

Audit Committee Quarterly

DAS MAGAZIN FÜR CORPORATE GOVERNANCE

**Audit Committee
Institute e.V.**

Gefördert durch



Checkliste

Business Judgement Rule

In seinem Beitrag für das Audit Committee Quarterly I/2013 geht Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff auf die Grundlagen der Business Judgement Rule für den Aufsichtsrat ein. Den Beitrag stellen wir in dieser »Sonderpublikation« voran.

Nach diesem Grundlagenartikel im Quarterly I/2013 zeigten im Quarterly II/2013 Fachleute aus Wissenschaft und Praxis verschiedene Facetten der Business Judgement Rule auf. Die vorliegende Sonderpublikation bildet nun den Abschluss unserer Berichterstattung zu diesem Thema.

Wir danken den Autoren Rechtsanwalt Maximilian Gröning und Rechtsanwalt Sebastian Stöhr, LL.M, dass sie bereit waren, ihr Wissen und ihre Erfahrung in Form einer »Checkliste« für das »Backoffice« des Aufsichtsrats zusammenzustellen.

In einer Zusammenfassung beleuchten die Autoren die wichtigsten Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgement Rule für die Mitglieder des Aufsichtsrats.

Maximilian Gröning ist Partner der KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH und steht jederzeit für weitere Informationen bzw. Hilfestellung bei der Umsetzung der Business Judgement Rule in Ihrem Unternehmen bereit.

Wir hoffen, mit dieser »Checkliste« eine wichtige Hilfe für Ihre Arbeit zu leisten.

Die Redaktion

Die **Business Judgement Rule** im Aufsichtsrat

Die Business Judgement Rule (BJR) mit ihrem Anerkenntnis unternehmerischen Ermessens für den Vorstand (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) gilt in grundsätzlich gleicher Weise für den Aufsichtsrat und seine Mitglieder (§ 116 AktG). Aus dem US-amerikanischen Recht übernommen, stellt die BJR zweierlei klar: Zum Ersten müssen die Verwaltungsmitglieder nicht ohne Weiteres für unternehmerische Fehlschläge der Gesellschaft einstehen; ihnen ist keine Garantie für unternehmerische Erfolge auferlegt. Und zum Zweiten ist den Verwaltungsmitgliedern bei ihren Entscheidungen und Handlungen in Vorstand und Aufsichtsrat unternehmerisches Ermessen eröffnet. In Unternehmensangelegenheiten gibt es allenfalls ganz ausnahmsweise die eine richtige Entscheidung. Das Haftungsrecht soll den Verwaltungsmitgliedern nicht den Mut zum unternehmerischen Risiko nehmen. Im Aufgabenfeld des Aufsichtsrats gilt es freilich zu differenzieren: Nicht alles von der Besetzung des Vorstands und seiner Überwachung bis hin zu den Mitentscheidungen des Aufsichtsrats und zur Beratung sonnt sich gleichermaßen im Lichte der BJR.

ZUR PERSON



Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff ist Of Counsel der KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, ehemaliger Rektor der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ehemaliger Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

Unternehmerische Entscheide im Aufsichtsrat

Ihr unterliegen auch im Aufsichtsrat lediglich jene Entscheidungen, die unternehmerischen Charakter aufweisen – also durch die Ungewissheit künftiger Entwicklung und damit durch die Gefahr von Fehleinschätzungen gekennzeichnet sind. Zu diesen unternehmerischen Entscheidungen des Aufsichtsrats zählen in erster Linie die über die Zustimmung oder Versagung der Zustimmung zu einem Geschäft nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Unternehmerische Mitentscheidungen sind daneben die über die Billigung des Jahresabschlusses (§ 172 AktG) und damit über die gemeinsame Festlegung der Bilanzpolitik (z. B. Ausübung von Bewertungswahlrechten), aber auch die über die Gewinnthesaurierung nach § 58 Abs. 2 AktG.

Die Beratung des Vorstands

Dagegen soll nach bisher nahezu einhelliger Ansicht die Beratung, die der Aufsichtsrat dem Vorstand zukommen lässt, nicht der BJR unterliegen. Dafür streiten der Gesetzeswortlaut und die Überlegung, bei der Beratung sei der Aufsichtsrat keinem Entscheidungsdruck ausgesetzt und könne in Ruhe die zu einer Maßnahme widerstreitenden Gesichtspunkte abwägen. Den damit verkürzten Anwendungsbereich der BJR wird man jedoch bezweifeln müssen. Denn in der Unternehmenspraxis hängt es nicht selten vom Ermessen des Aufsichtsrats ab, ob er ein vom Vorstand geplantes Geschäft oder eine geplante Maßnahme seiner förmlichen Zustimmung unterwerfen und damit die unternehmerische Mitverantwortung übernehmen will oder ob er Geschäfte bzw. Maßnahmen lediglich beraten und auf diese Weise in der Alleinverantwortung des Vorstands belassen will. Auch die Beratung ist dann von der »

Ungewissheit künftiger Entwicklungen und von der Gefahr von Fehleinschätzungen geprägt; deshalb muss ebenfalls die Aufsichtsratsberatung der BJR unterliegen.

Die Vorstandsbesetzung

Ungewissheit kennzeichnet ebenfalls die Aufsichtsratsentscheidungen zur Zusammensetzung des Vorstands und zur Besetzung der Positionen in ihm. Deshalb gilt die BJR für den Erlass der Geschäftsordnung nach § 77 Abs. 1 S. 1 AktG ebenso wie für die Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder nach § 84 Abs. 1–3 AktG. Mit der Strukturierung des Vorstands und seiner personellen Besetzung (einschließlich der Vorstandsvergütung in den Bahnen des § 87 AktG) nimmt der Aufsichtsrat gewichtigen Einfluss auf die künftige Unternehmenspolitik der Gesellschaft und damit auf ihre Strategie: Wer als Vorstandsvorsitzender das Unternehmen erfolgreich aus einer existenzgefährdenden Krise – etwa einer weltweiten Compliance-Krise – herausgeführt hat, muss nicht unbedingt auch der Beste sein, um das konsolidierte Unternehmen zu neuen Ufern in der Zukunft zu leiten. Diese Einschätzung unterliegt im Aufsichtsrat unternehmerischem Ermessen.

Abberufung von Vorstandsmitgliedern

Nur eingeschränktes Ermessen ist dagegen für seinen Entscheid über die vorzeitige Abberufung eines Vorstandsmitglieds (§ 84 Abs. 3 AktG) eröffnet: Sollte der Aufsichtsrat zur pflichtgemäß gebildeten Überzeugung gelangt sein, dass das Vorstandsmitglied außerstande sei, seine Geschäfte ordnungsgemäß zu führen, so muss er es abberufen; insoweit hat er keinen Ermessensspielraum. Anders dagegen, wenn die Hauptversammlung einem Vorstandsmitglied das Vertrauen entzogen hat. In diesem Fall hat der Aufsichtsrat sogar dann, wenn der Vertrauensentzug nicht unsachlich war, die Gründe für diesen Entzug in eigener Verantwortung eigenständig zu würdigen, um in Ausübung seines unternehmerischen Ermessens zu entscheiden, ob das Vorstandsmitglied wegen des Aktionärsentscheids vorzeitig abberufen werden soll. Vergleichbar kommt die BJR bei der Abberufung wegen grober Pflichtverletzung zum Zuge: Schon für die Qualifizierung, ob eine Pflichtverletzung als »grob« einzuschätzen ist, hat der Aufsichtsrat einen Beurteilungsfreiraum. Und selbst bei einer groben Pflichtverletzung bleibt es dem Aufsichtsrat unbenommen, das Vorstandsmitglied aus wohlwollen Gründen trotzdem im Amt zu belassen, wenn dies nach seiner Überzeugung im Interesse des Unternehmens geboten ist. Bei der parallelen Kündigung des Anstellungsvertrags aus wichtigem Grund sind auch

die Interessen des betroffenen Vorstandsmitglieds zu berücksichtigen. Davon unabhängig ist die Verpflichtung des Aufsichtsrats in einem solchen Fall, nach den strengen Grundsätzen des »ARAG-Garmenbeck«-Urteils den Schaden der Gesellschaft beim pflichtvergebenen Vorstandsmitglied zu liquidieren.

Überwachung unter der Business Judgement Rule

Die zentrale Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats (§ 111 Abs. 1 AktG) ist deutlich weniger von seinem Ermessen geprägt – auch wenn dies hier nicht völlig ausgeschlossen ist. Das Vorstandshandeln muss er auf seine Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit hin kontrollieren. Insoweit steht dem Aufsichtsrat kein eigenes unternehmerisches Ermessen zu; die BJR gilt hier nicht. Insbesondere hat er das Ermessen des Vorstands (§ 93 Abs. 2 S. 1 AktG) und dessen Ausübung zu respektieren und darf nicht an dessen Ermessensausübung seine – die des Aufsichtsrats – stellen. Zu prüfen hat dieser bloß, ob der Vorstand die ihm gezogenen Ermessensgrenzen überschritten hat. Sollte das nach seiner Überzeugung der Fall sein, so muss er in geeigneter Weise eingreifen; dies kann bis zum Ausgleich des eingetretenen Schadens gehen.

Dagegen hat der Aufsichtsrat ein eigenes Ermessen, wie er seinen Überwachungsauftrag erfüllen will und mit welchen Mitteln. So ist es etwa bei der Prüfung der Rechnungslegung (§ 171 AktG) seiner pflichtgemäß gebildeten Entscheidung überlassen, welche Prüfungsschwerpunkte er in Absprache mit dem Abschlussprüfer in den Geschäftsjahren setzen will. Und gleichermaßen agiert der Aufsichtsrat unter der BJR, wenn er beschließt, ein bestimmtes Geschäft des Vorstands nicht seiner präventiven Kontrolle nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zu unterstellen oder sich für eine bestimmte andere Maßnahme der fachkundigen Unterstützung eines Sachverständigen nach § 111 Abs. 2 S. 2 AktG zu versichern.



Voraussetzungen für Aufsichtsrats- ermessen

Allerdings setzt die BJR für den Zugang zu den Gestaltungsfreiräumen, die sie auch dem Aufsichtsrat für seine unternehmerischen Entscheidungen und Maßnahmen eröffnet, die Einhaltung bestimmter Anforderungen voraus: Das Aufsichtsratsmitglied darf in keinem Interessenkonflikt befangen sein und muss auf der Grundlage ausreichender Informationen und einer sorgfältigen Abwägung der widerstreitenden Gesichtspunkte zu den alternativen Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeiten seine Entscheidung zum Wohle des Unternehmens und in seinem Interesse fällen oder sonst wie mit diesem Ziel handeln. Dabei darf das Ergebnis des in dieser Weise angelegten Entscheidungsprozesses nicht schlechthin unvertretbar sein.

Ausschluss wegen Interessenwiderstreits

Wer bei einer im Aufsichtsrat anstehenden Entscheidung oder Maßnahme in einen persönlichen Interessenkonflikt verstrickt ist, dem versagt die BJR ihre Gestaltungsfreiheit. Schlägt die Entscheidung oder Maßnahme zum Nachteil der Gesellschaft aus, so kann sich das Aufsichtsratsmitglied wegen seines Interessenkonflikts in einem möglichen Haftungsprozess nicht auf sein unternehmerisches Ermessen berufen. Deshalb tut ein solches Ratsmitglied – unabhängig davon, ob es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen von der Beschlussfassung ausgeschlossen ist – schon im eigenen Interesse gut daran, sich von der Beratung und Beschlussfassung im Aufsichtsrat fernzuhalten, soweit der Interessenkonflikt reicht. Ein solch konkreter Konflikt kann auch aus der Nähe des Aufsichtsratsmitglieds zu Dritten herrühren – zu Verwandten etwa oder zu anderen Unternehmen, denen es verbunden ist.

Von einem solchen, konkreten Interessenkonflikt sind die institutionellen Konflikte zu unterscheiden, denen Arbeitnehmer-Repräsentanten in mitbestimmten Aufsichtsräten und Repräsentanten des herrschenden Unternehmens im Aufsichtsrat einer Konzerntochtergesellschaft ausgesetzt sein können. Diese institutionellen Konflikte versperren nicht schon allein von sich aus den Zugang zur BJR; denn das Aktien- und Mitbestimmungsrecht begründet diese institutionellen Konflikte oder akzeptiert sie zumindest.

Ausrichtung auf das Unternehmenswohl

Im Zentrum der BJR steht das Entscheidungsverfahren im Aufsichtsrat; es muss insgesamt und auch in den Entscheidungsbeiträgen der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder auf das Wohl und die Interessen der Gesellschaft und ihres Unternehmens ausgerichtet sein. Daran fehlt es, wenn ein Ratsmitglied sich vordringlich vom eigenen Nutzen leiten lässt oder von dem eines Dritten – namentlich, wenn das Ratsmitglied sich nicht Bestrebungen widersetzt, die Gesellschaft »auszuplündern«, oder dies gar aus dem Aufsichtsrat heraus aktiv mit betreibt.

Zentral bedeutsam: die Aufsichtsrats- informationen

Aber auch über jene Entscheidungen und Maßnahmen, die im Unternehmensinteresse getroffen werden sollen, muss auf angemessener Informationsgrundlage beraten und befunden werden. Denn erst entscheidungsangemessene Informationen eröffnen den Zugang zum unternehmerischen Ermessen nach der BJR. Angemessen sind dabei all jene Informationen – gesichtet, geordnet und komprimiert –, die ein ordentliches und gewissenhaftes Aufsichtsratsmitglied benötigt, um zur anstehenden Entscheidung die ernsthaft in Betracht zu ziehenden Entscheidungsmöglichkeiten und ihre jeweiligen Auswirkungen auf die Lage der Gesellschaft und ihres Unternehmens, aber auch auf die ihrer Stakeholder abwägen zu können. Dabei hängt es vom Gegenstand der im Aufsichtsrat zu fällenden Entscheidung sowie vom Gewicht ihrer Auswirkungen und von der für die Entscheidung zur Verfügung stehenden Zeit ab, welchen Umfang und welchen hohen oder gar höchsten Qualitätsgrad die Informationen für den Aufsichtsrat aufweisen müssen.

Die Informationsverantwortung des Aufsichtsrats

Lieferant der Informationen ist in der Hauptsache der Vorstand, namentlich durch seine Regelinformationen nach § 90 AktG. Aber damit darf sich der Aufsichtsrat in der konkreten Gesellschaft nicht begnügen. Vielmehr muss er trotz der Regelberichte des Vorstands von sich aus sicherstellen, dass sowohl das Plenum des Aufsichtsrats als auch seine Ausschüsse die für ihre jeweiligen Aufgaben und deren sorgfältige Erledigung notwendigen Informationen tatsächlich und rechtzeitig erhalten. Hierfür wird sich in aller Regel der Erlass einer Informationsordnung für den Vorstand empfehlen. Aber auch ohne eine solche Ordnung sind Aufsichtsrat und Aufsichtsratsausschüsse für aufgabenadäquate »

Informationen mitverantwortlich und müssen entsprechende Initiativen ergreifen. Denn allein angemessene Informationen eröffnen dem Überwachungsorgan und seinen Mitgliedern die (eingegrenzte) Freiheit der BJR. Diese Verantwortung ist auch jedem einzelnen Ratsmitglied auferlegt, weil es allein aus eigener Machtvollkommenheit Informationen an den Aufsichtsrat bzw. an einen bestimmten Ausschuss verlangen kann (§ 90 Abs. 3 S. 2 AktG).

Direktinformationen des Aufsichtsrats

Nach einer stark im Vordringen befindlichen Ansicht können der Aufsichtsrat und seine Ausschüsse – insbesondere der Prüfungs- und der Risikokontrollausschuss – auch Informationen von nachgeordneten Stellen, etwa vom Leiter der Innenrevision direkt, also ohne Zwischenschaltung des Vorstands beziehen. Dazu bedarf es keines besonderen Grundes außer dem, dass die Ratsmitglieder diese Direktinformationen zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Interesse des Unternehmens nach ihrer Einschätzung benötigen. Das kann die planvoll-regelmäßige Beziehung solcher nachgeordneten Stellen miteinschließen und findet seine Rechtfertigung im Gedanken, dass lediglich ein wohlinformierter Aufsichtsrat seine Aufgaben so erfüllen kann, wie es das Gesetz verlangt, und ihm dafür die BJR mit ihrem unternehmerischen Ermessen die notwendige Hilfe liefert. Allerdings sollten Gesamtaufichtsrat und Ausschüsse Direktinformationen bloß in Respekt vor der Leitungsaufonomie des Vorstands, seiner Verantwortung und seinem Ansehen einfordern. Das schließt die Abstimmung mit dem Vorstand und regelmäßig die Teilnahme des zuständigen Vorstandsmitglieds beim Direktkontakt der Aufsichtsratsmitglieder mit nachgeordneten Stellen mit ein.

Der Abschlussprüfer als Informationslieferant

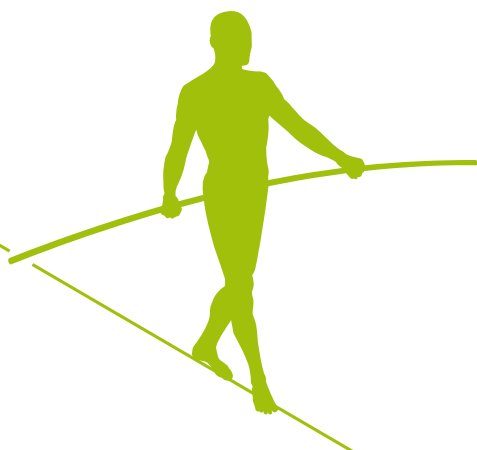
Vergleichbares gilt für die zentral bedeutsamen Informationen, die der Abschlussprüfer in seinem Prüfungsbericht sowie in dessen Präsentation und Erläuterung dem Prüfungsausschuss, aber auch den Mitgliedern des Gesamtaufichtsrats zu liefern hat. Auch hier mag im Einzelfall ein Direktkontakt zwischen dem Abschlussprüfer und dem Prüfungsausschuss oder zumindest seinem Vorsitzenden ohne Beziehung von Vorstandsmitgliedern im Unternehmensinteresse angezeigt sein.

Abwägungen im Entscheidungsprozess

Auf der Grundlage dieser entscheidungsadäquaten Informationen haben der Aufsichtsrat bzw. der zuständige Ausschuss die für die anstehende Entscheidung vernünftigerweise denkbaren Entscheidungsmöglichkeiten selbst und mit Sorgfalt abzuwägen. Wo im Aufsichtsrat Eigenentscheidungen zu fällen sind, dürfen sich dessen Mitglieder nicht damit begnügen, einen Entscheidungsvorschlag (des Vorstands oder eines Aufsichtsratsausschusses) auf seine Plausibilität hin zu prüfen und dann »durchzuwinken«. Die BJR verlangt eine eigene und eigenständige Alternativenabwägung im Interesse des Unternehmens einschließlich seiner Stakeholder. Auch diese ist Voraussetzung für die Inanspruchnahme unternehmerischen Ermessens. Um dies gerichtsfest abzusichern, empfiehlt es sich, den Abwägungsprozess mit seinen wesentlichen Elementen und Argumenten im Protokoll zu dokumentieren. Dafür ist nicht geboten festzuhalten, von welchem Ratsmitglied welches Argument stammt.

Unangreifbare Aufsichtsratsentscheidungen

Eine in dieser Weise auf angemessener Informationsgrundlage und in sorgfältiger Abwägung gefundene unternehmerische Entscheidung steht regelmäßig im Einklang mit dem Recht und kann ebenso regelmäßig nicht den Vorwurf begründen, der Aufsichtsrat und seine Mitglieder hätten pflichtwidrig gehandelt. Das Ergebnis »steht«. Nur im extremen Ausnahmefall wird das Ergebnis, weil evident unvernünftig, vom Recht nicht akzeptiert (§§ 116, S. 1, 93 Abs. 1 S. 2 AktG) – etwa wenn einem Vorstandsmitglied ohne Grundlage im Anstellungsvertrag und ohne Hauptversammlungsbeschluss ein »Abschiedsgeschenk« in bedeutender Höhe bei seinem Ausscheiden vom Aufsichtsrat gewährt wird. «





Maximilian Gröning, Sebastian Stöhr

Anwendbarkeit der Business Judgement Rule im Aufsichtsrat

I. Einleitung

Die folgende Übersicht dient dem Zweck, dem Aufsichtsratsmitglied ein erstes Gespür für die praktische Anwendbarkeit der Business Judgement Rule für die Aufsichtsratsarbeit zu vermitteln. Zudem möchte sie für die hierbei relevanten Sachverhalte und Problematiken im Zusammenhang mit der Ausübung des Mandats sensibilisieren.

Die weitere Konkretisierung im Einzelfall kann im zweiten Schritt eine Checkliste zur Anwendung der Business Judgement Rule leisten. Sie dient der Arbeit im Backoffice des Aufsichtsrats und beschreibt die Voraussetzungen des Eingreifens dieser Regel für unternehmerische Entscheidungen in ihren Einzelheiten. Auf diese Weise hilft die Checkliste dem Aufsichtsratsmitglied, verlässlich einzuschätzen, ob es sich mit seinem Entscheidungs- oder Handlungsbeitrag haftungsrechtlich »im sicheren Hafen« bewegt.

ZU DEN PERSONEN

Maximilian Gröning, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, ist Partner der KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH.

Sebastian Stöhr, LL.M. ist als Rechtsanwalt bei der KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH tätig.

II. Anwendbarkeit der Business Judgement Rule

- Findet die Business Judgement Rule für eine unternehmerische Entscheidung des Aufsichtsrats Anwendung, so ist das Handeln des Aufsichtsrats nicht pflichtwidrig, auch wenn die Entscheidung nachträglich zu einem wirtschaftlichen Nachteil für das Unternehmen führt. Daher kommt eine persönliche Haftung der Aufsichtsratsmitglieder nicht in Betracht.
- Die Business Judgement Rule ist in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifiziert und gilt über § 116 S. 1 AktG auch für die Mitglieder des Aufsichtsrats.
- § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG bestimmt wie folgt: »Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.«
- Die Mitglieder des Aufsichtsrats haben demnach zu beachten, dass für die Anwendbarkeit der Business Judgement Rule im Einzelnen folgende Voraussetzungen gegeben sein müssen:

1. Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung

2. Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse

3. Handeln zum Wohl der Gesellschaft

4. Handeln auf Grundlage angemessener Information

5. Gutgläubigkeit des Handelnden im Hinblick auf die vorstehenden Voraussetzungen (2.–4.)

Für die Frage, ob die Business Judgement Rule Anwendung findet, sind in aller Regel die auf der folgenden Seite dargestellten Aspekte entscheidend: »

1 Liegt eine **unternehmerische Entscheidung** des Aufsichtsrats vor?

<p>Ja – wenn mehrere Handlungsalternativen möglich sind und die Entscheidungsfindung im Ermessen des Aufsichtsrats auf Grundlage einer Prognose erfolgen kann.</p> <p>Der Verstoß gegen vertragliche Pflichten der Gesellschaft schließt die Anwendbarkeit der Business Judgement Rule nicht aus. Der Aufsichtsrat kann Vor- und Nachteile seiner Entscheidung abwägen und übt auf diese Weise unternehmerisches Ermessen aus.</p>	<p>Nein – wenn die Entscheidung gebunden ist, z. B. aufgrund des Gesetzes, der Satzung oder gültiger Beschlüsse der Hauptversammlung. Dann besteht kein Ermessen.</p> <p>Bei der vergangenheitsbezogenen Kontrolle des Vorstands liegt keine unternehmerische Entscheidung des Aufsichtsrats vor. Allerdings kann ein Abwägungsermessen anzunehmen sein bei der Frage, ob die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen den Vorstand im Unternehmensinteresse ist.</p>
---	--

2 Hat der Aufsichtsrat alles getan, um vernünftigerweise annehmen zu dürfen, auf Basis **angemessener Information** zum Wohl der Gesellschaft zu handeln?

- Erforderlich ist, dass der Aufsichtsrat auf Grundlage angemessener, d. h. möglichst vollumfänglicher Informationen in aller Sorgfalt entscheidet.
- Der Aufsichtsrat muss **betriebswirtschaftliche Größen** wie Rentabilität, Risiken oder Finanzierung berücksichtigen, aber in die Entscheidungsfindung ebenso ergänzend **subjektive Momente** wie Erfahrungen, Instinkt oder Gespür für künftige Entwicklungen einfließen lassen.
- Zu beachten sind vor allem die **Eilbedürftigkeit**, die **Tragweite** und die **Komplexität** der zu treffenden Entscheidung.
- **Riskante Geschäfte** sind nicht *per se* unzulässig, solange Risiken nicht unverantwortlich sind.
- Bei **Unvollständigkeit der Informationsgrundlage** oder **Zweifeln** besteht eine eigene Ermittlungspflicht, z. B. durch Hinzuziehung von Sachverständigen.
- Bei **unklarer Rechtslage** muss qualifizierter Rechtsrat eingeholt und, falls nötig, eine Entscheidung auf Grundlage des geringsten anzunehmenden Risikos getroffen werden. Maßgeblich hierfür sind die gegebenenfalls zu erwartende Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit.

3 Hat der Aufsichtsrat alles getan, um vernünftigerweise annehmen zu dürfen, auf Basis angemessener Information **zum Wohl der Gesellschaft** zu handeln?

<p>Eine Entscheidung ist zum Wohl der Gesellschaft, wenn sie aus Ex-ante-Sicht der Erhaltung des Bestands sowie der langfristigen Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens dienlich erscheint.</p>	<p>Am Handeln zum Gesellschaftswohl fehlt es grundsätzlich bei konkreten Interessenkonflikten eines Mitglieds. Interessenkonflikte sind vorab offenzulegen, unter Umständen greift ein Stimmverbot (vgl. <i>Quarterly II/2013, S. 7 f.</i>). Ebenso wenig ist eine Entscheidung zum Wohl der Gesellschaft, wenn das Mitglied hierdurch seine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft verletzt.</p>
--	--

Zur **Selbstkontrolle** empfiehlt sich die Frage, ob verbreitete **systematische Denkfehler**, wie Gruppendenken oder Selbstüberschätzung, die Entscheidungsfindung unterbewusst beeinflusst haben könnten.

Die **Beweislast** für die Anwendbarkeit der Business Judgement Rule trifft das Aufsichtsratsmitglied, sodass eine sorgfältige Aufbewahrung aller zum Nachweis geeigneten Unterlagen anzuraten ist. Die Entscheidungsfindung ist im Ablauf und im Ergebnis zu dokumentieren. «

Praktische Übersicht zur Anwendbarkeit der Business Judgement Rule im Aufsichtsrat – Checkliste

Die folgende Übersicht soll den Mitgliedern des Aufsichtsrats und insbesondere den Mitarbeitern des Backoffices im Sinne einer Checkliste Hilfestellung beim Umgang mit der Business Judgement Rule und ihren Voraussetzungen im Zuge der unternehmerischen Entscheidungsfindung leisten und sie für ihre Besonderheiten sensibilisieren.

FRAGESTELLUNG

GUIDANCE

Kann ich mich bei meiner konkreten Entscheidung auf die Grundsätze der Business Judgement Rule berufen?

Allgemein: Die Business Judgement Rule findet bei der Übertragung unternehmerischer Aufgaben auf den Aufsichtsrat Anwendung.

Für die Anwendbarkeit der Business Judgement Rule sind für das Organmitglied vor allem die folgenden Fragen von zentraler praktischer Bedeutung:

1. Liegt eine unternehmerische Entscheidung vor?
2. Falls ja, welche Anforderungen sind bei der Entscheidungsfindung an das Aufsichtsratsmitglied zu stellen?

1. Unternehmerische Entscheidung des Aufsichtsrats

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob der Anwendungsbereich der Business Judgement Rule gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG grundsätzlich eröffnet ist. Hierzu ist erforderlich, dass der Aufsichtsrat eine »*unternehmerische Entscheidung*« trifft.

FRAGESTELLUNG

GUIDANCE

Handelt es sich um eine unternehmerische Entscheidung des Aufsichtsrats?

- Das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung setzt grundsätzlich voraus, dass der Aufsichtsrat bei seiner Entscheidungsfindung ein eigenes Ermessen besitzt.
- Ein unternehmerisches Ermessen ist gegeben im Fall einer informierten Auswahl der Handlungsmöglichkeit, die nach verantwortlicher, die Risikoabwägung einschließender Prognose dem Gesellschaftswohl oder dem Unternehmensinteresse am besten dient.
- Unternehmerische Entscheidungen zeichnen sich dadurch aus, dass der Entscheidungsträger aus mehreren Handlungsalternativen wählen kann. Nach den Gesetzesmaterialien handelt es sich um Entscheidungen, die »*infolge ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und nicht justiziable Einschätzungen*« geprägt sind.
- Aus diesem Grund kann auch der bewusste Verzicht auf eine Maßnahme Ausdruck unternehmerischen Ermessens sein.

FRAGESTELLUNG

(FORTSETZUNG)

Handelt es sich um eine unternehmerische Entscheidung des Aufsichtsrats?

GUIDANCE

- Abzugrenzen sind unternehmerische Entscheidungen von gebundenen Entscheidungen, zu denen die »Beachtung gesetzlicher, satzungsmäßiger oder anstellungsvertraglicher Pflichten ohne tatbestandlichen Beurteilungsspielraum« gezählt wird.
- Unternehmerische Entscheidungen des Aufsichtsrats liegen bei der Ausübung der präventiven Überwachung des Vorstands vor.

Zu den unternehmerischen Entscheidungen des Aufsichtsrats gehören nach richtiger Ansicht insbesondere die folgenden Maßnahmen:

- Maßnahmen im Bereich der Selbstorganisation des Aufsichtsrats einschließlich des Erlasses von Zustimmungsvorbehalten
- Zustimmung zu Maßnahmen der Geschäftsführung bzw. Versagung der Zustimmung
- Beratung des Vorstands zu Fragen zukünftiger Geschäftsführung
- Auswahl und Bestellung von Vorstandsmitgliedern
- Abberufung von Vorstandsmitgliedern (Allerdings kann je nach Charakter des wichtigen Grundes das Ermessen des Aufsichtsrats auf Null reduziert sein. Auf diesen Fall wäre die Business Judgement Rule nicht anwendbar.)
- Abschluss und Kündigung der Anstellungsverträge mit den Vorstandsmitgliedern
- Festlegung des Vergütungssystems für die Vorstandsmitglieder
- Entscheidung über die Geschäftsverteilung im Vorstand
- Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder
- Mitwirkung bei der Aufstellung des Jahres- und Konzernabschlusses (soweit Ansatz- und Bewertungsrechte bestehen oder Entscheidungen über das anzuwendende Bilanzrecht zu treffen sind)
- Beschlussvorschläge an die Hauptversammlung
- Vorschlag über die Gewinnverwendung
- Zustimmung zu Abschlagszahlungen auf den Bilanzgewinn
- Entscheidung über die Bedingung der Aktienausgabe beim genehmigten Kapital
- Vorschlag für die Wahl des Abschlussprüfers
- Erteilung des Prüfungsauftrags
- Vorschlag für die Wahl neuer Aufsichtsratsmitglieder
- Entscheidungen nach §§ 114, 115, 194 Abs. 1 AktG
- Mitwirkung an Stellungnahmen und Maßnahmen nach §§ 27, 33 Abs. 1 Satz 2 WpÜG

Die folgenden Punkte greifen stichwortartig besondere Konstellationen auf, in denen eine unternehmerische Entscheidung des Organmitglieds unter Umständen nicht in Betracht kommt. Die Anwendbarkeit der Business Judgement Rule ist dann ausgeschlossen.

Durch die Beantwortung der nachstehenden Fragen bietet sich dem Aufsichtsrat die praktische Möglichkeit zur kurzfristigen Selbstkontrolle.

FRAGESTELLUNG

GUIDANCE

Kontrollfrage 1:

Handelt es sich bei meiner Entscheidung um eine Maßnahme, die auf die **vergangenheitsbezogene Kontrolle des Vorstands** gerichtet ist?

- Falls ja, kann sich der Aufsichtsrat bei der Ausübung seiner Kontrollpflichten nicht auf die Business Judgement Rule berufen.
Denn der Aufsichtsrat ist nicht befugt, den beim Vorstand bestehenden Ermessensspielraum durch eine eigene Entscheidung zu ersetzen.
- Es fehlt an einer unternehmerischen Entscheidung des Aufsichtsrats. Die nachträgliche Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat stellt eine gebundene Entscheidung ohne Ermessen dar.
- Soweit der Gesellschaft durch die Maßnahme des Vorstands ein Schaden entstanden ist und dem Vorstand haftungsbegründendes Verhalten zur Last gelegt werden kann, muss der Aufsichtsrat jedoch prüfen, **ob es berechnigte Belange der Gesellschaft gibt, die es ratsam erscheinen lassen, von der Anspruchsverfolgung gegen den Vorstand abzusehen**. Dem Aufsichtsrat kommt insoweit ein Abwägungsermessen zu, sodass die Business Judgement Rule in diesem Umfang Anwendung findet.

TRIFFT ZU:

 JA NEIN**Kontrollfrage 2:**

Setze ich mich bei meiner Entscheidung über **wirksame Beschlüsse der Hauptversammlung** oder **Vorgaben aus der Satzung** der Gesellschaft hinweg?

- Falls ja, findet die Business Judgement Rule für die Überprüfung der Entscheidung keine Anwendung.
- Der Aufsichtsrat ist bei seiner Entscheidungsfindung an rechtmäßige Hauptversammlungsbeschlüsse und an die Inhalte der Satzung gebunden.
- Seine Entscheidungen sind nur im Rahmen des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstands zulässig.

TRIFFT ZU:

 JA NEIN**Kontrollfrage 3:**

Besteht die Gefahr, dass ich mit meiner Entscheidung und ihrer Umsetzung **gegen geltende Rechtsvorschriften** verstoßen würde?

- Falls ja, findet die Business Judgement Rule für die Überprüfung der Entscheidung keine Anwendung.
- Für den Aufsichtsrat besteht grundsätzlich die Pflicht zur Gesetzestreue. Damit entfallen zahlreiche Lebenssachverhalte aus dem Bereich der Business Judgement Rule, da es für sie verbindliche Rechtsvorschriften gibt (z. B. Vorgänge im Zusammenhang mit Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, insolvenzrechtliche Pflichten, Eigenkapitalersatz, Pflichtaufgaben der Verwaltung).

FRAGESTELLUNG

GUIDANCE

(FORTSETZUNG)

Besteht die Gefahr, dass ich mit meiner Entscheidung und ihrer Umsetzung gegen geltende Rechtsvorschriften verstoßen würde?

- Nach der Begründung des Regierungsentwurfs Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts von 2005 (UMAG) besteht kein »sicherer Hafen« bei illegalem Verhalten. Das Ermessen des Aufsichtsratsmitglieds ist bei der Befolgung geltender Gesetze grundsätzlich *auf Null* reduziert.
- Auch bei sog. »nützlichen« Gesetzesverletzungen, also wenn das rechtswidrige Verhalten im Unternehmensinteresse lag, findet die Business Judgement Rule nach richtiger Auffassung keine Anwendung.
- Ebenso wenig darf zum Vorteil der Gesellschaft gegen das Gesetz verstoßen werden. Allerdings führt auch ein vorsätzlicher Gesetzesverstoß nicht zu einer Schadensersatzpflicht gegen das Aufsichtsratsmitglied, wenn der Verstoß der Gesellschaft einen Nutzen und keinen Schaden bringt.

TRIFFT ZU:

JA

NEIN

Kontrollfrage 4:

Verletze ich mit der Entscheidung möglicherweise mir als Organ obliegende **Treuepflichten**?

- Falls ja, findet die Business Judgement Rule für die Überprüfung der Entscheidung keine Anwendung.
 - Verstößt ein Mitglied des Aufsichtsrats gegen seine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft, kommt ein unternehmerisches Ermessen nicht in Betracht, da das Handeln des Aufsichtsrats nicht am Unternehmenswohl bzw. dem Wohl der Gesellschaft orientiert ist.
- Allerdings ist bei Aufsichtsratsmitgliedern ins Kalkül zu ziehen, dass die Aufsichtsrats Tätigkeit eine typische Nebentätigkeit darstellt. Daher kann nach herrschender Meinung nicht gefordert werden, dass das Aufsichtsratsmitglied den Interessen der Gesellschaft stets unbedingten Vorrang gibt. Entscheidend sind immer die Umstände des Einzelfalls.

TRIFFT ZU:

JA

NEIN

Anmerkung:

Verstoße ich mit meiner Entscheidung gegen **vertragliche Pflichten** der Gesellschaft?

Falls ja, berührt dies die grundsätzliche Anwendbarkeit der Business Judgement Rule nach überwiegender Auffassung **nicht**.

Denn bei bloßen Vertragsverletzungen handelt es sich allgemein nicht um gebundene Entscheidungen. Das Aufsichtsratsmitglied darf damit zwischen den Vor- und Nachteilen einer Vertragsverletzung abwägen, weil durch das allgemeine *pacta sunt servanda* des Zivilrechts nicht jeder Vertragsinhalt staatlichem Gesetzesrecht gleichzusetzen ist (vorausgesetzt, dass die Vertragsverletzung nicht zugleich mit einer spezifischen Gesetzesverletzung einhergeht).

Liegt damit im Ergebnis eine unternehmerische Entscheidung vor?

JA

NEIN

2. Anforderungen an die Entscheidungsfindung des Aufsichtsrats

Soweit der Anwendungsbereich der Business Judgement Rule gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eröffnet ist, weil der Aufsichtsrat eine unternehmerische Entscheidung zu treffen hat, stellt sich die Frage, was im konkreten Fall von jedem einzelnen Mitglied des Aufsichtsrats getan werden muss, um vernünftigerweise annehmen zu dürfen, die Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft auf Grundlage angemessener Information zu treffen.

FRAGESTELLUNG

GUIDANCE

<p>Durfte ich bei meiner Entscheidung »vernünftigerweise annehmen, auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln«?</p>	<p>Die Gesetzesbegründung des Deutschen Bundestags betont, dass eine unternehmerische Entscheidung häufig auch auf Instinkt, Erfahrung, Fantasie und Gespür für künftige Entwicklungen sowie einem Gefühl für die Märkte beruht. Dies lasse sich nicht vollständig durch objektive Informationen ersetzen. Das Gesetz möchte den Mut zum unternehmerischen Risiko nicht nehmen, zugleich aber keinen Vorschub für Unbesonnenheit und Leichtsinns auf Kosten der Kapitalgeber und der Arbeitnehmer leisten. Darauf nimmt das Merkmal der <i>angemessenen Information</i> Rücksicht.</p> <p>Die Pflicht zur angemessenen Information bezieht sich sowohl auf die tatsächlichen Umstände, die für die Entscheidung bedeutsam sein können, als auch auf die rechtliche Bewertung der verschiedenen Handlungsalternativen.</p>
<p>Welche Informationen liegen mir vor?</p>	<p>Das unternehmerische Ermessen muss auf möglichst breiter Informationsgrundlage und in aller Sorgfalt getroffen werden. Maßgeblich sind Bedeutung, Risiko, Kosten und Nutzen der Entscheidung.</p>
<p>Wie hoch ist das Risiko, wenn ich falsch entscheide?</p>	<p>Allgemein sind bei strategischen Entscheidungen und bedeutenden Risiken die Anforderungen an die Informationsbeschaffung höher als bei Maßnahmen des Tagesgeschäfts.</p>
<p>Wer hat die Entscheidung vorbereitet?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Handelt der Aufsichtsrat allein, z. B. bei der Bestellung von Vorstandsmitgliedern, muss er sich umfassend informieren. Daher empfiehlt sich die Vorbereitung der Entscheidung durch einen Ausschuss. • Handelt der Aufsichtsrat zusammen mit dem Vorstand, etwa bei der Feststellung des Jahresabschlusses und bei zustimmungspflichtigen Maßnahmen, kann er auf der Information des Vorstands aufbauen. Er muss aber selbst entscheiden, ob er sich <i>in concreto</i> ausreichend informiert fühlt oder »nachfassen« muss.
<p>Welche Kriterien muss ich berücksichtigen?</p>	<p>Die Entscheidungsfindung muss sich im Wesentlichen auf betriebswirtschaftliche Größen wie Rentabilität, Risikobewertung, Investitionsvolumen und Finanzierung beschränken.</p>
<p>Was ist wofür angemessen?</p>	<p>Welche Intensität der Informationsbeschaffung »angemessen« ist, muss anhand des Zeitvorlaufs, des Gewichts und der Art der zu treffenden Entscheidung sowie unter Anerkennung anerkannter betriebswirtschaftlicher Verhaltensmaßstäbe vom Aufsichtsratsmitglied ohne grobe Pflichtverletzung entschieden werden (siehe Seite 14).</p>

FRAGESTELLUNG

GUIDANCE

<p>Sollten wir externen Rat einholen?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Über die Frage, ob und in welchem Umfang externe Gutachten eingeholt werden müssen, ist nach betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten sowie entsprechend der eigenen Möglichkeiten der Gesellschaft und nicht nach formalen Absicherungsstrategien zu entscheiden. • Ein routinemäßiges Einholen von Sachverständigengutachten ist nicht vorgesehen; dies kann aber im Einzelfall geboten oder sinnvoll sein. Auch kann die Befassung seitens besonderer Risikoausschüsse oder der internen Revision von Nutzen sein.
<p>Am Ende muss ich selbst entscheiden.</p>	<p>Die Business Judgement Rule greift auch für die Frage ein, welche Informationen sinnvollerweise für eine Entscheidung erforderlich sind.</p>
<p>So nicht:</p>	<p>Beispiele für unternehmerische Maßnahmen, bei denen das Organ nicht vernünftigerweise annehmen durfte, die Entscheidung auf der Grundlage angemessener Informationen getroffen zu haben:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Auszahlung eines hohen Darlehensbetrags, ohne dass zuvor Sicherheiten vereinbart und die Risiken ordnungsgemäß eingeschätzt wurden • Spekulationsgeschäfte innerhalb des Unternehmensgegenstands, wenn sie nicht Bestandteil einer nachvollziehbaren unternehmerischen Strategie sind • Unternehmensakquisitionen und -übernahmen, ohne dass eine sorgfältige Vorbereitung von der Planung der Einbettung des Zielobjekts über eine Due Diligence-Prüfung bis hin zur Vertragsgestaltung und Preisfindung stattgefunden hat • Verschwendung von Gesellschaftsvermögen: Pflicht zur Durchsetzung von Ansprüchen der Gesellschaft (Ausnahme: Zu befürchtender Reputationsschaden nach Abwägung im Einzelfall)

Die folgenden Punkte konkretisieren, wann ein Aufsichtsrat im Einzelfall vernünftigerweise davon ausgehen kann, auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln bzw., wann er dies nicht kann.

Durch die Beantwortung der nachstehenden Fragen bietet sich dem Aufsichtsrat die praktische Möglichkeit zur kurzfristigen Selbstkontrolle.

Kontrollfrage 1:

<p>Habe ich die Entscheidung nach betriebswirtschaftlichen Parametern auf Grundlage angemessener Informationen getroffen?</p>	<p>Zu fragen ist, welche betriebswirtschaftlichen Mindeststandards an die Qualität der Entscheidungsvorbereitung des Aufsichtsrats zu stellen sind. Einerseits dürfen sie keine unrealistischen Anforderungen an das Organ stellen, andererseits muss ihre Befolgung aber ausreichend fundiert sein, um die Anwendung der Business Judgement Rule als gerechtfertigt erscheinen zu lassen.</p> <p>Das Gesetz verlangt lediglich eine »angemessene« Information. Als unbestimmter Rechtsbegriff bedarf das Merkmal der Angemessenheit der Informationsbeschaffung dazu weiterer Konkretisierung.</p>
--	---

FRAGESTELLUNG

GUIDANCE

(FORTSETZUNG)

Habe ich die Entscheidung nach betriebswirtschaftlichen Parametern auf Grundlage angemessener Informationen getroffen?

- Der BGH hat für die GmbH entschieden, dass ein Geschäftsführer »in der konkreten Entscheidungssituation **alle** verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art« auszuschöpfen hat. Nach dem Oberlandesgericht Celle müssen dem Vorstand einer Aktiengesellschaft »**alle** dabei [Anmerkung des Verfassers: zur Entscheidungsfindung] ermittelbaren Informationen bekannt sein«.
- Dieser absolute Rationalitätsmaßstab stellt sich **aus betriebswirtschaftlicher Sicht** allerdings als unrealistische Anforderung dar. Der weit überwiegende Teil des Schrifttums lässt es aus diesem Grund genügen, wenn der Aufsichtsrat in der konkreten Entscheidungssituation eine Tatsachenbasis schafft, die den zur Verfügung stehenden zeitlichen Rahmen sowie die Kosten und den Nutzen weiterer Informationsgewinnung angemessen berücksichtigt.
- Bei Vorliegen besonderer Umstände, etwa erhöhter Eilbedürftigkeit, soll auch bereits eine summarische Prüfung durch das Organ ausreichend sein.
- Nach der Gesetzesbegründung des Deutschen Bundestags wird auf die vom Organmitglied vernünftigerweise als angemessen erachtete Information abgestellt, auf deren Basis und nach deren freier Würdigung es dann eine unternehmerische Entscheidung fällt. Ausdrücklich soll dem Organ damit in den Grenzen seiner Sorgfaltspflicht erheblicher Spielraum eingeräumt werden, den Informationsbedarf abzuwägen. Der Gesetzgeber würdigt insoweit, dass Information nicht allumfassend sein kann. Stattdessen müssen die betriebswirtschaftlich gegebenen Schwerpunkte, der zeitliche Vorlauf, das Gewicht und die Bedeutung der Entscheidung etc. von dem berufenen Gesellschaftsorgan im Einzelfall für den Maßstab seiner Informationsbeschaffung neu abgewogen werden.

Im Ergebnis dürfte vor diesem Hintergrund ein objektiver Maßstab der Rationalität heranzuziehen sein, der auch die (insbesondere kognitiven) Beschränkungen berücksichtigt, denen die Informationsbeschaffung und Verarbeitung unterliegen. **Aus Gründen der Vorsicht empfiehlt es sich vor dem Hintergrund der in der Rechtsprechung in der Vergangenheit zu dieser Frage getroffenen Entscheidungen (s. o.) dennoch, einen möglichst vollumfänglichen Maßstab an die Informationsbeschaffung des Aufsichtsrats anzulegen.**

TRIFFT ZU:

 JA

 NEIN

Kontrollfrage 2:

Stehen möglicherweise **nicht alle Unterlagen und Informationen zur Verfügung**, die benötigt werden, um die Situation abschließend zu beurteilen? Oder erscheinen die Erklärungen des Vorstands **nicht plausibel** und bestehen bei mir **Zweifel**?

- Falls ja, sind die Voraussetzungen der Business Judgement Rule möglicherweise nicht erfüllt, sofern der Aufsichtsrat keine ausreichenden eigenen Anstrengungen unternommen hat, die Situation zu klären.
- Denn bei Unvollständigkeit der vorgelegten Unterlagen ist der Aufsichtsrat verpflichtet, eigene Ermittlungen anzustellen, einschließlich der Klärung der Fragen zum beabsichtigten Zweck der Maßnahme oder des Geschäfts, des Einsatzes und der Eignung der Mittel, Chancen und Risiken sowie Handlungsalternativen.
- Gegebenenfalls sind eigene Sachverständige hinzuzuziehen.

FRAGESTELLUNG

GUIDANCE

(FORTSETZUNG)

Stehen möglicherweise nicht alle Unterlagen und Informationen zur Verfügung, die benötigt werden, um die Situation abschließend zu beurteilen? Oder erscheinen die Erklärungen des Vorstands nicht plausibel und bestehen bei mir Zweifel?

- Im Fall der Heranziehung externer Ratings hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Annahme einer ausreichenden Informationsgrundlage indes verneint, da die Beurteilung »nicht wirklich objektiv« erfolgte, sondern »in einem erkennbaren Interessenkonflikt« der Ratingagenturen mit Blick auf ihre wirtschaftliche Abhängigkeit vom Auftraggeber stand.
- Bei Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, z. B. Bestellungen oder Mandatsverlängerungen des Vorstands, muss sich der Aufsichtsrat soweit möglich über die Fachkompetenzen und die bestehenden Führungsqualitäten der betreffenden Person vergewissern.
- Lassen sich die tatsächlichen Umstände trotz alledem nicht abschließend ermitteln, muss der Aufsichtsrat alle Vorteile und Risiken umfassend gegeneinander abwägen.
- Zu berücksichtigen sind auch die zur Verfügung stehende Zeit und die wirtschaftliche Bedeutung der Angelegenheit.

TRIFFT ZU:

JA

NEIN

Kontrollfrage 3:

Lässt sich die **Rechtslage nicht sicher** für die Entscheidungsfindung ermitteln?

- Falls ja, sind die Voraussetzungen der Business Judgement Rule möglicherweise nicht erfüllt, sofern der Aufsichtsrat keine ausreichenden eigenen Anstrengungen unternommen hat, die Rechtslage zu klären.
- Ist die Rechtslage unklar, muss zunächst versucht werden, die rechtliche Situation durch Einschaltung qualifizierter Rechtsberater, die in dem betreffenden Fachgebiet über besondere Expertise verfügen, zu ermitteln.
- Lässt sich dennoch keine sichere Klärung herbeiführen, muss der Aufsichtsrat eine Entscheidung auf Grundlage einer unsicheren Rechtslage unter Berücksichtigung des juristischen Diskussionsstands treffen. In diesem Fall hat eine Risikoabwägung des Aufsichtsrats zu erfolgen; d. h. der Aufsichtsrat muss sich für ein Handeln entscheiden, bei dem das geringste Risiko zu erwarten ist.
- Hierfür zu berücksichtigen sind die jeweilige Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit in jedem möglichen Szenario.

TRIFFT ZU:

JA

NEIN

Kontrollfrage 4:

Stellt meine Entscheidung eine Handlung **zum Wohle der Gesellschaft** dar?

- Allgemein handelt das Aufsichtsratsmitglied zum Wohle der Gesellschaft, wenn die Entscheidung zur langfristigen Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens sowie seiner Produkte oder Dienstleistungen beiträgt.
- Dies bezieht auch das Wohl von Tochterunternehmen und das des Gesamtkonzerns mit ein.

FRAGESTELLUNG

GUIDANCE

(FORTSETZUNG)

Stellt meine Entscheidung eine Handlung zum Wohle der Gesellschaft dar?

- Entscheidend ist nicht das *ex post* ermittelte Wohl der Gesellschaft, sondern ein vom betreffenden Aufsichtsratsmitglied *ex ante* in gutem Glauben angestrebtes Gesellschaftswohl.

TRIFFT ZU:

 JA NEIN

Kontrollfrage 5:

Gehen mit meiner Entscheidung **erhebliche Risiken** für die Gesellschaft einher?

- Falls ja, kommt es auf den Einzelfall an, ob das Aufsichtsratsmitglied noch »vernünftigerweise« im Sinne von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.
- Das Eingehen erheblicher Risiken schließt nicht *per se* aus, dass die Business Judgement Rule zugunsten des Entscheidungsträgers zur Anwendung kommt.
- Der Aufsichtsrat muss *vernünftigerweise* annehmen dürfen, im besten Interesse der Gesellschaft und auf Grundlage ausreichender Informationen zu handeln. Das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals wäre dann zu verneinen, wenn das mit der unternehmerischen Entscheidung verbundene Risiko in völlig unverantwortlicher Weise falsch beurteilt wurde. »Unverantwortlichkeit« stellt damit die allgemeine Grenze des Ermessens dar.
- Ist das Handeln des Vorstands besonders risikoträchtig, kann das Ermessen des Aufsichtsrats, dem Vorstandshandeln seine Zustimmung zu verweigern oder gar hiergegen aktiv vorzugehen, *auf Null* reduziert sein.
- Die Frage, ob auch potenziell existenzgefährdende Entscheidungen dem Schutz der Business Judgement Rule unterfallen können, wird im Schrifttum kontrovers diskutiert.
 - Der BGH hat die Anwendung der Business Judgement Rule abgelehnt, »wenn die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt wird«.
 - Teilweise wird hieraus gefolgert, dass ein unzulässiges, die Anwendung der Business Judgement Rule ausschließendes Risiko damit vorläge, wenn die eingegangenen Risiken zur Existenzgefährdung der Gesellschaft führen können.
 - Dagegen wird vorgebracht, zum unternehmerischen Risiko gehöre es auch, dass sich ein Geschäftsmodell als nicht tragfähig erweist und deshalb die Existenz des gesamten Unternehmens gefährdet ist. Das Eingehen bestandsgefährdender Risiken könne etwa zulässig sein, wenn dies dem Unternehmen eine Chance eröffnet, am Markt zu verbleiben, statt absehbar aufgeben zu müssen. Allerdings sind in diesem Fall die Anforderungen an die Qualität der Informationsbasis als Grundlage der Entscheidung ungleich höher als bei weniger risikoreichen Entscheidungen. Diese steigen proportional zum Risiko.

TRIFFT ZU:

 JA NEIN

FRAGESTELLUNG

GUIDANCE

Kontrollfrage 6:

Befand ich mich im Zeitpunkt meiner Entscheidung in einem **Interessenkonflikt**?

Falls ja, sind die Voraussetzungen der Business Judgement Rule nach überwiegender Auffassung nicht gegeben.

Im Fall eines Interessenkonflikts des Aufsichtsratsmitglieds gelangt die Business Judgement Rule deshalb nicht zur Anwendung, weil die getroffene Entscheidung nicht ausschließlich am *Wohle der Gesellschaft* orientiert sein kann.

- Abgesehen von persönlichen Interessen von Aufsichtsratsmitgliedern und deren Familienangehörigen hat die Frage vor allem im Konzern Bedeutung – etwa wenn die gleiche Person Mitglied in Organen der Mutter- und Tochtergesellschaft ist (**Beispiel:** VW und Porsche).
- Der Deutsche Corporate Governance Kodex empfiehlt die Offenlegung von möglichen Interessenkonflikten gegenüber dem Aufsichtsrat (Ziffer 5.5). Das Aufsichtsratsmitglied hat den Konflikt vor der Befassung des Gremiums mit dem potenziell konfliktbehafteten Gegenstand gegenüber dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu offenbaren. Anschließend darf es weder an der Beratung noch an der Abstimmung des Gegenstands teilnehmen.
- Rechtsfolge einer möglichen Stimmabgabe trotz bestehenden Interessenkonflikts ist deren Unwirksamkeit.
- Legitim ist ein Handeln zum eigenen Vorteil indes, soweit sich dieser nur mittelbar aus dem Wohl der Gesellschaft ableitet.

TRIFFT ZU:

JA

NEIN

Kontrollfrage 7:

War mir bei der Entscheidung bekannt, dass sich **ein anderes Mitglied des Aufsichtsrats**, das sich an der Abstimmung beteiligt hat, in einem **Interessenkonflikt** befand?

- Falls ja, wird im Schrifttum vereinzelt diskutiert, ob die Business Judgement Rule dennoch zugunsten der Aufsichtsratsmitglieder, die um den Interessenkonflikt eines anderen Mitglieds wussten, zur Anwendung kommen darf. Dies wird teilweise mit dem Argument verneint, durch den Interessenkonflikt des anderen Aufsichtsratsmitglieds würden die übrigen Mitglieder, die ihre Entscheidung im Wissen um die nicht mehr gegebene Unabhängigkeit eines abstimmenden Mitglieds treffen, von dessen Interessenkonflikt »infiiziert«, da sie selbst dann nicht mehr in der Lage wären, zum alleinigen Wohl der Gesellschaft zu handeln.
- Falls Aufsichtsratsmitglieder Hinweise auf einen bestehenden Interessenkonflikt eines anderen Aufsichtsratsmitglieds haben, sollten sie den Vorsitzenden des Aufsichtsrats – bzw. falls dieser betroffen ist, seinen Stellvertreter – informieren. Dieser wird den Fall mit dem konfliktbehafteten Aufsichtsratsmitglied besprechen und entscheiden, ob das betreffende Aufsichtsratsmitglied an einer potenziell konfliktbehafteten Entscheidung mitwirken soll oder nicht.

TRIFFT ZU:

JA

NEIN

Abschließende Kontrollfragen:

FRAGESTELLUNG

GUIDANCE

Wurde ich bei der Entscheidungsfindung unterbewusst möglicherweise durch **systematische Denkfehler** (sog. **Bias-Mechanismen**) beeinflusst, wodurch ich unter Umständen zu einem unzutreffenden Ergebnis für die zu entscheidende Frage gelangt bin?

Die wissenschaftliche Untersuchung individueller Informationsverarbeitungsprozesse hat verschiedene Heuristiken und Verzerrungen identifiziert, denen Personen unterliegen, wenn sie Entscheidungen zu treffen haben. Die folgende Übersicht soll dazu beitragen, die Mitglieder des Aufsichtsrats bei ihrer Entscheidungsfindung für einige der am häufigsten verbreiteten Denkfehler zu sensibilisieren.

Haben wir uns die notwendige Zeit genommen, um alle Handlungsalternativen zu durchdenken?

Hang zur übereilten Entscheidungsfindung (*Rush to Solve*)

Hierunter versteht man die meist unbewusste Neigung, Probleme und Fragen durch eine rasche Entschlussfassung möglichst schnell lösen zu wollen. In der Konsequenz bedeutet dies, dass häufig die erstbeste Entscheidungsmöglichkeit gewählt wird, ohne dabei ausreichend Zeit auf andere Herangehensweisen verwendet bzw. Augenmerk auf alternative Lösungsmodelle gerichtet zu haben.

Auch erwecken rasch und bestimmt gefasste Beschlüsse nach außen den Eindruck eines geschlossen auftretenden, souveränen Gremiums, das jederzeit Herr der Lage ist.

Habe ich meine Zweifel formuliert und wurde über sie offen diskutiert?

Gruppendenken (*Groupthink*)

Gruppendenken ist dadurch gekennzeichnet, dass für die Mitglieder einer kohäsiven Gruppe das Streben nach Einmütigkeit eine höhere Bedeutung gewinnt als die realistische Einschätzung von Handlungsalternativen.

Gruppendenken äußert sich konkret beispielsweise in einer Illusion der Unverwundbarkeit, die übertriebenen Optimismus und einen Hang zum Risiko nach sich zieht, in der Geringschätzung von Warnungen bzw. unpassenden Informationen (vgl. nachfolgend: Selbstüberschätzung), in der Ausübung von Uniforritätsdruck auf potenzielle Abweichler sowie in der Illusion einmütiger Meinungen.

Insbesondere dann, wenn ein Gremium wie der Aufsichtsrat mit prominenten oder äußerst dominant auftretenden Mitgliedern besetzt ist, tendieren andere – im Vergleich hierzu möglicherweise weniger prominente oder dominante – Mitglieder häufig dazu, die eigene Meinung zurückzuhalten. Dabei ist gerade das bewusste Vermeiden einer frühen Konsenserzielung und das Ermöglichen einer offenen Diskussion unter den Gruppenmitgliedern das beste Mittel, Fehler im Entscheidungsfindungsprozess durch die Kontrolle aller zu erkennen und zu kompensieren. Dies kommt aber in der Praxis – zumal vor dem Hintergrund der in Deutschland gegebenen unternehmerischen Arbeitnehmermitbestimmung mit ihren Arbeitgeber- und Arbeitnehmerfraktionen – oft nur unzureichend vor.

FRAGESTELLUNG

GUIDANCE

<p>Bin ich so gut, wie ich glaube?</p>	<p>Selbstüberschätzung (<i>Overconfidence</i>)</p> <p>Gemeint ist hiermit die Neigung von Personen, ihre eigenen Fähigkeiten, ihre Erfahrung und ihr Wissen zu überschätzen. Aufgrund dessen wird neuen Informationen nicht genügend Aufmerksamkeit entgegengebracht oder sie werden gänzlich ignoriert.</p>
<p>Werden von uns einmal getroffene Entscheidungen immer wieder kritisch hinterfragt?</p>	<p>Bestätigungstendenzen (<i>Confirmation Bias</i>)</p> <p>Unter einer Bestätigungstendenz versteht man die menschliche Neigung, einmal getroffene Entscheidungen jeder Art im Nachhinein bewusst oder unbewusst als richtig anzusehen und diese gegen konträre Informationen zu verteidigen. Dabei kommt es zu realitätsverzerrenden Prozessen während der Informationsauswahl, -aufnahme und -bewertung, die dazu führen, dass die bestehende Einstellung bestätigt wird.</p> <p>Entsprechende Denkfehler treten insbesondere dann auf, wenn keine eindeutigen Feedback-Informationen folgen.</p>
<p>Welchen Vergleichsmaßstab haben wir angelegt und wurde dieser objektiv ermittelt?</p>	<p>Ankereffekt (<i>Anchoring effect</i>)</p> <p>Als Ankereffekt wird die Angleichung eines numerischen Urteils an einen unterbewusst vorgegebenen Vergleichsstandard bezeichnet. Der Vergleichsstandard wirkt wie ein »Anker« für die endgültige Einschätzung und zieht diese in seine Richtung.</p> <p>Beispiel: Der Vorstand tritt an den Aufsichtsrat mit dem Anliegen heran, dieser möge zu gegebener Zeit seine Zustimmung zum geplanten strategischen Erwerb eines Wettbewerbers erteilen. Man sei zuversichtlich, den Wettbewerber zu einem Kaufpreis in Höhe von 100 Millionen EUR übernehmen zu können. Verhandlungen mit dem Verkäufer führen kurz darauf allerdings dazu, dass entgegen der ursprünglichen Annahme des Vorstands die Übernahme nur noch zu einem Kaufpreis in Höhe von 200 Millionen EUR möglich wäre. Trotz der Verdoppelung des ursprünglich angenommenen Kaufpreises wäre der Erwerb des Wettbewerbers aus Sicht des Unternehmens jedoch objektiv immer noch äußerst sinnvoll. Dennoch verweigert der Aufsichtsrat unter Berufung auf den Kaufpreis seine Zustimmung zum Erwerb. Der initial mitgeteilte Kaufpreis in Höhe von 100 Millionen EUR stellt für die Einschätzung durch den Aufsichtsrat dessen »Anker« dar, anhand dessen mögliche Abweichungen unterbewusst positiv oder negativ beurteilt werden.</p> <p>Ein Anker dient also als Ausgangspunkt in einem Einschätzungs- oder Entscheidungsprozess. Unterbewusst beeinflusst er die Einschätzung oder Entscheidung der betreffenden Person – unabhängig davon, ob die Information für die Entscheidung überhaupt relevant ist oder nicht. Solche psychologischen Anker, die sich trotz ihrer Unerheblichkeit auswirken, sind verbreitete Phänomene bei Entscheidungsprozessen.</p>

FRAGESTELLUNG

GUIDANCE

Habe ich alle verfügbaren Informationen wirklich unvoreingenommen berücksichtigt?

Verfügbarkeit von Informationen

Nicht zuletzt neigen Menschen dazu, im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung in erster Linie solche Informationen und Eindrücke zugrunde zu legen, die in ihrer Erinnerung als wahrscheinlicher, relevanter oder wichtiger als andere für ihre Einschätzung abrufbar sind.

Diese Gefahr besteht vor allen Dingen dann, wenn Mitglieder des Aufsichtsrats darüber hinaus weitere Aufsichtsmandate in anderen Unternehmen bekleiden, bei denen in einer ähnlichen, aber früheren Situation eine entsprechende Entscheidung getroffen wurde. Seine früheren, der jetzigen Situation ähnelnden Erfahrungen beeinflussen dann häufig unbewusst die Möglichkeiten eines Mitglieds zur neuen und unvoreingenommenen Einschätzung im konkreten Fall.

Wie kann ich verhindern, dass meine Entscheidungsfindung von einem unterbewussten Denkfehler beeinträchtigt wird?

Um den zuvor beschriebenen Denkfehlern bestmöglich vorzubeugen, ist es ratsam, neben einer möglichst wiederkehrenden Sensibilisierung für die häufigsten Bias-Mechanismen Fehlurteilen proaktiv entgegenzuwirken, beispielsweise durch:

- wiederholte Perspektivwechsel (*fresh lens*)
- das Stellen von Was- und Warum-Fragen
- die Konzeption alternativer Szenarien und Handlungsmöglichkeiten
- die bewusste Öffnung für konträre Argumente und Standpunkte
- die Ermutigung anderer zur offenen Artikulation ihrer Ansichten

Allgemein:

Muss ich im Fall einer Haftungsklage beweisen, dass ich mein unternehmerisches Ermessen sorgfaltsgemäß ausgeübt habe?

Ja, im potenziellen Haftungsprozess muss der Aufsichtsrat seine pflichtgemäße Amtsführung – also die sorgfältige Vorbereitung einer unternehmerischen Entscheidung auf angemessener Informationsgrundlage – nachweisen (vgl. §§ 116, 93 Abs. 2 Satz 2 AktG).

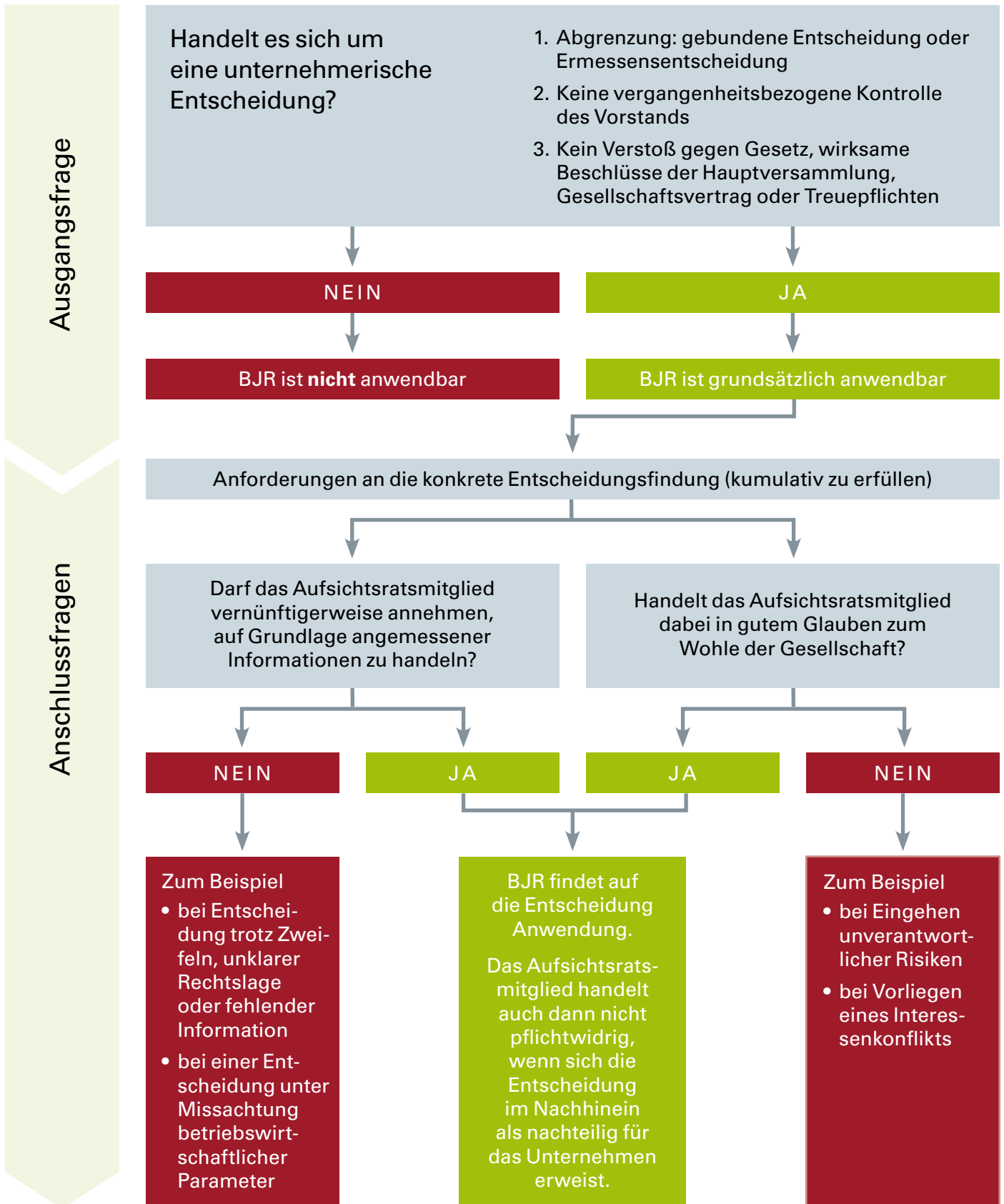
Wie gut sind meine Protokolle?

Zu diesem Zweck ist es ratsam, alle Vorbereitungsunterlagen sorgfältig aufzubewahren, bis die fünf- bzw. zehnjährige Verjährungsfrist für eine Haftungsklage gegen das betreffende Aufsichtsratsmitglied abgelaufen ist. Hier bietet es sich an, zur Dokumentation Verlaufsprotokolle von Aufsichtsratssitzungen anzufertigen, die neben dem Ergebnis auch den Diskussionsprozess während der Sitzung wiedergeben.

Habe ich Zugriff auf alle Materialien, die mich unter Umständen entlasten könnten?

Ist das Aufsichtsratsmitglied möglicherweise aufgrund seines Vertrags mit der Gesellschaft verpflichtet, bei seinem Ausscheiden sämtliche Unterlagen, die die Gesellschaft und den Konzern betreffen, herauszugeben und ist es ihm untersagt, von diesen Unterlagen Kopien anzufertigen und zu behalten, kann das betroffene (dann bereits ehemalige) Mitglied im möglichen späteren Prozess gegen die Gesellschaft verlangen, dass diese ihm die benötigten Unterlagen vorlegt oder ihm die Einsichtnahme gewährt.

Business Judgement Rule (BJR) – Entscheidungsbaum



IMPRESSUM

Herausgeber: Audit Committee Institute e.V. (ACI)

Leitung: Matthias Vogler (ViSdP)

Wissenschaftliche Leitung: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Redaktion: Christina Gasser, Astrid Gundel, Ivona Linder

Audit Committee Institute e.V. (ACI)
THE SQUAIRE • Am Flughafen
60549 Frankfurt am Main
Telefon +49 69 9587-3040
Fax +49 1802 11991-3040
E-Mail aci@kpmg.de
www.audit-committee-institute.de

Gestaltung und Satz: stereobloc, Berlin

Druck: Druckerei Conrad GmbH

Stand: 13.11.2013

Illustrationen: S. 4–6 ©Godmode/iStockphoto;
S. 7 ©Pixel Embargo/shutterstock.com

© 2013 Audit Committee Institute e.V., assoziiert mit der KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, einer Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International Cooperative («KPMG International»), einer juristischen Person schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. Printed in Germany.

Die enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und nicht auf die spezielle Situation einer Einzelperson oder einer juristischen Person ausgerichtet. Obwohl wir uns bemühen, zuverlässige und aktuelle Informationen zu liefern, können wir nicht garantieren, dass diese Informationen so zutreffend sind wie zum Zeitpunkt ihres Eingangs oder dass sie auch in Zukunft so zutreffend sein werden. Niemand sollte aufgrund dieser Informationen handeln ohne geeigneten fachlichen Rat und ohne gründliche Analyse der betreffenden Situation.

Aktuelle Informationen zur Corporate Governance und zum Financial Reporting
finden Sie unter **www.audit-committee-institute.de**