

FABIAN EIKE FLASSHOFF

Die Beweislastverteilung bei der Organhaftung

*Schriften zum
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
101*

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

101



Fabian Eike Flaßhoff

Die Beweislastverteilung bei der Organhaftung

Zur Reichweite der Beweislastregel
§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG und der Business Judgment Rule
als „presumption“ deutscher Bauart

Mohr Siebeck

Fabian Eike Flaßhoff, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Göttingen und der Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines; Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der FU Berlin, der HU Berlin und der Universität Leipzig; 2018–20 Referendariat im Bezirk des OLG Dresden; 2021 Promotion (HU Berlin); Notarassessor im Freistaat Bayern.
orcid.org/0000-0001-5081-0464

ISBN 978-3-16-160688-5 / eISBN 978-3-16-160689-2
DOI 10.1628/978-3-16-160689-2

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480
(Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times gesetzt und von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/21 von der juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen und von dieser mit dem Karlheinz-Quack-Preis 2021 ausgezeichnet. Die mündliche Prüfung fand am 8. Februar 2021 statt. Das Manuskript ist im Wesentlichen auf dem Stand von Oktober 2020, Rechtsprechung und Literatur wurden bis März 2021 berücksichtigt.

Allein hätte ich diese Arbeit niemals fertiggestellt. Über ihren langen Entstehungszeitraum haben viele Personen mitgewirkt, denen ich allen danken möchte und von denen einige an dieser Stelle hervorgehoben seien.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Prof. Dr. *Gregor Bachmann*, LL.M. (Michigan), der die Arbeit betreut und mich dabei stets motiviert hat. Gedankt sei ihm auch für den Freiraum, den er mir für neue Ideen gewährt hat und die große Offenheit, mit der er den Ergebnissen begegnet ist. Vor allem danke ich ihm aber für die spannende und lehrreiche Möglichkeit zur wissenschaftlichen Mitarbeit an seinem Lehrstuhl, an die ich stets mit Freude zurückdenken werde, die mich sehr geprägt hat und die ich sicherlich auch vermissen werde. Prof. Dr. *Jan Thiessen* danke ich für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens und den darin enthaltenen Hinweisen.

Danken möchte ich ferner den Herausgebern Prof. Dr. *Jörn Axel Kämmerer*, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. *Karsten Schmidt* und Prof. Dr. *Rüdiger Veil* für die Aufnahme in die Schriftenreihe.

Dank gebührt auch meinen Mitstreitern am Lehrstuhl Bachmann für die gemeinsam dort verbrachte Zeit. Sie haben mit mir nicht nur die Freuden und gelegentlich auch die Leiden des wissenschaftlichen Arbeitens geteilt, sondern auch den ein oder anderen guten Gedanken beige-steuert. Namentlich nennen möchte ich *Nikolas Klein*, LL.M. (Cambridge), Dr. *Jan-Erik Schirmer* und Dr. *Philipp Pauschinger*.

Schließlich möchte ich mich bei meiner Familie bedanken. Bei meinen Eltern *Kerstin* und *Wolfgang Flaßhoff*, die mich stets vorbehaltlos, grenzenlos und mit viel Vertrauen auf meinem Weg unterstützt haben, ebenso wie bei meinen Brüdern, *Felix Malte* und *Florian Golo Flaßhoff*.

Der größte Dank gebührt jedoch meiner lieben Frau *Anna Flaßhoff* für ihre niemals endende Geduld, für die jederzeit gewährte Unterstützung und dafür, dass sie alle Lasten mitgetragen hat, die mit dieser scheinbar „unendlichen“ Ge-

schichte verbunden waren. Ohne sie hätte die Arbeit kein Ende gefunden. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Coburg, Dezember 2021

Fabian Eike Flaßhoff

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
§ 1 Einleitung	1
<i>A. Stein des Anstoßes</i>	1
<i>B. Gegenstand und Gang der Untersuchung</i>	9
§ 2 Grundlagen	13
<i>A. Grundlagen der Organhaftung</i>	13
<i>B. Grundlagen der Beweislast</i>	40
§ 3 Das Prinzip der Beweislastverteilung im Schuldverhältnis: Die gegenseitige Akzessorietät von Schuld und Beweislast	75
<i>A. Beweislastverteilung im Regelschuldverhältnis gem. § 280 Abs. 1 BGB</i>	76
<i>B. Beweislastverteilung in Sonderkonstellationen</i>	90
<i>C. Zusammenfassung</i>	126
§ 4 Beweislastverteilung im Rahmen der Organhaftung	129
<i>A. Problemstellung und Meinungsstand</i>	129
<i>B. Auslegung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG</i>	150
<i>C. Ergebnis</i>	413

§ 5 Beweislastverteilung und Business Judgment Rule	415
<i>A. Problemstellung und Meinungsstand</i>	<i>415</i>
<i>B. Eigener Ansatz: Die Business Judgment Rule als presumption deutscher Bauart</i>	<i>420</i>
<i>C. Ergebnis</i>	<i>479</i>
§ 6 Schluss	481
<i>A. Schlusswort</i>	<i>481</i>
<i>B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</i>	<i>483</i>
Literaturverzeichnis	499
Schlagwortverzeichnis	519

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
§ 1 Einleitung	1
<i>A. Stein des Anstoßes</i>	1
<i>B. Gegenstand und Gang der Untersuchung</i>	9
I. Untersuchungsgegenstand und Untersuchungsmethode	9
II. Untersuchungsverlauf	10
§ 2 Grundlagen	13
<i>A. Grundlagen der Organhaftung</i>	13
I. Grundsätzliches	13
1. Charakteristika der Haftung	13
2. Funktion der Haftung	17
II. Tatbestandsvoraussetzungen der Haftung	18
1. Überblick über den Haftungstatbestand	18
2. Pflichtverletzung	20
a) „Pflichtverletzung“ im Sinne des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG	20
aa) Pflichtverletzung als objektive Nichterfüllung	20
bb) Feststellung der Pflichtverletzung in Abhängigkeit von der Art der Leistungsstörung	23
b) Erster Schritt: „Pflicht“ – Ermittlung des geschuldeten Leistungserfolgs	24
aa) Die Unbestimmtheit der Verhaltenspflichten als Problem	24
bb) Kategorisierung der Verhaltenspflichten nach dem Grad ihrer Bestimmtheit	25
(1) Kein abgeschlossener Pflichtenkatalog	26
(2) Einzelpflichten und Generalklausel	27
(a) Folgen der Differenzierung	27
(b) (Spezial-)Einzelpflichten (Legalitätspflicht im engeren Sinne)	28

(c) Generalklauseln – Sorgfalts- und Treuepflicht	29
c) Zweiter Schritt: „Verletzung“ – Feststellung des Ausbleibens des Leistungserfolgs	31
d) Zusammenfassung	32
3. Verschulden	33
a) Allgemeines zum Verschulden	33
b) Relevanz des Verschuldens für die Organhaftung	34
c) Zusammenfassung	36
4. Schaden	36
a) Schadensbegriff	37
b) Feststellung des Schadens	39
5. Kausalität	39
B. Grundlagen der Beweislast	40
I. Der Beweis im Zivilprozess	41
1. Sachverhaltsermittlung und Beweiserhebung	41
2. Gegenstand des Beweises	41
3. Notwendigkeit des Beweises	42
4. Freie Beweiswürdigung, erforderliches Beweismaß und non liquet	43
II. Begriff, Bedeutung und Erscheinungsformen der Beweislast	44
1. Bedeutung der Beweislast für den Zivilprozess	44
2. Feststellungslast (objektive Beweislast)	45
3. Beweisführungslast (subjektive Beweislast)	47
4. Behauptungslast (Darlegungslast)	47
III. Grundsätze der Beweislastverteilung	49
1. Normqualität der Beweislastnormen und Grundregel der Beweislastverteilung	49
2. Prinzipien der Beweislastverteilung	52
IV. Beweiserleichterungen	53
1. Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr	53
2. Vorprozessuale Auskunftsansprüche	55
3. Sekundäre Behauptungslast	57
a) Begriff, Funktion und Rechtsgrundlage	57
b) Voraussetzungen und Anwendbarkeit im Rahmen der Organhaftung	60
aa) Sekundäre Behauptungslast aufgrund Negativbeweises	60
bb) Sekundäre Behauptungslast aufgrund einer Informationsasymmetrie	62
(1) Informationsdefizit der risikobelasteten Partei	63
(2) Möglichkeit der Darlegung durch nicht risikobelastete Partei	65
(3) Keine Unzumutbarkeit	66
c) Zusammenfassung	67
4. Beweisvereitelung	67
a) Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Beweisvereitelung	68

b) Beweisvereitelung im Rahmen der Organhaftung	69
5. Anscheinsbeweis	72
6. Zusammenfassung	73
§ 3 Das Prinzip der Beweislastverteilung im Schuldverhältnis: Die gegenseitige Akzessorietät von Schuld und Beweislast.....	75
A. <i>Beweislastverteilung im Regelschuldverhältnis</i> <i>gem. § 280 Abs. 1 BGB</i>	76
I. Tatbestand und Beweislastverteilung im Allgemeinen	76
II. Trennung von Pflichtverletzung und Vertretenmüssen	77
1. Die Teleologie des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB: die Beweispflicht als Fortsetzung der Leistungspflicht	78
a) Der Garantiedanke und das Leistungsrisiko	79
b) Die Struktur des Schuldverhältnisses: Erfolgsschuld vs. Verschuldenshaftung	79
c) Der historische Ursprung der Beweislastregelung	81
2. Rückwirkung auf das Verständnis von Pflichtverletzung und Vertretenmüssen	84
3. Erfolgs- oder verhaltensbezogener Pflichtencharakter und sein Einfluss auf die Beweislastverteilung	85
4. Beweislastregelung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB als Ausdruck des Nähegedankens?	87
5. Zusammenfassung	89
B. <i>Beweislastverteilung in Sonderkonstellationen</i>	90
I. Beweislastverteilung bei der Haftung von Geschäftsbesorgern	90
1. Geschäftsbesorgung im Allgemeinen	90
2. Rechtsanwalt und Steuerberater	92
a) Heute herrschende Auffassung	92
b) Schlechtleistung als positive Vertragsverletzung oder Nichterfüllung?	93
3. Vermögensverwaltung	96
II. Beweislastverteilung bei der Haftung des Beauftragten	97
1. Beweislastverteilung nach herrschender Meinung	97
2. Unhaltbarkeit der herrschenden Meinung vor dem Hintergrund der Schuldrechtsreform	99
3. Ergebnis	101
III. Beweislastverteilung bei der Haftung des Vormunds	102
1. Gemeinsamkeiten zwischen Organschaft und Vormundschaft	102
2. Beweislastverteilung bei der Haftung des Vormunds	105
a) Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften oder gerichtliche Anordnungen	105

b) Verstoß gegen das Gebot der treuen und gewissenhaften Amtsführung	107
c) Beweislastverteilung gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB	110
3. Ergebnis	111
IV. Beweislastverteilung bei der Arbeitnehmerhaftung	112
1. Beweislastregelung des § 619a BGB	112
2. Beweislastverteilung bei der Mankohaftung	114
a) Das Problem: Leistungsrisiko des Arbeitnehmers vs. Beweisnot des Arbeitgebers	115
b) Die Akzessorietät von Schuld und Beweislast – Der zwingende Zusammenhang von Schuldinhalt und Beweislastverteilung	116
aa) Das duale Haftungskonzept des BAG	116
(1) Manko als Schlechtleistung bzw. Schutzpflichtverletzung	117
(2) Manko als Unmöglichkeit der Herausgabe	119
bb) Erfolgsabwendungspflicht des Arbeitnehmers aufgrund der Beweisnot des Arbeitgebers?	122
c) Ergebnisse	124
3. Zusammenfassung	125
C. <i>Zusammenfassung</i>	126
§ 4 Beweislastverteilung im Rahmen der Organhaftung	129
A. <i>Problemstellung und Meinungsstand</i>	129
I. Problemaufriss	129
II. Meinungsstand	130
1. Überblick	130
2. Extensive Lesart: Beweislastverteilung nach Goette und der herrschenden Meinung	133
a) Der gesicherte Teil	133
b) Bestehende Unklarheiten: Was heißt „möglicherweise pflichtwidrig“?	134
aa) Keine eigene Bedeutung	136
bb) Sekundäre Behauptungslast der Gesellschaft bezüglich des Merkmals Pflichtwidrigkeit	138
(1) Sekundäre Behauptungslast bezüglich objektiver Pflichtwidrigkeit	138
(2) Problem: Die Voraussetzungen der sekundären Behauptungslast	139
(a) Aufgrund bestehender Informationsasymmetrie	140
(b) Aufgrund Negativbeweises	141
cc) Die Möglichkeit der Pflichtwidrigkeit als von der Gesellschaft zu beweisendes Merkmal	142

c) Zusammenfassung	146
3. Beweislastverteilung bei Mertens modifiziertem Schadensbegriff	146
4. Restriktive Lesart: Beweislastverteilung entsprechend	
§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB	148
a) Gegenstand des Entlastungsbeweises	148
b) Beweiserleichterungen der Gesellschaft	149
5. Zusammenfassung	150
<i>B. Auslegung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG</i>	<i>150</i>
I. Der Wortlaut	150
II. Das System	153
1. Äußeres System	153
a) Die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ – Wider den Mythos der Doppelfunktion	153
aa) Nur Verschuldensmaßstab oder auch objektive Verhaltenspflicht?	155
(1) Der Wortlaut des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG	155
(2) Die Systematik des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG	155
(a) Direkte Umgebung: § 93 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 5 AktG	155
(b) Die amtliche Überschrift	156
(c) Vergleich mit ähnlichen Normen in AktG, HGB und BGB	157
(aa) Sorgfalt im Aktiengesetz	157
(bb) Sorgfalt in anderen Gesetzen	158
(cc) Ergebnis	159
(d) Zusammenfassung	159
(3) Die Genese des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG	159
(a) Art. 241 Abs. 2 ADHGB als Ursprung	160
(b) Von Art. 241 Abs. 2 ADHGB zu § 241 HGB 1897	163
(c) § 84 AktG 1937 als Entwicklungsstation	165
(d) § 93 AktG 1965 als vorläufiger Endpunkt	166
(e) Die Kodifizierung der Business Judgment Rule durch das UMAG im Jahre 2005	167
(f) Erklärungsversuch	169
(g) Ergebnis	170
(4) Die Teleologie des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG	171
(5) Zusammenfassung	171
bb) Ergebnis	172
b) Vergleich von § 93 Abs. 2 Satz 2 und Satz 1 AktG	172
c) Das Verhältnis zu den besonders genannten Haftungsfällen des § 93 Abs. 3 AktG	173
d) Beweislastverteilung bei Widerruf der Bestellung und Kündigung des Anstellungsvertrags aus wichtigem Grund	174

e) Ergebnis	176
2. Inneres System	177
a) Wertungen des Haftungsrechts	177
b) Wertungen des Beweisrechts	178
c) Synthese: gemeinsame Wertungen des Haftungs- und Beweisrechts	179
d) Abgleich mit der Beweislastverteilung im Rahmen der Organhaftung	180
e) Ergebnis	182
3. Ergebnis der systematischen Auslegung	182
III. Die Genese	183
1. Überblick	183
2. Geburtsstunde der Beweislastregelung: Die Aktienrechtsreform 1884 ..	185
a) Überblick	185
b) Entwurfsbegründung vom 7. März 1884	185
aa) Kodifizierung eines allgemeinen Organinnenhaftungsanspruchs samt Beweislastregelung	185
bb) Die Entwurfsbegründung im Wortlaut	186
(1) Ursprung der Beweislastregelung	186
(2) Inhalt der Beweislastregelung	188
cc) Zwischenfazit: Die Beweislastregelung als Ausdruck einer „allgemein gültigen Regel“	190
c) Die zeitgenössische Literatur	191
aa) Die „allgemein gültige Regel“	192
(1) Die dogmatische Natur des Ersatzanspruchs: Einheit der Obligation und verschuldensunabhängige Einstandspflicht	193
(2) Die unverschuldete Unmöglichkeit als Befreiungs- und nicht als Haftungstatbestand	195
(3) Ergebnis	197
bb) Die Verwandtschaft mit § 282 BGB a. F.	197
cc) Das Kernproblem: Die Schlechtleistung im System der Haftung für Nichterfüllung	200
(1) Das Problem	200
(2) Die Lösung in Abhängigkeit von der dogmatischen Konstruktion des Ersatzanspruchs	201
(a) Beweislastverteilung bei der Nichterfüllungskonzeption	202
(aa) Die Schlechtleistung als Nichterfüllung	202
(bb) Der geltend gemachte Schaden als Kehrseite des Forderungsrechts	204
(cc) Illustrierung am Fallbeispiel	205
(b) Beweislastverteilung bei der Pflichtverletzungskonzeption	207
(aa) Die Schlechtleistung als schuldhaft Vertragsverletzung	207

(bb) Illustrierung am Fallbeispiel	209
(3) Zusammenfassung	210
dd) Das Mandat zur Verwaltung fremden Vermögens und die Klage auf Rechnungsablegung	210
(1) Verhältnis von Rechenschaft und Beweislast nach preußischer Konzeption	210
(2) Verhältnis von Rechenschaft und Beweislast nach pandektistischem Nichterfüllungskonzept	211
ee) Abschließender Abgleich mit dem Wortlaut der Entwurfsbegründung	214
(1) Deutung der Entwurfsbegründung vor dem Hintergrund des Erarbeiteten	214
(2) Quelle des heutigen Missverständnisses	217
d) Die zeitgenössische Rechtsprechung	218
aa) Die Rechtsprechung im Einzelnen	219
(1) OAG Lübeck – Erkenntnis vom 5. Mai 1826	219
(2) OAG Lübeck – Erkenntnis vom 26. Februar 1852	220
(3) OAG Lübeck – Erkenntnis vom 26. September 1861	221
(4) OAG Lübeck – Erkenntnis vom 29. April 1865	224
(5) OAG Lübeck – Erkenntnis vom 8. November 1870	225
(6) OG Wolfenbüttel – Erkenntnis vom 19. Mai 1870	226
(7) OAG Lübeck – Erkenntnis vom 21. Dezember 1870	227
(8) Reichsoberhandelsgericht – Urteil vom 1. Juni 1872	228
(9) Reichsoberhandelsgericht – Urteil vom 30. April 1875	232
bb) Ergebnisse der Rechtsprechungsanalyse	233
e) Das Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884	235
f) Fazit	237
3. Kodifikation der Beweislastregel mit dem Aktiengesetz 1937 und die Rechtsprechung des Reichsgerichts	238
a) Überblick	238
b) Das Aktiengesetz von 1937	239
aa) Von der Aktienrechtsreform 1884 zum Aktiengesetz 1937	239
bb) Die Kodifikation in § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937	239
(1) Vorarbeiten in der Akademie für Deutsches Recht	240
(2) Gesetzesbegründung	242
cc) Fazit	244
c) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	245
aa) Überblick	245
bb) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts im Einzelnen	245
(1) Urteil vom 28. April 1885	245
(2) Urteil vom 25. Januar 1888	252
(3) Urteil vom 28. Mai 1895	254
(4) Urteil vom 3. Februar 1920	256

(5) Urteil vom 13. April 1920	258
(6) Urteil vom 26. September 1930	261
(7) Urteil vom 11. Juni 1934	263
(8) Urteil vom 31. März 1936	266
(9) Urteil vom 28. Mai 1937	271
(10) Urteil vom 11. Mai 1938	275
(11) Urteil vom 7. Juni 1939	277
(12) Urteil vom 23. Oktober 1940	280
cc) Ergebnisse der Rechtsprechungsanalyse	281
(1) Ursprung und Entwicklung der reichsgerichtlichen Beweislastverteilung	281
(2) Die reichsgerichtliche Beweislastverteilung in der Sache	283
(3) Fehlinterpretation der reichsgerichtlichen Rechtsprechung durch die herrschende Meinung	285
d) Rezeption des § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG durch ausgewählte Vertreter des zeitgenössischen Schrifttums	288
e) Ergebnisse	291
4. Entwicklung seit dem Aktiengesetz 1937 und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	292
a) Überblick	292
b) Gesetzgeberische Tätigkeiten	293
aa) Das Aktiengesetz von 1965	293
bb) Die gesetzgeberische Tätigkeit bis heute	294
(1) VorstAG	295
(2) Kodifizierung der Business Judgment Rule durch das UMAG	295
c) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	297
aa) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor 2002	297
(1) Urteil vom 23. Februar 1956	297
(2) Urteil vom 15. Oktober 1962	299
(3) Urteil vom 12. November 1970	301
(4) Urteil vom 28. Oktober 1971	302
(5) Urteil vom 20. März 1972	304
(6) Urteil vom 9. Mai 1974	304
(7) Urteil vom 7. November 1977	306
(8) Urteil vom 22. Oktober 1979	308
(9) Urteil vom 9. Juni 1980	310
(10) Urteil vom 1. März 1982	313
(11) Urteil vom 14. März 1983	313
(12) Urteil vom 8. Juli 1985	314
(13) Urteil vom 26. November 1990	316
(14) Urteil vom 9. Dezember 1991	317
(15) Urteil vom 21. März 1994	319
bb) Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung	320

cc) Die Leitentscheidung des BGH vom 4. November 2002	325
dd) Die Rechtsprechung seit 2002	333
(1) Vermeintliche Einigkeit	333
(2) Divergierende Rechtsprechung der Oberlandesgerichte	334
ee) Ergebnisse der Rechtsprechungsanalyse	337
d) Zusammenfassung	338
5. Ergebnis der genetischen Auslegung	339
IV. Die Teleologie	340
1. Die teleologischen Faktoren	340
2. „Keine Erfolgshaftung“ – Die Wahrung der gegenseitigen Akzessorietät von Schuld und Beweislast	341
a) „Keine widerlegliche Erfolgshaftung“ – Was heißt das?	341
b) Warum „keine widerlegliche Erfolgshaftung?“	344
c) Konsequenz für die Beweislastverteilung	346
d) Bewertung der Beweislastverteilungskonzepte	347
aa) Das extensive Verständnis	347
(1) Die herrschende Meinung im Ausgangspunkt	347
(2) „Möglicherweise pflichtwidrig“ ohne eigene Bedeutung	349
(3) „Möglicherweise pflichtwidrig“ als sekundäre Behauptungslast der Gesellschaft	351
(a) Benennung der verletzten Pflicht	352
(b) Substantiierung der objektiven Pflichtwidrigkeit	353
(4) Möglichkeit der Pflichtverletzung als eigenes Tatbestandsmerkmal	354
(5) Zusammenfassung	355
bb) Das restriktive Verständnis	356
e) Ergebnis	357
3. Das Argument der Sach- und Beweisnähe	358
a) Der Nähegedanke und seine Bedeutung für die Beweislast	358
b) Differenzierung nach den Ebenen Sachkenntnis und Beweismittelzugriff	360
c) Ebene der Sachkenntnis	361
aa) Informationsvorsprung des Organmitglieds	361
bb) Informationsdefizit der Gesellschaft	364
(1) Auf wessen Kenntnis kommt es an?	364
(2) Kenntnisstand der anspruchverfolgenden Organe	365
cc) Problem: Sachverhaltsaufdeckung vs. Sachverhaltsaufklärung	369
dd) Zusammenfassung und Relativierung	370
(1) Zusammenfassung	370
(2) Relativierung: Vergleich mit Geschäftsbesorgungsverhältnissen	370
d) Ebene des Beweismittelzugriffs	371
aa) Beweisnähe des Organmitglieds?	373
(1) Steuerung der Beweisentstehung	373

(2) Zugang zu Beweismitteln	374
(a) Amtierende Organmitglieder	374
(b) Ausgeschiedene Organmitglieder	376
(c) Auf welches Organmitglied ist abzustellen?	378
bb) Beweisnot der Gesellschaft?	378
(1) Steuerung der Beweisentstehung	379
(2) Zugang zu Beweismitteln	380
cc) Zusammenfassung	381
e) Zwischenfazit	382
f) Bewertung der Beweislastverteilungskonzepte	383
aa) Das extensive Verständnis	383
(1) „Möglicherweise pflichtwidrig“ ohne eigene Bedeutung	383
(2) „Möglicherweise pflichtwidrig“ als sekundäre Behauptungslast der Gesellschaft	384
(3) Zusammenfassung	385
bb) Das restriktive Verständnis	386
(1) Ebene der Sachkenntnis	386
(2) Ebene des Beweismittelzugriffs	389
(3) Zusammenfassung	390
cc) Vergleich der Lösungskonzepte	391
dd) Ergebnis	393
4. Die Rechenschaftspflicht	394
a) Die Rechenschaftspflicht als eigenes Wertungskriterium?	394
b) Die Beweispflicht als abgekürzte Vollstreckung der Rechenschaftspflicht?	396
c) Ergebnis	401
5. Die Indizfunktion des Schadens	401
a) Die verschiedenen Schadensbegriffe	401
b) Indizierende Wirkung des wertneutralen Schadens	403
c) Indizierende Wirkung des Schadens im Sinne Mertens'	405
d) Ergebnis	406
6. Die verhaltenssteuernde Funktion	407
a) Bedeutung der Beweislastverteilung für die Verhaltenssteuerung	407
b) Verhaltensanreize der Beweislastverteilung	407
c) Ergebnis	410
7. Ergebnis der teleologischen Auslegung	411
V. Auslegungsergebnis	412
C. Ergebnis	413

§ 5 Beweislastverteilung und Business Judgment Rule	415
<i>A. Problemstellung und Meinungsstand</i>	<i>415</i>
I. Problemstellung	415
II. Meinungsstand	416
III. Lösungsmöglichkeiten	419
1. „Zurück auf Null“: Business Judgment Rule zwingt zu extensivem Verständnis	419
2. „Safe Harbor“: Gesellschaft muss Pflichtverletzung beweisen, das Organ kann sich durch Nachweis der Voraussetzungen der Business Judgment Rule vor Haftung schützen.	419
3. „Presumption“: Gesellschaft muss Verstoß gegen Business Judgment Rule beweisen	420
<i>B. Eigener Ansatz: Die Business Judgment Rule als presumption deutscher Bauart</i>	<i>420</i>
I. Zwei Prämissen	420
II. Prämisse 1: § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG als gesetzliche Konkretisierung der Verhaltenspflichten für unternehmerische Entscheidungen	421
1. Ursprung – § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG als deklaratorische Kodifizierung der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung	421
a) Deklaratorische Kodifizierung der ARAG/ Garmenbeck-Entscheidung	421
b) Beschränkte Bedeutung der US-amerikanischen Rule	425
2. Die Ziele des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und wie sie erreicht werden können	426
a) Überblick	426
b) Ausschluss der Erfolgshaftung	428
c) Schutz des unternehmerischen Ermessens	429
aa) Ursprung des Ermessens	429
bb) Funktionale Umsetzung: Organpflichten als Ermessensgrenzen	430
(1) „Unternehmerische Entscheidung“ – Legalitätspflicht als Ermessensgrenze	431
(2) „Auf angemessener Informationsgrundlage“ – Pflicht zur sorgfältigen Entscheidungsvorbereitung als Ermessensgrenze	432
(3) „Zum Wohle der Gesellschaft“ – Verfolgung des Gesellschaftswohls als Ermessensgrenze	433
cc) Ergebnis	434
d) Kompensation des Rückschaufehlers	434
aa) Das Phänomen „Rückschaufehler“	435
bb) Der Rückschaufehler als teleologischer Faktor hinter § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG?	436

(1) Keine explizite Erwähnung	436
(2) Die Rückschaufehler als besonderes Phänomen bei der Beurteilung unternehmerischen Handelns	438
(a) Besonderes Rückschaurisiko aufgrund fehlender ex-ante-Verhaltensregeln	438
(b) Vertiefung des Rückschaufehlers durch die Beweislastumkehr der herrschenden Meinung	440
(c) Schadenshöhe als Risikofaktor	443
(d) Zusammenfassung	443
(3) Fazit	444
cc) Funktionale Umsetzung: De-Biasing	444
(1) Durch Vergegenwärtigung des Rückschaufehlers	444
(2) Durch tatbestandliche Strukturierung der Sorgfaltsanforderungen	445
(3) Durch Beweislastverteilung	446
(4) Durch Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs	448
dd) Ergebnis	449
e) „Richter sind schlechte Manager“	450
f) Zusammenfassung	451
3. Dogmatik – 93 Abs. 1 Satz 2 AktG als Generalklausel der Verhaltenspflichten für unternehmerisches Handeln	452
a) Kein Auseinanderfallen von Verhaltens- und Bewertungsmaßstab . .	452
b) Keine unwiderlegliche Rechtsvermutung pflichtgemäßen Verhaltens	453
c) Tatbestandsausschluss oder Konkretisierung der Verhaltenspflichten?	454
aa) „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn ...“ – Tatbestandsausschluss?	455
bb) Aber: ein Verstoß gegen § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ist stets pflichtwidrig	455
(1) Die Verletzung eines milden Maßstabs hat zwingend die Verletzung des strengeren zur Folge	456
(2) Kein anderer Maßstab für unternehmerische Entscheidungen im Interessenkonflikt	456
(3) Gutgläubigkeit als Merkmal nicht erforderlich	462
(4) Zusammenfassung	462
cc) Fazit	463
d) Ergebnis	463
4. Zusammenfassung	464
III. Prämisse 2: Auch für die Business Judgment Rule gilt die verschuldensbezogene Beweislastregelung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG . .	465
1. Organmitglied muss Einhaltung der BJR beweisen.	466
a) Kein „Zurück“ zum extensiven Verständnis der h. M. – Business Judgment Rule bewirkt keine vollständige Beweislastumkehr bezüglich objektiver Pflichtwidrigkeit	467

b) Kein „Safe Harbor“-Konzept – Business Judgment Rule bewirkt auch keine partielle Beweislastumkehr	468
2. „Presumption“ – Gesellschaft muss Verstoß gegen Business Judgment Rule beweisen	469
a) Vereinbarkeit mit dem Wortlaut	470
b) Vereinbarkeit mit dem System	470
c) Vereinbarkeit mit der Genese	471
d) Vereinbarkeit mit dem Sinn und Zweck	472
aa) Gemeinsame Wertungen hinter § 93 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 AktG	472
bb) Das Postulat „keine widerlegliche Erfolgshaftung“ und das Wesen der Organpflichten	473
cc) Schutz des unternehmerischen Ermessens	474
dd) Das Argument der Sach- und Beweishöhe	475
3. Ergebnis	478
IV. Zusammenfassung	478
C. <i>Ergebnis</i>	479
§ 6 Schluss	481
A. <i>Schlusswort</i>	481
B. <i>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</i>	483
I. Grundlagen der Beweislast	483
II. Die Beweislastverteilung bei der Haftung in anderen Schuldverhältnissen	484
III. Materielle Grundlagen der Organhaftung	488
IV. Die Beweislastverteilung bei der Organhaftung	489
1. Meinungsstand	490
2. Auslegung von § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG	491
V. Beweislastverteilung und Business Judgment Rule	495
Literaturverzeichnis	499
Schlagwortverzeichnis	519

§1 Einleitung

A. Stein des Anstoßes

Organhaftung ist *en vogue*. Das gilt für Praxis und Theorie gleichermaßen, sie beschäftigt den Richter ebenso wie den Professor, sie treibt den Vorstand und ernährt den Berater. Die juristische Fachöffentlichkeit befasst sich mit diesem Thema schon länger,¹ die Gerichte beschäftigen dieses Thema immer häufiger,² die öffentliche Diskussion dazu wird immer lauter³. Die Aktualität des Themas vor diesem Szenario zu begründen, erscheint müßig. Vielmehr ist es mittlerweile wohl so, dass eine weitere Monographie zu diesem Thema – ihre Zahl ist Legion⁴ – der Rechtfertigung bedarf.⁵ Legitim wäre dies, wenn neue Aspekte des Themas erstmalig beleuchtet werden oder alte letztmalig unter neuem Aspekt dargestellt werden – dann freilich nur, soweit daraus neue Erkenntnisse erwachsen. Die hiesige Untersuchung versucht sich an Letzterem.

So ist denn auch die Verbindung von Organhaftung und Beweislast kein neues Thema. Die Diskussion um die Verteilung der Darlegungs- und Be-

¹ *Eisele*, Sicherer Hafen, S. 23. Den vorläufigen Höhepunkt erreichte die Diskussion im Jahr 2014, als sie unter dem Titel „Reform der Organhaftung“ zum Thema der wirtschaftsrechtlichen Abteilung auf dem 70. DJT in Hannover gemacht wurde. Gutachter dazu war *Bachmann*, Referenten waren *Kremer*, *Sailer-Coceani* und *U. H. Schneider*.

² Vgl. dazu die rechtstatsächlichen Erhebungen bei *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 11 ff.

³ Im Fokus der Öffentlichkeit stehen dabei freilich in erster Linie „Skandalfälle“. Die Repräsentativität dieser Fälle für den durchschnittlichen Haftungsfall erscheint allerdings höchst fraglich.

⁴ Man beachte allein die Vielzahl zuletzt erschienener Monographien: *Berger*, Vorstandshaftung und Beratung; *Ph. Scholz*, Existenzvernichtende Haftung; *Eisele*, Sicherer Hafen; *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung; *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen; *Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung; *Kutscher*, Organhaftung als Instrument der Corporate Governance; *Pfertner*, Unternehmerische Entscheidungen des Vorstands; *N. Fischer*, Existenzvernichtende Vorstandshaftung; etwas älter die Monographien von *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen; *Oltmanns*, Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen; *Roth*, Unternehmerisches Ermessen; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen; *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, *Winnen*, Innenhaftung des Vorstands; *Schlimm*, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands; *Bunz*, Schutz unternehmerischer Entscheidungen; *Danninger*, Organhaftung und Beweislast.

⁵ *Pfertner*, Unternehmerische Entscheidungen, S. 1 spricht von einem „gewissen Rechtfertigungsdruck“.

weislast bei der Haftung von Organmitgliedern ist so alt wie die Organhaftung selbst.⁶ Wenngleich die Frage der Beweislastverteilung niemals stiefmütterlich behandelt wurde – zuletzt erschienen zwei parallel zu dieser Studie entstandene Dissertationen⁷ –, lässt sich im rechtswissenschaftlichen Diskurs ein gewisses Ungleichgewicht erkennen. Der weit überwiegende Teil von Beiträgen der in den letzten Jahren in Fachpresse und Allgemeinheit mit wachsender Intensität geführten Debatte legt den Fokus auf den materiellen Teil des Haftungsstatbestands.

Das allein wäre nicht problematisch, wenn die Schwerpunktsetzung der juristischen Forschung reale gesellschaftliche Bedürfnisse widerspiegeln würde. Und in der Tat hat es den Anschein, als entspräche diese Disparität juristischer Aufmerksamkeit den Realitäten. Aber nicht etwa deshalb, weil das prozessuale Recht nur Annex des eigentlichen, des materiellen, des „richtigen“ Rechts ist, wie es heute angehenden Juristen im Rahmen ihres Studiums allein durch die Strukturierung der Ausbildung gelehrt wird.⁸ Die Erfahrung des Laien, Recht zu haben und Recht zu bekommen, seien zwei Paar Schuhe, ist auch beim Juristen angekommen. Recht zu haben hat nur dann echten Wert, wenn man es auch durchsetzen kann. Materielles Recht und die Möglichkeit seiner prozessualen Durchsetzung stehen deshalb – jedenfalls vom praktischen Ergebnis her betrachtet – gleichberechtigt nebeneinander. Recht ist nur insoweit von realem Wert, wie sein Bestehen bewiesen werden kann.⁹

Der Grund, warum der materielle Teil des Rechts der Organhaftung so viel mehr Aufmerksamkeit erfährt als die Frage seiner prozessualen Durchsetzung, liegt also nicht im stoischen Ignorieren faktischer Bedürfnisse. Nein, der Grund hierfür ist für die Juristerei ein wesentlich schmeichelhafterer: Die großen Fragen um die Beweislastverteilung sind geklärt, die Rechtswissenschaft hat ihre Aufgabe erfüllt.¹⁰

Wenn dem tatsächlich so wäre, dann würden diese Zeilen nicht geschrieben. Richtig muss es deshalb heißen: die wesentlichen Fragen um die Beweislastverteilung *scheinen* geklärt. So gibt es seit nunmehr über 20 Jahren eine stabile herrschende – ja, gelegentlich sogar als *ganz* herrschend bezeichne-

⁶ Siehe zum historischen Ursprung unten S. 183 ff.

⁷ *Danninger*, Organhaftung und Beweislast; *Jena*, Die Business Judgment Rule im Prozess. Ferner zuletzt erschien der Beitrag von *Ph. Scholz*, ZZP 133 (2020), S. 491.

⁸ Wenn der angehende Jurist lernt, mündliche Verträge verfügten über dieselbe Bindungswirkung wie schriftliche, dann ist das aus der Sicht eines Laien mindestens gefährlich, denn faktisch lässt sich ein solcherart abgeschlossener Vertrag vor Gericht häufig nicht beweisen. Mit der Vorstellung, nur schriftliche Verträge zeitigen Bindungswirkung, fährt jedenfalls der Laie besser, dem es auf die Durchsetzbarkeit seines Vertrages ankommt. Vgl. zu diesem Gedanken auch *Hirte*, Berufshaftung, S. 466.

⁹ Vgl. etwa *Brand*, NJW 2017, S. 3558 (3561): „Man muss nicht nur Recht haben, man muss es auch beweisen können.“

¹⁰ Vgl. nunmehr aber *Danninger*, Organhaftung und Beweislast und *Jena*, Die Business Judgment Rule im Prozess.

te¹¹ – Meinung, wie die Last des Beweises der einzelnen Haftungsvoraussetzungen zwischen Organ und Gesellschaft verteilt ist. Grundlage dieser herrschenden Meinung ist ein Beitrag *Wulf Goettes* aus dem Jahr 1995¹², der im Jahr 2002 die Adellung zur herrschenden Meinung durch den II. Zivilsenat des BGH erfahren hat, als sich dieser die Ausführungen *Goettes* zu eigen machte¹³. Ganz überraschend war dies wohl nicht, hat doch *Goette* selbst als beitzender Richter an der Entscheidung mitgewirkt.¹⁴ In besagtem Beitrag untersucht *Goette* ausführlich die Rechtsprechung von BGH und Reichsgericht, verfolgt die Spuren der Beweislastregelung bis ins Jahr 1884 zurück und kommt nach einer teleologischen Betrachtung zum Ergebnis, die Gesellschaft habe im Rahmen des Schadensersatzanspruchs nicht mehr darzulegen und zu beweisen, als „daß ihr ein Schaden durch ein *möglicherweise* pflichtwidriges Verhalten des Organs entstanden ist [...]; Sache des Geschäftsführers, Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieds ist es dann, die Erfüllung seiner Pflichten, das fehlende Verschulden oder aber nachzuweisen, daß der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten entstanden wäre.“¹⁵ Was damit gemeint ist, wird klar, wenn man dies mit dem heutigen Grundtatbestand des Schadensersatzanspruchs im Schuldverhältnis – § 280 Abs. 1 BGB – und der dortigen Beweislastverteilung vergleicht. Während bei Letzterem der Gläubiger die objektive Pflichtwidrigkeit beweisen muss und § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ihm nur den Nachweis des Verschuldens, also der subjektiven Pflichtwidrigkeit erspart, soll die Beweislastregelung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG im Rahmen des Organhaftungsanspruchs den Gläubiger von der Last des Beweises sowohl der objektiven wie auch der subjektiven Pflichtwidrigkeit befreien. Zusammengefasst in seiner ganzen Dimension: Während der Schuldner im Normalfall die Vermutung der Rechtmäßigkeit auf seiner Seite hat, verhält es sich im Organverhältnis umgekehrt: Das Gesetz geht im Grundsatz von der Unrechtmäßigkeit allen Organhandelns aus und spricht eine Vermutung der Rechtswidrigkeit gegen die Organmitglieder aus.

Diese Sicht hat allgemein Zustimmung erfahren und kein guter Kommentar kommt ohne Rekurs auf *Goette* und die durch ihn begründete Beweislastverteilung aus. Doch wo die eine Meinung herrscht, ist eine andere Ansicht – oft als Mindermeinung verschmäht – nicht weit. Und an Anlässen, die herrschende Meinung einer eingehenden Revision zu unterziehen, besteht kein Mangel.

¹¹ So etwa *Koch* in Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 53; *Sailer-Coceani* in K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 AktG Rn. 41 Fn. 218.

¹² *Goette*, ZGR 1995, S. 648.

¹³ BGH, Urteil v. 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, S. 280.

¹⁴ *Goette* war vom 23.8.1990 bis zum 30.9.2010 Richter des II. Zivilsenates, dessen Vorsitz er vom 31.5.2005 bis zum 30.9.2010 innehatte, vgl. *Weiß*, Der Richter hinter dem Recht, S. 551, 555 sowie Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs Nr. 185/10 vom 30.9.2010.

¹⁵ *Goette*, ZGR 1995, S. 648 (674).

An Kritik hat es nie gefehlt. So hatte *Gerd Krieger* bereits 1998 festgestellt: „Wenn die Gesellschaft nur wollte, könnte sie auf der Basis der herrschenden Meinung auf nahezu jeden Verlust eine schlüssige Schadensersatzklage stützen.“¹⁶ Von anderer Seite schallt es lauter, die Beweislastverteilung „bringt die Innenhaftung in die Nähe einer Garantiehaftung für gewinnschmälernde Geschäftsleitungsmaßnahmen.“¹⁷ Noch düsterer zeichnet ein die herrschende Meinung geißelnder Festschriftenbeitrag jüngerer Datums die Zukunft. Bereits im Titel wird die Rechtsprechung des BGH als „Zeitbombe“ bezeichnet und der GAU – die „Erfolgshaftung für unternehmerische Entscheidungen“ – prophezeit.¹⁸

In den rechtspolitischen Fokus ist die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast dann wieder rund um die Positivierung der sogenannten Business Judgment Rule deutscher Prägung in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG durch das UMAG¹⁹ im Jahr 2005 geraten. Verschiedentlich wurde unter Bezugnahme auf das amerikanische Vorbild dafür plädiert, dessen Wirkung als Rechtmäßigkeitsvermutung und damit als Beweislastregelung auch im deutschen Recht fruchtbar zu machen – vergebens.²⁰

Zweifel an der Richtigkeit des herrschenden Verständnisses weckt eine weitere Entwicklung jüngerer Zeit. So beruht die herrschende Meinung, welche die Beweislastregelung nicht bloß auf das Verschulden beschränkt, sondern auch auf die Pflichtwidrigkeit ausdehnt – man kann sie deshalb als *extensive Lesart* bezeichnen –, im Wesentlichen auf der Prämisse, dass die Gesellschaft, anders als das Organmitglied, unter einer Beweisnot leidet.²¹ Nun ist es aber so, dass diese Beweisnot im empirischen Normalfall²² – der Inanspruchnahme eines *aus-*

¹⁶ *Krieger*, VGR Bd. 1 (1998), S. 111 (127); *ders.* in Henze/Timm/Westermann, Gesellschaftsrecht 1995 (1996), S. 148 (158); beipflchtend *Heermann*, ZIP 1998, S. 761 (766).

¹⁷ *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Rn. 228; zuvor bereits ähnlich *Thümmel/Sparberg*, DB 1995, S. 1013 (1014 f.); dem vorsichtig zustimmend *Pfertner*, Unternehmerische Entscheidungen, S. 43.

¹⁸ *Wach*, FS Schütze (2015), S. 663. Dass es noch nicht zum Platzen der Bombe gekommen ist, dürfte in erster Linie den Fähigkeiten der Rechtsprechung zur pragmatischen Problemschärfung zu verdanken sein, namentlich dem OLG Nürnberg, Urteil v. 28.10.2014 – 12 U 567/13 = NZG 2015, S. 555, das im entscheidenden Fall kurzerhand – wenn auch verdeckt – mit der Rechtsprechung des BGH brach und so den GAU verhinderte. Vgl. dazu noch ausführlich unten S. 141 ff.

¹⁹ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005 (BGBl. I S. 2802).

²⁰ So etwa *BDI/BDA/DIHK/GDV/BdB*, Gemeinsame Stellungnahme zum UMAG-RefE, S. 2 f.; *Paefgen*, AG 2004, S. 245 (258 f.); *de lege lata* dennoch für eine Ausnahme der Business Judgment Rule von der Beweislastregelung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG im Wege teleologischer Reduktion *Eisele*, Sicherer Hafen, S. 360 ff. Eine gewisse Reue verspürt *Hopt*, ZIP 2013, S. 1793 (1803), der die damalige Entscheidung des Gesetzgebers heute für nicht mehr überzeugend hält.

²¹ Siehe dazu ausführlich unten S. 132 ff., 358 ff.

²² Siehe dazu noch ausführlich unten S. 376 ff.

geschiedenen Organs – gar nicht besteht. Denn dem ehemaligen im Gegensatz zum amtierenden Organmitglied fehlt der privilegierte Zugang zu Beweismitteln, sodass nun diesem wiederum Beweisschwierigkeiten zu attestieren sind. Ist die extensive Lesart der herrschenden Meinung deshalb für den empirischen Normalfall teleologisch zu reduzieren?²³ Man kann der herrschenden Meinung mit einiger Berechtigung vorwerfen, dass sie ein Problem zu lösen versucht, das praktisch gar nicht besteht, und dadurch mehr Probleme verursacht, als sie zu lösen vorgibt – zwei Schritte vor und einen zurück. Das weite Verständnis der Beweislastregel zieht einen Rattenschwanz ungeklärter weiterer Probleme hinter sich her, die bei einer auf das Verschulden beschränkten Vermutung gar nicht entstehen: Wie verhält sich die Beweislast, wenn Rechtsnachfolger in Anspruch genommen werden?²⁴ Wie geht man damit um, wenn ein *non liquet* bezüglich Tatsachen besteht, die sowohl den Schaden als auch die Pflichtwidrigkeit begründen?²⁵ Wie gestaltet sich ein etwaiger Gesamtschuldnerausgleich unter Organmitgliedern?²⁶ Und gilt die Beweislastregelung auch im Verhältnis zur D&O-Versicherung?²⁷ Es drängt sich die Frage auf, ob die Lesart der herrschenden Meinung der zugrundeliegenden Problematik wirklich angemessen Rechnung trägt, oder ob diese nicht bloß vom Regen in die Traufe geführt hat.²⁸

Zuletzt ist die Beweislastverteilung bei der Organhaftung unter rechtspolitischen Dauerbeschuss geraten. Die kürzlich erschienene erste monografische Untersuchung des Themas empfiehlt eine „Punktspiegelung der derzeitigen Darlegungs- und Beweislastverteilung“, dass also fortan die Gesellschaft die Pflichtverletzung zu beweisen habe.²⁹ Die Frage der Angemessenheit der Be-

²³ Für eine teleologische Reduktion etwa *Foerster*, ZHR 176 (2012), S. 221; *Habersack*, ZHR 177 (2013), S. 782 (805); *Bürgers* in *Bürgers/Körper*, AktG, § 93 Rn. 29; *Rieger*, FS Peltzer (2001), S. 339 (351); *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 93 Rn. 17a („erwägenswert“); *Kutscher*, Organhaftung als Instrument der aktienrechtlichen Corporate Governance, S. 183 ff.; lediglich Beweiserleichterungen befürwortend *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG, § 93 Rn. 112; sympathisierend, wenngleich im Ergebnis ablehnend *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 35 f. Die h. M. lehnt eine teleologische Reduktion ab, s. BGH, Urteil v. 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, S. 280; *Koch* in *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 56 m. w. N. und will dem ausgeschiedenen Organ mit allerlei Informations- und Einsichtsrechten entgegenkommen, vgl. dazu nur *Deilmann/Otte*, BB 2011, S. 1291 ff.; ferner *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 37, *ders.*, FS Thümmel (2020), S. 27 (38 ff.) der einen Ausbau des Einsichtsrechts empfiehlt.

²⁴ Vgl. hierzu *Danninger*, Organhaftung und Beweislast, S. 111 ff.; *Bachmann*, FS Thümmel (2020), S. 27 (33 ff.).

²⁵ Vgl. zu diesen so bezeichneten „doppelrelevanten“ Tatsachen: *Danninger*, Organhaftung und Beweislast, S. 81 ff.; *Scholz*, ZGP 133 (2020), S. 491 (506 f.).

²⁶ Vgl. hierzu etwa *Danninger*, Organhaftung und Beweislast, S. 118 ff.; *Guntermann*, AG 2017, S. 606 (608 f.).

²⁷ Vgl. hierzu etwa *Danninger*, Organhaftung und Beweislast, S. 121 ff., 126 ff. m. w. N.

²⁸ Deutlich *Reichert*, ZGR 2017, S. 671 (679), der in den Versuchen, den schlechteren Zugriff des ausgeschiedenen Organs auf Beweismittel durch einen Informationsanspruch gegen die Gesellschaft auszugleichen, einen Beleg für die „Unangemessenheit der [Beweislast-]Regelung“ sieht.

²⁹ *Danninger*, Organhaftung und Beweislast, S. 184.

weislastverteilung der herrschenden Meinung ist dabei Teil einer umfassenden Debatte um die Reformbedürftigkeit der Organhaftung.³⁰ Deren Tenor: die Organhaftung sei zu streng.³¹

Unbestritten gilt das für den Haftungstatbestand selbst, der „strenger kaum vorstellbar“ ist.³² Von existenzvernichtender Haftung ist die Rede.³³ Sofern die besondere Schärfe der Organhaftung überhaupt angezweifelt wird,³⁴ dann deshalb, weil die Haftung häufig nicht durchgesetzt wird.³⁵ Ob dieser Befund aktuell noch aufrechterhalten werden kann, erscheint indes fraglich. So darf zwar als Konsens gelten, dass die Organhaftung lange Zeit ein Schattendasein als „Papiertiger“³⁶ gefristet hat.³⁷ Diese Zeiten sind jedoch passé. Denn dass schon seit einigen Jahren ein „Trend zur persönlichen Haftung“³⁸ besteht, lässt sich nicht mehr leugnen.³⁹

³⁰ Umfassend dazu *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 1 ff.

³¹ *Bayer/Scholz*, NZG 2014, S. 926 (927 f.); *Brommer*, AG 2013, S. 121 (124); *Casper*, ZHR 176 (2012), S. 617 (638); *Hemeling*, ZHR 178 (2014), S. 221 (223); *Hoffmann*, NJW 2012, S. 1393 (1398); *Koch*, AG 2012, S. 429 (430); *Spindler*, AG 2013, S. 889 (894 f.); *Vetter*, NZG 2014, S. 921; *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Rn. 16a; *Koch* in Hüfner/Koch, AktG, § 93 Rn. 1; *Sailer-Coceani* in K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 5; *Pfertner*, Unternehmerische Entscheidungen, S. 1; etwas zurückhaltender *Kutscher*, Organhaftung als Instrument aktienrechtlicher Corporate Governance, S. 93 f., der zwar den Befund „zu streng“ für „etwas voreilig“ hält, aber anerkennt, dass das „gegenwärtige Recht anfällig für übermäßige Härtefälle“ sei; ebenfalls zurückhaltender *Fleischer* in BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 12 ff.; *Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 38.

³² So ausdrücklich *Semler*, AG 2005, S. 321; zustimmend *Pfertner*, Unternehmerische Entscheidungen, S. 43; gleichsinnig *Habersack*, ZHR 177 (2013), S. 782 (783) (Organhaftung könne „im theoretischen und konzeptionellen Ausgangspunkt [...] kaum schärfer sein“); ähnlich *Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 35 („denkbar strenge Haftungstatbestand des § 93 AktG“); *Wagner*, ZHR 178 (2014), S. 227 (232 f., 239); *N. Fischer*, Existenzvernichtende Vorstandshaftung, S. 107; vgl. auch *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 38.

³³ Dazu *Ph. Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, passim.; *N. Fischer*, Existenzvernichtende Vorstandshaftung, S. 28 ff., 107; vgl. dazu auch *Wagner*, ZHR 178 (2014), S. 227 (247 ff.).

³⁴ In diesem Sinne etwa *Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 38: „Die Aussage, die Vorstandshaftung sei zu streng, ist empirisch weithin ungesichert.“

³⁵ Ein Durchsetzungsdefizit attestieren auch *Wagner*, ZHR 178 (2014), S. 227 (239 ff.); *Kutscher*, Organhaftung als Instrument der aktienrechtlichen Corporate Governance, S. 95 ff., 130 f.

³⁶ *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, S. 33.

³⁷ *Wiedemann*, GesR I, S. 624 sprach im Jahr 1980 davon, dass die Organhaftungsvorschriften „kein lebendes Recht verkörpern“. Vgl. *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 11; *Paefgen*, AG 2014, S. 554.

³⁸ So *Spindler* in MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 4.

³⁹ Vgl. dazu die rechtstatsächlichen Erhebungen m. w. N. bei *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 11 ff., 20, der zu dem vorsichtigen Schluss kommt, „dass sich in Deutschland insgesamt ein haftungsfreundliches Umfeld entwickelt hat, welches die Durchsetzung der Organhaftung zumindest in kritischen Fällen begünstigt.“ Eine deutliche Zunahme der Fallzahlen sehen *Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 35 Fn. 4; *Sailer-Coceani* in K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 5 („in der Praxis erheblich zugenommen“); *Hopt/Roth* in Großkomm-AktG, § 93 Rn. 40 („rechtstatsächliche Bedeutung der Organhaftung hat sprunghaft zugenommen“);

Im Übrigen wäre ein Defizit auf Seiten der Rechtsdurchsetzung kaum geeignet, die besondere Schärfe des Haftungstatbestands im Einzelfall zu legitimieren. Es mag aus der Perspektive des Rechtsökonomen sinnvoll und angemessen erscheinen, ein Verfolgungsdefizit aus Makrosicht durch eine überschießende Härte im Einzelfall zu kompensieren.⁴⁰ Aus der Sicht des Einzelnen, der dann – auch wenn dies nur *ausnahmsweise* geschieht – einmal belangt wird, bedeutet das Unterworfensein unter einen allzu strengen Haftungstatbestand eine unbillige Härte und damit ein Sonderopfer, dass sich ihm gegenüber kaum dadurch rechtfertigen lässt, dass andere Organmitglieder nicht belangt wurden. Die besondere Schärfe der Haftung lässt sich nicht dadurch aufwiegen, dass diese nur selten geltend gemacht wird.⁴¹

Die Etikettierung einer überstrengen Haftung als Fehlentwicklung folgt jedoch nicht allein aus der anzustrebenden Einzelfallgerechtigkeit, sondern auch und *vor allem* aus ökonomischem Kalkül. So führt eine zu scharf oder falsch justierte Haftung zu einem risikoaversen Entscheidungsverhalten der Organe, das aus betriebs- wie aus volkswirtschaftlicher Perspektive schädlich ist.⁴² Fürchten Organmitglieder eine persönliche Haftung, ohne auf der anderen Seite in gleichem Maße an den Gewinnen zu partizipieren, führt dies dazu, dass sie von risikobehafteten Geschäften absehen, auch wenn diese einen positiven Erwartungswert aufweisen und damit aus Sicht der Gesellschaft bzw. ihren Gesellschaftern sinnvoll sind.

Fragt man nach der Ursache dieser Schärfe, stößt man schnell auf die Beweislastregelung in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG⁴³ – oder besser: dem, was die herrschende Meinung daraus gemacht hat.

Gregor Bachmann – als Gutachter des 70. Deutschen Juristentag im Jahr 2014 mit der Frage betraut, ob sich eine Reform der Organhaftung empfiehlt –

Hopt, ZIP 2013, S. 1793 (1794) („Klagewelle“); *Pfertner*, Unternehmerische Entscheidungen, S. 1 („deutlich steigende Tendenz“); *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessens, S. 33 f.

⁴⁰ *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 73 spricht von einem „Gleichklang“ von materiellem Recht und Rechtsverfolgung, die dergestalt miteinander zusammenhängen, dass etwa eine besonders scharfe materielle Haftung durch eine großzügig gehandhabte Nichtverfolgung von Ansprüchen ausgeglichen werden könne. Vgl. dort Fn. 282.

⁴¹ Ganz ähnlich *Wagner*, ZHR 178 (2014), S. 227 (251), der zu dem Ergebnis kommt, dass das Ungleichgewicht von „zu scharf“ auf der einen und „zu lax“ auf der anderen Seite gerade nicht als gelungener Kompromiss zu feiern sei. Die deutsche Vorstandshaftung ernte nicht die Früchte beider Welten, sondern vereine deren Nachteile.

⁴² *Wagner*, ZHR 178 (2014), S. 227 (256 ff.); *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 21 ff.; *Bayer/Scholz*, NZG 2014, S. 926 (927); *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessens, S. 125 ff.; *Hopt/Roth* in Großkomm-AktG, § 93 Rn. 42. Siehe dazu auch noch ausführlich unten S. 344 ff., 428 ff.

⁴³ *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 33; *Koch* in Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 1; *Sailer-Coceani* in K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 5; *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Rn. 228; *Hopt*, ZIP 2013, S. 1793 (1803); *Kutscher*, Organhaftung als Instrument der aktienrechtlichen Corporate Governance, S. 183; *Danninger*, Organhaftung und Beweislast, S. 2.

kommt zu dem Ergebnis, „dass die Vorstandshaftung ihre eigentliche Schärfe nicht durch den materiellen Haftungstatbestand, sondern erst und eigentlich durch die Beweislastverteilung erfährt.“⁴⁴

Dass die Beweislastverteilung tatsächlich ein risikoaverses Verhalten der Geschäftsleiter bewirkt und dass sie *der* Grund für die zu scharf empfundene Organhaftung ist, belegt eine von *Bachmann* im Rahmen des Gutachtens zum 70. DJT durchgeführte Befragung unter Vorstands- und Aufsichtsratsvorsitzenden von börsennotierten Aktiengesellschaften eindrucksvoll.⁴⁵ Auf dieser Basis resümiert *Bachmann*, „dass die Sorge, trotz tadellosen Verhaltens allein aus Beweisnot verurteilt zu werden, bei den potenziell Betroffenen die Drückendste ist.“⁴⁶ 43 % der Antwortenden befürchteten, den Entlastungsbeweis im Zweifel nicht erbringen zu können.⁴⁷ Gefragt nach Reformwünschen, war das Verlangen unter Unternehmenslenkern nach einer Änderung der Beweislastregel mit 73 % das meistgenannte Anliegen.⁴⁸

Vor diesem Hintergrund kann die Abstimmung des 70. DJT zur Beweislastregelung in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht mehr verwundern. Gefragt, ob diese Norm ersatzlos gestrichen werden sollte, votierten 47 Mitglieder für die Streichung – bei 24 Gegenstimmen.⁴⁹ Zumindest – so beschloss der 70. DJT – sollte der Anwendungsbereich der Beweislastregel auf amtierende Organmitglieder begrenzt werden.⁵⁰ Nun liegt in den Beschlüssen des Deutschen Juristentages keine rechtliche, sondern eine rechtspolitische Stellungnahme in Form einer Empfehlung an den Gesetzgeber. Mit einigem Recht kann man die mit deutlicher Mehrheit gefassten Beschlüsse des DJT zwar als *rechtspolitisch* herrschende Meinung bezeichnen. Man kann sie aber nicht zur herrschenden Meinung zur *lex lata* erklären. Nichtsdestoweniger gibt es zu denken, dass die herrschende Meinung zu dem was *ist* von dem, was *sein soll*, derart weit entfernt liegt.

Diese Gegensätzlichkeit von Sein und Sollen der Beweislastverteilung bildete den Anstoß dieser Untersuchung. Losgetreten als Untersuchung, ob sich die Streichung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG *de lege ferenda* empfiehlt oder wenigstens dessen teleologische Reduktion angezeigt ist, kommt sie – so viel sei vorweggenommen – zu dem Ergebnis, dass dem nicht so ist, weil bereits die *lex*

⁴⁴ *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 33; zustimmend *Kutscher*, Organhaftung als Instrument aktienrechtlicher Corporate Governance, S. 86.

⁴⁵ *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 17 f. Die Rücklaufquote lag bei 20%.

⁴⁶ *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 33.

⁴⁷ *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 18.

⁴⁸ *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT 2014, E 18 mit Fn. 31 zu weiteren Reformwünschen.

⁴⁹ Beschluss des 70. DJT 2014, Abteilung Wirtschaftsrecht I.6a): angenommen mit 47:24:12.

⁵⁰ Beschluss des 70. DJT 2014, Abteilung Wirtschaftsrecht I.6b): angenommen mit 45:23:16.

lata eine angemessene Lösung der Konflikte bereithält – vorausgesetzt, man versteht § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG richtig. Dies darzulegen, ist Ziel der vorliegenden Untersuchung.

Die Verteilung der Beweislast stellt sich dabei als Schnittstelle von materiellem und prozessualen Recht dar, woraus sich ein Großteil der hier zu lösenden Probleme ergibt. So ist seit langem bekannt, dass die Verortung des *non liquet* eine Entscheidung über den materiellen Umfang der Haftung darstellt.⁵¹ Auf der anderen Seite soll die Beweislastregelung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG vor allem Beweisnöten der Gesellschaft begegnen und damit dem Gedanken der Nähe bzw. Ferne zum zu bewertenden Sachverhalt Rechnung tragen.⁵² Diese beiden Wertungsebenen konkurrieren und konfliktieren in ihrem Berührungspunkt, der Beweislastverteilung. Ein Kernanliegen dieser Studie liegt darin, die materiellen und prozessualen Wertungsgesichtspunkte zu entwirren, sie jeweils in ihrem berechtigten Anliegen zu erfassen und einem angemessenen Ausgleich zuzuführen.

B. Gegenstand und Gang der Untersuchung

I. Untersuchungsgegenstand und Untersuchungsmethode

In dieser Untersuchung soll geklärt werden, wie sich Beweislastverteilung bei der Organinnenhaftung⁵³ gestaltet. Wenn im Rahmen dieser Untersuchung von Organhaftung die Rede ist, dann ist damit der Schadensersatzanspruch einer Gesellschaft gegen eines ihrer (ehemaligen) Organmitglieder gemeint.⁵⁴

Für die Haftung eines Vorstandsmitglieds gegenüber der Aktiengesellschaft ergibt sich dieser Anspruch aus § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG. Die Beweislastverteilung für diesen Anspruch folgt aus § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG, der anordnet, dass die Vorstandsmitglieder die Beweislast trifft, wenn streitig ist, „ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben“. Die vorliegende Untersuchung unterzieht die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre⁵⁵ zur Reichweite dieser Beweislastregelung einer kritischen Würdigung und entwickelt eine davon abweichende Lösung.

⁵¹ Wegweisend insofern der Beitrag von *Stoll*, AcP 174 (1974), S. 145 mit dem Titel „Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel“.

⁵² Siehe vorerst nur BGH, Urteil v. 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, S. 280 (283); *Goette*, ZGR 1995, S. 648 (672).

⁵³ Dahingehend spricht man auch von Binnen- oder Innenhaftung.

⁵⁴ Kein Gegenstand dieser Untersuchung ist die *Organaußenhaftung*, also die Haftung der Organmitglieder gegenüber Dritten – etwa aufgrund Deliktsrechts. Ebenso außen vor bleibt die Betrachtung von Sondertatbeständen der Organinnenhaftung wie etwa § 117 Abs. 2 AktG oder § 15a InsO.

⁵⁵ Zum Meinungsstand ausführlich unten S. 130 ff.

Während § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG unmittelbar nur für die Haftung des Vorstands sowie kraft der Verweisung des § 116 Satz 1 AktG für den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft gilt, kann in der Beweislastregelung wohl ein allgemeines Strukturmerkmal der Haftung im Rahmen der Fremdorganshaftung gesehen werden.⁵⁶ § 93 AktG findet entsprechende Anwendung auf die Haftung der Leitungsorgane der Societas Europaea (Art. 51 SE-VO, §§ 39, 40 Abs. 8 SEAG), der Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 284 Nr. 3 AktG) sowie des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (§§ 188 Abs. 1 Satz 2, 189 Abs. 3 Satz 1 VAG). Dem § 93 Abs. 2 AktG nachgebildet ist die fast wortgleiche Regelung in § 34 Abs. 2 Satz 2 GenG für die Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft, die gem. § 41 GenG auch für deren Aufsichtsratsmitglieder gilt. Analoge Anwendung findet § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nach ganz herrschender Meinung auch auf die Haftung des Geschäftsführers gem. § 43 Abs. 2 GmbHG.⁵⁷

Vor diesem Hintergrund scheint es legitim, den Fokus dieser Untersuchung auf den unmittelbaren Anwendungsfall des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zu verengen, die Haftung des Vorstands gegenüber der Aktiengesellschaft. Was hier gilt, muss auch für alle anderen Erscheinungen der Organhaftung gelten, die auf diese Norm Bezug nehmen. Die Rechtsprechung zu anderen Rechtsformen, bei denen § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG aufgrund Verweisung, Analogie oder Parallelregelung entsprechend anzuwenden ist, findet umfassende Berücksichtigung. Mangels durchschlagender Bedenken lässt sich die zu § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG entwickelte Lösung nach hiesigem Dafürhalten auch auf die oben genannten Rechtsformen übertragen. Eine die jeweiligen Rechtsformspezifika umfassend berücksichtigende Untersuchung soll anderen überlassen bleiben.

Methodisch nähert sich die Untersuchung dem Untersuchungsgegenstand des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG auf denkbar einfache Weise, indem die Norm nach den vier klassischen Canones Wortlaut, System, Genese und Telos ausgelegt wird.

II. Untersuchungsverlauf

In § 2 werden zunächst die Grundlagen bereitet, sowohl bezogen auf die Organhaftung als auch auf die Beweislast.

⁵⁶ Ebenso *Ph. Scholz*, ZJP 133 (2020), S. 491 (493): „Beweislastumkehr als verbandsübergreifendes Charakteristikum“; auch *Danninger*, Organhaftung und Beweislast, S. 4 erstreckt § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG auf die gesamte Organinnenhaftung in allen Erscheinungsformen; ähnlich *Jena*, Die Business Judgment Rule im Prozess, S. 214 f.

⁵⁷ BGH, Urteil v. 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, S. 280 (283 ff.); *Altmeyen* in *Altmeyen*, GmbHG, § 43 Rn. 112; *Paefgen* in *Habersack/Caspar/Löbke*, GmbHG, § 43 Rn. 205; *Verse* in *Scholz*, GmbHG, § 43 Rn. 332; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, 21. Aufl. 2017, GmbHG, § 43 Rn. 36; *Ziemons/Pöschke* in *BeckOK-GmbHG*, § 43 Rn. 315. Für den Aufsichtsrat der GmbH wiederum gilt § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG gem. § 52 GmbHG i. V. m. § 116 Satz 1 AktG.

Sachregister

- Abberufung 376
- ADHGB 1884 163
- Akademie für Deutsches Recht 165, 240, 242
- Aktiengesetz 1937 238, 342
- Aktiengesetz 1965 292, 293
- Aktienrechtsreform 1884 160, 184, 185, 235
- Akzessorietät von Schuld und Beweislast 116, 118, 124, 177, 346
- A.L.I.-Principles 426
- allgemein gültige Regel 83, 187, 189, 190, 192, 197, 199
- amtierende Organmitglieder 374
- Anastasia*-Entscheidung 43
- Anfangsdarlegungslast 48, 264
- Anfangsverdacht 387
- angemessene Informationsgrundlage 432, 456
- Angreiferprinzip 52, 179
- Anreizwirkung 373
- Anschein 268, 272
- Anscheinsbeweis 72, 123, 144, 402
 - Voraussetzungen 73
 - Vormundschaft 107
- Anspruch auf das Interesse 194, 204
- Anstellungsvertrag 14, 15, 26, 27, 91
- ARAG/Garmenbeck-Entscheidung 16, 327, 421, 426, 427, 430
- Arbeitnehmerhaftung 112
- ausgeschiedene Organmitglieder 376, 378
- Auskunftsanspruch 64
 - vorprozessualer 55
- Befreiungstatbestand 195
- Behauptungen 41, 42
- Behauptungslast 47
 - abstrakte 48
 - konkrete 48
 - objektive 48
 - subjektive 48
- Beibringungsgrundsatz 41, 42
- Berichtspflicht 366, 380
- Bestreiten mit Nichtwissen 49
- Beweis des Gegenteils 144
- Beweisentstehung 379, 389
- Beweiserhebung 41
 - Regeln 41
- Beweiserleichterungen 53, 149, 360
- Beweisführungslast 47
- Beweislast
 - Bedeutung 44
- Beweislastnormen 49
- Beweislastregeln 45
- Beweislastumkehr 199
- Beweislastverteilung
 - Arbeitnehmerhaftung 112
 - Beauftragter 97
 - Geschäftsbesorgung 90
 - Grundregel 50
 - Kündigung des Anstellungsvertrags 174
 - Mankohaftung 114
 - Prinzipien 52
 - Rechtsanwälte 92
 - Schuldverhältnis 75
 - Steuerberater 92
 - Vermögensverwaltung 96
 - Vormund 102
 - Widerruf der Bestellung 174
- Beweismaß 43
- Beweismittelzugang 374, 389
- Beweismittelzugriff 371, 389
- Beweisnähe 358, 360
- Beweisnot 378
- Beweisschwierigkeiten 360
- Beweisvereitelung 67, 306, 388, 400
 - Voraussetzungen 68

- Business Judgment Rule 167, 295, **415**
 – Dogmatik 452
 – Gutgläubigkeit 462
 – prozedurales Verständnis 458, 462
 – Ursprung 421
 – US-amerikanische 425
 – Ziele 426
- Charakter der Organpflichten 21, 181, 346, 350, 357
- Corporate Governance 17, 168
- Darlegungslast, *siehe* Behauptungslast
default bias 442
- Deutscher Juristentag 7, 132, 407
- dienstvertraglicher Charakter 15, 91, 96
- Differenzmethode 37, 403
- Dokumentation 408
- Dokumentationspflicht 398, 408
- Doppelfunktion 153, 158, 159, 169, 171, 470
- D&O-Versicherung 16
- Drittvergleich 461
- duales Haftungskonzept des BAG 116
duty of care 170, 426
duty of loyalty 170
- Einheit der Obligation 81, 98, 216, *siehe*
 Prinzip der Einheit der Obligation
- Einsichtsrecht 377
- Einsichts- und Prüfungsrecht 366
- Einstandsgarantie 177, 180
- Einstandspflicht 194
- Entstehungsgeschichte 183
- Entstehungsgeschichte des BGB 197
- Entwurfsbegründung vom 7. März 1884
 185, 193, 214
- Erfolg
 – geschuldeter 24
- Erfolgshaftung 14, 80, 137, 240, 340, 341, 344, 346, 347, 349, 353, 356, 357, 423, 426, 428, 437, 473
 – widerlegliche 342, 348
- Erfolgsschuld 79
- Ermessensgrenzen 430
- Erweiterung des Pflichtenumfangs 14
- Feststellungslast 45
- französisches Recht 191
- Führerprinzip 165
- Funktion der Haftung 17
- Garantiegedanke 79
- Gedanke der Sachnähe 87
- Gefährdungshaftung 36, 383
- Gegenbeweis 46, 144
- Gegenstand des Entlastungsbeweises 148
- gemeines römisches Recht 192
- Generalklausel 25, 27, 28, 29, 32, 34, 352, 421
- genetische Auslegung 183
- Geschäftsbesorgung 90, 371, 394
- Geschäftsbesorgungsvertrag 15, 91
- Geschäftsordnung 366, 410
- gesetzliche Haftung 14
- Gläubigerverfolgungsrecht 17, 156, 244, 365
- Haftung für Nichterfüllung 200
- Haftung für vermutete Rechtswidrigkeit 180
- Haftung für vermutetes Verschulden 180
- Haftungstatbestand 6, 18
- Handeln ohne Sonderinteressen 457
- Hauptbeweis 46
- Hauptversammlungsbeschluss 17
- HGB 1897 164, 239
hindsight bias 369, **435**
- Indizfunktion des Schadens **401**
- Indizienbeweis 73, 306
- Informationsasymmetrie 58, 359, 365, 370
- Informationsdefizit 364
- Informationsgefälle, *siehe* Informationsasymmetrie
- Informationsordnung 380
- Initialkenntnis 369, 383, 387
- Innenhaftungsanspruch 16
- internal investigation* 368
- Justizgewährungsanspruch 44
- Kassenfehlbestand 316, 323, 332, 397, 400
- Kausalität 39
- Kompensationsfunktion 17, 18

- Kündigung des Anstellungsvertrags 175
- Legalitätspflicht 34, 431
- Leistungspflichten, *siehe* Pflichten
- Leistungsrisiko 79, 115, 117, 223
- Mandat 189, 210, 222, 226, 228, 252
- Mankohaftung 114
- qualifizierte 119
- möglicherweise* pflichtwidriges Verhalten 134, 146, 318, 349
- Mommsens* Unmöglichkeitstheorie 193
- negative Tatsachen 60
- Nichterfüllung 22, 96
- Nichterfüllungskonzept 201, 202, 220, 247, 251, 324
- Nichtleistung 23, 24, 200
- Oberappellationsgericht Lübeck 219
- objektive Beweislast, *siehe* Feststellungslast
- Obligation 193, 202
- outcome bias* 435
- Pandektenwissenschaft 191
- Pandektisten 191
- Pflichten
- Bestimmtheit der 24
- Beweisgegenstand 25
- erfolgsbezogene 21, 22, 85, 86, 90, 346
- verhaltensbezogene 21, 22, 23, 24, 85, 86, 90, 238, 346, 348, 357, 404
- Pflichtencharakter 85
- Pflichtverletzung 77
- Begriff 21
- Feststellung 19, 24, 34
- objektives Verständnis 21, 84, 89
- Pflichtverletzungskonzept 201, **207**, 260
- positive Forderungsverletzung 14
- positive Vertragsverletzung 94, 200, 207, 229
- Präventionsfunktion 17
- Präventionswirkung der Haftung 16
- presumption* 426, 469
- preußisches Privatrecht 191
- Prinzipal-Agenten-Konflikt 17, 359, 409
- Prinzip der Beweislastverteilung im Schuldverhältnis 177
- Prinzip der Einheit der Obligation 194
- Prinzip der Waffengleichheit 179
- Prozessstandschaft 17
- Rechenschaftspflicht 190, 210, 211, 221, 230, 234, 368, **394**, 397
- rechtmäßiges Alternativverhalten 40, 254
- Rechtsanwalt 92
- Rechtsnachfolger 393
- Rechtswidrigkeit 15, 20, 130, 131
- Regierungskommission Corporate Governance 423
- Risikoaversion 344, 408, 427
- Rosenbergs* Normentheorie 50
- Rückschau, *siehe hindsight bias*
- Rückschaufehler, *siehe hindsight bias*
- Sachkenntnis 362
- Sachnähe 89, 358, 360
- Sachverhaltsaufdeckung 369, 386
- Sachverhaltsaufklärung 369, 387
- Sachverhaltskenntnis 361
- safe harbor* 468
- Schaden 19, 36, 37, 38, 39, 40, 249, 314, 326, 329, 330
- Feststellung 39
- Schadensbegriff 37, 39, 132, 146
- wertender 38, 403, 405
- wertneutraler 39, 403
- Schlechtleistung 23, 24, 93, 96, 98, 117, 200, 202, 207, 222, 224, 233, 251
- Schuldrechtsreform 21, 62, 99, 100, 112, 193
- Schutzzweck der Norm 39
- sekundäre Behauptungslast 49, **57**, 138, 139, 302
- Informationsasymmetrie 62
- Informationsdefizit 63
- Voraussetzungen 61
- Zumutbarkeit 66
- sekundäre Beweislast 59
- sekundäre Darlegungslast, *siehe* sekundäre Behauptungslast
- Selbstbehalt 16, 295
- sicherer Hafen 455

- Sorgfalt 151, 157
 - innere 149
- Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns 165, 170, 186
- Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns 152, 159
- Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters 34, 151, 153, 155, 172
- Sorgfaltspflicht 25, 27, 29, 36, 154, 161, 162, 163, 165, 167, 168, 169, 170, 172, 352, 420, 433
 - Ursprung 154
- Sorgfaltspflichtverletzung 162
- Sphärengedanke 62
- Steuerberater 92
- subjektive Beweislast, *siehe* Beweisführungslast
- Substantiierungslast 48
- Substantierungsnot 361, 364
- systematische Auslegung 153

- Tatsachen
 - äußere 42
 - innere 371
- Todsünden 173
- Trennungstheorie 14, 91

- UMAG 295, 415
- Unmöglichkeit 82
 - anfänglich 195
 - *Mommsen* 248
 - nachträgliche 196
 - normative 196
 - objektive 196
 - unverschuldete 195
- Unmöglichkeitslehre
 - *Mommsen* 216
- Unterlassen 362
- unternehmerisches Ermessen 429, 474
 - Grenzen 430
 - Ursprung 429
- unvermeidbarer Rechtsirrtum 35
- unverschuldete Unmöglichkeit 195, 203
- Ursachenzusammenhang, *siehe* Kausalität
- Ursprung der Beweislastregelung 186

- Verfolgung des Gesellschaftswohls 433
- Verhaltenspflichten
 - absolute 24
 - relative 24
 - unbestimmte 25
- Verhaltenssteuerung **407**
- Verhinderung der Erfolgshaftung, *siehe* Erfolgshaftung
- Verletzung von Verhaltenspflichten 15, 251
- Vermögensschaden 37
- Vermögensverwaltung 96
- Vermutung 268, 274
- Verschulden 27, 33, 34, 35, 36, 69, 130, 131, 202, 308, 330
 - praktische Bedeutung 35
- Verschuldenshaftung 79
- Verschuldensvermutung 83
- Verschwiegenheitspflicht 166, 366
- Vertretenmüssen 77
- Vormundschaft 102
 - Ermessen 103
- Vorrang des Leistungsinhalts 124
- Vorrang des Leistungsrisikos 124
- Vorrang des Schuldinhalts 117
- VorstAG 18, 295
- Vorstandsprotokolle 367

- Wahrscheinlichkeit 402
 - überwiegende 44
- Wahrscheinlichkeitsbeurteilung 43
- wertneutrales Verhalten 143, 335
- Wertungslast 443
- Widerruf der Bestellung 174
- Wohl der Gesellschaft 456

- zwingender Charakter 14