

## Vorteilsausgleich bei der Schadensersatzhaftung nach § 93 AktG

ZHR 173 (2009) 723–734

### 1. Einführung

Durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31. 7. 2009<sup>1</sup> ist § 116 AktG um einen dritten Satz ergänzt worden, wonach die Mitglieder des Aufsichtsrats der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet sind, wenn sie eine unangemessene Vergütung im Sinne von § 87 Abs. 1 AktG festsetzen. Diese Regelung enthält rechtlich nichts Neues. Auch ohne diese Ergänzung sind die Mitglieder des Aufsichtsrates verpflichtet, bei der Festsetzung der Vorstandsvergütung die Vorschriften des § 87 AktG zu beachten.<sup>2</sup> Geschieht dies nicht, so haften sie der Gesellschaft schon nach § 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG auf Schadensersatz. Die Ergänzung soll die Sorgfaltspflichten der Aufsichtsratsmitglieder bei der Vergütungsfestsetzung daher nur besonders hervorheben, weil diese ihnen, wie es in dem Gesetzentwurf der Bundestagsfraktionen von CDU/CSU und SPD hieß, „derzeit offenbar nicht ausreichend bewusst“ seien.<sup>3</sup>

Der erste Gesetzentwurf sah in einem weiteren Satz vor, dass bei unangemessen hoher Vergütung der Mehrbetrag zu einer angemessenen Vergütung als Mindestschadensersatz zu erstatten sei (§ 116 S. 4 AktG-E). Mit dieser Schadenspauschalierung sollte eine Vorteilsanrechnung ausgeschlossen werden. Die Aufsichtsratsmitglieder sollten nicht einwenden können, das Unternehmen habe besonders erfolgreich gewirtschaftet und dies habe an der überhöhten Vergütung gelegen.<sup>4</sup> In der endgültigen Gesetzesfassung fehlt dieser vierte Satz. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu, ein ausdrückliches Verbot des Vorteilsausgleichs sei nicht erforderlich, weil dies nur die ohnehin bestehende Rechtslage des § 249 BGB wiederholen würde. Der Begriff Mindestschaden könne zudem dahin missverstanden werden, dass auch dann Schadensersatz zu leisten sei, wenn gar kein Schaden entstanden ist. Ein solcher

---

1 Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) v. 31. 7. 2009, BGBl. I (2009), 2509.

2 Vgl. z. B. LG München I, AG 2007, 458.

3 Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 16/12278 S. 6; kritisch zum Wahrheitsgehalt dieser These *Wagner/Wittgens*, BB 2009, 906, 911.

4 Fraktionsgesetzentwurf, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

Strafschadensersatz sei dem deutschen Recht jedoch fremd und solle auch nicht geschaffen werden. § 116 S. 4 AktG-E könne daher ersatzlos entfallen.<sup>5</sup>

Diese Ausführungen werfen die Frage auf, ob es eine Vorteilsanrechnung bei einer Schadensersatzpflicht nach §§ 93 Abs. 2 S. 1, 116 AktG tatsächlich, wie die Begründung zum VorstAG suggeriert, nicht gibt bzw. welche Grundsätze insoweit gelten und ob diese auch bei Verstößen gegen § 87 AktG anwendbar sind.

## 2. Voraussetzungen einer Vorteilsanrechnung

Nach der gesetzlichen Regelung haben die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates, die ihre Sorgfaltspflichten der Gesellschaft gegenüber verletzen, dieser den ihr daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (§§ 93 Abs. 2 S. 1, 116 AktG). Der Schaden der Gesellschaft ist dabei nach den allgemeinen Regeln der §§ 249ff. BGB im Wege der sog. Differenzhypothese zu ermitteln. Ein Schaden liegt danach vor, wenn das Gesellschaftsvermögen infolge des haftungsbegründenden Ereignisses weniger wert ist als ohne dieses Ereignis.<sup>6</sup> Dieser rechnerische Vergleich ist auch bei Schäden, die durch die Pflichtverletzung eines Organmitglieds entstanden sind, der Ausgangspunkt für die Schadensfeststellung.<sup>7</sup> Teilweise wird der Schadensbegriff in diesem Zusammenhang zwar enger verstanden. So soll insbesondere nach *Mertens* nur eine solche Vermögensminderung einen Schaden im Sinne von § 93 Abs. 2 AktG darstellen, die dem Unternehmenszweck widerspricht.<sup>8</sup> Soziale Aufwendungen, die sich im Rahmen des Unternehmenszwecks bewegen, sind danach kein Schaden. Die h.M. ordnet solche Aufwendungen dagegen bereits als nicht pflichtwidrig ein. Eine Ersatzpflicht scheidet damit schon mangels pflichtwidrigem Verhalten und nicht erst wegen eines fehlenden Schadens aus. Ein Widerspruch zum Unternehmenszweck ist damit keine Voraussetzung für das Vorliegen eines Schadens.<sup>9</sup>

Die Differenzhypothese muss allerdings in mehrfacher Hinsicht ergänzt und angepasst werden. So umfasst der Schaden gemäß § 252 BGB auch den entgangenen Gewinn. Dazu gehören alle Vermögensvorteile, die im Zeitpunkt

5 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/13433, S. 18 (elektronische Vorab-Fassung).

6 Vgl. BGH NJW-RR 2005, 611, 612; BGH NJW 1994, 2357, 2359; BGH NJW 1987, 831; BGH NJW 1983, 444; BGH NJW 1980, 775.

7 GroßkommAktG/*Hopt*, § 93 Rdn. 261, 264; *Hüffer*, AktG, § 93 Rdn. 15.

8 *Mertens* in: KölnKommAktG, § 93 Rdn. 23; ebenso für die GmbH *Mertens* in: Hachenburg (Hrsg.), GmbHG, § 43 Rdn. 57, und *Zöllner* in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG, 16. Aufl., § 43 Rdn. 13a.

9 *Fleischer* in: Spindler/Stilz (Hrsg.), AktG, § 93 Rdn. 199; GroßkommAktG/*Hopt*, § 93 Rdn. 262f.; *Hüffer* (Fn. 7), § 93 AktG Rdn. 15; *Spindler* in: MünchKommAktG, 3. Aufl., § 93 Rdn. 155; *Bürgers/Israel* in: Bürgers/Körber (Hrsg.), AktG, § 93 Rdn. 22; inzwischen auch *Wiesner* in: MünchHdb AG, 3. Aufl., § 26 Rdn. 7.

des schädigenden Ereignisses noch nicht zum Vermögen der Gesellschaft gehörten, ihr aber ohne dieses Ereignis zugeflossen wären.<sup>10</sup> Nicht zum Schaden der Gesellschaft gehören dagegen Schäden, die nicht der Gesellschaft, sondern ihren Aktionären, z. B. durch Kursverluste der Aktien, entstanden sind.

Das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis kann nicht nur Nachteile, sondern auch Vorteile mit sich bringen. Führt ein pflichtwidriges Verhalten für die Gesellschaft zu einem Verlust, so kann dieser z. B. durch Steuerersparnisse gemindert sein.<sup>11</sup> Es stellt sich dann die Frage, ob ein solcher Vorteil auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen ist. Gesetzlich geregelt ist diese Frage nicht. Die Rechtsprechung geht bei der Schadensberechnung grundsätzlich von einer Gesamtvermögensbetrachtung aus, die auch etwaige Vorteile einschließt. Dabei wird die Vorteilsanrechnung aber von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht.<sup>12</sup> Notwendig ist, dass Schaden und Vorteil auf ein und demselben Ereignis beruhen.<sup>13</sup> Hat ein Vorstandsmitglied die Gesellschaft durch pflichtwidriges Verhalten geschädigt, gleichzeitig aber bei anderer Gelegenheit Gewinne erwirtschaftet, so bleiben die Folgen dieser unterschiedlichen Handlungen getrennt; eine Saldierung erfolgt nicht. Zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Vorteil muss außerdem ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen.<sup>14</sup> Dieses Kriterium führt allerdings nur zu einer negativen Abgrenzung in dem Sinne, dass nicht adäquat verursachte Vorteile bei der Schadensermittlung unberücksichtigt bleiben. Ist der Vorteil adäquat verursacht, reicht dies für die Anrechnung allein nicht aus. Vielmehr ist dann wertend zu prüfen, ob die Anrechnung des Vorteils dem Sinn und Zweck des Schadensersatzes entspricht und der geschädigten Gesellschaft zumutbar ist.<sup>15</sup> Die Anrechnung darf vor allem nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen.<sup>16</sup> Diese Grundsätze eröffnen einen weiten Spielraum, der es ermöglicht, eine der jeweiligen Fallgestaltung entsprechende Beurteilung zu finden. Dabei lässt sich generell zugunsten eines Vorteilsausgleichs bei der Haftung von Organmitgliedern anführen, dass diese in der Regel im Interesse der Gesellschaft und nicht im eigenen Interesse handeln.

Eine Gesamtvermögensbetrachtung findet nach allgemeiner Ansicht nur bei der Schadensersatzpflicht nach § 93 Abs. 2 AktG und nicht auch nach § 93 Abs. 3 AktG statt.<sup>17</sup> In den Fällen des § 93 Abs. 3 AktG wird der Schaden be-

10 BGH NJW-RR 1989, 981; BGH NJW 2000, 2670.

11 Vgl. zur Anrechnung einer Steuerersparnis OLG Frankfurt DSStR 2009, 1925; BGH WM 2006, 905, 906 und BGH BB 2007, 1464.

12 *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 69. Aufl., Vorb v § 249 Rdn. 120.

13 BGH WM 1983, 957.

14 BGH WM 1983, 957, 958.

15 Vgl. BGH DSStR 2007, 961 Rdn. 19ff. zur Berechnung des Insolvenzverschleppungsschadens; BGH DSStR 2008, 1599, 1600 Rdn. 9 zum Schaden bei einem Kompetenzverstoß.

16 BGHZ 49, 56, 61; 77, 151, 153; 81, 271, 275; 136, 52, 54; ständige Rechtsprechung; vgl. auch die Nachweise bei *Haas* in: Michalski (Hrsg.), GmbHG, § 43 Rdn. 209.

reits in dem Abfluss der Mittel gesehen.<sup>18</sup> Die Gesellschaft muss sich deshalb auf ihren Ersatzanspruch nur solche Vorteile anrechnen lassen, die ihr in unmittelbarem Zusammenhang mit dem schädigenden Verhalten zugeflossen sind.<sup>19</sup> Im Falle einer verdeckten Einlagenrückgewähr (§§ 57, 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG) kann dies z.B. die Gegenleistung des Aktionärs sein.<sup>20</sup> Eine darüber hinausgehende Vorteilsanrechnung erfolgt dagegen nicht, sodass die Fälle des § 93 Abs. 3 AktG bei den weiteren Überlegungen unberücksichtigt bleiben können.

Soweit eine Vorteilsanrechnung in Betracht kommt, ist für den Streitfall zu berücksichtigen, dass die eventuell anzurechnenden Vorteile von dem in Anspruch genommenen Organmitglied darzulegen und zu beweisen sind.<sup>21</sup> Nur ausnahmsweise können Beweiserleichterungen zum Zuge kommen, die bis zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast gehen.<sup>22</sup> Die praktische Bedeutung der Vorteilsanrechnung wird dadurch nicht unerheblich eingeschränkt.

### 3. Schutzzwecke des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG

Nach den zitierten Grundsätzen hängt die Vorteilsanrechnung in den Schadensersatzfällen nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG u. a. davon ab, ob sie mit dem Zweck der Ersatzpflicht in Einklang steht. Der Zweck des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG besteht zunächst vor allem in der Schadenskompensation. Die der Gesellschaft entstandenen Vermögensnachteile sollen ausgeglichen bzw. wieder gutgemacht werden. Die Schadensersatzpflicht dient somit dem Schutz des Gesellschaftsvermögens und mittelbar auch dem des Aktionärsvermögens.<sup>23</sup> Die Notwendigkeit dieses Schutzes durch eine Schadensausgleichspflicht bei pflichtwidrigem Verhalten ist angesichts der treuhänderähnlichen Stellung der Organmitglieder nicht streitig.<sup>24</sup> Der Ersatz von Schäden, die der Gesellschaft pflichtwidrig zugefügt werden, ist vielmehr Teil einer angemessenen Risiko-

17 Hüffer (Fn. 7), § 93 AktG Rdn. 22; Fleischer in: Spindler/Stilz (Hrsg.) (Fn. 9), § 93 AktG Rdn. 214; Fleischer, DStR 2009, 1204, 1206; Thole, ZHR 173 (2009), 505, 529; vgl. auch Haas in: Michalski (Hrsg.) (Fn. 16), § 43 GmbHG Rdn. 221 zu § 43 Abs. 3 GmbHG.

18 Vgl. zuletzt BGH DStR 2008, 2378, 2380.

19 Fleischer in: Spindler/Stilz (Hrsg.) (Fn. 9), § 93 AktG Rdn. 34; GroßkommAktG/Hopt (Fn. 7), § 93 Rdn. 240; Hüffer (Fn. 7), § 93 AktG Rdn. 22; KölnKommAktG/Mertens (Fn. 8), § 93 Rdn. 97; vgl. auch BGH DStR 2008, 2378 zu § 43 Abs. 3 GmbHG.

20 Fleischer, ZIP 2005, 141, 151 und ders., DStR 2009, 1204, 1206.

21 BGH NJW-RR 2004, 79, 81; Palandt/Heinrichs (Fn. 12), Vorb v § 249 BGB Rdn. 123a; U.H. Schneider in: Scholz (Hrsg.), GmbHG, 10. Aufl. § 43 Rdn. 230.

22 BGH NJW-RR 2004, 79, 81 mit Nachweisen.

23 Hüffer (Fn. 7), § 93 AktG Rdn. 1; Fleischer in: Spindler/Stilz (Hrsg.) (Fn. 9), § 93 AktG Rdn. 2; MünchKommAktG/Spindler (Fn. 9), § 93 Rdn. 1; Bürgers/Israel in: Bürgers/Körber (Hrsg.) (Fn. 9), § 93 AktG Rdn. 1.

24 Vgl. Ulmer, FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 452 ff.

verteilung zwischen den Aktionären und den Verwaltungsorganen. Dies gilt jedenfalls im Hinblick auf die Bindung der Organmitglieder an die zwingenden Vorgaben, die sich aus Gesetz und Satzung ergeben. Bei unternehmerischen Entscheidungen besteht dagegen ein größerer Handlungsspielraum, der – unter bestimmten Voraussetzungen – auch risikobehaftete Entscheidungen ermöglicht, ohne diese mit der Pflicht zur Kompensation etwa eintretender Nachteile zu belasten (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG).

Neben der Schadenskompensation gehört auch die Schadensprävention und damit die Steuerung des Verhaltens der Organmitglieder zu den Zielen des Organhaftungsrechts.<sup>25</sup> Auch die Gläubiger haben ein berechtigtes Interesse daran, dass das Gesellschaftsvermögen als Haftungsmasse nicht durch sorgfaltswidriges Verhalten geschmälert wird.<sup>26</sup> Der Aspekt des Gläubigerschutzes zeigt sich vor allem dann, wenn die Durchsetzbarkeit der Forderung eines Gläubigers von der Höhe des Gesellschaftsvermögens abhängt (vgl. § 93 Abs. 5 S. 1 AktG).

Die verschiedenen Schutzzwecke des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG stehen einer Vorteilsanrechnung im Falle einer Inanspruchnahme nicht entgegen. Vor allem die Ausgleichsfunktion spricht dafür, das pflichtvergessene Organmitglied nur für den Schaden haften zu lassen, der bei einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung tatsächlich übrig bleibt. Der Präventionsgedanke und der Gläubigerschutz mögen insofern auch eine andere Wertung zulassen. Ein Ausschluss der Vorteilsanrechnung folgt daraus aber nicht. Beide sind nur mittelbare Zwecke, die bei der Organhaftung nicht im Vordergrund stehen.<sup>27</sup> Die Schutzzwecke allein lassen damit noch keine abschließende Beurteilung eines Vorteilsausgleichs im Einzelfall zu. Notwendig ist daher, zumindest einige der bislang erörterten Fallgruppen näher zu betrachten.

#### 4. Verstöße gegen interne Bindungen

Das pflichtwidrige Verhalten kann darin bestehen, dass sich der Vorstand über interne Bindungen, insbesondere aus der Satzung der Gesellschaft, hinwegsetzt und der Gesellschaft dadurch einen Schaden zufügt. Zu denken ist z. B. an den Fall, dass ein Vorstandsmitglied außerhalb des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes Spekulationsgeschäfte betreibt, aus denen der Gesellschaft Gewinne und Verluste entstehen. Die Gesellschaft kann dann nicht nur die aus einzelnen Geschäften verursachten Verluste geltend machen, sondern muss sich auf diesen Schaden auch die aus den Spekulationsgeschäften

25 Vgl. *Hüffer* (Fn. 7), § 93 AktG Rdn. 1; *GroßkommAktG/Hopt* (Fn. 7), § 93 Rdn. 11; *Fleischer* in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.) (Fn. 9), § 93 AktG Rdn. 2; *Fleischer* in: *Fleischer* (Hrsg.), *Handbuch des Vorstandsrechts*, § 11 Rdn. 4; *Fleischer*, *DStR* 2009, 1204, 1208.

26 *GroßkommAktG/Hopt* (Fn. 7), § 93 Rdn. 12.

27 *GroßkommAktG/Hopt* (Fn. 7), § 93 Rdn. 11 f.

erzielten Gewinne anrechnen lassen. Der von dem Vorstandsmitglied zu ersetzende Schaden besteht somit nur in Höhe des negativen Saldos aus allen derartigen Geschäften.<sup>28</sup>

Eine Vorteilsanrechnung kann auch eingreifen, wenn gegen gesellschaftsinterne Zustimmungsvorbehalte verstoßen wird. Erwirbt der Vorstand ohne die erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrates eine Mehrheitsbeteiligung an einem anderen Unternehmen, so ist dies pflichtwidrig. Ein Schaden entsteht der Gesellschaft daraus nach der Differenzhypothese aber nur, wenn der Wert der Beteiligung nicht dem Kaufpreis entspricht. Ist der Kaufpreis angemessen, liegt ein bilanzneutraler Aktivtausch vor.<sup>29</sup> Ein Schaden kann dann allenfalls in dem entgangenen Gewinn aus einem Alternativgeschäft gesehen werden. War der Kaufpreis angemessen, sinkt der Wert der Beteiligung aber im weiteren Verlauf, so ist der dann entstehende Verlust unter Umständen nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG zu ersetzen. War umgekehrt der Kaufpreis überhöht, entwickelt sich die Beteiligung aber positiv, so wird der zunächst eingetretene Schaden eventuell wieder ausgeglichen. Die Gesellschaft muss sich jedenfalls die in adäquatem Ursachenzusammenhang stehenden Vorteile anrechnen lassen, wenn sie die Verantwortlichen wegen des Pflichtenverstößes in Regress nehmen will.

Die Problematik dieser Fälle liegt allerdings weniger in der Schadensberechnung als in dem Umstand, dass der Gesellschaft dabei Vermögensgegenstände unter Verletzung der internen Zuständigkeitsordnung aufgedrängt werden. Dieses Problem entfällt, wenn der Aufsichtsrat oder das sonst für die Genehmigung zuständige Organ nachträglich zustimmt. Richtiger Ansicht nach ist die Ersatzpflicht auch dann ausgeschlossen, wenn dem Vorstand der Nachweis gelingt, dass der Aufsichtsrat bei rechtzeitiger Einschaltung dem Erwerb zugestimmt hätte.<sup>30</sup> Kommt die Berufung auf ein solches rechtmäßiges Alternativverhalten nicht in Betracht, so bleibt die Frage, ob die Gesellschaft den im Außenverhältnis wirksam erworbenen Vermögensgegenstand

28 LG Frankfurt AG 2006, 510, 511 f. zu Derivatgeschäften einer Hypothekenbank; vgl. auch den Sachverhalt im *Klöckner*-Fall, BGH ZIP 1992, 1542, 1551; *Fleischer*, ZIP 2008, 141, 151; *Haas* in: Michalski (Hrsg.) (Fn. 16), § 43 GmbHG Rdn. 211; *Paefgen* in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), *GroßkommGmbHG*, § 43 Rdn. 94; allgemein auch *Soergel/Mertens*, BGB, Vor § 249 Rdn. 233.

29 *Harzenetter*, Innenhaftung des Vorstands der Aktiengesellschaft für so genannte nützliche Pflichtverletzungen, 2008, S. 136; vgl. auch OLG Köln GWR 2009, 295 und BGH DStR 2008, 1599 m. Anm. *Goette* mit der Zulassung des Beweises, dass eine intern nicht genehmigte Grundstücksveräußerung keinen Schaden verursacht hat, wenn der Verkaufspreis dem Verkehrswert entsprach; zu weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1205.

30 Zur Zulässigkeit dieses Einwands *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1208 f. und *Altmepfen*, FS K. Schmidt, 2009, S. 23, 37 f.; abl. *Krieger/Sailer* in: K. Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rdn. 30.

sinnvoll nutzen kann.<sup>31</sup> Ist dies wie z.B. bei dem Erwerb einer branchenfremden Beteiligung zu verneinen, kann die Gesellschaft gemäß § 249 Abs. 1 BGB verlangen, dass sie so gestellt wird, wie sie vor dem Erwerb gestanden hat. Dies kann dazu führen, dass das Organmitglied der Gesellschaft die für den Erwerb aufgebrauchten Mittel gegen Übernahme der Beteiligung zu ersetzen hat.<sup>32</sup>

### 5. Verstöße gegen externe Bindungen

Die Frage einer Vorteilsanrechnung stellt sich auch bei Rechtsverletzungen außerhalb des Unternehmens. Paradebeispiel dafür sind Kartellverstöße. Wird der Gesellschaft wegen eines kartellwidrigen Verhaltens eine Geldbuße auferlegt, so ist das zweifellos ein Schaden. Sind einzelne Vorstandsmitglieder für den Gesetzesverstoß verantwortlich, so haften sie der Gesellschaft auf Ersatz dieses Schadens (§ 93 Abs. 2 S. 1 AktG). Das kartellwidrige Verhalten bringt der Gesellschaft nicht selten aber auch wirtschaftliche Vorteile, die unter Umständen höher sind als die verhängte Geldbuße. Im rechtlichen Idealfall werden diese Vorteile mit der Geldbuße abgeschöpft.<sup>33</sup> Auch danach können der Gesellschaft aber noch Vorteile verbleiben. Diese verbleibenden Vorteile kann sich ein Vorstandsmitglied, das wegen einer Geldbuße persönlich in Anspruch genommen wird, schadensmindernd anrechnen lassen.<sup>34</sup>

Die Zulässigkeit einer solchen Vorteilsanrechnung wird teilweise allerdings in Frage gestellt. Dagegen wird vor allem ins Feld geführt, dass damit die verhaltenssteuernde Präventionswirkung der Schadensersatzpflicht vermindert werde. Eine Vorteilsanrechnung laufe zudem auf eine Prämierung von Gesetzesverstößen hinaus, wenn die Pflichtverletzung im Innenverhältnis nicht mit der vollen Schadensersatzpflicht sanktioniert werde.<sup>35</sup> Bekräftigt wird diese Argumentation schließlich mit der Berufung auf das öffentliche Interesse an einer uneingeschränkten Haftung.<sup>36</sup>

Diese Einwände überzeugen indessen nicht. Die Hauptfunktion der Organhaftung besteht im Schadensausgleich. Dass sich daraus auch eine verhaltenssteuernde Wirkung ergibt, ist ein erwünschter, aber keinesfalls gesicherter Nebeneffekt. Dieser Effekt wird durch die Vorteilsanrechnung auch nicht vereitelt. Denn ob ein pflichtwidriges Verhalten überhaupt zu einem Vorteil geführt hat, ist oft fraglich und muss vom Organmitglied dargelegt und bewiesen

31 Vgl. BGH NJW-RR 1988, 995, 996.

32 So OLG München NZG 2000, 741 ff.; abl. Harzenetter (Fn. 29), S. 136 f.

33 Vgl. § 81 Abs. 5 GWB i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG; weitere Abschöpfungsmöglichkeiten ergeben sich aus § 73 StGB und § 10 UWG.

34 U. H. Schneider in: Scholz (Hrsg.) (Fn. 21), § 43 GmbHG Rdn. 229; Fleischer, BB 2008, 1070, 1073; Horn, ZIP 1997, 1129, 1136; Kapp/Gärtner, CCZ 2009, 168, 170; Zimmermann, WM 2008, 433, 438.

35 Vgl. Thole, ZHR 173 (2009), 504, 527.

36 So z. B. Spindler, FS Canaris, Bd. II, 2006, S. 403, 425 f. m. w. N.

werden. Soweit das öffentliche Interesse beschworen wird, ist festzuhalten, dass dieses nur gegenüber Dritten relevant sein kann, nicht aber beim Innenausgleich zwischen der Gesellschaft und ihren Organmitgliedern.<sup>37</sup> Für dieses Innenverhältnis ist es auch nicht gerechtfertigt, die Verantwortlichen durch einen Ausschluss der Vorteilsanrechnung wirtschaftlich schlechter zu stellen als die Gesellschaft.<sup>38</sup> Auch bei Kartellverstößen sollte es daher dabei bleiben, dass die der Gesellschaft erwachsenen und ihr auch verbleibenden Vorteile von dem zu ersetzenden Schaden im Wege der Anrechnung abgezogen werden.

Kontrovers diskutiert wird außerdem, ob die für den Kartellverstoß verantwortlichen Vorstandsmitglieder wegen einer der Gesellschaft auferlegten Geldbuße überhaupt in Regress genommen werden können.<sup>39</sup> Dagegen wird eingewandt, dass sich die Geldbuße gegen das Unternehmen und nicht gegen bestimmte natürliche Personen richtet. Dies zeigt sich vor allem in der Höhe der Geldbuße, die regelmäßig auf die Verhältnisse des Unternehmens und nicht der intern Verantwortlichen zugeschnitten ist.<sup>40</sup> Die mit der Geldbuße verbundene Sanktionswirkung würde deshalb unterlaufen, wenn sie auf den Vorstand abgewälzt werden könnte. Dass deshalb schon ein vollständiges Regressverbot angenommen werden kann, muss jedoch bezweifelt werden.<sup>41</sup> Den durchaus berechtigten Bedenken kann auch in der Weise Rechnung getragen werden, dass der Regress auf den für Vorstandsmitglieder geltenden Bußgeldrahmen begrenzt wird.<sup>42</sup>

Ähnliche Überlegungen gelten im Grundsatz auch bei der Organhaftung wegen sonstiger Rechtsverstöße wie z. B. Verstößen gegen das Umwelt- oder Wettbewerbsrecht. Allerdings muss für jeden Bereich eigenständig geprüft werden, ob sich auf Grund der Besonderheiten des betroffenen Rechtsgebietes eventuell andere Wertungen ergeben.<sup>43</sup>

---

37 *Harzenetter* (Fn. 29), S. 137; abl. auch *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, S. 271.

38 *U. H. Schneider* in: Scholz (Hrsg.) (Fn. 21), § 43 GmbHG Rdn. 229; *Brouwer* (Fn. 37), S. 271.

39 Siehe dazu *Kapp/Gärtner*, CCZ 2009, 168, 170, *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 532 ff. und *Bayer*, FS K. Schmidt, 2009, S. 91, 96.

40 Siehe dazu auch die Differenzierung in § 81 Abs. 4 GWB.

41 Abl. z. B. *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001, 344, 345; *Wilsing* in: *Krieger/U. H. Schneider* (Hrsg.), *Handbuch Managerhaftung*, 2007, § 25 Rdn. 39; *Zimmermann*, WM 2008, 433, 436 ff.; *Fleischer*, BB 2008, 1070, 1073; *Bayer*, FS K. Schmidt, 2009, S. 91, 95 ff.

42 Siehe dazu insbesondere *Bayer*, FS K. Schmidt, 2009, S. 91, 96 ff.; grundsätzlich auch *Fleischer*, BB 2008, 1070, 1073, *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 533 f. und *Krause*, BB-Special 8/2007, 2, 13.

43 Gegen eine Vorteilsanrechnung bei Schmiergeldzahlungen ausführlich *Lohse*, demnächst in FS Hüffer, 2009, S. 579 ff.

## 6. Unangemessene Vorstandsvergütung

Die bisherigen Überlegungen zur Vorteilsanrechnung beziehen sich auf die Schadensersatzhaftung von Vorstandsmitgliedern gemäß § 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Diese Norm gilt über § 116 S. 1 AktG auch, wenn Mitglieder des Aufsichtsrates ihre Sorgfaltspflichten verletzen und der Gesellschaft dadurch ein Schaden entsteht. § 116 S. 1 AktG verweist auf § 93 AktG in vollem Umfang.<sup>44</sup> Voraussetzung für eine Schadensersatzhaftung ist daher – wie beim Vorstand – das Vorliegen einer schuldhaften Pflichtverletzung (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG). Eine solche Pflichtverletzung ist grundsätzlich anzunehmen, wenn der Aufsichtsrat entgegen § 87 Abs. 1 AktG eine unangemessene Vorstandsvergütung festsetzt. Der zusätzliche Hinweis in § 116 S. 3 AktG auf diese Haftung hat deshalb materiellrechtlich keine eigenständige Bedeutung.

Dass ein pflichtwidriges Handeln von Mitgliedern des Aufsichtsrates zu Schadensersatzansprüchen führen kann, ist nichts Ungewöhnliches.<sup>45</sup> Betroffen ist vor allem die Pflicht des Aufsichtsrates, die Rechtmäßigkeit des Vorstandshandelns zu überwachen und bei Zuwiderhandlungen einzuschreiten. So ist z. B. denkbar, dass dem Aufsichtsrat Kartellverstöße des Vorstands bekannt werden, er aber nicht dafür sorgt, dass diese beendet werden. Es besteht dann kein Zweifel, dass der Aufsichtsrat damit seine Überwachungspflicht (§ 111 Abs. 1 AktG) verletzt.<sup>46</sup> Wird der Gesellschaft später wegen dieser Verstöße eine Geldbuße auferlegt, so kann die Gesellschaft nicht nur die verantwortlichen Vorstandsmitglieder, sondern auch den Aufsichtsrat in Regress nehmen. Bei der Frage, welcher Schaden der Gesellschaft entstanden ist, gelten beim Aufsichtsrat die gleichen Überlegungen wie beim Vorstand. Auch bei der Haftung des Aufsichtsrates kommt eine Vorteilsanrechnung in Betracht.<sup>47</sup> Dass sich aus der unterschiedlichen Aufgabenstellung von Vorstand und Aufsichtsrat anderes ergeben sollte, ist nicht ersichtlich und wird auch nicht vertreten.

Eine Vorteilsanrechnung bei Ersatzansprüchen gegen ein Aufsichtsratsmitglied ist auch nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn es um die Haftung wegen eines Verstoßes gegen die Vergütungsgrundsätze des § 87 AktG geht.<sup>48</sup> Bei den Überlegungen zur Änderung des § 116 AktG im Rahmen des VorstAG sollte insoweit zwar ein Vorteilsausgleich verboten werden. Der zu-

44 Hüffer (Fn. 7), § 116 AktG Rdn. 1.

45 Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Peltzer in: Wellhöfer/Peltzer/Müller (Hrsg.), Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 17 Rdn. 6 ff.

46 Vgl. Glöckner/Müller-Tautphaeus, AG 2001, 344, 348; Kapp/Gärtner, CCZ 2009, 168, 171.

47 Vgl. den Fall BGH WM 1983, 957, 958 sowie allgemein Brouwer (Fn. 37), S. 271.

48 Vgl. zur Berücksichtigung des Wertes der Gegenleistung bei pflichtwidrig abgeschlossenen Dienstverträgen BGH NJW-RR 1988, 985, 986 und BGH DStR 2007, 310.

nächst vorgesehene S. 4 mit der Festlegung eines bestimmten Mindestschadens wurde später aber wieder gestrichen. Diese Streichung beruhte auf der, wie sich gezeigt hat (siehe oben Ziff. 2 bis 5), unzutreffenden Annahme, ein Vorteilsausgleich sei schon nach allgemeinem Schadensersatzrecht ausgeschlossen. Dieser Irrtum ändert jedoch nichts daran, dass der politisch gewünschte Ausschluss eines Vorteilsausgleichs nicht Gesetz geworden ist.

Ein Ausschluss der Vorteilsanrechnung ergibt sich auch nicht aus dem neuen § 116 S. 3 AktG. Die ausdrückliche Betonung der Haftung für eine unangemessene Vorstandsvergütung hat zwar Appellcharakter und zielt damit auf eine entsprechende Verhaltenslenkung. Die bloße Erinnerung an die gesetzlichen Pflichten des Aufsichtsrats ist aber nicht geeignet, die Ausgleichsfunktion der Schadensersatzpflicht nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG inhaltlich zu modifizieren.

Hinzukommt, dass die verhaltenssteuernde Wirkung der Organhaftung aufgrund der Verbreitung von D&O Versicherungen zunehmenden Zweifeln ausgesetzt ist.<sup>49</sup> Das VorstAG hat daraus die Konsequenz gezogen und für den Fall einer D&O Versicherung einen zwingenden Selbstbehalt vorgeschrieben (§ 93 Abs. 2 S. 2 AktG). Wurde eine D&O Versicherung abgeschlossen, so wird nunmehr in diesem Selbstbehalt die verhaltenssteuernde Wirkung gesehen.<sup>50</sup> Ein bestimmter Mindest-Selbstbehalt ist zwingend zwar nur für den Vorstand vorgeschrieben. Für den Aufsichtsrat hat der Gesetzgeber die Frage vorerst dem Deutschen Corporate Governance Kodex überlassen.<sup>51</sup> Dieser sieht in Ziff. 3.8 Abs. 2 aber eine an die Regelung beim Vorstand angepasste Empfehlung vor.<sup>52</sup>

Ist eine Vorteilsanrechnung danach grundsätzlich auch bei einer Haftung wegen überhöhter Vorstandsvergütung möglich, so darf deren praktische Bedeutung jedoch nicht überschätzt werden. Eine von vornherein begrenzte Bedeutung hat die Vorteilsanrechnung – wie beim Vorstand – in den Fällen des § 93 Abs. 3 AktG, die sinngemäß auch für den Aufsichtsrat gelten (§ 116 S. 1 AktG). In diesen Fällen wird vermutet, dass in Höhe des ausgezahlten Betrages ein Schaden entstanden ist.<sup>53</sup> Die Festsetzung unangemessener Bezüge für den Vorstand (§ 87 AktG) fällt allerdings unter keinen dieser Fälle.<sup>54</sup>

49 Kritisch z. B. MünchKommAktG/*Spindler* (Fn. 9), § 93 Rdn. 4.

50 Vgl. Bericht und Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/13433, S. 17 (elektronische Vorab-Fassung); kritisch zu dieser Steuerungsfunktion *Nikolay*, NJW 2009, 2640, 2644.

51 Vgl. Bericht und Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/13433, S. 18 (elektronische Vorab-Fassung).

52 Fassung v. 18. 6. 2009.

53 GroßkommAktG/*Hopt* (Fn. 7), § 116 Rdn. 292.

54 Die Festsetzung der Vorstandsbezüge stellt insbesondere keine Verteilung von Gesellschaftsvermögen i. S. v. § 93 Abs. 3 Nr. 5 AktG dar. Unter diese Bestimmung fallen nur ganz bestimmte Auszahlungen wie z. B. eine Einlagenrückgewähr gemäß

Bei der Festsetzung der Vorstandsvergütung nach dem neuen § 87 AktG sind insbesondere zwei Fälle von Pflichtverletzungen denkbar: eine unangemessen hohe Vergütung sowie eine entgegen § 87 Abs. 2 AktG unterlassene Herabsetzung der Vergütung. Der zweite Fall wird in dem neuen § 116 S. 3 AktG nicht erwähnt. Es besteht aber kein Zweifel, dass der Aufsichtsrat auch dann seine Pflichten verletzt, wenn er eine nach § 87 Abs. 2 AktG gebotene Herabsetzung der Vergütung unterlässt. Dass die Herabsetzung unter den dort vorliegenden Voraussetzungen nicht zu erfolgen „hat“, sondern nur erfolgen „soll“, räumt dem Aufsichtsrat zwar einen gewissen Ermessensspielraum ein. Sind die Voraussetzungen für eine Herabsetzung erfüllt, wird dieser Spielraum im Regelfall aber auf Null reduziert sein.<sup>55</sup>

Ob es überhaupt zu einer Haftung des Aufsichtsrates wegen der Festsetzung überhöhter Bezüge oder wegen der Unterlassung einer Herabsetzung der Bezüge auf eine angemessene Höhe kommt, hängt von mehreren Voraussetzungen ab. § 87 AktG verwendet für beide Fälle Begriffe, die in hohem Maße auslegungsbedürftig sind und damit einen entsprechenden Beurteilungsspielraum eröffnen.<sup>56</sup> Angesichts dieser Unschärfen wird allgemein angenommen, dass jedenfalls die Festsetzung der Vorstandsbezüge eine unternehmerische Entscheidung darstellt, für die das Haftungsprivileg der business judgement rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) gilt.<sup>57</sup> Entscheidend ist deshalb nicht, ob sich die Vergütung ex post als angemessen erweist, sondern ob ihre Festsetzung aus der *ex ante*-Sicht unter Berücksichtigung aller Umstände vertretbar war.<sup>58</sup> Eine Haftung des Aufsichtsrates wegen der Höhe der Vorstandsvergütung wird sich danach nur ergeben, wenn die bestehenden Beurteilungsspielräume in Bezug auf die Angemessenheit, Üblichkeit und Nachhaltigkeit der Vergütung deutlich überschritten sind.<sup>59</sup> Dieser Fall wird kaum eintreten, wenn der Aufsichtsrat eine sorgfältige Vorbereitung seiner Entscheidung, ggf. unter Einbeziehung externer Berater, sowie plausible Gründe für die festgesetzte Vergütung und ihre Bestandteile nachweisen kann.

Sollte es dennoch zu einem Verstoß gegen § 87 Abs. 1 AktG und einem Regress gegen die Aufsichtsratsmitglieder kommen, die an der Festsetzung der überhöhten Vergütung mitgewirkt haben, so kommt der Einwand einer Vorteilsanrechnung nur in Betracht, wenn sich die Gesellschaft in der Folgezeit

---

§ 57 Abs. 3 AktG, vgl. Hüffer (Fn. 7), § 93 AktG Rdn. 23; Krieger/Sailer in: K. Schmidt/Lutter (Hrsg.) (Fn. 30), § 93 AktG Rdn. 42.

55 Thüsing, AG 2009, 517, 523.

56 Vgl. zur alten Gesetzesfassung Fleischer in: Spindler/Stilz (Hrsg.) (Fn. 9), § 87 AktG Rdn. 9 und MünchKommAktG/Spindler (Fn. 9), § 87 Rdn. 20.

57 BGH NJW 2006, 522, 523; LG Düsseldorf NJW 2004, 3275, 3276; Fleischer in: Spindler/Stilz (Hrsg.) (Fn. 9), § 87 AktG Rdn. 15; Hüffer (Fn. 7), § 87 AktG Rdn. 8; zum VorstAG z. B. Hohenstatt, ZIP 2009, 1349, 1354.

58 GroßkommAktG/Kort (Fn. 7), § 87 Rdn. 302; Diller, NZG 2009, 1006, 1009.

59 Vgl. Hohenstatt, ZIP 2009, 1349, 1354 f.; van Kann/Keiloweit, DStR 2009, 1587, 1591.

positiv entwickelt hat. Nur in einem solchen Falle könnte einer Inanspruchnahme entgegengehalten werden, dass die überhöhte Vergütung die positive Entwicklung mit beeinflusst und damit der Gesellschaft Vorteile gebracht hat. Welchen Anteil die Vergütung im Einzelfall an einer solchen Entwicklung hat, wird sich allerdings nur schwer nachweisen lassen. Die Darlegungs- und Beweislast dafür liegt aber in vollem Umfang bei den Mitgliedern des Aufsichtsrats. Der Anteil wird allenfalls geschätzt werden können (§ 287 ZPO). Die praktische Relevanz eines Vorteilsausgleichs dürfte damit eher gering sein.

Eine positive Entwicklung der Gesellschaft wird ohnehin kaum Anlass bieten, Ersatzansprüche wegen überhöhter Vorstandsvergütung geltend zu machen. Dies ist eher denkbar, wenn sich die Lage der Gesellschaft verschlechtert und der Aufsichtsrat es unterlässt, die Vergütung des Vorstandes gemäß § 87 Abs. 2 AktG herabzusetzen. Wird der Aufsichtsrat wegen eines solchen Unterlassens in Anspruch genommen, könnte er unter Umständen einwenden, dass sich die Lage der Gesellschaft bei Herabsetzung der Vergütung noch schlechter entwickelt hätte. Der Nachweis eines solchen hypothetischen Kausalverlaufs dürfte aber ebenfalls schwierig, wenn nicht gar unmöglich sein.

### *7. Schlussbemerkung*

Entgegen der Ansicht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages ist der Einwand der Vorteilsanrechnung auch möglich, wenn der Aufsichtsrat seine Pflichten nach § 87 AktG verletzt hat, indem er entweder eine unangemessen hohe Vorstandsvergütung festgesetzt oder es unterlassen hat, die Vorstandsvergütung auf die angemessene Höhe herabzusetzen. Die Darlegungs- und Beweislast dafür liegt aber beim Aufsichtsrat. Die praktische Bedeutung des Einwandes, die überhöhte Vergütung habe der Gesellschaft einen den Schaden mindestens aufwiegenden Nutzen gebracht, dürfte jedoch gering sein.

Reinhard Marsch-Barner