



Prof. Dr. jur. Josef Scherer

Rechtsanwalt, Vorstand des Internationalen Instituts für Governance, Management, Risk & Compliance und Leiter der Stabsstelle ESGRC der Technischen Hochschule Deggendorf

31.10.24

Scherer

Die haftungsbewehrte *Pflicht* zur Verwendung von KI bei unternehmerischen Entscheidungen – auch im Rahmen des Transformations-, Risiko- und Krisenmanagements

Executive Summary

Für die vielfältigen Entscheidungen, die in der derzeitigen Transformations-Lage bei Risiko-früherkennung, Problemlösungen und hoffentlich vor allem bei der Nutzung von vielen neuen Chancen unter Risiko oder Unsicherheit zu treffen sind, haben Gesetzgeber und Rechtsprechung zur Förderung von Innovationen und Fortschritt eine Enthafungs-Methode aufgestellt, die leider noch zu wenig bekannt und genutzt wird:

Die sogenannte Business Judgment Rule (§ 93 Absatz 1 Satz 2 Aktien-Gesetz) ist eine nicht nur für Aktiengesellschaften (enthaftende) Methode für das Treffen unternehmerischer Entscheidungen bei Ermessensspielräumen und findet in diversen Rechtsgebieten, wie z.B. Zivil- oder Strafrecht Anwendung.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung verlangt dabei, dass der Entscheider dabei „alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art“ auszuschöpfen hat.

Zitat aus BGH, HSH Nordbank¹:

*„(...) Hinsichtlich des Maßes der Informationspflichten gilt:
Um Informationspflichten zu genügen, müssen grundsätzlich in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausgeschöpft werden, um auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen [...].
Die konkrete Entscheidungssituation ist danach der Bezugsrahmen des Ausmaßes der Informationspflichten.
Dementsprechend ist es notwendig, aber auch ausreichend, dass sich der Vorstand eine unter Berücksichtigung des Faktors Zeit und unter Abwägung der Kosten und Nutzen weiterer*

¹ Vgl. BGH, Urteil vom 12.10.2016 (Az.5 StR 134/15 – HSH Nordbank)

Informationsgewinnung „angemessene“ Tatsachenbasis verschafft [...]; je nach Bedeutung der Entscheidung ist eine breitere Informationsbasis rechtlich zu fordern [...]. Dem Vorstand steht danach letztlich ein dem konkreten Einzelfall angepasster Spielraum zu, den Informationsbedarf zur Vorbereitung seiner unternehmerischen Entscheidung selbst abzuwägen [...].

Aufgrund des technischen Fortschritts bei der Daten- und Informationsgewinnung und -auswertung (Artificial Intelligence mit Data Mining und Data Analytics) gehört es inzwischen bereits zu den „Anerkannten Regeln der Technik“, beim Ausschöpfen „aller verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art“ auch mithilfe Künstlicher Intelligenz die Informationsbasis anzureichern, die Informationen angemessen – risikobasiert – zu bewerten und für die Entscheidungsunterstützung anzuwenden.²

Die nachfolgende – juristische – Argumentation zeigt, dass es sogar geboten sein kann, zunächst technologieoffen zu sein, um bessere Ergebnisse auch im Sinne guter unternehmerischer Entscheidungen und ökonomischer Nachhaltigkeit (Governance) zu erzielen.

Natürlich sind neue Technologien nur gesetzeskonform, risikobasiert und ethisch korrekt einzusetzen.

Chancen und Gefahren gehören eben zusammen und beeinflussen die in der Zukunft liegende und damit noch unsichere Zielerreichung auch in anspruchsvollen Zeiten:

Die jüngste Steuerschätzung zeigte, dass in Deutschland die Finanzen knapp werden: Sowohl beim Staat und bei den meisten Unternehmen.³

Die Krisen- und Insolvenzanfälligkeit der eigenen Organisation, aber auch bei den Business-Partnern (Kunden, Lieferanten etc.) steigt.

Zugleich wird die Regulierung mehr und mehr⁴ und strenger.

Nicht nur für Konzerne, sondern auch für Kleinunternehmen fordert die Rechtsprechung⁵, dass das Leitungsorgan jederzeit die wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft zu kennen und bei krisenhaften Anzeichen angemessene Maßnahmen abzuleiten hat.⁶

Ebenso ist ein Compliance-Management- und Internes Kontrollsystem vorzuhalten.

Und bei fehlerhafter Überwachung im Rahmen der (Pflichten-) Delegation und Übertragung von Unternehmerpflichten haftet eben auch ohne weiteres das Leitungs- (Vorstand / Geschäftsführer) und Überwachungs-Organ (Aufsichtsrat).

Diese Anforderungen stehen neben der noch sehr unbekanntenen Pflicht aus § 1 StaRUG⁷, die eine angemessene Risikofrüherkennung statuiert.

Viele Unternehmensleiter interpretieren § 1 StaRUG gar nicht oder falsch und nehmen fälschlicherweise an, dass diese Vorschrift nur in der Unternehmenskrise von Bedeutung sei. Die Pflichten aus § 1 StaRUG gelten jedoch auch, wenn es dem Unternehmen gut geht. § 1 StaRUG wird von der jüngsten Rechtsprechung des BGH vom 23.7.2024, II ZR 206 / 22

² Vgl. Scherer, Digital Decision Management, 2022, <https://www.scherer-grc.net/publikationen/digital-decision-management> und Scherer, Rieger, Der digitale Prozess-Zwilling im Gesundheitswesen, JMG, 2021, <https://www.scherer-grc.net/files/fil/jmg-2-21-art-rieger-scherer-korr.pdf>.

³ Vgl. Tagesschau, Steuerschätzer erwarten deutlich weniger Einnahmen, 24.10.2024, <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/steuerschaetzung-166.html>.

⁴ Auch, wenn Kanzler und Wirtschaftsminister und weitere Politiker nach Jahren der Vorbereitung das Lieferkettensorgfaltspflichten-Gesetz wieder abschaffen oder aussetzen und die Umsetzung der CSRD trotz eingeleitetem EU-Vertragsverletzungsverfahren aussitzen wollen. Vgl. Spiegel Wirtschaft, 22.10.24, Kanzler Scholz verspricht Aufweichung des Lieferkettengesetzes noch dieses Jahr.

⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 23.7.2024 (Az. II ZR 206 / 22, Rn. 75 ff. – „Geschäftsführerhaftung“) und OLG Nürnberg, Urteil vom 30.03.2022 (Az. 12 U 1520/19 – „Tankstellenpächter“).

⁶ Vgl. RiskNET, Nah an der Depression vom 14.10.2024, <https://www.risknet.de/themen/risknews/nah-an-der-depression/>

⁷ Vgl. Scherer, Seehaus, Governance und Compliance nach § 1 StaRUG, 2024, zum kostenlosen Download im Internet.

ergänzt. Der BGH verlangt eine entsprechende (Risikoerkennungs-) Organisation und kontinuierliche Kenntnis der wirtschaftlichen und finanziellen Situation des Unternehmens in Echtzeit. Zu dieser Situation gehören auch angemessen erstellte „Worst-Case-Szenarien“. ⁸

Ein StaRUG-konformes Risikofrüherkennungssystem wird auch Risiken identifizieren, die in aggregierter Form noch unterhalb der Bestandsgefährdungsschwelle liegen. In solchen Fällen sind Geschäftsleiter zwar nicht nach § 1 StaRUG, sondern aufgrund der allgemeinen Sorgfaltspflichten gemäß §§ 43 GmbHG und 93 AktG verpflichtet, tätig zu werden und die Risiken zu steuern. Insbesondere bei Compliance-Risiken darf es aufgrund der Legalitätspflicht keine Erheblichkeitsschwelle und keinen Risikoappetit geben.

Die Kumulation von völlig neuen Transformations- und Regulierungs-Anforderungen mit multiplen Krisen und fehlender Kenntnis oder Achtsamkeit hinsichtlich erforderlicher Maßnahmen führt mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Haftungsverantwortung wegen Missmanagements und unzureichender Überwachung bei den Organen.

Die Klägerindustrie auf der Anwalts- und Investoren-Seite rüstet mit modernen Methoden und vor allem Algorithmen (Legal Tech) auf und die D&O-Versicherer versagen u.U. Anspruchsabwehrhilfe und Deckungsschutz.

Durch die Darstellung der neuen Governance- und Compliance-Anforderungen bei Entscheidungen unter Unsicherheit und Risiko bietet der Artikel eine fundierte Grundlage für Geschäftsführer und Vorstände, um den neuen Anforderungen gerecht zu werden und ihre Unternehmen sowie sich selbst nachhaltig zu schützen.

1. Aktuelle Lage mit Transformation, multiplen Krisen und besondere Haftungsgefahren für Organe und Führungskräfte

Im aktuellen Zeitalter der Transformation und stark steigender Zahlen von Krisen und Insolvenzen⁹ von Kapitalgesellschaften unterschiedlichster Art und Größe stehen bei vielen Organen und deren „Sonder-Beauftragten“ für Governance, Risk und Compliance die Pflichten und Haftungsgefahren aus dem seit 1.1.2021 geltenden § 1 StaRUG noch nicht angemessen im Fokus. Gleichwohl ist Risikofrüherkennung eine primäre Governance- und Compliance-Anforderung an Organe.¹⁰ Das „Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts“ (SanIns-FoG)¹¹ brachte bedeutende Veränderungen im Bereich des Risikomanagements und der Geschäftsleiterpflichten mit sich. Im Zentrum steht dabei das Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG). Im Bereich des Haftungsrechts wurde durch das StaRUG die Verantwortung und Handlungspflichten der

⁸ Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3256), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 15. Juli 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 236) geändert worden ist.

⁹ Vgl. Redaktion RiskNET (2024): Insolvenzen – jenseits der Normalität, veröffentlicht am 31.7.2024, Quelle: <https://www.risknet.de/themen/risknews/insolvenzen-jenseits-der-normalitaet/> [Letzter Aufruf: 05.09.2024].

¹⁰ Vgl. Scherer, Josef (2024): Nachhaltige Führung von Organisationen (Governance) nach DIN ISO 37000, DIN Media -Verlag, 2024, Kapitel 6.11.

¹¹ Gesetz vom 22.12.2020 BGBl. I S. 3256 (Nr. 66), welches der Umsetzung der EU-Restrukturierungsrichtlinie 2019/1023 dient und als sogenanntes Omnibusgesetz die Einführung und Änderung mehrerer Gesetze umfasst.

Geschäftsleitung maßgeblich erweitert. Mit dem Inkrafttreten des StaRUG wurde ein Paradigmenwechsel in der Haftung von Geschäftsleitern eingeläutet. Zusätzlich zu den bereits umfassenden Pflichten aus § 1 StaRUG kommen Anforderungen, die die jüngste höchstrichterliche Rechtsprechung an Organe stellt: Ein Geschäftsführer oder Vorstand müsse die wirtschaftliche Situation seines Unternehmens laufend beobachten und für eine Organisation sorgen, die ihm jederzeit eine Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation ermögliche.¹²

Aufgrund fehlenden Risikobewusstseins und mangelnder Risikokompetenz oder falscher Anwendung des „risikobasierten Ansatzes“¹³ beschäftigen sich Organe und Führungskräfte häufig mit wenig relevanten Themen¹⁴, anstelle sich angemessen um die ökonomische Nachhaltigkeit bzw. langfristige Existenzsicherung des Unternehmens zu kümmern. Unternehmensinsolvenzen nahmen im ersten Halbjahr 2024 um 30 % zu. Dies sei keine Marktnormalisierung, sondern eine neue Erscheinung aufgrund diverser Ursachen. Insbesondere die schwierige gesamtwirtschaftliche Situation sei bisher in dieser Ausprägung nicht wahrzunehmen gewesen.¹⁵

Es geht hier aber nicht nur um eine mögliche Haftung für Missmanagement und die Gefährdung des D&O-Versicherungsschutzes bei einer Insolvenz, sondern gerade auch um derzeit noch gesunde, aber nicht zwingend resiliente Unternehmen, die auf die aktuellen Entwicklungen nicht angemessen vorbereitet sind. Auch ohne Insolvenz kann ein Leitungs- und / oder Aufsichtsorgan für Schäden haften, die bei angemessener Risikofrüherkennung vermieden worden wären.

Offenkundig bzw. prima facie waren die „Opfer“ von Krisen bisher noch nicht in der Lage, bestandsgefährdende Entwicklungen frühzeitig zu erkennen und angemessene Maßnahmen einzuleiten, zumal es sonst in den meisten Fällen hätte möglich sein müssen, Eintritt oder Ausmaß zu verhindern oder zu reduzieren. Insoweit werden inzwischen nahezu bei jeder Unternehmenskrise oder gar Insolvenz Stimmen laut, die fragen, ob es ein angemessenes und wirksames Risikofrüherkennungssystem nach § 1 StaRUG gegeben habe und wieso dieses trotz angeblicher Angemessenheit und Wirksamkeit nicht in der Lage war, den Schadenseintritt zu verhindern.¹⁶

Auch der Vorwurf von Missmanagement und die Frage nach Haftungsverantwortung folgt sogleich.

Beispiel:

Ein gerade kürzlich angeblich mit 500 Millionen Euro vor der Insolvenz zumindest kurzfristig geretteter Konzern¹⁷ sieht sich mit Vorwürfen konfrontiert. So habe ein Aktionär Klage beim Landgericht München eingereicht. Es gehe dabei um Pflichtverlet-

¹² BGH, Urteil vom 23.7.2024, Az. II ZR 206 / 22, Rn. 75 ff.

¹³ Vgl. u.a. ISO 9001:2015, Abschn. 0.3.3., 6.1; ISO 45001:2018, Abschn. 6.1.1. usw.

¹⁴ Beispiel: Die Anfertigung des Berichtes nach dem Lieferkettensorgfaltspflichten-Gesetz verschlang bei vielen Organisationen in „vorausgehendem Gehorsam“ mächtig Ressourcen, obwohl bis vor kurzem sogar seitens der Überwachungsbehörde BAFA und des Gesetzgebers nicht klar war, ob, wann und wie konkret zu berichten ist. GRC-Funktionen sind häufig mit operativen Tätigkeiten beschäftigt und werden im Vorfeld strategischer Entscheidungen oder bei Früherkennung von Risiken oder Chancen kaum beigezogen.

¹⁵ Vgl. Redaktion RiskNET (2024): Insolvenzen – jenseits der Normalität, veröffentlicht am 31.7.2024, Quelle: <https://www.risknet.de/themen/risknews/insolvenzen-jenseits-der-normalitaet/> [Letzter Aufruf: 05.09.2024].

¹⁶ Vgl. hierzu Gleißner, Werner / Romeike, Frank (2022): StaRUG und FISG: Neue Aufgaben für den Aufsichtsrat, in: Der Aufsichtsrat 01/2022, S. 2-4.

¹⁷ Vgl. Weyand, Florian (2024): Geld allein reicht nicht, um die Baywa zu retten, Wirtschaftswoche+, 15.8.24.

zungen des Aufsichtsrates, der versäumt habe, Schadensersatzansprüche gegen den ausgeschiedenen Vorstand geltend zu machen.¹⁸ Ein weiteres Übel droht für u.U. haftende Manager, wenn sie die Unterstützung ihrer D&O-Versicherung bei Anspruchsabwehr und Schadensersatz verlieren:

Beispiel:

Am 16.8.24 titelte die Publikation „Versicherungswirtschaft HEUTE“: „D&O-Versicherer verweigern Zahlung.“ Das Handelsblatt berichtet, die D&O-Versicherer sähen sich im Wirecard-Fall nicht in der Pflicht. Bei D&O-Versicherungen komme es auf jedes Wort im sogenannten Wording des Versicherungsvertrages an. Bei vorsätzlich kriminellen Handlungen müssten die Versicherer nach ihrer Rechtsansicht nicht eintreten. Betroffen von dieser Entscheidung seien 17 ehemalige Führungskräfte.¹⁹ Ob D&O-Versicherer auch den Eintritt verweigern oder regressieren können, wenn zwar nicht kriminell, aber dennoch vorsätzlich (*dolus eventualis*) gesetzliche Pflichten nicht befolgt werden und dadurch persönliche Haftungsfälle eintreten, wird sich zeigen.

Kein Unternehmen ist „too big to fail“ und in der aktuellen Phase der Transformation und Krisen bekommen auch vermeintliche Vorzeigeunternehmen erhebliche Probleme:
Beispiel:

Der größte deutsche Autokonzern berichtete am 2.9.2024 von massiven finanziellen und strategischen Problemen. Sofort wurden Vorwürfe von jahrelangem Missmanagement laut. Zugleich wird – immer noch - gefordert, dass der Vorstand nun endlich eine Zukunftsvision und nachhaltige Strategie entwickeln, um die Transformation der Automobilindustrie zu bewältigen.²⁰

2. Business Judgment Rule bei Themen mit Entscheidungsspielraum²¹

Bei den Aufgaben der Geschäftsleitung *mit* Ermessensspielraum ist stets an die sogenannte *Business Judgment Rule*²² zu denken:

§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG: *Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.*

Die Befolgung der sogenannten „Business Judgment Rule“ lässt gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (auch auf GmbH-Geschäftsführer anwendbar) auch bei nachteiligen Entscheidungen den Tatbestand der Pflichtverletzung entfallen: Voraussetzung ist u.a. jedoch, dass die Entscheidung auf der Basis *angemessener Informationslage* und nicht in „*unverantwortlicher Weise*“ getroffen wurde.

In den **Bereichen mit Ermessensspielräumen** hat die Legislative und Judikative bereits viele eindeutige Regeln des pflichtgemäßen Verhaltens von Managern aufgestellt.

¹⁸ Vgl. Koch, Josef (2024): Aktionär klagt wegen unterlassenem Schadensersatz, Bayerisches Landwirtschaftliches Wochenblatt, 26.7.24.

¹⁹ Vgl. Bender, René / Votsmeier, Volker (2024): Ehemaligen Wirecard-Managern droht ein finanzielles Desaster, Handelsblatt vom 14.8.24.

²⁰ Vgl. Benites, Flavio (2024): IG Metall Wolfsburg, Volkswagen schließt Standortschließungen nicht mehr aus, veröffentlicht am 2.9.2024.

²¹ Teilweise entnommen aus Scherer, Das interessiert Kapitalgeber – Vermeidung von Missmanagement, 2019, zum kostenlosen Download im Internet.

²² Vgl. Hartmann/Romeike, FIRM Jahrbuch 2014 und Sieg/Zeidler, Business Judgment Rule, in: Hauschka, Corporate Compliance, 3. Auflage 2016.

Zu beleuchten sind die Verhaltensweisen des

Denkens als Vorgang, der dem

Entscheiden vorgeschaltet sein sollte.

Denken

hat im Zusammenhang mit „**unternehmerischen Entscheidungen**“ bei vorhandenen **Entscheidungsspielräumen** (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) viel mit **Informationsmanagement** und **Psychologie** (Verhaltensökonomie, u.a. mit Vermeidung von kognitiven Verzerrungen und externer Manipulation) zu tun und **unterliegt** als wesentlicher Teil der Aufgaben des Managements bei der Leitung des Unternehmens **dem Gebot der „Ordnentlichkeit und Gewissenhaftigkeit“**, also nicht der Willkür, sondern **der rechtlichen Überprüfbarkeit**.

Ebenso ist

Entscheiden

im Sinne des Unternehmens (nach pflichtgemäßer Abwägung auf der Basis **angemessener** (für die Zielsetzung ausreichender) Informationen) **umfassend rechtlich** auf Erkenntnis- und Beurteilungsebene **zu würdigen**.

Die sogenannte **Business Judgment Rule** (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, anwendbar auf Vorstände, Geschäftsführer, Aufsichtsräte) **privilegiert unternehmerische Entscheidungen**, indem sie diese, unabhängig von – u.U. auch sehr negativen – Ergebnissen und Folgen, als pflichtgemäß und damit bei den diversen Haftungs- und Sanktionsnormen im Zivilrecht – und als allgemeiner Rechtsgedanke wohl auch im Strafrecht (!) – tatbestandsausschließend erachtet, **wenn die – methodischen – Voraussetzungen beachtet wurden**.

Ergänzender Hinweis:

Über das (**juristisch richtige**) **Denken und Entscheiden** hinaus ist der Manager auch noch verantwortlich, dass im Bereich **ohne Ermessensspielraum** sämtliche Pflichten (Compliance) und im Bereich **mit Ermessensspielraum** seine (pflichtgemäßen) Entscheidungen **konsequent umgesetzt werden (Steuerungs- und Überwachungspflicht des Managements)**.

These:

Der Manager ist gesetzlich **verpflichtet, rational zu handeln**. Außerdem muss er versuchen, **Manipulationen / Beeinflussungen von außen zu vermeiden**.

Die Beachtung der **Business Judgment Rule** (§§ 93 Abs. 1 Satz 2 / 116 AktG, auch analog für GmbH), anwendbar auf Vorstände / Geschäftsführer / Aufsichtsräte, ist **Teil der gewissenhaften Geschäftsführung** bei Entscheidungssituationen mit Ermessensspielräumen.

Denken, Entscheiden, Handeln des Managements und Business Judgment Rule

Manager handeln (**aktives Tun**) oder handeln nicht (**Unterlassen**). Das Unterlassen ist grundsätzlich unschädlich, außer es hätte eine Pflicht zum Handeln bestanden (vgl. im Strafrecht „**Garantenstellung**“ und im Zivilrecht u.a. die Pflicht, sich wie ein ordentlicher und gewissenhafter Unternehmer zu verhalten).

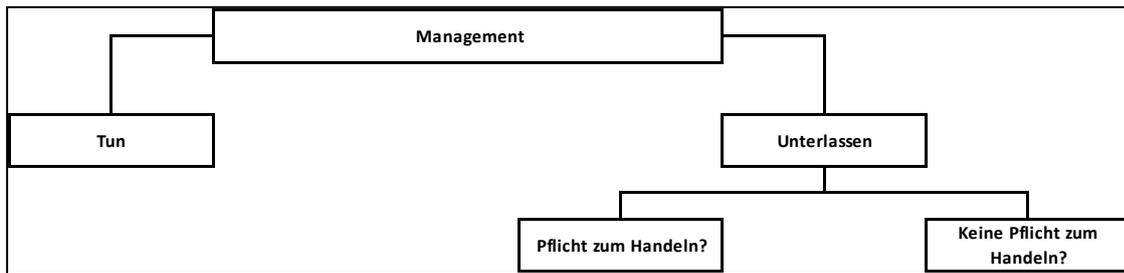


Abbildung 1: Tun und Unterlassen.

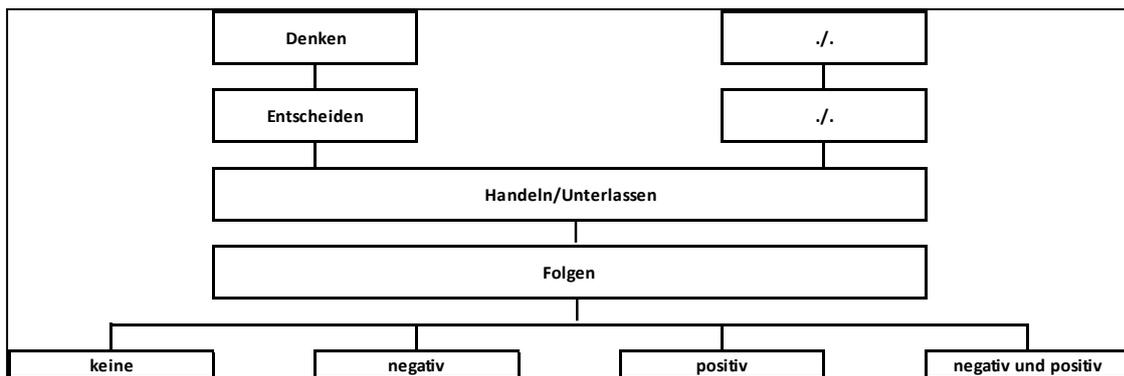


Abbildung 2: Denken, Entscheiden, Handeln.

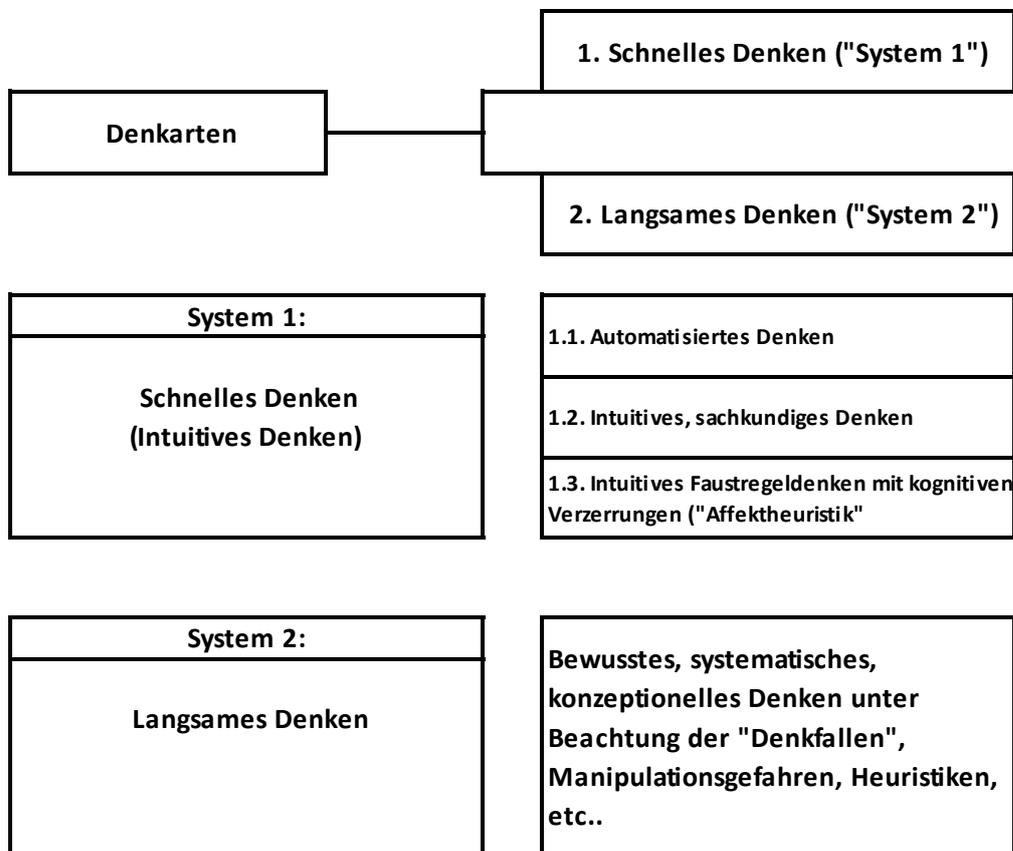


Abbildung 3: "Schnelles und langsames Denken" (vgl. Kahneman).

2.1 Informationsgewinnung im Rahmen unternehmerischer Entscheidungen mit KI

Bzgl. der Frage, „wann die gesetzlichen Anforderungen an die „*angemessene Information*“ erfüllt sind, *besteht indes im Einzelfall Streit und weigert sich die Rechtsprechung zu Recht, hier dem Vorstand ein weites subjektives Ermessen einzuräumen. [...]*“.²³

Die Rechtsprechung ist mit der Forderung, der Geschäftsleiter habe, *sehr streng!*²⁴ Bayer sieht eine eventuelle „*subjektiv-einschränkende (?)*“ Rechtsprechung bei *BGH*, NJW 2013, S. 1958²⁵ und spricht sich mit *Spindler* für eine „*nach Situation, Zeitfenster und Kosten/Nutzen-Relation objektiv vertretbare Informationsbasis*“ aus.

In Zeiten der mit der „Digitalisierung der Welt“ einhergehenden exponentiell wachsenden Möglichkeiten von Big Data, Digitale Datenanalyse, Simulationsprogrammen, Predictive analytics, künstliche Intelligenz (KI), etc. ist die sehr strenge Rechtsprechung des *BGH* tatsächlich eine Argumentationshilfe für die Angreifer von Managern und ihrer D&O-Versicherung. Deshalb sollte nach Ansicht des Verfassers diese Anforderung über den Maßstab der *Angemessenheit* (Geeignetheit, das angestrebte Ziel der Business Judgment Rule zu erreichen) de lege ferenda abgemildert werden.

Der Manager muss sich die nötigen **Informationen besorgen** und das erforderliche **Know-how besitzen, um die Informationen bewerten zu können** und dann im Rahmen eines pflichtgemäßen Ermessens entscheiden, *ob* und gegebenenfalls *wie* er die Aufgabe im Sinne des Unternehmens ausführt.

Angemessene Ermessensausübung setzt freilich voraus, dass das **Know-how und** hinreichende Informationen **vorhanden sind, um Handlungsalternativen überhaupt zu erkennen**, da nur dann im Anschluss ein sachlicher Abwägungsvorgang stattfinden kann:

Hier findet sich eine wesentliche **Einbruchstelle für Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement: Bei der Informationsgewinnung und -bewertung** im Wirkungskreis der Business Judgment Rule **helfen anerkannte Methoden des Risiko- und Compliancemanagements**, den Pflichtenrahmen des möglichen Handelns abzustecken und bzgl. der einzugehenden Risiken **nicht „aus dem Bauch heraus“ zu handeln**. Diesbezüglich gibt es bereits **anerkannte Standards**.²⁶

2.1.1 Entscheidungsfällung

Bezüglich der **Entscheidung** nach den Vorgaben der Business Judgment Rule schafft Risikomanagement Transparenz und gibt Grundsätze vor: **Risiken- und Nutzenabwägung und Berücksichtigung der Risikotragfähigkeit** des Unternehmens.

Obiger These folgend handelt ein Unternehmer **nicht pflichtgemäß, wenn** er – wie in der Praxis häufig anzutreffen – intuitiv (lediglich auf Basis des „unternehmerischen Bauchgefühls“ und / oder veralteter / lückenhafter Unternehmens-, Umfeld- oder interested parties-Analysen)

²³ Bayer, Vorstandshaftung in der AG, NJW 2014, S. 2546, 2547

²⁴ Vgl. Bayer, a.a.O. und *BGH*, NJW 2008, S.3361, *BGH*, NJW 2013, S. 3636 (für GmbH) und *BGH*, NJW-RR 2009, S. 332 (für eingetragene Genossenschaft)

²⁵ Bayer, a.a.O., AG 2013, S. 889, 893

²⁶ Vgl. ISO 31010 (Risk Assessment) und ÖNORM 4902-2:2019 Risikomanagement für Organisationen und Systeme, Teil 2: Leitfaden für die Methoden der Risikobeurteilung

ex post nachteilig entscheidet und das Unternehmen deshalb aufgrund fehlerhafter unternehmerischer Entscheidungen Verluste erleidet.

Unternehmerische Entscheidungen müssen jedoch keinesfalls auch aus ex post-Sicht stets optimal sein.

2.1.2 Diverse Ansätze in Literatur und Rechtsprechung bzgl. *gewissenhafter Entscheidungsfällung* im Rahmen der Business Judgment Rule

Nach einer *nicht* überzeugenden und der aktuellen *BGH*-Rechtsprechung (vgl. sogleich unten) widersprechenden Ansicht in der Literatur sollen (sofern Ermessungsspielräume existieren) sogar „*unverantwortliche*“ Entscheidungen noch nicht als Sorgfaltsverletzung zu werten sein. Anders lediglich, wenn die Entscheidung „*rational nicht nachvollziehbar*“ gewesen sei.²⁷

Alleine schon dürfte die Abgrenzung zwischen „unverantwortlich“ und „rational nicht nachvollziehbar“ im Einzelfall schwerfallen.

Es ist korrekterweise vielmehr zu differenzieren:

In Bereichen, wo es *keine* Ermessensspielräume gibt, genügt bei Pflichtverstößen Fahrlässigkeit (§ 43 GmbHG).

Hier spricht die Rechtsprechung je nach Schwere der Pflichtverletzung im Bereich der Organisation von „**grober Organisationspflichtverletzung**“²⁸ und kehrt damit die Beweislast sogar bzgl. der *Ursächlichkeit zwischen Pflichtverletzung und Schaden* zu Lasten des Pflichtverletzers um.

Ist der Anwendungsbereich der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) aufgrund des Vorliegens von Ermessensspielräumen eröffnet, findet *bei der Frage, ob der Entscheider diese Regel bei seiner ex ante-Bewertung erfüllt hat* und damit den Tatbestand der Pflichtverletzung selbst bei negativen (finanziellen) Auswirkungen entfallen lässt, die Einschränkung durch die nachfolgend zitierte Rechtsprechung des *BGH* statt: Der Entscheider muss „**die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt haben**“ bzw. muss ein „**schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln**“ vorliegen, „**sich der Leitungsfehler Außenstehenden förmlich aufdrängen**“, damit eine Pflichtverletzung zu bejahen ist.

Erst dann durfte der Entscheider (gemäß der Rechtsprechung des *BGH*) *nicht (!)* mehr „*vernünftigerweise annehmen*“, korrekt entschieden zu haben.

Beispiel: Falls fehlendes Risiko- und Compliancemanagement ursächlich für Schäden ist, kommt es darauf an, *ob die Implementierung und Wirksamkeit Pflicht ist oder im Ermessensbereich des Managers liegt*.

Da eine Pflicht zur Einrichtung eines (Compliance-) Risiko-Managementsystems besteht (wie es in der „*Neubürger*“-Entscheidung des *Landgerichts München* bestätigt wurde), genügt Fahrlässigkeit für eine Haftung nach §§ 43 GmbHG, 93, 116 AktG.

Fall: „*HSH Nordbank – „Omega 55*“²⁹

²⁷ Vgl. *Herb*, in *Hauschka/ Moosmayer/ Lösler* (Hrsg.), *Corporate Compliance*, 3. Auflage, 2016, S. 539, Rn. 49 unter Verweis auf eine sehr alte Entscheidung aus 1959: *BGHZ* 21, S. 354, 357.

²⁸ Beispielsweise bei Dokumentationsmängel in Kombination mit mangelhafter Personalstruktur.

²⁹ Vgl. auch *Scherer*, RiskNet Interview: „Garantenpflicht – Haftung eines Risikomanagers“, abrufbar unter: www.risknet.de/themen/risknews/haftung-eines-risikomanagers/9503b3808c96099ec5be877ca8b81cf3, (16.07.2018)

BUNDESGERICHTSHOF, URTEIL vom 12. Oktober 2016 in der Strafsache [...] Az. 5 StR 134/15

„Als Vorstandmitglieder unterlagen die Angeklagten gesellschaftsrechtlich den in §§ 76, 82, 93 AktG umschriebenen Pflichten. Danach hat der Vorstand gemäß § 76 Abs. 1 AktG die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten, wobei die Vorstandmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die **Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters** anzuwenden haben (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG). [...]“

„Über diese Regelungen hinaus wird den Geschäftsleitern **bei unternehmerischen Entscheidungen ein weiter wirtschaftlicher Entscheidungsspielraum** eingeräumt, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist.

Sind jedoch [...] **diese in § 93 Abs. 1 AktG normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und ist damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die (gleichsam „automatisch“) so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit im Sinne von § 266 StGB begründet [...].**

[...] **der Prüfung, ob überhaupt ein Verstoß gegen § 93 Abs. 1 AktG gegeben ist, zu würdigen. Ein solcher liegt nur bei einer Überschreitung des dem Vorstand eingeräumten weiten unternehmerischen Ermessens vor.**

Zu diesem gehört neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Inkaufnahme der Gefahr, bei der wirtschaftlichen Betätigung Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen zu unterliegen; denn derartige Entscheidungen müssen regelmäßig aufgrund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken getroffen werden, die die Gefahr erst nachträglich erkennbarer Fehlbeurteilungen enthält [...].

Eine Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 AktG liegt vor,

- (1) **wenn die Grenzen**, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, **überschritten sind,**
- (2) die Bereitschaft, **unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt wird oder**
- (3) das Verhalten des Vorstands **aus anderen Gründen als pflichtwidrig** gelten muss [...].

Diese **mittlerweile als sogenannte Business Judgment Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierten Grundsätze** [...] sind auch Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB.

Paragraph 93 Abs. 1 Satz 2 AktG definiert einen „**sicheren Hafen**“; d.h., die Einhaltung seiner Voraussetzungen schließt eine Pflichtverletzung aus.

[...], **allerdings indiziert der Verstoß gegen § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eine Pflichtverletzung (hM; [...]). Letztlich ist eine Verletzung der Sorgfaltspflichten aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG immer nur dann zu bejahen, wenn ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln vorliegt [...]; der Leitungsfehler muss sich auch einem Außenstehenden förmlich aufdrängen [...].**

(1) **Hinsichtlich des Maßes der Informationspflichten gilt:**

Um Informationspflichten zu genügen, müssen grundsätzlich **in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausgeschöpft werden, um auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen [...]**.

Die **konkrete Entscheidungssituation** ist danach der Bezugsrahmen des Ausmaßes der Informationspflichten.

Dementsprechend ist es **notwendig, aber auch ausreichend**, dass sich der Vorstand eine **unter Berücksichtigung des Faktors Zeit und unter Abwägung der Kosten und Nutzen weiterer Informationsgewinnung „angemessene“ Tatsachenbasis** verschafft [...]; je nach Bedeutung der Entscheidung ist eine **breitere Informationsbasis rechtlich zu fordern** [...]. Dem Vorstand steht danach letztlich ein **dem konkreten Einzelfall angepasster Spielraum zu, den Informationsbedarf zur Vorbereitung seiner unternehmerischen Entscheidung selbst abzuwägen** [...]. Ausschlaggebend ist dabei nicht, ob die Entscheidung tatsächlich auf der Basis angemessener Informationen erfolgte und dem Wohle der Gesellschaft diene, sondern **es reicht aus, dass der Vorstand dies vernünftigerweise annehmen durfte** [...]. Die Beurteilung des Vorstands im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung muss **aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsführers vertretbar erscheinen** („vernünftigerweise“). [...]

So hätte insbesondere geklärt werden müssen, in welcher Form eine **Beteiligung der Rechtsabteilung** mitzuteilen gewesen wäre, um als hinreichend zuverlässige Information zu gelten, und welche Informationen zu fordern waren, um den Angeklagten eine Plausibilitätsprüfung im Hinblick auf die Erreichung der aufsichtsrechtlichen Ziele und einen ausreichenden Eindruck von der Ertrags- und Kostensituation sowie der Risiken der Transaktion zu ermöglichen. [...]

2.2 Aktuelle Rechtsprechung zur Verantwortung und Haftung von Organen bei Entscheidungen mit Ermessensspielräumen³⁰

2.2.1 Überzahlungen automatisch Verstoß gegen Business Judgment Rule und strafbare Untreue

Der BGH hat in jüngster Zeit einige aktuelle und wichtige Compliance-Entscheidungen zur BJR getroffen.³¹ Zwei BGH-Entscheidungen sind dabei besonders erwähnenswert:

BGH, Urteil vom 10.01.2023, Az. 6 StR 133 / 22 („Vergütung VW-Betriebsräte“) und BGH, Urteil vom 10.02.2022, Az. 3 StR 329 / 21 („Haftung von Vorständen wegen Untreue bei Entscheidungen bei mangelhafter Informationsgrundlage“).

Beide Entscheidungen beschäftigen sich mit der strafrechtlichen Haftung von Vorständen wegen Untreue (§ 266 StGB), wenn diese unberechtigte oder nicht in der konkreten Höhe berechnete Zahlungen veranlassen / leisten.

³⁰ Zur Business Judgment Rule (BJR, § 93 Abs. 1 S. 2 AktG), die auf Vorstände, Geschäftsführer, etc. und auch auf Aufsichtsräte (§ 116 AktG) anwendbar ist, vgl. ausführlich: Scherer, Das interessiert Kapitalgeber: Antifragilität und der „Achilleskörper“ des Ordentlichen Kaufmanns – Vermeidung der persönlichen Haftung für Missmanagement, 2019, zum kostenlosen Download im Internet.

³¹ Vgl. Moosbacher (Vorsitzender Richter des 5. Strafsenats des BGH), Rechtsprechung des BGH mit Compliance-Bezug, Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ), 2023, S. 45 ff.

Steuer(straf)rechtlich steht dabei häufig auch Steuerhinterziehung im Raum.

Bei einer Verurteilung droht dem Vorstand / Geschäftsführer Geld- oder Freiheitsstrafe und als weitere Konsequenz natürlich zivilrechtliche Schadensersatzhaftung, Kündigung, etc. und persönlicher / beruflicher Reputationsverlust u.v.m.

Mit dem Urteil vom 06.01.2023 stellte der 6. Strafsenat des BGH klar, dass eine „Überzahlung“ als „verbotener Vermögensabfluss ohne weiteres Untreue“ darstellen kann. Zugleich sei darum stets auch ein Verstoß gegen die BJR (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) zu sehen, da aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG „die Vermögensbetreuungspflicht folge.“

Bisher war zwischen dem 1., 2., 4. und 5. Strafsenat noch unklar, ob dieser rechtliche „Automatismus“ gelte (so z.B. 5. Strafsenat: BGH, Urteil vom 17.09.2009, Az. 5 StR 521 / 08) oder Anknüpfungspunkte, wie ein Verstoß gegen die Geschäftsordnung oder den „Public Corporate Governance Kodex“ (oder intern verbindliche Richtlinien, wie z.B. den Code of Conduct) erforderlich sei (4. Strafsenat: BGH, Urteil vom 20.06.2018, Az. 4 StR 561 / 17).

Hinweis: Sofern der Aufsichtsrat solche unberechtigten Zahlungen zu verantworten hätte, träfe die Aufsichtsratsmitglieder der Vorwurf, gegen § 116 AktG verstoßen zu haben, da dieser auf § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verweist. - Bei unternehmerischen Entscheidungen mit Ermessensspielräumen (z.B. bei der Frage, wieviel Fläche an Büroräumen angemietet / gebaut werden oder ob bei Umsatzrückgang Kurzarbeit beantragt werden soll) ist stets an die sogenannte „Business Judgment Rule“ zu denken.

Bei unberechtigten Zahlungen müssen diese zurückgefordert werden. Ebenso kommen steuerliche Berichtigungspflichten in Betracht.

Unberechtigte (Über-)Zahlungen kommen in der Praxis häufig vor, um sich anstelle einer gerichtlichen Auseinandersetzung auf Basis eines Aufhebungsvertrages / Vergleiches / etc. „geräuschlos“ zu trennen oder sich durch überhöhte Vergütungen / Bonuszahlungen wohlwollendes Verhalten (z.B. von Betriebsräten) zu „erkaufen“.

Oft wird auch in der Praxis nicht geprüft, ob überhaupt Bedarf für die zu beauftragende Leistung besteht oder die erbrachte Leistung ihren Preis rechtfertigt oder es werden - ohne BJR-Anwendung - verlustbringende Investments getätigt oder aufrecht erhalten.

Die Fallgruppen „unberechtigte Zahlungen“ sind in der Praxis unheimlich zahlreich und stellen damit für Vorstände / Geschäftsführer und Aufsichtsräte erhebliches Haftungspotenzial dar, wenn sie die BJR entweder nicht kennen oder trotz Kenntnis nicht beachten.

Der 6. Senat des BGH (06.01.2023, 6 StR 133 / 22) betont, „es komme für die Strafbarkeit wegen Untreue nicht darauf an, ob dieser Verstoß gravierend oder evident sei“ (Moosbacher, a.a.O.). Auch das „Einverständnis der Vermögensinhaber“ (z.B. Gesellschafter der AG oder GmbH) „stehe der Pflichtverletzung nicht entgegen“ und der u.U. durch die nichtberechtigte Leistung erlangte Vorteil könne mit den unberechtigten Vermögensabflüssen nicht kompensiert werden. Auch ein Rückforderungs-Erlass ist strafrechtlich problematisch.

Der 6. Senat des BGH (und Moosbacher a.a.O.) differenziert auch zwischen strafbefreiendem vorsatzausschließenden Tatbestands- (§ 16 StGB) oder nur strafmilderndem Verbots-Irrtum (§ 17 StGB): Dabei spielt die „Parallelwertung in der Laiensphäre“ und ein fachlicher, rechtlicher Rat (auch in Form eines Gutachtens) eine erhebliche Rolle. U.U. könnte die Formel lauten:

Rechnet der Vorstand, Geschäftsführer, etc., auch aufgrund eines u.U. sogar unseriösen / nicht tragfähigen Gutachtens, nicht damit, dass die (Über-)Zahlung unzulässig sein könnte, kann es sich um einen Vorsatz / Tatbestand ausschließenden Irrtum handeln.

Falls der Vorstand aber die Unzulässigkeit der (Über-)Zahlung für möglich hält, aber (u.U. auch aufgrund rechtlichen Rates / Gutachtens) davon ausgeht, dass dies nicht strafbar, sondern rechtmäßig sei, kommt lediglich ein u.U. strafmildernder Verbotsirrtum in Betracht.

Hier ist ein entsprechender Rechtsrat / Gutachten laut BGH besonders kritisch bzgl. Seriosität / Tragfähigkeit zu würdigen. Ein eher nicht tragfähiges / unseriöses „(Partei-) Gutachten“ kann hier laut BGH (Moosbacher a.a.O.) sogar Indiz für Eventual-Vorsatz sein. Vgl. hierzu auch die ISION- Entscheidungen des BGH.

2.2.2 Tipp: Die Ausschöpfung der Informationsquellen unter Einbeziehung von KI dokumentieren und flankierendes (KI-) Compliance-Managementsystem implementieren

Tipp für Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsräte nach BGH vom 10.02.2022, 3 StR 329 / 21):

Bei Veranlassung von Zahlungen (oder sonstigen, relevanten Entscheidungen): Dokumentieren Sie die Ausschöpfung aller verfügbarer Informationsquellen tatsächlicher oder rechtlicher Art (inklusive KI), um Handlungsoptionen sorgfältig abschätzen zu können „und den erkennbaren Risiken Rechnung tragen zu können“ (kompetente Risikobewertung!).

Wer wie Vorstände, Geschäftsführer (u.U. auch Aufsichtsräte), mit fremdem Geld (der Gesellschaft(er)) umgehe, muss wie jeder Treuhänder besonders sorgfältig, also nicht vorschnell, sondern sich angemessen informieren, denken, entscheiden und handeln.

„Aus Compliance-Sicht ist es besonders wichtig, die Informationslage vor solchen wichtigen Entscheidungen transparent zu dokumentieren, um schon dem Anschein einer leichtfertigen Entscheidung auf unzureichender Tatsachenbasis entgegenzuwirken“ (Moosbacher, a.a.O.).

Darüberhinaus kann ein angemessenes und wirksames Compliance- und Hinweisgebersystem (Internes Kontroll-System) nach aktueller Rechtslage – gerade bei Pflichtverletzungen auch unterhalb der Leitungsebene -enthaftend wirken.³²

Ein risikobasiertes Compliance-Managementsystem wird in Zukunft immer mehr den Fokus auf die KI-Verantwortung von Leitung (Vorstand, Geschäftsführer, Officers), Aufsichtsgremium und sonstige Führungskräfte legen (müssen).³³

³² Vgl. Scherer, Grötsch, Fruth, Enthaftendes Compliance und Whistleblowing-Managementsystem nach aktueller Rechtslage – Ein „must have“ für alle Führungskräfte, 6 / 2023, zum kostenlosen Download im Internet.

³³ Vgl. Scherer, KI -Verantwortung und enthaftende Wirkung eines KI-Compliance-Managementsystems für Leitung (Vorstand, Geschäftsführer, Officers), Aufsichtsgremium und sonstige Führungskräfte, 08/ 2023, zum kostenlosen Download im Internet.