/Block CCZ 2020, 49, 49).

- 60a** Die Grundsätze der Business Judgement Rule gelten für GmbH-Geschäftsführer entsprechend (MK-GmbHG/Fleischer § 43 Rn. 66).

### **b) Verschulden**

- 61** Die Verpflichtung zum Schadensersatz setzt Verschulden voraus. Der **Verschuldensmaßstab** ergibt sich typisiert aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG (MK-GmbHG/Fleischer § 43 Rn. 255). Danach muss ein Mitglied des Geschäftsführungsorgans für diejenigen **Kenntnisse und Fähigkeiten** einstehen, welche die ihm anvertrauten **Aufgaben objektiv erfordern. Einfache Fahrlässigkeit** genügt. Allerdings dürften im Anwendungsbereich der Business Judgement Rule objektiv unvertretbare und daher pflichtwidrige Entscheidungen, die auf einfacher Fahrlässigkeit beruhen, allenfalls Ausnahmefälle sein.
- 62** Ein Mitglied des Geschäftsführungsorgans hat nur für **eigenes Verschulden** einzustehen. Es haftet nicht für das Verschulden seiner Kollegen oder von Mitarbeitern. Im Innenverhältnis kann das Vorstandsmitglied bzw. der GmbH-Geschäftsführer der Gesellschaft ein **Mitverschulden anderer Vorstandsmitglieder bzw. GmbH-Geschäftsführer nicht entgehalten** (zum Verschulden Spindler/Stilz/Fleischer § 93 Rn. 205 ff. m.w.N.).

### **c) Schaden**

- 63** Die Haftung setzt weiter voraus, dass der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist. Maßgebend ist der **Schadensbegriff der §§ 249 ff. BGB** (vgl. Hüffer/Koch § 93 Rn. 47). Schaden ist demnach jede Verminderung des Gesellschaftsvermögens. Verglichen wird das vorhandene Vermögen der Gesellschaft mit jenem, das die Gesellschaft ohne das schädigende Ereignis gehabt hätte (BGH WM 2013, 456, 458).

### **d) Kausalität**

- 64** Die Haftung setzt schließlich voraus, dass der eingetretene Schaden auf die Pflichtverletzung des Geschäftsführungsorgans kausal zurückzuführen ist. Die Kausalität richtet sich nach den allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen (MK-AktG/Spindler § 93 Rn. 196; s. zur Kausalität Palandt/Grüneberg Vorb. § 249 Rn. 24 ff.).



### e) Darlegungs- und Beweislast

Nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG trägt der **Vorstand** die **Beweislast** dafür, dass er die **Sorgfalt** eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet hat. Daraus wird nach ganz herrschender Meinung gefolgert, dass ein **Vorstandsmitglied** in einem gegen ihn geführten **Schadensersatzprozess** **fehlendes Verschulden und fehlende Pflichtwidrigkeit** sowie **ggf. rechtmäßiges Alternativverhalten darlegen und beweisen** muss (BGH WM 2013, 456, 458; LG München I NZG 2014, 345, 347; Hüffer/Koch § 93 Rn. 53). Die **Gesellschaft** braucht daher **nur darzulegen und ggf. zu beweisen**, dass (1) das Verhalten des Vorstandsmitglieds sich als **möglicherweise pflichtwidrig** darstellt, (2) den Eintritt und die Höhe des entstandenen **Schadens** und (3) die **Kausalität** zwischen Vorstandshandeln und Schaden (Spindler/Stilz/Fleischer § 93 Rn. 215a m.w.N.; vgl. auch LG München I NZG 2014, 345, 347). Der Gesellschaft wird der Sachvortrag zum **Schaden gem. § 287 ZPO zudem erleichtert**. Danach genügt es, dass die Gesellschaft Tatsachen vorträgt und ggf. unter Beweis stellt, die für eine Schadensschätzung hinreichende Anhaltspunkte bieten (Fleischer NZG 2014, 321, 326 m.w.N.). Vergleichbare **Erleichterungen gelten auch für die Kausalität** (Fleischer NZG 2014, 321 327 f. m.w.N.).

In der Praxis beschränkt sich die klagende Gesellschaft unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vielfach darauf, ein Handeln des Vorstands ohne konkrete Darlegung einer Pflichtverletzung sowie den eingetretenen Schaden vorzutragen und unter Beweis zu stellen. Dem beklagten Vorstand wird es dann häufig überlassen, zu interpretieren, welche Pflichtverletzung ihm vorgeworfen wird. Dies erscheint nicht sachgerecht. Damit der **Vorstand sich exkulpieren** kann, muss auch die sich aus einem **Vorstandshandeln oder -unterlassen ergebende Pflichtverletzung dargelegt** werden. Nur so kann der Vorstand sich exkulpieren. Nichts anderes ergibt sich aus § 93 Abs. 2 S. 2 AktG. Dort ist nämlich nur die Beweislast geregelt. Die Darlegungslast für pflichtwidriges Verhalten sollte nach den allgemeinen Grundsätzen die den Anspruch stellende Gesellschaft tragen.

Die dargestellten Regeln für die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast gelten auch für **ausgeschiedene Vorstände** (Hüffer/Koch § 93 Rn. 56; kritisch Foerster ZHR 2012, 221, 225 ff.; s. Bürgers/Körber/Lieder/Bürgers § 93 Rn. 29). Da ausgeschiedene Vorstandsmitglieder allerdings keinen Zugriff mehr auf die Unterlagen der Gesellschaft haben, befinden sie sich in Beweisschwierigkeiten. Ihnen steht daher ein **Anspruch auf Einsicht in die Schriften und Unterlagen der Gesellschaft** zu, die sie zur Verteidigung benötigen (MK-AktG/Spindler § 93 Rn. 212 m.w.N.; zum Auskunftsanspruch des D & O-Versicherers Ruchatz, AG 2015, 1, 6 ff.). In der Praxis bereitet es häufig Schwierigkeiten, von der Gesellschaft die relevanten Unterlagen zu erhalten. Oft liegen die Vorgänge nämlich länger zurück, sodass der betroffene Vorstand die für seine Verteidigung notwendigen Unterlagen aus der Erinnerung nicht mehr genau bezeichnen kann.

- 67a Die dargestellten Grundsätze gelten im GmbH-Recht entsprechend (MK-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 270 ff. m.w.N.).

#### f) Verjährung

- 68 Nach § 93 Abs. 6 AktG verjähren Ansprüche der Gesellschaft gegen Vorstände aus § 93 AktG, soweit die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung börsennotiert ist, in **zehn Jahren**, bei anderen Gesellschaften in **fünf Jahren**. Bei GmbH-Geschäftsführern beträgt die Verjährungsfrist nach § 43 Abs. 4 GmbHG fünf Jahre. Maßgeblich für den Beginn der Verjährung ist **§ 200 BGB**, somit die **Entstehung des Anspruchs** (MK-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 325; s. zur Anspruchsentstehung Palandt/*Ellenberger* § 199 Rn. 3 ff., 14 ff.). Die Verjährung richtet sich also **nicht nach § 199 BGB**, so dass es insbesondere **nicht auf die Kenntnis oder die grob fahrlässige Unkenntnis** der anspruchsbegründenden Umstände ankommt. Außerdem ist die Verjährung **taggenau zu berechnen** und beginnt nicht wie bei § 199 BGB mit dem Schluss des betreffenden Jahres. Eine Sonderregelung enthält § 52a KWG. Danach gilt bei Kreditinstituten eine 10-jährige Verjährungsfrist.
- 69 Liegt die Pflichtverletzung eines Mitglieds der Geschäftsführung in einem Unterlassen, beginnt nach der im Vordringen befindlichen Meinung die Verjährung im Falle der Nachholbarkeit der unterlassenen Handlung erst dann, wenn die Nachholbarkeit endet (*LG München I* Urteil vom 10.12.2013 - 5 HK O 1387/10 m.w.N.). Danach beginnt die Verjährung im Falle des Unterlassens nicht bereits dann, wenn die pflichtgemäße Handlung hätte erfolgen müssen. Dies gilt namentlich für das Unterlassen der Implementierung eines effizienten Compliance-Systems (*LG München I* Urteil vom 10.12.2013 - 5 HK O 1387/10 m.w.N.).
- 70 Schadensersatzansprüche, die nach **anderen Vorschriften** begründet sind, **verjähren selbstständig** nach den für diese Vorschriften geltenden Regelungen (MK-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 329 ff.).

#### g) Gesamtschuld

- 71 **Mehrere Vorstandsmitglieder**, die ihre Pflichten schuldhaft verletzen und dadurch einen Schaden verursachen, haften als **Gesamtschuldner** (Hüffer/*Koch* § 93 Rn. 57). Nach § 421 BGB können Schadensersatzansprüche daher gegen jedes einzelne Vorstandsmitglied in voller Höhe geltend gemacht werden. Der **Innenausgleich** zwischen den Vorstandsmitgliedern richtet sich nach § 426 BGB. Gem. § 426 Abs. 1 BGB steht jedem gesamtschuldnerisch haftenden Vorstandsmitglied gegen die übrigen gesamtschuldnerisch haftenden Vorstandsmitglieder ein **eigener, selbstständiger Ausgleichsanspruch** zu. Daneben besteht eine **cessio legis** (Legalzession) nach § 426 Abs. 2 BGB.
- 72 Zu **beachten** ist, dass der **eigene Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB** bereits mit der **Begründung der Gesamtschuld** entsteht und nicht erst mit Befriedigung des Gläubigers (Palandt/*Grüneberg* § 426 Rn. 4). Der Ausgleichsanspruch

unterliegt der regelmäßigen **Verjährung nach § 199 BGB**. In der Praxis ist daher darauf zu achten, dass der Innenausgleichsanspruch nicht verjährt. Die **cessio legis** nach § 426 Abs. 2 BGB kann nämlich dann **ins Leere laufen**, wenn die Gesellschaft ihrerseits den Anspruch gegen andere gesamtschuldnerisch haftende Vorstandsmitglieder verjähren lässt.

Die gesamtschuldnerische Haftung gilt gem. § 43 Abs. 2 GmbHG auch für **72a**  
GmbH-Geschäftsführer.

## 2. Weitere Anspruchsgrundlagen

Neben der Organhaftung gem. § 93 AktG kommen weitere Anspruchsgrundlagen **73**  
für Ansprüche der Gesellschaft gegen die Geschäftsführungsorgane in Betracht. Außerdem können auch Ansprüche von Aktionären bzw. Gesellschaftern oder Dritten bestehen (s. zu den Anspruchsgrundlagen etwa Spindler/Stilz/*Fleischer* § 93 Rn. 309 ff.). Diese Ansprüche können grundsätzlich auch bei schuldhaften Verstößen von Vorstandsmitgliedern gegen Compliance-Pflichten geltend gemacht werden, soweit die weiteren Voraussetzungen der jeweiligen haftungsbegründenden Norm erfüllt sind.

### a) Ansprüche der Gesellschaft

§ 93 AktG regelt das Verhältnis zwischen der Gesellschaft und den Vorstandsmitgliedern nicht abschließend (vgl. *Bürgers/Körber/Lieder/Bürgers* § 93 Rn. 17). Gleiches gilt für § 43 GmbHG, sodass die nachfolgenden Ausführungen entsprechend für GmbH-Geschäftsführer gelten. Daneben sind auch vertragliche und gesetzliche Schadensersatzansprüche zu prüfen. **74**

#### aa) Dienstvertrag

Die Pflicht des Vorstands bzw. des GmbH-Geschäftsführers, die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten und dabei die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden, entsteht unmittelbar durch die Bestellung (*Spindler/Stilz/Fleischer* § 84 Rn. 75). Damit resultiert die Compliance-Verantwortung direkt aus der Organstellung. Die Haftung gem. § 280 BGB in Verbindung mit ihrem **Anstellungsvertrag** geht daher in der Haftung nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG auf und hat gegenüber dieser Vorschrift **keine gesonderte Bedeutung**. **75**

#### bb) Unerlaubte Handlung

Neben der Organhaftung nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG kommen auch Ansprüche **76**  
aus § 823 ff. BGB in Betracht. Erfüllt das schuldhaft pflichtwidrige Verhalten eines Vorstandsmitglieds bzw. eines GmbH-Geschäftsführers zugleich den Tatbestand einer **unerlaubten Handlung**, steht dieser Anspruch neben der Organhaftung (*KölnKomm-AktG/Mertens/Cahn* § 93 Rn. 195).

- 78 Bei schuldhaften Pflichtverletzungen können Ansprüche der Gesellschaft aus § 823 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 BGB und § 826 BGB bestehen, soweit der jeweilige Verstoß den Tatbestand der betreffenden Norm erfüllt.
- 79 Auch bei einem Verstoß gegen die Organisations- und Überwachungspflicht sind Ansprüche aus unerlaubter Handlung denkbar. Wird ein absolut geschütztes Recht oder Rechtsgut der Gesellschaft verletzt und handelt der Vorstand bzw. GmbH-Geschäftsführer außerhalb des ihm eingeräumten Organisationsermessens, ist er unter den weiteren Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB scheidet hingegen aus, soweit sich nicht ausnahmsweise etwas Anderes aus Spezialgesetzen ergibt. Insbesondere stellt **§ 130 OWiG kein Schutzgesetz** i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB dar (Palandt/*Sprau* § 823 Rn. 68 m.w.N.). Auch bei **§ 93 AktG und § 43 GmbHG** handelt es sich um **keine Schutzgesetze**. Reine **Vermögensschäden** der Gesellschaft werden daher allenfalls in den engen Grenzen des § 826 BGB bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung oder soweit ein Spezialgesetz ausnahmsweise ein Schutzgesetz darstellt, erfasst.
- 80 Die Anwendbarkeit der §§ 823 ff. BGB neben § 93 Abs. 2 S. 1 AktG ist vor allem für die Frage der **Verjährung** von Ansprüchen von Bedeutung, weil auf unerlaubte Handlungen die Regelverjährung nach § 199 BGB Anwendung findet (Köln-Komm-AktG/*Mertens/Cahn* § 93 Rn. 195) und der Verjährungsbeginn – anders als bei der Organhaftung nach § 93 AktG – daher kenntnisabhängig ist.

#### b) Ansprüche der Gesellschafter oder Dritter

- 81 Die in § 93 Abs. 2 AktG und § 43 Abs. 2 GmbHG geregelte Innenhaftung führt zu einer Haftung der Geschäftsführung gegenüber der Gesellschaft und **schließt damit zumindest für den Regelfall die Organhaftung gegenüber Aktionären oder Dritten aus** (Hüffer/*Koch* § 93 Rn. 60). Die Mitglieder des Geschäftsführungsorgans trifft in erster Linie eine **interne Organisationspflicht**, deren schuldhaftige Verletzung grundsätzlich nicht zu einer Haftung im Außenverhältnis führt (Hüffer/*Koch* § 93 Rn. 66 m.w.N.). Die Einzelheiten sind noch nicht abschließend geklärt. Von Bedeutung für die Außenhaftung sind bei Compliance-Verstößen jedenfalls Ansprüche aus unerlaubter Handlung.
- 83 Bei schuldhaften Pflichtverletzungen können Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB bestehen (vgl. MK-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 337). Dies hat zum Beispiel Bedeutung gegenüber Aktionären im Bereich des Kapitalmarktrechts. Haben etwa unrichtige ad-hoc-Mitteilungen den Anlass zum Aktienerwerb gegeben, kann dies zu einem Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB führen (Hüffer/*Koch* § 93 Rn. 62).
- 84 Führt ein Verstoß gegen die **Organisations- und Überwachungspflichten** zu einer Verletzung eines **absolut geschützten Rechts oder Rechtsguts** eines Gesellschafters oder eines gesellschaftsfremden Dritten i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB kommt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Anspruch des Geschädigten auf

Schadensersatz in Betracht (BGHZ 109, 297, 203 ff.). Zu weitgehend ist es aber, allein aus der Stellung des Geschäftsführungsorgans, dass notwendigerweise die Pflichten der Gesellschaft nach außen wahrnimmt, abzuleiten, dass das Geschäftsführungsorgan eine generelle Verkehrssicherungspflicht gegenüber Gesellschaftern oder Dritten unmittelbar trifft (MK-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 357). Zu weitgehend ist es erst recht, wenn die Verletzung allgemeiner vertraglicher Schutz- und Loyalitätspflichten der Gesellschaft gegenüber einem Vertragspartner als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und damit als deliktische Handlung angesehen wird (MK-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 357; a.A. BGHZ 166 84, 114 ff. – Kirch/Deutsche Bank, Breuer). Bei der Organisations- und Überwachungspflicht handelt es sich um eine Pflicht gegenüber der Gesellschaft. Verstöße gegen diese Pflicht führen, wie dargestellt, zu Ansprüchen der Gesellschaft gegen das Vorstandsmitglied aus § 93 AktG bzw. gegen den GmbH-Geschäftsführer nach § 43 GmbHG und ausnahmsweise aus §§ 823 ff. BGB. Derartige Verstöße begründen jedoch keinen unmittelbaren Anspruch eines Aktionärs oder eines Dritten gegen das Organmitglied, weil eine aus der Compliance-Verantwortung resultierende Verkehrssicherungspflicht gegenüber Aktionären oder Dritten nicht besteht (MK-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 357). Die Pflicht aus der Organstellung zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung, zu der auch die Pflicht gehört, für die Rechtmäßigkeit des Handelns der Gesellschaft Sorge zu tragen, besteht grundsätzlich nur dieser gegenüber und lässt bei ihrer Verletzung Schadensersatzansprüche grundsätzlich nur der Gesellschaft entstehen (BGH NJW 2012, 3439). Etwas anderes kann auch bei Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts oder Rechts i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB nicht gelten.

Grundsätzlich führt die Verletzung von Organisations- und Überwachungspflichten auch zu keinem Schadenersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB. Wie bereits ausgeführt (oben Rn. 79 ff.) stellen § 93 AktG und § 43 GmbHG kein Schutzgesetz dar. Gleiches gilt für § 130 OWiG (Hüffer/*Koch* § 93 Rn. 61, 65). Organisationspflichtverletzungen können jedoch dann zu Schadenersatzansprüchen nach § 823 Abs. 2 BGB führen, wenn die Pflicht nicht durch Delegation oder interne Aufgabenverteilung übertragbar ist (MK-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 365). Dies gilt etwa für die Nichtabführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung. Hier ist § 266a StGB als Schutzgesetz anzusehen (BGH NJW 2005, 2546). Außerdem können Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Spezialgesetzen bestehen (s. zu den Spezialgesetzen etwa MK-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 359 ff.).

85

Ein Anspruch aus § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung aufgrund von schuldhaften Verstößen gegen Organisations- und Überwachungspflichten ohne Hinzutreten weiterer Umstände, die ein vorsätzliches, sittenwidriges Handeln begründen, scheidet aus den vorstehend zu § 823 Abs. 1 BGB genannten Gründen aus.

86

#### IV. Organhaftung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft

- 87 Wie unter vorstehend Rn. 42 f. dargelegt, trifft den Vorstand die Compliance-Verantwortung. Der **Aufsichtsrat** wiederum hat die **Wahrnehmung der Compliance-Verantwortung** durch den Vorstand zu **überwachen**. Durch die Vorgaben des Aktienrechts ist der Aufsichtsrat in seinen Einwirkungsmöglichkeiten eingeschränkt, so dass ihm auch in Bezug auf Compliance ein Initiativ- oder Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand nicht zusteht (*Habersack AG 2014, 1,3*).
- 88 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft bei **Vorliegen von Anhaltspunkten** verpflichtet, **Ansprüche der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder zu prüfen** und – soweit nicht gewichtige Interessen im Einzelfall entgegenstehen – diese Ansprüche **geltend zu machen und durchzusetzen** (*BGHZ 135, 244 ff. – ARAG/Garmenbeck*). Anderenfalls kann sich der Aufsichtsrat seinerseits schadensersatzpflichtig machen. Diese Grundsätze gelten auch, wenn der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist, der auf einer schuldhaften Verletzung von Compliance-Pflichten des Vorstands beruht.
- 89 Die höchstrichterliche Rechtsprechung führt zu einer gestaffelten Prüfung der Vorstandshaftung:
- Auf der ersten Prüfungsstufe hat der Aufsichtsrat zu klären, ob der Vorstand schuldhaft pflichtwidrig gehandelt hat und dadurch der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist. Dazu hat der Aufsichtsrat den maßgeblichen Sachverhalt aufzuklären. Er muss also feststellen, welcher Schaden der Gesellschaft entstanden ist, ob Maßnahmen oder Versäumnisse des Vorstands für diesen Schaden ursächlich sind und ob eine schuldhafte Pflichtverletzung des Vorstands vorliegt (*Goette S. 155, 156 f.*).
- 90 Auf der zweiten Prüfungsstufe ist sodann zu klären, ob der Geltendmachung von Ansprüchen gewichtige Belange der Gesellschaft entgegenstehen (*Goette S. 153, 160*). Ausweislich der Gründe der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung (*BGHZ 135, 244 ff., 245 f.*) kommt eine Nichtgeltendmachung nur dann in Betracht, wenn die Gesellschaftsinteressen, die für eine Nichtverfolgung von Schadensersatzansprüchen sprechen, überwiegen oder zumindest den Gesichtspunkten, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, annähernd gleichwertig sind. Von Bedeutung sind dabei etwa negative Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit und das Ansehen der Gesellschaft in der Öffentlichkeit, die Behinderung der Vorstandsarbeit und die Beeinträchtigung des Betriebsklimas. Andere Gesichtspunkte wie die Schonung eines verdienten Vorstandsmitglieds sind nicht relevant. Nur in engen Grenzen wird dem Aufsichtsrat ein Beurteilungsspielraum eingeräumt, nachdem die gegeneinander abzuwägenden Interessen festgestellt worden sind (*BGHZ 135, 244, 256*).
- 91 Die Grundsätze der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung haben in der Literatur von Anfang an ein geteiltes Echo gefunden. Zum Teil wird der höchstrichterlichen

Rechtsprechung grundsätzlich folgend ein der gerichtlichen Überprüfung entzogener Ermessens- oder Beurteilungsspielraum des Aufsichtsrats abgelehnt (Hüffer/Koch § 111 Rn. 15). Daneben wird vertreten, dass auf die Aufsichtsratsentscheidung die Grundsätze der Business Judgement Rule (s. oben Rn. 52 ff.) Anwendung finden (Paefgen AG 2014 554, 571 ff.). Nach vermittelnder Auffassung soll es zumindest einen begrenzten Ermessens- oder Beurteilungsspielraum des Aufsichtsrats geben (MK- AktG/Habersack § 111 Rn. 44).

Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung ergibt sich ein Regel-Ausnahmeverhältnis, wonach Ansprüche der Gesellschaft gegen den Vorstand grundsätzlich zu verfolgen sind. In der Praxis ist bei Compliance-Verstößen der Aufsichtsrat allerdings häufig damit konfrontiert, dass sich das Bestehen von Ansprüchen nicht zweifelsfrei aufklären lässt, zumal der Aufsichtsrat nicht über die Möglichkeiten eines staatlichen Richters oder der Staatsanwaltschaft zur Sachverhaltsermittlung verfügt. Außerdem ist das Unternehmenswohl in den Vordergrund zu stellen. Aufgabe des Aufsichtsrats ist es nämlich, die Interessen der Gesellschaft zu wahren. Im Ergebnis sollte dem Aufsichtsrat daher ein größerer Beurteilungsspielraum, der der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist, eingeräumt werden. In diese Richtung geht auch die neuere Entwicklung in der Literatur. Soweit ein Vergleich oder ein Anspruchsverzicht mit Zustimmung der Hauptversammlung gem. § 93 Abs. 4 S. 3 AktG erfolgt, soll der Aufsichtsrat nicht an die „ARAG/Garmenbeck“-Grundsätze gebunden sein (Bayer/Scholz ZIP 2015, 149, 151 f.). Vielmehr soll ein weiter Beurteilungsspielraum des Aufsichtsrats bestehen. Zur Begründung dieser Auffassung wird nicht zuletzt die Entscheidung des BGH im Zusammenhang mit der Erstattung von Bußgeldern durch die Gesellschaft herangezogen. Danach steht das Vermögen der Gesellschaft wirtschaftlich nicht dem Aufsichtsrat, sondern den Aktionären zu. Die Aktionäre sind befugt, auch eine Selbstschädigung zu beschließen (BGH NZG 2014 1058 Rn. 20). Die „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung betraf eine Fallkonstellation, in der der Aufsichtsrat ohne Beteiligung der Hauptversammlung beschlossen hatte, Ansprüche nicht zu verfolgen.

92

**Weiterführende Literatur:** Bayer/Scholz Die Pflichten von Aufsichtsrat und Hauptversammlung beim Vergleich über Haftungsansprüche gegen Vorstandsmitglieder, ZIP 2015, 149; Bürgers/Körber/Lieder Aktiengesetz, 5. Aufl. 2020; Fleischer „Business Judgement Rule“, Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685; ders. Handbuch des Vorstandsrechts, 2006; ders. Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, 321; Foerster Beweislastverteilung und Einsichtsrecht bei Inanspruchnahme ausgeschiedener Organmitglieder, ZHR 2012, 221; Freund NZG 2021, 579; Götte „Zur ARAG/Garmenbeck-Doktrin“, Gedächtnisschrift M. Winter, 2011; Inderst/Bannenberg/Poppe Compliance, 3. Aufl. 2017; Habersack Grund und Grenzen der Compliance-Verantwortung des Aufsichtsrats der AG, AG 2014, 1; Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 20; Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2 Teil 1, 3. Aufl. 2009; Kocher Zur Reichweite der Business Judgement Rule, CCZ 2009, 215; Lorenz Rechtliche Grundlagen des Risikomanagements, ZRFG 2006, 5; Ruhmannseder/Behr/Krakow Hinweisgebersysteme, 2. Aufl. 2021.