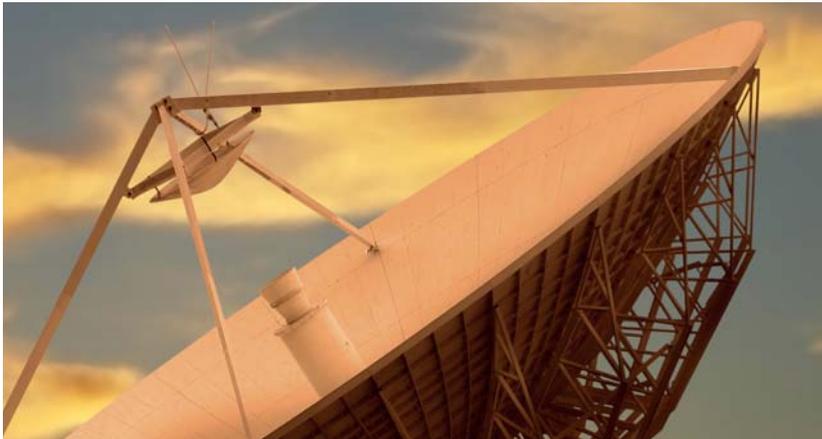


Business Judgement Rule



Unternehmerische Entscheidungen sind unerlässlich für den Erfolg und die wirtschaftliche Entwicklung jedes Unternehmens. In den vergangenen Jahren wurden in Deutschland verstärkte Bemühungen entfaltet, im Sinne eines Systems von *checks and balances* einerseits sicherzustellen, dass der unternehmerische Handlungsspielraum der Leitungsorgane von Gesellschaften gewahrt bleibt, andererseits aber die Möglichkeiten einer Haftung der Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft zu erweitern.

Um zu verhindern, dass Manager mit Organverantwortung angesichts des Risikos einer persönlichen Haftung und möglicher strafrechtlicher Sanktionen lediglich risikoaverse Entscheidungen treffen, ist in vielen Jurisdiktionen anerkannt, dass es einen haftungsfreien Ermessensspielraum (*safe harbour*) für unternehmerische Entscheidungen geben muss. Die Rechtsfigur der *Business Judgement Rule* ("**BJR**"), die vornehmlich im amerikanischen Recht entwickelt wurde, ist als Prinzip in Deutschland und in vielen anderen Mitgliedstaaten der EU bereits seit längerem anerkannt.

Viele Länder haben auf eine Kodifizierung der BJR verzichtet. In Deutschland ist die BJR jedoch im Aktiengesetz (AktG) gesetzlich festgeschrieben worden, und zwar durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts ("**UMAG**"). Zusätzlich ist die BJR in den Deutschen Corporate Governance Kodex aufgenommen worden.

Inhalt:

Rechtsetzungsumfeld in der EU und Deutschland

Haftungsverschärfung

Business Judgement Rule

Vorstand und Aufsichtsrat

Business Judgement Rule im Prozess

Folgerungen für die Tätigkeit der Organe

Übersicht: Darlegungs- und Beweislastverteilung bei der Vorstands- und Aufsichtsratshaftung

Dieses Client briefing dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance oder an:

[Daniela Weber-Rey](#) +49 69 7199 1551

[Dr. Frank Scholderer](#) +49 69 7199 1216

[Dr. Thomas Stohlmeier](#) +49 211 4355 5778

[Gwendolyn Müller](#) + 49 89 21632 8458

[Dr. Christoph Witte](#) + 49 211 4355 5430

E-Mail:
vorname.nachname@cliffordchance.com

Clifford Chance
Mainzer Landstraße 46
60325 Frankfurt am Main

Clifford Chance
Königsallee 59,
40215 Düsseldorf

Clifford Chance
Theresienstraße 4-6,
80333 München
www.cliffordchance.com

Rechtsetzungsumfeld in der EU und Deutschland

Europäische Union

In der Gesetzgebung der Europäischen Union spielt das Thema Organverantwortung derzeit noch eine eher untergeordnete Rolle. Erste Regelungen gibt es bereits auf dem Gebiet der kollektiven Haftung der Organmitglieder für die Erstellung und Offenlegung des Jahresabschlusses und des Lageberichts der Gesellschaft sowie des Corporate Governance Statement. Diese Regelungen wurden mit der Richtlinie 2006/46/EG zur Abänderung der 4. und 7. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie eingeführt, dann allerdings im Zuge der Diskussionen auf europäischer Ebene stark abgemildert. In Anbetracht des in Deutschland ohnehin schon geltenden Prinzips der Gesamtverantwortung aller Mitglieder des Vorstands bzw. des Aufsichtsrats wird die mit der Richtlinie vorgesehene Mindestharmonisierung zunächst keine Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit deutscher Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung haben.

Die Europäische Kommission hat allerdings im Rahmen der Verabschiedung der Richtlinie ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie sich weitere gesetzgeberische Maßnahmen in diesem Bereich vorbehält.

Durch die Umsetzung der Transparenzrichtlinie in Deutschland wurde zusätzlich ein sogenannter "Bilanzeit" der gesetzlichen Vertreter börsennotierter Kapitalgesellschaften in das Handelsgesetzbuch (HGB) eingefügt. Demnach müssen Vorstände einer börsennotierten Gesellschaft zukünftig für den Jahresabschluss und den Lagebericht einer Aktiengesellschaft versichern, dass nach bestem Wissen im Jahresabschluss und im Lagebericht der Geschäftsverlauf, die Ergebnisse und die Lage der Gesellschaft so dargestellt sind, dass ein den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechendes Bild vermittelt wird und dass die wesentlichen Chancen und Risiken beurteilt und erläutert werden. Diese strafbewehrte Vorschrift, die an die Regelungen des US-amerikanischen "Sarbanes-Oxley Act" angelehnt ist, dürfte allerdings neben den bisherigen Tatbeständen der

Bilanzfälschung und Bilanzverschleierung keine größeren Auswirkungen haben.

Deutschland

Die Haftung der Organe einer deutschen Aktiengesellschaft ist in § 93 Abs. 2 AktG normiert und gilt sowohl für Vorstände als auch (via § 116 AktG) für Aufsichtsräte. Nach dieser Haftungsregelung haftet ein Organmitglied gegenüber der Gesellschaft grundsätzlich unbeschränkt für jede verschuldete Pflichtwidrigkeit. Um jedoch Organmitglieder vor einer Erfolgshaftung zu schützen, die auch unvorhersehbare zukünftige Entwicklungen erfassen würde, entwickelte die deutsche Rechtsprechung das Prinzip der BJR in Anlehnung an die amerikanische Rechtsprechung. Mit dem am 1. November 2005 in Kraft getretenen UMAG wurde diese Rechtsfigur auch im deutschen Aktiengesetz verankert.

Die Einführung der BJR in das deutsche Aktiengesetz wurde maßgeblich durch die ARAG/ Garmenbeck-Entscheidung des BGH beeinflusst. In dieser Entscheidung wurde das bis dahin bereits grundsätzlich bekannte Prinzip der BJR erstmals höchstgerichtlich angewendet. Auch zuvor war bereits anerkannt, dass unternehmerische Entscheidungen nicht nur Chancen, sondern stets auch Risiken bergen. Die Haftung von Vorstandsmitgliedern darf diesen nicht "jeden Mut zur Tat nehmen", wie bereits in der Begründung zum Aktiengesetz von 1937 festgestellt worden war.

Anders als insbesondere die USA und Großbritannien ist Deutschland den Weg gegangen, die BJR zu kodifizieren. In der deutschen Literatur wird darauf hingewiesen, dass dies einerseits im Sinne des Erreichens einer größtmöglichen Rechtssicherheit begrüßenswert sei, andererseits aber auch zu berücksichtigen sei, dass eine flexible Fortentwicklung der BJR in Rechtsprechung und Literatur weiterhin möglich bleiben müsse.

Eine Beschränkung der Haftung für unternehmerische Entscheidungen durch Schaffung eines *safe harbour* hielt der Gesetzgeber unter anderem für notwendig, weil zugleich durch das UMAG erweiterte Möglichkeiten für Klagen durch Minderheitsaktionäre auf Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstände und Aufsichts-

räte wegen Sorgfaltspflichtverletzungen eingeführt wurden, insbesondere auch mit Hilfe der neuen Rolle des Besonderen Vertreters.

Haftungsverschärfung

Vorstände und Aufsichtsräte mussten sich in den letzten Jahren immer stärker mit nationaler und internationaler Regulierung beschäftigen. Die Bandbreite unternehmerischer Entscheidungsmöglichkeiten wird insgesamt betrachtet immer stärker eingeeignet.

Gleichzeitig sind in der letzten Zeit durch diverse Gesetzesänderungen und durch die *Better Regulation*-Initiativen der EU-Kommission sowie den prinzipienorientierten Ansatz moderner europäischer Gesetzgebung auf Ebene der Europäischen Gemeinschaft die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen für Kapitalgesellschaften immer weiter gelockert bzw. dereguliert worden.

Ein Beispiel hierfür ist die Reform des GmbH-Gesetzes (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, "**MoMiG**"), die am 1. November 2008 in Kraft getreten ist. Das MoMiG sieht in bestimmten Punkten auch Änderungen des Aktiengesetzes vor.

Mit dem MoMiG sind die Regelungen zum Eigenkapitalersatz abgeschafft, die Regelungen über Gesellschafterdarlehen in das Insolvenz- und Anfechtungsrecht verlagert und Cash Pools auf eine verlässlichere Rechtsgrundlage gestellt. Alle diese Neuregelungen bedeuten eine grundsätzliche Ausweitung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit der Organe der Gesellschaft.

Allerdings ist flankierend zu diesen Deregulierungsmaßnahmen ein Liquiditätsschutz über eine verstärkte Haftung der Organmitglieder eingeführt worden. Demnach haften die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft für Zahlungen an Aktionäre, wenn dadurch die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeigeführt wird. Eine Ausnahme hierzu gilt, wenn diese Konsequenz bei Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht erkennbar war.

In diesem Fall könnte eine erweiterte persönliche Haftung der Organmitglieder unter bestimmten

Voraussetzungen wiederum durch die BJR aufgefangen werden.

Ziel dieses Wechselspiels soll eine angemessene gesetzliche Regelung sein, die für ein ausbalanciertes Verhältnis zwischen größerem Entscheidungsspielraum durch Deregulierung, verstärkter persönlicher Haftung und justizfreiem Ermessen der Organmitglieder sorgen soll. Unternehmerische Entscheidungen der Organmitglieder sollen durch dieses *checks-and-balances*-System ermöglicht, Organmitglieder aber auch zu einem gewissenhaften Handeln im Rahmen der Sorgfaltspflicht verpflichtet werden.

Eine weitere Haftungsverschärfung für Aufsichtsräte resultiert aus dem Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung ("**VorstAG**"), das am 5. August 2009 in Kraft getreten ist (vgl. hierzu ausführlich das Clifford Chance Client Briefing "Vorstandsvergütung: Neue Corporate Governance Regeln", September 2009). Das VorstAG soll bewirken, dass durch die Vorstandsvergütung verstärkt Anreize für eine nachhaltige Unternehmensführung gesetzt werden und konkretisiert hierfür unter anderem die Angemessenheitskriterien für Vorstandsvergütungen in § 87 Abs. 1 AktG. Die erweiterte Kodifizierung der Angemessenheitskriterien führt zu einer faktischen Haftungsverschärfung für den Aufsichtsrat hinsichtlich der Festsetzung einer unangemessenen Vergütung. Das Haftungsrisiko wird zudem durch § 116 Satz 2 AktG deutlicher hervorgehoben.

Im Rahmen des am 2. Juni 2010 veröffentlichten Grünbuchs der Europäischen Kommission zu Corporate Governance bei Finanzinstituten und Vergütungspolitik (KOM(2010)284) schlägt die Europäische Kommission vor, die Sorgfaltspflicht von Aufsichtsräten erheblich auszuweiten. Nach diesem Vorschlag sollen Finanzinstitute künftig neben den Aktionären auch den Interessen anderer wie beispielsweise Einlegern und Gläubigern verstärkt Rechnung tragen. Die weit überwiegende Mehrheit der in der anschließenden Konsultation abgegebenen Stellungnahmen sprach sich gegen die Festschreibung einer Sorgfaltspflicht gegenüber bestimmten Gruppen aus. Sollte dieser Vorschlag dennoch umgesetzt werden, ist

eine weitere Ausweitung der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern zu erwarten.

In Deutschland gelten seit dem 1. Januar 2011 zudem verlängerte Verjährungsfristen für Vorstände und Aufsichtsräte börsennotierter Aktiengesellschaften. § 93 Abs. 6 AktG sieht für diese nun eine besondere Verjährungsfrist von zehn Jahren anstelle der bisher einheitlich geltenden fünf Jahre vor.

Bei der Frage der persönlichen Haftung und der Ausgewogenheit der Gesetzgebung stehen auch immer mögliche strafrechtliche Sanktionen gegen Vorstandsmitglieder und Aufsichtsräte im Blickpunkt. Zwar ist die strafrechtliche Verfolgung von Mitgliedern der Organe einer Aktiengesellschaft im Rahmen einer Sorgfaltspflichtverletzung nach wie vor selten. Insbesondere für börsennotierte Gesellschaften wurden allerdings in der Vergangenheit die strafbewehrten Haftungstatbestände ausgeweitet und besteht der Eindruck, dass inzwischen strafrechtlich relevante Verstöße durch die Strafverfolgungsbehörden verstärkt verfolgt werden.

Business Judgement Rule

Die BJR besagt gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, dass bei Vorliegen eines Schadens eine Pflichtverletzung des Organmitglieds entfällt, wenn dieses bei seiner unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Basis angemessener Information zum Wohl der Gesellschaft zu handeln.

Bei Vorliegen der nachfolgend dargestellten fünf Tatbestandsvoraussetzungen der BJR wird das Handeln eines Organmitglieds unabhängig von dem Ausmaß eines potentiellen wirtschaftlichen Schadens grundsätzlich als rechtmäßig angesehen. Das Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats wird in diesem Fall vom Vorwurf der Pflichtwidrigkeit befreit, wobei allerdings die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für das Eingreifen der BJR nicht die Gesellschaft, sondern das Organmitglied selbst trifft. Ist die BJR anwendbar, wird eine unternehmerische Entscheidung durch das mit der Sache befasste Gericht nicht mehr auf das Vorliegen einer Sorgfalts-

pflichtverletzung hin überprüft. Liegt allerdings auch nur eine der fünf Tatbestandsvoraussetzungen der BJR nicht vor, so muss das Gericht eine schadenstiftende Entscheidung der betroffenen Organe inhaltlich prüfen. Als Maßstab gilt hierbei gem. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters.

Unternehmerische Entscheidung

Unternehmerische Entscheidungen sind stark durch ihre Zukunftsbezogenheit und ihre Abhängigkeit von unvorhersehbaren externen Einflüssen gekennzeichnet. Maßnahmen, die ein Organmitglied treffen muss, weil es etwa durch Gesetz oder Satzung dazu verpflichtet ist, zählen nicht zu den unternehmerischen Entscheidungen. Vielmehr ist eine unternehmerische Entscheidung dadurch gekennzeichnet, dass das Organmitglied die Möglichkeit hat, zwischen mehreren tatsächlich möglichen und rechtlich zulässigen Verhaltensoptionen zu wählen. Es darf also nicht durch gesetzliche oder in der Satzung festgelegte Pflichten, wie beispielsweise seine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft, gezwungen sein, in eine bestimmte Richtung zu entscheiden.

Wohl der Gesellschaft

Bei einer Entscheidung, die unter die Voraussetzungen der BJR fällt, muss ein Organmitglied vernünftigerweise annehmen können, zum Wohl der Gesellschaft zu handeln. Bei seiner Entscheidung ist es dabei auf Bestand und dauerhafte Rentabilität des Unternehmens verpflichtet. Der Vorstand darf mit seiner Entscheidung kein übergroßes Risiko für die Gesellschaft eingehen.

Keine Sonderinteressen oder sachfremden Einflüsse

Das Organmitglied darf bei seiner Entscheidungsfindung nicht durch sachfremde Einflüsse geleitet sein, d.h. es darf kein Interessenkonflikt vorliegen, da dieser regelmäßig dazu führt, dass eine Entscheidung nicht ausschließlich am Wohl der Gesellschaft orientiert ist.

Von erheblicher Bedeutung ist dies vor allem im Falle einer Konzernstruktur. Wenn das Organmitglied zugleich Mitglied der Geschäftsführung einer

Tochtergesellschaft ist und im Interesse der Konzernstrategie eine Entscheidung trifft, kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese zu Lasten der Tochtergesellschaft geht.

Nach der Begründung zum UMAG kann die Offenlegung eines Interessenkonflikts durch ein Vorstandsmitglied gemäß dem Deutschen Corporate Governance Kodex dazu führen, dass die betroffene Entscheidung als dem Wohl der Gesellschaft dienend zu beurteilen ist und dem Privileg der BJR unterfällt. Die Literatur hat sich jedoch mit dem Hinweis, dass sich durch die reine Offenlegung eines Interessenskonflikts die Verfolgung sachfremder Ziele nicht unterbinden lasse, überwiegend gegen diese Position ausgesprochen. Entscheidungen von Organen, die bei Vorliegen eines objektiven Interessenkonflikts gefallen sind, unterliegen demnach im Falle eines Haftungsprozesses der vollständigen Überprüfung durch ein Gericht. Nur unter bestimmten engen Voraussetzungen können Entscheidungen trotz Vorliegens eines Interessenskonflikts dem Privileg der BJR unterfallen. Dazu müssen die nicht dem Interessenkonflikt unterliegenden Organmitglieder über dessen Vorliegen rechtzeitig informiert worden sein und darf das betreffende Organmitglied an der Entscheidung nicht – auch nicht beratend – teilnehmen. Die Einhaltung dieser Voraussetzungen ist essentiell, damit die Entscheidung des Organs in seiner Gesamtheit nicht durch den Interessenskonflikt eines Organmitglieds infiziert wird und damit den *safe harbour* der BJR verliert.

Diese Erwägungen sind insbesondere im Bereich des Aufsichtsrats zu berücksichtigen, da es die Tätigkeiten der Mitglieder außerhalb des Aufsichtsrats einer Gesellschaft mit sich bringen, dass eine Vielzahl potentieller Interessenskonflikte entstehen kann.

Insbesondere vor dem Hintergrund des BGH-Urteils in Sachen Kirch / Deutsche Bank (BGH II ZR 185/07) hat auch die externe Offenlegung von Interessenkonflikten bei Aufsichtsratsmitgliedern im Rahmen der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG erheblich an Bedeutung gewonnen.

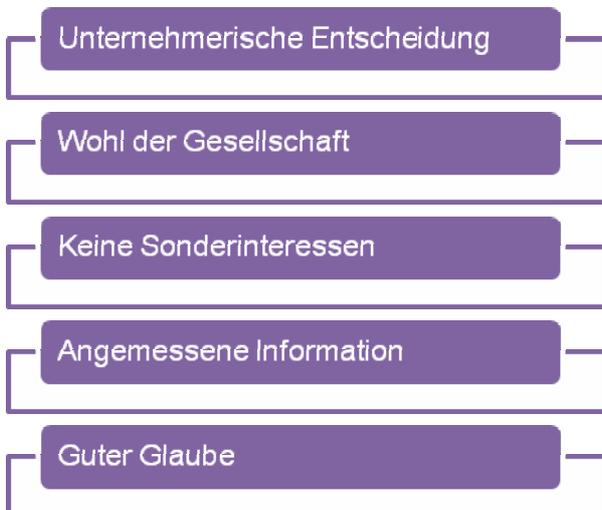
Angemessene Information

Die unternehmerische Entscheidung des Organmitglieds ist auf einer möglichst breiten Informationsgrundlage und in aller Sorgfalt zu treffen. Der Gesetzgeber stellt allerdings auf "angemessene" Information ab. Damit soll einerseits sichergestellt werden, dass eine Entscheidung, die dem Ermessen des Organmitglieds unterliegt, stets gründlich vorbereitet ist. Allerdings soll durch die Einschränkung "angemessen" andererseits sichergestellt werden, dass kein zu hohes Erfordernis aufgestellt wird, da die Beschaffung von Information stets mit Zeitaufwand und Kosten verbunden ist, eine unternehmerische Entscheidung jedoch zumeist unter Zeitdruck getroffen werden muss. Deshalb ist bei einer unternehmerischen Entscheidung auch immer bezogen auf die konkrete Situation des Einzelfalls zu urteilen. So ist zu unterscheiden, ob es sich um eine langfristige Entscheidung strategischer Art handelt oder um eine schnell zu treffende Entscheidung des Tagesgeschäfts, bei der das Informationserfordernis niedriger ist.

Maßgeblich für die Beurteilung, ob die Information, die vorlag, angemessen war, ist die *ex ante* Sicht des Organmitglieds, sofern seine Entscheidung auch nach nachträglicher objektiver Beurteilung durch das Gericht nachvollziehbar erscheint (Plausibilitätsprüfung).

Guter Glaube

Glaubt ein Organmitglied nicht an die Richtigkeit seiner unternehmerischen Entscheidung, verdient er auch keinen Schutz. Guter Glaube bei seiner Entscheidung ist daher ebenfalls eine Voraussetzung für die Erreichung des *safe harbour* und damit der Haftungsfreistellung im Rahmen der BJR. Diese Voraussetzung ist stark von der subjektiven Einschätzung des jeweils Handelnden geprägt, aber eng verknüpft mit den anderen Voraussetzungen der BJR. Weiß ein Organmitglied beispielsweise, dass es sich vor einer unternehmerischen Entscheidung nicht ausreichend informiert hat, fehlt es nicht nur an gutem Glauben, sondern auch an einer weiteren notwendigen Voraussetzung für die Anwendung der BJR.



Vorstand und Aufsichtsrat

Die Regelung des Ermessens der Organmitglieder dürfte vor allem für Vorstandsmitglieder von großer praktischer Bedeutung sein, da sie vorrangig für unternehmerische Entscheidungen zuständig sind. Aber auch die Aufsichtsräte sind hiervon betroffen. Als unternehmerische Entscheidungen des Aufsichtsrats sind beispielsweise die Auswahl und die Bestellung neuer Vorstandsmitglieder sowie die Vergütung der Vorstandsmitglieder und die Zustimmung zu zustimmungspflichtigen Maßnahmen der Geschäftsleitung zu werten. Insofern kommt also auch Mitgliedern des Aufsichtsrats das Privileg der BJR zugute.

Wenn der Aufsichtsrat allerdings ein zu einem Schaden der Gesellschaft führendes Handeln eines Vorstandsmitglieds feststellt, muss er die bestehenden Schadensersatzansprüche seitens der Gesellschaft grundsätzlich auch geltend machen. Dem Aufsichtsrat steht hier nach der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH kein autonomer unternehmerischer Ermessensspielraum zu. Ausnahmen davon bestehen – in engen Grenzen – nur dann, wenn grundsätzliche Interessen und Belange der Gesellschaft dafür sprechen, den entstandenen Schaden ersatzlos hinzunehmen.

Im Übrigen ist anerkannt, dass die BJR unter den gleichen Voraussetzungen bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung anzuwenden ist.

Business Judgement Rule im Prozess

Das Regime der Organhaftung im deutschen Aktiengesetz spielte bisher in der Praxis und der Rechtsprechung eine eher untergeordnete Rolle. Hauptgründe hierfür sind die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft im Hinblick auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und die oftmals enge kollegiale Beziehung zwischen Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass die bisherige Rechtslage geändert werden musste, zumal immer mehr unternehmerische Entscheidungen in den vergangenen Jahren in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt waren.

Mit dem UMAG wurden daher zusätzlich die Schwellen für die Erhebung von Aktionärsklagen herabgesetzt. So kann die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit beschließen, dass der Aufsichtsrat Ersatzansprüche gegenüber einem Vorstandsmitglied geltend machen muss. Auf Antrag von Aktionären, deren Anteile zusammen 10% des Grundkapitals oder eine Beteiligung von mindestens EUR 1 Mio. erreichen, kann das Gericht andere Personen als die zuständigen Organmitglieder für die Vertretung der Gesellschaft bei der Geltendmachung von Haftungsansprüchen bestellen.

Weitergehend können auch Aktionäre mit einem Anteil von 1% am Grundkapital der Gesellschaft oder mit einer Beteiligung von mindestens EUR 100.000 im eigenen Namen handelnd eine Klage wegen einer Sorgfaltspflichtverletzung gegen die Organmitglieder einer Gesellschaft im Wege des Klagezulassungsverfahrens erheben. Eine Klage ist allerdings nur dann zuzulassen, wenn – über weitere im Gesetz genannte Voraussetzungen hinaus – der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung Schaden entstanden ist und der Geltendmachung des Ersatzanspruchs keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegen stehen. Es bleibt abzuwarten, wie die Gerichte diese Voraussetzungen anwenden werden,

um eine missbräuchliche Ausnutzung dieser Vorschrift durch Aktionäre zu verhindern.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG vom Organmitglied zu tragende Darlegungs- und Beweislast dafür, ob es die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat. Diese Last erstreckt sich auch auf das Vorliegen der Voraussetzungen eines Haftungsfreiraums nach der BJR. So wird das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied insbesondere darlegen und nachweisen müssen, dass es seine Entscheidung aufgrund den Umständen entsprechend "angemessener Information" getroffen hat, wenn es das Haftungsprivileg der BJR in Anspruch nehmen will.

Der Gesetzgeber hat bei der Einführung des UMAG vorgesehen, dass die Herabsetzung der Schwellenwerte für Klagen auf Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen durch die Aktionäre zwei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes überprüft werden; diese Überprüfung hat die Bundesregierung bisher jedoch nicht zu einer Anpassung der derzeitigen Gesetzeslage veranlasst.

Folgerungen für die Tätigkeit der Organe

Durch die Einführung der BJR im deutschen Aktiengesetz ist für Vorstände und Aufsichtsräte größere Rechtssicherheit in Bezug auf ihre Haftung für unternehmerische Entscheidungen geschaffen worden. Dies bedeutet aber auch, dass jedes Organ bei einer unternehmerischen Entscheidung stets die fünf Tatbestandsvoraussetzungen der BJR im Auge behalten muss, will es das Privileg der unternehmerischen Entscheidung in Anspruch nehmen und eine mögliche inhaltliche Überprüfung durch ein Gericht nicht fürchten.

Im Hinblick auf die Regelung der Darlegungs- und Beweislast in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG ist allerdings die umfassende Dokumentation der unternehmerischen Entscheidungen, die von einem Organmitglied getroffen werden, unerlässlich. Für die Praxis würde sich die Verabschiedung eines Leitfadens im Rahmen der Geschäftsordnung anbieten, der genau festlegt, wie bestimmte Entscheidungsprozesse im Hinblick auf die BJR abzulaufen haben und zu dokumentieren sind.

Weitere Publikationen, die Sie interessieren könnten:

- **Client briefing, April 2011: "Green Paper on the EU corporate governance framework".**
- **Client briefing, April 2011: "Anforderungen an den Aufsichtsrat".**
- **Corporate Governance Update, April 2011: "Corporate governance developments".**

Falls Sie Interesse an den genannten Publikationen haben, wenden Sie sich bitte an Nicole Neises unter nicole.neises@cliffordchance.com.

Darlegungslast und Beweislastverteilung bei der Vorstands- und Aufsichtsratshaftung

Aktiengesellschaft		Vorstand (Aufsichtsrat, § 116 Satz 1 AktG)
<p>1. Sorgfaltspflichtverletzung (objektive und subjektive Pflichtwidrigkeit)</p> <p style="text-align: right;"><i>safe harbour</i> BJR</p>	<p>-----></p> <p>Möglicherweise pflichtwidriges Verhalten (anfängliche Substantiierungslast)</p> <p>← § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG (sekundäre Darlegungs- und Beweislast)</p> <p>← § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG (volle Darlegungs- und Beweislast)</p>	<p>Nachweis, dass Sorgfaltspflicht genügt und/oder kein Verschulden</p> <p>1. Unternehmerische Entscheidung 2. Wohl der Gesellschaft 3. Keine Sonderinteressen oder sachfremde Einflüsse 4. Angemessene Information 5. Guter Glaube</p>
<p>2. Schaden (Eintritt und Höhe)</p>	<p>→ Grds. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG (volle Darlegungs- und Beweislast; ggf. Anscheinsbeweis)</p> <p>← Ausnahme § 93 Abs. 3 AktG (Vermutung: Schaden = abgeflossener Betrag)</p>	<p>Nachweis, dass Schädigung der Gesellschaft nicht mehr möglich, da abgeflossener Betrag dem Gesellschaftsvermögen endgültig wieder zugeflossen ist</p>
<p>3. Kausalität (Sorgfaltspflichtverletzung/ Schaden)</p>	<p>→ § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG (volle Darlegungs- und Beweislast; ggf. Anscheinsbeweis)</p>	