

Leseprobe zu

Krieger/Uwe H. Schneider

Handbuch Managerhaftung

Vorstand - Geschäftsführer - Aufsichtsrat

Pflichten und Haftungsfolgen

Typische Risikobereiche



170 X 240 mm, 2023, 1.616 Seiten, Kommentar

249,00 € inkl. MwSt.

ISBN 978-3-504-40098-9

§ 10 Organhaftung und Dienstvertrag

Dr. Georg Seyfarth, LL.M. (Duke)

<p>A. Grundlagen: Anstellungs- und Bestellungsverhältnis 10.1</p> <p>B. Vorstands-Dienstvertrag in der AG . 10.4</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Zwingendes Aktienrecht als Grenze dienstvertraglicher Regelungen 10.4</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Wesentliche typische Regelungsinhalte des Vorstands-Dienstvertrags 10.6</p> <p>III. Haftung wegen Verletzung des Vorstands-Dienstvertrags 10.9</p> <p>IV. Haftungsentlastende Regelungen im Vorstands-Dienstvertrag? 10.11</p> <p style="padding-left: 20px;">1. Vorbemerkung 10.11</p> <p style="padding-left: 20px;">2. Vereinbarung eines reduzierten Haftungsmaßstabs 10.12</p> <p style="padding-left: 20px;">3. Haftungsobergrenzen 10.13</p> <p style="padding-left: 20px;">4. Einschränkung der Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats 10.14</p> <p style="padding-left: 20px;">5. Weitere Konzepte: Haftungseinschränkung wegen betrieblich veranlasster Arbeit oder aufgrund Treubindung 10.16</p> <p>V. Haftungsfreistellung in einem Dienstvertrag mit Dritten 10.18</p> <p style="padding-left: 20px;">1. Drittanstellungsvertrag 10.18</p> <p style="padding-left: 20px;">2. Haftungsfreistellung 10.19</p> <p>VI. D&O-Verschaffungsklauseln 10.20</p> <p>VII. Regelungen zur Haftungsdurchsetzung und zum Haftungsprozess 10.23</p> <p style="padding-left: 20px;">1. Rechtswahlklauseln 10.23</p> <p style="padding-left: 20px;">2. Gerichtsstandsklauseln 10.25</p> <p style="padding-left: 20px;">3. Schiedsvereinbarungen 10.26</p>	<p>VIII. Haftungsfall und Beendigung des Vorstands-Dienstvertrags 10.28</p> <p>C. Dienstvertrag des GmbH-Geschäftsführers 10.31</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Disposition der Gesellschafter über Haftungsansprüche im GmbH-Recht 10.31</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Vorherige Einschränkung der Geschäftsführerhaftung 10.34</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Haftungsherabsetzende Regelungen im Geschäftsführer-Dienstvertrag 10.37</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Vorbemerkung: Korporative Regelung und Dienstvertrag 10.37</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Reduzierter Haftungsmaßstab ... 10.41</p> <p style="padding-left: 40px;">3. Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast 10.43</p> <p style="padding-left: 40px;">4. Verkürzte Verjährungsfristen 10.44</p> <p style="padding-left: 40px;">5. Haftungsobergrenzen 10.45</p> <p style="padding-left: 40px;">6. Freistellungsklauseln gegenüber Ansprüchen Dritten 10.46</p> <p>IV. Verschärfung der Haftung 10.47</p> <p>D. Rechtslage in SE, Genossenschaft, Verein und Stiftung 10.48</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Haftungsregelungen im Dienstvertrag in der SE 10.48</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Anstellungsverhältnis von Vorstandsmitgliedern in der Genossenschaft ... 10.51</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Haftungsbeschränkungen für Vorstandsmitglieder im Verein 10.53</p> <p style="padding-left: 20px;">IV. Haftungsbeschränkungen für Vorstandsmitglieder einer Stiftung 10.55</p>
--	---

Schrifttum: *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des 70. DJT, 2014, Band I, Gutachten E; *Bachmann*, Das „vernünftige“ Vorstandsmitglied – Zum richtigen Verständnis der deutschen Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG), in FS Stilz, 2014, S. 25; *Bachmann*, Die Beschränkung der Organhaftung nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts, ZIP 2017, 841; *Bauer*, Ausgewählte Probleme der AGB-Kontrolle von Anstellungsverträgen vertretungsberechtigter Organmitglieder, in FS Wank, 2014, S. 1; *Bauer/Arnold*, AGB-Kontrolle von Vorstandsverträgen, ZIP 2006, 2337; *Bauer/Arnold/Kramer*, Schiedsvereinbarungen mit Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern, AG 2014, 677; *Bauer/Diller*, Koppelung von Abberufung und Kündigung bei Organmitgliedern, GmbHR 1998, 809; *Baums*, Der Geschäftsleitungsvertrag, 1987; *Bernhardt/Bredol*, Rechtsfragen zu Organstellung und Anstellungsvertrag von Geschäftsführern einer paritätisch mitbestimmten GmbH, NZG 2015, 419; *Casper*, Hat die grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats im Sinne des ARAG/Garmenbeck-Urteils ausgedient?, ZHR 176 (2012), 617; *Deilmann*, Fehlen einer Directors & Officers (D&O) Versicherung als Rücktrittsgrund für die

Organmitglieder einer Aktiengesellschaft, NZG 2005, 54; *Deilmann/Dornbusch*, Drittanstellungen im Konzern, NZG 2016, 201; *Eckardt*, Koppelung der Beendigung des Anstellungsvertrages eines AG-Vorstandsmitgliedes an den Bestimmungswiderruf?, AG 1989, 431; *Fleischer*, Haftungsfreistellung, Prozesskostenersatz und Versicherung für Vorstandsmitglieder, WM 2005, 909; *Fleischer*, Zur Einschränkung der Geschäftsführerhaftung in der GmbH, BB 2011, 2435; *Fleischer*, Ruinöse Managerhaftung: Reaktionsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda, ZIP 2014, 1305; *Goette*, Grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats bei sorgfaltswidrig schädigendem Verhalten im AG-Vorstand?, ZHR 176 (2012), 588; *Grooterhorst*, Das Einsichtnahmerecht des ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedes in Geschäftsunterlagen im Haftungsfall, AG 2011, 389; *Grunewald*, Haftungsvereinbarungen zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitgliedern, AG 2013, 813; *Habersack*, Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177 (2013), 782; *Habersack*, Enthaltung des Vorstandsmitgliedes qua Anstellungsvertrag?, NZG 2015, 1297; *Habersack*, 19 Jahre „ARAG/Garmenbeck“ – und viele Fragen offen, NZG 2016, 321; *Hemeling*, Neuere Entwicklungen in der D&O-Versicherung, in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 491; *Herresthal*, Die Wirksamkeit von Schiedsabreden mit Vorständen und Geschäftsführern bei Organhaftungsstreitigkeiten, ZIP 2014, 345; *Hoffmann*, Existenzvernichtende Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten?, NJW 2012, 1393; *Hoffmann-Becking*, Rechtliche Anmerkungen zur Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung, ZHR 169 (2005), 155; *Hohenstatt/Naber*, Die D&O-Versicherung im Vorstandsvertrag, DB 2010, 2321; *Hopt*, Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, ZIP 2013, 1793; *Janert*, Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Beschränkung der Geschäftsführerhaftung, BB 2013, 3016; *Koch*, Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429; *Koch*, Regressreduzierung im Kapitalgesellschaftsrecht – eine Sammelreplik, AG 2014, 513; *Kort*, Beziehungen des Vorstandsmitgliedes der AG zu Dritten: Drittanstellung, Interim Management, Personalleasing und Vergütung durch Dritte, AG 2015, 531; *Krieger*, Beweislastumkehr und Informationsanspruch des Vorstandsmitgliedes bei Schadensersatzforderungen nach § 93 Abs. 2 AktG, in FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 717; *Lange*, Die D&O-Versicherungsverschaffungsklausel im Manageranstellungsvertrag, ZIP 2004, 2221; *Leuering*, Organhaftung und Schiedsverfahren, NJW 2014, 657; *Paefgen*, Organhaftung: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, AG 2014, 554; *Poelzig*, Rückforderung der variablen Vorstandsvergütung (Clawback) in börsennotierten Gesellschaften, NZG 2020, 41; *Reichert*, Existenzgefährdung bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen, ZHR 177 (2013), 756; *Ruchatz*, Auskunftspflichten der Aktiengesellschaft bei Organhaftungsverfahren im Verhältnis zum Anspruchsgegner und gegenüber dem D&O-Versicherer, AG 2015, 1; *Ruchatz*, Praxisprobleme der Entlastung des Geschäftsführers bei bestehendem D&O-Versicherungsschutz, GmbHR 2016, 681; *v. Schenck*, Handlungsbedarf bei der D&O-Versicherung, NZG 2015, 494; *Uwe H. Schneider*, Haftungsmilderung für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer bei fehlerhafter Unternehmensleitung?, in FS Werner, 1984, S. 795; *Schockenhoff*, Haftung und Enthaltung von Geschäftsleitern bei Compliance-Verstößen in Konzernen mit Matrix-Strukturen, ZHR 180 (2016), 197; *Scholz/Doralt*, D&O-Verschaffungszusagen im System und als Gestaltungsmittel der aktienrechtlichen Corporate Governance, ZHR 185 (2021), 637; *Scholz/Weiß*, Schiedsverfahren zur Vermeidung der Vorstandshaftung?, AG 2015, 523; *Seibt*, 20 Thesen zur Binnenverantwortung im Unternehmen im Lichte des reformierten Kapitalmarktsanktionsrechts, NZG 2015, 1097; *Seibt*, „Halbvermögensschutzklausel“ als Instrument zur Vermeidung existenzgefährdender Binnenregressansprüche in Fällen grober Disproportionalität, NZG 2016, 361; *Seyfarth*, Clawback-Vereinbarungen in Vorstandsverträgen, WM 2019, 521 (Teil I) und WM 2019, 569 (Teil II); *Seyfarth*, Kompetenz- und Vertretungsfragen bei Ersatzansprüchen der GmbH gegen ihre Geschäftsführer, in FS Krieger, 2020, S. 921; *Seyfarth*, Koppelungsklauseln in Vorstandsverträgen und das AGB-Recht, NZG 2022, 389; *Spindler*, Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive, AG 2013, 889; *Thomas*, Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern, 2010; *Tödtmann/v. Erdmann*, Unwirksamkeit von Koppelungsklauseln in Vorstandsverträgen nach § 307 BGB, NZG 2022, 3; *Tschöpel/Wortmann*, Abberufung und außerordentliche Kündigung von geschäftsführenden Organvertretern – Grundlagen und Verfahrensfragen, NZG 2009, 85; *E. Vetter*, Drittanstellung von Vorstandsmitgliedern und aktienrechtliche Kompetenzordnung, in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1297; *Werner*, Koppelungsklauseln in Geschäftsführerdienstverträgen und ihre Kontrolle durch das AGB-Recht, NZA 2020, 1444; *v. Westphalen*, Unwirksame Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern – notwendiger Schutz von Vorständen und Geschäftsführern, ZIP 2013, 2184; *Wettich*, Aktuelle Entwicklungen und Trends in der Hauptversammlungssaison 2016 und Ausblick auf 2017, AG 2017, 60; *Wilhelmi*, Beschränkung der Organhaftung und innerbetrieblicher Schadensausgleich, NZG 2017, 681.

A. Grundlagen: Anstellungs- und Bestellungsverhältnis

Die Haftung von Managern, insbesondere von GmbH-Geschäftsführern und von Vorstandsmitgliedern, wird in der Praxis fast ausschließlich auf **organschaftliche Anspruchsgrundlagen**, namentlich auf § 43 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, § 34 Abs. 2 Satz 1 GenG, und eine Verletzung von organschaftlichen Pflichten gestützt. Dahinter steht das gesetzliche Konzept, dass ein Manager, der zum Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied bestellt wird, „Organ“ der Gesellschaft ist, qua dieser Organstellung die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich vertritt, ihre Geschäfte führt und hierbei den Sorgfaltsanforderungen eines gewissenhaften Geschäftsleiters unterliegt und bestimmte Organpflichten beachten muss. Bei einer Verletzung dieser Obliegenheiten und Organpflichten haftet der Manager auf organschaftlicher Basis.¹ Die Organstellung und die damit einhergehenden Haftungsgefahren folgen aus der **Bestellung** zum Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied. Die Bestellung ist der korporationsrechtliche Akt, durch den der Manager zum Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied ernannt wird, also seine Organstellung erhält. Die organschaftliche Haftung hat mithin ihren Grund, aber auch ihre Grenze in der Bestellung zum Organmitglied und ihrer Beendigung, wobei das Sonderproblem einer Haftung aus faktischer Organstellung oder bei fehlerhafter Bestellung an dieser Stelle außen vor bleiben kann.²

Neben die Bestellung mit ihren daraus folgenden Haftungsrisiken tritt das **Anstellungsverhältnis** des GmbH-Geschäftsführers oder des Vorstandsmitglieds als eigenständiges Rechtsverhältnis. Das Anstellungsverhältnis hat seine vertragliche Grundlage in einem GmbH-Geschäftsführervertrag oder einem Vorstands-Dienstvertrag, die rechtlich in aller Regel als Geschäftsbesorgungsvertrag zu qualifizieren sind. Auf diese Dienstverträge finden die §§ 611 ff., § 675 BGB Anwendung.³ Sie sind nicht als Arbeitsverträge im engeren Sinne einzuordnen.⁴ GmbH-Geschäftsführervertrag und Vorstands-Dienstvertrag regeln mithin die dienstvertragliche Stellung des Organmitglieds auf schuldrechtlicher Grundlage und bestehen unabhängig von der korporativ geprägten Bestellung, auch wenn die beiden Rechtsverhältnisse natürlich nicht beziehungslos nebeneinander existieren (**Trennungstheorie**).⁵ Bestellungs- und Anstellungsverhältnis bilden auch kein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB.⁶ Die Organstellung ist unabhängig davon, wann das Anstellungsverhältnis des Organmitglieds beginnt und

1 Vgl. dazu im Einzelnen *Uwe H. Schneider*, § 2 zur GmbH, *Leuring*, § 3 zur GmbH & Co. KG, *Krieger*, § 4 zur AG, *Weber*, § 5 zur Genossenschaft, *Teichmann*, § 6 zur SE und *Burgard/Heimann*, § 7 zur Organhaftung in Verein und Stiftung.

2 Vgl. zur Haftung als faktisches Organmitglied aus der Rechtsprechung BGH v. 9.7.1979 – II ZR 118/77, BGHZ 75, 96 – Herstattbank (mit Ablehnung der Haftung im konkreten Fall); BGH v. 25.2.2002 – II ZR 196/00, BGHZ 150, 61, 69 = GmbHR 2002, 549, 552; BGH v. 27.6.2005 – II ZR 113/03, ZIP 2005, 1414, 1415 = GmbHR 2005, 1126; OLG Köln v. 15.2.2011 – 18 U 188/11, GmbHR 2012, 1358, 1359 ff.; sowie aus dem Schrifttum zur Haftung bei fehlerhafter Bestellung und faktischer Organstellung: *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 358 ff.; *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 93 AktG Rz. 224 ff.; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 3 Rz. 111 ff. und § 23 Rz. 7 m.w.N.; *Koch*, § 93 AktG Rz. 73–75; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, § 43 GmbHG Rz. 2 ff.

3 *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 6 GmbHG Rz. 3; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 84 AktG Rz. 59.

4 *Beurskens* in Noack/Servatius/Haas, § 37 GmbHG Rz. 101 f.; *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 84 AktG Rz. 27.

5 BGH v. 14.11.1983 – II ZR 33/83, BGHZ 89, 48, 52 = GmbHR 1984, 151, 152 = AG 1984, 48 – Reemtsma; BGH v. 10.1.2000 – II ZR 251/98, ZIP 2000, 508, 509; BGH v. 28.10.2002 – II ZR 146/02, GmbHR 2003, 100; OLG Schleswig v. 16.11.2000 – 5 U 66/99, AG 2001, 651, 653; erwähnt in BSG v. 23.2.2021 – B 12 R 15/19 R, DStR 2021, 2649, 2652; *Koch*, § 84 AktG Rz. 2; *Wentrup* in MünchHdb. AG, § 20 Rz. 13; *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 84 AktG Rz. 7; *Bernhardt/Bredol*, NZG 2015, 419, 422; a.A. *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, 1987, S. 3 ff., 451.

6 *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, § 84 AktG Rz. 4; *Leuschner* in MünchKomm. BGB, § 27 BGB Rz. 7.

endet.⁷ Die rechtliche Eigenständigkeit des Anstellungsverhältnisses zeigt sich insbesondere darin, dass die (vorzeitige) Beendigung der Bestellung keineswegs automatisch zur gleichzeitigen Beendigung des Anstellungsverhältnisses führt, auch wenn es zulässig ist, das Schicksal des Anstellungsverhältnisses an den Fortbestand der Organstellung durch eine sogenannte Koppelungsklausel zu knüpfen.⁸ Das Organmitglied hat einen Anspruch auf Abschluss eines GmbH-Geschäftsführervertrags oder eines Vorstands-Dienstvertrags, weil es niemandem zugemutet werden kann, die Funktion eines Organmitglieds, mit der insbesondere auch Haftungsrisiken einhergehen, ohne dienstvertragliche Grundlage, welche vor allem die Vergütung regelt, wahrzunehmen.⁹

- 10.3 Unter dem Blickwinkel der Haftung stellt sich für die Beteiligten vornehmlich die Frage, welchen Einfluss GmbH-Geschäftsführervertrag und Vorstands-Dienstvertrag auf die Haftung der Manager haben: Welche anstellungsvertraglichen Regelungen sind relevant für die Haftung? Ist es möglich, das Haftungsregime für die Organmitglieder erträglicher zu gestalten, insbesondere durch haftungsabmildernde Vereinbarungen zum Haftungsmaßstab oder zur Verfolgung von Haftungsansprüchen? Kann die Haftung, umgekehrt, verschärft werden? In welchem Verhältnis stehen die Anspruchsgrundlagen, welche aus einer Verletzung des Dienstvertrags resultieren, zur organschaftlichen Haftung? Kurzum: Welchen Regelungsspielraum haben die Beteiligten? Auf welche Punkte muss man unter dem Aspekt der Haftung achten, wenn es um einen GmbH-Geschäftsführervertrag und einen Vorstands-Dienstvertrag geht?

B. Vorstands-Dienstvertrag in der AG

I. Zwingendes Aktienrecht als Grenze dienstvertraglicher Regelungen

- 10.4 Der Grundsatz privatautonomer Gestaltungsfreiheit findet für den Vorstands-Dienstvertrag eine erhebliche Einschränkung durch die zwingenden Vorschriften des Aktienrechts. Es liegt zwar grundsätzlich auch für den Dienstvertrag eines Vorstandsmitglieds im privatautONOMEN Belieben der Parteien, dasjenige zu vereinbaren, was ihren Vorstellungen entspricht. Nach herrschender und zutreffender Auffassung dürfen sich die Parteien aber über zwingende Vorschriften des Aktiengesetzes nicht durch anstellungsvertragliche Regelungen hinwegsetzen.¹⁰ Das folgt dogmatisch aus dem **Grundsatz der Satzungsstrenge** im Aktienrecht gem. § 23 Abs. 5 AktG¹¹, der für sich genommen zwar nur die Satzungsautonomie der Aktionäre einschränkt, zugleich aber das allgemeine Prinzip zum Ausdruck bringt,

7 BGH v. 6.4.1964 – II ZR 75/62, BGHZ 41, 282, 287; *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 349; *Beurskens* in Noack/Servatius/Haas, § 6 GmbHG Rz. 53.

8 Zur Koppelung des Anstellungsverhältnisses an die Organstellung: BGH v. 29.5.1989 – II ZR 220/88, GmbHR 1989, 415; BGH v. 21.6.1999 – II ZR 27/98, GmbHR 1999, 1140, 1141 f. (zum GmbH-Geschäftsführer); OLG Saarbrücken v. 8.5.2013 – 1 U 154/12-43, GmbHR 2013, 758; ablehnend für einen GmbH-Fall OLG Karlsruhe v. 25.10.2016 – 8 U 122/15, NZG 2017, 226 = GmbHR 2017, 295; *Beiner/Braun*, Vorstandsvertrag, Rz. 277 ff.; *Hoffmann-Becking*, ZHR 169 (2005), 155, 169 f.; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 84 AktG Rz. 183; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, § 84 AktG Rz. 46; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 20 Rz. 5 ff.; *Seyfarth*, NZG 2022, 389; *Tschöpe/Wortmann*, NZG 2009, 85, 87; a.A. *Eckardt*, AG 1989, 431, 432; *Werner*, NZA 2020, 1444 ff.; *Tödtmann/v. Erdmann*, NZG 2022, 3; zweifelnd für „langfristige Anstellungsverträge“ *Bauer/Diller*, GmbHR 1998, 809, 810 f.

9 BGH v. 14.11.1983 – II ZR 33/83, BGHZ 89, 48, 52 f. = GmbHR 1984, 151, 152 = AG 1984, 48 – Reemtsma.

10 Vgl. dazu *Kort* in Großkomm. AktG, § 84 AktG Rz. 282 und 284; *Habersack*, NZG 2015, 1297, 1299; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 84 AktG Rz. 59 formuliert, dass die „besonderen aktienrechtlichen Regelungen“ den allgemeinen für den Dienstvertrag oder Auftrag geltenden Vorschriften vorgehen.

11 Zur Ableitung des zwingenden Charakters der aktienrechtlichen Haftungsregelungen aus § 23 Abs. 5 AktG vgl. nur *Uwe H. Schneider* in FS *Werner*, 1984, S. 795, 803; *Fleischer*, WM 2005, 909, 914; *Fleischer*, ZIP 2014, 1305.

dass sich auch die Gesellschaft im Rahmen der von ihr abgeschlossenen Verträge mit ihren Organmitgliedern trotz des Grundsatzes der Privatautonomie nicht über die zwingenden Vorschriften des Aktiengesetzes hinwegsetzen darf. Es ist zwar vereinzelt vertreten worden, dass der in § 23 Abs. 5 AktG zum Ausdruck gebrachte Grundsatz der Satzungsstrenge nicht zwingend anstellungsvertraglichen Haftungsmodifikationen entgegenstehe, weil – so die These – vertraglich durchaus erlaubt sein könne, was satzungsmäßig unzulässig sei.¹² Das kann indes nicht überzeugen, weil es das korporative Kompetenzgefüge in der Aktiengesellschaft völlig außer Kraft setzte, wenn Aufsichtsrat und Vorstandsmitglied im Dienstvertrag Vereinbarungen treffen dürften und ihnen Regelungsspielräume eröffnet wären, welche den Aktionären im Rahmen ihrer Satzungsautonomie qua gesetzlicher Regelung verschlossen sind. Die Auffassung, wonach eine Haftungsabmilderung im Dienstvertrag vereinbart werden könne, obwohl sie nicht in die Satzung aufgenommen werden darf, hat daher zu Recht im Schrifttum keine Gefolgschaft gefunden.¹³

Damit stellt sich im Kontext der Haftung von Vorstandsmitgliedern der AG vor allem die Frage, ob auch die Regelungen aus § 93 AktG, welche das organschaftliche Haftungsregime mit Fahrlässigkeitshaftung am Maßstab des gewissenhaften Geschäftsleiters, Beweislastumkehr, langen Verjährungsfristen sowie gläubigerschützenden Verzichts- und Vergleichsrestriktionen enthalten, zu den zwingenden Regelungen gehören, von denen gem. § 23 Abs. 5 AktG weder in der Satzung noch im Vorstands-Dienstvertrag abgewichen werden kann. Das ist der Fall: Nach zutreffender und ganz herrschender Auffassung enthält § 93 AktG **zwingendes Recht**.¹⁴ Ungeachtet der rechtspolitischen Diskussionen¹⁵ und Forderungen nach größeren Handlungsspielräumen für die Beteiligten muss nach geltendem Recht festgehalten werden, dass der Gesetzgeber ein geschlossenes und zudem gläubigerschützendes System in § 93 AktG normiert hat, das daher auch eine „abschließende Regelung“ im Sinne von § 23 Abs. 5 AktG enthält. Das Haftungsregime der Aktiengesellschaft kann daher *de lege lata* weder in der Satzung noch im Vorstands-Dienstvertrag ausgeschlossen oder modifiziert werden.

II. Wesentliche typische Regelungsinhalte des Vorstands-Dienstvertrags

Vorstands-Dienstverträge deutscher Aktiengesellschaften enthalten in der Praxis vielfach einander sehr ähnliche Regelungen.¹⁶ Sie beschreiben typischer Weise in groben Zügen die Pflichten und Auf-

12 In diesem Sinne *Seibt*, NZG 2015, 1097, 1102; in seiner Duplik auf die Erwiderung von *Habersack* in NZG 2015, 1297 wiederholt *Seibt* diese These nicht, weil er argumentiert, die von ihm vorgeschlagene Halbvermögensschutzklausel (vgl. dazu näher Rz. 10.14) sei mit geltendem Aktienrecht vereinbar, weshalb es von vornherein (doch nicht) zu einem Konflikt zwischen schuldrechtlichem Anstellungsverhältnis und zwingendem Aktienrecht komme, vgl. *Seibt*, NZG 2016, 361, 363.

13 Ausdrücklich *Habersack*, NZG 2015, 1297, 1299; *Schockenhoff*, ZHR 180 (2016), 197, 221 f.; *Wettich*, AG 2017, 60, 66.

14 *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 8; *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 11; *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 93 AktG Rz. 4; *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 47; *Sailer-Coceani* in K. Schmidt/Lutter, § 93 AktG Rz. 3; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 23 Rz. 1; *Koch*, § 93 AktG Rz. 4; *Hoffmann-Becking* in MünchHdb. AG, § 26 Rz. 2; a.A. *Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1395; *Grunewald*, AG 2013, 813, 815.

15 Vgl. dazu insbesondere die Diskussionen rund um den 70. Deutschen Juristentag in Hannover 2014, der sich der Reformbedürftigkeit der Organhaftung widmete, vor allem *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des 70. DJT, 2014, Band I, Gutachten E; ferner die Referate von *Sailer-Coceani*, *Kremer* und *Uwe H. Schneider*, Band II/1, Teil N.

16 Die Typisierung von Vorstands-Dienstverträgen lässt sich beobachten, wenn man insgesamt die Aktiengesellschaften in Deutschland in den Blick nimmt und einen Vergleich der Verträge anstellt, aber sie findet sich auch innerhalb einer einzelnen Gesellschaft. Die meisten Gesellschaften legen Wert darauf, dass es einen „Mustervertrag“ gibt, der mehr oder weniger für alle Vorstandsmitglieder Anwendung findet. Daher sind die Vorstands-Dienstverträge in diesen Fällen auch regelmäßig als allgemeine Geschäftsbedingungen einzuordnen und unterliegen der entsprechenden AGB-Kontrolle anhand der

gaben des Vorstandsmitglieds, regeln vor allem dessen Bezüge, betonen besondere Obliegenheiten des Vorstandsmitglieds (Verschwiegenheit, Pflicht zur Mandatsübernahme in konzernverbundenen Gesellschaften, Auskunfts- und Herausgabepflichten bei Mandatsbeendigung), gewähren bestimmte Ansprüche (Auslagen, Urlaub, Dienstwagen, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall), enthalten bisweilen Regelungen zu einem – nachvertraglichen – Wettbewerbsverbot, regeln etwaige Versorgungsleistungen und bestimmen schließlich die Dauer des Anstellungsverhältnisses einschließlich von Sonderkündigungsrechten etwa im Fall einer Übernahme (Change-of-Control-Klauseln). Es liegt an dem Vorrang der zwingenden aktienrechtlichen Bestimmungen, dass die Vorstands-Dienstverträge indes regelmäßig nur wenige Klauseln enthalten, die explizit und unmittelbar Haftungsrelevanz haben (vgl. aber zu denkbaren Regelungen Rz. 10.11 ff.).

- 10.7 Das bedeutet allerdings nicht, dass die Regelungen im Vorstands-Dienstvertrag gänzlich irrelevant für die materielle Haftung wären. Es ist etwa zulässig und nicht unüblich, wenngleich auch keineswegs zwingend, einem Vorstandsmitglied bereits im Dienstvertrag eine bestimmte **Ressortverantwortung** zuzuweisen oder vertraglich zu regeln, dass das Vorstandsmitglied als Vorsitzender des Vorstands fungieren soll. Ungeachtet der Gesamtverantwortung aller Vorstandsmitglieder kann aus der Ressortzuständigkeit eine besondere Verantwortlichkeit für die ordnungsgemäße Geschäftsführung in dem jeweiligen Ressort erwachsen.¹⁷ Spiegelbildlich dürfen sich die ressortfremden Vorstandsmitglieder darauf verlassen, dass die Primärverantwortung für die ordnungsgemäße Geschäftsführung in den anderen Ressorts bei den jeweils ressortverantwortlichen Vorstandsmitgliedern liegt, so dass sich die ressortfernen Vorstandsmitglieder im Wesentlichen auf eine (horizontale) Überwachung beschränken können. Die Ressortzuweisung im Dienstvertrag ändert mithin zwar nicht unmittelbar den Haftungsmaßstab oder das Haftungsregime, hat aber doch materielle Bedeutung, weil sie die Aufgabe des betreffenden Vorstandsmitglieds genauer beschreibt und abgrenzt. Wenn dem Manager im Vorstands-Dienstvertrag ein bestimmtes Ressort zugewiesen ist, dann verstärkt und akzentuiert das eine Ressortzuweisung qua interner Geschäftsverteilung oder Geschäftsordnung und schneidet allen Beteiligten von vornherein den Einwand ab, es habe Unklarheiten über die Ressortzuweisung gegeben. Freilich darf sich die anstellungsvertragliche Ressortzuweisung nicht über die Regelungen der Satzung oder einer vom Aufsichtsrat gem. § 77 Abs. 2 Satz 1 AktG erlassenen Geschäftsordnung hinwegsetzen.¹⁸
- 10.8 Weitere Regelungen im Vorstands-Dienstvertrag, die ebenfalls nicht den Haftungsmaßstab als solchen berühren, aber für die Haftungsdurchsetzung und gegebenenfalls streitige Auseinandersetzungen Bedeutung haben, sind Rechtswahlklauseln, Gerichtsstandvereinbarungen und auch Schiedsvereinbarungen (vgl. dazu Rz. 10.23 ff.). Der eigentliche Regelungsgehalt der meisten Vorstands-Dienstverträge liegt jedoch in den **Vergütungsregelungen** einschließlich der Regelungen von Versorgungsleistungen. Insbesondere die langfristig angelegten variablen Vergütungskomponenten enthalten bisweilen Malus-Regelungen, falls es in dem Ressort eines Vorstandsmitglieds zu Rechtsverletzungen oder Compliance-Verstößen kommt. Entsprechende Rechtsverletzungen oder Compliance-Verstöße mögen dann auch haftungsrelevant sein. Rechtlich sind aber Vergütung und Haftung strikt zu trennen. Seit einigen Jahren finden sich zunehmend auch sogenannte Clawback-Vereinbarungen in den Vorstands-Dienstverträgen, die der Gesellschaft ein Rückforderungsrecht von Vergütungsleistungen einräumen, wenn das

§§ 305 ff. BGB; vgl. hierzu: *Bauer/Arnold*, ZIP 2006, 2337, 2338; *Bauer* in FS Wank, 2014, S. 1; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 4 Rz. 19 ff.; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, Anh. zu § 6 GmbHG Rz. 2; *Jaeger/Steinbrück* in MünchKomm. GmbHG, § 35 GmbHG Rz. 273.

17 Vgl. zur haftungsrechtlichen Bedeutung der Geschäftsverteilung aus der Rechtsprechung BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 – Weltruf; aus dem Schrifttum unten *E. Vetter*, Rz. 26.19 f.; auch *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 2 Rz. 15–17 und § 23 Rz. 70; zur besonderen Verantwortlichkeit des Vorstandsvorsitzenden dort § 23 Rz. 68; zur GmbH: *Verse* in Scholz, § 43 GmbHG Rz. 128 ff.; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, § 37 GmbHG Rz. 29.

18 Dazu *E. Vetter*, Rz. 26.44 ff.

Vorstandsmitglied etwa gegen Compliance-Regelungen verstoßen hat.¹⁹ Die Vergütungs- und Versorgungsansprüche des Vorstandsmitglieds aus den Vorstands-Dienstverträgen spielen daher im Haftungsfall aus Sicht der Gesellschaft vor allem als Aufrechnungs- oder Rückforderungsposten eine Rolle. Es ist freilich im Einzelfall zu prüfen und keinesfalls unproblematisch, ob die Gesellschaft im Haftungsfall ihren Schadensersatzanspruch auch mit Versorgungsleistungen des Vorstandsmitglieds aufrechnen darf.²⁰ Ein Aufrechnungsverbot zugunsten des Vorstandsmitglieds ist zulässig, kommt aber in der Praxis in Vorstands-Dienstverträgen selten vor. Dagegen sollten Vorstandsmitglieder, wenn sie vorzeitig aus der Gesellschaft ausscheiden und ihr Anstellungsverhältnis mit einer Aufhebungsvereinbarung beenden, für noch ausstehende Zahlungen auf ein Aufrechnungsverbot beharren, weil sie sonst Gefahr laufen, dass die Gesellschaft im Fall etwaiger Haftungsansprüche (erst einmal) die ausstehenden Bezüge nicht zahlt.²¹

III. Haftung wegen Verletzung des Vorstands-Dienstvertrags

Der Dienstvertrag des Vorstandsmitglieds besteht in aller Regel mit der Gesellschaft (zur Drittanstellung vgl. Rz. 10.18 f.). Der **Gesellschaft** steht daher bei einer schuldhaften Verletzung der Pflichten aus dem Vorstands-Dienstvertrag prinzipiell ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB zu. Eine eigenständige praktische Bedeutung hat diese Anspruchsgrundlage indes nicht. Dabei kann es dahinstehen, ob dogmatisch Verletzungen der Pflichten aus dem Vorstands-Dienstvertrag bereits abschließend durch § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG sanktioniert sind²², oder ob die positive Vertragsverletzung aus § 280 Abs. 1 BGB eine konkurrierende Anspruchsgrundlage ist, welche aber den Sonderregelungen des § 93 AktG unterliegt.²³ Da die materiellen Bestimmungen des § 93 AktG (vor allem Haftungsmaßstab und Beweislastumkehr) zwingend sind, gelten sie im Ergebnis auch für Ansprüche auf dienstvertraglicher Grundlage. Aufgrund der langen Verjährungsfristen des § 93 Abs. 6 AktG ist es auch nicht vorstellbar, dass sich die Gesellschaft nach Ablauf der organschaftlichen Verjährungsfrist noch auf eine anstellungsvertragliche Anspruchsgrundlage stützen könnte.

Da Dritte und vor allem Aktionäre nur ausnahmsweise ein eigenes Verfolgungsrecht hinsichtlich organschaftlicher Haftungsansprüche gegen Organmitglieder der AG haben oder die Geltendmachung durch einen besonderen Vertreter veranlassen können (vgl. dazu § 93 Abs. 5, § 117 Abs. 5, § 147 Abs. 2 Satz 1, § 148 Abs. 1 Satz 1, § 309 Abs. 4 Satz 1, § 310 Abs. 4, § 317 Abs. 4, § 318 Abs. 4 AktG)²⁴, stellt sich die Frage, ob sie sich auf eine Verletzung des Vorstands-Dienstvertrags gem. § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB berufen können. Ein solcher Anspruch scheitert indes daran, dass der Vorstands-Dienstvertrag **kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** ist. Eine Einstufung als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter würde nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundlagen voraussetzen, dass der Dritte bestimmungsgemäß mit der dienstvertraglichen Leistung in Berührung kommt und den Gefahren von Pflichtverletzungen ebenso ausgesetzt ist wie die Gesellschaft selbst (Leistungsnahe), dass die Gesellschaft für den Aktionär oder sonstigen Dritten in besonderer Weise mitverantwortlich ist oder an seiner Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrags ein besonderes Interesse hat (Einbeziehungsinteresse), dass die Drittbezogenheit der Leistung und Gläubignähe des Dritten für das Vorstandsmitglied ersichtlich ist (Erkennbarkeit) und dass schließlich an der Ausdehnung des

19 Die Ausgestaltung von Clawback-Vereinbarungen ist sehr verschieden; vgl. dazu einführend Seyfarth, WM 2019, 521 (Teil I) und WM 2019, 569 (Teil II); Poelzig, NZG 2020, 41.

20 Vgl. dazu Seyfarth, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rz. 89 sowie zur GmbH Jaeger/Steinbrück in MünchKomm. GmbHG, § 35 GmbHG Rz. 357.

21 Ausführlich zu Aufhebungsvereinbarungen Seyfarth, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 21.

22 In diesem Sinne aus dem aktienrechtlichen Schrifttum: Mertens/Cahn in KölnKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 4 und 124; wohl auch Hopt/Roth in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 46 und 321.

23 Koch, § 93 AktG Rz. 71 betont ebenfalls, dass die Frage „praktisch folgenlos“ ist.

24 Umfassend zur Organhaftung gegenüber Dritten, insbesondere auch aus deliktischer Haftung, oben Altmeppen, § 8.

Vertragsschutzes nach Treu und Glauben ein Bedürfnis besteht (Schutzbedürftigkeit).²⁵ In Bezug auf „normale“ Dritte fehlt es regelmäßig schon an der Leistungsnähe. Mit Blick auf die Aktionäre mögen zwar Leistungsnähe und Einbeziehungsinteresse vorliegen, aber es fehlt jedenfalls an der Schutzbedürftigkeit, weil der mittelbare Schaden des Aktionärs durch den Organinnenhaftungsanspruch der Gesellschaft ausgeglichen werden kann. Es entspricht daher allgemeiner und zutreffender Auffassung, dass der Vorstands-Dienstvertrag kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist.²⁶

IV. Haftungsentlastende Regelungen im Vorstands-Dienstvertrag?

1. Vorbemerkung

- 10.11 Da die Bestimmungen des § 93 AktG zwingender Natur sind (vgl. Rz. 10.5), kann das aktienrechtliche Haftungsregime weder durch die Satzung noch durch den Vorstands-Dienstvertrag ausgeschlossen oder modifiziert werden. Da andererseits das Haftungsregime vielfach als zu rigide empfunden wird, gibt es immer wieder Vorschläge, die darauf abzielen, den Vorstandsmitgliedern Entlastung zu verschaffen. Dazu gehören auch Vorschläge haftungsentlastender Regelungen im Vorstands-Dienstvertrag. Auch wenn sämtliche Vorschläge, um es vorweg zu nehmen, *de lege lata* auf Bedenken stoßen und unzulässig sind, sollen sie im Folgenden in der gebotenen Kürze vorgestellt werden.

2. Vereinbarung eines reduzierten Haftungsmaßstabs

- 10.12 Die organschaftliche Haftung der Vorstandsmitglieder ist eine Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit.²⁷ Im Schrifttum ist vertreten worden, schon nach geltendem Recht sei es zulässig, die Haftung der Vorstandsmitglieder auf Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zu beschränken.²⁸ *Bachmann* vertritt die Auffassung, der Maßstab der groben Fahrlässigkeit stecke bereits in dem Tatbestandsmerkmal „vernünftigerweise“ im Rahmen der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG).²⁹ Diese Auffassungen haben sich indes zu Recht nicht durchgesetzt.³⁰ Vom Wortlaut her und seiner Systematik nach erfasst § 93 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 AktG mit der Bezugnahme auf den ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter sowohl vorsätzliches als auch fahrlässiges Handeln. Es handelt sich dabei um eine abschließende gesetzliche Regelung, die folglich gem. § 23 Abs. 5 Satz 2 AktG weder in der Satzung noch im Anstellungsvertrag verändert werden kann. Es ist auch auf die eigenverantwortliche Stellung der Vorstandsmitglieder hingewiesen worden, welche den Maßstab der Fahrlässigkeit gebiete, ferner auf die gläubigerschützende Vorschrift des § 93 Abs. 5 AktG, welche unterminiert würde, wenn die Haftung qua anstellungsvertraglicher Regelung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt würde.³¹ Es kann also nichts anderes bestimmt werden, welches die Grundregel aus § 276

²⁵ *Grüneberg* in *Grüneberg*, § 328 BGB Rz. 16–18.

²⁶ *Spindler* in *MünchKomm. AktG*, § 93 AktG Rz. 334; *Seyfarth*, *Vorstandsrecht*, 2. Aufl. 2023, § 23 Rz. 175; für den GmbH-Geschäftsführervertrag *Verse* in *Scholz*, § 43 GmbHG Rz. 453 (dort im Verhältnis zu den Gesellschaftern, Arbeitnehmern und außenstehenden Dritten); *Beurskens* in *Noack/Servatius/Haas*, § 43 GmbHG Rz. 116 und in Rz. 119 ff. zum Sonderproblem, ob das Anstellungsverhältnis eines GmbH-Geschäftsführers mit einer Komplementär-GmbH gegenüber der KG drittschützende Wirkung hat; zu diesem Sonderproblem auch *Verse* in *Scholz*, § 43 GmbHG Rz. 443 f.

²⁷ *Hopt/Roth* in *Großkomm. AktG*, § 93 AktG Rz. 392; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, § 93 AktG Rz. 248.

²⁸ *Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1395, der allerdings eine Ausnahme für den Bereich des Produkthaftungsrechts und Wertpapierhandelsgesetzes macht, weil der Gesetzgeber dort entweder verschuldensunabhängige Haftungstatbestände eingeführt habe oder ein deliktischer Charakter in den Haftungsnormen mitschwinge; zumindest offen gelassen für eine ehrenamtliche Tätigkeit: *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, § 93 AktG Rz. 249.

²⁹ *Bachmann* in *FS Stilz*, 2014, S. 25, 30 ff.; dagegen *Paefgen*, AG 2014, 554, 562.

³⁰ Dazu nur *Grunewald*, AG 2013, 813, 815; *Hopt/Roth* in *Großkomm. AktG*, § 93 AktG Rz. 47 f., 393; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, § 93 AktG Rz. 5.

³¹ *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, § 93 AktG Rz. 5 m.w.N.

Abs. 1 Satz 1 BGB ändern würde.³² Im Übrigen ist es – worauf unter anderem *Habersack* hingewiesen hat – aus Gründen der Verhaltenssteuerung, aber auch mit Blick auf legitime Gerechtigkeitserwartungen auch *de lege ferenda* keineswegs evident, dass eine Beschränkung der Haftung für Vorstandsmitglieder, die gem. § 76 Abs. 1 AktG in weitgehender Unabhängigkeit agieren und mit großen Einflussmöglichkeiten ausgestattet Treuhänder fremden Vermögens sind, auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit angezeigt wäre.³³ Schließlich wäre ein solchermaßen reduzierter Haftungsmaßstab auch ein systematischer Fremdkörper im bürgerlichen Recht, das im Übrigen eine Absenkung des Haftungsmaßstabs nur für ehrenamtliche, unentgeltliche und selbstlose Tätigkeiten vorsieht.³⁴ Dass eine Haftungsmilderung für Gesellschafter nicht erforderlich ist, zeigt auch die Aufhebung des reduzierten Haftungsmaßstabs für Personengesellschafter nach § 708 BGB; mit dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts („MoPeG“) gilt der Haftungsmaßstab nach § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB nun ab dem 1.1.2024 auch für Personengesellschafter.³⁵

3. Haftungsobergrenzen

In der Kautelarpraxis, aber auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist immer wieder die Frage erörtert worden, ob es zulässig sei, im Vorstands-Dienstvertrag oder gegebenenfalls auch (nur) in der Satzung eine Haftungsobergrenze für die Haftung der Vorstandsmitglieder festzusetzen.³⁶ Durch solche Haftungsobergrenzen, die teilweise auch vornehmlich für die Fälle der leichten Fahrlässigkeit propagiert werden³⁷, soll das potentiell existenzvernichtende Haftungsregime für die Vorstandsmitglieder in der Aktiengesellschaft auf ein zuträgliches Maß reduziert werden (wo immer das liegen mag). Eine Haftungsobergrenze sei – so das Argument – auch mit § 23 Abs. 5 AktG vereinbar, weil § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG zwar regelt, dass die Vorstandsmitglieder bei einer Verletzung der Pflichten ihrer Gesellschaft den Schaden ersetzen müssten, aber nicht zwingend den „vollen Schaden“ bis zur Ausschöpfung ihres Privatvermögens. Auch die durch § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG geschützten Gläubigerinteressen stünden einer Haftungsobergrenze nicht im Wege, weil es keineswegs ausgemacht sei, dass Vorstandsmitglieder weniger sorgfältig in ihrer Amtsführung seien, falls Satzung und Vorstands-Dienstvertrag eine entsprechende Haftungsobergrenze enthielten.³⁸ Auch wenn *de lege ferenda* gute Gründe für die Einführung einer Haftungsobergrenze sprechen mögen und der Deutsche Juristentag 2014 den Gesetzgeber dazu aufgefordert hat, die Möglichkeit von Haftungsobergrenzen qua Satzungsregelung zu ermöglichen³⁹, steht das geltende Aktienrecht sowohl auf Satzungsebene als auch im Dienstvertrag Haftungsobergrenzen entgegen.⁴⁰ Denn auch insoweit muss von einer abschließenden gesetzlichen Regelung ausgegangen werden, die gerade keine Haftungsobergrenze vorsieht, obwohl der Gesetzgeber an anderer Stelle, etwa mit § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG sowie § 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG im Rahmen der Vorstandsvergütung, sehr wohl die Möglichkeit von absoluten Obergrenzen kennt und nutzt.

10.13

32 *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 47.

33 *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 803; dagegen aufgeschlossener gegenüber dem Gedanken einer Begrenzung der Verantwortung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit *Spindler*, AG 2013, 889, 895.

34 Darauf weist u.a. *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, § 93 AktG Rz. 13 hin.

35 BT-Drucks. 19/27635, S. 139 f.

36 Für die Zulässigkeit einer Haftungsobergrenze, die allerdings in der Satzung verankert sein müsse, plädiert *Grunewald*, AG 2013, 813, 815 f.; ablehnend dagegen *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 803; tendenziell kritisch auch *Fleischer*, ZIP 2014, 1305, 1312, der lediglich *de lege ferenda* die Möglichkeit satzungsmäßiger Haftungshöchstsummen für erwägenswert hält.

37 *Spindler*, AG 2013, 889, 895.

38 In diesem Sinne *Grunewald*, AG 2013, 813, 816.

39 Deutscher Juristentag, Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht des 70. DJT 2014, I. 2. und 3 b), in Verhandlungen des 70. DJT, 2014, Band II.2, Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht, N 211.

40 Vgl. dazu aus dem Schrifttum nur *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, § 93 AktG Rz. 13; *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756, 779 f., der freilich für eine Einschränkung der Haftung im Einzelfall unter dem Aspekt der organschaftlichen Treupflicht plädiert; auch *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 401, die *de lege ferenda* für die Satzungsfreiheit plädieren, Haftungsobergrenzen einführen zu dürfen; ähnlich *Sailer-Coceani* in K. Schmidt/Lutter, § 93 AktG Rz. 39.

4. Einschränkung der Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats

- 10.14 Im Schrifttum ist im Kontext der als allzu scharf empfundenen Haftung der Vorstandsmitglieder insbesondere von *Seibt* der Vorschlag unterbreitet worden, dass sich die Gesellschaft bereits im Vorstands-Dienstvertrag verpflichtet, im Haftungsfall den Regressanspruch aus „typisierten Gründen des Unternehmenswohls“ so zu begrenzen, dass dem Vorstandsmitglied nach erfolgter Inanspruchnahme 50 % des Wertes einer Vermögensaufstellung im Sinne des § 802c Abs. 2 ZPO erhalten bleibt (Klausel zur **Halbvermögensschonung**).⁴¹ Dogmatisch soll es sich hierbei um eine Vorwegbindung des Ermessens des Aufsichtsrats im Rahmen der Haftungsverfolgung handeln, mithin um eine Haftungserleichterung, die sich gerade im System des § 93 AktG bewege und an dem durch die Garmenbeck-Rechtsprechung⁴² anerkannten Prüfungs- und Pflichtenprogramm des Aufsichtsrats ansetze.⁴³ Mit dieser Vorwegbindung soll der „groben Disproportionalität“ zwischen Pflichtverstoß des Vorstandsmitglieds und Haftungsumfang Rechnung getragen werden. Ausnahmsweise gelte die Halbvermögensverschonung dann nicht, wenn trotz grober Disproportionalität die vom Aufsichtsrat im Vorstands-Dienstvertrag vorweg genommene typisierte Abwägungsentscheidung zu Gunsten einer Halbvermögensverschonung im Zeitpunkt der tatsächlichen Entscheidung über die Anspruchsverfolgung in Anbetracht der tatsächlichen Sonderumstände gegen zwingendes Recht verstoßen würde, wobei dem Aufsichtsrat allerdings eine Abweichung von der vorweggenommenen Abwägungsentscheidung aus Zweckmäßigkeitserwägungen nicht gestattet sein soll.⁴⁴ Bei dieser Ausnahmeregelung soll es sich um eine Ausprägung des aus dem angelsächsischen Rechtskreis bekannten „Fiduciary Out“ handeln.
- 10.15 Der Vorschlag ist dogmatisch schon deshalb interessant, weil er (scheinbar) im Rahmen des geltenden Rechts bleibt und die zwingenden Vorschriften des § 93 AktG (vermeintlich) unberührt lässt. Dieser Eindruck trägt aber: Auch eine **dienstvertraglich zugesagte Haftungsver Schonung** des Vorstandsmitglieds durch Vorwegbindung verstößt gegen zwingende aktienrechtliche Vorschriften und ist daher **unzulässig**. Insbesondere steht die Klausel nicht im Einklang mit dem Verzichts- und Vergleichsverbot aus § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG, wonach die Gesellschaft auf Haftungsansprüche gegen ihre Organmitglieder erst drei Jahre nach der Entstehung des Anspruchs und nur mit Zustimmung der Hauptversammlung verzichten darf.⁴⁵ Ferner hat *Habersack* zu Recht darauf hingewiesen, dass die Klausel zugleich das Verfolgungsrecht der Aktionäre aus § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG i.V.m. § 148 Abs. 1 Satz 1 AktG unterlaufe, und von daher unzulässig sei. Neben diesen Aspekten ist der Vorschlag einer Halbvermögensverschonung auch in sich dogmatisch fragwürdig, weil er zwar an der Ermessensentscheidung des Aufsichtsrats ansetzt, diese aber durch eine Vorwegbindung präjudizieren will, während verantwortungsbewusste Ermessensentscheidungen gerade dadurch geprägt sind, dass sie alle abwägungsrelevanten Aspekte im Zeitpunkt der Entscheidung berücksichtigen. Es ist eine dogmatische Illusion anzunehmen, Lebenssachverhalte seien so typisiert, dass ohne weiteres wegen vermeintlich grober Disproportionalität eine bestimmte Ermessensentscheidung als im Unternehmensinteresse liegend richtig oder falsch wäre. Verantwortungsvolle Abwägung im Unternehmensinteresse ist immer zeit- und umstandsbezogen; sie kann nicht typisiert vorweggenommen werden. Der Vorschlag einer dienstvertraglich vorweggenommenen Bindung des Aufsichtsrats in Form einer Halbverschonungsklausel oder ähnlicher haftungsbeschränkender Klauseln ist daher im Schrifttum wohl einhellig auf Ablehnung gestoßen.⁴⁶ Auch in der Kautelarpraxis hat sich der Vorschlag daher nicht durchgesetzt. Im Gegenteil ist den Beteiligten davon abzuraten, solche Klauseln in die Vorstands-Dienstverträge aufzunehmen, weil

41 Vgl. den Vorschlag einer entsprechenden Klausel bei *Seibt*, NZG 2015, 1097, 1102.

42 BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 = AG 1997, 377 – ARAG/Garmenbeck; dazu aus dem reichhaltigen Schrifttum nur *Goette*, ZHR 176 (2012), 588; *Habersack*, NZG 2016, 321.

43 *Seibt*, NZG 2016, 361, 362 f.

44 Vgl. dazu den Formulierungsvorschlag in Abs. 2 der von *Seibt* vorgeschlagenen Klausel zur Halbvermögensverschonung, NZG 2015, 1097, 1102.

45 Vgl. zu § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG aus der Rechtsprechung: BGH v. 8.7.2014 – II ZR 174/13, AG 2014, 751 – Plambeck (Fall betrifft die Übernahme einer Geldbuße durch die Gesellschaft).

46 Explizit *Habersack*, NZG 2015, 1297; *Schockenhoff*, ZHR 180 (2016), 197, 231 f.; *Deilmann/Dornbusch*, NZG 2016, 201, 206; *Wettich*, AG 2017, 60, 66.

sie die Vorstandsmitglieder in falscher Sicherheit wiegen, und überdies die Aufsichtsratsmitglieder jedenfalls potentiell einem eigenen Haftungsrisiko aussetzen.⁴⁷ Die Klausel zum vermeintlichen Halbvermögensschutz gibt mithin in Wahrheit mehr Steine statt Brot.

5. Weitere Konzepte: Haftungseinschränkung wegen betrieblich veranlasster Arbeit oder aufgrund Treubindung

Nicht unmittelbar an dienstvertragliche Regelungen, aber doch an Ausprägungen des Anstellungsverhältnisses knüpfen zwei weitere Konzepte an, welche auf eine Einschränkung der Haftung für Vorstandsmitglieder abzielen. Zum einen wird argumentiert, die für Arbeitnehmer entwickelten Grundsätze zur **Haftungsbeschränkung bei einer betrieblich veranlassten Arbeit** seien entsprechend auf Vorstandsmitglieder anzuwenden.⁴⁸ Das hätte zum Ergebnis, dass eine Haftung der Vorstandsmitglieder bei leichter Fahrlässigkeit ausscheidet, bei höheren Graden der Fahrlässigkeit eine Aufteilung des Schadens zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft erfolgt, und bei Vorsatz die volle Haftung eingreift. Begründet wird die Analogie damit, dass bei Vorstandsmitgliedern nicht anders als bei Arbeitnehmern bisweilen ein krasses Missverhältnis zwischen eigenem Einkommen und übernommenem Risiko bestehe und die Vorstandstätigkeit vielfach dem entspreche, was gemeinhin als „gefahrgeneigte Arbeit“ bezeichnet wird. Auch bei Organmitgliedern bestehe bisweilen eine nur geringe Möglichkeit der Risikobeeinflussung und ein Missverhältnis zwischen Entlohnung und Haftungsrisiko.⁴⁹ Angestrebt wird eine abgestufte Form der Regressreduzierung. Überzeugend erscheint die Argumentation indes nicht, denn schon methodisch scheidet eine Analogie der von der Rechtsprechung für Arbeitnehmer entwickelten Grundsätze auf Vorstandsmitglieder mangels Regelungslücke aus. Vorstandsmitglieder sind auch nicht wie Arbeitnehmer mit beschränkten Einflussmöglichkeiten ausgestattet, sondern können kraft ihrer Leitungskompetenz und Arbeitgeberstellung die Geschicke des Unternehmens unmittelbar lenken. Sie tragen große Verantwortung, für das Unternehmen und für fremdes Vermögen, sind daher mit weitreichenden Kompetenzen ausgestattet und können die Organisation steuern – in alledem unterscheiden sie sich von Arbeitnehmern. Schließlich darf auch nicht verkannt werden, dass die arbeitsrechtliche Rechtsprechung zur Haftungsbeschränkung bei gefahrgeneigter Arbeit von dem Gedanken geprägt ist, dass der einzelne Arbeitnehmer oft keine Alternativen zu der ausgeübten Arbeit hat, während das für Vorstandsmitglieder nicht in gleicher Weise gilt. In aller Regel sind Vorstandsmitglieder so hoch qualifiziert, dass sie auch anderen (weniger haftungsträchtigen) Tätigkeiten nachgehen könnten; wenn sich ein Manager indes für die Vorstandstätigkeit entscheidet, dann kann er nicht erwarten, dass ihm die Rechtsprechung *contra legem* aus Gründen der sozialen Fürsorge wie einem Arbeitnehmer zur Seite steht. Das Konzept einer Haftungsbeschränkung unter Rückgriff auf die Grundsätze zur betrieblich veranlassten Arbeit hat daher im Schrifttum auch keine breite Unterstützung gefunden.⁵⁰

10.16

Zum anderen wird eine **Regressreduzierung aus Gründen der Fürsorge oder Treuepflicht** gegenüber dem Vorstandsmitglied vertreten.⁵¹ Zutreffend an diesem Ansatz ist, dass der Aufsichtsrat bei seiner

10.17

47 Zu diesem Aspekt *Wettich*, AG 2017, 60, 67, der andeutet, dass der Aufsichtsrat im kritischen Fall dann doch unter Berufung auf die Regelung zum „fiduciary out“ zu einer Anspruchsverfolgung neigen wird, schon um sich selbst keinen Haftungsgefahren auszusetzen.

48 Dieses Konzept (oder jedenfalls dieser Argumentationstypus in Verbindung mit dem Petitum für eine Regressreduzierung aus Gründen der Treuepflicht) wird vertreten von *Koch*, AG 2012, 429, 435 ff.; *Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1396 f.; *Casper*, ZHR 176 (2012), 617, 638 f.; *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1804; *Koch*, AG 2014, 513, 515; *Koch*, § 93 AktG Rz. 97; *Wilhelmi*, NZG 2017, 681; ebenfalls in diese Richtung *Bachmann*, ZIP 2017, 841.

49 So *Wilhelmi*, NZG 2017, 681, 686 f.

50 *Paefgen*, AG 2014, 554, 568 f.; *Sailer-Coceani* in K. Schmidt/Lutter, § 93 AktG Rz. 39; *Koch*, § 93 AktG Rz. 96 f.; aus Sicht des GmbH-Rechts *Verse* in Scholz, § 43 GmbHG Rz. 269, 270 ff.; ausführlich zum Meinungsstand auch die Nachweise bei *Wilhelmi*, NZG 2017, 681, Fn. 3 f.

51 Vgl. dazu nur *Koch*, § 93 AktG Rz. 97 m.w.N.

Entscheidung über die Anspruchsverfolgung keiner Automatik unterliegt und (selbstverständlich) auch überlegen kann und wohl sogar überlegen muss, ob eine volle Anspruchsdurchsetzung bis hin zur Privatinsolvenz des Vorstandsmitglieds unter Berücksichtigung aller Umstände angemessen ist. Tatsächlich geschieht dies in der Praxis auch, wie etwa der spektakuläre Vorstandsregress nach dem Siemens-Korruptionsskandal aus den Jahren nach 2006 gezeigt hat; auch dort hat die Gesellschaft zwar ihre Haftungsansprüche mit Blick auf abgestufte Verantwortlichkeiten durchgesetzt, aber die Vorstandsmitglieder nicht in die Privatinsolvenz getrieben.⁵² Als genereller und eigenständiger Ansatzpunkt für eine Regressreduzierung taugt dieser Ansatzpunkt aber nicht, weil er zu sehr von dem Fürsorgegedanken zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geprägt ist.⁵³ Dogmatisch ist auch weniger an das Anstellungsverhältnis anzuknüpfen, sondern mehr an die Treue- und Fürsorgepflichten, welche sich aus dem Organverhältnis ergeben – diese bleiben aber nur ein allgemeiner Abwägungsgesichtspunkt, kein genereller Maßstab für die Regressreduzierung.

V. Haftungsfreistellung in einem Dienstvertrag mit Dritten

1. Drittanstellungsvertrag

- 10.18 In aller Regel schließt das Vorstandsmitglied den Vorstands-Dienstvertrag mit der Gesellschaft, in welcher es Organverantwortung trägt (Bestellungsgesellschaft). Eine Drittanstellung liegt vor, wenn der Vorstands-Dienstvertrag nicht mit der Bestellungsgesellschaft, sondern mit einem Dritten geschlossen ist.⁵⁴ In der Praxis handelt es sich zumeist um eine andere konzernverbundene Gesellschaft (**Konzernanstellungsvertrag**). Ein Konzernanstellungsvertrag kann mit einem Doppelmandat als Vorstandsmitglied einhergehen, muss es aber nicht. Ein „echter“ Drittanstellungsvertrag im Konzern liegt vor, wenn das Vorstandsmitglied gerade kein Doppelmandat hat, mithin in der Gesellschaft, mit der der Dienstvertrag geschlossen ist, keine Organfunktionen wahrnimmt, sondern dort zumeist als leitender Angestellter einzuordnen ist. Die aktienrechtliche Zulässigkeit des Drittanstellungsvertrags ist nicht gänzlich unproblematisch, weil das arbeitsrechtliche Direktionsrecht des Arbeitgebers, welchem der Manager in seiner Anstellungsgesellschaft unterliegt, in Konflikt mit der Pflicht des Vorstandsmitglieds zur eigenständigen Leitung der Bestellungsgesellschaft führen kann. Außerdem ist darauf zu achten, dass die Kompetenz des Aufsichtsrats in der Bestellungsgesellschaft zur Regelung des Anstellungsverhältnisses und der Bezüge des Vorstandsmitglieds (§ 84 Abs. 1 Satz 5, § 87 Abs. 1, § 112 AktG) nicht unterlaufen wird.⁵⁵ Der Bundesgerichtshof hat allerdings in einem Urteil 2015 inzident, wenngleich nicht ausdrücklich die Zulässigkeit der Drittanstellung bejaht.⁵⁶

2. Haftungsfreistellung

- 10.19 Unter dem Blickwinkel der Haftung sind Drittanstellungsverträge vor allem deshalb von Interesse, weil sie eine Freistellung von etwaigen Haftungsansprüchen durch die AG, in welcher der Manager Organverantwortung trägt, enthalten können. Praktisch kommt das vor allem im Konzernverbund in Form einer **Haftungsfreistellung durch die Konzernobergesellschaft** in Betracht. Die Haftungsfreistellung durch einen Gesellschafter („Großaktionär“) oder Dritten setzt zwar nicht zwingend ein Anstellungsverhältnis mit diesem voraus, aber aus Sicht des Freistellungsschuldners kann das von Interesse sein, weil das Anstellungsverhältnis dann zugleich ein rechtfertigender Grund für die Freistellung sein kann. Die Zulässigkeit von Haftungsfreistellungen für Vorstandsmitglieder einer AG durch einen Aktionär oder sonstigen Dritten ist zwar noch nicht in allen Einzelheiten im Schrifttum ausgeleuchtet,

52 Vgl. dazu nur LG München v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, AG 2014, 332 – Siemens/Neubürger.

53 Skeptisch wohl auch *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 803.

54 Vgl. zu verschiedenen Konstellationen einer Drittanstellung *E. Vetter* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1297, 1298 f.

55 Dazu *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 7 Rz. 34 ff.; *Deilmann/Dornbusch*, NZG 2016, 201.

56 BGH v. 28.4.2015 – II ZR 63/14, AG 2015, 535; dazu *Kort*, AG 2015, 531.

aber *prima facie* gibt es weder zivil- noch aktienrechtliche Bedenken gegen eine solche Freistellung.⁵⁷ Die durch § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG gezogenen Verzichts- und Vergleichsschranken stehen einer Freistellungszusage durch einen Dritten nicht im Weg, weil sie sich nur auf die Gesellschaft und die ihr im Wege des Innenregresses zustehenden Ansprüche beziehen.⁵⁸ Ob sie im Einzelfall zulässig ist, beurteilt sich dann vor allem nach der Pflichtenbindung, welcher der Aktionär oder sonstige Dritte seinerseits unterliegen mag. In faktischen Konzernsachverhalten mag eine Freistellungserklärung in einem Konzernanstellungsvertrag im Einzelfall auch ein Indiz für die Haftung der Konzernobergesellschaft nach § 117 Abs. 1 Satz 1 AktG wegen schädigenden Einflusses auf die Untergesellschaft sein.

VI. D&O-Verschaffungsklauseln

Die D&O-Versicherung ist ausführlich bei *Sieg*, § 23 und *Ihlas*, § 24 dargestellt. Sie ist aber vielfach auch Regelungsgegenstand im Vorstands-Dienstvertrag. In der Praxis enthielten die Vorstands-Dienstverträge lange Zeit lediglich eine Regelung, wonach die Gesellschaft eine angemessene Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Unternehmensleiter (D&O-Versicherung) abschließt.⁵⁹ Solche Klauseln sind auch heute noch vielfach zu finden. In den Klauseln wird zudem seit der gesetzlichen Einführung vielfach auf den Selbstbehalt gem. § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG verwiesen. Eine solche **deskriptiv gehaltene Vertragsbestimmung** ist regelmäßig dahingehend auszulegen, dass das Vorstandsmitglied einen Anspruch darauf hat, in den bestehenden D&O-Versicherungsschutz der Gesellschaft mit einbezogen zu sein. Besondere praktische Relevanz hat das indes nicht, weil es während der aktiven Dienstzeit in der Hand des Vorstandsmitglieds liegt, für einen angemessenen Versicherungsschutz zu sorgen. Es ist daher wohl auch eher ein theoretisches Szenario, dass sich die Gesellschaft ihrerseits schadensersatzpflichtig macht bei einem Verstoß gegen eine Versicherungsbeschaffungsklausel mit der Folge einer Aufrechnungsmöglichkeit für das Vorstandsmitglied in der Situation eines Innenregresses und einem Freistellungsanspruch im Fall einer Inanspruchnahme durch Dritte.⁶⁰ 10.20

Aus Sicht der Vorstandsmitglieder sollte die „Versicherungsbeschaffungsklausel“ daher möglichst ausdrücklich formuliert sein und unter Umständen auch bestimmte **Parameter der Versicherung** festhalten.⁶¹ Denkbar ist etwa die Verpflichtung des Unternehmens, eine D&O-Versicherung mit einer bestimmten Versicherungssumme abzuschließen oder dafür Sorge zu tragen, dass das Vorstandsmitglied im Rahmen des Abwehrdeckungsschutzes einen Rechtsanwalt seines Vertrauens zu bestimmten Honorarsätzen engagieren darf. 10.21

Besonders interessant ist für das Vorstandsmitglied, ob der Versicherungsschutz auch noch für die Zeit **nach dem Ausscheiden aus dem Unternehmen** besteht, zumal in der Praxis Haftungsansprüche der Gesellschaft vor allem dann geltend gemacht werden, wenn das Vorstandsmitglied nicht mehr im Amt ist. Im Rahmen von Aufhebungsvereinbarungen vereinbaren die Gesellschaft und das Vorstandsmitglied insoweit seit einigen Jahren zunehmend die Fortführung des Versicherungsschutzes im bisherigen Umfang. Das kann aber auch schon im Vorstands-Dienstvertrag geregelt werden durch eine Klausel, wonach sich die Gesellschaft verpflichtet, den Versicherungsschutz auch nach dem Ausscheiden 10.22

57 *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, § 93 AktG Rz. 531; *Deilmann/Dornbusch*, NZG 2016, 201, 206; vorsichtiger *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 93 AktG Rz. 316; umfassend auch *Thomas*, Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern, 2010.

58 Unstreitig, vgl. nur *Spindler* in MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 295; *Sailer-Coceani* in K. Schmidt/Lutter, § 93 AktG Rz. 64.

59 *Hemeling* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 491, 506.

60 Dazu *Deilmann*, NZG 2005, 54, 55; auch *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 93 AktG Rz. 295 und 315; ferner *Scholz/Doralt*, ZHR 185 (2021), 637, die indes gerade mit dieser Möglichkeit argumentieren; zum Ganzen auch *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 25 Rz. 52.

61 *Lange*, ZIP 2004, 2221, 2225; *Hohenstatt/Naber*, DB 2010, 2321, 2324; *Hemeling* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 491, 507; v. *Schenck*, NZG 2015, 494, 499; jeweils mit der Empfehlung der Aufnahme entsprechender Versicherungsbeschaffungsklauseln in den Dienstvertrag.

des Vorstandsmitglieds für eine bestimmte Zeit (aus Sicht des Vorstandsmitglieds möglichst für die Zeit der Verjährungsfrist gem. § 93 Abs. 6 AktG) im angemessenen Umfang aufrecht zu erhalten. Meistens sind auch solche Klauseln aber eher unbestimmt. Sie sind dann regelmäßig dahingehend auszulegen, dass der angemessene Umfang durch die Konditionen und den Umfang des Versicherungsschutzes bestimmt ist, wie er zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Vorstandsmitglieds bestand.⁶² Aus Sicht der Gesellschaft ist eine solche Regelung dahingehend zu interpretieren, dass entsprechender Versicherungsschutz für die Gesellschaft zu einem in etwa gleich bleibenden Prämienniveau tatsächlich erhältlich ist. Falls das nicht mehr der Fall sein sollte, ist es eine Frage der Umstände des Einzelfalls, ob sich die Gesellschaft von ihrer Pflicht zur Bereitstellung von Versicherungsschutz lösen kann (Rechtsgedanke des § 314 BGB). Die Gesellschaft kann ihre Verpflichtung zum nachlaufenden Versicherungsschutz erfüllen, indem sie entweder einfach den Versicherungsschutz unter Beibehaltung einer (sachlichen) Rückwärtsdeckung fortführt oder eine entsprechende (verjährungsdeckende) Nachhaftung vereinbart. Aus Sicht der Gesellschaft ist es nicht empfehlenswert, sich auf eine bestimmte Art des fortgeführten Versicherungsschutzes festzulegen. Außerdem sind dienstvertragliche Regelungen denkbar, wonach das Vorstandsmitglied einen Anspruch auf Absicherung von persönlichen Vermögensschaden-Haftpflichtrisiken hat, also nicht mehr nur noch im Rahmen der üblichen Gruppenversicherung mitversichert wird. In der Praxis haben sich solche Regelungen aber bislang nicht durchgesetzt. Es gibt auf dem Versicherungsmarkt offenbar auch keine Angebote, aufgrund derer sich die Gesellschaft mit einer entsprechenden Versicherung *ad personam* eindecken könnte.⁶³

VII. Regelungen zur Haftungsdurchsetzung und zum Haftungsprozess

1. Rechtswahlklauseln

- 10.23 Für die Frage der Haftung ist das **anwendbare Recht** naturgemäß von zentraler Bedeutung, in den meisten Fällen aber unproblematisch. Der Vorstands-Dienstvertrag einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland unterliegt problemlos deutschem Recht und damit auch den Haftungsbestimmungen von § 93 AktG. Theoretisch ist auch die Vereinbarung einer anderen Rechtsordnung denkbar, wobei es noch nicht ausdiskutiert ist, ob auch insoweit der Gesellschaft Grenzen gesetzt sind durch den zwingenden Charakter von § 93 AktG und den Grundsatz der Satzungsstrenge nach § 23 Abs. 5 AktG. Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I-Verordnung“) unterliegt der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht.
- 10.24 Praktischer Regelungsbedarf besteht insoweit allenfalls bei einem Vorstands-Dienstvertrag mit einem ausländischen Vorstandsmitglied oder einem im Ausland wohnenden Vorstandsmitglied. In einem solchen Fall ist zur Ermittlung des anwendbaren Rechts eine **kollisionsrechtliche Anknüpfung** erforderlich. Nach herrschender und zutreffender Auffassung unterfällt der Dienstvertrag des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft dem Vertragsstatut und nicht dem Gesellschaftsstatut.⁶⁴ Maßgeblich ist insoweit die Rom I-Verordnung. Es empfiehlt sich bei Vorstands-Dienstverträgen mit irgendeinem Auslandsbezug daher eine ausdrückliche Rechtswahlklausel, die dazu führt, dass das gewählte Recht gilt (Art. 3 Rom I-Verordnung und für Altfälle Art. 27 EGBGB). Mangels Rechtswahl ist sonst auf den Dienstvertrag gem. Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-Verordnung das Recht des Staates anzuwenden, in dem der „Dienstleistende“ seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, also bei einem im Ausland wohnenden Vorstandsmitglied unter Umständen ausländisches Recht. Freilich bestimmt Art. 4 Abs. 3 Rom I-Ver-

⁶² Seyfarth, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 25 Rz. 53.

⁶³ Ebenso Hemeling in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 491, 507 mit dem Hinweis, dass jede Individualisierung des Versicherungsschutzes das erhebliche Risiko der Qualifizierung als Vergütung mit entsprechenden Folgen für die steuerliche Behandlung und die Abschlusskompetenz mit sich bringe.

⁶⁴ Kindler in MünchKomm. BGB, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rz. 641, 563 (zu Anstellungsverträgen von Organpersonen in Personal- und Kapitalgesellschaften); Seyfarth, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 4 Rz. 90.

ordnung, dass bei einer offensichtlich engeren Verbindung zu einem anderen Staat das Recht dieses anderen Staates anzuwenden ist. Die Gesamtheit der Umstände (etwa, wenn die Vorstandstätigkeit eines ausländischen oder im Ausland wohnenden Vorstandsmitglieds für eine deutsche Aktiengesellschaft ausschließlich im Inland verrichtet wird) kann daher auch ohne Rechtswahl im Ergebnis gleichwohl zur Anwendung deutschen Rechts führen. Jedoch ist diese Wertungsfrage mit Unsicherheiten verbunden, welche durch eine ausdrückliche Rechtswahlklausel ausgeschlossen werden sollte.

2. Gerichtsstandsklauseln

Im Haftungsfall stellt sich für die Gesellschaft die Frage, bei welchem Gericht das Vorstandsmitglied in Anspruch zu nehmen ist. Praktisch relevant ist die Frage vor allem bei **ausländischen Vorstandsmitgliedern**. Der allgemeine Gerichtsstand des Vorstandsmitglieds wird durch den Wohnsitz bestimmt (§§ 12, 13 ZPO i.V.m. § 7 Abs. 1 BGB). Darüber hinaus besteht am Sitz der Gesellschaft der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsorts (§ 29 Abs. 1 ZPO), weil auch ohne vertragliche Regelung dort die Verpflichtungen aus dem Vorstands-Dienstvertrag zu erfüllen sind (Rechtsgedanke des § 269 Abs. 1 Var. 2 BGB).⁶⁵ Nicht selten enthält der Vorstands-Dienstvertrag eine Bestimmung, wonach der Sitz der Gesellschaft Erfüllungsort für alle Leistungen aus dem Dienstvertrag ist. Die Gesellschaft kann das Vorstandsmitglied daher nach § 35 ZPO wahlweise an dessen Wohnsitz oder am Sitz der Gesellschaft verklagen. Im Übrigen kann der Sitz der Gesellschaft auch ausdrücklich als Gerichtsstand vereinbart werden, soweit die Grenzen der § 38 Abs. 3, § 40 ZPO eingehalten werden. Vorstandsmitglieder sind nicht lediglich aufgrund ihrer Organstellung Kaufleute im Sinne des § 1 Abs. 1 HGB, sodass die § 29 Abs. 2, § 38 Abs. 1 ZPO in der Regel keine Anwendung finden. Empfehlenswert ist die ausdrückliche Vereinbarung eines Gerichtsstands bei Dienstverträgen daher mit Vorstandsmitgliedern, die ihren Wohnsitz im Ausland haben.⁶⁶

10.25

3. Schiedsvereinbarungen

Vorstands-Dienstverträge enthalten vielfach eine Schiedsvereinbarung. Dazu bedarf es der Beachtung der **Formvorschriften des § 1031 Abs. 5 ZPO** (eigenhändige Unterzeichnung einer separaten Urkunde), weil Vorstandsmitglieder nach allgemeiner Auffassung als „Verbraucher“ im Sinne des § 13 BGB einzustufen sind.⁶⁷ Die Schiedsvereinbarung muss sich mithin deutlich von den sonstigen Regelungen des Dienstvertrags absetzen und eigens unterschrieben sein. Erfüllt wird dieses Kriterium stets bei einer eigenständigen Schiedsabrede, bei der die Schiedsvereinbarung Gegenstand eines selbständigen Vertrags ist, aber zwingend ist eine gesonderte Ausfertigung der Schiedsvereinbarung nicht erforderlich.⁶⁸ Bei Dienstverträgen mit ausländischen Vorstandsmitgliedern empfiehlt sich die Bestimmung der Verfahrensordnung sowie von Schiedsort und -sprache. Abzulehnen ist die Auffassung, Schiedsvereinbarungen mit Vorstandsmitgliedern seien generell wegen Verstoßes gegen die europarechtliche Klausel-RL unwirksam.⁶⁹ Schiedsfähig sind nach § 1030 Abs. 1 ZPO generell vermögensrechtliche Ansprüche, auch Organhaftungsansprüche.⁷⁰ Es bedarf allerdings stets der Prüfung und Auslegung der konkreten Schiedsvereinbarung, ob diese auch Organhaftungsansprüche erfasst. Auch im Schiedsverfahren ist insbesondere die Regelung des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG zu beachten.⁷¹

10.26

65 BGH v. 26.11.1984 – II ZR 20/84, GmbHR 1985, 190 = ZIP 1985, 157.

66 *Beiner/Braun*, Vorstandsvertrag, Rz. 691; vgl. zur Zulässigkeit von Gerichtsstandsklauseln näher *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 4 Rz. 91 f.

67 OLG Hamm v. 18.7.2007 – 8 Sch 2/07, AG 2007, 910; *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677, 681; a.A. *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 4 Rz. 17 f.; *Voit* in Musielak/Voit, § 1031 ZPO Rz. 9.

68 *Beiner/Braun*, Vorstandsvertrag, Rz. 677.

69 Für die Unwirksamkeit indes v. *Westphalen*, ZIP 2013, 2184; dagegen a.A. mit überzeugenden Gründen *Herresthal*, ZIP 2014, 345; *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677, 679 ff.

70 *Leuering*, NJW 2014, 657.

71 *Scholz/Weiß*, AG 2015, 523.

- 10.27 Die Angemessenheit und Sinnhaftigkeit einer Schiedsvereinbarung in Vorstands-Dienstverträgen ist aber **keineswegs evident**. Der oft als Verfahrensvorteil genannte Zeitgewinn ist empirisch nicht gesichert. Der Aspekt der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens ist jedenfalls für börsennotierte Gesellschaften ebenfalls zweifelhaft, weil spektakuläre Haftungsfälle kaum ohne Öffentlichkeit abgewickelt werden. Nach Auffassung des Verfassers und seiner Erfahrung mit Schiedsstreitigkeiten zwischen Gesellschaften und Vorstandsmitgliedern ist von Schiedsvereinbarungen in Vorstands-Dienstverträgen eher abzuraten.

VIII. Haftungsfall und Beendigung des Vorstands-Dienstvertrags

- 10.28 Rechtlich sind Haftung und Haftungsdurchsetzung einerseits und der Fortbestand des Vorstands-Dienstvertrags und die Möglichkeiten seiner vorzeitigen Beendigung andererseits streng voneinander zu trennen. Das Vorliegen eines Haftungsfalls ist weder für die vorzeitige Beendigung der Bestellung durch Widerruf nach § 84 Abs. 4 AktG noch für die Kündigung des Vorstands-Dienstvertrags nach § 626 Abs. 1 BGB Voraussetzung.⁷² Umgekehrt kann die Gesellschaft selbstverständlich einen Haftungsanspruch auch dann schon geltend machen, wenn der Manager noch in Organverantwortung steht und der Vorstands-Dienstvertrag noch nicht beendet ist. In der Praxis kommt das indes nicht häufig vor. Falls es zu einem Haftungsfall kommt, wollen sich die Parteien in aller Regel voneinander trennen. Nur sehr selten wird ein amtierendes Vorstandsmitglied in die Haftung genommen.
- 10.29 Im Rahmen einer **Aufhebungsvereinbarung** zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses kann der Aufsichtsrat wegen § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG nicht auf etwaige Ersatzansprüche verzichten. Wenn das gewollt ist, muss die Aufhebungsvereinbarung von der Hauptversammlung nach Ablauf von drei Jahren nach Entstehen des Anspruchs sanktioniert werden. Allgemeine Ausgleichs- und Erledigungsklauseln führen daher auch nicht zu einem Anspruchsverzicht der Gesellschaft.
- 10.30 Aus Sicht des Vorstandsmitglieds wird im Rahmen einer Aufhebungsvereinbarung zumeist auf eine Regelung gedrängt, wonach das ausgeschiedene Vorstandsmitglied im Fall einer Inanspruchnahme **Zugang zu den Unterlagen** der Gesellschaft hat. Gegen eine solche Regelung ist nichts einzuwenden, wobei der Anspruch auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung besteht (vgl. dazu im Einzelnen unten *Born*, Rz. 16.34 ff.).⁷³ Der Anspruch ergibt sich aus einer (gesetzes-)analogen Anwendung von § 810 BGB, wird bisweilen im Schrifttum auch aus der Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber ihrem ehemaligen Vorstandsmitglied abgeleitet.⁷⁴

C. Dienstvertrag des GmbH-Geschäftsführers

I. Disposition der Gesellschafter über Haftungsansprüche im GmbH-Recht

- 10.31 Die gesetzliche Ausgangslage zur Geschäftsführerhaftung in der GmbH ist fundamental anders als in der AG. Zwar ist die organschaftliche Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG ebenso wie in der AG als Organinnenhaftung ausgestaltet (vgl. dazu im Einzelnen oben *Uwe H. Schneider*, Rz. 2.6 ff.). Dabei unterliegt die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der **Disposition der Gesellschafter**: Gem. § 46 Nr. 8 GmbHG entscheiden die Gesellschafter über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, welche

⁷² Vgl. umfassend zur Beendigung der Organstellung *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 19 und zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses § 20.

⁷³ BGH v. 4.11.2002 – II ZR 224/00, BGHZ 152, 280, 285 = GmbHR 2003, 113, 114 – zum GmbH-Geschäftsführer; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, § 93 AktG Rz. 147; *Krieger* in FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 717, 719, 722 ff.; *Grooterhorst*, AG 2011, 389; *Hoffmann-Becking* in MünchHdb. AG, § 26 Rz. 10; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, § 23 Rz. 46 ff.

⁷⁴ Dazu ausführlich *Krieger* in FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 717, 723 f.; *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 393 ff.; *Ruchatz*, AG 2015, 1.

der Gesellschaft aus der Geschäftsführung gegen Geschäftsführer zustehen, und sie vertreten die Gesellschaft in Prozessen, welche sie gegen Geschäftsführer zu führen hat. Ein gläubigerschützendes Verzichts- und Vergleichsverbot, wie es für das Aktienrecht in § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG normiert ist, kennt das GmbH-Recht nicht. Da die Gesellschafter über ihr eigenes Vermögen disponieren, steht es ihnen grundsätzlich auch frei, Ansprüche der Gesellschaft entweder zu verfolgen oder – aus welchen Gründen auch immer – nicht geltend zu machen. Das mag im Einzelfall befremdlich und in gewissen Situationen auch kontra-intuitiv sein, ist aber eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers: Die Gesellschafter einer GmbH können im Grundsatz nach freiem Belieben über ihr Vermögen entscheiden und von daher auch auf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen zu Gunsten der Gesellschaft verzichten.⁷⁵

Von diesem Grundsatz gibt es zwei wesentliche Einschränkungen: Zum einen darf die Gesellschaft gem. § 43 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 9b Abs. 1 GmbHG auf Ersatzansprüche wegen Verstoßes gegen das Auszahlungsverbot gem. § 30 GmbHG (**Kapitalerhaltung**) sowie auf Ersatzansprüchen wegen Verstoßes gegen § 33 GmbHG (Erwerb eigener Geschäftsanteile) nicht verzichten. Soweit dieser Ersatzanspruch zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer nicht dadurch aufgehoben, dass dieselben in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben (§ 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG). Zum anderen sind die Grenzen des **Insolvenzrechts** zu beachten. Einerseits verbietet § 15b Abs. 4 Satz 4 InsO einen Verzicht, soweit es um die Haftung des Geschäftsführers nach § 15b Abs. 4 Satz 1 InsO i.V.m. § 15b Abs. 1 Satz 1 InsO wegen Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung geht. Andererseits ist eine Anfechtung der entsprechenden Rechtshandlungen nach §§ 129 ff. InsO denkbar; es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob die Verzichtshandlung oder eine andere Rechtshandlung (einschließlich eines Unterlassens), welche zur Einschränkung der Haftung geführt hat, im Vorfeld einer Insolvenz der Gesellschaft erfolgt ist.⁷⁶ Diese wenigen ausdrücklichen gesetzlichen Einschränkungen beseitigen aber nicht, sondern bekräftigen im Gegenteil die Grundregel für den Normalfall, wonach die Geltendmachung der Ersatzansprüche und spiegelbildlich auch der Verzicht hierauf der vollen Disposition der Gesellschafter unterfallen.⁷⁷

Der Unterschied zwischen GmbH und AG zeigt sich auch an den unterschiedlichen Rechtswirkungen der **Entlastung**. In der AG enthält die Entlastung gem. § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG keinen Verzicht auf Ersatzansprüche. Das GmbH-Gesetz enthält zur Wirkung der Entlastung zwar keine ausdrückliche Regelung, sondern bestimmt in § 46 Nr. 5 GmbHG lediglich, dass die Entlastung der Geschäftsführer in die Kompetenz der Gesellschafter fällt. Es entspricht aber ganz allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, dass die Entlastung als einseitige körperschaftsrechtliche Erklärung den Geschäftsführer von allen Ersatzansprüchen, welche bei der Beschlussfassung für das entlastende Organ aufgrund der Rechenschaftslegung des Geschäftsführers erkennbar waren, freistellt.⁷⁸ Die Präklusionswirkung ist dogmatisch eine Ausprägung des *dolo agit*-Grundsatzes, weil es rechtsmissbräuchlich wäre, wenn die Gesellschafter einerseits einem Geschäftsführer in Kenntnis seiner Geschäftsführung das Vertrauen aussprechen, ihn andererseits aber später in Anspruch nehmen.⁷⁹ In der Praxis ist die entscheidende Frage in Streitfällen, in denen Entlastung erteilt wurde, ob der Gesellschafter bestimmte

⁷⁵ Ebenso *Paefgen* in Habersack/Casper/Löbbe, § 43 GmbHG Rz. 244.

⁷⁶ An dieser Stelle kann außen vor bleiben, dass auch § 73 Abs. 3 Satz 2 GmbHG auf das Verzichtsverbot des § 43 Abs. 3 GmbHG verweist; die Gesellschaft kann mithin nicht auf Ersatzansprüche gegen Liquidatoren verzichten, welche gegen die Vorschriften von § 73 Abs. 1 und 2 GmbHG zum Sperrjahr nach einem Liquidationsbeschluss verstoßen.

⁷⁷ Vgl. allerdings zu der Frage, ob insbesondere in der mitbestimmten GmbH die Gesellschafter oder der Aufsichtsrat die Kompetenz zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen haben, *Seyfarth* in FS Krieger, 2020, S. 921.

⁷⁸ BGH v. 20.5.1085 – II ZR 165/84, BGHZ 94, 324 = GmbHR 1985, 356; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 46 GmbHG Rz. 26; *Noack* in Noack/Servatius/Haas, § 46 GmbHG Rz. 41; auch *Ruchatz*, GmbHR 2016, 681.

⁷⁹ Zur dogmatischen Einordnung der Präklusionswirkung im Einzelnen *K. Schmidt* in Scholz, § 46 GmbHG Rz. 89 und 90 ff.

Umstände und Tatsachen tatsächlich kannte oder jedenfalls erkennen konnte.⁸⁰ Die Präklusionswirkung kann nicht weiter reichen als die Kenntnis des Gesellschafters oder Erkennbarkeit aufgrund der vom Geschäftsführer geleisteten Rechenschaft, wobei viel für die Auffassung spricht, dass das entlastende Organ sich auch solche Umstände entgegenhalten lassen muss, die es redlicher Weise zum Zeitpunkt der Entlastungsentscheidung auch außerhalb der Rechenschaft des Geschäftsführers unschwer erkennen konnte, auch wenn sie ihm nicht unmittelbar bewusst vor Augen gestanden haben mögen.

II. Vorherige Einschränkung der Geschäftsführerhaftung

- 10.34 Vor dem Hintergrund der dargestellten Dispositionsfreiheit der Gesellschafter über die der Gesellschaft zustehenden Ersatzansprüche ist zu klären, ob und in welchem Umfang die Gesellschaft auch im Vorhinein über die Ersatzansprüche disponieren, insbesondere die GmbH-Geschäftsführerhaftung einschränken darf. Davon ist nach der **Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs** auszugehen: Der Bundesgerichtshof hat im Zusammenhang mit einer Verkürzung der Verjährungsfrist zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den GmbH-Geschäftsführer Folgendes ausgeführt: „Dies [die Abkürzung der Verjährungsfrist] wird – ähnlich wie bei dem grundsätzlich für zulässig erachteten Verzicht auf oder bei dem Vergleich über einen gegen den Geschäftsführer gerichteten Schadensersatzanspruch – von der Erwägung getragen, dass es, solange nicht der Anwendungsbereich des § 43 Abs. 3 GmbHG betroffen ist, Sache der Gesellschafter ist, nach § 46 Nr. 8 GmbHG darüber zu befinden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sie Ansprüche der Gesellschaft gegen einen pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer verfolgen wollen. Wie auf die Durchsetzung eines entstandenen Anspruchs – sei es förmlich durch Vertrag, durch Entlastung oder durch Generalbereinigungsbeschluss – verzichtet werden kann, so kann auch schon im Vorfeld das Entstehen eines Ersatzanspruchs gegen den Organvertreter näher geregelt werden, insbesondere begrenzt oder ausgeschlossen werden, indem z.B. ein anderer Verschuldensmaßstab vereinbart oder dem Geschäftsführer eine verbindliche Gesellschafterweisung erteilt wird, die eine Haftungsfreistellung nach sich zieht.“⁸¹ Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof später bekräftigt.⁸²
- 10.35 Im **Schrifttum** ist diese Rechtsprechung teilweise kritisiert worden, vor allem aus Gründen des **Gläubigerschutzes**.⁸³ Diese Stimmen argumentieren, dass die Verzichtsmöglichkeit und damit auch die vorherige Einschränkung der GmbH-Geschäftsführerhaftung über § 43 Abs. 3 GmbHG hinaus für solche Geschäftsführerplichten ausgeschlossen sein müsste, die mehr oder weniger deutlich der Erhaltung des Stammkapitals und damit zwingenden Bestimmungen des Gläubigerschutzes dienen oder

⁸⁰ Vgl. dazu im Einzelnen *K. Schmidt* in Scholz, § 46 GmbHG Rz. 94; aus der Rechtsprechung OLG München v. 27.3.2013 – 7 U 4465/11, GmbHR 2013, 813; OLG München v. 22.10.2015 – 23 U 4861/14, GmbHR 2015, 1324, 1325 f.

⁸¹ BGH v. 16.9.2002 – II ZR 107/01, GmbHR 2002, 1197, 1198.

⁸² BGH v. 7.4.2003 – II ZR 193/02, GmbHR 2003, 712: In diesem Fall ging es nicht um eine vorherige Haftungsabmilderung, sondern um die Wirkung einer Entlastung, welche einem ausscheidenden Geschäftsführer aus einer Steuerberatungs-GmbH erteilt wurde; der Bundesgerichtshof führte aus, dass die Präklusionswirkung der Entlastung auch dann gilt, wenn der Betrag zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird: „Dass durch den Anspruchsverzicht das Vermögen der Gesellschaft und damit ihr Haftungsfonds im Verhältnis zu ihren Gläubigern geschmälert wird, nimmt das Gesetz hin, soweit nicht der Verzicht auf eine gemäß § 30 GmbHG verbotene Auszahlung an einen Gesellschaftergeschäftsführer hinausläuft oder gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG unverzichtbare Ersatzansprüche zum Gegenstand hat. Sind diese Grenzen zur Zeit des Haftungsverzichts gewahrt, so bleibt es bei dessen Wirksamkeit auch dann, wenn der Schadensersatzbetrag später zur Gläubigerbefriedigung benötigt würde.“, a.a.O. S. 713.

⁸³ Unten *Haas*, Rz. 19.56 ff. mit Blick auf die Reduzierung des Pflichten- und Sorgfaltsmaßstabs; *Ziemons* in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 43 GmbHG Rz. 434 ff.; differenzierend auch *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, § 43 GmbHG Rz. 64 f., der zwischen disponiblen und im Gläubigerinteresse zwingenden Geschäftsführerplichten unterscheidet.

weisungsfest seien.⁸⁴ Als Beispiele werden die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO, die Buchführungspflicht gem. § 41 GmbHG, die Einberufungspflicht einer Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 3 GmbHG oder das Verbot der Kreditgewährung aus gebundenem Vermögen gem. § 43a GmbHG, schließlich auch das Verbot existenzvernichtender Eingriffe genannt. Die wohl herrschende Auffassung im Schrifttum steht dagegen im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof der vorherigen Einschränkbarkeit der GmbH-Geschäftsführerhaftung positiver gegenüber, wobei zum Teil einzelne Ausnahmen gemacht werden.⁸⁵

Nach **eigener Auffassung** kann die Geschäftsführerhaftung, soweit nicht die Verzichtssperre des § 43 Abs. 3 GmbHG entgegensteht, ganz weitgehend eingeschränkt werden. Eine analoge Anwendung der Verzichtssperre erscheint nur mit Blick auf die Geschäftsführerhaftung aus § 43a Satz 2 GmbHG und die Haftung wegen Existenzvernichtung angezeigt. Im Übrigen ist der Gläubigerschutz durch die Bestimmungen der §§ 9b, 43 Abs. 3 GmbHG sowie die insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbestände hinreichend gewahrt, und jedenfalls ist die Entscheidung des Gesetzgebers, den Gläubigerschutz insoweit zu beschränken, hinzunehmen. Die Gläubiger einer GmbH haben keinen Anspruch darauf, dass die Gesellschaft alle Möglichkeiten ausschöpft, um einen erlittenen Schaden durch die Geschäftsführer oder deren D&O-Versicherer ersetzt zu bekommen.⁸⁶ Das folgt aus einem Umkehrschluss aus § 43 Abs. 3 GmbHG, der die Verzichtsmöglichkeit eben nur bei Verstößen gegen das Auszahlungsverbot nach § 30 GmbHG und gegen § 33 GmbHG vorsieht. Eine weitere allgemeine Grenze ergibt sich aus § 276 Abs. 3 BGB, wonach die Haftung für Vorsatz nicht im Vorhinein ausgeschlossen werden kann. Für eine Analogie zu den gläubigerschützenden Verzichts- und Vergleichsverböten im Aktienrecht (§ 93 Abs. 3 Satz 4 AktG) besteht kein Raum, weil von einer Regelungslücke nicht auszugehen ist. 10.36

III. Haftungsherabsetzende Regelungen im Geschäftsführer-Dienstvertrag

1. Vorbemerkung: Korporative Regelung und Dienstvertrag

Mit der Feststellung, dass es der Gesellschaft grundsätzlich möglich ist, bereits im Vorhinein mit dem GmbH-Geschäftsführer haftungsbeschränkende Vereinbarungen zu treffen, ist noch nicht geklärt, welcher **Form** eine solche Vereinbarung bedarf und wo gegebenenfalls der richtige Regelungsort ist. Ein gesetzliches Formerfordernis besteht für entsprechende Haftungsbeschränkungen nicht. Theoretisch (und in der Praxis gerade auch bei kleineren GmbHs) mag es vorkommen, dass eine entsprechende haftungsbeschränkende Zusage auch mündlich durch die Gesellschafter erfolgt. Hiervon ist aber dringend abzuraten, vor allem aus Sicht des GmbH-Geschäftsführers, der bei einer mündlichen Zusage in erhebliche Beweis- und Nachweisschwierigkeiten kommen kann. Von daher sollten sämtliche haftungsbeschränkenden Maßnahmen immer schriftlich erfolgen. 10.37

Im Schrifttum ist die Frage erörtert worden, ob eine Beschränkung der GmbH-Geschäftsführerhaftung in der **Satzung** verankert sein müsse, um die notwendige Publizität im Rechtsverkehr herzustellen.⁸⁷ Dieser Ansatz hat sich zu Recht nicht durchgesetzt, weil der Gläubigerschutz durch die Regelung in § 43 Abs. 3 GmbHG sichergestellt ist und weitere Publizitätsanforderungen keine gesetzliche Grundlage haben. Vielmehr enthält § 3 Abs. 1 GmbHG insoweit eine abschließende Regel.⁸⁸ Abzulehnen ist daher auch die Forderung, in der Satzung müsse es zumindest eine „Öffnungsklausel“ geben, wonach die Gesellschafter haftungseinschränkende Vereinbarungen treffen dürften. Als Regelungsort kommt 10.38

⁸⁴ Vgl. nur *Klöhn* in Bork/Schäfer, § 43 GmbHG Rz. 79.

⁸⁵ *Fleischer*, BB 2011, 2435, der eine Ausnahme für Verstöße gegen § 43a GmbHG und bei existenzvernichtenden Eingriffen für erwägenswert hält, a.a.O. S. 2438; *Janert*, BB 2013, 3016; *Verse* in Scholz, § 43 GmbHG Rz. 350 ff.; differenzierend *Beurskens* in Noack/Servatius/Haas, § 43 GmbHG Rz. 66 f.

⁸⁶ Deutlich BGH v. 7.4.2003 – II ZR 193/02, GmbHR 2003, 712, 713.

⁸⁷ In diesem Sinne etwa *Diekmann* in MünchHdb. GmbH, § 46 Rz. 4; vgl. dazu auch unten *Haas*, Rz. 19.61.

⁸⁸ Im Ergebnis ebenso *Fleischer*, BB 2011, 2435, 2439; ebenso *Verse* in Scholz, § 43 GmbHG Rz. 427.

daher zum einen ein wirksamer Gesellschafterbeschluss, unter Umständen auch in Form einer Weisung⁸⁹, in Betracht, zum anderen aber auch der GmbH-Geschäftsführervertrag.⁹⁰ Ein Gesellschafterbeschluss muss nicht von dem GmbH-Geschäftsführer formal „angenommen“ werden.

- 10.39 Soweit die haftungsbeschränkenden Regelungen in einem **GmbH-Geschäftsführervertrag** enthalten sind, bedarf der Vertrag der Zustimmung der Gesellschafter, auch wenn die Abschlusskompetenz durch die Satzung etwa einem Beirat zugewiesen ist.⁹¹ Die Abschlusskompetenz umfasst nicht zusätzlich noch inzident die Befugnis zur haftungsbeschränkenden Vereinbarungen. Allerdings ist es natürlich zulässig, wenn die Gesellschafter in der Satzung zusammen mit der Abschlusskompetenz für den Dienstvertrag auch die Kompetenz haftungsvereinbarende Regelungen zu treffen, auf einen Beirat delegieren. Der Gesellschafterbeschluss oder auch Beschluss zur Zustimmung zum GmbH-Geschäftsführervertrag bedarf der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Mehrheiten, wobei von Rechts wegen keine qualifizierten Mehrheiten erforderlich sind (schon gar nicht ein einstimmiger Beschluss). Es ist im Übrigen eine Frage der Rechtmäßigkeit oder gegebenenfalls Treuwidrigkeit auf Ebene des Gesellschafterbeschlusses, ob die Belange von Minderheitsgesellschaftern hinreichend gewahrt sind.⁹²
- 10.40 Ob in einer **mitbestimmten GmbH**, in der gem. § 31 Abs. 1 Satz 1 MitbestG die Bestell- und Anstellungskompetenz für die Geschäftsführer zwingend beim Aufsichtsrat liegt⁹³, der Aufsichtsrat neben oder gegebenenfalls sogar statt der Gesellschafter die Kompetenz zu haftungseinschränkenden Vereinbarungen oder Zusagen (Verzicht, Freistellung) hat, ist noch wenig ausgeleuchtet. Es gibt Stimmen im Schrifttum, die das als „zweifelhaft“ bezeichnen und offenbar annehmen.⁹⁴ Überzeugend ist das nicht: Auch in der paritätisch mitbestimmten GmbH verbleibt die Kompetenz zur Beschlussfassung über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen und spiegelbildlich die Kompetenz zu Verzicht und haftungsbeschränkenden Maßnahmen und Vereinbarungen im Dienstvertrag allein bei den Gesellschaftern, weil das Mitbestimmungsgesetz es für die GmbH bei der rechtsformspezifischen Kompetenzverteilung belassen hat.⁹⁵ Auch im Schrifttum gibt es hierzu entsprechende Stellungnahmen.⁹⁶ Unstreitig bleibt es bei der alleinigen Kompetenz der Gesellschafter aus § 46 Nr. 8 Alt. 1 GmbHG in Gesellschaften mit einem freiwilligen Aufsichtsrat oder einem Aufsichtsrat, der nicht nach dem Mitbestimmungsgesetz zu bilden ist.⁹⁷ Davon zu trennen ist die nach § 25 MitbestG i.V.m. § 112 AktG zu beurteilende Frage, inwieweit bei der Geltendmachung eines Ersatzanspruchs oder der Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung die Kompetenz der Gesellschafter aus § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG auf den paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat übergeht, wofür gewichtige Gründe sprechen.

89 Vgl. zu Weisungsrecht der Gesellschafter und Folgepflicht des Geschäftsführers oben *Uwe H. Schneider*, Rz. 2.24 ff.

90 Davon geht auch der Bundesgerichtshof aus, vgl. BGH v. 16.9.2002 – II ZR 107/01, *GmbHR* 2002, 1197, 1198; auch OLG Brandenburg v. 6.10.1998 – 6 U 278/97, *GmbHR* 1999, 344.

91 Es ist unstreitig zulässig, die Anstellungskompetenz aus § 46 Nr. 5 GmbHG auf ein anderes Organ, insbesondere einen Beirat, zu delegieren, vgl. *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, Anh. zu § 6 GmbHG Rz. 6.

92 Im Anschluss an die Auffassung und Argumentation von *Fleischer*, *BB* 2011, 2435, 2438; vgl. dazu *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, § 43 GmbHG Rz. 66.

93 BGH v. 14.11.1983 – II ZR 33/83, *BGHZ* 89, 48, 51 f. = *GmbHR* 1984, 151, 152 = *AG* 1984, 48 – *Reemtsma*; *Bernhardt/Bredol*, *NZG* 2015, 419, 421.

94 *Hüffer/Schäfer* in *Habersack/Casper/Löbbe*, § 46 GmbHG Rz. 117.

95 *Habersack* in *Habersack/Henssler*, § 25 MitbestG Rz. 44; ausführlich dazu *Seyfarth* in *FS Krieger*, 2020, S. 921.

96 *K. Schmidt* in *Scholz*, § 46 GmbHG Rz. 144; ohne klare Aussage dagegen *Liebscher* in *MünchKomm. GmbHG*, § 46 GmbHG Rz. 240.

97 *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, § 46 GmbHG Rz. 35.

§ 43

Risikobereich und Haftung: Corporate Social Responsibility (CSR), ESG und Menschenrechtsverletzungen

Professor Dr. Birgit Spießhofer, M.C.J. (NYU)

A. Einführung	43.1	C. Haftung	43.38
B. Corporate Social Responsibility (CSR) und ESG (Environment, Social, Governance)	43.4	I. Haftung für „Menschenrechtsverletzungen“ im Ausland	43.39
I. Definitionen	43.4	1. Internationale Zuständigkeit inländischer Gerichte	43.40
II. Wer definiert CSR/ESG-Vorgaben?	43.7	2. Anwendbares Recht	43.44
III. Verantwortungskonzeptionen (Überblick)	43.10	3. Mögliche Anspruchsgrundlagen ..	43.46
1. UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte	43.11	4. Erweiterung des Haftungsdurchgriffs	43.51
2. UN Global Compact	43.22	II. Soft Law with Hard Sanctions	43.57
3. OECD-Leitsätze für Multinationale Unternehmen	43.24	III. Soft Law with Soft Sanctions	43.58
4. ISO 26000:2010 Leitfaden zur gesellschaftlichen Verantwortung	43.26	1. OECD-Verfahren vor den Nationalen Kontaktstellen	43.59
5. Europäische CSR/ESG-Strategie ...	43.30	2. „Courts of public opinion“	43.63
6. Nationale CSR/ESG-Ansätze	43.35	D. Ausblick	43.64

Schrifttum: *Arnauld*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2022; *Asmussen*, Haftung für CSR, 2020; *Backer*, Rights and Accountability in Development ('Raid') v DAS AIR and Global Witness v Afrimex, Melbourne Journal of International Law, Vol 10, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1427883>; *Backer*, Are Supply Chains Transnational Legal Orders? <http://ssrn.com/abstract=2685961>, aufgerufen 3.12.2022; *Beck*, Die Rechte des Käufers bei fehlender Nachhaltigkeit der Kaufsache, NJW 2022, 3313; *Brunk*, Menschenrechtscompliance, 2022; *Dearborn*, Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups, 97 CAL. L. Rev. (2009), 195; *Elkington*, Triple Bottom Line, in Visser et al., The A to Z of Corporate Social Responsibility, 2008, S. 465; *Enneking*, Foreign Direct Liability and Beyond. Exploring the role of tort law in promoting international corporate social responsibility and accountability, 2012; *Falkenhausen*, Menschenrechtsschutz durch Deliktsrecht, 2020; *Fischer/Diab*, Islam und Menschenrechte, NJW 2007, 2972; *Görgen*, Unternehmerische Haftung in transnationalen Menschenrechtsfällen, 2019; *Grüneberg*, BGB, 82. Aufl. 2023; *Habersack/Ehrl*, Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer – *de lege lata* und *de lege ferenda*, AcP 219 (2019), 155; *Hahn*, Zur Normierung gesellschaftlicher Verantwortung. ISO 26000 im analytischen Vergleich mit ISO 14000 und SA 8000, Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik 14 (3), 2013, 378; *Heinen*, Deliktische Sorgfaltspflichten in transnationalen Lieferketten, 2022; *Hommelhoff*, Aktuelle Impulse aus dem europäischen Unternehmensrecht: Eine Herausforderung für Deutschland, NZG 2015, 1329; *Hübner*, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen, 2022; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021; *Johnston*, Promoting Corporate Responsibility: The OECD Guidelines for Multinational Enterprises, in Mullerat, Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century, 2nd ed, 2011, S. 275; *Kaleck/Saage-Maaß*, Unternehmen vor Gericht. Globale Kämpfe für Menschenrechte, 2016; *Kasolowsky/Voland*, Die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen und ihre Durchsetzung im Wege von Beschwerdeverfahren vor der Nationalen Kontaktstelle, NZG 2014, 1288; *Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann*, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, März 2016; *Laufenberg*, Aktuelle Entwicklungen in den USA – DoJ will Chief Compliance Officer stärken – SEC schlägt neue Vorschriften zum „Greenwashing“ vor, CCZ 2022 283; *Makowicz/Wüstemann*, Betriebswirtschaftlicher und juristischer Nutzen der Ausgestaltung von Compliance-Management-Systemen nach dem globalen Leitfaden ISO 19600, BB 2015, 1195; *Mitt-*

woch, Nachhaltigkeit im Unternehmensrecht, 2022; *Muchlinski*, Multinational Enterprises & The Law, 2. Aufl. 2007; *Nordhues*, Die Haftung der Muttergesellschaft und ihres Vorstands für Menschenrechtsverletzungen im Konzern, 2019; *Osiaka*, Zivilrechtliche Haftung deutscher Unternehmen für menschenrechtsbeeinträchtigende Handlungen ihrer Zulieferer, 2014; *Payandeh*, Deliktische Haftung von Unternehmen für transnationale Menschenrechtsverletzungen, in FS Karsten Schmidt, Bd. II, 2019, S. 131; *Saage-Maaß/Leifker*, Haftungsrisiken deutscher Unternehmen und ihres Managements für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, BB 2015, 2499; *Schmalenbach*, Multinationale Unternehmen und Menschenrechte, AVR 2001, 57; *Schutter*, The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law, in Alston (Hrsg.), Non-State Actors and Human Rights, 2005, S. 227; *Schwalbach/Klink*, Der Ehrbare Kaufmann als individuelle Verantwortungskategorie der CSR-Forschung, in Schneider/Schmidpeter (Hrsg.), Corporate Social Responsibility, 2. Aufl. 2015, S. 177; *Schwarz/Schieffer*, Greenwashing – Ermittlung von Greenwashing-Vorwürfen, CCZ 2022, 345; *Späth/Werner*, Die Okpabi-Entscheidung des Supreme Court of the UK zur internationalen Konzernhaftung aus rechtsvergleichender Sicht, CCZ 2021, 241; *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, in FS Paul Kirchhof, 2014, S. 1235; *Spießhofer*, Wirtschaft und Menschenrechte – rechtliche Aspekte der Corporate Social Responsibility, NJW 2014, 2473; *Spießhofer*, Die neue europäische Richtlinie über die Offenlegung nichtfinanzieller Informationen – Paradigmenwechsel oder Papiertiger?, NZG 2014, 1281; *Spießhofer*, Compliance und Corporate Social Responsibility, in Hauschka/Moosmayer/Lösler (Hrsg.), Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 3. Aufl. 2016, S. 315; *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung. Zur Entstehung einer globalen Wirtschaftsordnung, 2017 (engl. Version: Responsible Enterprise, 2017); *Spießhofer*, Sustainable Corporate Governance, NZG 2022, 435; *Spießhofer/Eccles*, Information und Transformation. CSR-Berichterstattung in Europa und den USA. Forum Wirtschaftsethik 2014, 27; *Spießhofer/Graf von Westphalen*, Corporate Social Responsibility und AGB-Recht, BB 2015, 75; *Stürmer*, Die Rolle des Kollisionsrechts bei der Durchsetzung von Menschenrechten, in FS Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 843; *Stumpp*, Nachhaltigkeitsratingagenturen, 2022; *Voland*, Unternehmen und Menschenrechte – vom Soft Law zur Rechtspflicht, BB 2015, 67; *Webb*, ISO 26000: Bridging the Public/Private Divide in Transnational Business Governance Interactions, Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 21/2012; *Weller/Kaller/Schulz*, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AcP 216 (2016), 387; *Weller/Fischer*, ESG-Geschäftsleitungspflichten Unternehmenstransformation zur Klimaneutralität, ZIP 2022, 2253; *Weidmann*, Der Beitrag der OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen zum Schutz der Menschenrechte, 2014; *Wesche/Ebert*, Die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte und Zugang zu Abhilfe. März 2016, <https://www.business-humanrights.org/de/neuste-meldungen/die-un-leitprinzipien-für-wirtschaft-und-menschenrechte-und-zugang-zu-abhilfe-ansätze-für-eine-konsensorientierte-erweiterung-der-zivilrechtlichen-klagemöglichkeiten-in-deutschland/>, aufgerufen 3.12.2022.

A. Einführung

- 43.1 Corporate Social Responsibility (CSR) ist ein altes Thema mit neuen Dimensionen. Das aus dem Mittelalter stammende Leitbild des **Ehrbaren Kaufmanns**¹ erfährt eine Renaissance, nicht zuletzt im Deutschen Corporate Governance Kodex.² So unterstreicht die Kodexkommission in der Präambel, dass gute Unternehmensführung nicht nur „Legalität, sondern auch ethisch fundiertes, eigenverantwortliches Verhalten“ erfordere. Die entscheidende Frage ist jedoch, was in einer globalen Wirtschaft „ethisch fundiert“ ist. Diese Begriffe setzen einen allgemein akzeptierten Sozialkodex voraus, der bereits auf nationaler und europäischer Ebene brüchig ist, im internationalen Bereich jedoch aufgrund der unterschiedlichen politischen und kulturellen Prägungen erst gefunden werden muss.³
- 43.2 Das nationale und europäische Recht formuliert Standards verantwortungsbewussten Wirtschaftens, kann jedoch aufgrund seiner territorialen Begrenzung globale Wirtschaftsprozesse nicht angemessen

1 Vgl. *Schwalbach/Klink*, S. 177 ff., zu den (einer modernen Unternehmerpersönlichkeit nur begrenzt entsprechenden) Vorstellungen von „Ehrbarkeit“.

2 Vgl. Präambel des Corporate Governance Kodex 2022.

3 Vgl. *Spießhofer* in FS Paul Kirchhof, S. 1235.

steuern. Diese **Governance Gaps** sind maßgeblicher Grund und Treiber der CSR-Diskussion. Unter der Überschrift CSR findet eine **schleichende Revolution** in Gestalt eines sich seit über vier Dekaden vor allem im internationalen und angelsächsischen Bereich und außerhalb der Rechtswissenschaft aufbauenden Diskurses statt, der die Grenzen unternehmerischen Wirtschaftens zunehmend von **Legalität zu Legitimität**, von einer „legal license to operate“ zu einer „social license to operate“ verschiebt. CSR ist Teil dieses Global Governance-Diskurses, dessen rechtliche Kernfrage ist, wie ein **globaler Ordnungsrahmen für globales Wirtschaften** geschaffen werden kann und welchen positiven („doing good“) und negativen („doing no harm“) Beitrag Unternehmen hierzu leisten sollen. Diese Neubestimmung unternehmerischer Verantwortung wirft eine Fülle von Fragen auf, die an dieser Stelle nicht umfassend behandelt werden können.⁴

Die Neubestimmung unternehmerischer Verantwortung wird auch Auswirkungen auf den Pflichten- und Haftungskanon der **Geschäftsleitung** haben. *De lege lata* ist die Ausrichtung von Geschäftsleitungsentscheidungen an Nachhaltigkeits-/CSR-/ESG-Zielen nur über den Transmissionsriemen der **Legalitätspflicht** (§ 93 AktG) und nur insoweit obligatorisch, als das Unternehmen gesetzlichen CSR/ESG-Regulierungen unterfällt.⁵ Da in der Europäischen Union der Trend hin zu umfassender und detaillierter CSR/ESG-Gesetzgebung geht⁶, werden immer mehr CSR/ESG-Vorgaben Eingang in das Pflichtenkorsett der Geschäftsleitung (mit entsprechenden Haftungsfolgen) erfahren. Darüber hinaus ist die Geschäftsleitung gegenwärtig rechtlich zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, CSR/ESG-Belange zu verfolgen.⁷ Insofern führt internationales Soft Law und seine Implementation in unternehmensinterne Strategien und Policies bereits zu einer weichen Steuerung in Richtung Berücksichtigungspflicht. Inwieweit *de lege ferenda* dieses Geschäftsleitungsermessens hinsichtlich „ob“ und „wie“ der Berücksichtigung von CSR/ESG-Faktoren eine Einschränkung und Bindung erfahren sollte, und wie sich dies in der Haftung gegenüber dem Unternehmen, seinen Gesellschaftern und Dritten niederschlagen sollte, ist umstritten.⁸

B. Corporate Social Responsibility (CSR) und ESG (Environment, Social, Governance)

I. Definitionen

CSR hat viele „Definitionen“ erfahren.⁹ In ihrer Mitteilung *Eine neue EU-Strategie (2011–2014) für die soziale Verantwortung der Unternehmen* vom 25.10.2011 legte die EU-Kommission eine **neue Definition** von CSR vor, die die Freiwilligkeitskonzeption verlässt. Danach ist CSR „die Verantwortung von Unternehmen für ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft“. Die Einhaltung geltenden Rechts (**Compliance**) ist das **Minimum** unternehmerischer Verantwortung. Um ihrer Verantwortung vollumfänglich gerecht zu werden, sollen Unternehmen darüber hinaus Prozesse einführen, die soziale, ökologische, wirtschaftsethische, menschenrechtliche und Verbraucherbelange in enger Zusammenarbeit mit ihren

4 Eingehend *Spießhofer*, *Unternehmerische Verantwortung*, 2017; (engl. Version: *Responsible Enterprise*, 2018) sowie die monographischen Abhandlungen von *Asmussen*, *Falkenhausen*, *Görgen*, *Heinen*, *Hübner*, *Mittwoch*, *Nordhues*, *Osieka*.

5 Vgl. *Weller/Fischer*, ZIP 2022, 2253 ff. m.w.N.

6 S. zu den Gesetzgebungsiniciativen auf europäischer und nationaler Ebene unten III. 5., 6. (Rz. 43.30 ff., Rz. 43.35 ff.).

7 *Weller/Fischer*, ZIP 2022, 2253, 2254.

8 Vgl. die Überlegungen bei *Brunk*, S. 489 ff.; *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 203 ff.; *Mittwoch*, S. 285 ff.; *Nordhues*, S. 262 ff.; *Weller/Fischer*, ZIP 2022, 2253 ff.

9 Vgl. dazu *Spießhofer*, *Unternehmerische Verantwortung*, S. 27 ff.

Stakeholdern in ihre Strategie und ihre Aktivitäten integrieren.¹⁰ Die EU-Kommission will unternehmerische Verantwortung durch einen „**Smart Mix**“ von edukatorischen, ökonomisch-incentivierenden sowie Soft und Hard Law-Instrumenten steuern, die die positive und negative Unternehmensverantwortung ausformen.

- 43.5 **ESG (Environment, Social, Governance)** ist eine neuere Begriffsprägung, insbesondere aus dem Bereich des Kapitalmarktrechts, die (ebenso wie CSR¹¹) auf die People Planet Profit-Konzeption¹² zurückgeht, die die materiellen Bereiche unternehmerischer Verantwortung (Umwelt, Soziales/Menschenrechte, Integrität/Governance) umreißt, die, unabhängig davon, ob sie unter CSR oder ESG geführt werden, einer Konkretisierung bedürfen. Im Folgenden werden beide Begriffe synonym verwandt. Häufig wird diese Thematik auch unter den Begriffen **Nachhaltigkeit**¹³ oder **nachhaltige Unternehmensführung (sustainable corporate governance)**¹⁴ diskutiert.
- 43.6 Unter juristischen Gesichtspunkten ist für beide Begriffe essentiell, dass es eine einfache kategorielle Zuordnung in dem Sinne: Compliance/„rechtsverbindlich“ und CSR/„freiwillig“ (im Sinne von wirksam und bindend nur bei ausdrücklicher Akzeptanz) nicht (mehr) gibt.¹⁵ Vielmehr zeigt eine im Folgenden kurz zu skizzierende Analyse internationaler CSR/ESG-Normen, dass zwischen diesen beiden Polen **rechtsverbindlich/freiwillig** sich eine **gleitende Skala von Verbindlichkeit**, von normativem Geltungsanspruch ohne Unterwerfungsakt manifestiert, der mit rechtlichen, hybriden und „weichen“ Instrumentarien und nicht zwingend von staatlichen Instanzen, sondern auch von zivilgesellschaftlichen Organisationen durchgesetzt wird. Dies wirft (hier nicht zu vertiefende) Fragen der Konkurrenz zwischen Hard Law (im Sinne rechtsverbindlicher Normen) und Soft Law (im Sinne weicher Normen) und deren Konsequenzen für Rechtssicherheit, (demokratische) Legitimation und grundrechtlich verbürgte unternehmerische Freiheit auf.¹⁶ Während bspw. das Umweltrecht die Grenzen zulässiger unternehmerischer Betätigung bestimmt und rechtssicher markiert, verlangen CSR/ESG-Instrumente entsprechend der oben referierten Definition eine darüber hinausgehende Minimierung negativer Auswirkungen, die vom Ansatz her kein „genug“ kennt. Dadurch werden die von dem demokratischen Gesetzgeber definierten Grenzen des einerseits unternehmerisch Zulässigen, andererseits der Umwelt Zumutbaren überschrieben, aufgeweicht und neu gezogen. Auf diesen Zwischenbereich, der häufig mit dem Begriff „**Soft Law**“ bezeichnet wird¹⁷, und seine Haftungsimplicationen konzentrieren sich die weiteren Ausführungen.¹⁸

10 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine neue EU-Strategie (2011-2014) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR), KOM(2011) 681, 7.

11 Vgl. *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 58 ff.

12 Vgl. *Elkington*, Triple Bottom Line, S. 465 f.

13 Vgl. *Mittwoch*, Nachhaltigkeit im Unternehmensrecht.

14 Vgl. *Spießhofer*, Sustainable Corporate Governance, NZG 2022, 435 ff.

15 Vgl. *Voland*, BB 2015, 67.

16 Vgl. *Spießhofer*, NJW 2014, 2473, 2476; eingehend *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 571 ff.

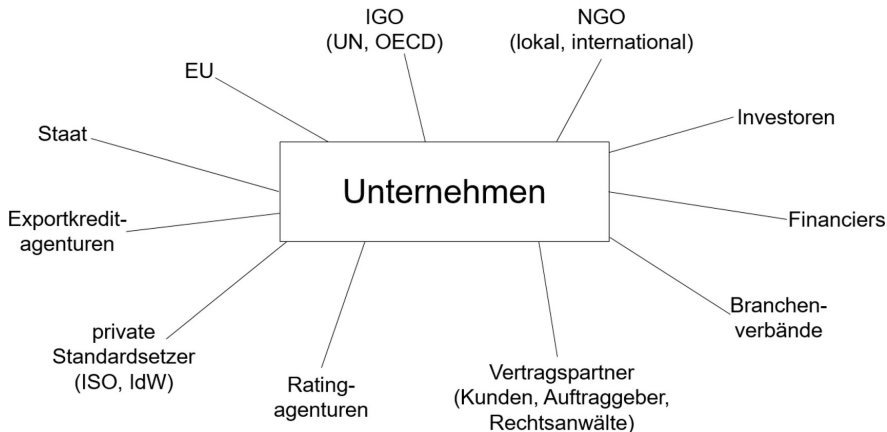
17 Eingehend hierzu *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 583 ff.

18 Zu der (teilweisen) Überführung der Soft Law-Vorgaben in das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz (BGBl. I 2021, 2959) vgl. *Franzmann*, § 44.

II. Wer definiert CSR/ESG-Vorgaben?

Unternehmen und ihre Leitungsorgane sehen sich folgender Situation ausgesetzt:

43.7



Neben Staat und EU sowie dem Unternehmen selbst gibt es eine Vielzahl von privaten und öffentlichen Akteuren, die CSR/ESG-Standards setzen und mit den ihnen jeweils zur Verfügung stehenden Mitteln durchsetzen. Dazu gehören insbesondere die Vereinten Nationen und die OECD als Intergovernmental Organisations (IGO)¹⁹, zivilgesellschaftliche Organisationen (Non-Governmental Organisations – NGO)²⁰, Investoren und Financiers als marktmächtige Akteure²¹, Branchenverbände für ihre Mitglieder²², Vertragspartner im Rahmen des Lieferkettenmanagements²³, Ratingagenturen²⁴, private Standardisierungsorganisationen wie ISO²⁵ sowie Exportkreditagenturen, die ESG-Faktoren bei der Entscheidung über die Förderung sowie in den sie umsetzenden Verträgen berücksichtigen.²⁶ Hinzu kommen normsetzende und -durchsetzende Partnerships unter Beteiligung verschiedener Akteure.²⁷

EU²⁸ und Nationalstaaten²⁹ greifen zwar zunehmend CSR/ESG-Themen auf und setzen sie in Regulierung (mit teilweise extraterritorialem Wirkungsanspruch) um. Dies führt jedoch nicht zu einer (vollständigen) Verdrängung der anderen Akteure und ihrer Vorgaben, insbesondere, soweit es um globale unternehmerische Aktivitäten geht. Vielmehr orientieren sich multinationale Unternehmen und ihre Leitungsorgane an diesen Vorgaben bei der Erstellung ihrer Strategie, deren Umsetzung in Compliance-Management-Systeme und Policies, ihrer Geschäftspartner- und Lieferketten-Compliance und -steuerung sowie bei der Vertragsgestaltung, im Transaktions-, Finanz- und Investmentbereich – zusätzlich zu der Einhaltung europäischen und nationalen Rechts, insbesondere zu CSR-Reporting und

43.8

19 Vgl. *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 61 ff.

20 Vgl. *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 398 ff. zur Global Reporting Initiative (GRI).

21 Vgl. *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 343 ff.

22 Bspw. der International Council for Mining and Metals, <https://www.icmm.com>, aufgerufen 3.12.2022.

23 Vgl. *Franzmann*, § 44.

24 Vgl. dazu eingehend *Stumpp*, Nachhaltigkeitsratingagenturen.

25 Vgl. *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 219 ff.

26 Vgl. *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 360 ff.

27 Bspw. Extractive Industries Transparency Initiative (EITI), vgl. *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 316 ff.

28 Dazu unten III. 5. (Rz. 43.30 ff.).

29 Dazu unten III. 6. (Rz. 43.35 ff.).

Lieferkettenverantwortung. Das Problem ist, dass die CSR/ESG-Anforderungen der verschiedenen Akteure nicht homogen sind, nicht einmal innerhalb der einzelnen Akteursgruppen (wie bspw. der Ratingagenturen). Die Konsequenz ist ein Mangel an Rechtssicherheit, verbunden mit komplexen Complianceanforderungen, hohen Kosten und Reputations- und Haftungsrisiken, insbesondere hinsichtlich „Greenwashing“.³⁰ Die Komplexität dieser Sachlage, die auch durch EU-Recht nur begrenzt reduziert werden kann, erfordert weiterhin ein relativ freies Leitungsermessen der Geschäftsleitung, das es ihr ermöglicht, die unterschiedlichen Anforderungen in einen für das Unternehmen bestmöglichen Ausgleich zu bringen.³¹

- 43.9 Diese Situation kann im transnationalen Bereich nur durch internationale Standardisierungsprozesse und die Konsolidierung in Best Practices aufgelöst werden. Ein Beispiel dafür ist die Etablierung der International Sustainability Standards Board (ISSB) für nicht-finanzielles Reporting, die u.a. die Climate Disclosure Standards Board (CDSB) und die Value Reporting Foundation aufnimmt, die ihrerseits das Integrated Reporting Framework sowie SASB Standards konsolidiert und mit der Global Reporting Initiative (GRI) eine Partnerschaftsvereinbarung einging, um Interoperabilität der Standards zu gewährleisten.³² Die neuen europäischen Reporting-Standards, die auf der Basis der Corporate Sustainability Reporting Richtlinie (CSRD)³³ entwickelt werden, sollen mit diesen internationalen Standards abgestimmt werden.³⁴

III. Verantwortungskonzeptionen (Überblick)

- 43.10 Die unter der Überschrift CSR/ESG verhandelten Verantwortungskonzeptionen sind vielgestaltig und nur begrenzt kohärent. Sie lassen sich grob einteilen in **sektorübergreifende** Konzeptionen, die entweder ein Thema (bspw. die Menschenrechte) oder alle CSR/ESG-Themen, charakterisiert durch die Schlagworte „People, Planet, Profit“, integrierend umfassen sowie **branchen-, themen- und instrumentenspezifische** Ansätze.³⁵ Im Folgenden können nur die wesentlichen sektorübergreifenden CSR/ESG-Instrumente in Grundzügen skizziert werden, die von vielen Unternehmen und Leitungsorganen als Grundlage und Benchmark ihrer globalen CSR/ESG-Strategie und deren Umsetzung in Policies, Compliance und Risk Management Systemen und Vertragsgestaltungen herangezogen werden.³⁶

1. UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte

- 43.11 Die in einer Resolution vom 16.6.2011 vom UN-Menschenrechtsrat unterstützten UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (UN-Leitprinzipien)³⁷ befassen sich nur mit dem Thema Menschenrechte. Sie haben jedoch andere CSR-Leitlinien über den Menschenrechtsbereich hinaus beeinflusst. Sie implementieren die drei Säulen des „**Protect, Respect, and Remedy Framework**“³⁸:

30 Vgl. *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 613 ff. m.w.N.; *Schwarz/Schieffer*, CCZ 2022, 345 ff.

31 Die ausschließlich auf geplantes (teilweise bereits wieder revidiertes) EU-Recht gestützten Überlegungen von *Weller/Fischer*, ZIP 2022, 2253 ff. bedürfen daher einer differenzierten Betrachtung in diesem für die Geschäftsleitung wirkmächtigen globalen Rahmen.

32 <https://www.valuereportingfoundation.org/news/ifrs-foundation-announcement/>, aufgerufen 3.12.2022.

33 Stand des Gesetzgebungsverfahrens: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2021_104, aufgerufen 3.12.2022.

34 Vgl. Entwurf Delegierte Verordnung betreffend Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung nach der Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Verordnung_Nachhaltigkeitsberichterstattung_CSRD.html, aufgerufen 3.12.2022.

35 Zu branchen-, themen- und instrumentenspezifische Ansätze eingehend *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 311 ff.; *Spießhofer*, Compliance und CSR, S. 315, 326 ff.

36 Eingehend *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, 2. bis 6. Kapitel.

37 Resolution vom 16.6.2011, A/HRC/RES/17/4.

38 Vom 7.4.2008, A/HRC/8/15.

- die **staatliche** Verpflichtung („duty“) zum Schutz der Menschenrechte, auch gegen Beeinträchtigungen durch Unternehmen („**Protect**“),
- die **unternehmerische** Verantwortung („responsibility“), die Menschenrechte zu respektieren („**Respect**“), und
- die Verpflichtung, effektiven Rechtsschutz zu gewähren („**Remedy**“).

Diese drei Säulen sollen in einem „Smart Mix“ verbunden werden. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die zweite Säule, die unternehmerische Verantwortung zur Respektierung der Menschenrechte.

Die UN-Leitprinzipien sehen vor, dass erstens Unternehmen grundsätzlich **alle Menschenrechte respektieren** und zweitens dies mit Hilfe von **Due Diligence** gewährleisten sollen. Die Due Diligence soll Unternehmen Aufschluss geben über die „negativen Auswirkungen“ für die Menschenrechte, die sie selbst verursachen („cause“), zu denen sie beitragen („contribute“) sowie mit denen sie direkt verbunden sind („directly linked“) über Geschäftspartner, Aktivitäten und Produkte. Diese Verantwortung soll die gesamte Wertschöpfungskette umfassen, unabhängig davon, welchen Einfluss das Unternehmen auf die Dritten hat und haben kann. Dies impliziert einerseits einen **sehr weiten Verantwortungsbereich**, andererseits erfasst dies nur die negativen Auswirkungen unternehmerischen Handelns, nicht jedoch die möglichen positiven. Es geht zunächst um Risk Assessment, und zwar nicht nur, wie dies bei M&A Transaktionen der Fall ist, hinsichtlich möglicher negativer Folgen für das Unternehmen und seine Reputation, sondern vor allem um die Risiken für die Menschenrechte tatsächlich oder potentiell Betroffener. 43.12

Die Verantwortung („responsibility“) zur **Respektierung aller Menschenrechte** umfasst die in den UN-Menschenrechtskonventionen, in regionalen Menschenrechtsinstrumenten wie der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie die in nationalen Verfassungen enthaltenen Grundrechtskataloge. Die Grund- und Menschenrechte verpflichten grundsätzlich nur **Staaten**, da sie meist programmatisch weit gefasst sind und daher politischer Konkretisierung bedürfen. Den Staaten wird ein Umsetzungsspielraum („margin of appreciation“) zugestanden. „Die Menschenrechte“ sind mithin **kein zeit- und raum-unabhängiger** eherner und universell einheitlich zu verstehender **Kodex**.³⁹ Die unterschiedlichen Menschenrechtsinstrumente sind nicht kohärent. Dies gilt insbesondere für Tätigkeiten in anderen Kulturkreisen wie bspw. im Islam, wo Menschenrechtserklärungen und -kataloge unter weitgehende Schariavorbehalte gestellt sind.⁴⁰ Aber auch das Spannungsverhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht, EuGH und EGMR, die die menschenrechtlichen Instrumente des Grundgesetzes, der EU-Grundrechtecharta und der Europäischen Menschenrechtskonvention autoritativ auslegen, zeigt, wie schwierig die Feststellung einer Menschenrechtsverletzung allein in Europa sein kann (und dass die Gerichte nicht immer zu gleichen Ergebnissen kommen). 43.13

Unternehmen sind als Private grundsätzlich Träger von Grundrechten. Eine unmittelbare Verpflichtung von Unternehmen durch die Menschenrechte scheidet daran, dass Unternehmen nach h.M. grundsätzlich keine Völkerrechtssubjekte sind.⁴¹ Unternehmen können nur dann direkt rechtlich gebunden werden, wenn die Voraussetzungen für eine sog. **unmittelbare Drittwirkung** vorliegen. Dies soll dann der Fall sein, wenn das Menschenrecht „self-executing“ (für Private) ist, d.h. so konkret ist, dass es keiner weiteren Umsetzung bedarf.⁴² Nach deutschem Verfassungsrecht ist dies nur für Art. 9 43.14

39 Vgl. S.A.S. v. France, EGMR, Urt. v. 1.7.2014, Appl. no. 43835/11, zum Burkaverbot in Frankreich.

40 Vgl. die *Kairoer Erklärung der Menschenrechte im Islam* der Organisation der Islamischen Konferenz vom 5.8.1990 sowie die *Arabische Charta der Menschenrechte*, die 2008 rechtswirksam wurde; vgl. auch *Fischer/Diab*, NJW 2007, 2972.

41 *Arnauld*, Völkerrecht, S. 273 ff. m.w.N.; vgl. auch *Schmalenbach*, AVR 2001, 57, 64 f.

42 Dies setzt voraus, dass es selbst klare Vorgaben macht, auf die Beziehungen zwischen Privaten maßgeblich bezogen ist und keinen Einschränkungsmöglichkeiten unterliegt; vgl. *Jarass*, Art. 51 Rz. 41 f. m.w.N.

Abs. 3 Satz 2 GG anerkennt, der Abreden, die gegen die Koalitionsfreiheit verstoßen, für nichtig erklärt.⁴³ Im Übrigen ist es grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers (und der Gerichte), die grund- und menschenrechtlichen Vorgaben in konkrete Handlungsrichtlinien und Haftungstatbestände für Unternehmen umzusetzen.

- 43.15 Die Verantwortung zur „Respektierung“ der Menschenrechte macht letztlich Unternehmen zu **Völkerrechtssubjekten in Soft Version**. Zudem kreiert sie eine unmittelbare Drittwirkung auch der Konkretisierungsbedürftigen Menschenrechte, zwar nicht im Sinne einer rechtlichen Verpflichtung, wohl aber in Gestalt einer gesellschaftlichen „Erwartung“, die durch die förmliche „Unterstützung“ des UN-Menschenrechtsrats zu normativem **Soft Law** aufgewertet sein soll. Sie soll verbindlich, wenngleich nicht rechtsverbindlich sein, und zwar ohne einen wie auch immer gearteten Unterwerfungsakt.⁴⁴ Damit sollen für Unternehmen insofern umfangreichere menschenrechtliche Verpflichtungen gelten als für Staaten, als Staaten nur insoweit verpflichtet sind, als sie die entsprechenden Konventionen unterzeichnet und ratifiziert haben. Unternehmen müssen die notwendige Konkretisierung der Menschenrechte selbst vornehmen (ohne die dem Staat eigene Autorität zu haben), die möglicherweise von zivilgesellschaftlichen Organisationen ganz anders beurteilt wird.
- 43.16 Die **Praxis** behilft sich damit, dass aus verschiedenen Menschenrechtskonventionen, meist der UN-Menschenrechtscharta und der Erklärung der Internationalen Arbeitsorganisation über Grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemaßnahmen⁴⁵ die für die Branche oder das Unternehmen relevant scheinenden Menschenrechte herausgesucht und in Handlungsmaximen übersetzt werden, das Unternehmen mithin funktional an die Stelle des Gesetzgebers tritt. **Rechtssicherheit** ist damit jedoch **nicht** zu erreichen, zumal es an einer Instanz mit Konkretisierungs- und Deutungshoheit fehlt.⁴⁶
- 43.17 **Due Diligence** verlangt zum einen, dass Unternehmen ihre Verpflichtung, die Menschenrechte zu respektieren, in einer Grundsatzklärung⁴⁷ zum Ausdruck bringen, die u.a. ihre menschenrechtlichen Erwartungen an Personal⁴⁸ und Geschäftspartner festlegt und veröffentlicht werden soll. Darüber hinaus sollen Unternehmen Human Rights Impact Assessments durchführen, die Menschenrechte in alle Geschäftsbereiche integrieren und in regelmäßigen Audits ihre menschenrechtliche Performance überprüfen.⁴⁹ Die Ergebnisse dieser Audits und die Maßnahmen, die das Unternehmen ergreift, um festgestellte „negative Auswirkungen“ abzustellen oder zu mildern, sollen publiziert werden.⁵⁰ Der Anreiz Audits durchzuführen wird allerdings gemindert, wenn dies mit der Verpflichtung zur öffentlichen Selbstinkriminierung verknüpft wird, insbesondere wenn dadurch Dossiers gefertigt werden, die in pre-trial discoveries oder sonstigen Verfahren gegen das Unternehmen verwendet werden können.

43 „Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.“

44 The Corporate Responsibility to Respect Human Rights. An Interpretive Guide S. 13 f. „The responsibility to respect human rights...exists over and above legal compliance, constituting a global standard of expected conduct applicable to all businesses in all situations.“ https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/publications/hr.puB.12.2_en.pdf, aufgerufen 3.12.2022.

45 Vom 18.6.1998, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--europe/--ro-geneva/--ilo-berlin/documents/normativeinstrument/wcms_193727.pdf, aufgerufen 3.12.2022.

46 Die OECD-Leitsätze für Multinationale Unternehmen haben zwar die UN-Leitprinzipien rezipiert und verfügen über ein gerichtsähnlich ausgestaltetes Durchsetzungsverfahren, allerdings sind Unternehmen nicht antragsbefugt; dazu unten C. III. 1. (Rz. 43.59 ff.).

47 UN-Leitprinzipien Ziff. 16.

48 Vgl. für den Bereich der Korruption die „Business Conduct Guidelines“ im Fall Siemens, dazu LG München I v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, NZG 2014, 345 = ZIP 2014, 570.

49 UN-Leitprinzipien Ziff. 17–20.

50 UN-Leitprinzipien Ziff. 21.

Negative menschenrechtliche Auswirkungen sollen **vermieden, gemindert** oder **wieder gut gemacht** werden.⁵¹ Dies bedeutet eine differenzierte staatliche Haftungs- und Verantwortungsregime des privaten und des öffentlichen Rechts überspielende **umfassende Einstandspflicht** (in Soft Version). Sie wird nur insofern von Verhältnismäßigkeitsüberlegungen eingeschränkt, als Umfang und Reichweite der Due Diligence von der Risikostruktur des Unternehmens und des jeweiligen Landes, der Größe des Unternehmens und der Art und des Kontexts seiner Geschäftstätigkeit abhängig sein sollen.⁵² 43.18

Die Menschenrechtskonventionen verbieten **Menschenrechtsverletzungen**. Dies setzt erstens eine „negative Auswirkung“ auf den Schutzbereich eines Menschenrechts und zweitens keine Rechtfertigung durch Belange der Allgemeinheit und Dritter voraus. Mit der Due Diligence-Verpflichtung, gerichtet auf die Vermeidung „negativer Auswirkungen“, wird ein unterhalb der Menschenrechts-„verletzung“ greifender (drittschützender) Sorgfaltsmaßstab etabliert, der keine (legitimen) Schranken kennt – und so von den Menschenrechtskonventionen nicht gefordert wird. Nicht mehr die „Verletzung“ des Menschenrechts Dritter soll die Grenze unternehmerischer Tätigkeit sein, sondern das **Risiko einer negativen Auswirkung**. Damit wird der Verantwortungsrahmen erheblich erweitert. Die „Erwartung“ von Due Diligence kann im Übrigen zu der „im Verkehr üblichen Sorgfalt“ werden und damit Eingang finden in die Fahrlässigkeitstatbestände des Straf- und Schadenersatzrechts („soft law with hard sanctions“).⁵³ 43.19

Diese weite Verantwortungskonzeption der UN-Leitprinzipien hat Eingang gefunden in das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, das sie auf negative Auswirkungen auf die Umwelt erstreckt, verbunden mit einem weitreichenden Sanktionssystem.⁵⁴ Sie wird weiter ausformuliert und in „hard law“ überführt durch die EU Corporate Sustainability Reporting Richtlinie⁵⁵ und insbesondere die EU Corporate Sustainability Due Diligence Richtlinie.⁵⁶ 43.20

Sowohl Staaten als auch eine erhebliche Anzahl zivilgesellschaftlicher Organisationen sahen die UN-Leitprinzipien aus unterschiedlichen Gründen als insuffizient an.⁵⁷ Gerügt wurde insbesondere, dass keine konkreten Vorgaben entwickelt wurden. Es wurden zwei Initiativen für einen **völkerrechtlichen Vertrag** eingebracht, die beide vom UN-Menschenrechtsrat angenommen wurden. Die eine Initiative gründet sich auf die UN-Leitprinzipien.⁵⁸ Die andere installiert eine intergouvernementale Arbeitsgruppe, die einen eigenständigen völkerrechtlichen Vertrag zu Wirtschaft und Menschenrechten ausarbeiten soll.⁵⁹ In der 8. Sitzung (2022) wurde der dritte Vertragsentwurf verhandelt.⁶⁰ Es ist derzeit nicht absehbar, wann der Vertrag verabschiedet werden wird und welche Wirkung er entfalten wird, zumal wesentliche Industrieländer wie China und USA sich nicht beteiligen wollen. 43.21

2. UN Global Compact

Der im Juli 2000 verabschiedete UN Global Compact (UNGC) umfasst **zehn** programmatisch gehaltene **Grundprinzipien**, die die Bereiche **Menschenrechte, Arbeitsschutz, Umwelt** und **Anti-Korruption** betreffen und damit die drei Grundthemen („People, Planet, Profit“) aufgreifen, die die Leitaspekte 43.22

51 UN-Leitprinzipien Ziff. 15, 22.

52 UN-Leitprinzipien Ziff. Nr. 14, 17. Ähnlich LG München I v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, NZG 2014, 345 = ZIP 2014, 570 hinsichtlich der Anforderungen an eine angemessene Complianceorganisation.

53 Vgl. *Osieka*, S. 61 ff.

54 Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (BGBl. I 2021, 2959), vgl. eingehend *Franzmann*, § 44.

55 RL (EU) 2022/2464, ABl. EU Nr. L 322 v. 16.12.2022, S. 15 ff.

56 Entwurf COM/2022/71 final.

57 Unter den ca. 600 NGOs sind sehr einflussreiche wie Amnesty International, Human Rights Watch, International Commission of Jurists, vgl. <http://www.treatymovement.com>, aufgerufen 3.12.2022.

58 Die von Norwegen geführte Initiative auf der Basis der UN-Leitprinzipien, A/HRC/26/L.1 Nr. 8, angenommen im Konsensverfahren.

59 Diese Gruppe wird von Ecuador angeführt, A/HRC/Res/26/9 vom 14.7.2014.

60 <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>, aufgerufen 3.12.2022.

der CSR/ESG-Diskussion darstellen. Der UNGC fordert Unternehmen auf, sich zu diesem Katalog von Grundwerten zu bekennen, sie zu unterstützen und **innerhalb ihres Einflussbereichs** („sphere of influence“) in die Praxis umzusetzen.⁶¹

- 43.23 Der UNGC ist mittlerweile von tausenden von Unternehmen und Organisationen unterzeichnet worden.⁶² Mit der Unterzeichnung verpflichten sich die Organisationen zur Befolgung dieser Grundprinzipien, sowie dazu, einen umsatzabhängigen finanziellen Beitrag zu leisten und einen jährlichen Bericht über ihre Fortschritte bei der Implementierung der zehn Prinzipien einzureichen (Communication on Progress – COP), der ab 2023 in Gestalt eines online-Fragebogens zu erbringen ist, der veröffentlicht wird.⁶³ Die einzige Sanktion ist der Ausschluss aus dem UNGC und dessen Veröffentlichung („name and shame“), wenn ein Unternehmen diesen Verpflichtungen nicht nachkommt.⁶⁴ Die nationalen Regierungen haben Netzwerke geschaffen, die der Weiterentwicklung, Konkretisierung und Operationalisierung der Grundprinzipien des UNGC dienen.⁶⁵ Der UNGC ist eine **freiwillige** Initiative, die wesentliche, in UN-Deklarationen und UN-Konventionen enthaltene, primär an Staaten gerichtete Verpflichtungen auf die unternehmerische Ebene als Leitprinzipien übersetzt, in einen organisatorischen Rahmen einbettet und durch eine Reihe „weicher“ Instrumente befördert. Auch wenn der UNGC für Unternehmen nur im Falle der Unterzeichnung unmittelbare Wirkung entfaltet, hat er gleichwohl darüber hinaus **systembildende** Bedeutung.⁶⁶ Die UN-Leitprinzipien werden als Konkretisierung des menschenrechtlichen Bereichs des UNGC angesehen. Zudem werden die Prinzipien des UNGC durch die Sustainable Development Goals weiter ausformuliert und operationalisiert.⁶⁷

3. OECD-Leitsätze für Multinationale Unternehmen

- 43.24 Die OECD hat bereits 1976 Leitsätze für multinationale Unternehmen erstellt. Es handelt sich dabei um **Empfehlungen** der Regierungen an die multinationalen Unternehmen, die in den Teilnehmerstaaten ihren Sitz haben. Die Empfehlungen sollen für das gesamte weltweite Wirtschaften dieser Unternehmen gelten. Diese Empfehlungen gelten (ohne einen weiteren Adoptionsakt seitens der Unternehmen) als **unmittelbar verbindlich**, wenngleich nicht rechtsverbindlich.⁶⁸ Die OECD-Leitsätze sind der einzige multilateral vereinbarte und alle wesentlichen CSR-Aspekte umfassende Kodex, zu dessen Förderung sich die Regierungen verpflichtet haben. Sie sind **Soft Law**.
- 43.25 Die OECD-Leitsätze wurden nach einem internationalen Konsultationsprozess zuletzt am 25.5.2011 aktualisiert.⁶⁹ Sie decken **alle CSR/ESG-Aspekte** ab. Zu den Neuerungen gehört insbesondere ein neues Kapitel IV über Menschenrechte, das die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte rezipiert, eine umfassende Verpflichtung zu Due Diligence auch in anderen Bereichen sowie Empfehlungen zu einer verantwortungsvollen Steuerung der Wertschöpfungskette („supply chain management“). Die OECD-Leitsätze gehen teilweise über die UN-Initiativen hinaus, da sie nicht nur spezifizierter sind, sondern auch weitere Themen wie Transparenz, Wissenschaft, Wettbewerb und Besteuerung sowie **negative und positive** Verantwortung umfassen. Sie verpflichten die Teilnehmerstaaten zur Einrichtung **Nationaler Kontaktstellen (NKS)**, deren Aufgabe die Förderung sowie Um- und Durchsetzung der OECD-Leitsätze ist. Die NKS können zur Streitschlichtung tätig werden. Je nach Ausgestaltung der NKS kann sie gerichtsähnlich auch einen Verstoß gegen die OECD-Leitsätze fest-

61 <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>, aufgerufen 3.12.2022.

62 Vgl. <http://www.globalcompact.org>, aufgerufen 3.12.2022.

63 <https://www.unglobalcompact.org/participation/report/cop>, aufgerufen 3.12.2022.

64 <https://www.unglobalcompact.org/participation/report/cop>, aufgerufen 3.12.2022.

65 <https://www.unglobalcompact.org>, aufgerufen 3.12.2022.

66 Vgl. *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 66 ff.

67 <https://www.unglobalcompact.org/sdgs>, aufgerufen am 3.12.2022.

68 Vgl. *Spießhofer* in FS Kirchhof, S. 1235, 1239.

69 OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, Ausgabe 2011.

stellen und weiche Vollstreckungsmaßnahmen anordnen.⁷⁰ Die OECD-Leitsätze werden durch eine Reihe weiterer OECD-Instrumente flankiert, die einzelne Aspekte unternehmerischer Verantwortung und Corporate Governance, teilweise in völkervertraglicher Form, weiter ausdifferenzieren.⁷¹

4. ISO 26000:2010 Leitfaden zur gesellschaftlichen Verantwortung

Ziff. 2.18 ISO 26000:2010 definiert **gesellschaftliche Verantwortung** als

43.26

„Verantwortung einer Organisation (2.12)⁷² für die Auswirkungen (2.9)⁷³ ihrer Entscheidungen und Aktivitäten auf die Gesellschaft und die Umwelt (2.6)⁷⁴ durch transparentes und ethisches Verhalten (2.7)⁷⁵, das

- zur nachhaltigen Entwicklung (2.23)⁷⁶, Gesundheit und Gemeinwohl eingeschlossen, beiträgt;
- die Erwartungen der Anspruchsgruppen (2.20)⁷⁷ berücksichtigt;
- anwendbares Recht einhält und im Einklang mit internationalen Verhaltensstandards (2.11)⁷⁸ steht; und

70 Der Einsatz der NKS differiert bislang erheblich; vgl. *Backer*, Raid v DAS Air, zu den Entscheidungen 'DAS Air' und 'Afrimex' des UK National Contact Point, 1 ff.; vgl. auch *Johnston*, S. 275, 281 f. Antragsbefugt sind nur die Betroffenen und zivilgesellschaftliche Organisationen, nicht jedoch Unternehmen. Sie können nicht in Gestalt einer „Feststellung“ klären lassen, ob sie gegen die OECD-Leitsätze verstoßen; vgl. auch *Kasolowsky/Voland*, NZG 2014, 1288 ff.

71 Vgl. zum Thema Korruption <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecdantibriberyconvention.htm>, aufgerufen 3.12.2022; *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 214 ff.

72 *Organisation* wird in Ziff. 2.12 definiert als „rechtlich verfasste Gruppierung oder Gruppe von Menschen sowie Anlagen und Einrichtungen mit festgelegten Verantwortlichkeiten, Befugnissen und Beziehungen sowie erkennbaren Zielen. Anmerkung 1: Für den Zweck dieser Internationalen Norm bezieht sich der Begriff Organisation nicht auf die Regierung, die in ihrer hoheitlichen Rolle Gesetze erlässt und vollstreckt, als Justizbehörde agiert, ihren Pflichten zur Festlegung von Politik im öffentlichen Interesse nachkommt, oder den internationalen Verpflichtungen des Staates nachkommt.“

73 *Auswirkung* wird in Ziff. 2.9 definiert als „positive oder negative Veränderung der Gesellschaft, Wirtschaft oder der *Umwelt* (2.6), die ganz oder teilweise die Folge früherer oder aktueller Entscheidungen und Aktivitäten der Organisation ist.“

74 *Umwelt* wird in Ziff. 2.6 beschrieben als „natürliche Umgebung, in der eine Organisation tätig ist; dazu gehören Luft, Wasser, Boden, natürliche Ressourcen, Flora, Fauna, Menschen sowie Weltraum und deren wechselseitige Beziehungen.“

75 *Ethisches Verhalten* ist nach Ziff. 2.7 „nach anerkannten Grundsätzen richtiges oder gutes Verhalten im Kontext einer bestimmten Situation, das mit *internationalen Verhaltensstandards* (2.11) in Einklang steht.“

76 *Nachhaltige Entwicklung* wird in Ziff. 2.23 umschrieben als „Entwicklung, die die Bedürfnisse der Gegenwart befriedigt, ohne zu riskieren, dass künftige Generationen ihre eigenen Bedürfnisse nicht befriedigen können. Anmerkung: Nachhaltige Entwicklung verbindet die Ziele hoher Lebensqualität, Gesundheit und Wohlstand mit sozialer Gerechtigkeit und hält die Fähigkeit der Erde, Leben in all seiner Vielfalt zu unterstützen, aufrecht. Diese sozialen, wirtschaftlichen und umweltbezogenen Ziele sind voneinander abhängig und verstärken sich gegenseitig. Nachhaltige Entwicklung kann als ein Weg angesehen werden, um die übergeordneten Erwartungen der gesamten Gesellschaft auszudrücken.“

77 *Anspruchsgruppen (Stakeholder)* werden in Ziff. 2.20 definiert als „Einzelperson oder Gruppe, die Interessen an einer Entscheidung oder Aktivität einer *Organisation* (2.12) hat.“

78 *Internationale Verhaltensstandards* werden in 2.11 definiert als „Erwartungen bezüglich des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens einer Organisation, die sich aus Völkergewohnheitsrecht, allgemein anerkannten internationalen Rechtsgrundsätzen oder aus zwischenstaatlichen Abkommen ableiten, die allgemein oder größtenteils anerkannt sind. Anmerkung 1: Zwischenstaatliche Abkommen beinhalten Verträge und Konventionen. Anmerkung 2: Auch wenn Völkergewohnheitsrecht, allgemein anerkannte internationale Rechtsgrundsätze und zwischenstaatliche Abkommen sich primär an Staaten richten, stellen sie übergeordnete Ziele und Grundsätze dar, an denen sich alle Organisationen orientieren können. Anmerkung 3: Internationale Verhaltensstandards entwickeln sich im zeitlichen Verlauf weiter.“

– in der gesamten Organisation (2.12) integriert ist und in ihren Beziehungen gelebt wird.

Anmerkung 1: Aktivitäten umfassen Produkte, Dienstleistungen und Prozesse.

Anmerkung 2: Mit Beziehungen sind solche gemeint, die im Zusammenhang mit den Aktivitäten der Organisation innerhalb ihres Einflussbereichs (2.19)⁷⁹ entstehen.“

- 43.27 Entsprechend den OECD-Leitsätzen und im Gegensatz zu den UN-Leitprinzipien umfasst die ISO-Verantwortungskonzeption positive und negative Auswirkungen einer Organisation, verfolgt eine **umfassende Nachhaltigkeitsagenda**.⁸⁰ Das Thema gesellschaftliche Verantwortung soll zwar nicht abschließend⁸¹, aber vollumfänglich erfasst werden. Die Norm gliedert sich inhaltlich in **drei Teile**: einen allgemeinen **grundsätzlichen** Teil⁸², einen besonderen, der **Handlungsempfehlungen** zu Kernthemen enthält⁸³, und einen dritten, der die **Umsetzung** in Gestalt von Handlungsempfehlungen zur organisationsweiten Integration gesellschaftlicher Verantwortung zum Gegenstand hat.⁸⁴ Die Verantwortungskonzeption rezipiert zwar den Ansatz der UN-Leitprinzipien, modifiziert ihn jedoch in verschiedener Hinsicht, insbesondere behält sie, ähnlich dem UNGC, die Konzeption des Einflussbereichs („sphere of influence“) bei.
- 43.28 ISO 26000 beansprucht im Gegensatz zu UN-Leitprinzipien und OECD-Leitsätzen explizit **keine Verbindlichkeit**, verfolgt (jedenfalls vordergründig) das Konzept der Freiwilligkeit. Die Norm weist ausdrücklich darauf hin, dass sie weder ein Instrument i.S. der WTO Nomenklatur sein will, noch will sie als Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht gewertet werden oder als Grundlage für „legal actions“ dienen.⁸⁵ Allerdings hat dies keinen Dritte bindenden Effekt, insbesondere schließt es nicht aus, dass die Norm als (weitere) Begründung für die „im Verkehr übliche Sorgfalt“ herangezogen wird.⁸⁶ ISO 26000 soll auch **keine zertifizierbare Managementsystem-Norm** wie ISO 9001 oder ISO 14001 sein.⁸⁷ Unabhängig davon sind die nationalen Normungsorganisationen an das ISO-Votum für Nicht-Zertifizierbarkeit nicht gebunden. Die internationale ISO-Norm wurde unverändert in die deutsche DIN ISO 26000:2011-01 übernommen.⁸⁸ In anderen Ländern wurde jedoch im Rahmen der nationalen Umsetzung, teilweise auch schon zuvor, ein zertifizierbarer Standard entwickelt.⁸⁹

79 *Einflussbereich (sphere of influence)* wird in Ziff. 2.19 beschrieben als „Bereich bzw. Ausmaß politischer, vertraglicher, wirtschaftlicher oder anderer Beziehungen, innerhalb dessen eine *Organisation* (2.12) Entscheidungen oder Aktivitäten von Einzelpersonen oder Organisationen beeinflussen kann. Anmerkung 1: Die Fähigkeit zur Einflussnahme ist nicht automatisch mit der Verantwortung verbunden, diesen Einfluss auch auszuüben.“

80 Vgl. ISO 26000, Ziff. 3.3.5. zur Beziehung zwischen nachhaltiger Entwicklung und gesellschaftlicher Verantwortung. Letztere stellt die Organisation in den Mittelpunkt. Zur nachhaltigen Entwicklung beizutragen sollte ein übergeordnetes Ziel der Organisation bei der Wahrnehmung ihrer gesellschaftlichen Verantwortung sein.

81 ISO 26000 Ziff. 3.1: Die Aspekte gesellschaftlicher Verantwortung spiegeln die Erwartungen der Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt wider und unterliegen daher Veränderungen.

82 Ziff. 2 bis 5 ISO 26000:2010.

83 Ziff. 6.

84 Ziff. 7.

85 Vgl. ISO 26000 Kap. 1 Anwendungsbereich.

86 Vgl. *Webb*, Research Paper No. 21/2012.

87 Vgl. DIN ISO 26000:2011-01, Einleitung. Dies sieht *Hahn*, Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik 14 (3) 2013, 378, 387 ff., der ISO 26000 einem analytischen Vergleich mit ISO 14000 und SA 8000 unterzieht, allerdings differenzierter.

88 Nationales Vorwort DIN ISO 26000:2011-01.

89 Vgl. *Hahn*, Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik 14 (3) 2013, 378, 396: brasilianische Norm NBR 16001, spanische Norm RS 10, australische Norm AS 8003, österreichische Norm ONR 192500, dänische Norm DS 49001.

Im CSR-relevanten Bereich hat ISO eine Fülle von detaillierten **technischen Normen** zu Arbeitsschutz- und Arbeitssicherheit, zu Prozessen und Produktanforderungen in spezifischen Industriezweigen, zu Umweltthemen wie Wasser und Klimaschutz und zur Methodologie der Standardentwicklung veröffentlicht.⁹⁰ Hinzu kommen die **ISO Management System Standards**, insbesondere ISO 9000 ff. zu Quality Management Systems, ISO 14000 ff. zu Environmental Management Systems, ISO 50001 ff. zu Energy Management Systems, ISO/CD 37001 zu Anti-bribery Management Systems sowie ISO/CD 37101 zu Sustainable Development and Resilience of Communities.⁹¹ ISO 37301 zu **Compliance-Management-Systemen** baut inhaltlich auf der zurückgezogenen ISO 19600 auf. Sie enthält Vorgaben für alle Aspekte einer Complianceorganisation, insbesondere zu Compliance-Verpflichtungen und -Risikobeurteilungen, zu Führung, Qualitätsmanagementsystemen, Unterstützung, Betrieb, Bewertung und Verbesserung.

5. Europäische CSR/ESG-Strategie

Die Europäische Union hat, die vorstehend skizzierten Ansätze aufgreifend, eine Vielzahl von Aktionsplänen, Rechtsakten und Soft Law erlassen, die sich mit CSR/ESG befassen. Sie hat insbesondere Menschenrechte sowie Umwelt- und Klimaschutz zu Querschnittsmaterien erklärt, die in allen EU-Politiken berücksichtigt werden sollen.⁹² Sie hat dementsprechend zunächst eine Reihe von Richtlinien und Verordnungen erlassen, die spezielle CSR/ESG-Themen aufgreifen und diesbezügliche Sorgfaltspflichten statuieren. Dazu gehören insbesondere die Holzhandelsverordnung⁹³ und die Konfliktmineralienverordnung.⁹⁴ Die Richtlinie 2013/34/EU⁹⁵ führte eine Verpflichtung zur länderbezogenen Berichterstattung für in der mineralgewinnenden Industrie und im Holzeinschlag in Primärwäldern tätige Unternehmen ein, die die Transparenz von Zahlungen an staatliche Stellen in ressourcenreichen Ländern als Mittel der Korruptions- und Armutsbekämpfung verlangt. Die Exportkreditsysteme und -aktivitäten der EU-Mitgliedstaaten sollen, den OECD-Leitlinien über öffentlich unterstützte Exportkredite⁹⁶ folgend, bei der Vergabe wie bei der Durchführung die Achtung der Menschenrechte und die Bekämpfung des Klimawandels berücksichtigen.⁹⁷

Neben diese spezifischen Regelungen sind umfassendere und grundlegende Ansätze getreten. Die CSR-Reporting-Richtlinie⁹⁸ führte eine alle CSR/ESG-Aspekte umfassende Verpflichtung zur Berichterstattung über das Unternehmen und seine Wertschöpfungsketten ein. Das Sustainable Finance Package⁹⁹ greift die Ansätze von Responsible Investment, Responsible Insurance und Responsible Finance auf und setzt sie in ein Gesetzgebungspaket um, dessen Kernstück die TaxonomieVO¹⁰⁰ ist. Der Green New Deal¹⁰¹ sieht ein umfassendes Maßnahmenpaket zur Erreichung der Klimaziele 2030 vor, das auch eine Reihe von Verordnungen und Richtlinien umfassen soll und Nachhaltigkeitsvorgaben für Wirtschaftssektoren und Unternehmen definieren soll.¹⁰² Die Berücksichtigung von CSR/ESG-Aspekten im öffentlichen Beschaffungswesen wurde durch entsprechende Ergänzung der **Vergabericht-**

90 Vgl. http://www.iso.org/iso/home/store/standards_development_publications.htm, aufgerufen 3.12.2022.

91 <http://www.iso.org/iso/home/standards/management-standards.htm>, aufgerufen 3.12.2022.

92 Vgl. *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 277 ff. m.w.N.

93 VO (EU) 2010/995 vom 20.10.2010, ABl. EU Nr. L 295 v. 12.22.2010, S. 23 ff.

94 VO (EU) 2017/821 vom 17.5.2017, ABl. EU Nr. L 130 v. 19.5.2017, S. 1 ff.

95 Vom 26.6.2013, ABl. EU Nr. L 182 v. 29.6.2013, S. 19 ff.

96 Arrangement on Officially Supported Export Credits, letzte Fassung Juli 2021, <https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=tad/pg%282019%291>, aufgerufen 3.12.2022.

97 VO (EU) 2011/1233 vom 16.11.2011, ABl. EU Nr. L 326 v. 8.12.2011, S. 45 ff.

98 RL 2014/95/EU vom 22.10.2014, ABl. EU Nr. L 330 v. 15.11.2014, S. 1 ff.

99 https://ec.europa.eu/info/publications/210421-sustainable-finance-communication_en.

100 VO (EU) 2020/852 vom 18.6.2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen, ABl. EU Nr. L 198 v. 22.6.2020, S. 13 ff.

101 https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_de, aufgerufen 3.12.2022.

102 Vgl. https://ec.europa.eu/info/publications/delivering-european-green-deal_de, aufgerufen 3.12.2022.

linien¹⁰³ eingeführt. CSR/ESG-Aspekte können **Zuschlagskriterien** sein. Die Garantien für ordnungsgemäße, transparente, faire und nicht-diskriminierende Verfahren wurden verstärkt. Diese Nachhaltigkeitsvorgaben wurden im nationalen Vergaberecht¹⁰⁴ sowie in speziellen Beschaffungsgesetzen¹⁰⁵ umgesetzt.

- 43.32 Von grundlegender Bedeutung für die Verankerung von CSR/ESG im europäischen Recht war die **CSR-Reporting-Richtlinie**.¹⁰⁶ Sie beinhaltet einen **Paradigmenwechsel** insofern, als es funktional nicht mehr nur um die Darstellung der Werthaltigkeit des Unternehmens und der sie beeinflussenden nichtfinanziellen Faktoren geht (Information), sondern auch um eine indirekte, „weiche“ Verhaltenssteuerung der Unternehmen jenseits der Rechtsverletzung, um Due Diligence und „know and show“, nicht nur gegenüber ökonomischen Stakeholdern wie Aktionären, Investoren und Gläubigern, sondern auch gegenüber der Zivilgesellschaft und der Öffentlichkeit (**Transformation**). Zudem wurde über den gesellschaftsrechtlichen Unternehmensverbund hinaus im Rahmen der Due Diligence die Liefer- und Dienstleistungskette und deren negative CSR-Auswirkungen in die Berichterstattung einbezogen.¹⁰⁷ Unternehmen sollen auch solche, mit ihnen lediglich kausal verbundene „Auswirkungen“ stetig optimieren bzw. ganz vermeiden, die nach den nationalen Rechtsordnungen zulässig wären oder nicht dem rechtlichen Verantwortungsbereich des Unternehmens zugeordnet werden.¹⁰⁸
- 43.33 Die CSR-Reporting-Richtlinie ist ein **hybrides Instrument** insofern, als die Verpflichtung zum Reporting und die daran anknüpfenden Sanktionen durch Hard Law eingeführt werden, die Maßstäbe, an denen sich das Reporting orientieren soll (bspw. UNGC, UN-Leitprinzipien, OECD-Leitsätze, ISO 26000), jedoch „soft“ sind und von internationalen und privaten Organisationen entwickelt wurden. Durch die **CSRD** soll die Verpflichtung zu nicht-finanzieller Berichterstattung auf einen weiteren Kreis von Unternehmen ausgedehnt werden. Das Konzept der **„double materiality“** wird nun explizit inkorporiert, d.h. dass nicht nur die ESG-Risiken, die auf das Unternehmen einwirken und ein wirtschaftliches Risiko für das Unternehmen selbst darstellen können, berücksichtigt werden sollen, sondern auch die Auswirkungen des Unternehmens auf Menschen und Umwelt.¹⁰⁹ Die **Reporting-Standards** sollen nunmehr detailliert ausformuliert und durch eine Delegierte Verordnung verbindlich festgelegt werden.¹¹⁰ Die EU plant nicht, die globalen Standards für nichtfinanzielle Berichterstattung, die von der IFRS-Stiftung gegründeten International Sustainability Standards Board (ISSB) entwickelt werden, in gleicher Weise wie die IFRS Standards für die finanzielle Berichterstattung zu übernehmen. Begründet wird dies damit, dass die ISSB-Standards nur die auf das Unternehmen einwirkenden ESG-Risiken berücksichtigen, d.h. keine „double materiality“ vorsehen, und zudem bislang inhaltlich auf klimarelevantes Reporting beschränkt sind. Allerdings wird Interoperabilität der Standards angestrebt.¹¹¹

103 Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU.

104 Vgl. §§ 97, 124 GWB; §§ 42 ff. Vergabeverordnung (BGBl. I 2016, 624; https://www.nachhaltige-beschaffung.info/DE/Themen/2_4_VergaberechtNachhaltigkeit/2_4_neuesvergaberecht_node.html#doc11966116bodyText2, aufgerufen 3.12.2022.

105 Bspw. Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz vom 9.6.2021, BGBl. I 2021, 1691.

106 EU-Richtlinie zur Offenlegung nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Gesellschaften und Konzerne, RL 2014/95/EU vom 22.10.2014, ABL. EU Nr. L 330 v. v. 15.11.2014, S. 1.

107 Eingehend *Hommelhoff*, NZG 2015, 1329, 1330 ff.; *Spießhofer*, NZG 2014, 1281 ff.; *Spießhofer/Eccles*, 27, 29 ff.; *Voland*, BB 2015, 67, 73 f.

108 Vgl. *Spießhofer*, NJW 2014, 2473, 2475.

109 RL (EU) 2022/2464, ABL. EU Nr. L 322 v. 16.12.2022, S. 15 ff.; <https://ec.europa.eu/newsroom/fisma/items/754701/en>, aufgerufen 27.3.2022.

110 Vgl. Entwurf Delegierte Verordnung betreffend Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung nach der Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Verordnung_Nachhaltigkeitsberichterstattung_CSRD.html, aufgerufen 27.3.2022.

111 <https://ec.europa.eu/newsroom/fisma/items/754701/en>, aufgerufen 27.3.2022.

Von besonderer Bedeutung für die Konzeption und Ausgestaltung von CSR/ESG und Sustainable Corporate Governance (im weiteren Sinne)¹¹² ist der Entwurf der Corporate Sustainability Due Diligence Richtlinie (CSDD-RL)¹¹³, der eine umfassende Sorgfaltspflicht hinsichtlich negativer Auswirkungen auf Menschenrechte und Umwelt in den Wertschöpfungsketten vorsieht. Zudem soll ein umfassendes Sanktionssystem eingeführt werden, das insbesondere auch eine zivilrechtliche Haftung beinhaltet. 43.34

6. Nationale CSR/ESG-Ansätze

Auf nationaler Ebene findet sich neben Gesetzgebung, die EU-CSR/ESG-Vorgaben umsetzt, insbesondere Bundes- und Landesvergaberecht und das CSR-Richtlinien-Umsetzungsgesetz¹¹⁴, eine Fülle von Arbeits-, Sozial- und Umweltgesetzgebung, die die CSR/ESG-Vorgaben für Unternehmen konkretisiert. Diese Gesetze gelten jedoch im Regelfall nur für unternehmerische Betätigung in Deutschland. Das (sanktionsbewehrte) CSR-Reporting erfasst jedoch auch **extraterritoriale** Aktivitäten der berichtspflichtigen Unternehmen, ihrer Beteiligungsunternehmen sowie ihrer Lieferkette und steuert sie, wengleich in weicher Form. 43.35

Darüber hinaus hat **Frankreich** die menschenrechtliche Verantwortung, auch für die transnationale Lieferkette, gesetzlich verankert.¹¹⁵ In Deutschland wurde, dem französischen Vorbild folgend, das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz erlassen, das die Vorgaben der UN-Leitprinzipien umsetzt und eine weitreichende, mit umfassenden Sanktionen bewehrte Verantwortung für negative Auswirkungen auf Menschenrechte und Umwelt im Konzern und in der Lieferkette begründet.¹¹⁶ Die Niederlande planen ebenfalls eine umfassende Lieferkettenregelung.¹¹⁷ Diese unterschiedlichen Lieferkettenregelungen sollen durch die EU-CSDD-Richtlinie harmonisiert werden. Im Gegensatz zu den umfassenden Regelungen in Frankreich und Deutschland wurden in **Großbritannien** spezielle menschenrechtliche Aspekte, Sklaverei und Menschenhandel, auch in der Lieferkette, im UK Modern Slavery Act 2015 inkriminiert.¹¹⁸ 43.36

Neben diesen gesetzlichen Vorgaben haben in zunehmendem Maße auch Corporate Governance Codes CSR/ESG-Vorgaben aufgenommen. Vorreiter war in Europa der Niederländische Corporate Governance Code. Er definiert CSR/ESG-Anforderungen als Bestandteil einer umfassend verstandenen „long-term value creation“ Strategie.¹¹⁹ In den Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)¹²⁰ wurden 2022 weitergehende CSR/ESG-Empfehlungen aufgenommen, insbesondere soll der Vorstand die mit ESG-Faktoren verbundenen Risiken und Chancen für das Unternehmen sowie die ökologischen und sozialen Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit systematisch identifizieren und bewerten. In der Unternehmensstrategie sollen neben den langfristigen wirtschaftlichen Zielen auch ökologische und soziale Ziele angemessen berücksichtigt werden. Die Unternehmensplanung soll auch nach- 43.37

112 Vgl. *Spießhofer*, NZG 2022, 435 ff.

113 https://ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex_en, aufgerufen 27.3.2022.

114 Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz), BGBl. I 2017, 802 ff.

115 Vgl. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000034290626/>.

116 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 16.7.2021, BGBl. I 2021, 2959 ff.

117 <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fb47579a-f4a9-4601-9517-500e7e1837ae>, aufgerufen 3.12.2022.

118 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>, aufgerufen 3.12.2022.

119 Dutch Corporate Governance Code December 2016, update January 2023.

120 I.d.F. vom 28.4.2022, https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/220627_DCGK_2022_Markup.pdf, aufgerufen 3.12.2022; vgl. dazu und insbesondere zu der Frage, inwieweit der DCGK Sustainable Corporate Governance steuern kann, *Spießhofer*, NZG 2022, 435 ff.

haltigkeitsbezogene Ziele umfassen.¹²¹ Das interne Kontroll- und Risikomanagementsystem soll auch nachhaltigkeitsbezogene Ziele abdecken.¹²² Diese Vorgaben unterliegen der „comply or explain“-Verpflichtung.¹²³

C. Haftung

- 43.38 CSR/ESG-Soft Law ist weder freiwillig noch sanktionslos. Analog zu der Erweiterung der Verantwortungskonzeptionen über Compliance mit nationalem Recht hinaus ist auch das **Spektrum der Sanktionen und Sanktionierer vielschichtiger** geworden. Aus Sicht der Unternehmen kann ein Boykott, eine Vergabesperre oder eine Reputationsschädigung durch „name and shame“ belastender sein als eine Schadenersatzklage. „Haftung“ ist daher im CSR/ESG-Bereich weiter zu verstehen als die gesetzliche Geschäftsleitungshaftung gegenüber Gesellschaft, Aktionären und Dritten¹²⁴ im Sinne einer **alle unternehmensschädliche Sanktionen** umfassenden Rechenschaftspflicht, auch gegenüber zivilgesellschaftlichen Akteuren. Es ist vieles in Entwicklung und nur begrenzt vorhersehbar, zumal rechtssichere Maßstäbe und ein Schiedsrichter im Soft Law-Bereich weitgehend fehlen. Im Folgenden können nicht alle mit CSR/ESG-Verstößen (potentiell) verbundenen Sanktionen erörtert werden. Vielmehr werden nur einige „hot spots“ der gegenwärtigen CSR/ESG-Diskussion kurz beleuchtet, i.e. die Haftung für „Menschenrechtsverletzungen“, die hybride Verbindung von „Soft Law with Hard Sanctions“ und Soft/Soft-Mechanismen.

I. Haftung für „Menschenrechtsverletzungen“ im Ausland

- 43.39 In der CSR/ESG-Diskussion spielt die Forderung, Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen und Umweltschäden im Global South vor den Gerichten des Global North verklagen zu können, eine zentrale Rolle.¹²⁵ Diese Forderung gründet auf verschiedenen Überlegungen: Zum einen wird der lokale Rechtsschutz im Global South als insuffizient und unzuverlässig angesehen¹²⁶; zum anderen zielen Klagen vor Gerichten des Global North auf die **deep pockets** der Muttergesellschaften oder Auftraggeber. Sie versprechen mehr Publicity und damit den Aufbau öffentlichen Drucks, um gute Vergleiche zu erzielen, aber auch, um durch **strategic litigation** Bewusstsein zu schaffen.¹²⁷ Klagen vor US-amerikanischen Gerichten erfreuen sich besonderer Beliebtheit wegen der Möglichkeit anwaltlicher Erfolgshonorare, die die Prozessfinanzierung für die Kläger vereinfachen, „pre-trial discovery“, die die Beschaffung der klagebegründenden Informationen erleichtert, und wegen der Hoffnung auf hohe Schadenersatzsummen mit Straf- und Abschreckungscharakter.¹²⁸ Es geht in diesem Zusammenhang im Wesentlichen um **vier Themenbereiche**: 1) die Zuständigkeit nationaler Gerichte für extraterritoriale Sachverhalte, 2) das anwendbare Recht, 3) die möglichen Anspruchsgrundlagen und 4) die Ausdehnung des Haftungsdurchgriffs. De lege ferenda wird die Effektivierung der Rechtsverfolgung gefordert, insbesondere durch Verbands- und Sammelklagen, Beweiserleichterungen, Ausdehnung der Prozesskostenhilfe und an die US-amerikanische „pre-trial discovery“ angelehnte Offenlegungspflichten.¹²⁹

121 Empfehlung A.1 DCGK 2022.

122 Empfehlung A.3 DCGK 2022.

123 Präambel DCGK 2022.

124 Vgl. *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155 ff.; *Weller/Fischer*, ZIP 2022, 2253 ff.

125 Vgl. *Kaleck/Saage-Maaß*, S. 57 ff.

126 Vgl. *Osieka*, S. 106 ff.

127 Vgl. *Kaleck/Saage-Maaß*, S. 89 ff.; *Enneking*, S. 102 ff. zum Fall *Trafigura*.

128 Vgl. *Kaleck/Saage-Maaß*, S. 71.

129 *Wesche/Ebert*, S. 7 ff.; s. auch *Spießhofer*, *Unternehmerische Verantwortung*, S. 306 ff.

1. Internationale Zuständigkeit inländischer Gerichte

Den vorstehend skizzierten Grundüberlegungen entsprechend versuchen Betroffene, im Regelfall vertreten oder unterstützt durch advokatorische NGOs, vor allem vor europäischen¹³⁰ und US-amerikanischen¹³¹ sowie kanadischen¹³² Gerichten Rechtsschutz zu erlangen. Bei CSR/ESG-bezogenen Klagen gibt es in der Regel **drei typische Konstellationen**: Zum einen werden die Unternehmen wegen Menschenrechtsverstößen ihrer Niederlassungen, Tochtergesellschaften oder Geschäftspartner unmittelbar an ihrem **Sitz** verklagt. Damit wird im Regelfall die internationale Zuständigkeit des betreffenden Gerichts begründet.¹³³ Nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO kann im Falle einer unerlaubten Handlung der Beklagte auch vor dem Gericht des Ortes in Anspruch genommen werden, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Der EuGH legt dies weit aus dergestalt, dass dies sowohl den Ort erfasst, an dem der Schaden selbst eingetreten ist, als auch „den Ort des ursächlichen Geschehens“.¹³⁴ Hieraus wird teilweise abgeleitet, dass Ansprüche wegen Menschenrechtsbeeinträchtigungen, die in **Geschäftsleitungsentscheidungen** westlicher Unternehmen wurzeln, auch am Ort der Entscheidung selbst geltend gemacht werden können.¹³⁵

Eine zweite Strategie ist die der **kumulativen Klage** gegen Mutter- und Tochtergesellschaft und die Begründung der Zuständigkeit gegen die ausländische Tochtergesellschaft kraft **Sachzusammenhangs**. Diese Strategie wurde bei den verschiedenen Klagen nigerianischer Staatsangehöriger gegen den Ölkonzern Shell verfolgt. Nigerianische Staatsangehörige verklagten *Royal Dutch Shell PLC* und ihre nigerianische Tochtergesellschaft *Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd.* in den **Niederlanden** auf Schadenersatz wegen Ölschäden in Nigeria. Das niederländische Gericht erklärte sich für zuständig für die Klage gegen Mutter- und Tochtergesellschaft und gab den Klagen gegen die nigerianische Tochtergesellschaft teilweise statt.¹³⁶ Die Zuständigkeit begründete es damit, dass Royal Dutch Shell PLC zwar in Großbritannien seinen registrierten Sitz habe, jedoch in Den Haag seine Hauptniederlassung, und die Klagen gegen Mutter- und Tochtergesellschaft so eng zusammenhängen, dass eine gemeinsame Behandlung aus Gründen der Effizienz gerechtfertigt sei. Die Klagen gegen die Tochtergesellschaft waren auf fahrlässige Verursachung der Umweltschäden gestützt, die Klagen gegen die Muttergesellschaft darauf, dass sie nicht hinreichend auf die Tochtergesellschaft eingewirkt habe, um deren Schadensverursachung abzuwenden. Der Klage gegen die nigerianische Shell-Tochter auf Schadenersatz wurde (nach nigerianischem common law) teilweise stattgegeben, da sie eine Sorgfaltspflicht verletzt habe und daher wegen fahrlässiger Schadenszufügung haftbar sei. Der Gerichtshof von Den Haag erkannte im Berufungsverfahren zudem eine Sorgfaltspflichtverletzung der Muttergesellschaft Royal Dutch Shell PLC an und verurteilte sie zur Durchführung von Präventionsmaßnahmen gegen künftige Schäden.¹³⁷

130 Vgl. *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 180 ff.; *Stürner*, S. 843, 844 ff.; *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387, 391 f.

131 Vgl. bspw. die Verfahren Bhopal, Unocal, und die auf Alien Tort Statute gestützten Verfahren, dazu *Enneking*, S. 92 ff., 121 ff.

132 Vgl. *Choc v. Hudbay Minerals Inc.*, 2013 ONSC 1414.

133 Vgl. Art. 2 ff. VO (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO oder Brüssel-I-VO), reformiert durch VO (EU) Nr. 1215/2012 vom 12.12.2012, Inkrafttreten 10.1.2015 („Brüssel-II-VO“), ABl. EU Nr. L 351 v. 20.12.2012, S. 1. Der persönliche Anwendungsbereich ist eröffnet, sofern der Beklagte seinen Wohnsitz im Mitgliedstaat hat.

134 Urt. v. 27.10.1998 – Rs C-51/97 Réunion européenne SA u.a./Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV, EuZW 1999, 59.

135 *De Schutter*, S. 227, 264.

136 Urteil 1. Instanz v. 30.1.2013, <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/shell-lawsuit-re-oil-pollution-in-nigeria/>, aufgerufen 3.12.2022.

137 Gerichtshof Den Haag, Urt. v. 29.1.2021, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:GHDHA:2021:1825>, aufgerufen 3.12.2022.

- 43.42 Der **britische High Court** erklärte sich in einem parallelen Verfahren ebenfalls für zuständig, wobei auch hier nigerianisches Recht zur Anwendung kam. Der Fall wurde letztlich durch Vergleich erledigt.¹³⁸ Im *Ken Saro Wiwa-Fall* wurde Royal Dutch Shell vor **US-amerikanischen Gerichten** nach Alien Tort Statute (ATS) von nigerianischen Angehörigen auf Schadenersatz verklagt für die behauptete Mitverantwortung am Tod von Bürgerrechtlern. Dieses Verfahren wurde (ohne Anerkennung einer Rechtspflicht seitens Shell) ebenfalls durch Vergleich erledigt.¹³⁹ Im gegen Shell gerichteten *Kiobel*-Verfahren wurde weder die Zuständigkeits- noch die Haftungsfrage abschließend geklärt, da der US Supreme Court die extraterritoriale Reichweite des ATS verneinte.¹⁴⁰ Auch **Auftraggeber und Auftragnehmer** könnten gemeinsam verklagt werden. Insofern ist entscheidend, ob das angerufene Gericht hinsichtlich des ausländischen (vertraglich) verbundenen Unternehmens einen **Gerichtsstand des Sachzusammenhangs** kennt und annimmt.¹⁴¹
- 43.43 Sofern Schadenersatzklagen von Opfern nur gegen die **ausländischen Tochter- und Zulieferunternehmen** gerichtet sind, sind nach Art. 2 i.V.m. Art. 60 EuGVVO die Gerichte von deren **Sitzstaat** zuständig. Insoweit wird gefordert, die EuGVVO dahingehend zu ändern, dass zusätzlich der Gerichtsstand des Mutter- oder Auftraggeberunternehmens eröffnet und für Kläger wählbar sein sollte.¹⁴² Gefordert wird auch eine **Notzuständigkeit** europäischer Gerichte, wenn die Anrufung des nach internationalem Zivilprozessrecht zuständigen ausländischen Gerichts faktisch nicht möglich oder nicht zumutbar ist.¹⁴³

2. Anwendbares Recht

- 43.44 Die Frage des anwendbaren Rechts richtet sich nach Internationalem Privatrecht.¹⁴⁴ In der Europäischen Union trifft die *Rom-I-VO*¹⁴⁵ Regelungen zu dem auf **Verträge** anwendbaren Recht. Dies kann für Supply Chain-Verträge bedeutsam sein, insbesondere wenn sie als Verträge zugunsten Dritter oder mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ausgestaltet sind.¹⁴⁶
- 43.45 Nach Art. 4 Abs. 1 *Rom-II-VO*¹⁴⁷ ist auf Schadenersatzansprüche aus im Ausland begangenen **deliktischen** Handlungen das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Schaden eintritt (Erfolgsort), nicht das Recht des Staates, in dem er verursacht wurde (Handlungsort). In dem vor dem *Landgericht Dortmund* verhandelten Verfahren gegen *KiK* wegen eines Brandes bei dem Lieferant Ali Enterprises in Pakistan wurden die Schadenersatzforderungen pakistanischer Opfer auf pakistanisches Recht gestützt.¹⁴⁸ Ausländisches Recht ist jedoch nicht anzuwenden, wenn nach Art. 16 *Rom-II-VO* zwingende Regeln des Forumstaats (sog. Eingriffsnormen) entgegenstehen¹⁴⁹ oder wenn nach Art. 26 *Rom-II-VO*

138 Es wurde eine Entschädigungszahlung von 55 Mio. englischer Pfund vereinbart, <http://business-humanrights.org/en/shell-lawsuit-re-oil-spills-bodo-community-in-nigeria>, aufgerufen 3.12.2022.

139 <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/shell-to-face-trial-in-us-over-saro-wiwa-nigeria/>, aufgerufen 3.12.2022.

140 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. St. 1659 (2013).

141 Vgl. Art. 8 Nr. 1 EuGVVO.

142 Vgl. Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 12.6.2013 (BT Drucks. 17/13916), der zwar abgelehnt wurde, jedoch in ähnlicher Form von NGOs weiter verfolgt wird.

143 Zu den entsprechenden Forderungen von NGO-Seite vgl. *Wesche/Ebert*, S. 5.

144 Vgl. *Osieka*, S. 233 ff. für menschenrechtsbezogene Klagen in Europa; *Stürmer*, S. 843, 848 ff.; *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 181 ff.; *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387, 392 ff.

145 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. EU Nr. L 177 v. 4.7.2008, S. 6; ABl. EU Nr. L 309 v. 24.11.2009, S. 87.

146 Vgl. *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 181 f.

147 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. EU Nr. L 199 v. 31.7.2007, S. 40.

148 Vgl. dazu *Saage-Maaß/Leijker*, BB 2015, 2499, 2500.

149 Dazu gehören nationale Vorschriften, deren Einhaltung als so entscheidend für die Wahrung der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation eines Staates angesehen wird, dass ihre Beachtung für alle Personen, die sich in seinem Hoheitsgebiet aufhalten, und für jedes dort lokalisierte Rechtsverhältnis vorgeschrieben ist; vgl. *Grüneberg*, Rom II, Art. 16 Rz. 1 ff.

die Anwendung mit der öffentlichen Ordnung (Ordre Public) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar wäre.¹⁵⁰ Ausnahmsweise ist nach Art. 7 Rom-II-VO für Umweltschädigungen ein **Wahlrecht** des Geschädigten zwischen dem Recht des Erfolgsorts und dem des Handlungsorts vorgesehen. Es wird gefordert, die Rom-II-VO zu ändern und dieses Wahlrecht auf Fälle zu erweitern, in denen Schadenersatz wegen der Verletzung menschenrechtlicher und sozialer Standards geltend gemacht wird.¹⁵¹

3. Mögliche Anspruchsgrundlagen

Da bei Menschenrechtsverstößen im Ausland häufig ausländisches Recht Anwendung finden wird, soll der folgende kursorische Überblick mögliche **Haftungskonstellationen** aufzeigen, ohne Anspruch auf Vollständigkeit und ohne Darstellung im Detail.¹⁵² Wie oben ausgeführt, gibt es **keinen allgemeinen gültigen Tatbestand der „Menschenrechtsverletzung“**, vielmehr markiert grundsätzlich das staatliche öffentliche, Zivil- und Strafrecht die Grenzen zulässiger unternehmerischer Grundrechtsausübung und zumutbarer menschenrechtlicher Belastungen für Dritte. Soweit die Verantwortung und Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsbeeinträchtigungen Dritter nicht wie bspw. in Frankreich und Großbritannien spezialgesetzlich ausgeformt sind, gelten die **allgemeinen Gesetze**, deren Anwendung jedoch von CSR-Vorgaben **überformt** werden kann. 43.46

Sofern ein von den UN-Leitsätzen gefordertes „Policy Statement“ unzutreffend ist, kann es **Klagen gegen unlauteren Wettbewerbs** auslösen¹⁵³ oder auch unmittelbar als Haftungsgrundlage herangezogen werden.¹⁵⁴ Werden unzutreffende Angaben über die im Rahmen der Due Diligence vorgesehenen Audits und ihre Ergebnisse gemacht, und dies kann sowohl durch positive Erklärungen als auch durch Unterlassen wesentlicher Angaben geschehen, so kann dies ebenfalls zu Klagen wegen unlauteren Wettbewerbs führen.¹⁵⁵ In Anbetracht mangelnder Rechtssicherheit hinsichtlich der CSR/ESG-Kriterien ist mit **Greenwashing-Klagen** zu rechnen, die auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen gestützt werden können.¹⁵⁶ 43.47

CSR-Vorgaben werden häufig in Liefer- und Finanzierungsverträge aufgenommen, sei es ausgehandelt oder als Allgemeine Geschäftsbedingungen. Auch in B2B-Geschäften findet AGB-Recht (in eingeschränktem Umfang) Anwendung. Dies kann dazu führen, dass bspw. eine Klausel, die die verschul- 43.48

150 Vgl. *Stürner*, S. 843, 851 ff.; *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 186 f.

151 *Wesche/Ebert*, S. 7 m.w.N.

152 Zur Haftung nach deutschem Recht eingehend *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387 ff.

153 Ein Beispiel ist der Fall *Nike v. Kasky*, in dem der Sportartikelhersteller Nike vor US-Gerichten verklagt wurde, weil er in Pressemitteilungen und anderen öffentlichen Stellungnahmen falsche Angaben zu den Arbeitsbedingungen bei seinen ausländischen Produzenten gemacht hatte; Zusammenfassung des Falls, der schließlich in einem Vergleich für 1,5 Mio. US\$ und der Zusage der Verbesserung der Arbeitsbedingungen endete, <http://business-humanrights.org/en/nike-lawsuit-kasky-v-nike-re-denial-of-labour-abuses-0#c9325aufgerufen> 3.12.2022.

154 Vgl. den Fall *Choc v. Hudbay Minerals Inc.*, 2013 ONSC 1414, in denen die Muttergesellschaft auf der Grundlage von Sorgfaltspflichtverletzungen verklagt wurde wegen Menschenrechtsverletzungen im Ausland, gestützt auf ihre (vorgeblich nicht eingehaltenen) Websiteversprechen. „Hudbay is dedicated to promoting and respecting human rights, and implemented the (...) Voluntary Principles on Security and Human Rights for our personnel and contractors in Guatemala. This included extensive training of security personnel.“

155 Bgl. bspw. § 5 Abs. 1 Nr. 6 UWG: Unlauter handelt, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt. Eine geschäftliche Handlung ist irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über folgende Umstände enthält: die Einhaltung eines Verhaltenskodexes, auf den sich der Unternehmer verbindlich verpflichtet hat, wenn er auf diese Bindung hinweist.

156 Vgl. *Schwarz/Schieffer*, CCZ 2022, 345 ff.; *Laufenberg*, CCZ 2022, 283 ff.

densunabhängige Einstandspflicht für Dritte, wie sie die UN-Leitsätze vorsehen, übernimmt, wegen **Verstoßes gegen das AGB-Gesetz** nichtig sein kann.¹⁵⁷ Die Nichteinhaltung vertraglicher CSR-Vorgaben seitens des Vertragspartners kann **vertragsrechtliche Sanktionen**, insbesondere Kündigung, Vertragsstrafen, Abhilfaverlangen oder Schadenersatz nach sich ziehen. Sofern ein Verkäufer gegenüber seinen Endabnehmern öffentlich mit der Einhaltung von menschenrechtlichen oder Umweltstandards geworben hat, kommen **Mängelgewährleistungsansprüche** des Käufers in Betracht.¹⁵⁸ Von zunehmender Bedeutung wird die Frage sein, ob ein z.B. Arbeitsschutzvorgaben umfassender Liefer- oder Finanzierungsvertrag als **Vertrag zugunsten Dritter oder mit Schutzwirkung für Dritte** ausgelegt werden kann, was direkte Ansprüche Geschädigter begründen könnte.¹⁵⁹

- 43.49 Nach deutschem Recht kommt eine **deliktische Haftung** nach §§ 823, 826, 831 BGB in Betracht.¹⁶⁰ „Die Menschenrechte“ können jedoch mangels Konkrettheit weder ein „sonstiges Recht“ i.S. des § 823 Abs. 1 BGB, noch ein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB sein. § 826 BGB setzt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung voraus, an die hohe Anforderungen gestellt werden. Allerdings ist eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht, vermittelt über unbestimmte Rechtsbegriffe wie „Sittenwidrigkeit“, anerkannt, so dass menschenrechtliche Aspekte zum Tragen kommen können. § 831 BGB wird nicht als Anspruchsgrundlage gesehen, da weder Tochtergesellschaften noch Zulieferunternehmen „Verrichtungsgehilfen“ sind, da sie weder weisungsabhängig in fremdem Verantwortungsbereich tätig noch in den Organisationskreis der Muttergesellschaft eingegliedert sind.¹⁶¹
- 43.50 Bei den Unglücksfällen in Bangladesh und Pakistan, die zu Klagen Geschädigter gegen US-amerikanische¹⁶² und deutsche¹⁶³ auftraggebende Unternehmen geführt haben, werden die Haftungsansprüche u.a. auf die Haftung für das Verschulden Dritter (**vicarious liability**), auf **deliktische Fahrlässigkeitshaftung** (tort of negligence) und auf eine Haftung aus **Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte** gestützt. Die Unternehmen befinden sich in einer **double-bind-Situation**: Einerseits leiten die Kläger aus den UN-Leitprinzipien eine **Sorgfaltspflicht** (Due Diligence) des auftraggebenden Unternehmens hinsichtlich der Verhältnisse beim Lieferanten ab, d.h. eine Verpflichtung zur Einflussnahme auf den Lieferanten und seinen Geschäftsbetrieb, um Arbeitsschutz und -sicherheit zu gewährleisten. Kommt der Auftraggeber dieser Sorgfaltspflicht nicht nach, soll dies seine **deliktische Fahrlässigkeitshaftung** gegenüber den Arbeitnehmern des Lieferanten begründen. Andererseits leiten Kläger jedoch daraus, dass der Auftraggeber den Lieferanten intensiv steuerte, insbesondere ihn seinen Code of Conduct unterschreiben und Audits bei ihm durchführen ließ sowie zahlreiche Nachbesserungen der Sicherheitsbestimmungen forderte, und der Lieferant zu einem Großteil für den Auftraggeber fertigte, eine so maßgebliche **Steuerung**, Kontrolle und wirtschaftliche Dominanz der Geschäftstätigkeit des Lieferanten ab, dass der Lieferant faktisch wie eine Abteilung des Auftraggebers anzusehen sei. Darin wird eine einem unmittelbaren Arbeitsverhältnis zwischen Auftraggeber und geschädigten Lieferanten-Arbeitnehmern vergleichbare Konstellation gesehen mit entsprechenden Haftungsfolgen (**vicarious liability**). Der Code of Conduct des Auftraggebers, den der Lieferant unterzeichnet, wird als **Vertrag mit**

157 Vgl. *Spießhofer/Graf von Westphalen*, BB 2015, 75 ff.

158 Vgl. *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387, 398 f.; *Beck*, NJW 2022, 3313 ff.

159 Vgl. *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 181 f., 191 ff.; *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, S. 416 ff., 501 f.

160 Zur deliktischen Haftung eingehend *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 194 ff.; *Payandeh*, S. 131, 140 ff.; *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387, 399 ff. m.w.N.

161 Vgl. *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 193 f.; *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387, 407 m.w.N.

162 Vgl. zu den Klagen gegen Wal-Mart, JC Penny Corporation, The Children's Place u.a. *Backer*, Are Supply Chains Transnational Legal Orders?, S. 17 m.w.N.

163 Klage gegen KiK vor dem Landgericht Dortmund wegen des Brandes bei Ali Enterprises, LG Dortmund v. 10.1.2019 – 7 O 95/15; vgl. *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 166 m.w.N.