

Ein „Sicherer Hafen“?

Zur Neuregelung der Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten für so genannte unternehmerische Entscheidungen in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.

von Armin Schürer, Rechtsanwalt,
Kanzlei Derra, Meyer & Partner, Berlin

A. Einleitung

Am 01.11.2005 ist das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) in Kraft getreten. Gegenstand dieses Gesetzes ist unter anderem die Einfügung eines neuen § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, welcher folgenden Inhalt hat: „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

Die Neuregelung gilt wegen der Verweisung in § 116 AktG auch für die Tätigkeit des Aufsichtsrates im Rahmen seiner Überwachungsfunktion.

Die Neuregelung befasst sich mit einer schwierigen Materie, weil unternehmerisches Handeln stets geprägt ist von der Einschätzung zukünftiger Abläufe, also Prognoseentscheidungen betrifft, für welche dem verantwortlich Handelnden grundsätzlich ein Entscheidungsspielraum eingeräumt werden muss. Insofern versucht die Neuregelung umzusetzen, was bislang dem Richterrecht vorbehalten war, nämlich die zumindest teilweise Justiziabilität unternehmerischer Entscheidungen.

Der Beitrag versucht eine erste Einschätzung zu geben, welche Auswirkungen die Neuregelung tatsächlich auf die Rechtsprechung haben und ob hierdurch insbesondere auch für die handelnden Personen mehr Rechtssicherheit geschaffen wird.

B. Die ARAG-Entscheidung des BGH

Grundlage für die Entwicklung der Rechtsprechung und schließlich der Kodifizierung der Haftung von Organen einer Aktiengesellschaft war die so genannte ARAG-Entscheidung des BGH von 1997.¹ Verdienst des BGH war es, eine Leitlinie dafür zu finden, ab wann ein, die Schadenersatzpflicht auslösendes, schuldhaftes und

1 BGH, Urteil vom 21.04.1997, Az.: II ZR 175/95; NJW 1997 S. 1926 ff, ZIP 1997, 883, 885-886.

pflichtwidriges Fehlverhalten des Vorstandes in Abgrenzung zur nicht pflichtwidrigen Eingehung bestimmter Risiken vorliegt.

Hierzu hat der BGH festgestellt, dass zu berücksichtigen sei,

„dass dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte (...) ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muss, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist. Dazu gehört neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter, mag er auch noch so verantwortungsbewusst handeln, ausgesetzt ist. (...) dass dem Vorstand das nötige Gespür für eine erfolgreiche Führung des Unternehmens fehlt, kann ihm (dem Aufsichtsrat) Veranlassung geben, auf dessen Ablösung hinzuwirken. Eine Schadenersatzpflicht des Vorstandes kann daraus nicht hergeleitet werden. Diese kann erst in Betracht kommen, wenn die Grenzen, in denen sich ein, vom Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss.“²

Auch anderen Orts hat sich der BGH entschlossen, den Handlungsspielraum verantwortlich handelnder Organe einer juristischen Person zu betonen und ausgeführt, dass die Sorge um die persönliche Haftung dazu führen könne, dass die Vorstände zu übertrieben defensivem Verhalten veranlasst werden mit der Folge, dass auch zum Schaden von Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern neue, risikobehaftete Geschäftschancen nicht wahrgenommen werden und das Unternehmen schließlich die Marktentwicklung verpasst.³

C. Die „Business Judgement Rule“ und die Auslegung der ARAG-Entscheidung

Allgemein wird die so genannte ARAG-Entscheidung des BGH als Implementierung einer Rechtsfigur in das deutsche Rechtssystem verstanden, welche dem angelsächsischen Rechtsraum entspringt, der so genannten „Business Judgement Rule“.⁴

Die Business Judgement Rule hat ihre Grundlage in der Erkenntnis, dass die Gerichte mangels Sachkenntnis nicht in der Lage sind, unternehmerische Entscheidungen zu treffen und sich deshalb in der inhaltlichen Überprüfung solcher Entscheidungen zurückhalten sollten. Der amerikanische Gesetzgeber hat sich bislang außer Stande gesehen, eine Kodifikation dieser Regel vorzunehmen, in anderen Ländern wie z.B. Australien ist allerdings eine gesetzliche Regelung vorgenommen worden.

Nach der Definition des *American Law Institut* handelt ein Organ einer Aktiengesellschaft immer dann sorgfältig, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

2 BGH a.a.O. NJW S.1927, 1928.

3 BGH ZIP 1997,1027, 1029.

4 Henze NJW 1998, 3309, 3310 ff; Hopt, Großkommentar zur AktG § 93 Rz. 81 Horn ZIP 1997, 1129, 1134.

„(1) he is not interested in the subject of his business judgement; (2) he is informed with respect to the subject of his business judgement to the extent he reasonably believes to be appropriate under the circumstances; (3) he rationally believes that his business judgement is in the best interests of the corporation.“⁵

Wesentlicher Unterschied der Business Judgement Rule zur Rechtslage nach § 93 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 2 AktG ist es, dass bei der Prüfung des Fehlverhaltens von Vorständen einer Aktiengesellschaft nach herrschender Meinung sowohl die Pflichtwidrigkeit als auch das Verschulden des Organs vermutet und es ihm aufgebürdet wird, sich zu exkulpieren, die Erfüllung der Voraussetzungen der Business Judgement Rule allerdings zu einer Exkulpation von vornherein führt, also einen Tatbestand schafft, bei welchem vermutet wird, dass der handelnde Vorstand sorgfältig gehandelt hat.⁶ Sie schafft dem Vorstand damit einen nicht justiziablen Ermessensspielraum, einen „Sicheren Hafen“ eben. Die Business Judgement Rule ist nach dem amerikanischen Verständnis also eine sogenannte safe harbor rule.

Umstritten ist in der deutschen Lehre lediglich die Grenze, ab wann der Vorstand sich nicht mehr im sicheren Wasser des Hafens befinden soll. Zum Teil wird auch grobe Fahrlässigkeit noch unter den Schirm der Business Judgement Rule gezählt,⁷ andere wollen die Grenze zwischen einfacher und grober Fahrlässigkeit ziehen.⁸

Außerdem ist die Business Judgement Rule eine Beweislastregel, der Geschädigte soll verpflichtet sein, das Nichtvorliegen der Voraussetzungen der Business Judgement Rule und die Sorgfaltspflichtverletzung zu beweisen.⁹

Die Business Judgement Rule stellt demnach die Beweislastregel des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG auf den Kopf, wonach es am Vorstand ist, die Einhaltung der Sorgfalt sowie fehlendes Verschulden zu beweisen.

D. Die Neuregelung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.

1. Das Konzept

Die Regelung arbeitet, wenn man der Gesetzesbegründung folgt, mit dem bislang in deutschem Recht nicht gebräuchlichen Instrument des so genannten „Sicheren Hafens“ und beruft sich zugleich darauf, dass damit die so genannte Business Judgement Rule normiert worden sei.¹⁰

5 American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analyses and Recommendations, Vol. 1, 1994, § 4.01 c.

6 Heermann AG 1998, 201, 206.

7 Vgl. Hopt in Festschrift Mestmäcker 1996, S. 909 ff, 920.

8 Westermann, Haftung und Zurechnung im Unternehmensbereich, Karlsruher Forum 1993, Sonderheft VersR, S. 18.

9 Vgl Hopt a.a.O.

10 Begründung zum Regierungsentwurf des UMAG, ZIP 2004, 2455; Fleischer ZIP 2004, 685 ff, 688.

Der Gesetzgeber hat beabsichtigt, durch Einfügung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eine Abgrenzung auf der Ebene der Pflichtverletzung vorzunehmen, das Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 1 S. 2 AktG soll einen Rückgriff auf § 93 Abs. 1 S. 1 AktG versperren.¹¹ Liegen aber die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht vor, so soll deshalb noch keine Pflichtverletzung vorliegen, vielmehr beurteilt sich diese Frage nach dem bekannten Prüfungsschema zu § 93 Abs. 1 S. 1 AktG mit der bekannten Beweislastverteilung.

2. Die einzelnen Tatbestände

a) Die so genannte unternehmerische Entscheidung

Der Gesetzgeber beschreibt die unternehmerische Entscheidung als Gegensatz zu rechtlich gebundenen Entscheidungen der Gestalt, dass es für illegales Verhalten keinen sicheren Hafen geben soll. Gemeint sind damit die so genannten Treuepflichten, Informationspflichten und sonstigen allgemeinen Gesetzes- und Satzungsverstöße.¹²

Dabei wird vor allem auf die Zukunftsbezogenheit der bei solchen Entscheidungen zu treffenden Prognosen abgestellt.¹³

Fraglich ist allerdings, ob die Abgrenzung zur Verletzung von Treuepflichten, Gesetz oder Satzung für die Definition der unternehmerischen Entscheidung zutreffend ist. So erscheint insbesondere die so genannte Treuepflicht kein taugliches Abgrenzungskriterium zu sein, weil insbesondere aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst, nämlich dass die unternehmerische Entscheidung im Interesse der Gesellschaft getroffen werden müsste, folgt, dass die Frage der Einhaltung von Treuepflichten wohl dem Tatbestandsmerkmal des Handelns zum Wohle der Gesellschaft zugeordnet werden muss.¹⁴

Dass dies der Gesetzgeber selbst so sieht, folgt auch aus der Begründung zum Regierungsentwurf, wenn es dort heißt: „*die Tatbestandseinschränkung setzt fünf – teils implizierte – Tatbestandsmerkmale voraus: Unternehmerische Entscheidung, (...), handeln zum Wohle der Gesellschaft ...*“

Als weiteres Negativtatbestandsmerkmal wird angenommen, die Entscheidung dürfe nicht von vorn herein gegen Gesetz oder Satzung verstoßen.¹⁵

Begründet wird dies damit, dass der so genannte Rückschaulfehler vermieden werden solle.¹⁶

11 Schäfer ZIP 2005, 1253 ff., 1255; Fleischer a.a.O.

12 Begründung zum Regierungsentwurf des UMAG a.a.O.

13 Schäfer a.a.O.

14 Schäfer ZIP 2005, S. 1254 ff, 1265.

15 Schäfer ZIP 2005, S. 1255 ff, 1265.

16 Schäfer a.a.O.

Jedenfalls bei Gesetzes- und Satzungsverstößen stünde die Verletzung aber schon im Entscheidungszeitpunkt fest, das Risiko habe sich also bereits realisiert.¹⁷

Diese These ist nur eingeschränkt zutreffend. So zeigt die höchstrichterliche Rechtsprechung des BFH zur Möglichkeit der Passivierung von Rückstellungen wegen ungewisser Verbindlichkeiten nach § 249 Abs. 1 S.1, 1. Alt. HGB, dass auch im Falle deliktischer Handlungen der Unternehmer erst dann berechtigt sein soll, Rückstellungen für mögliche Inanspruchnahmen zu bilden, wenn der Anspruchsinhaber seinen Anspruch bereits positiv kennt.¹⁸

Bis dahin werden die daraus gewonnenen Gewinne, der Steuer unterworfen, also als gesetzmäßig behandelt.

Dass der Gesetzesverstoß unter Umständen nicht per se feststeht, zeigt auch die Beratungspraxis der Steuerberater. Steuerliche Gestaltungsformen werden hier unter Zugrundelegung der Auslegung von Gesetzen gewählt, solange nicht das Vorliegen des so genannten Missbrauchstatbestandes gem. § 42 Abs. 1 AO festgestellt wird. § 42 Abs. 1 AO greift ein, wo die Auslegung der Steuernorm endet. Die Feststellung des Missbrauchs der Gestaltungsformen ist eine Gesetzesumgehung.¹⁹

Sind die auf der Grundlage dieser Steuergestaltungen getroffenen Entscheidungen dann aus sich selbst heraus bereits keine unternehmerischen Entscheidungen mehr?

Schon die erste Analyse von Horn zur ARAG-Entscheidung des BGH in ZIP 1997 S. 1129 ff. hat zu Tage gefördert, dass Gesetzesverstöße des Vorstandes nicht per se dazu führen, dass dem Vorstand ein Handlungsspielraum nicht mehr eröffnet ist. Dies kann vielmehr nur bei eindeutiger Rechtslage gelten. Es kann dem Vorstand insbesondere nicht verwehrt sein, sich bei zweifelhafter Rechtslage auf den für die Aktiengesellschaft günstigen Standpunkt zu stellen und damit das Risiko einzugehen, dass nachträglich eine Gesetzesverletzung festgestellt wird.²⁰

Der Fall, dass Gesetzesverstöße per se festzustellen sind, wird vor diesem Hintergrund wohl nur eingeschränkt denkbar sein. Allenfalls bei gesetzlich geregelten Tätigkeitsfeldern wie beispielsweise in § 3 KWG wird anzunehmen sein, dass bei einem Verstoß von unternehmerischer Tätigkeit nicht gesprochen werden kann.

Es spricht deshalb vieles dafür, die Frage der Gesetzmäßigkeit des Handelns des Vorstandes unter dem Tatbestandsmerkmal „Handeln zum Wohl der Gesellschaft“ einzuordnen.

Dies muss schließlich auch für satzungsmäßige Verstöße gelten. Der Ansicht von Schäfer, wonach wegen der Teleologie der Business Judgment Rule eine Entscheidung dann keine unternehmerische mehr sei, wenn sie nicht dem Unternehmenszweck entspricht, ist in ihrer Absolutheit so nicht zuzustimmen, weil damit dem handelnden Vorstand der „Sichere Hafen“ des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG vorschnell versperrt und er in die unsicheren Gewässer des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG entlassen würde.

17 Schäfer a.a.O.

18 Beckscher Bilanzkommentar § 249 Rz. 43.

19 Klein AO, § 42, Rz. 7.

20 Horn ZIP 1997 S. 1136; Mertens, Kölner Kommentar zur AktG § 93 Rz. 7, 89.

Demzufolge erscheint es also zu formalistisch, wenn Schäfer betont, der Kauf von Maschinen sei keine unternehmerische Entscheidung im Sinne von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, wenn der Unternehmenszweck im Kauf und Verkauf von Computern bestehe. Wenn der Vorstand begründete Annahmen dafür hat, dass auch der Handel mit Maschinen in diesem konkreten Einzelfall der Mehrung des Gesellschaftsvermögens dient, so dürfte sich die Entscheidung im Rahmen dessen bewegen, was zum Wohle der Gesellschaft nützlich ist, ganz abgesehen davon, dass es sich wohl auch bei Computern um Maschinen im weiteren Sinne handelt.

Auch aus diesem Grunde bietet sich die Einordnung dieser Frage bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals „Handeln zum Wohle der Gesellschaft“ an, zumal der Vorstand immer auf der Grundlage angemessener Informationen tätig werden muss, also verpflichtet ist, die Sinnhaftigkeit seiner Entscheidungen zu überprüfen.

Nicht zuletzt spricht auch der Wortlaut der Begründung des Regierungsentwurfs dafür, die Frage der Beachtung des Unternehmenszwecks nicht bei der Prüfung des Vorliegens einer unternehmerischen Entscheidung einzuordnen, wenn festgestellt wird, ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft liege jedenfalls dann vor, wenn es der langfristigen Ertragsstärkung und der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und seiner Produkte und Dienstleistungen dient.²¹

All dies vorweggeschickt ist festzuhalten, dass von einer unternehmerischen Entscheidung bereits dann auszugehen sei, wenn es sich um eine Entscheidung mit Prognosecharakter handelt, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmenszweck entspricht oder nicht, solange die Wettbewerbsfähigkeit und Ertragskraft nach Auffassung der Geschäftsleiter gestärkt wird. Jede weitere Überfrachtung dieses Tatbestandsmerkmals ist überflüssig.

b) Handeln zum Wohle der Gesellschaft

Ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft liegt vor, wenn dieses der Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens dient. Nach der Gesetzesbegründung steht das Handeln zum Wohle der Gesellschaft neben der Voraussetzung, das Handeln müsse frei von Sonderinteressen sein.²²

Ausdrücklich geregelt ist dieses Erfordernis im Gesetzestext nicht. Allerdings geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Tatbestandsvoraussetzung des Handelns zum Wohle der Gesellschaft impliziert, dass dieses frei von Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen sein müsse.²³

Diesbezüglich wird vor allem problematisiert, ob es ausreicht, dass der Vorstand die Sonderinteressen offen legt. Jedenfalls die Begründung des Gesetzesentwurfs

21 Begründung zum Regierungsentwurf des UMAG a.a.O.

22 Begründung zum Regierungsentwurf des UMAG a.a.O.

23 Begründung zum UMAG S. 2456.

hält dies für möglich und will dadurch die Einflüsse sachfremder Interessen beseitigt wissen.

Eine solche Offenlegung kann jedoch selbst einen Interessenkonflikt oder Sonderinteressen nicht vermeiden, liegt die Offenlegung doch allein im objektiven Bereich. Außerdem wird dadurch Raum für Schutzbehauptungen gegeben.²⁴

Die Begründung widerspricht sich außerdem selbst, wenn sie einerseits mitteilt, nur der dürfe annehmen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, der sich frei von solchen Einflüssen wisse, andererseits durch die bloße Offenlegung solcher Einflüsse dem Vorstand die Möglichkeit einräumt, nunmehr zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Auch die Business Judgement Rule verlangt, dass der Vorstand selbst nicht an dem Gegenstand der Entscheidung interessiert sein dürfe, die Offenlegung solcher Interessen kann also nicht ausreichend sein.

Dass das Aktiengesetz an anderer Stelle wert darauf legt, dass die Entscheidung eben frei von sachfremden, insbesondere eigennützigen Interessen sein müsse zeigen die §§ 89 bzw. 115 AktG. Danach bedarf die Vergabe eines Kredits an Vorstände und Aufsichtsräte der Beschlussfassung durch den Aufsichtsrat. Ziel der Regelung ist die Verhinderung von Missbrauch.²⁵ Bei § 115 AktG ist das zu kreditierende Aufsichtsratsmitglied von der Abstimmung in entsprechender Anwendung des § 34 BGB von der Stimmabgabe ausgeschlossen.²⁶

Der sichere Hafen sollte deshalb nur solchen Vorständen vorbehalten bleiben, welche ohne Sonderinteressen tätig werden. Auch schriftliche Abhandlungen über einen Abwägungsprozess können nicht zur Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG führen. Man wird die Vorstände in solchen Konstellationen auf die Regelung des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG verweisen müssen, dies gebietet die Transparenz und die Notwendigkeit eine derart weit reichende Exkulpationsregel wie den neuen § 93 Abs. 1 S. 2 AktG restriktiv auszulegen.

c) Handeln auf Grundlage angemessener Information

Schließlich normierte das Gesetz, dass der Vorstand auf der Grundlage angemessener Informationen handeln müsse. Hier scheint es eine Abkehr von dem bisher vom BGH vertretenen Grundsatz zu geben, welcher ein Handeln auf Grundlage sorgfältiger Ermittlungen der Entscheidungsgrundlagen verlangt.

Die Tatbestandsvoraussetzung der „angemessenen Information“ soll dem Umstand Rechnung tragen, dass unter Umständen Entscheidungen unter hohem, nicht selbst

24 Schäfer ZIP 2005, 1257.

25 Hüffer AktG § 89 Rz. 1.

26 Hüffer AktG § 108 Rz. 9.

erzeugtem Zeitdruck zu treffen sind und eine umfassende Entscheidungsvorbereitung schwierig oder gar unmöglich sein kann.²⁷

Diese Annahme scheint fragwürdig. Es ist zwar einsichtig, dass keine Information vollständig sein kann und es insbesondere bei hohem Zeitdruck ausreichen muss, dass sich der Vorstand hinsichtlich der Information auf die Kriterien Rentabilität, Risikobewertung, Investitionsvolumen und Finanzierung beschränkt²⁸, allerdings hierbei schon den Vorstand in den „Sicheren Hafen“ segeln zu lassen, erscheint zu großzügig.

Es muss deshalb dabei bleiben, dass der Vorstand sein Handeln auf die Grundlage sorgfältiger Informationen zu stellen hat. Wie sorgfältig die Information zu sein hat, hängt mit dem jeweiligen Gegenstand der unternehmerischen Entscheidung zusammen. Dies folgt letztlich auch aus der Business Judgement Rule, wenn diese verlangt, der verantwortlich Handelnde müsse in bezug auf den Gegenstand der unternehmerischen Entscheidung genügend informiert sein. Dieser notwendige Grad an Information kann sich aber grundsätzlich nicht daran messen lassen, wie viel Zeit für die Entscheidung bleibt. Es ist daher vorzuziehen, die Frage, ob angesichts der Kürze der Zeit die Information ausreichend war, in die Prüfung des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG zu verlagern und in solchen Fällen die Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu verneinen.

d) Der Verschuldensmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG

In subjektiver Hinsicht verlangt die Neuregelung, dass der Vorstand „vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

Die Entwurfsfassung hatte noch vorgesehen, dass der Vorstand „ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“²⁹

Nachdem die Anknüpfung an die grobe Fahrlässigkeit wegen der Vermengung der Tatbestandselemente Pflichtwidrigkeit und Verschulden aufgegeben worden ist,³⁰ wird nun das Wort „vernünftigerweise“ verwandt.

Es stellt sich die Frage, ob damit eine Subjektivierung des objektiven Sorgfaltsmaßstabes einhergeht mit der Folge, dass fortan nicht mehr auf den ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter, sondern vielmehr auf den konkreten Vorstand abzustellen ist.

27 Begründung zum Regierungsentwurf des UMAG, ZIP 2004, 2456.

28 So etwa Schäfer a.a.O. 1258.

29 Gesetzesentwurf, www.rws-verlag.de, Volltexte vom 28.01.2004.

30 Fleischer a.a.O., 689.

Hierzu vertritt etwa Schäfer, dass es keinesfalls um die Subjektivierung des ansonsten im Zivilrecht üblichen Sorgfaltsmaßstabs gehe.³¹ Auch die Gesetzesbegründung geht nicht von einer Subjektivierung aus.³²

In der Sache ist dem zuzustimmen. Die Frage, ab wann ein Geschäftsleiter annehmen darf, auf der Grundlage angemessener Informationen zu handeln, kann nur objektiv beurteilt werden. Jede andere Anknüpfung würde die Vorschrift nicht mehr handhabbar machen.

3. Die Beweislast für die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG

Es bedurfte bereits in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG einer ausdrücklichen Regelung der Beweislastregelung, da diese von der allgemeinen Beweislastregel, dass nämlich der Geschädigte sowohl Pflichtverletzung, Verschulden als auch Schaden darzulegen und zu beweisen hat abweicht.

Das amerikanische Vorbild, die Business Judgement Rule, fungiert als Beweislastregel³³, der Geschädigte muss das Nichtvorliegen der Voraussetzungen der Business Judgement Rule beweisen.³⁴ Die Business Judgement Rule entspricht daher grundsätzlich der auch im deutschen Recht geltenden Beweislastregel.

Umso mehr verwundert es, dass die Gesetzesbegründung einerseits die Business Judgement Rule gesetzlich festschreiben, andererseits aber dem Organ nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG die Darlegungs- und Beweislast auch für die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auferlegen will.³⁵ Der Gesetzgeber geht davon aus, dass es sich bei § 93 Abs. 1 S. 2 AktG gerade um eine Ausnahmvorschrift zu § 93 Abs. 1 S. 1 AktG handelt, die Beweislast für deren Vorliegen also beim Organ liegen müsse.³⁶

Darin liegt also der eigentliche Unterschied zur Business Judgement Rule. Der vom Gesetzgeber errichtete „sichere Hafen“ erweist sich also für den Vorstand nicht als sicheres Rückzugsgebiet, da es ihm aufgebürdet wird, die Voraussetzungen dafür zu beweisen.

Beim amerikanischen Vorbild hingegen kann sich der Vorstand sicher sein, zunächst im sicheren Hafen zu schwimmen, muss doch der Geschädigte die Einfallstore in diesen sicheren Raum öffnen.

Die Gesetzesbegründung kann nicht zutreffend sein. Die Aufbürdung der Beweislast auf das handelnde Organ kann wohl nicht damit begründet werden, dass es sich bei der Neuregelung um eine Ausnahmvorschrift handelt, obliegt doch schon bei der Prüfung des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG dem Vorstand der Entlastungsbeweis.

31 Schäfer a.a.O.

32 Begründung zum Regierungsentwurf des UMAG, ZIP 2004, 2455.

33 Ulmer ZHR 163 (1999), 290, 298.

34 Hopt siehe FN 7.

35 Begründung zum Regierungsentwurf des UMAG, ZIP 2004, 2456.

36 Begründung zum Regierungsentwurf des UMAG, ZIP 2004, 2456.

Man kann natürlich vertreten, eine solche Sonderbehandlung von Vorständen durch Errichtung eines „sicheren Hafens“ rechtfertige es, diesen auch die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen aufzubürden. Allerdings ist eine solche Argumentation schief, da es sich bei § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eben nicht um eine Ausnahmevorschrift, sondern vielmehr um eine Konkretisierung des Maßstabes handelt, welcher gemeinhin als die Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters verstanden wird.

Die sachnähere Begründung sollte daher sein, dass der Gesetzgeber eben diesen in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG bislang nicht definierten Maßstab abgrenzen wollte und es deshalb bei der Beweislastregel belassen hat.

Die vom Gesetzgeber herangezogene Begründung dürfte allerdings nicht der bereits vom BGH gefundenen Beweislastverteilung zur bisherigen Rechtslage bei § 93 AktG entsprechen. Danach muss die Gesellschaft darlegen und beweisen, dass der erlittene Schaden auf dem pflichtwidrigen Verhalten des Geschäftsleiters beruht, der Geschäftsleiter seinerseits muss darlegen und beweisen, dass er seiner Sorgfalt genügt hat.³⁷

Im Einzelnen ist die von § 93 Abs. 2 S. 2 AktG aufgestellte Beweislastumkehr in ihrem Umfang sehr umstritten. Die derzeit wohl herrschende Lehre geht davon aus, die Gesellschaft müsse nur den Schaden und die zu diesem Schaden führende Handlung des Geschäftsleiters darlegen und beweisen. Andere gehen davon aus, die Beweislast treffe den Geschäftsleiter nur hinsichtlich des Verschuldens, die Gesellschaft müsse hingegen sowohl die Handlung als auch deren Pflichtwidrigkeit darlegen und beweisen.³⁸

Hat demnach die Gesellschaft die zum Schaden führende Handlung darzulegen, so wird sie nunmehr nach der Neuregelung in der Konsequenz auch darzulegen und zu beweisen haben, dass die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht vorliegen. Die Umkehrung der Beweislast in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG kann hierauf keine Anwendung finden.

Zwar spricht die Einordnung der neuen Regelung in § 93 Abs. 1 AktG dafür, dass § 93 Abs. 2 S. 2 AktG nunmehr auch hierauf Anwendung findet, allerdings widerspricht dies dem erklärten Willen des Gesetzgebers nach Kodifizierung der Business Judgement Rule.

Eine Umkehrung der Beweislast ist auch nicht etwa deshalb zwingend, weil die Gesellschaft negative Tatsachen, also das Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG beweisen müsste. Es darf insbesondere nicht verkannt werden, dass nach deutschem Verständnis der Geschädigte grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen hat und außerdem auch nach den Beweislastregeln in Deutschland allein die Tatsache, dass das materielle Recht negative Tatsachen, also das Nichtvorliegen von Umständen zu An-

37 So jedenfalls Kiethe WM 2003, 861 ff, 866.

38 Zum Streitstand Hüffer AktG § 93 Rz. 16.

spruchsvoraussetzungen erhebt, noch nicht zu einer Abkehr von den Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast führt.³⁹

Die durch die Neuregelung nunmehr anzuwendende Prüfungsreihenfolge spricht sogar für die Anwendung der allgemeinen Beweislastregel auf § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Zunächst muss der Geschädigte darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht vorliegen. Gelingt ihm dies, so kommt dem Geschäftsleiter die gesetzliche Vermutung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht zu Gute. Es setzt sodann die Prüfung der Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ein, der Geschäftsleiter muss dann allerdings die Einhaltung der Sorgfalt darlegen und beweisen.

Angesichts der Absicht des Gesetzgebers, dem Geschäftsleiter einen sicheren Hafen zu ermöglichen, und vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber die Business Judgement Rule in das deutsche Rechtssystem aufnehmen wollte, erscheint die so verstandene Einordnung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zwingend.

Demgegenüber vertritt Fleischer, dass es bei der bereits bestehenden Beweislastverteilung verbleibe und dass die Einführung fremder Rechtskonstrukte immer auch eine Assimilation, also eine Anpassung an die inländische Dogmatik bedeute.⁴⁰ Dem wird man nicht folgen können. Allein die Frage der Beweislast damit zu begründen, die Business Judgement Rule werde in assimilierter Form angewandt, ist nicht tragfähig.

Nach Auffassung des Unterzeichners kann daher die Neuregelung nur dazu führen, dass § 93 Abs. 2 S. 2 AktG nur noch eingeschränkt anwendbar ist und im Rahmen der Anwendung von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG die Darlegungs- und Beweislast für das Nichtvorliegen der dort genannten Voraussetzungen bei der geschädigten Gesellschaft verbleibt.

E) Ergebnis

Die Ausführungen zeigen, dass die geplante Umsetzung der Business Judgement Rule nicht konsequent verfolgt wurde. Weil dies aber so ist, wird im Ergebnis wohl festzuhalten sein, dass die Neuregelung gegenüber der bisherigen Rechtslage für die handelnden Vorstände keinen Vorteil bringt, solange nicht die Neuregelung auch im Sinne einer echten Beweisregel verstanden wird. Es bleibt daher die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Gesetzesfassung, wenn doch die Rechtsprechung bereits den Regelungsgegenstand vorweggenommen hat.

Die durch konsequente Umsetzung der Business Judgement Rule gegebene Möglichkeit, eine Abkehr von der bisherigen Beweislastregelung vorzunehmen und die Beweislast dem Geschädigten aufzubürden, ist zumindest, wenn man der Begründung des Gesetzgebers folgt, nicht durchgeführt worden. Solche Tendenzen gab es

³⁹ Zöllner ZPO vor § 284 Rz. 24.

⁴⁰ Fleischer ZIP 2004, 687 ff, 688.

aber bereits in der Literatur, wenn vertreten wurde, dass zumindest die strenge Beweislastregel nicht auf Geschäftsleiter angewendet werden kann, die aus dem Unternehmen ausgeschieden sind, da sie nicht mehr über die erforderlichen Unterlagen verfügten und es ihnen deshalb nicht zuzumuten sei, den vollen Entlastungsbeweis zu führen.⁴¹

Es bleibt daher zu hoffen, dass Gerichte und Literatur die Aufforderung der Gesetzesbegründung annehmen, wonach die Neuregelung und die bislang gefundenen Regelungsmuster der Literatur und Rechtsprechung *„als Anknüpfungspunkt für die weitere Rechtsentwicklung dienen“*.⁴²

41 Kiethe WM 2003, 861 ff, 866 f; Hüffer AktG § 93, Rz. 17.

42 Begründung zum Regierungsentwurf des UMAG, ZIP 2004, 2456.