

RECHTSANWÄLTE PATRICK SPÄTH, LL. M. UND DR. FELIX R. WERNER\*

## Ist es Zeit für eine Legal Judgment Rule? Rückblick auf die letzte Legislaturperiode und Ausblick auf anstehende Entwicklungen

In der letzten Legislaturperiode der Großen Koalition wurde die Leitung von Unternehmen auch vor dem Hintergrund des stärkeren gesellschaftlichen Fokusses auf ESG-Themen und des Wirecard-Falls stärker reglementiert. Dabei standen die Governance-Systeme von Unternehmen im Fokus. Der Pflichtenkanon wurde erweitert oder deutlicher konturiert. Besonders prominente Beispiele sind das Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten („LkSG“), das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität („FISG“) und das Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen („StaRUG“). Diese Gesetze wirken sich auf die Anwendung der Business Judgment Rule („BJR“) aus, die der Geschäftsleitung für unternehmerische Entscheidungen einen weiten Handlungs- und Ermessensspielraum ohne Haftungsrisiko sichern soll<sup>1</sup>. Angesichts der deutlich gestiegenen Haftungsrisiken stellt sich die rechtspolitische Frage, ob es nunmehr einer Legal Judgment Rule bedarf.

### A. These 1: Ausweitung der Pflichten, Einschränkung der BJR

Die BJR gilt nur für unternehmerische Entscheidungen der Geschäftsleitung,<sup>2</sup> dh nicht für rechtlich gebundene Entscheidungen (Legalitätspflicht); in diesem Fall soll es keinen „sicheren Hafen“ geben.<sup>3</sup> Mit der Legalitätspflicht für eigene Handlungen der Geschäftsleitung korrespondiert die aus §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG resultierende Legalitätskontrollpflicht<sup>4</sup> zur Verhinderung von Gesetzesverstößen aus dem Unternehmen durch organisatorische Maßnahmen.<sup>5</sup> Inzwischen dürfte es allgemeine Meinung sein, dass ein Compliance-Management-System („CMS“) einzurichten ist („Ob“), hinsichtlich des „Wie“ jedoch ein weiter Handlungs- und Ermessensspielraum nach der BJR besteht.<sup>6</sup> Auch wenn Pflichten der Geschäftsleitung zulässig delegiert werden, verbleibt bei der Geschäftsleitung eine Überwachungs-

pflicht,<sup>7</sup> die die Einrichtung eines Kontroll- und Überwachungssystems erfordert.<sup>8</sup>

LkSG, FISG und StaRUG greifen nun in dieses Gefüge ein. Die Pflichten der Geschäftsleitung werden ausgeweitet und der nach bisheriger Auffassung bestehende Handlungs- und Ermessensspielraum der Geschäftsleitung wird eingeeignet. Die Bestimmung, welche Vorschriften der Legalitäts- oder Legalitätskontrollpflicht unterfallen, wird komplexer. Unternehmerische und rechtlich gebundene Entscheidungen werden zunehmend verwoben, wodurch die Bestimmung des Anwendungsbereichs der BJR umso kritischer wird. Im Einzelnen:

- **LkSG:** Wie bereits *Seibt/Vesper-Gräske* zutreffend angemerkt haben, hat der Gesetzgeber im LkSG detaillierte Vorgaben zum „Wie“ der Erfüllung der Legalitäts- bzw. Kontrollpflicht aufgestellt. Das LkSG gibt zudem das „Ob“ und das „Wann“ unter Verwendung zahlreicher unbestimmter und auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe vor.<sup>9</sup><sup>10</sup> Ausdrücklich schreibt das LkSG vor, dass Unternehmen ein „angemessenes und wirksames Risikomanagement“ einrichten müssen (§ 4 Abs. 1 LkSG). Das Merkmal „wirksam“ erfordert ein effektives System bezüglich der Erkennung, Minimierung und Beendigung von Verletzungen geschützter Rechtspositionen (§ 4 Abs. 2 LkSG). Die Vorgaben des LkSG müssen in den Governance-Systemen berücksichtigt und umgesetzt werden und dann nach allgemeinen Grundsätzen überwacht und ggf. nachjustiert werden.<sup>11</sup> Zudem muss sich die Geschäftsleitung mindestens jährlich über die Arbeit des neu einzusetzenden Menschenrechtsbeauftragten informieren (§ 4 Abs. 3 S. 2 LkSG) und die Grundsatzerklärung über die Menschenrechtsstrategie unmittelbar selbst abgeben (§ 6 Abs. 2 LkSG).
- **FISG:** Der durch das FISG neu eingeführte § 91 Abs. 3 AktG kodifiziert, dass der Vorstand börsennotierter Gesellschaften „ein im Hinblick auf den Umfang der Ge-

\* Die Autoren sind Rechtsanwälte bei Morrison & Foerster LLP in Berlin. Sie danken Frau Ioulia-Aikaterini Vouleli (europäische qualifizierte Rechtsanwältin) und Herrn ass. iur. Martin Scheuermann für die wertvolle Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

1 Eine Haftung kommt nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und BGH NJW 1997, 1926 (1927 f.) – ARAG/Garmenbeck erst in Betracht, wenn die Grenze, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes, unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten wurde.  
2 § 93 Abs. 1 S. 2 AktG; die Ausführungen geltend nach allgemeiner Meinung entsprechend für den GmbH-Geschäftsführer, s. Noack/Servatius/Haas/Beurskens, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 34 mwN.  
3 BT-Drs. 15/5092, S. 11 f.  
4 Grigoleit/Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 47; MHdB GesR/Hoffmann-Becking, IV, 5. Aufl. 2020, 5. Kap. § 25 Rn. 32; Hüffer/Koch/Koch, AktG, 15. Aufl. 2021, § 93 Rn. 6 c.  
5 Vgl. LG München I 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, Rn. 89 – Siemens/Neubürger; MüKoAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 86, 115; § 76 Rn. 15 ff.; Grigoleit/Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 4 f.

6 Vgl. LG München I 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, Rn. 89 – Siemens/Neubürger; zum Streitstand Hüffer/Koch/Koch, AktG, 15. Aufl. 2021, § 76 Rn. 13 ff. mwN; MüKoAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 115 mwN; Grigoleit/Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 45 f.; vgl. auch BeckOGK AktG/Fleischer, 1.2.2022, § 91 Rn. 62.

7 BeckOGK AktG/Fleischer, 1.2.2022, § 91 Rn. 83 mwN.

8 Vgl. BeckOGK AktG/Fleischer, 1.2.2022, § 93 Rn. 142, 144 mwN; Urban GWR 2013, 106 f.

9 *Seibt/Vesper-Gräske* CB 2021, 357 (362) verweisen zutreffend auf die Pflicht nach § 5 Abs. 4 S. 1 LkSG, die erforderliche Risikoanalyse einmal jährlich (und zudem anlassbezogen) durchzuführen, die Pflicht nach § 6 Abs. 3 Nr. 3, 4 LkSG Compliance- Schulungsmaßnahmen gegenüber Mitarbeitern, Geschäftspartnern sowie unmittelbaren Zulieferern als Vertragspartner iSv § 2 Abs. 7 LkSG durchzuführen und die Pflicht (unter Ausschluss eines risikobasierten Individualkonzepts) zur fortlaufenden, jährlichen Überprüfung der Wirksamkeit durchgeführter Compliance-Maßnahmen (§§ 6 Abs. 5, 7 Abs. 4, 8 Abs. 5 LkSG). Daneben sind die konkret zu ergreifenden Abhilfemaßnahmen nach §§ 7, 9 LkSG zu nennen.

10 Das LkSG und die Gesetzesbegründung verwenden allein den Begriff „angemessen“ 50 Mal.

11 Dazu statt vieler BeckOGK AktG/Fleischer, 1.2.2022, § 91 Rn. 75 mwN.

schäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessenes und wirksames internes Kontrollsystem („IKS“) und Risikomanagementsystem („RMS“) einzurichten“ hat.<sup>12</sup> Hierzu gehört wohl auch ein CMS.<sup>13</sup> Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung ergeben sich aus dem FISG hingegen keine konkreten Vorgaben. Es verbleibt bei dem weiten unternehmerischen Ermessenspielraum der BJR,<sup>14</sup> freilich unter der Maßgabe, dass die Governance-Systeme „angemessen und wirksam“ sein müssen. Wie beim LkSG ist ein effektives System erforderlich. Wann ein System in diesem Sinn effektiv ist, ist in höchstem Maße einzelfallabhängig und auslegungsbefähigt.

- **StaRUG:** Das StaRUG verschärft die Pflichten der Geschäftsleitung insbesondere mit Blick auf bestandsgefährdende Risiken. Nach § 1 StaRUG werden die Geschäftsleiter<sup>15</sup> als Teil der Legalitätspflicht verpflichtet, (1) zukünftig erstmals persönlich fortlaufend über Entwicklungen zu wachen, die den Bestand des Unternehmens gefährden können, (2) geeignete Gegenmaßnahmen zu ergreifen und (3) Bericht an die überwachenden Gesellschaftsorgane zu erstatten.<sup>16</sup>

## B. These 2: Unbeabsichtigte existenzgefährdende Haftungsrisiken für Geschäftsleiter

Durch die beschriebenen Änderungen entstehen für Geschäftsleiter zusätzliche ggf. existenzgefährdende Haftungsrisiken.

Angesichts der Gesetzessystematiken und -begründungen von LkSG und FISG liegt es nahe, dass diese Haftungsrisiken so nicht beabsichtigt waren. LkSG und FISG zielen eindeutig darauf ab, die Integrität in der Wirtschaft durch Beeinflussung des Handelns von Unternehmen zu erhöhen und Unternehmen zur Änderung der durch den Gesetzgeber identifizierten Missstände anzuhalten. Hierfür werden den Unternehmen strukturelle Vorgaben gemacht. Auch der Entwurf des Verbandssanktionengesetzes sah keine Haftung von Geschäftsleitern vor. Aufgrund der bestehenden Haftungsregelungen drohen jedoch schon bei bloß fahrlässigen Pflichtverletzungen massive Schadensersatzansprüche.

Abgesehen von den vorstehenden Überlegungen, steigt das Haftungsrisiko noch aus einem anderen Grund. Denn durch LkSG, FISG und StaRUG rücken die Probleme risikoe erhöhend näher an die Geschäftsleitung heran, da sie die Geschäftsleitung (noch) stärker persönlich insbesondere hinsichtlich des Informationsmanagements (Berichtswege und -pflichten)<sup>17</sup> in die Pflicht nehmen. LkSG und StaRUG verpflichten die Geschäftsleitung, sich aktiv zu befassen und re-

gelmäßig zu informieren (§ 4 Abs. 3 S. 2, § 6 Abs. 2 LkSG) bzw. zu überwachen (§ 1 StaRUG). Dies gilt nach allgemeinen Regeln auch für die Governance-Systeme des FISG. Die Geschäftsleitung muss darauf vorbereitet sein, bei Kenntnis von oder einem konkretem Verdacht hinsichtlich Missständen einzuschreiten und aufzuklären, um eine Haftung zu vermeiden.<sup>18</sup> Es gilt einmal mehr das Prinzip „Aufklären, Abstellen, Ahnden“.<sup>19</sup>

Aber auch unterhalb der Verdachtsschwelle können sich interne und externe Störungssignale gerade wegen der verschärften Pflichten zum Informationsmanagement derart verdichten, dass sie spezifische proaktive Kontrollgebote und Organisationsmaßnahmen im Hinblick auf Legalitätsrisiken auslösen.<sup>20</sup> Die Geschäftsleitung muss im Lichte der erkennbaren Risikosignale insbesondere (1) für eine hinreichende und fortlaufende Risikoanalyse sorgen und (2) zielgerichtete und effektive Maßnahmen zur Risikokontrolle ergreifen.<sup>21</sup>

Insbesondere das LkSG stellt Unternehmen und deren Geschäftsleitung vor große Herausforderungen, wenn man berücksichtigt, welchen Umfang und welche Tiefe weit verzweigte globale Lieferketten oftmals haben und welche Schwierigkeiten bei der Überprüfung der Situation vor Ort bestehen können. Gleichzeitig werden vielfach unbestimmte Rechtsbegriffe (die mitunter kombiniert werden) verwendet, die Unternehmen in eigener Verantwortung auslegen müssen. Dadurch bedingt entstehen Rechtsunsicherheit und neue Haftungsrisiken. Auch hinsichtlich FISG und StaRUG ergeben sich viele offene, haftungsrelevante Fragen.<sup>22</sup>

## C. These 3: D&O-Versicherungsmarkt verschärft die Lage

Die aktuelle Lage am D&O-Versicherungsmarkt verschärft die Lage für Unternehmen und Geschäftsleiter zusätzlich. Aufgrund verschiedener Entwicklungen sind Haftungsrisiken für Unternehmen und deren Geschäftsleitung nur gegen immer höhere Prämien oder in bestimmten Fällen nicht mehr versicherbar,<sup>23</sup> obgleich die Haftungsrisiken nicht nur wegen der beschriebenen Gesetze, sondern auch aus anderen rechtlichen und tatsächlichen Gründen stark gestiegen sind.

## D. These 4: Regulatorischer Druck wird weiter zunehmen

Sowohl die neue deutsche Regierung als auch die EU-Kommission haben angekündigt, die Compliance-Anforderungen an Unternehmen zu erhöhen und Unternehmen zur Erreichung politischer Ziele (etwa im Bereich Klimaschutz oder ESG) in die Pflicht zu nehmen. Nach einem Richtlini-entwurf der EU-Kommission für „corporate sustainabili-

12 S. dazu *Fischer/Schuck* NZG 2021, 534 (536) mwN unter Verweis auf Begr. RegE FISG, BT-Drs. 19/26966, S. 114 f.

13 Im Regierungsentwurf heißt es klarstellend, dass das interne Kontrollsystem unter anderem auch die „Sicherung der Einhaltung der maßgeblichen rechtlichen Vorschriften“ umfasst. Hieraus wird gefolgert, dass das interne Kontrollsystem auch die Compliance umfasst. S. dazu *Fischer/Schuck* NZG 2021, 534 (537); Stellungnahme IDW zum Referentenentwurf v. 6.11.2020, 22; Stellungnahme Regierungskommission DCGK zum Referentenentwurf, S. 1.

14 Vgl. Begr. RegE FISG, BT-Drs. 19/26966, S. 115.

15 Dies gilt für juristische Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit iSv § 15 a InsO.

16 *Schwintowski* NZG 2021, 901 (905).

17 Hierzu allgemein die BeckOGK AktG/*Fleischer*, 1.2.2022, § 93 Rn. 78 mwN und *Hölters/Hölters*, AktG, 3. Aufl. 2017, § 93 Rn. 53, 103 ff. mwN.

18 Allgemeine Ansicht, s. *Hölters/Hölters*, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2017, § 93 Rn. 81, 87; BeckOGK AktG/*Fleischer*, 1.2.2022, § 93 Rn. 140; MüKoAktG/*Spindler*, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 180.

19 *Grigoleit/Grigoleit*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 58 f. mwN.

20 *Grigoleit/Grigoleit*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 61 f. mwN; vgl. BeckOGK AktG/*Fleischer*, 1.2.2022, § 93 Rn. 142 mwN; vgl. auch BeckOGK AktG/*Fleischer*, 1.2.2022, § 91 Rn. 75: „Systemprüfungs- und Nachjustierungspflichten“.

21 *Grigoleit/Grigoleit*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 62.

22 Vgl. für das StaRUG *Schwintowski* NZG 2021, 901 (905 ff.).

23 S. etwa *Börsen-Zeitung* v. 16.6.2021, „Haftungsschutz für Manager im Dax wird deutlich teurer“, abrufbar unter <https://www.boersenzeitung.de/haftungsschutz-fuer-manager-im-dax-wird-deutlich-teurer-a768ea32-ce85-11eb-a42e-b4f50d0e27bd>.

ty due diligence“ sollen in allen EU Mitgliedstaaten neue, über das LkSG hinausgehende Lieferkettensorgfaltspflichten und klimabezogene Pflichten von Unternehmen eingeführt werden.<sup>24</sup> Nach dem Richtlinien-Entwurf soll die Geschäftsleitung die Erfüllung der Pflichten eng überwachen und bei unternehmerischen Entscheidungen neben den Interessen des Unternehmens auch die Folgen der Entscheidungen für Menschenrechte, Klimawandel und Umwelt berücksichtigen.<sup>25</sup>

## E. These 5: Zeit für eine gesetzlich verankerte Legal Judgment Rule?

Die rechtspolitische Frage einer Legal Judgment Rule wird durch diese Entwicklungen immer drängender. Große Teile der Literatur fordern die Einführung seit langem oder wollen sie über entsprechende Anwendung der BJR erreichen.<sup>26</sup> Der BGH möchte jedoch eine Enthaftung erst auf Ebene des Verschuldens bei Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtum zulassen.<sup>27</sup> Auch der 70. Deutsche Juristentag hatte sich 2014 gegen die Einführung einer Legal Judgment Rule ausgesprochen.<sup>28</sup>

Angesichts der massiven Verschärfung regulatorischer Anforderungen und Haftungsrisiken ist zu konstatieren, dass

24 S. dazu den am 23.2.2022 veröffentlichten Richtlinien-Entwurf „Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence, COM (2022) 71 final, 2022/0051 (COD)“.

25 S. dazu Art. 25 f. des Richtlinien-Entwurfs. Ferner sollen nach Art. 15 Abs. 3 des Richtlinien-Entwurfs bei der variablen Vergütung Anreize für Maßnahmen zur Eindämmung des Klimawandels vorgesehen werden.

26 Nachweise bei *Bachmann* WM 2015, 105 (108 f.).

27 BGH 28.4.2015 – II ZR 63/14; BGH 20.9.2011 – II ZR 234/09.

sich der grundlegende Rechtsrahmen der BJR geändert haben dürfte und ein Bedürfnis für eine entsprechende gesetzliche Regelung besteht. Dies gilt insbesondere, aber nicht nur, wenn Rechtspflichten an unbestimmte Rechtsbegriffe geknüpft sind. Es wäre zu begrüßen, wenn Gesetzesvorhaben der neuen Regierung dies nicht nur bei der Überarbeitung des Compliance-Rahmens für Unternehmen,<sup>29</sup> aber auch im Gesellschaftsrecht selbst, berücksichtigen würden. Gerichte könnten (nur) unbillige Härten abmildern.<sup>30</sup> Einstweilen sind Geschäftsleiter zur Risikominimierung gut beraten, die gesetzlichen Vorgaben genau umzusetzen und der Effektivität der Compliance-, Governance- und Risikomanagement-Systeme hohe Bedeutung beizumessen.

### KONTAKT:

Patrick Späth, LL. M.  
Morrison & Foerster LLP  
Potsdamer Platz 1  
10785 Berlin  
Tel.: 030/72622 1353  
pspaeth@mofo.com

Dr. Felix Werner  
Morrison & Foerster LLP  
Potsdamer Platz 1  
10785 Berlin  
Tel.: 030/72622 1353  
fwerner@mofo.com

28 Dazu *Bachmann* WM 2015, 105 (108 f.).

29 Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt wagen“, S. 111.

30 S. *Freund* NZG 2021, 584 f.