

D&O-Versicherung und Managerhaftung

Lange

2., vollständig überarbeitete Auflage 2022
ISBN 978-3-406-70785-8
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Vgl. BGH DB 2012, 794: „Allerdings muss – wie das Berufungsgericht zutreffend gesehen hat – die Voraussetzungen der Zahlungseinstellung grundsätzlich derjenige darlegen und beweisen, der daraus Rechte für sich herleiten will [...]. Das ist hier die Klägerin. Sie hat nach der Feststellung des Berufungsgerichts teilweise keine substantiierten Angaben zu den Entstehens- und Fälligkeitzeitpunkten der bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens offenen Verbindlichkeiten gemacht. Dessen bedurfte es aber auch nicht. Denn nach der Rechtsprechung des Senats gelten die Voraussetzungen der Insolvenzreife nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung als bewiesen, wenn der Geschäftsführer die ihm obliegende Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Belegen nach §§ 238, 257 HGB, § 41 GmbHG verletzt hat und dem Gläubiger deshalb die Darlegung näherer Einzelheiten nicht möglich ist [...]. So liegt der Fall hier. Bei der im Rahmen des gegen den Beklagten eingeleiteten Ermittlungsverfahrens erfolgten Durchsuchung wurden zu den folgenden vom Beklagten anlässlich des Insolvenzantrags als offen stehend bezeichneten Verbindlichkeiten der Schuldnerin keine Unterlagen aufgefunden: [...] Damit ist davon auszugehen, dass der Beklagte jedenfalls insoweit seine Pflicht aus § 257 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 HGB verletzt hat, die empfangenen Handelsbriefe sowie Buchungsbelege – wie Rechnungen und Quittungen – aufzubewahren. Hätte er diese Unterlagen aufbewahrt, hätte die Klägerin nach Einsichtnahme in die Ermittlungsakte entsprechenden Vortrag halten können. Das ist ihr aufgrund der Verletzung der Aufbewahrungspflicht durch den Beklagten unmöglich.“

Sogar die Unauffindbarkeit von **Unterlagen, deren Aufbewahrungsfrist⁴⁴⁶ bereits abgelaufen ist**, führt zur Fiktion des Entlastungsbeweises. Solange die Gesellschaft sich zunutze machen will, dass der gegen einen (früheren) Geschäftsleiter erhobene Haftpflichtanspruch noch nicht verjährt ist, muss sie – unter dem Gesichtspunkt der (nachwirkenden) gesellschaftlichen Treuepflicht – auch dafür sorgen, dass die in ihrem Besitz befindlichen verteidigungsrelevanten Unterlagen weiterhin zur Verfügung stehen. Es erscheint offenkundig rechtsmissbräuchlich, anspruchsbegründende Dokumente zur eigenen Beweisführung über die gesetzliche Aufbewahrungsfrist hinaus zu behalten und Dokumente, die Einwendungen oder Einreden ermöglichen, nach Fristablauf absichtlich oder durch fahrlässig unzureichende Datensicherung zu vernichten. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die vom BGH entwickelten Grundsätze zur Beweisvereitelung auf Billigkeitserwägungen beruhen.

Vgl. BGH NJW 1996, 1589, 1590:⁴⁴⁷ „Die Beweiserleichterungen aus der Verletzung der Pflicht zur Aufbewahrung ärztlicher Unterlagen sind nämlich, wie sich aus dem Senatsurteil vom 21.11.1995 (NJW 1996, 779 = LM H. 3/1996 § 823 (J) BGB Nr. 43) und insbesondere dem dort in Bezug genommenen, in BGHZ 99, 391 (396 ff.) (NJW 1987, 1482 = LM § 282 ZPO Nr. 52 (Beweislast)) abgedruckten Senatsurteil ergibt, aus Billigkeitsgründen entwickelt worden, um der Beweisnot des Patienten abzuhelfen, wenn ihm aus einem vom Arzt zu verantwortenden Grund Beweisunterlagen vorenthalten werden, die er zum Nachweis eines Behandlungsfehlers benötigt. Damit soll dem Patienten ein Ausgleich dafür gewährt werden, daß das Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen gerade durch diesen Fehler besonders verbreitert bzw. verschoben worden ist [...]. Unter diesem Blickpunkt kann die Reichweite einer solchen Beweiserleichterung nicht schematisch bestimmt werden, sondern richtet sich nach der Lage des Einzelfalls.“

Selbst **an sich rechtmäßiges Verhalten der Gesellschaft**, wie eben bspw. die Vernichtung von Unterlagen nach Ablauf einer Aufbewahrungsfrist, **kann** im Prozess zulasten der Gesellschaft und zugunsten des Geschäftsleiters eine **Beweisfiktion zur Folge haben**.

⁴⁴⁶ Die steuerrechtliche Aufbewahrungsfrist beträgt gem. § 147 Abs. 3 AO und die handelsrechtliche Aufbewahrungsfrist gem. § 257 Abs. 4 HGB i. d. R. jeweils sechs bis zehn Jahre, abhängig von der Art der Unterlage.

⁴⁴⁷ Zur Arzthaftung.

Vgl. BGH NJW-RR 2000, 1471, 1472:⁴⁴⁸ „Es kann dahingestellt bleiben, ob die von der Kl. herangezogenen Grundsätze der Beweisvereitelung eingreifen, die voraussetzen, dass eine Partei dem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung in vorwerfbarer Weise erschwert hat. Denn auch wenn man einem Versicherer das Recht zugesteht, aus Gründen der bürotechnischen Rationalisierung die Originale der Versicherungsanträge nach Mikroverfilmung zu vernichten, und wenn man ihm deshalb keinen Pflichtverstoß im Verhältnis zu den Versicherungsnehmern vorwerfen kann, so darf er sich doch nicht die durch die Vernichtung entstandene Unmöglichkeit des Beweises für die Echtheit der Unterschrift des Versicherungsnehmers zu Nutze machen. Es stellt ein unzulässiges widersprüchliches Verhalten dar (§ 242 BGB), wenn der Versicherer, der das Verfahren der Verfilmung und Vernichtung zu seinem (Rationalisierungs-)Vorteil eingeführt hat, die durch dieses Verfahren erzeugten Beweismängel auf die Versicherungsnehmer abwälzen will. Auf Beweisschwierigkeiten des Versicherungsnehmers, die aus dem Fehlen des Originals herrühren, darf der Versicherer sich deshalb nicht berufen. Wenn dann, wie im vorliegenden Fall, der Versicherer seinerseits den Beweis der Fälschung nicht erbringen kann, so ist der Versicherungsnehmer im Ergebnis so zu stellen, als sei ihm der Beweis der Echtheit gelungen. Nach alledem ist das BerGer. rechtlich zutreffend von einem wirksamen Versicherungsvertrag zwischen den Parteien ausgegangen.“

- 149 **Vorsorglich** kann ein Geschäftsleiter sich **anstellungsvertraglich zusichern lassen**, dass verteidigungsrelevante Unterlagen nicht vor Ablauf der einschlägigen Verjährungsfrist(en) vernichtet werden.⁴⁴⁹
- 150 Selbst wenn ein Geschäftsleiter im Prozess keine Zeugen, keine Urkunden und keine anderen Beweismittel für sein früheres Verhalten und die damaligen rechtfertigenden Begleitumstände benennen kann, ist seine Lage allerdings nicht völlig aussichtslos.⁴⁵⁰ Auch ihm kann der Entlastungsbeweis gelingen, indem er glaubhaft und plausibel vorträgt⁴⁵¹ und – im Rahmen einer **Parteivernehmung** (§§ 445 ff. ZPO) **oder Parteienanhörung** (§ 141 ZPO)⁴⁵² – glaubwürdig vor Gericht auftritt.⁴⁵³

⁴⁴⁸ Zum Sachverhalt: „Die Kl. nahm als Alleinerbin ihres verstorbenen Ehemannes die Bekl. aus einer Unfallversicherung in Anspruch. Die Parteien stritten darüber, ob zwischen dem verstorbenen Ehemann der Kl. und der Bekl. überhaupt ein Versicherungsvertrag zu Stande gekommen war und ob ggf. die Bekl. leistungsfrei war, weil der Unfall schon eingetreten war, als der Ehemann der Kl. den Versicherungsantrag gestellt hatte. Der Ehemann der Kl. fuhr am 14.4.1996 aus ungeklärter Ursache mit dem Auto gegen einen Baum. Bei diesem Unfall erlitt er schwere Schädelverletzungen. Er lag seitdem mit einem apallischen Syndrom im Wachkoma und war unfähig, seine Angelegenheiten zu besorgen, sodass das Vormundschaftsgericht ihm einen Betreuer bestellen musste. Der Unfallversicherungsantrag für den Ehemann der Kl. war auf den 12.4.1996 datiert, gab als gewünschten Beginn der Versicherung denselben Tag an und war mit dem Namen des Ehemanns der Kl. unterschrieben. Der Antrag wurde von dem mit dem Ehemann der Kl. befreundeten Herrn H, der für die Firma O arbeitete, die Versicherungsverträge mit verschiedenen Versicherungsunternehmen vermittelte, an die Zentralstelle der O weitergegeben. Von dort wurde der Antrag an die Bekl. abgesandt, bei der er am 23.4.1996 eintraf. Die Bekl. verfilmte ihn auf Mikrofilm und vernichtete sodann das Original. Am 27.4.1996 stellte die Bekl. den Versicherungsschein aus. Als ihr bald darauf der Unfall des Ehemanns der Kl. angezeigt wurde, lehnte sie die Regulierung mit der Begründung ab, der Versicherungsvertrag sei erst nach dem Unfall ausgefüllt, rückdatiert und die Unterschrift des Ehemanns der Kl. gefälscht worden. Demgegenüber behauptet die Kl., ihr Ehemann habe den Antrag am darin angegebenen Tag unterschrieben und Herrn H übergeben.“

⁴⁴⁹ Meckbach NZG 2015, 580, 585.

⁴⁵⁰ Siehe (zur Rechtslage, wenn eine Partei einen von ihr zu führenden Beweis oder Gegenbeweis nur mit ihrer eigenen Aussage erbringen kann) BVerfG NJW 2017, 3218.

⁴⁵¹ Siehe (zum Versicherungsprozess) OLG Saarbrücken NJOZ 2019, 874 Rn. 21f.; OLG Hamm NJOZ 2018, 1095 Rn. 9ff.

⁴⁵² Zu Parteivernehmung und Parteienanhörung und den Rechtsprechungsgrundsätzen zum „Vier-Augen-Gespräch“ BGH NJW 2017, 3367 Rn. 21; OLG Naumburg NJOZ 2017, 488; Kopp NJOZ 2017, 330, 332, 333f.; Stackmann NJW 2012, 1249ff.; Stein JuS 2016, 896, 899. Ausführlich zur Parteivernehmung auf Antrag (§ 445 ZPO und § 447 ZPO) und zur Parteivernehmung von Amts wegen (§ 448 ZPO) BGH BeckRS 2019, 33271 Rn. 19ff.

⁴⁵³ Siehe auch BGH VersR 2019, 1297 Rn. 35: „Wenn das maßgebliche Gespräch am 7.10.2014 unter vier Augen stattgefunden hat, muss der Tatrichter beide Parteien entweder nach § 141 ZPO anhören oder gem. § 448 ZPO vernehmen [...]“. BGH NJW 2011, 2889 Rn. 19: „2. Da es sich dabei um ein Vier-

Vgl. BGH NJW-RR 2018, 249 Rn. 11 f.: „[11] b) Zutreffend moniert die Nichtzulassungsbeschwerde [...], dass das BerGer. die informatorischen Angaben, die die Bekl. bei ihrer Anhörung durch das LG gemacht haben, unberücksichtigt gelassen hat. Dies findet im geltenden Prozessrecht keine Stütze und stellt einen Verstoß gegen Art. 103 I GG dar. [12] Die Parteianhörung nach § 141 ZPO ist allerdings kein Beweismittel, so dass auf ihrer Grundlage nicht ein Beweisantrag der Gegenpartei abgelehnt werden kann [...]. Dem Tatrichter ist es nach § 286 ZPO jedoch grundsätzlich erlaubt, allein aufgrund des Vortrags der Parteien und ohne Beweiserhebung festzustellen, was für wahr und was für nicht wahr zu erachten ist [...]. Er kann dabei im Rahmen der freien Würdigung des Verhandlungsergebnisses den Behauptungen und Angaben (vgl. § 141 ZPO) einer Partei unter Umständen auch dann glauben, wenn diese ihre Richtigkeit sonst nicht – auch nicht mittels Parteivernehmung, weil es an der erforderlichen Anfangswahrscheinlichkeit fehlt – beweisen kann [...], und ihr im Einzelfall sogar den Vorzug vor den Bekundungen eines Zeugen oder des als Partei vernommenen Prozessgegners geben [...].“

Vgl. OLG Saarbrücken VersR 2019, 750, 751: „Stehen dem klagenden VN [...] keine geeigneten Zeugen zur Verfügung und befindet er sich deshalb bereits [...] in Beweisnot, so kann das Gericht seine Entscheidung grundsätzlich auch auf das Ergebnis seiner Anhörung oder Vernehmung stützen. Das setzt, insoweit den allgemeinen Grundsätzen des Zivilprozesses entsprechend, voraus, dass der VN den maßgeblichen Sachverhalt glaubhaft zu schildern vermag. Darüber hinaus muss er persönlich glaubwürdig erscheinen. Bei der darauf bezogenen Würdigung hat das Gericht davon auszugehen, dass der VN im Regelfall redlich ist. Diese Vermutung ist erschüttert, wenn konkrete Tatsachen ihn als unglaubwürdig erscheinen lassen oder doch schwerwiegende Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit und an der Richtigkeit der von ihm aufgestellten Behauptung der Entwendung begründen [...].“

Eine **Vernehmung des Geschäftsleiters als Partei** liegt insbes. nahe, wenn es um eine verteidigungsrelevante „innere, in seiner Person liegende Tatsache geht“. ⁴⁵⁴ Das ist wiederum für die ausreichende prozessuale Berücksichtigung evtl. **kognitiver Verzerrungen** relevant (hierzu → Rn. 15 ff.). 151

Ob die zuvor beschriebene Verteilung der **Darlegungs- und Beweislast** auch im Verhältnis der Gesellschaft zu einem anderen als dem (früheren) Geschäftsleiter gilt, ist ungewiss. Das betrifft bspw. das Verhältnis **zwischen Gesellschaft und Erben des Geschäftsleiters**. ⁴⁵⁵ 152

Vgl. OLG Köln BeckRS 2019, 29423 Rn. 71 ff.: „[71] 1. Das Rechtsmittel der Klägerin ist nach den insofern maßgebenden §§ 511 ff. ZPO nicht nur statthaft und im Übrigen zulässig, sondern auch begründet. Denn das angefochtene Urteil leidet insofern unter einem Rechtsfehler im Sinne des § 513 Abs. 1 ZPO als das Landgericht die Darlegungslast in entscheidungserheblicher Art und Weise verkannt hat. Bei zutreffender Verteilung der Darlegungslast und entsprechender Würdigung des Vorbringens der Parteien hätte der Klage stattgegeben werden müssen. [72] Dabei kann allerdings offen bleiben, ob § 93 Abs. 2 S. 2 AktG für den Fall einer Gesamtrechtsnachfolge auf der Seite des in Anspruch genommenen Vorstandsmitglieds durch Erbfall dahingehend teleologisch zu reduzieren ist, dass hier ausnahmsweise und abweichend vom Gesetzeswortlaut die Gesellschaft darlegungs- und beweispflichtig ist (vgl. etwa Fleischer, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 4. Aufl.

Augen-Gespräch der Parteien handelt, wird das BerGer. zum Zwecke der Beweiserhebung eine Anhörung beider Parteien entweder auf der Grundlage des § 141 ZPO oder des § 448 ZPO vorzunehmen haben [...]. In Berufshaftungssachen ist eine solche Parteianhörung jedenfalls in Ermangelung weiterer Beweismittel geboten, um Feststellungen über den Inhalt streitiger Beratungsgespräche treffen zu können [...].“ Zur Beweismittelwürdigung im Strafprozess bei einer „Aussage gegen Aussage“-Konstellation siehe BGH NStZ 2019, 42.

⁴⁵⁴ BGH NJW-RR 2015, 829 Rn. 20.

⁴⁵⁵ Gegen eine Darlegungs- und Beweislast des Erben bspw. Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, § 93 AktG Rn. 56 und MüKoAktG/Spindler § 93 AktG Rn. 214; dafür bspw. OLG München BeckRS 2019, 552 Rn. 37 ff., das in einem Innenhaftungsprozess gegen die Erben eines verstorbenen (faktischen) Geschäftsführers die gesetzliche Beweislastverteilung anwendet, ohne dies überhaupt zu problematisieren.

2019, § 93 Rn. 224 a.E. m.w.N.) oder es auch für die Frage der Darlegungs- und Beweislast nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG bei der sonst geltenden Regel bleiben muss, dass der Rechtsnachfolger die Haftungssituation so zu übernehmen hat, wie sie in der Person des Rechtsvorgängers begründet worden ist, und dass Schwierigkeiten mithilfe der Grundsätze sekundärer Darlegungslast sowie Auskunfts- und Einsichtsansprüchen ohne weiteres gelöst werden können (so insbesondere Born, in: Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl. 2017, § 14 Rn. 21). Denn auch unter Rückgriff auf allgemeine Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast ist im vorliegenden Fall der Beklagte darlegungspflichtig. Im Einzelnen: a) Verteilung der Darlegungs- und Beweislast [73] Das Landgericht hat die Klage hinsichtlich einer ganzen Reihe von Pflichtverletzungen mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin sei ihrer Darlegungslast im Zusammenhang mit der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Erblassers nicht hinreichend nachgekommen. Das trifft selbst dann nicht zu, wenn man von einer vom Wortlaut des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG abweichenden Verteilung der Darlegungslast in den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge auf der Seite des Vorstands durch Erbfall ausgeht. Denn die Verteilung der Darlegungslast hängt darüber hinaus nach allgemeinen Grundsätzen stets davon ab, ob es bei den darzulegenden Umständen um positive oder um negative Tatsachen geht. Hat eine primär darlegungspflichtige Partei nämlich eine negative Tatsache zu behaupten, so wechselt die Darlegungslast zum Gegner und diese nunmehr sekundär behauptungspflichtige Partei hat die entsprechenden konkreten Umstände näher darzulegen [...]. Wendet man nun diese allgemeinen Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so müsste es selbst bei Bejahung einer teleologischen Reduktion des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG in den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge jedenfalls in gewissem Umfang bei der Darlegungslast des Beklagten als Erbe des verstorbenen Vorstands der Klägerin bleiben, soweit sich nämlich aus dem unstrittigen Sachverhalt ohne weitere rechtfertigende Umstände eine Pflichtverletzung des Erblassers ergäbe und die Klägerin sinngemäß vorträgt, dass es keine Umstände gegeben habe, welche die Maßnahmen des Erblassers zu rechtfertigen vermögen. [74] Das ist auch vor dem Hintergrund gewisser Schwierigkeiten des Beklagten als (subsidiärer) Erbe im Zusammenhang mit den erforderlichen Darlegungen zwingend. Denn zum einen ist in den entsprechenden Fällen ein anderer, weiter und tiefer reichender Vortrag der klagenden Gesellschaft bezogen auf die entscheidungserhebliche Tatsache immer dann nicht denkbar, wenn ihre Behauptungen der Wahrheit entsprechen. Zum anderen kann der Beklagte als Rechtsnachfolger des verstorbenen Vorstandsmitgliedes von der Klägerin als Gesellschaft gestützt auf nachwirkende Treupflichten aus dem beendeten Organverhältnis und/oder unter Berufung auf § 810 BGB Einsicht in alle in diesem Zusammenhang stehenden Geschäftunterlagen verlangen, um so seiner Darlegungspflicht nachzukommen [...]. Eines weiterreichenden Schutzes durch Absenkung der ihn treffenden sekundären Darlegungslast bedarf der Gesamtrechtsnachfolger schließlich auch im Hinblick auf die Möglichkeit der Begrenzung seiner Haftung auf den Nachlass etwa gemäß § 1990 BGB nicht. Ganz im Gegenteil: Jede andere Betrachtung ließe den Erben hinsichtlich der zur Erbmasse gehörenden Schadensersatzverpflichtungen zu Lasten der Gläubiger besser dastehen als den Erblasser, obwohl insofern keine über die Grenze insbesondere des § 1990 BGB hinausreichende, schutzwürdigen Interessen des Erben erkennbar sind. Ohne nachvollziehbaren Grund erhielte der Erbe die ungeschmälerte Erbmasse, während die Gläubiger den Zugriff auf das noch vorhandene Vermögen des Erblassers verlören. [75] Der Unterschied der beiden oben genannten Rechtsauffassungen zur Bedeutung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG in den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge kommt demnach zum einen unter Hinzuziehung der allgemeinen Grundsätze zur Darlegung negativer Tatsachen, zum anderen unter Berücksichtigung der oben erwähnten Möglichkeiten des Rechtsnachfolgers, die für die gebotenen konkreten Darlegungen notwendigen Informationen von der Gesellschaft zu erlangen, erst dann zum Tragen, wenn im Anschluss an hinreichend konkrete Darlegungen beider Seiten die Frage nach der Beweislast zu beantworten sein wird. Das ist hier aber nicht der Fall.“

Ähnlich ungewiss ist die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im **Direktprozess** der Gesellschaft gegen den D&O-Versicherer des Geschäftsleiters (hierzu → § 21 Rn. 38 ff.).

Der Vollständigkeit halber ist abschließend noch darauf hinzuweisen, dass ein von der Gesellschaft in Anspruch genommener Geschäftsleiter **an verteidigungsrelevante Auskünfte und Dokumente möglicherweise auch über das Datenschutzrecht gelangen** kann. Anspruchsgrundlage könnte Art. 15 DS-GVO sein, wonach ein Recht auf Auskunft über personenbezogene Daten und auf Überlassung einer Kopie der personenbezogenen Daten besteht. Zu solchen personenbezogenen Daten sollen jedenfalls auch **Gesprächsnotizen** und **Telefonvermerke** gehören,⁴⁵⁶

Vgl. OLG Köln BeckRS 2019, 16261 Rn. 60 ff.: „[60] bb. Nach Art. 15 DS-GVO hat jede betroffene Person, nach Art. 4 Nr. 1 DS-GVO also jede durch personenbezogene Daten identifizierbare oder identifizierte Person, das Recht, von dem Verantwortlichen eine Bestätigung darüber zu verlangen, ob sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden; ist dies der Fall, so hat sie u. a. ein Recht auf Auskunft über diese personenbezogenen Daten. [61] bb. Nach Art. 15 DS-GVO hat jede betroffene Person, nach Art. 4 Nr. 1 DS-GVO also jede durch personenbezogene Daten identifizierbare oder identifizierte Person, das Recht, von dem Verantwortlichen eine Bestätigung darüber zu verlangen, ob sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden; ist dies der Fall, so hat sie u. a. ein Recht auf Auskunft über diese personenbezogenen Daten. [62] Der Begriff der ‚personenbezogenen Daten‘ nach Art. 4 DS-GVO ist weit gefasst und umfasst nach der Legaldefinition in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO alle Informationen, die sich auf eine identifizierbare natürliche Person beziehen. [63] Unter die Vorschrift fallen damit sowohl im Kontext verwendete persönliche Informationen wie Identifikationsmerkmale (z. B. Name, Anschrift und Geburtsdatum), äußere Merkmale (wie Geschlecht, Augenfarbe, Größe und Gewicht) oder innere Zustände (z. B. Meinungen, Motive, Wünsche, Überzeugungen und Werturteile), als auch sachliche Informationen wie etwa Vermögens- und Eigentumsverhältnisse, Kommunikations- und Vertragsbeziehungen und alle sonstiger Beziehungen der betroffenen Person zu Dritten und ihrer Umwelt [...]. Auch solche Aussagen, die eine subjektive und/oder objektive Einschätzung zu einer identifizierten oder identifizierbaren Person liefern, weisen einen Personenbezug auf [...]. [64] Soweit die Beklagte den Begriff der personenbezogenen Daten auf die bereits mitgeteilten Stammdaten begrenzt sehen möchte und meint, eine Verpflichtung zur Beauskunftung über insbesondere elektronisch gespeicherter Vermerke zu mit dem Kläger geführten Telefonaten und sonstigen Gesprächen bestehe nicht, ist ein entsprechendes Verständnis mit dem der DS-GVO zugrundeliegenden weit gefassten Datenbegriff nicht in Einklang zu bringen. Denn durch die Entwicklung der Informationstechnologie mit ihren umfassenden Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten gibt es keine belanglosen Daten mehr (so bereits BVerfG, Urteil vom 15.12.1983, Az. 1 BvR 209/83 – zitiert nach juris). Soweit in Gesprächsvermerken oder Telefonnotizen Aussagen des Klägers oder Aussagen über den Kläger festgehalten sind, handelt es sich hierbei ohne weiteres um personenbezogene Daten. [65] Die Beklagte kann sich demgegenüber auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ein entsprechend weit gefasster Datenbegriff ihre Geschäftsgeheimnisse verletzen würde. Ungeachtet aller sonstigen sich stellenden Fragen gilt dies schon deshalb, weil Angaben, die der Kläger selbst gegenüber [der Beklagten] gemacht hat, diesem gegenüber nicht schutzbedürftig und damit auch nicht ihr Geschäftsgeheimnis sein können. [66] cc. Unter Zugrundelegung dessen ist der bestehende Auskunftsanspruch durch die Beklagte bislang nicht voll erfüllt worden. Denn durch die

⁴⁵⁶ *Fuhlrott* NZA-RR 2019, 251, 252, bezeichnet dies als „ungewiss“; ablehnend *Britz/Beyer* VersR 2020, 65 ff. und LG Köln BeckRS 2019, 5634 Rn. 15: „[...] Nach der Auffassung der Kammer bezieht sich der Auskunftsanspruch aber nicht auf sämtliche internen Vorgänge der Beklagten, wie z. B. Vermerke, oder darauf, dass die betreffende Person sämtlichen gewechselten Schriftverkehr, der dem Betroffenen bereits bekannt ist, erneut ausgedruckt und übersendet erhalten kann [...]. Rechtliche Bewertungen oder Analysen stellen insofern ebenfalls keine personenbezogenen Daten in diesem Sinne dar. Der Anspruch aus Art. 15 DS-GVO dient nicht der vereinfachten Buchführung des Betroffenen, sondern soll sicherstellen, dass der Betroffene den Umfang und Inhalt der gespeicherten personenbezogenen Daten beurteilen kann. Folgerichtig bestimmt Artikel 15 Abs. 3 DS-GVO, dass der Betroffene eine Kopie (lediglich) der personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, erhält. [...]“; zu Umfang und Grenzen des arbeitnehmerseitigen Auskunftsanspruchs gem. Art. 15 DS-GVO siehe auch *Fuhlrott* GWR 2019, 157.

Beklagte mitgeteilt worden sind lediglich die bei ihr vorgehaltenen Stammdaten. Dass über diese hinaus keine weiteren Daten – insbesondere Telefonvermerke und Gesprächsnotizen – in Bezug auf den Kläger elektronisch gespeichert sind, hat die Beklagte auch auf ausdrückliche Nachfrage des Gerichts nicht behauptet; dies erscheint – insbesondere auch im Hinblick auf die im Rechtsstreit erfolgten Ausführungen der Beklagten – im Übrigen fernliegend. [67] Soweit die Beklagte meint, es sei für Großunternehmen, die wie sie einen umfangreichen Datenbestand verwalten würden, mit den ihr zur Verfügung stehenden Ressourcen wirtschaftlich unmöglich, Dateien auf personenbezogene Daten zu durchsuchen und zu sichern, verfängt dies nicht. Es ist Sache der Beklagten, die sich der elektronischen Datenverarbeitung bedient, diese im Einklang mit der Rechtsordnung zu organisieren und insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass dem Datenschutz und den sich hieraus ergebenden Rechten Dritter Rechnung getragen wird. [68] [...] [69] Ob – womit sich die Beklagte im Rahmen ihres nach Ablaut der Schriftsatzfrist bis zum 9.7.2019 eingegangenen Schriftsatzes vom 15.7.2019 ausführlich auseinandersetzt – ein Anspruch auf Herausgabe von Unterlagen oder Kopien nach Art. 15 Abs. 3 DS-GVO besteht und inwieweit ein solcher nach Art. 15 DS-GVO Einschränkungen erfahren würde, bedarf vorliegend keiner Entscheidung, da ein solcher Anspruch vom Kläger nicht geltend gemacht wird.⁴⁴⁵⁷

ferner **E-Mails**.⁴⁵⁸

Vgl. LAG Baden-Württemberg NZA-RR 2019, 242 Rn. 170 ff.: „[170] Der Kl. hat einen Anspruch nach Art. 15 I der DS-GVO auf Erteilung der mit der Anschlussberufung geltend gemachten Auskünfte. Die DS-GVO findet unmittelbar Anwendung (1) und ist auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbar (2). Die Bekl. verarbeitet personenbezogene Daten über den Kl. (3), weshalb dieser sowohl die erweiterte Auskunft (4) nach Art. 15 I Hs. 2 DS-GVO als auch einen Anspruch auf Herausgabe einer Kopie (5) der Daten nach Art. 15 III 1 DS-GVO hat. Diese Ansprüche sind im vorliegenden Fall auch nicht durch berechnete Interessen Dritter eingeschränkt (6). [171] (1) Nach Art. 99 II DS-GVO gilt die DS-GVO seit dem 25.5.2018. Sie ist unmittelbar anwendbar. Die DS-GVO gilt gem. Art. 288 AEUV unmittelbar in jedem Mitgliedstaat der Union, ohne dass es einer weiteren Umsetzung durch nationales Recht bedarf. [...] [173] (3) Die Bekl. verarbeitet personenbezogene Daten des Kl. [174] a) Nach Art. 4 Nr. 1 DS-GVO sind personenbezogene Daten alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person („betroffene Person“) beziehen. Zur Verarbeitung gehört nach Art. 4 Nr. 2 DS-GVO insbesondere auch das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung und die Verwendung. In einem Arbeitsverhältnis verarbeitet der Arbeitgeber zwangsläufig personenbezogene Daten der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer. [175] b) Dass die Bekl. personenbezogene Daten des Kl. verarbeitet, ergibt sich schon aus der Vielzahl der von den Parteien als Ausdrucke in diesem Rechtsstreit vorgelegten dienstlichen E-Mails, die der Kl. im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses geschrieben, gesendet und empfangen hat. Jede einzelne vom Kl. geschriebene, gesendete und empfangene E-Mail enthält bereits personenbezogene Daten, nämlich Informationen, die sich auf den Kl. beziehen. Insofern ist der Einwand der Bekl., sie würde außerhalb der Personalakte keine Negativlisten und dergleichen über den Kl. führen, unerheblich. [...] [177] (5) Der Anspruch auf Herausgabe einer Kopie der Daten ergibt sich aus Art. 15 III 1 DS-GVO. [178] (6) Die Ansprüche auf Auskunft und Herausgabe der personenbezogenen Leistungs- und Verhaltensdaten sind im vorliegenden Fall nicht durch berechnete Interessen Dritter beschränkt. [...] [181] b) Jedenfalls führt auch das Vorliegen eines Geheimhaltungsgrundes nicht zwangsläufig zu dem Recht, die geforderte Auskunft zu verweigern. Das Recht auf Auskunft wird gem. § 34 I iVm § 29 I 2 BDSG nur eingeschränkt, „soweit“ durch die Auskunft Informationen offenbart wür-

⁴⁵⁷ Hierzu siehe *Tribess* GWR 2019, 425: „Nicht entscheiden musste das Gericht mangels eines hierauf gerichteten Antrags, ob neben der auf Kategorien von Daten beschränkten Auskunft nach Art. 15 I DS-GVO ein ebenso weitgehendes Recht auf Herausgabe einer Kopie der Daten nach Art. 15 III DS-GVO besteht. Erst dieses würde Unternehmen wirklich belasten. Denn dann müssten einzelne Vermerke, Mails und sonstige Unterlagen herausgesucht und im Einzelfall im Hinblick auf die gesetzlichen Beschränkungen des Auskunftsrechts bewertet werden.“

⁴⁵⁸ *Fuhlrott* NZA-RR 2019, 251, 252, bezeichnet dies als „ungewiss“.

den, die nach einer Rechtsvorschrift oder ihrem Wesen nach, insbesondere wegen der überwiegenden berechtigten Interessen eines Dritten, geheim gehalten werden müssen. Damit ist eine dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragende Güterabwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse einerseits und dem Auskunftsinteresse andererseits geboten. Es muss in jedem Einzelfall das konkrete Interesse des Arbeitnehmers an der Auskunftserteilung ermittelt und gegen das betriebliche Interesse des Arbeitgebers an der Auskunftsversagung bzw. den berechtigten Interessen Dritter abgewogen werden. Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass durch eine Auskunftserteilung legitime Interessen des Arbeitgebers oder berechnete Interessen anderer Mitarbeiter berührt werden. Es kann ein legitimes Interesse an der Geheimhaltung einer Informationsquelle darstellen, wenn der Arbeitgeber zum Zwecke der Aufklärung innerbetrieblichen Fehlverhaltens Hinweisgebern Anonymität zusichert. Bestimmte Arten von Regelverstößen innerhalb einer hierarchischen Struktur können effektiver durch anonyme Meldevorfahren aufgedeckt werden. Allerdings sind auch bei einem im Grundsatz – aus Gründen des Informantenschutzes – anerkennenswerten Geheimhaltungsinteresse Konstellationen denkbar, in denen das Geheimhaltungsinteresse hinter dem Auskunftsinteresse des Arbeitnehmers zurückzutreten hat. Dies kann Fälle betreffen, in welchen etwa ein Informant wider besseres Wissen oder leichtfertig dem Arbeitgeber unrichtige Informationen gegeben hat. In einem solchen Fall dürfte das Auskunftsinteresse des Betroffenen wegen eines dann erhöhten Schutzbedürfnisses ein überwiegendes Gewicht haben. [182] c) Im vorliegenden Fall kann die Bekl. den nach Art. 15 DS-GVO im Grundsatz bestehenden Auskunftsanspruch in Anwendung von § 34 I BDSG iVm § 29 I 2 BDSG jedenfalls nicht gänzlich verweigern. Nur ‚soweit‘ schützenswerte Interessen Dritter bestehen würden und diese in der gebotenen Einzelfallabwägung gegenüber dem Auskunftsanspruch als gewichtiger einzustufen wären, wäre eine Einschränkung des Auskunftsanspruchs anzunehmen. Die für diese Einzelfallabwägung maßgeblichen Tatsachen, die zur Einschränkung des Auskunftsanspruchs führen könnten, sind jedoch von der Bekl. nicht vorgetragen worden. Die Bekl. verweist pauschal auf das Schutzbedürfnis von Hinweisgebern. Die Bekl. führt aus, sie sei auf den bedingungslosen Schutz der Anonymität hinweisgebender Mitarbeiter angewiesen. Ansonsten sei zu befürchten, dass Mitarbeiter künftig aus Angst vor Benachteiligung und ‚Repressalien‘ auch bei schwerwiegendem Fehlverhalten auf entsprechende Hinweise an den Arbeitgeber verzichteten. [183] Diese Erwägungen sind zu allgemein gehalten, als dass damit gänzlich oder in einem bestimmten Umfang der Auskunftsanspruch des Kl. eingeschränkt werden könnte. Es bedürfte der Nennung eines konkreten Sachverhalts, anhand dessen geprüft werden könnte, ob durch die Auskunftserteilung tatsächlich die Rechte und Freiheiten anderer Personen beschränkt werden würde. Die Einschränkung des Auskunftsanspruchs wegen überwiegender schützenswerter Interessen Dritter scheidet bereits daran, dass es nach dem Vortrag der Bekl. unklar bleibt, auf welche personenbezogenen Daten des Kl. sich die behaupteten schützenswerten Interessen Dritter beziehen sollen. Soweit die Bekl. mit dem Hinweis auf schützenswerte Interessen Dritter den Auskunftsanspruch verweigert, ist sie für die maßgeblichen Umstände in der Darlegungslast. Sie wäre kraft Sachnähe in der Lage gewesen, vorzutragen, welche konkreten personenbezogenen Daten nicht herausgegeben werden können, ohne dass schützenswerte Interessen Dritter tangiert werden. Zu dieser Darlegung hätten nicht schon die personenbezogenen Daten als solche preisgegeben werden müssen. Ausreichend, aber auch erforderlich wäre gewesen, darzulegen, auf welche genauen Informationen (Sachverhalt/Vorfall/Thema in zeitlicher und örtlicher Eingrenzung nebst handelnden Personen) sich das überwiegende berechnete Interesse an einer Geheimhaltung beziehen soll. Nur dann wäre der Kammer die notwendige Einzelfallabwägung möglich gewesen. Soweit in diesem Fall die berechtigten Interessen Dritter gegenüber dem Auskunftsinteresse des Kl. überwogen hätte, wäre auch erst dann in einem zweiten Schritt eine gegenständliche Einschränkung im Tenor möglich gewesen.“

Um personenbezogene Daten zur Verteidigung in einem Haftungsprozess nutzen zu können, muss sie der Geschäftsleiter aber **möglicherweise gesondert einklagen**. 154

Vgl. OLG Köln BeckRS 2019, 16261 Rn. 69 ff.: „[69] dd. Über den Auskunftsantrag des Klägers war im Rahmen des vorliegenden, die Instanz beendenden Endurteils zu entscheiden. Der Senat

verkennt nicht, dass der Kläger mit der Geltendmachung seines Auskunftsanspruchs die Vorstellung verbunden hat, nach Auskunftserteilung durch die Beklagte noch Gelegenheit zu haben, mit dem Ergebnis der Auskunft zu dem von ihm geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen behaupteter Fehlberatung näher vorzutragen zu können. Hierauf besteht – worauf der Senat hingewiesen hat – indes kein Anspruch. Dem Kläger wäre es unbenommen gewesen, die Beklagte vor Erhebung der Klage im Hinblick auf die auf Leistungen aus dem Versicherungsvertrag bzw. Schadensersatz gerichteten und den Anträgen zu 1) bis 5) zugrunde liegenden Ansprüche – ggf. auch gerichtlich – auf Erteilung der begehrten Auskünfte in Anspruch zu nehmen. Hiervon hat dieser indes keinen Gebrauch gemacht. Auf eine Vorabentscheidung über das Auskunftsbegehren im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreit besteht weder ein Anspruch noch erscheint dies zivilprozessual oder aus materiellrechtlichen Gründen geboten [wird ausgeführt]“

- 155 Dafür ist der Anspruch aus Art. 15 DS-GVO recht **zeitnah zu erfüllen**, nämlich binnen eines Monats (Art. 12 Abs. 3 S. 1 DS-GVO); diese Frist kann nur einmalig um zwei Monate verlängert werden, wenn die Komplexität der Anfrage dies gebietet (Art. 12 Abs. 3 S. 2 DS-GVO).⁴⁵⁹
- 156 (3) **Beurteilungsmaßstab: unvoreingenommen, ex ante und rückschaufehlerfrei.** Die angesichts der gesetzlichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast **für die Gesellschaft günstige rechtliche Ausgangslage** zur Geltendmachung eines Innenhaftungsanspruchs gegen einen Geschäftsleiter fördert in der Praxis die **Neigung, für unternehmerische Fehlschläge einen Verantwortlichen zu suchen**. Das gilt umso mehr, je größer ein Schaden ist und je mehr öffentliche Aufmerksamkeit er erregt. Dabei geht es dann häufig gar nicht darum, einen wirklich Verantwortlichen zur Rechenschaft zu ziehen, sondern darum, den Eindruck von Handlungsfähigkeit zu erwecken, das öffentliche Bedürfnis nach Wiedergutmachung zu stillen, von eigenem Versagen abzulenken, aus persönlichen Motiven an dem Betroffenen Vergeltung zu üben oder ihn zu diskreditieren usw. Die Gründe, aus denen Haftpflichtansprüche erhoben werden, sind vielfältig, der Ausgleich des eingetretenen wirtschaftlichen Schadens ist oft nur Nebenzweck.
- 157 In der Regel werden – vordergründig zur Legitimierung des unternehmensseitigen Vorgehens – **anwaltliche Gutachten** zur Frage der Haftung eines bestimmten Geschäftsleiters eingeholt. Wenn nicht ausnahmsweise ein völlig klarer Fall der Nichthaftung vorliegt, z. B. wegen eindeutig eingetretener Verjährung, kommen derartige Gutachten typischerweise zu dem Ergebnis, dass eine Haftung möglich erscheint. Dieses Ergebnis liegt zugleich im **Interesse der begutachtenden Anwaltskanzlei**, die hierdurch eine eigene (Berater-)Haftung vermeidet und die dann meistens auch den lukrativen Klageauftrag erhält.
- 158 Angesichts der Einfachheit einer Ansprucherhebung gegen einen Geschäftsleiter und der oft zahlreichen (politischen, wirtschaftlichen und persönlichen) Interessen hieran, ist es weder Zweck der Rechtsordnung noch Aufgabe der Gerichte – und auch nicht eines D&O-Versicherers – einen erhobenen Anspruch bedenkenlos zu bejahen. Vielmehr ist durch sorgfältige, sämtliche Details des Einzelfalls berücksichtigende,⁴⁶⁰ **unvoreingenommene**⁴⁶¹ **Abwägung** wertend zu entscheiden, ob das beanstandete Verhalten des Geschäftsleiters tatsächlich eindeutig als Pflichtverletzung gelten muss oder nicht.
- 159 Hierbei hat man gedanklich davon auszugehen, dass der **Eintritt eines Schadens**, gleichgültig welcher Größenordnung, **keinerlei Indiz** dafür bildet, dass ihm eine Pflicht-

⁴⁵⁹ Hierauf weist *Fuhrrott NZA-RR* 2019, 251, 252, hin.

⁴⁶⁰ Zur (sich aus dem Anspruch der Parteien auf Gewährung rechtlichen Gehörs, Art. 103 Abs. 1 GG ergebenden) Pflicht der Gerichte, Sachvortrag der Parteien zu nehmen, selbst wenn zum Teil auf Anlagen verwiesen wird und selbst wenn der Sachverhalt schwierig ist, siehe *BGH NJOZ* 2017, 1485 Rn. 23 ff.

⁴⁶¹ Zur Richterabehnung wegen Befangenheit siehe *BVerfG NJW* 2012, 3228; *BGH NJW* 2016, 1022 Rn. 18; *OLG Hamm BeckRS* 2018, 7849 Rn. 11 ff. (dort insbes. zur – nicht gegebenen – Befangenheit allein wegen Vertretung einer falschen Rechtsansicht durch den Richter).