

Scherer / Seehaus

Governance und Compliance nach § 1 StaRUG

Haftung für Missmanagement und Gefährdung des D&O-Versicherungsschutzes

Summary

Der Artikel beleuchtet die erheblich gestiegenen Anforderungen und Haftungsgefahren für Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsgremien von Kapitalgesellschaften durch das seit dem Jahr 2021 geltende StaRUG (Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen)¹. Besonders in Zeiten zunehmender Insolvenzen und Krisen wird deutlich, wie wichtig ein StaRUG-konformes Risikomanagementsystem ist, damit „gesunde“ Unternehmen potenzielle Gefahren frühzeitig erkennen und abwehren können. 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 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“.

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.

Missmanagement i.S.v. (Risikomanagement-)Organisations- und Legalitätspflichtverletzungen können nicht nur haftungs-, sondern auch versicherungsrechtliche Konsequenzen haben, etwa den Verlust des D&O-Versicherungsschutzes.

Durch die strukturierte Darstellung der neuen Governance- und Compliance-Anforderungen 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.

Einleitung

Im aktuellen Zeitalter der Transformation und stark steigender Zahlen von Krisen und Insolvenzen² von Kapitalgesellschaften unterschiedlichster Art und Größe stehen bei vielen Organen und deren „Sonder-Beauftragten“ für Governance, Risk und Compli-

¹ 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.

² 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].

ance 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.³

Das „Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts“ (SanInsFoG)⁴ 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 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.⁵

Aufgrund fehlenden Risikobewusstseins und mangelnder Risikokompetenz oder falscher Anwendung des „risikobasierten Ansatzes“⁶ beschäftigen sich Organe und Führungskräfte häufig mit wenig relevanten Themen⁷, 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.⁸

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

³ Vgl. Scherer, Josef (2024): Nachhaltige Führung von Organisationen (Governance) nach DIN ISO 37000, DIN Media -Verlag, 2024, Kapitel 6.11.

⁴ 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.

⁵ BGH, Urteil vom 23.7.2024, Az. II ZR 206 / 22, Rn. 75 ff..

⁶ Vgl. u.a. ISO 9001:2015, Abschn. 0.3.3., 6.1; ISO 45001:2018, Abschn. 6.1.1. usw.

⁷ 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.

⁸ 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].

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.⁹

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 Konzern¹⁰ sieht sich mit Vorwürfen konfrontiert. So habe ein Aktionär Klage beim Landgericht München eingereicht. Es gehe dabei um Pflichtverletzungen des Aufsichtsrates, der versäumt habe, Schadensersatzansprüche gegen den ausgeschiedenen Vorstand geltend zu machen.¹¹

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.¹²

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.

⁹ Vgl. hierzu Gleißner, Werner / Romeike, Frank (2022): StaRUG und FISG: Neue Aufgaben für den Aufsichtsrat, in: Der Aufsichtsrat 01/2022, S. 2-4.

¹⁰ Vgl. Weyand, Florian (2024): Geld allein reicht nicht, um die Baywa zu retten, Wirtschaftswoche+, 15.8.24.

¹¹ Vgl. Koch, Josef (2024): Aktionär klagt wegen unterlassenem Schadensersatz, Bayerisches Landwirtschaftliches Wochenblatt, 26.7.24.

¹² Vgl. Bender, René / Votsmeier, Volker (2024): Ehemaligen Wirecard-Managern droht ein finanzielles Desaster, Handelsblatt vom 14.8.24.

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 gefordert, dass der Vorstand nun endlich eine Zukunftsvision und nachhaltige Strategie entwickeln, um die Transformation der Automobilindustrie zu bewältigen.¹³

1 Geschäftsleiter verantwortlich für Gesetzestreue

Unternehmen und deren Geschäftsleitung sind verpflichtet, sich stets an geltende Gesetze zu halten (Legalitätspflicht). Darüber hinaus sind Geschäftsleiter verpflichtet, Schaden vom Unternehmen abzuwenden und verantwortungsvoll zu wirtschaften. Sie müssen Missmanagement vermeiden, da Fehlentscheidungen oder unzureichende Vorsorge ernsthafte Risiken für das Unternehmen mit sich bringen können. Diese beiden Pflichten umfassen auch, die Anforderungen des StaRUG, insbesondere § 1 StaRUG, ernst zu nehmen und umzusetzen. Gesetzliche Pflichten hat man zu kennen und vermeidbares Nicht-Wissen zu beseitigen. Daher kann die Nichterfüllung der aus § 1 StaRUG erwachsenden Pflichten zu einer Haftung der Geschäftsleitung führen, insbesondere dann, wenn ein angemessenes Risikofrüherkennungssystem nicht eingerichtet wird und dadurch das Unternehmen geschädigt wird.

2 Die Anforderungen von § 1 StaRUG an Geschäftsleiter

§ 1 Abs. 1 StaRUG verpflichtet Geschäftsleiter zur fortlaufenden Überwachung von Entwicklungen (Risiken), die den Fortbestand der Gesellschaft gefährden könnten, und damit zu einem kontinuierlichen Risikocheck, zu Business Continuity Management (BCM) und Vorhalten von Maßnahmen für ein adäquates Krisenmanagement.¹⁴

Die Überwachungspflicht umfasst nicht nur finanzielle Aspekte, sondern auch Markt- und Unternehmensentwicklungen sowie das frühzeitige Erkennen von Krisensignalen.

Der Begriff „fortlaufend“ ist im Gesetz nicht definiert, jedoch verlangt der BGH von Geschäftsleitern eine Organisation, die jederzeit einen Überblick über die wirtschaftliche und finanzielle Situation ermöglicht.

¹³ Vgl. Benites, Flavio (2024): IG Metall Wolfsburg, Volkswagen schließt Standortschließungen nicht mehr aus ..., veröffentlicht am 2.9.2024.

¹⁴ Vgl. hierzu Gleißner, Werner / Romeike, Frank (2022): StaRUG und FISG: Neue Aufgaben für den Aufsichtsrat, in: Der Aufsichtsrat 01/2022, S. 2-4.

Fortlaufende Überwachung bedeutet eine ununterbrochene und kontinuierliche Beobachtung und Entwicklung ohne Unterbrechungen.

Den Hinweis auf die Notwendigkeit der „fortlaufenden“ Überwachung in §1 StaRUG findet man in § 91 Abs. 2 AktG (KonTraG) nicht. Der Hintergrund ist einfach zu erklären: Empirische Untersuchungen haben regelmäßig gezeigt, dass in vielen Risikomanagementsystemen Aktualisierungen von Risikoanalysen und Risikoaggregationsrechnungen nur in unverhältnismäßig großen zeitlichen Abständen stattfanden (beispielsweise nur einmal im Jahr).¹⁵ Gleißner, Nickert und Romeike führen hierzu aus: „Der Gesetzgeber hat das Adjektiv „fortlaufend“ nicht spezifiziert. Allgemein wird davon ausgegangen, dass Risikoanalysen grundsätzlich mindestens einmal im Quartal oder gar einmal im Monat zu aktualisieren sind, wobei bei Risiken, die sich in kürzeren Zeitabständen verändern, die entsprechende Veränderungsfrequenz zu berücksichtigen ist. Die Periodizität der „fortlaufenden“ Überwachung ist hierbei vor allem abhängig von der Volatilität der exogenen Einflüsse und selbstverständlich auch von der Branche und dem Geschäftsmodell. Unabhängig von einem festen zeitlichen Rhythmus ist eine Aktualisierung auch dann geboten, wenn sich Risiken von bedeutender Relevanz massiv erhöhen.“

Im Zeitalter von Polykrisen dürfte daher eine Periodizität von „einmal im Halbjahr“ oder „einmal im Quartal“ nicht angemessen sein.

Vielmehr ist die Krisenfrüherkennung als organrechtliche Dauerpflicht zu verstehen.

Diese ständige Überwachung von internen und externen Veränderungen ist notwendig, um eine wirksame und proaktive Krisenvermeidung zu gewährleisten.

Die Pflichten aus § 1 StaRUG gelten für alle Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs eines Unternehmens (Geschäftsleiter). Eine Ressortaufteilung, z.B. über einen Geschäftsverteilungsplan, enthaftet nach aktueller BGH-Rechtsprechung¹⁶ nicht.

Die Pflichten treffen Unternehmen aller Größen, von börsennotierten Aktiengesellschaften bis hin zu kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU) und Ein-Mann-GmbHs.

Allerdings ergeben sich aus § 1 StaRUG einige Grundanforderungen, die ebenfalls zu berücksichtigen sind. Das Früherkennungssystem- und Risikomanagementsystem ist zwingend zu dokumentieren. Ein Verstoß gegen diese Dokumentationspflicht ist ein „schwerer Pflichtenverstoß“, LG München I, Urteil vom 5. 4. 2007 - 5 HK O 15964/06; NZG 2008, 319. Außerdem fordert der Gesetzgeber mit § 1 StaRUG, dass bei Bedarf „geeignete Gegenmaßnahmen“ zu initiieren sind (z.B. zur Risikobewältigung).

¹⁵ Vgl. hierzu vertiefend: Gleißner, Werner / Nickert, Cornelius / Romeike, Frank (2024): Lücken im IDW-Prüfungsstandard 340 – Gesetzliche Anforderungen an das Risikomanagement aus StaRUG gehen weit über KonTraG hinaus, BOARD Heft 1/2024, S. 21-24 (22)

¹⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 23.7.2024, Az. II ZR 206 / 22, Rn. 75 ff..

3 Das WIE der Früherkennung

„WIE“ die Risiko- und Krisenfrüherkennung nach § 1 Abs. 1 S. 1 StaRUG erfolgen soll, ist nicht geregelt. Die Ausgestaltung des Krisenfrüherkennungssystems kann je nach Größe, Branche, Struktur, Komplexität und Rechtsform des Unternehmens variieren, muss lediglich angemessen sein.

Jedoch lassen sich einige grundlegende Anforderungen ableiten. Notwendig ist eine systematische Identifikation und sachgerechte Quantifizierung der Risiken und insbesondere eine Risikoaggregation, da bestandsgefährdende Entwicklungen – wie die Praxis zeigt – meist aus Kombinationseffekten von Einzelrisiken resultieren.¹⁷

Die Geschäftsleitung sowie die Aufsichtsorgane sollten über den aktuellen Grad der Bestandsgefährdung durch geeignete Kennzahlen informiert werden. Und bei Überschreiten einer kritischen Schwelle muss der Vorstand den Aufsichtsrat informieren, durch welche „geeigneten Gegenmaßnahmen“ – bis hin zu einem Restrukturierungsplan – eine (drohende) Krise abgewendet werden kann.

Zur Erfüllung der Anforderungen aus StaRUG benötigt man Kennzahlen für die Messung des „Grads der Bestandsgefährdung“, also ein Risikotragfähigkeitskonzept, wie es auch der Prüfungsstandard IDW PS 340 fordert. Diese sind notwendig, um anzuzeigen, ob der Schwellenwert für die Initiierung „geeigneter Gegenmaßnahmen“ (§1 StaRUG) zur Krisenprävention überschritten ist und der Aufsichtsrat informiert werden muss. Den „Grad der Bestandsgefährdung“ kann man durch zwei Kennzahlen messen:¹⁸

- die Insolvenzwahrscheinlichkeit und/oder
- Gefährdungswahrscheinlichkeit, d.h. die Wahrscheinlichkeit einer „bestandsgefährdenden Entwicklung“.

Robuste und „gesunde“ Unternehmen weisen eine hohe finanzielle Nachhaltigkeit auf. Hierbei bedeutet „Finanzielle Nachhaltigkeit“, dass durch ein adäquates Risikodeckungspotenzial die mit jeder unternehmerischen Tätigkeit verbundenen Risiken abgedeckt werden können. Das Unternehmen weist deshalb, auch in möglichen Stressszenarien, ein gutes und stabiles Rating und damit eine niedrige Insolvenzwahrscheinlichkeit auf. Es verfügt darüber hinaus ein überdurchschnittliches Ertrag-Risiko-Profil.

4 Vermeidbares Missverständnis Nr. 1 ...

¹⁷ Vgl. hierzu Romeike, Frank / Hager, Peter (2020): Erfolgsfaktor Risikomanagement 4.0: Methoden, Beispiele, Checklisten – Praxishandbuch für Industrie und Handel, 4. komplett überarbeitete Auflage, Springer Verlag, Wiesbaden 2020.

¹⁸ Vgl. Vgl. Gleißner, Werner / Nickert, Cornelius / Romeike, Frank (2024): Lücken im IDW-Prüfungsstandard 340 – Gesetzliche Anforderungen an das Risikomanagement aus StaRUG gehen weit über KonTraG hinaus, BOARD Heft 1/2024, S. 21-24 (22)

Ein verbreitetes Missverständnis von Geschäftsleitern ist die Annahme, dass § 1 StaRUG und dessen Beachtung und Anwendung lediglich in Zeiten der bereits eingetretenen Krise der eigenen Organisation relevant sei.

Tatsächlich erfordert § 1 StaRUG auch bei „gesunden Unternehmen“ eine kontinuierliche und proaktive Risikoüberwachung und -bewältigung.¹⁹

Das Bestreben des StaRUG ist es, dass Unternehmen kontinuierlich darüber wachen und sich informieren, ob sich durch die Aggregation vieler kleiner, schleichender Risiken, d.h. zunächst unscheinbarer Probleme, am Horizont eine Entwicklung abzeichnen würde, welche bei ungeminderter Entwicklung in letzter Konsequenz eine Bestandsgefährdung für das Unternehmen mit sich bringen könnte. Dies erfordert es letztlich, schon eine drohende „bestandsgefährdende Entwicklung“ rechtzeitig zu erkennen, was im Übrigen eine der Hauptaufgabe des Risikomanagements gemäß der anerkannten Standards wie IDW PS 340 und DIIR RS Nr. 2 ist.²⁰

Allerdings wurden die durch § 1 StaRUG aufgestellten Anforderungen – trotz der Aktualisierung – in IDW PS 340 im Jahr 2022 nicht adäquat berücksichtigt. Dagegen sind die Implikationen aus § 1 StaRUG im ebenfalls zuletzt 2022 aktualisierten DIIR RS Nr. 2 bereits aufgegriffen.

Auch der aktualisierte COSO ERM (2017) geht ebenfalls weiter als der IDW PS 340.

Die Anforderungen von § 1 StaRUG gehen über die des § 91 Abs. 2 AktG, auf dem der IDW PS 340 n.F. (noch) basiert, hinaus.

Damit besagt ein Testat einer Prüfung nach IDW PS 340 keinesfalls, dass das Risikomanagement eines Unternehmens allen gesetzlichen Anforderungen genügt, da eine solche Prüfung im Hinblick auf die Anforderungen nach § 1 StaRUG zu kurz greift.²¹

Nach § 1 StaRUG ist es unerlässlich, eine systematische Analyse und Überwachung von Risiken, also Chancen und Gefahren, durchzuführen und diese insbesondere zu aggregieren, um potenziell kritische Entwicklungen zu erkennen, die sich aus der Wechselwirkung einzelner Risiken ergeben könnten.

Ein solches Risikomanagement kann eventuell bestandsgefährdende Entwicklungen der Geschäftsleitung rechtzeitig aufzeigen, bevor es zu einer Situation kommt, in der

¹⁹ Vgl. Scherer, Josef (2023): Die Formel für Glück und Erfolg: „ESGRC“ – Nachhaltige und sicherer Führung (Governance) für eine neue Welt, 2023, S. 6; kostenloser Download: <https://www.risknet.de/eli-brary/paper/die-formel-fuer-glueck-und-erfolg-esgrc/>; Scherer, Josef / Grötsch, Andreas / Fruth, Klaus (2023): Enthaftendes Compliance- und Whistleblowing-Managementsystem nach aktueller Rechtslage – Ein „Must have“ für alle Führungskräfte!, S. 10; Gleißner, Werner / Nickert, Anne / Nickert, Cornelius (2023): Die Auswirkungen des § 1 StaRUG auf die Aktiengesellschaft, in: Der Betrieb, Jg. 76, Heft 26/2023, S. 1489 ff.; Scherer, Josef/ Klinger, Anna (2023): Das „G“ in ESGRC: Nachhaltige und sicherer Führung, FIRM News 11/2023, S. 2

²⁰ Vgl. Gleißner, Werner / Haarmeyer, Hans (2019): Die "bestandsgefährdende Entwicklung" (§ 91 AktG) als "Tor" in ein präventives Restrukturierungsverfahren, in: ZInsO 2019, 2293-2299 (2299)

²¹ Vgl. Gleißner, Werner / Nickert, Cornelius / Romeike, Frank (2024): Lücken im IDW-Prüfungsstandard 340 – Gesetzliche Anforderungen an das Risikomanagement aus StaRUG gehen weit über KonTraG hinaus, BOARD Heft 1/2024, S. 21-24 (22)

die Geschäftsleitung nicht mehr in der Lage ist, die Entwicklung alleine, d.h. ohne die Einbeziehung von Stakeholdern, insbesondere von Banken oder von Gläubigern durch die Inanspruchnahme „unproduktiver“ Finanzmittel, zu beseitigen.

Erforderlich ist also eine Stärkung und Neuausrichtung des Risikomanagements (oder dessen erstmalige Implementierung) hin zu einer Identifikation und Bewertung potentiell „bestandsgefährdender Entwicklungen“ durch verbesserte Analyse von Risikokombinationen (Risikoaggregation).

Es bedarf hierzu eines Systems, durch welches Risiken und deren Kombination und Wechselwirkungen in Szenarien überführt werden können.

Dies ist vor allem durch stochastische Simulationsmethoden (beispielsweise der Monte-Carlo-Simulation) möglich.

§ 1 Abs. 1 StaRUG normiert auf der ersten Stufe die Pflicht zur Überwachung und Früherkennung von Entwicklungen, die den Fortbestand des Unternehmens gefährden könnten, und das zu jeder Zeit.²² Die Überwachung und Früherkennung von Risiken haben durch die Geschäftsleitung entsprechend der gesetzlichen Konstruktion und dem Wortlaut von § 1 Abs. 1 S. 1 StaRUG „fortlaufend“ zu erfolgen. Darüber hinaus verlangt § 1 Abs. 1 StaRUG in Satz 2 auf der zweiten Stufe das unverzügliche Ergreifen geeigneter Gegenmaßnahmen und Informieren der Überwachungsorgane.

Die kontinuierliche und proaktive Überprüfung auf potenziell bestandsgefährdende Risiken sowie Krisenbewältigung hat losgelöst vom momentanen Zustand des Unternehmens zu erfolgen und bedarf keines auslösenden Ereignisses.

Sie ist Gesetz und muss seit dem Inkrafttreten von § 1 Abs.1 StaRUG von allen Geschäftsleitern haftungsbeschränkter Unternehmen beachtet werden. Dies bedeutet, dass Unternehmen nicht nur in Krisenzeiten, sondern dauerhaft und vorausschauend potenzielle Risiken identifizieren, analysieren und entsprechende Maßnahmen ergreifen müssen, um diesen zu begegnen oder sie zu minimieren. Die Vorschrift verlangt, dass Unternehmen strukturell und strategisch aufzustellen sind, so dass sie zugleich robust und flexibel sowie resilient und antifragil werden.²³ Dadurch sollen nicht nur die Interessen der Stakeholder und Gläubiger geschützt, sondern auch die nachhaltige Existenz und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens sichergestellt werden.

Diese fortlaufende Risikobetrachtung erfordert eine angemessene interne Organisation und Prozesse, die eine schnelle Reaktion auf Veränderungen im Markt oder im operativen Geschäft ermöglichen.

²² Vgl. Gleißner, Werner / Haarmeyer, Hans (2024): Auswirkungen auf Risikomanagement und den Weg zu Restrukturierung & Sanierung, in: ZInsO 2024, 173-177 (173); Gleißner, Werner / Haffa, Dietmar (2022): Mit einem zweistufigen Konzept die Existenz von Unternehmen sichern – Das StaRUG und die zwei Verteidigungslinien zur Vermeidung einer Insolvenz, in: KSI Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung, März/April 2022, S. 62-64

²³ Vgl. Scherer, Josef (2021): Resilience + Antifragility = Resilily, Download: <https://www.risknet.de/themen/risknews/resilience-antifragility-resilily/> [Letzter Aufruf: 10.09.2024]

Solange und sofern Unternehmensleiter § 1 StaRUG weiter nur in Krisenzeiten für beachtlich halten, bewerten sie die Relevanz von § 1 StaRUG für ihre tägliche Arbeit und ihre persönliche Haftung falsch. § 1 StaRUG hält Unternehmen in jeglicher finanziellen Verfassung zu Risikoprävention an, um so Entwicklungen frühzeitig zu erkennen und diesen rechtzeitig Einhalt zu gebieten²⁴.

Das Missverständnis, dass § 1 StaRUG ausschließlich in Krisenzeiten relevant sei, führt letztendlich zu einer Negierung wichtiger Managementpflichten in Form gesetzlicher Compliancevorgaben. Hierdurch droht Geschäftsleitern haftungsrechtlich Ungemach.

Wichtige Hinweise:

- § 1 StaRUG ist nicht nur in Krisenzeiten relevant - im Gegenteil: er gilt immer!
- Er fordert eine kontinuierliche und proaktive Risikoüberwachung- und -bewältigung, unabhängig von der Größe und vom aktuellen Zustand des Unternehmens.
- Ziel von § 1 StaRUG ist die Früherkennung von und Prävention vor bestandsgefährdenden Entwicklungen.
- Notwendig sind daher eine systematische Analyse und Aggregation von Risiken, da auch kleine, unscheinbare Risiken in Summe für ein Unternehmen gefährlich werden können.

5 Straf- und zivilrechtliche Haftung bei Missmanagement und Verletzung ordnungsgemäßer Governance²⁵

Unternehmenskrisen sind hauptsächlich auf Managementfehler zurückzuführen, sogenanntes Missmanagement.²⁶

Ein Fehler des Managements ist auch das Nichtdetektieren oder Ignorieren von Risiken oder negativen Entwicklungen ebenso wie eine unangemessene Reaktion auf

²⁴ Vgl. zu Krisenursachen und Krisenstadien: Wieland-Blöse, Heike / Oberle, Thomas (2022): Krisenursachen und Krisenstadien, in: Institut der Wirtschaftsprüfer e.V. (Hrsg.), WPH Edition, Sanierung und Insolvenz, 2. Auflage 2022, S. 3 ff.

²⁵ Vgl. zur „Managerhaftungsformel“ und zum „Haftungsspiel des Wirtschaftslebens“: Scherer, Josef (2011), in: Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.), Stark in die Zukunft, 2011, S. 1-10, sowie zu vielfältigen Haftungsrisiken für Geschäftsführer: Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.), Geschäftsführer-Compliance, Praxiswissen zu Pflichten, Haftungsrisiken und Vermeidungsstrategien, 2009 und für Gesellschafter: Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.), Gesellschafter-Compliance: Praxiswissen zu Pflichten, Haftungsrisiken und Vermeidungsstrategien für GmbH-Gesellschafter, 2011. Für Vorstände, Aufsichts- und Beiräte: Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.), Stark in die Zukunft, 2011, S. 43-63.

²⁶ Scherer, Josef, in: Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.): Das interessiert Kapitalgeber: Antifragilität und der „Achilleskörper“ des Ordentlichen Kaufmanns - Vermeidung der persönlichen Haftung für Missmanagement am Beispiel „Governance, Risk und Compliance („GRC“)" und Geschäftsprozessdigitalisierung, 2019, S. 36; Kraus, Karl-Josef: Sanierungskonzept und Umsetzungsmanagement einer nachhaltigen Unternehmenssanierung, in: Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, hrsg. v. Buth, Andrea K. / Hermanns, Michael, 4. Aufl., München, 2014, S. 1-37, Rn. 5.

diese. § 1 StaRUG hat dies nunmehr eindrücklich gesetzlich normiert. Dabei ist zu beachten, dass sich Geschäftsleiter laufend über rechtliche Änderungen und Neuerungen zu informieren, diese angemessen zu bewerten und umzusetzen haben, da Nichtwissen nicht vor Strafe schützt.²⁷

Dies gilt auch bezüglich der Pflicht zur angemessenen Risikofrüherkennung aus § 1 Abs. 1 S. 1 StaRUG und der Pflicht zur Einleitung geeigneter Restrukturierungsmaßnahmen aus § 1 Abs. 1 S. 2 StaRUG. Dass ein Geschäftsleiter unter Umständen keine entsprechende Kenntnis von oder Kompetenz in diesen ihm originär zugewiesenen Aufgaben hat, kann ihm rechtlich nicht zugutekommen.²⁸

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat seit langem anerkannt, dass Personen, die geschäftlich tätig sind, verpflichtet sind, sich vor Beginn ihrer Tätigkeit über die geltenden Rechtsvorschriften in ihrem spezifischen Tätigkeitsbereich zu informieren. Zudem müssen sie sich stets über etwaige Änderungen der Rechtslage auf dem Laufenden halten. Diese Informationspflichten umfassen auch die Verpflichtung zur regelmäßigen Aktualisierung der Kenntnisse über die geltenden Rechtsvorschriften.²⁹

Dies wiederum hat aber bedeutende Auswirkungen auf die Haftung von Geschäftsleitern und Managern:

Nach einer Literaturmeinung kann "einfaches Missmanagement" eine Haftung des Geschäftsleiters im Fall des Eintritts einer Bestandsgefährdung nicht auslösen, da es zu „exorbitant“ hohen Haftungsrisiken führen würde, wenn solche allein ausreichen, um Geschäftsleiter im Falle der Bestandsgefährdung für den gesamten Insolvenzschaden haftbar zu machen (enge Sichtweise). Die Geschäftsleiterhaftung zielt eher auf die Haftung für Einzelschäden ab, die durch einzelne Geschäftsführungsakte verursacht würden. Eine echte Insolvenzverursachungshaftung würde nur bei unvertretbarem Geschäftsführerhandeln, das direkt zur Insolvenz führe, in Betracht kommen.³⁰

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, da sie keinen Rückhalt im Gesetz findet und sich selbst bei der Anwendung verschiedener Auslegungsmethoden nicht rechtfertigen lässt.³¹ Dass die in § 43 GmbHG und § 93 AktG gesetzlich normierte persönliche, unbeschränkte Haftung für die Betroffenen existenzgefährdend und somit "exorbi-

²⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 18.11.2020 - 2 StR 246/20 m.w.N.

²⁸ Vgl. Romeike, Frank/ Scherer, Josef/ Seehaus, Sascha (2024): Ahrtal-Katastrophe und die Staatsanwaltschaft - Erhebliche Schwachstellen im präventiven Risiko- und Krisenmanagement, Download bei RiskNET: <https://www.risknet.de/themen/risknews/erhebliche-schwachstellen-im-praeventiven-risiko-und-krisenmanagement/>

²⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 18.11.2020 - 2 StR 246/20 unter Nennung von BayObLG, Beschluss vom 21. Juni 1972 - RReg. 8 St 507/72 OWi, BayObLGSt 1972, 144, 146; OLG Zweibrücken, Urteil vom 25. Mai 2010 - 1 Ss 13/10 - juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 29. März 2012 - 1 Ss 142/12, NZWiSt 2014, 301, 303).

³⁰ Schmidt, Karsten / Uhlenbruck, Wilhelm: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Auflage, 2009, S. 1024 ff. unter Verweis auf Baumbach / Hueck / Zöllner, Kommentar zum GmbHG, § 43 GmbHG Rz. 23

³¹ Vgl. Scherer, Josef, in: Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.), Das interessiert Kapitalgeber (...), S. 36

tant" sein kann, ist dem Haftungssystem immanent und wurde bisher weder vom Gesetzgeber noch von der Rechtsprechung abgeschwächt.³² Es ist weder im Gesetz verankert oder in der Rechtsprechung bisher entschieden worden, dass § 43 GmbHG und § 93 AktG nur durch Einzelakte verursachte Schäden und nicht auch durch eine Kumulation von Managementfehlern abdecken.³³ Gleiches gilt für die von den Vertretern dieser Ansicht aufgestellten Forderung, dass das haftungsbegründende Handeln „unvertretbar“ und „unmittelbar“ insolvenzverursachend sein muss. Der Haftungstatbestand des § 43 GmbHG und der des § 93 AktG lassen jede einfach fahrlässige Pflichtverletzung für Schadensersatzhaftung ausreichen und finden ihre Einschränkung (nur) im Haftungsprivileg der Business Judgement Rule.³⁴

Nach der Business Judgement Rule liegt keine Pflichtverletzung vor, wenn der Geschäftsleiter bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (vgl. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG). Dabei versteht es sich von selbst, dass die Geschäftsleitung kein unternehmerisches Ermessen dahingehend hat, geltendes Recht zu verletzen (gebundene Entscheidung). Aufgrund der Legalitätspflicht sind die Unternehmensverantwortlichen verpflichtet, sich bei ihrer Amtsführung umfassend rechtmäßig zu verhalten und ihre Tätigkeit entsprechend der jeweils geltenden Rechtsordnung auszuüben.³⁵ Sie beinhaltet neben externen Pflichten auch interne Pflichten, die durch Satzung, Geschäftsordnung und Gesellschaftsbeschlüsse für das jeweilige Unternehmen konkretisiert werden.³⁶ Gebundene Entscheidungen, d.h. unternehmerische Entscheidungen, die durch Gesetz oder Satzung vorgegeben sind, sind von der Business Judgement Rule ausgenommen.

Da § 1 Abs. 1 StaRUG aber nunmehr normiert, dass ein Geschäftsleiter das Drohen einer Bestandsgefährdung durch die Einrichtung und Unterhaltung eines wirksamen Risiko-Früherkennungssystems frühzeitig entdecken muss, zählt die Einrichtung eines Risiko-Früherkennungssystems zu den *gebundenen* Entscheidungen.

Diese Entscheidung ist damit der Anwendung der Business Judgement Rule entzogen. Lediglich das WIE der Einrichtung und Unterhaltung eines Systems und der ergriffenen Maßnahmen kann noch dem Haftungsprivileg der Business Judgement Rule unterstellt werden. D.h. aber, dass Geschäftsleitern in Anbetracht von § 1 Abs.1 StaRUG „business as usual“ verwehrt ist.

³² Vgl. Scherer, Josef, in: Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.), a.a.O., S. 36

³³ Vgl. Scherer, Josef, in: Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.), a.a.O., S. 36

³⁴ Vgl. Scherer, Josef, in: Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.), a.a.O., S. 36

³⁵ Vgl. zur Legalitätspflicht, deren Begriff gesetzlich nicht definiert wird, unter anderem: BGH, Urteil vom 27. August 2010 - 2 StR 111/09 mwN, in: NJW 2010, 3458, 3460; BGH, NZG, 2012, 992, 994; Wilsing, in: Krieger/U. H. Schneider, Hdb. Managerhaftung, § 27 Rn. 21; s.a. Louven, Die Entwicklung der Legalitätspflicht des Vorstands – Fortschreitende Beschränkung unternehmerischer Entscheidungsfreiheit oder notwendiges Korrektiv?, in: Kölner Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (KSzW) 04.2016, S. 241 unter Nennung von Wiesner, in: Münchner Handbuch für Gesellschaftsrecht, 2015, § 25 Rn.23

³⁶ Vgl. Bross, Vertragshandbuch GmbH-Geschäftsführer, 1. Auflage 2013, Rn. 312 unter Nennung von Schneider, in: Scholz, GmbHG, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 43 Rn. 75.

Nach der oben dargelegten, engen Sichtweise, die weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung zu finden ist, müsste der Anspruchsteller (z.B. Anteilseigner oder Insolvenzverwalter) substantiiertes unvertretbares Geschäftsleiterhandeln und eine direkte Verursachung des Schadens oder der Bestandsgefährdung darlegen. Im Hinblick auf die Einführung von § 1 Abs. 1 StaRUG genügt aber nach der hier vertretenen Ansicht die Darlegung und der Beweis fahrlässiger Pflichtverletzung bei der Identifikation bestandgefährdender Risiken und dem Umgang mit denselben und dadurch zumindest mittelbare (Mit-)Verursachung der Bestandsgefährdung.³⁷

Die Darlegung grober Pflichtverletzung stützt letztlich sogar eine Beweislastumkehr zugunsten des Anspruchstellers bezüglich der Kausalität zwischen Handeln oder Unterlassen und negativem Erfolg, was zum Beispiel der Fall sein könnte, wenn das seitens der Geschäftsleitung eingeführte Risikofrüherkennungssystem erkennbar weder angemessen noch eine ausreichende Dokumentation vorhanden ist und das Personal entweder in der Quantität oder in seiner Qualität ausreicht.³⁸

Soweit sich Handlungen der Geschäftsleiter in Bereichen mit Entscheidungsspielräumen, wie zum Beispiel dem der Art der Ausgestaltung des Risiko-Früherkennungssystems abspielen, müssen die Regeln der Entscheidungsfindung gemäß der Rechtsprechung des BGH von dem Geschäftsleiter eingehalten worden sein (ordnungsgemäße Befolgung der Business Judgment Rule), was der Geschäftsleiter allerdings wiederum zu beweisen hat (Dokumentation). Dies ist vor allem wichtig im Hinblick auf die Angemessenheit des Systems und die quantitative und qualitative Ausstattung mit finanziellen und personellen Ressourcen (Organisationspflicht).³⁹

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass es für Geschäftsleiter also von entscheidender Bedeutung ist, dass sie die Tragweite und Bedeutung des § 1 StaRUG vollständig verstehen und entsprechend handeln. Dies auch und gerade, um sich selbst vor persönlicher Haftung zu schützen.⁴⁰

³⁷ Vgl. Scherer, Josef, in: Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.): Das interessiert Kapitalgeber: Antifragilität und der „Achilleskörper“ des Ordentlichen Kaufmanns - Vermeidung der persönlichen Haftung für Missmanagement am Beispiel „Governance, Risk und Compliance („GRC“)“ und Geschäftsprozessdigitalisierung, 2019, S. 36

³⁸ Vgl. Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.), Stark in die Zukunft, 2011, S. 106 mit Ausführungen zu dem Urteil des OLG Nürnberg v. 25. März 2017 – 5 U 178/19, welches bisher nicht veröffentlicht ist; Scherer, Josef: „Healthcare und Pflege 4.0“ – Die digitale Transformation von Compliance, Risikomanagement und Standards im Gesundheitswesen – Teil 2, in: JMG Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht 2/2019, S. 117; Scherer, Josef/ Birker, Ann-Kathrin: „Unternehmensführung 4.0“ in der Health-Care- und Pflege-Branche: Der „Ordentliche Kaufmann 4.0“ und sein digitalisiertes Integriertes GRC-Managementsystem: „Das Richtige richtig tun“ in unsicheren Zeiten!“, JMG Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht, 1/2020, S. 36

³⁹ Vgl. Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.), Stark in die Zukunft, 2011, S. 106 mit Ausführungen zu dem Urteil des OLG Nürnberg v. 25. März 2017 – 5 U 178/19, welches bisher nicht veröffentlicht ist.

⁴⁰ Vgl. Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.), Governance-Management Band I, 2014, S. 124 ff.

Wichtige Hinweise:

- Schädigungen des Unternehmens und Unternehmenskrisen entstehen oft durch Managementfehler (Missmanagement), einschließlich des Nichterkennens oder Ignorierens von sowohl großen, aber auch vielen kleinen Risiken, die sich aggregierend auswirken können.
- § 1 StaRUG fordert kontinuierliche Risikoerkennung und -bewältigung sowie die Einrichtung eines Risiko-Früherkennungssystems, unabhängig vom Zustand des Unternehmens.
- Geschäftsleiter müssen sich über rechtliche Änderungen informieren und diese umsetzen; Unkenntnis und mangelnde Kompetenz entlasten nicht; auch einfache Pflichtverletzungen führen bei Schäden zu Haftung; Verständnis und Umsetzung von § 1 StaRUG sind somit wichtig für den Haftungsschutz der Geschäftsleiter.
- Die Business Judgement Rule schützt nur bei vernünftigen Entscheidungen auf Basis angemessener Informationen; bei der Frage, ob ein StaRUG-konformes Risikofrüherkennungssystem eingeführt wird oder nicht, greift sie nicht, denn das ist Pflicht.
- Grobe Pflichtverletzungen in Form von Organisationspflichtverletzungen können zur Beweislastumkehr führen, z.B. wenn das von der Geschäftsleitung eingeführte Risikofrüherkennungssystem weder angemessen noch ausreichend dokumentiert ist und das eingesetzte Personal quantitativ oder qualitativ unzureichend ist; Organisationspflicht zählt zu den Kardinalspflichten von Geschäftsleitern; schwerwiegende versicherungsrechtliche Implikationen bei der D&O-Versicherung drohen.

6 Aktuelle Rechtsprechung des BGH zu Risiko-Früherkennung und Geschäftsführerhaftung

Eine aktuelle Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23.07.2024 (II ZR 206/22) befasst sich mit den Pflichten von Geschäftsführern in Krisenzeiten. Der BGH unterstreicht in diesem Urteil die dringende Notwendigkeit eines proaktiven Krisenmanagements durch die Geschäftsführung und verdeutlicht, dass Geschäftsführer bereits bei den ersten Anzeichen einer Unternehmenskrise verpflichtet sind, umfassende Maßnahmen zu ergreifen. Dies bedeutet, dass die Unternehmensführung nicht abwarten darf, bis sich eine Krise voll entwickelt hat. Vielmehr verlangt der BGH eine frühzeitige Reaktion, die sich insbesondere in einer genauen Analyse des Unternehmensvermögens und in der kontinuierlichen Überwachung relevanter finanzieller In-

diktoren manifestieren muss. Diese Anforderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung an Geschäftsführer und Vorstände interpretieren nicht § 1 StaRUG, sondern bestehen zusätzlich *neben* den Anforderungen nach § 1 StaRUG:

Der BGH stellte unter Verweis auf frühere BGH-Rechtsprechung⁴¹ fest, dass ein „*Geschäftsführer die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten und sich bei Anzeichen einer Krise durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen Überblick über den Vermögensstand zu schaffen (...)*“ hat. Wenn der Vermögensstatus zeigt, dass das Vermögen die Verbindlichkeiten nicht deckt, ist eine 12-monatige Fortführungsprognose erforderlich. Nur wenn eine positive Ertrags- und Finanzplanung für die nächsten 12 Monate vorliegt, kann eine Fortführung des Unternehmens als wahrscheinlich angesehen werden.

Die Pflicht zur kontinuierlichen Beobachtung der finanziellen Lage des Unternehmens ist – wie der Verweis auf ältere Rechtsprechung zeigt - nicht neu, doch zeigt die aktuelle Entscheidung, dass erneut auf, dass es nicht reicht; auf den Jahresabschluss oder andere reguläre Berichte zu warten; bereits bei den ersten Anzeichen einer Krise muss sofort gehandelt werden, um potenzielle Schäden zu verhindern.

Hinzu kommt laut BGH, dass „*der Geschäftsführer nach der Rechtsprechung des Senats auch für eine Organisation sorgen muss, die ihm die zur Wahrnehmung seiner Pflichten erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft jederzeit ermöglicht (...)*.“

Auch „*entband ihn eine etwaige Ressortaufteilung nicht von seiner eigenen Verantwortung für die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte. Ihm oblag insoweit eine Kontroll- und Überwachungspflicht gegenüber dem Mitgeschäftsführer, die hinsichtlich der Wahrnehmung von nicht übertragbaren Aufgaben wie etwa die Einstandspflicht des Geschäftsführers für die Gesetzmäßigkeit der Unternehmensleitung besonders weitgehend war (...)*.“

Geschäftsführer müssen demnach zwingend ein Frühwarnsystem einrichten, das kontinuierlich den finanziellen Zustand des Unternehmens überwacht. Selbst im Falle einer Ressortaufteilung haften sie im Rahmen ihrer Kontroll- und Überwachungspflicht bzgl. Mitgeschäftsführern im Falle einer Verletzung der Geschäftsführerpflichten durch diese aufgrund ihrer Einstandspflicht für Gesetzmäßigkeit der Unternehmensleitung. Sobald Anzeichen einer Krise erkennbar sind, muss die Geschäftsleitung als Ganze dafür sorgen, dass umgehend eine detaillierte Analyse erfolgt. Die Erstellung eines Vermögensstatus und eine realistische Ertrags- und Finanzplanung sind somit unerlässlich, um das Unternehmen auf Kurs zu halten und persönliche Haftungsrisiken zu minimieren.

⁴¹ BGH, Urteil vom 19. Juni 2012 - II ZR 243/11, ZIP 2012, 1557 Rn. 11; Urteil vom 6. November 2018 - II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 Rn. 14

Laut BGH kann sogar ein ausgeschiedener Geschäftsführer bei Insolvenzverschleppung für Schäden haften, die erst nach seinem Ausscheiden, z.B. durch Vertragsschlüsse Dritter mit der Gesellschaft nach diesem Zeitraum, entstanden sind:

Ein für Geschäftsführer kaum mehr kontrollierbares Risiko ...

7 Erfordernis einer integrierten Unternehmensplanung

Die in Abschnitt 5 dargelegte ständige Rechtsprechung des BGH verlangt unabhängig von § 1 StaRUG eine kontinuierliche Überwachung und Bewertung von Risiken, die den Fortbestand eines Unternehmens gefährden könnten. Eine wirksame Risiko- und Krisenfrüherkennung sowie die Implementierung entsprechender Managementsysteme waren somit bereits vor der Einführung von § 1 StaRUG Pflicht. Sie werden durch § 1 StaRUG lediglich auch ausdrücklich normiert, wobei § 1 StaRUG auf bestandsgefährdende Entwicklungen fokussiert.

Zur Erfüllung der sich im Hinblick hierauf aus § 1 StaRUG ergebenden Anforderungen bedarf es somit einer integrierten Unternehmensplanung. Diese umfasst Liquiditäts-, Ertrags- und Vermögensplanung und dient der Beurteilung der drohenden Zahlungsunfähigkeit und damit der Identifikation bestandsgefährdender Entwicklungen. Bestandsgefährdende Entwicklungen bedrohen die Existenz eines Unternehmens durch negative Einflüsse auf seine Vermögens-, Finanz- und Ertragslage im Hinblick auf die zukünftige Zahlungsunfähigkeit. Solche Entwicklungen können einzeln oder in Kombination zur Insolvenzreife führen, welche den Fortbestand des Unternehmens bedroht. Am Ende bestandsgefährdender Entwicklungen steht die Insolvenzreife, die bei Zahlungsunfähigkeit (§§ 16, 17 InsO) oder Überschuldung (§§ 16, 19 InsO) eintritt. Es bedarf mithin bei der Behandlung von Risiken auch immer einer Fortbestehensprognose. Eine Fortbestehensprognose nach § 1 Abs. 1 StaRUG fokussiert auf Entwicklungen, die den Fortbestand des Unternehmens gefährden könnten. Die Fortbestehensprognose ist ein insolvenzrechtlicher Begriff, der die zukünftige Zahlungsfähigkeit bewertet, während die Fortführungsprognose ein handelsrechtlicher Begriff ist, der die Fortführung der Geschäftstätigkeit gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB prüft. Zahlungsunfähigkeit determiniert eine negative Fortbestehensprognose, und Überschuldung setzt eine solche voraus.

8 Missverständnis Nr. 2: Die – unbekannte – Pflicht, die durch ein StaRUG-System erkannten, auch nicht bestandsgefährdenden Risiken zu steuern

Der genaue Zeitpunkt, ab wann Risiko- und Krisenfrüherkennungssysteme greifen müssen, wird im Gesetz nicht konkret definiert. Geschäftsleiter müssen basierend auf § 1 StaRUG Krisen frühzeitig erkennen, um durch Gegenmaßnahmen den Eintritt der Insolvenzreife, welche den Endpunkt der Bestandsgefährdung darstellt, zu vermeiden.

Maßnahmen dürfen aber nicht erst bei drohender Zahlungsunfähigkeit ergriffen werden, wenn eine Risikosteuerung früher möglich wäre:

Ein gewissenhafter Geschäftsführer oder Vorstand (§§ 43 GmbHG, 93 AktG) schützt das Gesellschaftsvermögen und muss die Gesellschaft vor Schaden bewahren. Daraus folgt, dass die Risikosteuerung früher einsetzen muss, als es im StaRUG direkt gefordert wird. Während das StaRUG primär darauf abzielt, eine Insolvenz abzuwenden, erfordert die Sorgfaltspflicht eines Geschäftsführers oder Vorstandsmitglieds, wie sie in §§ 43 GmbHG und 93 AktG verankert ist, ein wesentlich proaktiveres Handeln. Die Geschäftsleitung darf eben nicht warten, bis Risiken existenzbedrohend werden. Vielmehr ist es ihre Pflicht, bereits kleinere und scheinbar weniger kritische Risiken, frühzeitig zu erkennen und aktiv zu steuern. Diese kleineren Risiken, wenn sie unkontrolliert bleiben, können kumulativ eine erhebliche Bedrohung für die Stabilität und den Fortbestand des Unternehmens darstellen. Ein solcher systematischer Ansatz ermöglicht es der Geschäftsleitung, rechtzeitig Maßnahmen zu ergreifen und nicht erst dann zu reagieren, wenn die Insolvenzgefahr unmittelbar bevorsteht.

Diese originären Pflichten eines gewissenhaften Organs sind strenger und greifen früher, als die bloßen Insolvenzvermeidungs- oder -antragspflichten nach StaRUG. Die wesentlichen Pflichten eines Geschäftsleiters zur Risiko- und Krisensteuerung gehen deutlich weiter, als es die expliziten Vorgaben des StaRUG suggerieren. Während das StaRUG primär darauf abzielt, eine Insolvenz abzuwenden, erfordert die Sorgfaltspflicht eines Geschäftsführers oder Vorstandsmitglieds, wie sie in §§ 43 GmbHG und 93 AktG verankert ist, ein wesentlich proaktiveres Handeln.

Auch wenn das „Worst-case-Szenario“ nicht bestandsgefährdend wäre: Kein gewissenhafter Geschäftsführer lässt viele Risiken bewusst ungesteuert.

Insbesondere bei Compliance-Risiken ist dies nicht zulässig.

Mit anderen Worten:

Ein angemessenes StaRUG-konformes Risiko- und Compliancemanagement muss in der Lage sein, nicht nur die Wahrscheinlichkeit und Auswirkungen von größeren Krisen zu erfassen, sondern auch die aggregierten Effekte kleinerer Risiken abzubilden. Es identifiziert, quantifiziert und aggregiert vielmehr eine Vielzahl von – auch kleineren – Risiken. Kleineren Risiken können, wenn sie unerkannt und unkontrolliert bleiben, kumulativ eine erhebliche Bedrohung für die Stabilität und den Fortbestand des Unternehmens darstellen. Ein wichtiges Instrument zur Abbildung aggregierter Effekte vieler Risiken zu einem Gesamtbild bietet die stochastische Szenariosimulation. Diese Methodik unterstützt Entscheider dabei, die Wahrscheinlichkeit von Entwicklungen aus sich aggregierenden Risiken zu quantifizieren. Ein umfassendes Risiko- und Krisenmanagementsystem, das den Prinzipien des StaRUG folgt, sollte daher nicht nur auf schwerwiegende Krisen fokussiert sein, sondern eine breite Palette

von Risiken abdecken. Insbesondere Compliance-Risiken, die häufig eine schleichende, aber potenziell gefährliche Wirkung haben können, dürfen nicht vernachlässigt werden.

Ein kritischer Zeitpunkt im Krisenmanagement ist der Übergang von der Erfolgskrise zur Liquiditätskrise, da hier weitere juristische Anforderungen aus der Krisen-Compliance auf die Organe zukommen. Gleichwohl darf sich ein gewissenhafter Unternehmer bei durch ein Risikofrüherkennungssystem erkannten oder erkennbaren Risiken in Folge der sich aus den §§ 43 GmbHG, 93 AktG ergebenden Sorgfaltspflichten nicht bis zur drohenden Bestandsgefährdung mit angemessenen Steuerungsmaßnahmen Zeit lassen.

Ein proaktives, pflichtgemäßes Risikomanagement, unterstützt durch fortschrittliche Analysemethoden wie etwa Simulationen, dient im Ergebnis nicht nur der Vermeidung von Krisen, sondern ist auch ein wesentliches Element der strategischen Unternehmensführung. Es trägt zur Sicherung der langfristigen Stabilität und Resilienz des Unternehmens bei, indem es eine ganzheitliche Sicht auf alle potenziellen Risiken ermöglicht und frühzeitig steuerbare Maßnahmen identifiziert. Die Einhaltung der Sorgfaltspflichten geht somit über das hinaus, was das StaRUG vorschreibt, und ein umfassendes, präventives Risikomanagementsystem ist für die Erfüllung dieser Pflichten unerlässlich.

9 Verstoß gegen die Geschäftsleiterpflichten aus § 1 StaRUG und D&O-Versicherung

§ 1 StaRUG stellt keine eigenständige Anspruchsgrundlage dar, normiert jedoch Pflichten für Geschäftsleiter, die im Rahmen der Pflicht zur Beachtung sämtlicher Rechtsvorschriften (Legalitätspflicht) erhebliche Auswirkungen auf die allgemeinen Haftungsregelungen gemäß § 43 GmbHG und § 93 AktG haben, welche die Haftung von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern für Pflichtverletzungen und daraus resultierende Schäden regeln.

Verletzt die Geschäftsleitung ihre Krisenfrüherkennungs-, Sanierungs- und Berichtspflichten nach § 1 StaRUG, haftet sie nach den allgemeinen Haftungsvorschriften für Geschäftsleiter (§§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 AktG). Haftungsrelevante Verstöße können sich aus der Pflicht zur Krisenfrüherkennung (§ 1 Abs. 1 S. 1 StaRUG), zur Krisenabwehr (§ 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 StaRUG) und zur Berichterstattung (§ 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 StaRUG) ergeben.

Neben der Innenhaftung ist auch eine Außenhaftung der Geschäftsleiter nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 StaRUG oder § 826 BGB denkbar, insbesondere wenn die Pflichten aus § 1 StaRUG auch Dritte in ihren Schutzbereich einbeziehen.

Bei einem Verstoß gegen Pflichten aus § 1 StaRUG könnte es sich um die Verletzung elementarer beruflicher Pflichten handeln, deren Kenntnis von jedem Geschäftsleiter

vorausgesetzt wird. Im Bereich der Organisationspflicht, d.h. der Pflicht der Geschäftsleitung, dafür Sorge zu tragen, dass das Unternehmen über die entsprechenden Ressourcen und Strukturen verfügt, um seine Aufgaben auch in Form der in § 1 Abs. 1 StaRUG gesetzlich verpflichtenden Risikofrüherkennung erfüllen zu können, spricht die Rechtsprechung je nach Schwere der Pflichtverletzung von „grober Organisationspflichtverletzung“ und kehrt damit die Beweislast sogar bezüglich der Ursächlichkeit zwischen Pflichtverletzung und Schaden zu Lasten des Pflichtverletzers um.⁴²

Dies ist beispielsweise der Fall, wenn das von der Geschäftsleitung implementierte Risikofrüherkennungssystem erkennbar unzureichend ist, sei es durch mangelhafte Dokumentation oder unzureichend qualifiziertes und quantitativ unzureichendes Personal. In einem solchen Fall genügt die Geschäftsleitung der ihr obliegenden Organisationspflicht nur in unzureichendem Maße.

Nach der Rechtsprechung stellt die Organisationspflicht jedoch eine Kardinalpflicht des Geschäftsleiters⁴³ dar, deren Verletzung schwerwiegende haftungsrechtliche Implikationen für den Geschäftsleiter mit sich bringen kann. Wenn ein solcher Verstoß von einem Gericht als Kardinalpflichtverletzung betrachtet wird, kann dies Auswirkungen auf den D&O-Versicherungsschutz haben.

Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der am Markt angebotenen D&O-Versicherungen enthalten regelmäßig Risikoausschlüsse vom Versicherungsschutz bei wissentlichem Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Beschluss, Vollmacht oder Weisung oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung durch eine versicherte Person.⁴⁴

Dem Geschäftsleiter droht somit der Verlust des Versicherungsschutzes seiner D&O-Versicherung, wenn ein StaRUG-konformes Risikofrüherkennungssystem nicht implementiert wird oder dieses technisch oder mangels unzureichender Ausstattung mit den erforderlichen Ressourcen erkennbar unzureichend ist.

⁴² Vgl. Scherer, Josef, in: Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.), Stark in die Zukunft, 2011, S. 106; Scherer, Josef, in: Scherer, Josef/ Fruth, Klaus (Hrsg.): Das interessiert Kapitalgeber: Antifragilität und der „Achilleskörper“ des Ordentlichen Kaufmanns - Vermeidung der persönlichen Haftung für Missmanagement am Beispiel „Governance, Risk und Compliance („GRC“)“ und Geschäftsprozessdigitalisierung, 2019, S. 28; Scherer, Josef: Good Governance und ganzheitliches strategisches und operatives Management: Die Anreicherung des „unternehmerischen Bauchgefühls“ mit Risiko-, Chancen- und Compliance-Management, in: Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ), 6/2012, S. 201 – 211; Scherer, Josef/ Fruth, Klaus: Technik-Governance - Die untrennbare Verzahnung von Recht, Technik, Wirtschaft und Psychologie - Der Einfluss des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“ und von Standards auf die Haftung des Managements am Beispiel des Compliance Managements; in: BCM Berufsverband der Compliance Manager e.V. (Hrsg.), Sonderpublikation (ohne Datumsangabe), S. 36; Download unter: <https://www.scherer-recht.de/images/Veroeffentlichungen/BCM-Buchbeitrag/BCMTechnikGovernance.pdf>

⁴³ Vgl. BGH, Urt. v. 23. November 2017 - III ZR 60/16 und BGH, Urt. v. 11. Mai 2017 – III ZR 92/16 in Bestätigung und Fortführung von BGH, Urteile vom 13. März 1962 - VI ZR 142/61, NJW 1962, 959 f und vom 10. November 1970 - VI ZR 83/69, NJW 1971, 241, 243; Rack, Manfred: CB-Test: Die Organisationspflicht nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, in: Compliance-Berater 5/2013, S. 191 ff.

⁴⁴ Weiß, Rüdiger: Tod der D&O-Versicherung? – Der faktische Verlust des Versicherungsschutzes über den Schluss von der Verletzung einer Kardinalpflicht auf die Wissenslichkeit, 25.01.2024, in: Handelsblatt Live, unter: <https://live.handelsblatt.com/tod-der-do-versicherung/>

10 Quintessenz: § 1 StaRUG und die Pflicht zur Einrichtung eines Risiko- und Compliance-Managementsystems

Angesichts globaler Risiken wie Pandemien, geopolitischer Spannungen und Inflation müssen Unternehmen proaktiv handeln.

§ 1 StaRUG enthält eine klare Verpflichtung der Geschäftsleitung zur Einrichtung eines Systems (Aufbau- und Ablauforganisation), das proaktiv Risiken erkennt, welche im weiteren Verlauf zu einer Krise des Unternehmens und dessen Bestandsgefährdung führen könnte. Dies unterstützt Unternehmen dabei ihre Resilienz und Antifragilität zu erhöhen und nachhaltig am Markt zu bestehen.

Quintessenz der Urteile des LG München I in der Sache Siemens/Neubürger (Urteil vom 10. Dezember 2013, Az. 5 HK O 1387/10) und des OLG Nürnberg vom 30. März 2022 (Az. 12 U 1520/19) ist die (An-) Forderung an Geschäftsleiter in ihren Unternehmen, ein umfassendes Risiko- und Compliance-Managementsystem zu etablieren, da ein solches System (Aufbau- und Ablauforganisation) integraler Bestandteil der Legalitätspflicht ist. Diese Pflicht ist nicht nur eine rechtliche Notwendigkeit, sondern letztlich auch eine entscheidende Maßnahme, um das Unternehmen vor potenziellen Schäden und sich selbst vor Haftungsgefahren zu schützen. Es reicht nicht aus, Risiken nur zu erkennen; sie müssen auch systematisch quantifiziert, aggregiert und aktiv gesteuert werden.

Besonders in Zeiten globaler Unsicherheiten, wie Pandemien, geopolitischer Spannungen und wirtschaftlicher Instabilität, ist es somit unerlässlich, dass Unternehmen ein Krisen-Compliance-System etablieren, das präventiv agiert. Solche Systeme helfen nicht nur, gesetzliche Vorgaben zu erfüllen, sondern sind auch ein wesentlicher Bestandteil nachhaltiger Unternehmensführung. Die DIN ISO 37301:2021 bietet hier einen praxisorientierten Rahmen, um ein solches System wirksam zu gestalten und umzusetzen.

In der heutigen Zeit, in der die Komplexität und Anzahl der Risiken stetig zunehmen, ist es für Unternehmen überlebenswichtig, dass ihre Führungskräfte die Anforderungen von § 1 StaRUG nicht nur formell, sondern auch inhaltlich ernst nehmen und konsequent umsetzen. Nur so können sie ihrer Verantwortung gerecht werden und die langfristige Resilienz und Stabilität des Unternehmens sichern.