

Der Unternehmer und die Zivilgerichtsbarkeit – Beschränkungen der Unternehmerfreiheit durch zivilrechtliche Haftungsrisiken

MATTHIAS BLAUM

I. Einleitung

1. Einführung in das Thema

Das Risiko eines Vorstands einer Aktiengesellschaft oder GmbH-Geschäftsführers, für Pflichtverletzungen seinem Unternehmen gegenüber mit seinem Privatvermögen haften zu müssen, ist in den vergangenen Jahren stark gestiegen.

Angesichts von Schadensfällen in dreistelliger Millionenhöhe oder sogar drüber, in denen sich die Frage stellt, ob ihnen ein haftungsbe gründendes Managementversagen zugrunde liegt, ist die Diskussion entstanden, ob Manager in Deutschland einem unangemessen hohen Haftungsrisiko ausgesetzt sind. Spektakulär sind etwa die Haftungs-fälle infolge der Fehlinvestition der BayernLB bei dem Erwerb der Hypo Adria, die Investition in „toxische“ Papiere durch die NordLB oder die Hypo Real Estate, die Schmiergeldaffäre bei Siemens oder die Kirch-Pleite, angeblich verursacht durch ein pflichtvergessenes Interview des seinerzeitigen Vorstandsvorsitzenden der Deutschen Bank. Die Frage der Angemessenheit unseres Haftungsregimes für Geschäftsleiter nimmt in der Fachdiskussion zunehmend Raum ein und hat zuletzt die wirtschaftsrechtliche Abteilung des 70. Deutschen Juristentags (DJT) (2014) beschäftigt¹.

¹ *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014.

Die Gründe für diesen Trend haben sicherlich viel mit den geänderten gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen unternehmerischen Handelns zu tun. Dazu zählen z. B.:

- Die gestiegene Komplexität von Managemententscheidungen in einem durch Globalisierung und Regulierung zunehmend unübersichtlich vernetzten Wirtschaftsgeschehen, das das Erkennen von Wirkungszusammenhängen schwieriger macht und das Risiko von Fehlentscheidungen erhöht.
- Ein zunehmend gegenüber Unternehmen und Unternehmensleitern kritisches Meinungsklima, vor allem nach Finanzkrise und Gehaltsexzessen.
- Eine kritischere Haltung von Gesellschaftern und insbesondere Publikumsaktionären, die früher viel passiver waren (*activist shareholders*); hierzu zählen nicht nur die bekannten „aufmüpfigen“ Kleinaktionäre, sondern zunehmend auch Hedgefonds und professionelle Investoren.

Aber neben diesen faktischen Umfeldbedingungen gibt es auch handfeste juristische Gründe, die im Verein mit der veränderten Unternehmenswelt insgesamt zu einem für Unternehmensleiter rauerem Haftungsklima geführt haben. Diesen juristischen Fragen widmet sich der vorliegende Beitrag.

Es soll hier allein um die Haftungsproblematik bei unternehmerischen Managemententscheidungen gehen, also etwa wesentlichen Investitions- und Desinvestitionsentscheidungen wie Unternehmenskäufe, Strukturmaßnahmen aber auch Entscheidungen über den Eintritt in neue Geschäftsfelder oder die Aufnahme von besonders haftungsträchtigen Produktlinien und Dienstleistungen. Nicht eingegangen wird, trotz der unbestreitbaren Aktualität², auf Fälle des individuellen Fehlverhaltens von Managern im Graubereich persönlicher Bereicherung.

2. Vorstellung der Vorgehensweise

Der Beitrag nähert sich dem Thema zunächst mit einigen allgemeinen Betrachtungen zur Funktion und Ausgestaltung von Haftung in unserem Rechtssystem und der Organhaftung im Speziellen (II.). Sodann befasst er sich mit wesentlichen Aspekten des heutigen *Sta-*

² LG Essen v. 14.11.2014 (nicht veröffentlicht) im Fall Middelhoff.

tus Quo der Haftung von Vorständen und Geschäftsführern (III.). Daraus ergeben sich Schlussfolgerungen, die auch in der aktuellen rechtspolitischen Diskussion über die Vorstandshaftung und die Haftung von Geschäftsführern ihren Niederschlag finden (IV.).

II. Funktionsbestimmung von Haftung und der Organhaftung speziell

Haftung existiert entweder als vertragliche oder als außervertragliche Haftung. Bei ersterer besteht zwischen Schädiger und Geschädigtem bereits vor der Schädigungshandlung oder dem dem Schädigungserfolg eine vertragliche Beziehung³, z. B. ein Mietvertrag oder ein Arbeitsvertrag. Durch schuldhafte Verletzung einer aus diesem Vertragsverhältnis herrührenden Pflicht, die zu einem Schaden beim Vertragspartner führt, wird vertragliche Haftung begründet.

Außervertragliche Haftung entsteht unabhängig vom Bestehen einer vertraglichen Beziehung. Sie knüpft daran an, dass der Schädiger schuldhaft ein gesetzlich geschütztes Interesse eines Dritten verletzt, etwa durch einen von ihm herbeigeführten Verkehrsunfall Leib und Leben eines anderen beeinträchtigt, und den dadurch entstandenen Schaden auszugleichen hat.

1. Arten von Haftungssystemen und deren Funktionen

Unser Rechtssystem geht grundsätzlich von einer verschuldensabhängigen Haftung aus. Das gilt für vertragliche und außervertragliche Haftung. Außervertragliche Haftung kann jedoch durch besondere gesetzliche Anordnung unabhängig vom Verschulden des Verursachers an dessen gefahrbringendes Verhalten anknüpfen (sog. Gefährdungshaftung). Im Folgenden werden die idealtypischen Ausprägungen von Verschuldungs- und Gefährdungshaftung dargestellt, ohne dass dabei näher auf die verschiedenen Spiel- und Unterarten eingegangen wird.⁴

³ Gem. § 311 Abs. 2 u. 3 BGB sind sonstige bereits bestehende schuldrechtliche Sonderverbindungen wie etwa vorvertragliche Beziehungen gleichgestellt.

⁴ Dazu zählen im weitesten Sinne auch Beweiserleichterungen etwa im Bereich von Verkehrssicherungspflichten, die namentlich im Bereich der auf Deliktsrecht gestützten Produkthaftung eine Rolle spielen, vgl. nur *Sprau* in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch 74. Aufl. 2015, § 823 Rz. 169 ff. insbes. 184.

a) Verschuldensabhängige Haftung

Bei der Verschuldenshaftung folgt die Verpflichtung zum Schadensersatz aus einem schuldhaften, also nicht nur objektiv rechtswidrigen, sondern auch persönlich vorwerfbaren Verhalten in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Nach traditioneller Auffassung verfolgt die Verschuldenshaftung zwei Ziele: Kompensation und Prävention, also Schadensausgleich und Schadensvermeidung.⁵ Die Kompensationsfunktion dient dazu, einen beim Opfer eingetretenen Nachteil (insb. eine Vermögenseinbuße) auszugleichen, und zwar, wenn Rückgängigmachung nicht möglich ist, durch Zahlung eines Geldbetrags durch den Schädiger in entsprechender Höhe.⁶ Die Präventionsfunktion zielt darauf ab, den Eintritt eines Schadens *a priori* zu vermeiden, und zwar durch die Androhung einer Schadensersatzsanktion.⁷ Die Präventionsfunktion soll dafür sorgen, dass sich jeder einzelne im Einklang mit der Rechtsordnung verhält und dadurch insgesamt Rechtsfrieden fördern. Prävention als Verhaltenssteuerung kann ihre Wirkung nur zielgerecht entfalten, wenn der potentielle Schädiger angesichts der angedrohten Schadensersatzsanktion sein Verhalten so einrichten kann, dass kein Schaden entsteht.⁸

b) Gefährdungshaftung (verschuldensunabhängige Haftung)

Die Gefährdungshaftung ist demgegenüber verschuldensunabhängige Haftung. Bei ihr knüpft die Verpflichtung zum Schadensersatz allein an ein objektiv rechtswidriges Verhalten. Ihre Rechtfertigung beruht auf folgender Überlegung: Die Gesellschaft erlaubt bestimmte Verhaltensweisen trotz ihrer Gefährlichkeit auf Grund ihrer sozialen Nützlichkeit (sozialadäquates Verhalten). Wer z. B. am Straßenverkehr teilnimmt, einen Eisenbahnbetrieb unterhält, Arzneimittel oder andere potentiell gefährliche Produkte in den Verkehr bringt oder ein Kernkraftwerk betreibt, tut nichts Unrechtes, sondern etwas Nützliches, aber inhärent Gefährliches. Der Grundgedanke der Gefährdungshaftung liegt darin, dass derjenige, der Nutzen aus abstrakt ge-

⁵ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil, 14. Aufl. 1987, § 27 I, S. 423 f.

⁶ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil, 14. Aufl. 1987, § 27 I, S. 424.

⁷ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil, 14. Aufl. 1987, § 27 I, S. 423.

⁸ Vgl. Wagner, ZHR 178 (2014), 227, 251 f.

fährlichen Handlungen zieht, welche die Gesellschaft für nützlich erachtet und daher erlaubt, auch für die Schäden eintreten soll, die sich aus der gefährlichen Handlung ergeben.⁹

Die strenge Gefährdungshaftung bedeutet für den Haftenden eine deutliche Risikoerhöhung, die in ihrer Unbegrenztheit zumeist als nicht tragbar angesehen wird. Um die gesellschaftlich erwünschte Nützlichkeit nicht durch ein unerträgliches Haftungsrisiko zu konterkarieren, sind in der Regel Haftungshöchstgrenzen in den jeweiligen Gesetzen, die die Gefährdungshaftung anordnen, festgesetzt (§§ 88 AMG, 10 ProdHaftG, 31 AtomG, 12 StVG). Dadurch werden diese Risiken zugleich versicherbar. An der Versicherbarkeit besteht wiederum ein gesellschaftliches Interesse, insbesondere um die Kompensationsfunktion der Haftung sicherzustellen, dem Geschädigten also eine reale Aussicht auf einen Schadensausgleich zu gewähren.

2. Speziell: Organhaftung und deren Funktionen

a) Grundlagen der Organhaftung

Wendet man sich vor diesem allgemeinen Hintergrund dem speziellen System der unternehmerischen Haftung zu, so ergibt sich das Folgende:

In dem „Urmodell“ des Einzelunternehmens und den daraus entwickelten Gesellschaftsformen mit natürlichen Personen als persönlich haftende Gesellschafter (OHG, KG nach gesetzlichem Normalstatut) gelten für die unternehmerische Haftung – besser: Haftung des Unternehmers – im Ausgangspunkt keine Besonderheiten der Haftungskonzeption. Der Handelnde haftet persönlich im Rahmen eines Vertragsverhältnisses seines Unternehmens und außervertraglich für durch sein Unternehmen begangene bzw. ihm zuzurechnende deliktische Schädigungen grundsätzlich für Vorsatz und Fahrlässigkeit, es sei denn Sonderregelungen verschärfen die Haftung. Der Haftende hat mit seinem gesamten Vermögen einzustehen, also auch seinem außerhalb des Unternehmens bestehenden Privatvermögen.

Verbindet sich der Einzelunternehmer mit anderen zu einer Gesellschaft, kommt eine weitere Haftungsdimension hinzu: Ihn trifft gegenüber seinen Mitgesellschaftern eine Pflicht zu ordnungsgemäßem Handeln, für deren schuldhafte Verletzung er persönlich einzu-

⁹ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil, 14. Aufl. 1987, § 27 I, S. 3, 421.

stehen hat. Das Gesetz gewährt dafür einen gemilderten Haftungsmaßstab der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten (§ 277 BGB).

Dieses Modell ist in der Realität kaum noch anzutreffen, weil die meisten Unternehmen in einer Rechtsform geführt werden, bei der die Verpflichtungen und Haftungen aus dem unternehmerischen Handeln grundsätzlich nur das mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Unternehmen in der Rechtsform einer AG, GmbH oder GmbH & Co. KG treffen (Haftungsbegrenzung kraft Rechtsform).

Eine persönliche Haftung des Unternehmensleiters – auch wenn er selbst am Unternehmen beteiligt ist – gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft wird nicht begründet. Als Organ des Unternehmens haftet der Geschäftsleiter, auch wenn er Gesellschafter ist, grundsätzlich nur im Rahmen der Organhaftung gegenüber seinem Unternehmen und dessen Gesellschaftern für fehlerhafte Geschäftsleitertätigkeit. Die Organhaftung ist in Deutschland als Innenhaftung ausgestaltet, also als Haftung gegenüber der Gesellschaft. Nur ausnahmsweise haftet das Organ auch im Außenverhältnis.¹⁰ Diese im Innenverhältnis zur Gesellschaft greifende Organhaftung steht im Fokus der nachfolgenden Ausführungen.

aa) Innenhaftung von Vorständen einer AG

Bei der AG ist § 93 Abs. 2 S. 1 AktG die Generalnorm für die (Innen-)Haftung der einzelnen Vorstandsmitglieder. Danach haften die einzelnen Vorstandsmitglieder der Gesellschaft unter der Voraussetzung einer schuldhaft begangenen Pflichtverletzung auf Ersatz des daraus kausal entstandenen Schadens. Dreh- und Angelpunkt einer Haftung ist dabei die schuldhafte Pflichtverletzung, gleich ob dies die Organstellung oder die Pflichten aus dem Anstellungsvertrag betrifft. Die Vorstandsmitglieder haben zur Vermeidung einer Pflichtverletzung stets „die *Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*“ anzuwenden (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG). Diese Regelung normiert nach herrschender Ansicht sowohl objektive Pflichten des Vorstandes als auch einen subjektiven Verschuldensmaßstab.¹¹ Dabei deckt § 93 Abs. 1 S. 1 AktG das gesamte Handlungsspektrum des Vorstands ab: Rechtmäßigkeit des Handelns (Legalitätspflicht),

¹⁰ Vgl. Überblick bei *Wagner*, DStR 2012, 2189 ff.

¹¹ *Spindler* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 25 ff.

Ordnungsgemäßheit des Handelns und Wirtschaftlichkeit des Handelns.

Bei Tätigkeiten, die unter die Legalitätspflicht fallen, handelt es sich um gebundene Entscheidungen, d. h., es besteht kein Ermessensspielraum; die anwendbaren Rechtsnormen (insbesondere aus Gesetz und Satzung, aber auch Regelungen der Geschäftsordnung und gesellschaftsrechtlich zulässige Weisungen) sind zwingend einzuhalten.¹² Die Fallgruppen der Ordnungsgemäßheit und der Wirtschaftlichkeit des Handelns sind dagegen gekennzeichnet von unternehmerischen Ermessensentscheidungen.¹³ In diesen Bereichen gilt die „*Business Judgement Rule*“ (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG). Danach scheidet eine (schuldhafte) Pflichtverletzung aus, wenn ein Vorstandsmitglied einer AG „*bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln*“ (ausführlich dazu unter III. 1. a.).

In prozessualer Hinsicht ist bedeutend, dass § 93 Abs. 2 S. 2 AktG eine Beweisregel zu Lasten des Vorstandsmitglieds enthält. Danach trägt die Gesellschaft die Beweislast für Eintritt und Höhe des Schadens (i.V.m. der Beweiserleichterung des § 287 ZPO) und dessen Verursachung durch ein vermeintlich pflichtwidriges Verhalten des Organmitgliedes. Ist dieser Nachweis gelungen, so muss das Vorstandsmitglied beweisen, dass die Business Judgement Rule eingehalten wurde und deshalb weder eine Pflichtverletzung noch ein Verschulden vorliegt bzw. der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre (ausführlich dazu unter III. 1. b.).¹⁴

bb) Innenhaftung von Geschäftsführern einer GmbH

Die Haftungsgrundlage für Pflichtverletzungen des Geschäftsführers einer GmbH findet sich in § 43 Abs. 2 GmbHG. Wie sich aus § 43 Abs. 1 GmbHG ergibt, hat der Geschäftsführer zur Vermeidung einer Pflichtverletzung „*die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes*“

¹² Begr. RegE UMAG BT-Drs. 15/5092 S. 11; *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 690; *Säcker*, NJW 2008, 3313, 3316.

¹³ *Spindler* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 36 ff.

¹⁴ *Spindler* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 180 ff.

anzuwenden. Kern des Haftungstatbestands ist auch hier die schuldhaftige Pflichtverletzung.

Insgesamt ist die Haftung des Geschäftsführers einer GmbH stark an die Haftung des Vorstandes einer AG angelehnt. Um Lücken im GmbH-Recht zu schließen, wird weitgehend auf aktienrechtliche Grundsätze zurückgegriffen, so etwa auf die Business Judgement Rule und die Beweislastverteilung.¹⁵

cc) Ausnahmsweise: Außenhaftung bei der AG und GmbH

Trotz der als Innenhaftung ausgestalteten gesellschaftsrechtlichen Organhaftung kann es aufgrund allgemeiner zivilrechtlicher Normen, wie §§ 823 ff. BGB (Delikt), § 311 BGB (vorvertragliche Haftung) sowie insbesondere § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz, im Einzelfall daneben auch zu einer Außenhaftung kommen. Kennzeichnend ist dabei, dass die betreffende haftungsbegründende Rechtsnorm Haftungsfolgen nicht nur an das Verhalten „des Unternehmens“ knüpft, sondern dessen Leitungsorgan persönlich zum spezifischen Adressaten macht. Im Rahmen der Deliktisnorm des § 823 Abs. 2 BGB wird diese Feststellung bei der Frage getroffen, ob ein Schutzgesetz vorliegt. Es geht um die Frage, ob die Verhaltenspflichten von jedermann zu beachten sind oder den Organwalter gerade in dieser Eigenschaft treffen.¹⁶ Schutzgesetze können vor allem bestimmte Strafvorschriften¹⁷ sein, insbesondere Vermögensstraftaten oder Insolvenzstraftaten. Schließlich ist hier auch die Generalnorm des Zivilrechts, nämlich das Verbot vorsätzlich sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB), zu nennen aufgrund derer eine Außenhaftung des Organmitglieds in Betracht kommt.

Trotz dieser Beispiele ist festzuhalten: Die Außenhaftung ist die Ausnahme. Wie die letztgenannten Fälle deutlich machen, greift sie regelmäßig nur ergänzend bei einer besonders schweren Rechtsverletzung (Straftaten, vorsätzliche sittenwidrige Schädigung). In die-

¹⁵ Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 43 Rn. 16; Klöhn in: Bork/Schäfer, GmbHG, 2. Aufl. 2012, § 43 Rn. 28; Schneider in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 43 Rn. 54, Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43 Rn. 22.

¹⁶ Für das GmbH-Recht vgl. Fleischer in: Münchener Kommentar zur GmbHG, 1. Aufl. 2012, § 43 Rn. 352.

¹⁷ Für das Aktienrecht vgl. Spindler in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 310 ff.; für das GmbH-Recht Fleischer in: Münchener Kommentar zur GmbHG, 1. Aufl. 2012, § 43 Rn. 353.

sem Rahmen kommt dem Anspruchsteller auch nicht die Beweiserleichterung zugute, die im Rahmen der Innenhaftung greift. Deshalb bleibt es generell dabei: Die Haftung für unternehmerische Fehlentscheidungen ist in Deutschland primär eine Innenhaftung, die auch viel früher, nämlich schon bei einfacher Fahrlässigkeit und unter Beweislasteilerleichterungen für die aktivlegitimierte Gesellschaft zum Tragen kommt, als die nur ausnahmsweise daneben greifende Außenhaftung des Organmitglieds.

dd) Strafrechtliche Haftung neben der zivilrechtlichen Haftung

Allerdings gibt es einen in entgegengesetzte Richtung laufenden Trend in Form der strafrechtlichen Verantwortung von Unternehmensleitern.

aaa) Aktuelle Entwicklung

Das ist im Ausgangspunkt nichts Außergewöhnliches, denn selbstverständlich dürfen auch Unternehmensleiter keine Straftaten begehen. Allerdings erlebt das Strafrecht eine spürbare Renaissance, die speziell unternehmensnahes Handeln im Auge hat. Folge ist, dass Unternehmensleiter vermehrt auch strafrechtliche Konsequenzen ihres Fehlverhaltens befürchten müssen.¹⁸ Dies liegt zum einen am Gesetzgeber, der immer häufiger strafrechtliche oder zumindest bußgeldrechtliche Sanktionen an Sachverhalte knüpft, die typischerweise oder sogar ausschließlich unternehmerisches Handeln betreffen, etwa im Umwelt-, Kartell- oder Kapitalmarktrecht. Hinzu kommt eine Rechtsauslegung des allgemeinen Untreuetatbestands des § 266 StGB (vor allen in der Alternative des Treubruchtatbestands) durch die Gerichte, die dessen Konturenlosigkeit mehr oder weniger erfolgreich versuchen, in den Griff zu bekommen.¹⁹ Die Initiativen zur Einführung eines Unternehmensstrafrechts²⁰ liegen in diesem Trend, der

¹⁸ Siehe etwa BGH v. 6.4.2000 – 1 StR 280/99, NJW 2000, 2364; BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, WM 2006, 276; BGH v. 13.5.2004 – 5 StR 73/03, NZG 2004, 717.

¹⁹ Das BVerfG hält den weiten Untreuetatbestand des § 266 StGB unter Berücksichtigung der konkretisierenden Rechtsprechung des BGH für grundsätzlich bestimmt genug und im Einklang stehend mit Art. 103 Abs. 2 GG, BVerfG v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559-08, 105, 491/09 BVerfGE 126, 170.

²⁰ „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“ (VerbStrG) des nordrhein-

sich von der strafrechtlichen Sanktionsandrohung und den strafprozessualen Ermittlungsbefugnissen der Staatsanwaltschaft eine wirksamere Rechtsdurchsetzung und entsprechende Präventionswirkung zu versprechen scheint.

In der Folge geraten risikogeneigte Handlungen eines Unternehmensleiters allzu leicht in den Grenzbereich des objektiven Untreuetatbestands. Zwar ist grundsätzlich anerkannt, dass zwischen zivilrechtlicher Pflichtwidrigkeit und einem strafrechtlichen Treupflichtverstoß Akzessorietät herrscht und dass der zivilrechtliche Pflichtenverstoß notwendige, aber nicht ausreichende Voraussetzung für einen tatbestandlichen Treupflichtverstoß im Rahmen von § 266 StGB ist.²¹ Die Akzessorietät soll nach Entscheidungen des ersten Strafsenats des BGH darüber hinaus asymmetrisch in dem Sinne sein, dass grundsätzlich kein einfacher, sondern nur ein gravierender zivilrechtlicher Pflichtenverstoß einen Treupflichtverstoß darstellen kann.²² Worin bei unternehmerischen Risikoentscheidungen die über die Business Judgement Rule gezogene Grenze (einfach) pflichtgemäßen Verhaltens hinausgehende „gravierende“ Pflichtverletzung bestehen soll, ist allerdings nicht deutlich. Der dritte Strafsenat des BGH hat zudem im Fall Mannesmann/Vodafone erklärt, dass er ein zusätzliches Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung nicht sehe.²³ Eine weitere Unsicherheit betrifft die Frage der Anforderungen an den Nachteilsbegriff im Rahmen des Untreuetatbestands. Gerade bei Risikogeschäften besteht die Gefahr einer unzulässigen Vorverlegung der Strafbarkeit, die einer gesetzlich nicht angeordneten Versuchsstrafbarkeit nahekammt, wenn bereits eine abstrakte Vermögensgefährdung als ausreichend angesehen würde; eine derartige „Verschleifung der Tatbestandsmerkmale“ der Pflichtwidrigkeit und des

westfälischen Justizministers vom 18.9.2013, <http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMI16-127.pdf?von=1&bis=0>; *Kutschatj* ZRP 2013, 74.

²¹ *Dierlamm* in Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage 2014, § 266 Rn. 173.

²² BGH v. 6.4.2000 – 1 StR 280/99, BGHSt 46, 30; BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187; BGH v. 15.11.2001 – 1 StR 185/01, BGHSt 47, 148; BGH v. 22.11.2005 – 1 StR 571/04, BGH NJW 2006, 453 („Kinowelt“).

²³ BGH NStZ 2006, 214, 217; *Dierlamm* in Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage 2014, § 266 Rn. 176.

Nachteils ist verfassungsrechtlich nicht gestattet.²⁴ Damit bestehen sowohl rechtliche (Kommt es im Bereich risikogeneigter Entscheidungen überhaupt auf die Unterscheidung „gravierend oder nicht gravierend“ an?) als auch tatsächliche (Ist eine konkrete Pflichtverletzung gravierend? Liegt bereits eine konkrete Vermögensgefährdung vor?) Unsicherheiten hinsichtlich der strafrechtlichen Grenzen unternehmerischen Handelns.

Zugleich prägen die Strafgerichte im Rahmen ihrer Inzidentprüfung pflichtwidrigen Verhaltens die zivilrechtlichen Sorgfaltsanforderungen für Geschäftsleiterhandeln. Ihnen kommt daher bei der Ausdeutung der zivilrechtlichen Sorgfaltsanforderungen eine erhebliche Mitverantwortung zu. Zu bedenken sind dabei auch die Vorwirkungen strafgerichtlicher Spruchpraxis: Strafverfolgungsbehörden dürften für die Bejahung eines Anfangsverdachts zum Zwecke der Aufnahme von Ermittlungen dazu tendieren, an den Pflichtenverstoß zunächst einmal nicht allzu hohe (i.S. von „gravierend“) Anforderungen zu stellen. Schon die Aufnahme strafrechtlicher Ermittlungsverfahren stellt regelmäßig eine hohe Belastung dar und beeinträchtigt eine Fortführung der Geschäftsleitungstätigkeit.

bbb) Kritik

Diese Entwicklung verstärkt das Haftungsrisiko für Leitungsorgane enorm und ist in mehrfacher Hinsicht bedenklich. Ganz grundsätzlich stellt sich die Frage nach der Funktion des Strafrechts: Was kann und soll das Strafrecht überhaupt erreichen? Nach allgemeiner Meinung darf der Gesetzgeber erst dann zum Mittel der Strafe greifen und ein Verhalten mit dieser Sanktion bedrohen, wenn andere gesetzliche Reaktionsmöglichkeiten zum Schutze des Rechtsguts weniger erfolgsversprechend sind.²⁵ Strafe ist *ultima ratio* des Rechts, die nur dann zum Einsatz kommen darf, wenn andere rechtliche Reaktionsformen versagen. Dies setzt eine Situation voraus, in der ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Miteinander der Menschen unerträglich ist, so dass seine Verhinderung besonders dring-

²⁴ BVerfG v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559-08, 105, 491/09; BVerfGE 126, 170 Rz. 136 ff.

²⁵ BVerfG v. 25.2.1975 – 1 BvS 1/47, BVerfGE 39, 1, 47; BVerfG v. 13.10.1971 – 2 BvR 233/71, BVerfG 32, 98, 109; Achenbach, ZStW 119 (2007), 789, 811 ff.

lich ist.²⁶ Hier ist kritisch die Frage zu stellen, ob diese Verhältnismäßigkeit der Mittel in Bezug auf unternehmerisches Handeln noch als Orientierungspunkt beachtet wird.

Vor allem wenn die strafrechtliche Sanktion tatbestandlich an den einfachen Pflichtenverstoß nahtlos anknüpft, entsteht ein unausgewogenes Gesamtsystem.²⁷ Untreue nach § 266 StGB setzt lediglich *dolus eventualis* voraus. Bei sog. Risikogeschäften, die für Geschäftsleiter an der Tagesordnung sein können und dadurch gekennzeichnet sind, dass als Folge riskanten Verhaltens ein Vermögensnachteil beim Betreuten eintreten kann²⁸, der gerade von verantwortungsvoll handelnden Geschäftsleitern auch erkannt wird, steht ein solcher Vorsatz immer im Raum, da nach h. M. ausreichend ist, dass der Geschäftsleiter ein Risiko für das Vermögen des zu Betreuenden nur ernsthaft für möglich hält. Wenn das Risiko sich dann verwirklicht, gibt es für die Annahme einer vollendeten Untreue nach § 266 StGB praktisch kein Halten mehr. Der Umstand, dass der Geschäftsleiter den Nachteil nicht wollte, sondern ihn gerade vermeiden wollte, entlastet ihn nicht. Anders gewendet: Wenn es nicht gelingt, auf der Tatbestandsebene das Vorliegen eines strafrechtlich relevanten Pflichtenverstoßes sachgerecht einzugrenzen, besteht die Gefahr, dass jede, also auch jede „einfache“ Pflichtwidrigkeit sogleich strafrechtlich relevant ist.

b) Funktionen der verschuldensabhängigen Organhaftung (Innenhaftung): Kompensation und/oder Prävention?

Was die Funktionen der als Innenhaftung ausgestalteten verschuldensabhängigen Organhaftung betrifft, wird teils die Kompensationsfunktion, also der Schutz des Vermögens der Gesellschaft, teils die Präventionsfunktion, also die Verhaltenssteuerung, in den Vordergrund gerückt.²⁹ Es überwiegt dabei die Ansicht, dass die Kompensa-

²⁶ BVerfG v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, NJW 2008, 1137, 1138 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB; vgl. auch *Roxin*, StrafR AT, Teil I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 28 ff., 86 ff.

²⁷ Vgl. dazu *Ransiek/Hüls*, ZRG 2009, 157, 167.

²⁸ *Hillenkamp*, NSTZ 1981, 161, 165; vgl. zu verschiedenen Typen von Risikogeschäften *Hellmann*, ZIS 2007, 433 f. mwN.

²⁹ *Fleischer* in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 93 Rn. 2; *Hopt* in: Wiedemann, Großkommentar Aktiengesetz, 4. Aufl. 1999, § 93 Rn. 11; *Mertens/Cahn* in: Kölner Kommentar zum AktG, § 93 Rn. 6; *Goette*, FS 50 Jahre BGH, 2000, 123, 124; *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und

tionsfunktion das dringendere Anliegen zu sein habe, und zwar weil „einen schuldhaft verursachten Schaden wieder gut zu machen, ein elementares Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit sei, das auch und gerade bei der Organhaftung seine Berechtigung [habe]“.³⁰

Um die Konsequenzen einer solchen Priorisierung der Kompensationsfunktion zu illustrieren³¹: Es ist nach unseren Rechtsprinzipien nicht zulässig, dem Geschädigten aus Präventionsgründen *mehr* zu gewähren als bloßen Schadensersatz. Ein „Aufschlag“ auf den am tatsächlich eingetretenen Schaden orientierten Ersatzbetrag scheidet aufgrund des Bereicherungsverbots³² aus. Die Gewährung von *triple damages*, also Strafschadensersatz wie nach US-Recht, widerspricht unserem an der Kompensationsfunktion ausgerichteten Rechtsempfinden. Auch umgekehrt wird der Nachrang der Präventionsfunktion deutlich: Es widerstrebt, dem Geschädigten unter Berücksichtigung des Präventionsgedankens *weniger* als seinen tatsächlichen Schaden zu gewähren. Denn bei der Verschuldenshaftung gilt das Prinzip der Totalreparation, das vollen Ausgleich des Schadens gebietet (vorbehaltenlich eines Mitverschuldens, § 254 BGB), auch wenn im Interesse der Verhaltenssteuerung ein niedrigerer Betrag geboten oder ausreichend wäre.

Die Folge der Priorisierung der Kompensationswirkung vor der Präventionswirkung ist, dass Organmitglieder den von der Gesellschaft erlittenen Schaden in vollem Umfang ersetzen müssen, wenn die Voraussetzungen der Verschuldenshaftung nach § 93 Abs. 2 AktG/§ 43 Abs. 2 GmbHG vorliegen. Eine Haftungsmilderung mit dem Argument, dass eine vollumfängliche Haftung zu unerwünschten Steuerungswirkungen führen kann, stößt auf Widerstand. Zugleich erscheint die – weitverbreitete – Abwälzung der Haftung auf von der Gesellschaft abgeschlossene D&O-Versicherungen oder die vom Vorstand/Geschäftsführer selbst vorgenommene Deckung seines

seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 21 ff.

³⁰ *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 21.

³¹ Zum Folgenden *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 252 f.

³² Nach dem von der ständigen Rspr. vertretenen Bereicherungsverbot darf der Ersatzbetrag niemals über den erlittenen Schaden hinausgehen, vgl. RG v. 14.6.1918 – III 72/18, RGZ 93, 144, 145; BGH v. 15.2.2005 – VI ZR 70/04, NJW 2005, 1108, 1110; BGH v. 4.12.2007 – VI ZR 241/06, NJW 2008, 913, 915.

Selbstbehalts bei Abstellen auf die Kompensationsfunktion nicht problematisch, sondern systemgerecht. Denn der Schadensausgleich wird durch eine möglichst weitreichende Versicherung des Haftungsrisikos keineswegs beeinträchtigt, sondern vielmehr in besonderer Weise gesichert, weil mit der Versicherung ein solventer Schuldner zur Verfügung steht.³³

aa) Kritik an der Kompensationsfunktion der Geschäftsleiterhaftung

Aber: Ist es wirklich richtig, für die Ausgestaltung der Organhaftung dem Schadensausgleich so eindeutig den Vorrang vor der Schadensvermeidung einzuräumen? Daran bestehen Zweifel:

Diese Zweifel haben ihren Grund darin, dass die Kompensationsfunktion in der Rechtswirklichkeit vielfach leer läuft, weil der Geschäftsleiter ihr gar nicht gerecht werden kann. Die Gesellschaft ist regelmäßig der viel leistungsfähigere Träger von Verlustrisiken. Das Unternehmen hat durch Diversifizierung seiner Tätigkeiten und Realisierung künftiger Gewinnchancen eine deutlich tragfähigere Konstitution, um Schäden zu absorbieren als ein Geschäftsleiter, der neben seinem Humankapital in aller Regel nicht über ausreichendes Privatvermögen verfügt. Tatsächlich „gewinnt“ die Gesellschaft durch die Organhaftung per saldo in vielen Fällen nicht viel, da sie diejenigen Zahlungen, die sie als Ersatz vom Organ erhält, zuvor in Form von Gehaltsbestandteilen an den Geschäftsleiter gezahlt hat: Die Gesellschaft wird durch Rückerlangung dessen, was sie gezahlt hat, nicht für den Schaden kompensiert, sondern nur für ihre Aufwendungen für den Geschäftsleiter.

Dies ändert sich erst, wenn die D&O-Versicherung eintritt.³⁴ Diese Kompensation kommt allerdings wirtschaftlich nicht vom Geschäftsleiter, sondern von der gesellschaftsfinanzierten D&O-Versicherung, bei der die geschädigte Gesellschaft durch ihre Prämienzahlung letztlich selbst für die Kompensation aufkommt. Der Gesetzgeber hat dieser Entwicklung durch Ausbedingung eines Selbstbehalts für das Vorstandsmitglied (§ 93 Abs. 2 S. 3 AktG) Rechnung getragen und sie dadurch im Grundsatz gebilligt. Die Haftung des Geschäftsleiters wird instrumental Mittel zum Zweck, um an die Versicherungsleistung zu gelangen, die die Gesellschaft selbst

³³ *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 253.

³⁴ Eingehend zur D&O-Versicherung *Spindler* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 192 ff.

eingekauft hat. Im Grunde versichert sich die Gesellschaft gegen das Risiko eines fehlerhaft agierenden Geschäftsleiters. Die Haftung des Geschäftsleiters ist Tatbestandsvoraussetzung für die Versicherungsdeckung. Kompensation erhält die Gesellschaft nur, wenn die Police greift, insbesondere wenn keine Haftungsausschlüsse oder Obliegenheitsverletzungen der Eintrittspflicht entgegenstehen. Andernfalls erweist sich die D&O-Versicherung als wertlos und die Kompensation findet nicht statt. Das beschreibt kein unrealistisches Problemfeld, weil D&O-Policen häufig Haftungsausschlüsse enthalten, z. B. für Umweltschäden, kartellrechtliche und Insolvenzverfahren etc. Hinzu kommt die Ausgestaltung des Deckungsausschlusses wegen Vorsatz in der jeweiligen Police. Im Allgemeinen schließt bedingter Vorsatz eine Deckung aus. Die Grenzen zur – noch gedeckten – bewussten Fahrlässigkeit können dabei verschwimmen. Im Übrigen ist es erfahrungsgemäß eine Fehlvorstellung, die Versicherungsdeckung lasse sich einfach durchsetzen. Das Gegenteil ist der Fall und D&O Versicherungen prüfen sorgfältig und kritisch ihre Einstandspflicht, zumal wenn sie befürchten, die Gesellschaft und das Organmitglied versucht, eine ungünstige Geschäftsentwicklung als „Schadensfall“ bei der Versicherung abzuladen.³⁵

bb) Stärkung der Präventionsfunktion

Damit rückt die Verhaltenssteuerung stärker in den Fokus. Die Haftungsandrohung kann das Verhalten von Geschäftsleitern grundsätzlich in einer Weise beeinflussen, die für die Gesellschaft und auch für die Volkswirtschaft insgesamt nützlich ist.³⁶ Voraussetzung dafür, dass die Organhaftung Anreize zu ökonomisch erwünschtem Verhalten setzen kann, ist allerdings, dass sie einen erreichbaren Sorgfaltsstandard vorgibt. Eine Überspannung der Sorgfaltsanforderungen und das damit einhergehende immense Haftungsrisiko führen eher zu einer Begünstigung übervorsichtigen und risikoaversen Verhaltens

³⁵ Hinzu kommen weitere Erschwernisse, die sich insbesondere aus diversen mit in- und ausländischen Versicherern oder Versicherungsgemeinschaften zusammengesetzten Versicherungskonsortien ergeben können, deren Interesse an einer Schadensregulierung und auch an einer fortbestehenden Geschäftsbeziehung zu dem Unternehmen sehr unterschiedlich sein können.

³⁶ Vgl. dazu *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 12. Aufl. 2013, Rn. 65 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 194 ff.

von Organträgern.³⁷ Dies liegt nicht im Interesse der Gesellschaft und der Volkswirtschaft. Übervorsichtiges Verhalten bewirkt, dass das potentiell haftpflichtige Organ bedacht ist, zu viele und vor allem sichtbare (wenngleich ineffiziente) Vorsorgemaßnahmen zu treffen.³⁸ Die Folge ist, dass der Geschäftsleiter weniger Kraft in die Erschließung neuer Geschäftsfelder und andere unternehmerische Wagnisse investiert als in Risikovorsorge und Absicherungsstrategien. Neben unzulänglicher Wahrung unternehmerischer Chancen entstehen der Gesellschaft überhöhte Kosten der Schadensvorsorge.

Bei der Verhaltenssteuerung durch Haftungsandrohung geht es nicht allein um die vermögensmäßige Sanktion. Es wird in der Diskussion zu Unrecht wenig davon gesprochen, wie außerordentlich belastend für den Unternehmensleiter eine Inanspruchnahme durch die Gesellschaft ist. Sie kann die Vernichtung der bürgerlichen Existenz bedeuten. Ex-Vorstände und Geschäftsführer, gegen die ein Klageverfahren wegen pflichtwidrig verursachter Schäden oder auch ein Ermittlungsverfahren wegen Untreue läuft, sind auf dem Arbeitsmarkt „schwer vermittelbar“. Hinzu kommt eine gesellschaftliche Prangerwirkung, wenn nicht Ächtung. Vollkommene Rehabilitation ist praktisch nur möglich bei vollem Obsiegen, ein Vergleich oder eine Verfahrenseinstellung nach § 153 a StPO hinterlassen hingegen ungeachtet strafrechtlicher Unschuldsvermutungen immer Spuren. Man mag sagen: Selbst schuld und Recht geschieht es! Aber das ist nur richtig, wenn das Haftungssystem nicht überscharf eingestellt ist, so dass es den Unternehmensleiter keinem überzogenen Verfolgungsrisiko aussetzt.

c) Ziel: Etablierung eines erreichbaren Sorgfaltsstandards

Letztlich geht es um eine angemessene Balance bei der Steuerung risikogeeigneten Handelns. Unternehmerisches Handeln ist stets mit Chancen und Risiken verbunden. Es kann weder richtig sein, den Geschäftsleiter einer Erfolgshaftung dafür zu unterwerfen, dass Chancen realisiert werden. Noch kann unternehmerische Dynamik

³⁷ Wagner, ZHR 178 (2014), 227, 255 f.; Bayer/Scholz, NZG 2014, 926, 927; Vetter, NZG 2014, 921, 923.

³⁸ Bachmann, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 22.

entstehen, wenn das Primat besteht, Risiken unter allen Umständen zu vermeiden.

An dieser Stelle ist die stärker zu gewichtende Präventionsfunktion näher zu beleuchten: Es geht um Verhaltensteuerung. Und zwar nicht nur im negativen Sinne zur Vermeidung verantwortungslos riskanten Verhaltens durch Haftungsandrohung, sondern zugleich im positiven Sinne der Stimulierung verantwortungsvoll wagnisbereiten Handelns. Denn nur das wird der Eigenheit unternehmerischen Handelns gerecht: Risiken vermeiden genügt nicht. Für den Unternehmer gilt gerade nicht: Wer nichts macht, macht nichts falsch. Der Unternehmer soll etwas wagen, etwas unternehmen.

Es geht immer nur beides zusammen: Chance und Risiko und ein Verhalten, das zwischen diesen beiden Polen einen vertretbaren Weg findet. Es besteht Einigkeit, dass dies erfordert, einen Handlungsspielraum anzuerkennen, dem ein Haftungsfreiraum entspricht. Die Kernaufgabe liegt demgemäß darin, Verhaltensmaßstäbe zu definieren, mithilfe derer sich dieser Handlungsspielraum vorhersehbar und verlässlich bestimmen lässt. Hierzu bedarf es eines Sorgfaltsmaßstabs, der einerseits streng genug ist, um verantwortungslos riskantes Handeln auszuschließen, der andererseits aber nicht überstreng ist und dadurch im Rahmen unternehmerischen, also risikogeeigneten Handelns nicht mehr einhaltbar ist. Verantwortungsvoll riskantes Verhalten muss erlaubt sein.

Wenn es gelingt, einen solchen Sorgfaltsmaßstab zu etablieren – einschließlich eines angemessenen Instrumentariums zur Rechtsdurchsetzung –, sind alle weiteren Instrumente, die sich in der Diskussion befinden, wie z. B. Haftungsausschlüsse, abgesenkte Verschuldensmaßstäbe und Haftungshöchstgrenzen für die Managerhaftung, zweitrangig. Wenn die Pflichten- und Sorgfaltsanforderungen richtig kalibriert sind, ist dies der entscheidende Filter zur Scheidung von haftungswürdigen von nicht haftungswürdigen Fällen.

Wo stehen wir in dieser Frage? Um dies festzustellen, folgt eine kurze Bestandsaufnahme zum bestehenden System der Organhaftung.

III. Bestandsaufnahme: *Status Quo* der Organhaftung und Kritikpunkte

1. AG: § 93 Abs. 2 AktG (*Innenhaftung des Vorstands*)

Die *lex lata* setzt Vorstandsmitglieder – gleiches gilt im Grundsatz für GmbH-Geschäftsführer – im Innenverhältnis einem tendenziell zu hohen Haftungsrisiko aus, auf dessen Ursachen im Folgenden näher einzugehen ist.

a) *Business Judgment Rule*

Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (sog. *Business Judgment Rule*).³⁹ Ebenso wie an dieser Formel deutlich ist, dass der Gesetzgeber einen Handlungsspielraum einräumt, ist auch klar, dass hier mit ausfüllungsbedürftigen Begriffen wie „vernünftigerweise annehmen durfte“ und „angemessene Information“ gearbeitet wird. Diese erforderliche Konkretisierung ist Aufgabe der Rechtsprechung.

Die *Business Judgment Rule* ist nach richtigem Verständnis keine Haftungsprivilegierung, sondern eine Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG, also der Anforderungen an pflichtgemäßes Handeln.⁴⁰

Eine der wichtigsten und zugleich schwierigsten Tatbestandsmerkmale dieser mehrgliedrigen Formel ist das Erfordernis, dass das Vorstandsmitglied annehmen darf, auf der Grundlage angemessener Information zu handeln. Hierzu gibt es Judikate, die einer sehr stren-

³⁹ Die *Business Judgment Rule* hat ihre Ursprünge in den USA und geht in Deutschland zurück auf die in der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des Bundesgerichtshofs entwickelten Grundsätze, welche im Jahr 2005 durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) im deutschen Aktiengesetz kodifiziert wurden. In der Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs wird diese Regelung als Haftungsfreiraum im Bereich qualifizierter unternehmerischer Entscheidungen bezeichnet, vgl. BegrRegE, BR-Drs. 3/05, S. 17 bzw. BT-Drs. 15/5092, S. 11.

⁴⁰ Bayer, GmbHR 2014, 897, 898.

gen Auslegung folgen. So fordert der BGH nicht nur „eine sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen“ und darauf gestützt „eine Abwägung der Vor- und Nachteile unter Berücksichtigung der erkennbaren Risiken“. ⁴¹ Vielmehr erwartet der BGH, dass der Geschäftsleiter „alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art“ ⁴² nutzt und im Hinblick auf erkennbare Risiken ausschöpft. Nimmt man das wörtlich, ist es eine schier unmöglich zu erfüllende Vorgabe. ⁴³ Zwar wird in der Literatur davon ausgegangen, dass der BGH diese unmögliche Vorgabe mittlerweile modifiziert habe ⁴⁴, so dass eine nach Situation, verfügbarer Zeit und Kosten-/Nutzen-Relation objektiv vertretbare Informationsbasis ausreichen soll. Gleichwohl besteht derzeit ein hohes Maß an Unsicherheit, wann ein Organ „auf Grundlage angemessener Information“ gehandelt hat.

Bei diesem Kriterium muss in doppelter Weise einer überzogenen Anspannung entgegengewirkt werden. Zum einen bedarf es einer subjektiven Einschätzungsprärogative in dem Sinne, dass auf die vom Geschäftsleiter vernünftigerweise als angemessen erachtete Information abzustellen ist. Zum anderen ist eine nach den jeweiligen Umständen objektiv zu bemessende Angemessenheitsprüfung erforderlich. Wann die Information und deren Beschaffung als „angemessen“ gelten, ist anhand der zur Verfügung stehenden Zeit, des Gewichts und der Art der zu treffenden Entscheidung und unter Berücksichtigung anerkannter betriebswirtschaftlicher Verhaltensmaßstäbe vom Geschäftsleiter zu bestimmen. ⁴⁵ Starre Maßstäbe sind verfehlt.

Selbst wenn in dem vorstehenden Sinne eine zurückhaltende Auslegung durch die Gerichte erfolgt, die im Ergebnis zu einer nur eingeschränkten Überprüfung der Angemessenheit der Informationsein-

⁴¹ BGH v. 14.7.2008 – II ZR 202/07, GmbHR 2008, 1033 Rz. 11; BGH v. 3.11.2008 – II ZR 236/07, ZIP 2009, 223.

⁴² BGH v. 14.7.2008 – II ZR 202/07, GmbHR 2008, 1033 (LS. 1 und Rz. 11).

⁴³ Peltzer, FS Hoffmann-Becking, 2013, 861, 866.

⁴⁴ Bayer, GmbHR 2014, 897, 899 mit Verweis auf BGH v. 15.1.2013 – II ZR 90/11, ZIP 2013, 455 Rz. 35 und andere Literaturstimmen (Fn. 40).

⁴⁵ Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich der Geschäftsleiter hinter routinemäßigem Einholen von Sachverständigengutachten, Beratervoten oder externen Marktanalysen verstecken darf. Ob und in welchem Umfang externer Rat einzuholen ist, ist letztlich nach betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten und den eigenen Möglichkeiten des Unternehmens zu entscheiden und nicht nach formalen Absicherungsstrategien, vgl. *Nauheim/Goette*, DStR 2013, 2520, 2525.

holung führt,⁴⁶ besteht immer noch ein erhebliches Risiko der Überspannung von Anforderungen infolge von Rückschaufehlern (sog. *hindsight bias*), also das Risiko, dass Gerichte in Kenntnis der im Nachhinein tatsächlich eingetretenen Tatsachen zum Nachteil des Geschäftsleiters urteilen.⁴⁷ Hier ist insbesondere das Phänomen zu benennen, dass sich im Laufe der Zeit die Maßstäbe, mit denen angemessenes Verhalten bewertet wird, ändern. Denkt man etwa an Themen wie Umweltverantwortung, Steuerehrlichkeit, Schmiergeldwesen, Datenschutz usw. wandeln sich die gesellschaftlichen Maßstäbe über relativ kurze Zeit deutlich.⁴⁸ Der Pflichtenmaßstab darf aber stets nur so definiert werden, wie er zur Zeit der maßgeblichen Handlung einzuhalten war.

b) Beweislastumkehr

Die deutsche Vorstandshaftung erfährt eine besondere Schärfe durch die Beweislastverteilung in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG (auf die GmbH entsprechend anzuwenden).⁴⁹ Im Streitfall muss die Gesellschaft lediglich ein konkretes, potentiell haftungsbegründendes Verhalten substantiiert dartun sowie einen kausal hieraus entstandenen Schaden nachweisen, während das beklagte Vorstandsmitglied den Gegenbeweis fehlender Pflichtverletzung und fehlenden Verschuldens zu führen hat.⁵⁰ Das DJT-Gutachten formuliert zutreffend, dass die „*rechts-tatsächlichen Befunde zeigen, dass die Sorge, trotz tadellosen Ver-*

⁴⁶ Lutter, ZIP 2007, 841, 845; vgl. Fleischer in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 93 Rn. 74.

⁴⁷ Eingehend dazu Brömmelmeyer, WM 2005, 2065, 2068.

⁴⁸ Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund ist vermehrt die Mahnung erhoben worden, das Pflichtenspektrum von Geschäftsleitern auf ein erträgliches Maß zurückzuschneiden (vgl. etwa Fleischer, WM 2005, 909, 918) oder ihnen gar einen „sicheren Hafen“ zu geben, der bei nachgewiesener Einhaltung bestimmter Standards Haftungsfreiheit garantiert (vgl. etwa Karbaum, AG 2013, 863, 873).

⁴⁹ Bachmann, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 33; Bayer, GmbHR 2014, 897, 901.

⁵⁰ Eingehend zu den Voraussetzungen der Entlastung Loritz/Wagner, DStR 2012, 2189, 2191; Spindler in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 181 ff.

haltens allein aus Beweisnot verurteilt zu werden, bei den potentiell Betroffenen die drückendste ist“.⁵¹

Die Beweislastregel ist aus zwei Gründen einschneidend: Zum einen, weil sie nicht nur das fehlende Verschulden des Vorstandsmitglieds betrifft – diese Beweisregel ist uns im Rahmen der vertraglichen Haftung geläufig (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Beweislastregel erstreckt sich vielmehr auch auf das Nichtvorliegen einer Pflichtverletzung. Anders ausgedrückt, das Vorstandsmitglied muss beweisen, dass es pflichtgemäß gehandelt hat. Die Beweisführung, dass pflichtwidriges Handeln vorliegt, ist sonst immer Sache des Geschädigten.

Der zweite Grund liegt in der Schwierigkeit der Informationsbeschaffung vor allem für ausgeschiedene Organmitglieder. Und rechtstatsächlich geht es fast immer um ausgeschiedene Organmitglieder, wenn konkrete Haftungsansprüche geltend gemacht werden. Wenn man dies zusammen sieht mit der durch den Gesetzgeber im Jahre 2009 vorgenommenen Verlängerung der Verjährungsfrist für Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften von 5 auf 10 Jahre, wird schnell deutlich, welches Risiko sich hier für das ausgeschiedene Vorstandsmitglied aufuft.

Dem wird beschwichtigend entgegengehalten, man könne dem Vorstandsmitglied durch einen Informationsanspruch gegen die Gesellschaft helfen⁵², dem etwa ein Datenraum zur Verfügung gestellt werden könne. Womöglich ergibt sich schon heute ein solcher Anspruch aus Treu und Glauben (§ 242 BGB). Aber dadurch wird kein angemessenes Gleichgewicht erreicht: Wer schon einmal mit der Geltendmachung von Haftungsansprüchen befasst war, weiß, wie schwierig die Sachverhaltsaufklärung ist. Mit der Sichtung von Unterlagen ist es keineswegs getan. Es geht schon damit los, die möglicherweise aussage- und beweiskräftigen Unterlagen überhaupt zu identifizieren und „auszugraben“. Häufig sind die Sachverhalte darin nur lückenhaft, unverständlich oder sogar irreführend wiedergegeben. Man ist auf die Vernehmung von Mitarbeitern angewiesen, die sich nicht zuverlässig erinnern können oder wollen. Manche Mitar-

⁵¹ *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 33.

⁵² *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 33 (Fn. 113 mwN).

beiter sind ausgeschieden, gar nicht mehr erreichbar oder machen ihre Mitwirkungsbereitschaft von problematischen Freistellungs- und Zahlungszusagen abhängig. Eine solche Sachverhaltsaufklärung gelingt auch nur, wenn von der Unternehmensleitung entsprechender Druck ausgeübt wird. Das gilt übrigens schon für die Erstellung eines Datenraums. Dessen Qualität hängt – wie immer – extrem von den Anweisungen, deren Durchsetzung und der konstruktiven Qualitätskontrolle des Unternehmens ab, was wiederum eine entsprechende Ressourcenallokation und eine darauf gerichtete Mitarbeitermotivation durch das Unternehmen erfordert.

Wenn man sich dies bewusst macht, wird deutlich, dass das ausgeschiedene Vorstandsmitglied, das möglicherweise – bei einem börsennotierten Unternehmen – seit 8 Jahren dort nicht mehr tätig ist, vielleicht längst im Ruhestand lebt und über 70 Jahre alt ist, ein fast unfair zu nennendes Handicap hat, wenn man ihm aufbürdet, die Pflichtmäßigkeit seines Handelns im Nachhinein positiv darzutun und zu beweisen.

c) Unbeschränkte Haftung

Vorstandsmitglieder haften für leichte Fahrlässigkeit und in vollem Umfang für den durch die Pflichtverletzung verursachten Schaden. Damit haften sie schärfer als „normale“ Arbeitnehmer, denen die Arbeitsgerichte jedenfalls im Bereich der leichten und mittleren Fahrlässigkeit bei haftungsgeneigten Tätigkeiten Haftungsbefreiungen oder zumindest -erleichterungen zugestehen.⁵³

Über diese unterschiedliche Behandlung hinaus wird darauf hingewiesen, dass diese umfassende Haftung im Widerspruch zur beschränkten Haftung der Gesellschaft und zur beschränkten Vorstandsvergütung stehe. Der Gedanke ist folgender: In der AG teilen sich Vorstand und Aktionäre die Aufgabe des Unternehmers: Die Aktionäre übernehmen die Finanzierung, der Vorstand erdenkt und verwirklicht ein Geschäftsmodell.⁵⁴ Grundsätzlich ist es daher systematisch stimmig, wenn die Aktionäre das Risiko für unternehmerische Fehlentscheidungen und der Vorstand das Risiko aus der Nicht-

⁵³ Dazu näher *Reichold* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 19 ff.; *Preis* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2014, § 619a Rn. 9 ff.

⁵⁴ *Drygala*, ZRP 2012, 161, 161 f.

einholung der gebotenen Sorgfalt übernehmen.⁵⁵ Dennoch wirft die unbeschränkte Haftung das systematische Problem auf, dass die Aufteilung der unternehmerischen Risiken zwischen Aktionären und Vorstand auch eine entsprechende Beteiligung an den Chancen, also am unternehmerischen Erfolg erforderte.⁵⁶ Dem hat der Gesetzgeber jedoch in § 87 AktG durch Limitierung der Vorstandsvergütung Grenzen gesetzt. Wenn man nun nicht einer risikogerechten Erhöhung der Vorstandsvergütung das Wort reden will, dann liegt die Schlussfolgerung nicht fern, dass der Begrenzung der Vorstandsvergütung eine Begrenzung der Vorstandshaftung entspreche.

Ein weiterer Gedanke zur fehlenden Haftungsbeschränkung lautet: Das Konzept der Haftungsbeschränkung, wie es durch das Kapitalgesellschaftsrecht verwirklicht worden ist, dient nicht zuletzt dazu, die auf Grund des Risikos des persönlichen Totalverlustes bestehende Gefahr einer irrationalen Risikoaversion zu beseitigen; doch wird über das latente Risiko der wirtschaftlichen Existenzvernichtung des Vorstands dieses „institutionelle Grundproblem“ durch die Hintertür wieder in die Rechtsform hereingetragen.⁵⁷

Dieser Gedanke scheint auch nicht deshalb unrichtig, weil die Haftungsbeschränkung kraft Rechtsform ein Privileg der Eigentümer zu sein habe, während der Vorstand als angestellter Dienstleister die volle Verantwortung für sein Handeln zu tragen habe. Das übersieht, dass es gesamtwirtschaftlich und unter dem Gesichtspunkt der Förderung und Nutzung der besten Talente für die Übernahme unternehmerischer Aufgaben anzuerkennen ist, dass die Eigentümer Fremdmanager mit der Führung ihres Unternehmens beauftragen. Sie selbst können und wollen die Führungsaufgabe nicht übernehmen, andererseits ist gesetzlich eine Beteiligung des Fremdmanagers am Unternehmen nicht vorgesehen. Der Fremdmanager löst somit für den Eigentümer eine zunächst allein ihm zufallende Aufgabe. Wenn damit allerdings eine umfassende Einstandspflicht mit unbegrenztem Existenzvernichtungsrisiko einhergeht, dann kann das Gesamtsystem aus dem Gleichgewicht geraten. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Regeln, nach denen die volle Einstandspflicht greift, zu streng sind.

⁵⁵ Bayer/Scholz, NZG 2014, 926, 927.

⁵⁶ So auch Drygala, ZRP 2012, 161, 161 f.

⁵⁷ Bayer/Scholz, NZG 2014, 926, 927 mwN.

d) Verjährung

Von großer Bedeutung für die Haftung ist die Verjährungsregelung. Die Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder aus § 93 AktG für börsennotierte Gesellschaften verjähren seit dem Jahr 2010 in 10 Jahren.⁵⁸ Für andere Gesellschaften – so auch für die GmbH – gilt (weiterhin) die Frist von 5 Jahren (vgl. § 93 Abs. 6 AktG, § 43 Abs. 4 GmbHG). Die Frist beginnt nach richtiger Auffassung objektiv, also kenntnisunabhängig mit der Entstehung des Anspruchs (§ 200 BGB).⁵⁹

Während die fünfjährige Verjährungsfrist als angemessen und hinzunehmen angesehen wird, ist ihre Verdoppelung für börsennotierte AGs auf vielfachen Widerspruch gestoßen,⁶⁰ weil sie in Verbindung mit der für das Vorstandsmitglied ungünstigen Beweislastregelung eine deutliche und systemwidrige Haftungsverschärfung mit sich bringt. Sogar der ausgeschiedene persönlich haftende Gesellschafter wird 5 Jahre nach seinem Austritt von der persönlichen Haftung von Nachhaftungsansprüchen frei (§ 160 HGB). Auch in zahlreichen anderen Gesetzen in gesellschaftsrechtlichen Haftungszusammenhängen ist eine fünfjährige Frist vorgesehen (z. B. §§ 309 Abs. 5, 310 Abs. 4, 317 Abs. 4, 318 Abs. 4, 51, 53 AktG; §§ 133 Abs. 6, 25 Abs. 3 UmwG).

e) Anspruchsdurchsetzung

Bei der Anspruchsdurchsetzung tritt ein wesentlicher Unterschied zwischen Aktiengesellschaft und GmbH auf. Bei der Aktiengesellschaft ist es Sache des Aufsichtsrats, Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder geltend zu machen. Bei der GmbH ist das nur der Fall, wenn sie paritätisch mitbestimmt ist. Ansonsten ist die Anspruchsdurchsetzung Angelegenheit der Gesellschafter (§ 46 Nr. 8 GmbHG). Dieser Unterschied in der Zuständigkeit hat im Ergebnis erhebliche

⁵⁸ Die Verlängerung der Verjährungsfrist bei börsennotierten Gesellschaften von 5 auf 10 Jahre beruht auf dem Restrukturierungsgesetz vom Dezember 2010, vgl. Art. 6 des Restrukturierungsgesetzes v. 9.12.2010, BGBl. I S. 1900.

⁵⁹ *Spindler* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 291; *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG 19. Aufl., § 43 Rn. 57 mwN.

⁶⁰ *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 54 Fn. 198 mwN.

Auswirkungen auf das Haftungsrisiko von Vorständen einer AG im Vergleich zu Geschäftsführern einer GmbH. Denn nach der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung des BGH ist der Aufsichtsrat, der nach § 111 Abs. 1 AktG die Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen hat, im Rahmen seines gesetzlichen Aufgabenkreises verpflichtet, Bestehen und Durchsetzbarkeit eines Schadensersatzanspruchs zu prüfen und eine Entscheidung über die gerichtliche Geltendmachung zu treffen.⁶¹ Hier nun ist nicht der Vorstand, sondern der Aufsichtsrat in der Rolle des Entscheiders und dementsprechend mit dem Risiko der Haftung konfrontiert, wenn er fehlerhaft agiert. Der BGH hat für die Frage, ob Schadensersatzansprüche vom Aufsichtsrat gegen ein Vorstandsmitglied geltend zu machen sind, einen scheinbar streng digitalen Entscheidungsbaum entwickelt, der dem Aufsichtsrat nur unter engen Voraussetzungen Ermessen belässt.⁶² In einer engherzigen Deutung, die zwar kritisiert wird⁶³, allerdings gar nicht so fernliegend erscheint, steht der Aufsichtsrat dadurch in Zweifelsfällen vor der Frage, ob er eine mit Unsicherheit und Nachteilen verbundene Anspruchsverfolgung betreiben soll, oder ob er dies unterlässt und damit das Risiko eingeht, persönlich zur Rechenschaft gezogen zu werden. Nicht selten werden daher Ansprüche, oder auch nur vermeintliche Ansprüche, vom Aufsichtsrat unter Inkaufnahme anderer Nachteile verfolgt um zu vermeiden, dass der Haftungsfall des Vorstandsmitglieds ein persönlicher Haftungsfall des Aufsichtsratsmitglieds wird. Der Gesetzgeber hat das Seine dazu beigetragen, den Aufsichtsrat unter Druck zu setzen: Die Hauptversammlung kann die Anspruchsverfolgung gegen Vorstand und Aufsichtsrat mithilfe besonderer Vertreter durchsetzen (§ 147 AktG). Auch Minderheitsaktionäre können nach Durchlaufen des Klagezulassungsverfahrens gemäß § 148 AktG die Ansprüche gegen Vorstand und Aufsichtsrat in gesetzlicher Prozessstandschaft geltend machen.⁶⁴

⁶¹ BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/96, NJW 1997, 1926. Diese Entscheidung wird als einer der zentralen Gründe für das Anschwellen der Prozesswelle gegen Vorstandsmitglieder in den letzten Jahren erachtet, vgl. *Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1394.

⁶² *Spindler* in: *Spindler/Stilz*, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 116 Rn. 47 ff.

⁶³ *Goette*, ZHR 176 (2012), 588 ff.; *Reichert*, ZHR 177 (2013), 767 ff.; *Cahn*, WM 2013, 1293, 1295 ff.; *Paefgen*, AG 2008, 761 ff.

⁶⁴ *Spindler* in: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 190.

Dieses Zusammenspiel von Haftungsregelungen zulasten des Aufsichtsrats und Instrumenten der Rechtsdurchsetzung auf Aktionärs-ebene hat dazu geführt, dass Vorstandsmitglieder heutzutage faktisch einem wesentlich höheren Haftungsrisiko ausgesetzt sind, im Vergleich zu früher und auch im Vergleich zu Geschäftsführern einer GmbH. Denn ob und inwieweit die Gesellschafter einer GmbH Ansprüche gegenüber einem Geschäftsführer durchsetzen, entscheiden sie durch Mehrheitsbeschluss (§ 46 Nr. 8 GmbHG). Bei dieser Entscheidung hat jeder Gesellschafter ein weites Ermessen und ist – anders als der Aufsichtsrat nach der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung – nur in den viel weiteren Grenzen der Treuepflicht gebunden.⁶⁵

In der Sache allerdings, was den möglichen Haftungsgrund, die Einhaltung der Business Judgement Rule und die Beweislastverteilung angeht, steht der GmbH-Geschäftsführer nicht anders da als das Vorstandsmitglied. Das Risiko einer Ersatzpflicht ist, wenn es einmal zur Anspruchsverfolgung kommt, wahrscheinlich am Ende sogar höher, weil in den kleinen und mittleren GmbH und GmbH & Co. KG die Mechanismen der Risikovorsorge weniger ausgeprägt sind.⁶⁶ Es fehlt vielfach an internen Organisationsstrukturen, professionellen Fachabteilungen und systematischen Prozessen zur Vorbereitung komplizierter Entscheidungen, sodass es für den GmbH-Geschäftsführer deutlich schwieriger sein kann, die Anforderungen der Business Judgement Rule einzuhalten. Eine Heerschar externer Berater, die dazu vielleicht erforderlich wäre, kann das Unternehmen sich nicht leisten, die Gesellschafter wären damit auch nicht einverstanden. Die von kleineren Gesellschaften zu treffenden unternehmerischen Entscheidungen mögen zwar in der Mehrheit einen geringeren Komplexitätsgrad aufweisen als solche von Großunternehmen. Aber darauf ist kein Verlass. Und bei kleineren Gesellschaften treten andere haftungsträchtige Themen häufiger auf, namentlich die wegen geringerer Kapitalausstattung auftretenden insolvenznahen Problemlagen.

⁶⁵ Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 46 Rn. 39; K. Schmidt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 46 Rn. 153; Kleindieck, FS Graf v. Westphalen, 2010, S. 387 (394).

⁶⁶ Ebenso Bayer, GmbHG 2014, 897.

f) Verzicht und Vergleich

Schließlich soll noch ein Blick auf die unterschiedlichen Regelungen des Aktien- und GmbH-Rechts zum Fragenkreis von Verzicht und Vergleich von Haftungsansprüchen geworfen werden. § 93 Abs. 4 S. 3 AktG stellt für den Verzicht auf oder Vergleich über Ansprüche drei Hürden auf: Zunächst muss eine dreijährige Sperrfrist abgewartet werden, dann bedarf es der Zustimmung der Hauptversammlung und schließlich darf keine nennenswerte Minderheit ihr Veto einlegen. Problematisch ist vor allem die erforderliche Hauptversammlungszustimmung:⁶⁷ Über die Bekanntmachung der Tagesordnung und das Fragerecht der Aktionäre kann letztlich der gesamte Vorgang Öffentlichkeit erlangen. Das bedeutet, dass eine diskrete Erledigung nicht möglich ist.

All dies ist bei der GmbH grundlegend anders. Dort kann jederzeit und ohne Öffentlichkeitswirkung ein Haftungsfall durch Verzicht oder Vergleich beigelegt werden.⁶⁸

g) Zwischenergebnis

Die Bestandsaufnahme ergibt, dass sich die Organhaftung in den letzten Jahren insgesamt deutlich verschärft hat, insbesondere durch die Kombination überhöhter Sorgfaltsstandards mit einer Beweislastverteilung zum Nachteil des Unternehmensleiters. Überspitzt formuliert lässt dies die Organhaftung in Richtung einer Gefährdungshaftung driften. Wenn nicht mehr für die Verletzung grundsätzlich einhaltbarer Pflichtenstandards gehaftet wird, gerät die Haftung zur Einstandspflicht dafür, dass man „etwas Gefährliches“ tut, nämlich ein Unternehmen leiten. Soweit ist es noch nicht, aber eine dahingehende Tendenz besteht. Das ist eine Fehlentwicklung. Ziel muss vielmehr die Rückkehr zu einer vorhersehbaren und durch pflichtmäßiges Verhalten vermeidbaren Verschuldungshaftung sein.

⁶⁷ Zum Folgenden *Semler*, AG 2005, 321, 322, 333.

⁶⁸ *Fleischer* in: Münchener Kommentar zur GmbHG, 1. Aufl. 2012, § 43 Rn. 281; *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43 Rn. 47.

IV. Lösungsansätze aus der rechtspolitischen Diskussion und eigene Thesen

Aus den vorangegangenen Ausführungen ist bereits deutlich geworden, dass die Haftung von Geschäftsleitern überprüfungsbedürftig ist, und zwar im Sinne einer vorzunehmenden Begrenzung eines ausufernden persönlichen Haftungsrisikos. Die Diskussion über dieses Thema ist im vollen Gange und hat zu zahlreichen Reformvorschlägen geführt.⁶⁹ Deren Gegenstände sind unterschiedliche Stellschrauben, von deren Drehung man sich heilsame Effekte verspricht. Es ist an dieser Stelle nicht möglich, diese gesamte Diskussion auszubreiten. Vielmehr will sich dieser Beitrag auf einzelne wesentliche Punkte beschränken:

1. Anforderungen an pflichtgemäßes Handeln

Es ist bereits angeklungen, dass die Justierung des richtigen Sorgfaltsmaßstabs ein entscheidender Baustein des Haftungssystems ist. Um es noch einmal klarzustellen: Es geht hier um die Definition angemessener Anforderungen an objektiv pflichtgemäßes Verhalten. Es geht nicht um den Verschuldensmaßstab. Diese Punkte gehen in der Diskussion häufig durcheinander.

Konkret geht es um die Auslegung und praktische Handhabung der Business Judgement Rule. Die gesetzliche Formulierung ist mit ihren ausfüllungsbedürftigen Begriffen und subjektiven Beurteilungselementen offen für eine vernünftige Interpretation, die dem Unternehmensleiter keine unerfüllbaren Anforderungen auferlegt.⁷⁰ Hier ist vor allem die Rechtsprechung gefragt. Sie muss deutlicher als bisher zum Ausdruck bringen, dass unternehmerische Entscheidungen es mit sich bringen, dass erlaubte Risiken eingegangen werden können. Dazu zählt namentlich, dass die Anforderungen an die Informationsbeschaffung nicht uferlos überspannt werden dürfen und

⁶⁹ Für einen guten Überblick eignet sich die Lektüre des jüngsten DJT-Gutachtens: *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014.

⁷⁰ Ebenso *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 46; *Bayer*, GmbHR 2014, 897, 901.

auch die Situationsbezogenheit einer Entscheidung, namentlich ein zeitlicher Entscheidungsdruck ebenso wie eine Kosten-Nutzen-Betrachtung gepaart mit einer subjektiven Einschätzungsprärogative des Unternehmensleiters angemessene Berücksichtigung findet. Ferner muss sich die Rechtsprechung vor Rückschaufehlern hüten. Sie muss strikt eine *ex ante* Betrachtung walten lassen und versuchen, sich in die Entscheidungssituation hineinzusetzen, wie sie sich zum Entscheidungszeitpunkt tatsächlich stellte.

Ziel muss es sein, den Anspannungsgrad der Pflichtenlage so zu definieren, dass die verantwortungsbewusste Eingehung von Risiken ohne exzessive Absicherungsstrategien und auch ohne überzogenen buchhalterischen Dokumentationsaufwand möglich ist. Dieser Appell richtet sich nicht nur an die Zivilgerichte, er richtet sich auch an die Strafgerichte und die Strafverfolgungsbehörden. Insbesondere im Rahmen des Treubruchtatbestands des § 266 StGB muss mindestens gelten, dass zivilrechtlich pflichtgemäßes Verhalten bereits tatbestandsmäßig keinen Straftatbestand darstellen kann. Hier tragen die Strafgerichte und Strafverfolgungsbehörden wesentlich mit dazu bei, die zivilrechtlichen Pflichtenforderungen zu prägen. Sachgerecht wäre gerade im Bereich risikogeneigten Handelns eine zusätzliche Qualifizierung der Pflichtverletzung, sodass zwischen „einfach“ pflichtwidrigem und strafbarem Verhalten eine Sicherheitszone läge.

Die Business Judgement Rule bedarf aber auch der modifizierten Handhabung im Verhältnis zum Aufsichtsrat bei seiner Entscheidung über die Durchsetzung von Haftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder. Die ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung lässt dem Aufsichtsrat jedenfalls bei strenger Interpretation zu wenig Spielraum für die Abwägung von Vor- und Nachteilen seiner Vorgehensweise. Dies führt zu den dargestellten Anspruchsstellungen wider bessere Überzeugung aus eigener Haftungssorge des Aufsichtsrats. Das ist eine von der Rechtsprechung zu korrigierende Fehlentwicklung.

2. Verschuldensmaßstab

Eine weitere Stellschraube, über die heftig diskutiert wird, ist der Verschuldensmaßstab. Hier geht es um verschiedene Facetten: Zum einen um eine Angleichung der haftungsrechtlichen Konsequenzen bei nur leichten Verschuldensformen an die im Arbeitsrecht für ge-

fahrgeneigte Arbeiten entwickelten Haftungsmaßstäbe.⁷¹ Teilweise wird darüber hinaus eine Begrenzung auf grobe Fahrlässigkeit befürwortet.⁷² Teilweise wird zumindest eine Flexibilisierung angeregt, die es den Unternehmen gestattet, satzungsgestaltungsgemäß zu entscheiden, den Haftungsmaßstab für die Unternehmensleiter zu lockern.⁷³

Man kann lange darüber streiten, ob die Position des Unternehmensleiters als Arbeitgeber bereits ein systematisch zwingendes Argument dagegen ist, ihm wie einem Arbeitnehmer eine Haftungserleichterung bei risikogeeigneten Geschäften zuzustehen.⁷⁴ Eine generelle Regelung i. S. einer Gleichstellung erscheint aus heutiger Sicht unwahrscheinlich und in der Sache auch nicht unproblematisch. Denn auch im Arbeitsrecht hat es bislang die Gesetzgebung peinlichst vermieden, die Rechtsprechungsgrundsätze zur Haftung bei gefahrgeneigter Tätigkeit zu kodifizieren.⁷⁵ Eine darüber hinausgehende Haftungserleichterung etwa durch generelle Begrenzung auf grobe Fahrlässigkeit wäre systemwidrig.⁷⁶ Grundsätzlich wird im deutschen Recht für Vorsatz und Fahrlässigkeit gehaftet.⁷⁷ Die Privilegierung eines gesamten Tätigkeitsbereiches, nämlich der unternehmerischen Haftung, durch eine generelle Haftungserleichterung passt nicht dazu. Und vor die Wahl gestellt, was wichtiger ist – die richtige Formulierung des Pflichtenmaßstabes oder die Lockerung des Verschuldensmaßstabes – ist der richtigen Formulierung der Sorgfaltsan-

⁷¹ Hoffmann, NJW 2012, 1393, 1396 f.; vgl. Argumentation bei Bachmann, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 56 Fn. 206, wo zahlreiche Befürworter dieser Option aufgelistet sind; a. A. Vetter, NZG 2014, 921, 922.

⁷² Semler, FS Goette, 2011, S. 499, 510; Lücke, NJW-aktuell 35/2010, 11, 12.

⁷³ Bachmann, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 58; Habersack, ZHR 177 (2013), 782, 804; Spindler, AG 2013, 889, 895 f.

⁷⁴ So die herrschende Literaturmeinung, vgl. Diskussion bei Hoffmann, NJW 2012, 1393, 1397.

⁷⁵ Eine Positivierung ist im Arbeitsrecht trotz Drängens u. a. des DJT bis heute nicht geschehen. Für Positivierung jüngst Henssler/Preis, Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, NZA-Beilage 1/2007, 21.

⁷⁶ Vgl. Ulmer, DB 2004, 859, 862; Fleischer, WM 2006, 909, 914; Langenbucher, DStR 2005, 2083, 2086.

⁷⁷ Haftungsprivilegien sieht das deutsche Zivilrecht nur bei unentgeltlichem, ehrenamtlichem oder selbstlosem Tätigwerden vor, außerdem unter Gesellschaftern einer Personengesellschaft, vgl. §§ 31a, 521, 599, 680, 690, 708 BGB.

forderungen im Rahmen des Pflichtenkatalogs eindeutig der Vorzug zu geben.

Zur Diskussion eines dispositiven, nämlich satzungsautonomen Verschuldensmaßstab nur die folgende Anmerkung: Bei der GmbH ist es schon heute möglich, mit der Ausnahme von wenigen zwingenden gesetzlichen Pflichten⁷⁸, insbesondere im Zusammenhang mit der Kapitalerhaltung, Bilanzierung und insolvenznahen Verhaltensmaßstäben, den Haftungsmaßstab zu lockern. Davon wird in der Praxis im Verhältnis zu Geschäftsführern allerdings so gut wie kein Gebrauch gemacht⁷⁹, eher schon gegenüber Aufsichtsorganen wie Beiräten etc. Von daher macht es skeptisch, dass ein solches Angebot des Gesetzgebers an Aktiengesellschaften zu erhöhter Satzungsautonomie reißenden Absatz finden würde. Für börsennotierte Gesellschaften lässt sich bereits absehen, dass kein Erfolgsartikel geboren würde. Denn es ist kaum vorstellbar, dass die Corporate Governance Kommission etwa keine Empfehlung dafür aussprechen würde, es bei dem gesetzlich scharfen Haftungsmaßstab für jegliche Fahrlässigkeit zu belassen. Also müssten die Gesellschaften im Rahmen ihrer jährlichen Complianceerklärung nach § 161 AktG eine Abweichung vom Kodex erklären. Das ist unrealistisch. Auch international wäre eine solche Regelung ein Sonderweg.

3. Beweislastverteilung

Es wurde gezeigt, dass die Beweislastregelung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG, die auch im GmbH-Recht Anwendung findet, den Unternehmensleiter in eine extrem nachteilige Position bringt, die nachhaltig risikoerhöhend für ihn wirkt. Tatsächlich knüpfen hieran zahlreiche Forderungen auf Abschaffung dieser Haftungsregel an.⁸⁰ Auch hier

⁷⁸ Haftungsbeschränkungen sind uneingeschränkt zulässig, soweit die Pflichtverletzung des Geschäftsführers nicht aus Zuwiderhandlungen gegen die Kapitalschutzvorschriften der §§ 30, 33 GmbHG resultiert (arg. e § 43 Abs. 3 GmbHG), vgl. BGH v. 16.9.2002 – II ZR 107/01, GmbHR 2002, 1197, vgl. dazu Janert, BB 2013, 3016, 3017. Die frühere Rechtsprechung des BGH nahm an, dass eine Begrenzung der Geschäftsführerhaftung immer dann unwirksam sei, soweit der Schadensersatzbetrag zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger notwendig sei, BGH v. 15.11.1999 – II ZR 122/98, NJW 2000, 576.

⁷⁹ Vetter, NZG 2014, 921, 923 mwN.

⁸⁰ Vgl. Bachmann, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 33 Fn. 92 mwN.

muss zunächst noch einmal genauer gesagt werden, worum es geht. Es geht um die Umkehr der Beweislast im Hinblick auf den Vorwurf der Pflichtverletzung. Diese Beweislastumkehr ist in der Tat problematisch, während die Notwendigkeit des Entlastungsbeweises im Bereich des Verschuldens in der vertraglichen Haftung dem gesetzlichen Normalstatut entspricht, und daher nicht mit gleicher Berechtigung angegriffen werden kann.

In der Diskussion wird häufig differenziert zwischen amtierenden und nicht mehr amtierenden Geschäftsleitern. Die ersteren soll die härtere Beweislastregelung treffen⁸¹, während die Ausgeschiedenen davon befreit werden sollen.⁸² Vermutlich ist dies eine Scheindiskussion. Geschäftsleiter, gegen die ernsthaft Schadensersatzansprüche geprüft werden, können sich erfahrungsgemäß nicht im Amt halten. Wenn einmal ein Haftungsverdacht entstanden ist, geht auch rasch das erforderliche Vertrauen des Aufsichtsrats bzw. der Gesellschafter in den betroffenen Geschäftsleiter verloren und es kommt zur Trennung.

Es ist nicht zu verkennen, dass eine Streichung der Beweislastregel für den Pflichtenverstoß ein Einschnitt in das heutige Haftungssystem wäre. Aber er erscheint notwendig und auch besser als mögliche Zwischenlösungen, wie etwa bloße Beweiserleichterungen, wie Beweis des ersten Anscheins, der durch substantiierten Sachvortrag im Wege der sekundären Darlegungs- und Beweislast ausgeräumt werden kann. Man sollte hier zur einfachen Lösung der Verschuldenshaftung im Rahmen schuldrechtlicher Sonderverbindung des BGB kommen. Dass ein verstärktes Informationsrecht des Vorstandsmitglieds gegenüber der Gesellschaft⁸³ kein taugliches Instrument zur Herstellung einer angemessenen Balance ist, wurde bereits ausgeführt [s. III.1.b)].

⁸¹ *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 33; *Schlimm*, Das Geschäftsleitermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft, 2009, S. 168 ff.; *Bayer*, GmbHR 2014, 897, 901 (für die GmbH).

⁸² So auch *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 805 (Fn. 152 mwN). Für eine teleologische Korrektur *de lege lata* bereits *Rieger*, FS Peltzer, 2001, 339, 351.

⁸³ Für diesen Lösungsansatz *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 37 Fn. 113 mwN.

4. Haftungshöchstgrenzen

Um den als übermäßig empfundenen Haftungsrisiken von Unternehmensleitern entgegenzuwirken, wird verschiedentlich die Einführung gesetzlicher Haftungsbegrenzungen vorgeschlagen, teilweise summenmäßig⁸⁴, teilweise orientiert an der Vorstandsvergütung⁸⁵ und differenziert nach Verschuldensgraden⁸⁶.

Systematisch ist ein solches Vorgehen problematisch. Haftungshöchstgrenzen passen bei einem auf Totalreparation ausgelegten verschuldensabhängigen Schadensersatzrecht eigentlich nicht.⁸⁷ Das deutsche Recht kennt Haftungshöchstgrenzen nur im Zusammenhang mit der Gefährdungshaftung. Es geht aber gerade darum, den Haftungstatbestand für Unternehmensleiter von einem in Richtung einer Gefährdungshaftung driftenden Haftungssystem wieder zurückzuführen zu einer verschuldensabhängigen Haftung für Pflichtverletzungen. Systematisch stimmiger ist als Argument die asymmetrische Verteilung der Haftung für unternehmerische Risiken zwischen Eignern und Fremdmanagern. Zudem können Befürworter einer Haftungsbegrenzung ins Feld führen, dass die Beseitigung des Risikos einer existenzvernichtenden Haftung dazu beiträgt, eine unerwünschte Steuerungswirkung in Richtung eines risikoaversen Wirtschaftens durch Unternehmensleiter auszuschalten.⁸⁸ Hier streiten offensichtlich Kompensations- und Präventionsfunktion miteinander. Die durch die D&O-Versicherung bewirkte Aushöhlung des Gedankens der persönlichen Einstandspflicht könnte dafür sprechen, dem Gedanken einer Haftungsbegrenzung näher zu treten, der in der radikalsten Form sogar mit einem Verbot einer D&O-Versicherung einhergehen könnte.⁸⁹ Dann wäre zumindest klar: Es wird nur der Höhe nach begrenzt gehaftet, aber stets mit vollem persönlichen Risiko.

⁸⁴ Vgl. zu den Quellen *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 62 Fn. 228 mwN.

⁸⁵ So *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 930; *Hemeling*, ZHR 178 (2014), 221, 224; *Peltzer*, FS Hoffmann-Becking, 2013, 861, 865; *Spindler*, AG 2013, 889, 895; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 278.

⁸⁶ *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 932.

⁸⁷ *Fleischer*, WM 2005, 909, 915.

⁸⁸ *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 933.

⁸⁹ Dafür *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 933, mit dem Argument, dass die Einführung von Haftungshöchstgrenzen bedeute, die Vorstandshaftung auf das zur

Indes scheint – erneut – dem Präventionsgedanken besser Rechnung getragen zu werden, wenn man einen erreichbaren Pflichtenmaßstab für unternehmerisches Handeln etabliert. Die Steuerung über Haftungshöchstgrenzen ist eine zweitbeste Lösung. Auf den Punkt gebracht: Wollen wir hinsichtlich des Haftungstatbestands ein überscharfes Haftungsrecht, das wir dann bei der Haftungshöhe durch Kappung korrigieren? Dies passt zur Gefährdungshaftung, leuchtet aber für verschuldensabhängige Haftung weit weniger ein.

Wenn man also nicht eingreift durch Begrenzung der Haftung, bleibt noch die Frage, ob man den Selbstbehalt des Vorstandsmitglieds bei der D&O-Versicherung durch ein Verbot einer vom Vorstandsmitglied selbst eingedeckten D&O-Versicherung flankieren sollte.⁹⁰ Dieser zutiefst illiberale Eingriff in die private Dispositionsfreiheit ist im Rahmen des gesamten Haftungssystems eher eine Randnotiz. Die Diskussion hierüber sollte nicht überschätzt werden.

Bei der Frage der Einführung von Haftungshöchstgrenzen stellt sich ein weiteres Mal die Frage, ob unterhalb einer gesetzlichen Regelung eine Lösung denkbar ist, die dem autonomen Gestaltungsspielraum der Gesellschaften mehr Raum gibt.⁹¹ Auch dies ist wieder nur ein Thema für die Aktiengesellschaft, währenddessen bei der GmbH schon heute Gestaltungsfreiheit besteht, die allerdings kaum genutzt wird.⁹² Daher gilt ähnliches wie für den Bereich der Abmilderung des Verschuldensmaßstabs durch Eröffnung einer entsprechenden Satzungsautonomie. Es ist sehr zweifelhaft, ob die Gesellschaften hiervon starken Gebrauch machen würden. Namentlich bei börsennotierten Gesellschaften ist damit zu rechnen, dass die Corporate Governance Kommission dieses Thema aufgreifen und es den börsennotierten Aktiengesellschaften schwer machen wird, Haftungsbegrenzungen kraft Satzung zu ermöglichen.

Verhaltenssteuerung notwendige Maß zu beschränken. Daneben sei kein Raum für eine weitere Enthaftung durch die Gesellschaft.

⁹⁰ Für ein vergleichbares Verbot der Eigenversicherung des Vorstands *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 932; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 278; sympathisierend auch *Hemeling*, ZHR 178 (2014), 221, 224.

⁹¹ Für die Einführung von Haftungshöchstgrenzen qua Satzung *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 65; *Vetter*, NZG 2014, 921, 923.

⁹² S.o. III. 2. und Fn. 79.

5. Verjährungsfrist

Die Verlängerung der Verjährungsfrist für die Haftung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften auf 10 Jahre ist ein Fremdkörper, der historisch wohl am ehesten seine Erklärung findet, dass nach der Finanzkrise 2008 irgendetwas geschehen musste zur Manifestation der Vorstandsverantwortlichkeit. Eine überzeugende Begründung dafür, Vorstandsmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften in diesem Punkt schlechter zu behandeln, als Geschäftsleiter anderer Unternehmen, namentlich nicht börsennotierter Aktiengesellschaften und GmbH, ist nicht erkennbar.⁹³ Warum Publikumsaktionäre schützenswerter sind als Aktionäre nicht gelisteter Unternehmen ist kaum zu erklären. Hier wäre eine Rückkehr zu Einheitlichkeit begrüßenswert. Ob man bei der Gelegenheit Modifikationen der kenntnisunabhängigen Verjährung vornimmt⁹⁴, etwa dergestalt, dass diese erst ab Ausscheiden aus dem Vorstandamt beginnt zu laufen, ist eine zusätzliche Diskussion, die hier zu weit führen würde.

V. Zusammenfassung

Die Ausführungen dieses Beitrags lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1.

- Die Unternehmensleiterhaftung, die in Deutschland als Organ-Innenhaftung ausgestaltet ist, hat sich während der letzten Jahre deutlich verschärft. Gründe sind ein Zusammenspiel
- der Gerichte, die die zivil- und strafrechtlichen Haftungstatbestände zu weit auslegen,
- des Gesetzgebers, der den Haftungsgedanken – und das schließt die strafrechtliche Verantwortung ein – zunehmend durch Schaffung neuer Tatbestände und Verfahrensregelungen in seiner Durchsetzung befördert, und

⁹³ Vgl. Aufzählung der Gegner bei *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 54 Fn. 198.

⁹⁴ Vgl. zu Reformvorschlägen *Fleischer*, AG 2014, 457, 467 ff.

- im Bereich der Publikumsgesellschaften eine streitfreudigere Kultur, vor allem durch angriffslustigere Kleinaktionäre, aber auch durch kühl rechnende Hedgefonds und andere professionelle Investoren.

2.

- Dieses verschärfte Haftungsumfeld hat die Unternehmensleiterhaftung in Richtung eines immer schwerer beherrschbaren Risikos gerückt, das die Möglichkeit einer persönlichen Existenzvernichtung zu einer fast täglichen Bedrohung für entscheidungsfreudige Manager macht. Die D&O-Versicherungen sind unvollkommene Auffangnetze, die nichts daran ändern, dass das zugrundeliegende Haftungssystem aus der Balance geraten ist.

3.

- Aus der Balance ist das Haftungssystem vor allem deshalb geraten, weil die Auslegung der Business Judgement Rule durch die Gerichte die Pflichtenforderungen tendenziell überspannt mit der Folge, dass diese nicht mehr hinreichend vorhersehbar erfüllt werden können. Das betrifft sowohl das eigentliche unternehmerische Handeln als auch die Entscheidung des Aufsichtsrats bei der Durchsetzung von Haftungsansprüchen gegen Unternehmensleiter. Diese Überspannung erhält prozessual eine Verstärkung durch die gesetzliche Beweislastumkehr, nach der es dem Unternehmensleiter obliegt, sein pflichtgemäßes Handeln zu beweisen. Bei börsennotierten Gesellschaften tritt eine zehnjährige Verjährungsfrist hinzu, wodurch insgesamt ein unausgewogenes System entsteht. Dadurch werden nicht zuletzt Fehlanreize gesetzt in Richtung risikoaversen Handelns.

4.

- Eine Korrektur ist notwendig. Sie sollte ansetzen bei einer der Natur unternehmerischen Handelns besser gerecht werdenden Auslegung der Business Judgement Rule und auch des Untreuetatbestands, die den Gedanken des erlaubten Risikos verfolgt. Wünschenswert ist darüber hinaus eine Streichung der Beweislastumkehr hinsichtlich des Pflichtenverstößes, nicht dagegen des Verschuldens. Auch die überlange Verjährungsfrist von 10 Jahren bei börsennotierten Gesellschaften sollte auf das Normalmaß von 5 Jahren zurückgeführt werden.

5.

- Weitergehenden Vorschlägen für Haftungsbegrenzungsregelungen, so ausdifferenziert und bedenkenswert sie für sich genommen daherkommen, ist voraussichtlich keine Erfolgchance einzuräumen. Es bedarf ihrer auch nicht. Um die Fehlentwicklung zu korrigieren, sollten die genannten Maßnahmen ausreichen.