

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
1. Teil: Grundlegung	27
§ 1 Einleitung	27
I. Gegenstand und Ziel der Arbeit	27
II. Gang der Darstellung	32
§ 2 Ökonomische Rechtfertigung eines Geschäftsleiterermessens	35
I. Schutzbedürftigkeit der Aktiengesellschaft vor Missmanagement	37
1. Die Agency-Beziehung zwischen Vorstand und Aktiengesellschaft	37
2. Die Gefahr treuwidrigen bzw. unsorgfältigen Verhaltens durch den Vorstand (Moral Hazard-Problem)	38
3. Problembewältigung zum Schutz der Aktiengesellschaft	39
a. Reduktion der Informationsasymmetrie durch Überwachung des Vorstands	39
b. Interessenharmonisierung durch Implementierung vor allem der Anreizsysteme Organhaftung und Amtsverlust	41
II. Erfordernis der Begrenzung jedenfalls des Anreizsystems Organhaftung	43
1. Gefahr der Sanktionierung pflichtgemäßen Verhaltens und daraus resultierende Unsicherheit für den Vorstand	43
a. Unsicherheit infolge der Zukunftsgerichtetheit unternehmerischer Entscheidungen	43
b. Unsicherheit bezogen auf das gegenwärtige Entscheidungsumfeld	44
c. Mit einer nachträglichen Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen verbundene Unsicherheit	45
2. Risikoneigung des Vorstands als Agent und Konsequenzen	47
3. Das Geschäftsleiterermessen als Begrenzung der Organhaftung und damit als Ausweg aus dem Dilemma	49

4.	Bedeutung des Geschäftsleiterermessens für das Anreizsystem Amtsverlust	50
III.	Zusammenfassung und Ausblick	53
§ 3	<i>Die Business Judgment Rule</i> US-amerikanischer Prägung	55
I.	Einleitung	56
1.	Rechtsquellen des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts	56
2.	Organisationsform Public Corporation	57
3.	Ursprünge und moderne Fassungen der <i>Business Judgment Rule</i> US-amerikanischer Prägung	62
II.	Funktionsweise der <i>Business Judgment Rule</i>	64
1.	Materiell-rechtlicher Aspekt	65
2.	Prozessualer Aspekt	68
III.	Einzelne Elemente der <i>Business Judgment Rule</i>	70
1.	Business Judgment	70
2.	Not Interested	71
a.	Interestedness und Lack of Independence	72
aa.	Abstrakte Definitionen	72
bb.	Einzelne Beispiele	73
cc.	Sonderfall: <i>Tender Offers</i>	76
b.	Rechtsfolgen	79
3.	Informed Basis	80
a.	Sorgfältige Selbstinformation	81
b.	Sorgfältiges Verfahren bei der Entscheidungsfindung	83
c.	Rechtsfolgen	85
4.	Rational Business Purpose	86
5.	Good Faith	89

IV. Zusammenfassung	92
§ 4 Dogmatische Herleitung und historische Entwicklung eines deutschen Geschäftsleiterermessens	93
I. Dogmatische Herleitung des Geschäftsleiterermessens	93
1. Eigenverantwortlichkeit gemäß § 76 Abs. 1 AktG als Ursprung	93
2. Schranken des der Eigenverantwortlichkeit entspringenden Handlungsspielraums und Verortung des Geschäftsleiterermessens innerhalb dieser Schranken	96
a. Konkrete gesetzliche Vorgaben	96
aa. Direkt an den Vorstand selbst gerichtete gesetzliche Ge- und Verbote	97
bb. Den Vorstand lediglich mittelbar bindende gesetzliche Regelungen	97
b. Konkrete Vorgaben aus Satzung, Geschäftsordnung und Anstellungsvertrag	98
c. Die allgemeine Treue- und Sorgfaltspflicht	98
d. Verortung des Geschäftsleiterermessens innerhalb dieser Schranken	104
3. Zusammenfassung	106
II. Historische Entwicklung des Geschäftsleiterermessens	107
1. Das Geschäftsleiterermessen vor seiner Kodifikation in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	107
a. Vor der allgemeinen Anerkennung eines Geschäftsleiterermessens	107
b. Erstmalige höchstrichterliche Erwähnung in der <i>Herstatt-</i> Entscheidung von 1979 und daran anschließende Entwicklung	109
c. Verstärktes Interesse seit der <i>ARAG/Garmenbeck-</i> Entscheidung von 1997	112
2. Die Kodifikation des Geschäftsleiterermessens durch das UMAG	114
3. Fazit	119

<b>2. Teil: Funktionsweise des Geschäftsleiterermessens gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG</b>	<b>120</b>
<b>§ 5 Rechtsnatur des Geschäftsleiterermessens</b>	<b>120</b>
<b>I. Abschließende Klärung lediglich des Prüfungsstandorts und der Rechtsfolge von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG</b>	<b>121</b>
1. Integration des Geschäftsleiterermessens in die allgemeinen Tatbestände auf der Ebene der Sorgfaltspflichtverletzung	121
2. Ausschluss der Sorgfaltspflichtverletzung als Rechtsfolge von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	123
3. Konsequenzen für die Ausgangsfrage nach der Rechtsnatur des Geschäftsleiterermessens	123
<b>II. Verbleibende Erklärungsansätze bezüglich der Rechtsnatur des Geschäftsleiterermessens</b>	<b>124</b>
1. Anknüpfung am strengen Sorgfaltspflichtenstandard selbst	125
a. Das Geschäftsleiterermessens als abgemilderter Sorgfaltspflichtenstandard	125
b. Rechtsnaturunabhängige Funktionsweise von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	126
aa. Sperrwirkung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	126
bb. Rückgriff auf § 93 Abs. 1 S. 1 AktG	127
cc. Stufenprüfung	128
c. Schwächen eines als abgemilderter Sorgfaltspflichtenmaßstab verstandenen Geschäftsleiterermessens	129
2. Anknüpfung erst auf der Ebene der Überprüfung	130
a. Das Geschäftsleiterermessen als abgemilderter Überprüfungsstandard	130
b. Vorzüge eines als abgemilderten Überprüfungsmaßstab verstandenen Geschäftsleiterermessens	131
c. Einwand mangelnder Vereinbarkeit mit deutschem Zivilrecht	132
aa. Grundsätzlicher Gleichklang von Verhaltens- und Überprüfungsstandard	132
bb. Gesetzliche Vermutungen als Ausnahme zu diesem Grundsatz	133
(1) Begriffliche Klärung	133
(2) Wirkweise gesetzlicher Vermutungen	135
(a) Widerlegbare Vermutungen	135
(aa) Beweiserleichternde Wirkung	135
(bb) Umkehr von Darlegungs- und Beweislast	137
(b) Unwiderlegbare Vermutungen	138
(aa) Ausschluss des Beweises des Gegenteils	138

(bb) Diskussion überhaupt einer erst überprüfungsbezogenen Wirkung	138
(3) Fazit	139
cc. Interpretation des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG als unwiderlegbare gesetzliche Tatsachenvermutung	140
(1) Teleologischer und funktioneller Abgleich	140
(2) Diskussion um den Charakter der unwiderlegbaren Vermutung	143
(a) Gleichartigkeit der Tatbestände	143
(b) Überprüfungsregel	144
(c) Hilfscharakter	145
(d) Ergebnis	145
(3) Die mangelnde Verankerung des Vermutungscharakters im Wortlaut von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	147
(4) Fazit	148
d. Der Einwand der Wirkungslosigkeit und mangelnden Vereinbarkeit sanktionsloser Verhaltensstandards mit dem Aktienrecht	148
e. Ergebnis	151
3. Verweis allein auf „Ermessenscharakter“ in Bezug auf die Feststellung der Rechtsnatur nicht weiterführend	152
III. Zusammenfassung	156
§ 6 Darlegungs- und Beweislast	158
I. Die allgemeine Grundregel	158
II. Der Ausnahmecharakter von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	160
III. Bedeutung der Umkehr von Darlegungs- und Beweislast gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG	161
IV. Ablehnung einer davon abweichenden Verteilung von Darlegungs- und Beweislast	163
1. Unzulässigkeit einer alternativen Auslegung	164
a. Bewusste Wertungsentscheidung des Gesetzgebers	165
b. Kein anderes Ergebnis unter Hinzuziehung von § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG	166
c. Fazit	168
2. Unzulässigkeit einer Rechtsfortbildung und Ablehnung einer Gesetzesänderung	168

<b>V. Zusammenfassung</b>	172
<b>3. Teil: Die Voraussetzungen des Geschäftsleiterermessens gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG</b>	173
<b>§ 7 Unternehmerische Entscheidung</b>	173
<b>I. Bestehen einer Entscheidungssituation in tatsächlicher Hinsicht</b>	173
1. Keine tatsächliche Gebundenheit	174
2. Unbewusste Untätigkeit	175
a. Der Grundsatz	175
b. Unbewusste Untätigkeit im Rahmen eines ansonsten bewussten Entscheidungsprozesses	176
c. Abgrenzung unbewusster Untätigkeit vom bewussten Verwerfen eines Beschlussgegenstandes	177
d. Zusammenfassung und Bedeutung der Abgrenzungsproblematik für die Praxis	178
3. Entscheidung versus Umsetzung	180
<b>II. Keine rechtliche Gebundenheit</b>	181
1. Keine Anwendbarkeit des Geschäftsleiterermessens im Bereich „allgemeiner Ermessensschränken“	181
a. Prüfungsstandort für Verstöße gegen konkrete gesetzliche Pflichten, Satzung, Geschäftsordnung und Anstellungsvertrag	181
b. (Noch) Keine Aussonderung von Treuepflichtverletzungen	183
c. „Nützliche Pflichtverletzungen“	184
2. Unklare oder umstrittene Rechtslage	187
3. Rechtliche Bindungen und verbleibendes Ermessen	188
<b>III. Unsicherheit im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung</b>	190
1. Der Grundsatz	190
2. Kategorisierung im Bereich der Verwaltungsmaßnahmen	192
a. Interne Organisations- und Überwachungspflichten	192
b. Insolvenzantragspflicht gemäß § 92 Abs. 2 AktG	195
c. Durchführung einer genehmigten Kapitalerhöhung	197
d. Gerichtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche der Gesellschaft	198

IV. Zusammenfassung	200
§ 8 Handeln auf der Grundlage angemessener Information	202
I. Reichweite der Verfahrenskontrolle	204
1. Absenkung des Überprüfungsmaßstabs auch bereits im Zusammenhang mit der Verfahrenskontrolle	204
a. Für eine möglichst weit reichende Verfahrenskontrolle eintretende Gesichtspunkte	204
b. Eine Begrenzung der Verfahrenskontrolle bedingende Aspekte	205
aa. Verfahrensentscheidungen als „unternehmerische Entscheidungen“ im Sinne von § 93 Abs. 1 S. 2 Akt?	206
(1) Erhebliche Unsicherheit auch bereits im Zusammenhang mit Verfahrensentscheidungen	206
(2) Systematische und teleologische Einwände	207
(3) Fazit	208
bb. Gesetzgeberischer Wille	209
cc. Gefahr einer bloßen Verlagerung des Ausgangsproblems	210
dd. Verweis auf die volle Überprüfbarkeit des Loyalitätserfordernisses	211
ee. Kein betriebswirtschaftlich voll abgesicherter Zusammenhang zwischen Information und Qualität der Entscheidung	211
ff. Rechtstradition und Rechtsvergleich	212
gg. Ergebnis	213
2. Abstrakter Überprüfungsmaßstab	214
3. Konkretisierung	214
a. Der Verfahrensbegriff	215
b. Einzelentscheidungen	216
aa. Gesamtgeschäftsführung versus Einzelgeschäftsführung	216
bb. Grenzen der Einzelgeschäftsführung	217
cc. Konkretisierung in Bezug auf die Informationsbeschaffung	219
(1) Kriterien und Leitlinien zur Ermittlung der erforderlichen „Informationsdichte“	219
(2) Präzisierung der erforderlichen „Informationsart“ für bestimmte Standardentscheidungen	225
(3) Das „Wie“ der Informationsbeschaffung	226
dd. Konkretisierung in Bezug auf die Informationsabwägung	228
ee. Zusammenfassung	229
c. Kollektiventscheidungen	230
aa. Konkretisierung in Bezug auf die Informationsbeschaffung	231
(1) Die „Informationsdichte“ in Gremien	231

(2) Präzisierung der erforderlichen „Informationsart“ für bestimmte Standardentscheidungen	233
(a) Maßnahmen aus dem M&A-Bereich	233
(b) Die Einführung einer neuen Produktlinie	238
(c) Die Vergabe eines Großkredits	239
(3) Das „Wie“ der Informationsbeschaffung in Gremien	243
(a) Die „Form“ der Informationsmitteilung an die übrigen Vorstandsmitglieder	244
(b) Der Zeitpunkt der Informationsmitteilung an die übrigen Vorstandsmitglieder	245
bb. Konkretisierung in Bezug auf die Informationsabwägung	246
cc. Zusammenfassung	246
d. Fazit	248
II. Auswirkung und Heilung von Verfahrensdefiziten	251
1. Einzelentscheidungen	253
a. Das „Prinzip gegenseitiger Überwachung“	253
b. Die Einpassung der „Genehmigung“ von Verfahrensdefiziten in dieses Prinzip	257
aa. Rechtsnatur der „Genehmigung“, „genehmigungsfähiges“ Organ und grundsätzliche Wirkung	257
bb. Anforderungen an die „Genehmigung“	259
(1) Das Verfahrenserfordernis betreffende Besonderheiten	260
(a) Der für die Informationsgrundlage maßgebliche Zeitpunkt	260
(b) Die mit der „Genehmigungsvorbereitung“ zu betrauende Person	261
(2) Das Loyalitätserfordernis betreffende Besonderheiten	264
cc. Haftungsrechtliche Anschlussfragen	265
(1) Grundsätzliche Aspekte betreffend die aktienrechtliche Organhaftung	265
(2) Erweiterung des zu Grunde zu legenden Fallmaterials	266
(3) Erörterung der in den Beispielfällen angelegten Fragestellungen	267
(a) Der klassische Fall erfolgreicher Heilung	267
(b) Der Fall ordnungsgemäßer „Genehmigungsverweigerung“	268
(c) Der Fall sorgfaltswidriger „Genehmigungserteilung“	270
(aa) § 840 Abs. 2 BGB als „anderweitige Bestimmung“ im Sinne von § 426 Abs. 1 S. 1 a.E. BGB?	271
(bb) Das „Maß der Verursachung“	272
(cc) Die „Schwere der Pflichtverletzung“	273



	(d) Der Fall sorgfaltswidriger „Genehmigungsverweigerung“	278
	c. Zusammenfassung	278
2.	Kollektiventscheidungen	279
	a. Auswirkung von Verfahrensdefiziten Einzelner auf das Kollektiv	279
	b. Heilung von Verfahrensdefiziten	282
	aa. Ausschussentscheidungen	282
	bb. Entscheidungen des Gesamtvorstands	283
	(1) „Genehmigung“ durch den Aufsichtsrat	283
	(2) „Genehmigung“ durch die Hauptversammlung	286
	(3) Ergebnis	289
	d. Zusammenfassung	289
III.	Fazit	290
§ 9	Handeln zum Wohle der Gesellschaft	292
I.	Loyalitätskontrolle	292
1.	Reichweite und Inhalt der Loyalitätskontrolle	293
	a. Das Abstellen auf Fremdinteressen	293
	b. Differenzierung zwischen relevanten und irrelevanten Fremdinteressen	294
	aa. Abstrakte Grundsätze	295
	(1) Der Terminus „gesellschaftsfremd“	295
	(2) Die grundsätzlich erforderliche „Intensität“	296
	(3) Die „Art“ des „gesellschaftsfremden“ Interesses	297
	(4) Der Ursprung des „gesellschaftsfremden“ Interesses	298
	bb. Konkretisierung anhand von Beispielen	299
	(1) Aktienkurs- bzw. erfolgsbezogene Vergütungsformen, <i>Management Buyout</i> , Prämien und Provisionen sowie Beteiligung am Vertragspartner der Gesellschaft	299
	(2) Feindliche Übernahmen	301
	(a) Entscheidungen betreffend das Tagesgeschäft sowie eine bereits eingeschlagene Unternehmensstrategie	303
	(b) Entscheidungen im Rahmen der Suche nach einem konkurrierenden Angebot	304
	(c) Entscheidungen mit Zustimmung des Aufsichtsrates	306
	(d) Maßnahmen auf der Grundlage von Hauptversammlungsbeschlüssen sowie Werbemaßnahmen	310

c.	Zusammenfassung	311
2.	Auswirkung und Heilung von Interessenkonflikten	313
a.	Einzelentscheidungen	313
aa.	Offenlegung und Übertragung der Entscheidung an den Gesamtvorstand	313
bb.	Heilung durch Genehmigung von Seiten des Gesamtvorstands	316
b.	Kollektiventscheidungen	317
aa.	Offenlegung und Konsequenzen	317
(1)	Bestehenbleiben der Beschlussfähigkeit	317
(2)	Beschlussunfähigkeit	317
bb.	Auswirkung und Heilung nicht offen gelegter Interessenkon- flikte	322
(1)	Grundsätzlich maßgebliches Quorum	322
(2)	Wesentliche Beeinflussung trotz Nichterreichens des Quorums	323
(3)	Heilung durch Genehmigung	323
3.	Zusammenfassung	324
II. Inhaltskontrolle		325
1.	Erfordernis einer Inhaltskontrolle	325
2.	Abstrakter Überprüfungsmaßstab	326
3.	Konkretisierung anhand von Leitlinien	328
III. Gutgläubigkeit		334
1.	Inhalt und Funktion eines Gutgläubigkeitskriteriums	334
2.	Auswirkung und Heilung mangelnder Gutgläubigkeit	336
3.	Zusammenfassung	337

IV. Fazit	338
4. Teil: Schluss	339
§ 10 Fazit und Zusammenfassung in Thesen	339
I. Fazit	339
II. Zusammenfassung in Thesen	340
Literaturverzeichnis	359
Stichwortverzeichnis	375