

Vorteilsanrechnung bei nützlichen Pflichtverletzungen im Kapitalgesellschafts- und Kartellrecht

Bearbeitet von
Jochen Möller

1. Auflage 2012. Buch. XV, 232 S. Hardcover

ISBN 978 3 631 63262 8

Format (B x L): 14,8 x 21 cm

Gewicht: 430 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Schriften zum Gesellschafts-, Bilanz- und Unternehmensteuerrecht

Herausgegeben von Joachim Hennrichs

Jochen Möller

Vorteilsanrechnung
bei nützlichen
Pflichtverletzungen
im Kapitalgesellschafts-
und Kartellrecht

LESEPROBE

SGBU 9



PETER LANG Internationaler Verlag der Wissenschaften

A. Einleitung

I. Problemaufriss

In der heutigen Zeit ist Korruption im Geschäftsverkehr allgegenwärtig und die Wirtschaft wird von Korruptionsaffären geschüttelt.¹ Es vergeht kaum ein Monat, in der die Presse nicht über Vorwürfe und Verfahren gegen Unternehmen berichtet, die auf Bestechungen und Kartellrechtsverstößen beruhen.² Zwar handelt es sich bei Bestechungen und Kartellrechtsverstößen um unterschiedliche Arten von Rechtsverletzungen, doch ist ihnen gemein, dass in beiden Fällen Vorstandsmitglieder oder Mitarbeiter durch ein mit der Wahrnehmung dienstlicher Aufgaben zusammenhängendes Verhalten straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Verfahren auslösen. Die regelmäßig mit Kosten verbundenen Verfahren können zur Verhängung von Geldstrafen oder Geldbußen zu Lasten der betroffenen Personen beziehungsweise der Gesellschaft³ führen. Wegen der Höhe, die solche Strafen beziehungsweise Bußen insbesondere im Kartellrecht erreichen können, haben derartige Zahlungen nicht nur erhebliche Auswirkungen auf die Ertragslage, daneben leidet auch das Ansehen des Unternehmens in der Öffentlichkeit.⁴ Es drohen immense Schadensersatzansprüche seitens der Auftraggeber und Wettbewerber. Zudem kann der durch Korruption realisierte Gewinn – ohne Abzug von Aufwendungen (sog. Bruttoprinzip)⁵ – abgeschöpft werden. Soweit das Unternehmen von öffentlichen Aufträgen abhängig ist, droht wegen der dort möglichen Vergabesperre⁶ die Unternehmenskrise bis hin zur Insolvenz.⁷

Für die Unternehmen stellt sich ebenso wie für die betroffenen Vorstandsmitglieder die Frage, wie Verfahrenskosten und Geldstrafen⁸ beziehungsweise

1 *Jahns*, FAZ Nr. 55 v. 6. 3. 2006, S. 22.

2 Nach Angaben der Weltbank werden jährlich weltweit rund eine Billion Dollar Bestechungsgeld gezahlt; vgl. FAZ Nr. 79 v. 3. 4. 2007, S. 12.

3 Vgl. bspw. die Verhängung von Geldbußen in Höhe von 1,06 Milliarden Euro gegen Intel, Pressemitteilung IP/09/745 vom 13.05.2009; EG-Kommission WuW 2009, 1201; je 533 Millionen Euro gegen Eon und GdF, Pressemitteilung IP/09/1099 vom 08.07.2009 oder eine Milliarde Euro gegen die Industriegruppe KONE, OTIS, Schindler und ThyssenKrupp wegen Teilnahme an Aufzugs- und Fahrtreppenkartellen, Pressemitteilung IP/07/209 v. 21.2.2007.

4 *Wabnitz/Janovsky*, Hdb Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 10, Rdnr. 25; *Zimmer/Stetter*, BB 2006, 1445; *Uwe H. Schneider*, ZIP 2003, 645.

5 BGH NJW 2002, 3339; 2006, 2500.

6 Bei internationaler Bestechung droht eine weltweite Sperre wegen Aufnahme in die „schwarze Liste“ („World Bank Listing of Ineligible Firms“) der Weltbank; siehe unter <http://web.worldbank.org/external/default/main?theSitePK=84266&contentMDK=64069844&menuPK=116730&pagePK=64148989&piPK=64148984>, letzter Aufruf am 13.07.2011.

7 *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 165, 166.

8 Vgl. zur Erstattung der Geldstrafen und –bußen und der Verteidigerkosten durch das Unternehmen *Krieger*, FS Bezzenger, S. 211 ff., 221 ff.

-bußen im Innenverhältnis zwischen der Gesellschaft und (früheren) Vorstandsmitgliedern sowie Mitarbeitern aufzuteilen sind, welche wechselseitigen Ansprüche bestehen und letztendlich auch in welcher Höhe.⁹ Im Zusammenhang mit den Korruptionsvorwürfen bei der Siemens AG, die lange Zeit im Fokus des öffentlichen Interesses standen, ist die Frage der Verfolgung etwaiger Schadensersatzansprüche einer AG gegen ihre Vorstandsmitglieder wegen Verletzung ihrer Organpflichten durch den Aufsichtsrat erneut aktuell geworden.¹⁰ Ein solches – wie bei Siemens erfolgtes – Vorgehen von Unternehmensangehörigen stellt ein klassisches Beispiel nützlicher Pflichtverletzungen dar. Um auf die Problematik der Vorteilsanrechnung einzugehen, die sich auf die Frage der Zulässigkeit der nützlichen Pflichtverletzung anschließt, soll daher die Siemens-Affäre den Leitfaden der Bearbeitung vorgeben.

Die Siemens AG erlangte unter anderem Aufträge dadurch, dass Mitarbeiter von Siemens Angestellten anderer Firmen oder Amtsträgern ausländischer Staaten (aus dafür vorgesehenen sog. schwarzen Kassen) Bestechungsgelder zukommen ließen, damit Siemens den Auftrag erhielt. In der Praxis wird in aller Regel die Summe dieser Zahlung auf das Auftragsvolumen aufgeschlagen, so dass rechnerisch der Auftraggeber letztlich das Bestechungsgeld seiner eigenen Mitarbeiter zahlt und der Bestechende lediglich das Bestechungsgeld vorfinanzieren muss. Eine solche Vorgehensweise kann sich daher für ein Unternehmen rechnen und erhebliche Gewinne generieren.

Im Rahmen dieser Arbeit wird zuerst geklärt, wie solche nützlichen Pflichtverletzungen in unserer Rechtsordnung zu behandeln sind. Unter nützlichen Pflichtverletzungen sind kurz zusammengefasst hauptsächlich Zuwendungen materieller oder immaterieller Art zu verstehen, auf die der Empfänger keinen rechtlichen Anspruch hat und die ihn dazu bewegen sollen, dem Leistenden seinerseits einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen.¹¹ Doch greift diese Definition zu kurz. Nützliche Pflichtverletzungen geschehen nicht nur im Bereich von Bestechungen. Neben den erwähnten Schmiergeldzahlungen im inländischen oder ausländischen Geschäftsverkehr¹² fallen durchaus auch andere Fallgestaltungen darunter. In Betracht kommen beispielweise gewinnbringende, aber ungesetzliche Waffengeschäfte oder die Missachtung kostenträchtiger Umweltschutzstandards.

In der Wirtschaftspresse wurde die Entscheidung des Siemens-Aufsichtsrates, Schadensersatzansprüche gegen einzelne Mitglieder des Vorstandes zu verfolgen, als „*symbolische Show*“ bezeichnet, die vor allem dem Zweck diene, von Pflichtverletzungen des Aufsichtsrates bei der Überwachung des Vorstandes im Hinblick auf die Führung der schwarzen Kassen ab-

9 Vgl. ferner auch zu anderen relevanten Fragen wie zum Beispiel der Verteilung der Verfahrenskosten, Freistellungs- und Erstattungsansprüche Krause, BB-Special 8/2007, S. 2.

10 Paefgen, AG 2008, 761.

11 Riegger/Götze, in Krieger/Schneider, Hdb Managerhaftung, § 26 Rdnr. 36.

12 Fleischer, in ders., Hdb Vorstandsrecht, § 7 Rdnr. 22.

zulenken.¹³ Jedoch drohte die Siemens AG beispielsweise ihrem früheren Vorstandsvorsitzenden *von Pierer* an, ihn für den gesamten Schaden persönlich in Anspruch zu nehmen.¹⁴ Dieser Schaden belief sich auf ca. 2 bis 3 Milliarden Euro.¹⁵ Zumindest für die Vorstände stellen derartige Forderungen wohl keine symbolische Show mehr dar. Mittlerweile dürfte auch sorgloseren Organmitgliedern bewusst geworden sein, welch enormen Haftungsrisiko sie ausgesetzt sind.¹⁶

Die derzeit noch aktuelle Wirtschafts- und Finanzkrise hat für Vorstände insgesamt erhebliche negative Auswirkungen. Sie führt nicht nur zu größerer Sparsamkeit und intensiverer Überwachung der Vorstandstätigkeit, sondern auch vermehrt zu (zum Teil großen) Unternehmensinsolvenzen, in denen bekanntlich von Insolvenzverwaltern besonders hartnäckig nach möglichen Haftungsansprüchen gegen die Vorstände gesucht wird.¹⁷

In Zeiten großer Korruptionsfälle, spektakulären Unternehmensskandale und der allgemeinen Finanzkrise¹⁸ wird der Ruf nach einer stärkeren Überwachung und Haftung der Manager immer lauter.¹⁹ Eine scheinbar zügellose Selbstbedienungsmentalität gepaart mit gesetzlich nicht hinreichend definierten Handlungsspielräumen geben Bestrebungen derzeit Raum, Vorstände an die „*kurzere Leine*“ eines strengeren Haftungsmaßstabes zu nehmen.²⁰ So war in der FAZ vom 9.4.2008 zu lesen: „Normalerweise ist das Korrektiv zum Gewinnstreben des Einzelnen, dass er auch empfindliche Verluste erleiden kann, die persönliche Haftung mit dem Privatvermögen. Im gegenwärtigen Vergütungssystem im Finanzgewerbe ist dieses Korrektiv weitgehend ausgehebelt: Die Händler in den Banken und die Manager von Hedge-Fonds sind über Boni zwar stark daran beteiligt, wenn sie in großem Stil Kredite aufnehmen und so kurzfristig die Gewinne steigern; wenn aus ihren Engagements später für ihre Unternehmen und die Volkswirtschaft insge-

13 „Symbolische Show bei Siemens“, Financial Times Deutschland vom 30.07.2008, S. 25.

14 Letztendlich haben die Parteien sich auf einen außergerichtlichen Vergleich, nach dem *von Pierer* nun fünf Millionen Euro an den Siemenskonzern zahlen muss, geeinigt, vgl. FAZ Nr. 280 v. 02.12.2009, S. 11. Gegen zwei Vorstandsmitglieder (ehem. Finanzchef *Neubürger* und ehem. Vorstand für die Telekommunikationssparte *von Ganswindt*) wurde aber tatsächlich Klage auf 15 Millionen und 5 Millionen Euro erhoben. Vgl. dazu FAZ Nr. 21 v. 26.01.2010, S. 9.

15 Ott, SZ Nr. 219 v. 23.09.2009, S. 17.

16 Freund, GmbHR 2009, 1185.

17 Kebekus/Zenker, FS Maier-Reimer, S. 319, 324.

18 Zur Frage der Bankenkrise und der damit zusammenhängenden Organhaftung vgl. Lutter, ZIP 2009, 197 ff.

19 Vgl. Uwe H. Schneider, FS Hüffer, S. 905; Wiedemann, ZGR 2011, 183; „Gesetzgebung und Rechtsprechung reagierten [auf die Finanzkrisen] vornehmlich mit verschärften Anforderungen an Geschäftsleiter und Aufsichtsräte.“; Bastuk/Seibel, FAZ Nr. 241 v. 15.10.2008, S. 23; „Seit den Beinahe-Pleiten der IKB und der Hypo Real Estate überschlagen sich die Forderungen nach einer verschärften Haftung von Bankvorständen.“; FAZ Nr. 120 vom 26.05.2009, S. 13; Froesch, DB 2009, 722; vgl. ferner Goette, DStR 2009, 51, 56 f.; Krause, BB 2009, 1370.

20 So Bosch/Lange, JZ 2009, 225.

samt Verluste entstehen, bleiben sie davon aber weitgehend unbehelligt. Das kann so nicht bleiben, dem Korrektiv "persönliche Haftung" muss wieder mehr Geltung verschafft werden."²¹

Zuvor wurde am 01. November 2005 das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)²² verabschiedet. Dort wurde neben der Erleichterung der Aktionärsklage (vgl. bspw. §§ 142 Abs. 2, 148 Abs. 1 Satz 1 AktG) im Gegenzug die Business Judgment Rule im deutschen Recht kodifiziert²³, vgl. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG. Hinter der Business Judgment Rule steht nach Göthel folgender Gedanke: „Gesellschafter wünschen, dass ihr Unternehmen wächst und gedeiht. Dies erfordert vom Management ein gewisses Maß an Innovation und Risikobereitschaft. Gäbe es keinen Schutz durch die Business Judgment Rule, würden Manager weniger Risiken eingehen und hierdurch den unternehmerischen Erfolg beeinträchtigen. Mitglieder des Managements müssen täglich – und häufig unter Zeitdruck – mögliche Risiken und Erfolge gegeneinander abwägen. Sie müssen Entscheidungen treffen, ohne zu wissen, ob sich diese später als richtig oder falsch erweisen werden. Gerichte sollen deshalb – wenn überhaupt – erst dann im Nachhinein über das Verhalten von Managern urteilen, wenn sich diese durch Missachtung elementarer Grundsätze disqualifiziert haben. [...] Hinzu kommt, dass der Gesetzentwurf der Bundesregierung die Rechte von Aktionärsminderheiten ausweitet. Die Business Judgment Rule bildet das hierzu erforderliche Gegengewicht, indem sie für Vorstand und Aufsichtsrat einen Haftungsfreiraum schafft.“²⁴

Anhand dieser älteren Zeitungsartikel kann man erkennen, dass je nach der derzeitigen wirtschaftlichen beziehungsweise politischen Lage der Ruf nach einer Haftungsverschärfung oder –erleichterung für Manager variiert. Im Zuge der Banken- beziehungsweise Wirtschaftskrise ist derzeit der Ruf nach einer schärferen Haftung aktuell, da die Vorstände für die Krise (mit-) verantwortlich gemacht werden.

Ein großes Problem ergibt sich, wenn der Vorstand zum Beispiel bewusst Amtsträger ausländischer Staaten besticht und damit gegen das geltende Gesetz verstößt, um für die Gesellschaft einen Gewinn zu erwirtschaften, der mit rechtmäßigem Mitteln nicht zu erreichen gewesen wäre. Liegt in so einem Fall überhaupt eine Pflichtverletzung vor? Falls ja stellt sich bei einem Innenregress der Gesellschaft gegen das handelnde Organ die Frage, was mit dem Gewinn aus dem durch die Bestechung erlangten Auftrag passiert. Kann das Vorstandsmitglied diesen schadensmindernd für sich beanspruchen?

Grundsätzlich ist der Vorstand für die Gesetzestreue seiner Gesellschaft und der Mitarbeiter verantwortlich.²⁵ Ist es dem Vorstand aber deswegen verboten, zum Wohle der Gesellschaft bewusst Gesetzesverstöße in Kauf zu

21 Fehr, FAZ Nr. 83 v. 09.04.2008, S. 11.

22 BT-Drucks. 15/5092.

23 FAZ Nr. 16 v. 20.01.2004, S. 11.

24 Göthel, FAZ Nr. 287 v. 8.12.2004, S. 23.

25 BGH AG 2010, 874,874.

nehmen, um den Unternehmensertrag zu steigern? Es mutet widersprüchlich an, wenn der Vorstand im Rahmen eines Innenregresses für ein Verhalten, welches für die Gesellschaft (zumindest in Teilen) vorteilhaft war, im Ganzen haftet. Wendet man dieses Problem auf die Fallgestaltung der Bestechung an, stellt sich die Frage, ob der Vorstand persönlich für die Zahlung von beispielsweise eine Million Euro Bestechungsgeld haftet, wenn der dadurch erlangte Auftrag einen Gewinn von über zehn Millionen Euro für die Gesellschaft bedeutet hat. Kann die Gesellschaft ihren Gewinn durch den Schadensersatzanspruch um eine weitere Million erhöhen?

Wenn das schädigende Ereignis für den Geschädigten neben Nachteilen auch Vorteile bringt, wird in dieser Arbeit unter Heranziehung der Vorteilsanrechnung im Allgemeinen daher der Frage nachgegangen, ob der Vorteil schadensmindernd (zum Vorteil des Schädigers) auf den Schadensersatzanspruch angerechnet wird oder (zum Vorteil des Geschädigten) eine solche Anrechnung nicht geboten ist. Für die Vorteilsanrechnung gibt es keine konkreten Voraussetzungen. Nach der Rechtsprechung muss der Vorteil adäquat kausal durch das schädigende Ereignis verursacht worden sein.²⁶ Anrechnungsfähig sind danach nur solche Vorteile, die mit dem schädigenden Ereignis korrespondieren.²⁷ Letztlich ist maßgebend, ob die Anrechnung billig ist und dem Sinn und Zweck des Schadensersatzes entspricht.²⁸ Die Rechtsprechung findet die Lösung in einer fallgruppenspezifischen Billigkeitsentscheidung. Bei der Frage der Vorteilsanrechnung bei nützlichen Pflichtverletzungen sind gute Argumente für beide Seiten denkbar.

Hierbei wäre gegebenenfalls zu berücksichtigen, dass eine Verurteilung zur Schadensersatzleistung für den betroffenen Manager dessen finanziellen Ruin bedeuten kann, soweit die Haftung nicht durch eine D&O-Versicherung²⁹ gedeckt ist.³⁰ Da der Vorstand einem umfassenden Pflichtenkatalog unterliegt³¹ und er für die Fähigkeiten und Kenntnisse einzustehen hat, die die ihm anvertraute Tätigkeit erfordert, kann grundsätzlich bei einer nützlichen Pflichtverletzung von einer vorsätzlichen Schadensverursachung oder zumindest von wissentlichem Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Beschluss, Vollmacht oder Weisung oder von sonstiger wissentlicher Pflichtverletzung ausgegangen werden. Dies hat einen Ausschluss des D&O-Versicherungsschutzes zur Folge.³² Bei einem Regress der Gesellschaft gegen das Organ in so einem Fall haf-

26 BGHZ 8, 325, 328; 10, 107, 108.

27 BGH NJW 1997, 2378.

28 BGHZ 49, 56, 61 f.; 74, 103, 113 f.; 77, 151, 153; 81, 271, 275; 91, 206, 209 f.; 136, 52, 54.

29 Vgl. allgemein zur D&O-Versicherung *Schilling*, VersR 2005, 1484 ff.; *Notthoff*, NJW 2003, 1350 ff.

30 So *Bayer*, FS K. Schmidt, S. 85, 86 mit einem Hinweis auf den über den Zusammenschluss von Chrysler und Daimler „offenherzig plaudernden“ Ex Daimler-Vorstand *Schrempp*.

31 Vgl. dazu unten unter C. I.

32 Vgl. zu den Ausschlüssen bei der D&O-Versicherung *Voit*, in *Prölls/Martin*, VVG, AVB-AVG 5 Ausschlüsse, Rdnr. 1 ff.

tet dieses in der Regel daher mit seinem gesamten Privatvermögen persönlich, was jedoch oftmals zur Schadenskompensation nicht ausreichen wird.

Ziel dieser Arbeit ist es, anhand von Fallbeispielen nützlicher Pflichtverletzungen herauszuarbeiten, ob bei Schadensersatzansprüchen eines Unternehmens gegen den/die eigenen (gegebenenfalls ehemaligen) Manager wegen (nützlicher) Pflichtverletzungen der Vorteil, den das Unternehmen auf Grund der schädigenden Handlung erhalten hat, schadensmindernd angerechnet werden kann oder nicht. Für den Fall einer Verneinung der Anrechnungsmöglichkeit würde dies eine faktische Haftungsverschärfung für Manager bedeuten, da sie sich trotz eines positiven Effekts für die Gesellschaft einem höheren persönlichen Risiko ausgesetzt sähen.

II. Gang der Bearbeitung

Die Frage nach Schadensersatzansprüchen wegen nützlicher Pflichtverletzungen bedingt zunächst die Frage nach den Pflichten, die verletzt werden können. Daher wird dem Aufbau eines Haftungstatbestandes nachempfunden nach der Darstellung des dem Innenregress zugrunde liegenden Schuldverhältnisses (B.) der Pflichtenkatalog eines Vorstands einer AG dargestellt (C. I.). Im Rahmen dieses Kapitels wird die Frage einer Legalitätspflicht aufgeworfen (C. I. 1. c.) und das für die Praxis bedeutsame Problemfeld der Organisations- und Überwachungspflicht erläutert (C. I. 1. d.). An die Darstellung der Pflichten eines Vorstandes schließt sich die Frage der Anerkennung der nützlichen Pflichtverletzung an (C. II.). Dabei werden viele Bereiche dargestellt, in denen nützliche Pflichtverletzungen der Organe aber auch der nachgeordneten Mitarbeiter möglich und denkbar sind. Zu problematisieren wird dabei sein, ob nützliche Pflichtverletzungen nachgeordneter Mitarbeiter ebenfalls ein Haftungsrisiko für den Vorstand bedeuten können (C. II. 1. c. 3)). Unter Heranziehung der Rechtslage zur Vorteilsanrechnung im Allgemeinen (E. II.) wird anschließend der Frage nachgegangen, ob der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist (E. I.) und wenn ja, ob der erlangte Vorteil angerechnet werden kann (E. III.).