

Die haftungsrechtliche Bedeutung gemeinsamer Einschätzungen von Vorstand und Aufsichtsrat



RA Oliver Lange, LL.M. (M&A), LL.M. (Insurance), Köln¹

Als Nichtjurist könnte man meinen, dass gemeinsame Einschätzungen mehrerer unabhängiger Gremien – bspw. Vorstand und Aufsichtsrat – das Risiko einer individuellen Haftung der Gremienmitglieder für den Fall einer Fehleinschätzung grundsätzlich ausschließen. Als Jurist weiß man, dass dies im Ausgangspunkt gerade nicht so ist.

I. Volle Haftung des Einzelnen trotz gemeinsam getragener Entscheidung

Die Rechtsprechung argumentiert insoweit damit, dass jedes Gremienmitglied eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen habe und alle Entscheider der Gesellschaft kumulativ als Gesamtschuldner haften:² „In der juristischen Person, die als solche nicht handeln kann, sind nämlich die Pflichten der für sie tätigen Organe so ausgestaltet, dass sie nebeneinander bestehen; jedes Organ ist für die Erfüllung seiner Pflichten im Rahmen seines gesetzlichen und satzungsmäßigen Geschäftsbereichs selbstständig verantwortlich und hat deshalb im Falle einer Pflichtwidrigkeit für den verursachten Schaden der juristischen Person auch voll einzustehen. Kein Gesellschaftsorgan kann der Gesellschaft gegenüber einwenden, seine Ersatzpflicht sei gemindert, weil ein anderes Gesellschaftsorgan für den Schaden mitverantwortlich sei.“³ Eine Mehrzahl von Verantwortlichen führt deshalb nicht zu einer Verringerung

der Einzelverantwortlichkeit, sondern dazu, dass die Gesellschaft für einen ihr durch die gemeinsame Fehleinschätzung entstandenen Schaden mehrere Haftungsschuldner in Anspruch nehmen kann.⁴

Das lässt sich auch an § 93 Abs. 4 S. 2 AktG ablesen. Dort heißt es unter dem Aspekt der Haftung von Vorstandsmitgliedern für eine Fehlentscheidung: „Dadurch, dass der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, wird die Ersatzpflicht nicht ausgeschlossen.“ Diese Bestimmung, die über § 116 S. 1 AktG spiegelbildlich für die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern gilt, zeigt, dass nach der gesetzgeberischen Grundkonzeption ein Einvernehmen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat nicht zu einer Verringerung der Haftung oder gar zur Haftungsfreiheit der Gremienmitglieder führt.

II. Pflichtwidrigkeit ist nicht gleich Haftung

Allerdings ist dieser Befund nur ein Zwischenergebnis auf dem Weg zur Beantwortung der Frage, welche haftungsrechtliche Bedeutung die Gemeinsamkeit einer Fehleinschätzung von Vorstand und Aufsichtsrat hat. Das ergibt sich bereits aus dem Wort-

INHALT

- I. Volle Haftung des Einzelnen trotz gemeinsam getragener Entscheidung
- II. Pflichtwidrigkeit ist nicht gleich Haftung
- III. Pflichtwidrigkeit unternehmerischer Entscheidungen
- IV. Diskursive Entscheidungsfindung indiziert Pflichtgemäßheit der Entscheidung
- V. Fazit

Keywords

Business Judgement Rule; Ersatzpflicht; gemeinsame Fehleinschätzung; pflichtwidrige unternehmerische Entscheidungen

Normen

§ 93 Abs. 1 und Abs. 4 S. 2 AktG, § 116 S. 1 AktG, § 266 StGB

laut des § 93 Abs. 4 S. 2 AktG. Hier ist nämlich nur davon die Rede, dass die „Ersatzpflicht“ für eine Pflichtverletzung eines Vorstandsmitglieds (über § 116 S. 1 AktG: eines Aufsichtsratsmitglieds) durch Zustimmung des Aufsichtsrats (über § 116 S. 1 AktG: des Vorstands) nicht ausgeschlossen wird, während keine Rede von den Voraussetzungen ist, die erfüllt sein müssen, damit eine Fehlentscheidung überhaupt als pflichtwidrig beurteilt werden kann. Folglich: Erst wenn feststeht, dass eine gemeinsame Ent-

¹ Der Autor leitet die Schadenbearbeitung und die Produktentwicklung der D&O-Versicherungsgemeinschaft VOV. Die Ausführungen geben seine persönliche Meinung wieder, die nicht zwangsläufig der Meinung der VOV entspricht.

² Reuter, NZG 2023, 51; Spindler, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 277.

³ BGH NZG 2015, 38 Rn. 22; NZG 2008, 104 Rn. 3.

⁴ BGH NZG 2007, 187 Rn. 9.

scheidung von Vorstand und Aufsichtsrat pflichtwidrig war, verwehren die §§ 93 Abs. 4 S. 2, 116 S. 1 AktG es den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, sich gegenüber einem Innenhaftungsanspruch der Gesellschaft darauf zu berufen, die Haftung sei ausgeschlossen, weil das jeweils andere Organ die Fehlentscheidung gebilligt habe.⁵

III. Pflichtwidrigkeit unternehmerischer Entscheidungen

Damit stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Fehlentscheidung überhaupt pflichtwidrig ist und welche Rolle eine gemeinsame Einschätzung von Vorstand und Aufsichtsrat unter diesen Voraussetzungen einnimmt. Insoweit muss, zur Vermeidung eines recht häufigen Missverständnisses, erst einmal hervorgehoben werden, dass eine Fehlentscheidung keineswegs in jedem Fall und noch nicht einmal grundsätzlich zu einer Haftung des Entscheiders führt, sondern dass die Haftung eine Ausnahme vom Grundsatz der Nichthaftung ist. Das gilt jedenfalls für unternehmerische Entscheidungen, also Entscheidungen, für die es keine bindenden rechtlichen Vorgaben gibt.⁶ Für solche vertritt der BGH von jeher die Auffassung, dass die Gerichte den Handelnden einen großzügigen Spielraum zu lassen haben. Den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern sei „ein weiter wirtschaftlicher Entscheidungsspiel-

raum eingeräumt, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist.“⁷ Zu diesem gehöre „neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Inkaufnahme der Gefahr, bei der wirtschaftlichen Betätigung Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen zu unterliegen;“⁸ denn derartige Entscheidungen müssen regelmäßig aufgrund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken getroffen werden, die die Gefahr erst nachträglich erkennbarer Fehlbeurteilungen enthält“.⁹ Infolgedessen begründet eine Vorstands- oder Aufsichtsratsentscheidung, die sich im Nachhinein als fehlerhaft herausstellt, nicht schon deshalb, sondern nur dann eine Haftung, wenn die Fehlerhaftigkeit bereits ex ante, also „im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung“¹⁰ und in Ansehung der damaligen konkreten entscheidungsbegleitenden Umstände „schlechthin unvertretbar“ war.¹¹ Ganz ausdrücklich fordert der BGH „stets eine ‚gravierende‘“¹² oder von vornherein „evident unvertretbare wirtschaftliche Entscheidung“,¹³ in der sich spiegelt, dass „die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt“¹⁴ wurde. Der Entscheidungsfehler muss sich bereits von Anfang an „auch einem Außenstehenden“ förmlich aufgedrängt haben.¹⁵

Zur Akzentuierung des Grades der für ein Pflichtwidrigkeits-Urteil notwendigen Fehlsamkeit weist der BGH darauf hin, dass mit einem solchen Urteil, bei entsprechendem Vorsatz des Entscheiders, stets zugleich eine Überschreitung der Grenze zur strafbaren Untreue (§ 266 StGB) angenommen werden müsse: „Sind (...)

diese in § 93 I AktG normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und ist damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die (gleichsam „automatisch“) so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit iSv § 266 StGB begründet“.¹⁶ Vor dem Hintergrund, dass das Strafrecht nur „als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes“ dienen soll, „wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“,¹⁷ bekräftigt der Hinweis auf ein „automatisches“ Strafbarkeitsrisiko noch einmal die äußerste Zurückhaltung, die der BGH sich und den Instanzgerichten auferlegt, wenn es darum geht, eine in der Vergangenheit liegende unternehmerische Entscheidung rückblickend als rechtlich pflichtwidrig zu werten.

IV. Diskursive Entscheidungsfindung indiziert Pflichtgemäßheit der Entscheidung

Die gleiche Zurückhaltung ist angesichts des Umstands geboten, dass der rückblickend Urteilende aufgrund der ihm bekannten Entscheidungsfolgen immer schlaue als der seinerzeit nichts ahnende Entscheider. Zur Vermeidung eines Rückschaufehlers¹⁸ sind dem Urteil daher ausschließlich die früheren entscheidungsbegleitenden Umstände zugrunde zu legen, während spätere Ereignisse nicht berücksichtigt werden dürfen.¹⁹ Hieraus wird deutlich, worin die haftungsrechtliche Wirkung einer ursprünglich gemeinsamen Einschät-

5 In der Kommentierung zu § 93 Abs. 4 S. 2 AktG wird diese wichtige Einschränkung der Vorschrift oft leider nicht erwähnt (siehe bspw. Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 93 Rn. 124; Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, § 93 Rn. 133; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 93 Rn. 157; Spindler, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 277). Umgekehrt geht Reuter, NZG 2023, 51, in seiner Untersuchung mit dem Titel „Entlastet die Zustimmung des Aufsichtsorgans den Geschäftsleiter im Rahmen der Business Judgment Rule?“ an keiner Stelle auf § 93 Abs. 4 S. 2 AktG ein.

6 Zur Unterscheidung zwischen unternehmerischen und gebundenen Entscheidungen siehe Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 180 ff.

7 BGH NZG 2017, 116 Rn. 26; NZG 2022, 1293 Rn. 9.

8 Ebenso jüngst BGH NZG 2022, 1293 Rn. 9.

9 BGH NZG 2017, 116 Rn. 28; NJW 2006, 522.

10 BGH NZG 2017, 116 Rn. 34.

11 BGH NZG 2022, 1293 Rn. 9; NZG 2017, 116 Rn. 31.

12 BGH NZG 2017, 116 Rn. 25.

13 BGH NZG 2022, 1293 Rn. 13.

14 BGH NZG 2017, 116 Rn. 29; NJW 1997, 1926, 1928.

15 BGH NZG 2022, 1293 Rn. 9; NZG 2017, 116 Rn. 31.

16 BGH NZG 2017, 116 Rn. 27; NZG 2022, 1293 Rn. 9.

17 BVerfG NJW 2008, 1137, 1138.

18 Ausführlich hierzu: Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 163 ff.

19 BGH DB 2007, 794, 795 f.; Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 160 ff.

zung von Vorstand und Aufsichtsrat besteht, nämlich darin, dass gerade die Gemeinsamkeit der seinerzeitigen Überzeugungen ein entscheidungsbegleitender Umstand ist, der ex post die Wertung erlauben oder sogar gebieten kann, dass ein Entscheidungsfehler ex ante nicht auf der Hand lag und damit die (gemeinsam) getroffene Entscheidung nicht pflichtwidrig war.²⁰

Das gilt auch mit Blick auf die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG normierte Business Judgment Rule, der zufolge eine Pflichtverletzung nicht vorliegt, wenn der Entscheider „bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“²¹ Denn die Wertung, was bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise angenommen werden durfte – wofür es ausreicht, dass die Entscheidung „im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung (...) vertretbar“²² erschien, während unerheblich ist, ob sie zu einem späteren Zeitpunkt rückblickend immer noch vernünftig erscheint²³ –, hängt naturgemäß auch davon ab, wie sich Mitentscheider seinerzeit positioniert haben. Wenn alle Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder eine bestimmte Entscheidung nach eingehender Selbstprüfung in der Überzeugung unterstützt haben, sie seien angemessen informiert und die Entscheidung diene dem Wohl der Gesellschaft, entspricht es einer nach dem Maßstab der begrenzten menschlichen Rationalität²⁴ vernünft-

tigen Annahme, wenn ein Einzelner sich nicht für klüger gehalten hat als die Gemeinschaft.²⁵ Eine solche Annahme kann nur dann nicht mehr als vernünftig beurteilt werden, wenn sie Informationen unberücksichtigt gelassen hat, die zur Zeit der Entscheidung leicht erkennbar waren und offenkundig gegen die Vernünftigkeit der gemeinsamen Überzeugung sprachen, bspw. eine gravierende Widersprüchlichkeit des zugrunde gelegten Sachverhalts, einen evidenten Denkfehler oder auf der Hand liegende Interessenskonflikte aller oder einzelner Beteiligter. Da ein ex ante vernünftig erscheinendes Einvernehmen der Gremien voraussetzt, dass die gemeinsame Einschätzung „als hinreichend zuverlässige Information“²⁶ gelten konnte und der Entscheider diese Information einer Plausibilitätsprüfung unterzogen hat,²⁷ entfaltet ein gremienübergreifendes Einvernehmen außerdem auch dann keine legitimierende Wirkung, wenn das Einvernehmen auf erkennbar „unzureichender Tatsachengrundlage“ beruhte, „ausdrücklich vorläufigen Charakter“ hatte oder auch nur „unter erheblichem Zeitdruck“ erzielt wurde.²⁸ Das sind nämlich „Warnsignale, die [bereits ex ante] Anlass zu Zweifeln an der Zuverlässigkeit der jeweils vorgenommenen Gesamtbewertung (...) geben müssen“.²⁹

Die geschilderte Rechtslage antizipiert die mutmaßliche Sichtweise des BGH, auch wenn dieser sich, soweit erkennbar, noch nicht ausdrücklich zur Wirkung des § 93 Abs. 4 S. 2 AktG im Fall einer gemeinsamen Einschätzung von Vorstand und Aufsichtsrat geäußert hat. Jedenfalls hat er bereits darauf hingewiesen, dass gerade die Kenntnisnahme der sachkundigen Beurteilungen anderer zur angemessenen Information im Sinne des § 93

Abs. 1 S. 2 AktG gehört.³⁰ Und er weist ständig darauf hin, dass eine Kardinalpflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder darin besteht, eigene Unkenntnis durch Einholung sachkundiger Beratung zu kompensieren.³¹ Hierbei wurde nie auch nur angedeutet, dass die in Vorstand und Aufsichtsrat intern vorhandene Sachkunde nicht beratungsgeeignet sein könnte. In diese Richtung gehende Bedenken würden auch nicht überzeugen. Gerade weil die Beratung des Vorstands eine Hauptaufgabe des Aufsichtsrats ist,³² dieser zur Erfüllung seiner Aufgaben qualifiziert besetzt sein muss³³ und eine auf dem Austausch von Einschätzungen, Erfahrungen und Erkenntnissen beruhende diskursive Entscheidungsfindung innerhalb der Verwaltung einer Gesellschaft zu den Standards guter Unternehmensführung zählt,³⁴ kann letztlich kein ernsthafter Zweifel an der rechtlichen Notwendigkeit bestehen, übereinstimmende Voten beider Gremien zugunsten jedes einzelnen Gremienmitglieds als im Sinne der Business Judgment Rule geeignete

20 OLG Celle AG 2008, 711, 713; Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 172; Reuter, NZG 2023, 51, 53 (mit dem Hinweis: „Die Zeitgenossenschaft verleiht dem Verhalten des Aufsichtsorgans „ex ante“ gleichsam zeitgenossenschaftliche Authentizität und damit besondere Beweiskraft.“).

21 Über § 116 S. 1 AktG gilt die Business Judgment Rule auch für Aufsichtsratsmitglieder.

22 BGH NZG 2017, 116 Rn. 34.

23 Die Maßgeblichkeit der ex ante Perspektive dient der Vermeidung von Rückschaufehlern (hierzu siehe Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 163 ff.).

24 Hierzu siehe Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 24 ff. und 281 ff.

25 Zur Rationalität des sog. „Herdentriebs“ (engl. „herding“) siehe Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 24 Fn. 69.

26 BGH NZG 2017, 116 Rn. 35.

27 BGH NZG 2017, 116 Rn. 35.

28 BGH NZG 2017, 116 Rn. 39.

29 BGH NZG 2017, 116 Rn. 39.

30 BGH NZG 2017, 116 Rn. 35 (zur Einbeziehung einer „Rechtsabteilung“ in eine Entscheidungsfindung).

31 BGH NZG 2016, 658 Rn. 33 ff.; NZG 2012, 672, 673; NZG 2011, 1271, 1272 ff.

32 Siehe bspw. Grundsatz 6 des DCGK (in der Fassung vom 28. April 2022): „Der Aufsichtsrat bestellt und entlässt die Mitglieder des Vorstands, überwacht und berät den Vorstand bei der Leitung des Unternehmens und ist in Entscheidungen von grundlegender Bedeutung für das Unternehmen einzubinden. Überwachung und Beratung umfassen insbesondere auch Nachhaltigkeitsfragen.“

33 Reuter, NZG 2023, 51, 52 f.; siehe auch Grundsatz 15 des DCGK (in der Fassung vom 28. April 2022): „Mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses muss über Sachverstand auf dem Gebiet Rechnungslegung und mindestens ein weiteres Mitglied des Prüfungsausschusses über Sachverstand auf dem Gebiet Abschlussprüfung verfügen.“

34 Siehe Grundsatz 13 des DCGK (in der Fassung vom 28. April 2022): „Vorstand und Aufsichtsrat arbeiten zum Wohle des Unternehmens vertrauensvoll zusammen. Gute Unternehmensführung setzt eine offene Diskussion zwischen Vorstand und Aufsichtsrat sowie in Vorstand und Aufsichtsrat voraus. (...)“ und die Empfehlung D.5 des DCGK (in der Fassung vom 28. April 2022): „Der Aufsichtsratsvorsitzende soll zwischen den Sitzungen mit dem Vorstand, insbesondere mit dem Vorsitzenden bzw. Sprecher des Vorstands, regelmäßig Kontakt halten und mit ihm Fragen der Strategie, der Geschäftsentwicklung, der Risikolage, des Risikomanagements und der Compliance des Unternehmens beraten.“

Informationsbeschaffungsmaßnahme zu werten.³⁵ Infolgedessen muss eine solche Information auch bei späterer rückblickender Beurteilung der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden, eben in dem Sinne, dass es grundsätzlich enthaftend wirkt, wenn ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied nicht einsam, sondern unter Einbeziehung der gleichgerichteten Überzeugungen seiner Gremienkollegen abgewogen und entschieden hat.³⁶

V. Fazit

Trifft ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied eine unternehmerische

³⁵ Ebenso Reuter, NZG 2023, 51.

³⁶ Ebenso Reuter, NZG 2023, 51, 53 (der das Einverständnis des jeweils anderen Organs als ein „simultan gelebtes Sachverständigengutachten“ verschlagnwortet).

Entscheidung im Einvernehmen mit beiden Gremien, ist die der Entscheidung zugrunde liegende gemeinsame Einschätzung bei einer späteren haftungsrechtlichen Beurteilung zugunsten des Betroffenen zu berücksichtigen, ohne dass § 93 Abs. 4 S. 2 AktG bzw. §§ 93 Abs. 4 S. 2, 116 S. 1 AktG entgegenstehen. Damit wird der gelegentlich zu beobachtenden Praxis, dass Aufsichtsrat oder Vorstand, oft in neuer personeller Zusammensetzung, einzelne, in der Regel bereits ausgeschiedene, Gremienmitglieder für spätere Schadensfolgen einer ursprünglich im allseitigen Einvernehmen getroffenen Entscheidung haftungsrechtlich verantwortlich machen, eine gewisse Grenze gesetzt. Für

ursprünglich nicht einstimmig, sondern nur mehrheitlich getroffene gleichgerichtete Vorstands- und Aufsichtsratsentscheidungen gilt das Gesagte entsprechend; hinzu kommt lediglich, dass der in Anspruch Genommene in einem eventuellen Haftungsprozess darlegen und beweisen muss, sich in vernünftiger Weise mit den Argumenten der Minderheitsmeinung auseinandergesetzt zu haben. War der Aufsichtsrat über eine beabsichtigte Vorstandsentscheidung lediglich im Vorfeld informiert und hat sich weder zustimmend noch ablehnend geäußert, besteht mangels diskursiver Auseinandersetzung kein Indiz für die Pflichtgemäßheit der Entscheidung.³⁷

³⁷ a.A. Reuter, NZG 2023, 51, 53.

Veranstalter:



Arbeitskreis
deutscher Aufsichtsrat e.V.

mazars

Reguvis

Save the date!

4. Berliner Beteiligungskongress

10.05.2023 | Maritim pro Arte in Berlin



WEITERE INFORMATIONEN UND ANMELDUNG

reguvis.de/akademie

PREISE

reguläre Teilnahmegebühr p.P.: 395,00 € zzgl. MwSt.;

Frühbucherpreis p.P. (gültig bis 14.2.2023); 295,00 € zzgl. MwSt.

Sonderpreis für Mitglieder von AdAR p.P.: 295,00 € zzgl. MwSt.

Sonderpreis für Behördenvertreter + Mitglieder von Aufsichtsräten öffentlicher Unternehmen p.P.: 65,- € zzgl. MwSt.