

## **Unternehmerische Ermessensspielräume**

### **Pflichtenmaßstab und Haftung der Vorstandsmitglieder**

#### **nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG**

*stud. jur. Marcus Wagner, Universität Freiburg*

### **I. Einleitung**

Unternehmerische Chancen sind immer auch mit Risiken behaftet; ob sie letztlich eingegangen werden, entscheidet bei der Aktiengesellschaft gem. § 76 Abs. 1 AktG der Vorstand. Lange Zeit war fraglich, ob und in welchem Umfang den Mitgliedern von Vorstand und Aufsichtsrat beim Tätigwerden für die Aktiengesellschaft ein Ermessensspielraum zustehen sollte. Abgelehnt wurde dies vor allem wegen einer möglichen Gefährdung der Aktionäre vor verantwortungslosem Handeln der Geschäftsleitung.

Nach dem Vorbild der US-amerikanischen Business Judgment Rule<sup>1</sup> wurde im Jahr 2005 das Geschäftsleiterermessen in Form des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifiziert. Damit sollte das bestehende Spannungsverhältnis zu Gunsten beider Parteien aufgelöst und insbesondere präzisiert werden, unter welchen Voraussetzungen dem Vorstand einer Aktiengesellschaft ein Ermessensspielraum zusteht.

---

<sup>1</sup> vgl. hierzu *Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2006*, Rn. 843 ff.

Die folgende Darstellung des in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verankerten Geschäftsleiterermessen soll untersuchen, ob diese Ziele erreicht wurden.

## **II. Unternehmerisches Ermessen vor Neufassung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG**

### **1. Funktion der aktienrechtlichen Organhaftung**

#### **a) Schutz des Gesellschaftsvermögens**

Das Auseinanderfallen von Handelndem und Haftendem in der Aktiengesellschaft birgt grundsätzlich die Gefahr, dass der Vorstand die Geschäfte der Gesellschaft nicht mit der Sorgfalt wahrnimmt, die er in eigenen Angelegenheiten walten lassen würde.<sup>2</sup> Um diesem Problem zu entgegnen und das Vermögen der Gesellschaft zu schützen, verankert § 93 AktG die Innenhaftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft: die Mitglieder des Vorstands haften dabei gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG persönlich und gesamtschuldnerisch.

Auch Gesellschafter, Arbeitnehmer und Gläubiger der Gesellschaft profitieren vom Wohlergehen der Gesellschaft und damit mittelbar vom Schutz des § 93 AktG.<sup>3</sup>

#### **b) Doppelfunktion der Organhaftung**

Der Organhaftung gem. § 93 Abs. 2 AktG kommt eine doppelte Funktion zu:

##### **aa) Ausgleichsfunktion**

Die persönliche Haftung der Organmitglieder stellt zunächst eine Reaktion<sup>4</sup> auf schädliches Verhalten der Geschäftsleitung in der Vergangenheit

---

<sup>2</sup> *Kock/Dinkel* in: NZG 2004, S. 441.

<sup>3</sup> *Kock/Dinkel* in: NZG 2004, S. 441.

<sup>4</sup> Vgl. *Paal* in: DStR 2005, S. 383.

dar, indem sie der Kompensation bereits zu Lasten der Gesellschaft eingetretener Schäden dient.<sup>5</sup>

### **bb) Steuerungsfunktion**

Darüber hinaus soll das Risiko einer persönlichen Haftung präventiv dazu führen, dass die Mitglieder des Vorstands die ihnen gegenüber der Gesellschaft obliegenden Pflichten mit der entsprechenden Sorgfalt erfüllen.<sup>6</sup> Dieser Verhaltenssteuerung kommt eine große Bedeutung zu, da hier der Gesetzgeber durch Regelung des Haftungsumfanges bzw. der Haftungsvoraussetzungen starken Einfluss auf den geschäftlichen Alltag und die unternehmerischen Aktivitäten einer Gesellschaft nehmen kann. Die Normierung der unternehmerischen Ermessensentscheidung in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und der damit verbundene Haftungsausschluss sind für die Verhaltenssteuerung der Organmitglieder von hoher Relevanz, worauf im Laufe dieses Beitrags noch detaillierter eingegangen werden soll.

## **2. Funktion der unternehmerischen Ermessensentscheidung**

Hinsichtlich der Verhaltenssteuerung durch das Risiko einer persönlichen Haftung steht der Gesetzgeber vor der Aufgabe, eine Regelung zu finden, die einerseits dem Vorstand unternehmerische Freiheiten zugesteht, andererseits die Gesellschaft vor den Gefahren eines nicht am Gesellschaftswohls orientierten Vorstands schützt.<sup>7</sup> So ist davon auszugehen, dass ein Fehlen jeglicher Haftung Selbstbereicherung und Unverantwortlichkeit der Organmitglieder zur Folge hätte, während eine allgegenwärtige und übertrieben strenge Haftung dazu führen würde, dass jegliches unternehmerische Denken einem Verhalten weichen würde, welches sich ausschließlich an der eigenen (Nicht-) Haftbarkeit orientiert. Gegen eine zu strenge Haftung spricht der Charakter von unternehmerischen Entscheidungen, die sich dadurch auszeichnen, dass sie sowohl

---

<sup>5</sup> Roth, *Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands*, 2001, *Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands*, 2001, S. 29.

<sup>6</sup> Jaeger/Trölitersch in: ZIP 1995, S. 1158: „negative incentives“.

<sup>7</sup> Raiser in: NJW 1996, S. 552; Langenbacher in DStR 2005, S. 2083.

Gewinnchancen eröffnen als auch Risiken für die Gesellschaft beinhalten. Ein auf Gewinnerzielung gerichtetes unternehmerisches Verhalten, bei dem keine Risiken eingegangen werden, ist nicht denkbar.<sup>8</sup> Somit liegt es im Sinne der Gesellschaft und der Aktionäre, dass der Vorstand vernünftige geschäftliche Risiken eingeht. Übertriebene Vorsicht des Vorstands und daraus resultierendes risikoaverses Verhalten würden eine Gewinnerzielung zu Gunsten der Gesellschaft extrem unwahrscheinlich machen.<sup>9</sup> Bereits hinter dem Aktiengesetz von 1937 stand die Erkenntnis, dass eine zu strenge Haftung den Mitgliedern des Vorstands „jeden Mut zur Tat nehmen“<sup>10</sup> würde. Auch nach Einführung des Aktiengesetzes von 1965 lehnten Rechtsprechung und Literatur eine Erfolgshaftung der Geschäftsleiter ab.<sup>11</sup> So war im Wesentlichen anerkannt, dass ein durch eine Fehlentscheidung des Vorstands verursachter Schaden der Gesellschaft nicht automatisch eine Pflichtverletzung darstellen muss, sondern auch eine Verwirklichung des allgemeinen Geschäftsrisikos sein kann.<sup>12</sup> Ungeachtet dieser Anerkennung der Idee des unternehmerischen Ermessens unterlagen Entscheidungen der Geschäftsleitung bis zur „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung<sup>13</sup> des BGH einer vollen inhaltlichen Überprüfung durch die Gerichte.<sup>14</sup>

In „ARAG/Garmenbeck“ hatte der BGH zu prüfen, ob dem Aufsichtsrat hinsichtlich der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Mitglieder des Vorstands ein unternehmerisches Ermessen zusteht. Sachverhaltsbedingt nahm der BGH dabei auch zur Verantwortlichkeit des Vorstands Stellung. In Anlehnung an die US-amerikanische Business Judgment Rule erkennt der BGH ausdrücklich an, dass dem Vorstand bei

---

<sup>8</sup> Ihrig in: WM 2004, S. 2098.

<sup>9</sup> Fleischer in: ZIP 2004, S. 685 f..

<sup>10</sup> Amtl. Begr. zu § 84 AktG 1937 in: *Klausing, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien nebst Einführungsgesetz und allgemeiner Begründung, 1937*, S. 71.

<sup>11</sup> BGHZ 69, 207 (213); *Fleischer* in: FS Wiedemann, S. 836; *Goette* in: ZGR 1995, 671.

<sup>12</sup> *Ihrig* in: WM 2004, S. 2099 f.; *Lutter* in: ZIP 1995, S. 441.

<sup>13</sup> BGHZ 135, S. 244 ff.

<sup>14</sup> *Roth, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands, 2001*, S. 41.

der Leitung der Geschäfte der Gesellschaft ein „weiter Handlungsspielraum“ zusteht, „ohne den unternehmerisches Handeln schlechterdings nicht denkbar ist“ und präzisiert erstmals Voraussetzungen, unter denen eine unternehmerische Fehlentscheidung des Vorstands dem Haftungstatbestand des § 93 Abs. 2 AktG entzogen wird.

### **III. Kodifizierung des Geschäftsleiterermessens in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG**

Das am 01.11.2005 in Kraft getretene Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) enthält als einen seiner Regelungsschwerpunkte weitreichende Änderungen hinsichtlich der Innenhaftung der Organe. So werden die Erfordernisse für die Einleitung einer Sonderprüfung durch eine Aktionärsminorität geändert, sowie eine an ein Klagezulassungsverfahren geknüpfte Aktionärsklage eingeführt. Dieses in § 148 Abs. 1 S. 1 AktG normierte Verfahren erleichtert es Minoritätsaktionären in erheblichem Maße, Haftungsansprüche der Gesellschaft gegen Organmitglieder durchzusetzen. Insbesondere aufgrund des niedrigen Schwellenwertes von 100.000 EUR ist § 148 Abs. 1 S. 1 AktG jedoch im Kontext des durch das UMAG in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verankerten Geschäftsleiterermessens zu verstehen.<sup>15</sup>

#### **1. Bedürfnis einer Kodifizierung des Geschäftsleiterermessens**

Für die Kodifizierung des unternehmerischen Ermessensspielraums in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG sprachen folgende Gründe:

##### **a) Klarstellung und Verrechtlichung des unternehmerischen Ermessens**

Die Normierung des Geschäftsleiterermessens soll verdeutlichen, dass eine Erfolgshaftung der Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft nicht

---

<sup>15</sup> Begr. RegE BT-Dr 15/5092, S. 20; Spindler in: NZG 2005, S. 871.

in Frage kommt.<sup>16</sup> Eine Haftung für Fehlentscheidungen im Rahmen des unternehmerischen Ermessensspielraums scheidet somit aus.

Angesichts der Tatsache, dass ein unternehmerisches Ermessen von der Rechtsprechung bereits vor Einführung des UMAG anerkannt wurde, war vorrangiges Ziel der Neufassung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht die Neugestaltung der Binnenhaftung von Gesellschaftsorganen<sup>17</sup>. Stattdessen ging es um eine Definition der Grenzen des Handlungsspielraums der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat sowie um eine Festlegung der Pflichten, deren Erfüllung für eine Anwendung des Geschäftsleiterermessens erforderlich ist.<sup>18</sup>

#### **b) Korrelat zur Aktionärsklage des § 148 AktG**

Angesichts des im Rahmen des UMAG erweiterten Klagerechts der Aktionäre war absehbar, dass die juristische Beurteilung des unternehmerischen Ermessens an praktischer Bedeutung gewinnen würde. Zur Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsanwendung erschien deshalb eine Kodifizierung der unternehmerischen Ermessensentscheidung sinnvoll.<sup>19</sup>

### **IV. Dogmatische Einordnung des unternehmerischen Freiraums**

Im folgenden sollen neben der dogmatischen Einfügung des Geschäftsleiterermessens dessen Auswirkungen auf die rechtliche Behandlung unternehmerischer Fehlentscheidungen dargestellt werden.

---

<sup>16</sup> RegBegr. zum UMAG, II A 1.

<sup>17</sup> Göz/Holzborn in: WM 2006, S. 164.

<sup>18</sup> Schütz in: NZG 2005, S. 5.

<sup>19</sup> Kock/Dinkel in: NZG 2004, S. 443; Thümmel in: DB 2004, S. 472.

## 1. Verankerung des Ermessensspielraums bei der Leitungsfunktion des Vorstands

§ 76 Abs. 1 AktG beauftragt den Vorstand mit der Kompetenz zur eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft. Dabei handelt es sich um die Führungsfunktion des Vorstands, der insbesondere die Unternehmensplanung, -koordination, -kontrolle und Besetzung der Führungsstellen zuzuordnen sind.<sup>20</sup> Um diese Aufgaben zu erfüllen und mithin die Gesellschaft zu leiten, muss der Vorstand auch Entscheidungen zwischen mehreren Handlungsalternativen treffen.<sup>21</sup> Dabei geht aus der starken Betonung der Eigenverantwortlichkeit in § 76 Abs. 1 AktG hervor, dass dem Vorstand bei diesen Leitungsentscheidungen ein eigenes Ermessen zukommt.<sup>22</sup> Das unternehmerische Ermessen des Vorstandes ergibt sich also aus dessen Leitungsaufgabe.<sup>23</sup> Dies bedeutet jedoch auch, dass ein Ermessensspielraum des Vorstands nur innerhalb der ihm zugewiesenen Leitungsmacht in Betracht kommen kann.

## 2. Haftung für Verletzungen der Sorgfaltspflicht

### a) Die Sorgfaltspflicht gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG

Die in § 93 Abs. 1 S.1 AktG normierte Sorgfaltspflicht betrifft alle Tätigkeiten, die durch die Mitglieder des Vorstands im Rahmen dieser ihrer Funktion ausgeübt werden und beinhaltet die allgemeine Pflicht, stets im Interesse der Gesellschaft zu handeln.<sup>24</sup> Entscheidend ist demnach, wie ein pflichtbewusster selbständig tätiger Leiter eines Unternehmens vergleichbarer Art und Größe zu handeln hat, der wie ein treuhänderischer Verwalter fremden Vermögensinteressen verpflichtet ist.<sup>25</sup>

Hinsichtlich dieses objektiviert-typisierten Maßstabes können sich einzelne Mitglieder des Vorstands bei der Wahrnehmung ihrer Leitungsaufgabe

---

<sup>20</sup> Hüffer, *Aktiengesetz*, 7. Auflage, 2006, *Aktiengesetz*, 7. Auflage, 2006, § 76 Rn. 7.

<sup>21</sup> Vgl. KK-Mertens, § 76 Rn. 10 ff..

<sup>22</sup> Hüffer, *Aktiengesetz*, 7. Auflage, 2006, *Aktiengesetz*, 7. Auflage, 2006, § 76 Rn. 12.

<sup>23</sup> Horn in: ZIP 1997, S. 1134 f..

<sup>24</sup> Kock/Dinkel in: NZG 2004, S. 442.

<sup>25</sup> Hüffer, *Aktiengesetz*, 7. Auflage, 2006, *Aktiengesetz*, 7. Auflage, 2006, § 93, Rn. 4.

nicht darauf berufen, dass ihnen bestimmte Kenntnisse oder Fähigkeiten fehlen. Jedes Vorstandsmitglied muss alle Fähigkeiten und Kenntnisse besitzen, die erforderlich sind, um seine Leitungsaufgabe wahrzunehmen.<sup>26</sup> Eine Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG kommt jedoch nur in Frage, wenn ein Mitglied des Vorstands bei einer Geschäftsführungsmaßnahme ohne die erforderliche Sorgfalt handelt und somit seine Pflicht aus § 93 Abs. 1 S.1 AktG verletzt.<sup>27</sup>

Über die allgemeine Sorgfaltspflicht hinaus können aus § 93 Abs. 1 S.1 AktG weitere Pflichten hergeleitet werden. So sind die Mitglieder des Vorstands außer für die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Pflichten der Gesellschaft im Verkehr mit Dritten auch für die Rechtmäßigkeit des Geschehens innerhalb der Gesellschaft verantwortlich.<sup>28</sup> Eine weitere Konkretisierung erfährt der Sorgfaltsmaßstabs des § 93 Abs. 1 S.1 AktG durch den Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK).<sup>29</sup>

#### **b) Die Verankerung des Geschäftsleiterermessens in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG**

Ansatzpunkt des Geschäftsleiterermessens ist die Sorgfaltspflicht der Mitglieder der Geschäftsleitung. Bestimmte unternehmerische Entscheidungen werden dabei bereits aus dem Tatbestand der Sorgfaltspflichtverletzung genommen.<sup>30</sup> Durch die Festlegung der Voraussetzungen, unter denen keinesfalls eine Pflichtverletzung vorliegt, schafft § 93 Abs. 1 S.2 AktG einen „sicheren Hafen“ für alle diese Voraussetzungen erfüllenden unternehmerischen Fehlentscheidungen.<sup>31</sup> Sicher ist dieser Hafen, weil § 93 Abs. 1 S.2 AktG eine unwiderlegbare Rechtsvermutung aufstellt: sobald eine unternehmerische Entscheidung die Erfordernisse des § 93 Abs. 1 S.2 AktG erfüllt, ist ein Rückgriff auf § 93

---

<sup>26</sup> *Hefermehl/Spindler* in: MüKo-AktG, § 93, Rn. 22.

<sup>27</sup> *Kock/Dinkel* in: NZG 2004, S. 442.

<sup>28</sup> *Kock/Dinkel* in: NZG 2004, S. 442.

<sup>29</sup> OLG Schleswig in: NZG 2003, S. 176 (179).

<sup>30</sup> *Holzborn/Bunnemann* in: BKR 2005, S. 52.

<sup>31</sup> *Fleischer* in: NJW 2005, S. 3528.

Abs. 1 S.1 AktG ausgeschlossen;<sup>32</sup> auch die Erbringung eines Gegenbeweis kommt dann nicht mehr in Betracht<sup>33</sup>.

### **c) Die sachliche Rechtfertigung des Geschäftsleiterermessens**

Als sachliche Rechtfertigung der Kodifizierung des Geschäftsleiterermessens ist zunächst auf die Vermeidung extrem risikoaversen Verhaltens seitens der Organmitglieder zu verweisen. Hier kommt der Kodifizierung des Geschäftsleiterermessens Signalcharakter<sup>34</sup> zu, indem sie den Geschäftsleitern nicht nur versichert, dass eine persönliche Haftung für bloße Fehlschläge oder Irrtümer nicht in Betracht kommt, sondern dass auch die entsprechenden Entscheidungen rechtmäßig sind.

Darüber hinaus wird § 93 Abs. 1 S. 2 AktG dem Charakter unternehmerischer Entscheidungen gerecht, die einerseits von Prognosen geprägt sind, andererseits oft unter Zeitdruck erfolgen müssen.

Schließlich erscheint es sachgerecht, dass die im „sicheren Hafen“ des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG befindlichen unternehmerischen Fehlentscheidungen einer inhaltlichen Überprüfung durch die Gerichte nicht unterliegen. Dies findet seinen Grund darin, dass die angegriffenen Entscheidungen in einem Haftungsprozess ex post beurteilt werden würden. Dabei ergibt sich aus der sog. „hindsight bias“, dass die Kenntnis mittlerweile eingetretener Tatsachen eine unverzerrte ex ante Beurteilung der Entscheidung in hohem Maße erschwert.<sup>35</sup>

### **d) Grenzen der Anwendbarkeit des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG**

Unternehmerische Fehlentscheidungen sollen lediglich aus dem Tatbestand der Sorgfaltspflichtverletzung ausgenommen werden. Auf Verletzungen der gesellschaftlichen Treuepflicht (welche neben Rücksichts- und Schutzpflichten auch eine Pflicht zur Führung der Geschäfte

---

<sup>32</sup> Fleischer in: NJW 2005, S. 3528.

<sup>33</sup> Hüffer, Aktiengesetz, 7. Auflage, 2006, Aktiengesetz, 7. Auflage, 2006, § 93, Rn. 4d.

<sup>34</sup> So Fleischer in: ZIP 2004, S. 687.

<sup>35</sup> Fleischer in: ZIP 2004, S. 686.

enthält<sup>36</sup>) sowie Verstöße gegen Vorschriften des deutschen Rechts<sup>37</sup> findet § 93 Abs. 1 S. 2 AktG somit keine Anwendung. Gleiches gilt für unternehmerische Maßnahmen, die gegen die Satzung der Gesellschaft oder gegen Beschlüsse der Hauptversammlung verstoßen.<sup>38</sup> Die Mitglieder der Geschäftsleitung sollen bei solchen Entscheidungen keine Haftung befürchten müssen, die sich erst ex post als fehlerhaft erweisen.<sup>39</sup> Die Fehlerhaftigkeit von Maßnahmen, die gegen Gesetz, Satzung oder Treuepflicht verstoßen, steht dagegen bereits ex ante fest.

### **3. Dogmatische Konsequenzen bei Fehlentscheidungen innerhalb des unternehmerischen Ermessensspielraums**

Die Neufassung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG soll sicherstellen, dass der ex post erkannte wirtschaftliche Misserfolg einer unternehmerischen Maßnahme diese weder als Fehlverhalten identifizieren noch als Indiz für ein Fehlverhalten dienen kann.<sup>40</sup> Indem er den unternehmerischen Ermessensspielraum auf der Tatbestandsebene der Pflichtverletzung verankert, will der Gesetzgeber signalisieren, dass das Eingehen unternehmerischer Risiken mit dem objektiven Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters durchaus vereinbar ist. So erkennt § 93 Abs. 1 S.2 AktG die Existenz von Fehlentscheidungen ohne Fehlverhalten<sup>41</sup> an und schafft für sie einen „sicheren Hafen“.

Außerdem wird das Problem umgangen, dass bei der Einstufung einer unternehmerischen Fehlentscheidung als objektive Pflichtverletzung solche (unverschuldeten) Fehlentscheidungen Anlass für den Aufsichtsrat sein könnten, sowohl dem Verhalten des Vorstands im Rahmen seiner Überwachungsfunktion entgegenzuwirken<sup>42</sup> als auch gem. § 84 Abs. 3 S.2

---

<sup>36</sup> *Kock/Dinkel* in: NZG 2004, S. 443.

<sup>37</sup> Strittig bleibt die Behandlung von Verstößen gegen ausländisches Recht, vgl. *Spindler* in: NZG, S. 872.

<sup>38</sup> *Kock/Dinkel* in: NZG 2004, S. 443.

<sup>39</sup> *Koch* in: ZRG 2006, S. 196.

<sup>40</sup> *Hoor* in: DStR 2004, S. 2106.

<sup>41</sup> *Hoor* in: DStR 2004, S. 2106.

<sup>42</sup> *Ihrig* in: WM 2004, S. 2102.

AktG die Bestellung von Vorstandsmitgliedern zu widerrufen<sup>43</sup>, da in beiden Fällen das Vorliegen einer Pflichtverletzung ausreicht.

#### **4. Dogmatische Konsequenzen bei Fehlentscheidungen außerhalb des unternehmerischen Ermessensspielraums**

Fehlentscheidungen eines Geschäftsleiters, die außerhalb des Anwendungsbereichs des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG getroffen werden, führen nicht automatisch zu einer Haftung aus § 93 Abs. 2 AktG. Vielmehr ist hier lediglich eine Prüfung am Maßstab der Sorgfaltspflicht gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG eröffnet. Eine persönliche Haftung der Organmitglieder kommt also erst dann in Betracht, wenn sie durch eine schuldhaft Verletzung der Sorgfaltspflicht einen Schaden zu Lasten der Gesellschaft verursacht haben,<sup>44</sup> wobei hier der objektiviert-typisierte Verschuldensmaßstab der Sorgfaltspflicht anzuwenden ist.<sup>45</sup> Darüber hinaus kann ein Mitglied der Geschäftsleitung einer Haftung durch den Nachweis entgehen, dass auch ein rechtmäßiges Alternativverhalten den Schaden verursacht hätte.<sup>46</sup>

#### **V. Tatbestandsvoraussetzungen des unternehmerischen Ermessens nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG**

Im folgenden sollen die Pflichten präzisiert werden, die Mitglieder der Geschäftsleitung einhalten müssen, um bei unternehmerischen Fehlentscheidungen eine Haftung aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu vermeiden. Dabei unterliegen ausschließlich die Sorgfältigkeit des Entscheidungsverfahrens sowie die Loyalität des Entscheidungsträgers einer gerichtlichen Überprüfung.<sup>47</sup> Eine richterliche Beurteilung, ob ein bestimmtes Verhalten im Interesse der Gesellschaft liegt, findet nur noch dann statt, wenn das Verhalten des Vorstands dem verfahrensbezogenen Maßstab des

---

<sup>43</sup> *Fleischer* in: ZIP 2004, S. 688.

<sup>44</sup> *Hüffer, Aktiengesetz, 7. Auflage, 2006*, § 93, Rn. 14 f.

<sup>45</sup> *Kock/Dinkel* in: NZG 2004, S. 444.

<sup>46</sup> *Koch* in: ZGR 2006, S. 196.

<sup>47</sup> *Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002*, S. 179.

§ 93 Abs. 1 S.2 AktG nicht gerecht wird und sich mithin außerhalb des „sicheren Hafens“ des Geschäftsleiterermessens befindet.

### **1. Unternehmerische Entscheidung**

Ermessensspielräume stehen dem Vorstand nur bei unternehmerischen Entscheidungen zu, weshalb dieser Begriff zunächst genauer definiert werden soll.

#### **a) Psychologische Zwangslage**

Damit überhaupt eine Entscheidung vorliegen kann, müssen dem Vorstand mehrere Handlungsalternativen möglich sein,<sup>48</sup> ansonsten bedürfte es keiner Entscheidung. Auch das bewusste Unterlassen einer Handlung stellt eine mögliche Alternative dar.<sup>49</sup>

#### **b) Umsetzung der Entscheidung**

Eine getroffene Entscheidung wird erst durch ihre Umsetzung rechtlich relevant. Dabei kann eine unternehmerische Entscheidung auch durch Unterlassen umgesetzt werden, z.B. indem ein Geschäftsleiter eine Geschäftschance nicht wahrnimmt, die er nach einer Abwägung als zu riskant erachtet.<sup>50</sup>

#### **c) Rechtmäßigkeit der Handlungsalternativen**

Fraglich ist, ob es bezüglich der bestehenden Handlungsalternativen darauf ankommt, ob eine tatsächlich mögliche Handlungsalternative rechtlich zulässig ist. Es ist durchaus davon auszugehen, dass – aus rein wirtschaftlicher Perspektive – ein Verstoß des Vorstands gegen bestimmte Pflichten aus ex-ante Perspektive als für die Gesellschaft sinnvoll erscheinen kann; jedoch kann es nicht der Entscheidung der Gesellschaft bzw.

---

<sup>48</sup> *Schneider* in: DB 2005, S. 709.

<sup>49</sup> *Kock/Dinkel* in: NZG 2004, S. 443.

<sup>50</sup> *Kock/Dinkel* in: NZG 2004, S. 443.

ihrer Organe überlassen werden, ob sie wertorientierte Normen beachten oder nicht.<sup>51</sup>

#### **d) Prognosecharakter**

Unternehmerische Entscheidungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie auf Prognosen der Geschäftsleitung beruhen, zu welchen diese angesichts nicht absehbarer externer Faktoren gezwungen war.<sup>52</sup> Nur für Entscheidungen unter Unsicherheit kann ein Ermessen des Geschäftsleiters bestehen.<sup>53</sup>

## **2. Handeln auf der Grundlage angemessener Information**

Um zu vermeiden, dass risikoreiche Maßnahmen ohne die notwendige Vorbereitung achtlos getroffen werden<sup>54</sup>, müssen unternehmerische Entscheidungen des Vorstands auf einer angemessenen Informationsgrundlage beruhen. Unternehmerische Freiheit geht demnach mit der prozeduralen Pflicht zur sorgfältigen Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen einher.<sup>55</sup> Diese bezieht sich nicht nur auf die Beschaffung der Informationen, sondern auch auf deren fehlerfreie Zusammenstellung und Würdigung; die Entscheidung selbst muss sich letztlich als Konsequenz aus der Beurteilung der vorhandenen Informationen darstellen.<sup>56</sup>

#### **a) Angemessene Entscheidungsvorbereitung**

Sowohl das geschäftliche Umfeld eines Unternehmens als auch sonstige externe Faktoren, die Einfluss auf den wirtschaftlichen Unternehmenserfolg haben, verändern sich ständig. Dies erfordert in vielen Fällen eine schnelle Reaktion seitens der Geschäftsleitung, die nun in teilweise kür-

---

<sup>51</sup> *Schneider* in: DB 2005, S. 710.

<sup>52</sup> So *Göz/Holzborn* in: WM 2006, S. 157.

<sup>53</sup> *Hüffer, Aktiengesetz, 7. Auflage, 2006*, § 93, Rn. 4f.

<sup>54</sup> Vgl. *Göz/Holzborn* in: WM 2006, S. 157.

<sup>55</sup> So *Koch* in: ZGR 2006, S. 197; *Fleischer* in NJW 2005, S. 3528.

<sup>56</sup> *Langenbucher* in: DStR 2005, S. 2086.

zester Zeit unternehmerische Entscheidungen treffen muss.<sup>57</sup> Dabei erweist es sich oft als schwierig oder unzumutbar, all die Informationen einzuholen, die für eine optimale Vorbereitung der Entscheidung notwendig wären.

Der Gesetzgeber erkennt dieses Problem und verlangt deshalb in § 93 Abs. 1 S.2 AktG eine „angemessene“ Informationsgrundlage. So reicht bei sehr eiligen Entscheidungen ein geringeres Ausmaß an zu beschaffenden Informationen aus als bei Entscheidungen mit langer Vorbereitungszeit.<sup>58</sup> Diese Privilegierung greift allerdings nur dann ein, wenn Mitglieder der Geschäftsleitung nicht selbst dafür verantwortlich sind, dass ihnen nur wenig Zeit für ihre Entscheidung bleibt.<sup>59</sup>

Das zur Verfügung stehende Zeitfenster ist außerdem im Zusammenhang mit der Tragweite der Entscheidung zu betrachten. Je höher das Risiko, desto strenger sind die Anforderungen an den Umfang der einzuholenden Informationen.<sup>60</sup> Zwar kann die Eilbedürftigkeit einer Maßnahme es rechtfertigen, dass auch bei wichtigen Geschäften nicht alle Informationen eingeholt werden. Vor allem bei riskanten Maßnahmen darf jedoch Zeitdruck nicht dazu führen, dass Entscheidungen auf einer mangelnden Informationsgrundlage getroffen werden – im Zweifelsfall muss der Vorstand auf die fragliche Maßnahme verzichten.

## **b) Subjektiver Beurteilungsmaßstab**

Für die Beurteilung, welcher Aufwand bei der Beschaffung von Informationen angemessen ist, ist die Sichtweise des handelnden Vorstandsmitglieds maßgebend, womit auch hier der für das Geschäftsliterermessen entscheidende subjektive Beurteilungsmaßstab Anwendung findet.<sup>61</sup> Im Rahmen dieses Spielraums kann der Vorstand den Informationsbedarf anhand der Rentabilität, der Eilbedürftigkeit und des Risikos der

---

<sup>57</sup> Göz/Holzborn in: WM 2006, S. 157.

<sup>58</sup> Holzborn/Bunnemann in: BKR 2005, S. 52.; RegBegr. zum UMAG, S. 23.

<sup>59</sup> Vgl. Langenbucher in: DStR 2005, S. 2087.

<sup>60</sup> Kock/Dinkel in: NZG 2004, S. 444.

<sup>61</sup> Gehb/Heckelmann in: ZRP 2005, S. 148.

Entscheidung abwägen und letztlich bestimmen, wann eine Entscheidung angemessen, d.h. durch ausreichend relevante Informationen vorbereitet ist.<sup>62</sup>

Teilweise wird als Argument gegen die Subjektivierung des Beurteilungsmaßstabs angeführt, dass die vom Gesetzgeber als entscheidungsrelevant bezeichneten Kriterien des unternehmerischen Gespürs und der Erfahrung angesichts der gewaltigen Informations- und Sachverstandsressourcen vor allem großer Aktiengesellschaften keine Bedeutung haben können.<sup>63</sup>

Dem steht jedoch der Charakter der Entscheidungsvorbereitung entgegen. Unternehmerische Entscheidungen erfolgen auch bei vorhandenen Informationen nicht selten aufgrund subjektiver Einschätzungen eines Vorstandsmitglieds. Dabei kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gespür für die Reaktion von Konkurrenten oder die Entwicklung eines Marktes zu wirtschaftlichem Erfolg führen kann.<sup>64</sup> Diese Feststellung gewinnt an Bedeutung angesichts der Möglichkeit, dass auch objektiv erscheinende verfügbare Informationen durch allgemeine Marktstimmungen oder betriebswirtschaftliche Trends subjektiv verzerrt sein können.<sup>65</sup>

Insgesamt erscheint eine klare Trennung zwischen der Entscheidungsebene und der Ebene, auf der die maßgeblichen Informationen erfasst werden, schwer.<sup>66</sup>

Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass ein vollständig objektiver Maßstab hinsichtlich der Beschaffung von Informationen der subjektiven Färbung der Entscheidungsvorbereitung nicht gerecht werden würde.

### **c) Objektive Begrenzung: „vernünftigerweise“**

Mit der Formulierung „vernünftigerweise“ begrenzt § 93 Abs. 1 S.2 AktG den Beurteilungsspielraum des Geschäftsleiters nunmehr mit Hilfe des

---

<sup>62</sup> Kock/Dinkel in: NZG 2004, S. 444.

<sup>63</sup> So Hauschka in: ZRP 2004, S. 67.

<sup>64</sup> RegBegr. zum UMAG, S. 23.

<sup>65</sup> RegBegr. zum UMAG, S. 23.

<sup>66</sup> Gehb/Heckelmann in: ZRP 2005, S. 146.

Gebots der wirtschaftlichen Vernunft.<sup>67</sup> Im Einzelfall soll eine vernünftige Entscheidung dann nicht mehr vorliegen, wenn das damit verbundene Risiko in extrem unverantwortlicher Weise falsch beurteilt wurde.<sup>68</sup>

### 3. Handeln zum Wohle der Gesellschaft

#### a) Grundsatz – Subjektiver Beurteilungsmaßstab

Die unternehmerische Entscheidung des Vorstands muss von der Überzeugung getragen sein, mit diesem Verhalten dem Wohl der Gesellschaft zu dienen. Ein Handeln des Vorstands dient dann dem Wohl der Gesellschaft, wenn es auf die Verbesserung ihrer finanziellen Lage oder Marktstellung abzielt.<sup>69</sup> Hinter dieser Voraussetzung steht der Gedanke, dass demjenigen kein Ermessensspielraum zustehen soll, der tätig wurde, obwohl er vom Misserfolg seines Handelns ausging.<sup>70</sup> Der Grundgedanke der in § 93 Abs. 1 S.1 AktG verankerten Sorgfaltspflicht, wonach der Vorstand stets dem Interesse der Gesellschaft verpflichtet ist, wird durch die Kodifizierung des Geschäftsleiterermessens nicht angetastet.

#### b) Sachliche Unbefangenheit der Organmitglieder

Die Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG setzt voraus, dass das Mitglied des Vorstands annehmen muss, seine Entscheidung frei von Fremdeinflüssen und Interessenkonflikten zu treffen.<sup>71</sup> Dies setzt insbesondere die eigene Unbefangenheit voraus.<sup>72</sup>

#### c) Objektive Begrenzung: „vernünftigerweise“

Auch der subjektive Beurteilungsmaßstab in Bezug auf das Handeln zum Wohle der Gesellschaft findet eine objektive Begrenzung durch das Merkmal „vernünftigerweise“. So soll sich ein Mitglied des Vorstands nicht

---

<sup>67</sup> Koch in ZGR 2006, S. 197.

<sup>68</sup> RegBegr. zum UMAG, S. 22; Schütz in NZG 2005, S. 6.

<sup>69</sup> Kock/Dinkel in: NZG 2004, S. 443.

<sup>70</sup> Kock/Dinkel in: NZG 2004, S. 443; zur Gutgläubigkeit als Bestandteil des „Handelns zum Wohle der Gesellschaft“: Hauschka in ZRP 2004, S. 66.

<sup>71</sup> Vgl. bereits BGHZ 135, S. 244 (253).

<sup>72</sup> Fleischer in: ZIP 2004, S. 690.

auf seine guten Intentionen berufen können, wenn es sich ihm aufdrängen musste<sup>73</sup>, dass sein Handeln nicht im Interesse der Gesellschaft liegen konnte. Auch ist nicht ersichtlich, warum sich derjenige auf § 93 Abs. 1 S.2 AktG berufen können sollte, der nicht beschreiben kann, auf welche Art und Weise der wirtschaftliche Vorteil der Gesellschaft erreicht werden sollte.<sup>74</sup>

## VI. Darlegungs- und Beweislast

### 1. Beweislast des Geschäftsleiters

In der Praxis kommt der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast eine große Bedeutung zu. Im Gegensatz zu der US-amerikanischen Kodifikation der Business Judgment Rule<sup>75</sup> geht das deutsche Aktiengesetz nicht zunächst von einem pflichtgemäßen Verhalten der Organmitglieder aus. So findet § 93 Abs. 2 S.2 AktG, der die Verteilung der Beweislast bei Verletzungen der Sorgfaltspflicht regelt, auch dann Anwendung, wenn fraglich ist, ob eine unternehmerische Maßnahme die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S.2 AktG erfüllt. Diese Norm weicht vom Grundsatz der Beweislast des Anspruchstellers ab und bürdet sie den Mitgliedern der Geschäftsleitung auf: Sobald es dem Kläger gelingt darzulegen, dass eine Maßnahme der Geschäftsleitung einen der Gesellschaft entstandenen Schaden verursacht hat, obliegt den Mitgliedern der Geschäftsleitung der Beweis, dass die Voraussetzungen der § 93 Abs. 1 S.2 AktG erfüllt sind und die angegriffene Maßnahme demnach keine Pflichtverletzung darstellt.<sup>76</sup>

Diese Verteilung der Beweislast wird damit begründet, dass die Tätigkeiten der Geschäftsleitung für die Aktionäre in der Regel unüberschaubar und teilweise unverständlich sind, wohingegen es für die Organmitglieder

---

<sup>73</sup> Gehb/Heckelmann in: ZRP 2005, S. 148.

<sup>74</sup> Langenbucher in: DStR 2005, S. 2087.

<sup>75</sup> Roth, *Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands*, 2001 in: BB 2004, S. 1067; Hopt in FS Mestmäcker, S. 920.

<sup>76</sup> Hüffer, *Aktiengesetz*, 7. Auflage, 2006, § 93, Rn. 16 f..

aufgrund ihrer Nähe zu den geschäftlichen Tätigkeiten der Gesellschaft einfacher sein dürfte, die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S.2 AktG darzulegen.<sup>77</sup>

## 2. Kritik

Aufgrund des durch das UMAG erweiterten Klagerechts der Aktionäre müssen die Mitglieder des Vorstands deutlich häufiger damit rechnen, von Aktionären der Gesellschaft verklagt zu werden. Hier wäre eine Änderung der Beweislastregelung in § 93 Abs. 2 S.2 AktG sachgerecht gewesen, wonach ein sorgfaltsgerechtes Verhalten des Vorstands dann gesetzlich vermutet<sup>78</sup> wird, wenn dieses Verhalten unter § 93 Abs. 1 S.2 AktG fällt.

Als problematisch erweist sich die Verteilung der Beweislast gem. § 93 Abs. 2 S.2 AktG insbesondere aufgrund des subjektivierten Beurteilungsmaßstabes. Hinsichtlich des Handelns zum Wohle der Gesellschaft besteht zumindest theoretisch noch die Möglichkeit, z.B. durch nachträgliche Gutachten nachzuweisen, dass das Organmitglied im Zeitpunkt der Entscheidung davon ausging, im Interesse des Unternehmens zu handeln.<sup>79</sup> Nahezu unmöglich dürfte jedoch eine Beweisführung hinsichtlich des Vorhandenseins angemessener Informationen sein, vor allem wenn die angegriffene Entscheidung auf einer Prognose oder einem unternehmerischen Gespür beruhte.<sup>80</sup>

Als Konsequenz der dogmatischen Einordnung des Geschäftsleiterermessens auf Tatbestandsebene hätte dem Geschäftsleiter auch anhand der Beweislastregelung signalisiert werden müssen, dass er beim Eingehen vernünftiger unternehmerischer Risiken rechtmäßig handelt.

---

<sup>77</sup> Goette in: ZGR 1995, S. 672.

<sup>78</sup> Roth, *Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands*, 2001 in: BB 2004, S. 1067.

<sup>79</sup> Holzborn/Bunnemann in: BKR 2005, S. 52.

<sup>80</sup> Vgl. Ulmer in: DB 2004, S. 862.

## VII. Auswirkung des Geschäftsleiterermessens auf die Organhaftung gegenüber Dritten

Umstritten ist weiterhin, ob sich bei einer Klage Dritter gegen das Unternehmen auch die Gesellschaft darauf berufen kann, dass der Vorstand im Rahmen des Geschäftsleiterermessens gehandelt hat. Gegen eine solche Drittwirkung könnte zum einen die systematische Stellung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG als Regelung der Binnenhaftung sprechen,<sup>81</sup> andererseits hat ein unternehmensfremder Dritter nicht den gleichen Einfluss auf die Stellung des Vorstands (z.B. durch eine Abwahl) wie ein Aktionär der Gesellschaft.

Die Nichtanwendbarkeit des § 93 Abs. 1 S.2 AktG im Außenverhältnis hätte jedoch deren Umgehbarkeit im Innenverhältnis zur Folge. So könnte ein Aktionär, der als Teil einer gem. § 148 Abs. 1 AktG klagebefugten Minderheit aufgrund des § 93 Abs. 1 S.2 AktG nicht gegen den Vorstand vorgehen kann, als regulärer Gläubiger gegen die Gesellschaft klagen.

Da auch der BGH bereits mehrfach den Organmitgliedern bei der Feststellung des Zeitpunkts der Insolvenzauslösung einen gewissen Beurteilungsspielraum zugestanden hat<sup>82</sup>, kann davon ausgegangen werden, dass § 93 Abs. 1 S.2 AktG auch im Außenverhältnis Anwendung finden kann.<sup>83</sup>

## VIII. Fazit

Mit der Kodifizierung des Geschäftsleiterermessens in § 93 Abs. 1 S.2 AktG gelang es dem Gesetzgeber, eine durchaus angemessene Balance zwischen unternehmerischer Freiheit der Geschäftsleitung und ausreichendem Schutz der Aktionäre herzustellen. Inkonsequent erscheint allerdings, dass die Beweislastregelung des § 93 Abs. 2 S.2 AktG von der

---

<sup>81</sup> So *Spindler* in: NZG 2005, S. 872.

<sup>82</sup> BGHZ 75, S. 96 ff.; BGHZ 126, S. 181 ff.

<sup>83</sup> So auch *Fleischer* in: ZIP 2004, S. 692.

Neufassung des § 93 Abs. 1 S.2 AktG unberührt bleibt, wodurch die Bedeutung des geschaffenen Haftungsfreiraums relativiert wird.

In Form des § 93 Abs. 1 S.2 AktG besteht für unternehmerische Entscheidungen nunmehr ein „sicherer Hafen“; aufgrund der Beweislastregelung des § 93 Abs.2 S.2 AktG ist dieser jedoch nur schwer zu erreichen.