

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

Risikomanagement-Schriftenreihe der RMA

Band 2

Management- entscheidungen unter Risiko

Haftung – Recht – Business Judgement Rule

Herausgegeben von der

Risk Management Association e.V. (RMA)

Erarbeitet von

Prof. Dr. Werner Gleißner, Ralf Kimpel, Matthias Kühne,
Frank Lienhard, Anne Nickert und Cornelius Nickert

ERICH SCHMIDT VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

**Weitere Informationen
zu diesem Titel finden Sie im Internet unter**

ESV.info/978-3-503-17131-6

Gedrucktes Werk: ISBN 978-3-503-17131-6

eBook: ISBN 978-3-503-17132-3

ISSN 2365-2233

Alle Rechte vorbehalten

© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2019
www.ESV.info

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen
der Deutschen Nationalbibliothek und der Gesellschaft für das Buch
bezüglich der Alterungsbeständigkeit und entspricht
sowohl den strengen Bestimmungen der US Norm Ansi/Niso
Z 39.48-1992 als auch der ISO-Norm 9706.

Satz: L101, Fürstenwalde
Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Geleitwort des Vorstands des Risk Management Association e. V.

Nachdem wir in 2015 den ersten Band der Risikomanagement-Schriftenreihe im Erich Schmidt Verlag als Praxisleitfaden zum Aufbau oder Betreiben eines wirksamen Risikomanagement-Systems in mittelständischen Unternehmen mit Erfolg veröffentlicht haben, halten Sie nun Band 2 in Ihren Händen.

Auch mit diesem Werk wenden wir uns vor allem an die Praktiker im Risikomanagement. Allerdings geht es hier nicht „nur“ um die zentralen Risikomanager, sondern in erster Linie um die Entscheidungsträger im Unternehmen, also Vorstände, Geschäftsführer, Führungskräfte mit Budgetverantwortung, kurz das „Management“. Dieses steht immer wieder vor der Herausforderung, Entscheidungen unter Unsicherheit bzw. Risiko mit unterschiedlicher Tragweite zu treffen.

Wir wollen dem Management die rechtlichen Rahmenbedingungen bei der Entscheidungsfindung unter Risiko aufzeigen und den Zusammenhang zum betriebswirtschaftlichen Instrumentarium der Entscheidungsfindung sowie zum Risikomanagement herstellen.

Die Idee entstand im Zusammenhang mit einem Vortrag von RA/StB Cornelius Nickert im Rahmen unseres Risk Management Congress, in dem er einen Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen gab, innerhalb derer sich Risikomanager und Entscheider in der Praxis bewegen.

Unser Beiratsmitglied Prof. Dr. Werner Gleißner konnte schnell für eine Mitarbeit gewonnen werden, sodass ein Werk entstand, das in einzigartiger Weise nicht nur einen komprimierten aber vollständigen Überblick über die aktuellen gesellschafts-, arbeits- und strafrechtlichen Rahmenbedingungen gibt, sondern auch eine Synthese betriebswirtschaftlicher und rechtlicher Aspekte zu Anforderungen an unternehmerische Entscheidungen bietet.

Nicht zuletzt aufgrund der vielfältigen Praxisbeispiele und -hinweise ist wieder ein Werk entstanden, das unserem Anspruch an Praxisrelevanz gerecht wird und sowohl dem zentralen Risikomanager als auch den vielen Entscheidern in Unternehmen eine wertvolle Hilfe in ihrem Tagesgeschäft bieten kann.

Wir danken dem Autorenteam der Kanzlei Nickert und insbesondere Herrn Prof. Dr. Werner Gleißner für ihren ehrenamtlichen Einsatz zur Herstellung dieses Bandes,

die jederzeit gute Zusammenarbeit sowie den intensiven fachlichen Austausch im Redaktionsteam.

Über diese Publikation hinaus bietet die RMA als die unabhängige Interessenvertretung von Risikomanagern außerhalb der Finanzindustrie in Deutschland, Österreich und der Schweiz mit weiteren Publikationen, Arbeitskreisen und Konferenzen vielfältige Möglichkeiten der Weiterbildung, des Austausches und der Vernetzung im Bereich des Risikomanagements.

München, Juli 2019

*Ralf Kimpel
Im Namen des Vorstands
des Risk Management Association e. V.*

Vorwort

Das Ihnen vorliegende Buch „Managemententscheidungen unter Risiko“ will mit seinem interdisziplinären Ansatz die wesentlichen rechtlichen und ökonomischen Anforderungen zu diesem Themenfeld zusammenfassen und konkrete Ansatzpunkte für eine bessere Fundierung von Entscheidungen aufzeigen.

Vor dem Hintergrund der Anforderungen aus § 93 AktG – Business Judgement Rule – wird dabei im Besonderen betrachtet, wie bei der Entscheidungsvorbereitung gewährleistet werden kann, dass die vom Gesetzgeber geforderten „angemessenen Informationen“ tatsächlich vorliegen. Klar ist, dass bei unternehmerischen Entscheidungen bei einer nicht sicher vorhersehbaren Zukunft zu den notwendigen Informationen insbesondere solche über die mit der Entscheidung verbundenen Chancen und Gefahren (Risiken) gehören. Das Buch richtet sich entsprechend an Vorstände und Geschäftsführer, die unternehmerische Entscheidungen treffen, aber auch an andere Manager, die Entscheidungen treffen oder in die Entscheidungsvorbereitung involviert sind (z. B. durch ihre Tätigkeit in Controlling oder Risikomanagement).

Nach einem einführenden ersten Kapitel zu den zentralen betriebswirtschaftlichen Aspekten unternehmerischer Entscheidungen und deren Vorbereitung werden entsprechend des ganzheitlichen Anspruchs dieses Buches in den folgenden drei Kapiteln gesellschaftsrechtliche, strafrechtliche und arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen und Anforderungen erläutert. Kapitel 5 bietet eine Synthese betriebswirtschaftlicher und rechtlicher Aspekte und zeigt praxisorientiert (mit Beispielen und auch Checklisten), wie in einem Unternehmen ein adäquates System für „Managemententscheidungen unter Risiko“ etabliert werden kann. Auch hier ist ein Schwerpunkt die Entscheidungsvorbereitung und die Anforderung an die Entscheidungsvorlagen (bzw. insbesondere an die in diesen enthaltenen Informationen). Eingegangen wird hier entsprechend auf die „Qualitätssicherung von Entscheidungsvorlagen“ und die wesentlichen Bausteine von Systemen zur „Entscheidungsvorbereitung für das Top-Management“, die oft schon etablierte Bausteine aus Controlling und Risikomanagement verknüpfen und weiterentwickeln. Da die Praxis der Unternehmen zeigt, dass insbesondere noch Defizite bei den entscheidungsvorbereitenden Risikoanalysen bestehen, befasst sich das anschließende 6. Kapitel genau mit Methoden für eine solche Risikoanalyse und damit die Einbeziehung des Risikomanagements (und skizziert so ein modernes „entscheidungsorientiertes Risikomanagement“ als Teil einer entscheidungsorientierten Unternehmenssteuerung).

Kapitel 7 fasst die wesentlichen Aspekte des Buches abschließend knapp zusammen.

Leinfelden-Echterdingen, im Juli 2019

Werner Gleißner

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort des Vorstands des Risk Management Association e. V.	5
Vorwort	7
Autorenverzeichnis	13
Abbildungs- und Tabellenverzeichnis	14
Abkürzungsverzeichnis	15
1. Einführung: Betriebswirtschaftliche Aspekte der Entscheidungs- vorbereitung von Managemententscheidungen: Risiko, Rating und Bewertung	17
1.1 Einleitung	17
1.2 Entscheidungssituationen	18
1.3 Erwartungstreue Planwerte, Zielwerte und abgeleitete Entscheidungen des Managements	22
1.4 Risikoanalyse, Planungssicherheit, aggregierte Risiken und risikogerechte Finanzierungsstruktur	25
1.5 Abwägen von Ertrag und Risiko: risikogerechte Bewertung	26
1.6 Gläubigersicht: Ratingprognosen, Krisenprävention und „bestands- gefährdende Entwicklungen“	27
1.7 Managemententscheidungen aus Perspektive der Betriebswirtschaft	29
1.8 Betriebswirtschaftliche Entscheidungen und rechtlicher Rahmen	31
1.9 Abgrenzung Entscheidungen von Vorstand und Geschäftsführer und sonstiger Managemententscheidungen	34
1.9.1 Einleitung	34
1.9.2 Vorstände und Geschäftsführer	36
1.9.3 Leitende Angestellte	37
1.9.4 Entscheidungsvorbereitung und Entscheidung	37
2. Gesellschaftsrechtlicher Rahmen	39
2.1 Grundlagen und Gesetze	39
2.2 Handlungspflichten, Verantwortlichkeiten und Entscheidungen	43
2.3 Voraussetzungen für unternehmerische Entscheidungen nach der BJR	51
2.3.1 Angemessene Informationsbeschaffung	51
2.3.2 Sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen	51
2.3.3 Angemessene Information	53
2.3.4 Ausmaß der notwendigen Information	55
2.3.5 Beurteilung der Angemessenheit	57
2.3.6 Wohl der Gesellschaft	61

2.3.7	Interessenkollision	63
2.3.8	Guter Glaube	64
2.4	Praxisbeispiele zu unternehmerischen Entscheidungen	65
2.4.1	Einführung	65
2.4.2	Strategische Entscheidungen	65
2.4.3	Standortentscheidungen	67
2.4.4	Unternehmensakquisitionen und -übernahmen, Verschmelzung	68
2.4.5	Sachinvestitionsentscheidung und Einkauf	70
2.4.6	Entscheidungen zur Unternehmensorganisation	72
2.4.7	Vermögensanlage in Wertpapiere oder sonstige Vermögens- gegenständen	73
2.4.8	Spekulationsgeschäfte	73
2.4.9	Unternehmensspenden	74
2.4.10	Entscheidung über Kreditvergabe und Sicherheiten	75
2.4.11	Gesetzeskonformes Verhalten	75
2.4.12	Insolvenzantrag	76
2.5	Organisationspflichten, Planungs- und Überwachungsaufgaben	76
2.5.1	Einführung	76
2.5.2	Haftung wegen Verletzung von Organisations- und Überwachungs- pflichten	79
2.5.3	Pflichten bei Delegation bzw. Übertragung	80
2.5.4	Sachgerechte Organisation	81
2.5.5	Überwachungspflicht	82
2.5.6	Unternehmenswohl und Interessenkollision im Konzern	85
2.5.7	Grenzen der Compliance und Überwachung	86
2.6	Besonderheiten bei unternehmerischen Entscheidungen in der GmbH und bei Personen(handels)gesellschaften gegenüber der AG	87
2.6.1	Unternehmerischer Entscheidungsspielraum der Leitungsorgane	87
2.6.2	Übertragbarkeit der Pflichten zur Risikofrüherkennung auf GmbH und Personengesellschaften	91
2.6.3	Gesellschaftsrechtlich zulässige Risikomenge bei unternehmerischen Entscheidungen	93
2.7	Gestalterischer Ansatz aus gesellschaftsrechtlicher Sicht	98
2.8	Handlungsempfehlungen unter juristischen Gesichtspunkten	99
2.8.1	Dokumentation und Archivierung	99
2.8.2	Dokumentiertes Entscheidungsvorbereitungssystem	99
2.8.3	Rechtliche Beratung	100
2.8.4	Beschlussfassung	100
2.8.5	Risikoregelung	101
2.9	Zwischenfazit zum gesellschaftsrechtlichen Rahmen	101
3.	Strafrechtlicher Rahmen	103
3.1	Vorüberlegungen	103
3.2	Tun oder Unterlassen	104
3.3	Tatbestand der Untreue	105

3.3.1	Gesetzestext, Bedeutung	105
3.3.2	Tatbestandsalternativen	105
3.3.3	Verhältnis zum Zivilrecht	107
3.3.4	Vermögensschützenscharakter der verletzten Norm	108
3.3.5	Strafrechtlich relevante Pflichtverletzung	108
3.3.6	Entscheidungen ohne Ermessensspielraum	113
3.3.7	Nachteil und Vermögensgefährdung	114
3.3.8	Einverständnis des Geschäftsherrn	116
3.3.9	Zustimmung zu Risikogeschäften	117
3.3.10	Zustimmung von Gesellschaftsorganen – Grenzen der Zustimmungsfähigkeit	118
3.3.11	Vorsatz und Irrtum	119
3.4	Strafrechtliches Fazit	122
4.	Arbeitsrechtlicher Rahmen	125
4.1	Grundsätzliche Überlegungen	125
4.2	Haftung aus dem Anstellungsverhältnis	126
4.2.1	Geschäftsführer/Vorstand	126
4.2.2	Leitende Angestellte	126
4.2.3	Arbeitnehmer	127
4.3	Grundlagen der Arbeitnehmerhaftung	127
4.4	Pflichten des Arbeitnehmers	128
4.5	Verletzung der Pflichten	130
4.6	Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleiches	131
4.7	Haftungsbeschränkungen im Außenverhältnis	132
4.8	Darlegungs- und Beweislast	132
4.9	Schaden	133
4.10	Haftung bei arbeitsteiligem Handeln	134
4.10.1	Pflichten	134
4.10.2	Anforderungen an Delegation	135
4.10.3	Grenzen der Delegation	136
4.11	Abgrenzung zur gesellschaftsrechtlichen Haftung	136
4.12	Abgrenzung zur deliktischen Haftung	140
4.13	Versicherbarkeit von Risiken	140
4.14	Arbeitsrechtliches Fazit	141
5.	Synthese betriebswirtschaftlicher und rechtlicher Anforderungen an unternehmerische Entscheidungen	143
5.1	Einführung	143
5.2	KonTraG, BJR und § 93 AktG: Betriebswirtschaftliche Perspektive und Relevanz	144
5.2.1	Überblick zur Rechtslage	144
5.2.2	Grundlagen und rechtliche Anforderungen an den Entscheidungs- prozess	146
5.2.3	Entscheidungen in der Betriebswirtschaftslehre: Grundlagen	149
5.2.4	Praxisbewährte Regeln der Entscheidungsvorbereitung: ein Überblick	151

5.3	Praxisbeispiel: Dokumentation des Entscheidungsprozesses mit ProACT	157
5.4	Planung und Prognose als Entscheidungsgrundlage	159
5.4.1	Planung	159
5.4.2	Prognose	160
5.4.3	Grundsätze ordnungsgemäßer Planung	166
5.5	Entscheidung unter Risiko und die Risikoanalyse	169
5.5.1	Risiko, Risikobereitschaft und unternehmerische Entscheidungen	169
5.5.2	Risikoanalyse, Risikoaggregation und Risikomaße	172
5.5.3	Risikotragfähigkeit, Risikotoleranz und Risikoappetit	175
5.6	Risikogerechte Bewertung und Abwägen von Ertrag und Risiko bei der Entscheidungsvorbereitung	176
5.7	Entscheidungsvorlagen zur Erfüllung der Anforderungen aus der BJR	178
5.8	Kosten der Informationsbeschaffung	185
5.9	Fallbeispiele zu Entscheidungssituationen	187
5.9.1	Fallbeispiel A: Die Entscheidung des Vorstands für eine Investition . . .	187
5.9.2	Fallbeispiel B: Vorlage des Vorstands für eine M&A-Entscheidung	190
6.	Risikomanagement und Managemententscheidungen	193
6.1	Gesetzliche Rahmenbedingungen und Aufgaben des Risikomanagements . . .	193
6.2	Risikoidentifikation	196
6.3	Risikoquantifizierung	198
6.4	Risikoaggregation	199
6.5	Risikobewältigung und Risikokosten	200
6.6	Organisation von Risikomanagementsystemen und Risikoüberwachung	201
6.7	Risikomanagement bei der Entscheidungsvorbereitung und Bewertung von Strategien und Projekten	201
6.7.1	Methode der risikogerechten Bewertung	201
6.7.2	Fallbeispiel: Risikogerechte Bewertung eines Investitionsprojekts	203
6.7.3	Prozess des entscheidungsorientierten Risikomanagements	205
6.8	Prüfung eines Risikomanagementsystems	206
6.8.1	Prüfungsstandards für das Risikomanagement und Anforderungen . .	206
6.8.2	Drei Prüfungsstrategien	207
6.8.3	Ein Reifegradmodell für die risikoorientierte Unternehmensführung – mit Prüffragen	207
7.	D&O-Versicherung ein wirksamer Schutz?	213
7.1	Grundlagen	213
7.2	Bedeutung der D&O-Versicherung	215
7.3	Fazit	218
8.	Abschließende Wertung und Fazit	219
	Anhänge (1 bis 4)	223
	Literaturverzeichnis	231
	Stichwortverzeichnis	249