

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 117

Die Anwendung der Business Judgment Rule auf den GmbH-Geschäftsführer

Von

Carl-Tessen Taube



Duncker & Humblot · Berlin

CARL-TESSSEN TAUBE

Die Anwendung der Business Judgment Rule
auf den GmbH-Geschäftsführer

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 117

Die Anwendung der Business Judgment Rule auf den GmbH-Geschäftsführer

Von

Carl-Tessen Taube



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster hat diese Arbeit
im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

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.

D6

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-15408-1 (Print)
ISBN 978-3-428-55408-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85408-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Arbeit hat der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Wintersemester 2016/2017 als Dissertation vorgelegen und befindet sich hinsichtlich Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur auf dem Stand von Dezember 2016.

An erster Stelle danke ich ganz besonders herzlich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Johann Kindl, der meine Arbeit während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht Abt. II ganz hervorragend unterstützt hat und mir stets mit wertvollen Hinweisen zur Seite stand. Für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Ingo Saenger. Allen Herausgebern danke ich für die Aufnahme der vorliegenden Arbeit in ihre Schriftenreihe.

Dank gilt auch dem gesamten Lehrstuhl-Team am Institut von Herrn Prof. Dr. Johann Kindl. Die tolle Arbeitsatmosphäre in persönlicher und fachlicher Hinsicht hat diese Arbeit nicht unwesentlich gefördert und zu einer sehr schönen Doktorandenzeit in Münster, dieser wunderbaren Stadt, beigetragen.

Mein größter Dank aber gilt meinen Eltern, die mir stets ein sicherer Rückhalt sind. Erst durch ihre Unterstützung auf all meinen bisherigen Wegen konnte ich meine Ziele erreichen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Januar 2018

Carl-Tessen Taube

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	23
A. Hintergrund und Zielsetzung der Arbeit	23
B. Gegenstand und Gang der Untersuchung	27
<i>1. Teil</i>	
Grundlagen zur Business Judgment Rule	
§ 2 Historische Entwicklung des unternehmerischen Ermessens	30
A. Entwicklung bis zur ARAG/Garmenbeck-Entscheidung	30
B. ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH	32
C. Kodifizierung der BJR	32
D. BGH Rechtsprechung nach dem UMAG	33
E. Zwischenergebnis	34
§ 3 Stellung des unternehmerischen Ermessens im deutschen Gesellschaftsrecht	35
A. Kapitalgesellschaften	35
B. Personengesellschaften	36
§ 4 Die BJR im deutschen Aktienrecht	37
A. Sachliche Begründung der Anwendung im Aktienrecht	37
B. Anwendungsbereich der BJR im Aktienrecht	41
C. Beweislastverteilung	96
D. Rechtsnatur der BJR	105
E. Rechtstatsächliche Bedeutung der BJR	106

2. Teil

Übertragbarkeit der BJR auf die GmbH	114
§ 5 Kontrastpunkte der GmbH zur AG	114
A. Eigenständige Leitungsbefugnisse von Vorstand und Geschäftsführer	114
B. Dispositionsbefugnisse von GmbH-Gesellschaftern und AG-Aktionären	119
C. Die Finanzierungsstruktur der Gesellschaften	120
D. Zwischenergebnis	124
§ 6 Haftungsvoraussetzungen in der GmbH und der Vergleich zur AG	124
A. Tatbestand der Geschäftsleiterhaftung aus § 43 II GmbHG und § 93 II 1 AktG	125
B. Anspruchsdurchsetzung	161
C. Enthftungsmöglichkeiten	163
D. Zwischenergebnis	173
§ 7 Das Unternehmensinteresse – am Unternehmenswohl beteiligte Parteien	174
A. Abstrakte gesetzliche Regelung der Stakeholder-Interessen	175
B. Spezielle gesetzliche Regelung der Stakeholder-Interessen	175
C. Shareholder-Interessen als Verhaltensziel	186

3. Teil

Die eigenständige Anwendung der BJR im GmbH-Recht	198
§ 8 Sachliche Grundlage der BJR im GmbH-Recht	198
A. Risikodiversifikation der Anteilseigner	199
B. Ökonomische Vorteilhaftigkeit von Ermessensfreiräumen	202
C. Entscheidungen unter Unsicherheit	205
D. Hindsight Bias	208
E. Weitere Argumente	208

F. Ergebnis 215

§ 9 Dogmatische Grundlage der BJR im deutschen Recht 216

 A. Grundlage des Geschäftsleiterermessens in der GmbH 216

 B. Grundlage der BJR im GmbH-Recht 218

§ 10 Die Tatbestandsmerkmale der BJR und ihre GmbH-spezifischen Besonderheiten .. 226

 A. Unternehmerische Entscheidung 226

 B. Zum Wohle der Gesellschaft 264

 C. Ohne Interessenkonflikte 271

 D. Angemessene Informationsgrundlage 291

 E. Im guten Glauben 303

§ 11 Beweislastverteilung 304

 A. Treupflichtgerechtes Handeln und Interessenkonflikte 305

 B. Legalitätspflicht 307

 C. Ergebnis 308

4. Teil

Schlussbetrachtungen 309

§ 12 Praxisempfehlungen 309

 A. Einführung und Erweiterung des Anwendungsbereichs der BJR 309

 B. Ausschluss und Einschränkung der BJR 311

 C. Empfehlungen für den Geschäftsführer 312

§ 13 Ergebnisse und Ausblick 313

Literaturverzeichnis 316

Sachwortregister 337

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	23
A. Hintergrund und Zielsetzung der Arbeit	23
B. Gegenstand und Gang der Untersuchung	27

1. Teil

Grundlagen zur Business Judgment Rule	30
§ 2 Historische Entwicklung des unternehmerischen Ermessens	30
A. Entwicklung bis zur ARAG/Garmenbeck-Entscheidung	30
B. ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH	32
C. Kodifizierung der BJR	32
D. BGH Rechtsprechung nach dem UMAG	33
E. Zwischenergebnis	34
§ 3 Stellung des unternehmerischen Ermessens im deutschen Gesellschaftsrecht	35
A. Kapitalgesellschaften	35
B. Personengesellschaften	36
§ 4 Die BJR im deutschen Aktienrecht	37
A. Sachliche Begründung der Anwendung im Aktienrecht	37
I. Ermutigung zu risikoreichen Entscheidungen	38
II. Entscheidungen unter Unsicherheit	38
III. Gefahr von Rückschaufehlern	39
IV. Unverhältnismäßige Haftungsrisiken und weitere Argumente	40
V. Zwischenergebnis	40
B. Anwendungsbereich der BJR im Aktienrecht	41
I. Unternehmerische Entscheidung	41
1. Entscheidung	43
2. Abgrenzung zur Legalitätspflicht	43
a) Legalitätspflicht als Ausschluss unternehmerischen Ermessens	43
aa) Nützliche Gesetzesverstöße	44
bb) Rechtsirrtum bei klarer Rechtslage	44
b) Unklare Rechtslage	45
aa) BJR vollumfänglich anwendbar	46

bb) Legal Judgment Rule	46
cc) Unternehmerisches Ermessen eigener Art	46
dd) Rechtsirrtum auf Verschuldensebene	47
ee) Stellungnahme	48
(1) Dogmatische Grundlage	48
(2) Gerichtliche Kontrollintensität	49
(3) Zwischenergebnis	51
c) Beurteilungsspielräume im Rahmen gebundener Entscheidungen	51
d) Bewusstes Abweichen von aktueller Rechts- oder Verwaltungspraxis	52
e) Unternehmerische Entscheidung bei rechtmäßigen Entscheidungsal-	
ternativen	53
3. Abgrenzung zur Treuepflicht	53
a) Keine unternehmerische Entscheidung im Bereich der Treuepflichten	53
b) Prüfungsstandpunkt	54
aa) Handeln zum Wohle der Gesellschaft	55
bb) Handeln ohne Interessenkonflikte	55
c) Zwischenergebnis	56
4. Zwischenergebnis und Definition zur unternehmerischen Entscheidung	57
II. Zum Wohle der Gesellschaft	58
1. Inhalt des Gesellschaftswohls	58
2. Ermessensfreiraum bei der Bestimmung des Gesellschaftswohls	61
3. Ermessensfreiraum bezüglich der Gesellschaftswohltätigkeit	62
a) Abgrenzung zu den Treuepflichten	63
b) Einzelfälle	64
aa) Unverantwortliche Risiken und die Grenze der Existenzbedrohung	64
bb) Offensichtlich fehlender Unternehmensbezug	65
4. Zwischenergebnis	65
III. Ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse	66
1. Abstrakte Kriterien zur Feststellung eines Interessenkonflikts	67
a) Konflikt mit dem Unternehmensinteresse	68
b) Relevante Interessenträger	68
c) Näheverhältnis	69
d) Beherrschungsverhältnis	72
e) Die Interessenträger-spezifisch erforderliche Intensität	72
2. Rechtsfolgen	75
a) Offenlegung	76
b) Gremienentscheidungen	76
c) Unternehmerisches Ermessen eigener Art	78
aa) Vergleich zu konkreten Entscheidungsalternativen	79
bb) Drittvergleich ohne konkrete Entscheidungsalternative	80

3. Zwischenergebnis	80
IV. Angemessene Information	81
1. Verfahrenskontrolle	82
a) Verfahren zur Informationsgewinnung	82
aa) Formelle Verfahrensvorgaben	82
(1) Unternehmenskäufe und -Fusionen	83
(2) Kreditvergabe	84
(3) Zwischenergebnis	85
bb) Materielle Verfahrensmaßstäbe	86
cc) Zwischenergebnis zu den Informationsgewinnungsverfahren	88
b) Kontrolle der Informationsgrundlage	88
aa) Rein objektiver Maßstab	88
bb) Rein subjektiver Maßstab	89
cc) Gemischt objektiv subjektiver Maßstab	91
(1) Der äußere Rahmen der objektiven Anforderungen	91
(2) Die inhaltliche Bestimmung der objektiven Anforderungen ..	93
2. Kollektiventscheidungen	94
3. Zwischenergebnis	95
V. Guter Glaube	96
C. Beweislastverteilung	96
I. Ausgangslage	97
II. Beweislast bei der BJR	100
III. Bewertung der Auswirkungen der Beweislast auf die BJR	104
D. Rechtsnatur der BJR	105
E. Rechtstatsächliche Bedeutung der BJR	106
I. Haftungsmaßstab innerhalb und außerhalb des Anwendungsbereichs der BJR	107
1. Unternehmerisches Ermessen	108
2. Materiellrechtliche Standards gerichtlicher Kontrolle	110
a) Handeln zum Wohle der Gesellschaft	111
b) Angemessene Informationsgrundlage	111
c) Unternehmerisches Ermessen außerhalb der BJR	111
II. Beweislast	112
III. Zwischenergebnis	112

2. Teil

Übertragbarkeit der BJR auf die GmbH	114
§ 5 Kontrastpunkte der GmbH zur AG	114
A. Eigenständige Leitungsbefugnisse von Vorstand und Geschäftsführer	114
I. Leitungsfreiheit des Vorstands	115
II. Gesellschafterbindung der Geschäftsführer	116
B. Dispositionsbefugnisse von GmbH-Gesellschaftern und AG-Aktionären	119
C. Die Finanzierungsstruktur der Gesellschaften	120
I. Gesetzlich implizierte Grundstruktur	121
II. Personalistisch ausgestaltete AG	122
III. Kapitalistisch ausgestaltete GmbH	123
D. Zwischenergebnis	124
§ 6 Haftungs Voraussetzungen in der GmbH und der Vergleich zur AG	124
A. Tatbestand der Geschäftsleiterhaftung aus § 43 II GmbHG und § 93 II 1 AktG	125
I. Grundlagen der Geschäftsführerhaftung	125
II. Geschäftsleiterposition	126
III. Pflichtverletzung	126
1. Treuepflichten	127
a) Das Wohl der Gesellschaft – die organschaftlichen Treuepflichten	128
aa) Ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse	129
(1) Regelung von Interessenkonflikten	129
(2) Ursachen abweichender Regelungintensität	130
(3) Offenlegungspflicht	131
bb) Wettbewerbsverbot	131
cc) Geschäftschancenlehre	132
dd) Kreditgewährung an Geschäftsleiter	134
ee) Management Buy-Out	134
ff) Verschwiegenheitspflicht	135
b) Treuepflichten der Gesellschafter untereinander	137
c) Überwachung der Einhaltung von Treuepflichten	139
d) Zwischenergebnis	139
2. Sorgfaltspflichten	140
a) Gesetzlich nicht konkretisierte Sorgfaltspflichten	142
aa) Soft Law und andere Einflüsse auf den Sorgfaltsmaßstab	142
bb) Die rechtspraktische Verwendung der Unternehmensformen	143

b) Gesetzlich konkretisierte Sorgfaltspflichten – insbesondere die Legalitätspflicht	144
aa) Interne Pflichtenquellen	145
(1) Gesellschaftszweck, Unternehmensgegenstand und Kompetenzordnung	145
(2) Organspezifische Einzelpflichten in AktG und GmbHG	146
bb) Externe Pflichtenquellen	148
c) Überwachungspflicht und Compliance	150
aa) Horizontale Überwachungspflichten	150
bb) Vertikale Überwachungspflichten	151
cc) Einrichtung eines Compliance Management Systems	152
d) Zwischenergebnis	156
IV. Verschulden	157
V. Kausalität	159
VI. Schaden	160
B. Anspruchsdurchsetzung	161
I. Anspruchsdurchsetzung durch Minderheitsgesellschafter und Aktionäre ..	161
II. Anspruchsdurchsetzung durch die Gläubiger	162
III. Zwischenergebnis	162
C. Enthaftungsmöglichkeiten	163
I. Haftungsbeschränkung in der AG	163
1. Vertragliche Haftungserleichterung	164
2. Hauptversammlungsbeschluss gemäß § 93 IV 1 AktG	164
3. Nachträglicher Verzicht oder Vergleich	165
4. Anwendung der Grundsätze zu betrieblich veranlasster Tätigkeit	165
5. Vertrauen auf fachkundigen Rat	166
6. D&O-Versicherungen	167
7. Zwischenergebnis	167
II. Haftungsbeschränkung in der GmbH	168
1. Vertragliche Haftungserleichterung	168
2. Handeln auf Beschluss der Gesellschafterversammlung	169
3. Nachträgliche Haftungsfreistellung	170
4. Grundsätze betrieblich veranlasster Tätigkeit	171
5. Vertrauen auf fachkundigen Rechtsrat	171
6. D&O-Versicherungen	171
III. Gegenüberstellung der Möglichkeiten zur Haftungsbeschränkung	172
D. Zwischenergebnis	173
§ 7 Das Unternehmensinteresse – am Unternehmenswohl beteiligte Parteien	174
A. Abstrakte gesetzliche Regelung der Stakeholder-Interessen	175

B. Spezielle gesetzliche Regelung der Stakeholder-Interessen	175
I. Gläubigerschützende Vorschriften	176
1. Auslegung nach Wortlaut und Systematik	177
2. Historische Auslegung	177
3. Auslegung nach Sinn und Zweck der Vorschrift	178
4. Zwischenergebnis	181
II. Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen (MitbestG)	182
III. Allgemeinheit (Sozialbindung des Eigentums aus Art. 14 II GG)	184
IV. Unternehmensinteresse im GmbH-Konzern	185
V. Zwischenergebnis	186
C. Shareholder-Interessen als Verhaltensziel	186
I. Konkretisierung des Unternehmensinteresses nach dem Shareholder-Ansatz	187
II. Einfluss des Gesellschafterwillens	188
1. Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand	188
2. Geäußerter Gesellschafterwille	190
3. Mutmaßlicher Gesellschafterwille	191
a) Vorlagepflicht	192
b) Haftungsbefreiende Wirkung des mutmaßlichen Willens	193
c) Zwischenergebnis	195
4. Zwischenergebnis	196

3. Teil

Die eigenständige Anwendung der BJR im GmbH-Recht 198

§ 8 Sachliche Grundlage der BJR im GmbH-Recht	198
A. Risikodiversifikation der Anteilseigner	199
I. Sonderfall der kapitalistisch strukturierten GmbH	200
II. Risikoaverse Stakeholder in der AG	200
III. Gesamtbetrachtung der Interessenlage	201
B. Ökonomische Vorteilhaftigkeit von Ermessensfreiräumen	202
I. Risikogeschäfte und unternehmerische Ermessensfreiräume	204
II. Bürokratiehindernisse für wirtschaftliche Opportunität	204
III. Ergebnis zu den ökonomischen Erwägungen	205
C. Entscheidungen unter Unsicherheit	205
D. Hindsight Bias	208
E. Weitere Argumente	208
I. Risiken der Weisungsgebundenheit	208
II. BJR als Ausgleich für quasi-Arbeitnehmerstellung	209
III. BJR als Äquivalent zum durch die Gesellschafter ausgesprochenen Vertrauen	210

IV. Die asymmetrische Verteilung von Ertragschancen und Verlustrisiken	212
V. BJR zur Vermeidung einer D&O-Regress-Spirale	213
VI. Intensive alternative Sanktionsmöglichkeiten anstelle einer Haftung	214
F. Ergebnis	215
§ 9 Dogmatische Grundlage der BJR im deutschen Recht	216
A. Grundlage des Geschäftsleiterermessens in der GmbH	216
B. Grundlage der BJR im GmbH-Recht	218
I. Eigenständiger Rechtsgrundsatz	219
II. Analoge Anwendung des § 93 I 2 AktG	220
III. Entsprechende Anwendung des § 93 I 2 AktG	221
IV. Begründungsmuster des BGH	222
1. BGH Urteil zur GmbH vom 18.06.2013	222
2. BGH Urteile zur AG aus 2013 und 2011	222
3. BGH Beschluss zur GmbH vom 14.07.2008	223
4. BGH Urteil zur GmbH vom 04.11.2002	223
5. ARAG/Garmenbeck-Entscheidung vom 21.04.1997	223
6. Zwischenergebnis	224
V. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung	224
VI. Ergebnis	225
§ 10 Die Tatbestandsmerkmale der BJR und ihre GmbH-spezifischen Besonderheiten	226
A. Unternehmerische Entscheidung	226
I. Definition der unternehmerischen Entscheidung	226
II. Abgrenzung zur Legalitätspflicht	227
1. Kompetenzordnung	228
a) Kompetenzen der Gesellschafter	228
aa) Unternehmensgegenstand und Unternehmenspolitik	230
bb) Außergewöhnliche Maßnahmen	231
cc) Der mutmaßliche Wille der Gesellschafter	232
dd) Zwischenergebnis	234
b) Gesellschafterweisung	234
aa) Anwendung der BJR trotz Weisung	234
bb) Anfechtbare Weisungen	235
cc) Nichtigte Weisungen	236
2. GmbH-spezifische Beschränkungen aus der Legalitätspflicht	237
3. Entbindung von der Legalitätspflicht durch Weisung	238
4. Zwischenergebnis zur Abgrenzung von BJR und Legalitätspflicht	241
III. Abgrenzung zur Treuepflicht	241
1. Treuepflichten aus der Geschäftsführerstellung gegenüber der Gesellschaft	242

2. Treuepflichten der Gesellschafter untereinander	243
a) Einfluss von Treuepflichten auf die Geschäftsführungstätigkeit	243
b) Mitgliedschaftliche Treuepflichten unabhängig von der konkreten Gesellschaftscharakterstellung	245
c) Mitgliedschaftliche Treuepflichten aus Einwirkungsmöglichkeit auf Mitgesellschafter	246
aa) Auswirkungen der Realstruktur der Gesellschaft	247
bb) Auswirkungen der Verteilung der Anteilsverhältnisse	248
(1) Treuepflichten bei der Ausübung von Minderheitsrechten	248
(a) Korrelation von Geschäftsführerstellung und Einberufungsrecht nach § 50 GmbHG	248
(b) Korrelation von Geschäftsführerstellung und Sperrminorität	249
(c) Entscheidungsgegenstände mit Kompetenzüberschneidungen	250
(d) Einwirkungsintensität bei Minderheitsgesellschaftern	250
(2) Treuepflichten bei der Ausübung von Mehrheitsrechten	251
cc) Gerichtliche Kontrollpflicht	253
(1) Überprüfungsmaßstab bezüglich des sorgfaltspflichtgerechten Verhaltens	253
(2) Überprüfungsmaßstab bezüglich des treuepflichtgerechten Verhaltens	254
(a) Treuepflichten aus Gesellschaftscharakterstellung gegenüber der Gesellschaft	254
(b) Treuepflichten aus Gesellschaftscharakterstellung gegenüber den Mitgesellschaftern	256
3. Zwischenergebnis zum Einfluss der Treuepflichten auf die BJR	261
IV. Ergebnis zu der GmbH-spezifischen unternehmerischen Entscheidung	263
B. Zum Wohle der Gesellschaft	264
I. Inhalt und Bestimmung des Wohls der Gesellschaft	264
II. Ermessen bezüglich der Gesellschaftswohlzutraglichkeit	266
1. Verhältnis zur Verpflichtung auf die Kompetenzordnung	266
2. Verbleibender Anwendungsbereich einer gerichtlichen Kontrolle	267
III. Ergebnis zum Handeln zum Wohle der Gesellschaft	270
C. Ohne Interessenkonflikte	271
I. Potentiell konfliktträchtige Interessen	272
1. Privatinteressen des Geschäftsführers	272
2. Gesellschafter-Geschäftsführer	273
3. Berücksichtigung von Stakeholder-Interessen	274
4. Drittanstellung und Freistellungsvereinbarungen	276
II. Einordnung von Interessenkonflikten in der GmbH	277

III. Rechtsfolgen eines Interessenkonflikts in der GmbH	279
1. Gremienentscheidungen	280
2. Legitimierung von Fremdinteressen durch die Gesellschafter	283
a) Allgemeine Befreiung von der Interessenbindung	284
b) Legitimierung des Interessenkonflikts in der konkreten Entscheidungssituation	288
c) Nachträgliche Legitimierung von Fremdinteressen	289
3. Unternehmerisches Ermessen eigener Art	290
IV. Ergebnis zum Handeln ohne Interessenkonflikte	290
D. Angemessene Informationsgrundlage	291
I. Kontrollmaßstab für die Entscheidungsgrundlage	292
1. BGH Beschluss vom 14.07.2008	293
2. BGH Urteil vom 18.06.2013	296
3. Zwischenergebnis	297
II. Modifikation der Tatbestandsvoraussetzungen der BJR durch die Gesellschafter	298
1. Materielle Grenzen der Dispositionsfreiheit	299
2. Formelle Voraussetzungen der Disposition	301
III. Ergebnis zur angemessenen Informationsgrundlage	302
E. Im guten Glauben	303
§ 11 Beweislastverteilung	304
A. Treuepflichtgerechtes Handeln und Interessenkonflikte	305
B. Legalitätspflicht	307
C. Ergebnis	308

4. Teil

Schlussbetrachtungen	309
§ 12 Praxisempfehlungen	309
A. Einführung und Erweiterung des Anwendungsbereichs der BJR	309
B. Ausschluss und Einschränkung der BJR	311
C. Empfehlungen für den Geschäftsführer	312
§ 13 Ergebnisse und Ausblick	313
Literaturverzeichnis	316
Sachwortregister	337

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
BB	Der Betriebs-Berater
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
Bd.	Band
BeckHdB GmbH	Beck'sches Handbuch der GmbH
Beck OK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr. RegE	Begründung Regierungsentwurf
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BJR	Business Judgment Rule
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BR-Dr	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BT-Dr	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Bus.Law	The Business Lawyer
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
Del.	Delaware (zitierweise für Entscheidungen des Supreme Court of Delaware)
Del.Ch.	Delaware Court of Chancery
Del. Supr.	Supreme Court of Delaware
ders.	derselbe
DK	Der Konzern
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht

ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
e.V.	eingetragener Verein
f. (ff.)	folgende (Plural)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
Großkomm AktG	Aktiengesetz Großkommentar der Praxis
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
InsO	Insolvenzordnung
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft, Kammergericht
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KK AktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KK OWiG	Karlsruher Kommentar zum OWiG
KSzW	Kölner Schriften zum Wirtschaftsrecht
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LG	Landgericht
LS.	Leitsatz
M&A	Mergers and Acquisitions
MHdB GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
Mio.	Million
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
Mrd.	Milliarde
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m. W.v.	mit Wirkung vom
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz, Seite
StGB	Strafgesetzbuch
ThürOLG	Thüringer Oberlandesgericht
u. a.	unter anderem
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
UmwG	Umwandlungsgesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Teil IV
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizer Recht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

§ 1 Einleitung

A. Hintergrund und Zielsetzung der Arbeit

Unternehmerische Fehlentscheidungen können existenzielle Folgen haben, doch den Verantwortlichen für das wirtschaftliche Scheitern eines Unternehmens zu finden und zur Haftung zu ziehen, gestaltet sich unter juristischen, wirtschaftlichen und moralischen Gesichtspunkten häufig schwierig. Dies gilt besonders für Kapitalgesellschaften, da hier die verantwortlichen Leitungsorgane, die nur beschränkt persönlich haftenden Eigentümer und die die wirtschaftlichen Folgen eines umfassenden Fehlschlags tragenden Gläubiger und Arbeitnehmer regelmäßig nicht in Personalunion auftreten. Es liegt nahe, stets die Entscheidungsträger selbst, also die Leitungsorgane der Gesellschaft, in die Verantwortung für ein wirtschaftliches Scheitern zu nehmen. Doch darf deren Nähe zu der Verursachung eines wirtschaftlichen Fehlschlags nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Träger des Unternehmens die Gesellschaft ist. Deren Gesellschafter als Eigentümer der Gesellschaft profitieren von gewinnbringenden Entscheidungen und haben dementsprechend auch die Verluste von Fehlentscheidungen zu tragen. Zudem darf ein Haftungssystem, das den einzelnen Interessenträgern in ausgeglichener Weise Rechnung tragen soll, nicht den wirtschaftlich erforderlichen unternehmerischen Wagemut der Entscheidungsträger unterdrücken.

So herrscht eine kontroverse Diskussion zwischen dem Ruf nach Haftungverschärfung und objektivierten Verfahrensstandards auf der einen Seite¹ und nach Haftungsbegrenzungen für Manager und die Förderung von Unternehmertum und Risikobereitschaft auf der anderen Seite.² Letztere Stimmen berufen sich auf die Erkenntnis, dass unternehmerisches Handeln ohne einen weiten Handlungsspielraum schlechterdings nicht denkbar sei.³ Erstere Stimmen sind getrieben durch große Wirtschaftsskandale und das Verlangen in der Bevölkerung, die Entscheidungsträger

¹ Siehe *Lutter*, ZIP 2009, 197, 201; *Wagner*, ZHR 2014, 227, 230 f.; einem „grundlegenden Stimmungswandel“ folgend, eine bessere Durchsetzung von Haftungsansprüchen anstrebend: Begr. RegE UMAG vom 14.03.2005, BT-Dr 15/5092, S. 20.

² Siehe *Fleischer*, NJW 2009, 2337, 2337; *Goette*, DSr 2009, 51, 56 f.; *Freund*, NZG 2015, 1419, 1422 f.; mit Hinweis auf die Verschärfung der Vorstandshaftung: *Wiesner*, in: MHdB GesR IV, § 26 Rn. 3; ebenso *Reichert*, ZHR 2013, 756, 757; *Hemeling*, ZHR 2014, 221, 223.

³ So die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH vom 21.04.1997, BGH NJW 1997, 1926, 1927.

zur Verantwortung zu ziehen.⁴ In diesem Spannungsfeld, dem sich auch Politik und Rechtsprechung nicht entziehen können, müssen die Unternehmensleiter riskante Entscheidungen treffen und dabei stets fürchten, dass das Pendel bei der nachträglichen gerichtlichen Kontrolle zu ihrem Nachteil ausschlägt.

Schutz verspricht hier ein der gerichtlichen Kontrolle entzogener unternehmerischer Ermessensfreiraum, der den Geschäftsführer in einem vorhersehbaren Rahmen vor einer nachträglichen, abweichenden unternehmerischen Beurteilung der Entscheidung bewahrt. Die Diskussion um einen unternehmerischen Ermessensfreiraum der Geschäftsleiter wird in Deutschland seit nunmehr zwei Jahrzehnten intensiv geführt und tendiert aktuell zu einer Formalisierung der Verhaltensanforderungen an die Geschäftsleiter und damit zu einer Eingrenzung des eigenständigen Geschäftsleiterermessens. Ebenso wie einst die Grundlage für das unternehmerische Ermessen, die Business Judgment Rule (BJR), finden viele formalisierte Verhaltensanforderungen ihren Ursprung im US-amerikanischen Rechtskreis, so beispielsweise die stets wachsenden Anforderungen an eine Compliance-Organisation und die Grundsätze zur Corporate Governance.⁵ Diese Entwicklung ist nicht notwendigerweise eine Belastung für die betroffenen Unternehmensleiter, soweit sich entsprechende Formalisierungsbestrebungen in einem konkretisierbaren Rahmen bewegen und hinreichend Raum für freie unternehmerische Entscheidungen verbleibt. Bei einer ausgewogenen Fortentwicklung des deutschen Haftungsrechts muss dem Entscheidungsträger in der konkreten Entscheidungssituation die Grenze zwischen haftungsfreiem und haftungsbegründendem Verhalten möglichst deutlich aufgezeigt werden können.

Diese Zielsetzung verfolgt auch die vorliegende Arbeit. So kann ein unternehmerischer Ermessensfreiraum nur einen echten Mehrwert entfalten, wenn dem Entscheidungsträger in der konkreten Entscheidungssituation die Grenzen seines Ermessens erkennbar sind. Der großen Relevanz des Themas entsprechend, haben sich schon zahlreiche Autoren in Monographien⁶ und Aufsätzen⁷ mit dem Anwen-

⁴ Siehe nur die Stellungnahme des Bundesrates zum RegE KonTraG vom 28.01.1998, BT-Dr 13/9712, S. 32: „Zahlreiche spektakuläre Unternehmenskrisen“ sollen die Notwendigkeit für eine „Verbesserung der Funktionsfähigkeit der Aufsichtsräte“ begründen.

⁵ Siehe *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, Hdb. Compliance, § 1 Rn. 2.

⁶ Siehe *M. Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands; *Oltmanns*, Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG; *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen; *Winnen*, Die Innenhaftung des Vorstands nach dem UMAG; *Schlimm*, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft; *Bunz*, Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen durch das Geschäftsleiterermessen; *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen.

⁷ Insbesondere im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum § 93 I 2 AktG n.F. überschlugen sich förmlich die Literaturstimmen, siehe nur: *Fleischer*, FS Wiedemann, S. 825–849; *ders.*, ZIP 2004, 685–692; *Paefgen*, AG 2004, 245–261; *Hauschka*, ZRP 2004, 65–67; *M. Roth*, BB 2004, 1066–1069; *Ihrig*, WM 2004, 2098–2107; *Thümmel*, DB 2004, 471–474; *Spindler*, NZG 2005, 865–872; *Brömmelmeyer*, WM 2005, 2065–2070; *Koch*, ZGR 2006,

dungsbereich des unternehmerischen Ermessens auseinandergesetzt. Die vorliegende Arbeit will sich jedoch nicht lediglich in die umfassend geführte Diskussion zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen eines unternehmerischen Ermessens einreihen.

Die bisherige Diskussion und auch die gesetzgeberische Tätigkeit legen den Fokus deutlich auf die Aktiengesellschaft. Hier kann spätestens seit der Normierung des unternehmerischen Ermessens in § 93 I 2 AktG ganz selbstverständlich von einem Entscheidungsfreiraum des Vorstands, der mit dessen umfangreichen Leitungsbefugnissen korrespondiert, ausgegangen werden. Der Fokus auf den Vorstand der AG hat jedoch zur Folge, dass zwischen dem unternehmerischen Ermessen einerseits und anderen Ermessensfreiräumen und Beurteilungsspielräumen andererseits nicht hinreichend differenziert wird.⁸ Letztere kommen dem Vorstand regelmäßig aufgrund seiner umfassenden Leitungskompetenzen zu und sind insofern nicht ohne weiteres auf andere Gesellschaftsformen übertragbar. Für eine Übertragung auf andere Leitungsorgane ist der für den Vorstand gemeinhin als unternehmerischer Ermessensfreiraum bezeichnete Entscheidungsfreiraum daher auf seinen unternehmerischen Kernbereich zu reduzieren. Mithilfe einer entsprechend strikten Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 93 I 2 AktG ist ein klar konturierter Ermessensfreiraum zu definieren, der tatsächlich von der gerichtlichen Kontrolle im Wesentlichen befreit ist und sich als Business Judgment Rule deutscher Prägung bezeichnen lässt.

Die BJR ist folglich nur eine Teilkodifizierung eines weit verstandenen unternehmerischen Ermessens. Auf dieser Erkenntnis aufbauend ist ein spezialisierter Anwendungsbereich für die BJR abzugrenzen und in diesem die Wirkung der BJR umfangreich auszugestalten. Dementsprechend findet die BJR für Entscheidungen, bei denen ein weites, kaum beschränktes unternehmerisches Ermessen nicht gewährleistet werden kann, keine Anwendung. Stattdessen wird für solche Entscheidungen ein unternehmerisches Ermessen eigener Art zu entwickeln sein, welches in Umfang und Wirkung von der BJR zu unterscheiden sein wird.

Eine solche Reduktion auf den Kernbereich hat in der Literatur bisher bei der Darstellung der Tatbestandsmerkmale wenig Berücksichtigung gefunden. Sie ist jedoch essentiell, um der BJR eine eigenständige Bedeutung neben dem ohnehin auch im Rahmen des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs des § 93 I 1 AktG bestehenden Grundsatz des unternehmerischen Ermessens zu erhalten. Auch für die im Rahmen dieser Arbeit im Fokus stehende Übertragung eines weiten unternehmerischen Ermessensfreiraumes auf die GmbH ist die Abgrenzung einer eigenständigen BJR immanent wichtig. Ein Entscheidungsermessen kann sich für den Vorstand in ver-

769–804; Freitag/Korch, ZIP 2012, 2281–2286; Semler, FS Ulmer, S. 627–642; Bachmann, FS Stilz, S. 25–44.

⁸ Siehe auch Paefgen, S. 180, der die Notwendigkeit der Abgrenzung zwischen der allgemeinen Leitungsmacht des Vorstands und der Kompetenz zur Konkretisierung des Unternehmensinteresses auf den unternehmerischen Willen der Gesellschaft hervorhebt.