

DIE BUSINESS JUDGMENT RULE IM DEUTSCHEN AKTIENRECHT

ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA İŞ İNSANI KARARI

Dr. Karen KLEIN*

ÖZ

Temeli Amerikan yargı içtihatlarına dayanan business judgment rule, şirket yöneticilerine aldıkları ticari kararlar bakımından sorumluluk muafiyeti sağlamaktadır. İş insanı kararı, Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından 1997 yılında benimsenmiş ve 2005 yılında da AktG (Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu) md. 93 f. 1 c. 2'ye eklenmiştir. Bu hüküm uyarınca yönetim kurulu üyelerinin, ticari bir karar alırken bu kararın yeterli bilgiye dayandığı ve şirketin menfaatine olduğunu düşünmelerinde bir beis olmadığı durumda düzenli ve bilinçli bir yöneticinin özenini ihlal etmedikleri kabul edilmektedir. Bu makalede şartları ve hukuki sonuçları ana hatlarıyla incelenmeden önce kısaca iş insanı kararının gelişimi ve amacı ele alınacaktır. İş insanı kararı, hem iş hayatı hem de hukuk uygulaması bakımından oldukça önemli olsa da konuyla ilgili pek çok soru cevapsız kalmaktadır. Mevcut şirketler hukuku literatüründe genel olarak; bir ticari karardan bahsedilebilmesi için hangi kriterlerin konması gerektiği, yönetim kurulunun ilgili kararı alırken dayandığı bilginin ne kadar kapsamlı olması gerektiği ve mahkemelerin ticari kararları kontrol yetkisinin sınırları gibi hususlar tartışılmaktadır. Literatürde sorumluluk muafiyetinin, belirsiz hukuki bir durumdan kaynaklanan risklere ("legal judgment rule") veya uyumluluk ihlallerindeki sorumluluk hallerine ("organizational fault") uygulanabilir olup olmadığı da tartışmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İş İnsanı Kararı, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, Hukuki Riske İlişkin Ticari Karar, Uyumluluk, Uyumluluk Teşkilatlanması Kusuru

* Dr. Karen Klein, Dozentin an der Türkisch-Deutschen Universität in Istanbul im Bereich Privatrecht (karen.klein@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-0544-4738

THE BUSINESS JUDGMENT RULE IN GERMAN STOCK CORPORATION ACT

ABSTRACT

The business judgment rule, which is based on the US jurisdiction, grants directors of a corporation a liability privilege for entrepreneurial decisions. It was adapted by the Bundesgerichtshof (German Federal Court of Justice) in 1997 and inserted in § 93 para. 1 sent. 2 AktG (German Stock Corporation Act) in 2005. Accordingly, members of the management board shall not be deemed to have violated the care of a diligent and conscientious manager, if they had good reason to assume that they were acting on the basis of adequate information for the benefit of the company at the time of taking the entrepreneurial decision. This article briefly addresses the development of the business judgment rule as well as its purpose before outlining its conditions and legal consequences. Although the business judgment rule is of great importance to business and legal practice, many questions remain unanswered. The current corporate law literature mainly discusses the criteria that have to be set for an entrepreneurial decision, how extensive the information as the basis of the board decision must be and to what extent a court has authority to control the entrepreneurial decision. Literature also disputes whether the liability privilege can be transferred to issues arising from an unclear legal situation („legal judgment rule“) or liability for compliance violations („organizational fault“).

Keywords: *Business Judgment Rule, Liability of Management Board Members, Legal Judgment Rule, Compliance, Organizational Fault*

EINLEITUNG

Die aus dem US-amerikanischen Rechtskreis stammende Business Judgment Rule gewährt Mitgliedern der Geschäftsleitung eine Haftungsprivilegierung für unternehmerische Entscheidungen („*safe harbor*“). Sie wurde in Deutschland im Jahr 1997 höchstrichterlich rezipiert und im Jahr 2005 in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eingefügt. Eine Pflichtverletzung liegt demnach nicht vor, wenn ein Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Der nachfolgende Beitrag geht kurz auf die Entwicklung der Business Judgment Rule sowie deren Sinn und Zweck ein, bevor ihre einzelnen Tatbestandsmerkmale erläutert und ihre Rechtsfolgen dargestellt werden. Obwohl die Business Judgment Rule für die unternehmerische und anwaltliche Praxis von großer Bedeutung ist, sind zahlreiche Zweifelsfragen noch immer ungeklärt. In der aktuellen gesellschaftsrechtlichen Literatur wird

vor allem diskutiert, welche Kriterien an eine unternehmerische Entscheidung zu stellen sind, wie umfangreich die Informationsgrundlage als Basis der Vorstandsentscheidung ausfallen muss und wie weitgehend ein Gericht die unternehmerische Entscheidung kontrollieren darf. Zudem ist umstritten, ob die Haftungsprivilegierung auf Entscheidungen bei unklarer Rechtslage („*Legal Judgment Rule*“) oder auf die Haftung für Compliance-Verstöße („*Organisationsverschulden*“) übertragen werden kann.

1. Beispiel Deutsche Telekom AG

Im Jahr 2000 prognostizierte ein Vorstandsmitglied des Telekommunikationsanbieters VIAG Interkom (heute O₂): „*Diese Lizenz wird uns eine goldene und langfristig erfolgreiche Zukunft bescheren*“¹. VIAG Interkom war eines von sieben Unternehmen, die an der Versteigerung von UMTS-Lizenzen durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (heute Bundesnetzagentur) teilgenommen hatten. Bei UMTS („*Universal Mobile Telecommunications System*“) handelte es sich um einen Mobilfunkstandard der dritten Generation („*3G*“), mit dem deutlich höhere Datenübertragungsraten erreicht werden konnten. Auch ein Tochterunternehmen der Deutschen Telekom AG nahm an der Versteigerung teil und erwarb zwei Lizenzen für insgesamt rund 8,5 Mrd. Euro. Die Deutsche Telekom AG rechnete sich durch den Erwerb dieser Lizenzen große Chancen zur Erschließung neuer Umsatzquellen sowie zur Vergrößerung der Marktabdeckung aus. Sie war mit dieser Erwartung keinesfalls alleine, denn auch ihre Konkurrenten hatten UMTS-Lizenzen zu vergleichbar horrenden Preisen erworben.

Doch die in die UMTS-Technologie gesetzten Erwartungen erfüllten sich nicht. Im Jahr 2005 gab es in Deutschland zwar 79 Millionen Handys, aber weniger als drei Prozent davon nutzten UMTS². Da die Anbieter die hohen Kosten an die Verbraucher weitergegeben hatten, machten diese laut Presseberichten „*einen weiten Bogen*“ um die Datentarife. Auch die Branche selbst beurteilte den für die Lizenzen bezahlten Preis im Nachhinein als nicht gerechtfertigt. Ein Mitarbeiter des ebenfalls an der Versteigerung beteiligten Anbieters E-Plus gestand, der Preis sei rückschauend „*nicht so ganz passend*“ gewesen. Es seien allerdings andere Zeiten

¹ Ardel, in: Spiegel online v. 18.08.2000, „Geld verbrannt“, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/umts-lizenzen-geld-verbrannt-a-89583.html> (Abruf am 01.08.2019).

² Capital online v. 30.03.2019, „Das große Desaster mit den UMTS-Lizenzen“, <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/western-von-gestern-umtslizenzen> (Abruf am 01.08.2019).

gewesen, der Markt habe sich „*mitten in der Internet-Blase*“ befunden³. Ein früherer Bundesfinanzminister wird gar zitiert, die Abkürzung UMTS stehe eigentlich für „*Unerwartete Mehreinnahmen zur Tilgung von Staatsschulden*“. Immerhin hatte die UMTS-Versteigerung der Staatskasse im Jahr 2000 stolze 50 Mrd. Euro eingebracht. Die Mobilfunkanbieter lernten aus ihren Fehlern: Im Jahr 2010 liefen die alten Lizenzen aus und mussten als Frequenzen für die Mobilfunktechnik der vierten Generation („*4G*“) erneut ersteigert werden. Bei dieser Versteigerungsrunde lag der Erlös jedoch bei lediglich 4,4 Mrd. Euro⁴.

Die entscheidungsbefugten Topmanager hatten im Jahr 2000 also die Zukunftsfähigkeit der neuen UMTS-Technologie fundamental anders eingeschätzt als sie sich in der Realität entwickeln sollte. War ihre Entscheidung zum Erwerb der UMTS-Lizenzen deshalb sorgfaltswidrig⁵? Nein, urteilte der BGH und wies damit die Klage eines Aktionärs der Deutschen Telekom AG auf Schadensersatz ab⁶. Der Vorstand der Deutschen Telekom AG habe bei der ihm auferlegten Chancen-Risiken-Abwägung die Grenzen der unternehmerischen Ermessensfreiheit gewahrt⁷. Zwar seien

³ Spiegel online v. 01.08.2010, „Langsam beschleunigt das mobile Internet“, <http://www.spiegel.de/netzwelt/gadgets/zehn-jahre-umts-langsam-beschleunigt-das-mobile-internet-a-709250.html> (Abruf am 01.08.2019), dort das Zitat des E-Plus-Mitarbeiters *Heitmann*.

⁴ Capital online v. 31.08.2017 (wie Fn. 2), dort das Zitat des früheren Bundesfinanzministers *Hans Eichel*; Spiegel online v. 20.05.2010, „Frequenzauktion bringt über vier Milliarden Euro“, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/mobilfunkwellen-frequenzauktion-bringt-ueber-vier-milliarden-euro-a-696037.html> (Abruf am 01.08.2019); Zeit online v. 20.05.2010, „Funkfrequenzen bringen weniger ein als erwartet“, <https://www.zeit.de/wirtschaft/2010-05/mobilfunk-frequenz-versteigerung> (Abruf am 01.08.2019).

⁵ Aufgrund der besonderen Fallkonstellation (Beklagter war die Bundesrepublik Deutschland als Mehrheitsaktionärin der Deutschen Telekom AG) stellte sich diese Frage nur indirekt: Es war zu entscheiden, ob auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft zu denselben Konditionen vorgenommen hätte (§ 317 Abs. 2 AktG) und insofern ein etwaiger Nachteil der Telekom in Gestalt eines überhöhten Erwerbspreises für die UMTS-Lizenzen keine Folge der Abhängigkeit wäre.

⁶ Der Kläger trug vor, der Erwerb der Lizenzen sei für die Telekom ein objektiv nachteiliges Rechtsgeschäft gewesen. Insbesondere seien die gezahlten Versteigerungserlöse unangemessen hoch gewesen und das UMTS-System bisher noch nicht effizient auf dem Markt eingeführt. Zu den Ausführungen des Klägers im Einzelnen vgl. die Vorinstanz, OLG Köln, Urteil v. 27.04.2006 – 18 U 90/05, Rn. 11-15.

⁷ BGH, Urteil v. 03.03.2008 – II ZR 124/06, Rn. 15.

die seitens der Telekom aufgewandten Kosten „*exorbitant*“ gewesen, jedoch habe man sich damals allgemein von dem Lizenzerwerb „*enorme wirtschaftliche Chancen*“ versprochen. UMTS sei seinerzeit als der „*Kulminationspunkt für die Wachstumschancen der gesamten Branche*“ angesehen worden⁸. Der BGH prüfte die Investitionsentscheidung anhand der Kriterien der in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierten Business Judgment Rule und lehnte ein sorgfaltswidriges Handeln der Telekom-Vorstandsmitglieder ab.

2. Entwicklung der Business Judgment Rule

Vor der Kodifikation der Business Judgment Rule gab der II. Zivilsenat des BGH bereits im Jahr 1997 mit seiner grundlegenden Entscheidung in der Sache „*ARAG/Garmenbeck*“ die Richtung vor. Der Senat betonte, dass dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte ein weiterer Handlungsspielraum zugebilligt werden müsse, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar sei. Dazu gehöre „*neben dem bewußten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter, mag er auch noch so verantwortungsbewußt handeln*“ ausgesetzt sei. Fehle dem Vorstand „*das nötige Gespür für eine erfolgreiche Führung des Unternehmens*“, habe er also „*keine ‚glückliche Hand‘ bei der Wahrnehmung seiner Leitungsaufgabe*“, könne dies dem Aufsichtsrat Veranlassung geben, auf dessen Ablösung hinzuwirken. Eine Schadensersatzpflicht des Vorstands könne daraus jedoch nicht hergeleitet werden. Diese komme vielmehr erst in Betracht, wenn „*die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewußtsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muß, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muß*“⁹. Anders

⁸ BGH, Urteil v. 03.03.2008 – II ZR 124/06, Rn. 13.

⁹ BGH, Urteil v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926 (1927 f.). Dazu u.a. Bayer, NJW 2014, 2546-2550; Cahn, WM 2013, 1293-1305; Casper, ZHR 176, 2012, 617-651; Goette, in: Liber amicorum Martin Winter, 2011, 153-166; Goette, ZHR 176, 2012, 588-616; Götz, NJW 1997, 3275-3278; Faßbender, NZG 2015, 501-508; Hopt, ZIP 2013, 1793-1806; Koch, AG 2009, 93-102; Koch, NZG 2014, 934-942; Lutter, in: Festschrift Michael Hoffmann-Becking, 2013, 747-754; Mayer, NZG 2014, 1208-1211; Mertens, in: Festschrift Karsten Schmidt, 2009, 1183-1195; Paefgen, AG 2008, 761-769; Paefgen, AG 2014, 554-584; Reichert, in: Festschrift Peter Hommelhoff,

als mögliche personalpolitische Konsequenzen trat eine Schadensersatzpflicht der Vorstandsmitglieder nach Ansicht des BGH also nicht ohne Weiteres ein.

Durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts („UMAG“) aus dem Jahr 2005 wurde die Business Judgment Rule schließlich in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG aufgenommen. Nach dieser Norm liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln¹⁰. Abzustellen ist dabei schon nach dem Gesetzeswortlaut nicht auf den „Vorstand“ als Gesamtorgan, sondern auf das einzelne „Vorstandsmitglied“ und dessen jeweiligen Erkenntnis-horizont¹¹.

3. Sinn und Zweck der Haftungsprivilegierung

Die mit unternehmerischen Entscheidungen einhergehende Haftungsprivilegierung fußt auf drei Überlegungen: Zunächst soll vermieden werden, dass der Vorstand unternehmerische Risiken scheut und dadurch vielversprechende Gewinnchancen zulasten der Aktionäre nicht wahrnimmt. Vorstandsmitglieder sollen in vertretbarem Maß unternehmerische Risiken eingehen dürfen, ohne die strenge Haftung des § 93 Abs. 2 AktG fürchten zu müssen („*Vermeidung risikoaverser Entscheidungen*“)¹². Ferner soll die schwierige Entscheidungssituation berücksichtigt werden, die

2012, 907-926; Reichert, ZHR 177, 2013, 756-781; Wilsing, in: Festschrift Georg Maier-Reimer, 2010, 889-918.

¹⁰ Zur Entwicklung der Business Judgment Rule Lutter, ZIP 2007, 841, 841-842. Zu Voraussetzungen, Fallmaterial und Unterschieden der US-amerikanischen Business Judgment Rule Spindler, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 44; Mertens/Cahn, Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2010, § 93 Rn. 14. Zur rechtsformübergreifenden Anwendbarkeit BegrRegE BT-Drs. 15/5092, S. 12: „Der Grundgedanke eines Geschäftsleiterermessens im Bereich unternehmerischer Entscheidungen ist nicht auf den Haftungstatbestand des § 93 AktG und nicht auf die Aktiengesellschaft beschränkt, sondern findet sich auch ohne positivrechtliche Regelung in allen Formen unternehmerischer Betätigung.“ Dazu auch Lutter, ZIP 2007, 841, 847-848.

¹¹ Zu den sich hieraus ergebenden Besonderheiten bei der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Business Judgment Rule Löbbe/Fischbach, AG 2014, 717, 721-728.

¹² Spindler, in: MüKo (wie Fn. 10), § 93 Rn. 43; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 93 Rn. 9; Fleischer, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 60.

unternehmerische Entscheidungen typischerweise kennzeichnet und damit insbesondere deren Komplexität, Unsicherheit und Prognosecharakter Rechnung getragen werden („*Berücksichtigung der Entscheidungssituation*“) ¹³. Da sich Prognosen im Nachhinein als unrichtig erweisen können, soll schließlich vermieden werden, dass ex post an das Vorstandshandeln Anforderungen gestellt werden, die in der ex ante-Entscheidungssituation gar nicht erkennbar waren. Gerade ein im Nachhinein mit der Sache befasstes Gericht könnte – so die Befürchtung – bei voller Kenntnis der Sachlage zu überzogenen Sorgfaltsanforderungen neigen und durch seine Vorgaben in den Kernbereich der Vorstandstätigkeit eingreifen („*Vermeidung überzogener Sorgfaltsanforderungen*“) ¹⁴.

Aus dem Schrifttum zur Verhaltensökonomik („*Behavioral Economics*“) ist der zuletzt genannte Effekt als „*Rückschauverzerrung*“ oder „*Hindsight Bias*“ bekannt und in zahlreichen Studien belegt. Dieser Effekt besagt, dass Menschen, die wissen, dass ein bestimmtes Ereignis eingetreten ist, in der Rückschau dazu tendieren, die Wahrscheinlichkeit, mit der dieses Ereignis eintreten wird, zu überschätzen. Der rückschauend Urteilende überträgt sein Wissen unbewusst in die Vergangenheit, obwohl er es erst später, also nach dem entscheidungsrelevanten Zeitpunkt, erworben hat ¹⁵. Gerade dieser Effekt wird durch die Business Judgment Rule gemindert, da bei deren Eingreifen eine Pflichtverletzung von vorneherein ausscheidet.

4. Tatbestandsmerkmale der Business Judgment Rule

Damit die Haftungsprivilegierung eingreift, müssen fünf – teilweise ungeschriebene – Tatbestandsmerkmale der Business Judgment Rule vorliegen: Es muss sich um eine a) unternehmerische Entscheidung handeln, die b) auf Grundlage angemessener Information, c) ohne Sonderinteressen

¹³ Spindler, in: MüKo (wie Fn. 10), § 93 Rn. 43, 48; Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 20, 21; Fleischer, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 60.

¹⁴ Fleischer, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 60; Koch, in: Hüffer/Koch (wie Fn. 12), § 93 Rn. 9. Zur daraus folgenden Gefahr des Hindsight Bias Ott/Klein, AG 2017, 209, 213-214; Falk/Klein, in: Festschrift Detlev Fischer, 2018, 83, 91-92.

¹⁵ Zum Hindsight Bias grundlegend Fischhoff, Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance, Vol. 1, No. 3, 288-299 (1975). Zum Hindsight Bias als fächerübergreifende Fehlerquelle Falk, Festschrift Detlev Fischer, 2018, 65-81 m.w.N.

und sachfremde Einflüsse, d) zum Wohle der Gesellschaft und e) in gutem Glauben getroffen wurde.

a) Unternehmerische Entscheidung

Kernatbestandsmerkmal der Business Judgment Rule ist die unternehmerische Entscheidung. Mit ihrem Vorliegen steht und fällt ihr Anwendungsbereich. Eine überzeugende positive Definition ist bisher jedoch nicht gelungen. Stattdessen wird die unternehmerische Entscheidung lediglich unscharf umschrieben, indem auf ihre typischen Eigenschaften (Zukunftsbezogenheit, Unsicherheit und Prognosecharakter) abgestellt wird¹⁶.

Präziser fällt eine negative Definition aus, die mittels Abgrenzung zu anderen Entscheidungsformen stattfindet: So ist allgemein anerkannt, dass die unternehmerische Entscheidung im Gegensatz zur rechtlich gebundenen Entscheidung steht. Bei einer rechtlich gebundenen Entscheidung erachtet das Gesetz nur eine einzige Entscheidung als zulässig. Beispielsweise sind Bestechung oder Betrug unzulässig und müssen schlicht unterbleiben. Eine Alternative gibt es nicht, für die Business Judgment Rule ist von vorneherein kein Raum. Demgegenüber sind bei unternehmerischen Entscheidungen ganz unterschiedliche Ergebnisse denkbar. Man denke etwa an die Einführung eines neuen Produkts, die Erschließung neuer Märkte, M&A-Transaktionen oder eben auch Investitionsentscheidungen in neue Technologien wie im Fall der UMTS-Lizenzen¹⁷.

So wie ein Haftungsfreiraum bei gesetzlich vorgegebenen Pflichten ausscheidet, kommt er auch nicht zum Tragen bei Verstößen gegen Satzung, Anstellungsvertrag oder Hauptversammlungsbeschlüsse, die dem Vorstandmitglied keinen Entscheidungsspielraum gewähren. Grundsätzlich ebenso wenig handelt es sich um eine unternehmerische Entscheidung, wenn gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Informationspflichten in Frage stehen¹⁸. Auch bei Treupflichtverletzungen scheidet die Business Judgment Rule aus¹⁹.

¹⁶ Mit weiteren Nachweisen und zugleich die Selektionskraft dieser Kriterien kritisch beurteilend *Ott*, ZGR 2017, 149, 152-156.

¹⁷ Mit Nachweisen aus der Rechtsprechung *Ott*, ZGR 2017, 149, 153.

¹⁸ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 67.

¹⁹ Anders als Sorgfaltspflichtverletzungen werden Treupflichten in § 93 Abs. 1 AktG nicht ausdrücklich angesprochen. Sie sind aber allgemein anerkannt und finden sich beispielsweise als Wettbewerbsverbot (§ 88 I AktG) im Gesetz wieder.

In der Regel kann eine unternehmerische Entscheidung damit zwar von anderen Entscheidungen sinnvoll abgegrenzt werden. Insgesamt ist jedoch festzuhalten, dass mehr als 10 Jahre nach der Kodifizierung der Business Judgment Rule durch das UMAG immer noch nicht zweifelsfrei geklärt ist, wie eine unternehmerische Entscheidung positiv definiert werden kann²⁰.

b) Handeln auf Grundlage angemessener Information

Auch das nächste Tatbestandsmerkmal bereitet der Praxis regelmäßig Probleme: Das Vorstandsmitglied musste vernünftigerweise annehmen dürfen, auf der Grundlage angemessener Information zu entscheiden („*gemischt objektiv/subjektiver Maßstab*“). Damit kommen der Entscheidungsvorbereitung und der sorgfältigen Ermittlung der Entscheidungsgrundlage eine wichtige Bedeutung zu.

Die Regierungsbegründung scheint bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals noch einen großzügigeren Maßstab angelegt zu haben. Insbesondere soll laut Regierungsbegründung die unternehmerische Entscheidung nicht verrechtlicht oder (schein-)objektiviert werden. Sie beruhe vielmehr häufig auf „*Instinkt, Erfahrung, Phantasie und Gespür für künftige Entwicklungen und einem Gefühl für die Märkte und die Reaktion der Abnehmer und Konkurrenten*“²¹. Das Tatbestandsmerkmal der angemessenen Information reflektiere – so die Regierungsbegründung –, dass insbesondere bei Entscheidungen unter hohem Zeitdruck eine umfassende Entscheidungsvorbereitung schwierig oder gar unmöglich sein könne. Zudem, so die Regierungsbegründung, werde dem Vorstand in den Grenzen seiner Sorgfaltspflichten ein erheblicher Spielraum eingeräumt, den Informationsbedarf abzuwägen und sich selbst eine Meinung dazu zu bilden²². Entscheidend sind mithin die Umstände des Einzelfalls, also zum Beispiel der zeitliche Vorlauf, die Art und Bedeutung der Entscheidung oder die Möglichkeit der Informationsbeschaffung. Eine Pflicht zur Beschaffung

²⁰ Mit einer abweichenden Definition Ott, ZGR 2017, 149, 161 f.: Eine unternehmerische Entscheidung liege dann vor, wenn „(i) der Vorstand im Rahmen einer Geschäftsführungsentscheidung zwischen mindestens zwei tatsächlich möglichen und rechtlich nicht erkennbar unzulässigen Optionen wählen kann, und (ii) hierbei unabhängig von konkreten gesetzlichen oder sonstigen rechtlichen Vorgaben nach unternehmerischen Zweckmäßigkeitserwägungen entscheiden kann.“

²¹ BegrRegE BT-Drs. 15/5092, S. 11. Dazu Fleischer, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 71b.

²² BegrRegE BT-Drs. 15/5092, S. 12.

aller nur denkbarer Informationen besteht nach überwiegender Literaturansicht gerade nicht²³.

Der BGH scheint demgegenüber in seiner Rechtsprechung uneinheitlich und gerade in jüngerer Vergangenheit deutlich strenger. Während er in der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung noch ein „*auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln*“²⁴ forderte, verschärfte der BGH seine Rechtsauffassung in der Folgezeit. Danach setze die Haftungsprivilegierung voraus, dass der Geschäftsleiter „*in der konkreten Entscheidungssituation **alle verfügbaren Informationsquellen** tatsächlicher und rechtlicher Art ausschöpft und auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abschätzt und den erkennbaren Risiken Rechnung trägt*“²⁵. Diese Auffassung ist in der Literatur und vor allem bei Praktikern auf heftige Kritik gestoßen und wird als zu weitgehend abgelehnt²⁶. Bildlich formuliert ein Rechtsanwalt: „*Was nützt einem Geschäftsleiter die Existenz eines sicheren Hafens, wenn das Schiff schon in der rauen und unberechenbaren See der angemessenen Informationsbeschaffung sinkt (...)?*“²⁷

c) Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse

Zudem muss das Vorstandsmitglied ohne Sonderinteressen, sachfremde Einflüsse und frei von Interessenkonflikten tätig werden. Dabei handelt es sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Die Regierungrbegündung erläutert dies mit dem nachvollziehbaren Gedanken, dass derjenige, der sich von Sonderinteressen oder anderen Einflüssen leiten lasse, im Zweifel gerade nicht zum Wohle der Gesellschaft handle²⁸.

²³ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 70 f.

²⁴ BGH, Urteil v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, Rn. 22.

²⁵ BGH, Beschluss v. 14.07.2008 – II ZR 202/07 (Leitsatz 1) für den GmbH-Geschäftsführer (Hervorhebungen hinzugefügt). Zuletzt auch BGH Urteil v. 18.06.2013 – II ZR 86/11, Rn. 30 (ebenfalls für den GmbH-Geschäftsführer).

²⁶ *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 105; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, (wie Fn. 12), § 93 Rn. 71a; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, AktG Kommentar, 3. Aufl. 2015, § 93 Rn. 17; *Reichert*, ZGR 2017, 671, 681. Weniger streng *Spindler*, in: MüKo (wie Fn. 10), § 93 Rn. 57: „*Denn selbst die Rspr. eröffnet durch den Bezug auf die ‚konkrete Entscheidungssituation‘ einen Spielraum, der eine Anpassung des Umfangs der Informationseinholung erlaubt.*“

²⁷ *Freund*, NZG 2015, 1419, 1422.

²⁸ *BegrRegE BT-Drs. 15/5092*, S. 11. Diese Vermutung anzweifelnd *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter (wie Fn. 26), § 93 Rn. 19, da der Interessenkonflikt auch ausgeblendet werden könne.

Einigkeit besteht in der aktienrechtlichen Literatur darin, dass nicht nur auf das jeweilige Organmitglied abzustellen ist, sondern auch nahestehende Personen oder Gesellschaften und deren Interessen mit in die Betrachtung einzubeziehen sind²⁹. Auseinander gehen die Meinungen hinsichtlich der Frage, ob auch potentielle oder leichte Interessenkonflikte die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule ausschließen³⁰. Eine weitere interessante Diskussion dreht sich um das Problem, ob ein tatsächlich befangenes Vorstandsmitglied die Entscheidung der anderen Vorstandsmitglieder derart „*infizieren*“ kann, dass auch für die eigentlich unbefangenen Vorstandsmitglieder die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule entfällt³¹.

d) Handeln zum Wohle der Gesellschaft

Ferner muss das Vorstandsmitglied annehmen dürfen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Das sei laut Regierungsbegründung dann zu bejahen, wenn die Entscheidung der langfristigen Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und seiner Produkte oder Dienstleistungen diene³². Risiken darf der Vorstand dabei eingehen, wobei es im Einzelfall darauf ankommt, ob die Eingehung der Risiken aus der ex ante-Sicht noch vertretbar erscheint, wie hoch die Wahrscheinlichkeit für deren Eintreten ist und ob es Absicherungen für diesen Fall gibt³³.

e) Handeln in gutem Glauben

Schließlich muss das Vorstandsmitglied in gutem Glauben handeln. Auch dabei handelt es sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Glaubt das Vorstandsmitglied selbst nicht an die Richtigkeit seiner Ent-

²⁹ BegrRegE BT-Drs. 15/5092, S. 11; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 72; *Hopt/Roth*, in: Großkomm (wie Fn. 26), § 93 Rn. 93.

³⁰ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 72.

³¹ Dazu *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 72a-72b, der unter anderem darauf verweist, ob das befangene Vorstandsmitglied seinen Interessenkonflikt offengelegt hat und der den anderen Vorstandsmitgliedern eine besondere Prüfungsobliegenheit zuweist. Ausführlich auch *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 725-728. Ferner *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, (wie Fn. 26), § 93 Rn. 19; *Hopt/Roth*, in: Großkomm (wie Fn. 26), § 93 Rn. 94-96.

³² BegrRegE BT-Drs. 15/5092, S. 11.

³³ *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter (wie Fn. 26), § 93 Rn. 18, die im Ausnahmefall selbst existentielle Risiken für vertretbar halten. Ferner *Hopt/Roth*, in: Großkomm (wie Fn. 26), § 93 Rn. 88.

scheidung, entfällt seine Schutzwürdigkeit. Da die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule in diesem Fall in der Regel bereits an einem der vorgenannten Tatbestandsmerkmale scheitern wird, kommt dem Merkmal des Handelns in gutem Glauben lediglich eine „Notbremsfunktion“³⁴ zu.

5. Auswirkungen der Business Judgment Rule

Nach dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 *Satz 1* AktG haben Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 *Satz 2* AktG führt zu zwei wichtigen Abweichungen von diesem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab: Zum einen sind Entscheidungen der Vorstandsmitglieder nur noch eingeschränkt gerichtlich überprüfbar, zum anderen ändert sich die Beweislastverteilung zu ihren Gunsten.

a) Eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit

Auch wenn im Einzelnen vieles streitig ist, so kann doch festgehalten werden, dass die Business Judgment Rule zu einer Einschränkung der gerichtlichen Kontrolltiefe führt. Während bei Anwendung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs ein Gericht die Entscheidung des Vorstands grundsätzlich auch inhaltlich kontrollieren darf³⁵, findet bei Anwendbarkeit der Business Judgment Rule nur eine Kontrolle des Entscheidungsprozesses statt³⁶. Anders formuliert: „Greift die Business Judgment Rule ein, so küm-

³⁴ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 76.

³⁵ Umstritten ist, wie weit die inhaltliche Kontrolle reicht. Gegen eine volle richterliche Kontrolle *Harbarth*, in: Festschrift Peter Hommelhoff, 2012, S. 323, 337; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm (wie Fn. 26), § 93 Rn. 118; *Holle*, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, Diss. Konstanz 2014, S. 81: „ob der Entscheidungsinhalt im Hinblick auf die gesetzlichen Vorgaben vertretbar erscheint.“ Teilweise wird eine weitergehende gerichtliche Zweckmäßigkeitkontrolle befürwortet, so wohl in diese Richtung zu verstehen LG München I, Urteil v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 347 („*Siemens/Neubürger*“).

³⁶ *Böttcher*, NZG 2009, 1047, 1048: „lenkt stattdessen den Blick auf die Phase der Entscheidungsvorbereitung.“ Auch *Lutter*, ZIP 2007, 841, 846. Zum Meinungsstand m.w.N. *Holle*, Legalitätskontrolle (wie Fn. 35), S. 64 und insbesondere S. 65: „Dadurch befindet sich der Vorstand in der komfortablen Position, allein durch eine lückenlose Dokumentation des Entscheidungsvorgangs und den Nachweis loyalen Handelns eine gerichtliche Inhaltskontrolle seiner Entscheidung auszuschließen.“

*mert sich das Gericht nicht um den Inhalt der Entscheidung und ihre Folgen, mögen diese auch noch so desaströs gewesen sein*³⁷. Lediglich bei evidenten Fehlentscheidungen³⁸ kommt es zu einer eingeschränkten inhaltlichen Prüfung durch die Gerichte. Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem Tatbestandsmerkmal der angemessenen Informationsbeschaffung und der inhaltlichen Kontrolle am Maßstab des Gesellschaftswohls. Die gerichtliche Prüfungsdichte hinsichtlich der Informationsbeschaffung fällt „*um einige Pegelstriche strenger*“ aus als bei der Inhaltskontrolle der unternehmerischen Entscheidung³⁹.

b) Änderung der Beweislastverteilung

Ein weiterer Unterschied besteht in der Beweislastverteilung. Im Rahmen des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs ist die Darlegungs- und Beweislast für Vorstandsmitglieder ungünstig. Die Gesellschaft hat lediglich ein (möglicherweise pflichtwidriges) Verhalten des Vorstandsmitglieds, den Eintritt und die Höhe des Schadens sowie die Kausalität zwischen Vorstandshandeln und Schaden schlüssig darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Danach obliegt es dem Vorstandsmitglied, sich durch den Nachweis zu entlasten, dass sein Verhalten *nicht* pflichtwidrig oder *nicht* schuldhaft gewesen ist oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre⁴⁰.

Anders ist dies bei Anwendbarkeit der Business Judgment Rule. Hier müssen die Vorstandsmitglieder lediglich deren Voraussetzungen darlegen und gegebenenfalls beweisen, also vor allem, dass sie anhand einer angemessenen Informationsgrundlage entschieden und sich im Rahmen des ihnen eingeräumten Ermessensspielraums bewegt haben. Gelingt die-

Teilweise wird vertreten, dass auch im Rahmen der Business Judgment Rule eine beschränkte Inhaltskontrolle und damit eine Kontrolle der Vertretbarkeit der Entscheidung stattfinden müsse, *Brömmelmeyer*, WM 2005, 2065, 2069. So wohl auch *Hopt/Roth*, in: *GroßKomm* (wie Fn. 26), § 93 Rn. 53, 75-77, 116-122.

³⁷ *Lutter*, ZIP 2007, 841, 846.

³⁸ Abgezielt wird damit auf Entscheidungen des Vorstands, die schlechterdings unvertretbar, evident fehlerhaft bzw. grob fahrlässig sind. Vgl. *Dauner-Lieb*, in: *Henssler/Strohn* (wie Fn. 13), § 93 Rn. 22; *Spindler*, in: *MüKo* (wie Fn. 10), § 93 Rn. 65; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, (wie Fn. 12), § 93 Rn. 21, 23.

³⁹ *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (wie Fn. 12), § 93 Rn. 65a.

⁴⁰ Zudem gelten für die Gesellschaft gewisse Erleichterungen der Substantiierungslast, *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (wie Fn. 12), § 93 Rn. 221, 222; *Koch*, in: *Hüffer/Koch* (wie Fn. 12), § 93 Rn. 54.

ser Nachweis, ist Folge eine unwiderlegliche Vermutung ihres pflichtgemäßen Verhaltens⁴¹. Dies gilt selbst dann, wenn aus ihrer Entscheidung hohe Schäden resultieren; wie etwa im Fall der Deutschen Telekom AG und der von ihr erworbenen UMTS-Lizenzen.

6. Weitere aktuelle Diskussionen

Aktuell werden vor allem zwei Bereiche diskutiert, die sich für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Business Judgment Rule eignen: Es wird überlegt, die Haftungsprivilegierung auf Entscheidungen bei unklarer Rechtslage sowie auf Compliance-Sachverhalte zu übertragen.

a) Legal Judgment Rule

Es gibt Fälle, in denen selbst nach sorgfältiger Prüfung der Rechtslage unklar bleibt, ob eine Entscheidung rechtmäßig ist oder nicht. Eine derart unklare Rechtslage entsteht zum Beispiel bei Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe („*Subsumtionsunklarheiten*“) oder bei fehlender höchst-richterlicher Rechtsprechung. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob Vorstandsmitglieder einen potentiellen Rechtsverstoß riskieren dürfen, ohne sich dadurch einer Haftung auszusetzen. Konkreter gefasst: Ist bei unklarer Rechtslage eine der Business Judgment Rule entsprechende Haftungsprivilegierung angebracht, auch wenn es sich um eine rechtlich gebundene Entscheidung handelt? Die diesbezügliche Diskussion wird allgemein unter dem Stichwort „*Legal Judgment Rule*“ geführt.

Befürworter einer Haftungsprivilegierung betonen, dass es sich bei der rechtlichen Einschätzung einer unsicheren Rechtslage um ein systematisch vorgelagertes Element einer im Anschluss zu treffenden unternehmerischen Entscheidung handele⁴². Die Abwägungssituation sei für den Vorstand genauso schwierig und mit Unsicherheiten behaftet wie bei der darauf folgenden unternehmerischen Entscheidung selbst. Zur Veranschaulichung werden das Kapitalmarktrecht oder das Kartellrecht angeführt: So stehe nicht immer von vornherein fest, ob eine bestimmte Tatsache sofort dem Kapitalmarkt mitgeteilt werden müsse oder ob eine bestimmte Verhaltensweise kartellrechtlich unbedenklich sei⁴³. Überträgt man mit dieser

⁴¹ Koch, in: Hüffer/Koch (wie Fn. 12), § 93 Rn. 54; Hölters, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 93 Rn. 269.

⁴² Buck-Heeb, BB 2013, 2247, 2251; Bürkle, VersR 2013, 792, 795.

⁴³ Spindler, in: MüKo (wie Fn. 10), § 93 Rn. 88.

Meinung die Wertungen der Business Judgment Rule auf rechtliche Fehleinschätzungen, so folgt daraus eine Haftungsprivilegierung der Vorstandsmitglieder: Waren zur Zeit der Vorstandsentscheidung in einer rechtlichen Frage mehrere Sichtweisen vertretbar und schließt sich das Gericht später einer anderen Ansicht an als der Vorstand, dann greift zugunsten des Vorstands die Legal Judgment Rule ein⁴⁴.

Gegner einer entsprechenden Haftungsprivilegierung stellen demgegenüber heraus, dass es auch bei unklarer Rechtslage nur *eine* rechtlich zulässige Entscheidung gebe. Allein der Umstand, dass diese Entscheidung erst im Nachhinein durch ein Gericht geklärt werde, rechtfertige keine privilegierte haftungsrechtliche Behandlung analog der Business Judgment Rule⁴⁵. Trotzdem sehen die Gegner der Legal Judgment Rule wegen der mit der Entscheidung verbundenen Unsicherheiten eine gewisse Schutzwürdigkeit der Vorstandsmitglieder. Sie schlagen deswegen vor, statt die Haftungsfrage bei rechtlicher Unsicherheit durch die Annahme eines Ermessensfreiraums der gerichtlichen Kontrolle von vorneherein weitgehend zu entziehen (wie dies bei Anwendung der Business Judgment Rule geschehen würde), die Lösung auf der Ebene des Verschuldens zu suchen („*unverschuldeter Rechtsirrtum*“) ⁴⁶.

In diesem Zusammenhang ist die ISON-Entscheidung des BGH von besonderem Interesse. Diese Entscheidung ist zwar zur Vorstandshaftung bei unrichtigem Rechtsrat ergangen, könnte aber für die ähnlich gelagerte Frage der Haftung bei unklarer Rechtslage die Richtung weisen. Gemäß der ISON-Entscheidung kann ein Vorstandsmitglied, das selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, „*den strengen Anforderungen an eine ihm obliegende Prüfung der Rechtslage und an die Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung nur genügen, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage*

⁴⁴ *Spindler*, in: MüKo (wie Fn. 10), § 93 Rn. 97; *Mertens/Cahn*, Kölner Kommentar (wie Fn. 10), § 93 Rn. 75: Der Vorstand habe allerdings die Ausnutzung einer objektiv zweifelhaften Rechtslage zu unterlassen, wenn sich aus einer nicht auszuschließenden Haftung der Gesellschaft unverhältnismäßig schwere Nachteile für diese ergeben könnten.

⁴⁵ *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, Diss. Köln 2015, S. 198.

⁴⁶ *Koch*, in: Hüffer/Koch (wie Fn. 12), § 93 Rn. 19, 43 m.w.N. So auch *Verse*, ZGR 2017, 174, 192 f., der die Business Judgment Rule aber in dem auf die Rechtsermittlung folgenden zweiten Schritt der Entscheidung anwenden will.

*fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und den erteilten Rechtsrat einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht*⁴⁷. Tut ein Vorstandsmitglied dies, entfällt sein Verschulden⁴⁸.

b) Anwendbarkeit auf Compliance-Sachverhalte

Als „*Compliance*“ bezeichnet man vereinfacht formuliert die Pflicht zur Einhaltung der Rechtsordnung⁴⁹. Entsprechend trifft Unternehmen die Pflicht, Compliance-Verstöße zu verhindern. Um Compliance-Verstöße handelt es sich beispielsweise, wenn in einem Unternehmen kartellrechtswidrige Preisabsprachen getroffen oder Amtsträger bestochen werden. Solche Verstöße sind nicht selten mit hohen Bußgeldern bewehrt und können zusammen mit anderen Schadenspositionen (z.B. Vergabesperren, Aufklärungskosten, Reputationsverlust) zu enormen Schadenssummen führen.

Ein bekanntes Beispiel ist die „*Siemens-Korruptionsaffäre*“. Im November 2006 wurde durch Ermittlungen der Staatsanwaltschaft bekannt, dass in beinahe allen Unternehmensbereichen der Siemens AG „*schwarze Kassen*“ gebildet und die so generierten Mittel für Korruptionzahlungen an ausländische Amtsträger und Geschäftspartner eingesetzt wurden. Die aus diesen Verstößen resultierenden Vermögensschäden der Siemens AG beliefen sich nach eigenen Angaben auf rund 2,5 Mrd. Euro⁵⁰. Hohe Schäden drohen auch der Volkswagen AG in der aktuell die Presse beschäftigenden „*Dieselfaffäre*“, die sich um manipulierte Abgaswerte dreht. Die Volkswagen AG soll laut Presseberichten allein für die interne Sachverhaltsaufklärung rund 140 Mio. Euro an eine Rechtsanwaltskanzlei gezahlt haben⁵¹.

⁴⁷ BGH, Urteil v. 20.09.2011 – II ZR 234/09, Leitsatz 2. Präzisierend BGH, Urteil v. 28.04.2015 – II ZR 63/14, Rn. 28-33.

⁴⁸ BGH, Urteil v. 20.09.2011 – II ZR 234/09, Rn. 16.

⁴⁹ Etwa *Volz*, in: Teichmann, Compliance, 1. Aufl. 2014, Rn. 2. *Moosmayer*, Compliance, 3. Aufl. 2015, Rn. 1, definiert Compliance konkretisierend als „*die Einhaltung der straf- und bußgeldbewehrten Gesetze sowie deren innerbetrieblichen Ausführungsregelungen im Unternehmen*“. Compliance-Organisationspflichten betonend *Balke*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 7, 2016, § 111 Rn. 2.

⁵⁰ Einladung zur Hauptversammlung der Siemens AG am 26. Januar 2010, S. 27, https://www.siemens.com/investor/pool/de/investor_relations/events/hauptversammlung/2010/einladung_hv2010_d.pdf (Abruf am 01.08.2019).

⁵¹ Bild online v. 25.03.2017, „VW beendet Aufklärung durch US-Kanzlei“, <https://www.bild.de/geld/2017/abgas-skandal/us-kanzlei-stellt-arbeit-ein->

Compliance ist nicht zuletzt deshalb eine Vorstandsaufgabe. Zur Vermeidung von Compliance-Verstößen stellen sich für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft zwei Pflichten: Zum einen müssen sie sich selbst rechtstreu verhalten („*Legalitätspflicht*“), zum anderen müssen sie für rechtmäßiges Verhalten der Mitarbeiter der Gesellschaft sorgen („*Legalitätskontrollpflicht*“). Um der zweiten Pflicht nachzukommen, werden sie in der Regel für die Einrichtung einer Compliance-Organisation (z.B. Schaffung einer Compliance-Abteilung) sowie deren Ausgestaltung durch Umsetzung entsprechender Compliance-Maßnahmen (z.B. Durchführung von Schulungen, Erstellung von Verhaltensleitfäden) sorgen. Kommt es in einem Unternehmen dennoch zu Compliance-Verstößen, wird aktuell diskutiert, die Haftungsprivilegierung der Business Judgment Rule auch auf die Haftung der Vorstandsmitglieder für diese Compliance-Sachverhalte zu übertragen.

Ob dies möglich ist, hängt insbesondere von der Art der Pflichtverletzung ab⁵²: Bei einer eigenen Beteiligung der Vorstandsmitglieder an den Compliance-Verstößen oder bei einer Duldung der Compliance-Verstöße von Mitarbeitern liegt ein Verstoß gegen die Legalitätspflicht vor. Die Vorstandsmitglieder hätten eine entsprechende Handlung unterlassen bzw. das rechtswidrige Verhalten der Mitarbeiter unterbinden müssen. Da in beiden Fällen eine rechtlich gebundene Entscheidung vorliegt, scheidet für diese Pflichtverletzungen die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule von vorneherein aus.

Strukturell anders gelagert ist der Vorwurf einer Organisationspflichtverletzung (auch „*Organisationsverschulden*“ genannt). Speziell in diesem Bereich wird die Übertragbarkeit der durch die Business Judgment Rule gewährten Haftungsprivilegierung befürwortet⁵³. Dabei wird den Vorstandsmitgliedern eine mangelhafte Ausrichtung oder Ausgestaltung der Compliance-Organisation und damit eine Verletzung ihrer Legalitätskontrollpflicht zur Last gelegt. Der Vorwurf geht in der Regel dahin, dass

51005184.bild.html (Abruf am 01.08.2019). Zur Ersatzfähigkeit von Kosten interner Ermittlungen und sonstiger Rechtsberatung im Rahmen der Organhaftung *Lüneborg/Resch*, NZG 2018, 209-217.

⁵² Zu den verschiedenen Arten möglicher Pflichtverletzungen *Ott/Klein*, AG 2017, 209, 215.

⁵³ Hierzu etwa *Balke/Klein*, ZIP 2017, 2038, 2041-2046; *Harbarth*, ZHR 179, 2015, 136, 152-153; *Balke*, in: Handbuch (wie Fn. 49), § 113 Rn. 17; *Hopt/Roth*, in: Großkomm (wie Fn. 26), § 93 Rn. 187; *Paefgen*, AG 2014, 554, 557; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2174; *Ott*, ZGR 2017, 149, 162-170.

die Auswahl und Gewichtung der risikorelevanten Bereiche unrichtig gewesen sei oder dass bei Umsetzung bestimmter unterlassener Compliance-Maßnahmen die Compliance-Verstöße mit Wahrscheinlichkeit hätten verhindert oder jedenfalls verringert werden können. Wie diese Beispiele zeigen, handelt es sich bei derlei Vorstandsentscheidungen gerade nicht um rechtlich gebundene Entscheidungen. Das „*wie*“ der Ausrichtung und Ausgestaltung der Compliance-Organisation ist gesetzlich nicht vorgegeben. Es handelt sich vielmehr um eine Pflichtaufgabe mit Entscheidungsspielraum⁵⁴.

Insbesondere teleologische Erwägungen rechtfertigen eine Gleichstellung mit der Business Judgment Rule. Dieselben Erwägungen, die eine Haftungserleichterung für unternehmerische Entscheidungen rechtfertigen – Vermeidung risikoaverser Entscheidungen, Berücksichtigung der schwierigen Entscheidungssituation, Vermeidung von in der Rückschau überzogenen Sorgfaltsanforderungen –, treffen auch für Entscheidungen im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Compliance-Organisation zu⁵⁵. Ohne Haftungsprivilegierung würden die Gewinninteressen der Aktionäre geschädigt, da möglichst teure und allumfassende Compliance-Programme aufgelegt würden, um einer möglichen Haftung für Compliance-Vorfälle zu entgehen. Zudem bestehen vergleichbare Prognoseunsicherheiten, was die Tauglichkeit der umzusetzenden Compliance-Maßnahmen angeht. Der Vorstand hat aus einer Vielzahl theoretisch denkbarer Optionen diejenigen Risikobereiche bzw. Compliance-Maßnahmen auszuwählen, die er hinsichtlich der konkreten Risikoexposition des Unternehmens für angemessen hält. In die Betrachtung einzubeziehen hat er dabei Kosten-Nutzen-Gesichtspunkte, Zweckmäßigkeitserwägungen und Entwicklungsprognosen und damit Gesichtspunkte, wie sie ebenso für klassische unternehmerische Entscheidungen maßgeblich sind. Und schließlich besteht auch bei der nachträglichen Überprüfung der Compliance-Organisation die Gefahr, dass die nunmehr vorhandene Kenntnis von Compliance-Vorfällen zu im Nachhinein überzogenen Sorgfaltsanforderungen führt. Ex post und bei voller Kenntnis des Geschehensablaufs fällt es oft

⁵⁴ *Balke/Klein*, ZIP 2017, 2038, 2042. Besonderheiten gelten im regulierten Bereich (Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen), hierzu *Ott*, ZGR 2017, 149, 168-172, der auch in diesem Bereich für eine Anwendbarkeit der Business Judgment Rule plädiert, aber eine Modifikation des Kontrollmaßstabs vornimmt.

⁵⁵ Dazu ausführlich und m.w.N. *Balke/Klein*, ZIP 2017, 2038, 2043; *Falk/Klein*, in: Festschrift Fischer, (wie Fn. 14), 83, 93.

besonders leicht zu sagen, welche Compliance-Maßnahme die optimale gewesen wäre, um die Compliance-Verstöße zu verhindern⁵⁶.

ZUSAMMENFASSUNG

Die aus dem US-amerikanischen Rechtskreis stammende Business Judgment Rule befasst sich mit der Haftung der Geschäftsleitung für unternehmerische Entscheidungen. Die Business Judgment Rule wurde im Jahr 1997 durch die „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung des BGH höchstrichterlich rezipiert und im Jahr 2005 durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts („UMAG“) in Deutschland kodifiziert. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG schließt nun ausdrücklich eine Pflichtverletzung aus, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Kernatbestandsmerkmal der Business Judgment Rule ist die unternehmerische Entscheidung, für die sie eine Haftungsprivilegierung gewährt („*safe harbor*“). Sinn und Zweck dieser Haftungsprivilegierung ist es zunächst, risikoaverse Entscheidungen der Vorstandsmitglieder zu vermeiden, die sich zulasten der auf Gewinn ausgerichteten Aktionärsinteressen auswirken. Vorstandsmitglieder sollen in vertretbarem Rahmen unternehmerische Risiken eingehen dürfen, ohne eine Haftung befürchten zu müssen. Ferner sollen Komplexität, Prognosecharakter und Unsicherheit Rechnung getragen werden, unter denen eine unternehmerische Entscheidung typischerweise steht. Und schließlich sollen in der Rückschau überzogene Sorgfaltsanforderungen an das ex ante zu beurteilende Vorstandshandeln vermieden werden (Gefahr des „*Hindsight Bias*“).

Damit diese Haftungsprivilegierung eingreift, müssen fünf – teilweise ungeschriebene – Tatbestandsmerkmale vorliegen: Es muss sich um eine a) unternehmerische Entscheidung handeln, die b) auf Grundlage angemessener Information, c) ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse, d) zum Wohle der Gesellschaft und e) in gutem Glauben getroffen wurde. In der aktuellen gesellschaftsrechtlichen Literatur werden insbesondere die Anforderungen an eine unternehmerische Entscheidung

⁵⁶ Speziell zum Hindsight Bias im Rahmen der Vorstandshaftung jeweils m.w.N. Ott/Klein, AG 2017, 209-221; Falk/Klein, in: Festschrift Fischer (wie Fn. 14), 83, 87-93.

sowie an die Angemessenheit der Informationsgrundlage diskutiert. Eine positive Definition der unternehmerischen Entscheidung ist bisher nicht gelungen, so dass sie meist durch eine Abgrenzung zur rechtlich gebundenen Entscheidung definiert wird. Ebenso problematisch ist der Umfang der vor der Entscheidung einzuholenden Informationen, an den der BGH in jüngerer Vergangenheit strengere Anforderungen zu stellen scheint.

Können die Tatbestandsmerkmale der Business Judgment Rule bejaht werden, hat das sowohl Folgen für die Beweislastverteilung als auch für die gerichtliche Kontrolldichte: Vorstandsmitglieder müssen lediglich die Voraussetzungen der Business Judgment Rule darlegen und gegebenenfalls beweisen und sich nicht – wie im Rahmen des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG – umfassend entlasten. Gelingt den Vorstandsmitgliedern dieser Nachweis, ist Folge eine unwiderlegliche Vermutung ihres pflichtgemäßen Verhaltens. Dies gilt selbst dann, wenn aus ihrer Entscheidung enorme Schäden resultieren. Durch die Business Judgment Rule wird demnach ein gerichtlich nicht überprüfbarer Ermessensspielraum des Vorstandshandelns anerkannt und die gerichtliche Kontrolle auf den Entscheidungsprozess beschränkt. Eine (eingeschränkte) inhaltliche Prüfung durch die Gerichte findet nur bei evidenten Fehlentscheidungen statt.

Schließlich wird in der gesellschaftsrechtlichen Literatur aktuell diskutiert, ob die Haftungsprivilegierung der Business Judgment Rule auch bei unklarer Rechtslage („*Legal Judgment Rule*“) oder bei der Haftung für Compliance-Sachverhalte („*Organisationsverschulden*“) Anwendung finden sollte. Während diese Überlegung bei unklarer Rechtslage weitgehend abgelehnt und eine Lösung auf Verschuldensebene gesucht wird, sprechen insbesondere teleologische Erwägungen für eine entsprechende Anwendung der Business Judgment Rule bei Organisationspflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Ausrichtung und Ausgestaltung einer Compliance-Organisation.

ÖZET

Amerikan hukuku menşeyli iş insanı kararı, şirket yönetiminin aldığı ticari kararlardan doğan sorumluluğu ile ilgilidir. İş insanı kararı, 1997 yılında Alman Yüksek Federal Mahkemesi'nin "ARAG/Garmenbeck" Kararı ile yüksek mahkemeye benimsenmiş ve 2005 yılında ise Kurumsal Bütünlük ve İptal Kanunu'nun Modernleştirilmesi Hakkında Kanun ("UMAG") ile Almanya'da yasal olarak düzenlenmiştir. Alman Paylı Ortaklıklar

Kanunu md. 93 f.1 c.2’de yönetim kurulu üyesinin yeterli bilgiye dayanarak alacağı ticari bir kararla şirketin menfaatine hareket ettiğini düşünmesinde beis olmayan hallerde yönetim kurulu üyesinin yönetim yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

İş insanı kararının temel unsuru, sorumluluk muafiyeti temin ettiği ticari karardır (“safe harbor”/güvenli liman). Bu sorumluluk muafiyetinin öncelikli amacı, yönetim kurulu üyelerinin riskten kaçan kararlar almalarını engellemektedir. Zira yönetim kurulunun riskten kaçan kararlar alması, kar elde etmeye odaklı pay sahiplerinin menfaatlerini olumsuz etkilemektedir. Yönetim kurulu üyeleri makul bir ölçüde sorumlulukları doğmadan da ticari riskler alabilmelidir. Ayrıca ticari kararların genel olarak kompleks, öngörüye dayalı ve sonuçlarının belirsiz olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Son olarak, yönetim kurulunun aldığı kararlar ex ante olarak özen yükümlülüğü bakımından incelenirken aşırıya kaçılmamalıdır (geri görüş önyargısı - “hindsight bias” - tehlikesi).

Sorumluluktan muafiyetin söz konusu olabilmesi için -bazıları yazılı olmamakla beraber- 5 şart sağlanmalıdır: a) söz konusu, ticari bir karar olmalı b) bu kararın yeterli bilgiye sahip olarak alınması, c) kararın özel menfaatlerden ve konuyla alakası olmayan dış etkilerden bağımsız şekilde alınması, d) şirketin menfaatine olması ve e) iyi niyetle alınması gerekmektedir. Güncel şirketler hukuku literatüründe özellikle ticari karardan bahsedilebilmesi için gereken şartlar ve kararın dayandığı bilginin yeterliliği hakkında tartışmalar yapılmaktadır. Ticari kararın pozitif bir tanımı henüz yapılamamıştır. Ticari karar daha çok, takdir yetkisinin olmadığı kararlardan ayrıldığı noktalar üzerinden tanımlanmaktadır. Öte yandan karar öncesinde toplanması gereken bilgilerin kapsamı da problemlidir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi yakın geçmişte verdiği kararlar incelendiğinde, karar öncesi vakıf olunması gereken bilgilerin kapsamı bakımından eskiye nazaran daha katı şartlar aradığı izlenimi uyanmaktadır.

İş insanı kararının şartları somut olayda mevcutsa, bu durum hem ispat yükü hem de kararın yargısal denetimi bakımından farklı sonuçlar doğurmaktadır: yönetim kurulu üyeleri Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu md. 93 f.1 c.1’de öngörülen genel özen derecesinin ihlalinde olduğu gibi kurtuluş kanıtını tam olarak getirmek zorunda değildir; sadece iş insanı kararının şartlarının somut olayda varlığını ortaya koymalı ve ispat etmelidir. Yönetim kurulu üyesinin alınan kararın iş insanı kararının şartlarının sağlandığını ispat etmesi yükümlülüklerini ihlal etmediğine dair bir faraziye teşkil eder. Alınan karar yüklü miktarda zarara sebep olmuş olsa dahi iş insanı kararının şartları mevcutsa alınan karar bakımından yönetim kurulu üyesinin yükümlülüklerini ihlal ettiğinden bahsedilemez. İş insanı kararı ile yönetim kuruluna, yargısal denetimi mümkün olmayan bir takdir yetkisi tanınmaktadır ve yargısal denetim sadece kararın alınma süreciyle sınırlıdır. Mahkeme tarafından sınırlı içerik kontrolü, sadece kararın bariz bir şekilde hatalı olduğu durumlarda gerçekleştirilmektedir.

Son olarak şirketler hukuku literatüründe, iş insanı kararının getirdiği sorumluluktan muafiyetin belirsiz hukuki bir durumundan kaynaklı risklerde (“Legal Judgment Rule”) veya uyumluluk ihlallerinden doğan sorumluluk durumlarında (Uyumluluk Teşkilatlanması Kusuru) da uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmaktadır. Hukuki durumun belirsizliğinden kaynaklanan risklerde sorumluluk muafiyetinin uygulanması büyük ölçüde reddedilirken, bu sorunun çözümü kusur düzeyinde aranmaktadır. Öte yandan iş insanı kararının kıyasen uygulanması özellikle bu hükmün amacı göz önünde bulundurulduğunda işletmede uyumluluktan sorumlu bir yapılanmanın kurulması ve şekillendirilmesine bağlı olarak uyumluluk teşkilatlanmasındaki görev ihlalleri bakımından mümkün kabul edilmelidir.