

Herausgeber:

Prof. Dr. Christian Armbrüster, Richter am KG a.D. · Dr. Jörg Frhr. Frank von Fürstenwerth, Rechtsanwalt, vormals Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. · Prof. Dr. Christoph Karczewski, Vorsitzender Richter am BGH · Monika Maria Risch, Rechtsanwältin, Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im Deutschen Anwaltverein · Dr. h.c. Wilhelm Schluckebier, Richter des BVerfG a.D., Ombudsmann für Versicherungen · Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M. · Christian Wirth, Rechtsanwalt

Schriftleitung:

Joachim Felsch, Richter am BGH a.D. (Sprecher) · Dr. Jens Rogler, Vorsitzender Richter am LG (stellv. Sprecher) · Dr. Carla Burmann, Rechtsanwältin · Dr. Florian Dallwig, Rechtsanwalt und Notar · Prof. Dr. Michael Fortmann · Dr. Ulf Hoenicke · Prof. Dr. Karl Maier · Monika Maria Risch, Rechtsanwältin · Mathis Rudy, Vorsitzender Richter am LG · Prof. Dr. Peter Schimikowski, Rechtsanwalt

In Zusammenarbeit mit der Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im Deutschen Anwaltverein

Entscheidungseinsendungen bitte an rus@beck.de.

Aufsatz

RA Oliver Lange, LL. M. (M&A), LL. M. (Insurance), Köln*

Organhaftung und Pishing – oder: Wo versteckt man am besten ein Blatt?

Gliederung

- I. Einleitung
- II. Der Gegenstand der Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG
- III. Die Sichtweise des OLG Zweibrücken
- IV. Stellungnahme
- V. Beurteilung des Streitfalls gem. § 43 Abs. 2 GmbHG
- VI. Weitere haftungsrechtliche Aspekte
- VII. Implikationen für die D&O-Versicherung
- VIII. Fazit

I. Einleitung

[1] Die menschliche Wahrnehmung übersieht vieles und wertet Andeutungen zu Tatsachen auf. Sie ist insgesamt äußerst unzuverlässig. Gerade Weglassungen bleiben häufig unbemerkt. Oder haben Sie etwa sofort erkannt, dass in der Überschrift das Wort „Pishing“ falsch geschrieben ist, weil ein „h“ fehlt (richtige Schreibweise: „Phishing“)? Genauso verhält es sich mit geringfügigen Detailveränderungen. Eine scheinbar vertraute Information wird typischerweise weniger hinterfragt als eine unbekanntere Tatsache. Hieraus erklärt sich das Phänomen des übersehenen „Zahlendreher“. Erwartet der Leser eine bestimmte mehrstellige Zahl, fällt ein Zahlendreher angesichts des Vorhandenseins aller erwarteten Einzelzahlen nicht unbedingt auf. Gleiches gilt für „Buchstabendreher“. Nach einem Experiment der Univer-

sität von Massachusetts ist es egal, „in welcher Reihenfolge die Buchstaben in Wörtern vorkommen.“ Die Verständlichkeit ändert sich nicht, wenn die Buchstabenreihenfolge – ausgenommen der erste und der letzte Buchstabe – geändert wird¹. Rechtlich gesprochen ist das eine offenkundige Tatsache, die im Prozess noch nicht einmal bewiesen werden muss (§ 291 ZPO). Denn jeder Lesende weiß, dass er ein Wort nicht versteht, indem er jeden Buchstaben einzeln betrachtet und hieraus die Bedeutung der Buchstabenfolge ableitet, sondern durch Anschauung des Gesamtwortes und intuitive Zuordnung einer erinnerten Bedeutung² – selbst dann, wenn das Wort im Detail irgendwie falsch geschrieben ist.

[2] Vor diesem kognitionspsychologischen Hintergrund hatte das OLG Zweibrücken über einen Organhaftungs-Fall zu entscheiden, in dem es darum ging, dass eine (Mit-)Geschäftsführerin einer GmbH zwischen Mai und Anfang September 2020 viermal Geldbeträge (rund 90.000, 50.000, 25.000 und 60.000 USD) an einen ihr bereits bekannten ausländischen Lieferanten – aber auf angeblich neue Bank-

* Der Autor leitet die Schadenbearbeitung der D&O-Versicherungsgemeinschaft VOV. Die Ausführungen geben seine persönliche Meinung wieder, die nicht zwangsläufig der Meinung der VOV entspricht.

1 Quelle: <https://www.spektrum.de/news/woerter-bleiben-trotz-buchstaben-salat-tatsaechlich-lesbar/797865>

2 Hierzu siehe: <http://satzzeichen-blog.de/2018/10/03/wiseco-knoenn-wir-das-lesen-wie-unser-gehirn-beim-lesen-woerter-erfasst/>

konten in mehreren Ländern – überwiesen hatte, nachdem sie hierzu durch ihre ebenfalls bereits bekannte Ansprechpartnerin bei dem Lieferanten wiederholt per Email mit der Endung „@w...film.com“ aufgefordert worden war. Dabei hatte die Geschäftsführerin übersehen, dass die richtige Emailadresse der Ansprechpartnerin auf „@w...film.com“ endete, weshalb ihr auch verborgen blieb, dass sie auf wiederholte betrügerische Zahlungsaufforderungen hereinfiel. Die vermeintlich echte Ansprechpartnerin war in Wahrheit ein (unbekannter) Krimineller, der sich die elektronische Identität und Emailadresse mittels Phishing besorgt hatte.

[3] Das OLG Zweibrücken hat die Schadenersatzklage, wie zuvor schon das LG Frankenthal³, abgewiesen. Interessant ist die Begründung (derentwegen das Gericht sogar selbst die Revision zugelassen hat⁴, ohne dass die unterlegene Gesellschaft von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollte⁵). Sie geht hauptsächlich dahin, dass das schädigende Verhalten der Geschäftsführerin nicht zu den Tätigkeiten zähle, die Gegenstand der Organhaftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG sind und – eher nebensächlich – damit weiter, dass eine Haftung wegen Verletzung des Anstellungsvertrags nach den Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung und wegen Gesellschafterzustimmung ausscheide. Auf Einzelheiten zur Hauptbegründung wird unter III. bis V., zu den Nebenbegründungen unter VI. einzugehen sein; erst einmal wird, sogleich unter II., skizziert, was eigentlich Gegenstand der allgemeinen⁶ Organ-Innenhaftung ist.

II. Der Gegenstand der Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG

[4] Ausgangspunkt der Betrachtung ist – für die GmbH und die allgemeine Innenhaftung eines GmbHG-Geschäftsführers⁷ – § 43 Abs. 2 GmbHG: „Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden.“ In Ansehung dieser Vorschrift stellt sich die Frage, welche Obliegenheiten (sprich: Pflichten⁸) ein GmbH-Geschäftsführer überhaupt hat. Diese Frage lässt sich durch Aufzählung zahlreicher Einzelpflichten⁹ oder (dann weniger zahlreicher) Pflichten-
gruppen¹⁰ beantworten oder dadurch, dass die Pflichtenstellung des Geschäftsführers als solche beschrieben wird, also gewissermaßen seine Schuldnerschaft gegenüber der Gesellschaft, aus der die Einzelpflichten und Pflichtengruppen entspringen. Letzteres erscheint, obwohl die meisten Kommentierungen einen anderen Weg gehen, als zielführendere Vorgehensweise, weil bloßen Aufzählungen immer etwas Apodiktisches anhaftet und es überdies willkürlich erscheint, aus der auf begrenztem Raum gar nicht abbildbaren¹¹ Fülle aller Einzelpflichten einige wenige herauszupicken und viele andere unerwähnt zu lassen. Dies vorausgeschickt gilt folgen-

[5] Wird eine GmbH von einem oder mehreren Gesellschaftern errichtet, liegt die Allzuständigkeit für sämtliche Angelegenheiten der Gesellschaft bei dem oder den Gesellschafter(n)¹². Bestellen diese einen Geschäftsführer, ohne irgendwelche Vorgaben zum Gegenstand seiner Tätigkeit zu machen (bspw. in der Satzung, in einer Geschäftsordnung, im Anstellungsvertrag¹³ oder durch Gesellschafterbeschluss), verleihen sie ihm – vorübergehend und jederzeit widerruflich¹⁴ – ihre Allzuständigkeit¹⁵ mit Ausnahme der Zuständigkeit für die sog. Grundlagenentscheidungen gem. § 46 GmbHG und sog. Grundlagengeschäfte¹⁶, die stets bei ihnen verbleibt. Hat die Gesellschaft keinen weiteren Mit-

arbeiter als den Geschäftsführer, ist dieser also – quasi als Beliehener – (nahezu) allzuständig und damit gleichermaßen verantwortlich im Sinne des § 43 Abs. 2 GmbHG. Dies bedeutet zum einen, dass der Geschäftsführer sich gegenüber der Gesellschaft nicht etwa darauf berufen kann, dass

- 3 Urt. v. 4.10.2021 – 2 HK O 8/21 (soweit ersichtlich nicht veröffentlicht).
- 4 OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 55.
- 5 Bachmann, NZG 2023, 316, 322, teilt jedenfalls mit, dass keine Revision eingelegt worden sei.
- 6 Mit „allgemeiner Organ-Innenhaftung“ sind Fälle gemeint, in denen ein Geschäftsleiter von „seiner“ Gesellschaft aufgrund einer Generalklausel auf Haftung in Anspruch genommen wird, bspw. ein GmbHG-Geschäftsführer aufgrund des § 43 Abs. 2 GmbHG oder ein AG-Vorstand aufgrund des § 93 Abs. 2 AktG. Davon zu unterscheiden sind Fälle spezieller Organ-Innenhaftung, die eigenen Regeln folgen, bspw. Inanspruchnahmen durch die Gesellschaft aufgrund der §§ 9 a Abs. 1 GmbHG, § 57 Abs. 4 GmbHG, § 15 b InsO, § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB iVm § 266 StGB. Von der Innenhaftung zu unterscheiden ist die Außenhaftung, also Inanspruchnahmen eines Geschäftsleiters durch Dritte, bspw. Krankenkassen gem. § 823 Abs. 2 BGB iVm § 266 a StGB (zu Einzelheiten siehe Thümmel, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 5. Aufl. 2016, Rn. 33 ff.).
- 7 Gegenstand der Betrachtung soll nur die allgemeine Innenhaftung eines GmbH-Geschäftsführers sein, weil der vom OLG Zweibrücken entschiedene Fall eine GmbH betraf. Für eine AG und die allgemeine Innenhaftung eines AG-Vorstands gelten ähnliche, aber nicht unbedingt identische Erwägungen (hierzu siehe bspw. BGH NJW 2019, 1512 Rn. 22 und 34).
- 8 Nicht gemeint sind Obliegenheiten im allgemeinen Rechtssinne, also Pflichten, deren Verletzung lediglich einen Rechtsverlust des Schuldners, aber keine Schadenersatzhaftung zur Folge hat und die auch nicht einklagbar sind (hierzu siehe Felsch, in: Ruffer/Halbach/Schimikowski, VVG, 4. Aufl. 2020, § 28 Rn. 5).
- 9 So bspw. Altmeyden, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 45 Rn. 6 ff.
- 10 So bspw. OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 32; Freund, NZG 2021, 579, 580 (unter Bezug auf Krieger/Uwe H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl. 2017); Steffek, JuS 2010, 295, 298.
- 11 In diesem Sinne auch Freund, NZG 2021, 578: „kaum mehr überschaubare Fülle von Pflichten“.
- 12 Altmeyden, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 45 Rn. 2; Noack, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 46 Rn. 90.
- 13 Hierbei handelt es sich bei vereinbarter unentgeltlicher Tätigkeit um einen Auftragsvertrag (§§ 662 ff. BGB) und bei vereinbarter Entgeltlichkeit um einen Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) (Wimmer, DStR 1997, 247). Fehlt ein (wirksamer) Anstellungsvertrag, kann ein solcher nach den Grundsätzen des „faktischen Anstellungsvertrags“ anzunehmen sein (hierzu Wimmer, DStR 1997, 247, 251).
- 14 Die jederzeitige Widerrufbarkeit zeigt sich darin, dass die GmbH-Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung die für die Geschicke der Gesellschaft wesentlichen Entscheidungen fassen, sie durch Weisungen an die Geschäftsführer umsetzen und diese jederzeit abberufen können („hierarchische, von der generellen Kompetenz der Gesellschafterversammlung geprägte Struktur der GmbH-Verfassung“, BGH NJW 2019, 1512 Rn. 33). Die jederzeitige Widerrufbarkeit erstreckt sich (vorbehaltlich Abberufung) nicht auf ausschließlich dem Geschäftsführer „im öffentlichen Interesse zugewiesene Kompetenzen“ (BGH NJW 2019, 1512 Rn. 33), namentlich „die Vertretung der Ges., die Aufstellung des Jahresabschlusses und die Erledigung steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Pflichten der Ges.“ (Noack, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 46 Rn. 90; Altmeyden, NJW 2022, 2785 Rn. 12 ff.) sowie „die Pflichten zur Kapitalerhaltung (§ 43 II und III, §§ 30, 31), die Massesicherungspflichten (§§ 15 a, 15 b InsO) und die Einhaltung der Legalitätspflicht“ (Altmeyden, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 37 Rn. 6).
- 15 Siehe BGH Urt. v. 14.3.2023 – II ZR 162/21, BeckRS 2023, 8609, Rn. 28: „Den Geschäftsführer einer GmbH trifft kraft seiner Amtsstellung grundsätzlich die Pflicht zur Geschäftsführung im Ganzen. (...) Allzuständigkeit“; BGH NJW 1997, 130, 131: „Die Geschäftsführer einer GmbH sind kraft ihrer Amtsstellung grundsätzlich für alle Angelegenheiten der Gesellschaft zuständig.“; ebenso Gehrlein, NZG 2020, 801, 804.
- 16 Bspw. Satzungsänderung, Kapitalerhöhung oder -herabsetzung, Verschmelzung, Spaltung oder Auflösung der Gesellschaft. Der BGH spricht überdies davon, dass der Geschäftsführer verpflichtet sei, „bei besonders bedeutsamen Geschäften (...) die Zustimmung der Gesellschafterversammlung von sich aus einzuholen“ (BGH NJW 2019, 1512 Rn. 37); gemeint sind bspw. die „Veräußerung wesentlicher Unternehmensteile oder deren ausgründende Übertragung“ (Noack, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 46 Rn. 90) oder das Eingehen einer „Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens“ (BGH NJW 2019, 1512 Rn. 36).

er nur für bestimmte Aufgaben, namentlich solche „höherer“ Art, wie etwa die Leitung der Geschäfte¹⁷, zuständig sei und sich um einfache, „niedrigere“ oder alltäglichere Aufgaben, etwa den Kauf eines für den Geschäftsbetrieb benötigten Radiergummis, nicht kümmern müsse¹⁸. Genauso wenig kann er geltend machen, nur für angebliche organschaftliche Aufgaben (was immer das sein soll) zuständig zu sein und irgendwelche operative Tätigkeit nicht zu schulden¹⁹. Zum anderen haftet er dann aber auch gem. § 43 Abs. 2 GmbHG für jede Aufgabe, die er erledigt oder pflichtwidrig nicht erledigt, jeweils gleich ob höherer oder niedriger Art und gleich ob organschaftlicher oder operativer Natur²⁰. § 43 Abs. 2 GmbHG enthält insoweit keinerlei Einschränkung. Und die analog für den GmbH-Geschäftsführer geltende Regelung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG besagt ebenfalls nicht, dass Fehlentscheidungen im Rahmen einfacher, niedriger, alltäglicher, bloß operativer oder etwa „nicht spezifisch organschaftlicher“ Angelegenheiten haftungsfrei sind²¹, sondern lediglich, dass sie nicht als Pflichtverletzung gelten, wenn der Geschäftsführer eine unternehmerische Entscheidung zu treffen hatte und bei seiner Entscheidungsfindung angesichts der (gemessen an den Verhältnissen der Gesellschaft eher) geringen Bedeutung der Angelegenheit vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage eher weniger Information trotzdem angemessen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln²². Passt dem Geschäftsführer die skizzierte Gesamtverantwortung für sämtliche – großen (unternehmensleitenden) wie kleinen (tagesgeschäftsmäßigen) – Angelegenheiten der Gesellschaft nicht, kann er seine Bestellung von vornherein ablehnen oder sein Mandat niederlegen²³.

[6] Das zuvor Gesagte gilt für denjenigen Geschäftsführer, der den alleinigen Personalbestand der Gesellschaft bildet, sei es, weil er deren erster, sei es, weil er ihr letzter Mitarbeiter ist. In der Praxis versucht ein Geschäftsführer natürlich, die für ihn missliche Arbeits- und Haftungssituation zu verbessern, indem er nach Möglichkeit weitere Mitarbeiter einstellt und ursprünglich ihm obliegende Aufgaben – vorrangig die einfacheren oder niedrigeren und jene, zu deren Erledigung ihm die Fachkunde fehlt – auf sie delegiert, soweit delegierbar²⁴. Hierdurch gewinnt er Zeit, um sich auf die ihm ausschließlich zugewiesenen Geschäftsführerpflichten, namentlich die Leitung der Gesellschaft, soweit die Gesellschafter freie Hand lassen, zu konzentrieren und sich – darüber hinaus – den Dingen zu widmen, die er im Übrigen kraft seines unternehmerischen Ermessens für beachtenswert hält. Außerdem gewinnt er Haftungsfreiraum, denn eine verantwortungsbewusste²⁵ Delegation bewirkt im Ergebnis, dass der Geschäftsführer nicht haftet, wenn der Delegatar in seinem Aufgabenbereich schuldlos oder schuldhaft einen Schaden verursacht²⁶. Eine Delegation ändert allerdings nichts am Gegenstand der Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG, die sich, wie gesagt, auf jede (bedeutende wie unbedeutende) Angelegenheit der Gesellschaft erstreckt.

[7] Selbstverständlich – das muss der Vollständigkeit halber gesagt werden – haftet ein Geschäftsführer aus § 43 Abs. 2 GmbHG aber nur, wenn und soweit er eine ihn als Geschäftsführer treffende Pflicht verletzt und nicht, wenn er sich ausschließlich in anderer Eigenschaft, namentlich als Gesellschafter oder Privatmann, verhält²⁷. Maßgebend ist, ob er bei der Schadenverursachung – zumindest auch – „in den Angelegenheiten der Gesellschaft“ (§ 43 Abs. 1 GmbHG) gehandelt oder ob er eine ausschließlich gesch-

schafterliche oder private Angelegenheit verfolgt hat. Letzteres lässt sich am Beispiel der Beschädigung eines nur teilkas-

- 17 Dazu, dass die Leitung der Geschäfte nur ein Teil – wenn auch ein herausgehobener – der Geschäftsführung ist, siehe Jens Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 76 Rn. 8; Spindler, in: MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 76 Rn. 19; Weyland, NZG 2019, 1041, 1042. Gegenstand der „Leitung der Geschäfte“ ist insb. die Unternehmensplanung, -koordination, und -kontrolle und die Besetzung der Führungsstellen (Jens Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 76 Rn. 9, unter Hinweis darauf, dass eine eindeutige Umgrenzung bislang nicht gelungen sei; so auch Spindler, in: MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 76 Rn. 17: „Eine genaue Definition lässt sich nicht geben“).
- 18 Ebenso Freund, NZG 2023, 635, 636 (indem er „eher alltägliche Einzelentscheidungen“ als eine Kategorie der unternehmerischen Entscheidung im Sinne des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG beschreibt); Pelz, RNotZ 2003, 415, 419 (wonach der Geschäftsführer auch für das „Tagesgeschäft“ zuständig ist); Schulze, NJW 2014, 3484 (indem er die Delegation als ein Mittel beschreibt, den Geschäftsführer von der Problematik zu befreien, dass in der Regel „die Geschäftsführung personell nicht in der Lage [ist], alle unternehmensbezogenen Aufgaben selbst zu erfüllen“).
- 19 Siehe BGH NJW 1997, 130, 131: „Die Geschäftsführer einer GmbH sind kraft ihrer Amtsstellung grundsätzlich für alle Angelegenheiten der Gesellschaft zuständig.“; Fest, JuS 2023, 304 f.: „Die Geschäftsführung umfasst in der AG – wie bei anderen Gesellschaftsformen – jede tatsächliche und rechtsgeschäftliche Tätigkeit für die Gesellschaft.“
- 20 BGH NJW 1997, 130, 132: „Dieser vom Gesetz vorgesehenen Allzuständigkeit des Geschäftsführers steht eine entsprechend umfassende Verantwortung für die Belange der Gesellschaft gegenüber.“; ebenso Gelehrlein, NZG 2020, 801, 804; ähnlich OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 23.5.2019 – 5 U 21/18, BeckRS 2019, 16088, Rn. 58: „Grundsätzlich trägt der GmbH-Geschäftsführer die Gesamtverantwortung für die Geschäfte der Gesellschaft“; ferner Beckmann, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, § 28. D&O-Versicherung, Rn. 81, wonach „die gesellschaftsrechtliche Organhaftung auch dienstvertragliche Pflichtverletzungen des Organmitglieds erfasst und damit regelmäßig eine gegenüber Dritten erfolgte fehlerhafte Beratung eine Pflichtverletzung im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft darstellt“; in diese Richtung auch Ihlas, in: Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, 2. Teil., 320. Directors & Officers-Versicherung, Rn. 225: „Haftungsrechtlich wird das Handeln eines Organs im Zweifel immer als Organhandeln beurteilt werden.“; a. A. Bachmann, NZG 2023, 316, 318: keine Haftung gem. § 43 Abs. 2 BGB – sondern gem. § 280 Abs. 1 BGB – für „simpleste Jedermann-Verrichtungen (zB Bedienen des Kopierers, Reinigung des Kaffeautomaten etc.)“; ebenso Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 6 und Ziemons, in: BeckOK GmbHG, 55. Ed. 1.11.2022, § 43 Rn. 45 f. (jew. mwN).
- 21 Ebenso Freund, NZG 2023, 635, 636: „Allerdings gelten am Ende für alle unternehmerischen Entscheidungen, grundlegende betreffend das Geschäftsmodell und die Angebotspalette ebenso wie die alltäglichen Entscheidungen, im Grundsatz die gleichen rechtlichen Voraussetzungen.“; so auch Thümmel, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 5. Aufl. 2016, Rn. 195, indem er verschiedenste alltägliche Geschäftsvorfälle als unternehmerische Entscheidungen im Sinne des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG charakterisiert (und damit mittelbar dem Bereich des § 43 Abs. 2 GmbHG zuordnet).
- 22 Siehe Freund, NZG 2023, 635, 636, wonach im Rahmen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zwischen grundlegenden und alltäglicheren Entscheidungen zu differenzieren ist, „um insbesondere den zu beschaffenden Informationsrahmen und die weiteren Eingangsvoraussetzungen für die Business Judgement Rule richtig zu erfassen. Diese richten sich ganz maßgeblich auch nach der Wichtigkeit und Bedeutung der zu treffenden Entscheidung.“
- 23 Altmeppen, NJW 2022, 2785 Rn. 24 (in Fn. 54 mit dem Hinweis, das könne „er immer (...) im „Radiergummifall“ gewiss auch ohne die geringsten Haftungsrisiken aus dem Dienstvertrag“).
- 24 Zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer Delegation siehe BGH NJW 1997, 130, 132; zu nicht delegierbaren Pflichten siehe Hegnon, CCZ 2009, 57, 58; Jens Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 76 Rn. 8 f.; Schulze, NJW 2014, 3484, 3485; Spindler, in: MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 76 Rn. 20 ff.; Thümmel, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 5. Aufl. 2016, Rn. 203; Weyland, NZG 2019, 1041, 1042.
- 25 Zu den Voraussetzungen einer sorgfältigen Delegation siehe Freund, NZG 2015, 1419, 1422 f.; Hegnon, CCZ 2009, 57, 58 ff.; Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 347 ff.; Schulze, NJW 2014, 3484, 3487 f.
- 26 OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 23.5.2019 – 5 U 21/18, BeckRS 2019, 16088, Rn. 59; Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 43 Rn. 31; Hegnon, CCZ 2009, 57, 58; Schulze, NJW 2014, 3484; Weyland, NZG 2019, 1041, 1042.
- 27 Bachmann, NZG 2023, 316, 318; Robert Koch, EWiR 2023, 203, 204.

koversicherten²⁸ Dienstwagens veranschaulichen: Erfolgt die Beschädigung während einer Dienstfahrt, ist die Haftung für den Fahrzeugschaden nach § 43 Abs. 2 GmbHG zu beurteilen²⁹. Geschieht sie auf einer Privatfahrt, ist § 43 Abs. 2 GmbHG betroffen, wenn es sich um eine unerlaubte Verwendung des der Gesellschaft gehörenden Fahrzeugs handelt, weil es dem Geschäftsführer obliegt, das Gesellschaftsvermögen vor unerlaubten Zugriffen zu schützen³⁰; hingegen ist § 43 Abs. 2 GmbHG bei erlaubter Nutzung für private Zwecke nicht betroffen³¹.

III. Die Sichtweise des OLG Zweibrücken

[8] In dem einleitend geschilderten Fall der Mitgeschäftsführerin, die täuschungsbedingt mehrfach Überweisungen auf vermeintliche Lieferantenkonten veranlasst hatte, meinte das OLG Zweibrücken, keine Geschäftsführertätigkeit feststellen zu können, die Gegenstand der Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG ist. Die Vorschrift erfasse nämlich nicht jede geschäftsführende Tätigkeit, sondern nur „spezifisch organschaftliche Pflichtverletzungen“³². Das seien solche im Rahmen der „Unternehmensleitung“³³. Nicht spezifisch organschaftliche Pflichtverletzungen seien hingegen nicht Gegenstand der Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG. Hierbei handle es sich um „Tätigkeiten, die lediglich bei Gelegenheit der Geschäftsführung vorgenommen werden (zB das Fahren eines Geschäfts-Pkw)“³⁴ oder die „üblicherweise“ – wie Überweisungen an Lieferanten – zur Zuständigkeit nachgeordneter Abteilungen der Gesellschaft gehören, bspw. der „Buchhaltung“³⁵. Für solche Tätigkeiten komme allenfalls eine – letztlich aber zu verneinende³⁶ – Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Anstellungsvertrag in Betracht³⁷.

IV. Stellungnahme

[9] Das OLG Zweibrücken sah sich zu seiner Auslegung des § 43 Abs. 2 GmbHG berechtigt, weil es meinte, eine „eindeutige Rspr. des BGH zu der konkreten Fragestellung des § 43 Abs. 2 GmbHG“ bestehe „nach dem Verständnis des erkennenden Senats nicht.“³⁸ Insoweit erlag das Gericht einem Irrtum, denn der umfassenden Rspr. des BGH zu § 43 Abs. 2 GmbHG kann entnommen werden, dass der Anwendungsbereich dieser Vorschrift noch nie auf „spezifisch organschaftliche Pflichtverletzungen“ iSv Pflichtverletzungen im Rahmen der Unternehmensleitung beschränkt worden ist und dass – soweit ersichtlich – noch nicht einmal Erwägungen in diese Richtung angestellt wurden³⁹. Solcher Erwägungen bedurfte es auch nicht, weil der BGH in der Vergangenheit ganz grundsätzlich gegenteilig geurteilt hat, nämlich dahin, dass die „Geschäftsführer einer GmbH (...) kraft ihrer Amtsstellung grundsätzlich für alle Angelegenheiten der Gesellschaft zuständig“⁴⁰ sind und dieser „vom Gesetz vorgesehenen Allzuständigkeit des Geschäftsführers (...) eine entsprechend umfassende Verantwortung für die Belange der Gesellschaft gegenüber“⁴¹ steht. Angesichts der Eindeutigkeit dieser Position hatte der BGH keinen Anlass, gewissermaßen künstlich die von ihm ohnehin sofort zu verneinende Frage aufzuwerfen, ob es anders sein könnte. An (mindestens) einer Stelle hat er gegenteiligen Erwägungen eines Untergerichts sogar eine deutliche Absage erteilt und ausgesprochen: „Geschäftsführer, die ihre Pflichten verletzen, haften der Gesellschaft für den entstandenen Schaden nach § 43 II GmbHG, nicht, wie das BerGer. fehlerhaft meint, wegen einer Verletzung der Pflichten ihres Anstellungsvertrags nach § 280 I BGB“⁴². In dem beurteilten Fall

ging es – wie im Fall des OLG Zweibrücken – ebenfalls um die Veranlassung einer Zahlung durch einen Geschäftsführer (und seinen Mitgeschäftsführer) und um einen deutlich geringeren und damit alltäglicheren Gesamtbetrag, nämlich „nur“ rund 50.000 EUR (statt um mehr als 200.000 EUR).

[10] Ergänzend ist auf die st. Rspr. des BGH zur Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG zu verweisen, wonach „die Gesellschaft im Rechtsstreit um Schadensersatzansprüche gegen ihren Geschäftsführer gem. § 43 II GmbHG die Darlegungs- und Beweislast nur dafür trägt, dass und inwieweit ihr durch ein Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen ist. Hingegen hat der Geschäftsführer darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass er seinen Sorgfaltpflichten gem. § 43 I GmbHG nachgekommen ist, ihn kein Verschulden trifft oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre“⁴³. Ganz offensichtlich macht der BGH die Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG nur davon abhängig, dass der Gesellschaft „durch ein Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen ist“, nicht aber davon, dass es auf einen speziellen Teilbereich des Pflichtenkreises, nämlich nur auf die „Verletzung einer spezifisch organschaftlichen Pflicht“ ankomme.

[11] Das Haftungskonzept des OLG Zweibrücken ist nicht nur nicht mit der Rspr. des BGH, sondern auch nicht mit der gesetzlichen Regelung in Einklang zu bringen. § 43 Abs. 1 GmbHG bestimmt, dass die Geschäftsführer „in den Angelegenheiten der Gesellschaft“ die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden haben; für den Fall einer Miss-

28 Bei vollkaskoversichertem Dienstwagen ergibt sich aus der Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer, dass dieser gegenüber der Gesellschaft nicht haftet, soweit der Fahrzeugschaden durch die Versicherung gedeckt ist (im Ergebnis – aber aufgrund einer ergänzenden Auslegung des Geschäftsführeranstellungsvertrags gem. §§ 133, 157 BGB – ebenso OLG Koblenz NJW-RR 1999, 911, 912).

29 OLG Koblenz NJW-RR 1999, 911, 912; Bachmann, NZG 2023, 316, 317; a.A. OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 34, wonach „für Tätigkeiten, die lediglich bei Gelegenheit der Geschäftsführung vorgenommen werden (zB das Fahren eines Geschäfts-Pkw) der Pflichten-, Sorgfalts- und Haftungsmaßstab aus den allgemeinen Regeln“ gilt.

30 A.A. Bachmann, NZG 2023, 316, 317, wonach „die Beschädigung des Dienstwagens bei einer Privatfahrt (...) sicher nur nach § 280 I BGB iVm § 241 II BGB (Rücksichtnahme bei Umgang mit dienstlichen Ressourcen in der Freizeit) zu beurteilen ist“, ohne zwischen unerlaubter und erlaubter Privatnutzung zu differenzieren; so auch Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 6.

31 Dann kommt bspw. eine Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Anstellungsvertrag in Betracht oder aus § 823 Abs. 1 BGB.

32 OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 21.

33 OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 36.

34 OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 34; ebenso Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 6; Ziemons, in: BeckOK GmbHG, 55. Ed. 1.11.2022, § 43 Rn. 45 f. (jew. mwN.).

35 OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 36.

36 Hierzu siehe unter VI.

37 OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 34 ff.

38 OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 22; Versteil/El-Taki, NJW 2023, 1548 Rn. 9, teilen dieses Verständnis.

39 Zu diesem Befund siehe auch Fiedler, VersR 2018, 410, 411, wonach die Rspr. die differenzierende Meinung „bisher nicht aufgegriffen“ habe und Finkel/Seitz, in: Seitz/Finkel/Klimke, D&O-Versicherung, 2016, Ziff. 1 AVB-AVG Rn. 144, wonach man aus der Rspr. des BGH folgern könne, „dass der BGH davon ausgeht, dass ein Organ überhaupt nur organschaftlich handeln kann und damit ein nicht organschaftlicher Tätigkeitsbereich nicht existiert. Haftungsrechtlich könnte diese Schlussfolgerung (...) möglich sein (...)“.

40 BGH NJW 1997, 130, 131.

41 BGH NJW 1997, 130, 132.

42 BGH NZG 2008, 104 Rn. 3 (unter Bezug auf BGH NJW 1997, 741).

43 BGH NZG 2021, 1356 Rn. 8 (unter Bezug auf BGH NZG 2008, 104 und NZG 2003, 81).

achtung dieser Vorgabe sieht § 43 Abs. 2 GmbHG vor, dass die Geschäftsführer „der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden“ haften. Eine Begrenzung der Haftung auf einen Teilbereich der „Angelegenheiten der Gesellschaft“, nämlich die Unternehmensleitung, lässt sich den Vorschriften nicht entnehmen⁴⁴. Außerdem besagt § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG, dass die Geschäftsführer insbesondere zum Ersatz verpflichtet sind, „wenn den Bestimmungen des § 30 GmbHG zuwider Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gemacht oder den Bestimmungen des § 33 GmbHG zuwider eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben worden sind.“ Hier wird – durch die Einleitung „insbesondere“ – ganz ausdrücklich eine Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG für „Zahlungen aus dem (...) Vermögen der Gesellschaft“ angeordnet, also für einen Vorgang, den das OLG Zweibrücken mit dem Argument, eine Zahlungsveranlassung sei üblicherweise Angelegenheit der Buchhaltung und damit nicht der Unternehmensleitung, von der Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG ausnehmen will. Im Übrigen spricht auch § 51 a Abs. 1 GmbHG – wie § 43 Abs. 1 GmbHG – von den „Angelegenheiten der Gesellschaft“, begründet insoweit eine Auskunftspflicht der Geschäftsführer gegenüber jedem Gesellschafter und lässt – wie § 43 Abs. 2 GmbHG – nicht erkennen, dass die Obliegenheit auf Angelegenheiten aus dem Geschäftsführungsteilbereich der Unternehmensleitung beschränkt sein soll. Hiermit ist die vom OLG Zweibrücken vertretene restriktive Auslegung des § 43 Abs. 2 GmbHG unvereinbar⁴⁵.

[12] Hinzu kommt, dass die Aufspaltung der Tätigkeitsbereiche eines Geschäftsführers in „spezifisch organschaftliche“ und andere Pflichten unnötige Abgrenzungsschwierigkeiten provoziert⁴⁶. Das Gericht erklärt sich, wie gesagt⁴⁷, lediglich dahin, es gehe um einerseits Tätigkeiten im Rahmen der „Unternehmensleitung“ und andererseits solche, die „üblicherweise“ zur Zuständigkeit nachgeordneter Abteilungen der Gesellschaft gehörten. Wie die Kommentierungen zu § 76 Abs. 1 AktG, wonach der Vorstand „unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten“ hat, zeigen, lässt sich für den Begriff der Unternehmensleitung „eine genaue Definition (...) nicht geben, da es stets auf den Charakter des Unternehmens ankommt“⁴⁸. Die Differenzierung danach, ob sich eine schädigende Geschäftsführerentscheidung als Wahrnehmung einer Leitungs- oder einer Nichtleitungsaufgabe darstellt, kann folglich zu im Entscheidungszeitpunkt nicht vorhersehbaren Haftungsfolgen führen, je nachdem, ob ein später mit der Überprüfung befasstes Gericht rückblickend in Ansehung der ex ante wahrnehmbaren Einzelfallumstände eine Leitungs- oder eine Nichtleitungsentscheidung annimmt⁴⁹. Infolgedessen wäre ein Geschäftsführer einem nicht im Voraus bestimmbar Haftungsrisiko ausgesetzt. Wiederholte gleichartige Entscheidungen könnten überdies verschiedenen haftungsrechtlichen Rahmenbedingungen unterliegen, etwa wenn ein Geschäftsführer jedes Quartal eine bestimmte Entscheidung trifft, die entscheidungsbegleitenden Umstände sich aber, wie in der Praxis häufig, ständig ändern. Dann könnte es dazu kommen, dass die Entscheidung in einem Quartal als Leitungsentscheidung und in einem anderen Quartal als Nichtleitungsentscheidung gewertet werden müsste, womit völlig unterschiedliche Haftungsregime⁵⁰ – einerseits § 43 Abs. 2 GmbHG, andererseits § 280 Abs. 1 BGB⁵¹ – Anwendung finden würden. Das ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht zu befürworten.

[13] Genauso wenig lassen sich unterschiedliche haftungsrechtliche Rahmenbedingungen für Geschäftsführer per-

sonell kleinerer und größerer Gesellschaften rechtfertigen. Bei einem Geschäftsführer, der keine Mitarbeiter hat, kann schon nicht zwischen Tätigkeiten im Rahmen der „Unternehmensleitung“ und solchen, die „üblicherweise“ zur Zuständigkeit nachgeordneter Abteilungen gehören, differenziert werden. Ein Geschäftsführer mit nur wenigen Mitarbeitern kann nur entsprechend wenige Aufgaben in irgendwelche Abteilungen delegieren, weshalb bei ihm verhältnismäßig viele Aufgaben verbleiben, für die er gem. § 43 Abs. 2 GmbHG (mit der ungünstigen Beweislastverteilung analog § 93 Abs. 2 S. 2 AktG) haften würde. Der Geschäftsführer einer personalstarken Gesellschaft könnte hingegen „üblicherweise“ viele Tätigkeiten auf andere übertragen, so dass der Teilbereich der Entscheidungen, für die er gem. § 43 Abs. 2 GmbHG haften müsste, relativ kleiner als der Bereich wäre, für den er – mit für ihn günstigerer Beweislastverteilung⁵² – nur gem. § 280 Abs. 1 BGB einzustehen hätte.

[14] Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass ein Geschäftsführer in der Praxis nicht selten keinen Anstellungsvertrag mit der von ihm geführten, sondern mit einer anderen Gesellschaft hat (sog. Drittanstellung⁵³). Würde man die Geschäftsführerhaftung in eine solche für spezifisch organschaftliche Pflichtverletzungen (aus § 43 Abs. 2 GmbHG) und eine solche für andere Pflichtverletzungen (aus § 280 Abs. 1 GmbHG in Verbindung mit dem Anstellungsvertrag) aufspalten, würde die Haftung für letztere sich nach einem gesellschaftsfremden Rechtsverhältnis richten⁵⁴, nämlich dem Drittanstellungsvertrag, der nicht zwischen der Gesellschaft und ihrem Geschäftsführer, sondern zwischen diesem und einem Dritten besteht. Das würde Interessenskonflikte geradezu heraufbeschwören und damit der Zentrierung des Geschäftsführers auf das Interesse der von ihm geführten Gesellschaft⁵⁵ (auch in Angelegenheiten von geringerer Bedeutung) widersprechen. Außerdem könnte durch gesellschaftsexternen Vertrag versucht werden, die Innenhaftung des Geschäftsführers für nicht spezifisch organschaftliche Pflichtverletzungen zu Lasten der Gesellschaft zu ändern. Dahingehende Regelungen wären zwar als unzulässiger Vertrag zulasten eines Dritten unwirksam, an der tatsächlichen – und uner-

44 Freund, NZG 2023, 635, 636 (siehe oben in Fußnote 21).

45 Im Ergebnis ebenso Fiedler, VersR 2018, 410, 411 (hauptsächlich aus Gläubigerschutzgründen).

46 Fiedler, VersR 2018, 410, 411 f.; Fortmann, r+s 2023, 127; Voit, in: Prölls/Martin, VVG, 31. Aufl. 2021, AVB D&O Rn. 18 a.

47 Siehe unter III.

48 Spindler, in: MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 76 Rn. 17 (mwN.); ähnlich Jens Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 76 Rn. 8, wonach „über genaue Konturen des Leitungsbegriffs (...) nur verschwommene Vorstellungen bestehen“ und Rn. 9: „Subsumtionsfähige Kriterien für Unterscheidung zwischen Leitung und Geschäftsführung gibt es (...) nicht“.

49 Zur Unvorhersehbarkeit des Abwägungsergebnisses siehe auch die von Versteij/El-Taki, NJW 2023, 1548 Rn. 13, nur sehr vage angedeuteten Abwägungskriterien („Art und Größe des Unternehmens“, „Höhe der Überweisung im Verhältnis zu üblichen Zahlungsvorgängen“).

50 Zu den Unterschieden siehe Bachmann, NZG 2023, 316 f.

51 Ergänzend neben beiden Regimen stehen deliktische Ansprüche.

52 Hierzu Bachmann, NZG 2023, 316 f.

53 Hierzu BGH NZG 2019, 861; Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 6 Rn. 65; Deilmann/Dornbusch, NZG 2016, 201 ff.; Reiserer/Lachmann, DStR 2021, 235, 236. Drittanstellender ist häufig eine andere Konzerngesellschaft oder eine Interim-Management-Agentur (siehe Jens Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 84 Rn. 17 mwN.).

54 Das möglicherweise sogar ausländischem Recht unterliegt, wenn der Anstellungsvertrag bspw. mit einer im Ausland ansässigen Gesellschaft geschlossen ist.

55 Siehe Freund, NZG 2023, 635, 636; Gehrlein, NZG 2020, 801, 805.

wünschten – Konstellation, dass der Geschäftsführer „Diener zweier Herren“ wäre, änderte dies aber nichts⁵⁶.

[15] Alles in allem kann der Meinung des OLG Zweibrücken nicht gefolgt werden⁵⁷. Der Geschäftsführer einer GmbH haftet nicht nach unterschiedlichen Innenhaftungsregimen, je nachdem, ob ihm eine spezifisch organschaftliche oder eine andere Pflichtverletzung zur Last fällt, sondern – soweit er nicht ausschließlich in der Eigenschaft als Gesellschafter oder Privatmann handelt – stets gem. § 43 Abs. 2 GmbHG.

V. Beurteilung des Streitfalls gem. § 43 Abs. 2 GmbHG

[16] Für die Geschäftsführerin, deren Haftung das OLG Zweibrücken nicht nach § 43 Abs. 2 GmbHG beurteilen wollte, hätte eine zutreffende Beurteilung im Wesentlichen folgenden Verlauf genommen: Zunächst hätte sich die Frage gestellt, ob eine Pflichtverletzung analog⁵⁸ § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu verneinen ist. Nach der hier kodifizierten Business Judgment Rule liegt eine Pflichtverletzung „nicht vor, wenn [ein Geschäftsleiter] bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

[17] Das hätte die Frage aufgeworfen, ob das schädigende Verhalten der Geschäftsführerin den Charakter einer „unternehmerischen Entscheidung“ hatte. Es bestand „in der Beauftragung von Geldüberweisungen aufgrund einer (gefälschten) Mitteilung einer geänderten Kontoverbindung“ des angeblichen Lieferanten⁵⁹. Die Entscheidung, vermeintliche Forderungen eines vermeintlichen Gläubigers zu erfüllen, ist eine unternehmerische, denn eine gesetzliche oder satzungsmäßige Vorgabe, ob Gläubigerforderungen bezahlt werden, bestand nicht⁶⁰. Insbesondere ergab sich keine Vorgabe aus der vermeintlichen Vertragspflicht zur Zahlung⁶¹, da die Rechtsordnung es dem Geschäftsleiter einer Schuldnerin freistellt, ob die Schuld zeitgerecht erfüllt wird oder stattdessen die Folgen eines Zahlungsverzugs übernommen werden sollen. Die Entscheidung „Zahlung oder Nichtzahlung“ enthält zwar kein prognostisches Element, ein solches ist aber auch nicht Voraussetzung einer „unternehmerischen“ Entscheidung⁶², genauso wenig wie die bisweilen behauptete Voraussetzung, dass es sich um eine „Entscheidung unter Unsicherheit handeln“ müsse, „weil sonst [das] Leitungsermessen nicht benötigt wird, dessen Freiheit § 93 I 2 schützen soll“⁶³. Bereits aus der Entscheidungsalternative „Zahlen oder Nichtzahlen“ mit den damit jeweils verbundenen Rechtsfolgen ergibt sich der Ermessensspielraum⁶⁴, für den § 93 Abs. 1 S. 2 AktG einen haftungsfreien „sicheren Hafen“ als Vorsorge gegen einen künftigen richterlichen Rückschaufehler schaffen will⁶⁵.

[18] Angesichts einer zur Überprüfung stehenden unternehmerischen Entscheidung der Geschäftsführerin wäre als nächstes zu fragen gewesen, ob diese „vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“. Dass die vermeintliche Erfüllung einer vermeintlichen Schuld der Gesellschaft deren vermeintlichem Wohl zu dienen bestimmt ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Problematisch ist lediglich, ob die Geschäftsführerin bei ihrer wiederholten Zahlungsentscheidung „vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information“ zu handeln. Das wäre der Fall gewesen, wenn sie vernünftigerweise annehmen durfte, dass die jeweilige Zahlungsaufforderungsinformation von der Absenderin stammte, von der sie zu stammen

schien, also ihrer Ansprechpartnerin bei der Lieferantin. Da die Information bis auf den Buchstabendreher in der Email-Endung („@w...flim.com“ statt „@w...film.com“) den der Geschäftsführerin bekannten früheren Emails ihrer Ansprechpartnerin entsprach, konzentriert sich die Fragestellung darauf, ob sie den Buchstabendreher vernünftigerweise hätte erkennen müssen. Maßgebend ist insoweit, ob ihre damalige Beurteilung „bei nachträglicher Überprüfung noch als nachvollziehbar (...) erscheint“⁶⁶. Das ist in Ansehung der Tatsachen, die das OLG Zweibrücken in seinem Urteil als seinerzeitige tatbegleitende Umstände mitteilt⁶⁷, im Er-

56 Siehe auch Spindler, in: MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 84 Rn. 85, wonach ein Geschäftsleiter „nicht Diener zweier Herren sein [kann], was sich aufgrund seiner schuldrechtlichen Pflichten des Anstellungsvertrages unweigerlich ergäbe“. Den Geschäftsleiter „darauf zu verweisen, jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob ein Konflikt mit der Leitungsmacht vorliege, übersteht das generelle Potenzial zu Interessenkonflikten, was mit solchen Verträgen geschaffen würde.“

57 A.A. Bachmann, NZG 2023, 316, 318; Robert Koch, EWiR 2023, 203, 204 (wenn auch mit der Kritik, es fehle „die Feststellung, dass Mitarbeiter (der Buchhaltung) der Kl. unterhalb der Geschäftsführungsebene die fraglichen Überweisungen selbstständig hätten vornehmen dürfen. Hätten die sonstigen Mitarbeiter im Gegensatz zur Bekl. für die Überweisungen eine zweite Unterschrift einholen müssen, hätte die Kompetenz der Bekl. in ihrer Organstellung gewurzelt.“)

58 Hierzu Gehrlein NZG 2020, 801, 802.

59 OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 36.

60 Hierzu siehe Jens Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 93 Rn. 35; Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 180.

61 Spindler, in: MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 107 (mwN.); a. A. Jens Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 93 Rn. 38 (mwN.): „Als rechtl. Bindung ist nach zutr. Auffassung auch externe Vertragsbindung der AG anzusehen.“

62 Freund, NZG 2023, 635, 636; Jens Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 93 Rn. 39; Thümmel, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 5. Aufl. 2016, Rn. 191.

63 So Jens Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 93 Rn. 39 (unter Bezug auf C. Schäfer ZIP 2005, 1253, 1256).

64 Siehe auch die von Spindler, in: MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 49, gegebenen zahlreichen Beispiele für hinreichende Entscheidungsunsicherheit, etwa unter dem Aspekt der Wirkung einer Entscheidung auf Gläubiger der Gesellschaft; ebenso Thümmel, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 5. Aufl. 2016, Rn. 191, wonach unternehmerische Entscheidungen solche sind, „bei denen aus rechtlicher Sicht Handlungsspielräume bestehen und die nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkte getroffen werden“; Bachmann, NZG 2023, 316, 317, hält im Zweibrücken-Fall die Business Judgment Rule hingegen für unanwendbar, „denn den Anreiz zum Eingehen von (Verlust-)Risiken, der hinter der BJR steht, soll es eben nur bei Entscheidungen geben, die korrespondierende (Gewinn-)Chancen vermitteln. Die im vorliegenden Fall zu treffende Entscheidung, einen vermeintlichen Gläubiger zu befriedigen, bot solche Chancen von vornherein nicht.“

65 Hierzu Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 175; Spindler, in: MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 43.

66 Jens Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 93 Rn. 44.

67 OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 45 f.: [45] So wurden bei den Phishing-Mails, mit welchen die Bekl. getäuscht wurde, lediglich eine geringfügige Änderung der korrekten E-Mail-Adresse des langjährigen Geschäftspartners der Kl. W. vorgenommen. Es wurden von dem oder den Tätern keine Änderung von Namen bei den (angeblich) für W. handelnden Personen vorgenommen und zudem war zeitlich vor den Überweisungen in Betrugsabsicht eine Änderung von Kontoverbindungen angekündigt worden. Die übersandten Rechnungen in den E-Mails waren plausibel sowohl nach der Art der Darstellung als auch in ihrer Höhe. Hinzu kommt die Art des Phishing-Angriffs, der nicht einmalig, sondern durch fortgesetzten E-Mail-Kontakt erfolgte, wobei jeweils Bezug auf die bestehende Kommunikation genommen wurde (auch auf solche vor Beginn der Phishing-Attacke). Insgesamt ergibt sich daraus das Bild eines sehr professionellen Handelns durch den oder die Phishing-Täter, auf welches die Bekl. als Betrugsopfer „hereingefallen“ ist. [46] Hiergegen ließe sich letztlich nur einwenden, dass Summen ab einer bestimmten Größenordnung nur nach intensiver Überprüfung und unter Wahrung des Vier-Augen-Prinzips überwiesen werden sollten. Angesichts der von der Bekl. glaubhaft geschilderten Ausgestaltung der (von dem Alleingesellschafter vorgegebenen) tatsächlichen Abläufe im Unternehmen der Kl. war eine solche Gegenkontrolle für die Bekl. allerdings nicht leistbar. Die im Einzelnen überwiesenen Summen waren zudem nach im Prozess vorgelegten Kontoauszügen nicht außergewöhnlich, sondern alltäglich.“

gebnis zu bejahen. Das Gericht stellt zwar leichte Fahrlässigkeit fest⁶⁸, denn „die (wenn auch geringfügige) Abweichung der Absenderadresse bei den Phishing-Mails („film.com“ zu „flim.com“) hätte von der Bekl. bei einem höheren Maß an Aufmerksamkeit durchaus bemerkt werden können“⁶⁹. Der nur geringe Sorgfaltsverstoß lässt angesichts der Einzelfallumstände, insbesondere der „Alltäglichkeit“ der Zahlungsentscheidungen⁷⁰, aber nicht die Wertung zu, dass das Überlesen des Buchstabendrehers nicht mehr nachvollziehbar erscheint. Insoweit ist zu bedenken, dass es für die Beurteilung, was ein Geschäftsführer im Sinne der Business Judgment Rule „vernünftigerweise annehmen durfte“, nicht auf eine übermenschliche oder auch nur überdurchschnittliche Vernunft ankommt, sondern – sofern der konkrete Geschäftsführer nicht über bessere Fähigkeiten verfügt (die er dann auch nutzen müsste)⁷¹ – auf die durchschnittliche menschliche Vernunft eines durchschnittlich⁷² ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers einer Gesellschaft der betroffenen Art, Größe und sonstigen Beschaffenheit⁷³. Damit gilt der Maßstab der sog. „begrenzten Rationalität“⁷⁴, die dem menschlichen Denken unvermeidbar eigen und in der Kognitionspsychologie anerkannt ist⁷⁵. Insoweit kann für das Überlesen eines Buchstabendrehers auf andernorts bereits Gesagtes verwiesen werden: Da die begrenzte Rationalität gerade darauf angelegt ist, dissonante Informationen – hier: das Abweichen einer Buchstabenfolge in einer Email-Endung von einer bekannten Email-Endung – zu unterdrücken (sog. „selektive Wahrnehmung“)⁷⁶, bedarf es einer geradezu „ins Auge springenden“ Widersprüchlichkeit, um urteilen zu können, dass ein Entscheider allein wegen Nichterkennens einer Dissonanz nicht „vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information (...) zu handeln“⁷⁷. Ein einfacher Buchstabendreher weist diese Offenkundigkeit nicht auf⁷⁸.

[19] Wäre die Haftung der Geschäftsführerin zutreffend gem. § 43 Abs. 2 GmbHG beurteilt worden, hätte sich nach dem zuvor Gesagten eine Haftungsfreiheit analog § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ergeben, was zugleich zur Folge gehabt hätte, dass die Klage gegen die Geschäftsführerin, weil deliktische Ansprüche nicht in Betracht kamen und Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Anstellungsvertrag im Anwendungsbereich des § 43 Abs. 2 GmbHG verdrängt werden⁷⁹, abgewiesen worden wäre. Im Ergebnis erweist sich das Urteil des OLG Zweibrücken somit als richtig und damit auch die Entscheidung der Kl., von der zugelassenen Revision keinen Gebrauch zu machen.

VI. Weitere haftungsrechtliche Aspekte

[20] Einmal unterstellt, die Geschäftsführerin hätte sich nicht mit Erfolg auf die Business Judgment Rule berufen können, entweder deshalb nicht, weil entgegen der hier vertretenen Ansicht das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung zu verneinen sei oder weil man meint, dass die Geschäftsführerin doch nicht „vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information“ zu handeln, ergäbe sich die Frage nach der dann bestehenden Rechtslage. Um es kurz zu machen: Auch dann wäre die Klage abzuweisen gewesen. Zum einen bedeutet das Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (analog) nämlich nicht, dass zwangsläufig eine Pflichtverletzung festzustellen ist⁸⁰. Und zum anderen urteilt der BGH in st. Rspr., dass – völlig unabhängig

von der Business Judgment Rule⁸¹ – eine fehlerhafte Entscheidung nicht per se pflichtwidrig ist, sondern nur, wenn der Fehler aus ex ante Sicht so evident erscheint, dass er „sich auch einem Außenstehenden förmlich aufdrängen“ musste⁸². Eine derartige Offenkundigkeit kann im hier besprochenen Fall angesichts der typischerweise begrenzten menschlichen Rationalität, wie gesagt, nicht angenommen werden⁸³.

[21] Eine Pflichtverletzung der Geschäftsführerin lässt sich auch nicht mit dem Argument begründen, die Gesellschaft habe für Zahlungen nicht über ein „Vier-Augen“-Sicherheitssystem verfügt, welches einzurichten Pflicht der Geschäftsführerin gewesen sei, die sie nicht erfüllt habe. Selbst mit Blick auf einen solchen Pflichtverletzungsvorwurf würde nämlich der Haftungsraum der Business Judgment Rule eingreifen. Die Implementierung eines Vier-Augen-Prinzips – gleiches gilt für elektronische Sicherungs-

68 OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 44.

69 OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 41.

70 BGH NZG 2017, 116 Rn. 34; zum Beurteilungs-Gesichtspunkt der Alltäglichkeit siehe Freund, NZG 2023, 635, 636; ferner Spindler, in: MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 59 (unter dem Aspekt der „Bedeutung der Entscheidung“) und Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 286 (zur Gewichtung einer Entscheidung durch den Entscheider selbst).

71 Spindler, in: MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 25.

72 OLG Köln NZG 2020, 110 Rn. 78; Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 290; siehe auch Gehrlein, NZG 2020, 801, 803 („typisierter Maßstab“).

73 Siehe Spindler, in: MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 25, wonach sich die „Anforderungen an die Sorgfaltspflicht (...) nicht nach einem einheitlichen festen Maßstab [bemessen], sondern (...) nach der Art und Größe des Unternehmens, der Zahl der Beschäftigten, der Konjunkturlage, den Zeitverhältnissen usw.“; ebenso Gehrlein, NZG 2020, 801, 803 f.

74 Hierzu Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 24 ff.

75 Freund, NZG 2023, 635, 637; ausführlich: Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 281 ff.

76 Hierzu Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 33 ff., insb. Rn. 46.

77 Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 285.

78 Siehe auch Begr.RegE-UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 23, wonach nur ein „grober“ Informationsobliegenheitsverstoß dazu führen soll, dass § 93 Abs. 1 S. 2 AktG dem Geschäftsleiter keinen sicheren Hafen mehr bietet. Im Übrigen kann das wiederholte Übersehen eines Buchstabendrehers auch auf dem – nicht schuldhafte – Gewöhnungseffekt (Habituation) beruhen; nach erstmaliger unbewusster Wahrnehmung des Buchstabendrehers wird dieser bei erneuter unbewusster Wahrnehmung noch weniger erkannt (hierzu siehe: <https://www.spektrum.de/lexikon/psychologie/habituation/6207>). Und auch der Auffälligkeitseffekt (Salienz) kann eine Rolle spielen; in einer Zahlungsaufforderung wird die größte Aufmerksamkeit der genannten Zahl – dem salienten Reiz – gewidmet, wohinter andere Aspekte unbewusst zurücktreten (hierzu siehe: Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 36 und <https://www.hsu-hh.de/salienz-und-aufmerksamkeit>). Dafür, dass das Erkennen oder Nichterkennen eines Buchstabendrehers eine Frage der kognitiven Durchschnittsfähigkeiten ist und nicht eine Frage ausreichender oder mangelnder Sorgfalt, spricht auch die Sonderbegabung von Menschen mit Asperger-Autismus zum Erkennen von Buchstabendrehern (hierzu siehe: <https://www.deutschlandfunkkultur.de/perfekte-fehlersucher-100.html>).

79 BGH NJW 1997, 741, 742; NJW-RR 1989, 1255, 1256; Bachmann, NZG 2023, 316; Robert Koch, EWiR 2023, 203 f.; Thümmel, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 5. Aufl. 2016, Rn. 31 f.

80 BGH NZG 2017, 116 Rn. 31; OLG München Urt. v. 12.1.2017 – 23 U 3582/16, BeckRS 2017, 100878, Rn. 49; Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 305 ff.; Spindler, in: MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 47 mwN.

81 So BGH NZG 2017, 116 Rn. 31.

82 BGH NZG 2017, 116 Rn. 31 und 36 ff.; ausführlich Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 332 ff.

83 Zum Prüfungsmaßstab außerhalb des sicheren Hafens des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG siehe auch Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 309 ff., insb. 328 ff. (zur notwendigen Fehlerevidenz).

systeme⁸⁴ – ist eine unternehmerische Entscheidung, hinsichtlich derer dem Urteil des OLG Zweibrücken – insbesondere in Ansehung der vom Alleingesellschafter vorgegebenen betrieblichen Struktur⁸⁵ – kein Anhaltspunkt dafür entnommen werden kann, dass die Geschäftsführerin nicht „vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“⁸⁶. Und sollte die Geschäftsführerin gar keine Überlegungen zur Einführung eines Vier-Augen-Prinzips angestellt, folglich auch keine Entscheidung hierzu getroffen haben, so dass § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (analog) mangels „unternehmerischer Entscheidung“ nicht zur Anwendung käme⁸⁷, wäre der Verzicht auf eine solche Organisation nicht dermaßen evident fehlerhaft, dass sich dies ex ante „auch einem Außenstehenden förmlich aufdrängen“ musste⁸⁸. Für beide Wertungen ist zu bedenken, dass selbst ein vorhandenes Vier-Augen-Prinzip weder zwangsläufig noch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zur sofortigen oder früheren Entdeckung des Buchstabendrehers geführt hätte. Auch ein zweiter Leser wäre nämlich in der begrenzten menschlichen Rationalität gefangen gewesen, weshalb auch ihm die dissonante Information („@w...flim.com“ statt „@w...film.com“) mangels „ins Auge springender“ Widersprüchlichkeit allenfalls zufällig aufgefallen wäre. Das OLG Zweibrücken bestätigt diese Erkenntnis durch seine Feststellung, dass „der Alleingesellschafter R. von der Bekl. in deren Email-Kommunikation mit (vermeintlich) W. jeweils in CC gesetzt bzw. ausdrücklich über die (angeblich) geänderten Kontoverbindungen informiert wurde. Dennoch unterblieb (...) eine ausdrückliche Anweisung, keine Gelder zu überweisen oder die Geschäftsbeziehungen mit W. zu beenden.“⁸⁹ Zwei begrenzt rationale Leser ergänzen sich eben nicht zu einem vollkommen rationalen Leser⁹⁰.

[22] Anders wird allerdings zu urteilen sein, wenn die Geschäftsführerin aus dem erlittenen Schaden nicht lernt und es versäumt, sich für die Zukunft irgendeine Sicherungsmöglichkeit gegen das künftige erneute Überlesen eines Buchstabendrehers in einer Zahlungsaufforderung zu überlegen. Denkbar wäre bspw. ein Workflow, der vor einer Zahlung auf eine bislang unbekannte Kontoverbindung zu einem vorherigen Anruf beim (vermeintlichen) Zahlungsempfänger verpflichtet.

[23] Wäre – entgegen der hier vertretenen Ansicht – eine Pflichtverletzung der Geschäftsführerin durch Zahlung auf „gefakte“ Zahlungsaufforderungen zu bejahen, würde sich im weiteren Verlauf der Prüfung einer Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG die Frage stellen, ob es sich zugunsten der Geschäftsführerin auswirkt, dass, wie soeben geschildert, der Alleingesellschafter die mit einem Buchstabendreher versehenen Emails Cc. erhalten hatte und dass er auch über die geänderten Kontoverbindungen informiert worden war, ohne hierzu in irgendeiner Form Stellung zu beziehen. Das OLG Zweibrücken hat dies als ein „sog. informelles Einverständnis der Kl. mit der Handlungsweise der Bekl.“ gewertet, „das die Haftung der Bekl. entfallen lässt. Denn der Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses steht es gleich, wenn Geschäftsführer ohne förmliche Beschlussfassung im – auch stillschweigenden – Einverständnis aller Gesellschafter handeln“⁹¹. Die Wertung, in dem Schweigen auf Cc. übersandte Informationen eine stillschweigende Zustimmung des Adressaten zu sehen, ist allerdings kaum vertretbar⁹². Die Abkürzung „Cc.“ bedeutet ausgeschrieben „carbon copy“⁹³, sinngemäß also „Kopie“. Als solche bezweckt sie schon aus Sicht des Email-Versenders nicht, dass der Adressat irgendeine Antwort gibt,

sondern allenfalls, dass er den Email-Verkehr als solchen, also die Verkehrsparteien und das Hauptthema, wie es durch den Betreff umschrieben wird, – nicht hingegen den Inhalt der Emails und schon gar nicht irgendwelche inhaltlichen Details – zur Kenntnis nimmt⁹⁴. Allein aus dem Schweigen des Cc.-Adressaten kann aus Absenderperspektive folglich nicht auf Zustimmung und schon gar nicht darauf geschlossen werden, dass der Adressat eine Zustimmung nach eigener Prüfung erklärt habe⁹⁵. Wäre es anders, könnte jeder Geschäftsführer sich überaus leicht von seinen Haftungsrisiken befreien, indem er haftungsrelevante Inhalte in Emails verpackt und diese Cc. an die Gesellschafter versendet⁹⁶.

[24] Da die Geschäftsführerin nach hier vertretener Auffassung bereits deshalb nicht haftet, weil ihr keine Pflichtverletzung zur Last fällt, kommt es auf die vom OLG Zweibrücken ohne nähere Begründung bejahte⁹⁷ Frage nicht an, ob

84 Hierzu Versteyl/El-Taki, NJW 2023, 1548 Rn. 20; zur Verlässlichkeit von „Anti-Phishing-Software“ sei allerdings berichtet, dass der VR WWK im Dezember 2022 Opfer eines Phishing-Angriffs geworden ist, obwohl er eine Software eingesetzt hatte, die auch vor Phishing schützen sollte (Herbert Frommes Versicherungsmonitor v. 30.12.2022, Phishing-Angriff auf WWK); außerdem war im Fall des OLG Zweibrücken möglicherweise nicht die klagende Gesellschaft Opfer eines Phishing-Angriffs, sondern der ausländische Lieferant, dessen elektronische Identität der Täter sich dort verschafft hatte und die er dann zur Täuschung der Geschäftsführerin nutzte.

85 OLG Zweibrücken NZG 2023, 330 Rn. 46.

86 Ebenso OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 46; Bachmann, NZG 2023, 316, 318.

87 Hierzu Spindler, in: MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 51 mwN.

88 Vor allem lag auch nicht ein Fall des – als evident fehlsam und damit pflichtwidrig zu wertenden (OLG Jena NZG 2010, 226 Rn. 41; Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 330) – völligen Fehlens eines wesentlichen Kontrollsystems vor, weil die Geschäftsführerin selbst die Zahlungsaufforderungen kontrolliert hat.

89 OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 51.

90 Unter diesem Gesichtspunkt könnte auch noch an Haftungsfreiheit unter dem Gesichtspunkt rechtmäßigen Alternativverhaltens (hierzu BGH NZG 2018, 1189 Rn. 39 ff.; Freund, NZG 2015, 1419, 1423 f.) gedacht werden. Denn bei direkter Adressierung der Zahlungsaufforderungen an den mitgeschäftsführenden Alleingesellschafter zur Freigabe wäre diese – bei anzunehmender begrenzter Rationalität auch des Alleingeschafters – wahrscheinlich erfolgt. Problematisch wird allerdings die Darlegungs- und Beweislast sein, denn den beklagten Geschäftsführer „trifft für den Einwand pflichtgemäßen Alternativverhaltens die Darlegungs- und Beweislast. Damit die Entlastung gelingt, muss der sichere Nachweis erbracht werden, dass der Schaden auf jeden Fall eingetreten wäre. Die bloße Möglichkeit und selbst die Wahrscheinlichkeit, dass er auch bei pflichtgemäßem Verhalten entstanden wäre, genügen nicht“ (BGH NZG 2018, 1189 Rn. 45).

91 OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 51.

92 Ebenso Bachmann, NZG 2023, 316, 321; Robert Koch, EWIR 2023, 203, 204; Versteyl/El-Taki, NJW 2023, 1548 Rn. 31.

93 Siehe: <https://www.netzwelt.de/abkuerzung/188308-bedeutet-cc-bedeutung-verwendung.html> „Der Ausdruck „Carbon Copy“ leitet sich von den analogen Kopien mit Kohlepapier ab. Dieses dünne Papier wurde zwischen die Unterlagen gelegt und mit einem harten Stift oder der Schreibmaschine konnten dank des Durchschlags Kopien erstellt werden. Zwar ist dies in digitaler Form wesentlich einfacher, doch bleibt der Begriff für den E-Mail-Verkehr erhalten.“

94 Siehe: <https://www.netzwelt.de/abkuerzung/188308-bedeutet-cc-bedeutung-verwendung.html> „Ihr könnt Adressaten in CC setzen, wenn die Informationen der E-Mail für sie ebenfalls von Interesse sind oder es wichtig ist, dass sie, beispielsweise der CEO, von diesem Nachrichten-Verkehr erfahren. Darum wird das Kürzel auf Englisch auch gerne „Courtesy Copy“ genannt, also die „Höflichkeitskopie“. Die Mail sollte CC-Empfänger:innen lediglich zur Betrachtung dienen, wenn ihr eine Antwort erwartet, gehören sie in die normale Adresszeile.“

95 Siehe auch BGH NJW-RR 2022, 547 Rn. 18, wonach noch nicht einmal „allein der Umstand, dass ein Gesellschafter Kenntnis von einer Maßnahme hat, (...) zwingend auch auf sein Einverständnis schließen“ lässt.

96 Ebenso Bachmann, NZG 2023, 316, 321; Versteyl/El-Taki, NJW 2023, 1548 Rn. 33.

97 Das Gericht lässt lediglich wissen, die Anwendung der Arbeitnehmerhaftungsgrundsätze auf die beklagte Geschäftsführerin sei „nach Auffassung des Senats geboten“ (OLG Zweibrücken r+s 2023, 124 Rn. 44).

zugunsten eines Geschäftsführers – der als solcher nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft ist – die Grundsätze der haftungsmildernden Arbeitnehmerhaftung⁹⁸ Anwendung finden können. Daher genügt es, an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Antwort äußerst unterschiedlich ausfällt, je nachdem, wen man fragt⁹⁹, und dass es nur folgerichtig erscheint, einen Geschäftsführer jedenfalls bei Tätigkeiten, die er selbst entfaltet, obwohl er sie auf Arbeitnehmer delegieren dürfte, haftungsrechtlich nicht schlechter als einen Arbeitnehmer zu stellen¹⁰⁰.

VII. Implikationen für die D&O-Versicherung

[25] In versicherungsrechtlicher Hinsicht enthält der Sachverhalt keine Besonderheiten¹⁰¹. Einmal unterstellt, die Gesellschaft hätte zugunsten ihrer (Mit-)Geschäftsführerin eine D&O-Versicherung abgeschlossen, wäre durch die Inanspruchnahme auf Schadenersatz wegen der Zahlungen auf „gefakte“ Zahlungsaufforderungen ein Versicherungsfall eingetreten. Für diese Beurteilung wäre es gleichgültig gewesen, ob man das schädigende Verhalten der Geschäftsführerin als spezifisch organschaftlich oder nicht einordnet und ob man es haftungsrechtlich nach § 43 Abs. 2 GmbHG oder nach § 280 Abs. 1 BGB beurteilt¹⁰². Denn selbst für Inanspruchnahmen wegen (angeblich) nicht spezifisch organschaftlichen Verhaltens gewährt ein üblicher D&O-Versicherungsvertrag heutzutage Versicherungsschutz¹⁰³, enthalten die AVB doch typischerweise eine Klausel des Inhalts, dass operative Tätigkeit mitversichert ist¹⁰⁴. Und ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Geschäftsführeranstellungsvertrags gehört genauso zu den versicherten Ansprüchen wie ein solcher aus § 43 Abs. 2 GmbHG¹⁰⁵.

[26] Der VR hätte bedingungsgemäß Rechtsschutz gewährt, also die der Geschäftsführerin zur Last fallenden Anwalts- und Prozesskosten getragen. Infolge des rechtskräftigen Obsiegens der Versicherten hätte sich die Frage einer Freistellung nicht gestellt. Die gesetzliche Kostenerstattung wäre dem VR zugutegekommen (§ 86 Abs. 1 S. 1 VVG). Der Versicherungsvertrag wäre für ihn wohl dennoch ein Verlustgeschäft gewesen, weil die über die gesetzliche Kostenerstattung hinausgehenden Kosten der vertraglich typischerweise geschuldeten Übernahme anwaltlicher Stundenhonorare an ihm hängengeblieben wären. Bedenkt man, dass – wie dargelegt¹⁰⁶ – selbst bei unterschiedlicher rechtlicher Herangehensweise im Ergebnis keine Haftung der Geschäftsführerin festgestellt werden kann, ergibt sich, dass die Gesellschaft einen voraussehbar sinnlosen Prozess geführt hat. Derlei kommt in der Praxis häufiger vor und wirft letztlich die – hier nicht zu beantwortende – Frage auf, ob dem VR wegen der an ihm hängenbleibenden Kosten ein Schadenersatzanspruch gegen die Gesellschaft zusteht, sei es wegen Verletzung des Versicherungsvertrags (§ 280 Abs. 1 BGB), sei es aus einem gem. § 86 Abs. 1 S. 1 VVG auf den VR übergegangenen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch des jeweiligen Versicherten¹⁰⁷.

VIII. Fazit

[27] Fragt man sich, wie ein Geschäftsführer seiner Gesellschaft für einen von ihm verursachten Schaden haftet, muss man nach dem zuvor Gesagten eingestehen: So ganz genau weiß das niemand. Obwohl die allgemeine Innenhaftung seit Jahrzehnten in Rspr. u. Lit. hin und her erörtert wird, sind nach wie vor viele Detailfragen ungeklärt. Schon die rechtlichen Beurteilungswege können äußerst unterschiedlich sein, auch wenn sie, wie im hier besprochenen Fall des OLG Zweibrücken, zu demselben Ergebnis, nämlich Nichtbestehen einer Haftung, führen. Im konkreten Einzelfall kommen dann noch die Ungewissheiten hinzu, die sich aus dem individuellen Sachverhalt und dessen Subsumtion ergeben.

[28] Fehlt nur noch eine Antwort auf die in der Überschrift gestellte Frage, „Wo versteckt man am besten ein Blatt?“ Sie lautet: Im Wald. Und wo versteckt man am besten einen Buchstabendreher? Genau: In einer Buchstabenfolge. ■

98 Ausführlich hierzu Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 1241 ff.

99 Zu Einzelheiten siehe Bachmann, NZG 2023, 316, 319; Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 413 ff.; Versteil/El-Taki, NJW 2023, 1548 Rn. 25 ff.

100 Bachmann, NZG 2023, 316, 319 f.; Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 423 ff.; so wohl auch Versteil/El-Taki, NJW 2023, 1548 Rn. 26 ff. (unter der weiteren Voraussetzung einer „starken Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers“) und Robert Koch, EWiR 2023, 203, 204 (unter der weiteren Voraussetzung einer „Weisungsgebundenheit“ des Geschäftsführers).

101 Insbesondere geht es nicht um die bisweilen schwierige Abgrenzung zwischen versicherter Geschäftsführer- und nicht versicherter privater Tätigkeit (hierzu: OLG München r+s 2017, 589 Rn. 40 ff.; Fiedler, VersR 2018, 410, 413 ff.; Fortmann, r+s 2023, 127, 128; Knöfel, VersR 2019, 1249, 1257; Robert Koch, ZIP 2018, 301, 305 f.; Schimikowski, r+s 2017, 593; Scholl, D&O-Versicherung, 2022, Rn. 122 ff.).

102 Beckmann, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2015, § 28. D&O-Versicherung Rn. 81; Fortmann, r+s 2023, 127; Ihlas, in: Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, 2. Aufl. 2017, 2. Teil., 320. Directors & Officers-Versicherung Rn. 233; Scholl, D&O-Versicherung, 2022, Rn. 318; Voit, in: Prölss/Martin, VVG, 31. Aufl. 2021, AVB D&O Rn. 18 a; a. A. Finkel/Seitz, in: Seitz/Finkel/Klimke, D&O-Versicherung, 2016, Ziff. 1 AVB-AVG Rn. 144; Sieg, in: Höra/Schubert, Münchener Anwalts-Handbuch Versicherungsrecht, 5. Aufl. 2022, § 17 D&O-Versicherung Rn. 78.

103 Ausführlich hierzu Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 7 Rn. 26 ff.

104 Finkel/Seitz, in: Seitz/Finkel/Klimke, D&O-Versicherung, 2016, Ziff. 1 AVB-AVG Rn. 144; Ihlas, in: Langheid/Wandt, MünchKomm-VVG, 2. Aufl. 2017, 2. Teil., 320. Directors & Officers-Versicherung Rn. 233; Mitterlechner/Wax/Witsch, D&O-Versicherung, 2. Aufl. 2019, § 7 Rn. 29. Bsp.: „Für die versicherten bestellten und faktischen Mitglieder der geschäftsführenden Organe und der Aufsichtsorgane der VN und/oder ihrer Tochtergesellschaften ist die operative Tätigkeit, einschließlich mündlicher oder schriftlicher Äußerungen, mitversichert.“

105 Mitterlechner/Wax/Witsch, D&O-Versicherung, 2. Aufl. 2019, § 4 Rn. 6; Fortmann, r+s 2023, 127; Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 8 Rn. 31.

106 Siehe unter V.

107 Ausführlich zum materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch des obsiegenden Bekl. gegen den unterliegenden Kl. demnächst Lange, in: Veith/Gräfe/Lange/Rogler, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 211 ff.