

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 128

Die Business Judgment Rule als typübergreifendes Institut

Von

Stephan Fischer



Duncker & Humblot · Berlin

STEPHAN FISCHER

Die Business Judgment Rule
als typübergreifendes Institut

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 128

Die Business Judgment Rule als typübergreifendes Institut

Von

Stephan Fischer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2018 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.

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

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-15567-5 (Print)
ISBN 978-3-428-55567-3 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85567-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Mai 2018 berücksichtigt werden.

Mein ganz besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Univ. of Chicago), der das Thema dieser Arbeit angeregt und mich in meiner Zeit als Doktorand stets mit hilfreichen Ratschlägen unterstützt hat. Durch die gleichzeitig ausgeübte Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Abt. II, verbunden mit interessanten und vielfältigen Aufgabenbereichen, konnte ich mich nicht nur in juristischer, sondern auch in menschlicher Hinsicht weiterentwickeln.

Des Weiteren möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Boris Paal, M.Jur. (Oxford), für die Übernahme und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens herzlich bedanken.

Zudem bin ich sehr dankbar für den Druckkostenzuschuss, den ich von der Burckhardt-Stiftung erhalten habe.

Meinen Eltern Beate und Thomas Fischer widme ich diese Arbeit als Dank für ihre immerwährende Unterstützung auf meinem bis zu diesem Zeitpunkt beschrittenen Lebensweg.

München, im Juli 2018

Stephan Fischer

Inhaltsverzeichnis

Einführung	21
I. Einleitung	21
II. Gang der Darstellung	23

Kapitel 1

Die Business Judgment Rule in der Aktiengesellschaft	24
A. Die Entwicklung der Business Judgment Rule	24
I. Der Ursprung der Business Judgment Rule im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht	24
II. Die Rechtslage vor der ARAG/ Garmenbeck-Entscheidung des BGH	27
III. Die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH	28
IV. Kodifizierung durch das UMAG	28
B. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im Überblick	31
I. Unternehmerische Entscheidung	31
II. Handeln zum Wohle der Gesellschaft	33
III. Handeln auf Grundlage angemessener Information	35
IV. Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Erwägungen	36
V. Handeln in gutem Glauben	39
C. Rechtsnatur und Rechtswirkungen der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	39
D. Die Legitimation bzw. der Telos der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	41
I. Die Spezifika unternehmerischer Entscheidungen	42
II. Gefahr des Hindsight Bias	44
III. Der Richter ist kein Kaufmann	46
IV. Steigerung der Attraktivität von Vorstandsposten	47
1. Grundsätze über die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung	47
2. Statutarische Haftungsbeschränkungen	50
3. § 93 Abs. 4 AktG	50
4. § 31a Abs. 1 S. 1 BGB analog	51

5. D&O-Versicherung	52
6. Ergebnis	53
V. Vermeidung missbräuchlicher Aktionärsklagen	54
VI. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaverm Verhalten der Vorstandsmitglieder	56
1. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaverm Verhalten der Vorstandsmitglieder zur Vermeidung negativer Auswirkungen auf die gesamte Volkswirtschaft	56
2. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaverm Verhalten der Vorstandsmitglieder im Interesse der Aktionäre	59
a) Verhinderung eines Anreizes zu risikoaverm Verhalten des Vorstands im Interesse der Aktionäre als Legitimationsgrundlage der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	59
b) Verhinderung eines Anreizes zu risikoaverm Verhalten des Vorstands im Interesse der Aktionäre als einzige Legitimationsgrundlage der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG?	60
VII. Kontrolle durch Marktmechanismen	63
1. Kontrolle durch den Produktmarkt	64
2. Kontrolle durch den Arbeitsmarkt für Manager	64
3. Kontrolle durch den Kapitalmarkt	66
4. Zwischenergebnis	69
VIII. Ergebnis	70

Kapitel 2

Zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Recht der monistisch verfassten SE mit Sitz in Deutschland	71
A. Die Leitungsstruktur der monistisch verfassten SE und die Haftung des Verwaltungsrats und der geschäftsführenden Direktoren im Überblick	72
B. Der Meinungsstand zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Recht der monistisch verfassten SE	75
C. Die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im Recht der monistischen SE in sachlicher Hinsicht	76
I. Die Spezifika unternehmerischer Entscheidungen	76
II. Gefahr des Hindsight Bias	78
III. Steigerung der Attraktivität von Verwaltungsratsposten und der Posten von geschäftsführenden Direktoren	78
1. Grundsätze über die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung	79
2. D&O-Versicherung	79
3. Weisungsabhängigkeit der geschäftsführenden Direktoren	80

4. Kontroll- und Durchsetzungsdefizit	80
5. Ergebnis	84
IV. Vermeidung missbräuchlicher Aktionärsklagen	84
V. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaversen Verhalten des Verwaltungsrats und der geschäftsführenden Direktoren	85
1. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaversen Verhalten des Verwaltungsrats und der geschäftsführenden Direktoren zur Vermeidung negativer Auswirkungen auf die gesamte Volkswirtschaft	85
2. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaversen Verhalten des Verwaltungsrats und der geschäftsführenden Direktoren im Interesse der Aktionäre	87
VI. Kontrolle durch Marktmechanismen	88
1. Kontrolle durch den Produktmarkt	88
2. Kontrolle durch den Arbeitsmarkt für Manager	88
3. Kontrolle durch den Kapitalmarkt	89
VII. Ergebnis	90
D. Die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf das Recht der monistisch verfassten SE in methodischer Hinsicht	91
E. Die Spezifika der Business Judgment Rule im Recht der monistisch verfassten SE	92
I. Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Business Judgment Rule	92
1. Die Weisungsgebundenheit des Verwaltungsrats gegenüber der Hauptversammlung?	92
2. Die Weisungsgebundenheit der geschäftsführenden Direktoren	93
II. Beweislast	95
F. Ergebnis	97

Kapitel 3

Zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Recht der GmbH	98
A. Der Meinungsstand zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Recht der GmbH	99
B. Die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im GmbH-Recht in sachlicher Hinsicht	101
I. Die Spezifika unternehmerischer Entscheidungen	101
II. Gefahr des Hindsight Bias	102
III. Steigerung der Attraktivität von Geschäftsführerposten	103
1. Grundsätze über die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung	103
2. Weisungsgebundenheit gem. § 37 Abs. 1 GmbHG	104
3. Milderung der Geschäftsführerhaftung im Rahmen des § 43 GmbHG	105

4. D&O-Versicherung	108
5. Ergebnis	109
IV. Vermeidung missbräuchlicher Klagen der Gesellschafter	109
V. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaversen Verhalten der Geschäftsführer	112
1. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaversen Verhalten der Geschäftsführer zur Vermeidung negativer Auswirkungen auf die gesamte Volkswirtschaft	112
2. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaversen Verhalten der Geschäftsführer im Interesse der GmbH-Gesellschafter	113
VI. Kontrolle durch Marktmechanismen	115
1. Kontrolle durch den Produktmarkt	115
2. Kontrolle durch den Arbeitsmarkt für Manager	116
3. Kontrolle durch den Kapitalmarkt	117
VII. Ergebnis	118
C. Die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf das GmbH-Recht in methodischer Hinsicht	119
I. Planwidrige Regelungslücke	119
II. Vergleichbare Interessenlage	120
III. Ergebnis	120
D. Die Spezifika der Business Judgment Rule im Recht der GmbH	121
I. Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Business Judgment Rule	121
1. Die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers	121
2. Ungeschriebene Schranken	122
a) Der mutmaßliche Wille der Gesellschafter	123
b) Unternehmenspolitik	123
c) Außergewöhnliche Maßnahmen	126
3. Ergebnis	127
II. Interessenkonflikte	127
III. Gesellschafter-Geschäftsführer	129
IV. Beweislast	134
E. Ergebnis	135

Kapitel 4

Zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Recht der eG	137
A. Der Meinungsstand zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Genossenschaftsrecht	138

B. Die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Recht der eG in sachlicher Hinsicht 139

 I. Die Spezifika unternehmerischer Entscheidungen 139

 II. Gefahr des Hindsight Bias 140

 III. Steigerung der Attraktivität von Vorstandsposten 141

 1. Grundsätze über die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung 142

 2. Haftungserleichterungen für nebenamtlich und ehrenamtlich tätige Vorstandsmitglieder 143

 3. D&O-Versicherung 145

 4. Ergebnis 145

 IV. Vermeidung missbräuchlicher Klagen von Mitgliedern der eG 145

 V. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaversen Verhalten der Vorstandsmitglieder 147

 1. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaversen Verhalten der Vorstandsmitglieder zur Vermeidung negativer Auswirkungen auf die gesamte Volkswirtschaft 147

 2. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaversen Verhalten der Vorstandsmitglieder im Interesse der Mitglieder einer eG 148

 VI. Kontrolle durch Marktmechanismen 150

 1. Kontrolle durch den Produktmarkt 150

 2. Kontrolle durch den Arbeitsmarkt für Manager 151

 3. Kontrolle durch den Kapitalmarkt 152

 VII. Ergebnis 154

C. Die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule auf das Recht der eG in methodischer Hinsicht 154

D. Die Spezifika der Business Judgment Rule im Recht der eG 155

 I. Statutarische Weisungsgebundenheit 155

 II. Interessenkonflikte 156

 III. Grundsatz der Selbstorganschaft/Treuepflicht 158

 IV. Beweislast 159

E. Ergebnis 160

Kapitel 5

Zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Recht der Stiftung 161

A. Der Meinungsstand zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Recht der Stiftung 162

B. Die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im Recht der Stiftung in sachlicher Hinsicht	164
I. Die Spezifika unternehmerischer Entscheidungen	164
II. Gefahr des Hindsight Bias	165
III. Steigerung der Attraktivität von Vorstandsposten	166
1. Grundsätze über die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung	166
2. Haftungsprivilegierung durch Landesstiftungsgesetze	167
3. Haftungsprivilegierung durch die Satzung	168
4. Haftungsprivilegierung für ehrenamtliche Vorstandsmitglieder	169
5. D&O-Versicherung	170
6. Durchsetzungsdefizit	170
7. Ergebnis	174
IV. Vermeidung missbräuchlicher Destinatärsklagen	174
V. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaverserem Verhalten der Vorstandsmitglieder	175
1. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaverserem Verhalten der Vorstandsmitglieder zur Vermeidung negativer Auswirkungen auf die gesamte Volkswirtschaft	175
2. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaverserem Verhalten des Vorstands im Interesse des Stifters	176
VI. Kontrolle durch Marktmechanismen	178
1. Kontrolle durch den Produktmarkt	178
2. Kontrolle durch den Arbeitsmarkt für Manager	179
3. Kontrolle durch den Kapitalmarkt	181
4. Zwischenergebnis	183
5. Kontrolle durch die Stiftungsaufsichtsbehörde	183
6. Kontrolle durch die Steuerbehörde	184
7. Kontrolle durch die Öffentlichkeit	187
8. Ergebnis	187
VII. Ergebnis	188
C. Die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im Recht der Stiftung in methodischer Hinsicht	189
D. Die Spezifika der Business Judgment Rule im Recht der Stiftung	190
I. Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Business Judgment Rule	190
1. Statutarische Rechte des Stifters	190
2. Statutarisches Weisungsrecht des Aufsichtsorgans	191
II. Interessenkonflikte	191
III. Handeln auf Grundlage angemessener Information	192
IV. Beweislast	193

E. Ergebnis	194
-------------------	-----

Kapitel 6

Zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Recht des Vereins 196

A. Der Meinungsstand zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Recht des Vereins	197
B. Die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im Recht des Vereins in sachlicher Hinsicht	199
I. Die Spezifika unternehmerischer Entscheidungen	199
II. Gefahr des Hindsight Bias	199
III. Steigerung der Attraktivität von Vorstandsposten	200
1. Grundsätze über die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung	201
2. § 31a Abs. 1 S. 1 BGB	202
3. Milderung des Haftungsmaßstabs	203
4. D&O-Versicherung	204
5. Weisungsabhängigkeit des Vorstands	204
6. Durchsetzungsdefizit?	205
7. Ergebnis	206
IV. Vermeidung missbräuchlicher Klagen der Vereinsmitglieder	206
V. Verhinderung eines Anreizes zu risikoavermem Verhalten der Vorstandsmitglieder des Vereins	207
1. Verhinderung eines Anreizes zu risikoavermem Verhalten des Vereinsvorstands zur Vermeidung negativer Auswirkungen auf die gesamte Volkswirtschaft	207
2. Verhinderung eines Anreizes zu risikoavermem Verhalten des Vereinsvorstands im Interesse der Vereinsmitglieder	208
VI. Kontrolle durch Marktmechanismen	210
1. Kontrolle durch den Produktmarkt	210
2. Kontrolle durch den Arbeitsmarkt für Manager	211
3. Kontrolle durch den Kapitalmarkt	212
VII. Ergebnis	213
C. Die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im Recht des Vereins in methodischer Hinsicht	214
D. Die Spezifika der Business Judgment Rule im Vereinsrecht	215
I. Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Business Judgment Rule	215
II. Interessenkonflikte	216
III. Beweislast	216

E. Ergebnis	218
-------------------	-----

Kapitel 7

Zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Personengesellschaftsrecht 219

A. Der Meinungsstand zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Recht der Personengesellschaft	222
B. Die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im Recht der Personengesellschaft in sachlicher Hinsicht	223
I. Die Spezifika unternehmerischer Entscheidungen	223
II. Gefahr des Hindsight Bias	223
III. Steigerung der Attraktivität von Geschäftsführerposten	224
1. § 708 BGB	225
a) Personalistisch strukturierte Personengesellschaften	225
b) Publikumpersonengesellschaften und weitere kapitalistisch strukturierte Personengesellschaften	225
c) GmbH & Co. KG	226
d) Ergebnis	227
2. Milderung der Geschäftsführerhaftung	227
3. Grundsätze über die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung	228
4. Durchsetzungsdefizit	229
5. Ergebnis	231
IV. Vermeidung missbräuchlicher Klagen der Gesellschafter	231
V. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaversen Verhalten der Geschäftsführer	233
1. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaversen Verhalten der Geschäftsführer zur Vermeidung negativer Auswirkungen auf die gesamte Volkswirtschaft	233
2. Verhinderung eines Anreizes zu risikoaversen Verhalten der Geschäftsführer im Interesse der Gesellschafter	234
VI. Kontrolle durch Marktmechanismen	236
1. Kontrolle durch den Produktmarkt	236
2. Kontrolle durch den Arbeitsmarkt für Manager	237
3. Kontrolle durch den Kapitalmarkt	238
VII. Ergebnis	239
C. Die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf das Recht der Personengesellschaft in methodischer Hinsicht	241
D. Die Spezifika der Business Judgment Rule im Recht der Personengesellschaft	242
I. Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Business Judgment Rule	242
1. Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Business Judgment Rule in der oHG und KG	242

2. Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Business Judgment Rule in der GbR 243

3. Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Business Judgment Rule in einer Publikumpersonengesellschaft 244

II. Interessenkonflikte 245

III. Geschäftsführende Gesellschafter einer personalistisch strukturierten Personengesellschaft 246

IV. Beweislast 249

E. Ergebnis 250

Kapitel 8

Schlussbetrachtung 252

Literaturverzeichnis 260

Stichwortverzeichnis 290

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
AktR	Aktienrecht
Anh.	Anhang
AO	Abgabenordnung
ArbeitsR-Hdb.	Arbeitsrechts-Handbuch
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAG GS	Bundesarbeitsgericht Großer Senat
BayStiftG	Bayerisches Stiftungsgesetz
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BeckHdb.	Beck'sches Handbuch
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BremStiftG	Bremisches Stiftungsgesetz
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Bus. Law.	Business Lawyer
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BWStiftG	Stiftungsgesetz für Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
Del. Ch.	Delaware Court of Chancery
Del. Supr.	Delaware Supreme Court (Zitierweise für Entscheidungen des Delaware Supreme Court)
D&O-Versicherung	Directors' & Officers'-Versicherung
DStR	Deutsches Steuerrecht
eG	eingetragene/n Genossenschaft
Einl.	Einleitung
ESTG	Einkommensteuergesetz

etc.	et cetera
f./ff.	folgende/fortfolgende
Fin. A. J.	Financial Analysts Journal
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GenG	Genossenschaftsgesetz
GesR	Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau
Großkomm	Großkommentar
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HbgStiftG	Hamburgisches Stiftungsgesetz
Hdb.	Handbuch
Hdb. AktR	Handbuch des Aktienrechts
Hdb. zum VereinsR	Handbuch zum Vereinsrecht
HessStiftG	Hessisches Stiftungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Handkommentar
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Fin.	Journal of Finance
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
J. Polit. Econ.	Journal of Political Economy
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KK	Kölner Kommentar
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
Louisiana Supr.	Louisiana Supreme Court (Zitierweise für Entscheidungen des Louisiana Supreme Court)
Mass. Supr.	Supreme Judicial Court of Massachusetts (Zitierweise für Entscheidungen des Supreme Judicial Court of Massachusetts)

M&A-Transaktionen	Mergers & Acquisitions-Transaktionen
MHdb. GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nds StiftG	Niedersächsisches Stiftungsgesetz
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
npoR	Zeitschrift für das Recht der Nonprofit Organisationen
Nr.	Nummer
N.Y. Ct. App.	New York Court of Appeals
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
Or. L. Rev.	Oregon Law Review
RdA	Recht der Arbeit
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rhode Island Supr.	Rhode Island Supreme Court
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
S.	Satz/Seite
SächsStiftG	Sächsisches Stiftungsgesetz
SE	Societas Europaea/Europäische (Aktien-)Gesellschaft
SEAG	SE-Ausführungsgesetz
SE-VO	SE-Verordnung
StiftG NRW	Stiftungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
StiftungsR-Hdb.	Stiftungsrechts-Handbuch
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung der Anfechtungsklage
Urt.	Urteil
Val. U. L. Rev.	Valparaiso University Law Review
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
vgl.	vergleiche
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
z. B.	zum Beispiel
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZfP	Zeitschrift für Politik

ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZSt	Zeitschrift zum Stiftungswesen
ZStV	Zeitschrift für Stiftungs- und Vereinswesen

Einführung

I. Einleitung

Dem Vorstand einer AG ist die eigenverantwortliche Leitung nach § 76 Abs. 1 AktG und die Geschäftsführung der Gesellschaft gem. § 77 Abs. 1 AktG zugewiesen.¹ Im Rahmen der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung hat der Vorstand einer AG auch unternehmerische Entscheidungen zu treffen,² wie beispielsweise Standorterweiterungen,³ M&A-Transaktionen,⁴ Verhandlungen von Vertragsinhalten,⁵ die Eröffnung von neuen oder das Abstoßen von alten Geschäftsfeldern.⁶ Mit Blick auf aktuelle Gegebenheiten muss z.B. im Automobilbau die Entscheidung getroffen werden, ob und wann der Entwicklung und Produktion von Autos mit Elektroantrieb derjenigen von Autos mit herkömmlichem Verbrennungsmotor der Vorzug gegeben wird. Dass solch eine technologisch geprägte Entscheidung eine unternehmerische Entscheidung darstellt, steht außer Frage.⁷ Daneben wird in der Technologiebranche derzeit in zukunftssträchtige Themen wie die künstliche Intelligenz investiert. Auch bei Investitionsmaßnahmen handelt es sich um unternehmerische Entscheidungen.⁸

Sofern der Vorstand einer AG solche unternehmerischen Entscheidungen zu treffen hat, stellt dies zumindest den Türöffner für den Anwendungsbereich der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG dar.⁹ § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ist

¹ Während der Begriff der Geschäftsführung weit gefasst wird und jede tatsächliche und rechtsgeschäftliche Tätigkeit für die Gesellschaft umfasst, ist die Leitung als Führungs- und Unternehmerfunktion des Vorstands, mithin als herausgehobener Teilbereich der Geschäftsführung, zu verstehen, vgl. *Koch*, in: Hüffer, AktG, 12. Aufl. 2016, § 76 Rn. 8; *Wiesner*, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), MHdb. GesR, Bd. 4, 4. Aufl. 2015, § 19 Rn. 16.

² Vgl. *Spindler*, in: MüKo, AktG, Bd. 2, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 36.

³ BGH, Urt. v. 22.02.2011 – II ZR 146/09, NZG 2011, 549 (550) = ZIP 2011, 766 (767).

⁴ OLG Frankfurt, Urt. v. 07.12.2010 – 5 U 29/10, AG 2011, 173 (175) = NZG 2011, 62 (65).

⁵ OLG Stuttgart, Beschl. v. 14.10.2010 – 20 W 16/06, AG 2011, 49.

⁶ Vgl. *Hopt/Roth*, in: Großkomm, AktG, Bd. 4/2, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 87; vgl. *Ott*, ZGR 2017, 149 (153).

⁷ Vgl. *Ott*, ZGR 2017, 149 (156).

⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 03.03.2008 – II ZR 124/06, BGHZ 175, 365 (371) = WM 2008, 787 (789) – UMTS.

⁹ *Bachmann*, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, E 43; *Ott*, ZGR 2017, 149 (151); *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, Bd. 1, 3. Aufl. 2015, § 93 Rn. 67; *Spindler*, in: MüKo, AktG, Bd. 2, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 41; *Mertens/Cahn*, in: KK, AktG, Bd. 2/1, 3. Aufl. 2010, § 93 Rn. 17; vgl. *Hopt/Roth*, in: Großkomm, AktG, Bd. 4/2, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 80.

Teil von § 93 AktG, der zentralen Norm für die Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit bzw. Haftung des Vorstands gegenüber der AG.¹⁰ Sind die Voraussetzungen von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG erfüllt, so handelt der Vorstand nicht pflichtwidrig, auch dann nicht, wenn die durch die unternehmerische Entscheidung in Gang gesetzte wirtschaftliche Entwicklung zu einem Misserfolg führt.¹¹ Demnach stellen die Business Judgment Rule und der dadurch gewährte unternehmerische Ermessensspielraum eine Haftungsprivilegierung im Rahmen der Innenhaftung des Vorstands gegenüber der AG dar.¹²

Die Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG wurde im Jahre 2005 durch das UMAG¹³ ins deutsche Aktienrecht eingeführt und hat somit bereits mehr als zehn Jahre Bestand. In den letzten Jahren hat ein Blick auf andere Rechtsformen gezeigt, dass die Business Judgment Rule ausschließlich im Aktienrecht kodifiziert worden ist. So hat es nach der Gesetzeslage den Anschein gemacht, dass die Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ein Spezifikum des Aktienrechts ist.

Mittlerweile ist jedoch im Genossenschaftsrecht durch das Gesetz zum Bürokratieabbau und zur Förderung der Transparenz bei Genossenschaften¹⁴ in § 34 Abs. 1 S. 2 GenG eine dem § 93 Abs. 1 S. 2 AktG entsprechende Vorschrift eingeführt worden. Auch die Regierungsbegründung zum UMAG ist bereits davon ausgegangen, dass der „Grundgedanke eines Geschäftsleiterermessens im Bereich unternehmerischer Entscheidungen [...] nicht auf den Haftungstatbestand des § 93 AktG und nicht auf die Aktiengesellschaft beschränkt“ sei, sondern „sich auch ohne positivrechtliche Regelung in allen Formen unternehmerischer Betätigung“ finde.¹⁵ Geht es nach dem Gesetzgeber, ist die Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kein Spezifikum des Aktienrechts. Ob die Business Judgment Rule aber tatsächlich als typübergreifendes Institut deklariert werden kann, wird im Fokus der folgenden Untersuchung liegen.

¹⁰ *Mertens/Cahn*, in: KK, AktG, Bd. 2/1, 3. Aufl. 2010, § 93 Rn. 3; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körper*, AktG, 4. Aufl. 2017, § 93 Rn. 1.

¹¹ *Lutter*, ZIP 2007, 841 (842 f.); *Brauchle*, *Unternehmerische Entscheidung und Risikomanagement*, 2016, S. 9; vgl. *Hopt/Roth*, in: *Großkomm*, AktG, Bd. 4/2, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 61; vgl. *Mertens/Cahn*, in: KK, AktG, Bd. 2/1, 3. Aufl. 2010, § 93 Rn. 16; vgl. *Ihrig*, WM 2004, 2098.

¹² *Faßbender*, NZG 2015, 501; vgl. *Bachmann*, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, E 43.

¹³ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung der Anfechtungsklage vom 22.09.2005, BGBl. I, 2802.

¹⁴ Gesetz zum Bürokratieabbau und zur Förderung der Transparenz bei Genossenschaften vom 17.07.2017, BGBl. I, 2434.

¹⁵ Begr. RegE zum UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 12.

II. Gang der Darstellung

Im ersten Kapitel wird die Business Judgment Rule in der Aktiengesellschaft dargestellt. Einleitend wird dabei zunächst auf die Entwicklung der Business Judgment Rule, d. h. auf ihre Ursprünge im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht bis hin zu ihrer Kodifikation im deutschen Aktienrecht im Jahre 2005 durch das UMAG,¹⁶ eingegangen. Daraufhin werden die Voraussetzungen, die Rechtsnatur sowie Rechtswirkungen der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG erläutert. Sodann werden etwaige Legitimationsgrundlagen, die hinter § 93 Abs. 1 S. 2 AktG stehen könnten, diskutiert. Im Rahmen dieser Diskussion wird von einer dem gesetzgeberischen Leitbild entsprechenden Publikums-AG, die börsennotiert ist, ausgegangen. Die für überzeugend erachteten Legitimationsgrundlagen der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bilden die Grundlage für die weiteren Untersuchungen.

In den nachfolgenden Kapiteln wird im Wesentlichen untersucht, ob diese Legitimationsgrundlagen der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in Bezug auf den Vorstand einer börsennotierten Publikums-AG auf die Führungspositionen unterschiedlichster Rechtsformen übertragbar sind. Sofern die Legitimationsgrundlagen der Business Judgment Rule in sachlicher Hinsicht übertragbar sind, wird geprüft, ob § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in der entsprechenden Rechtsform auch in methodischer Hinsicht angewendet werden kann.¹⁷ Wenn eine Anwendung der Business Judgment Rule in jeglicher Hinsicht überzeugend ist, wird darüber hinaus ermittelt, ob und wenn ja, welche Besonderheiten bei der Anwendung der Business Judgment Rule in der entsprechenden Rechtsform zu beachten sind. Anhand dieses Schemas wird im zweiten bis einschließlich siebten Kapitel beispielhaft untersucht, ob die Business Judgment Rule im Recht der monistisch verfassten SE, der GmbH, der Genossenschaft, der Stiftung, des Vereins und der Personengesellschaften anwendbar ist. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse dienen dazu, im achten Kapitel ein abschließendes Ergebnis zu der Frage, ob die Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG als typübergreifendes Institut einzuordnen ist, festzuhalten.

¹⁶ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung der Anfechtungsklage vom 22.09.2005, BGBl. I, 2802.

¹⁷ Die Terminologie der „sachlichen“ und „methodischen“ Übertragbarkeit der Business Judgment Rule auf andere Rechtsformen stammt von *Fleischer*, NZG 2011, 521 (523).