



Freshfields Bruckhaus Deringer

Risikoentscheidungen und Risikoabsicherung

Aktienrechtliche Haftung des Vorstandes bei der Verwirklichung von Risiken

Prof. Dr. Christoph H. Seibt, 27. Januar 2015

Agenda

Teil 1 Grundlagen der Organhaftung

Teil 2 Risikoabsicherung unternehmerischer Entscheidungen

Teil 3 Risikominimierung und „Personal Risk Management“

Grundlagen der Organhaftung

1. Grundlagen der Organhaftung (1/5)

Funktionen der Vorstandshaftung (§ 93 Abs. 2 AktG; Innenhaftung)

1. Schadensausgleich

- Kompensation durch (Total-)Reparation (*iustitia commutativa*)
- Gläubigerschutz durch Wiederauffüllung des Haftkapitals
 - Allerdings: für AG im Falle der Vorstandshaftung rechtsformtypisch hohe Schadenssummen übersteigen oftmals Deckungssumme und erst recht persönliche Leistungsfähigkeit des Haftungssubjekts
 - Zudem: Kompensation tritt aufgrund gesellschaftsfinanzierter D&O-Versicherung durch pflichtvergessenes Vorstandsmitglied in den Hintergrund

2. Schadensprävention

- Haftung als Instrument der Verhaltenssteuerung – Anreizsetzung zu sorgfaltsgemäßigem Handeln durch Risiko spürbarer Haftung
 - Konkurrierende Incentivierung: Möglichkeit der Abberufung aus wichtigem Grund (§ 84 Abs. 3 AktG) sowie Entlastungsverweigerung (§ 120 Abs. 1 AktG)

3. Keine Sanktionsfunktion im Sinne eine „Pönalisierung“

- Sanktionierung bleibt Straf- und Aufsichtsrecht vorbehalten
 - Bei Risikoentscheidungen insbesondere: Untreuestrafbarkeit (§ 266 StGB)
 - In Non-Compliance-Fällen: Bebußung wegen Aufsichtspflichtverletzung

1. Grundlagen der Organhaftung (2/5)

10 Elemente der strengen Vorstandshaftung im dt. Aktienrecht

1. Haftung für *jede* Form der Fahrlässigkeit (*omnis culpa*)

- Organmitglieder damit schlechter gestellt als andere Führungskräfte – im Grundsatz keine beschränkte Arbeitnehmerhaftung
 - Allerdings u.U. „Schadensgeneigtheit“ berücksichtigungsfähiger Topos bei Begrenzung der Haftung für exorbitante Schadenssummen, sehr str.

2. Für Vorstand ungünstige Darlegungs- und Beweislastverteilung

- AG muss nur möglicherweise pflichtwidriges Handeln und Kausalität darlegen; Vorstandsmitglied trifft Beweislast für fehlende objektive Pflichtwidrigkeit und für fehlendes Verschulden, § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG
 - Damit schärfere Beweislastumkehr als etwa bei § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB, da dort nur die Schuldebene betroffen ist
- Gilt auch für ausgeschiedene Vorstandsmitglieder trotz faktisch nur beschränkten Zugangs zu enthaftenden Gesellschaftsunterlagen
 - Aber: Informationsanspruch (§ 810 BGB iVm nachwirkender Treuepflicht, str.)
- Vernichtung von (u.U. enthaftenden) Unterlagen in Umsetzung einer *Document Destruction Policy* führt nicht ohne Weiteres zur Beweisvereitelung im Rechtssinne (anders bei gezielter Beweisvernichtung)

1. Grundlagen der Organhaftung (3/5)

3. Indisponible Haftung (Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 AktG)

- Idee: Aktie als standardisiertes, fungibles Produkt (aber zweifelhaft, ob Standardisierung auch indisponible Vorstandshaftungsregeln erfordert)

4. Haftungs- und Handlungsfreiraum durch Business Judgment Rule („safe harbour“) ist in seiner Privilegierungswirkung beschränkt

- Nur unternehmerische, d.h. rechtlich nicht gebundene Entscheidungen
- Nach zw. h.M. auch nicht: Pflichtaufgaben mit tatbestandlichem Beurteilungsspielraum, weil Spielraum nach gesetzlichen Zielvorgaben auszunutzen (z.B.: Pflichtaufgabe der Errichtung eines Compliance-Systems)
- *Faktisch*: Rückschaufehler späterer Beurteilungsinstanzen (AR, Gerichte)

5. Restriktive Auslegung der Voraussetzungen für entschuldigende Wirkung eines Verbotsirrtums (objektiver Verschuldensmaßstab)

- Einholung sachverständigen Rechtsrats und Plausibilitätsprüfung

6. Gesamtverantwortung mit nur bedingter Delegationsmöglichkeit

- Allerdings: Geltung des Vertrauensgrundsatzes, d.h.: besondere Untersuchungs- und Eingriffspflichten bestehen nur bei „Anlass“
- Gilt sowohl in horizontaler Hinsicht (Vorstandsebene; Beschluss 70. DJT für legislative Klarstellung) als auch vertikaler Hinsicht (Delegation)

1. Grundlagen der Organhaftung (4/5)

7. Regelmäßige Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats (ARAG/Garmenbeck)

- Bindung an Unternehmenswohl gebietet i.d.R. Verfolgung der Ansprüche, wenn nicht gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen
 - Bsp.: Abstand von Anspruchsverfolgung, um in Kartellsachen Kooperationsbereitschaft im Hinblick auf Kronzeugenregelung zu steigern
 - (Teilweises) Absehen von Verfolgung in Härtefällen über Topos etwa der Gewinnbarkeit künftiger Organmitglieder begründbar?
- Treuepflicht als der Anspruchsverfolgung gegenläufiges Prinzip – u.U. Rechtspflicht zur Regressreduzierung (*Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598 ff.)

8. Eingeschränkte Verzichts- und Vergleichsmöglichkeit (§ 93 Abs. 4 AktG)

- Sperrfrist von drei Jahren nach Anspruchsentstehung; Zustimmung der HV
- Hierbei keine Bindung an die ARAG/Garmenbeck-Kriterien (Arg.: Mitwirkung der HV; Unterschied zwischen rechtlich bindendem Verzicht und bloßem faktischen „Absehen von Verfolgung“)

9. Verjährungsfrist bei börsennotierten AGs 10 Jahre (§ 93 Abs. 6 AktG)



1. Grundlagen der Organhaftung (5/5)

10. Gefahr „existenzvernichtender“ Haftungssummen

- Bei Großunternehmen besonderes Risikopotential („schadensmultiplizierender Unternehmenskontext“)
- Deckungssumme von D&O-Versicherungen: meist in Relation zur Bilanzsumme, aber Deckungsgrenze im Regelfall zwischen 25-300 Mio.
- Deckungsausschluss bei Vorsatz (§ 103 VVG); vertraglich: meist bei Wissentlichkeit der Pflichtverletzung (Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts irrelevant), vgl. Nr. 5.1 AVB-AVG / Deckungsausschluss für Bußgeldschäden, vgl. Ziff. 5.11 AVB-AVG

Risikoabsicherung bei unternehmerischen Entscheidungen

Business Judgement Rule

II. Risikoabsicherung (1/7)

1. Ausgangsbefund: Strenge Vorstandshaftung und Risikoaversion

- Strenge Vorstandshaftung begründet Gefahr allzu risikoaversen Vorstandshandelns und Überinvestition in Schadensvermeidungsaktivitäten
- Allerdings: Risiken einzugehen, ist aus der Warte des AktG nicht nur erlaubt, sondern notwendige Konsequenz unternehmerischen Handelns

2. Risikoentscheidungen und Sorgfaltspflichten

- Rechtsökonomisch: Rational, Risikoentscheidungen zu unterlassen, deren Erwartungswert erkennbar negativ ist, weil einer geringen Gewinnchance ein größeres (statistisches) Verlustrisiko gegenübersteht
- Rechtlich: Je höher eingegangene Risiken, desto strenger sind die Anforderungen an Prüfungs- und Überwachungspflicht (u.U. sachverständige Hilfe zur Risikobewertung)
- Gibt es eine „absolute Risikogrenze“?
 - Eintrittswahrscheinlichkeit muss stets korrigierend bei Risikoentscheidung berücksichtigt werden
 - Bestandsgefährdende (Klumpen-)Risiken: Existenzgefährdung im Verwirklichungsfall führt nicht *per se* zur Pflichtwidrigkeit der Entscheidung zum Eingehen des Risikos (Bsp.: Nur Eingehen eines bestandsgefährdenden Risikos bietet Chance, zukunftsfähig überhaupt am Markt zu verbleiben)

II. Risikoabsicherung (2/7)

3. Business Judgement Rule: Stärkung der Risikobereitschaft

- Business Judgement Rule soll unternehmerisch unerlässliche Risikobereitschaft durch Einräumung eines Freiraums gegenüber dem Haftungsrecht fördern
 - Unternehmerische Entscheidung
 - Nicht justiziable Einschätzungen geprägt durch Zukunftsbezogenheit und Prognosegehalt
 - Nach h.M. nicht erfasst sind rechtlich gebundene Entscheidungen (inbes. Gesetzes- oder Satzungsverstöße): Legalitätspflicht
 - Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse
 - Handeln zum Wohle der Gesellschaft
 - Aus Sicht des Entscheidungszeitpunktes (*ex ante*)
 - Jedenfalls gegeben, wenn Maßnahmen der langfristigen Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit dient
 - Handeln auf der Grundlage angemessener Informationen (einschließlich Kenntnis über Risikominimierung durch Versicherung)
 - Gutgläubigkeit des Vorstandsmitglieds: Vorstandsmitglied muss bei der Entscheidung annehmen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln
- Essenz: Risikoabsicherung durch informierte, vertretbare kaufmännische Entscheidung / Fokus liegt auf dem Prozess der Entscheidungsfindung

II. Risikoabsicherung (3/7)

4. Risikoentscheidungen und Risikoabsicherung

- *Makroebene* (Bezugspunkt: Gesamtheit der unternehmerischen Betätigung)
 - Systematisches Risikomanagement: Ausgestaltungsermessen!
 - Normative Risikoanalyse: Risikobewertung des „normativen Umfelds“
 - Bsp.: Produkthaftungsrisiken; regulatorische Anforderungen
 - Organisatorischen Maßnahmen zur Überwachung der Risiken und angemessene Reaktionen bei drohender Risikoverwirklichung
- *Mikroebene*
 - Risikobewältigung im „Tagesgeschäft“
 - Maßnahmen der Risikominimierung; Bsp.: Durchführung einer Due-Diligence-Prüfung vor einem Unternehmens- oder Beteiligungskauf
 - „Ob“ der Risikoidentifikation: Rechtspflicht; „Wie“ der Risikoidentifikation sowie „Wie“ der Risikosteuerung: Business Judgement Rule
 - Möglichkeit rechtlicher Absicherungsmechanismen eines Risikogeschäfts als Abwägungsfaktor zugunsten der Eingehung von Risiken
 - Bsp.: Freistellungsvereinbarungen beim Unternehmenskauf für Schäden aus Non-Compliance / Sicherheiten bei Warenlieferungen „auf Kredit“
 - Pflicht zur Sicherstellung risikoadäquaten Versicherungsschutzes?
 - „Relative“ Pflicht zur Versicherung z.B. gefährdeter Vermögenswerte

II. Risikoabsicherung (4/7)

5. Rechtsrisiken

- Legalitätspflicht: „unternehmerisches Mandat“ steht unter Legalitätsvorbehalt
- Externe Pflichtenbindungen der Gesellschaft werden als Organpflichten in das Innenverhältnis transportiert
 - Im Ausgangspunkt erfasst: jede Art von gesetzlichen Verhaltens- und Organisationspflichten (insbesondere: Einhaltung bilanz-, steuer-, kartell-, wettbewerbs-, kapitalmarktrechtlicher Pflichten; im Grundsatz auch: ausländische Rechtsnormen), nicht Vertragspflichten
 - Legalitätspflicht bei eigenem Handeln; Legalitätskontrollpflicht des Vorstandes bei Handeln auf nachgelagerten Ebenen (Organisationspflicht mit Ausgestaltungsermessen und BJR)
- Legalitätspflicht steht nicht unter Nützlichkeitsvorbehalt (Bsp.: Schmiergeld)

II. Risikoabsicherung (5/7)

- Problem: *Rechtsrisiken aufgrund unklarer Rechtslage*
 - Phänomenologisch unternehmerischen Entscheidungen vergleichbar (jeweils Prognoseentscheidung unter Unsicherheit)
 - H.M.: Rechtsirrtum stets objektiv pflichtwidrig, allein Exkulpation auf Schuldebene möglich
 - Hohe Exkulpationshürden: Vorstand muss (1.) Sachverhalt aufarbeiten, (2.) sachverständigen Rechtsrat einholen und (3.) ihn auf Plausibilität prüfen
 - Kritik: Übersteigerte Anforderungen der Legalitätspflicht!
- **Legal Judgement Rule?** Differenzierung zwischen Außen- und Innenverhältnis: Gesellschaft handelt zwar pflichtwidrig, Vorstand aber im Innenverhältnis zur Gesellschaft pflichtgemäß, wenn er wohlinformiert vertretbaren Rechtsstandpunkt bildet
 - Vermeidung einer rechtlichen Erfolgshaftung durch „Legal Judgement“
- Sonderfall: Unsicherheiten bei der Anwendung ausländischen Rechts
 - H.M.: Strikte Legalitätspflicht erstreckt sich auf alle „anwendbaren Rechtsvorschriften“ (Anwendbarkeit bestimmt sich kollisionsrechtlich)
 - Prozessual wird ausländisches Recht als Tatsache behandelt (293 ZPO)
 - Indiz dafür, dass Dichotomie von unternehmerischer und „rechtlich“ gebundener Entscheidung aufzuweichen ist?

II. Risikoabsicherung (6/7)

- Aus Legal Judgement folgt: Sind Eintrittswahrscheinlichkeit eines Rechtsverstößes (nicht: die Durchsetzungswahrscheinlichkeit) und potentieller Schaden im Fall seines Eintritts gering, so kann sich Vorstandsmitglied für die betreffende Handlungsoption entscheiden, ohne sich dadurch pflichtwidrig zu verhalten, wenn diesen Risiken nicht nur unerheblicher Vorteil für das Unternehmen gegenübersteht
 - Bsp.: Kartell-Vollzugsverbot in einer Auslandsjurisdiktion mit langer Verfahrensdauer und geringer Sanktion
 - Bsp.: Innovatives Produkt soll multinational auf den Markt gebracht werden; schwer abschätzbares Risiko, dass bestimmte Jurisdiktionen (in ihrer Reichweite unklare) Zulassungspflichten statuieren

II. Risikoabsicherung (7/7)

6. Reine Reputationsrisiken: Corporate Reputation Management

- Risiken für die Unternehmensreputation, auch ohne, dass eine Verletzung von Rechtsvorschriften durch die AG (im Sinne einer Legalitätsverletzung) in Frage steht (dazu ausführlich jetzt *Seibt*, DB 2015, 171-178)
 - Bsp.: internationale Steuerstrukturierung von Starbucks; LuxLeaks mit der Veröffentlichung von Tax Ruling-Begünstigten in Luxemburg; Daten-Hacking bei Target oder Sony Pictures; Stiftung Warentest-Beurteilung von Ritter Sport Schokolade
- In unternehmerisches Entscheidungskalkül sind denkbare Reputationsfolgen einzubeziehen
 - Voraussetzung der angemessenen Informationsbasis als Grundlage der Haftungsprivilegierung der BJR
- Abgrenzung zur unzulässigen Verschwendung von Gesellschaftsvermögen (*corporate waste*) diffizil
 - Auswirkung auf die Unternehmensreputation häufig schwer monetarisierbar
- Grundsatz: unzulässige Verschwendung von Gesellschaftsvermögen wird wohl nur in Ausnahmefällen vorliegen, insbesondere bei evidenter Verfehlung der Zielsetzung oder bei einem evidenten Input/Output-Missverhältnis

Risikominimierung und „Personal Risk Management“

III. Risikominimierung (1/2)

1. Risikominimierung des Vorstandes bei unternehmerischen Entscheidungen im Einzelfall

- „Fünf Klippen“ zum Erreichen des sicheren Hafens der Business Judgment Rule:
 - Einholung angemessener Informationen
 - Risikoidentifikation (inkl.: Reputationsrisiken), Risikosteuerung, Risikoabsicherung (z.B. durch Versicherung)
 - Einhaltung von Verfahrensregeln einschließlich Entscheidungsvorbehalten anderer Gesellschaftsorgane
 - die auf der Legalitätspflicht gründende Einhaltung von Gesetz und Recht
 - Hierbei: Einholung externen Expertenrats zur Vermeidung des Schuldvorwurfs bei Rechtsirrtum (mit eigener Plausibilitätsprüfung)
 - Dokumentation von Entscheidungsgrundlagen und -verfahren (BJR-Entscheidungen und Delegationsentscheidungen)
 - Vertraulichkeitsschutz (z.B. *Document Destruction Policy*)

III. Risikominimierung (2/2)

2. Allgemeine Ex-Ante-Risikominimierungsmöglichkeiten des Vorstands („Personal Risk Management“) Vorstandsmitglieder

- „Due Diligence“ betreffend die Geeignetheit und Angemessenheit des Risiko- und Compliance-Managementsystems vor Übernahme des Organamts (z.B. durch Vorlage eines externen Prüfungsgutachtens); später: revolvierende Prüfung
- Prüfung der D&O-Versicherungspolice; Möglichkeit von persönlichen Zusatzversicherungen sehr beschränkt/ausgeschlossen; Absicherung des persönlichen Versicherungsschutzes im Anstellungsvertrag (z.B. D&O-Verschaffungspflicht)
- Möglichkeit der Ermessensbindung des Aufsichtsrats durch Vorstands-Anstellungsvertrag
 - z.B. keine Haftungsinanspruchnahme über 50% der in einer Vermögensaufstellung enthaltenen Vermögenswerte – „Halbteilungsgrundsatz“ – (oder Mindestvermögenssumme) bei nicht-vorsätzlichem Verhalten als verbindliche Anwendung der ARAG/Garmenbeck-Rspr.? (dazu näher *Seibt*, ManagerMagazin, Heft 2/2015, S. 54 und *Seibt/Cziupka*, AG 2015, Heft 4)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Diese Informationen sind nicht als umfassende Darstellung gedacht und können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2015

DAC17574134