



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Die Business Judgment Rule im Prozess. Eine prozessrechtliche
Betrachtung der Business Judgment Rule und
Beweislastverteilung im Organhaftungsrecht“**

Dissertation vorgelegt von Jan-Ole Jena

Erstgutachter: Prof. Dr. Christoph Kern

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dirk Verse

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE

DIE BUSINESS JUDGMENT RULE IM PROZESS

EINE PROZESSRECHTLICHE BETRACHTUNG DER BUSINESS JUDGMENT RULE UND BEWEISLAST- VERTEILUNG IM ORGANHAFTUNGSRECHT

Der allgemeine Trend zur persönlichen Inanspruchnahme von Leitungsorganen und die Zunahme von Haftungsfällen haben die Organhaftung einer Bestandskontrolle ausgesetzt. Im Fokus steht unter anderem die erst 2005 in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierte Business Judgment Rule, wonach eine Pflichtverletzung nicht vorliegt, „wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ Die umfassenden Auseinandersetzungen mit der Business Judgment Rule haben eine erstaunliche Meinungsvielfalt hervorgebracht; nahezu jedes Tatbestandsmerkmal, aber auch die Wirkungsweise und Rechtsnatur sind umstritten. In jüngerer Zeit hat vor allem die Beweislastverteilung im Rahmen der Business Judgment Rule, was den Anlass gab, die Business Judgment Rule aus prozessrechtlicher Perspektive zu beleuchten.

Die Arbeit untersucht die Wirkungen der sogenannten Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) im Haftungsprozess gegen Mitglieder der Leitungs- und Aufsichtsorgane aus prozessrechtlicher Perspektive unter Einbezug der Rechtslage in den U.S.A. Damit schließt sie eine Lücke im bisherigen Schrifttum, das zwar den einzelnen Tatbestandsmerkmalen und Rechtsfolgen der Business Judgment Rule viel Aufmerksamkeit gewidmet, die Auswirkungen im Prozess jedoch vergleichsweise wenig untersucht hat.

Ausgehend vom Rezeptionsgedanken und der Einordnung der Business Judgment Rule als „legal transplant“ folgt der Einleitung, die die Bedeutung des Zivilprozess- und Beweisrechts für die Organhaftung veranschaulicht, ein Grundlagenkapitel zum Haftungskonzept innerhalb der Aktiengesellschaft, zum Pflichtenkanon der Leitungsorgane sowie zu Sinn und Zweck der Haftung als Element der Kompensation und Verhaltenssteuerung. Prägend sind vor allem das Gesellschaftsinteresse als Leitungsmaxime und der Grundsatz, dass die Organhaftung keine Erfolgshaftung darstellt. Das unternehmerische Risiko, so das Leitbild, liegt bei den Anteilseignern.

Das 3. Kapitel setzt sich anschließend dezidiert mit dem U.S.-amerikanischen Recht, insbesondere dem Gesellschaftsrecht des Bundesstaates Delaware auseinander, dessen Business Judgment Rule als „safe harbor“ der deutschen Regelung als Vorbild diene. Der Verfasser beschreibt die Entstehungsgeschichte und arbeitet die einzelnen Tatbestandsmerkmale unter Bezugnahme auf die vielen Rechtsprechungs zitrate heraus. Den Schwerpunkt der Betrachtung bildet sodann die prozessuale Wirkungsweise der Business Judgment Rule im U.S.-amerikanischen Zivilprozess, wobei sowohl das Recht des Bundesstaates Delaware als auch Bundes(prozess)recht berücksichtigt wird. Gerade hier bestehen einige bedeutsame Strukturunterschiede zum deutschen Recht, deren Beachtung für eine erfolgreiche Rezeption unerlässlich ist und die in dieser Präzision im deutschsprachigen Schrifttum bislang nicht erfolgte. So zeigt sich, dass die Business Judgment Rule in unterschiedlichen Phasen des Zivilverfahrens mit unterschiedlichen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast Bedeutung erlangt. Im Falle einer Aktionärsklage wird die Business Judgment Rule zunächst im Rahmen der „demand“ an das „board of directors“ relevant, nämlich bei der Frage, ob eine „demand“ verzichtbar war oder ob sie durch ein „special litigation committee“ in vertretbarer Weise abgelehnt werden durfte. War

eine „demand“ verzichtbar oder liegt keine Aktionärsklage vor, sind die allgemeinen Voraussetzungen der „motion to dismiss the claim“ zu prüfen. Hier kommt ein zweites Mal die Business Judgment Rule zur Anwendung. Wird die „motion to dismiss“ überwunden, kann die Business Judgment Rule im Falle eines Antrags auf Klageabweisung im „summary judgment“ relevant werden. Im „trial“ schließlich ist die Business Judgment Rule von untergeordneter Bedeutung, wenn auch nicht ganz ohne Belang. Die Arbeit hebt nicht nur den jeweiligen Prüfungsmaßstab in den einzelnen Phasen hervor, sondern zeigt auch, dass die vielfach zu lesende Behauptung, im Falle eines Verstoßes gegen die Business Judgment Rule verlagere sich die Beweislast vom Kläger auf den beklagten „director“, unzutreffend ist. Außerdem wird herausgestellt, dass die Annahme, das Gericht prüfe die Entscheidung bei einem Verstoß vollumfänglich anhand des „entire fairness standard, die unterschiedlichen Phasen des Zivilprozesses nicht hinreichend berücksichtigt. Denn gerade in der bedeutenden Phase vor der „discovery“ im Rahmen des „pretrial“ führt die Darlegung eines Verstoßes gegen die Business Judgment Rule dazu, dass eine umfassende und zumeist kostenintensive „discovery“ durchgeführt wird – eine gerichtliche Prüfung am „entire fairness standard“ findet hingegen erst im „trial“ statt.

Nach der Auseinandersetzung mit der U.S.-amerikanischen Mutterrechtsordnung fällt der Blick auf den Rezeptionsvorgang in Deutschland. Hierbei stehen vor allem der Prüfungsmaßstab und die prozessuale Wirkungsweise der Business Judgment Rule im Vordergrund. Es zeigt sich, dass die deutsche Business Judgment Rule im Ausgangspunkt auf denselben Grundgedanken beruht wie in den U.S.A., das heißt eine übertriebene Risikoaversion der Geschäftsleiter soll verhindert und die Gefahr von Rückschaufehlern bei der gerichtlichen Beurteilung des Geschäftsleiterhandelns begrenzt werden.

Auch in ihrer Grundstruktur sind die deutsche und U.S.-amerikanische Business Judgment Rule identisch. Anwendungsvoraussetzung ist eine unternehmerische Entscheidung. Durch die beiden prozeduralen Merkmale der angemessenen Informationsgrundlage und des Handelns ohne Interessenkonflikt wird der Fokus der gerichtlichen Kontrolle primär auf den Entscheidungsfindungsprozess gelenkt. Darüber hinaus kann das Gericht in engen Grenzen prüfen, ob das Vorstandsmitglied vernünftigerweise annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Insoweit ist also eine inhaltliche Kontrolle der Entscheidung möglich; sie hat jedoch besonders zurückhaltend zu erfolgen.

Anders als in den U.S.A. ist das Merkmal der unternehmerischen Entscheidung und damit der Anwendungsbereich der Business Judgment Rule nach deutschem Verständnis sehr umstritten. Eine eindeutige Definition der unternehmerischen Entscheidung existiert weder in den U.S.A. noch in Deutschland. Probleme bereitet vor allem die Abgrenzung zu den Legalitätspflichten. Für den Fall, dass rechtliche Vorgaben, wie beispielsweise die Beurteilung der Angemessenheit der Informationsgrundlage, dem Vorstandsmitglied einen Entscheidungsspielraum belassen und sich das Organmitglied insoweit am Gesellschaftswohl zu orientieren hat, befürwortet der Verfasser ein unternehmerisches Ermessen anzuerkennen. Erst wenn das Gesetz zwingende Vorgaben macht, ist die Anwendung der Business Judgment Rule abzulehnen. Bei der Beurteilung der Rechtslage kann der Vorstand sich indes nicht auf ein unternehmerisches Ermessen berufen. Er muss vielmehr nach Maßgabe der strukturell mit der Business Judgment Rule vergleichbaren, aber auf Verschuldensebene wirkenden ISON-Grundsätze des BGH die Rechtslage ermitteln. Eine weitere Eingrenzung der Business Judgment Rule erfolgt teilweise bei Treuepflichten. Hier ist die Business Judgment Rule im Gegensatz zu Sorgfaltspflichten nach überwiegender Auffassung nicht anwendbar. Eine solche Differenzierung ist systematisch jedoch bedenklich und bereitet unnötige Abgrenzungsschwierigkeiten; ein Mehrwert dieser Differenzierung ist nicht zu erkennen.

Das Merkmal „vernünftigerweise annehmen durfte“ der deutschen Business Judgment Rule determiniert den Prüfungsmaßstab sowohl in Bezug auf die Ausrichtung der Entscheidung am Wohle der Gesellschaft als auch hinsichtlich der Angemessenheit der Informationsgrundlage. Wie in den U.S.A. wird hierdurch ein gemischt objektiv-subjektiver Prüfungsmaßstab umschrieben. Inwiefern das Merkmal den Prüfungsmaßstab im Einzelnen beeinflusst, ist Gegenstand einer lebhaften Diskussion. Es umschreibt jedenfalls keinen Verschuldensmaßstab und impliziert einen restriktiveren Maßstab als bei der klassischen Vertretbarkeitsprüfung. Die Konkretisierungsversuche durch Fallgruppen oder weitere unbestimmte Begriffe sind nur bedingt hilfreich. Des Weiteren ist bei der Übertragung U.S.-amerikanischer Standards Vorsicht angebracht. Aufgabe der U.S.-amerikanischen Business Judgment Rule ist insbesondere, dem Drohpotential der *discovery* entgegenzuwirken. Hierzu entfaltet die Business Judgment Rule im Falle von Aktionärsklagen bereits beim *demand*-Erfordernis nach Rule 23 F.R.C.P. und im Übrigen im Rahmen einer *motion to dismiss the claim* ihre schützende Wirkung. Bezüglich der Informationsgrundlage werden dem Gericht in der Regel detailliertere Parameter vorliegen als zur Frage, ob die Entscheidung *ex ante* inhaltlich dem Gesellschaftswohl entsprach. In jedem Fall können die Richter sich eingehender mit der Informationsgrundlage befassen; gleichwohl müssen sie auch hier einen unternehmerischen Ermessensspielraum berücksichtigen. Folglich begründet „vernünftigerweise annehmen durfte“ in Bezug auf die angemessene Informationsgrundlage weder pauschal einen strengeren Prüfungsmaßstab als bei der Beurteilung der Ausrichtung am Gesellschaftswohl noch führt das Merkmal dazu, dass die Richter bei der Überprüfung der Angemessenheit der Entscheidungsgrundlage wegsehen müssen. Es stellt lediglich klar, dass jeweils eine einzelfallbezogene Überprüfung aus *ex ante* Perspektive zu erfolgen hat, die dem Vorstand einen Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Ausgestaltung des Gesellschaftswohls überlässt.

Ein weiterer Unterschied liegt in der Rechtsnatur der Business Judgment Rule; während die U.S.-amerikanische Business Judgment Rule als „standard of judicial review“ primär an die Richter adressiert ist, wurde die deutsche Business Judgment Rule als materiellrechtliche Regelung in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG direkt im Anschluss an die allgemeinen Sorgfaltspflichten kodifiziert. Die hierdurch ausgelöste Diskussionen zum Verhältnis der Business Judgment Rule zum allgemeinen Sorgfaltsmaßstab sowie zur Rechtsnatur als materiellrechtliche Konkretisierung der Sorgfaltspflichten bei unternehmerischen Entscheidungen einerseits oder hiervon losgelöster Prüfungsmaßstab andererseits sind bis heute noch nicht abgeschlossen. Ausgehend vom Standpunkt der ganz herrschenden Meinung, wonach nicht jeder Verstoß gegen die Business Judgment Rule zur Pflichtwidrigkeit der Entscheidung führen muss und somit eine Pflichtverletzung erst auf zweiter Stufe am Maßstab des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG erfolgt, untersucht die Arbeit, wie sich Verstöße gegen einzelne Tatbestandsmerkmale der Business Judgment Rule auf die weitere gerichtliche Prüfung der Pflichtwidrigkeit der unternehmerischen Entscheidung auswirken. Im Ergebnis wird bei einem Handeln, das nicht dem „Wohle der Gesellschaft“ entspricht, stets eine objektiv pflichtwidrige Entscheidung nach dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab vorliegen. Bei einem Handeln ohne „angemessene Informationsgrundlage“ ist ebenfalls von einer objektiven Pflichtwidrigkeit auszugehen, wobei es für eine Haftung in diesen Fällen entscheidend auf die Schadensursächlichkeit ankommen wird. Die von der herrschenden Meinung hervorgehobene Zweistufigkeit der Prüfung erlangt somit nur für das ungeschriebene Merkmal der Business Judgment Rule „ohne Interessenkonflikt zu handeln“ Bedeutung. Für einen Verstoß gegen die Business Judgment Rule soll nach überwiegender Auffassung nämlich ausreichend sein, dass ein objektiver Interessenkonflikt vorliegt. Zurecht wird dann aber betont, dass gleichwohl im besten Interesse der Gesellschaft gehandelt werden kann, mithin nicht zwingend eine objektive Pflichtverletzung im Sinne des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs gegeben ist. Ungeachtet der Einordnung dieses Falles als Frage der objektiven Pflichtverletzung, befürwortet der weit überwiegende Teil im aktienrechtlichen Schrifttum auf der

zweiten Stufe sodann einen strengeren Prüfungsmaßstab, ohne diesen näher festzulegen. Die Arbeit legt dar, dass die Annahme unterschiedlicher Prüfungsmaßstäbe nicht überzeugend und insbesondere dann unzutreffend ist, wenn hieraus eine vollumfängliche gerichtliche Kontrolle abgeleitet wird. Ein solches Verständnis steht im Widerspruch zum unternehmerischen Ermessen der Leitungsorgane und lässt sich auch nicht mit dem Verweis auf das U.S.-amerikanische Recht rechtfertigen. Nach hier vertretener Ansicht darf die Feststellung eines Interessenkonflikts im Rahmen der Business Judgment Rule nur Auswirkung auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast haben. Dies setzt freilich voraus, dass auf erster Stufe, also im Rahmen der Business Judgment Rule, die Gesellschaft darlegungs- und beweisbelastet wäre, was im Widerspruch zum bislang noch ganz herrschenden – kaum haltbaren – Verständnis der Beweislastverteilung im Organhaftungsprozess steht, was im zweiten Teil der Arbeit eingehend untersucht wird.

Im zweiten Teil der Arbeit erfolgt eine umfassende Untersuchung der Darlegungs- und Beweislast im Organhaftungsprozess, die als bedeutsamster Unterschied zur U.S.-amerikanischen Business Judgment Rule gilt. Wie schon im ersten Teil wird ein Grundlagenkapitel an den Anfang gestellt, das die allgemeinen Beweisgrundsätze des deutschen Zivilprozessrechts erläutert. Anschließend folgt eine Auseinandersetzung mit § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG, der maßgebenden Beweislastnorm in der Organhaftung. Hiernach muss das beklagte Organmitglied beweisen, dass es die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat. Die im 20. Jahrhundert noch stark schwankende Rechtsprechung, steht seit dem Grundsatzurteil vom 04.11.2002 auf dem Standpunkt, dass § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG eine Beweislastumkehr sowohl auf Ebene des Verschuldens als auch der objektiven Pflichtverletzung darstellt und zugleich die Business Judgment Rule erfasst. Beweisschwierigkeiten könnten dadurch ausgeglichen werden, dass die Gesellschaft zunächst ein „möglicherweise pflichtwidriges Verhalten“ des Organmitglieds nachweisen muss und zugunsten ausgeschiedener Organmitglieder ein Einsichtsrecht besteht. Die Rechtsfigur des anfänglichen Nachweises eines „möglicherweise pflichtwidrigen Verhaltens“ stößt aber schon dogmatisch an die Grenzen der geltenden Beweislastgrundsätze, was wahrscheinlich auch der Grund ist, wieso diese Rechtsfigur von den Gerichten nicht durchgehend beibehalten wird. Darüber hinaus ist das Einsichtsrecht nach derzeitiger Konzeption nicht geeignet, das Informationsdefizit ehemaliger Organmitglieder auszugleichen. In jüngerer Zeit mehren sich deshalb die Stimmen, die der Organhaftung eine unzumutbare Strenge attestieren.

Die Untersuchung, sowohl der Entstehungsgeschichte der Beweislastumkehr als auch der ihr zugrundeliegenden teleologischen Erwägungen, stärkt die Annahme, dass die Beweislastumkehr in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nur das Verschulden betrifft. Die erstmals im Rahmen der Aktienrechtsreform 1937 kodifizierte Beweislastumkehr beruht auf den Rechtsprechungsgrundsätzen des Reichsgerichts, die jedoch von einem terminologischen und sachlich-rechtlichen Durcheinander hinsichtlich der Grundkategorien des Anscheinsbeweises und der Beweislastumkehr geprägt waren. Die die Aktienrechtsreform 1937 vorbereitenden Sitzungen der Akademie für Deutsches Recht sowie die parallel geführte Debatte zur Beweislastverteilung im Schuldrecht zeigen, dass die für die Organhaftung fruchtbar gemachten Grundsätze tendenziell eine nur auf das Verschulden beschränkte Beweislastumkehr rechtfertigen. In teleologischer Hinsicht werden das von der herrschenden Meinung bemühte Argument der Beweisnähe bzw. des Beweisnotstandes mithilfe einer Unterscheidung der Parteirollen entkräftet und nicht unerhebliche Wertungswidersprüche aufgezeigt. Darüber hinaus führt eine Beweislastumkehr im Rahmen der objektiven Pflichtverletzung zu einer negativen Ressourcenallokation im Unternehmen, weshalb auch ökonomische Gründe für eine auf das Verschulden beschränkte Beweislastumkehr streiten. Letztlich hält das von der herrschenden Meinung vorgebrachte Argument der „doppeltrelevanten Tatsache“, wie auch § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zeigt, einem kritischen Blick nicht stand.

In einem abschließenden Kapitel wird der Frage nachgegangen, wie die befürwortete Anwendung der klassischen Beweislastverteilung des Schadensrechts mit einer auf das Verschulden beschränkten Beweislastumkehr methodisch erreicht werden kann. Die Arbeit macht deutlich, dass die vielfach geforderte teleologische Reduktion des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG für ausgeschiedene Organmitglieder an der Planwidrigkeit der Regelungslücke scheitert und Wertungswidersprüche für die freilich seltenen Fälle der Inanspruchnahme amtierender Organmitglieder nicht beheben kann. Ferner lässt sich ein sachgerechtes Ergebnis nicht allein durch privatautonome Vereinbarungen erreichen. Es wird daher empfohlen, § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG klarstellend dahingehend umzuformulieren, dass die Organmitglieder lediglich die Beweislast für fehlendes Verschulden tragen. Ein solches Verständnis stellt keine Rechtsänderung dar, denn es ließe sich philologisch, teleologisch und historisch grundsätzlich schon *de lege lata* erreichen. Problematisch ist allerdings, dass dann das Merkmal der „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ im Rahmen des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG abweichend von § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG auszulegen wäre. Denn dieser Terminus beinhaltet im Rahmen des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG nach nahezu einhelliger Auffassung auch die allgemeinen objektiven Geschäftsleiterpflichten. Ein divergierendes Verständnis innerhalb Abs. 1 und 2 begegnet somit methodisch beachtlichen Hürden. Ferner wird eine dahingehende Auslegung von der Rechtsprechung spätestens seit dem Grundsatzurteil vom 04.11.2002 ausdrücklich abgelehnt. Da eine Rechtsprechungsänderung unwahrscheinlich erscheint, empfiehlt sich ein gesetzgeberisches Tätigwerden. Beispielsweise könnte § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG n.F. in Anlehnung an § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB lauten: *Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, soweit die Vorstandsmitglieder die Pflichtverletzung nicht zu vertreten haben.* Wenngleich sich Informationsdefizite im deutschen Zivilprozessrecht nicht gänzlich beheben lassen und kein Verteilungskonzept einen vollumfänglichen Schutz vor geschickter krimineller Manipulation bietet, lassen sich hierdurch sachgerechtere Ergebnisse erzielen. Auftretenden Beweisschwierigkeiten auf Seiten der Gesellschaft kann mithilfe der anerkannten Beweiserleichterungen, insbesondere der Grundsätze der Beweisvereitelung oder des Anscheinsbeweises, begegnet werden, wie es bereits im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung praktiziert wird. Zudem muss, um ausgeschiedenen Organmitgliedern eine effektive Verteidigung zu ermöglichen, ein spezielles Einsichtsrecht bestehen, das insbesondere nicht am konkreten Antragserfordernis des § 424 ZPO scheitert oder auf Urkunden beschränkt ist. Es empfiehlt sich daher, in § 93 Abs. 2a AktG für ausgeschiedene Organmitglieder ein entsprechendes Einsichtsrecht zu kodifizieren.