

Die Business Judgement Rule Der Rettungsring?

Leitlinien für die ordnungsgemäße Geschäftsführung



Foto: Gino Santa Maria / fotolia.de

Der Maßstab zur Beurteilung einer Pflichtverletzung ist die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. Da diese kryptische Formulierung wenig aussagekräftig ist, wie man sich bei der Geschäftsführung konkret verhalten soll, wird von Rechtsprechung und Literatur versucht, dem Thema mit Leitlinien für die Geschäftsführung Herr zu werden.

I. Grundsätze ordnungsgemäßer Geschäftsführung

So wurden zunächst die Grundsätze ordnungsgemäßer Geschäftsführung formuliert:

1. Entscheidungen sind den Umständen und ihrer Bedeutung nach angemessen vorzubereiten.
2. Entscheidungen und deren Durchführung müssen sich innerhalb der Grenzen der gesicherten Erkenntnisse und bewährten Erfahrungen unternehmerischen Verhaltens bewegen.
3. Es muss eine angemessene Kontrolle ausgeübt werden.

In diesem Zusammenhang empfiehlt sich ein Blick in den DCGK, den Deutschen Corporate Governance Kodex (www.corporate-governance-code.de), der zwar nur für börsennotierte Aktiengesellschaften gilt, gleichwohl aber rechtsformübergreifend die anerkannten Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung beinhaltet, so dass ein Zivilrichter auch diesen heranzieht, um zu beurteilen, ob der GmbH-Geschäftsführer pflichtgemäß gehandelt hat.

II. Beratungsresistenz

Den hinter dem Ofen des Alltags sitzenden, bisweilen selbstherrlich agierenden Geschäftsführer lockt man mit solchen Grundsätzen natürlich nicht hervor. Er hält sich für unverwundbar. Nachdrückliche Empfehlungen, ein Frühwarnsystem für existenzbedrohende Risiken und ein Risikomanagementsystem einzuführen, perlen an ihm ab. Auch der Hinweis auf die zunehmende Verschärfung der Rechtsprechung bezüglich Managerhaftung verhallt zu meist ungehört. Bei den Stichworten „Corporate Gover-

nance“ und „Compliance Guidelines“ schaut man in fragende Augen, bestenfalls wird dies abgetan als teurerer Beratungsschnickschnack für Großunternehmen. Eine solche Einstellung verlangt Mut, der einen Geschäftsführer schnell verlassen kann, wenn er sich Folgendes bewusst macht:

Die drei Grausamkeiten:

Fahrlässigkeit – Verjährung - Beweislast

- Ein Geschäftsführer haftet gem. § 43 Abs. 2 GmbHG für einen Schaden, selbst wenn er diesen nur durch einen fahrlässig begangenen Pflichtverstoß verursacht hat!
- Der Anspruch auf Schadensersatz gegen den Geschäftsführer verjährt in 5 Jahren gerechnet ab Schadenseintritt!
- Der Geschäftsführer hat zu beweisen, dass er pflichtgemäß gehandelt hat!

Diese Erkenntnisse gewinnt der Geschäftsführer meist Jahre später, wenn es gilt, sich gegen eine Inanspruchnahme verteidigen zu müssen. Dabei entpuppt sich die umgekehrte Darlegungs- und Beweislast als besonders hohe Hürde.

BGH, Urteil vom 04.11.2002

(Az.: II ZR 224/00)

Eine GmbH trifft im Rechtsstreit um Schadensersatzansprüche gegen ihren Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG - entsprechend den Grundsätzen zu §§ 93 Abs. 2 AktG, 34 Abs. 2 GenG - die Darlegungs- und Beweislast nur dafür, dass und inwieweit ihr durch ein Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen ist, wobei ihr die Erleichterungen des § 287 ZPO zugute kommen können. Hingegen hat der Geschäftsführer darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass er seinen Sorgfaltspflichten gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG nachgekommen ist oder ihn kein Verschulden

trifft, oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.

Wenn der BGH von Erleichterungen des § 287 ZPO spricht, die der Gesellschaft zugute kommen, ist damit gemeint, dass die Gesellschaft nur nachweisen muss, dass ein Schaden entstanden ist. Die Höhe des Schadens kann das Gericht salopp gesagt „Pi mal Daumen“ festlegen.

§ 287 Abs. 1 Satz 1 der Zivilprozessordnung (ZPO)

Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung.

Da nicht selten der Inanspruchnahme eine sofortige Abberufung als Geschäftsführer und außerordentliche Kündigung des Dienstvertrages vorausgeht, bleibt dem Geschassten kaum Zeit, sich die für seine Verteidigung notwendigen Dokumente und Informationen zu besorgen. Auch an dieser Stelle gilt der altbekannte Spruch: „Wer schreibt, bleibt“. Vom Geschriebenen (Gesellschafterprotokolle, relevante E-Mails) sollte man sich immer zeitnah Kopien machen.

III. Business Judgement Rule - Retter in der Not oder Sargnagel?

Neben diesen Grundsätzen ordnungsgemäßer Geschäftsführung ist in den vergangenen Jahren eine weitere Leitlinie für die Geschäftsführertätigkeit getreten, die einerseits die Chance erhöht, sich erfolgreich verteidigen zu können, andererseits das Risiko erhöht, zum Vorsatztäter – auch im strafrecht-

lichen Sinne – zu werden. Die Business Judgement Rule. Um die Business Judgement Rule deutscher Prägung (sie kommt ursprünglich aus dem US-Recht) zu verstehen, muss man bei der berühmt-berüchtigten ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.05.1997 beginnen.

1. Aller Anfang ist schwer...

Der BGH stellte damals klar, dass bei Inanspruchnahme zu berücksichtigen ist, dass dem Vorstand für die Leitung der Geschäfte der AG ein weiter Handlungsspielraum zubilligt werden muss, ohne den unternehmerisches Handeln schlechterdings nicht denkbar ist.

Mit dem Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22.09.2005, kurz UMAG, wurde der höchstrichterlich eingeräumte Ermessensspielraum Gesetz, wenn auch zunächst nur für den Vorstand einer AG.

§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG

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.

Diese in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG verankerte Haftungsprivilegierung gilt nunmehr entsprechend für GmbH-Geschäftsführer, wobei die Rechtsprechung auch schon klargemacht hat, unter welchen Voraussetzungen sich der Geschäftsführer darauf berufen kann.

BGH, Beschluss vom 14.07.2008

(Az.: II ZR 202/07)

Eine Haftungsprivilegierung eines Geschäftsführers einer GmbH im Rahmen des ihm zuste-

henden unternehmerischen Ermessens setzt voraus, dass das unternehmerische Handeln auf einer sorgfältigen Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruht; das erfordert, dass er in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausschöpft und auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abschätzt und den erkennbaren Risiken Rechnung trägt.

In den Genuss der Business Judgement Rule kommt man nur, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Es muss eine unternehmerische Entscheidung vorliegen.
2. Die Entscheidung, so zu handeln, muss auf angemessener Information basieren.
3. Die Entscheidung, so zu handeln, muss dem Wohl der Gesellschaft gedient haben.
4. Die Entscheidung, so zu handeln, muss frei von Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen sein.
5. Hinsichtlich der vorgenannten Vermutungsvoraussetzungen muss Gutgläubigkeit des Geschäftsführers gegeben sein.

Sind die vorgenannten Voraussetzungen gegeben, wird unwiderlegbar vermutet, dass der Geschäftsführer sich objektiv pflichtkonform verhalten hat. D.h., dem Zivilgericht ist es versagt, das der Business Judgement Rule entsprechende Verhalten als pflichtwidrig zu werten. Auch hinsichtlich der einzelnen Voraussetzungen ist das Gericht in seiner Überprüfung beschränkt.

2. Unternehmerische Entscheidung

Die Business Judgement Rule kommt nur zur Anwendung bei unternehmerischen Ent-

scheidungen. Sind die Entscheidungen, die der Geschäftsführer zu treffen hat, bereits durch Gesetz, durch Satzung, durch Dienstvertrag durch Geschäftsordnung oder durch Weisungsbeschluss der Gesellschafter vorgegeben, dann hat der Geschäftsführer insofern keinen Ermessensspielraum, wie er entscheidet. Er darf sich nur so entscheiden, wie ihm das vorgegeben worden ist, gleichgültig, ob er die Entscheidung für sinnvoll hält oder nicht (s.a. in dieser Ausgabe „Die Gesellschafterversammlung – Das oberste Organ der GmbH“). Die erste Frage, die zu beantworten ist, bevor der Geschäftsführer tätig wird, lautet:

Welche Vorgaben aus Gesetz, Satzung, meinem Dienstvertrag, der Geschäftsführer-Geschäftsordnung, Gesellschafterbeschlüssen muss ich bei meiner Geschäftsführertätigkeit beachten?

Gibt es z.B. keine Vorgabe der Gesellschafter, unter welchen Voraussetzungen die Gesellschaft einen Kunden beliefern darf, steht es – und jetzt kommt's – im pflichtgemäßen Ermessen des Geschäftsführers, den Kunden zu beliefern oder nicht. Pflichtgemäß heißt, er hat sein Ermessen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuüben. Steht der Kauf eines Unternehmens unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Gesellschafter, so hat der Geschäftsführer vor Abschluss des Kaufvertrages die Zustimmung der Gesellschafter einzuholen. Ob und wie der Kauf dann konkret vorstatten geht, steht im pflichtgemäßen Ermessen des Geschäftsführers.

Das Zivilgericht kann also nur die pflichtgemäße Ausübung des Ermessens kontrollieren. Hält sich dieses im erlaubten Rahmen, dann begründet selbst der Totalverlust (z.B. Forderungsausfall, Wertlosigkeit des Unternehmens) keine Haftung des Geschäftsführers.

a) Wie groß ist eigentlich der Ermessensspielraum für die unternehmerische Entscheidung?

Gott sei Dank hat die Rechtsprechung (bei der Strafjustiz ist diese Erkenntnis bisweilen noch nicht angekommen) erkannt, dass bei noch so sorgfältiger Vorbereitung und Ausführung der unternehmerischen Entscheidung, den Kunden zu beliefern oder das Unternehmen zu kaufen, es nicht die einzig richtige Entscheidung gibt. Unternehmerisches Handeln ist ohne das Eingehen von Risiken nicht denkbar. Entscheidungen können sich später als Fehlschlag oder Irrtum herausstellen.

Wenn dafür der Geschäftsführer haften müsste, würde das bedeuten, dass dem Geschäftsführer das Risiko des Erfolgs eintritts aufgebürdet würde. Die Übernahme eines solchen Risikos steht außer Verhältnis zu den Chancen für den Geschäftsführer. Ein Geschäftsführer verdient im Allgemeinen zwar gut, jedoch nicht so gut, dass er damit Fehlschläge kompensieren könnte. Die Kirche muss daher im Dorf bleiben. Es ist originäre Aufgabe der Gesellschafter, erfahrene und kompetente Geschäftsführer zu bestellen. Wer einen Unfähigen zum Geschäftsführer beruft, muss sich später nicht wundern, wenn der Gesellschaft ein Schaden entsteht. Die Grenzen des dem Geschäftsführer eingeräumten Ermessens sind daher erst dann ausnahmsweise überschritten, wenn die Voraussetzungen eines vom Verantwortungsbewusstsein getragenen, ausschließlich am Unternehmenswohl orientierten, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhenden, unternehmerischen Handelns unter keinem denkbaren tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkt mehr vorliegen und die Grenzen der notwendigen Eingehung unternehmerischer Risiken in unverantwortlicher Weise überspannt wor-

den sind. Mit anderen Worten ist der Ermessensspielraum erst dann überschritten, wenn aus der Sicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters das hohe Risiko eines Schadens unabweisbar ist und keine vernünftigen geschäftlichen Gründe dafür sprechen, es dennoch einzugehen.

Leider maßt sich gerade immer häufiger die Staatsanwaltschaft an, aus der sogenannten ex-post-Perspektive und nach jahrelangen Ermittlungen unter Hinzuziehung von parteiischen Zivil-Gutachten dem Geschäftsführer den Weg zur einzig richtigen Entscheidung aufzuzeigen, den er damals in der konkreten Situation leider nicht beschritten hat und daher sich der Untreue zum Nachteil des Unternehmens strafbar gemacht haben soll. Diese „postmortale Besserwisserei“ (Zitat des ehemaligen BGH-Richters Goette auf einer Compliance Tagung in München 2009) ist nach meiner praktischen Erfahrung die aktuell größte Gefahr für Unternehmensleiter in Deutschland. Soweit die Gesellschafter dem Geschäftsführer keine Weisungen erteilt haben, steht ihm bei seiner Entscheidung ein unternehmerisches Ermessen zu, welches nur ganz eingeschränkt im Nachgang richterlich überprüft werden darf.

b) Habe ich eine unternehmerische Entscheidung getroffen?

Darf der Geschäftsführer eine unternehmerische Entscheidung treffen, greift die Haftungsprivilegierung der Business Judgement Rule nur dann, wenn er auch eine unternehmerische Entscheidung getroffen hat. Eine unternehmerische Entscheidung setzt einen gewissen Denkprozess voraus. Schlichte Untätigkeit ist keine unternehmerische Entscheidung. Vielmehr wird verlangt, dass ich mich bewusst entschieden habe, auch nichts zu tun (z.B. die Forderung nicht einzuklagen, im Rahmen einer Due Diligence erkannte Risi-

ken nicht absichern). Die unternehmerische Entscheidung ist eine Prognose. Daher muss das Zivilgericht bei der späteren Beurteilung auf den Zeitpunkt der Entscheidung abstellen, die sog. ex-ante-Perspektive. Aus diesem Blickwinkel muss die Entscheidung des Geschäftsführers für das Gericht objektiv nachvollziehbar sein. Die Entscheidung z.B. im Jahr 2007 ein Unternehmen zu kaufen, ist im Lichte der zu diesem Zeitpunkt vorherrschenden Hochstimmung zu werten und nicht unter Berücksichtigung der nicht vorherzusehenden Auswirkungen der nachfolgenden Weltfinanz- und Weltwirtschaftskrise. Aus heutiger Sicht war fast jeder Kauf ein Fehler und hat den Käufern herbe Verluste beschert.

3. Entscheidung auf der Grundlage angemessener Informationen

Die Antwort auf diese Frage ist in den meisten Fällen „kriegsentscheidend“. Die Entscheidung ist sorgfältig vorzubereiten. Die angemessene Vorbereitung der Ermessensentscheidung setzt eine einzelfallbezogene, sorgfältige Recherche der maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen mit Abschätzung der Entscheidungsfolgen und Abwägung denkbarer Entscheidungsalternativen voraus. Das kann auch die Verpflichtung einschließen, speziellen Rat innerhalb oder außerhalb des Unternehmens einzuholen, falls die eigene Fachkunde der Geschäftsführer nicht ausreicht. Als Entscheidungsgrundlage sind diejenigen Informationen einzuholen, die ein verantwortungsvoll handelnder Geschäftsleiter in der konkreten Entscheidungssituation als entscheidungserheblich ansehen und deshalb beschaffen würde. Damit hat der Geschäftsführer auch bei der Beschaffung einen gewissen Ermessensspielraum. Auch in diesem Punkt gibt es nicht die einzig richtige Information. Bei sorgfältiger Informationsbeschaffung kommt ein pflichtwidriges Handeln nur noch dann in Betracht, wenn der Geschäftsführer trotzdem eine völlig

unvertretbare Entscheidung trifft. Unvertretbar ist die Entscheidung z.B. dann, wenn der Geschäftsführer einem Kunden ohne Vorkasse Waren liefert, obwohl er weiß, dass der Kunde zahlungsunfähig ist. Hiervon zu unterscheiden sind die vertretbaren Entscheidungen, die trotz sorgfältiger Vorbereitung fehlschlagen, weil die Informationen falsch beurteilt oder falsch eingeschätzt worden sind. Die jeweils erforderliche Informationstiefe hängt auch von den Beschaffungskosten und dem potentiellen Risiko für die Gesellschaft ab. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, wie viel Zeit dem Geschäftsführer verbleibt, um sich Informationen für seine Entscheidung zu verschaffen (z.B. wer einem Neukunden auf Rechnung liefert, sollte vorher zumindest seine Bonität geprüft haben; wer ein Unternehmen kaufen will, sollte eine Due Diligence durchgeführt haben).

4. Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft

Zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, versteht sich von selbst. Der Geschäftsführer hat ausschließlich den Interessen der Gesellschaft zu dienen und als Verwalter fremder Vermögensinteressen grundsätzlich für eine nachhaltige Rendite zu sorgen. Zum Wohle der Gesellschaft ist es nicht mehr, wenn keine vernünftigen wirtschaftlichen Gründe dafür sprechen, ein nicht von der Hand zu weisendes Risiko dennoch einzugehen, oder wenn die Existenz der Gesellschaft aufs Spiel gesetzt wird.

5. Entscheidung frei von Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen

Bisweilen kann der Geschäftsführer, z.B. wenn er auch Gesellschafter ist, gewissen Verlockungen ausgesetzt sein, im Eigeninteresse oder eines Dritten zu handeln. Geschäfte mit Verwandten oder Bekannten bergen Interessenkonflikte. Gleiches gilt, wenn der Geschäftsführer in einer Beziehung zu dem

Vertragspartner steht (z.B. dort Gesellschafter, im Aufsichtsrat). Der Geschäftsführer ist daher gut beraten, mögliche Interessenkonflikte gegenüber den Gesellschaftern und Mitgeschäftsführern offen zu legen und einen Beschluss über die Unbedenklichkeit einzuholen.

6. Gutgläubigkeit

Der Geschäftsführer muss im guten Glauben eine unternehmerische Entscheidung auf Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft und frei von Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen getroffen haben. An der Gutgläubigkeit fehlt es, wenn der Geschäftsführer der Gesellschaft bewusst Verluste zufügt. Die unternehmerische Entscheidung muss also für die Gesellschaft einen Vorteil erkennen lassen. Handeln in gutem Glauben ist auch ausgeschlossen, wenn gegen die in der betreffenden Branche anerkannten Erkenntnisse und Erfahrungsgrundsätze verstoßen wird (z.B. vor einer Kreditvergabe keine Bonitätsprüfung).

Fazit

In der Gesamtschau kann man sagen, dass die Business Judgement Rule dem Geschäftsführer einen durchaus konkreten Leitfaden an die Hand gibt, unternehmerische Entscheidungen pflichtgemäß zu treffen. Jeder Geschäftsführer ist daher gut beraten, sich diese fünf Voraussetzungen für seine Geschäftsführertätigkeit zu Eigen zu machen und entsprechend zu dokumentieren. Wer allerdings auch nur eine Voraussetzung nicht erfüllt, wird es zukünftig schwer haben, nachzuweisen, dass er nicht pflichtwidrig gehandelt hat. Insoweit geht der Griff nach dem Rettungsring ins Leere.

Magnus Dühring
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht
duehring@maxkanzlei.de