

Reform der Organhaftung?

Erwartungen an den 70. Deutschen Juristentag

ZHR 178 (2014) 221–226

Der 70. Deutsche Juristentag (DJT) wird am 17. und 18. 9. 2014 in der Abteilung Wirtschaftsrecht über die Reform der Organhaftung diskutieren. Bereits vor Erscheinen des von Prof. Dr. Gregor Bachmann, Freie Universität Berlin, erstellten Gutachtens¹ ist das Interesse sehr hoch.² Dabei ist ein bemerkenswerter Richtungswechsel zu beobachten. Bis vor zwei Jahren dominierte unter dem Eindruck der Finanzmarktkrise, einzelner prominenter Compliance-Fälle und der Vergütungsdiskussion der Ruf nach einer Verschärfung bzw. einer konsequenteren Verfolgung von Schadensersatzansprüchen. Auch der Gesetzgeber konzentrierte sich, abgesehen von der kodifizierten *Business Judgment Rule*, mit Erleichterungen bei der Aktionärsklage, der Einführung eines Selbstbehalts bei der D&O-Versicherung, der Verdoppelung der Verjährungsfrist bei börsennotierten Gesellschaften und der Einführung von Strafbarkeitsbestimmungen im KWG und VAG auf eine Verschärfung der Verantwortlichkeit und ihrer Durchsetzung.

Jetzt greift zunehmend eine nüchterne Betrachtung der wesentlichen Haftungsaspekte Platz. Drei Themen fallen dabei ins Auge: Zum einen wird klarer zwischen dem Haftungsregime und der prozessualen Durchsetzung unterschieden, gleichzeitig aber dem Zusammenhang zwischen der materiellen und prozessualen Seite mehr Aufmerksamkeit geschenkt. Dabei wird einhellig ein Missverhältnis zwischen der strengen Haftung und einer unzureichenden Durchsetzung konstatiert. So votierte bereits der letzte Juristentag sehr deutlich, dass eine Reform der Aktionärsklage nur im Zusammenhang mit einer grundsätzlichen Überprüfung der materiellen Haftung erfolgen sollte. Zweitens wird viel offener als früher ausgesprochen, dass die Organtätigkeit insbesondere in großen Unternehmen mit einer besonderen Schadensgeneigtheit verbunden ist und die daraus resultierenden existenzbedrohenden Haftungsrisiken für leichte Fehler unzumutbar sind.³ In der Folge werden nicht nur Vorschläge zur effektiveren Haftungsdurchsetzung gemacht, sondern auch zur

1 Bachmann, Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, in: Verhandlungen des 70. DJT, Bd. I, 2014.

2 Vgl. Habersack, ZHR 177 (2013) 782 ff.; Hopt, ZIP 2013, 1793 ff.; Reichert, ZHR 177 (2013) 756 ff.; Spindler, AG 2013, 889 ff.; Wagner, ZHR 178 (2014) 227 ff. – in diesem Heft.

3 Koch, AG 2012, 429 ff.; Hemeling, in: Verhandlungen des 69. DJT, Bd. II 1, N38.

Begrenzung der materiellen Haftungsrisiken. Drittens wird die von der gesellschaftsrechtlichen Wissenschaft ungeliebte D&O-Versicherung etwas intensiver in Augenschein genommen; bisher scheint aber weder eine Durchdringung noch eine klare Einordnung in das Haftungssystem zu gelingen.

Der Gutachter konnte für seine Arbeit bereits auf zahlreiche Vorschläge zurückgreifen. Für die bereits früher kritisierte Beweislastverteilung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG zu Lasten der Organmitglieder wird in der aktuelleren Diskussion eine teleologische Reduktion auf amtierende Organmitglieder versucht⁴ bzw. *de lege ferenda* eine entsprechende Begrenzung angeregt.⁵ Zunehmend werden auch Lösungsansätze für satzungsmäßige oder gesetzliche, betragsmäßige oder verschuldensabhängige Haftungsbegrenzungen ins Spiel gebracht.⁶ Konkreter sind die Verbesserungsvorschläge auf der Durchsetzungsseite etwa zum Quorum bei der Sonderprüfung nach § 142 AktG und bei der Aktionärsklage nach § 148 AktG.⁷ Es gibt aber auch deutlich weiterreichende Ideen, wie die Einschaltung der Prüfstelle für Rechnungslegung⁸ oder die Einführung einer Erfolgsbeteiligung für den klagenden Aktionär.⁹

Im jetzt vorliegenden Gutachten hat *Bachmann* die zahlreichen Ansätze aufgenommen, ausgewogen bewertet und zahlreiche Anregungen u.a. für eine satzungsmäßige Haftungsbegrenzung, die Beweislastumkehr und insbesondere zur Modifizierung der §§ 142, 147, 148 AktG gegeben. Daneben gebührt dem Gutachter der Verdienst, dem aktuellen rechtstatsächlichen Sachstand nachzugehen, der nahelegt, dass die Regressverfolgung zugenommen hat. Positiv ist schließlich zu vermerken, dass das Gutachten auch wirtschaftliche Zusammenhänge der Organhaftung berücksichtigt. In den letzten Jahren ist etwas aus dem Blickfeld geraten, dass der Maßstab für die Verantwortung der Unternehmensführung nicht allein nach Gesichtspunkten der Prävention und Kompensation zu beurteilen ist, sondern auch danach, ob das Haftungsregime als Teil des Ordnungsrahmens für private Kapitalgesellschaften auch mit Blick auf einen verlässlichen Spielraum für unternehmerische Entwicklung und Risikopraxis angemessen ist.

4 Förster, ZHR 176 (2012) 221, 230 ff.

5 Habersack, ZHR 177 (2013) 805 f.

6 Vgl. Übersicht bei Habersack, ZHR 177 (2013) 801 ff.; neuere Vorschläge bei Wagner, ZHR 178 (2014) 227 ff. – in diesem Heft, der für die Haftungsbegrenzung an die Deckungssumme der D&O-Versicherung anknüpfen möchte; Spindler, AG 2013, 894 ff., der sich für die Möglichkeit einer satzungsmäßigen Begrenzung auf grobe Fahrlässigkeit ausspricht.

7 Auf dem letzten Juristentag fiel dabei die Ablehnung eines gänzlichen Verzichts auf das Quorum des § 148 Abs. 1 S. 1 AktG (14 : 51 : 15) deutlicher aus als das Votum gegen eine Entschärfung der materiellen Zulassungsvoraussetzungen (28 : 34 : 16).

8 Peltzer, FS U.H. Schneider, 2011, S. 953, 964 ff. und ders., FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 861, 868 ff.

9 Wagner, ZHR 178 (2014) 227, 270 f., in diesem Heft.

Angesichts der vielfältigen Überlegungen wird es nun für den 70. DJT darauf ankommen, Schwerpunkte zu bilden und zumindest eine grobe Linie für ein schlüssiges Reformkonzept zu finden. Folgenden Themenstellungen sollte dabei Priorität eingeräumt werden:

1. Insbesondere der Gesetzgeber wird hinterfragen, ob überhaupt weiterer Reformbedarf bei der Organhaftung besteht. Schließlich werden offenkundig vermehrt Ersatzansprüche geprüft und geltend gemacht und eine weitere Zunahme von Verfahren erscheint nicht unrealistisch. Gleichwohl ist die Frage mit einem klaren Ja zu beantworten. Es mag sein, dass der Reformdruck bei der Durchsetzbarkeit von Regressforderungen etwas geringer geworden ist. Dafür tritt aber das Übermaß an Verantwortlichkeit deutlicher zu Tage. Diese wird durch zunehmende Organisationsanforderungen an die Unternehmensleiter faktisch weiter verschärft. Während früher jedermann von einer weitreichenden Organisationsfreiheit ausging, haben sich im Legalitätsbereich die Anforderungen so verdichtet, dass die entsprechenden Sorgfaltspflichten praktisch zu einer Gefährdungs- oder Erfolgshaftung führen. In der Rückschau wird aus einem über den Einzelfall hinausgehenden Gesetzesverstoß ohne weiteres auf eine unzureichende Compliance-Organisation und eine entsprechende Verletzung der nicht delegierbaren Organisationspflicht geschlossen. Auf diese Weise steigt auch das direkte und über den Regressweg indirekte Bußgeldrisiko, das vor dem Hintergrund der teilweise dynamischen Erhöhung der Bußgeldrahmen und der unklaren Grenze einer Versicherbarkeit und Erstattungsfähigkeit zu einer spürbaren persönlichen Verunsicherung führt. Daher gehört auch die Geltung der *Business Judgment Rule* für Organisationsanforderungen auf die Tagesordnung.

2. Einen Schwerpunkt der Verhandlungen wird sicherlich die Vermeidung unverhältnismäßiger Haftungsrisiken darstellen. Hierzu gibt es zwei grundsätzlich unterschiedliche Lösungsansätze, über die man sich vor der Behandlung von Detailvorschlägen klar werden muss. Aus der *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung des BGH¹⁰ lässt sich das Konzept der Einzelfallbeurteilung ableiten. So wie das Urteil Ausnahmen von der Verfolgungspflicht im Fall eines überwiegenden Unternehmensinteresses, aber unter weiteren Voraussetzungen auch bei besonderen Härten für das betroffene Vorstandsmitglied zulässt, könnte man dem Aufsichtsrat generell überlassen, unter Berücksichtigung der Gesamtumstände, insbesondere der Schwere der Pflichtverletzung, der Schadenshöhe und der Leistungsfähigkeit, eine Regressforderung nur in angemessener Höhe, d.h. teilweise geltend zu machen, wenn ein voller Regress unzumutbar erscheint. Versuche, dieses Ergebnis unmittelbar aus dem *ARAG/Garmenbeck*-Urteil herzuleiten¹¹ oder sich dafür auf Fürsorgepflichten der Gesellschaft zu berufen,¹² bieten aber noch keine praxistaugliche Lö-

10 BGH v. 21. 4. 1997, II ZR 175/95, BGHZ 135,244.

11 In diese Richtung *Habersack*, ZHR 177 (2013) 801 f.

12 Z.B. *Reichert*, ZHR 177 (2013) 776 ff.

sung. Die grundsätzliche Verfolgungspflicht und der Zustimmungsvorbehalt der Hauptversammlung für Verzichts- und Vergleichslösungen lassen einen rechtssicheren Spielraum für angemessene Anspruchsbegrenzungen nicht zu. Schließlich braucht es auch eine Lösung für die Fälle der Klageerzwingung und der Aktionärsklage. Eine Kodifizierung des *ARAG/Garmenbeck*-Konzepts wäre aber sowohl für die Geltendmachung durch den Aufsichtsrat als auch für eine gerichtliche Begrenzung in den Fällen der §§ 147, 148 AktG vorstellbar. Gegenüber *ARAG/Garmenbeck* könnten dabei noch einzelne Kriterien geschärft werden, z.B. in Hinblick auf eine stärkere Berücksichtigung der Ressortsverantwortlichkeiten; auch könnte klar gestellt werden, dass eine regressbegrenzende Entscheidung des Aufsichtsrats der *Business Judgment Rule* unterfällt.

Der alternative Ansatz genereller gesetzlicher oder satzungsmäßiger Haftungsbegrenzungen ist bisher noch nicht eingehend untersucht worden. Zu weit gehend und nicht vermittelbar wäre sowohl die Übertragung der arbeitsrechtlichen Grundsätze zur betrieblich veranlassten Tätigkeit¹³ wie auch der generelle Haftungsausschluss unterhalb der groben Fahrlässigkeit.¹⁴ Eine betragsmäßige Begrenzung der Haftung für Fahrlässigkeit oder zumindest für einen Verschuldensgrad unterhalb der groben Fahrlässigkeit ist dagegen bei adäquater Gestaltung durchaus zu rechtfertigen und hätte nennenswerte Vorteile. Ein damit geschaffener zumutbarer Haftungsrahmen würde eine konsequentere und ehrlichere Durchsetzung ohne die heute bestehenden Unsicherheiten erleichtern. Mit einer Anknüpfung der Haftungsgrenze an das Mehrfache der Jahresgesamtvergütung ließe sich eine Korrelation von Verantwortung und Gehalt bzw. Leistungsfähigkeit herstellen. Letztlich sollten aufgrund der besseren Grundlagen für die Risikokalkulation auch die Kosten für die D&O-Versicherung sinken. Bei der Festlegung des Mehrfachen wäre zum einen der Brutto-/Nettoeffekt, zum anderen aber auch das Thema eines zwingenden Eigenbeitrags, quasi der Kehrseite einer Haftungsbegrenzung, zu berücksichtigen. Die weitgehend wirkungslose versicherbare Selbstbeteiligung sollte in jedem Fall überprüft werden. Die denkbaren Alternativen reichen von einer ersatzlosen Streichung bis zu einem zwingenden nichtversicherbaren Eigenbeitrag. Hierbei darf man einem Vergleich mit anderen Berufsgruppen wie den Wirtschaftsprüfern, Rechtsanwälten oder Ärzten aber nicht aus dem Weg gehen, zumal die Nichtversicherbarkeit speziell für eine Berufsgruppe einer besonderen Rechtfertigung bedarf.

3. Zur Durchsetzung der Organhaftung stellt sich ähnlich wie bei der Vermeidung unzumutbarer Haftungsfolgen zunächst die Frage, ob wirklich ein Reformbedarf besteht oder die *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung bei richtiger Interpretation die Lösung aller Probleme sein kann. Zur Auslegung der Entscheidung wurde bereits alles gesagt, so dass hierzu eine erneute Diskussi-

13 So etwa *Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1398 f.

14 In diese Richtung aber *Spindler*, AG 2013, 895 f, 903.

on nicht zielführend ist. Allein die bereits angesprochene Frage, ob das Urteil Grundlage einer gesetzlichen Lösung sein könnte, die austariert eine nachhaltige Durchsetzung und die Vermeidung unzumutbarer Haftungsrisiken zu gewährleisten vermag, lohnt einer vertiefenden Betrachtung.

Absehbar wird sich die Diskussion darauf fokussieren, wie die Voraussetzungen für eine Prüfung, Geltendmachung und Durchsetzung von Ersatzansprüchen durch die Anteilseignerseite verbessert werden können. Die einheitlichen Regelungen für ein Vorgehen gegen Mitglieder des Vorstands und gegen Mitglieder des Aufsichtsrats sollte dabei kritisch hinterfragt werden. Denn im letzteren Fall ist der Aktionär der natürliche Sachwalter für die Durchsetzung des Gesellschaftsinteresses, während die Prüfungs- und Verfolgungsaufgabe gegenüber dem Vorstand primär dem Aufsichtsrat obliegt und dem Aktionär diesbezüglich lediglich eine Wächterfunktion zukommt. Die größeren Unzulänglichkeiten bestehen daher eindeutig bei der Durchsetzung gegenüber Mitgliedern des Aufsichtsorgans. Es ist ganz offensichtlich, dass ein Vorstand nicht gegen amtierende Aufsichtsratsmitglieder sondern allenfalls ein neuer Vorstand gegen ausgeschiedene Mitglieder des Aufsichtsrats vorzugehen in der Lage ist. Dies wurde wiederholt konstatiert, ohne dass bisher ein überzeugender Durchsetzungsmechanismus entwickelt worden ist. Für die überfällige intensivere Diskussion bietet Bachmann mit seiner Überlegung einer „gespaltenen“ Aktionärsklage und der umfassenden Zusammenstellung denkbarer entsprechender Modifikationen der §§ 142, 148 AktG hinreichende Anstöße.¹⁵

Von den zahlreichen Stellschrauben im Bereich der Aktionärsklage stehen das notwendige Quorum (1 % des Grundkapitals oder 100 000 Euro anteiliger Betrag am Grundkapital) und die materiellen Klagezulassungshürden (Verdacht der Unredlichkeit oder groben Verletzung des Gesetzes oder der Satzung) im Mittelpunkt. Bei der Quote ist nach den praktisch ausgebliebenen Effekten der letzten Reform eine weitere Absenkung denkbar, wobei eine gewisse Schwelle ebenso wie die Vorbesitzzeit als Schutz gegen gehäuften Missbrauch erhalten bleiben sollte. Anspruchsvoller ist die richtige Einstellung der materiellen Zulassungshürde. Eine Überprüfung sollte auch die für die Gläubigerklage grundsätzlich vorausgesetzte „gröbliche“ Pflichtverletzung (§ 93 Abs. 5 S. 2 AktG) und den Katalog der wesentlichen Gesetzesverstöße nach § 93 Abs. 3 AktG einbeziehen, um für die gerichtliche Zulassung der Sonderprüfung und der Gläubiger- und Aktionärsklage eine konsistente und besser praktikable Relevanzschwelle zu definieren. Durch Bezugnahme auf den Regelkatalog schwerer Gesetzes- oder Satzungsverstöße in den §§ 142 Abs. 2, 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG könnte etwa die Ansicht überwunden werden, die gerichtliche Zulassung sei auf Fälle der Unerträglichkeit einer Nichtverfolgung beschränkt. Zündstoff für kontroverse Diskussionen bietet ferner der neue Vorstoß zur Einführung finanzieller Anreize für den erfolgreich klagen-

15 *Bachmann* (Fn. 1), S. E IV 4 und V.

den Aktionär.¹⁶ Noch weitergehenden Vorschlägen, die staatlichen oder halbstaatlichen Stellen ein Verfolgungs- oder Mitwirkungsrecht einräumen wollen, sollte mit größter Zurückhaltung begegnet werden. Den Befürwortern muss klar sein, dass jeder Schritt in diese Richtung die Autonomie der Aktionäre einschränkt und den staatlichen Einfluss vergrößert.

Schließlich geht es um die Haftungsdurchsetzung bei öffentlichen Unternehmen und die Frage, wie es hier um die Verfolgungspflicht steht und ob haftungsbegrenzende Sonderregeln gerechtfertigt sind. Einer der Referate wird dies beleuchten.

Bei der Fülle der Vorüberlegungen und angesichts der wissenschaftlich anspruchsvollen und für die Unternehmenspraxis zunehmend wichtiger werdenden Haftungsfragen für Vorstand und Aufsichtsrat ist in jedem Fall mit einer spannenden und hoffentlich auch ergiebigen Veranstaltung zu rechnen.

Peter Hemeling

¹⁶ Vgl. *Wagner*, ZHR 178 (2014) 227, 270f., in diesem Heft; hierzu *Bachmann* (Fn. 1), S. E V. 2. j).