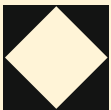


Jan-Ole Jena

Die Business Judgment Rule im Prozess

Eine prozessrechtliche Betrachtung der
Business Judgment Rule und Beweislastverteilung
im Organhaftungsrecht



Nomos

Successful Dispute Resolution

edited by

Professor Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess,
Max Planck Institute Luxembourg for International,
European and Regulatory Procedural Law, Luxembourg
em. Prof. Dr. Dr. h.c. Professor Rüdiger Wolfrum,
Max Planck Foundation for International Peace and the
Rule of Law, Heidelberg

Professor Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer, Institute for
Comparative Law, Conflict of Laws and International
Business Law, Heidelberg University

Volume 9

Jan-Ole Jena

Die Business Judgment Rule im Prozess

Eine prozessrechtliche Betrachtung der
Business Judgment Rule und Beweislastverteilung
im Organhaftungsrecht



Nomos

© **Coverbild:**

links: Max Planck Institut Heidelberg, © Carola Nerbel, Architekturfotografie in Heidelberg
mitte: Institut für internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, © Jens Benninghofen
rechts: Max Planck Institut Luxemburg, © Christian Aschman

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

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6460-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-0584-4 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg im Wintersemester 2019/2020 als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Juni 2019 abgeschlossen, wichtige neuere Entwicklungen wurden bis Mai 2019 verarbeitet.

Mein ganz besonderer und herzlicher Dank gilt meinem hochverehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Christoph A. Kern, der die Entstehung der Arbeit mit viel Engagement und sehr wertvollen Hinweisen unterstützt hat. Dank gebührt weiter Herrn Professor Dr. Dirk Verse für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Professor Dr. Andreas Piekenbrock für den Vorsitz in der Disputation. Bedanken möchte ich mich ebenfalls bei Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer, Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Rüdiger Wolfrum sowie dem Max-Planck-Institut für Prozessrecht in Luxemburg für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Der International Max Planck Research School for Successful Dispute Resolution in International Law bin ich für die großzügige Unterstützung meiner Arbeit durch ein Promotionsstipendium, die anregenden Diskussionen während der Vortragswochenenden und die Unterstützung im Rahmen der Drucklegung zu großem Dank verpflichtet. Zu danken ist außerdem Herrn Professor Dr. Peter L. Murray für die Ermöglichung eines dreimonatigen Forschungsaufenthalts an der Harvard Law School.

Meinen Kolleginnen und Kollegen am Heidelberger Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht danke ich für ihre stets verständnisvolle Unterstützung und die großartige Zusammenarbeit.

Nicht zuletzt danke ich besonders Maja Zoche, Ben Köhler und Alexander Ruckteschler für ihre hilfreichen Anregungen und das mühevollen Korrekturlesen sowie meiner Familie, die mir in der Zeit der Erstellung des Manuskriptes ständiger Rückhalt waren; ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Freiburg im Januar 2020

Jan-Ole Jena

The Business Judgment Rule in Litigation

The thesis ‘The Business Judgment Rule in Litigation’ examines the so-called ‘business judgment rule’ from a procedural point of view.

In 2005, the German legislature codified the business judgment rule in Section 93(1) sentence 2 of the German Stock Corporation Act (*Aktiengesetz* – AktG). After the financial crisis in 2007/2008, numerous cases of directors’ and officers’ liability arose and fueled the discussion about the recently codified business judgment rule. These cases revealed that despite the codification, there is still no truly safe harbor for directors and officers. Even the 70th *Deutscher Juristentag* 2014, an influential association uniting practitioners and academics, included the topic ‘reform of directors’ and officers’ liability’ in its agenda. In the controversial discussion, two approaches emerged: On the one hand, the expansion of directors’ discretion, and on the other hand, an amendment of procedural structures. The thesis examines both approaches. While previous literature has paid great attention to the individual constituent elements and legal consequences of the business judgment rule, it has hardly examined its effects in court.

To facilitate an understanding of the business judgment rule as a ‘legal transplant’, the thesis starts with the principles of reception, especially the reception of U.S. corporate law. Since the work is of interest not only for corporate law experts, but also for procedural law experts and experts in the field of comparative law, the second chapter provides – as a foundation for the ensuing procedural analysis – a substantive law overview over the legal structure of managerial liability in Germany. It explains directors’ and officers’ duties and the objectives of liability and its impact on directors’ and officers’ conduct using insights from law and economics.

Taking into account the legal situation in the U.S. from a comparative legal perspective, the subsequent chapter examines the procedural effects of the business judgment rule in U.S. civil litigation. The chapter’s focus is on Delaware state law, it being the key body of corporate law in the U.S., but it also provides insights on federal (procedural) law. In this context, the thesis deals with the requirements, history and origin of the business judgment rule while elaborating upon relevant case law. It shows that the business judgment rule is of importance during different phases of civil proceedings with different requirements regarding the burden of proof and pleading standard. In the case of a shareholder action, the business

judgment rule first becomes relevant in the context of the ‘demand’ to the board of directors, i.e. whether a demand is dispensable or whether it could be reasonably rejected by a special litigation committee. If a demand is excused or if there is no shareholder action, the general requirements of a ‘motion to dismiss the claim’ must be examined. Here, the business judgment rule is applied a second time. If the ‘motion to dismiss’ is unsuccessful, the business judgment rule may become relevant in the summary judgment. Finally, during the ‘trial’ stage, the business judgment rule is of only minor importance, but not without relevance. This thesis not only highlights the respective standards of proof in each phase, but it also shows that the frequently made assertion that in the event of a violation of the business judgment rule the burden of proof is shifted from the plaintiff to the defendant director and that the court consequently examines the decision in its entirety on the basis of the ‘entire fairness standard’ is incorrect. Especially during the pretrial stage, the finding of an infringement of the business judgment rule leads to a comprehensive and usually expensive ‘discovery’. The ‘entire fairness standard’, on the other hand, is applied only in the ‘trial stage’.

Chapter 4 focuses on the reception of the business judgment rule in Germany. It finds the German business judgment rule to be based on the same basic ideas as in the U.S. Under both concepts, the rule is meant to protect managers from liability and seeks to prevent risk-averse behavior as well as restrain judicial review in light of the problem of hindsight bias. A comparison with U.S. law, however, also illustrates that there is no need for comparable judicial restraint in German law due to differences in procedure. Furthermore, the German business judgment rule is embedded in substantive law, while the U.S. business judgment rule is primarily addressed to judges by stipulating a ‘standard of judicial review’. This has led to a discussion about the relationship between the business judgment rule and the general standard of care, as well as about its legal nature. Based on the prevailing opinion that not every infringement of the business judgment rule necessarily implies a breach of the applicable duty of care, this work examines how violations of individual elements of the business judgment rule affect further judicial review. Especially in case of directors’ or officers’ lack of objectivity or independence, it remains possible to act in the best interest of the corporation, and thus to satisfy the general standard of care. Notwithstanding the classification of this case as a question of a breach of duty, the vast majority of academic literature then advocates a stricter standard of review at this so-called second stage of review. The thesis shows that the standard of review should stay the same and only affect

the distribution of the burden of proof at the second level. This presupposes, of course, that at the first stage, i.e. by applying the business judgment rule, the corporation carries the burden of proof, which is in contradiction to the as yet prevailing – but hardly tenable – understanding of the distribution of the burden of proof with regard to managerial liability in Germany.

The second part of the thesis therefore deals in detail with the burden of proof in the context of directors' and officers' liability. Following a basic chapter (Chapter 5) which describes the general principles of evidence, Chapter 6 deals with the burden of proof provision in Section 93(2) sentence 2 AktG, according to which the defendant director or officer must prove that his or her actions satisfied the applicable standard of care. The case law, which still fluctuated considerably during the 20th century, has held, since a pivotal judgment of the Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*; BGH) from 4th November 2002, that Section 93(2) sentence 2 AktG contains a shift of the burden of proof to the defendant for both fault and the objective breach of duty, and thus also extends to the business judgment rule. Nonetheless, the corporation must first prove that the respective board members may have breached their duties. Also, former directors and officers have a right to information. This concept of initial proof of a possible violation of duties, however, is dogmatically questionable with regard to recognized principles of the burden of proof, which is likely why this concept is not consistently applied throughout. In addition, the judicially developed right to information for this purpose also fails to compensate the lack of information due to procedural reasons. Thus, they cannot plead that they acted prudently and conscientiously as managers. Consequently, the current liability concept proves to be very strict.

This prompted the analysis carried out in Chapter 7, concerning both the origins of the reversal of the burden of proof as well as the underlying teleological considerations. The reversal of the burden of proof, first codified within the framework of the German Stock Corporation Act in 1937, is based on earlier case law principles stipulated by the *Reichsgericht*. These principles, however, were characterized by terminological and factual confusions and inconsistencies concerning such basic categories as *prima facie* evidence and reversal of the burden of proof. Moreover, a glance at the parallel discussions about on the distribution of the burden of proof, in particular in the law of obligations, indicates that the principles only cover the question of fault. From a teleological point of view, the argument of proximity to evidence, put forward by supporters of the prevailing opinion, is rebutted with the help of a differentiation of party roles and an ex-

amination of various possible scenarios. Also, considerable inconsistencies are pointed out.

Given the difficulties identified, the thesis recommends imposing the burden of proof on the corporation and proposes taking legislative action. Although information deficits cannot be completely remedied in German civil procedural law and no concept on the distribution of burdens of proof can offer complete protection against clever criminal manipulation, satisfactory results can nevertheless be achieved in this way. A residual lack of information can be countered by using the recognized principles of evidence law, in particular the principles of spoliation of evidence or *prima facie* evidence. In addition, in order to enable directors and officers to properly defend themselves, there must be an effective right to information which does not fail due to procedural reasons. Codifying the corresponding right to information for former directors and officers in Section 93(2a) AktG is therefore recommended.

Inhaltsverzeichnis

The Business Judgment Rule in Litigation	7
Abkürzungsverzeichnis	19
1. Kapitel: Einleitung	27
A. Problemstellung	32
B. Notwendigkeit der wissenschaftlichen Untersuchung	33
I. Praxisrelevanz der Organhaftung	35
II. Die Bedeutung der Business Judgment Rule	46
III. Bedeutung des Prozessrechts für das Organhaftungsrecht	49
C. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	50
D. Methodik und Gang der Darstellung	51
E. Ziel der Untersuchung	52
1. Teil: Das materiellrechtliche Konzept der Business Judgment Rule	53
2. Kapitel: Grundlagen der Organhaftung	53
A. Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft	53
B. Sinn und Zweck der Organhaftung	56
I. Gesellschaftsinteresse	57
1. Stakeholder-Value-Ansatz	58
2. Shareholder-Value-Ansatz	60
3. Moderater Shareholder-Value-Ansatz	61
4. Stellungnahme	62
II. Sinn und Zweck der Haftung	63
1. Primär nur Ausgleichsfunktion?	64
2. Präventivfunktion i.S.v. Verhaltenssteuerung	65
3. Haftung und alternative Steuerungsmöglichkeiten	67
a) Das Strafrecht	67
b) Gesellschaftsinterne Steuerungsmechanismen	68
c) Kapitalmarktmechanismen	69
4. Wirkung der Haftung	70

5. Zwischenergebnis	72
C. Ausgestaltung des Haftungskonzepts	73
I. Der Haftungstatbestand	73
II. Der Sorgfaltsmaßstab	73
III. Das Pflichtenprogramm	74
1. Die Treuepflicht	76
2. Die Sorgfaltspflicht	77
a) Legalitätspflicht	77
b) Unternehmerisch sorgfältige Leitung	78
IV. Die Rolle der Business Judgment Rule	79
1. Verhinderung von hindsight bias	79
2. Fehlende richterliche Expertise	81
3. Sicherung der Kompetenzverteilung	82
4. Risikoallokation und Verhaltenssteuerung	82
5. Sicherung kompetenter Führungskräfte	85
6. Verhinderung räuberischer Aktionärsklagen	85
D. Zusammenfassung	86
3. Kapitel: Die U.S.-amerikanische Business Judgment Rule	88
A. Rechtsquellen und Überblick über die Entstehungsgeschichte	89
B. Überblick über die Tatbestandsmerkmale und den Anwendungsbereich	92
I. Business Judgment und Anwendungsbereich	93
II. Disinterestedness und Independence	95
III. Informed Judgment	98
IV. Rational belief to act in the corporation's best interest	101
C. Rechtsnatur und Wirkungsweise	106
I. Das Grundverständnis der Business Judgment Rule	106
II. Vertiefung zur prozessualen Wirkungsweise der Business Judgment Rule	109
1. Pretrial	110
a) Motion to dismiss the claim	111
aa) Rule 23.1 F.R.C.P. (derivative suit)	111
(1) Demand excused	112
(2) Demand refused	116
bb) Rule 12(b)(6) F.R.C.P.	118

cc) Tools-at-hand und discovery	121
(1) Inspection of books and records gemäß Sec. 220 Del.Gen.Corp.L.	122
(2) Access to and confidentiality of information gemäß 6 Del.C. § 18-305	127
b) Discovery	128
c) Motion for summary judgment	131
2. Hauptverfahren (Trial)	132
3. Schlussfolgerungen für die Business Judgment Rule	133
D. Zusammenfassung	134
 4. Kapitel: Die deutsche Business Judgment Rule	 137
A. Überblick zur Entstehungsgeschichte	137
I. Bis zum ARAG/Garmenbeck-Urteil	137
II. Das ARAG/Garmenbeck-Urteil	139
III. Das Gesetzgebungsverfahren – UMAG	141
B. Die materiellrechtliche Konzeption der heutigen Business Judgment Rule	142
I. Anwendungsbereich	145
1. Unternehmerische Entscheidung	145
2. Abgrenzung zu Legalitätspflichten im weiteren Sinne	147
3. Keine Anwendung bei Treuepflichtverstößen	151
4. Personeller Anwendungsbereich	153
II. Prüfungsmaßstab der Business Judgment Rule	154
1. Vernünftigerweise annehmen durfte, (...) zum Wohle der Gesellschaft zu handeln	156
a) Zum Wohle der Gesellschaft	156
b) Annehmen durfte	156
c) Vernünftigerweise	157
aa) Keine Veränderung des Sorgfaltsmaßstabs	158
bb) Inhaltliche Konkretisierung des Prüfungsmaßstabs	160
(1) Plausibilitäts- bzw. Vertretbarkeitskontrolle	160
(2) Weitergehende Beschränkung der gerichtlichen Nachprüfbarkeit	161
(3) Bewertung	163
cc) Zwischenergebnis	167
2. Handeln auf Grundlage angemessener Information	168
a) Subjektive oder objektive Betrachtungsweise	170

b) Konkretisierung des Prüfungsmaßstabs	173
3. Handeln ohne Interessenkonflikt	176
4. Zusammenfassung	179
III. Rechtsfolgenanalyse – Unterschiede zwischen § 93 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 AktG	180
1. Verstoß gegen ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft	182
2. Verstoß gegen ein Handeln auf angemessener Informationsgrundlage	182
3. Verstoß gegen ein Handeln ohne Interessenkonflikt	183
4. Der Prüfungsmaßstab des § 93 Abs. 1 Satz 1 (zweite Stufe)	185
a) Vergleich zum U.S.-amerikanischen Recht	185
b) Identische Maßstäbe für unternehmerische Entscheidungen	186
c) Relevanz der zweistufigen Prüfung bzw. eigenständige Bedeutung des Merkmals „Handeln ohne Interessenkonflikt“	189
5. Zwischenergebnis	191
IV. Rechtsnatur der Business Judgment Rule	191
1. Vom Sorgfaltsmaßstab losgelöster Prüfungsmaßstab, sog. safe harbor rule	193
2. Verbindliche Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs	194
3. Bewertung der Diskussion	196
C. Zusammenfassung und rechtsvergleichende Bezüge	198
 2. Teil: Der Organhaftungsprozess in Deutschland	 203
 5. Kapitel: Grundlagen zur Darlegungs- und Beweislast	 207
A. Die Darlegungslast (Behauptungslast)	207
B. Beweiswürdigung und Beweismaß	209
C. Die Beweislast (Beweisführungs- und Feststellungslast)	210
D. Beweislastregeln	211

6. Kapitel: Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Organhaftungsprozess	214
A. Objektive Pflichtverletzung und Verschulden	214
I. Personeller bzw. institutioneller Anwendungsbereich	214
II. Sachlicher Anwendungsbereich	215
III. Inhaltliche Reichweite der Beweislastumkehr	218
1. Unterschiedliche Handhabung in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts	218
2. Herrschende Meinung seit dem Grundsatzurteil des BGH vom 04.11.2002	221
B. Schaden und Kausalität	222
I. Schadensnachweis	222
II. Kausalität	225
C. Folgen der Beweislastverteilung	227
D. Beweiserleichterungen und Einsichtsrecht	230
I. Sekundäre Darlegungslast der Gesellschaft	232
1. Voraussetzungen der sekundären Darlegungslast	232
2. Bewertung	233
II. Das „möglicherweise“ pflichtwidrige Verhalten	234
1. Entstehungsgeschichte des möglicherweise pflichtwidrigen Verhaltens	234
2. Rechtsnatur des „möglicherweise pflichtwidrigen Verhaltens“	236
a) Anscheinsbeweis	236
b) Einschränkung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG	239
c) Beweismaßreduzierung	240
aa) Inhaltliche Präzisierung des Terminus „möglicherweise“	240
bb) Systematische Bedenken gegen ein derart geringes Beweismaß	241
2. Die Rechtsprechungspraxis zum möglicherweise pflichtwidrigen Verhalten	242
3. Bewertung	243
III. Einsichtsrecht	244
1. Dogmatische Grundlage	245
2. Anspruchsvoraussetzungen	245
a) Urkunde i.S.v. § 810 BGB	246
b) Erforderlich und maßgeblich	247

c) Stand der Unterlagen	248
3. Anspruchsinhalt und Durchführung der Einsicht	248
4. Prozessuale Durchsetzung	250
a) §§ 421 ff. ZPO	251
b) §§ 142 ff. ZPO	251
5. Rechtsfolgen bei Nichtbefolgung	252
6. Bewertung	252
E. Zusammenfassung zur Darlegungs- und Beweislast	253
7. Kapitel: Kritische Auseinandersetzung mit der Beweislastumkehr gem. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG	255
A. Philologische Auslegung	256
B. Historische Auslegung	256
I. Entwürfe zum aktienrechtlichen Reformgesetz von 1884	257
II. Aktienrechtsreform von 1937	259
1. Die Sitzungen der Akademie für Deutsches Recht	259
2. Äußerungen der Entwurfsverfasser	261
3. Kodifizierung der allgemeinen Rechtsprechungsgrundsätze	262
a) Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts	262
b) Rechtsprechung des Reichsgerichts	264
aa) RG, Urt. v. 28.04.1885 – III 3/85, RGZ 13, 43	264
bb) RG, Urt. v. 03.02.1920 – II 272/19, RGZ 98, 98	265
cc) RG, Urt. v. 17.12.1929 – II 258/29, HRR 1930 Nr. 1038	266
dd) RG, Urt. v. 26.09.1930 – II 520/29, JW 1931, 40	266
ee) RG, Urt. v. 11.06.1934 – VI 89/34, Warneyer 1934 Nr. 159, S. 331	267
ff) RG, Urt. v. 31.03.1936 – II 119/35, JW 1936, 2313	267
gg) Weitere RG-Urteile nach der Aktienrechtsreform 1937	268
c) Zusammenfassung der Rechtsprechungsgrundsätze	270
IV. Aktienrechtsreform von 1965	272
V. Bewertung der Materialien	272
1. Beweislastumkehr oder Anscheinsbeweis	273
a) Heutiges Verständnis von Anscheinsbeweis und Beweislastumkehr	275
b) Früheres Verständnis von Anscheinsbeweis und Beweislastumkehr	278

2. Analyse der verwendeten Wertungen der Rechtsprechung und zugleich teleologische Auslegung	280
a) Die Wertungen	280
b) Bewertung dieser Wertungen	280
aa) Der sog. Erfüllungsnachweis	281
bb) Beweislastumkehr bei positiver Vertragsverletzung	284
cc) Erfolgsbezogene Schutzpflichten	286
dd) Beweisnähe und Beweisnotstand	288
3. Fazit zur Entstehungsgeschichte	291
VI. Zwischenergebnis	293
C. Beweisnähe bzw. Beweisnotstand	294
I. Beklagtenseite	295
II. Klägerseite	295
1. Klage durch die Aktionäre	296
2. Klage durch den Aufsichtsrat	298
3. Klage durch den Insolvenzverwalter	302
D. Doppeltrelevante Tatsache	303
E. Durch die Beweislastumkehr induzierte Wertungswidersprüche	305
I. Keine Erfolgshaftung	305
II. Bedenkliche Kumulation von Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr	306
III. Ökonomische Erwägungen	306
IV. Vergleichbare Haftungstatbestände	307
F. Rechtsvergleichender Überblick zur Darlegungs- und Beweislast	307
I. Darlegungs- und Beweislast bei der Gesellschaft	309
II. Darlegungs- und Beweislast beim beklagten Organmitglied	311
III. Bewertung	313
G. Zusammenfassung und Bewertung zu § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG	313
8. Kapitel: Rechtspolitische Überlegungen zur Darlegungs- und Beweislast	316
A. Teleologische Reduktion des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG für ausgeschiedene Vorstandsmitglieder	317
B. Privatautonome Regelung der Darlegungs- und Beweislast	318

C. Gesetzgeberische Beschränkung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG auf das Verschulden	320
I. Auswirkungen auf die Business Judgment Rule	322
II. Legalitätspflichtverletzungen	322
D. Beweiserleichterungen zugunsten der Gesellschaft	323
I. Grundsätze der Beweisvereitelung	323
II. Ausweitung der Dokumentationspflichten	325
III. Sonstige Beweiserleichterungen	326
E. Effektives Einsichtsrecht zugunsten ausgeschiedener Organmitglieder	326
I. Umfang und Inhalt des Einsichtsrechts	326
II. Prozessuale Durchsetzung	327
III. Schutz von Geschäftsgeheimnissen	328
VI. Ergänzende Schutzmechanismen	330
F. Zusammenfassung des rechtspolitischen Teils	331
9. Kapitel: Zusammenfassung in Thesen	333
Literaturverzeichnis	341
Rechtsprechungsverzeichnis	375

Abkürzungsverzeichnis

A.2d	The Atlantic Reporter
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift) oder Aktiengesellschaft (Gesellschaftsform)
Atk.	Atkyns
AktG	Aktiengesetz
AktG 1937	Aktiengesetz in der Fassung von 1937
ALI	American Law Institute
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
AnSVG	Anlegerschutzverbesserungsgesetz
ApoBank	Deutsche Apotheker- und Ärztebank
AR	Der Aufsichtsrat
ArbG	Arbeitsgericht
Art./Artt.	Artikel (Singular/Plural)
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckRS	Beck-online Rechtsprechung
Begr.	Begründer/Begründung
BerlinHyp	Berlin-Hannoversche Hypothekenbank
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt

Abkürzungsverzeichnis

BGer	Bundesgericht (Schweiz)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (bis zum Organisationserlass vom 17.12.2013 Bundesministerium der Justiz, BMJ)
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Bus. Law.	The Business Lawyer
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
Call.App.	California Appellate Reports
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Ch.	Court of Chancery
Chicago L. Rev.	University of Chicago Law Review
Cir.	Circuit Court of Appeal
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Corp.	Corporation
CPR	Civil Procedure Review
D&O-Versicherung	Directors and Officers-Versicherung bzw. Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe und leitende Angestellte
DAV	Deutscher Anwaltverein
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
Del.	Delaware Supreme Court
Del. Ch.	Delaware Court of Chancery
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law
Del.Ch.R.	Delaware Chancery Rules
Del.Gen.Corp.L.	Delaware General Corporation Law

ders.	derselbe
DM	Deutsche Mark
DR	Deutsches Recht
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung
DStR	Deutsches Steuerrecht
Duke L.J.	Duke Law Journal
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ebd.	ebenda
EBOR	European Business Organization Law Review
ed.	edition
Einl.	Einleitung
Emory L.J.	Emory Law Journal
ErwG.	Erwägungsgrund
Euro. Law.	European Lawyer
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende (Singular/Plural)
F.3d	The Federal Reporter
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FMFG	Finanzmarktförderungsgesetz
Fn.	Fußnote
Fordham J. C. F. L.	Fordham Journal of Corporate & Financial Law
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GJZ	Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
Großkomm	Großkommentar
GS	Gedächtnisschrift
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Abkürzungsverzeichnis

Harv. Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hdb.	Handbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
I.C.C.L.R.	International Company and Commercial Law Review
i.d.F.	in der Fassung
i.H.v.	in Höhe von
i.S.e.	im Sinne einer/eines
InsO	Insolvenzordnung
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
J. Experimental Psych.	Journal of Experimental Psychology:
Hum. Perception & Performance	Human Perception and Performance
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
J. L. A.	Journal of Legal Analysis
J. Risk Uncertain.	Journal of Risk and Uncertainty
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JRI	Journal of Risk and Insurance
JurionRS	Jurion Rechtsprechung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KapMuG	Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz
KG	Kammergericht/Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KölnKomm	Kölner Kommentar
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
LAG	Landesarbeitsgericht
LBBW	Landesbank Baden-Württemberg
LG	Landgericht
LLCA	Delaware Limited Liability Company Act
m. (abl.) Anm.	mit (ablehnender) Anmerkung

M.B.C.A.	Model Business Corporation Act
Maastricht J. Eur. & Comp. L.	Maastricht Journal of European and Comparative Law
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Mio.	Million/Millionen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
Mot. BGB	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
Mrd.	Milliarde/Millarden
MüKo	Münchener Kommentar
Münch. Hdb. GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.	note
n.a.	nicht angegeben
N.N.	nomen nominandum
NaStraG	Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
öAktG	österreichisches Aktiengesetz
ÖBGBl.	Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich
öGmbHG	österreichisches GmbHG
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PrGS	Gesetz-Sammlung für die königlichen Preußischen Staaten
Reg.E.	Regierungsentwurf
Ref.E.	Referentenentwurf

Abkürzungsverzeichnis

rev. ed.	revised edition
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht des In- und Auslandes
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgericht in Zivilsachen
S.	Seite
SachsenLB	Sachsen Landesbank
scil.	scilicet
S.Ct.	Supreme Court Reporter
sec.	section
sic	sic erat scriptum
SLC	Special Litigation Committee
st. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
SZ	Süddeutsche Zeitung
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
Theoretical Inq. L.	Theoretical Inquiries in Law
TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz
u.a.	unter anderem
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
Unif. L. Rev.	Uniform Law Review
Urt.	Urteil
U.S.A.	United States of America
Utah L. Rev.	Utah Law Review
v.	von/vom/versus
Val. U. L. Rev.	Valparaiso University Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
v. Chr.	vor Christus
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht

vgl.	vergleiche
vol.	volume
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
VorstOG	Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz
Warneyer	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa
WiWo	Wirtschaftswoche
WL	Westlaw
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZDAR	Zeitschrift Deutsch-Amerikanischer Juristenvereinigung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZUb	Zeitschrift der Unternehmensberatung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International

1. Kapitel: Einleitung

Bereits 451 v. Chr. schickten die Römer zur Vorbereitung der Zwölftafelgesetzgebung eine Delegation nach Griechenland, um die Solonische Gesetzgebung zu studieren.¹ Ab dem 13. Jahrhundert und insbesondere nach dem Ende der Stauferzeit Mitte des 15. Jahrhunderts waren es dann die europäischen Länder, die vor allem den *ius commune* des römischen Rechts als Erkenntnisquelle für die heimische Rechtssetzung nutzten. Die Übernahme dort gefundener Rechtsinstitute und -gedanken ist das, was Juristen gemeinhin als Rezeption bezeichnen.² Ziel einer Rezeption ist es, auf bereits erprobte und bewährte Lösungen zurückzugreifen und diese unter Anpassung an die nationalen Bedürfnisse und Besonderheiten in die heimische Rechtsordnung zu integrieren. Heutzutage ist der Rezeptionsbegriff nicht mehr nur auf die Übertragung römischrechtlichen Gedankenguts beschränkt.³ Für die Aktiengesellschaft – dem römischen Recht damals unbekannt⁴ – hat sich der Gesetzgeber des ersten deutschen Aktiengesetzes, dem Preußischen Gesetz über die Aktiengesellschaft vom 09.11.1843⁵, vor allem von benachbarten Ländern inspirieren lassen. Beispielsweise stammte das feste Grundkapital aus den Niederlanden, die Idee eines Aufsichtsorgans war niederländischer und auch französischer Prägung,⁶ die Hauptversammlung war englisch-französischen und handelbare Inhaberaktien französischen Ursprungs.⁷ Die deutsche Aktiengesellschaft wird daher auch als „Kind Westeuropas“ bezeichnet.⁸

1 Wieacker, Römische Rechtsgeschichte, 1988, S. 287 ff.

2 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 131 ff.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 124 ff. m.w.N.

3 Vgl. von Hein, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, 2008, passim; vgl. die vielen Beispiele bei Großfeld, AcP 84 (1984), 289 ff.

4 Habersack, in: MüKo, AktG, 5. Aufl. 2019, Bd. 1, Einl. Rn. 14; die erste gesetzliche Regelung der Aktiengesellschaft findet sich im Code de Commerce 1807, dazu Kern, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts, 2013, S. 312 ff.

5 PrGS 1843, S. 341, abgedruckt inklusive Materialien bei Baums, Gesetz über die Aktiengesellschaft für die Königlich-Preußischen Staaten, 1981.

6 Lieder, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, 2006, S. 43.

7 Fest, GJZ 2011, 119, 122; Fleischer, NZG 2004, 1129.

8 Klein, Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaften, 1904, S. 10.

Das U.S.-amerikanische Recht erlangte in Deutschland erstmals bei der Aktienrechtsreform von 1884 Bedeutung.⁹ Die Hochphase der Rezeption U.S.-amerikanischen Rechts erfolgte hierzulande jedoch erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Seitdem hat sich das U.S.-amerikanische Recht als maßgebliche Rechtsordnung der Rezeptionsforschung etabliert.¹⁰ Der Einfluss U.S.-amerikanischen Rechts ist dabei nicht auf das Gesellschaftsrecht beschränkt.¹¹ Besonders gewichtige Einflüsse sind beispielsweise auch im Prozessrecht zu konstatieren.¹² Als Gründe für die Amerikanisierung¹³ werden unter anderem die weitreichende Rechtsfolgenkompetenz der Richter mit ihrem deutlich größeren Kreativitätspotenzial sowie das flexiblere *case law* mit den „größten Lernkurveneffekten im Aktienrecht“ genannt.¹⁴ Verstärkt werden diese positiven Effekte durch eine systematische Aufbereitung des *case law* mittels *Restatements*, *Uniform*

9 Rathenau, Vom Aktienwesen, 1917, S. 11: „die Wirtschaftskörper Amerikas sind uns Vorlagen gewesen, die wir nachgebildet, umgestaltet, zuweilen übertroffen haben“.

10 Eingehend von Hein, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, 2008, passim; Ebke, ZVglRWiss 110 (2011), 2 ff.; Hopt, in: FS-Canaris, Bd. II, 2007, S. 105, 106 ff.; ferner R. Zimmermann, in: Amerikanische Rechtskultur, 1995, S. 1, 3 f.; Goette, DStR 2005, 561: „Amerika [...] ist – jedenfalls, wenn es um gesellschaftliche oder gesellschaftsrechtliche Entwicklungen geht – immer noch unser großes Vorbild. Was dort erdacht und ins Werk gesetzt wird, schwappt als Welle früher oder später zu uns herüber und beschert uns Neuerungen“.

11 Stürner, in: FS-Rebmann, 1989, S. 839, 844 „so wird man in allen Gebieten des Rechts fündig“; Murray, ZZPInt 9 (2004), 245 ff.

12 Stürner, in: FS-Rebmann, 1989, S. 839, 850 f.; ders., in: FS-Waseda-Universität, 1988, S. 287 ff.

13 Vgl. den Aufsatztitel von Wiegand, in: Liber Amicorum Buxbaum, 2000, S. 601: „Amerikanisierung des Rechts, insbesondere des Bank- und Wirtschaftsrechts“.

14 Fleischer, NZG 2004, 1129, 1135 f.; ders., in: GS-Heinze, 2005, S. 177, 187; weniger euphorisch Stürner, in: FS-Rebmann, 1989, S. 839, 843, 858; Kunz, in: FS-Druey, 2002, S. 445, 454; sehr kritisch hingegen Honsell, in: FS-Zäch, 1999, S. 39, 52: „Es ist erstaunlich, dass trotz dieses negativen Befundes das amerikanische Recht immer wieder als Vorbild für das europäische und internationale Recht hingestellt wird. [...] Bei allem Respekt vor fremden Rechtskulturen, es gibt dort nichts dem Römischen Recht auch nur entfernt Vergleichbares, dessen Studium oder gar Rezeption sich lohnen würde.“; seine Aussage indes für das Kapitalmarkt- und Börsenrecht relativierend ders., a.a.O. S. 54.

Acts oder *Codes*.¹⁵ Weiteren Innovationsvorschub für das Gesellschaftsrecht liefert die größere Satzungsautonomie.¹⁶

Der Vorteil von Rezeptionen ist die schnelle und kostengünstige Teilhabe an erprobten und bewährten Rechtslösungen, weshalb die Rezeption auch als fruchtbarster Vorgang der Rechtssetzung bezeichnet wird.¹⁷ Konkrete Leitlinien und Grenzen wurden aber trotz der ausgeprägten und langanhaltenden Rezeptionsgeschichte lange Zeit vermisst.¹⁸ Es ist daher nicht verwunderlich, dass nicht jede Rezeption erfolgreich war.¹⁹ Bereits 1954 stellte *Hans Dölle* auf einem Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft heraus, dass eine „fremde Rechtslösung nur dann zur Rezeption geeignet [ist], wenn sie Geist von unserem Geist ist und sich systematisch, dogmatisch und rechtspolitisch ohne Bruch in unseren eigenen Lebensstrom einschmelzen lässt.“²⁰ Die Problematik liegt darin, dass neben den gesetzlichen Rahmenbedingungen insbesondere die vielschichtigen Bezüge zu kulturellen, soziologischen und politischen Themen zu beachten sind.²¹ Der rezipierende Gesetzgeber muss zunächst die Verwurzelung des Rechtsinstituts in der heimischen Rechtsordnung nachvollziehen und die

15 *Stürner*, in: FS-Rebmann, 1989, S. 839, 851.

16 Vertiefend *von Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, 2008, S. 617 ff.

17 *Watson*, 44 Am. J. Comp. L. 335 (1996): „In most places at most times borrowing is the most fruitful source of legal change“; *Fleischer*, NZG 2004, 1129, 1135; zu weiteren Gründen siehe *Kramer*, JZ 2017, 5 ff.; dass dies nicht immer so war, lässt ein Zitat von *Marcus Tullius Cicero* erahnen, der fremdes Rechtsgut „als fast lächerlich“ bezeichnete, *Cicero*, De oratore I. 44. 197 zitiert nach *Großfeld*, AcP 184 (1984), 289, 291.

18 Zur Forderung einer systematischen Aufbereitung *Fleischer*, NZG 2004, 1129, 1135; *Wiegand*, in: Liber Amicorum Buxbaum, 2000, S. 601, 602: „Es handelt sich um einen epochalen Vorgang, der bisher nicht die nötige Beachtung gefunden hat.“; aus dem angelsächsischen Rechtskreis siehe insbesondere *Watson*, 44 Am. J. Comp. L. 335 ff. (1996); auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ist *Jan von Hein* ein solcher Versuch mit seiner über 1000 Seiten umfassenden Habilitationsschrift gelungen, vgl. *von Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, 2008, passim.

19 Allgemein *Teubner*, in: FS-Blankenburg, 1998, S. 233: „schmerzhaftes Störung des Rechtsbetriebes“; sehr kritisch auch *Legrand*, 4 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 111 ff. (1997) unter dem vielzitierten Titel „The Impossibility of Legal Transplants“; vgl. auch *Kern*, ZVglRWiss 112 (2013), 70 f. mit Hinweis auf die publizitätslose Übernahme dinglicher Generalsicherheiten aus dem römischen Recht.

20 *Dölle*, ÖJZ 1954, 278, 279, zitiert nach *Fleischer*, NZG 2004, 1129.

21 *Großfeld*, AcP 184 (1984), 289, 305 f.; *Teubner*, in: FS-Blankenburg, 1998, S. 233, 234: „binding arrangements des Rechts mit seiner gesellschaftlichen Umwelt.“; zum Zusammenhang zwischen Gesetz und dem Geist der geographischen Beson-

Berührungspunkte zu einzelnen Rechtsgebieten, kulturellen und politischen Faktoren in Intensität, Reichweite und Bedeutung herausarbeiten. In einem zweiten Schritt müssen diese Faktoren mit den Bereichen der heimischen Rechtsordnung verglichen werden, um den Grad der Assimilation zu bestimmen.²² Je weitreichender die innerstaatlichen Verflechtungen eines Rechtsinstituts sind und je größer die Unterschiede zur rezipierenden Rechtsordnung, desto sorgfältiger hat die Rezeption zu erfolgen und desto eher treten Rechtsirritationen auf.²³ Der eben noch gelobte Vorteil des ausdifferenzierten, innovativen *case law* im U.S.-amerikanischen Recht kann mithin leicht zum Stolperstein werden.²⁴ Deutlich wird dies vor allem bei Generalklauseln, die eine Vielzahl unterschiedlicher Fälle unter sich vereinen. So stellte *Jan von Hein* in seiner maßgebenden Habilitation zur „Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland“ fest, dass „[i]nsbesondere bei der Rezeption von generalklauselartigen Tatbeständen wie z.B. den Treu- und Sorgfaltspflichten der Geschäftsleiter, die in hohem Maße richterlicher Konkretisierung bedürfen, sich die Frage [stellt], ob und wie sichergestellt werden kann, dass nicht die kodifikatorische Hülle, sondern auch der wesentliche normative Inhalt des fremden Rechts rezipiert wird.“²⁵ Weitere Schwierigkeiten können auftreten, wenn der rezipierende Gesetzgeber ein Merkmal bewusst anders ausgestal-

derheiten und nationalen Gebräuche schon *Montesquieu*, *De l'esprit des lois*, 1768, Livre I, Ch. 3, S. 12: „La loi, en général, est la raison humaine, entant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre, les lois politiques & civiles de chaque nation, ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine. Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très-grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. Il faut qu'elles le rapportent à la nature & au principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir; soit qu'elles le forment, comme font les lois politiques; soit qu'elles le maintiennent, comme font lois civiles.“; ähnlich auch *Savigny*, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, S. 11: „organischer Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes“; nur auf das gesetzliche Gefüge beschränkt war die positivistische Sichtweise im 20. Jahrhundert, vgl. *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 129.

22 *Von Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, 2008, S. 50 ff.; *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 128.

23 Der Begriff der Rechtsirritationen ist angelehnt an *Teubner*, in: FS-Blankenburg, 1998, S. 233.

24 Zur verwirrenden Unübersichtlichkeit *Kern*, *ZVglRWiss* 112 (2013), 70, 85; *Murray*, *ZZPInt* 9 (2204), 245, 246 f. „very difficult to export“.

25 *Von Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, 2008, S. 29 und Näheres ebd. S. 801; a.A. wohl *Fleischer*, *NZG* 2004, 1129, 1136:

tet, um die Wirkung des heimischen Produkts, des *legal transplants*²⁶, abzumildern oder zu intensivieren. Hierbei besteht nämlich die Gefahr, dass Wechselwirkungen einzelner Merkmale nicht hinreichend antizipiert werden. Letztlich bildet auch das Zusammenspiel mit prozessualen Vorschriften eine nicht unerhebliche Rezeptionshürde.²⁷ Während das Aktienrecht aufgrund der stark vorangetriebenen Konvergenz bereits als *per se* international gilt,²⁸ besitzt das Prozessrecht eine starke Rückkopplung an das soziale und kulturelle Gefüge des jeweiligen Rechtsstaates. Dadurch kann es passieren, dass eine zunächst als erfolgreich bezeichnete Rezeption erst nach einigen Jahren der Rechtspraxis Umsetzungsdefizite offenbart. Lohnenswert ist es daher, einen Rezeptionsvorgang nach einiger Zeit anhand der prozessrechtlich gesammelten Erfahrungen erneut zu bewerten. Immerhin „beantwortet [das Prozessrecht] wie wohl kein zweites Rechtsgebiet und keine zweite Rechtsdisziplin die juristischsten aller Fragen, nämlich das ‚quis interpretabitur?‘ und das ‚quis iudicabit?‘, also die Frage des das ‚Recht Haben‘ transzendierenden und relativierenden ‚Recht Bekommens‘. In diesem Sinne kann die Prozessrechtslehre als die juristischste aller juristischen Disziplinen bezeichnet werden.“²⁹

„Adaption geht umso leichter vonstatten, wenn die aufnehmende Rechtsordnung über geschmeidige Transformationsmechanismen verfügt. So liegt es etwa bei den Verhaltenspflichten der Vorstandsmitglieder, die in § 93 I AktG nur generalklauselartig umschrieben werden“.

- 26 Das Ergebnis des Rezeptionsvorgangs wird zurückgehend auf den schottisch-amerikanischen Rechtsgeschichtler und -vergleichler *Alan Watson* vielfach als *legal transplant* bezeichnet, vgl. *Watson, Legal transplants*, 2. Aufl. 1993, passim (1. Aufl. 1974); kritisch zu dieser „irreführende[n] Metapher“ *Teubner*, in: FS-Blankenburg, 1998, S. 233 ff.; ausführlich zu den Begriffen *von Hein*, *Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland*, 2008, S. 7–61.

- 27 Vgl. *Fleischer*, NZG 2004, 1129, 1137.

- 28 *Fest*, GJZ 2011, 119, 122; *Fleischer*, NZG 2004, 1129, 1135: „Gefahr eines ‚transplant shock‘ bei der Übernahme aktienrechtlicher Figuren von vornherein geringer zu veranschlagen“.

- 29 *Jestaedt*, in: *Die Zukunft des Zivilprozesses*, 2014, S. 3.

1. Kapitel: Einleitung

A. Problemstellung

Ein Beispiel einer zunächst als erfolgreich bezeichneten Rezeption ist die mit Wirkung zum 01.11.2005 durch das UMAG³⁰ in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG³¹ kodifizierte Business Judgment Rule. Dort heißt es:

„Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

Die englischsprachige Bezeichnung dieses Rechtsinstituts lässt bereits erkennen, was die Gesetzesbegründung explizit macht: Die Business Judgment Rule soll den „Vorbildern [...] aus dem angelsächsischen Rechtskreis“ entsprechen; sie ist eine Rezeption U.S.-amerikanischen Rechts.³²

In den U.S.A. gilt die Business Judgment Rule gemeinhin als *safe harbor*, der Manager davor schützt, nach unternehmerischen Entscheidungen für wirtschaftlichen Misserfolg zu haften. In Deutschland wird indes zunehmend betont, dass § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG einen solchen Haftungsfreiraum nicht begründe und die Situation für beklagte Organmitglieder einer *probatio diabolica* gleiche.³³ Ursachen dafür seien vor allem die Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des beklagten Organmitglieds sowie die zu strenge Handhabung des Prüfungsmaßstabs, mithin zwei Problemfelder mit deutlichem prozessrechtlichen Einschlag.³⁴

30 Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.09.2005, BGBl. I, S. 2802.

31 Aktiengesetz (AktG) vom 06.09.1965, BGBl. I, S. 1089.

32 Begr. Reg.E. UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 11; *Paefgen*, AG 2004, 245; *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2102; kritisch *Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands, 2001, S. 37 f.

33 *Paefgen*, NZG 2009, 891, 892 f.; *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 5. Aufl. 2016, S. 139; sehr kritisch zur Business Judgment Rule *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, 2005, S. 47 ff.; ebenso zur Schweizerischen Business Judgment Rule detaillierte Kritik v. *Kunz*, in: FS-Druery, 2002, S. 445, 460: „Dieser „heiligen Kuh“ sollte indes in Zukunft keine Nahrung mehr gegeben werden“; vgl. ferner *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 785: „Die Erfahrungen mit dem vor nunmehr knapp acht Jahren verabschiedeten UMAG dürfen jedoch als in jeder Hinsicht enttäuschend und unbefriedigend bezeichnet werden.“

34 *Fest*, GJZ 2011, 119, 130: „sicherer Hafen bislang nicht existiert“; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 448: „erhöht die Gefahr einer persönlichen Haftung erheblich“; *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1803: „ganz erhebliche Verschärfung“; *Krieger*, in: FS-U. H. Schneider, 2011, S. 717.

Das primäre Anliegen der Arbeit ist es, diese prozessrechtlichen Aspekte der Business Judgment Rule herauszuarbeiten, um im Anschluss der Frage nachzugehen, ob und wie sich die Business Judgment Rule erfolgreich in das deutsche Organhaftungsrecht³⁵ eingliedern lässt, was auch erfordert, das gesamte Organhaftungsrecht in den Blick zu nehmen.

B. Notwendigkeit der wissenschaftlichen Untersuchung

Die Business Judgment Rule ist nun schon seit 20 Jahren beliebtes Objekt wissenschaftlicher Publikationen; dementsprechend haben sich eine schier unüberschaubare Zahl an Fachschriftenbeiträgen und sogar mehrere Monographien angesammelt, die die Business Judgment Rule mit ganz unterschiedlicher Schwerpunktsetzung analysieren.³⁶ Prozessrechtliche Fragestellungen nehmen dabei aber nur eine untergeordnete Rolle ein und erschöpfen sich primär in deskriptiven Darstellungen der Probleme *de lege lata* mit vereinzelt Handlungsempfehlungen.³⁷

Dass prozessrechtliche Fragestellungen im Rahmen der Organhaftung bislang von untergeordneter Bedeutung waren, lag zum einen an der fehlenden Praxisrelevanz der Organhaftung, die mitunter als „reines Buchrecht“ bezeichnet wurde.³⁸ Abgesehen von einigen BGH-Entscheidungen³⁹

35 Organhaftung meint im Folgenden die auf der Organstellung basierende Innenhaftung der Organe gegenüber der Gesellschaft. Die Außenhaftung der Organmitglieder, für die die Business Judgment Rule nach ganz h. M. nicht gilt (statt vieler *Hopt/Roth*, in: Großkomm, AktG, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 68), ist nicht Teil dieser Arbeit; zur Abgrenzung von Innen- und Außenhaftung vgl. *Lutter*, ZSR 2005 II, 415, 443 f.

36 Vgl. *Fleischer*, ZIP 2004, 685 m.w.N.

37 Speziell prozessrechtliche Fragestellungen in den Blick nehmend wohl auch *Daninger*, Organhaftung und Beweislast (in Bearbeitung); *Flaßhoff*, Die Beweislast im Organhaftungsprozess (in Bearbeitung).

38 Zitat nach *Lutter*, in: 50 Jahre BGH, Festgabe der Wissenschaft, Bd. II, 2000, S. 321, 323; ähnlich auch *Paefgen*, AG 2014, 554: „tote Rechtsmaterie, der es weitgehend an praktischer Relevanz mangelte“; *Hopt/Roth*, in: Großkomm, AktG, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 39 m.w.N.; *Casper*, ZHR 176 (2012), 617, 618: „keine nennenswerte Bedeutung“; Bericht Regierungskommission Corporate Governance, BT-Drucks. 14/7515, S. 51: „zu den ganz exzeptionellen Fällen“.

39 BGH, Urt. v. 23.02.1956 – II ZR 192/54, Jurion 1956, 14033 (Widerklage AG gegen ehemaligen Vorstand aus § 84 AktG 1937, nicht erfolgreich); BGH, Urt. v. 25.06.1956 – III ZR 304/54, WM 1956, 1207 (Sparkasse gegen Verwaltungsrat wegen pflichtwidriger Kreditbewilligung, erfolgreich i.H.v. 400.000 DM), BGH, Urt. v. 20.11.1958 – II ZR 17/57, BGHZ 28, 355 (GmbH gegen ehemalige Ge-

sowie den Fällen des OLG Bremen⁴⁰ vom 28.02.1963, des LG Bochum⁴¹ vom 27.06.1989, des OLG München⁴² vom 03.03.1993 und des OLG Hamm⁴³ vom 10.05.1995 hat es Haftungsklagen der Gesellschaft gegen ihre Organe bis in die späten neunziger Jahre praktisch nicht gegeben.⁴⁴ Ohne ausreichendes Fallmaterial konnten der Organhaftungsprozess und

schäftsführerin aus § 43 Abs. 2 GmbHG wegen plötzlicher Amtsniederlegung, nicht erfolgreich); *BGH*, Urt. v. 15.10.1962 – II ZR 194/61, WM 1962, 1286 (Genossenschaft gegen ehemaligen Vorstand aus § 34 Abs. 2 GenG, teilweise erfolgreich, Schadenshöhe noch festzustellen); *BGH*, Urt. v. 09.12.1965 – II ZR 177/63, WM 1966, 323 (Genossenschaft gegen Vorstand aus § 34 Abs. 2 GenG wegen Grundstücksverkaufs ohne Absicherung, erfolgreich i.H.v. 28.704 DM); *BGH*, Urt. v. 13.05.1968 – II ZR 43/66, WM 1968, 1329 (GmbH gegen ehemaligen Geschäftsführer aus § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. dem Dienstverhältnis wegen unverantwortlicher Geschäfte, erfolgreich i.H.v. ca. 68.000 DM); *BGH*, Urt. v. 28.10.1971 – II ZR 49/70, *Shelterdecker*, NJW 1972, 154 (Aufrechnung mit Schadensersatzanspruch AG gegen ein ehemaliges Vorstandsmitglied aus §§ 84, 85 AktG 1937, erfolgreich i.H.v. ca. 25.000 DM); *BGH*, Urt. v. 07.11.1977 – II ZR 43/76, NJW 1978, 425 (Insolvenzverwalter einer GmbH & Co. KG gegen Aufsichtsräte aus §§ 116, 93 AktG wegen vorläufiger pflichtwidriger Gewinnausschüttung, offenlassend); *BGH*, Urt. v. 21.12.1979 – II ZR 244/78, *Schaffgotsch*, NJW 1980, 1629 (AG gegen ehemaligen Aufsichtsratsvorsitzenden aus §§ 93, 116 AktG wegen Veranlassung des Vorstands zu einer ungesicherten Wechselausstellung, vergleichsweise erledigt); *BGH*, Urt. v. 09.06.1980 – II ZR 187/79, ZIP 1980, 776 (GmbH gegen ehemaligen Geschäftsführer aus § 43 Abs. 2 GmbHG wegen Warenfehlbestands i.H.v. 240.000 DM, erfolgreich); *BGH*, Urt. v. 13.06.1983 – II ZR 212/81, WM 1983, 957 (Folgeprozess von II ZR 244/78, *Schaffgotsch*, nicht erfolgreich wegen Vorteilsausgleichung); *BGH*, Urt. v. 23.03.1987 – II ZR 190/86, BGHZ 100, 228 (Widerklage AG gegen ehemaliges Vorstandsmitglied aus § 93 Abs. 2 AktG, erfolgreich), laut *Lutter*, JZ 1998, 50, 52 ist dies der einzige Organhaftungsfall in 131 BGHZ-Bänden.

40 *OLG Bremen*, Urt. v. 28.02.1963 – 2 U 81/62, *GmbHR* 1964, 8 (GmbH gegen ehemaligen Geschäftsführer aus § 43 Abs. 2 GmbHG wegen sorgfaltswidriger Geschäftsorganisation, erfolgreich i.H.v. ca. 81.000 DM).

41 *LG Bochum*, Urt. v. 27.06.1989 – 12 O 133/88, *Krupp/Rheininform*, ZIP 1989, 1557 (AG gegen ehemaligen Vorstandsvorsitzenden wegen unsorgfältiger Geschäftsführung aus § 93 Abs. 2 AktG, begründet i.H.v. ca. 13,7 Mio. DM).

42 *OLG München*, Urt. v. 03.03.1993 – 7 U 3817/92, AG 1993, 285 (AG gegen ehemaligen Vorstand aus § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG wegen sorgfaltswidriger Darlehensvergabe, erfolgreich i.H.v. 300.000 DM).

43 *OLG Hamm*, Urt. v. 10.05.1995 – 8 U 59/94, *Harpener/Omni*, AG 1995, 512 (AG gegen drei ehemalige Vorstände aus § 93 Abs. 2 AktG wegen ungesicherter Kreditvergabe, erfolgreich i.H.v. je 1,5 Mio. DM).

44 Eine Rechtsprechungsübersicht bis 2008 findet sich bei *Ihlas*, *Directors & Officers Liability*, 2. Aufl. 2009, S. 725–788: Erfasst sind Urteile, die einen potenziellen D&O-Versicherungsfall darstellen, also neben Haftungsansprüchen auch Fäl-

damit auch die prozessrechtlichen Auswirkungen einer Business Judgment Rule nur fragmentarisch untersucht werden.

Einleitend gilt es zu zeigen, dass das Dogma fehlender Praxisrelevanz heutzutage nicht mehr aufrechterhalten werden kann. Erstens offenbart die nunmehr große Anzahl von Haftungsfällen die praktische Bedeutung des Themas und liefert sogleich vielversprechendes Fallmaterial (I.). Zweitens ist nicht nur die Organhaftung, sondern mit ihr auch die Bedeutung der Business Judgment Rule als mögliches Schutzschild gestiegen (II.). Drittens rückt das Prozessrecht in jüngerer Zeit zunehmend in den Fokus wissenschaftlicher Untersuchungen, insbesondere unter rechtsvergleichen-der Perspektive (III.).

I. Praxisrelevanz der Organhaftung

Die fehlende Praxisrelevanz der Organhaftung hat sich in den letzten 20 Jahren in ihr Gegenteil verkehrt.⁴⁵ Als wesentlicher Anstoß gilt das ARAG/Garmenbeck-Urteil⁴⁶ des BGH vom 21.04.1997, das in Zeiten aufsehenerregender Insolvenzen, wie der der Balsam AG⁴⁷, des zweitgrößten deut-

le, in denen erst prozessuale Schritte, aus denen ein solcher Anspruch entstehen kann, eingeleitet worden sind oder die Möglichkeit eines Anspruchs behauptet wurde, vgl. S. 300. Die jeweiligen instanzgerichtlichen Entscheidungen werden als eigene Fälle gezählt und, wie der nicht aufgeführte Fall BGH, Urt. v. 23.02.1956 – II ZR 192/54, Jurion 1956, 14033 zeigt, kann die Auswertung keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben.

45 Brommer, AG 2013, 121, 124: „Situation grundlegend geändert“; Casper, ZHR 176 (2012), 617, 618; Hopt/Roth, in: Großkomm, AktG, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 40: „sprunghaft zugenommen“; Hopt, ZIP 2013, 1793, 1794: „Klagewelle“; Paefgen, AG 2014, 554, 555: „Welle von Organhaftungsklagen, vor den ordentlichen Gerichten und Schiedsgerichten“; Reichert, in: FS-Hommelhoff, 2012, S. 907, 910: „in der Praxis eine Tendenz bemerkbar, Ansprüche trotz geringer Realisierungschancen mit unverhältnismäßig hohem Aufwand zu verfolgen“; Sailer-Coceani, in: Verhandlungen des 70. DJT, Bd. II/1, 2014, S. N 13: „Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen mittlerweile fast täglich Brot“; Wagner, ZHR 178 (2014), 227, 244 f.: „Urteile zur Haftung von Vorstandsmitgliedern ergehen jetzt häufiger“, aber kritisch zum Terminus Klagewelle.

46 BGH, Urt. v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, ARAG/Garmenbeck, BGHZ 135, 244 (Aufsichtsratsmitglieder gegen AG wegen nichtiger Aufsichtsratsbeschlüsse, die von einer Anspruchsverfolgung gegen den Vorstand absehen, begründet).

47 LG Bielefeld, Urt. v. 16.11.1999 – 15 O 91/98, Balsam AG, ZIP 2000, 20 m. Anm. Westermann, ZIP 2000, 25 ff. (Insolvenzverwalter gegen Aufsichtsratsmitglied der Balsam AG wegen sorgfaltswidriger Kontrolle des Vorstands, begründet

1. Kapitel: Einleitung

schen Baukonzerns Philipp Holzmann AG⁴⁸ oder der Sachsenmilch AG⁴⁹, die in die Kritik geratenen Aufsichtsräte zu einer besseren Kontrolle und Anspruchsverfolgung ermahnt und zugleich einen weiten Handlungsspielraum der Leitungsorgane bei unternehmerischen Entscheidungen hervorgehoben hat.⁵⁰ Auf den Zusammenbruch des Neuen Markts um die Jahrtausendwende folgten weitere Haftungsfälle.⁵¹ Die eigentliche Flut, mit immer höheren Schadenssummen,⁵² erreichte die Gerichte aber durch die

i.H.v. 7,4 Mio. DM); in diesem Zusammenhang auch *BGH*, Urt. v. 29.05.2000 – II ZR 347/97, *Balsam/Pro Cedo II*, ZIP 2000, 1256.

- 48 Der ehemalige sechsköpfige Vorstand um den Vorsitzenden *Lothar Mayer* sollte auf ca. 60 Mio. DM verklagt werden, vgl. *Werres*, *Manager Magazin* vom 26.07.2000, abrufbar unter <http://www.manager-magazin.de/magazin/artikel/a-85595.html>.
- 49 Zu den verschwendeten Millionensubventionen vgl. *N.N.*, *Geschenkt und gebrauten*, *Spiegelonline* vom 29.04.1996, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-8916425.html>.
- 50 Zur *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung statt vieler *Heermann*, AG 1998, 201 ff.; *Henze*, NJW 1998, 3309 ff.; *Röbricht*, in: *Gesellschaftsrecht 1997*, RWS-Forum 10, S. 191, 201 ff.
- 51 Bspw. *OLG Frankfurt*, Urt. v. 12.12.2007 – 17 U 111/07, BeckRS 2008, 02699 (AG gegen ehemalige Vorstände aus § 93 AktG wegen fehlgeschlagenen Kreditengagements i.H.v. 26 Mio. Euro, unbegründet); im Fall *EM.TV* (heute *Constantin Medien AG*) wurden die ehemaligen Vorstände *Thomas Haffa*, *Florian Haffa*, *Ulrich Goebel* und *Hans-Peter Vriens* sowie der ehemalige Aufsichtsratsvorsitzende *Nickolaus Becker* i.H.v. ca. 146 Mio. Euro in Regress genommen, der *D&O*-Versicherer zahlte 66,5 Mio. Euro, vgl. *N.N.*, *EM.TV* verklagt Haffa-Brüder auf 146 Millionen Euro, *SZ* vom 17.05.2010, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/schadenersatz-emptv-verklagt-haffa-brueder-auf-millionen-euro-1.809964>; großes Aufsehen erregten auch die Betrugsfälle von *ComROAD*, vgl. *BGH*, Urt. v. 04.06.2007 – II ZR 173/05, *ComROAD V*, AG 2007, 623 oder *Infomatec*, *BGH*, Urt. v. 19.07.2004 – II ZR 402/02, *Infomatec*, *BGHZ* 160, 149 (beide Außenhaftung gem. § 826 BGB), hierzu allgemein *Morb*, *Die Luftnummern des Herrn Schnabel*, *FAZ* vom 03.03.2009, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/finanzskandale/finanzskandale-6-comroad-die-luftnummern-des-herrn-schnabel-1149409.html>.
- 52 Siehe *BGH*, Urt. v. 15.01.2013 – II ZR 90/11, *Corealcredit Bank*, ZIP 2013, 455 (ca. 250 Mio. Euro, hilfsweise sogar 3,4 Mrd. Euro Schadensersatz); im Fall *BayernLB (Hypo Real Adria)* ging es um 200 Mio. Euro und *EnBW* verklagte vier Vorstände auf ca. 220 Mio. Euro; siehe auch *Ihlas*, *Directors & Officers Liability*, 2. Aufl. 2009, S. 113–118, Tabelle 1, die 100 höchsten Haftungssummen bis 1995, sowie S. 159–166, Tabelle 6, die 100 höchsten Haftungssummen zwischen 1996 und 2008.

Finanzkrise 2008.⁵³ Aufsehen erregte in diesem Zusammenhang die Verurteilung des damaligen Vorstandsvorsitzenden der Düsseldorfer Mittelstandsbank IKB *Stefan Ortseifen*. Nach seiner Verurteilung zu 10 Monaten Freiheitsstrafe auf Bewährung⁵⁴ im Jahr 2010 nahm ihn fünf Jahre später die IKB auf Schadensersatz in Anspruch.⁵⁵ Weiteres Fallmaterial liefern die Haftungsfälle der ApoBank (Subprime-Krise)⁵⁶, BayernLB (Hypo Alpe

-
- 53 Balthasar/Hamelmann, WM 2010, 589; Lutter, ZIP 2009, 197; Merkt, in: FS-Hommelhoff, 2012, S. 711; Rieder/Holzmann, AG 2011, 265; zu strafrechtlichen Verfahren aufgrund der Finanzkrise Jahn, JZ 2011, 340, 343 f.
- 54 LG Düsseldorf, Urt. v. 14.07.2010 – 14 KLS 6/09, 130 Js 54/07, AG 2011, 722.
- 55 Drost/Dowideit, Ex-IKB-Chef vor Privatsolvenz, Handelsblatt vom 23.06.2014, abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/management/ex-ikb-c-hef-der-banker-mit-der-knappen-kasse/10085232.html>; N.N., IKB will Schadensersatz von Ex-Vorständen, Handelsblatt vom 18.06.2014, abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/mittelstandsbank-ikb-will-schadensersatz-von-ex-vorstaenden/10063490.html>. Letztlich wurde im Juli 2015 Vergleich geschlossen und die D&O-Versicherung der Allianz zahlte 1,85 Mio. Euro, vgl. Reuters Nachrichtenagentur, Allianz zahlt Millionensumme an IKB-Bank, Handelsblatt vom 20.07.2015, abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/manager-haftpflicht-allianz-zahlt-millionensumme-an-ikb-bank/12081054.html>. *Stefan Ortseifen* wurde außerdem fristlos gekündigt und er musste knapp 1 Mio. Euro zurückzahlen, LG Düsseldorf, Urt. v. 20.06.2013 – 32 O 90/08, openJur 2013, 30337 (rechtskräftig); hinsichtlich der Einleitung einer Sonderprüfung bei der IKB vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.12.2009 – I-6 W 45/09, AG 2010, 126.
- 56 LG Düsseldorf, Urt. v. 25.04.2014 – 39 O 36/11, WM 2014, 1293 m. Anm. Bachmann, BB 2014, 2388 (ApoBank gegen ehemalige Vorstände aus § 93 AktG wegen fehlgeschlagener Investitionen in strukturierte Finanzprodukte, unbegründet).
- 57 Die BayernLB verklagt acht ehemalige Vorstandsmitglieder sowie den Verwaltungsratsvorsitzenden und den Verwaltungsrats-Vize, *Kurt Ballhäuser*, der zugleich bayrischer Finanzminister war, auf Schadensersatz i.H.v. 200 Mio. Euro. Ein gerichtliches Vergleichsangebot i.H.v. 25 Mio. Euro wurde abgelehnt. Das Strafverfahren gegen den Vorstandsvorsitzenden *Michael Kemmer* wegen Untreue wurde gegen Geldauflage i.H.v. 20.000 Euro eingestellt, der Vize-Chef *Theo Harnischmacher* musste nur 15.000 Euro zahlen und *Ralph Schmidt* und *Stefan Ropers* mussten jeweils 5.000 Euro Geldauflage leisten. Der frühere Vorstandsvorsitzende *Werner Schmidt* wurde nach einem Deal (nur) wegen Bestechung des ehemaligen Kärntner Landeshauptmanns *Jörg Haider* zu eineinhalb Jahren Bewährungsstrafe sowie 100.000 Euro Geldauflage verurteilt und das Verfahren gegen den damalige Vize-Chef *Rudolf Hanisch* gegen Geldauflage i.H.v. 50.000 Euro eingestellt, hierzu *Radomsky*, Ex-BayernLB-Vorstände zahlen und gehen, SZ vom 26.04.2014, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/prozess-wegen-debakel-um-hypo-alpe-adria-bayernlb-vorstaende-kommen-glimpflich-davon-1.2101986> sowie *Ulrich Schäfer*, Größenwahn ist nicht strafbar, SZ vom 27.11.2014, abrufbar

Adria-Übernahme)⁵⁷, der verstaatlichten Hypo Real Estate⁵⁸, Sal. Oppenheim⁵⁹, Landesbank Baden-Württemberg⁶⁰, SachsenLB⁶¹, Berlin Hyp (Au-

unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/bayernlb-prozess-groessenwahn-ist-nicht-straftbar-1.2193255>.

- 58 Nach sechs Jahren Ermittlung erhebt die Staatsanwaltschaft gegen den gesamten Vorstand Anklage wegen falscher Berichterstattung über die Liquiditätslage und Risiken der HRE-Gruppe. Der Finanzvorstand *Markus Fell* wird zudem wegen Marktmanipulation angeklagt. Die Untreue-Vorwürfe wurden fallengelassen. Eine HRE-Tochter hat am 24.10.2012 beim LG München gegen den ehemaligen HRE-Vorstandsvorsitzenden *Georg Funke* und zwei weitere Vorstandsmitglieder Klage auf Schadensersatz i.H.v. 52 Mio. Euro wegen einer unzulässigen Kreditvergabe eingereicht. Gegen die beiden Vorstandskollegen wurde zudem eine weitere Klage i.H.v. 168,5 Mio. Euro eingereicht, vgl. *Ott*, Hypo Real Estate fordert Schadensersatz von Ex-Vorstandschef Funke, SZ vom 11.09.2013, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/verstaatlichte-pleite-bank-hypo-real-estate-fordert-schadensersatz-von-ex-vorstandschef-funke-1.1767721>. Klagen wegen grundsätzlicher Risikooüberschreitung oder schlechter Risikovorsorge wurde nicht eingereicht. In einem Musterprozess wurde Schadensersatzklagen von gut 500 Mio. Euro der Weg bereitet, hierzu *OLG München*, Beschl. v. 15.12.2014 – KAP 3/10, NZG 2015, 399 sowie *BGH*, Beschl. v. 01.12.2015 – XI ZB 13/14, AG 2016, 177 und *BGH*, Beschl. v. 19.09.2017 – XI ZB 13/14, AG 2018, 36.
- 59 Das Bankhaus Sal. Oppenheim, nunmehr vollständige Tochter der Deutschen Bank, wird wegen Falschberatung im Zusammenhang mit Immobilienfonds (hauptsächlich Oppenheim-Esch-Fonds) auf mehrere Mrd. Euro verklagt. Bspw. klagt Ex-Quelle Inhaberin *Madeleine Schickedanz* zusammen mit Ex-Arcandor-Chef *Thomas Middelhoff* auf knapp 2 Mrd. Euro und mit den Unternehmerfamilien *Deichmann*, *Kreke* („Douglas“) und *Benteler* wurden außergerichtliche Einigungen getroffen. Regressfälle gibt es nicht, da die persönlich haftenden Gesellschafter der Sal. Oppenheim KGaA *Matthias Graf von Krockow*, *Christopher Freiherr von Oppenheim*, *Friedrich Carl Janssen* und *Dieter Pfundt* persönlich in Anspruch genommen werden, hierzu *Hartmann*, Wie eine Traditionsbank in die Krise schlitterte, Welt vom 07.10.2014, abrufbar unter <http://www.welt.de/regionales/nrw/article133010126/Wie-eine-Traditionsbank-in-die-Krise-schlitterte.html>.
- 60 Die LBBW Immobilien Management GmbH verklagt drei ihrer ehemaligen Geschäftsführer auf insgesamt 120 Mio. Euro wegen des sog. Rumänien-Engagements, *Müller*, LBBW verklagt Ex-Manager, Stuttgarter Zeitung vom 26.09.2014, abrufbar unter <http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.hoher-schadenersatz-gefordert-lbbw-verklagt-ex-manager.7b00b0e8-cfba-4184-9ab8-1f6c79722dd7.html>.
- 61 Die SachsenLB verklagte im Dezember 2010 acht Vorstände. Mit dem Vorstandsvorsitzenden *Herbert Süß* sowie mit *Gerrit Raupach*, *Stefan Leusder*, *Werner Eckert* und *Yvette Bellavite-Hövermann* wurde ein Vergleich geschlossen. Der D&O-Versicherer AIG zahlte 21 Mio. Euro und die Manager einen nicht bekannten Eigenanteil. Die Klagen gegen die Vorstände *Hans-Jürgen Klumpp*, *Michael Weiss* und *Rainer Fuchs* wurden abgewiesen, vgl. *LG Leipzig*, Ur. v. 08.11.2013 – 8 O 3757/10, juris. Ein Strafverfahren gegen den stellvertretenden Vorstandsvorsitzenden wurde gegen Geldzahlung vorläufig eingestellt, insgesamt hierzu *Leyende-*