

Juli 2011

## BGH präzisiert und begrenzt Darlegungs- und Beweislast von Vorständen und Aufsichtsräten im Haftungsprozess

**Obleich sich die Rechtsprechung nicht zuletzt infolge der Wirtschafts- und Finanzkrise verstärkt mit Fragen der Organhaftung zu beschäftigen hat, fehlten bislang höchstrichterliche Hinweise zur konkreten Ausgestaltung und Begrenzung der Darlegungs- und Beweislast des in Anspruch genommenen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieds im Rahmen der *business judgement rule*. Ein Urteil des BGH vom 22. Februar 2011 trägt dazu bei, diese Lücke zu schließen. Ersichtlich ist der BGH bestrebt, die Anforderungen an in Haftung genommene Organmitglieder nicht zu überspannen.**

Die mit dem UMAG zum 1. Januar 2005 im Aktiengesetz verankerte *business judgement rule*, die auf ein US-amerikanisches Vorbild zurückgeht, sichert den Organmitgliedern von Aktiengesellschaften, GmbH und Genossenschaften einen weiten Spielraum bei unternehmerischen Entscheidungen zu. Nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG liegt keine Pflichtverletzung vor, wenn das Organmitglied vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Damit soll einerseits einer angesichts des strengen deutschen Organhaftungsrechts drohenden Risikoscheu der Entscheidungsträger entgegengewirkt werden. Andererseits soll dem typischen Charakter unternehmerischer Entscheidungen als mit einer gewissen Unsicherheit verbundenen Prognoseentscheidungen Rechnung getragen werden. Gerade die Finanz- und Wirtschaftskrise hat erneut gezeigt, welche strenge Maßstäbe deutsche Gerichte im Hinblick auf die sorgfältige Herbeiführung und Dokumentation unternehmerischer Entscheidungen an die Organmitglieder von Kapitalgesellschaften stellen. Im Unterschied zum US-amerikanischen Recht, wo die *business judgement rule* als Vermutung zugunsten des Organmitglieds ausgestaltet ist, ist es in Deutschland zunächst Sache des in die Haftung genommenen Vorstands, Geschäftsführers oder Aufsichtsratsmitglieds, sich zu entlasten. Welche Anforderungen an diese Entlastung zu stellen sind, ist höchstrichterlich wenig geklärt. Ein neues Urteil des II. Zivilsenats des BGH liefert erste Hinweise.

### Hintergrund: Die Rechtsprechung zur Aufarbeitung der Finanz- und Wirtschaftskrise

Die aktuelle Rechtsprechung zur Aufarbeitung der Finanz- und Wirtschaftskrise offenbart strenge und teilweise uneinheitliche Anforderungen an ein sorgfältiges Handeln des Managements. So nahm beispielsweise das OLG Düsseldorf in einer viel kritisierten Entscheidung einen Sorgfaltsverstoß des Vorstands einer Bank an, weil dieser durch zu weitgehendes Vertrauen auf Ratingagenturen die zulässige unternehmerische Risikobereitschaft unverantwortlich überspannt habe (OLG Düsseldorf, AG 2010, 126 ff.). Insbesondere sei der Vorstand Risiken eingegangen, die bestandsgefährdend, nicht hinreichend diversifiziert und nicht mehr überschaubar gewesen seien.

Demgegenüber lehnte das OLG Frankfurt am Main eine Sorgfaltspflichtverletzung des Managements der Commerzbank beim Erwerb der Dresdner Bank ab (OLG Frankfurt am Main, AG 2011, 173). Das OLG erkannte zu Recht, dass

innovative Finanzprodukte zwar einerseits Risiken beinhalten, andererseits aber auch wesentliche Chancen bieten können.

Auch im Hinblick auf Kreditvergaben und Unternehmenskäufe stellt die Rechtsprechung strenge Anforderungen an das Vorstandshandeln. Wie der BGH – in einer Strafsache – entschied, reicht es vor der Vergabe eines Großkredits nicht aus, sachverständige Dritte an der Entscheidung über die Kreditwürdigkeit des Kunden zu beteiligen (BGH WM 2009, 1930). Die Entscheidungsträger müssen vielmehr sicherstellen, dass der Dritte eine der Komplexität des Sachverhalts angemessene Prüfung vornimmt und dürfen sich nicht auf die bloße Existenz von *due diligence*-Berichten verlassen. Sie müssen zudem untersuchen, ob der Prüfung eine ausreichende Tatsachenbasis zugrunde liegt. Ferner hat die Rechtsprechung im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen in den letzten Jahren mehrfach die Notwendigkeit einer ausreichenden Informationsgrundlage betont, z.B. durch die Durchführung einer *due diligence*, die Anwendung anerkannter Bewertungsmethoden oder die Verwendung von *fairness opinions* bei der Kaufpreisermittlung (OLG Oldenburg, GmbHR 2006, 1263, OLG Köln, AG 2010, 414, OLG Frankfurt am Main, AG 2011, 173; zum Ganzen *Rieder/Holzmann*, AG 2011, 265).

## Die Entscheidung des II. Zivilsenats des BGH

Die strengen Vorgaben der Rechtsprechung für sorgfältiges Managementhandeln machen besonders deutlich, welche Schwierigkeiten einem in Haftung genommenen Organmitglied bei dem Nachweis der Voraussetzungen der *business judgment rule* drohen können. Im Prozess ist es Aufgabe der Gesellschaft darzulegen, dass ein möglicherweise pflichtwidriges Handeln des Organmitglieds einen Schaden verursacht hat. Gelingt dies, ist es am Organmitglied darzulegen und zu beweisen, dass es nicht pflichtwidrig oder nicht schuldhaft gehandelt hat bzw. der Schaden auch bei pflichtgemäßem Handeln eingetreten wäre. Für die Voraussetzungen der *business judgment rule* ist das Organmitglied ebenfalls darlegungs- und beweispflichtig.

### Sachverhalt und Verfahrensgang

Das beklagte Vorstandsmitglied einer in der Rechtsform einer AG organisierten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft hatte die Entscheidung zur Erweiterung der von ihm geleiteten Niederlassung gefasst. Das Personal der Niederlassung sollte von elf auf 38 Mitarbeiter erhöht und die Bürofläche von 280 auf 825 qm erweitert werden. Entscheidungsgrundlage dafür waren selbst erstellte Umsatz- und Ertragsprognosen. Im Nachhinein stellten sich die Prognosen als zu optimistisch heraus. Die klagende AG verlangte von dem Vorstandsmitglied, das die Erweiterung geplant hatte, Ersatz des ihr entstandenen Schadens von ca. EUR 820.000.

Das OLG Düsseldorf (I-6 U 29/08, BeckRS 2009, 25547) gab der Klage statt und nahm an, das beklagte Vorstandsmitglied habe die betriebswirtschaftlichen Grundlagen der von ihm aufgestellten Umsatzprognosen nicht sorgfältig geprüft. Den Vortrag des Beklagten, er habe die wirtschaftliche Entscheidung auf informierter Grundlage zum Wohle der Gesellschaft getroffen und daher pflichtmäßig gehandelt, hielt das OLG für unsubstantiiert, da der Beklagte im Prozess nur für einen Teil und nicht für den gesamten fraglichen Zeitraum eine schriftliche Umsatzplanung vorgelegt hatte. Ferner habe der Beklagte bei seinen Umsatz- und Ertragsprognosen nicht die „branchenüblichen Techniken“ angewandt.

### Entscheidung des BGH

Der BGH hob die Entscheidung des OLG Düsseldorf auf, da es überspannte Anforderungen an die Substantiierungslast des beklagten Vorstandsmitglieds gestellt hatte. Der Beklagte hatte Schätzungen der Honorarumsätze einzelner Mitarbeiter und eine Umsatzplanung vorgelegt. Die Umsatz- und Ertragsprognose stützte er unter anderem auf die Umsatzentwicklung der Vergangenheit, das Umsatzvolumen bestehender Mandate und geplante Akquisitionsmaßnahmen. Aus diesen Unterlagen konnten sowohl Umsatzzuwächse als auch ein erhöhter Arbeitsanfall nachvollziehbar abgeleitet werden. Der Umstand, dass der Beklagte nicht wie vom OLG Düsseldorf gefordert eine schriftliche Umsatzplanung für den gesamten fraglichen Zeitraum vorlegen konnte, machte seinen Vortrag nach Auffassung des Senats nicht insgesamt unsubstantiiert. Insoweit hätte das Berufungsgericht den vom Beklagten

angebotenen Zeugenbeweis darüber erheben müssen, dass er für alle Jahre des fraglichen Zeitraums eine Planung erstellt hatte.

Ferner beanstandete der BGH den Vorwurf des Berufungsgerichts, das beklagte Vorstandsmitglied habe bei der Kosten-Nutzen-Analyse branchenübliche Techniken nicht eingehalten. Damit nahm das OLG Düsseldorf einen wirtschaftlichen Sachverstand in Anspruch, der ihm nicht ohne Weiteres zukommt. Es hätte darlegen müssen, dass es eigene Sachkunde auf dem Gebiet der Unternehmensplanung besitzt und deswegen zu einer abschließenden Beurteilung in der Lage war.

Der BGH verwies den Rechtsstreit insgesamt an das Berufungsgericht zurück.

## Folgerungen für die Praxis

Die Entscheidung zeigt einerseits, dass das beklagte Vorstandsmitglied die Informationsgrundlage und den Ablauf der Entscheidungsfindung umfassend darlegen und beweisen muss. Dafür stehen andererseits sämtliche zulässigen Beweismittel zur Verfügung, einschließlich des Zeugenbeweises. Eine lückenlose schriftliche Dokumentation kann daher unter Substantiierungsgesichtspunkten nicht verlangt werden. Gleichwohl ist jedem Organmitglied zu empfehlen, wichtige unternehmerische Entscheidungen und deren Informationsgrundlagen möglichst vollständig zu dokumentieren. Auch wenn ein Zeugenbeweis nicht per se als unsubstantiiert zurückgewiesen werden darf, ist damit noch keineswegs ausgemacht, dass die Zeugenvernehmung das erkennende Gericht auch in der vom Organmitglied beabsichtigten Art und Weise überzeugen wird, zumal wenn es sich um Vorgänge handelt, die bereits in fernerer Vergangenheit liegen. Durch die Verlängerung der Verjährungsfrist von Organhaftungsansprüchen bei börsennotierten Aktiengesellschaften und Kreditinstituten auf 10 Jahre hat sich diese Problematik nochmals deutlich verschärft.

Es bleibt abzuwarten, wie sich die Substantiierungsanforderungen der Rechtsprechung weiter entwickeln. In einer Zeit stetig strenger werdender Anforderungen ist die begrenzende Tendenz des vorliegenden Judikats jedenfalls uneingeschränkt zu begrüßen.

Diese Publikation dient lediglich der allgemeinen Information und ersetzt keine rechtliche oder steuerliche Beratung. Gerne stellen wir Ihnen weitere Informationen zur Verfügung oder beraten Sie in konkreten Situationen.

Als Ansprechpartner stehen Ihnen zur Verfügung:

Dr. Hans Diekmann  
Düsseldorf  
+49.211.1788818  
hdiekmann@shearman.com

Rainer Wilke  
Düsseldorf  
+49.211.17888714  
rainer.wilke@shearman.com

Prof. Dr. Richard Kreindler  
Frankfurt  
+49.69.97111420  
rkreindler@shearman.com

Dr. Markus S. Rieder  
München  
+49.89.23882119  
markus.rieder@shearman.com

WWW.SHEARMAN.COM

Copyright © 2011 Shearman & Sterling LLP. Shearman & Sterling LLP ist eine in den Vereinigten Staaten von Amerika nach dem Recht des Staates Delaware gegründete Limited Liability Partnership. Nach dem Recht des Staates Delaware ist die persönliche Haftung der einzelnen Partner beschränkt.