



**FOM Hochschule für Oekonomie & Management**

Studienzentrum Düsseldorf

**Bachelor-Thesis**

zur Erlangung des Grades eines

**Bachelor of Laws (LL.B.)**

über das Thema

**Business Judgement Rule: Analyse aktueller Entwicklungen in der  
Vorstandshaftung**

von

**Robert Weinhold**

**Erstgutachter: Prof. Dr. Olaf Müller-Michaels**

**Matrikelnummer: 287342**

**Düsseldorf, 22.12.2014**

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>1. Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>2. Die Haftung des Vorstands nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG</b>	<b>2</b>
<b>2.1. Voraussetzungen</b>	<b>2</b>
2.1.1. Vorstandsmitglied	2
2.1.2. Pflichtverletzung	3
2.1.3. Schaden	6
2.1.4. Kausalität	6
2.1.5. Verschulden	8
<b>2.2. Rechtsfolge</b>	<b>8</b>
<b>2.3. Beweislast</b>	<b>10</b>
<b>2.4. Zwischenfazit I</b>	<b>11</b>
<b>3. Die Business Judgement Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG</b>	<b>12</b>
<b>3.1. Normzweck und rechtspolitische Bedeutung</b>	<b>12</b>
<b>3.2. Voraussetzungen</b>	<b>14</b>
3.2.1. Unternehmerische Entscheidung	14
3.2.2. Gutgläubigkeit	17
3.2.3. Handeln ohne Sonderinteressen und sach- fremde Einflüsse	18
3.2.4. Handeln zum Wohle der Gesellschaft	19
3.2.5. Handeln auf der Grundlage angemessener Information	20
3.2.5.1. Anforderungen bei fehlenden Kenntnissen	21
3.2.5.1.1. Berater	23
3.2.5.1.2. Information des Beraters	24
3.2.5.1.3. Plausibilitätskontrolle	25
3.2.5.2. Folgen der Beratung	26
3.2.5.3. Die Rolle der Rechtsabteilung	26
3.2.5.4. Dokumentation der Entscheidung	28
<b>3.3. Rechtsfolge</b>	<b>29</b>
<b>3.4. Zwischenfazit II</b>	<b>30</b>
<b>4. Notwendigkeit einer Reform der Vorstandshaftung?</b>	<b>30</b>
<b>4.1. Anwendungsbereich der Business Judgement Rule</b>	<b>31</b>
4.1.1. Kritik am Status quo	32

4.1.2. Reformvorschläge	32
4.2. Beweislast	34
4.2.1. Kritik am Status quo	35
4.2.2. Reformvorschläge	37
4.3. Umfang der Haftung	38
4.3.1. Kritik am Status quo	38
4.3.2. Reformvorschläge	39
4.4. Verschuldensgrad	42
4.4.1. Kritik am Status quo	42
4.4.2. Reformvorschläge	43
4.5. Durchsetzung der Ansprüche	44
4.5.1. Kritik am Status quo	45
4.5.2. Reformvorschläge	46
4.6. Die Rolle der D&O-Versicherung	47
4.6.1. Kritik am Status quo	48
4.6.2. Reformvorschläge	49
5. Fazit	50

### Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
Abs.	Absatz
AktG	Aktiengesetz
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
DJT	Deutscher Juristentag
etc.	et cetera
GenG	Genossenschaftsgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
InsO	Insolvenzordnung
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
OLG	Oberlandesgericht
S.	Satz
s.o.	siehe oben
StGB	Strafgesetzbuch
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
vgl.	vergleichbar
ZPO	Zivilprozessordnung

## 1. Einleitung

Vorstandsmitglieder deutscher Aktiengesellschaften sehen sich einer existenzbedrohenden Haftung ausgesetzt. So oder so ähnlich ist es zumindest in einer Vielzahl aktueller Beiträge zum Recht der aktienrechtlichen Organhaftung zu lesen.<sup>1</sup> Artikeln in der Tagespresse, in denen in der Tat teilweise exorbitant hohe Beträge im Zusammenhang mit Schadenersatzansprüchen der Gesellschaften gegen ihre Vorstandsmitglieder nachzulesen sind,<sup>2</sup> legen den Verdacht nahe, dass die vorgenannte These durchaus ihre Berechtigung hat: Das selbst ein ehemaliger Vorstandsvorsitzender eines großen Kreditinstituts schwerlich in der Lage sein wird, einen Schadenersatzanspruch von 927 Millionen Euro zu befriedigen, leuchtet ein.

Die Stimmen in Tagespresse und Fachliteratur blieben indes nicht ungehört. So hatte der 70. DJT im September 2014 die Vorstandshaftung zum wiederholten Male auf der Agenda. Hier ging es insbesondere um die Frage nach Reformbedarf hinsichtlich der Haftungshöhe, der Anspruchsverfolgung und der immer wichtiger werdenden D&O-Versicherung, sowie zusätzlich auch um die Ausweitung des Geltungsbereiches der Business Judgement Rule<sup>3</sup> und die Änderung der Beweislastregeln des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG.<sup>4</sup>

Die vorliegende Arbeit setzt sich daher mit den aktuell zur Diskussion stehenden Themen aus dem Bereich der Vorstandshaftung auseinander. Die titelgebende Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 setzt dabei einen Schwerpunkt auf die schon de lege lata vorhandenen Möglichkeiten der Haftungsvermeidung.

Grundlage der aktuellen Diskussionen und damit für das Verständnis der weiteren Ausführungen essentiell ist die in § 93 Abs. 2 S. 1 normierte Schadenersatzpflicht für Vorstandsmitglieder. Es erscheint also sinnvoll, diese als thematischen Einstieg eingehender zu beleuchten, wobei wegen der Komplexität und des dadurch erforderlichen Umfangs der Thematik – insbesondere zum umfangreichen Pflichtenkatalog der Vorstandsmitglieder – nicht auf sämtliche Details eingegangen wird.

---

<sup>1</sup> *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2115; *Hemeling*, ZHR 178 (2014), 221, 221; *Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1393; *Spindler*, AG 2013, 889, 889; *Vetter*, NZG 2014, 921, 921; *Vetter*, AnwBI 7/2014, 582, 582; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 236.

<sup>2</sup> *Büschemann*, Süddeutsche Zeitung 12.12.2013, Seite 18; *Ott/Rexer*, Süddeutsche Zeitung 22.02.2014, Seite 27.

<sup>3</sup> britische Schreibweise (US-amerikanische Schreibweise „Judgment“).

<sup>4</sup> Die im Folgenden ohne Nennung des Gesetzes zitierten Vorschriften sind solche des AktG.

In der Folge wird dann als Schwerpunkt der Arbeit der „sichere Hafen“ der Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 ausführlich erläutert. Schwerpunkte bilden hier der Anwendungsbereich der unternehmerischen Entscheidung, sowie die von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die angemessene Informationsgrundlage.

Zum Abschluss werden dann die bereits angesprochenen Reformüberlegungen einer kritischen Würdigung unterzogen. Dabei wird sowohl auf die Kritik *de lege lata* als auch auf Reformvorschläge *de lege ferenda* eingegangen. Soweit der 70. DJT zu den einzelnen angesprochenen Punkten Beschlüsse gefasst hat, werden diese genannt und bewertet.

Die so gewonnenen Erkenntnisse werden dann im Fazit zusammengefasst.

## **2. Die Haftung des Vorstands nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG**

Grundlage sämtlicher aktueller Diskussionen und damit für das Verständnis der weiteren Punkte von entscheidender Bedeutung ist die Schadenersatzpflicht des § 93 Abs. 2 S. 1. Diese verpflichtet Vorstandsmitglieder für den Fall der Pflichtverletzung zum Ersatz des der Gesellschaft entstandenen Schadens. Die Voraussetzungen für die Schadenersatzpflicht werden im Folgenden erläutert, wobei die Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 vorerst ausgeklammert wird – diese wird dann im Folgenden (siehe 3.) ausführlich erläutert.

### **2.1 Voraussetzungen**

Die Schadenersatzpflicht des § 93 Abs. 2 S. 1 tritt ein, wenn fünf Voraussetzungen erfüllt sind: Ein Vorstandsmitglied (siehe 2.1.1) muss eine Pflichtverletzung begangen haben (siehe 2.1.2) welche bei der Gesellschaft zu einem Schaden geführt hat (siehe 2.1.3). Dabei muss ein kausaler Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden bestehen (siehe 2.1.4). Weiterhin muss das Vorstandsmitglied schuldhaft – also fahrlässig oder vorsätzlich – gehandelt haben (siehe 2.1.5).

#### **2.1.1 Vorstandsmitglied**

Erste Voraussetzung der Schadenersatzpflicht des § 93 Abs. 2 S. 1 ist, dass ein Vorstandsmitglied als handelnde Person aufgetreten ist. Vorstandsmitglied im Sin-

ne der Vorschrift ist dabei jedes amtierende Vorstandsmitglied.<sup>5</sup> Dies gilt auch für fehlerhaft bestellte sowie für faktische Vorstandsmitglieder.<sup>6</sup> Durch die Verweisung des § 94 gelten die Vorschriften des § 93 auch für stellvertretende Vorstandsmitglieder. Eine Haftung kraft Rechtsscheins kommt nicht in Betracht, da es sowohl an der wirksamen Bestellung als auch an der Billigung durch den Aufsichtsrat mangelt.<sup>7</sup>

Die Haftung beginnt mit der Wirksamkeit der Bestellung – auf die Eintragung in das Handelsregister kommt es nicht an, da diese rein deklaratorischer Natur ist – und endet mit Beendigung der Amtszeit, wobei es unerheblich ist, ob die Amtszeit durch Zeitablauf oder Bestellungswiderruf endet.<sup>8</sup> Auch eine Amtsniederlegung ist möglich, um die Vorstandstätigkeit und damit auch die Haftung für spätere Maßnahmen auszuschließen.<sup>9</sup> Hierfür bedarf es einer Erklärung gegenüber dem Aufsichtsrat – eine Amtsniederlegung durch bloße Untätigkeit ist nicht möglich.<sup>10</sup>

### 2.1.2 Pflichtverletzung

Vorstandsmitglieder haben bei der Ausübung ihrer Aufgaben eine Vielzahl von Pflichten zu beachten. Diese ergeben sich vorrangig aus dem Aktiengesetz oder anderen Gesetzen. Weitere Pflichten können sich auch aus Satzung, Geschäftsordnung oder Anstellungsvertrag ergeben.<sup>11</sup>

Zu den durch das Aktiengesetz definierten Pflichten gehören beispielsweise die Pflicht zur Leitung der Aktiengesellschaft nach § 76 Abs. 1, die Pflicht Änderungen des Vorstands im Handelsregister anzumelden nach § 81 Abs. 1, die Pflicht zur Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen nach § 83, die Berichte an den Aufsichtsrat nach § 90, die Organisations- und Buchführungspflichten nach § 91 oder die Verschwiegenheitspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 3.

<sup>5</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 2; Henssler/*Strohn/Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 27; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 227; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 37; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 12; Schmidt/*Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 2.

<sup>6</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 4; Henssler/*Strohn/Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 27; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 228 ff.; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 37 ff.; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 15 ff.; Schmidt/*Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 2.

<sup>7</sup> Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 230.

<sup>8</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 2; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 232; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 37; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 12 ff.

<sup>9</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 2; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 14.

<sup>10</sup> MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 14.

<sup>11</sup> Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 28; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 73 f.

Auch außerhalb des Aktiengesetzes finden sich an den Vorstand adressierte Pflichten, etwa die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO, die Offenlegungspflichten des § 325 HGB oder Informationspflichten an den Betriebsrat nach §§ 90, 92 BetrVG.

Darüber hinaus ist das Vorstandsmitglied auch verpflichtet, für die Einhaltung der an die Gesellschaft adressierten Pflichten etwa des Zivil-, Bilanz-, Kartell-, Wettbewerbs-, Steuer-, Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts zu sorgen.<sup>12</sup> Sofern die Gesellschaft aus im Ausland tätig ist, sind auch die dortigen gesetzlichen Vorschriften einzuhalten.<sup>13</sup> Bei den im DCGK festgelegten Regelungen handelt es sich dagegen um nicht verpflichtende Empfehlungen, Abweichungen sind möglich.<sup>14</sup> Es besteht allerdings nach § 161 Abs. 1 eine Verpflichtung für Vorstand und Aufsichtsrat jährlich zu erklären ob den Empfehlungen des DCGK entsprochen wurde. Abweichungen vom DCGK sind zu erklären.

In § 93 Abs. 1 S. 1 findet sich als generalklauselartige Umschreibung für Vorstandsmitglieder die Pflicht „(...) bei Ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.“. Diese Regelung enthält somit einerseits einen Verschuldensmaßstab und andererseits einen objektiven Verhaltensmaßstab.<sup>15</sup>

Zu den geforderten Verhaltenspflichten gehören unter anderem die Legalitätspflicht, Treuepflichten, Kontroll- und Überwachungspflichten.

Unter Legalitätspflicht versteht man dabei allgemein die Pflicht innerhalb der Gesellschaft für die Einhaltung von Recht und Gesetz zu sorgen.<sup>16</sup> Dabei ist es unerheblich, ob der Gesetzesverstoß im Einzelfall für die Gesellschaft vorteilhaft ist<sup>17</sup>, die Einhaltung von Recht und Gesetz hat insofern Vorrang vor dem Unternehmenswohl.<sup>18</sup> Die in diesem Zusammenhang zu treffenden Maßnahmen und Schutzvorkehrungen werden unter dem mittlerweile gebräuchlichen Begriff Comp-

<sup>12</sup> Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 68; Schmidt/Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani § 93 Rn. 6.

<sup>13</sup> Bicker, AG 2014, 8, 12; ders. AG 2012, 542, 543; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 71.

<sup>14</sup> Heidel-Aktienrecht/Schmidt § 93 Rn. 14; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 15; Marsch-Barner/Schäfer/Arnold § 22 Rn. 14; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 32, Weber-Rey/Buckel, AG 2011, 845 ff.

<sup>15</sup> Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 1 ff.; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 21.

<sup>16</sup> Heidel-Aktienrecht/Schmidt § 93 Rn. 10 ff.; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 54 ff; Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 6; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 73 ff.

<sup>17</sup> Heidel-Aktienrecht/Schmidt § 93 Rn. 10; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 75; Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 6; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 91 ff.; Schmidt/Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani § 93 Rn. 6.

<sup>18</sup> vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 31.07.2013 – 7 U 184/12 = GmbHR 2013, 1051, 1053.



liance zusammengefasst. Die erforderlichen Maßnahmen bestimmen sich dabei nach dem Compliance-Risikoprofil, in welchem unter anderem etwa Art, Größe und Organisation des Unternehmens sowie die zu beachtenden Vorschriften berücksichtigt werden.<sup>19</sup>

Treuepflicht umschreibt die Verpflichtung im Gesellschaftsinteresse zu handeln.<sup>20</sup> Dies wird nur eingeschränkt durch die Legalitätspflicht (s.o.), und bedeutet, eigene oder Drittinteressen zurückzustellen und die Gesellschaft vor Nachteilen zu schützen.<sup>21</sup> Eine Verletzung der Treuepflicht liegt demnach beispielsweise dann vor, wenn eine Sonderzahlung ausschließlich belohnenden Charakter hat, ohne dass der Gesellschaft daraus ein Nutzen erwächst.<sup>22</sup> Konkretisiert wird die Treuepflicht darüber hinaus auch durch das Wettbewerbsverbot des § 88 welches die Gesellschaft vor Wettbewerbshandlungen der Vorstandmitglieder schützen soll.<sup>23</sup>

Die Kontroll- und Überwachungspflichten sind Ausprägung der Tatsache, dass das Vorstandsmitglied Aufgaben an untergeordnete Ebenen delegieren muss: Er hat dann darauf zu achten, dass die delegierten Tätigkeiten ordnungsgemäß ausgeführt werden, insbesondere Gesetzesverstöße sind zu verhindern.<sup>24</sup> Im Rahmen der Delegation an untergeordnete Ebenen hat der Vorstand also zu beachten, dass die Adressaten der Delegation sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht werden.<sup>25</sup> Sofern sich der Vorstand der Gesellschaft aus mehreren Personen zusammensetzt, bestehen für das einzelne Vorstandsmitglied auch Überwachungspflichten hinsichtlich der Vorgänge in den Ressorts anderer Vorstandsmitglieder, insbesondere die Pflicht einzugreifen, wenn sich Anhaltspunkte für ein pflichtwidriges Verhalten ergeben.<sup>26</sup>

Ein Verstoß gegen die vorgenannten Pflichten stellt dann die für die Schadenersatzpflicht erforderliche Pflichtverletzung dar. Im Falle einer „normalen“ Haftungs-

<sup>19</sup> *Bicker*, AG 2012, 542, 544.

<sup>20</sup> *Heidel-Aktienrecht/Schmidt* § 93 Rn. 31.; *Henssler/Strohn/Dauner-Lieb AktG* § 93 Rn. 9; *Hölters/Hölters AktG* § 93 Rn. 114.; *MüKo-AktG/Spindler* § 93 Rn. 108.

<sup>21</sup> *Heidel-Aktienrecht/Schmidt* § 93 Rn. 32.; *Henssler/Strohn/Dauner-Lieb AktG* § 93 Rn. 9; *Hölters/Hölters AktG* § 93 Rn. 114.; *MüKo-AktG/Spindler* § 93 Rn. 108.

<sup>22</sup> vgl. BGH, Urteil vom 21.12.2005 – 3 StR 470/04 = NJW 2006, 522, 524.

<sup>23</sup> BGH Urteil vom 02.04.2001 – II ZR 217/99 = NJW 2001, 2476, 2476, *Marsch-Barner/Schäfer/Arnold* § 22 Rn. 24.

<sup>24</sup> *Hölters/Hölters AktG* § 93 Rn. 80 ff.; *Hüffer/Koch AktG* § 93 Rn. 9.

<sup>25</sup> *Müller*, NZA-Beilage 2014, 30, 35.

<sup>26</sup> vgl. BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = NJW 1997, 130, 132; vgl. BGH, Urteil vom 26.06.1995 – II ZR 109/94 = NJW 1995, 2850, 2851; vgl. BGH, Urteil vom 08.07.1985 – II ZR 198/84 = NJW 1986, 54, 55; *Heidel-Aktienrecht/Schmidt* § 93 Rn. 24 ff.; *Henssler/Strohn/Dauner-Lieb AktG* § 93 Rn. 31; *Hölters/Hölters AktG* § 93 Rn. 84 ff.; *Goette*, DStR 2014, 1776, 1777; *Marsch-Barner/Schäfer/Arnold* § 22 Rn. 41; *MüKo-AktG/Spindler* § 93 Rn. 148 ff.

prüfung würde an dieser Stelle auch eine Prüfung hinsichtlich der Frage erfolgen, ob die eine Pflichtverletzung ausschließenden Voraussetzungen der Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 vorliegen. Da diese aber einen Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit bildet, wird diese Frage hier ausgeklammert und dann im Folgenden (siehe 3.) ausführlich erläutert.

### 2.1.3 Schaden

Die Ersatzpflicht tritt nur ein, wenn der Gesellschaft durch die Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. Der Schaden ist dabei nach der Differenzhypothese zu bestimmen und entspricht dem Unterschiedsbetrag des Gesellschaftsvermögens welcher sich aus dem Vergleich des tatsächlichen Vermögens mit dem ohne Pflichtverletzung vorhandenen Vermögen ergibt.<sup>27</sup> Eine bloße Gefährdung des Vermögens ist nicht ausreichend.<sup>28</sup>

Ein Schaden kann dabei auch in einer nicht werthaltigen Forderung oder in einem entgangenen Gewinn liegen, gleiches gilt für der Gesellschaft auferlegte Bußgelder.<sup>29</sup>

Im Rahmen des Vorteilsausgleichs sind jedoch Gewinne, die durch die Pflichtverletzung entstanden sind, auf Verluste anzurechnen, was zur Reduktion der Höhe des Schadenersatzes führen kann.<sup>30</sup>

### 2.1.4 Kausalität

Erforderlich ist weiterhin, dass zwischen der begangenen Pflichtverletzung und dem entstandenen Schaden ein Ursachen- oder Zurechnungszusammenhang besteht: Die Pflichtverletzung muss also dazu geeignet sein, den entstandenen Schaden verursacht zu haben.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 15.01.2013 – II ZR 90/11 = WM 2013, 456, 458 f.; vgl. BGH, Urteil vom 28.01.2011 – VI ZR 325/09 = WM 2011, 468, 469; OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.11.1996 – 6 U 11/95 = AG 1997, 231, 237; Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 97; Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 34; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 252; Krieger/Schneider/*Krieger* § 3 Rn. 39; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 171; Schmidt/Lutter-AktG/*Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 30.

<sup>28</sup> BGH, Urteil vom 28.10.1993 – IX ZR 21/93 = NJW 1994, 323, 325.

<sup>29</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 99 ff.; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 254 f.; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 171 f.

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 15.01.2013 – II ZR 90/11 = WM 2013, 456, 459; BGH, Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 = WM 2011, 2092, 2096; Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 102; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 256; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 49; Krieger/Schneider/*Krieger* § 3 Rn. 39; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 171; Schmidt/Lutter-AktG/*Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 30.

<sup>31</sup> Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 35; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 262; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 174.

Problematisch ist das Erfordernis der Kausalität bei pflichtwidrigen Maßnahmen die auf Entscheidungen des mehrköpfigen Gesamtvorstands beruhen: Entsprechende Mehrheiten vorausgesetzt, kann das einzelne Vorstandsmitglied sich darauf berufen, die pflichtwidrige Entscheidung wäre auch ohne seine Stimme zustande gekommen, mithin fehle es an der Kausalität des eigenen Verhaltens.<sup>32</sup> Dies würde im Ergebnis nicht nur dem Gerechtigkeitsempfinden entgegenstehen, sondern letztlich auch den Schutzzweck von § 93 Abs. 2 S. 1 unterlaufen. Die Lösung liegt hier in der analogen Anwendung der Regelung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach bei mehreren Verursachern jeder für den Schaden verantwortlich ist, auch wenn sich nicht ermitteln lässt, wer den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.<sup>33</sup> Darüber hinaus könnte das Vorstandsmitglied auch gehalten sein, die pflichtwidrige Beschlussfassung zu verhindern oder eine erforderliche Beschlussfassung herbeizuführen, was bei Unterlassen wiederum eine eigene Pflichtverletzung darstellt.<sup>34</sup>

Zulässig ist hingegen der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens: Wäre der Schaden also auch eingetreten, wenn sich das Vorstandsmitglied pflichtgemäß verhalten hätte, so scheidet die Verpflichtung zum Schadenersatz aus.<sup>35</sup> Die Frage, ob dieser Einwand bei Verstoß gegen bestimmte Pflichten – insbesondere der Verletzung von Kompetenz-, Organisations- und Verfahrensregeln – unzulässig ist,<sup>36</sup> braucht hier nicht weiter vertieft werden, da es unstrittig Sache des Vorstandsmitglieds ist darzulegen und zu beweisen, dass der Schaden bei pflichtgemäßem Verhalten nicht nur möglicherweise sondern mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.<sup>37</sup> Ein solcher Beweis wird nur in seltenen Fällen gelingen. Eine Entscheidung des BGH schließt den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens jedenfalls für den GmbH Gesellschafter-Geschäftsführer auch bei einem Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Kompetenzordnung nicht grundsätzlich aus.<sup>38</sup>

<sup>32</sup> Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 240; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 175.

<sup>33</sup> vgl. BGH, Urteil vom 06.07.1990 – 2 StR 549/89 = NJW 1990, 2560, 2566; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 175; Schmidt/Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani § 93 Rn. 30.

<sup>34</sup> vgl. BGH, Urteil vom 06.07.1990 – 2 StR 549/89 = NJW 1990, 2560, 2565; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 240; Schmidt/Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani § 93 Rn. 30.

<sup>35</sup> vgl. BGH, Urteil vom 11.12.2006 – II ZR 165/05 = NJW 2007, 917, 917 f.; BGH, Urteil vom 04.11.2002 – II ZR 224/00 = NJW 2003, 358, 359; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb AktG § 93 Rn. 35; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 262; Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 49; Krieger/Schneider/Krieger § 3 Rn. 40; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 174; Schmidt/Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani § 93 Rn. 30.

<sup>36</sup> Krieger/Schneider/Krieger § 3 Rn. 40; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 174.

<sup>37</sup> Henssler/Strohn/Dauner-Lieb AktG § 93 Rn. 35; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 262; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 174.

<sup>38</sup> BGH, Urteil vom 11.12.2006 – II ZR 165/05 = NJW 2007, 917, 917 f.

### 2.1.5 Verschulden

Eine Schadenersatzpflicht kommt ferner nur bei einer schuldhaften – also einer vorsätzlichen oder fahrlässigen – Pflichtverletzung in Betracht. Maßstab für die Fahrlässigkeit des Handelns ist hier nicht die in § 276 Abs. 2 BGB definierte „(...) im Verkehr erforderliche Sorgfalt (...)“. Der erforderliche Sorgfaltsmaßstab wird hier vielmehr durch § 93 Abs. 1 S. 1 definiert, wonach das Verbandsmitglied die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden hat. Der Vorstand sieht sich hier also einer erhöhten Sorgfaltspflicht ausgesetzt, wobei sich die geforderten Anforderungen an verschiedenen Faktoren wie Art und Größe des Unternehmens, der Konjunkturlage oder den Zeitverhältnissen bestimmen.<sup>39</sup> Als Vergleichsmaßstab dient dabei das Verhalten des Geschäftsführers als treuhänderischen Verwalter fremden Vermögens eines ähnlichen Unternehmens.<sup>40</sup>

Dabei kommt es auf eigenes Verschulden an, eine Zurechnung fremden Verhaltens über §§ 278, 831 BGB findet nicht statt, da andere Personen – etwa Angestellte oder hinzugezogene Dritte – keine Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen des Vorstands sind.<sup>41</sup> Es kann in diesem Zusammenhang aber eine eigenständige schuldhaftige Pflichtverletzung darstellen, wenn das Vorstandsmitglied seinen Überwachungs- und Kontrollpflichten oder seinen Auswahl-, Einweisungs- und Informationspflichten nicht nachgekommen ist.<sup>42</sup>

Wenn sich das Vorstandsmitglied mangels ausreichender Kenntnis beraten lassen hat, kann das Verschulden über dem Weg des unverschuldeten Rechtsirrtums ausgeschlossen werden.<sup>43</sup>

### 2.2 Rechtsfolge

Sind die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt, so ist das Vorstandsmitglied zum Schadenersatz verpflichtet. Dieser ist der Höhe nach unbegrenzt. Haben mehrere Vorstandsmitglieder die Ihnen obliegenden Pflichten verletzt, so haften sie als Ge-

<sup>39</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 74; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 26; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 25.

<sup>40</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 74; Henssler/*Strohn/Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 7; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 26; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 6; Krieger/*Schneider/Krieger* § 3 Rn. 4; Schmidt/*Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 5.

<sup>41</sup> BGH, Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 = WM 2011, 2092, 2094; Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 107; Henssler/*Strohn/Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 33; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 46; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 179; Schmidt/*Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 29.

<sup>42</sup> Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 251.

<sup>43</sup> BGH, Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 = WM 2011, 2092, 2094.

samtschuldner, wobei die Pflichtverletzung für jedes einzelne Vorstandsmitglied gesondert festgestellt werden muss.<sup>44</sup>

Somit ist jedes Vorstandsmitglied der Gesellschaft zum Ersatz des vollen Schadens verpflichtet, wobei im Innenverhältnis zwischen den einzelnen Vorstandsmitgliedern die Regelungen zum Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 BGB zur Anwendung kommen.<sup>45</sup> Unterschiedliche Verursachungsbeiträge – wenn also nicht jedes Vorstandsmitglied im gleichen Maße verantwortlich war – können über die Anwendung von § 254 BGB im Innenverhältnis ebenfalls berücksichtigt werden.<sup>46</sup>

Von entscheidender Bedeutung ist die Tatsache, dass die Haftung des § 93 Abs. 2 S. 1 zwingend ist – eine Haftungsmilderung hinsichtlich des Verschuldensmaßstabs oder eine Begrenzung der Haftung der Höhe nach ist weder durch Satzung noch durch Anstellungsvertrag möglich.<sup>47</sup> Für die Satzung ergibt sich das aus dem Grundsatz der Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 S. 1. Für den Anstellungsvertrag fallen die Begründungen dogmatisch etwas unscharf aus – so wird die Änderung etwa mit Verweis auf die Leitungsfunktion abgelehnt,<sup>48</sup> aber auch mit Verweis auf die eigenverantwortliche Organstellung.<sup>49</sup> Die Gegenmeinung ist der Auffassung, dass anstellungsvertragliche Regelungen zur Haftungsbeschränkung zumindest möglich sein könnten und empfiehlt daher, entsprechende Regelungen bis zur Klarstellung durch Gerichte oder Gesetzgeber in die Anstellungsverträge aufzunehmen.<sup>50</sup> Trotz der Begründungsschwächen ist der ablehnenden Haltung uneingeschränkt zuzustimmen: Es wäre im Ergebnis schlicht unlogisch, wenn eine durch die Satzung nicht änderbare Haftungsregelung durch den Anstellungsvertrag ausgehebelt werden könnte. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber auch, dass die Haftung in Satzung oder Anstellungsvertrag nicht verschärft werden kann.<sup>51</sup> Auch dies

<sup>44</sup> vgl. BGH, Urteil vom 26.11.2007 – II ZR 161/06 = NZG 2008, 104, 105; Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 107; Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 37; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 235; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 144.

<sup>45</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 121; Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 37 f.; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 245 f.; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 144.

<sup>46</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 121; Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 38; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 246; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 57; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 144; Schmidt/*Lutter*-AktG/*Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 25.

<sup>47</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 5; Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 3; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 11 ff; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 2; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 27; Schmidt/*Lutter*-AktG/*Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 3.

<sup>48</sup> Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 12.

<sup>49</sup> MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 27.

<sup>50</sup> *Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1398 f.

<sup>51</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 5; Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 29; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 12; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 2; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 28; Schmidt/*Lutter*-AktG/*Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 3.

verdient uneingeschränkte Zustimmung: Bei der Vorstandshaftung handelt es sich nicht um eine Erfolgshaftung.<sup>52</sup> Das Vorstandsmitglied schuldet also nicht den Erfolg der getroffenen Entscheidungen, sondern nur eine pflichtgemäße Ausübung des Vorstandsamtes. Dieses Prinzip darf auch nicht durch verschärfende Satzungs- oder Anstellungsvertragsregelungen „durch die Hintertür“ außer Kraft gesetzt werden.

Hinsichtlich der Höhe der Schadenersatzpflicht sind die arbeitsrechtlichen Grundsätze der betrieblich veranlassten Tätigkeit oder der gefahrgeneigten Tätigkeit – hiernach wird bei Arbeitnehmern die Höhe der Haftung entsprechend des Verschuldensgrades abgestuft – für Vorstandsmitglieder nicht anwendbar.<sup>53</sup> Dies ist letztlich denklogisch, da eine Anwendung dieser Grundsätze in Fällen der leichten Fahrlässigkeit zur vollständigen Enthftung führen würde, was dem zwingenden Charakter von § 93 Abs. 2 S. 1 entgegenstünde.

### 2.3 Beweislast

Entsprechend zivilrechtlicher Grundsätze wäre in einem Schadenersatzprozess grundsätzlich die Gesellschaft beweispflichtig. Es gilt insoweit der Grundsatz, dass jede Partei die für sie rechtlich günstigen Tatsachen darzulegen und zu beweisen hat.<sup>54</sup> Da ihr dies mangels Informationen insbesondere hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens schwerfallen würde,<sup>55</sup> sieht § 93 Abs. 2 S. 2 eine Beweislastumkehr zu Lasten des Vorstandsmitglieds dahingehend vor, dass das Vorstandsmitglied zu beweisen hat, dass es die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat.

Somit ergibt sich die nachfolgende Verteilung der Beweislast: Die Gesellschaft hat den Schaden sowie die dafür kausale, möglicherweise pflichtwidrige Handlung des Vorstandsmitglieds zu beweisen, das Vorstandsmitglied hat zur Abwendung der Schadenersatzpflicht zu beweisen, dass entweder keine Pflichtverletzung oder aber kein Verschulden vorliegt.<sup>56</sup> Auch hinsichtlich der Voraussetzungen des Vor-

<sup>52</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 1; Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 29; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 12; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 5.

<sup>53</sup> Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 32; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 251; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 2; *Koch*, AG 2012, 429, 436; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 27; Schmidt/*Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 46.

<sup>54</sup> BGH, Urteil vom 24.02.1993 – IV ZR 239/91 = NJW 1993, 2168, 2170; BGH, Urteil vom 14.01.1991 – II ZR 190/89 = NJW 1991, 1052, 1053.; BGH, Urteil vom 13.07.1983 – VIII ZR 107/82 = NJW 1983, 2944, 2944.

<sup>55</sup> vgl. BGH, Urteil vom 04.11.2002 – II ZR 224/00 = NJW 2003, 358, 358.

<sup>56</sup> BGH, Urteil vom 22.02.2011 – II ZR 146/09 = NZG 2011, 549, 550; Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn.

teilsausgleichs – also der Anrechnung entstandener Vorteile auf die Höhe des Schadenersatzes – ist das Vorstandsmitglied beweispflichtig.<sup>57</sup>

Diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast gilt nicht nur für aktive, sondern auch für ausgeschiedene Vorstandsmitglieder.

Für die Erben von Vorstandsmitgliedern wird die Anwendung der Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 S. 2 vielfach abgelehnt, da die Erben den für die Beweislastumkehr angeführten Informationsvorsprung gerade nicht haben.<sup>58</sup> Die Gegenmeinung beruft sich auf die Regelung des § 1922 BGB und auf die Tatsache, dass auch in anderen Rechtsgebieten bestehende Regelungen zur Beweislastverteilung durch den Tod des Haftpflichtigen nicht außer Kraft gesetzt werden.<sup>59</sup> Diese Gegenmeinung leuchtet ein: Es ist nicht ersichtlich, warum der Erbe eines Vorstandsmitglieds von Beweiserleichterungen profitieren soll, der Erbe eines Arztes aber nicht. In der Praxis wird diese Thematik aber vermutlich eine wenn überhaupt geringe Relevanz haben, insofern sind tiefergehende Ausführungen an dieser Stelle nicht erforderlich.

## 2.4 Zwischenfazit I

Nach den bisherigen Ausführungen bleibt also festzuhalten, dass Vorstandsmitglieder einen umfangreichen Pflichtenkatalog zu erfüllen haben, und dass bereits bei leicht fahrlässigen Verletzungen dieser Pflichten eine der Höhe nach unbeschränkte Haftung besteht, die auch durch Satzung oder Anstellungsvertrag nicht abgemildert werden darf.

Es kann also durchaus von einer existenzbedrohenden Haftung für Vorstandsmitglieder gesprochen werden. Von entscheidender Bedeutung sind somit Möglichkeiten der Haftungsvermeidung.

---

111f.; Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 36; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 264; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 53; Krieger/*Schneider/Kurzwelly* § 12 Rn. 7 ff.; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 185; Schmidt/*Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 31.

<sup>57</sup> BGH, Urteil vom 15.01.2013 – II ZR 90/11 = WM 2013, 456, 459; Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 112; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 269.

<sup>58</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 110; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 271; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 56; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 188.

<sup>59</sup> Krieger/*Schneider/Kurzwelly* § 12 Rn. 16.

### 3. Die Business Judgement Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG

In der Folge geht es daher um die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Schadenersatzpflicht des § 93 Abs. 2 S. 1 ausgeschlossen ist. Wie oben (siehe 2.1.2) bereits angesprochen, bietet die in § 93 Abs. 1 S. 2 kodifizierte Business Judgement Rule dem auf Schadenersatz in Anspruch genommenen Vorstandsmitglied eine Möglichkeit, sich vom Vorwurf der Pflichtverletzung zu exkulpieren. Hiernach „[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“.

#### 3.1 Normzweck und rechtspolitische Bedeutung

Unternehmerisches Handeln ist zwangsläufig mit Risiken verbunden. Da nicht jede Entscheidung den gewünschten Erfolg bringen kann, besteht für Vorstandsmitglieder nach der unter 2. geschilderten Schadenersatzpflicht die Gefahr, dass jeder unternehmerische Misserfolg dazu führt, sich in einem Haftungsprozess verantworten zu müssen.

Hier bestehen für das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied grundsätzlich zwei Gefahrenquellen: Die Möglichkeit des Rückschaufehlers,<sup>60</sup> und die Konfrontation mit einem Richter, der wirtschaftliche Zusammenhänge bewerten soll, ohne jemals selbst unternehmerisch tätig geworden zu sein.<sup>61</sup>

Als Rückschaufehler bezeichnet man dabei das Phänomen eingetretene Ereignisse im Nachhinein als wahrscheinlicher anzunehmen, als deren Eintritt zum Beurteilungszeitpunkt tatsächlich war.<sup>62</sup> Im Falle eines Haftungsprozesses bedeutet dies, dass man zum Zeitpunkt der Verhandlung – also zu einem Zeitpunkt, zu dem der Schaden bereits eingetreten ist – dazu tendiert, dieser Schaden sei die (einzig) logische Folge des Vorstandshandelns, und hätte somit vermieden werden können. Diesem Problem kann begegnet werden, indem für die Beurteilung der Pflichtverletzung der ex post eingetretene Schaden ausgeblendet und ausschließlich auf die ex ante bestehende Entscheidungssituation geblickt wird.

---

<sup>60</sup> englisch: hindsight bias

<sup>61</sup> Koch, ZGR 2006, 769, 782; Schneider, DB 2005, 707, 709; Strohn, ZHR 178 (2014), 115, 115.

<sup>62</sup> Dobelli, Die Kunst des klaren Denkens, S.57 ff.; Schneider, DB 2005, 707, 708.



Das Problem des wirtschaftlich unkundigen Richters kann vermieden werden, indem die eigentliche Entscheidung der richterlichen Kontrolle entzogen und nur der Entscheidungsprozess einer Beurteilung unterzogen wird.

Diese Probleme hat die Rechtsprechung schon vor Jahren erkannt. So hat der BGH in seiner „ARAG/Garmenbeck“ Entscheidung bereits 1997 festgestellt, dass „(...) dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte (...) ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muss, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist.“<sup>63</sup> Weiter hält der BGH fest, dass eine Schadenersatzpflicht erst in Betracht kommt „(...) wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind (...)“.<sup>64</sup>

Im Nachgang dieser Entscheidung wurde angeregt, diese Business Judgement Rule auch gesetzlich zu verankern.<sup>65</sup> Dem ist der Gesetzgeber mit Einführung des UMAG vom 22.09.2005 dann auch nachgekommen, so dass die Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 zum 01.11.2005 in Kraft treten konnte.

Die Business Judgement Rule gilt dabei nicht nur für Vorstandsmitglieder, sondern über den Verweis des § 116 S. 1 auch für Mitglieder des Aufsichtsrates. Aufsichtsratsmitglieder sind allerdings nicht in gleicher Weise unternehmerisch tätig wie Vorstandsmitglieder, der Anwendungsbereich der Business Judgement Rule beschränkt sich damit auf die dem Aufsichtsrat per Gesetz überantworteten Entscheidungen.<sup>66</sup>

Ausweislich der Gesetzesbegründung ist die Business Judgement Rule darüber hinaus „(...) nicht auf den Haftungstatbestand des § 93 AktG und nicht auf die Aktiengesellschaft beschränkt, (...)“,<sup>67</sup> sondern kann auch auf die Haftung für GmbH-Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG<sup>68</sup> und die Haftung der Vorstandsmitglieder von Genossenschaften nach § 34 Abs. 2 S. 1 GenG<sup>69</sup> angewendet werden. Die Normierung in § 93 Abs. 1 S. 2 hat insoweit also auch eine Klarstellungsfunktion für andere Gesellschaftsformen.

<sup>63</sup> BGH, Urteil vom 21.04.1997 – II ZR 175/95 = NJW 1997, 1926, 1927.

<sup>64</sup> BGH, Urteil vom 21.04.1997 – II ZR 175/95 = NJW 1997, 1926, 1928.

<sup>65</sup> *Ulmer*, ZHR 163 (1999), 290, 299.

<sup>66</sup> *Cahn*, WM 2013, 1293, 1293 f.

<sup>67</sup> BT-Drucksache 15/5092 S. 12.

<sup>68</sup> *Bayer*, GmbHR 2014, 897, 898 f.; *Kuntz*, GmbHR 2008, 121, 121 ff.

<sup>69</sup> LG Düsseldorf, Urteil vom 25.04.2014 – 39 O 36/11 = juris Rn. 135.

Ihren Ursprung hat der Begriff der Business Judgment Rule in der US-amerikanischen Rechtsprechung.<sup>70</sup> Die Voraussetzungen der Business Judgment Rule sind dabei nicht mit denen in § 93 Abs. 1 S. 2 identisch und auch die Regelungen zur Beweislast unterscheiden sich von denen des § 93 Abs. 2 S. 2. Auf diese Unterschiede wird im Folgenden nicht weiter eingegangen – der Fokus liegt vielmehr auf den dem deutschen Recht entsprechenden Regelungen.

Hinsichtlich der dogmatischen Einordnung der Business Judgment Rule besteht in der juristischen Literatur keine Einigkeit: So wird sie etwa als Tatbestandsausschlussgrund<sup>71</sup> angesehen, aber auch als unwiderlegbare Rechtsvermutung<sup>72</sup> oder als Konkretisierung der Pflichten des Vorstands.<sup>73</sup> Die Beantwortung dieser Frage ist letztlich rein akademischer Natur, wobei aber nicht zuletzt schon die Gesetzesbegründung nahe legt, dass es sich um einen Tatbestandsausschlussgrund handelt.<sup>74</sup>

### 3.2 Voraussetzungen

Auch hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen besteht in der Literatur keine Einigkeit, so wird teilweise von drei<sup>75</sup>, vier<sup>76</sup>, überwiegend jedoch von fünf<sup>77</sup> Tatbestandsvoraussetzungen gesprochen. Auch hier anlehnend an die Gesetzesbegründung wird in den folgenden Ausführungen von fünf Tatbestandsvoraussetzungen ausgegangen.<sup>78</sup> So setzt die Business Judgment Rule voraus, dass es sich um eine unternehmerische Entscheidung (3.2.1) handelt, die gutgläubig (3.2.2) sowie ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse (3.2.3) zum Wohl der Gesellschaft (3.2.4) auf das Basis angemessener Information (3.2.5) getroffen wurde.

#### 3.2.1 Unternehmerische Entscheidung

Die Business Judgment Rule kommt nur bei unternehmerischen Entscheidungen zur Anwendung. Eine positive Definition fällt schwer, so dass eine Annäherung durch Ausschlüsse sinnvoll erscheint: Keine unternehmerischen Entscheidungen

<sup>70</sup> Henssler/Strohn/Dauner-Lieb AktG § 93 Rn. 17; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 29; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 37.

<sup>71</sup> Henssler/Strohn/Dauner-Lieb AktG § 93 Rn. 19.

<sup>72</sup> Heidel-Aktienrecht/Schmidt § 93 Rn. 79; Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 14; Koch, ZGR 2006, 769, 784.

<sup>73</sup> MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 39.

<sup>74</sup> BT-Drucksache 15/5092 S. 11.

<sup>75</sup> Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 15.

<sup>76</sup> Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 30 ff.

<sup>77</sup> Heidel-Aktienrecht/Schmidt § 93 Rn. 82 ff.; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb AktG § 93 Rn. 20 ff.; Schmidt/Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani § 93 Rn. 10.

<sup>78</sup> BT-Drucksache 15/5092 S. 11.

sind solche, die zu den Pflichtaufgaben des Vorstands gehören, insbesondere durch Gesetz, Satzung, Geschäftsordnung oder Anstellungsvertrag vorgegebene Maßnahmen.<sup>79</sup> Solche Maßnahmen umzusetzen – oder in Fällen von Verboten, zu unterlassen – gehört zu den Pflichten des Vorstands, ein Ermessen gibt es hier nicht. Daher sind sog. nützliche Pflichtverletzungen – also solche Pflichtverletzungen, die letztlich vorteilhaft für die Gesellschaft sind – keine unternehmerische Entscheidung im Sinne von § 93 Abs. 1 S. 2.<sup>80</sup> Solche nützlichen Pflichtverletzungen könnten beispielsweise in verbotenen Vereinbarungen im Sinne § 1 GWB liegen. Hier hat aber auch der Gesetzgeber festgehalten, dass es „[f]ür illegales Verhalten (...) keinen sicheren Hafen [gibt] (...)“.<sup>81</sup>

Es muss also mehrere rechtlich zulässige Alternativen geben, unter denen eine Auswahl zu treffen ist<sup>82</sup> – auch wenn die Alternativen aus Handeln oder Unterlassen bestehen. Es kann sich demzufolge auch dann um eine unternehmerische Entscheidung handeln, wenn es entsprechende gesetzliche Regelungen gibt, sofern das Gesetz mehrere Alternativen zulässt – wie etwa beim Aktivierungswahlrecht des § 248 Abs. 2 S. 1 HGB.

Darüber hinaus zeichnen sich unternehmerische Entscheidungen durch ihren Prognosecharakter und durch die Zukunftsbezogenheit der Entscheidung aus.<sup>83</sup>

Weiterhin muss die Entscheidung – also die Handlung oder das Unterlassen – bewusst getroffen werden.<sup>84</sup>

Nach den bisherigen Ausführungen insbesondere zum Anwendungsbereich der Business Judgement Rule ist abschließend noch die Frage zu klären, ob es sich bei Vertragsverletzungen um unternehmerische oder um (rechtlich) gebundene Entscheidungen handelt. Ausgangslage dieser Überlegungen ist die Tatsache, dass die Gesellschaft als juristische Person im Außenverhältnis den gleichen Pflichten

---

<sup>79</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 83; Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 20 f.; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 16; Krieger/*Schneider/Krieger* § 3 Rn. 15; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 843; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 45; Schmidt/*Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 12.

<sup>80</sup> Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 20; Schmidt/*Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 12.

<sup>81</sup> BT-Drucksache 15/5092 S. 11.

<sup>82</sup> *Schneider*, DB 2005, 707, 710.

<sup>83</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 84; Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 21; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 30; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 18.

<sup>84</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 83; Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 20; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 16; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 44; *Schneider*, DB 2005, 707; 709.

unterliegt wie andere Personen des Rechts auch, und dass sie zur Erfüllung dieser Pflichten auf ihre Vorstandsmitglieder angewiesen ist.<sup>85</sup>

Hierbei geht es um Verträge, die die Gesellschaft im Außenverhältnis tangieren, also um Verträge mit Dritten wie Kunden, Lieferanten oder Arbeitnehmern, und nicht etwa um den Anstellungsvertrag des Vorstandsmitglieds. Weiterhin geht es hier um bewusste Verletzung der vertraglichen Pflichten – etwa die Nichtzahlung des vereinbarten Kaufpreises an einen Lieferanten – und nicht etwa um die Ausübung von vertraglichen oder gesetzlichen Gestaltungsrechten wie Kündigung, Nachverhandlung, Aufrechnung, etc.

Dies ist daher interessant, weil die Einstufung einer Vertragsverletzung als unternehmerische Entscheidung dem Vorstandsmitglied die Anwendung der Business Judgement Rule eröffnen würde, wohingegen eine Einstufung als (rechtlich) gebundene Entscheidung das Vorstandsmitglied zur Vertragstreue zwingen würde.

In der Literatur ist kein eindeutiges Meinungsbild erkennbar. In Teilen der Literatur wird die Frage der Vertragsverletzung auch gar nicht im Bereich der unternehmerischen Entscheidung, sondern unter dem Stichwort der Legalitätspflicht im Bereich der dem Vorstand obliegenden Pflichten erörtert.<sup>86</sup>

Stimmen in der Literatur, die die Möglichkeit der Vertragsverletzung bejahen, begründen dies mit der Tatsache, dass ein Vertrag keine Rechtsquelle im technischen Sinn darstellt und den ggf. aus der Vertragsverletzung resultierenden Vorteilen für die Gesellschaft.<sup>87</sup> Zusätzlich wird angeführt, dass eine Vertragspflicht der Gesellschaft keine das Vorstandsmitglied treffende Gesetzespflicht ist.<sup>88</sup> Einschränkung wird noch auf außervertragliche, gesetzliche Schutzmechanismen wie § 826 BGB oder § 263 StGB hingewiesen, so dass die Dispositionsbefugnis hinsichtlich vertraglicher Verpflichtungen nicht besteht, wenn Sanktionen aus den vorgenannten Normen drohen.<sup>89</sup> Zu überzeugen vermag die Auffassung jedoch nicht. Insbesondere der Hinweis auf mögliche durch die Vertragsverletzung entstehende

---

<sup>85</sup> *Bicker*, AG 2014, 8, 8.

<sup>86</sup> *Fleischer/Fleischer*, Handbuch Vorstandsrecht § 7 Rn. 20; *Heidel-Aktienrecht/Schmidt* § 93 Rn. 11; *MüKo-AktG/Spindler* § 93 Rn. 88; *Spindler/Stilz-AktG/Fleischer* § 93 Rn. 33.

<sup>87</sup> *Bicker*, AG 2014, 8, 10; *Binder*, AG 2008, 274, 279; *Fleischer/Fleischer*, Handbuch Vorstandsrecht § 7 Rn. 20; *Kocher*, CCZ 2009, 215, 218; *MüKo-AktG/Spindler* § 93 Rn. 88; *Spindler/Stilz-AktG/Fleischer* § 93 Rn. 33.

<sup>88</sup> *Lutter*, ZIP 2007, 841, 843.

<sup>89</sup> *Bicker*, AG 2014, 8, 10; *MüKo-AktG/Spindler* § 93 Rn. 88.

Vorteile für die Gesellschaft kann hier ebenso wie im bereits ausgeführten Bereich der nützlichen Pflichtverletzung nicht der Maßstab sein.

Die Gegenmeinung führt hier die besseren Argumente ins Feld: So ist die Vertragsverletzung zwar eine Handlungsalternative, sie ist aber nicht rechtlich zulässig.<sup>90</sup> Die Autorität des Gesetzes erstreckt sich auch auf vertragliche Bindungen, und da die Anwendung der Business Judgement Rule grundsätzlich nur rechts-treues Verhalten umfasst, gilt dies auch für externe Bindungen gegenüber Dritten.<sup>91</sup> Darüber hinaus würde die Zulässigkeit der Vertragsverletzung dazu führen, dass auch die Erfüllung von Verträgen als Pflichtverletzung beurteilt und somit eine Schadenersatzverpflichtung gegenüber der Gesellschaft zur Folge haben könnte, was der Einheit der Rechtsordnung widerspräche.<sup>92</sup>

Im Ergebnis fallen somit Fälle der Vertragsverletzung nicht unter den Geltungsbe-reich der Business Judgement Rule. Für die Vorstandsmitglieder führt dies zu Handlungssicherheit. Sofern für die Gesellschaft nachteilige Verträge abgeschlos-sen werden, wäre zu prüfen, ob bereits der Abschluss dieser Verträge pflichtwidrig war – die Erfüllung der vertraglichen Pflichten kann dabei ausgeklammert bleiben.

### 3.2.2 Gutgläubigkeit

Das Merkmal der Gutgläubigkeit findet sich nicht im Wortlaut des Gesetzes, son-derm ist vielmehr aus der Formulierung des „vernünftigerweise annehmen Dürfens“ abzuleiten.<sup>93</sup> Das Vorstandsmitglied soll hinsichtlich seiner Maßnahme gutgläubig, also davon überzeugt sein, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.<sup>94</sup>

Damit sollen Fälle aus dem Anwendungsbereich der Business Judgement Rule fallen, bei denen das Vorstandsmitglied eine Entscheidung trifft, an deren Richtig-keit es selbst nicht glaubt.<sup>95</sup> In der Literatur wird diesem Merkmal keine große Be-deutung beigemessen, da die Anwendung der Business Judgement Rule in Fällen, bei denen das Vorstandsmitglied nicht gutgläubig ist, schon ausscheidet, da es am

---

<sup>90</sup> *Schneider*, DB 2005, 707, 711.

<sup>91</sup> Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 17; *Koch*, ZGR 2006, 769, 786.

<sup>92</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 11.

<sup>93</sup> BT-Drucksache 15/5092 S. 11.

<sup>94</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 91; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 40.

<sup>95</sup> Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 24.

Vorliegen der anderen Voraussetzungen – insbesondere dem Handeln zum Wohle der Gesellschaft – fehlt.<sup>96</sup>

### 3.2.3 Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse

Das Vorstandsmitglied darf sich bei seiner Entscheidung nicht von Eigeninteressen, sachfremden Erwägungen oder den Interessen von Dritten beeinflussen lassen.<sup>97</sup> Dies ist denklogisch, gleichwohl aber ebenfalls praktisch von eher geringerer Bedeutung, da es auch in derartigen Fällen an der Voraussetzung des Handelns zum Wohle der Gesellschaft mangeln wird.

Entscheidend in diesem Zusammenhang ist grundsätzlich nicht das Bestehen von Eigeninteressen, Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen, sondern das „beeinflussen lassen“. Blendet das Vorstandsmitglied die widerstreitenden Interessen aus, und entscheidet ausschließlich am Gesellschaftswohl orientiert, so besteht kein Grund, ihm die Anwendung der Business Judgement Rule zu versagen.<sup>98</sup>

Ein Handeln völlig frei von Eigeninteressen wird überdies praktisch fast unmöglich, da Vorstandsmitglieder über entsprechende variable Vergütungsbestandteile zumindest mittelbar am Erfolg der Gesellschaft und dadurch am Erfolg der getroffenen Entscheidungen beteiligt werden. Es wird also häufig auch ein gewisses Eigeninteresse bestehen. Zur Nichtanwendung der Business Judgement Rule können also nur solche Eigeninteressen führen, die dem Gesellschaftswohl widersprechen – wenn also ein Interessenkonflikt vorliegt.<sup>99</sup>

In der Literatur wird fast durchgängig gefordert, dass das Vorstandsmitglied einen bestehenden Interessenkonflikt offenzulegen<sup>100</sup> und sich aus dem weiteren Entscheidungsprozess herauszuhalten hat.<sup>101</sup> Dem ist grundsätzlich nicht zu widersprechen, die daraus abgeleitete Folge, dem Vorstand bei Zuwiderhandlung den Schutz der Business Judgement Rule gänzlich zu versagen,<sup>102</sup> erscheint aber nicht sachgerecht, da wie bereits ausgeführt, das bloße Vorliegen eines Interessenkon-

<sup>96</sup> Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 40; Koch, ZGR 2006, 769, 790; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 66.

<sup>97</sup> Heidel-Aktienrecht/Schmidt § 93 Rn. 92; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 38; Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 24; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 60.

<sup>98</sup> Krieger/Schneider/Krieger § 3 Rn. 18; Schmidt/Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani § 93 Rn. 15.

<sup>99</sup> Henssler/Strohn/Dauner-Lieb AktG § 93 Rn. 24; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 60.

<sup>100</sup> Heidel-Aktienrecht/Schmidt § 93 Rn. 93; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb AktG § 93 Rn. 24;

Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 38; Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 26; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 61.

<sup>101</sup> Bunz, NZG 2011, 1294, 1296; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 38; Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 26; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 61.

<sup>102</sup> Lutter, FS Canaris, 245, 248 f.; a. A. Bunz, NZG 2011, 1294, 1296, Löbbe/Fischbach, AG 2014, 717, 717 ff.

flikts bedeutungslos ist, solange letztlich zum Wohle der Gesellschaft entschieden wird. Erst Recht nicht zu überzeugen vermag dann die Ansicht, im Falle von Kollegialentscheidungen sämtlichen an der Entscheidung beteiligten Vorstandsmitgliedern den Schutz der Business Judgement Rule zu versagen, wenn nur ein Vorstandsmitglied von einem Interessenkonflikt betroffen war, ohne dass die anderen Vorstandsmitglieder davon wussten.<sup>103</sup> Hierbei wird verkannt, dass die Pflichtwidrigkeit als Grundlage für eine eventuelle Haftung aber auch die Voraussetzungen der Business Judgement Rule für jedes Vorstandsmitglied einzeln geprüft werden müssen – aus der Tatsache, dass ein Vorstandsmitglied diesen Anforderungen nicht gerecht wird, kann nicht automatisch der Schluss gezogen werden, dies gelte auch für alle anderen an der Entscheidung beteiligten Vorstandsmitglieder.<sup>104</sup>

### 3.2.4 Handeln zum Wohle der Gesellschaft

Eine weitere Voraussetzung der Business Judgement Rule ist das Handeln zum Wohle der Gesellschaft. Der Gesetzgeber versteht hierunter ein Handeln, welches „(...) der langfristigen Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und seiner Produkte oder Dienstleistungen dient.“<sup>105</sup> Ergänzend dazu wird im Gesellschaftswohl auch die „(...) Sicherung des Bestandes und der dauerhaften Rentabilität (...)“<sup>106</sup> der Gesellschaft erkannt.

Unternehmerisches Handeln ist immer auch mit Risiken verbunden. So hat bereits der BGH in der bereits angesprochenen „ARAG/Garmenbeck“ Entscheidung deutlich gemacht, dass das Eingehen von Risiken keineswegs per se pflichtwidrig ist und damit dem Gesellschaftswohl entgegensteht, sondern dass eine Haftung erst in Betracht kommt, wenn „(...) die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist (...)“.<sup>107</sup> Somit kann auch das Eingehen von Risiken dem Unternehmenswohl dienen. Dies schließt grundsätzlich auch das Eingehen existenzgefährdender Risiken ein.<sup>108</sup>

Entscheidend ist an dieser Stelle wieder die im Gesetz zu findende Formulierung des „vernünftigerweise annehmen Dürfens“. Dadurch wird deutlich, dass hier die

<sup>103</sup> *Blasche*, AG 2010, 692, 699.

<sup>104</sup> *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 717 ff.

<sup>105</sup> BT-Drucksache 15/5092 S. 11.

<sup>106</sup> *Hölters/Hölters* AktG § 93 Rn. 37

<sup>107</sup> BGH, Urteil vom 21.04.1997 – II ZR 175/95 = NJW 1997, 1926, 1927.

<sup>108</sup> *Heidel-Aktienrecht/Schmidt* § 93 Rn. 89; *Hüffer/Koch* AktG § 93 Rn. 27; *Freund*, NJW 2013, 2545, 2547; *MüKo-AktG/Spindler* § 93 Rn. 55; *Schmidt/Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 13, *Schmitz-Remberg*, BB 2014, 2701, 2703 f.

Sicht des Vorstandsmitglieds zum Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblich ist. Es ist also unerheblich, ob sich nachträglich herausstellt, dass die Entscheidung nicht den gewünschten Erfolg hatte und somit nicht dem Wohle des Unternehmens gedient hat.

### 3.2.5 Handeln auf der Grundlage angemessener Information

Zuletzt verlangt die Business Judgement Rule das Handeln auf der Grundlage angemessener Information. Dies stellt insofern eine Abkehr von der bisherigen Auffassung dar, als der BGH noch in einer auf der alten Rechtslage – der zugrunde liegende Sachverhalt ereignete sich im Jahren 1991 bis 2000<sup>109</sup> – basierenden Entscheidung ausgeführt hat, dass „(...) der Geschäftsführer in der konkreten Entscheidungssituation *alle* verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen (...)“ hat.<sup>110</sup>

Durch den Begriff der Angemessenheit wird nunmehr verdeutlicht, dass dem Vorstandsmitglied ein erheblicher Spielraum zur Beurteilung des Informationsbedarfs zusteht.<sup>111</sup> Soweit in der Literatur weiterhin eine allumfassende Informationsgrundlage gefordert wird,<sup>112</sup> ist dieser Auffassung nicht zu folgen. Information kann nicht allumfassend sein: Wurde zur Entscheidungsfindung beispielsweise ein Gutachten eingeholt, könnte sonst immer noch ein zweites verlangt werden. Waren es schon zwei, wäre vielleicht noch ein drittes erforderlich. Dem steht nicht zuletzt schon die Gesetzesbegründung entgegen, wonach sich die Frage nach der Einholung von Gutachten am betriebswirtschaftlich Notwendigen zu orientieren hat, und nicht am theoretisch Möglichen.<sup>113</sup>

Diese Auffassung wird auch durch ein aktuelles Urteil des LG Düsseldorf gestützt, wonach „Entscheidungsvorlagen für Bankvorstände (..) nicht all das enthalten [müssen], was bei einer Anlageberatung von Bankkunden erläutert werden muss.“<sup>114</sup> Im Ergebnis wurde hier die Schadenersatzpflicht der beklagten Vorstandsmitglieder abgelehnt, obwohl die der Entscheidung zugrunde liegenden Informationen gerade nicht allumfassend waren.

<sup>109</sup> BGH, Urteil vom 14.07.2008 – II ZR 202/07 = DStR 2008, 1839, 1839.

<sup>110</sup> vgl. BGH, Urteil vom 14.07.2008 – II ZR 202/07 = DStR 2008, 1839, 1841.

<sup>111</sup> BT-Drucksache 15/5092 S. 12.

<sup>112</sup> Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 34, Lutter, DZWIR 2011, 265, 267

<sup>113</sup> BT-Drucksache 15/5092 S. 12.

<sup>114</sup> LG Düsseldorf, Urteil vom 25.04.2014 – 39 O 36/11 = juris, Rn. 160.



Einfluss auf den Umfang der erforderlichen Informationen haben insbesondere die Bedeutung der Entscheidung, die mit ihr verbundenen Risiken sowie die Eilbedürftigkeit.<sup>115</sup> Sofern der Vorstand mangels entsprechender Kenntnisse nicht in der Lage ist, den Vorgang in rechtlicher oder sonstiger Hinsicht zu beurteilen, hat er sich sachkundigen Rat einzuholen, um eine angemessene Informationsgrundlage zu schaffen. Dies ist aber nicht so zu verstehen, dass Sachverständigengutachten routinemäßig anzufordern sind.<sup>116</sup>

Es bietet sich aber in jedem Fall an, im Unternehmen ein Informationsmanagementsystem einzurichten, durch welches sichergestellt wird, dass Informationen weitergeleitet, gespeichert und abgefragt werden können,<sup>117</sup> so dass diese bei Bedarf verfügbar sind.

Auch bei dieser Tatbestandsvoraussetzung spielt das „vernünftigerweise annehmen Dürfen“ eine Rolle – entscheidend für die Beurteilung der Angemessenheit ist die Sicht des Vorstands zum Zeitpunkt der Entscheidung.

### **3.2.5.1 Anforderungen bei fehlenden Kenntnissen**

Das Handeln auf Grundlage angemessener Information ist eine der entscheidenden Voraussetzungen der Business Judgement Rule. Fehlt es dem Vorstandsmitglied an den für die Entscheidungsfindung relevanten Kenntnissen, so hat es sich beraten zu lassen. Zu den Anforderungen, die in diesem Fall an das Vorstandsmitglied und auch an die Person des Beraters zu stellen sind, hat sich der BGH in seiner „ISION“ Entscheidung vom 20.09.2011 ausführlich geäußert. Da es im dort zu beurteilenden Sachverhalt um einen Fall der externen Beratung<sup>118</sup> ging, stellt sich in diesem Zusammenhang zusätzlich auch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auch eine interne Beratung etwa durch die unternehmenseigene Rechtsabteilung den vom BGH aufgestellten Grundsätzen gerecht werden kann. Beide Punkte – also die Grundsätze der Entscheidung des BGH und die Anwendung dieser Grundsätze auf die interne Beratung – werden im Folgenden erläutert.

Dass es sich bei dieser Entscheidung des BGH nicht um einen Anwendungsfall der Business Judgement Rule handelt, steht der Beschäftigung mit der Entscheidung

---

<sup>115</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 86; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 34; Koch, ZGR 2006, 769, 789.

<sup>116</sup> Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 34; Krieger/*Schneider/Krieger* § 3 Rn. 8; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 50.

<sup>117</sup> *Buck-Heeb*, BKR 2011, 441, 448 f.; *Rodewald*, GmbHR 2014, 639, 643.

<sup>118</sup> BGH, Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 = WM 2011, 2092, 2093.

an dieser Stelle nicht entgegen, da den Ausführungen des BGH Erkenntnisse zu entnehmen sind, die sich ohne Weiteres auch die im Rahmen der Business Judgement Rule erforderliche angemessene Informationsgrundlage übertragen lassen.

In seinem Urteil vom 20.09.2011 hatte der BGH sich mit der Frage zu beschäftigen, ob eigene Aktien der Gesellschaft als Sacheinlage im Rahmen einer Kapitalerhöhung eingebracht werden können.<sup>119</sup> Dies ist nicht der Fall, da der Gesellschaft dadurch kein neues Kapital zugeführt wird.<sup>120</sup> Die beklagten Vorstandsmitglieder haben folglich die ihnen obliegenden Pflichten verletzt. Die Schadenersatzpflicht kann somit nur vermieden werden, wenn die Vorstandsmitglieder ihre Pflichten nicht schuldhaft verletzt haben, was vorliegend der Fall wäre, wenn die Vorstandsmitglieder einem unverschuldeten Rechtsirrtum unterliegen würden. Dies setzt voraus, dass die Vorstandsmitglieder „(...) die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten (...)“.<sup>121</sup>

An den einzuholenden Rechtsrat werden ebenfalls gewisse Anforderungen gestellt. So ist es erforderlich, dass sich das unkundige Vorstandsmitglied „(...) unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht (...)“.<sup>122</sup> Diesen Anforderungen sind die beklagten Vorstandsmitglieder nicht gerecht geworden.

Der BGH stellt also Anforderungen an die Person des Beraters, an die Information des Beraters sowie an den Umgang mit dem erteilten Rat.

Bevor dieser Beratungsprozess angestoßen wird, ist es zunächst einmal erforderlich, dass das Vorstandsmitglied seine eigene Beratungsbedürftigkeit überhaupt erkennt, was aus zwei Gründen Schwierigkeiten bereiten könnte: Zum einen könnte dem unkundigen Vorstandsmitglied die Bedeutung bestimmter Rechts- oder Tatsachenfragen schlicht nicht bewusst sein, zum anderen könnte selbst bei vorhandenem Problembewusstsein die Beratungsbedürftigkeit auf eine fehlende persönli-

---

<sup>119</sup> BGH, Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 = WM 2011, 2092, 2093.

<sup>120</sup> BGH, Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 = WM 2011, 2092, 2094.

<sup>121</sup> BGH, Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 = WM 2011, 2092, 2094.

<sup>122</sup> BGH, Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 = WM 2011, 2092, 2094.

che Eignung und damit bereits auf eine Pflichtverletzung durch Übernahme des Vorstandsamtes hinweisen.<sup>123</sup> Der erste Punkt ist hierbei sicherlich von größerer Bedeutung. Zwar ist es richtig, dass ein Vorstandsmitglied über die zur Ausübung des Amtes notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen muss,<sup>124</sup> detaillierte Kenntnisse in sämtlichen Rechts- und sonstigen Fachgebieten können dabei aber sicherlich nicht vorausgesetzt werden.<sup>125</sup> Sind solche Kenntnisse allerdings vorhanden, führt dies dazu, dass erhöhte Anforderungen an das Vorstandsmitglied gestellt werden.<sup>126</sup>

Das Vorstandsmitglied kann sich aber auch nicht mit dem Hinweis auf mangelnde Kenntnisse und Fähigkeiten entlasten.<sup>127</sup>

Im Ergebnis wären wohl die finanziellen Folgen einer aus „Angst vor Entdeckung der eigenen Unfähigkeit“ unterlassenen Beratung nicht zu kalkulieren – im Zweifel sollte also eine Beratung in Anspruch genommen werden.<sup>128</sup>

### 3.2.5.1.1 Berater

Die Beratung selbst hat dann durch einen unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträger zu erfolgen. Bei der Beratung in rechtlichen Fragen sollte die Beratung durch einen Volljuristen bzw. Rechtsanwalt erfolgen, weitere Formalqualifikationen, wie etwa ein Fachanwaltstitel sind nicht zwingend erforderlich.<sup>129</sup> In einer jüngeren Entscheidung hat der BGH die Anforderungen an den Berater dahingehend eingeschränkt, als dass dort nicht mehr von einem Berufsträger sondern vielmehr von einer fachlich qualifizierten Person gesprochen wird.<sup>130</sup>

Nach einer Entscheidung des OLG Stuttgart hat das Vorstandsmitglied die fachliche Eignung des Beraters selbst zu prüfen, ein bloßes Vertrauen in die Fachkompetenz ist nicht ausreichend.<sup>131</sup> Die Anforderungen an diese Prüfung dürfen freilich nicht überspannt werden.<sup>132</sup> Es ist in jedem Fall zu berücksichtigen, dass das Vorstandsmitglied mangels eigener Kenntnis auch schlecht in der Lage ist, zu beurtei-

<sup>123</sup> *Selter*, AG 2012, 11, 13.

<sup>124</sup> *Hölters/Hölters AktG* § 93 Rn. 27.

<sup>125</sup> *Binder*, AG 2012, 885, 888.

<sup>126</sup> vgl. BGH, Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 = WM 2011, 2092, 2096.

<sup>127</sup> vgl. BGH, Urteil vom 14.03.1983 – II ZR 103/82 = NJW 1983, 1856, 1857.

<sup>128</sup> *Selter*, AG 2012, 11, 14.

<sup>129</sup> *Binder*, ZGR 2012, 757, 770; *ders.*, AG 2012; 885, 892; *ders.* AG 2008, 274, 286; *Bürkle*, VersR 2013, 792, 800; *Fleischer*, NZG 2010, 121, 123; *Kiefner/Krämer*, AG 2012, 498, 501.

<sup>130</sup> BGH, Urteil vom 27.03.2012 – II ZR 171/10 = CCZ 2013, 34, 36.

<sup>131</sup> OLG Stuttgart, Urteil vom 25.11.2009 – 20 U 5/09 = NZG 2010, 141, 144.

<sup>132</sup> *Fleischer*, NZG 2010, 121, 123.

len, welcher potenzielle Berater am geeignetsten ist. Insofern sollte je nach zu klärendem Sachverhalt eine Prüfung der Formalqualifikation – etwa Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater – ausreichend sein. Es kann auch ausreichend sein, wenn das Vorstandsmitglied einen von Dritten empfohlenen Berater auswählt.<sup>133</sup> Darüber hinaus kann auch vom Berater erwartet werden, dass er beispielsweise wegen eigener fehlender Sachkunde darauf hinweist, für den zu klärenden Sachverhalt nicht geeignet zu sein.

Zusätzlich muss der Berater unabhängig sein, darf also keinen Interessenkonflikten unterliegen bzw. sich von solchen nicht beeinflussen lassen, so dass eine ergebnisoffene Prüfung möglich ist.<sup>134</sup> Sofern schon allein die Vorbefassung des Beraters als Hinweis auf fehlende Unabhängigkeit angesehen wird,<sup>135</sup> so ist dem nicht zuzustimmen, da dies zwangsläufig zu einer Verpflichtung zur Einschaltung weiterer Berater führen würde. Dies sollte aber einzelfallabhängig nur dann der Fall sein, wenn beim Vorstandsmitglied im Rahmen der im Anschluss an die Beratung durchzuführenden Plausibilitätskontrolle Zweifel am erteilten Rat aufkommen.<sup>136</sup> Im Übrigen sollte eine detaillierte Ausarbeitung der geplanten Maßnahme – etwa die Ausarbeitung von Verträgen – erst erfolgen, nachdem die rechtliche, steuerliche oder sonstige Zulässigkeit geprüft worden ist. Sollten dann im Einzelfall erst zu einem späteren Zeitpunkt problematische Fragestellungen auftauchen, so bietet es sich geradezu an, mit deren Klärung den bereits mit der Angelegenheit befassten Berater zu beauftragen, da dieser mit der Thematik vertraut ist, wohingegen ein neu hinzukommender Berater sich erst einarbeiten müsste. Etwas anderes gilt nur, wenn es Zweifel an der Unabhängigkeit des Beraters gibt, etwa wegen der Befürchtung, ein bereits mit der Konzepterstellung betrauter Berater würde versuchen, den Nachweis eines korrekt erstellten Konzeptes dadurch zu erbringen, indem er eine für seine Auffassung vorteilhafte und damit einseitige Prüfung vornimmt.<sup>137</sup>

### 3.2.5.1.2 Information des Beraters

Dem nach den vorstehenden Grundsätzen sorgfältig ausgewählten Berater sind nun alle für die Beurteilung des Sachverhaltes erforderlichen Tatsachen mitzuteilen. Selbstverständlich ist in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass eine feh-

<sup>133</sup> vgl. BGH, Urteil vom 27.03.2012 – II ZR 171/10 = CCZ 2013, 34, 34; *Strohn*, CCZ 2013, 177, 181.

<sup>134</sup> *Binder*, ZGR 2012, 757, 771; *Bürkle* VersR 2013, 792, 800; *Decker*, GmbHR 2014, 72, 75; *Sander/Schneider* ZGR 2013, 725, 750.

<sup>135</sup> *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 140.

<sup>136</sup> *Krieger*, ZGR 2012, 496, 501.

<sup>137</sup> *Strohn*, CCZ 2013, 177, 182.

lerhafte Beratung für das Vorstandsmitglied nicht entlastend wirken kann, wenn dieser dem Berater bewusst relevante Informationen vorenthält oder falsche Tatsachen mitteilt.<sup>138</sup>

Aber auch an dieser Stelle muss berücksichtigt werden, dass das ratsuchende Vorstandsmitglied gerade nicht über die zur Prüfung des Sachverhaltes erforderliche Sachkunde verfügt, und daher auch nicht immer einschätzen kann, welche Informationen relevant sind. Der ausgewählte Berater ist daher wiederum verpflichtet, ggf. fehlende Informationen oder Unterlagen nachzufordern.<sup>139</sup>

Darüber hinaus besteht auch die Verpflichtung auf eine unverzügliche Vorlage des Prüfungsergebnisses hinzuwirken.<sup>140</sup>

### 3.2.5.1.3 Plausibilitätskontrolle

Letztlich ist der erteilte Rat einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. Dies setzt bei komplizierten und nicht eilbedürftigen Vorgängen zunächst einmal voraus, dass der Rat nicht nur mündlich erteilt wird.<sup>141</sup> Schriftliche Ausführungen sind darüber hinaus aber auch schon zu Dokumentationszwecken zu empfehlen.

Die eigentliche Plausibilitätskontrolle besteht dann aus drei Schritten: Erstens ist zu prüfen ob die erteilte Auskunft auf der Grundlage vollständiger und zutreffender Tatsachen erteilt wurde, zweitens ob offensichtliche Widersprüche oder Begründungslücken bestehen und drittens, ob die beabsichtigte Maßnahme durch die erteilte Auskunft gedeckt ist.<sup>142</sup>

Die Anforderungen insbesondere hinsichtlich der Überprüfung auf Widersprüche und Begründungslücken dürfen dabei aber nicht überspannt werden.<sup>143</sup> An dieser Stelle darf nicht außer Acht gelassen werden, dass das Vorstandsmitglied den Rat ja gerade deshalb eingeholt hat, weil es selbst nicht über die erforderlichen Kenntnisse verfügt – insofern kann vom juristisch nicht vorbelasteten Vorstandsmitglied auch nicht die Expertise zum Erkennen von Widersprüchen und Begründungslü-

<sup>138</sup> Decker GmbH 2014, 72, 76; Sander/Schneider, ZGR 2013, 725, 751; Selter, AG 2012, 11, 17.

<sup>139</sup> Binder, ZGR 2012, 757, 771; ders., AG 2012, 885, 893; ders., AG 2008, 274, 286; Decker GmbH 2014, 72, 76; Krieger, ZGR 2012, 496, 499; Sander/Schneider, ZGR 2013, 725, 756; Selter, AG 2012, 11, 17.

<sup>140</sup> BGH, Urteil vom 27.03.2012 – II ZR 171/10 = CCZ 2013, 34, 36.

<sup>141</sup> BGH, Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 = WM 2011, 2092, 2095.

<sup>142</sup> Fleischer, NZG 2010, 121, 124.

<sup>143</sup> Merkt/Mylich, NZG 2012, 525, 529.

cken erwartet werden, sofern diese nicht so offensichtlich sind, dass sie auch ein juristischer Laie erkennen kann und muss.

### 3.2.5.2 Folgen der Beratung

Sind die vorstehenden Voraussetzungen erfüllt, und folgt das Vorstandsmitglied dem erteilten Rat, so kommt eine Schadenersatzpflicht nach § 93 Abs. 2 S. 1 auch dann nicht in Betracht, wenn sich der erteilte Rat später als falsch herausstellt.

Eine Enthftung kann dabei auf mehreren Ebenen erfolgen: Im Falle des „ISION“ Urteils war die Pflichtverletzung bereits objektiv festgestellt, eine ordnungsgemäÙe Beratung hätte hier im Rahmen des unverschuldeten Rechtsirrtums zur Entlastung auf Verschuldensebene geföhrt. Zu ähnlichen Ergebnissen kommt der BGH bereits in einer früheren Entscheidung, bei der zwar schon keine Pflichtverletzung vorlag (hier: Zahlungen entgegen § 92 Abs. 2 S. 1), die Anforderungen an eine ordnungsgemäÙe Beratung aber eingehalten wurden, so dass es selbst bei Bejahung einer bestehenden Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO auch hier am Verschulden gemangelt hätte.<sup>144</sup>

Handelt es sich um eine unternehmerische Entscheidung, und findet eine Beratung im Rahmen der für die Anwendung der Business Judgement Rule erforderlichen angemessenen Informationsgrundlage statt, so kann eine Schadenersatzpflicht auch schon auf der Ebene der Pflichtverletzung ausscheiden.<sup>145</sup>

Eine Zurechnung des Verschuldens des Beraters über § 278 BGB scheidet aus, da der Berater für Gesellschaft tätig wird, und somit kein Erfüllungsgehilfe des Vorstandsmitglieds ist.<sup>146</sup>

### 3.2.5.3 Die Rolle der Rechtsabteilung

Die im vorangegangenen zitierten Urteile des BGH hatten Sachverhalte zu klären, bei denen eine Beratung durch externe Berater stattfand. Es ging hier also „nur noch“ um die Frage, ob diese Beratung den erforderlichen Anforderungen genügt hat. Unbeantwortet blieb damit die Frage, ob eine haftungsvermeidende Beratung auch durch gesellschaftsinterne Fachabteilungen – insbesondere durch die Rechtsabteilung – möglich ist.

<sup>144</sup> BGH, Urteil vom 14.05.2007 – II ZR 48/06 = NJW 2007, 2118, 2120.

<sup>145</sup> LG Düsseldorf, Urteil vom 25.04.2014 – 39 O 36/11 = juris, Rn. 133.

<sup>146</sup> BGH, Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 = WM 2011, 2092, 2094.

Diese Fragestellung wurde in der Folge der wissenschaftlichen Aufarbeitung des „ISION“ Urteils in einer Vielzahl von Beiträgen behandelt, wobei die überwiegende Mehrheit die interne Rechtsabteilung durchaus für befähigt hält, eine den Anforderungen des „ISION“ Urteils gerecht werdende Beratung leisten zu können.<sup>147</sup> Begründet wird dies mit der in den §§ 1, 43a BRAO normierten Unabhängigkeit für Rechtsanwälte, welche gleichermaßen für Syndikusanwälte gilt,<sup>148</sup> sowie der oftmals gerade in gesellschaftinternen Rechtsabteilungen anzutreffenden fachlichen Expertise.<sup>149</sup> Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Hiermit ist auch keinerlei Wertung dahingehend verbunden, dass eine interne Rechtsabteilung besser geeignet ist, eine ordnungsgemäße Beratung zu gewährleisten – es geht vielmehr darum, dass einer internen Rechtsabteilung die grundsätzliche Eignung dazu nicht von vornherein abgesprochen werden kann.

Eingeschränkt wird diese grundsätzliche Zustimmung in Teilen der Literatur dadurch, dass das die Beratung benötigende Vorstandsmitglied bei interner Beratung in besonderem Maße darauf achten sollte, jegliche Beeinflussung des Beraters zu unterlassen.<sup>150</sup> Dem ist ebenfalls zuzustimmen, es ist allerdings zu ergänzen, dass jegliche Beeinflussung auch bei der externen Beratung zu unterlassen ist. Da Mitarbeiter der Rechtsabteilung als Arbeitnehmer aber grundsätzlich weisungsgebunden sind, kommt dem Verlangen nach dem Unterlassen von Beeinflussung bei Mitarbeitern der Rechtsabteilung aber sicherlich eine größere Bedeutung zu. Keinesfalls darf der Eindruck entstehen, das Beratungsergebnis seien auf Grund einer Weisung des Vorstandsmitglieds zustande gekommen.

Zusätzlich wird teilweise gefordert, zumindest bei komplexeren oder wichtigen Angelegenheiten, zusätzlich zur Beratung durch die eigene Rechtsabteilung auch externen Rat einzuholen.<sup>151</sup> Diese Forderung wird schon auf Grund ihrer Allgemeinheit in der Praxis auf Schwierigkeiten stoßen, da schon die Frage, wann eine Angelegenheit komplex oder wichtig im vorgenannten Sinne ist, nicht einfach beantwortet werden kann. Die zusätzliche Hinzuziehung externer Berater würde überdies zu

<sup>147</sup> *Binder*, ZGR 2012, 757, 771; *ders.* AG 2012, 885, 892; *Buck-Heeb*, BKR 2011, 441, 447; *Bürkle*, VersR 2013, 792, 800; *Decker*, GmbHR 2014, 72, 75; *Fleischer*, NZG 2010, 121, 123; *Junker/Biederbick*, AG 2012, 898, 899; *Kiefner/Krämer*, AG 2012, 498, 501; *Krieger*, ZGR 2012, 496, 500; *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525, 528; *Sander/Schneider*, ZGR 2013, 725, 750 f.; *Selter*, AG 2012, 11, 15; *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 140; *Wagner*, BB 2012, 651, 657.

<sup>148</sup> *Binder*, ZGR 2012, 757, 771; *ders.*, AG 2012, 885, 892; *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525, 528.

<sup>149</sup> *Junker/Biederbick*, AG 2012, 898, 899 f.; *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525, 528; *Wagner*, BB 2012, 651, 656.

<sup>150</sup> *Binder*, ZGR 2012, 757, 771; *ders.* AG 2012, 885, 892; *Decker*, GmbHR 2014, 72, 75;

<sup>151</sup> *Selter*, AG 2012, 11, 15.

einer vom Gesetzgeber nicht gewollten „Gutachtenindustrie“ führen (siehe dazu auch 3.2.5).

Die Folgerung, in Fällen der Beratung durch die interne Rechtsabteilung schon von der Art der Fragestellung Rückschlüsse auf die Unabhängigkeit des Beraters zuzulassen,<sup>152</sup> stößt zu Recht auf Ablehnung.<sup>153</sup> Unverständlich ist hier schon die Tatsache, dass die Art der Fragestellung bei der internen Beratung relevant sein soll, bei der externen aber nicht. Richtig ist, dass der Prüfauftrag ergebnisoffen sein muss, dass also das gewünschte Beratungsergebnis nicht schon vorgegeben wird. Dies gilt aber gleichermaßen in Fällen der internen und externen Beratung.

Zu ergänzen ist, dass die vorgenannten Ausführungen nicht nur für Beratung in rechtlichen Fragen gelten. Auch bei anderen Fragestellungen können interne Fachabteilungen durchaus in der Lage sein, eine den Anforderungen des BGH genügende Beratungsleistung abzuliefern. Dies wurde im bereits mehrfach zitierten Urteil des LG Düsseldorf zumindest indirekt bestätigt: Im dort behandelten Sachverhalt stützen die Vorstandsmitglieder ihre Entscheidung auf von internen Fachabteilungen zur Verfügung gestellte Informationen und Unterlagen, was vom Gericht als ausreichend angesehen wurde,<sup>154</sup> die Notwendigkeit, sich hier zusätzlich extern beraten zu lassen, sah das Gericht nicht.

#### **3.2.5.4 Dokumentation der Entscheidung**

Gesetzlich nicht ausdrücklich angeordnet, aber zu Beweis Zwecken unerlässlich ist eine umfassende Dokumentation der Entscheidung, damit das Vorstandsmitglied im Streitfall überhaupt in der Lage ist, die erforderlichen Beweise zu erbringen. Hierbei sollten nicht nur die Vorstandsbeschlüsse, aus denen die getroffene Entscheidung hervorgeht aufbewahrt werden, sondern auch alle im Zusammenhang mit der Entscheidungsfindung stehenden Unterlagen, wie Stellungnahmen, Analysen und Gutachten.<sup>155</sup> Und dies nicht nur aus Gründen der Beweisbarkeit, sondern auch um sich selbst und andere in die Lage zu versetzen, die getroffene Entscheidung zu einem späteren Zeitpunkt nachvollziehen zu können.<sup>156</sup>

<sup>152</sup> Strohn, ZHR 176 (2012), 137, 141.

<sup>153</sup> Kiefner/Krämer, AG 2012, 498, 501; Sander/Schneider ZGR 2013, 725, 750.

<sup>154</sup> LG Düsseldorf, Urteil vom 25.04.2014 – 39 O 36/11 = juris, Rn. 159 ff.

<sup>155</sup> Hölter/Hölter AktG § 93 Rn. 36; Freund, NJW 2545, 2551.

<sup>156</sup> Goette, DStR, 1776, 1776 f.; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 58.



### 3.3. Folgen

Sind die vorgenannten Voraussetzungen erfolgt, liegt keine Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds vor. Da die Pflichtverletzung wiederum Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht nach § 93 Abs. 2 S. 1 ist, scheidet auch diese aus.

Sind die Voraussetzungen der Business Judgement Rule nicht erfüllt, so folgt daraus jedoch nicht automatisch, dass eine Pflichtverletzung vorliegt – dies muss beispielsweise im Falle gebundener Entscheidungen anhand der Voraussetzungen der jeweils relevanten Norm gesondert festgestellt werden. Das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied kann also auch in diesen Fällen nachweisen, dass es sich pflichtgemäß verhalten oder aber zumindest nicht schuldhaft seine Pflichten verletzt hat.<sup>157</sup>

Durch die Business Judgement Rule wird die eigentliche unternehmerische Entscheidung der richterlichen Kontrolle entzogen, und nur der ihr zugrunde liegende Entscheidungsprozess einer Beurteilung unterzogen.<sup>158</sup> Damit wird klargestellt, dass es sich bei der Vorstandshaftung nicht um eine Erfolgshaftung handelt.<sup>159</sup> Vorstandsmitglieder schulden nicht den Erfolg der von Ihnen getroffenen Entscheidungen, sondern eine den Anforderungen der Business Judgement Rule genügende Entscheidungsfindung.

Soweit der Business Judgement Rule in Teilen der Literatur ihre privilegierende Wirkung abgesprochen wird,<sup>160</sup> so ist dem nur eingeschränkt zu folgen: Richtig ist, dass auch außerhalb des Anwendungsbereiches der Business Judgement Rule keine Erfolgshaftung besteht.<sup>161</sup> Verkannt wird hier allerdings, dass die eigentliche Entscheidung – sofern sie unternehmerisch ist – nicht Bestandteil der gerichtlichen Kontrolle ist. Darüber hinaus wird durch das Wort „vernünftigerweise“ deutlich, dass nicht jede Fehleinschätzung etwa zur benötigten Informationsgrundlage zu einer Haftung führt.<sup>162</sup>

<sup>157</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 96; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 12; Krieger/*Schneider/Krieger* § 3 Rn. 14; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 40; Schmidt/*Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 11.

<sup>158</sup> *Binder*, ZGR 2007, 745, 750 f.

<sup>159</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 77; Henssler/*Strohn/Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 18; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 31; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 40.

<sup>160</sup> *von Falkenhausen*, NZG 2012, 644, 644.

<sup>161</sup> *von Falkenhausen*, NZG 2012, 644, 649.

<sup>162</sup> *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1, 9.

Dies ist außerhalb des Anwendungsbereiches der Business Judgement Rule anders: Geht es beispielsweise um die Pflicht des Vorstands nach § 91 Abs. 2 ein System zur Risikofrüherkennung einzurichten, so werden die eingeleiteten Maßnahmen im Streitfall dahingehend überprüft, ob sie „geeignet“ im Sinne der Norm sind. Genau dieser Unterschied macht die privilegierende Wirkung der Business Judgement Rule aus.

Da es bei der Business Judgement Rule um die Frage geht, ob die eine Schadenersatzpflicht begründende Voraussetzung einer Pflichtverletzung vorliegt, liegt die Beweislast für die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 beim Vorstandsmitglied. So heißt es in § Abs. 2 S. 2: „Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.“.

### **3.4 Zwischenfazit II**

Die Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 eröffnet dem Vorstandsmitglied auf entscheidungsprozeduraler Ebene durch Einhaltung der im Vorangegangenen erläuterten Voraussetzungen die Möglichkeit, sich vom Vorwurf der Pflichtverletzung und damit auch von der Schadenersatzpflicht freizusprechen. Die Kriterien sind dabei nicht zu hoch angesetzt und ermöglichen auch dem im Einzelfall unkundigen Vorstandsmitglied die Möglichkeit der Exkulpation.

Dies ändert aber nichts an der dem Grunde nach bestehenden existenzbedrohenden Haftung. Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob, wie und an welchen Stellen durch geeignete Reformen Abhilfe geschaffen werden kann und muss.

## **4. Notwendigkeit einer Reform der Vorstandshaftung?**

Nachdem bisher der Haftungstatbestand des § 93 Abs. 2 S. 1 und der „sichere Hafen“ der Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 anhand der derzeitigen Rechtslage sowie der von Literatur und Rechtsprechung herausgearbeiteten Konkretisierung derselben erläutert wurden, geht es im Folgenden um die schon im Rahmen der Einleitung angesprochenen Reformüberlegungen. Dabei geht es um Fragestellungen die direkt – hinsichtlich des Anwendungsbereiches – oder indirekt – hinsichtlich der Beweislastregelung des § 93 Abs. 2 S. 2 – Berührungspunkte zur Business Judgement Rule aufweisen. Im Zusammenhang mit der herausgearbeiteten existenzbedrohenden Haftung der Vorstandsmitglieder werden aber auch Re-

formüberlegungen hinsichtlich der Haftungshöhe, des Verschuldensmaßstabs, der Durchsetzung der Ansprüche und der Versicherung einbezogen.

Grundlage der aktuellen Diskussionen hinsichtlich eines Reformbedarfs im Recht der Organhaftung ist ein in Teilen der Literatur zumindest angedeutetes übergroßes oder auch existenzbedrohendes Haftungsrisiko der Organmitglieder.<sup>163</sup> Unabhängig davon, ob die Autoren dies im Einzelfall als Problem ansehen oder nicht – gemeinsam ist allen, und noch weiteren Stimmen in der Literatur, die Beschäftigung mit möglicherweise notwendigem Reformbedarf.

In den nun folgenden Ausführungen werden die Kritikpunkte an den derzeit bestehenden gesetzlichen Regelungen und die daraus abgeleiteten Reformvorschläge näher erläutert. Dabei kann nicht auf alle Kritikpunkte und Reformüberlegungen eingegangen werden. So wurden beim 70. DJT insgesamt – und die Reformvorschläge für regulierte und öffentliche Unternehmen sind hier nicht mitgezählt worden – 40 Reformvorschläge zur Abstimmung gebracht.

#### **4.1. Anwendungsbereich der Business Judgement Rule**

Wie bereits ausgeführt, wird die Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 nur bei unternehmerischen Entscheidungen angewendet (siehe 3.2.1). Diese sind gekennzeichnet durch ihren Prognosecharakter, durch die Zukunftsbezogenheit und durch die damit verbundene Unsicherheit. Es muss eine Auswahl zwischen mehreren rechtlich zulässigen Alternativen getroffen werden.

Der unternehmerischen Entscheidung gegenüber steht die (rechtlich) gebundene Entscheidung – also eine durch Gesetz, Satzung, Geschäftsordnung oder Anstellungsvertrag vorgegebene Handlung.

Im Bereich der unternehmerischen Entscheidungen kann sich das Vorstandsmitglied bei Vorliegen der Voraussetzungen der Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 vom Vorwurf der Pflichtverletzung exkulpieren, ohne dass die Entscheidung vor Gericht inhaltlich überprüft wird. Im Bereich der gebundenen Entscheidung ist das so nicht möglich.

---

<sup>163</sup> *Bachmann*, NJW-Beil. 2014, 43, 43; *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 926; *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2115; *Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1393; *Koch*, NZG 2014, 934, 934; *Loritz/Wagner*, DStR 2012, 2189, 2194; *Paefgen*, AG 2014, 554, 555; *Spindler*, AG 2013, 889, 889; *Vetter*, NZG 2014, 921, 921; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 234.

#### 4.1.1 Kritik am Status quo

Die vorgenannten Merkmale der unternehmerischen Entscheidung treffen oftmals auch auf gebundene Entscheidungen zu: So verlangt § 91 Abs. 2 vom Vorstand „(...) geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.“. Welche Maßnahmen geeignet sind, sagt das Gesetz nicht. Der Vorstand muss hier also unter Unsicherheit eine zukunftsbezogene Prognoseentscheidung treffen und setzt sich dabei der „Gefahr“ aus, dass ein Gericht die getroffenen Maßnahmen zu einem späteren Zeitpunkt als nicht angemessen einstuft.

Darüber hinaus kann die Rechtslage unklar sein, etwa bei neuen Gesetzen, zu denen noch keine oder zumindest noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung existiert, oder aber durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe.<sup>164</sup> Auch prozedurale Normen – etwa die Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 – die nicht mehr das Entscheidungsergebnis, sondern den Entscheidungsprozess regeln,<sup>165</sup> können beim Anwender zu Unsicherheiten führen, da nicht eindeutig feststeht, was erwartet wird.

Im Ergebnis befindet sich das ggf. zum Handeln gezwungene Vorstandsmitglied in einem Dilemma: Unabhängig davon, ob es die für die Gesellschaft günstige oder ungünstige Rechtsansicht zugrunde legt, könnte es sich dem Vorwurf der Pflichtverletzung ausgesetzt sehen, wenn später ein Gericht zu einem anderen Ergebnis kommt.<sup>166</sup> Selbst wenn dem Vorstandsmitglied dann eine Entlastung über die Verschuldensebene gelänge, drohe immer noch der Bestellungswiderruf nach § 84 Abs. 3 S. 2 Alt.1.<sup>167</sup>

#### 4.1.2 Reformvorschläge

Eine Lösung könnte hier in einer Legal Judgement Rule liegen, welche sich in vergleichbarer Form im Aufsichtsrecht bereits in § 48 a Abs. 2 S. 2 KWG findet.<sup>168</sup> § 48 a KWG regelt dabei die Anordnung der Vermögensübertragung von einem Rechtsträger auf einen anderen Rechtsträger unter bestimmten in § 48 a Abs. 2 S.

<sup>164</sup> *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2249 *Kocher*, CCZ 2009, 215, 217.

<sup>165</sup> *Binder*, ZGR 2007, 745, 750; *Holle*, AG 2011, 778, 783.

<sup>166</sup> *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2251.

<sup>167</sup> *Bürkle* VersR, 2013, 792, 796.

<sup>168</sup> *Bürkle* VersR, 2013, 792, 798.

1 KWG genannten Voraussetzungen durch die BaFin. Die dann in § 48 a Abs. 2 S. 2 normierte Legal Judgement Rule bestimmt, dass die BaFin dann rechtmäßig handelt, „(...) wenn sie bei verständiger Würdigung der ihr zum Zeitpunkt ihres Handelns erkennbaren Umstände annehmen [durfte], dass die gesetzlichen Voraussetzungen für ihr Handeln vorliegen.“. Der Anwendungsbereich einer solchen Legal Judgement Rule im Gesellschaftsrecht wäre beschränkt auf Fälle, auf die Art der Umsetzung der gebundenen Entscheidung, also auf das „wie“ und nicht auf das „ob“.<sup>169</sup> Voraussetzung wäre die Schaffung einer angemessenen Informationsgrundlage, wobei hier bei fehlenden Kenntnissen des Vorstandsmitglieds ebenfalls die vom BGH im Rahmen des ISION-Urteils dargestellten Anforderungen zu erfüllen wären.<sup>170</sup>

Ein wirklicher Bedarf für eine gesetzliche Legal Judgement Rule besteht aber nicht. Selbst wenn eine rechtlich gebundene Entscheidung einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhält und eine Pflichtverletzung festgestellt wird, so kann eine Enthaltung immer noch auf Verschuldensebene über den unverschuldeten Rechtsirrtum erfolgen, sofern sich das Vorstandsmitglied ordnungsgemäß beraten lassen hat. Auch das Argument des drohenden Bestellungswiderrufs nach § 84 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 ändert hieran nichts: Voraussetzung für den Widerruf der Bestellung ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes, wobei die grobe Pflichtverletzung nur einer aus einer beispielhaften Aufzählung ist. Bei diesem wichtigen Grund geht es nur um die Frage, ob es der Gesellschaft zumutbar ist, das Vorstand bis zum Ende der Amtszeit im Amt zu belassen, unabhängig davon, ob das Vorstandsmitglied den wichtigen Grund zu verschulden hat.<sup>171</sup> Daraus folgt, dass auch bei Vorliegen der Voraussetzungen der Business Judgement Rule ein Bestellungswiderruf nicht ausgeschlossen werden kann. Gleiches würde dann aber auch für eine Legal Judgement Rule gelten.

Diese Auffassung wird in der Literatur geteilt<sup>172</sup> und auch der 70. DJT hat sich gegen eine gesetzliche Ausweitung der Business Judgement Rule auf „(...) alle Ent-

<sup>169</sup> *Bürkle* VersR, 2013, 792, 799.

<sup>170</sup> *Bürkle* VersR, 2013, 792, 799 ff.

<sup>171</sup> *Heidel-Aktienrecht/Oltmanns* § 84 Rn. 20f.; *Hölters/Weber AktG* § 84 Rn. 70.

<sup>172</sup> *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1, 8; *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2257; *Fleischer*, DB 2014, 1971, 1974; *Holle*, AG 2011, 778, 778 ff.; *Paefgen*, AG 2014, 554, 582.

scheidungen unter Unsicherheit und damit insbesondere auf solche unter rechtlicher Unsicherheit (...)“ ausgesprochen.<sup>173</sup>

In Teilen der Literatur zur Business Judgement Rule findet sich auch die Auffassung, dass diese schon unter den jetzigen Voraussetzungen auch auf Entscheidungen unter rechtlicher Unsicherheit – also insbesondere bei unklarer Rechtslage und bei unbestimmten Rechtsbegriffen – angewendet werden kann.<sup>174</sup> Im Ergebnis würde dies dazu führen, dass auch Handlungen, die den gesetzlichen Vorgaben nicht entsprechen, nicht als Pflichtverletzung einzustufen wären. Schon allein deshalb kann dem nicht zugestimmt werden. Eine gebundene Entscheidung muss sich immer an den jeweils einschlägigen Tatbestandsvoraussetzungen messen lassen.<sup>175</sup> Dies gilt auch für den Fall, dass das Vorstandsmitglied zum Zeitpunkt der Entscheidung wegen der vorgenannten Probleme noch gar nicht weiß, dass es sich um eine gebundene Entscheidung handelt – wird dies erst später durch ein Gericht festgestellt, so kommt die Business Judgement Rule nicht zu Anwendung.<sup>176</sup> Sind dann die Voraussetzungen der einschlägigen Norm nicht erfüllt, liegt eine Pflichtverletzung vor. Eine Vermeidung der Schadenersatzpflicht ist dann – wie bereits ausgeführt – aber immer noch auf der Ebene des Verschuldens möglich. Dadurch ist die Beantwortung der Frage, wie weit der Anwendungsbereich der Business Judgement Rule geht, aber auch nicht von entscheidender Bedeutung – im Ergebnis scheidet die Schadenersatzpflicht bei einer sorgfältig getroffenen Entscheidung aus.

Im Ergebnis stellt auch die aktuelle Literatur richtigerweise keinen Reformbedarf hinsichtlich der Business Judgement Rule fest.<sup>177</sup> So hat auch der 70. DJT abgesehen von der schon angesprochenen abgelehnten Ausweitung der Business Judgement Rule keine weiteren Beschlüsse zum Thema gefasst.

## 4.2 Beweislast

Wie oben (siehe 2.3) erläutert, ist es im Streitfall Sache des in Anspruch genommenen Vorstandsmitglieds dazulegen und zu beweisen, dass es nicht pflichtwidrig oder aber zumindest nicht schuldhaft pflichtwidrig gehandelt hat. Dies begründet

---

<sup>173</sup> *Jahn*, AG 2014, R300, R302.

<sup>174</sup> *Kocher*, CCZ 2009, 215, 217.

<sup>175</sup> *Holle*, AG 2011, 778, 784.

<sup>176</sup> *Schneider*, DB 2011, 99, 100.

<sup>177</sup> *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1, 11; *ders.* NJW-Beil. 2014, 43, 44; *Paefgen*, AG 2014, 554, 582 f.; a. A. *Hemeling*, ZHR 178 (2014), 221, 223.

sich dadurch, dass das Vorstandsmitglied die Pflichtmäßigkeit seines Handelns besser beurteilen kann als die Gesellschaft.<sup>178</sup> Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, den dadurch entstehenden Folgefragen wird im Folgenden nachgegangen.

#### 4.2.1 Kritik am Status quo

Die Beweislastregelung des § 93 Abs. 2 S. 2 gilt auch für ausgeschiedene Vorstandsmitglieder. Dies ist insofern problematisch, als dass sie nach §§ 667, 675 BGB die in ihrem Besitz befindlichen Geschäftsunterlagen nach Beendigung ihrer Tätigkeit an die Gesellschaft herauszugeben haben. Das ausgeschiedene Vorstandsmitglied hat also nach der Herausgabe der Geschäftsunterlagen den als Grund für die Beweislastumkehr aufgeführten Wissensvorsprung verloren.<sup>179</sup>

Es könnte daher für das Vorstandsmitglied empfehlenswert sein, sich selbst zumindest bei wichtigen Entscheidungen Auszeichnungen anzufertigen, in denen zumindest die entscheidungserheblichen Unterlagen benannt werden.<sup>180</sup> Dies wird in der praktischen Umsetzung vermutlich auf Schwierigkeiten stoßen, da im Voraus ja nicht bekannt ist, welche Entscheidung dem Vorstandsmitglied später als möglicherweise pflichtwidrig vorgeworfen wird – es wären im Zweifel also Aufzeichnungen zu sämtlichen getroffenen Entscheidungen notwendig.

Um zu verhindern, dass das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied in Beweisnot kommt, wird ihm ein Einsichtsrecht in die zu seiner Verteidigung maßgeblichen Unterlagen zu gestanden.<sup>181</sup>

Ein solches könnte sich auch aus § 142 ZPO ergeben,<sup>182</sup> wobei hier eine genaue Bezeichnung der benötigten Urkunden erforderlich ist.<sup>183</sup> Es ist darüber hinaus erforderlich, dass das Vorstandsmitglied substantiiert vorträgt warum und in welche Unterlagen es Einsicht nehmen will, wobei es ja oftmals gerade die benötigten Unterlagen sind, die einen solchen Vortrag überhaupt erst möglich machen.<sup>184</sup>

<sup>178</sup> vgl. BGH, Urteil vom 04.11.2002 – II ZR 224/00 = NJW 2003, 358, 358.

<sup>179</sup> Foerster, ZHR 176 (2012), 221, 224.

<sup>180</sup> Loritz/Wagner, DStR 2012, 2189, 2195.

<sup>181</sup> vgl. BGH, Urteil vom 04.11.2002 – II ZR 224/00 = NJW 2003, 358, 359

<sup>182</sup> Grooterhorst, AG 2011, 389, 390.

<sup>183</sup> Musielak-ZPO/Stadler § 142 Rn. 7; Saenger-ZPO/Wöstmann § 142 Rn. 4.

<sup>184</sup> Grooterhorst, AG 2011, 389, 391.

Auch aus § 810 BGB lässt sich das Einsichtsrecht dogmatisch herleiten,<sup>185</sup> wobei es sich hierbei grundsätzlich um eine Originalurkunde handeln muss.<sup>186</sup>

Darüber hinaus wird auch aus der Treuepflicht der Gesellschaft für das ausgeschiedene Vorstandsmitglied in Verbindung mit § 242 BGB ein Einsichtsrecht dogmatisch abgeleitet.<sup>187</sup>

Der BGH bejaht das Einsichtsrecht zwar grundsätzlich, jedoch ohne irgendeine dogmatische Begründung – so heißt es in der Entscheidung nur „Soweit zu seiner Verteidigung notwendig, hat die Gesellschaft im Einsicht in die dafür maßgeblichen Unterlagen zu gewähren.“<sup>188</sup> Woraus sich dieses Einsichtsrecht ergibt, ist damit immer noch nicht höchstrichterlich entschieden.

Trotz dieser Möglichkeiten, in die zur Beweisführung benötigten Unterlagen Einsicht zu nehmen, kann es hier Probleme geben: Weigert sich beispielsweise die Gesellschaft Einsicht zu gewähren oder liegen die Voraussetzungen der §§ 142 ZPO oder 810 BGB nicht vor, wird es dem ausgeschiedenen Vorstandsmitglied schwerfallen oder ganz unmöglich sein, den erforderlichen Beweis zu erbringen. Dieses Problem wird dadurch gelöst, dass sich die Gesellschaft in derartigen Fällen entsprechend der Beweisvereitelungsregeln nicht auf die Beweislastumkehr berufen kann,<sup>189</sup> so dass entsprechend der Grundsätze von Treu und Glauben die Beweislastumkehr entfällt,<sup>190</sup> oder dass dann sekundäre Beweiserleichterungen zu Gunsten des Vorstandsmitglieds entstehen.<sup>191</sup>

Die vorgenannten Lösungen sind allerdings dogmatisch unscharf und vermögen daher nicht vollends zu überzeugen. Außerdem ist damit in Fällen, in denen benötigte Unterlagen nicht mehr vorhanden oder schlicht nicht mehr auffindbar sind,<sup>192</sup> oder in denen das Jahre nach seinem Ausscheiden in Anspruch genommene Vorstandsmitglied die zur Verteidigung benötigten Unterlagen schlicht nicht mehr benennen kann, noch keine Lösung ersichtlich. Wird nur eine unzureichende Einsicht in Geschäftsunterlagen gewährt und kommt die Gesellschaft ihren sekundären Dar-

<sup>185</sup> Foerster, ZHR 176 (2012), 221, 232 ff.; Grooterhorst, AG 2011, 389, 393 ff.; Krieger/Schneider/Kurzwelly § 12 Rn. 15.

<sup>186</sup> MüKo-BGB/Habersack § 810 Rn. 3; Dauner-Lieb/Langen-BGB/Büdenbender § 810 Rn. 4.

<sup>187</sup> Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 270; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 188.

<sup>188</sup> BGH, Urteil vom 04.11.2002 – II ZR 224/00 = NJW 2003, 358, 358.

<sup>189</sup> Schmidt/Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani § 93 Rn. 34.

<sup>190</sup> Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 270.

<sup>191</sup> Foerster, ZHR 176 (2012), 221, 230 f.; MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 188.

<sup>192</sup> Grooterhorst, AG 2011, 389, 398.



legungspflichten nach, so hilft dass dem Vorstandsmitglied nicht, da es gerade in diesem Fall auf die Einsicht angewiesen ist.<sup>193</sup>

#### 4.2.2 Reformvorschläge

Eine Anwendung der Beweislastregelung des § 93 Abs. 2 S. 2 im Wege der teleologischen Reduktion nur auf aktive Vorstandsmitglieder<sup>194</sup> scheidet hingegen aus: Hierfür fehlt es schon an einer planwidrigen Regelungslücke, da nicht davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit der Anspruchsverfolgung gegen ausgeschiedene Vorstandsmitglieder nicht in Betracht gezogen hat.<sup>195</sup>

Darüber hinaus würde eine teleologische Reduktion dem in Anspruch genommenen Vorstandsmitglied nur begingt helfen: Die Gesellschaft, die ja Zugang zu den relevanten Unterlagen hat, wird durchaus in der Lage sein, selbst ein pflichtwidriges Verhalten des Vorstandsmitglieds darzulegen – diesen Vortrag kann das Vorstandsmitglied aber wiederum nur entkräften, wenn es Einsicht in die Unterlagen erhält.<sup>196</sup> Dieser Auffassung ist uneingeschränkt zu folgen.

Unabhängig von den vorgenannten Problemen bei ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern werden in der Literatur – teilweise allerdings ohne weitergehende Begründungen – Änderungen hinsichtlich der Beweislastregelungen gefordert.<sup>197</sup> Soweit Begründungen angeführt werden, liegen die Argumente für eine Änderung der Beweislastregelungen in der Tatsache, dass der „Informationsvorsprung“ als Grund für die bestehende Beweislastumkehr durch zunehmende Digitalisierung von Informationen nicht mehr bestünde, dass es für andere Berufsgruppen keine derartigen Regelungen gibt und dass es insbesondere ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern schwerfallen wird, den erforderlichen Beweis überhaupt zu erbringen.<sup>198</sup> Auch werden die bestehenden Einsichtsrechte als unzureichend empfunden.<sup>199</sup>

Der 70. DJT hat sich daher auch mit der Beweislastregelung des § 93 Abs. 2 S. 2 befasst und – mit teilweise recht knappen Mehrheiten – beschlossen, die Beweislastregelung des § 93 Abs. 2 S. 2 ersatzlos zu streichen, sie zumindest auf aktive

<sup>193</sup> Foerster, ZHR 176 (2012), 221, 242.

<sup>194</sup> Foerster, ZHR 176 (2012), 221, 245 ff.

<sup>195</sup> Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 56.

<sup>196</sup> Grooterhorst, AG 2011, 389, 392.

<sup>197</sup> von Falkenhausen, NZG 2012, 644, 651; 782; 805; Haarmann/Weiß, BB 2014; 2115, 2120; Habersack, ZHR 177 (2013), Paefgen, AG 2014, 554, 565 f.; Vetter, AnwBl 7/2014, 582, 585.

<sup>198</sup> Haarmann/Weiß, BB 2014; 2115, 2118 f.

<sup>199</sup> Vetter, AnwBl 7/2014, 582, 585.

Vorstandsmitglieder zu beschränken oder sie zumindest für ausgeschiedene Vorstandsmitglieder um ein Recht auf Unternehmensinformationen zu ergänzen.<sup>200</sup>

Ob hier tatsächlich Reformbedarf besteht, ist jedoch nur schwer einzuschätzen: Zumindest bei der im Rahmen der Erstellung der vorliegenden Arbeit gesichteten Rechtsprechung wurde nicht den Eindruck erweckt, die in Anspruch genommenen Organmitglieder wurden nur deshalb zum Schadenersatz verurteilt, weil sie den erforderlichen Entlastungsbeweis mangels Kooperation der der Gesellschaft nicht erbringen konnten.

Die sorgfältige Dokumentation der Entscheidungsfindung in Verbindung mit den bereits erläuterten Einsichtsrechten scheint also ausreichend zu sein. Sofern aber tatsächlich ausgeschiedene Vorstandsmitglieder Schadenersatz leisten müssten, weil die zur Beweisführung benötigten Unterlagen nicht benannt werden konnten oder schlicht nicht mehr auffindbar waren, bestünde wohl in der Tat Handlungsbedarf. Auch sollte es der Gesellschaft nicht so schwer fallen, selbst die erforderlichen Beweise zu erbringen, da sie auch nach Ausscheiden des Vorstandsmitglieds noch Zugriff auf Protokolle, Gutachten und sonstige entscheidungsrelevante Unterlagen hat.

Festzuhalten bleibt somit, dass zumindest kein akuter Reformbedarf besteht, wobei das vom 70. DJT geforderte Einsichtsrecht für ausgeschiedene Vorstandsmitglieder durchaus zu begrüßen wäre.

### **4.3 Umfang der Haftung**

Eine Beschränkung der Haftungshöhe sieht das Gesetz derzeit nicht vor. Die Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 verbietet darüber hinaus eine Begrenzung im Rahmen der Satzung. Im Ergebnis gibt es derzeit – im Gegensatz zu GmbH-Geschäftsführern<sup>201</sup> – für Vorstandsmitglieder keinen Weg der summenmäßigen Haftungsbeschränkung.

#### **4.3.1 Kritik am Status quo**

Gleichzeitig steigen die Anforderungen an Vorstandsmitglieder<sup>202</sup>, die sich immer umfangreicheren Organisationspflichten ausgesetzt sehen, so dass schon jeder

---

<sup>200</sup> Jahn, AG 2014, R300, R302.

<sup>201</sup> Bayer, GmbH 2014, 897, 903.

<sup>202</sup> Loritz/Wagner, DStR 2012, 2189, 2194.

Gesetzesverstoß im Einzelfall den Vorwurf einer unzureichenden Compliance-Organisation zulässt.<sup>203</sup>

Dies ist insofern problematisch, weil dadurch ein risikoaverses Verhalten der Vorstandsmitglieder gefördert, und diese gleichzeitig Zeit, Geld und sonstige Ressourcen zur Haftungsvermeidung einsetzen.<sup>204</sup> Im Gegensatz zur der Höhe nach unbeschränkten Haftung wird die Vergütung der Vorstandsmitglieder durch die Regelungen des § 87 der Höhe nach begrenzt, was für die Vorstandsmitglieder als gleich doppelt nachteiliger Eingriff in die Vertragsfreiheit auch auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt.<sup>205</sup>

Die mittlerweile verbreitet zur Absicherung abgeschlossenen D&O-Versicherungen lösen das Problem nicht, da sie zum einen keinen der Höhe nach unbegrenzten Versicherungsschutz bieten, und darüber hinaus auch nicht alle Haftungsfälle abdecken.<sup>206</sup> Im Gegensatz zur begrenzten Höhe der Deckungssumme orientieren sich der Gesellschaft auferlegte Bußgelder an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gesellschaft – werden diese dann im Rahmen des Innenregresses an das Vorstandsmitglied weitergegeben findet dessen persönliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit keine Berücksichtigung.<sup>207</sup>

Darüber hinaus werden auch jetzt schon für Wirtschaftsprüfer Haftungsgrenzen vereinbart, weshalb nicht erkennbar ist, warum dies für Vorstandsmitglieder nicht möglich sein soll.<sup>208</sup>

Diese Kritikpunkte erscheinen nicht unangebracht, so dass Änderungen erforderlich sind.

#### 4.3.2 Reformvorschläge

Eine Lösung für das Problem der derzeit summenmäßig unbeschränkten Haftung könnte in der Einführung von Höchstgrenzen für Fälle der fahrlässigen Pflichtverletzung im Rahmen der Satzung liegen. Dieser Vorschlag findet in der Literatur

<sup>203</sup> Hemeling, ZHR 178 (2014), 221, 223.

<sup>204</sup> Bayer/Scholz, NZG 2014, 926, 927; Haarmann/Weiß, BB 2014, 2115, 2115; Spindler, AG 2013, 889, 895; Vetter, NZG 2014, 921, 923.

<sup>205</sup> Bayer/Scholz, NZG 2014, 926, 928.

<sup>206</sup> Bayer/Scholz, NZG 2014, 926, 927; Haarmann/Weiß, BB 2014, 2115, 2115; Wagner, ZHR 178 (2014), 227, 247 f.

<sup>207</sup> Koch, AG 2012, 429, 430; ders. NZG 2014, 934, 941.

<sup>208</sup> Haarmann/Weiß, BB 2014, 2115, 2116.

durchaus Fürsprecher.<sup>209</sup> Hier wären dann neben der gesetzlich festzulegenden „Öffnung“ der Satzung auch noch Regelungen etwa hinsichtlich der Information an die Hauptversammlung und der Gültigkeitsdauer einer Satzungsregelung erforderlich.<sup>210</sup>

Es gibt aber auch Stimmen in der Literatur, die eine gesetzliche Lösung bevorzugen.<sup>211</sup> Begründet wird dies damit, dass eine Reduktion im Rahmen der Satzung das Problem nicht lösen würde, da nicht sichergestellt werden kann, dass sich überhaupt die für eine Änderung der Satzung erforderlichen Mehrheiten in der Hauptversammlung finden.<sup>212</sup> Auch wäre fraglich, ob die Hauptversammlung zeitnah in der Lage wäre, entsprechende Regelungen in die Satzung aufzunehmen oder zu ändern.<sup>213</sup>

Hinsichtlich der Höhe dieser Höchstgrenze kommen dann verschiedene Varianten in Betracht: Möglich wäre ein absoluter Betrag wie er sich beispielsweise für den Abschlussprüfer in § 323 Abs. 2 HGB findet, ein Höchstbetrag der sich an der Deckungssumme der D&O-Versicherung orientiert, oder aber ein an der Vorstandsvergütung orientierter Höchstbetrag.

Der absolute Höchstbetrag in Anlehnung an etwa § 323 Abs. 2 HGB hätte indes den Nachteil, dass die bestehenden Unterschiede in Vergütung und Vermögen der einzelnen Vorstandsmitglieder unberücksichtigt blieben.<sup>214</sup> Ein sehr vermögendes Vorstandsmitglied würde die Zahlung des Schadenersatzes nicht weiter tangieren, während dem unvermögenden Vorstandsmitglied weiterhin die Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz droht. Insofern finden sich für diese Variante auch keine Fürsprecher in der Literatur. Dem ist zuzustimmen, eine pauschale Deckelung des Haftungsbetrages erscheint ungeeignet, schon allein, weil ein angemessener Betrag nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten zu ermitteln wäre.

Eine Deckelung in Anlehnung an die Deckungssumme der D&O-Versicherung würde die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin und Beitragszahlerin der Versicherung in die Lage versetzen, selbst zu entscheiden bis zu welchem Betrag Schäden

<sup>209</sup> *Bachmann*, NJW-Beil. 2014, 43, 44; *Spindler*, AG 2013, 889, 896; *Vetter*, NZG 2014, 921, 923

<sup>210</sup> *Vetter*, NZG 2014, 921, 924 ff.

<sup>211</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 931; *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2116; a. A. *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 803; *Paefgen*, AG 2014, 554, 569; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 277.

<sup>212</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 931.

<sup>213</sup> *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2116.

<sup>214</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 930.

ersetzt werden sollen.<sup>215</sup> Das Problem der existenzvernichtenden Haftung wäre damit aber nicht gelöst: Wenn beispielsweise gar keine D&O-Versicherung besteht, wäre die Haftung betragsmäßig überhaupt nicht gedeckelt. Wäre die Versicherung wegen vereinbarter Ausschlüsse von ihrer Leistungspflicht befreit, müsste wieder das Vorstandsmitglied selbst für den Schaden aufkommen. In der Literatur wird diese Lösung daher auch eher abgelehnt<sup>216</sup> oder aber gar nicht erst angesprochen. Dieser ablehnenden Haltung ist zuzustimmen. Auch eine an der Deckungssumme orientierte Höchstgrenze erscheint ungeeignet, da wegen der Unsicherheit hinsichtlich der Leistungspflicht der Versicherung dem Vorstandsmitglied weiterhin eine wirtschaftlich nicht zu bewältigende Haftung droht.

Somit bleibt als letzte Möglichkeit die an der Vorstandsvergütung ausgerichtete Beschränkung der Haftung, welche auch von Teilen der Literatur bevorzugt wird.<sup>217</sup> Eine an der Vergütung ausgerichtete Regelung kennt das Aktiengesetz bereits jetzt schon für den Selbsthalt der D&O-Versicherung in § 93 Abs. 2 S. 3, die Höchstgrenze könnte somit eine Weiterentwicklung dieses Selbstbehaltes bilden und die darüber hinausgehende D&O-Versicherung überflüssig machen.<sup>218</sup> Es wäre hier Sache des Gesetzgebers, einen Betrag festzulegen, sinnvoll wäre ein Vielfaches der Vergütung des Jahres in dem der Schaden verursacht wurde, und Sache des Aufsichtsrates, dann im Rahmen seiner Personalkompetenz eine Vergütung mit dem Vorstandsmitglied zu vereinbaren.<sup>219</sup>

Der 70. DJT hat die Einführung eines gesetzlichen Höchstbetrages abgelehnt, und sich stattdessen für die Möglichkeit einen solchen im Rahmen der Satzung festlegen zu können ausgesprochen, wobei dem Aufsichtsrat nicht die Befugnis zum Abschluss derartiger haftungseinschränkender Vereinbarungen erteilt werden soll.<sup>220</sup> Inwiefern sich der Gesetzgeber hier tatsächlich zu Änderungen entschließt, und ob sich die vom 70. DJT bevorzugte Variante wirklich als die im Vergleich zur gesetzlichen Einführung eines Höchstbetrages bessere Lösung herausstellt, bleibt abzuwarten.

<sup>215</sup> *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 279.

<sup>216</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 930 f.

<sup>217</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 930; *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2116; *Hemeling*, ZHR 178 (2014), 221, 224; *Spindler*, AG 2013, 889, 895; a. A. *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782; 803;

<sup>218</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 930;

<sup>219</sup> *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2116.

<sup>220</sup> *Jahn*, AG 2014, R300, R301 f.

Eine letztlich ohne Eingriff des Gesetzgebers auskommende Überlegung zur Begrenzung der Haftungshöhe schlägt als dogmatische Basis einer Haftungsbegrenzung die gesellschaftliche Fürsorgepflicht der Gesellschaft gegenüber ihren Vorstandsmitgliedern nach § 242 BGB in Verbindung mit dem rechtsgeschäftlichen Fundament des Bestellungsaktes vor – auf dieser Basis könnte dann eine Haftungsbegrenzung unter Anwendung der schon im Bereich der Arbeitnehmerhaftung ausgearbeiteten Grundsätze der betrieblich veranlassten Tätigkeit erfolgen, wobei im Rahmen der Anwendung auf Vorstandsmitglieder auch für Fälle leichter Fahrlässigkeit der Haftungsbetrag nicht auf null reduziert werden darf.<sup>221</sup> Hier bleibt abzuwarten, inwiefern der Aufsichtsrat und letztlich die Gerichte diesem Ansatz folgen.

#### **4.4 Verschuldensgrad**

Der Grad des Verschuldens hat derzeit keine Auswirkungen auf die Haftungshöhe, eine Haftung in unbegrenzter Höhe ist somit schon bei leicht fahrlässig begangenen Pflichtverletzungen möglich.

##### **4.4.1 Kritik am Status quo**

Die Kritikpunkte entsprechen im Wesentlichen denen unter 4.3.1 bereits ausgeführten Punkten. Speziell auf den Verschuldensgrad bezogen lassen sich noch folgende Punkte ergänzen:

Die fehlende Unterscheidung zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsschädigungen ist für das deutsche Haftungsrecht unüblich.<sup>222</sup> Ob dies tatsächlich so ist, kann dahinstehen. Unüblich ist aber die Tatsache, dass der Verschuldensmaßstab vertraglich nicht herabgesetzt werden kann. So greift auch hier die Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5, wonach im Rahmen der Satzung keine abweichenden Regelungen möglich sind. Dies ist bei GmbH-Geschäftsführern anders, dort kann die Haftung grundsätzlich beschränkt werden.<sup>223</sup> Auch im Rahmen des Anstellungsvertrages

---

<sup>221</sup> Koch, AG 2012, 429, 433 ff.

<sup>222</sup> Hoffmann, NJW 2012, 1393, 1394.

<sup>223</sup> Bayer, GmbHR 2014, 897, 903.

sind keine abweichenden Regelungen möglich.<sup>224</sup> Letztgenanntes wird vereinzelt in Frage gestellt.<sup>225</sup>

Die arbeitsrechtlichen Grundsätze der betrieblich veranlassten Tätigkeit oder der gefahrgeneigten Tätigkeit – hiernach wird bei Arbeitnehmern die Höhe der Haftung entsprechend des Verschuldensgrades abgestuft – sind für Vorstandsmitglieder ebenfalls nicht anwendbar.<sup>226</sup> Der unter 4.3.2 vorgestellte Ansatz ist derzeit von der Rechtsprechung noch nicht bestätigt worden.

Dies führt im Ergebnis zu einem Missverhältnis zwischen der Schwere der Pflichtverletzung und der sich daran anknüpfenden Rechtsfolgen.<sup>227</sup>

Auch diese Kritikpunkte erscheinen schlüssig. Die Reduktion der Haftung über eine betragsmäßige Deckung erscheint jedoch ausreichend, so dass weitere Erleichterungen im Bereich des Verschuldensmaßstabs nicht notwendig erscheinen. Trotz dieser ablehnenden Haltung werden, nicht zuletzt aus Gründen der Vollständigkeit, die zur Diskussion stehenden Reformvorschläge im Folgenden näher erläutert.

#### 4.4.2 Reformvorschläge

Eine generelle gesetzliche Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit wird in der Literatur abgelehnt.<sup>228</sup>

Eine weitere Lösungsvariante wäre auch hier eine Reduzierung des Haftungsmaßstabs im Rahmen der Satzung zu ermöglichen.<sup>229</sup> Auch hier wären dann zusätzliche gesetzliche Regelungen zur Information der Hauptversammlung und zur Gültigkeitsdauer einer solchen Satzungsregelung erforderlich.<sup>230</sup>

Die Kritiker führen hier die gleichen Argumente wie bei der Möglichkeit der summenmäßigen Deckelung der Haftung im Rahmen der Satzung ins Feld: Es ist nicht

<sup>224</sup> Heidel-Aktienrecht/*Schmidt* § 93 Rn. 5; Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 3; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 11 ff; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 2; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 27; Schmidt/*Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 3.

<sup>225</sup> *Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1395.

<sup>226</sup> Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 32; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 2; Hölters/*Hölters* AktG § 93 Rn. 251; *Koch*, AG 2012, 429, 435 ff.; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 27; Schmidt/*Lutter-AktG/Krieger/Sailer-Coceani* § 93 Rn. 46.

<sup>227</sup> *Koch*, AG 2012, 429, 430.

<sup>228</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 929; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 803; *Hemeling*, ZHR 178 (2014), 221, 224; *Spindler*, AG 2013, 889, 895; *Vetter*, NZG 2014, 921, 922.

<sup>229</sup> *Bachmann*, NJW-Beil. 2014, 43, 43; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 804; *Paefgen*, AG 2014, 554, 570; *Spindler*, AG 2013, 889, 896; *Vetter*, NZG 2014, 921, 923.

<sup>230</sup> *Vetter*, NZG 2014, 921, 924 ff.

sichergestellt, dass überhaupt entsprechende Mehrheiten zu Stande kommen,<sup>231</sup> Änderungen sind kurzfristig nicht oder nur schwer möglich.<sup>232</sup>

Darüber hinaus wird auch vorgeschlagen, individualvertragliche Regelungen im Rahmen des Anstellungsvertrages gesetzlich zuzulassen, wobei es auch möglich sein sollte, die Haftung in Fällen der leichten Fahrlässigkeit ganz entfallen zu lassen.<sup>233</sup>

Alle diese Vorschläge würden aber dazu führen, dass mit einer Zunahme von Prozessen zu rechnen ist, da die Abgrenzung zwischen den Verschuldensmaßstäben nur schwierig möglich ist.<sup>234</sup> Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass in anderen Bereichen – etwa der Arbeitnehmerhaftung, bei der es ja auch erheblich auf den Verschuldensgrad ankommt – genau diese Abgrenzung auch jetzt schon vorgenommen wird. Die Abgrenzungsproblematik kann also kein Hindernis für die Anwendung auch auf Vorstandsmitglieder sein.

Vom 70. DJT wurde die gesetzliche Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit abgelehnt, stattdessen wurde beschlossen, im Rahmen der Satzung die Haftung für leichte Fahrlässigkeit, ggf. ab einer bestimmten Schadenssumme, ausschließen zu können, wobei der Aufsichtsrat nicht zur Vereinbarung derartiger Haftungsbeschränkungen ermächtigt werden soll.<sup>235</sup> Auch hier bleiben die weiteren Entwicklungen abzuwarten.

#### 4.5 Durchsetzung der Ansprüche

Die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder obliegt als Teil seiner in § 111 Abs. 1 normierten Überwachungspflicht nach § 112 S. 1 dem Aufsichtsrat. In der bereits im Zusammenhang mit der Business Judgement Rule zitierten „ARAG/Garmenbeck“ Entscheidung hat der BGH sich auch mit der Pflicht des Aufsichtsrates befasst, Schadenersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder durchzusetzen. Dabei steht dem Aufsichtsrat kein unternehmerischer Ermessensspielraum zu.<sup>236</sup> Demnach muss die Anspruchsverfolgung der Regelfall sein, von dem nur beim Vorliegen gewichtiger Gegengründe abgewichen werden

<sup>231</sup> Bayer/Scholz, NZG 2014, 926, 931.

<sup>232</sup> Haarmann/Weiß, BB 2014, 2115, 2116.

<sup>233</sup> Haarmann/Weiß, BB 2014, 2115, 2116.

<sup>234</sup> Haarmann/Weiß, BB 2014, 2115, 2116.

<sup>235</sup> Jahn, AG 2014, R300, R301 f.

<sup>236</sup> BGH, Urteil vom 21.04.1997 – II ZR 175/95 = NJW 1997, 1926, 1928; Koch, NZG 2014, 934, 934 ff.; ders., AG 2009; 93, 93 ff; a. A. Paefgen, AG 2008, 761, 761 ff.



darf.<sup>237</sup> Zu erwarten wäre also vielmehr, dass der Aufsichtsrat verstärkt auf die Durchsetzung von Ansprüchen hinwirken würde.

Darüber hinaus kann die Hauptversammlung nach § 147 Abs. 1 S. 1 mit einfacher Mehrheit beschließen, dass Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder geltend gemacht werden müssen. Unter den Voraussetzungen des § 147 Abs. 2 kann die Hauptversammlung besondere Vertreter zur Geltendmachung der Ansprüche bestellen. Dieses Befugnis der Hauptversammlung wird über die §§ 148, 149 ergänzt durch eine Einzelklagebefugnis von Minderheitsaktionären.

#### 4.5.1 Kritik am Status quo

Der mit der Anspruchsdurchsetzung gegen Vorstandsmitglieder grundsätzlich beauftragte Aufsichtsrat haftet über die Verweisung des § 116 S. 1 in gleicher Form wie Vorstandsmitglieder. Dies kann dazu führen, dass in jeder Pflichtverletzung des Vorstandes auch eine Pflichtverletzung des Aufsichtsrates in Form von fehlerhafter Überwachung gesehen wird.<sup>238</sup> Der Vorstand könnte also beim Vorwurf einer Pflichtverletzung beispielsweise wegen einer unsorgfältig getroffenen Entscheidung, dem Aufsichtsrat den Vorwurf in Form eines Überwachungsverschuldens aussetzen. Dieser „Konstruktionsfehler“ im Aktiengesetz führt letztlich zu einer gewissen „Beißhemmung“ des Aufsichtsrates insbesondere bei der Anspruchsverfolgung gegen amtierende Vorstandsmitglieder.<sup>239</sup> Dies ist insofern erstaunlich, da wie bereits ausgeführt die Anspruchsverfolgung gegen pflichtwidrig handelnde Vorstandsmitglieder den Regelfall bilden sollte. Die Logik der vorstehenden Ausführungen tangiert dies indessen nicht.

Durch die ebenfalls im Rahmen des UMAG ins Aktiengesetz eingefügten §§ 148, 149 zur Klagebefugnis von Minderheitsaktionären sollte das Ziel erreicht werden, dass „Ersatzansprüche (...) künftig unter erleichterten Bedingungen verfolgt werden können.“<sup>240</sup> Von der Literatur wird aber festgestellt, dass von dieser Möglichkeit in der Praxis kein Gebrauch gemacht wird.<sup>241</sup> Ursächlich dafür sind insbesondere die in § 148 Abs. 1 normierten Regelungen zum Klagezulassungsverfahren.<sup>242</sup>

<sup>237</sup> BGH, Urteil vom 21.04.1997 – II ZR 175/95 = NJW 1997, 1926, 1928.

<sup>238</sup> Bachmann, NJW-Beil. 2014, 43, 44; Habersack, ZHR 177 (2013), 782, 786; Spindler, AG 2013, 889, 898; Wagner, ZHR 178 (2014), 227, 239.

<sup>239</sup> Habersack, ZHR 177 (2013), 782, 785, Lutter, DZWIR 2011, 265, 268.

<sup>240</sup> BT-Drucksache 15/5092 S. 20.

<sup>241</sup> Bachmann, NJW-Beil. 2014, 43, 44; Habersack, ZHR 177 (2013), 782, 790; Spindler, AG 2013, 889, 899; Vetter, AnwBl 7/2014, 582, 582.

<sup>242</sup> Habersack, ZHR 177 (2013), 782, 790; Wagner, ZHR 178 (2014), 227, 241.

So ist es neben dem grundsätzlich erforderlichen Quorum des § 148 Abs. 1 S. 1 für die Zulassung der Klage unter anderem nach § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 zusätzlich erforderlich, dass die klagenden Aktionäre nachweisen, dass „Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist (...)“. Dies wird den vielleicht grundsätzlich klagewilligen Aktionären schwerfallen. Hinzu kommt, dass sie nach § 148 Abs. 6 S. 1 für den Fall, dass die Klage nicht zugelassen wird, die Kosten des Zulassungsverfahrens zu tragen haben. Dieses finanzielle Risiko verbunden mit der Tatsache, dass auch im Falle des Obsiegens der ausgerichtete Schadenersatz an die Gesellschaft und nicht an die klagenden Aktionäre fließt, führt zu einem passiven Verhalten der Aktionäre.<sup>243</sup> Diese Kritikpunkte überzeugen: Ein in der Praxis wirkungsloses Klagezulassungsverfahren steht einer effektiven Anspruchsdurchsetzung im Wege.

#### 4.5.2 Reformvorschläge

Hinsichtlich der beschriebenen „Beißhemmung“ des Aufsichtsrates finden sich wenige Lösungsvorschläge in der Literatur. Da Aufsichtsräte auch derzeit schon über den Verweis des § 116 derselben Haftung wie Vorstandsmitglieder unterliegen, scheinen zusätzliche Sanktionsnormen, die den Aufsichtsrat zur Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen zwingen, ungeeignet.<sup>244</sup> Angeregt wurde nur, dem Aufsichtsrat die Möglichkeit zu eröffnen, die Hauptversammlung über die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen entscheiden zu lassen.<sup>245</sup>

Dem Problem müsste also an anderer Stelle abgeholfen werden. Eine Lösung könnte darin liegen, die Rolle der Aktionäre zu stärken und das in § 148 Abs. 1 beschriebene Klagezulassungsverfahren sowie das dafür erforderliche Quorum zu streichen oder die Anforderungen zumindest abzusenken.<sup>246</sup> Die darüber hinausgehende Forderung, die klagenden Aktionäre auch am Erfolg des Verfahrens in

<sup>243</sup> *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 791; *Spindler*, AG 2014, 889, 900 f.; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 242 ff.

<sup>244</sup> *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 266.

<sup>245</sup> *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2123.

<sup>246</sup> *Bachmann*, NJW-Beil. 2014, 43, 45; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 793; *Hemeling*, ZHR 178 (2014), 221, 225; *Spindler*, AG 2014, 889, 902; *Vetter*, AnwBl. 07/2014, 582, 587; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 267 ff.; a. A. *Paefgen*, AG 2014, 554, 583.

Abhängigkeit Gesamtkosten des Rechtsstreits zu beteiligen,<sup>247</sup> stößt hingegen eher auf Ablehnung.<sup>248</sup>

Der 70. DJT zeigte sich dann auch nicht besonders reformwillig. So wurden Beschlussvorschläge den Aufsichtsrat betreffen abgelehnt, mit der Ausnahme, dem Aufsichtsrat die Möglichkeit einzuräumen, die Entscheidung über die Verfolgung von Schadenersatzansprüchen an die Hauptversammlung abzugeben.<sup>249</sup> Dies ist zu begrüßen, könnte so doch eine effektivere Anspruchsdurchsetzung erreicht werden, ohne dass der Aufsichtsrat sich dem Verdacht aussetzt, auf die Anspruchsdurchsetzung zur Verschleierung eigener Pflichtverletzungen zu verzichten.

Hinsichtlich des Klagezulassungsverfahrens verhielt es sich ähnlich: Die Mehrheit der Beschlussvorschläge wurde abgelehnt, es wurde nur für die Entschärfung des § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 plädiert.<sup>250</sup> Auch dieser Beschluss ist zu begrüßen, scheint er doch geeignet, die Rolle der Aktionäre zu stärken.

#### 4.6 Die Rolle der D&O-Versicherung

Bei der D&O-Versicherung handelt es sich um eine Berufshaftpflichtversicherung für Manager, insbesondere für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sowie leitende Angestellte.<sup>251</sup> Versichert sind dabei Risiken, die sich aus der Verursachung von Vermögensschäden durch die berufliche Tätigkeit des Versicherten ergeben.<sup>252</sup> Berufliche Tätigkeit in diesem Sinne ist dabei die Erfüllung der dem Manager durch Gesetz, Anstellungsvertrag unternehmensinternen Regelungen obliegenden Aufgaben.<sup>253</sup>

Ausgestaltet wird die D&O-Versicherung als Fremdversicherung, wonach die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin und Beitragszahlerin die Versicherung für Ihre Organmitglieder (und leitenden Angestellten) abschließt.<sup>254</sup> Der Versicherungs-

<sup>247</sup> *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 270 ff.

<sup>248</sup> *Bachmann*, NJW-Beil. 2014, 43, 45; *Paefgen*, AG 2014, 554, 576; *Vetter*, AnwBl. 07/2014, 582, 587.

<sup>249</sup> *Jahn*, AG 2014, R300, R302.

<sup>250</sup> *Jahn*, AG 2014, R300, R303.

<sup>251</sup> *Veith/Gräfe-Versicherungsprozess/Lange* § 16 Rn. 2

<sup>252</sup> *Beckmann/Matusche-Beckmann-Versicherungsrecht/Beckmann* § 28 Rn. 1; *Veith/Gräfe-Versicherungsprozess/Lange* § 16 Rn. 3

<sup>253</sup> *Veith/Gräfe-Versicherungsprozess/Lange* § 16 Rn. 4

<sup>254</sup> *Beckmann/Matusche-Beckmann-Versicherungsrecht/Beckmann* § 28 Rn. 1; *Veith/Gräfe-Versicherungsprozess/Lange* § 16 Rn. 7

fall tritt hier nach dem „claims made principle“ nicht schon durch die Pflichtverletzung, sondern erst mit der Geltendmachung eines Haftpflichtanspruchs ein.<sup>255</sup>

Wie bei jeder Haftpflichtversicherung besteht auch der Leistungsumfang der D&O-Versicherung in der Befriedigung begründeter und der Abwehr unbegründeter Schadenersatzansprüche.<sup>256</sup>

Die D&O-Versicherung ist also grundsätzlich geeignet, das Vorstandsmitglied vor den möglicherweise existenzbedrohenden Folgen seiner Pflichtverletzungen zu schützen. Dies wird teilweise theoretisch durch den in § 93 Abs. 2 S. 3 vorgeschriebenen Selbstbehalt ausgehebelt, doch ist dieser als Ausprägung der Privatautonomie mangels Verstoß gegen §§ 134, 138 BGB ebenfalls versicherbar. Eine persönliche Inanspruchnahme droht somit - abgesehen von ggf. im Versicherungsvertrag vereinbarten Leistungsausschlüssen – erst, wenn die vertraglich vorgesehene Deckungssumme überschritten wird.

#### 4.6.1 Kritik am Status quo

Kritikern zu Folge wird durch die D&O-Versicherung der Zweck des Schadenersatzes – also Kompensation und Prävention – ausgehebelt.<sup>257</sup> Die Kompensation geht dabei dadurch verloren, dass die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin selbst die Beiträge zahlt, die dann in Form von Schadenersatzleistungen der Versicherung an sie zurückfließen, die Präventionsfunktion dadurch, dass die reine Existenz der Versicherung das Vorstandsmitglied nicht mehr zu sorgfältigem Handeln anmiert.

Dem kann berechtigt entgegen gehalten werden, dass eine D&O-Versicherung zum einen keinen der Höhe nach unbegrenzten Versicherungsschutz bietet, und zum anderen auch nicht jede Art der Pflichtverletzung versichert ist.<sup>258</sup> Darüber hinaus entfalten zusätzlich auch weitere Sanktionsrisiken wie die drohende Abberu-

<sup>255</sup> Beckmann/Matusche-Beckmann-Versicherungsrecht/*Beckmann* § 28 Rn. 13; Veith/Gräfe-Versicherungsprozess/*Lange* § 16 Rn. 15

<sup>256</sup> Beckmann/Matusche-Beckmann-Versicherungsrecht/*Beckmann* § 28 Rn. 11; Veith/Gräfe-Versicherungsprozess/*Lange* § 16 Rn. 42

<sup>257</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 927; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 247.

<sup>258</sup> *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2115; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 796; *Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1396; *Paefgen*, AG 2014, 554, 582; *Spindler*, AG 2013, 889, 896; *Vetter*, AnwBI 7/2014, 582, 585.

fung aus der Organstellung sowie aufsichts- oder strafrechtliche Sanktionen eine verhaltenssteuernde Wirkung.<sup>259</sup>

Befürchtet wird weiterhin, dass die Gesellschaft bei vorhandener D&O-Versicherung versucht sein könnte, jegliche Gewinneinbußen als Schäden zu deklarieren und diese über die Versicherung ersetzt zu bekommen, mithin die D&O-Versicherung zu einer Kaskoversicherung umzufunktionieren.<sup>260</sup> Inwiefern diese Behauptung zutrifft, kann an dieser Stelle mangels aussagekräftiger Statistiken zur Anzahl (begründeter) Versicherungsfälle in der D&O-Versicherung nicht beurteilt werden.

Die aufgeführten Kritikpunkte lassen einen zwingenden Reformbedarf jedenfalls nicht erkennen. Auch hier wird aber aus Gründen der Vollständigkeit im Folgenden auf eine Erläuterung der trotzdem vorgebrachten Reformvorschläge sowie auf die in diesem Zusammenhang gefassten Beschlüsse des 70. DJT nicht verzichtet.

#### 4.6.2 Reformvorschläge

Zum Erhalt der Präventionsfunktion wird daher vorgeschlagen – bei gleichzeitiger Einführung gesetzlicher Haftungshöchstgrenzen – die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung zu verbieten.<sup>261</sup> Diese Auffassung ist abzulehnen. Zum einen wird nicht hinreichend deutlich, ob nur das derzeitige Modell der D&O-Versicherung, bei der die Gesellschaft Versicherungsnehmerin und Beitragszahlerin abgeschafft werden, die Versicherung durch das Vorstandsmitglied selbst aber zulässig sein soll, zum anderen besteht wegen der bereits ausgeführten nicht allumfassenden Deckung auch kein Bedarf, die Versicherung aus verhaltenssteuernden Gründen zu verbieten.

Ein etwas moderaterer Vorschlag zielt nur auf das Verbot der Versicherung des Selbstbehaltes durch das Vorstandsmitglied ab, um die verhaltenssteuernde Wirkung der Haftung zu erhalten.<sup>262</sup> Auch dies ist aus den bereits ausgeführten Gründen abzulehnen.

---

<sup>259</sup> *Paefgen*, AG 2014, 554, 582.

<sup>260</sup> *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2121;

<sup>261</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 933; a. A. *Bachmann*, NJW-Beil. 2014, 43, 44; *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2122; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 806; *Paefgen*, AG 2014, 554, 582, *Spindler*, AG 2013, 889, 897; *Vetter*, AnwBl 7/2014, 582, 585.

<sup>262</sup> *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 273; a. A. *Bachmann*, NJW-Beil. 2014, 43, 44; *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2122; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 806; *Paefgen*, AG 2014, 554, 582, *Spindler*, AG 2013, 889, 897; *Vetter*, AnwBl 7/2014, 582, 585;

Ein anderer Vorschlag sieht vor, den Selbstbehalt des § 93 Abs. 2 S. 3 zu streichen, da dieser ohnehin separat versicherbar ist und die gesetzliche Regelung dadurch überflüssig wird.<sup>263</sup> Darüber hinaus gibt es derartige Selbstbehalte für andere Berufsgruppen auch nicht.<sup>264</sup> Dieser Vorschlag erscheint sinnvoll, es ist aber zu bezweifeln, dass der Gesetzgeber sich hier zu einer Änderung entschließt, da diese auf die derzeitige Praxis nur geringe Auswirkungen hätte.

Der 70. DJT hat – wenig überraschend – auch nur einen Beschluss im Zusammenhang mit der D&O-Versicherung gefasst: So soll für den Fall, dass die Haftung im Rahmen der Satzung begrenzt werden kann, im Rahmen der Satzung auch ein Verbot der Versicherung des Selbstbehaltes nach § 93 Abs. 2 S. 3 festgelegt werden können.<sup>265</sup>

## 5. Fazit

Als Ergebnis der vorstehenden Ausführungen bleibt somit Folgendes festzuhalten:

Der Haftungstatbestand des § 93 Abs. 2 S. 1 ist durchaus „scharf“ eingestellt: So haften Vorstandsmitglieder schon für leicht fahrlässig begangene Pflichtverletzungen in unbegrenzter Höhe. Erschwerend kommt hinzu, dass Vorstandsmitglieder bei der Ausübung Ihres Amtes eine Vielzahl an Pflichten zu verlangen haben, die sich auch auf die Überwachung und Kontrolle nachgeordneter Ebenen sowie ihrer Vorstandskollegen erstrecken. Dabei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich bei der Vorstandshaftung nicht um eine Erfolgshaftung handelt: Das Vorstandsmitglied schuldet nicht den Erfolg der getroffenen Maßnahmen, sondern „nur“ sorgfältig getroffene Entscheidungen.

Eine Haftung kommt darüber hinaus nicht in allen Fällen in Betracht. So bildet die in § 93 Abs. 1 S. 2 kodifizierte Business Judgement Rule ein nicht zu vernachlässigendes „Gegengewicht“ zum strengen Haftungstatbestand. Für unternehmerische Entscheidungen können sich die Vorstandsmitglieder vom Vorwurf der Pflichtverletzung befreien, sofern sie die geforderten Anforderungen an die Entscheidungsfindung eingehalten haben. Vertragsverletzungen fallen bei nicht unter den Anwendungsbereich der Business Judgement Rule.

---

<sup>263</sup> *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2122;

<sup>264</sup> *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2122

<sup>265</sup> *Jahn*, AG 2014, R300, R302.

Bei der Prüfung der Voraussetzungen der Business Judgement Rule ist auf die ex ante Perspektive, also den Zeitpunkt zu dem die Entscheidungsfindung stattfand abzustellen. Durch das „ISION“ Urteil hat der BGH die entscheidungsprozeduralen Anforderungen weiter konkretisiert – und dies sowohl anwendbar auf die „angemessene Informationsgrundlage“ der Business Judgement Rule als auch für die Entkräftung des Schuldvorwurfs außerhalb unternehmerischer Entscheidungen im Wege des entschuldigenden Rechtsirrtums.

Im Ergebnis macht dies Reformen des Anwendungsbereiches der Business Judgement Rule überflüssig.

Trotz des „sicheren Hafens“ der Business Judgement Rule kann eine existenzbedrohende Haftung von Vorstandsmitgliedern aber nicht ausgeschlossen werden. Da es in Einzelfällen zu exorbitant hohen Schadenersatzforderungen kommen kann, die in keinem Verhältnis zur Schwere der Pflichtverletzung stehen, sollte der Gesetzgeber an einigen Stellen nachbessern:

So scheint eine an der Vergütung orientierte Haftungshöchstgrenze sinnvoll zu sein, wobei hier entgegen der Beschlüsse des 70. DJT einer gesetzlichen Lösung der Vorzug vor einer satzungsmäßigen Lösung zu geben ist. Weitere Änderungen etwa hinsichtlich des Verschuldensmaßstabs sind dann nicht mehr erforderlich. Aus Klarstellungsgründen könnte die Beweislastreglung des § 93 Abs. 2 S. 2 angepasst werden, auch wenn hier wegen der bestehenden Einsichtsrechte zumindest kein akuter Handlungsbedarf besteht.

Zuletzt sollte auch die Anspruchsdurchsetzung im Blick behalten werden. Die bisherigen Mechanismen zur Anspruchsdurchsetzung scheinen nicht geeignet, bestehende Ansprüche auch in jedem Fall durchzusetzen. Die vom 70. DJT gefassten Beschlüsse zur stärkeren Einbeziehung der Hauptversammlung und zum Abbau der Hürden bei der Aktionärsklage des § 148 erscheinen sinnvoll.

Änderungen im Bereich der D&O-Versicherung sind hingegen nicht erforderlich.

Abzuwarten bleibt bei alledem, ob und in welchen Punkten sich der Gesetzgeber tatsächlich zu Reformen entscheidet.

## Literaturverzeichnis

- Bachmann, Gregor Reformbedarf bei der Business Judgement Rule?, ZHR 177 (2013), 1
- Bachmann, Gregor Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, NJW-Beil. 2014, 43
- Bayer, Walter Die Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers de lege lata und de lege ferenda, GmbHR 2014, 897
- Bayer, Walter / Scholz, Philipp Haftungsbegrenzung und D&O-Versicherung im Recht der aktienrechtlichen Organhaftung – Grundsatzüberlegungen zum 70. DJT 2014, NZG 2014, 926
- Beckmann, Roland Michael / Matusche-Beckmann, Annemarie Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Auflage München 2009 (zitiert: Beckmann/Matusche-Beckmann-Versicherungsrecht/*Bearbeiter* § Rn.)
- Bicker, Eike Compliance – organisatorische Umsetzung im Konzern, AG 2012, 542
- Bicker, Eike Legalitätspflicht des Vorstands – ohne Wenn und Aber?, AG 2014, 8
- Binder, Jens-Hinrich „Prozeduralisierung“ und Corporate Governance, ZGR 2007, 745
- Binder, Jens-Hinrich Geschäftsleiterhaftung und fachkundiger Rat, AG 2008, 274
- Binder, Jens-Hinrich Anforderungen an Organentscheidungsprozesse in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung – Grundlagen einer körperschaftsrechtlichen Entscheidungslehre?, AG 2012, 885
- Binder, Jens-Hinrich Mittelbare Einbringung eigener Aktien als Sacheinlage und Informationsgrundlagen von Finanzierungsentscheidungen in



- Vorstand und Aufsichtsrat, ZGR 2012, 757
- Blasche, Sebastian Die Anwendung der Business Judgment Rule bei Kollegialentscheidungen und Vorliegen eines Interessenkonflikts bei einem der Vorstandsmitglieder, AG 2010, 692
- Buck-Heeb, Petra Vertrauen auf den Rechtsrat Dritter und Wissenszurechnung bei der Anlageberatung, BKR 2011, 441
- Buck-Heeb, Petra Die Haftung von Mitgliedern des Leitungsorgans bei unklarer Rechtslage – Notwendigkeit einer Legal Judgment Rule?, BB 2013, 2247
- Bunz, Thomas Die Business Judgment Rule bei Interessenkonflikten im Kollegialorgan, NZG 2011, 1294
- Bürkle, Jürgen Aufsichtsrechtliches Legal Judgment: Sachlicher Anwendungsbereich und prozedurale Voraussetzungen, VersR 2013, 792
- Büschemann, Karl-Heinz Verrechnet, Süddeutsche Zeitung 12.12.2013, Seite 18
- Cahn, Andreas Aufsichtsrat und Business Judgment Rule, WM 2013, 1293
- Dauner-Lieb, Barbara / Langen, Werner BGB Schuldrecht, Band 2, 2. Auflage Baden-Baden 2012 (zitiert: Dauner-Lieb/Langen-BGB/Bearbeiter § Rn.)
- Decker, Andreas Organhaftung und Expertenrat – Umfang und Grenzen einer Haftungsvermeidung durch fachkundige Expertise, GmbHR 2014, 72
- Dobelli, Rolf Die Kunst des klaren Denkens, München 2011 (zitiert: Dobelli, Die Kunst des klaren Denkens, S.)
- von Falkenhausen, Joachim Die Haftung außerhalb der Business Judgment Rule – Ist die Business

- Judgment Rule ein Haftungsprivileg für Vorstände?, NZG 2012, 644
- Fleischer, Holger Handbuch des Vorstandsrechts, München 2006 (zitiert: *Fleischer/Bearbeiter*, Handbuch Vorstandsrecht § Rn.)
- Fleischer, Holger Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat, NZG 2010, 121
- Fleischer, Holger Reformperspektiven der Organhaftung: Empfiehlt sich eine stärkere Kodifizierung von Richterrecht?, DB 2014, 1971
- Foerster, Max Beweislastverteilung und Einsichtsrecht bei Inanspruchnahme ausgeschiedener Organmitglieder, ZHR 176 (2012), 221
- Freund, Stefan Organhaftung in der Bauwirtschaft, NJW 2013, 2545
- Goette, Constantin Managerhaftung: Handeln auf Grundlage angemessener Information – Umfang einer Due-Diligence-Prüfung beim Unternehmenskauf, DStR 2014, 1776
- Goette, Wulf / Habersack, Mathias Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, §§ 76-117, 4. Auflage München 2014 (zitiert: *MüKo-AktG/Bearbeiter* § Rn.)
- Grooterhorst, Johannes Das Einsichtsrecht des ausgeschiedenen Vorstandsmitglieds in Geschäftsunterlagen im Haftungsfall, AG 2011, 389
- Haarmann, Wilhelm / Weiß, Michael Reformbedarf bei der aktienrechtlichen Organhaftung, BB 2014, 2115
- Habersack, Mathias Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177 (2013), 782
- Heidel, Thomas Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4 Auflage Baden-Baden 2014 (zitiert: *Heidel-Aktienrecht/Bearbeiter* § Rn.)
- Hemeling, Peter Reform der Organhaftung? – Erwartungen an den 70. Deutschen Juristentag, ZHR 178 (2014), 221

Henssler, Martin / Strohn, Lutz	Beck'sche Kurzkommentare, Band 62 Gesellschaftsrecht, 2. Auflage München 2014 (zitiert: Henssler/Strohn/ <i>Bearbeiter</i> Gesetz § Rn.)
Hoffmann, Gunter M.	Existenzvernichtende Haftung von Vor- ständen und Aufsichtsräten?, NJW 2012, 1393
Holle, Philipp Maximilian	Rechtsbindung und Business Judgment Rule, AG 2011, 778
Hölters, Wolfgang	Aktiengesetz, 2. Auflage München 2014 (zitiert Hölters/ <i>Bearbeiter</i> AktG § Rn.)
Hüffer, Uwe	Beck'sche Kurzkommentare, Band 53, Aktiengesetz, 11. Auflage München 2014 (zitiert: Hüffer/ <i>Bearbeiter</i> AktG § Rn.)
Jahn, Joachim	70. Deutscher Juristentag fasst Be- schlüsse: Aktionäre sollen Haftung der Vorstände begrenzen dürfen, AG 2014, R300
Junker, Claudia / Biederbick, Jörn	Die Unabhängigkeit des Unternehmens- juristen – Dürfen Organmitglieder auf den Rat der Rechtsabteilung hören?, AG 2012, 898
Kiefner, Alexander / Krämer Lutz	Geschäftsleiterhaftung nach ISON und das Vertrauendürfen auf Rechtsrat – Plä- doyer für eine Anwendung der Recht- sprechungsgrundsätze mit Augenmaß, AG 2012, 498
Koch, Jens	Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungs- rechts, ZGR 2006, 769
Koch, Jens	Keine Ermessensspielräume bei der Ent- scheidung über die Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern, AG 2009, 93
Koch, Jens	Beschränkung der Regressfolgen im Ka- pitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429
Koch, Jens	Die schleichende Erosion der Verfol- gungspflicht nach ARAG / Garmenbeck, NZG 2014, 934

- Kocher, Dirk Zur Reichweite der Business Judgement Rule, CCZ 2009, 215
- Krieger, Gerd Wie viele Rechtsberater braucht ein Geschäftsleiter? Ein kritischer Zwischenruf zu Strohn ZHR 176 (2012), 137, ZGR 2012, 496
- Krieger, Gerd / Schneider, Uwe H. Handbuch Managerhaftung, 2. Auflage Köln 2010 (zitiert: Krieger/Schneider/Bearbeiter § Rn.)
- Kuntz, Thilo Geltung und Reichweite der Business Judgment Rule in der GmbH, GmbHR 2008, 121
- Löbke, Marc / Fischbach, Jonas Die Business Judgment Rule bei Kollegialentscheidungen des Vorstands, AG 2014, 717
- Loritz, Karl-Georg / Wagner, Klaus-R. Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten, DStR 2012, 2189
- Lutter, Marcus Die Business Judgement Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841
- Lutter, Marcus Heldrich/Prölss/Koller u. A. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. II, München 2007 (zitiert: Lutter, FS Canaris, Seite)
- Lutter, Marcus Haftung und Verantwortlichkeit – Verantwortung von Organen und Beratern, DZWIR 2011, 265
- Marsch-Barnier, Reinhard / Schäfer, Frank A. Handbuch börsennotierte AG, 3. Auflage Köln 2014 (zitiert: Marsch-Barnier/Schäfer/Bearbeiter § Rn.)
- Merkt, Hanno / Mylich, Falk Einlage eigener Aktien und Rechtsrat durch den Aufsichtsrat – Zwei aktienrechtliche Fragen im Lichte der ISON-Entscheidung des BGH, NZG 2012, 525
- Müller, Knut Führungskräfte: Haftung und Enthftung, NZA-Beilage 2014, 30
- Musielak, Hans-Joachim Zivilprozessordnung, 11. Auflage München 2014 (zitiert: Musielak-ZPO/Bearbeiter § Rn.)
- Ott, Klaus / Rexer, Andrea Die Bank gegen Breuer, Süddeutsche Zeitung 22.02.2014, Seite 27

- Paefgen, Walter G. Die Inanspruchnahme pflichtvergessener Vorstandsmitglieder als unternehmerische Entscheidung des Aufsichtsrats, AG 2008, 761
- Paefgen, Walter G. Organhaftung: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven – Ein kritischer Werkstattbericht vor dem Hintergrund der Beratungen des 70. Deutschen Juristentages 2014, AG 2014, 554
- Rodewald, Jörg Informationsmanagement in Unternehmen zur Vermeidung von Organhaftung, GmbHR 2014, 639
- Säcker, Franz-Jürgen / Rixecker, Roland Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, PartGG; ProdHaftG, 6. Auflage München 2013 (zitiert: MüKo-BGB/*Bearbeiter* § Rn.)
- Saenger, Ingo Zivilprozessordnung, 5. Auflage Baden-Baden 2013 (zitiert: Saenger-ZPO/*Bearbeiter* § Rn.)
- Sander, Julian / Schneider, Stefan Die Pflicht der Geschäftsleiter zur Einholung von Rat – Dogmatische Grundlage und praktische Folgerungen, ZGR 2013, 725
- Schmidt, Karsten / Lutter, Marcus Aktiengesetz, Band 1, §§ 1-149, 2. Auflage Köln 2010 (zitiert: Schmidt/Lutter-AktG/*Bearbeiter* § Rn.)
- Schmitz-Remberg, Florian J. Existenzgefährdende Maßnahmen im Lichte der Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, BB 2014, 2701
- Schneider, Sven H. „Unternehmerische Entscheidungen“ als Anwendungsvoraussetzung für die Business Judgment Rule, DB 2005, 707
- Schneider, Uwe H. Anwaltlicher Rat zu unternehmerischen Entscheidungen bei Rechtsunsicherheit, DB 2011, 99
- Selter, Wolfgang Haftungsrisiken von Vorstandsmitgliedern bei fehlendem und von Aufsichtsratsmitgliedern bei vorhandenem Fachwissen, AG 2012, 11
- Spindler, Gerald / Stilz, Eberhard Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1-149, 2. Auflage München 2010 (zitiert: Spindler/Stilz-AktG/*Bearbeiter* § Rn.)

- Spindler, Gerald Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive, AG 2013, 889
- Strohn, Lutz Beratung der Geschäftsleitung durch Spezialisten als Ausweg aus der Haftung?, ZHR 176 (2012), 137
- Strohn, Lutz Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, 177
- Strohn, Lutz Der Richter als Allround-Genie? – Rechtsfortbildung durch Anwendung nicht juristischer Fachbegriffe, ZHR 178 (2014), 115
- Ulmer, Peter Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns – Vor dem Hintergrund der US-Erfahrungen mit der shareholders' derivative action, ZHR 163 (1999), 290
- Veith, Jürgen / Gräfe, Jürgen Der Versicherungsprozess, 2. Auflage München 2010 (Veith/Gräfe-Versicherungsprozess/*Bearbeiter* § Rn.)
- Vetter, Eberhard Aktienrechtliche Organhaftung und Satzungsautonomie – Überlegungen de lege ferenda, NZG 2014, 921
- Vetter, Eberhard Spagat zwischen Freiheit und Verantwortung: Reform der Organhaftung?, AnwBl 07/2014, 582
- Wagner, Gerhard Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, ZHR 178 (2014), 227
- Wagner, Jens Die Rolle der Rechtsabteilung bei fehlenden Rechtskenntnissen der Mitglieder von Vorstand und Geschäftsführung, BB 2012, 651
- Weber-Rey, Daniela / Buckel, Jochen Best Practice Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex und die Business Judgement Rule, AG 2011, 845

## Ehrenwörtliche Erklärung

Hiermit versichere ich, dass die vorliegende Arbeit von mir selbstständig und ohne unerlaubte Hilfe angefertigt worden ist, insbesondere dass ich alle Stellen, die wörtlich oder annähernd wörtlich aus Veröffentlichungen entnommen sind, durch Zitate als solche gekennzeichnet habe. Ich versichere auch, dass die von mir eingereichte schriftliche Version mit der digitalen Version übereinstimmt. Weiterhin erkläre ich, dass die Arbeit in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegen hat. Ich erkläre mich damit einverstanden, dass die Arbeit der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird. Ich erkläre mich damit einverstanden, dass die Digitalversion dieser Arbeit zwecks Plagiatsprüfung auf die Server externer Anbieter hoch geladen werden darf. Die Plagiatsprüfung stellt keine Zurverfügungstellung für die Öffentlichkeit dar.

Düsseldorf, 22.12.2014

(Ort, Datum)



(Eigenhändige Unterschrift)