

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

NZA 11/2017

12. Juni 2017 · 34. Jahrgang · Seite 673–744

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Rechtsanwalt, Stuttgart – Dr. Susanne Clemenz, Rechtsanwältin, Gütersloh – Prof. Dr. Johannes Peter Francken, Präsident des LAG Baden-Württemberg a. D., Freiburg – Edith Gräfl, Vorsitzende Richterin am BAG, Erfurt – Prof. Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg – Dr. Thomas Klebe, Leitung Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Eckhard Krebel, Leiter Personal- und Arbeitspolitik der Daimler AG, Stuttgart – Prof. Dr. Mark Lembke, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Maria Britta Loskamp, Ministerialdirektorin, Leiterin der Abteilung Arbeitsrecht und Arbeitsschutz im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin – Prof. Dr. Stefan Lunk, Rechtsanwalt, Hamburg – Prof. Dr. h. c. Ulrich Preis, Universität zu Köln – Prof. Dr. Reinhard Richardi, Universität Regensburg – Ingrid Schmidt, Präsidentin des BAG, Erfurt – Prof. Dr. Klaus Schmidt, Präsident des LAG Rheinland-Pfalz a. D., Heidelberg – Prof. Dr. Jens Schubert, Leiter der Abteilung Recht und Rechtspolitik in der Bundesverwaltung der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, Berlin – Prof. Dr. Achim Schunder, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.

Schriftleitung: Prof. Dr. Achim Schunder, Dr. Jochen Wallisch und Martin Wildschütz
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

Aufsätze und Berichte

Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Fritz*

Haftungsbegrenzung bei Führungskräften

Aktuelle Fallgestaltungen geben Anlass sich zum einen mit dem Begriff von Führungskräften zu befassen und zum anderen der virulenten Frage nachzugehen, ob auf diesen Personenkreis im Haftungsfall – der mitunter mehrere Millionen betragen kann – Haftungsbegrenzungen, etwa entsprechend derjenigen der Arbeitnehmerhaftung, Anwendung finden können.

I. Einleitung

Unsere heutige Wirtschaftsordnung zeichnet sich durch ein hohes Maß an technischer Vernetzung der Arbeitswelt und zunehmender regulatorischer Anforderungen für Unternehmen aus. Unternehmerische Entscheidungen werden kritisch auf den Prüfstand gestellt, wenn das Ergebnis nachträglich nicht stimmt. Schon bei kleinen Fehlern, also Fahrlässigkeit, kann der in einem Unternehmensumfeld von Führungskräften zu verantwortende Schaden multiplizierende Wirkung erzielen. Es stehen dann Forderungen auf Schadensersatz Dritter oder Bußgelder gegenüber dem Unternehmensträger im Raum, die im Rahmen des Regresses schon angesichts beachtlicher Größenordnung Fragen einer Haftungsreduzierung für die im Blickfeld stehenden Führungskräfte aufwerfen. Vor diesem Hintergrund erscheint das Teilurteil des LAG Düsseldorf vom 20.1.2015¹ nicht nur als Grundsatzentscheidung zur Frage, ob Kartellbußen als Schaden erstattungsfähig sind (was im Ergebnis verneint wird). Im Falle einer erfolgreichen Revision beim BAG² kann sich weiterer

Klärungsbedarf hinsichtlich der Anwendung der Grundsätze des sog innerbetrieblichen Schadensausgleichs für die Innenhaftung³ der beteiligten Führungskräfte ergeben⁴ – nicht allein wegen der existenzbedrohend wirkenden Höhe des geltend gemachten Schadens von insgesamt 291 Mio. Euro⁵.

II. Begriffsbestimmungen

Der Begriff der Führungskräfte ist arbeitsrechtlich nicht definiert. Vielmehr entstammt der Begriff der betriebswirtschaftlichen Organisationstheorie.⁶ Danach gilt eine Person

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner der US-amerikanischen Sozietät *Arnold & Porter Kaye Scholer* in Frankfurt a. M. – Dieser Aufsatz basiert auf dem Vortrag des Autors, den er am 8.3.2017 auf dem 12. Mannheimer Arbeitsrechtstag gehalten hat

1 LAG Düsseldorf, NJOZ 2015, 782 – sog Schienenkartell-Fall; Vorinstanz: ArbG Essen, Urt. v. 19.12.2013 – 1 Ca 657/13, BeckRS 2014, 68462; vgl. auch krit. Würdigungen: Zimmer/Walther, BB 2017, 629; Grunewald, NZG 2016, 1121; Bayer/Scholz, GmbHR 2015, 449.

2 8 AZR 189/15 – Verhandlungstermin ist auf den 29.6.2017 angesetzt.

3 Dieser Beitrag befasst sich nur mit den Ansprüchen der An- oder Bestellungsgesellschaft auf Schadensersatz gegenüber ihren Führungskräften und nicht solcher Dritter gegen das Führungspersonal, welche die Außenhaftung darstellen, vgl. Mohamad, AuR 2016, 146.

4 So auch LAG Düsseldorf, Beschl. v. 20.1.2015 – 16 Sa 458/14, BeckRS 2015, 65416 (Aussetzung des Verfahrens bezüglich des Schadensregresses).

5 Was iÜ geradezu typisch für Wettbewerbsverstöße ist, vgl. Übersicht bei https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_h%C3%B6chsten_Strafen_wegen_Wettbewerbsverst%C3%B6%C3%9Fen_in_der_EU.

6 Besgen, HdB Führungskräfte, 2011 Rn. 1.

als Führungskraft, wenn sie Führungsaufgaben in einer Organisation (etwa in einem Unternehmen) wahrnimmt und es sich bei der Führung um eine von mehreren Aufgaben wie zB Planung, Organisation und Kontrolle handelt.⁷ Gemeinhin versteht man damit unter Führungskräften die handelnden und leitenden Personen eines Unternehmens.

Die rechtlichen Erscheinungsformen von Führungskräften werden üblicherweise danach unterschieden, ob eine Person im Unternehmen kraft Bestellung zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist.⁸ Führungskräfte sind auch auf den Hierarchieebenen unterhalb dieser Organebene angesiedelt. Diese lassen sich im Allgemeinen nach verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten unterscheiden,⁹ ob es sich um leitende Angestellte,¹⁰ AT-Angestellte,¹¹ Prokuristen¹² sowie Angestellte in sonstigen Schlüsselfunktionen¹³ handelt. Allen Führungskräften ist gemeinsam, dass sie zumindest partiell Arbeitgeberfunktionen ausüben und über eine eigenverantwortliche Entscheidungsgewalt verfügen.¹⁴ Indem sie im Innen- wie auch im Außenverhältnis zur Vertretung des Geschäftsherren berechtigt sind und damit besonderes Vertrauen genießen, sind sie in der Lage, (zumindest Teile von) Personal und Unternehmen zu führen. Der wesentliche Unterschied zwischen Arbeitnehmer-Führungskräften und Führungskräften auf Organebene zeigt sich – unabhängig vom regelmäßig angeführten Umfang der Weisungsgebundenheit¹⁵ – im Bereich der Haftung: Schuldhaft Pflichtenverletzungen werden bei einer Arbeitnehmer-Führungskraft nach den Bestimmungen der §§ 280, 282, 241 II, 611 ff. BGB und bei Organvertretern nach den gesellschaftsrechtlichen Sondervorschriften (§§ 43, 64 GmbHG; § 93 AktG) behandelt.

III. Haftung als Führungskraft in Arbeitnehmerstellung

Leitende Angestellte sind – wie es bereits die Überschrift der zentralen Norm des § 5 III BetrVG ausdrückt – Arbeitnehmer. Sie grenzen sich nach bestimmten Kriterien von den sonstigen Arbeitnehmern ab. Obwohl sie nicht aufgrund eines gesellschaftsrechtlichen Organisationsaktes zur gesetzlichen Vertretung einer juristischen Person berufen sind, üben sie „unternehmerähnliche“ Funktionen aus.¹⁶ Trotz ihrer Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation zeichnen sie sich durch ein großes Maß an eigenverantwortlicher und selbstbestimmter Tätigkeit aus.¹⁷ Damit stellt sich die Frage, inwieweit die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Haftungsbeschränkung bei der Arbeitnehmerhaftung (im Folgenden 1.) auf Führungskräfte übertragen werden können (im Folgenden 2.).

1. Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung und ihre Privilegierung

a) *Rechtfertigung der Haftungsprivilegien für Arbeitnehmer.* Arbeitnehmer ohne Führungsfunktion haften für Pflichtverletzungen bei ihrer betrieblichen Tätigkeit, wenn sie schuldhaft Sach- und Vermögensschäden¹⁸ verursachen. Sie können aus Schlechtarbeit, unsachgemäßer Bedienung von Sach- und Betriebsmitteln des Arbeitgebers oder auch aus der Vernachlässigung sonstiger mit der Arbeitsleistung im Zusammenhang stehender Pflichten entstehen.¹⁹ Die nach den zivilrechtlichen Regelungen unbeschränkte Haftung nach § 280 I BGB, die bereits bei jeder Art von Fahrlässigkeit greift, ist frühzeitig als zu streng empfunden worden.²⁰ Daher entwickelte die Rechtsprechung ein System der Haftungserleichterung: Zunächst rechtfertigte der *Große Senat* des BAG 1957²¹ aus dem Gedanken der Fürsorge- und Rücksichtnah-

me des Arbeitgebers nach § 242 BGB die Haftungsbegrenzung für Arbeitnehmer. Das damit verbundene Kriterium der gefahrgeneigten Tätigkeit hat das BAG genauso wie den Begründungsansatz in seiner späteren Entscheidung vom 27.9.1994²² im Konsens mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit²³ aufgegeben und die richterrechtliche Haftungs-milderung neu begründet – ohne dabei nach Arbeitnehmergruppen zu differenzieren:

Unter entsprechender Anwendung von § 254 BGB ist eine Begrenzung der Haftung des Arbeitnehmers im Fall *jeder* betrieblich veranlassten Tätigkeit als Ergebnis einer gerechten Risikoverteilung gerechtfertigt und verfassungsrechtlich geboten. Der Arbeitgeber muss sich das Betriebsrisiko zurechnen lassen, das er mit seinem Einfluss auf die Organisation des Betriebs schafft.

Letztlich prägt die vom Arbeitgeber gesetzte Organisation des Betriebs das Haftungsrisiko für den seinem Weisungsrecht unterworfenen Arbeitnehmer. Eine einseitige Belastung des Arbeitnehmers mit dem vollen Haftungsrisiko, ohne dabei das Betriebsrisiko des Arbeitgebers zu berücksichtigen, widerspricht einem angemessenen Ausgleich der Grundrechtspositionen, insbesondere wenn mit einer unbeschränkten Haftung des Arbeitnehmers dessen Existenz gefährdet würde.

b) *Haftungsmilderung in Abhängigkeit des Verschuldensgrads.* Während sich die Begründungsansätze für die *Haftungserleichterung* über den Lauf der Jahre änderten, knüpfte der *Haftungsumfang* stets am Grad des Verschuldens an. Das BAG wendet heute (wieder²⁴) ein dreistufiges Haftungsmodell an, wonach den Arbeitnehmer im Falle leichter und

7 *Stahle*, Management, 7. Aufl. 1994, S. 1 ff.

8 §§ 35 I, 46 Nr. 5 GmbHG für den Geschäftsführer einer GmbH; §§ 78 I, 84 AktG für den Vorstand einer Aktiengesellschaft; vgl. auch § 14 I Nr. 1 KSchG, §§ 2 IV, 5 I 3 ArbGG. Dieser Beitrag beschränkt sich auf diese in der Wirtschaftspraxis am häufigsten vorkommenden Organvertreter im Kapitalgesellschaftsrecht.

9 Insgesamt *Kelber/Zeißig/Birkefeld*, RechtsHdB Führungskräfte, 2016, A Rn. 5 ff.

10 § 5 III BetrVG.

11 Arbeitnehmer, die kraft ihrer Tätigkeitsmerkmale oder ihrer Bezahlung nicht mehr unter den persönlichen Geltungsbereich des einschlägigen Tarifvertrags fallen, andererseits aber noch nicht zum Personenkreis des § 5 III BetrVG gehören; *BAGE* 25, 292 = AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 3 = NJW 1974, 333.

12 §§ 48–54 HGB.

13 *BAG*, Urt. v. 26.6.1997 – 2 AZR 502/96, BeckRS 2009, 55111.

14 *Besgen*, HdB Führungskräfte Rn. 20.

15 *BAG*, NZA 1995, 622 = AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 74.

16 *Bayreuther*, NZA 2013, 1238.

17 Statt aller: *Kelber/Zeißig/Birkefeld*, RechtsHdB Führungskräfte, 2016, A Rn. 25.

18 Personenschäden an Arbeitskollegen, die unter den Voraussetzungen der §§ 8, 105 SGB VII eventuell als Folgen eines Arbeitsunfalls reguliert werden oder sog. Drittschäden, zB von Kunden, sind hier ausgeklammert. In einem möglichen Regress hat der Arbeitnehmer eventuell einen Freistellungsanspruch oder ist nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleiches zu privilegieren, vgl. *BAG*, NJOZ 2010, 455 = NZA-RR 2010, 224 Ls.

19 *Küttner/Griese*, Personalbuch, 24. Aufl. 2017, Arbeitnehmerhaftung Rn. 1.

20 Vgl. bereits beim Entstehen des BGB: RT-Sten. ber., 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, 5. Band, S. 3846; *ErfK/Preis*, 17. Aufl. 2017, BGB, § 619 a Rn. 1 mwN.

21 *BAGE* 5, 1 = NJW 1958, 235.

22 *BAGE* 78, 56 = NZA 1994, 1083.

23 *BGH*, NZA 1994, 270; sowie *GmS OBG*, NJW-RR 1995, 1207 = BB 1994, 431.

24 Zur Kritik an der wechselvollen Rspr., vgl. *Griese*, FS Wlotzke, 1996, S. 3, 10 ff.

leichtester Fahrlässigkeit keine Haftung trifft, die Last des Schadens im Falle mittlerer Fahrlässigkeit einer Pflichtverletzung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geteilt wird und der Arbeitnehmer im Falle grober Fahrlässigkeit bzw. von Vorsatz²⁵ grundsätzlich den gesamten Schaden zu tragen hat.²⁶

Einer auf instanzgerichtlicher Ebene einige Zeit praktizierten Begrenzung auf einen am monatlichen Verdienst des Arbeitnehmers orientierten Höchstbetrag²⁷ hat das BAG trotz vertretbarer Ergebnisse eine deutliche Absage erteilt.²⁸

Es bleibt damit bei der Einzelfallprüfung, wonach verschiedene Kriterien zur Bemessung der Haftungsquote heranzuziehen sind.²⁹ Allerdings hat das BAG selbst bei „größter“ Fahrlässigkeit dem Arbeitnehmer eine Haftungsquote, die rechnerisch ein Jahresentgelt übersteigt, bisher nicht auferlegt.³⁰ Inzwischen ist für das Verschulden auch der Eintritt des Schadens Bezugspunkt,³¹ was angesichts der bereits herangezogenen Billigkeitserwägungen zu der Kritik führt, der einzelne Verschuldensgrad als Anknüpfungspunkt für die Verteilung der Haftung erscheine eher beliebig.³² Im Fall der möglichen Haftungsprivilegierung der Führungskräfte kommt den Kriterien der beruflichen Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb sowie der Höhe seines Arbeitsentgeltes, insbesondere im Verhältnis zur Schadenshöhe und demversicherbaren Risiko insofern eine besondere Bedeutung zu.³³

2. Übertragbarkeit auf Führungskräfte?

a) *Rechtsprechung.* Der BGH hat in frühen Entscheidungen eine Anwendung des Arbeitnehmerhaftungsprivilegs auf Führungskräfte schlicht *verneint*. Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass der Arbeitgeber das Schadensrisiko aufgrund der ihm obliegenden Fürsorgepflicht tragen müsse, allerdings nur so weit das korrelierende Weisungsrecht reiche. Leitende Angestellte arbeiten aber grundsätzlich eigenverantwortlich und unterstehen damit nur bedingt dem Weisungsrecht: Im Falle eines Leiters der Kreditabteilung realisiere sich bei der ungesicherten Freigabe von Finanzierungsmitteln gerade das klassische Risiko seiner Position³⁴ und ein Justitiar sei zu eben dem Zweck eingestellt, das den geschäftlichen Unternehmungen anhaftende rechtliche Risiko auszuschalten.³⁵

Das BAG hat insofern eine Haftungsbeschränkung bislang *nicht ausdrücklich bejaht*. Mit einer einzigen, aber nur knapp begründeten und kaum verallgemeinerungsfähigen Entscheidung scheint es zu einer Begrenzung zu tendieren, wenn der Schaden „nicht bei einer für die Position charakteristischen Tätigkeit“ verursacht wurde.³⁶ Konsequenterweise hat es die Privilegierung *verneint*, wenn ein leitender Angestellter seine Schutzpflichten gegenüber ihm nachgeordneten Arbeitnehmern bei der Ausübung seines Weisungsrechts verletzt hatte. In dem dort entschiedenen Fall hat sich gerade das der Führungskraft mit der Leitungsaufgabe übertragene Risiko erfüllt, indem sie ihren arbeitgeberseitig zu wahren Schutzpflichten nicht gerecht wurde.³⁷

Ebenso wenig ist die vielfach in der Literatur begrüßte³⁸ Entscheidung des BGH³⁹ zielführend. Denn ohne nähere Begründung und Auseinandersetzung mit der vorangegangenen Rechtsprechung soll auch ein leitender Angestellter nur beschränkt haften, „sofern es sich dabei nicht um einen Geschäftsführer handle“. Die Entscheidung musste singular bleiben, zumal das schädigende Verhalten, eine vom beklagten Prokuristen veranlasste, letztlich kapitalauszehrende Zahlung an einen Gesellschafter entgegen einer Weisung des Geschäftsführers, nur für einen Geschäftsführer eine Erstat-

tungspflicht nach §§ 30, 31 GmbHG auslöst, wäre er wie ein Geschäftsführer tätig gewesen. Bei einem Angestellten folgt ein Schadensersatzanspruch „aus positiver Vertragsverletzung“ nach der Bestimmung des § 280 I BGB, worauf aber die Klägerin ihre Klage nicht stützte. Im Grunde folgt das Gericht früheren Entscheidungen, bei dem es die Haftungsprivilegierung für einen leitenden Angestellten *ablehnte*, wenn er eine Geschäftsführertätigkeit eigenverantwortlich ausübte.⁴⁰

Diese Übersicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung macht anschaulich, dass die Frage der Haftungsprivilegierung bei Führungskräften keineswegs als entschieden gelten kann.⁴¹ Regelmäßig bleibt Anknüpfungspunkt für ein mögliches Privileg die Weisungsabhängigkeit des Arbeitnehmers.⁴²

b) *Meinungsstand in der Literatur.* Vor allem die funktionale Nähe zum Arbeitgeber gilt als entscheidendes Argument, die Führungskräfte aus der Haftungserleichterung gänzlich herauszunehmen.⁴³ Gerade leitende Angestellte beschreiben ei-

25 Vorsatz bejaht die Rspr., wenn der Arbeitnehmer den Schaden in seiner konkreten Höhe zumindest als möglich voraussieht und ihn für den Fall des Eintritts billigend in Kauf nimmt, vgl. BAG, NZA 2003, 38.

26 Allerdings mit der Einschränkung zugunsten einer Schadensteilung, falls eine existenzgefährdende Wirkung der Haftung in Betracht kommt, BeckOK ArbR/Hesse, Std. 43. Ed., 1.3.2017, BGB, § 619 a Rn. 12; BAG, NZA 1998, 140; NZA 2011, 345; (Ein halbes bzw. volles Jahreseinkommen deckten jeweils rund 13 % des geltend gemachten Schadens); Vorinstanz des LAG Thüringen zu BAGE 101, 107 = NZA 2003, 37 = NJW 2003, 377; (knapp ein Vierteljahreseinkommen deckte 25 % des Schadens); LAG Niedersachsen, NZA-RR 2004, 142; (zwei Jahreseinkommen für knapp 8 % der Schadenssumme).

27 Ua LAG Köln, LAGE, § 611 BGB Gefahrgeneigte Arbeit Nr. 10; LAG Hamm, Urt. v. 19.3.2003 – 14 Sa 1441/02, BeckRS 2003, 30460463; bis max. drei Monatsverdienste, vgl. auch Griese, NZA 1996, 803.

28 BAG, NZA 2013, 640; Anm. zu LAG München SP 2012: Unzulässiger Akt richterlicher Rechtsfortbildung, 104.

29 Ua Mitverschulden des Arbeitgebers, der Schadensanlass und die Schadensfolgen, die Gefahrgeneigtheit der Tätigkeit, die Schadenshöhe, das versicherungsmäßig abgedeckte Risiko, die berufliche Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb, die Höhe des Arbeitsentgelts und die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers, vgl. MüKoBGB/Henssler, § 619 a Rn. 12.

30 BAG, NZA 2011, 345; aber nicht konsequent ggü. BAG, NZA 1998, 310; (volle Haftung der Narkoseärztin aufgrund fehlerhaft durchgeführter Bluttests), s. ältere Übersicht bei Hübsch, NZA-RR 1999, 393.

31 BAG, NZA 2011, 345.

32 Vgl. Sandmann, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, 2001, S. 80 f.

33 BeckOK ArbR/Hesse, BGB, § 619 a Rn. 6 mwN.

34 BGH, VersR 1969, 474 (477); aA LAG Niedersachsen, NZA-RR 2004, 142.

35 BGH, NJW 1970, 34.

36 BAG, BB 1977, 245: Einem Bauleiter, der unter Termindruck ein Bauprojekt fertigzustellen hat, kann nachträglich nicht wegen ungenügender Beaufsichtigung der Baustelle eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden, wenn sich weitere Baumängel herausstellen sollten, die von den vor Ort tätigen Polieren hätten behoben werden können. Damit wurde die Schadenslast halbiert.

37 BAGE 124, 295 = NZA 2008, 223; zum Schmerzensgeldregress des Krankenhausträgers gegen einen Chefarzt, der seinen Oberarzt schikaniert hatte; das Verschulden des leitenden Angestellten hat die Arbeitgeberin gem. § 278 BGB im gleichen Umfang wie eigenes Verschulden zu vertreten.

38 Pallasch, RdA 2013, 338 (348) mwN.

39 BGHZ 148, 167 = NJW 2001, 3123.

40 BGH, BB 1973, 1173; BGHZ 94, 18 = NJW 1985, 2194 = GRUR 1985, 936; zu einem Geschäftsführer einer Innungskrankenkasse, der als sog. Dienstordnungs-Angestellter von einem Vorstandsgremium überwacht wurde.

41 So auch Bröckner, Nebenpflichten und Haftung von Arbeitnehmern in Führungspositionen, 2012, S. 217.

42 BeckOK ArbR/Hesse, BGB, § 619 a Rn. 6 f.; so bereits Boergen, MDR 1971, 178.

43 Kaiser, AR-Blattei FD Leitende Angestellte Rn. 228, Monjau, DB 1969, 84 (86).

nen Kreis von Arbeitnehmern, der nicht wie die übrigen Arbeitnehmer in die durch organisatorische und technische Vorgaben des Arbeitgebers geprägte Betriebsorganisation eingebunden ist.⁴⁴ Vielmehr steuern gerade sie die Arbeitsorganisation und das Betriebsrisiko in dem ihnen übertragenen unternehmerischen Teilbereich selbst.⁴⁵

Dagegen steht die Ansicht, die bereits die Abgrenzung zwischen leitenden Angestellten, Führungskräften und sonstigen Arbeitnehmern ohnehin für problematisch betrachtet.⁴⁶ Diese Auffassung bejaht die uneingeschränkte Geltung der Haftungserleichterung bei Führungskräften,⁴⁷ verkennt aber den Einfluss dieser Führungskräfte am unternehmerischen Entscheidungsprozess, bei dem sowohl deren Befugnisse eine erhebliche Gestaltung der betrieblichen Organisation einerseits ermöglichen als auch aufgrund der spezifischen Fachleistung andererseits erfordern.⁴⁸ Nach der Beschreibung der Aufgabenverantwortung in § 5 III 2 Nr. 3 BetrVG ist das vom Gesetzgeber sogar gewollt. Im Schadensfall ist das vom *Großen Senat* 1994 in Bezug genommene Betriebsrisiko zumindest in dem der Führungskraft anvertrauten unternehmerischen Teilbereich realisiert.⁴⁹ Die Autoren, die eine uneingeschränkte Haftungsprivilegierung befürworten, wollen die höhere Sachkunde von Führungskräften sowie deren eigenverantwortliche und selbstbestimmte Tätigkeit nur insoweit berücksichtigen, als bei den Sorgfaltsanforderungen ein strengerer Maßstab anzulegen wäre.⁵⁰

Insofern liegt es nahe, den Handlungszusammenhang⁵¹ der Tätigkeit einer Führungskraft in der Betriebsorganisation zu untersuchen, um die Anwendung des Arbeitnehmerhaftungsprivilegs differenziert beurteilen zu können. Einigkeit für eine Haftungserleichterung besteht, wenn die Schäden durch Handlungen entstanden sind, bei denen sich das allgemeine Betriebsrisiko niederschlägt bzw. die Führungskraft ohne spezifische Führungsverantwortung tätig ist.⁵² Davon sind wiederum die übertragenen unternehmerischen Aufgaben zu trennen, wo sich die Anwendung der im Aktienrecht entwickelten *Business Judgment Rule*⁵³ anbietet, welche gewissermaßen einen Haftungsfreiraum für unternehmerisches Ermessen bereitstellt.⁵⁴ Denn den unternehmerisch Handelnden trifft keine Erfolgshaftung.⁵⁵

c) *Alternative Haftungsbegrenzung durch Business Judgment Rule.* Arbeitnehmer-Führungskräfte treffen im Rahmen ihrer unternehmerischen Verantwortung Entscheidungen, welche – wie auch auf Organebene üblich – stark von Prognosen geprägt sind.⁵⁶ Damit gehen sie wie Organvertreter geschäftliche Risiken ein, die eine Haftung auslösen können. Eine Führungskraft handelt nicht pflichtwidrig, wenn sie im guten Glauben und ohne sachfremden Einfluss auf der Grundlage angemessener Informationen eine unternehmerische Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft trifft.⁵⁷

Die Haftungsregel nach § 93 I 2 AktG, welche für den grundsätzlich weisungsunabhängigen Vorstand im Aktienrecht eingeführt worden ist, kann auch für Führungskräfte bei Handeln in Ressortkompetenz trotz aller Weisungsabhängigkeit Anwendung finden.⁵⁸ Einen leitenden Angestellten zeichnet eine umfassende unternehmerische Betätigung (vgl. vor allem § 5 III 2 Nr. 3 BetrVG) aus.⁵⁹ Damit kann er bereits einem Geschäftsleiter vergleichbare Mitentscheidungs- und Mitverantwortungsfunktionen, die außerhalb der Kontroll- und Interventionspflichten des Prokuristen liegen, haben.⁶⁰ Mit der Möglichkeit einer unechten Gesamtvertretung nach § 78 III 1 AktG nehmen auch Führungskräfte mit Prokura faktisch die Stellung eines organ-

schaftlichen Vertreters ein,⁶¹ sie werden aufgrund eigener Entschließung und unter eigener Verantwortung tätig.⁶² Das entspricht schließlich den Organvertretern im Kapitalgesellschaftsrecht, die nicht völlig weisungsgebunden tätig sind: Der zunächst nach außen unbeschränkt vertretungsbefugte Geschäftsführer einer GmbH unterliegt intern ua den Beschränkungen der Gesellschafter nach § 37 I GmbHG. Der Vorstand leitet zwar die Aktiengesellschaft „unter eigener Verantwortung“ nach § 76 I AktG, besitzt aber keine uneingeschränkte Handlungsfreiheit, da üblicherweise bestimmte Geschäfte unter den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats (§ 111 IV 2 AktG) gestellt werden und im Konzern die Möglichkeit der beherrschungsvertraglichen Weisung durch den Vorstand der herrschenden Gesellschaft (§§ 291 I, 308 I, 323 I AktG) besteht.⁶³ Eine fehlende Übertragung der Privilegierung durch die BJR scheidet nicht an der fehlenden Möglichkeit, in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen, zB mit Einholen des Rats eines so genannten „fachlich qualifizierten Berufsträgers“, ausschöpfen zu können,⁶⁴ weil der Vorgesetzte kraft Weisung die Führungskraft daran hindern könnte. Abgesehen von der Tatsache, dass es eine vergleichbare Situation auch für eine Führungskraft in Organstellung geben kann,⁶⁵ stünde bei einer solchen „Behinderung“ die Einrede unzulässiger Rechtsausübung im Fall der Forderung eines Schadensersatzes zur Verfügung.⁶⁶

d) *Haftungsfreiraum und Haftungsprivilegierung nebeneinander?* Die BJR stellt mit ihrem Freiraum für Haftung

- 44 So aber generell BAG (GS), NZA 1994, 1083.
 45 Kaiser, AR-Blattei FD Leitende Angestellte Rn. 216, 220 zumindest im Fall von unternehmerischen Entscheidungen; Fleck, FS Hilger/Stumpf, 1983, 215 f.
 46 Otto/Schwarzer, Die Haftung des Arbeitnehmers, 3. Aufl. 1998, Rn. 128; MüKoBGB/Henssler, § 619 a Rn. 17; Waltermann, NZA 2005, 98 (100).
 47 ErfK/Preis, BGB, § 619 a Rn. 19; Jousen, RdA 2006, 129; Entzeroth, Der leitende Angestellte im Individualarbeitsrecht, 2010, S. 223 f.; Waltermann, RdA 2005, 98; Krause, NZA 2003, 577.
 48 Vgl. Martens, Das Recht der leitenden Angestellten, 1982, 113 ff.
 49 Vor allem BAG, BB 1977, 245.
 50 Vgl. vor allem MünchArbR/Reichhold, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 64.
 51 Bröckner, Nebenpflichten und Haftung von Arbeitnehmern in Führungspositionen, 2012, 220 ff. unter krit. Würdigung vergleichbarer Auff.
 52 Pfeifer, ZfA 1996, 69 (77); Martens, Das Recht der leitenden Angestellten, 1982, 113 ff., zB bei Fahrten mit dem Dienstwagen.
 53 Diese Regel (BJR) ist auf BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 – ARAG/Garmenbeck (mit Bespr. Götz, NJW 1998, 3275) zurückzuführen und im Aktiengesetz durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und zur Modernisierung des Anfechtungsrechts (sog UMAG v. 22.9.2005, BGBl. I, 2005, 2802) in § 93 I 2 AktG eingeführt worden.
 54 Bürkle/Fecker, NZA 2007, 589; abl. Entzeroth, Der leitende Angestellte im Individualarbeitsrecht, 226 f.
 55 KölnKoAktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2010, § 93 Rn. 8; BeckOK GmbHG/Haas/Ziemons, Std.: 30. Ed., 1.2.2017, § 43 Rn. 104.
 56 BT-Drs. 15/5092, 11 zum UMAG; Martens, Das Recht der leitenden Angestellten, 116.
 57 So die teilweise ungeschriebenen Tatbestandsvoraussetzungen, vgl. Bürkle/Fecker, NZA 2007, 589; MünchHdb GesR IV/Wiesner, § 25 Rn. 59 ff.
 58 Nach BGH, NJW 2008, 3361 = NZG 2008, 751 mwN gilt die Regel auch für den GmbH-Geschäftsführer entspr.
 59 Hromadka, DB 1990, 57 (61): Die für einen Arbeitnehmer üblicherweise prägende persönliche Abhängigkeit ist für Führungskräfte eher abgeschwächt.
 60 Sandmann, WiB 1997, 100.
 61 Fleischer/Kort HdB d. Vorstandsrechts, 2006, 57 Rn. 55; Köhl, NZG 2005, 197 (199): „Teilhabe an der Organstellung“.
 62 BGHZ 13, 61 = NJW 1954, 1158.
 63 Daneben existieren typischerweise noch Beschränkungen kraft Satzung, Geschäftsordnung oder Dienstvertrag, vgl. BeckFormB BH/Wentrup, 12. Aufl. 2016, IX.48.
 64 Redeke, NZG 2009, 496.
 65 Vgl. den illustrativen Fall von BGH, CCZ 2012, 76 mit Anm. Schubert.
 66 Für den Geschäftsführer einer GmbH: Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber, GmbHG, 6. Aufl. 2016, § 43 Rn. 33.

ebenfalls eine Haftungsprivilegierung dar. Insofern stellt sich die Frage, ob *zusätzlich* – zumindest für Führungskräfte in Arbeitnehmerstellung – das Arbeitnehmerhaftungsprivileg anwendbar ist. Relevant wäre es insbes. für Entscheidungen, wenn zwischen dem Vermögensverlust beim Arbeitgeber und dem Arbeitseinkommen ein „grobes Missverhältnis“ besteht, welches bei einem grob fahrlässigen Verhalten eine Haftungshöchstgrenze nahelegt.⁶⁷ Die Rechtsprechung lässt offen, welche Einsatzschwelle hier anzunehmen ist, nimmt aber Situationen an, in denen bei voller Schadenslast die weitere Berufsausübung und die allgemeine Lebensgestaltung des Betroffenen, wie sie sich in den Grundrechten der Art. 2 I und 12 I GG widerspiegeln, stark bedroht sind.⁶⁸ Dieser verfassungsrechtliche Begründungsansatz gilt auch für Führungskräfte. Denn bei deren Handeln sind ebenso Extremsituationen denkbar, nach denen ein korrigierender richterrechtlicher Eingriff akzeptabel ist. Dabei dürfte sich die Annahme einer existenzbedrohenden Situation im Vergleich zum sonstigen Arbeitnehmer entsprechend der Entscheidungs- und Einflussmöglichkeiten in der Betriebsorganisation modifizieren lassen, ua inwieweit in dem eventuell höheren Verdienst eine Risikoprämie einbezogen ist,⁶⁹ wie weit der Arbeitgeber den Gestaltungsspielraum eingeschränkt und die ihm obliegende Schadensvorsorgepflicht verletzt hat oder aus welchen Gründen eine Anwendung der BJR oder des Organisationsverschuldens ausscheidet,⁷⁰ oder in welchem Umfang das Risiko, zB durch eine im Bereich von Vorständen flächendeckend existierende D&O-Versicherung,⁷¹ versichert worden ist.⁷²

Ein Nebeneinander von Haftungsfreiraum und –privileg ist auch nicht unsystematisch.⁷³ Die behandelten Haftungssysteme und deren Begrenzung beziehen sich auf den Ausgleich der Schadenslast im Innenverhältnis. In besonders gelagerten Situationen (ua bei gefahrgeneigter Arbeit, Missverhältnis zwischen Schadenshöhe und für die Haftung zur Verfügung stehendem Arbeitsverdienst etc) ist eine Abkehr vom üblichen zivilrechtlichen Prinzip der Totalreparation nach § 249 I BGB mit grundrechtlichen Erwägungen gerechtfertigt. Denn die Führungskraft bleibt Arbeitnehmer und unterwirft sich in der betrieblichen Organisation dem Direktionsrecht. Das birgt die Gefahr einer Konfliktsituation, in der ihr die überragende Sachkunde, Stellung und Gestaltungsfreiheit nichts mehr nützen und sie insoweit ein Haftungsrisiko nicht (mehr) völlig frei steuern kann.⁷⁴

IV. Haftungsprivilegierung für Organvertreter?

Gemessen an den Fallbedingungen, unter denen die Rechtsprechung bislang Haftungserleichterungen bei grob fahrlässigem Verhalten von Arbeitnehmern unter Bezugnahme auf das Missverhältnis zwischen Schadenshöhe und Verdienst vorgenommen hat,⁷⁵ besteht im Fall des LAG *Düsseldorf* vom 20.1.2015 Anlass, die Höhe der Schadensforderungen von insgesamt 291 Mio. Euro selbst bei einem überdurchschnittlichen Jahresverdienst für den Betroffenen gleichsam als existenzgefährdend zu betrachten; das gälte bereits für die niedrigere Summe des (unbestritten erstattungsfähigen) Schadensregresses von 100 Mio. Euro Wenn also die Konzernholdinggesellschaft ihren angestellten „Bereichsvorstand“, der gleichzeitig Ämter als Geschäftsführer der im Kartell verstrickten Tochtergesellschaften wahrnahm, auf Schadensersatz verklagt,⁷⁶ müsste sie sich den Verweis auf die eventuell bestehende Haftungsprivilegierung als Arbeitnehmer gefallen lassen. Es drängt sich hier die Frage auf, ob und inwieweit ein (drittangestellter) Geschäftsführer dieses zwingend⁷⁷ als Arbeitnehmerschutzrecht bestehende Privileg

zumindest mit Rücksicht auf seine grundrechtliche Position ohnehin in Anspruch nehmen kann.

1. Haftung von Führungskräften in Organstellung

Die Binnenhaftung von Organvertretern basiert im Wesentlichen auf eigenen gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen.⁷⁸ Organvertreter, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens – eventuell als Gesamtschuldner – persönlich und in vollem Umfang verpflichtet (§§ 43 II GmbHG; 93 II 1 AktG). Sie schulden der Gesellschaft die Sorgfalt, die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei selbstständiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen an den Tag zu legen hat. Es gilt ein objektiver Sorgfaltsmaßstab des ordentlichen Geschäftsmanns oder –leiters (§ 43 I GmbHG, § 93 I 1 AktG).⁷⁹ Der Organvertreter haftet für eigenes Verschulden und bereits bei leichter Fahrlässigkeit (§ 276 II BGB).⁸⁰ Typischerweise kann sich eine Haftung für ihn aus einer mangelhaften Organisation oder unzureichenden Überwachung, welche zu Schäden führt, ergeben. Damit sind Sorgfaltspflichten⁸¹ verbunden, die den heutzutage an Bedeutung zunehmenden Compliance-Anforderungen an eine Geschäftsleitung entsprechen.⁸²

- 67 So die ausf. begr. Entsch. des LAG *Niedersachsen*, NZA-RR 2004, 142 für die unternehmerische Tätigkeit eines Kreditprokuristen.
- 68 *BAGE* 78, 56 = NZA 1994, 1083; *BAGE* 63, 127: Eine Begrenzung ist ausgeschlossen, wenn der Beschäftigte in der Lage ist, den Schaden zu ersetzen, ohne in seiner Existenz bedroht zu sein.
- 69 Bei LAG *Niedersachsen*, NZA-RR 2004, 142, betrug der eingeklagte Schaden der Bank mehr als das Zwölfwache des Jahreseinkommens des Prokuristen, der zu einem Ersatz von zwei Bruttojahreseinkommen verurteilt wurde.
- 70 *Bröckner*, Nebenpflichten und Haftung von Arbeitnehmern in Führungspositionen, 2012, 236.
- 71 Spätestens mit der Einf. des § 93 II 3 AktG (obligatorischer Selbstbehalt) durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 31.7.2009 ist diese Versicherung als zulässig anerkannt, vgl. *MHdb GesR IV/Wiesner*, 4. Aufl. 2015, § 26 Rn. 75.
- 72 Beim innerbetrieblichen Schadensausgleich muss sich der Arbeitgeber so behandeln lassen, als habe er eine zumutbare und übliche Versicherung abgeschlossen (jeweils behandelnd *BAG*, NZA 1988, 584 für die Kfz-Kaskoversicherung; LAG *Köln*, NZA 1992, 1032 für die Betriebspflichtversicherung). Allerdings ist es zweifelhaft, dies auf eine – freiwillig, also gesetzlich nicht verpflichtend – abzuschließende Vermögensschadenshaftpflichtversicherung für Manager zu übertragen, vgl. *BAG*, NZA 2011, 345; *Thüsing/Traut*, NZA 2010, 140, zumal sie vornehmlich im Interesse des Arbeitgebers geschlossen wird.
- 73 So aber *Bürkle/Fecker*, NZA 2007, 593, weil mit der BJR bereits dem verfassungsrechtlichen Gebot praktischer Konkordanz ausreichend nachgekommen ist.
- 74 *Kelber/Zeisig/Birkefeld*, RechtsHdb Führungskräfte, B Rn. 623: Auch eine Führungskraft besitzt ein Persönlichkeitsrecht.
- 75 Ua *BAG*, NZA 1998, 140; NZA 2011, 345 (Ein halbes bzw. volles Jahreseinkommen deckten jeweils rund 13 % des geltend gemachten Schadens); Vorinstanz des LAG *Thüringen* zu *BAGE* 101, 107 = NZA 2003, 37 (knapp ein Vierteljahreseinkommen deckte 25 % des Schadens); LAG *Niedersachsen*, NZA-RR 2004, 142 (zwei Jahreseinkommen für knapp 8 % der Schadenssumme).
- 76 Parallelverfahren unter Az. 16 Sa 458/14.
- 77 *BAGE* 109, 279 = NZA 2004, 649.
- 78 Es kommt nicht auf die Bestellung, sondern auf die Aufnahme der Tätigkeit an, so dass auch fehlerhaft bestellte Organe (*BGHZ* 148, 169 = *NZG* 2001, 893) oder faktische Geschäftsführer (*BGHZ* 104, 46 = *NJW* 1988, 1789) haften können.
- 79 Der Geschäftsführer kann sich zu seiner Entlastung nicht auf individuelle Unzulänglichkeiten oder seine Unfähigkeit, den Anforderungen gerecht zu werden, berufen, *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 43 Rn. 4.
- 80 *Scholz/Schneider*, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 43 Rn. 31: Das Fehlverhalten anderer Geschäftsführer oder von Angestellten wird ihm weder über § 278 BGB noch über § 831 BGB zugerechnet.
- 81 Überzeugend *MüKoGmbHG/Fleischer*, 2. Aufl. 2016, § 43 Rn. 13 f., der die Sorgfaltspflichten in vier Kategorien einteilt: Legalitäts- bzw. Legalitätskontrollpflicht; Leitungssorgfaltspflicht, Überwachungspflicht und Compliancepflicht.
- 82 Seit *LG München I*, *NZG* 2014, 345 – Neubürger.

Mit diesem (strukturierten) Pflichtenprogramm, das neben den gesetzlichen Kardinalspflichten⁸³ besteht, hat die Führungskraft auf Organebene ein nicht unerhebliches Risikopotenzial zu erwarten.⁸⁴ Erschwert wird die Situation, wenn nicht geklärt ist, ob sich Entscheidungen nur am Unternehmenswohl, sondern auch an sonstigen unternehmerischen Interessen zu orientieren haben.⁸⁵ Im Einzelfall wird es dem Organvertreter schwer fallen, im Schadensersatzprozess darzulegen und zu beweisen, dass er trotz aller Umsicht seiner Sorgfaltspflicht genügt hat, insbesondere wenn es um die Aufsicht rechtmäßigen Verhaltens von nachgeordneten Stellen geht.⁸⁶ Für unternehmerisches Handeln bleibt es bei einem Prognoserisiko, welches sich nachträglich nicht als ausreichend beherrscht erweisen kann; sonst wäre – so die übliche verkürzte Argumentation – ein Schaden nicht eingetreten.⁸⁷ In diesem Zusammenhang kommt Geschäftsführern einer GmbH zumindest die haftungsbefreiende Wirkung des Einverständnisses oder einer rechtmäßigen Weisung der Gesellschafter zu Gute.⁸⁸

2. Haftungsbegrenzung für Organvertreter – Anwendung der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs

a) *Gesellschaftsrechtliche Auffassung.* Die bislang im Gesellschaftsrecht vorherrschende Meinung lehnt die Übertragung der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs auf den Organvertreter mit Rücksicht auf dessen Funktion ab.⁸⁹ Der Geschäftsführer (und damit auch der Vorstand) ist nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft,⁹⁰ sondern steht zu ihr in einem freien Dienstverhältnis.⁹¹ Zudem seien die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen vollständig auf die Erfordernisse des Kapitalgesellschaftsrechts ausgebildet, so dass keine Regelungslücke wie im Fall der Arbeitnehmerhaftung besteht, die durch Rechtsfortbildung gefüllt werden müsste.⁹² Es besteht mit Rücksicht auf die sonstigen Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung kein Bedürfnis, da sonst die Stellung des Geschäftsführers als „Treuhand fremder Vermögensinteressen“ ausgehöhlt würde.⁹³

b) *Abhängigkeit als Anknüpfungspunkt.* Wenngleich diese Auffassungen aus der rein gesellschaftsrechtlichen Sicht nachvollziehbar sind, sind sie nur begrenzt tragfähig. Der Geschäftsführer mag Treuhänder sein, allerdings nicht der Gesellschaftsgläubiger.⁹⁴ Jenseits des Stammkapitalsockels, welcher durch im öffentlichen Interesse ergangene Vorschriften (vgl. §§ 30, 31, 43 III GmbHG) geschützt ist, besteht grundsätzlich gesellschaftsrechtliche Dispositionsfreiheit.⁹⁵ Das zeigt die Zulässigkeit freier Vereinbarungen über vorherige Haftungsmoderierungen⁹⁶ oder die Möglichkeit des nachträglichen Verzichts auf Schadensersatzforderungen.⁹⁷ Die Lebenswirklichkeit – insbes. für Fremdgeschäftsführer einer GmbH – kennt ein Maß der Weisungsunterworfenheit, das durchaus dem Abhängigkeitsverhältnis eines Arbeitnehmers (§ 7 I SGB IV und arg. e contr. § 84 I 2 HGB) entspricht. Wenn die dem Geschäftsführer von den Gesellschaftern erteilten Weisungen „eine Dichte haben können, dass die Geschäftsführung faktisch bei den Gesellschaftern liegt“,⁹⁸ dann liegt es auf der Linie des *Großen Senats* des BAG vom 27.9.1994, wenn er meint, dass der Arbeitnehmer in seiner Tätigkeit fremdbestimmt sei und seine Dienste in fremdem Interesse erbringe.⁹⁹ Das bestätigt wiederum die Rechtsprechung des EuGH in den Angelegenheiten *Danosa*¹⁰⁰ und *Balkaya*,¹⁰¹ welcher eine Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft feststellt, sofern es ua dieser gegenüber Leistungen erbringt und in sie eingliedert ist.¹⁰²

c) *Konstellation eines Abhängigkeitsverhältnisses für Organvertreter.* Ausnahmsweise¹⁰³ in besonders gelagerten Konstellationen ist denkbar, dass eine über das gesellschaftsrechtliche Weisungsrecht hinausgehende Weisungsbefugnis besteht, so dass sich nach den Umständen „materiell-rechtlich“ eine persönliche Abhängigkeit des bestellten Organvertreters zu seiner Anstellungsgesellschaft wie eines Arbeitnehmer feststellen lässt.¹⁰⁴

aa) *Arbeitsverhältnis des Organvertreters mit der Bestellungsgesellschaft.* Der ursprüngliche Arbeitnehmerstatus einer Führungskraft kann im Fall seiner Beförderung zum Organvertreter bestehen bleiben, wenn es zu keiner ausdrücklichen oder konkludenten Änderung der Vertragssituation kommt,¹⁰⁵ oder wenn der Arbeitsablauf einfach nicht verändert wird.¹⁰⁶ Ähnlich kann die Konstellation sein, wenn bei einer Einstellung eine direkte Berichtslinie und –pflicht des Organvertreters dienstvertraglich vereinbart wird.¹⁰⁷ Aller-

83 Vgl. Karsten, GmbH-Recht, 2009, § 5 Rn. 68 mwN.

84 Die Entsch. des 5. Strafsenats (BGH, NJW 2017, 578 = NZG 2017, 116 – Omega 55/SHS Nordbank) „verschärft“ es, wonach eine Pflichtwidrigkeit iSd § 266 I StGB bei Verletzen einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht nach § 93 I AktG gegeben ist, ohne dass – wie bisher – im Rahmen einer gesonderten Prüfung noch festzustellen ist, ob die Verletzung als besonders „gravierend“ einzustufen war.

85 BGHZ 175, 1 = NJW 2008, 519, str. s. zum Meinungsstand MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 13 ff. und 88.

86 Allerdings hat das ArbG Essen (1 Ca 657/13, NZKart 2014, 193 = BeckRS 2014, 68462) als Vorinstanz zu LAG Düsseldorf eine pflichtwidrige Beteiligung des beklagten Geschäftsführers bei den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen als nicht erwiesen betrachtet.

87 OLG Frankfurt a. M., NZG 2011, 65: Eine nachvollziehbare Geschäftsführerentscheidung ist allerdings hinzunehmen.

88 Für den Geschäftsführer einer GmbH: Ulmer/Paefgen, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 43 Rn. 215 f.; Lutter/Banerjee, ZIP 2003, 2177; der Vorstand ist auf eine formale Zustimmung des Aufsichtsrats nach § 111 IV 2 AktG oder einer Beschlussfassung der Hauptversammlung nach Maßgabe des § 119 II AktG angewiesen.

89 Goette, Die GmbH, 2. Aufl. 2002, § 8 Rn. 200 mwN, der Vorsitzende des relevanten II. Zivilsenats des BGH von Juni 2005 bis September 2010 war.

90 BGH, NJW 1978, 1435; KG, GmbHR 2005, 477 = BeckRS 2005, 02816.

91 Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl. 2017, Rn. 380; Goette, FS Wiedemann, 2002, 888: „...im Konfliktfall müssen die arbeitsrechtlichen Prinzipien hinter den gesellschaftsrechtlichen Erfordernissen zurücktreten.“

92 Jousen, RdA 2006, 135; aA Brox/Walker, DB 1985, 1477.

93 Ulmer/Paefgen, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 43 Rn. 231 f.

94 Sandmann, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, 2001, 329.

95 Vgl. MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 304 mwN.

96 Vgl. BGH, NJW 2000, 576 = NZG 2000, 204; BGH, NZG 2003, 528.

97 BGH, NJW 2002, 3777 = NZG 2002, 1170.

98 So Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl. 2017, Rn. 217, der amtierender Richter des II. Zivilsenats ist; vgl. auch Menicke, NZG 2000, 622 mwN.

99 BAGE 78, 56 = NZA 1994, 1083; vgl. nunmehr BGB § 611 a.

100 EuGH, ECLI:EU:C:2010:674 = Slg. 2010, I-11435 = NZA 2011, 143 – Danosa.

101 EuGH, ECLI:EU:C:2015:455 = NZA 2015, 861 – Balkaya.

102 Sog. unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff vgl. Reinfelder, RdA 2016, 87.

103 Kelber/Zeißig/Birkefeld, RechtsHdB Führungskräfte, A Rn. 177; BAG, NZA 1999, 987.

104 Für den Geschäftsführer einer GmbH: Schulze/Hintzen, ArbAktuell 2012, 263; für den Vorstand einer Aktiengesellschaft ausf. Erren, Das Vorstandsmitglied einer AG als Arbeitnehmer?, 2014, 70 ff. jew. mwN.

105 Vgl. BGH, NZA 2000, 376. Für den Fall der Einigung über die Änderung der vertraglichen Konstellationen in Form eines schriftlichen Dienstvertrags als Organvertreter wird seit der Entsch. des BAG, BAGE 123, 294 = NZA 2007, 1095 angenommen, dass das Schriftformerfordernis des § 623 BGB für den Auflösungsvertrag gewahrt ist, es sei denn dass „klar und eindeutig etwas Anderes“ vertraglich gewollt war.

106 LG Bonn, NJW-RR 1995, 1436.

107 Sog. CEO-Prinzip: BAG, NZA 1999, 987, wo die eingestellte stellvertretende Geschäftsführerin dem „CEO Deutschland“ direkt zu berichten hatte; krit. hierzu Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers Rn. 382 mit Blick auf die entgegengesetzte Auff. des BGH, NJW 1978, 1435.

dings bleibt es stets von den Umständen des Einzelfalls abhängig, ob die Tätigkeit als Organvertreter – ausnahmsweise – auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses erfolgt.¹⁰⁸

bb) *Existenz eines Alleingeschafters oder -aktionärs.* Denkbar ist eine persönliche Abhängigkeit eines Organvertreters, wenn das Stamm- oder Grundkapital der Gesellschaft in der Hand *einer* Person liegt. Im Falle eines Alleingeschafters, der wie ein Inhaber das Unternehmen „führt“, werden schriftliche Weisungen in Praxis eher wie überflüssige Formalitäten begriffen;¹⁰⁹ im Fall des Alleinaktionärs sind zumindest die üblichen Formbestimmungen zur Einberufung einer Hauptversammlung zu beachten (§§ 121 ff. AktG), bevor arbeitsbegleitende Direktiven erfolgen können. Nicht unmaßgeblich ist dabei die Abhängigkeit des Organvertreters, die sich aus den Reaktionen einer über das Schicksal der Bestellung entscheidenden Stelle bei unerfüllter Erwartungshaltung ergeben kann,¹¹⁰ welche als Einzelperson greifbar ist. Der die Abberufung „erschwerende“ wichtige Grund (§§ 38 II GmbHG und 84 III 1 AktG) ist dann eher theoretischer Natur.¹¹¹

cc) *Drittanstellung als Geschäftsführer im Konzern*¹¹² Eine Drittanstellung ist anzunehmen, wenn der Dienstvertrag des Organmitglieds nicht mit der juristischen Person besteht, für die die Führungskraft als Organ bestellt ist.¹¹³ Die Führungskraft unterhält keine dienstvertraglichen Beziehungen zu dem Unternehmen, für welches sie zum gesetzlichen Vertreter bestellt wurde, sondern zu einem Drittunternehmen. Das entspricht der Konstellation im Fall des *LAG Düsseldorf* vom 20.1.2015.¹¹⁴ Es ist anerkannt, dass ein Arbeitsverhältnis zu einer Konzerngesellschaft die vertragliche Grundlage für ein Organverhältnis in einem anderen verbundenen Unternehmen bilden kann.¹¹⁵ Soweit ersichtlich ist höchstrichterlich bislang nicht entschieden, ob und inwieweit sich ein solcher drittangestellter Organvertreter auf eine ihn als Arbeitnehmer privilegierende Haftungsbegrenzung berufen kann. Soweit sich die Literatur mit dieser Thematik befasst hat, lehnt sie die Anwendbarkeit ab.¹¹⁶ Denn der Geschäftsführer der abhängigen GmbH, der gleichzeitig Angestellter der herrschenden Gesellschaft ist, beherrscht weiterhin das Betriebsrisiko des beherrschten Unternehmens.

Der grundsätzlich zwingende Charakter des § 43 GmbHG steht aber nach einer anderen Auffassung der Anwendbarkeit des Arbeitnehmerhaftungsprivilegs nicht a priori entgegen. Es handelt sich bei diesen Grundsätzen um einen Fall des typisierten Mitverschuldens bei der Entstehung des Schadens, der im Innenverhältnis zum Gegenstand einer Regulierung gemacht werden kann, aber mit Rücksicht auf die Möglichkeit eines Verzichts auf Schadensersatzansprüche nicht greifen muss.¹¹⁷ Insofern bietet sich an, auf die Umstände abzustellen, unter denen die Organtätigkeit ausgeübt wird (so genannte Handlungszusammenhang).¹¹⁸ Wenn der Geschäftsführer die Organisation des Betriebs der abhängigen Gesellschaft prägt, ist er dieser gegenüber verantwortlich und kann sich nicht auf das Haftungsprivileg berufen. Wenn allerdings im Verhältnis zur abhängigen Gesellschaft das herrschende Unternehmen das betriebliche Risiko organisiert, ohne dass der Geschäftsführer aufgrund seiner umfassenden Weisungsgebundenheit Einfluss darauf hat, unterscheidet er sich hinsichtlich der Eingliederung in die betriebliche Organisation nicht von sonstigen Angestellten der abhängigen Gesellschaft. Die arbeitsbegleitenden Weisungen nehmen dann eine Intensität an, die im Falle einer fiktiven unmittelbaren vertraglichen Beziehung die Arbeitnehmereigenschaft des Geschäftsführers der abhängigen Gesellschaft begründen würde.¹¹⁹ Letztlich erfüllt der Arbeitnehmer der Obergesellschaft seine arbeitsvertraglichen

Pflichten, indem er eine Organstellung in einer oder mehreren nachgeordneten Konzerngesellschaften wahrnimmt.

V. Ergebnis

1. Die bei Arbeitnehmern übliche Haftungsprivilegierung ist grundsätzlich uneingeschränkt auf Arbeitnehmer-Führungskräfte übertragbar. Allerdings wäre eine Haftungsbegrenzung im Sinne der Business Judgement Rule angesichts der regelmäßig bestehenden rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten einer Einflussnahme auf die betriebliche Organisation und auf die Steuerung der Risiken konsequenter.
2. Selbst bei einer entsprechenden Anwendung des Gedankens des § 93 I 2 AktG ist eine Haftungshöchstgrenze für Arbeitnehmer-Führungskräfte aus verfassungsrechtlichen Erwägungen geboten, wenn in Extremsituationen die Haftung eine existenzgefährdende Wirkung entfalten könnte.
3. Diese Aspekte einer Haftungsbegrenzung (Arbeitnehmerhaftungsprivileg und Haftungshöchstgrenze) sind auf Führungskräfte in Organfunktionen übertragbar, wenn sich herausstellt, dass sie bei der schädigenden Pflichtverletzung einer Abhängigkeit unterworfen waren, die der eines weisungsgebundenen Arbeitnehmers entspricht.
4. Mit diesen (eventuell richterrechtlich)¹²⁰ anzupassenden Aspekten der Haftungsbegrenzungen könnte ein rechtspolitisch erwünschter Gleichlauf von Rechten und Pflichten¹²¹ erzielt werden, damit die durch den formalen gesellschaftsrechtlichen Organisationakt der Bestellung zur gesetzlichen Vertretung getrennten Systeme der Binnenhaftung für alle Führungskräfte harmonisiert werden.¹²²
5. Mit der Revision zum Teilurteil des *LAG Düsseldorf* vom 20.1.2015 bietet sich für das BAG die Gelegenheit, eine klärende Aussage zur notwendigen Haftungsprivilegierung von Führungskräften zu treffen, die bislang unterblieb. ■

108 Vgl. *BGH*, NZA 2004, 157; BeckOK *ArbR/Hesse*, BGB, § 619 a Rn. 6.

109 Begünstigt wird diese Haltung durch die Regelung des § 48 III GmbHG, die bei Nichtbeachten weitgehend folgenlos bleibt; denn die Protokollierung ist bereits nach dem Willen des Gesetzgebers keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Beschl., BT-Drs. 8/3908, 75; vgl. *Ulmer/Schürbrand*, GmbHG, § 48 Rn. 63.

110 Auch eine Abberufung aus unvernünftigen und sachfremden Motiven ist zulässig, vgl. *OLG Zweibrücken*, NZG 1999, 1011 Ls. für den Geschäftsführer einer GmbH.

111 Im Fall des Vorstands und einem Alleinaktionär greift häufig der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung, welcher keiner sachlichen Rechtfertigung bedarf, *OLG Hamm*, AG 2010, 792; *Grumann/Gillmann*, DB 2003, 771.

112 Die Weisungsgebundenheit eines Mitglieds des Vorstandes ist nur unter den Besonderheiten des § 308 AktG denkbar; ansonsten leitet er unter eigener Verantwortung die Gesellschaft gem. AktG § 76 I.

113 *Boemke*, ZfA 1998, 214.

114 *Bachmann*, BB 2015, 907 mit Bezug auf das Parallelverfahren unter 16 Sa 458/14.

115 *BAG*, NZA 1994, 905 = NJW 1995, 675; NZA 1996, 200.

116 *Schäfer*, Die Organstellung, Anstellungsverhältnisse und Haftung der Mitglieder des Vorstands und der Geschäftsführung abhängiger Gesellschaften, 2003, 226.

117 Vgl. *Frisch*, Haftungserleichterung für GmbH-Geschäftsführer nach dem Vorbild des Arbeitsrechts, 1998, 238 (252), nach dem die Privilegierung ebenso wie ein Verzicht nur greifen kann, wenn diese nicht mit gläubigerschützenden Bestimmungen kollidieren (wie zB § 43 III GmbHG).

118 Vgl. *Bröckner*, Nebenpflichten und Haftung von Arbeitnehmern in Führungspositionen, S. 220 ff. unter krit. Würdigung vergleichbarer Auff.

119 Vgl. ausf. *Karwatzki*, Der Fremdgeschäftsführer im Konzern, 2017, 185 (Manuskript der demnächst zur Veröff. kommenden Dissertation), die darauf verweist, dass eine solche Tätigkeit dem Tatbestandsmerkmal „Überlassung zur Arbeitsleistung“ iSd § 1 I 2 AÜG nF entspricht.

120 *AA Zimmer/Walther*, BB 2017, 629.

121 *Bürkle/Fecker*, NZA 2007, 589 (595).

122 Auch rechtspolitisch wird eine Haftungsbegrenzung gefordert, *Heyers*, WM 2016, 581.