



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

Goethe-Universität Frankfurt am Main

Prof. Dr. Andreas Cahn

SEKUNDÄRE SCHADENSERSATZPFLICHTEN DES
AUF SICHTSRATS WEGEN UNTERLASSENER
ANSPRUCHSDURCHSETZUNG - NACHLESE ZUR
EASY SOFTWARE-ENTSCHEIDUNG DES BGH



WORKING PAPER No 158



Prof. Dr. Theodor Baums

Prof. Dr. Andreas Cahn

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE
IM HOUSE OF FINANCE
DER GOETHE UNIVERSITÄT FRANKFURT
CAMPUS WESTEND
THEODOR-W.-ADORNO-PLATZ 3
60629 FRANKFURT AM MAIN

TEL.: +49 (0) 69/798-33753

FAX.: +49 (0) 69/798-33929

WWW.ILF-FRANKFURT.DE

Andreas Cahn

**Sekundäre Schadensersatzpflichten des Aufsichtsrats wegen unterlassener
Anspruchsdurchsetzung – Nachlese zur Easy Software-Entscheidung des BGH**

Institute for Law and Finance

WORKING PAPER SERIES NO. 158/2020

Sekundäre Schadensersatzpflichten des Aufsichtsrats wegen unterlassener Anspruchsdurchsetzung – Nachlese zur Easy Software-Entscheidung des BGH

Andreas Cahn

I. Einleitung

Das Aktiengesetz sieht in §§ 93 und 116 strenge Haftungsregeln für Vorstand und Aufsichtsrat vor. Auch die strengste Haftung bleibt jedoch wirkungslos, wenn sie nicht durchgesetzt wird. In der Vergangenheit sind Haftungsprozesse gegen Organmitglieder von Aktiengesellschaften seltene Ausnahmen gewesen. Grund dafür ist nicht zuletzt, dass die Durchsetzung von Ersatzansprüchen gegen Mitglieder von Vorstand oder Aufsichtsrat dem jeweils anderen Organ obliegt. Dessen Bereitschaft zur Anspruchsverfolgung ist indessen häufig nicht sonderlich ausgeprägt, denn bei Pflichtverletzung des einen Organs liegt der Vorwurf einer unzureichenden Überwachung durch das andere Organ und damit das Risiko der eigenen Haftung nahe. Zwar können die Aktionäre nach § 142 AktG die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung durch Sonderprüfer untersuchen und nach §§ 147 f. AktG die Geltendmachung von Ersatzansprüchen erzwingen. Aufgrund von Koordinationsproblemen und in Anbetracht mangelnder Anreize wird von diesen Möglichkeiten allerdings nur selten Gebrauch gemacht. Damit ist es der Rechtsprechung überlassen, durch Auslegung der Haftungsvorschriften dafür Sorge zu tragen, dass die Organhaftung keine rein theoretische Möglichkeit bleibt, denn damit wäre nicht nur ihre Kompensationsfunktion, sondern auch ihre verhaltenssteuernde Wirkung außer Kraft gesetzt.

Durch die in der ARAG-Garmenbeck-Entscheidung entwickelte Pflicht des Aufsichtsrats, Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder geltend zu machen,¹ hat der BGH klargestellt, dass der Aufsichtsrat seinerseits schadensersatzpflichtig sein kann, wenn er von der Durchsetzung von Ansprüchen gegen den Vorstand absieht. Daran knüpft die hier zu besprechende Easy Software-Entscheidung mit Ausführungen zu den Voraussetzungen und zur Verjährung sekundärer Ersatzansprüche gegen Mitglieder des Aufsichtsrats wegen unterlassener Geltendmachung von Ansprüchen gegen Vorstandsmitglieder an. Bei dieser Gelegenheit stellt der II. Zivilsenat am Fall einer Einlagenrückgewähr auch klar, dass Untätigkeit des Vorstands im Hinblick auf die Durchsetzung von Ansprüchen, die durch seine eigenen Pflichtverletzungen ausgelöst worden sind, keine sekundären Ersatzansprüche begründet, die einer eigenen

¹ BGHZ 135, 244, 252; näher dazu Spindler/Stilz/*Spindler*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 116 Rdn. 58 ff. mit zahlr. Nachw.

Verjährung unterliegen würden; anders als beim Aufsichtsrat soll es vielmehr mit der Ersatzpflicht wegen der ursprünglichen Pflichtwidrigkeit sein Bewenden haben.

Nach einer Zusammenfassung des Sachverhalts und der Entscheidungsgründe (unten, II.), sollen zunächst die Auswirkungen der vom II. Zivilsenat entwickelten Grundsätze auf die Organhaftung analysiert werden (unten, III.), gefolgt von Überlegungen zu den Prämissen, die der Entscheidung zugrunde liegen (unten, IV.).

II. Sachverhalt und tragende Gründe der Easy Software-Entscheidung

Die klagende börsennotierte Aktiengesellschaft nahm den Beklagten u.a. in dessen Eigenschaft als ehemaliges Aufsichtsratsmitglied auf Schadensersatz in Anspruch. Der Beklagte war seit September 2002 mit über 27% an der klagenden Aktiengesellschaft beteiligt und zugleich von Oktober 2002 bis August 2013 Vorsitzender ihres Aufsichtsrats. Im September 2002 beteiligte er sich an einem Vergleich zwischen der Klägerin und den sie finanzierenden Banken; dabei verpflichtete er sich, die Hälfte der Vergleichssumme zu zahlen. Im Gegenzug erhielt er im Dezember 2002 und im März 2003 Zahlungen der Klägerin, über deren rechtliche Bewertung als Einlagenrückgewähr bzw. als Rückzahlung eigenkapitalersetzender Darlehen das LG Duisburg und das OLG Düsseldorf als Berufungsgericht unterschiedlicher Auffassung waren, deren Unzulässigkeit der BGH aber für das Revisionsverfahren unterstellte.

Dort ging es um die Frage, ob der Beklagte nach §§ 116, 93 AktG hafte, weil der Aufsichtsrat es unterlassen hatte, den Vorstand wegen der unzulässigen Auszahlungen auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen, bevor die damals nach § 93 Abs. 6 AktG a.F. fünfjährige Verjährungsfrist für diese Ersatzansprüche² abgelaufen war. Während das Berufungsgericht angenommen hatte, die Verjährung etwaiger Ersatzansprüche gegen den Beklagten habe mit den Auszahlungen der Jahre 2002 und 2003 begonnen und sei daher bei Klageerhebung bereits eingetreten,³ entschied der II. Zivilsenat, erst die Verjährung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand setze die Verjährung von Ersatzansprüchen gegen den Aufsichtsrat wegen unterlassener Inanspruchnahme des Vorstands in Gang,⁴ denn erst das Verstreichenlassen der letzten Möglichkeit der Anspruchsverfolgung führe zur Undurchsetzbarkeit der Ersatzansprüche und damit zu einem Schaden der Gesellschaft.⁵ Nach der insoweit auf die AG übertragbaren Rechtsprechung des Senats zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers folge zwar daraus, dass der Vorstand die unerlaubten Auszahlungen verschwiegen und selbst später nicht

² Vgl. dazu OLG Düsseldorf v. 7. 4. 2017 – 17 U 29/16, BeckRS 2017, 152361, Rdn. 39.

³ OLG Düsseldorf v. 7. 4. 2017 – 17 U 29/16, BeckRS 2017, 152361, Rdn. 40.

⁴ BGH Der Konzern 2019, 29 Rdn. 14, 30 Rdn. 19, 31 Rdn. 27.

⁵ BGH Der Konzern 2019, 29, 30 Rdn. 22.

zurückgefordert sowie die daraus resultierenden Ersatzansprüche nicht in unverjährter Zeit gegen sich selbst geltend gemacht habe, kein neuer, zusätzlicher Schadensersatzanspruch gegen den Vorstand, der einer eigenen, später beginnenden Verjährung unterläge.⁶ Entsprechendes gelte indessen nicht für die Haftung des Aufsichtsrats wegen Verletzung der Pflicht, Ersatzansprüche gegen den Vorstand durchzusetzen. Diese Pflicht zur Anspruchsverfolgung sei von der vorbeugenden Überwachungspflicht zu unterscheiden und folge eigenen Regeln.⁷

Die Verjährung von Ansprüchen gegen den Aufsichtsrat wegen Verletzung seiner Anspruchsverfolgungspflicht beginne auch nicht etwa deswegen bereits mit der Entstehung von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand, weil der durch die Untätigkeit des Aufsichtsrats entstehende Schaden dem durch die ursprüngliche Pflichtverletzung des Vorstands – und, so muss man wohl ergänzen, dem durch Verletzung der vorbeugenden Überwachungspflicht des Aufsichtsrats – verursachten Schaden entspreche. Da eine wirtschaftliche Identität dieser Schäden bei Pflichtverletzungen der Verwaltung regelmäßig vorliege, liefe die Pflicht des Aufsichtsrats zur Anspruchsverfolgung anderenfalls weitgehend leer.⁸

Eine Ersatzpflicht des Beklagten scheidet schließlich nicht deswegen von vornherein aus, weil er durch die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand seine eigenen Pflichtverletzungen als Aktionär und als Aufsichtsratsmitglied offenbart und sich selbst Rückgewähr- und Ersatzansprüchen ausgesetzt hätte.⁹ Da bei Pflichtverletzungen des Vorstands häufig auch eine unzureichende Überwachung durch den Aufsichtsrat in Betracht komme, würde die generelle Freistellung von der Pflicht zur Anspruchsverfolgung wegen der Gefahr einer Selbstbezichtigung die Kontrollfunktion des Aufsichtsrats aushöhlen und zudem gerade diejenigen Aufsichtsratsmitglieder unberechtigt bevorzugen, denen eine Verletzung ihrer vorbeugenden Überwachungspflicht zur Last falle.¹⁰

III. Analyse der Entscheidung und ihrer Auswirkungen auf die Organhaftung

1. Haftungsverhältnisse bei Pflichtverletzungen von Vorstand und Aufsichtsrat

In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es um die Haftung wegen verbotener Leistungen der klagenden Gesellschaft an einen Aktionär. Eine Würdigung der Entscheidung erfordert zunächst einen Blick auf die Haftungsverhältnisse bei unzulässiger Einlagenrückgewähr an einen Aktionär (dazu sogleich a). Anders als unzulässige Leistungen an Aktionäre lösen

⁶ BGH Der Konzern 2019, 29, 32 Rdn. 35.

⁷ BGH Der Konzern 2019, 29, 31 Rdn. 31.

⁸ BGH Der Konzern 2019, 29, 31 Rdn. 27.

⁹ BGH Der Konzern 2019, 29, 32 Rdn. 38.

¹⁰ BGH Der Konzern 2019, 29, 33 Rdn. 46.

sonstige Pflichtverletzungen des Vorstands häufig keine Ansprüche gegen Dritte aus. Ausgleich für Schäden durch pflichtwidrige Geschäftsführungsmaßnahmen kann die Gesellschaft vielmehr nur vom Vorstand und vom Aufsichtsrat verlangen, sofern diesem eine Verletzung seiner Überwachungspflicht zur Last fällt. Anders als bei einer Einlagenrückgewähr, um die es in der Easy Software-Entscheidung ging, wirkt sich eine sekundäre Haftung des Aufsichtsrats in solchen Fällen nicht auf die Haftungskette zwischen Empfänger, Vorstand und Aufsichtsrat, sondern nur auf das Verhältnis der Ansprüche gegen die Mitglieder dieser beiden Organe aus (dazu unten, b).

a) Einlagenrückgewähr

Bei einer Einlagenrückgewähr schuldet in erster Linie der Empfänger nach § 62 Abs. 1 AktG Rückgewähr an die Gesellschaft. Dieser Anspruch ist sofort fällig und verjährt nach § 62 Abs. 3 Satz 1 AktG in zehn Jahren ab Empfang der Leistung. In zweiter Linie haften die für die Leistung verantwortlichen Vorstandsmitglieder der Gesellschaft nach § 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG auf Schadensersatz. War die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Leistung börsennotiert, verjährt nach § 93 Abs. 6 AktG der Anspruch in zehn Jahren, anderenfalls in fünf Jahren. Aufsichtsratsmitglieder, die durch Verletzung ihrer Kontrollpflichten die unzulässige Leistung ermöglicht haben, haften der Gesellschaft ebenfalls auf Schadensersatz, und zwar gesamtschuldnerisch mit den verantwortlichen Vorstandsmitgliedern.¹¹ Im Innenverhältnis werden allerdings regelmäßig¹² die für die Leistung verantwortlichen Vorstandsmitglieder den Schaden allein zu tragen haben.¹³ Ist der Empfänger zugleich Organmitglied, haftet er verschuldensunabhängig nach § 62 AktG auf Rückgewähr und verschuldensabhängig nach §§ 93, 116 AktG auf Schadensersatz.¹⁴ Bei einer nach § 57 AktG verbotenen Einlagenrückgewähr entsteht der Schaden der Gesellschaft bereits mit ihrer Leistung.¹⁵ Der Rückgewähranspruch gegen den Empfänger nach § 62 AktG ändert daran nichts, wie § 93

¹¹ KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 93 Rdn. 50; GroßkommAktG/*Hopt/Roth*, 5. Aufl. 2015, § 93 Rdn. 461; MünchKommAktG/*Spindler*, 5. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 164; Spindler/*Stilz/Fleischer*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 262; Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, 2013, § 93 Rdn. 66.

¹² Etwas anderes kann etwa dann gelten, wenn die Leistung in Abstimmung mit dem Aufsichtsrat oder auf dessen Veranlassung hin erfolgt ist.

¹³ KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 93 Rdn. 50; GroßkommAktG/*Hopt/Roth*, 5. Aufl. 2015, § 93 Rdn. 465; MünchKommAktG/*Spindler*, 5. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 164; Spindler/*Stilz/Fleischer*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 263.

¹⁴ *Altmeppen*, ZIP 2019, 1253, 1254.

¹⁵ KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 93 Rdn. 134; GroßkommAktG/*Hopt/Roth*, 5. Aufl. 2015, § 93 Rdn. 339; MünchKommAktG/*Spindler*, 5. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 252; Hüffer/*Koch/Koch*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 93 Rdn. 68.

Abs. 3 Nr. 1 AktG zeigt.¹⁶ Da sowohl eine Pflichtverletzung in Form der verbotswidrigen Leistung (Vorstand) bzw. des unterlassenen Einschreitens dagegen (Aufsichtsrat) als auch ein Schaden vorliegen, kann die Gesellschaft von den verantwortlichen Organmitgliedern bereits ab der unzulässigen Leistung, gemäß § 255 BGB Zug um Zug gegen Abtretung des Rückgewähranspruchs aus § 62 AktG,¹⁷ Schadensersatz verlangen. Gewährt der Empfänger die verbotene Leistung zurück, entfällt damit insoweit der Schaden der Gesellschaft. Schadensersatzansprüche gegen die verantwortlichen Organmitglieder kommen dann nur noch insoweit in Betracht, als der Schaden der Gesellschaft durch die Rückgewähr nicht ausgeglichen ist.

b) Pflichtverletzungen ohne Ansprüche der Gesellschaft gegen Dritte

Bei Pflichtverletzungen im Rahmen der Geschäftsführung, die nicht zu Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Dritte führen, haften die verantwortlichen Vorstandsmitglieder nach § 93 AktG der Gesellschaft auf Schadensersatz. Daneben haften wiederum Aufsichtsratsmitglieder, die es unter Verletzung ihrer vorbeugenden Überwachungspflicht versäumt haben, gegen die Pflichtverletzung des Vorstands einzuschreiten, ebenfalls auf Schadensersatz, und zwar gesamtschuldnerisch mit den verantwortlichen Vorstandsmitgliedern.¹⁸ Auch hier werden allerdings im Innenverhältnis regelmäßig die für die Leistung verantwortlichen Vorstandsmitglieder den Schaden allein zu tragen haben.¹⁹

2. Bedeutung der sekundären Haftung des Aufsichtsrats

a) Voraussetzungen und Anreizwirkung der sekundären Haftung

Wie ein Blick auf die Haftungsverhältnisse bei Einlagenrückgewähr zeigt, müsste es im Interesse des Vorstands liegen, den Empfänger einer unzulässigen Leistung auf Rückgewähr in Anspruch zu nehmen und damit seine eigene Haftung zu beseitigen. Unabhängig von der Letzthaftung eines Aktionärs oder eines Dritten müsste dem Aufsichtsrat stets daran gelegen sein, den Vorstand auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen und damit einer etwaigen eigenen Haftung die Grundlage zu entziehen. Dass Vorstand und Aufsichtsrat es dennoch unterlassen, Ansprüche der Gesellschaft gegen die jeweils vorrangig Haftenden zu verfolgen,

¹⁶ KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 93 Rdn. 134, 145; MünchKommAktG/*Spindler*, 5. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 252; K. Schmidt/*Lutter/Krieger/Sailer-Coceani*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 93 Rdn. 57; Spindler/*Stilz/Fleischer*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 258.

¹⁷ *Altmeppen*, ZIP 2019, 1253, 1254.

¹⁸ KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 93 Rdn. 50; MünchKommAktG/*Spindler*, 5. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 164; Spindler/*Stilz/Fleischer*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 262.

¹⁹ GroßkommAktG/*Hopt/Roth*, 5. Aufl. 2015, § 93 Rdn. 465; MünchKommAktG/*Spindler*, 5. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 164; Spindler/*Stilz/Fleischer*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 263.

kann dem Wunsch geschuldet sein, Fehler in der eigenen Amtsführung möglichst nicht offenzulegen. Insbesondere bei komplexen Sachverhalten kann es aber auch daran liegen, dass die Organmitglieder keinen Anlass dafür sehen, Ansprüche der Gesellschaft zu verfolgen, weil sie bereits ursprünglich die tatsächlichen Umstände oder deren rechtliche Einordnung unzutreffend beurteilt haben und sich daran auch später nichts geändert hat.²⁰ Im ersten Fall überwiegt die Hoffnung, der eigene Fehler werde jedenfalls bis zur Verjährung aller Ansprüche unentdeckt bleiben, die positiven Wirkungen einer Anspruchsdurchsetzung, im zweiten Fall kann die Haftungsandrohung keine Wirkung entfalten, weil die Organmitglieder die Pflichtwidrigkeit ihres Verhaltens nicht erkennen.

Bei Fehleinschätzungen betreffend die Ordnungsmäßigkeit von Geschäften oder anderen Maßnahmen geht von einer schadensersatzbewehrten Verfolgungspflicht keine zusätzliche Motivationswirkung aus. Wenn die Schadensersatzpflicht wegen Verantwortlichkeit für ihr ursprüngliches pflichtwidriges Verhalten die Organmitglieder nicht zur Verfolgung von Ansprüchen der Gesellschaft bewegt, deren Durchsetzung die eigene Haftung beseitigt, wird eine zusätzliche Pflicht zur Anspruchsverfolgung, deren Verletzung Ansprüche auf Ersatz desselben Schadens auslöst, insoweit nicht mehr bewirken. Die sekundäre Ersatzpflicht des Aufsichtsrats hat hier also keine verhaltenssteuernde Wirkung. Immerhin kann sie die Aussicht der Gesellschaft auf Kompensation erhöhen, weil die Inanspruchnahme von Aufsichtsratsmitgliedern auch nach Verjährung der Ersatzansprüche aufgrund des ursprünglichen Pflichtverstoßes möglich bleibt.

Hoffen Aufsichtsratsmitglieder hingegen darauf, dass eine Verletzung ihrer Überwachungspflicht bis zum Eintritt der Verjährung von Ersatzansprüchen unentdeckt bleibt, ändert eine Anspruchsverfolgungspflicht, deren Verletzung sekundäre Schadensersatzansprüche auslöst, wegen deren eigenständiger Verjährung das Kalkül. Während die Verjährung der Ersatzansprüche aufgrund der ursprünglichen Pflichtverletzung regelmäßig bereits mit Eintritt des Schadens, im Beispiel der Einlagenrückgewähr mit der unzulässigen Leistung an den Empfänger, beginnt, weil in diesem Zeitpunkt der Anspruch der Gesellschaft i.S.v. § 200 BGB entstanden ist, wird die Verjährung von Schadensersatzansprüchen wegen unterlassener Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand erst mit Verjährung dieser Ansprüche in Gang gesetzt.

²⁰ Dass die Unzulässigkeit von Leistungen an einen Aktionär nicht immer auf der Hand liegen muss, zeigt nicht zuletzt der Umstand, dass das OLG Düsseldorf im Easy Software-Fall eine andere Beurteilung des Sachverhalts als das Landgericht Duisburg für möglich gehalten hat, vgl. OLG Düsseldorf v. 7. 4. 2017 – 17 U 29/16, BeckRS 2017, 152361, Rdn. 45 f.

Nach Auffassung des BGH folgt das daraus, dass, die Pflichtverletzung des Aufsichtsrats erst jetzt einen Schaden in Gestalt der Undurchsetzbarkeit der Ersatzansprüche gegen den Vorstand verursacht, der Voraussetzung für einen sekundären Ersatzanspruch gegen den Aufsichtsrat ist. Wie der BGH selbst einräumt,²¹ geht es allerdings in der Sache um Ersatz desselben, bereits durch die unzulässige Einlagenrückgewähr verursachten Schadens. Daran ändert es nichts, dass Mitgliedern von Vorstand und Aufsichtsrat im Hinblick auf die Entstehung und Beseitigung dieses Schadens mehrere unterschiedliche Pflichtverletzungen zur Last fallen mögen. Man könnte also annehmen, ein Schadensersatzanspruch gegen den Aufsichtsrat wegen Verletzung seiner Pflicht zur Verfolgung von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand scheitere auch vor Verjährung dieser Ansprüche nicht daran, dass es an einem Schaden der Gesellschaft fehle. Ein neuer Vorstand müsse daher mit der Inanspruchnahme des Aufsichtsrats auf Schadensersatz wegen unterlassener Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen zahlungskräftige ehemalige Vorstandsmitglieder nicht zuwarten, bis diese Ansprüche verjährt und nur noch sekundäre Ansprüche gegen möglicherweise weniger zahlungskräftige Aufsichtsratsmitglieder durchsetzbar seien. Die Verjährung sekundärer Ersatzansprüche gegen den Aufsichtsrat werde vielmehr deswegen erst durch die Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Vorstand in Gang gesetzt, weil erst damit der Dauerpflichtverstoß der Untätigkeit im Hinblick auf diese Ersatzansprüche ende und der Verjährungsbeginn bis dahin aufgeschoben sei.²² Die Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Vorstand wäre danach nicht Voraussetzung für die Entstehung von sekundären Ersatzansprüchen gegen den Aufsichtsrat, sondern lediglich für den Beginn ihrer Verjährung.

Zwar mag es auf den ersten Blick nicht plausibel erscheinen, dass derselbe wirtschaftliche Schaden zu unterschiedlichen Zeitpunkten eintreten soll, je nachdem, um welchen Ersatzanspruch es geht. Das ist indessen die Folge des schadensersatzrechtlichen Grundsatzes, dass auch werthaltige Ersatzansprüche nicht den Schaden beseitigen und daher bei der Schadensberechnung außer Betracht bleiben, weil anderenfalls der Ersatzanspruch sich selbst die Grundlage entziehen würde. Wirtschaftlich haben solche Ansprüche aber selbstverständlich einen Wert für den Geschädigten. Deshalb stellt es auch einen (weiteren) Schaden für ihn dar, wenn solche Ansprüche undurchsetzbar werden, obwohl sich an der schadensrechtlichen Bilanz, in der die Ersatzansprüche nicht abgebildet waren, nichts ändert. Eine sekundäre Schadensersatzpflicht des Aufsichtsrats vor Verjährung oder anderweitiger Undurchsetzbarkeit

²¹ BGH Der Konzern 2019, 29, 31 Rdn. 26.

²² Zum Aufschub des Beginns der Verjährung von Ansprüchen wegen fortdauernden Unterlassens bis zum Ende der Pflichtwidrigkeit etwa BGHZ 184, 253, 257 Rdn. 17; BGH NJW-RR 2015, 781, 782 Rdn. 9; BGH NJW-RR 2016, 24, 27 Rdn. 31.

der Ersatzansprüche gegen den Vorstand ließe sich zudem auch deswegen nur schwer begründen, weil pflichtwidrige Untätigkeit des Aufsichtsrats bis zu diesem Zeitpunkt nicht ursächlich für eine Verschlechterung der Vermögenslage der Gesellschaft ist. Das Aufrechterhalten der ursprünglichen, durch die Pflichtverletzung des Vorstands verursachten Vermögenseinbuße lässt die Vermögenslage der Gesellschaft vielmehr unverändert. Die Bejahung sekundärer Ersatzansprüche gegen den Aufsichtsrat bereits vor Verjährung der zu verfolgenden Ersatzansprüche gegen den Vorstand ist schließlich auch nicht deswegen geboten, weil damit die Möglichkeit eröffnet würde, den Aufsichtsrat in Anspruch zu nehmen, solange die Ansprüche gegen den Vorstand noch durchsetzbar sind. Die Schadensersatzklage gegen den Aufsichtsrat brächte der Gesellschaft keinen Zugriff das Vermögen des Vorstands. Mit Blick auf einen effektiven Schadensausgleich könnte sie bei unzureichendem Vermögen des Aufsichtsrats daher nur den Zweck haben, den Aufsichtsrat zur Durchsetzung der Ersatzansprüche gegen den Vorstand anzuhalten, um seine eigene Haftung ohne Rückgriffsmöglichkeit zu vermeiden. Dafür ist aber die Aussicht auf einen Schadensersatzprozess nach Verjährung der Ansprüche gegen den Vorstand ausreichend.

Im Ergebnis erweist sich daher die Ansicht des II. Zivilsenats als zutreffend, dass sekundäre Schadensersatzansprüche gegen den Aufsichtsrat erst entstehen, wenn Ersatzansprüche gegen den Vorstand aufgrund pflichtwidriger Untätigkeit des Aufsichtsrats faktisch undurchsetzbar geworden sind.

b) Auswirkungen der sekundären Haftung in der Haftungskette

Die Auswirkungen der vom II. Zivilsenat befürworteten sekundären Haftung des Aufsichtsrats auf das oben (III. 1.) skizzierte Haftungsregime unterscheiden sich erheblich danach, ob die Gesellschaft börsennotiert ist oder nicht. Der Analyse werden zunächst folgende Prämissen des II. Zivilsenats zur Haftung von Aufsichtsrats- und Vorstandsmitgliedern zugrunde gelegt: Der Umstand, dass der Vorstand eigene Pflichtverstöße – im Easy Software-Fall unerlaubte Auszahlungen – verschwiegen sowie die daraus resultierenden Ansprüche gegen Dritte und gegen sich selbst vor Eintritt der Verjährung nicht geltend gemacht hat, begründet keine sekundäre Schadensersatzpflicht, die einer eigenen Verjährung unterliegen würde.²³ Demgegenüber entbindet eine Verletzung der Pflicht, unzulässige Leistungen an Aktionäre zu verhindern, ein Aufsichtsratsmitglied nicht von der davon zu unterscheidenden Pflicht, aus solchen Verstößen resultierende Ansprüche der Gesellschaft gegen den Vorstand zu verfolgen. Das gilt selbst dann, wenn es sich bei dem Aufsichtsratsmitglied um den Empfänger einer

²³ BGH Der Konzern 2019, 29, 32 Rdn. 35.

verbotenen Leistung handelt.²⁴ Im Anschluss an die Überlegungen zur Auswirkung der sekundären Haftung soll erörtert werden, ob die erwähnten Prämissen des BGH durchweg zutreffen und welche Folgen sich für die sekundäre Haftung ergeben, wenn man dies verneint.

aa) Börsennotierte Gesellschaften

Ist die Gesellschaft börsennotiert, verjähren Organhaftungsansprüche zehn Jahre nach ihrer Entstehung. Schadensersatzansprüche gegen die für unzulässige Leistungen an Aktionäre verantwortlichen Organmitglieder verjähren also regelmäßig zugleich mit dem Rückgewähranspruch gegen den Empfänger. Der sekundäre Schadensersatzanspruch wegen Verjährenlassens von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand führt hier im Ergebnis zu einer Verdoppelung der Verjährungsfrist von zehn auf zwanzig Jahre für Ersatzansprüche gegen diejenigen Mitglieder des Aufsichtsrats, die schon für die Einlagenrückgewähr verantwortlich sind.

bb) Nicht börsennotierte Gesellschaften

Bei nicht börsennotierten Gesellschaften läuft die fünfjährige Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche gegen Mitglieder der Verwaltung regelmäßig fünf Jahre vor Verjährung des Rückgewähranspruchs gegen den Empfänger einer Einlagenrückgewähr ab. Das gilt sowohl für die Vorstandsmitglieder, die für die verbotene Leistung verantwortlich sind, als auch für diejenigen Aufsichtsratsmitglieder, denen insoweit ein Überwachungsverschulden zur Last fällt. Würde man keine haftungsbewehrte Pflicht auch der für die Einlagenrückgewähr (mit)verantwortlichen Organmitglieder anerkennen, Ansprüche der Gesellschaft vor Verjährungseintritt geltend zu machen, müssten – jedenfalls bei unveränderter Zusammensetzung der Verwaltung – weder Vorstands- noch Aufsichtsratsmitglieder nach Ablauf von fünf Jahren schadensersatzrechtliche Sanktionen befürchten, wenn sie im Hinblick auf die Durchsetzung des für weitere fünf Jahre unverjährten Rückgewähranspruchs untätig blieben.

Die Anerkennung einer eigenständigen, durch den sekundären Schadensersatzanspruch bewehrten Pflicht, Schadensersatzansprüche gegen die verantwortlichen Vorstandsmitglieder nicht verjähren zu lassen, kann hier für einen Anreiz sorgen, rechtzeitig Ersatzansprüche gegen den Vorstand geltend zu machen. Da der Aufsichtsrat weder den noch unverjährten Rückgewähranspruch der Gesellschaft durchsetzen²⁵ noch dadurch für Ausgleich des Schadens der Gesellschaft sorgen kann, dass er den Vorstand zur Geltendmachung des

²⁴ BGH Der Konzern 2019, 29, 31-33, Rdn. 36 ff.

²⁵ Etwas anderes gilt nur dann, wenn es sich beim Empfänger um ein Vorstandsmitglied handelt.

Rückgewähranspruchs gegen den Empfänger anweist, läuft er anderenfalls Gefahr, für den aus der Undurchsetzbarkeit der Ansprüche gegen die anderen Schuldner entstehenden Schaden haftbar zu sein, ohne seinerseits beim Vorstand Rückgriff nehmen zu können. Nimmt der Aufsichtsrat daher innerhalb der ersten fünf Jahre nach einer Einlagenrückgewähr den Vorstand auf Schadensersatz in Anspruch oder droht er dies an, kann der Vorstand seinerseits durch Geltendmachung des Rückgewähranspruchs gegen den Empfänger für anderweitigen Schadensausgleich sorgen und damit seiner eigenen Haftung die Grundlage entziehen. Aber auch dann, wenn keine Ansprüche gegen Aktionäre oder Dritte bestehen, kann der Aufsichtsrat seine eigene Haftung wegen Überwachungsverschuldens beseitigen, indem er Ersatzansprüche gegen den Vorstand durchsetzt.

Voraussetzung dafür, dass der sekundäre Schadensersatzanspruch diese Wirkung entfaltet, ist allerdings, dass die Aufsichtsratsmitglieder sich des ursprünglichen Gesetzesverstoßes bewusst sind. Von Fällen absichtlicher oder jedenfalls in Kauf genommener Schädigung der Gesellschaft abgesehen, wird das indessen bei den Organmitgliedern, die zum Zeitpunkt einer Einlagenrückgewähr oder eines anderen Pflichtverstoßes des Vorstands im Amt waren, diese Pflichtverletzung aber nicht erkannt haben, kaum der Fall sein, sofern sich keine neuen Anhaltspunkte ergeben, die Zweifel an der früheren Einschätzung wecken und eine Überprüfung nahelegen. Erst recht werden später hinzugekommene Aufsichtsratsmitglieder regelmäßig keinen Anlass dafür sehen, vor ihrer Amtszeit abgeschlossene Geschäfte oder Maßnahmen auf deren Ordnungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Versäumt es der Aufsichtsrat daher, vor Ablauf von fünf Jahren nach der Pflichtverletzung des Vorstands Ersatzansprüche nach § 93 AktG zu verfolgen, kann die Gesellschaft sekundäre Schadensersatzansprüche gegen ihn geltend machen,²⁶ die ihrerseits nach weiteren fünf Jahren, bei einer Einlagenrückgewähr also zugleich mit dem Rückgewähranspruch aus § 62 AktG, verjähren. Im Ergebnis verdoppelt sich damit in nicht börsennotierten Aktiengesellschaften die Verjährungsfrist für Ersatzansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder, denen bereits im Hinblick auf den Pflichtverstoß des Vorstands eine Verletzung ihrer Pflichten zur Last fällt.

²⁶ Zuständig dafür ist der Vorstand, der bei unveränderter Besetzung den Anspruch darauf stützt, dass er selbst seine Pflichten verletzt und dadurch die Gesellschaft geschädigt hat, vom Aufsichtsrat aber nicht auf Ersatz in Anspruch genommen worden ist.

cc) Ersatzansprüche gegen ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglieder und Verjährung bei Änderung der Kapitalmarktorientierung

(1) Während die Amtsperiode der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder jeweils höchstens fünf Jahre beträgt²⁷, verjähren Organhaftungsansprüche bei börsennotierten Gesellschaften, ebenso wie der Rückgewähranspruch nach § 62 AktG, nach zehn Jahren. Ein Aufsichtsratsmitglied einer solchen Gesellschaft ist daher nur bei mindestens zweimaliger Wiederbestellung noch im Amt, wenn Ersatzansprüche gegen die Vorstandsmitglieder verjähren.²⁸ Häufig werden also Aufsichtsratsmitglieder, denen im Hinblick auf das haftungsbegründende Verhalten des Vorstands möglicherweise eine Verletzung ihrer Überwachungspflicht zur Last fällt, bei Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Vorstand bereits aus dem Aufsichtsrat ausgeschieden sein. Aber auch bei nicht börsennotierten Gesellschaften, bei denen die Verjährungsfrist für Organhaftungsansprüche fünf Jahre beträgt, wird bei Eintritt der Verjährung von Ansprüchen gegen den Vorstand nicht selten zumindest ein Teil der Aufsichtsratsmitglieder nicht mehr amtieren. In solchen Fällen ist fraglich, ob eine sekundäre Haftung der ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieder überhaupt in Betracht kommt und wann sie bejahendenfalls verjährt.

Bei Pflichtverletzungen durch positives Tun wird die Haftung des betreffenden Organmitglieds nicht dadurch ausgeschlossen, dass es aus dem Amt scheidet, bevor der Schaden dem Grunde nach eintritt und damit der Ersatzanspruch der Gesellschaft i.S.v. § 200 BGB entstanden ist,²⁹ denn weder setzt die Organhaftung voraus, dass ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied bei Entstehung des Schadens oder gar zum Zeitpunkt seiner Inanspruchnahme noch im Amt ist, noch ändert das Ausscheiden vor diesem Zeitpunkt etwas an der Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den Schaden. Im Gegensatz zu Ersatzansprüchen aufgrund von Pflichtverletzungen durch positives Tun beruhen sekundäre Schadensersatzansprüche wegen versäumter Anspruchsverfolgung nicht auf einer bestimmten Handlung, die einen in den Schadenseintritt mündenden Kausalverlauf in Gang setzt, sondern auf einem fortdauernden Unterlassen, das von der Entstehung des Ersatzanspruchs gegen den Vorstand bis zu dessen Verjährung andauert. Scheidet ein Aufsichtsratsmitglied vor Ablauf der für den Ersatzanspruch

²⁷ §§ 84 Abs. 1 Satz 1 und 2, 102 Abs. 1 AktG.

²⁸ Das zeigt folgendes Beispiel: Bestellung des Aufsichtsratsmitglieds A am 15. 4. 01, Einlagerückgewähr a) am 16. 4. 01, b) am 14. 4. 06. In Variante a) verjähren der Rückgewähranspruch gegen den Empfänger und etwaige Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder mit Ablauf des 16. 4. 11, in Variante b mit Ablauf des 14. 4. 16. In beiden Fällen ist A bei 5jähriger Amtsperiode nur dann noch Mitglied des Aufsichtsrats, wenn er auf der HV vom 15. 4. 06 und vom 15. 4. 11 wiederbestellt worden oder nach Ablauf der im Jahr 01 beginnenden Amtsperiode ausgeschieden und in oder nach der HV vom 15. 4. 07 erneut bestellt worden ist.

²⁹ Zu diesen Voraussetzungen der Anspruchsentstehung BGH Der Konzern 2019, 29, 30 Rdn. 17.

gegen den Vorstand maßgeblichen Verjährungsfrist aus dem Amt, steht daher noch nicht fest, ob dieser Anspruch verjähren und damit undurchsetzbar oder noch rechtzeitig geltend gemacht werden wird.

Geht man mit der Rechtsprechung davon aus, dass der Aufsichtsrat Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder geltend machen muss, sofern keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls dem entgegenstehen, kann eine Pflichtverletzung des Aufsichtsrats bereits darin liegen, dass er solche Ansprüche übersieht. Ebenso kann es eine Pflichtverletzung darstellen, dass er mit der Durchsetzung solcher Ansprüche zuwartet, obwohl das Gesellschaftsinteresse dies nicht gebietet. Eine pflichtwidrige Untätigkeit des ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieds lässt sich daher nicht kurzerhand deswegen verneinen, weil der Ersatzanspruch gegen den Vorstand bei seinem Ausscheiden noch durchsetzbar war. Ebenso wenig fehlt es an der Ursächlichkeit dieser Pflichtverletzung für den Schaden, denn geht man davon aus, dass der Aufsichtsrat einer rechtlich gebotenen Initiative des Mitglieds zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gefolgt wäre, lässt sich die Untätigkeit des ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieds nicht hinwegdenken, ohne dass der Schaden in Gestalt der Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Vorstand entfiel. Schließlich steht es einer Ersatzpflicht nicht entgegen, dass auch andere Aufsichtsratsmitglieder ihre Pflicht zur Anspruchsverfolgung verletzt und dadurch zur Entstehung des Schadens der Gesellschaft beigetragen haben, denn Mitursächlichkeit der Pflichtverletzung durch ein Organmitglied für den Schaden reicht aus.³⁰ Sekundäre Schadensersatzansprüche kommen daher auch gegen Aufsichtsratsmitglieder in Betracht, die aus dem Amt scheidet, bevor der maßgebliche Schaden, die Undurchsetzbarkeit von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand, eintritt.

Daraus folgt allerdings nicht, dass ein ausgeschiedenes Aufsichtsratsmitglied stets und notwendigerweise wegen des Verjährenlassens von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder haftbar wäre. Ein sekundärer Schadensersatzanspruch setzt zunächst voraus, dass das betreffende Mitglied die Pflichtverletzung des Vorstands und das Bestehen von Ersatzansprüchen gegen ihn bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt bis zu seinem Ausscheiden überhaupt hätte erkennen können. Ergeben sich Anhaltspunkte dafür erst danach, kommt ein sekundärer Ersatzanspruch mangels Pflichtverletzung nicht in Betracht. Aber selbst wenn die Pflichtwidrigkeit des Vorstands vom Aufsichtsrat noch während der Zugehörigkeit des später ausgeschiedenen Mitglieds erkannt worden ist, haftet dieses nicht, wenn Maßnahmen zur Prüfung von Ersatzansprüchen ergriffen worden waren und das Mitglied daher bei seinem

³⁰ KölnKommAktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2010, § 93 Rdn. 50; Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 218.

Ausscheiden annehmen konnte, der Aufsichtsrat werde etwaige Ansprüche pflichtgemäß verfolgen.

Im Schrifttum wird vorgeschlagen, die Verjährung von Ersatzansprüchen wegen unterlassener Inanspruchnahme des Vorstands solle gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern, die ihr Amt niederlegen, bereits mit dem Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat beginnen.³¹ Für Aufsichtsratsmitglieder, die aus anderen Gründen vor Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Vorstand aus dem Amt scheidet, dürfte konsequenterweise nichts anderes gelten. Die Überwachungsaufgabe, die der BGH als maßgeblichen Grund dafür nennt, dass die Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Aufsichtsrat nicht bereits mit der Pflichtverletzung des Vorstands beginnt,³² endet mit dem Ausscheiden aus dem Amt. Da das ausgeschiedene Mitglied keine Möglichkeit mehr hat, auf die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Vorstand hinzuwirken, ist damit auch seine Pflichtverletzung durch Untätigkeit im Hinblick auf die Anspruchsverfolgung abgeschlossen.³³

Der für den sekundären Ersatzanspruch maßgebliche Schaden der Gesellschaft entsteht allerdings erst mit Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Vorstand,³⁴ und die pflichtwidrige Untätigkeit des ehemaligen Aufsichtsratsmitglieds vor seinem Ausscheiden wird für diesen Schaden mitursächlich. Es liegt insoweit nicht anders, als bei einer punktuellen Überwachungspflichtverletzung, die erst nach dem Ausscheiden des Aufsichtsratsmitglieds zu einem Schaden führt, der im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht werden kann. Da sekundäre Schadensersatzansprüche danach erst nach dem Ausscheiden der betreffenden Aufsichtsratsmitglieder entsteht, werden diese daher jedenfalls bis auf weiteres nicht darauf verlassen können, dass die Verjährung eines solcher Ansprüche bereits dann beginnt, wenn sie ihr Amt aufgeben.

(2) Zusätzliche Fragen stellen sich, wenn eine zur Zeit der Pflichtverletzung des Vorstands nicht börsennotierte Gesellschaft später börsennotiert wird. Für die Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Vorstand ist nach § 93 Abs. 6 AktG der Status der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung entscheidend. Sie verjähren daher in fünf Jahren, selbst wenn der Schaden erst nach der Börsennotierung eintritt. Erfolgt die Börsennotierung erst nach Verjährung dieser Ersatzansprüche, verjähren die sekundären Ersatzansprüche gegen den Aufsichtsrat binnen fünf Jahren, denn die maßgebliche Pflichtverletzung – Unterlassen der Geltendmachung von

³¹ *Schockenhoff*, AG 2019, 745, 752.

³² BGH Der Konzern 2019, 29, 31 Rdn. 26 f.

³³ *Schockenhoff*, AG 2019, 745, 752.

³⁴ BGH Der Konzern 2019, 29, 30 Rdn. 21 f.; näher dazu oben, III. 2. b).

Ersatzansprüchen gegen den Vorstand vor Eintritt der Verjährung dieser Ansprüche – ist bereits vor Börsennotierung abgeschlossen. Erfolgt die Börsennotierung vor Eintritt der Verjährung der Ansprüche gegen den Vorstand, ändert das zwar nichts an der Geltung der Fünfjahresfrist für diese Ansprüche; die maßgebliche Pflichtverletzung des Aufsichtsrats erfolgt hier aber auch in einer Zeit, in der die Gesellschaft bereits börsennotiert ist, so dass die Ersatzansprüche gegen die Aufsichtsratsmitglieder in zehn Jahren verjähren. Das gilt selbst dann, wenn die Börsennotierung kurz vor Verjährung der primären Ersatzansprüche erfolgt und die pflichtwidrige Untätigkeit des Aufsichtsrats überwiegend vor der Börsennotierung liegt. Entscheidend ist, dass die Geltendmachung der primären Ersatzansprüche gegen den Vorstand zu einer Zeit hätte nachgeholt werden können, zu der die Gesellschaft bereits börsennotiert war, mithin die Verletzung von Pflichten des Aufsichtsrats einer börsennotierten Gesellschaft (mit)ursächlich für den Schaden geworden ist.

Eine Ausnahme von dieser Regel kommt dann in Betracht, wenn der Aufsichtsrat nachweisen kann, dass die Ersatzansprüche gegen den Vorstand bereits vor der Börsennotierung uneinbringlich (geworden) waren. Zwar ist die Untätigkeit des Aufsichtsrats nach der Börsennotierung auch hier ursächlich für die Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Vorstand. Die Verjährung hat aber unter solchen Umständen keinen weiteren Schaden der Gesellschaft verursacht.

Diese Grundsätze gelten auch für Aufsichtsratsmitglieder, die nach der Börsennotierung, aber noch vor Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Vorstand aus dem Amt scheidet. Etwaige sekundäre Ersatzansprüche gegen sie verjähren daher grundsätzlich in zehn Jahren, selbst wenn der überwiegende Zeitraum der pflichtwidrigen Untätigkeit vor der Börsennotierung liegt. Scheidet ein Aufsichtsratsmitglied dagegen noch vor der Börsennotierung aus, bleibt es bei der fünfjährigen Verjährungsfrist, denn hier kommt nur die Verletzung von Pflichten eines Aufsichtsratsmitglieds einer nicht börsennotierten Gesellschaft in Betracht.

(3) Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder einer zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung börsennotierten Gesellschaft verjähren auch dann in zehn Jahren, wenn sich die Gesellschaft nach der Pflichtverletzung von der Börse zurückzieht. Fraglich ist, welche Verjährungsfrist für sekundäre Ersatzansprüche gegen den Aufsichtsrat gilt, wenn dieser es pflichtwidrig versäumt, die Ansprüche gegen den Vorstand innerhalb dieser Zehnjahresfrist geltend zu machen. Bei einer solchen Dauerpflichtverletzung wird man für die Bestimmung der maßgeblichen Verjährungsfrist nicht kurzerhand auf den letzten Zeitpunkt abstellen können, in dem ein Aufsichtsratsmitglied gegen seine Pflicht verstoßen hat, die Ersatzansprüche gegen den

Vorstand nicht verjähren zu lassen. Entscheidend ist vielmehr dass auch hier, ebenso wie in den vorstehend erörterten Fällen der Börsennotierung nach der Pflichtverletzung des Vorstands, die Verletzung der Pflichten des Aufsichtsrats einer börsennotierten Gesellschaft für den Schaden mitursächlich geworden ist, denn dieser wäre vermieden worden, wenn der Aufsichtsrat pflichtgemäß noch vor dem Rückzug der Gesellschaft von der Börse die Ersatzansprüche gegen den Vorstand geltend gemacht hätte. Die Verjährung von Ansprüchen wegen dieser Pflichtverletzung verkürzt sich nicht deswegen, weil die Gesellschaft sich später von der Börse zurückzieht und die Organmitglieder ab diesem Zeitpunkt durch ihre Untätigkeit nur noch Pflichten des Aufsichtsrats einer nicht börsennotierten Gesellschaft verletzen. Eine andere Beurteilung würde nicht zuletzt zu Wertungswidersprüchen im Hinblick auf die Behandlung von Aufsichtsratsmitgliedern führen, die vor dem Rückzug von der Börse aus dem Amt geschieden sind und dementsprechend für ihre pflichtwidrige Untätigkeit zehn Jahre lang haften.

d) Zwischenergebnis

Die Gefahr, dass Vorstand und Aufsichtsrat bewusst Ansprüche der Gesellschaft gegen den Empfänger einer Einlagenrückgewähr verjähren lassen, um eigene Versäumnisse zu verdecken, ist insbesondere in börsennotierten Gesellschaften gering, denn regelmäßig werden bis zum Eintritt der Verjährung beide Organe ganz oder doch zumindest teilweise mit neuen Mitgliedern besetzt sein, die an einer solchen Verschleierung kein Interesse haben. Erheblich größer ist demgegenüber die Gefahr, dass Organmitglieder untätig bleiben, weil sie sich nicht darüber im Klaren sind, dass eine Einlagerückgewähr erfolgt ist, die Rückgewähr- und Schadensersatzansprüche ausgelöst hat. Von Fällen bewusster oder jedenfalls in Kauf genommener Schädigung der Gesellschaft abgesehen gilt das sowohl für diejenigen Organmitglieder, die zum Zeitpunkt der Einlagenrückgewähr im Amt waren, den Gesetzesverstoß aber nicht erkannt haben, als auch für die neuen Mitglieder, die regelmäßig keinen Anlass dafür haben werden, lange vor ihrer Amtszeit abgeschlossene Geschäfte auf ihre Ordnungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Die Haftungsandrohung kann unter solchen Umständen weder für Alt- noch für Neumitglieder verhaltenssteuernde Wirkung entfalten.

IV. Kritik an den Prämissen des BGH

1. Keine sekundäre Ersatzpflicht des Vorstands

a) Ausgangspunkt: Einheitliche Pflichtverletzung und Schadensidentität

Der II. Zivilsenat geht offenbar davon aus, dass der Vorstand der klagenden AG verpflichtet war, Rückgewähransprüche gegen den Empfänger der Einlagenrückgewähr sowie

Ersatzansprüche gegen die für die Einlagenrückgewähr verantwortlichen Vorstandsmitglieder geltend zu machen, eine Verletzung dieser Pflichten aber keine neuen Schadensersatzansprüche gegen die für die verbotene Auszahlung verantwortlichen Vorstandsmitglieder auslöst: *„Dass der damalige Vorstand die unerlaubten Auszahlungen verschwiegen und selbst später nicht zurückgefordert sowie die daraus resultierenden Ersatzansprüche nicht in unverjährter Zeit gegen sich selbst geltend gemacht hat, begründet keine neue, zusätzliche Schadensersatzverpflichtung des Vorstands, die gegebenenfalls einer eigenen, später beginnenden Verjährung unterliegen würde. Insoweit sind die Grundsätze der Senatsentscheidung vom 29. September 2008 zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers (II ZR 234/07) übertragbar, weil der hier in Rede stehende Schaden der Klägerin bereits mit der Vornahme der verbotenen Auszahlung entstanden ist, die Nichtrückforderung durch den Vorstand demgegenüber keinen erneuten Schaden verursacht hat und schließlich eine Verletzung derselben (Geschäftsführungs-)Pflichten des Vorstands vorliegt.“*³⁵

b) Schadensersatzpflicht des Vorstands wegen Verjährenlassens des Rückgewähranspruchs gegen den Empfänger

aa) An der ursprünglichen Pflichtverletzung unbeteiligte Vorstandsmitglieder

Mit dieser Begründung lässt sich eine sekundäre Haftung des Vorstands allerdings nicht verneinen. Sie kann von vornherein keine Geltung für Vorstandsmitglieder beanspruchen, die nicht für die verbotene Leistung verantwortlich waren, weil sie ihre Pflicht zur Kontrolle der ressortzuständigen Kollegen³⁶ nicht verletzt oder ihr Amt erst nach der Leistung angetreten haben. Diesen Vorstandsmitgliedern fällt im Hinblick auf die verbotene Leistung kein Pflichtverstoß zur Last, der die Verletzung ihrer Pflicht zur Geltendmachung des Rückgewähranspruchs gegen den Empfänger konsumieren könnte. Sie verletzen ihre Pflichten vielmehr erst dann, wenn sie den Rückgewähranspruch gegen den Empfänger der verbotenen Leistung nicht rechtzeitig geltend machen.³⁷ Das ist bereits dann anzunehmen, wenn sie den Anspruch bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen könnten und dennoch untätig bleiben, obwohl kein sachlicher Grund dafür besteht, die Anspruchsdurchsetzung aufzuschieben. Ein Schadensersatzanspruch gegen diese Vorstandsmitglieder entsteht allerdings erst mit Verjährung dieses Rückgewähranspruchs, denn erst jetzt verschlechtert sich die Vermögenslage der Gesellschaft gegenüber dem bisherigen Zustand (vgl. oben, III. 2. a)).

³⁵ BGH Der Konzern 2019, 29, 32 Rdn. 35.

³⁶ Zu dieser vorstandsinternen Überwachungspflicht etwa KölnKommAktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2010, § 77 Rdn. 26, § 93 Rdn. 92.

³⁷ Altmeyden, ZIP 2019, 1253, 1255 f.

In der nicht börsennotierten AG würden danach Ersatzansprüche gegen die für die verbotene Leistung verantwortlichen Vorstandsmitglieder bereits fünf Jahre nach dieser Leistung verjähren, während die dafür nicht verantwortlichen Vorstandsmitglieder aufgrund des sekundären Schadensersatzanspruchs bis zu fünfzehn Jahre nach der Leistung haftbar sein könnten. Es käme also zu jener verjährungsrechtlichen Besserstellung der im Hinblick auf die Einlagenrückgewähr pflichtwidrig handelnden gegenüber den insoweit unbescholtenen Vorstandsmitglieder, die der II. Zivilsenat für den Aufsichtsrat vermeiden will und die er daher als Argument für sekundäre Schadensersatzansprüche gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern anführt, denen bereits im Hinblick auf die Auszahlung ein Überwachungsverschulden zur Last fällt.³⁸ Solche verjährungsrechtlichen Unterschiede wären indessen als unvermeidbare Folge unterschiedlicher Pflichtverletzungen, die zu jeweils unterschiedlichen Schäden führen, hinzunehmen.

bb) Kein Haftungsausschluss der für die ursprüngliche Pflichtverletzung verantwortlichen Vorstandsmitglieder

Auf Grundlage der Erwägungen des II. Zivilsenats zur sekundären Haftung des Aufsichtsrats erscheint indessen auch die grundsätzliche Ablehnung eines sekundären Schadensersatzanspruchs gegen die für die Einlagenrückgewähr verantwortlichen Vorstandsmitglieder nicht folgerichtig. Das gilt zunächst für das Argument der Schadensidentität. Wenn Ersatzansprüche gegen den Aufsichtsrat nicht deswegen ausgeschlossen sind, weil der durch die Einlagenrückgewähr verursachte Schaden dem Schaden entspricht, der durch das Verjährenlassen von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder entsteht, kann konsequenterweise für das Verjährenlassen des Rückgewähranspruchs gegen den Empfänger durch den Vorstand nichts anderes gelten.

Ebenso wenig tragfähig ist der Gesichtspunkt der Identität der verletzten Pflichten. Ist der Vorstand zum Zeitpunkt der Leistung irrigerweise der Auffassung, das Geschäft mit dem Aktionär sei gesetzeskonform, erscheint es keineswegs ausgeschlossen, eine Pflicht zur Überprüfung dieser Einschätzung und zur Rückforderung zu bejahen, wenn sich nach der Leistung Zweifel an deren Rechtmäßigkeit ergeben. Im Gegenteil läge es vom Ausgangspunkt der Erwägungen des BGH zum Aufsichtsrat nahe, unter solchen Umständen im Verjährenlassen der Ansprüche gegen den Empfänger eine zweite Pflichtverletzung zu sehen, die einen weiteren Ersatzanspruch mit eigenem Verjährungsbeginn auslöst.

³⁸ BGH Der Konzern 2019, 29, 31 Rdn. 32; zust. *Löbbe/Lüneborg*, Der Konzern 2019, 53, 57.

Das Argument, durch das Unterlassen der Rückforderung verletze der Vorstand dieselbe Pflicht wie durch die Auszahlung selbst, könnte allenfalls bei vorsätzlicher Einlagenrückgewähr einleuchten. Hier liegt der Unrechtsgehalt in der bewussten und gewollten Schädigung der Gesellschaft, nicht aber in dem Versäumnis, den dadurch verursachten Nachteil wieder zu beseitigen. Zwar hätte die Verneinung eines dadurch begründeten, selbständig verjährenden sekundären Ersatzanspruchs insoweit eine verjährungsrechtliche Besserstellung gerade derjenigen Organmitglieder zur Folge, die ihre Pflichten vorsätzlich verletzt haben. Indessen dürften sie regelmäßig auch auf deliktsrechtlicher Grundlage, etwa nach § 826 BGB oder nach § 823 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaft haften. Diese Ansprüche unterliegen aber der kenntnisabhängigen Verjährung nach §§ 195, 199 BGB,³⁹ die nicht aufgrund einer Zurechnung des Wissens der selbst deliktisch handelnden Organmitglieder in Gang gesetzt wird.⁴⁰ Deren Inanspruchnahme ist also immerhin bis zum Ablauf der objektiven Höchstfrist von zehn Jahren nach Anspruchsentstehung gem. § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB möglich. Bei kollusivem Zusammenwirken oder bewusster Verschleierung der Pflichtwidrigkeit kann außerdem die Berufung auf die Verjährung rechtsmissbräuchlich sein.⁴¹

cc) Folgen einer Verneinung sekundärer Ersatzansprüche bei nicht börsennotierten Gesellschaften

Wenig ansprechend sind schließlich bei nicht börsennotierten Gesellschaften die Folgen der grundsätzlichen Ablehnung einer eigenständigen Pflichtverletzung des Vorstands durch Verjährenlassen des Rückgewähranspruchs. Schadensersatzansprüche gegen den Vorstand wegen der Einlagenrückgewähr verjähren nach fünf Jahren. Der Rückgewähranspruch gegen den Empfänger ist weitere fünf Jahre durchsetzbar. Nimmt man den BGH beim Wort, wäre der Vorstand zwar auch nach Verjährung seiner Ersatzpflicht gehalten, den Rückgewähranspruch gegen den Empfänger vor Ablauf der zehnjährigen Verjährungsfrist des § 62 Abs. 3 Satz 1 AktG geltend zu machen; eine Verletzung dieser Pflicht würde indessen keinen neuen Schadensersatzanspruch gegen den Vorstand begründen. Der Aufsichtsrat könnte versuchen, den Vorstand zur Geltendmachung des Rückgewähranspruchs zu bewegen, um damit zugleich seine eigene Sekundärhaftung auszuschließen, hätte indessen selbst keine Möglichkeit zur Anspruchsdurchsetzung. Dieses Ergebnis erscheint bei der nicht börsennotierten AG umso

³⁹ BGHZ 179, 344, 354 f. Rdn. 34; MünchKommAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 329; Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 304; Hüffer/Koch/*ders.*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 93 Rdn. 86.

⁴⁰ BGHZ 179, 344, 354 f. Rdn. 34; BGH NZG 2011, 628, 629 Rdn. 10; Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rdn. 304; Hüffer/Koch/*ders.*, 13. Aufl. 2018, § 93 Rdn. 86.

⁴¹ BGH ZIP 2005, 852.

weniger plausibel, als selbst die für die Einlagenrückgewähr verantwortlichen Vorstandsmitglieder nach Ablauf von fünf Jahren keine Inanspruchnahme wegen dieser Pflichtverletzung mehr befürchten müssen, so dass für sie ab diesem Zeitpunkt keine Gefahr einer haftungsauslösenden Selbstbeziehung besteht, wenn sie Ansprüche gegen den Empfänger geltend machen.

c) Schadensersatzpflicht wegen Verjährenlassens von Ersatzansprüchen gegen den Aufsichtsrat

Die Erwägungen, mit denen der II. Zivilsenat sekundäre Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder verneint, sind aber auch in anderer Hinsicht angreifbar. Für die Durchsetzung von Ansprüchen gegen Vorstandsmitglieder ist nach § 112 AktG ausschließlich der Aufsichtsrat zuständig. Daher liegt kein pflichtwidriges Unterlassen des Vorstands darin, dass er Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen seine Mitglieder nicht geltend macht.⁴² Allerdings obliegt es dem Vorstand, für die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Aufsichtsratsmitglieder zu sorgen. Das gilt auch für Schadensersatzansprüche, die darauf beruhen, dass es der Aufsichtsrat unter Verletzung seiner Überwachungspflicht versäumt hat, gegen eine unerlaubte Einlagenrückgewähr oder andere Pflichtverletzungen des Vorstands einzuschreiten. Überträgt man die Erwägungen des BGH zum Aufsichtsrat auf den Vorstand, so ist dieser schadensersatzpflichtig, wenn er solche Ansprüche gegen den Aufsichtsrat verjähren lässt.

Diese Ersatzpflicht scheidet auch nicht etwa daran, dass der zu ersetzende Schaden bereits auf andere Weise ausgeglichen wäre. Zwar trifft nach Auffassung des BGH den Aufsichtsrat seinerseits eine sekundäre Schadensersatzpflicht, wenn er Schadensersatzansprüche gegen die für die Einlagenrückgewähr verantwortlichen Vorstandsmitglieder nicht vor Eintritt der Verjährung geltend gemacht hat. Derartige Ersatzansprüche gegen den Aufsichtsrat beseitigen indessen den Schaden der Gesellschaft ebenso wenig wie der Rückgewähranspruch gegen den Empfänger der Einlagenrückgewähr (vgl. oben, III. 1. a)). Anderenfalls würden die Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einander wechselseitig die Grundlage entziehen, ohne dass die Gesellschaft tatsächlich Ersatz erlangt hätte.

Die Pflicht des Vorstands, Schadensersatzansprüche gegen den Aufsichtsrat geltend zu machen, ist schließlich auch nicht identisch mit der Pflicht des Vorstands, keine pflichtwidrigen

⁴² Bayer/Scholz, NZG 2019, 201, 207; a.A. Altmeyden, ZIP 2019, 1253, 1255.

Geschäftsführungsmaßnahmen vorzunehmen. Zwar betreffen beide Pflichten „letztlich“⁴³ dasselbe wirtschaftliche Interesse und denselben Schaden. Das trifft indessen, wie der BGH in der Easy Software-Entscheidung selbst einräumt,⁴⁴ auch für das unterlassene Einschreiten gegen eine pflichtwidrige Einlagenrückgewähr einerseits und das pflichtwidrige Verjährenlassen daraus folgender Ersatzansprüche gegen den Vorstand andererseits zu, ohne dass eine eigenständige Verjährung des sekundären Schadensersatzanspruchs gegen den Aufsichtsrat wegen des zweitgenannten Pflichtverstoßes deswegen ausgeschlossen wäre.

Auch der Umstand, dass der Vorstand durch die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Aufsichtsrat auf eigene Pflichtverstöße hinweisen würde, dürfte sekundäre Ersatzansprüche gegen ihn nicht ausschließen, denn die Erwägungen des BGH zur Haftung des Aufsichtsrats lassen sich auch in diesem Punkt auf den Vorstand übertragen. Für Vorstandsmitglieder, die nicht für die verbotene Leistung verantwortlich waren, sei es, weil ihnen insoweit keine Pflichtverletzung zur Last fällt, sei es, weil sie ihr Amt erst nach der Leistung angetreten haben, spielt der Gesichtspunkt der Selbstbeziehung ohnehin keine Rolle.

2. Überwachungspflichtverletzung und Pflicht zur Anspruchsdurchsetzung des Empfängers der Einlagenrückgewähr

Der II. Zivilsenat geht offenbar davon aus, das Aufsichtsratsmitglied habe im Zusammenhang mit der Einlagenrückgewähr durch den Vorstand seine Überwachungspflicht verletzt.⁴⁵ Das allein könne ihn aber nicht von der Pflicht zur Verfolgung von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand entbinden.⁴⁶ Ist ein Aufsichtsratsmitglied selbst Empfänger der verbotenen Leistung, liegt der Vorwurf indessen in seiner Mitwirkung an dem betreffenden Geschäft und der Entgegennahme der Leistung zum Nachteil der Gesellschaft. Dagegen wird man nicht annehmen können, dass den Empfänger einer verbotenen Einlagenrückgewähr in seiner Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglied die Pflicht trifft, gegen das Geschäft zwischen der Gesellschaft und sich selbst einzuschreiten. Der Empfänger verletzt daher durch die Mitwirkung an einer verbotenen Leistung seine organschaftliche Loyalitätspflicht gegenüber der Gesellschaft, nicht aber (zusätzlich) seine Sorgfaltspflicht im Hinblick auf die Überwachung des Vorstands. Demgegenüber kommt bei den anderen Aufsichtsratsmitgliedern allein eine Überwachungspflichtverletzung, also ein Sorgfaltspflichtverstoß, in Betracht. Dementsprechend wäre im Hinblick auf den Beklagten im Easy Software-Fall die Frage

⁴³ BGH Der Konzern 2019, 29, 31 Rdn. 26.

⁴⁴ BGH Der Konzern 2019, 29, 31 Rdn. 26 f.

⁴⁵ Vgl. BGH Der Konzern 2019, 29, 31 Rdn. 31, 33 Rdn. 46.

⁴⁶ BGH Der Konzern 2019, 33 Rdn. 46.

dahingehend zu präzisieren, ob ein Aufsichtsratsmitglied auch dann zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder verpflichtet ist, wenn es dadurch seinen eigenen Treupflichtverstoß offenbaren würde.

Aus seiner Sicht ist die Interessenlage jedenfalls durchaus anders gelagert als bei einer vorangegangenen Sorgfaltspflichtverletzung. Im Fall der Überwachungspflichtverletzung haften Aufsichtsrat und Vorstand zwar als Gesamtschuldner; im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs trifft die Letzthaftung aber regelmäßig den Vorstand, dessen Pflichtverletzung schwerer wiegt als die Nachlässigkeit des Aufsichtsrats bei seiner Überwachung (vgl. oben, III. 1. a)). Selbst wenn sich der Aufsichtsrat durch die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder dem Vorwurf aussetzt, er habe seine Überwachungspflicht verletzt, wird doch durch die Ersatzleistung des Vorstands der Schaden beseitigt, so dass auch die Ersatzpflicht des Aufsichtsrats entfällt, ohne dass der Vorstand seinerseits beim Aufsichtsrat Rückgriff nehmen könnte. Ist ein Aufsichtsratsmitglied dagegen Empfänger einer Einlagenrückgewähr, so ist es im Verhältnis zum Vorstand vorrangig zum Ausgleich durch Rückgewähr der empfangenen Leistung verpflichtet. Aber auch für etwaige weitere Schäden der Gesellschaft infolge der Einlagenrückgewähr haftet das dadurch begünstigte Aufsichtsratsmitglied wegen seiner Loyalitätspflichtverletzung im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs mit dem Vorstand nicht lediglich subsidiär, sondern mindestens⁴⁷ zu gleichen Teilen. Erst Recht ist das betreffende Aufsichtsratsmitglied im Verhältnis zu den anderen Aufsichtsratsmitgliedern, denen lediglich eine Verletzung der Überwachungspflicht zur Last fällt, allein zur Schadenstragung verpflichtet.

Anders als bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder, deren Pflichtverletzung der Aufsichtsrat aufgrund unzureichender Überwachung nicht verhindert hat, würde man vom Aufsichtsratsmitglied hier also verlangen, dass es durch Verfolgung von Ansprüchen gegen Vorstandsmitglieder auf seine eigene Letzthaftung aufmerksam macht. Das ist aber nicht Aufgabe des Betroffenen, sondern des Vorstands und der anderen Aufsichtsratsmitglieder. Ist ein Aufsichtsratsmitglied als Empfänger einer Einlagenrückgewähr oder aufgrund einer anderen Loyalitätspflichtverletzung vorrangig zum Schadensausgleich verpflichtet, ginge von einer Verfolgungspflicht auch kein Anreiz aus, durch Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Vorstand für Ausgleich des Gesellschaftsschadens zu sorgen, denn eine Durchsetzung solcher Ansprüche würde zum Rückgriff gegen das Aufsichtsratsmitglied selbst führen. Die Interessenlage ist daher in entscheidender Hinsicht anders als bei der

⁴⁷ Wenn die Einlagenrückgewähr auf Betreiben des Aufsichtsratsmitglieds erfolgt ist, u.U. sogar vorrangig.

Geltendmachung eines Kaufpreisanspruchs oder anderer Forderungen, deren Begründung nicht auf einer Pflichtverletzung des Organmitglieds beruht.⁴⁸

Eine Pflicht des Empfängers einer unzulässigen Leistung, in seiner Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglied für die Verfolgung daraus folgender Ansprüche der Gesellschaft zu sorgen, lässt sich schließlich auch nicht daraus ableiten, dass die Stellung des Aufsichtsrats gegenüber der Gesellschaft derjenigen eines Vormunds im Verhältnis zum Mündel entspreche.⁴⁹ Anders als ein Vormund, der lediglich einmal jährlich gegenüber dem Familiengericht rechenschaftspflichtig ist,⁵⁰ sind Vorstand und Aufsichtsrats nicht nur zur jährlichen Berichterstattung und Rechenschaftslegung gegenüber der Hauptversammlung verpflichtet, sondern unterliegen einer ständigen gegenseitigen Kontrolle, zu der es u.a. gehört, Ansprüche der Gesellschaft gegen Mitglieder des jeweils anderen Organs geltend zu machen. Die institutionelle Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat soll nicht zuletzt dafür sorgen, dass die AG für die Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen nicht auf die Initiative des haftenden Organmitglieds selbst angewiesen ist.

Verneint man aus diesen Gründen eine Pflicht von Aufsichtsratsmitgliedern, sich durch Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand einer Loyalitätspflichtverletzung zu bezichtigen, führt dies auch nicht zu einem Leerlaufen der Pflicht des Aufsichtsrats zur Durchsetzung solcher Ansprüche, denn Loyalitätspflichtverletzungen des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit Pflichtverletzungen des Vorstands dürften die Ausnahme sein, und in solchen Ausnahmefällen wird derartiges Fehlverhalten in aller Regel nur einzelne Aufsichtsratsmitglieder betreffen, so dass die Verfolgungspflicht der anderen unberührt bleibt.

3. Pflichtverstoß der anderen Aufsichtsratsmitglieder

Nähere Betrachtung verdient schließlich die Annahme, das Verjährenlassen von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand begründe ohne Weiteres sekundäre, einer eigenständigen Verjährung unterliegende Ersatzansprüche gegen diejenigen Aufsichtsratsmitglieder, denen im Hinblick auf die schadensbegründende Pflichtverletzung des Vorstands (lediglich) ein Überwachungsverschulden zur Last fällt. Ein Blick auf die Dogmatik des – nach der Reform des Verjährungsrechts aufgegebenen⁵¹ – sekundären Schadensersatzanspruchs gegen Rechtsanwälte, Steuerberater und andere Freiberufler weckt Zweifel daran, dass Untätigkeit des Aufsichtsrats hinsichtlich der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen ohne Weiteres

⁴⁸ A.A. offenbar *Altmeyen*, ZIP 2019, 1253, 1257.

⁴⁹ So aber *Altmeyen*, ZIP 2019, 1253, 1256.

⁵⁰ Vgl. §§ 1840 f. BGB.

⁵¹ Vgl. BGH VersR 2009, 651 = BeckRS 2008, 16408.

eine zweite Pflichtverletzung darstellt, die einer eigenen Verjährung unterliegende Ersatzansprüche begründet.

Vor der Reform des Verjährungsrechts⁵², mit der ein von Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners abhängiger Verjährungsbeginn eingeführt wurde, galt für die Berufshaftung einer Reihe von Freiberuflern, u.a. für Rechtsanwälte und Steuerberater, eine kenntnisunabhängige Sonderverjährung von drei Jahren,⁵³ die für diese Berufsgruppen eine erhebliche Privilegierung gegenüber der damaligen Regelverjährung von dreißig Jahren darstellte. Zum Ausgleich verlangte die Rechtsprechung, dass die betreffenden Berufsträger ihre Auftraggeber rechtzeitig auf mögliche Schadensersatzansprüche aus dem Vertragsverhältnis und deren Verjährung hinwiesen.⁵⁴ Ein Verstoß gegen diese Pflicht führte zu einem sog. Sekundäranspruch, der den Berufsträger dazu verpflichtete, seinen Auftraggeber so zu stellen, als sei die Verjährung des primären Schadensersatzanspruchs nicht eingetreten.⁵⁵ Ein solcher Sekundäranspruch setzte allerdings eine weitere Pflichtverletzung des Berufsträgers vor Verjährung des primären Schadensersatzanspruchs voraus.⁵⁶ Dafür reichte es nicht aus, dass ein ursprünglicher, den Primäranspruch begründender Irrtum lediglich fortwirkte. Der Berufsträger musste vielmehr begründeten Anlass dafür haben, sein schadensbegründendes Verhalten auf dessen Ordnungsmäßigkeit hin zu überprüfen.⁵⁷

Demgegenüber geht der II. Zivilsenat möglicherweise davon aus, dass der Aufsichtsrat auch ohne derartigen begründeten Anlass dazu verpflichtet ist, das Bestehen von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand zu prüfen und ihm eine (weitere) Pflichtverletzung zur Last fällt, wenn er dies unterlässt und dementsprechend solche Ansprüche nicht geltend macht.⁵⁸ Eine solche generelle Pflicht besteht indessen nicht, denn es ist nicht Aufgabe des Aufsichtsrats, die gesamte Geschäftsführung des Vorstands in allen Einzelheiten zu prüfen und zu überwachen. Das Bestehen von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand wegen Gesetzeswidrigkeit oder Unzweckmäßigkeit einzelner Geschäftsvorfälle muss der Aufsichtsrat vielmehr nur dann prüfen, wenn ihm Hinweise auf eine Verletzung von Geschäftsführungspflichten vorliegen.⁵⁹ Hat der Aufsichtsrat an derartigen Geschäftsvorfällen

⁵² Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26. 11. 2001 [(BGBl. I S. 3138)].

⁵³ Nach § 51 BRAO, später § 51b BRAO, § 68 StBerG.

⁵⁴ BGHZ 83, 17, 22 ff.; BGHZ 94, 380, 385.

⁵⁵ RGZ 158, 130, 136; BGHZ 83, 17, 26 f.; BGHZ 94, 380, 385.

⁵⁶ BGHZ 94, 380, 387 f.; BGH WM 2005, 2106, 2107 f.

⁵⁷ BGHZ 94, 380, 386; BGH WM 2005, 2106, 2108; BGH WM 2013, 93 Rdn. 6 ff.

⁵⁸ BGH Der Konzern 2019, 29 Rdn. 15.

⁵⁹ KölnKommAktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2013, § 111 Rdn. 16.

mitgewirkt, weil er nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG seine Zustimmung erteilt oder mit dem Vorstand oder im Rahmen einer Aufsichtsratssitzung darüber beraten hat, oder hat er zwar von dem betreffenden Vorfall gewusst, sich aber nicht damit befasst, obwohl er dies in Anbetracht der Bedeutung der Maßnahme hätte tun müssen, liegt zwar eine Pflichtverletzung darin, dass er das betreffende Geschäft ermöglicht oder zugelassen hat. Wenn aber der Aufsichtsrat die Rechts- und Zweckmäßigkeit des Geschäfts geprüft hat und fälschlicherweise zu dem Ergebnis gelangt ist, es sei rechtmäßig und entspreche dem Interesse der Gesellschaft, oder wenn er fälschlicherweise meinte, sich mit der Maßnahme wegen ihrer untergeordneten Bedeutung nicht befassen zu müssen, wird man eine weitere Verletzung seiner Überwachungspflicht wegen unterlassener Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand nur dann annehmen können, wenn ihm neue Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass seine Einschätzung unzutreffend war, denn es ist nicht Aufgabe des Aufsichtsrats, ohne konkreten Anlass sämtliche seiner Entscheidungen der vergangenen Jahre im Detail auf ihre Ordnungsmäßigkeit hin zu überprüfen.

Ohne neue Anhaltspunkte für die Fehlerhaftigkeit seiner Einschätzung wirkt daher lediglich die im Rahmen der vorbeugenden Überwachung begangene ursprüngliche Pflichtverletzung des Aufsichtsrats fort. Das gilt auch dann, wenn es der Aufsichtsrat unter Verletzung seiner Überwachungspflicht versäumt hat, sich über den schadensbegründenden Geschäftsvorfall zu informieren und ihn zu unterbinden. Die Pflichtverletzung ist hier in dem fahrlässigen Nichteinschreiten gegen die pflichtwidrige Maßnahme des Vorstands zu sehen. Ein weiterer, davon zu unterscheidender Pflichtverstoß des Aufsichtsrats liegt erst dann vor, wenn sich nachträglich weitere Anhaltspunkte ergeben, die ihn bei pflichtgemäßer Sorgfalt dazu hätten veranlassen müssen, Ersatzansprüche gegen den Vorstand zu prüfen.

Das führt nicht dazu, dass die Gesellschaft in jenen Fällen schutzlos wäre, in denen primäre Ersatzansprüche gegen Mitglieder der Verwaltung wegen pflichtwidriger Geschäftsführung oder Überwachung verjähren. Das lässt sich am bereits erörterten Beispiel einer Einlagenrückgewähr durch eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft zeigen. Während der Rückgewähranspruch gegen den Empfänger nach § 62 Abs. 3 Satz 1 AktG in zehn Jahren verjährt, tritt Verjährung der Schadensersatzansprüche aus §§ 93 Abs. 3 Nr. 1, 116 Satz 1 AktG gegen Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat gemäß § 93 Abs. 6 AktG bereits fünf Jahre nach der Auszahlung ein. Der Gesellschaft steht daher weitere fünf Jahre ein Rückgewähranspruch gegen den Empfänger zu. Diesen Anspruch muss der Vorstand geltend machen, und der Aufsichtsrat hat zu überwachen, dass diese Pflicht erfüllt wird. Das gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, dass Anhaltspunkte für das Bestehen des

Rückgewähranspruchs bestehen, denn die Verwaltung muss nicht für die Geltendmachung aller objektiv bestehenden Ansprüche der Gesellschaft Sorge tragen, sondern nur solche Ansprüche durchsetzen, deren Bestehen bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Vorstands oder Aufsichtsrats erkennbar ist. Da ein sekundärer Schadensersatzanspruch eine andere Pflichtverletzung als diejenige voraussetzt, die zur Begründung des primären Schadensersatzanspruchs geführt hat – im Beispiel der Einlagenrückgewähr die sorgfaltspflichtwidrige Leistung bzw. das sorgfaltspflichtwidrige Nichteinschreiten dagegen durch Vorstand und Aufsichtsrat –, kommt es darauf an, ob sich nach der Auszahlung Anhaltspunkte für deren Unrechtmäßigkeit ergeben haben, die Vorstand und Aufsichtsrat bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätten erkennen können. Ist dies der Fall, sind sowohl die für die Einlagenrückgewähr verantwortlichen als auch diejenigen Vorstandsmitglieder, denen insoweit kein Pflichtverstoß zur Last fällt, etwa weil sie ihr Amt erst nach dem Vorfall angetreten haben, gleichermaßen verpflichtet, den Rückgewähranspruch der Gesellschaft vor Verjährungseintritt geltend zu machen. Tun sie dies nicht, steht der Gesellschaft wegen dieser zweiten Pflichtverletzung ein Schadensersatzanspruch zu, für dessen Geltendmachung der Aufsichtsrat zuständig ist.⁶⁰ Mitglieder des Vorstands einer nicht börsennotierten AG können also auch nach der hier vertretenen Auffassung bis zu 15 Jahre, Mitglieder des Aufsichtsrats einer solchen Gesellschaft bis zu 20 Jahre nach einer Einlagenrückgewähr auf Schadensersatz haften.

V. Fazit

Sekundäre Schadensersatzansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder wegen Verletzung der Pflicht zur Verfolgung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder vor Eintritt der Verjährung können die Effektivität der Organhaftung erhöhen, indem sie den Aufsichtsrat auch dann zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen anhalten, wenn ihm im Hinblick auf den zugrunde liegenden Pflichtverstoß des Vorstands eine Verletzung seiner Überwachungspflicht zur Last fällt, die einen primären Ersatzanspruch gegen den Aufsichtsrat begründet. Für einen sekundären Ersatzanspruch wegen Verjährenlassens von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand reicht es allerdings nicht aus, dass eine der ursprünglichen Überwachungspflichtverletzung zugrundeliegende Nachlässigkeit oder Fehlvorstellung fortwirkt. Ein sekundärer

⁶⁰ Beispiel: Einlagenrückgewähr durch eine nicht börsennotierte AG am 1. 10. 03. Ein Rechtsgutachten, das die Rechtswidrigkeit der Leistung bescheinigt, liegt Vorstand und Aufsichtsrat am 15. 4. 07 vor. Ab diesem Zeitpunkt ist der Vorstand zur Geltendmachung des Rückgewähranspruchs gegen den Empfänger verpflichtet. Lässt er den Anspruch aus § 62 Abs. 1 AktG dennoch im Oktober 13 verjähren, ist er der Gesellschaft wegen dieser zweiten Pflichtverletzung zum Schadensersatz verpflichtet. Der Anspruch entsteht am 2. 10. 13 und verjährt seinerseits in 5 Jahren.

Ersatzanspruch gegen den Aufsichtsrat kommt vielmehr nur dann in Betracht, wenn sich nachträglich weitere Anhaltspunkte ergeben, die ihn bei pflichtgemäßer Sorgfalt dazu hätten veranlassen müssen, Ersatzansprüche gegen den Vorstand zu prüfen.

WORKING PAPERS

1. Andreas Cahn Verwaltungsbefugnisse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht im Übernahmerecht und Rechtsschutz Betroffener; (publ. In: ZHR 167 [2003], 262 ff.)
2. Axel Nawrath Rahmenbedingungen für den Finanzplatz Deutschland: Ziele und Aufgaben der Politik, insbesondere des Bundesministeriums der Finanzen
3. Michael Senger Die Begrenzung von qualifizierten Beteiligungen nach § 12 Abs. 1 KWG; (publ. in: WM 2003, 1697 ff.)
4. Georg Dreyling Bedeutung internationaler Gremien für die Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland
5. Matthias Berger Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz – Schwerpunkt Börsen- und Wertpapierrecht
6. Felicitas Linden Die europäische Wertpapierdienstleistungsrichtlinie- Herausforderungen bei der Gestaltung der Richtlinie
7. Michael Findeisen Nationale und internationale Maßnahmen gegen die Geldwäsche und die Finanzierung des Terrorismus – ein Instrument zur Sicherstellung der Stabilität der Finanzmärkte
8. Regina Nößner Kurs- und Marktpreismanipulation – Gratwanderung zwischen wirtschaftlich sinnvollem und strafrechtlich relevantem Verhalten
9. Franklin R. Edwards The Regulation of Hedge Funds: Financial Stability and Investor Protection; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 30 ff.)
10. Ashley Kovas Should Hedge Fund Products be marketed to Retail Investors? A balancing Act for Regulators; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 91 ff.)
11. Marcia L. MacHarg Waking up to Hedge Funds: Is U.S. Regulation Taking a New Direction?; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 91 ff.)
12. Kai-Uwe Steck Legal Aspects of German Hedge Fund Structures; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 91 ff.)
13. Jörg Vollbrecht Investmentmodernisierungsgesetz – Herausforderungen bei der Umsetzung der OGAW – Richtlinien
14. Jens Conert Basel II – Die Überarbeitung der Eigenkapitalmarktregelungen der Kreditinstitute im Fokus von Wirtschaft- und Wettbewerbspolitik
15. Bob Wessels Germany and Spain lead Changes towards International Insolvencies in Europe
16. Theodor Baums / Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and in Germany; (publ. in: AmJCompL LIII [2005], Nr. 4, S. 31 ff.; abridged version in: Journal of Applied Corporate Finance Vol. 17 [2005], Nr. 4, S. 44 ff.)
Kenneth E. Scott
17. Bob Wessels International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (groups of) Companies
18. Michael Gruson Die Doppelnotierung von Aktien deutscher Gesellschaften an der New Yorker und Frankfurter Börse: Die sogenannte Globale Aktie; (publ. in: Die AG 2004, S. 358 ff.)
19. Michael Gruson Consolidated and Supplementary Supervision of Financial Groups in the European Union; (publ. in: Der Konzern 2004, S. 65 ff. u. S. 249 ff.)
20. Andreas Cahn Das richterliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter und seine Folgen; (publ. in: Der Konzern 2004, S. 235 ff.)
21. David C. Donald The Nomination of Directors under U.S. and German Law
22. Melvin Aron Eisenberg The Duty of Care in American Corporate Law; (deutsche Übersetzung publ. in: Der Konzern 2004, S. 386 ff.)
23. Jürgen Than Rechtsfragen bei der Festlegung von Emissionsbedingungen für Schuldverschreibungen unter besonderer Berücksichtigung der Dematerialisierung und des Depotgesetzes; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 3 ff.)
24. Philipp von Randow Inhaltskontrolle von Emissionsbedingungen; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
25. Hannes Schneider Die Änderung von Anleihebedingungen durch Beschluß der Gläubiger; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
26. Hans-Gert Vogel Die Stellung des Anleihetreuhänders nach deutschem Recht; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
27. Georg Maier-Reimer Rechtsfragen der Restrukturierung, insbesondere der Ersetzung des Schuldners; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
28. Christoph Keller Umschuldung von Staatenanleihen unter Berücksichtigung der Problematik einer Aggregation aller Anleihegläubiger; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)

29. René Bösch Die Emission von Schuldverschreibungen nach schweizerischem Recht – ein Rechtsvergleich mit dem geplanten deutschen Schuldverschreibungsrecht; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
30. Lachlan Burn Bond Issues under U.K. law: How the proposed German Legislation compares; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
31. Patrick S. Kenadjian Bond Issues under New York and U.S. Law: Considerations for the German Law Maker from a U.S. Perspective; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.], Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
32. Andreas Cahn Bankgeheimnis und Forderungsverwertung; (publ. in: WM 2004, S. 2041 ff.)
33. Michael Senger Kapitalkonsolidierung im Bankkonzern; (publ. in: Der Konzern 2005, S. 201 ff.)
34. Andreas Cahn Das neue Insiderrecht; (publ. in: Der Konzern 2005, S. 5 ff.)
35. Helmut Siekmann Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank nach dem geltenden Recht und dem Vertrag über eine Verfassung für Europa
36. Michael Senger Gemeinschaftsunternehmen nach dem Kreditwesengesetz
37. Andreas Cahn Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigenkapitalersatz; (publ. in: Die AG 2005, S. 217 ff.)
38. Helmut Siekmann Die Verwendung des Gewinns der Europäischen Zentralbank und der Bundesbank
39. Guido Ferrarini Contract Standards and the Markets in Financial Instruments Directive (MiFID): An Assessment of the Lamfalussy Regulatory Architecture; (publ. in: European Contract Law Review 2005, p. 19 ff.)
40. David C. Donald Shareholder Voice and Its Opponents; (publ. in: The Journal of Corporate Law Studies, Vol. 5, Issue 2, 2005)
41. John Armour Who should make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition; (publ. in: 58 Current Legal Problems [2005], p. 369 ff.)
42. David C. Donald The Laws Governing Corporations formed under the Delaware and the German Corporate Statutes
43. Garry J. Schinasi / Pedro Gustavo Teixeira The Lender of the Last Resort in the European Single Financial Market; (publ. in: Cross Border Banking: Regulatory Challenges, Gerard Caprio Jr., Douglas D. Evanoff, George G. Kaufman [eds.], 2006)
44. Ashley Kovas UCITS – Past, Present and Future in a World of Increasing Product Diversity
45. Rick Verhagen A New Conflict Rule for Securitization and other Cross- Border Assignments – A potential threat from Europe; (publ. in: Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly 2006, p. 270 ff.)
46. Jochem Reichert / Michael Senger Berichtspflicht des Vorstands und Rechtsschutz der Aktionäre gegen Beschlüsse der Verwaltung über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals im Wege der allgemeinen Feststellungsklage; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 338 ff.)
47. Guido A. Ferrarini One Share – One Vote: A European Rule?; (publ. in: European Company and Financial Law Review, 2006, p. 147 ff.)
48. Theodor Baums Die Fremdkapitalfinanzierung der Aktiengesellschaft durch das Publikum; (publ. in: Bayer/Habersack [Hrsg.], Aktienrecht im Wandel, Band II, 2007, 952 ff.)
49. Ulrich Segna Anspruch auf Einrichtung eines Girokontos aufgrund der ZKA-Empfehlung „Girokonto für jedermann“?; (publ. in: BKR 2006, S. 274 ff.)
50. Andreas Cahn Eigene Aktien und gegenseitige Beteiligungen; (publ. in: Bayer/Habersack [Hrsg.] Aktienrecht im Wandel, Band II, 2007, S. 763 ff.)
51. Hannes Klühs / Roland Schmidtleicher Beteiligungstransparenz im Aktienregister von REIT- Gesellschaften; (publ. in: ZIP 2006, S. 1805 ff.)
52. Theodor Baums Umwandlung und Umtausch von Finanzinstrumenten im Aktien- und Kapitalmarktrecht; (publ. in: Festschrift für Canaris, Bd. II, 2007, S. 3 ff.)
53. Stefan Simon / Daniel Rubner Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 835 ff.)
54. Jochem Reichert Die SE als Gestaltungsinstrument für grenzüberschreitende Umstrukturierungen; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 821 ff.)
55. Peter Kindler Der Wegzug von Gesellschaften in Europa; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 811 ff.)
56. Christian E. Decher Grenzüberschreitende Umstrukturierungen jenseits von SE und Verschmelzungsrichtlinie; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 805 ff.)

57. Theodor Baums Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht; (publ. in: Die AG 2007, S. 57 ff.)
58. Theodor Baums European Company Law beyond the 2003 Action Plan; (publ. in: European Business Organization Law Review Vol. 8, 2007, S. 143 ff.)
59. Andreas Cahn / Jürgen Götzt Ad-hoc-Publizität und Regelberichterstattung; (publ. in: Die AG 2007, S. 221 ff.)
60. Roland Schmidtleicher/ Anh-Duc Cordalis „Defensive bids“ für Staatsanleihen – eine Marktmanipulation?; (publ. in: ZBB 2007, S. 124 ff.)
61. Andreas Cahn Die Auswirkungen der Kapitaländerungsrichtlinie auf den Erwerb eigener Aktien; (publ. in: Der Konzern 2007, S. 385 ff.)
62. Theodor Baums Rechtsfragen der Innenfinanzierung im Aktienrecht
63. Theodor Baums The Law of Corporate Finance in Europe – An Essay; (publ. in: Krüger Andersen/Engsig Soerensen [Hrsg.], Company Law and Finance 2008, S. 31 ff.)
64. Oliver Stettes Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – Vorteil oder Ballast im Standortwettbewerb?; (publ. in: Die AG 2007, S. 611 ff.)
65. Theodor Baums / Astrid Keinath / Daniel Gajek Fortschritte bei Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse? Eine empirische Studie; (publ. in: ZIP 2007, S. 1629 ff.)
66. Stefan Brass / Thomas Tiedemann Die zentrale Gegenpartei beim unzulässigen Erwerb eigener Aktien; (publ. in: ZBB 2007, S.257 ff.)
67. Theodor Baums Zur Deregulierung des Depotstimmrechts; (publ. in: ZHR 171 [2007], S. 599 ff.)
68. David C. Donald The Rise and Effects of the Indirect Holding System: How Corporate America ceded its Shareholders to Intermediaries
69. Andreas Cahn Das Wettbewerbsverbot des Vorstands in der AG & Co. KG; (publ. in: Der Konzern 2007, S. 716 ff.)
70. Theodor Baums/ Florian Drinhausen Weitere Reform des Rechts der Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen; (publ. in: ZIP 2008, S. 145 ff.)
71. David C. Donald Die Übertragung von Kapitalmarktpapieren nach dem US- Amerikanischen *Uniform Commercial Code* (UCC)
72. Tim Florstedt Zum Ordnungswert des § 136 InsO; (publ. in: ZInsO 2007, S. 914 ff.)
73. Melanie Döge / Stefan Jobst Abmahnung von GmbH-Geschäftsführern in befristeten Anstellungsverhältnissen; (publ. in: GmbHR 2008, S. 527 ff.)
74. Roland Schmidtleicher Das „neue“ acting in concert – ein Fall für den EuGH?; (publ. in: Die AG 2008, S. 73 ff.)
75. Theodor Baums Europäische Modellgesetze im Gesellschaftsrecht; (publ. in: Kley/Leven/Rudolph/Schneider [Hrsg.], Aktie und Kapitalmarkt. Anlegerschutz, Unternehmensfinanzierung und Finanzplatz, 2008, S. 525 ff.)
76. Andreas Cahn / Nicolas Ostler Eigene Aktien und Wertpapierleihe; (publ. in: Die AG 2008, S. 221 ff.)
77. David C. Donald Approaching Comparative Company Law
78. Theodor Baums / Paul Krüger Andersen The European Model Company Law Act Project; (publ. in: Tison/de Wulf/van der Elst/Steennot [eds.], Perspectives in Company Law and Financial Regulation. Essays in Honour of Eddy Wymeersch, 2009, S. 5 ff.)
79. Theodor Baums « Lois modèles » européennes en droit des sociétés; (publ. in: Revue des Sociétés 2008, S. 81 ff.)
80. Ulrich Segna Irrungen und Wurrungen im Umgang mit den §§ 21 ff. WpHG und § 244 AktG; (publ. in: Die AG 2008, S. 311 ff.)
81. Reto Francioni/ Roger Müller/ Horst Hammen Börsenkooperationen im Labyrinth des Börsenrechts
82. Günther M. Bredow/ Hans-Gert Vogel Kreditverkäufe in der Praxis – Missbrauchsfälle und aktuelle Reformansätze; (publ. in: BKR 2008, S. 271 ff.)
83. Theodor Baums Zur AGB-Kontrolle durch die BaFin am Beispiel des Bausparrechts; (publ. in: Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht. Festschrift für Nobbe, 2009, S. 815 ff.)
84. José Engrácia Antunes The Law of Corporate Groups in Portugal
85. Maike Sauter Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG); (publ. in: ZIP 2008, S. 1706 ff.)

86. James D. Cox /
Randall S. Thomas /
Lynn Bai
There are Plaintiffs and... There are Plaintiffs: An Empirical Analysis of Securities Class Action Settlements
87. Michael Bradley /
James D. Cox /
Mitu Gulati
The Market Reaction to Legal Shocks and their Antidotes: Lessons from the Sovereign Debt Market
88. Theodor Baums
Zur monistischen Verfassung der deutschen Aktiengesellschaft. Überlegungen de lege ferenda; (publ. in: Gedächtnisschrift für Gruson, 2009, S. 1 ff.)
89. Theodor Baums
Rücklagenbildung und Gewinnausschüttung im Aktienrecht; (publ. in: Festschrift für K. Schmidt, 2008, S. 57 ff.)
90. Theodor Baums
Die gerichtliche Kontrolle von Beschlüssen der Gläubigerversammlung nach dem Referentenentwurf eines neuen Schuldverschreibungsgesetzes; (publ. in: ZBB 2009, S. 1 ff.)
91. Tim Florstedt
Wege zu einer Neuordnung des aktienrechtlichen Fristensystems; (publ. in: Der Konzern 2008, S. 504 ff.)
92. Lado Chanturia
Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht der GUS
93. Julia Redenius-Hövermann
Zur Offenlegung von Abfindungszahlungen und Pensionszusagen an ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied; (publ. in: ZIP 2008, S. 2395 ff.)
94. Ulrich Seibert /
Tim Florstedt
Der Regierungsentwurf des ARUG – Inhalt und wesentliche Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf; (publ. in: ZIP 2008, S. 2145 ff.)
95. Andreas Cahn
Das Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG – aktien- und konzernrechtliche Aspekte des neuen Liquiditätsschutzes; (publ. in: Der Konzern 2009, S. 7 ff.)
96. Thomas Huertas
Containment and Cure: Some Perspectives on the Current Crisis
97. Theodor Baums /
Maike Sauter
Anschleichen an Übernahmeziele mittels Cash Settled Equity Derivaten – ein Regelungsvorschlag; (publ. in: ZHR 173 [2009], 454 ff.)
98. Andreas Cahn
Kredite an Gesellschafter – zugleich eine Anmerkung zur MPS-Entscheidung des BGH; (publ. in: Der Konzern 2009, S. 67 ff.)
99. Melanie Döge /
Stefan Jobst
Aktienrecht zwischen börsen- und kapitalmarktorientiertem Ansatz; (publ. in: BKR 2010, S. 136 ff.)
100. Theodor Baums
Der Eintragungsstopp bei Namensaktien; (publ. in: Festschrift für Hüffer, 2010, S. 15 ff.)
101. Nicole Campbell /
Henny Mächler
Die Haftung der Verwaltungsgesellschaft einer fremdverwalteten Investmentaktiengesellschaft
102. Brad Gans
Regulatory Implications of the Global Financial Crisis
103. Arbeitskreis
„Unternehmerische
Mitbestimmung“
Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats; (publ. in: ZIP 2009, S. 885 ff.)
104. Theodor Baums
Rechtsfragen der Bewertung bei Verschmelzung börsennotierter Gesellschaften; (publ. in: Gedächtnisschrift für Schindhelm, 2009, S. 63 ff.)
105. Tim Florstedt
Die Reform des Beschlussmängelrechts durch das ARUG; (publ. in: AG 2009, S. 465 ff.)
106. Melanie Döge
Fonds und Anstalt nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz; (publ. in: ZBB 2009, S. 419 ff.)
107. Matthias Döll
„Say on Pay: Ein Blick ins Ausland und auf die neue Deutsche Regelung“
108. Kenneth E. Scott
Lessons from the Crisis
109. Guido Ferrarini /
Niamh Moloney /
Maria Cristina Ungureanu
Understanding Director’s Pay in Europe: A Comparative and Empirical Analysis
110. Fabio Recine /
Pedro Gustavo Teixeira
The new financial stability architecture in the EU
111. Theodor Baums
Die Unabhängigkeit des Vergütungsberaters; (publ. in: AG 2010, S. 53 ff.)
112. Julia Redenius-Hövermann
Zur Frauenquote im Aufsichtsrat; (publ. in: ZIP 2010, S. 660 ff.)
113. Theodor Baums /
Thierry Bonneau /
André Prüm
The electronic exchange of information and respect for private life, banking secrecy and the free internal market; (publ. in: Rev. Trimestrielle de Droit Financier 2010, N° 2, S. 81 ff.)
114. Tim Florstedt
Fristen und Termine im Recht der Hauptversammlung; (publ. in: ZIP 2010, S. 761 ff.)
115. Tim Florstedt
Zur organhaftungsrechtlichen Aufarbeitung der Finanzmarktkrise; (publ. in: AG 2010, S. 315 ff.)

116. Philipp Paech Systemic risk, regulatory powers and insolvency law – The need for an international instrument on the private law framework for netting
117. Andreas Cahn / Stefan Simon / Rüdiger Theiselmann Forderungen gegen die Gesellschaft als Sacheinlage? – Zum Erfordernis der Forderungsbewertung beim Debt-Equity Swap
118. Theodor Baums Risiko und Risikosteuerung im Aktienrecht; (publ. in: ZGR 2011, S. 218 ff.)
119. Theodor Baums Managerhaftung und Verjährungsfrist; (publ. in: ZHR 174 [2010], S. 593 ff.)
120. Stefan Jobst Börslicher und Außerbörslicher Derivatehandel mittels zentraler Gegenpartei
121. Theodor Baums Das preußische Schuldverschreibungsgesetz von 1833; (publ. in: Bechtold/Jickeli/Rohe [Hrsg.], Recht, Ordnung und Wettbewerb. Festschrift für Möschel, 2011, S. 1097 ff.)
122. Theodor Baums *Low Balling, Creeping in* und deutsches Übernahmerecht; (publ. in: ZIP 2010, S. 2374 ff.)
123. Theodor Baums Eigenkapital: Begriff, Aufgaben, Sicherung; (publ. in: ZHR 2011, S. 160 ff.)
124. Theodor Baums Agio und sonstige Zuzahlungen im Aktienrecht; (publ. in: Festschrift für Hommelhoff, 2012, S. 61 ff.)
125. Yuji Ito Das japanische Gesellschaftsrecht - Entwicklungen und Eigentümlichkeiten
126. Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law
127. Nikolaus Bunting Das Früherkennungssystem des § 91 Abs. 2 AktG in der Prüfungspraxis – Eine kritische Betrachtung des IDW PS 340; (publ. in: ZIP 2012, S. 357 ff.)
128. Andreas Cahn Der Kontrollbegriff des WpÜG; (publ. in: Mülbart/Kiem/Wittig (Hrsg.), 10 Jahre WpÜG, ZHR-Beiheft 76 (2011), S. 77 ff.)
129. Andreas Cahn Professionalisierung des Aufsichtsrats; (publ. in: Veil [Hrsg.], Unternehmensrecht in der Reformdiskussion, 2013, S. 139 ff.)
130. Theodor Baums / Florian Drinhausen / Astrid Keinath Anfechtungsklagen und Freigabeverfahren. Eine empirische Studie; (publ. in: ZIP 2011, S. 2329 ff.)
131. Theodor Baums / Roland Schmidtleicher Neues Schuldverschreibungsrecht und Altanleihen; (publ. in: ZIP 2012, S. 204 ff.)
132. Nikolaus Bunting Rechtsgrundlage und Reichweite der Compliance in Aktiengesellschaft und Konzern; (publ. in: ZIP 2012, S. 1542 ff.)
133. Andreas Cahn Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern; (publ. in: Der Konzern 2012, S. 501 ff.)
134. Andreas Cahn/Henny Mächler Produktinformationen nach MiFID II – Eingriffsvoraussetzungen und Auswirkungen auf die Pflichten des Vorstands von Wertpapierdienstleistungsunternehmen; (publ. in: BKR 2013, S. 45 ff.)
135. Hannes Schneider Ist das SchVG noch zu retten?
136. Daniel Weiß Opt-in ausländischer Altanleihen ins neue Schuldverschreibungsgesetz
137. Hans-Gert Vogel Der Rechtsschutz des Schuldverschreibungsgläubigers
138. Christoph Keller / Nils Köbler Die Bedeutung des Schuldverschreibungsgesetzes für deutsche Staatsanleihen im Lichte der jüngsten Entwicklungen
139. Philipp v. Randow Das Handeln des Gemeinsamen Vertreters – Engagiert oder „zur Jagd getragen“? Rückkoppelungseffekte zwischen business judgment rule und Weisungserteilung
140. Andreas Cahn Die Mitteilungspflicht des Legitimationsaktionärs – zugleich Anmerkung zu OLG Köln AG 2012, 599; (publ. in: AG 2013, S. 459 ff.)
141. Andreas Cahn Aufsichtsrat und Business Judgment Rule; (publ. in: WM 2013, S. 1293 ff.)
142. Reto Francioni / Horst Hammen Internationales Regulierungsgefälle und Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Frankfurt am Main
143. Andreas Cahn/Patrick Kenadjian Contingent Convertible Securities from Theory to CRD IV (publ. in: Busch/Ferrarini (Hrsg.), The European Banking Union, Oxford University Press, 2015, S. 217 ff.)
144. Andreas Cahn Business Judgment Rule und Rechtsfragen (publ. in: Der Konzern 2015, 105 ff.)
145. Theodor Baums Kündigung von Unternehmensanleihen

146. Andreas Cahn Capital Maintenance in German Company Law (publ. in: Fleischer/Kanda/Kim/Mülbert (Hrsg.), German and Asian Perspectives on Company Law, Mohr Siebeck, 2016, S. 159 ff.)
147. Katja Langenbucher Do We Need A Law of Corporate Groups?
148. Theodor Baums The Organ Doctrine. Origins, development and actual meaning in German Company Law
149. Theodor Baums Unabhängige Aufsichtsratsmitglieder
150. Andreas Cahn Rechtsverlust der Tochter bei Mitteilungspflichtverletzung durch die Mutter (publ. in: Der Konzern 2017, S. 217 ff.)
151. Melanie Döge The Financial Obligations of the Shareholder; (publ. in: Birkmose [ed.], Shareholders' Duties, 2017, p. 283 ff.)
152. Felix Hufeld Regulation – a Science of its Own
153. Alexander Georgieff/
Stephanie Latsky “Merger of Equals” Transactions – An Analysis of Relevant Considerations and Deal Trends
154. Julia Redenius-Hövermann/
Hendrik Schmidt Zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern - Überlegungen zur Einordnung und Definition des Unabhängigkeitsbegriffs
155. Alexander Georgieff/Frank
Bretag Key drivers of global mergers & acquisitions since the financial crisis
156. Andreas Cahn Die sog. gespaltene Auslegung im Kapitalmarktrecht (publ. in: Klöhn/Mock (Hrsg.) Festschrift 25 Jahre WpHG, 2019, S. 37 ff.)
157. Alexander Georgieff Shareholder Considerations in Public Mergers and Acquisitions in the Context of Increased Ownership Concentration and Institutional Investor Stewardship
158. Andreas Cahn Sekundäre Schadensersatzpflichten des Aufsichtsrats wegen unterlassener Anspruchsdurchsetzung – Nachlese zur Easy Software-Entscheidung des BGH (publ. in ZHR 184 (2020), S. 297 ff.)



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE
Goethe-Universität Frankfurt am Main

A large, stylized graphic of the letters 'ILF' in a bold, serif font, rendered in a light blue color. The letters are set against a background of concentric, overlapping circles that create a grid-like pattern, similar to the logo above. The graphic is positioned on the left side of the page, extending from the bottom edge towards the top.
