

Bernd Pfertner

Unternehmerische Entscheidungen des Vorstands

Anwendungsbereich und Stellenwert der „Business
Judgment Rule“ des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG

Mohr Siebeck

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XXI
<i>Teil 1: Einleitung</i>	1
§ 1 Untersuchungsgegenstand	1
A. Organhaftung in der Aktiengesellschaft	1
B. Die „ <i>Business Judgment Rule</i> “ des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	3
C. Unklarer Anwendungsbereich der BJR	5
D. Unklare Vorbedingungen der BJR	7
§ 2 Zielsetzung	8
§ 3 Verfahren	9
§ 4 Geltung der Untersuchungsergebnisse über das AktG hinaus	10
<i>Teil 2: Die Grundlagen von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG</i>	13
§ 1 Bedürfnis und Zweck der BJR	13
A. Vorüberlegungen	13
I. Rahmenbedingungen	13
II. Teleologisches Fundament	14
1. Amtliche Begründung	14
a. Eigenständiger Gehalt	14
b. Konsequenzen	14
2. Weitere Anknüpfungspunkte	15
a. Geschäftsleiterermessen bzw. unternehmerisches Ermessen	15
b. „ <i>ARAG/Garmenbeck</i> “-Rechtsprechung	16
c. US-amerikanische Varianten der <i>Business Judgment</i> <i>Rule</i>	17
3. Zusammenfassung	19
B. Tätigkeit des Vorstands	19
I. Stellung und Aufgaben in der AG	19
1. Eigenverantwortliche Leitung	19

2. Vorgaben für die Leitung	21
II. Resultierende Konflikte und Regelungsanliegen der BJR	22
C. Haftung des Vorstands	25
I. Das aktienrechtliche Haftungsregime	25
1. Grundlagen und Zweck der Innenhaftung	26
2. Tatbestandliche Voraussetzungen	27
a. Pflichtverletzung	27
aa. Sorgfaltspflicht	27
aaa. Allgemeiner Maßstab	27
bbb. Legalitätspflicht	28
bb. Treuepflicht	28
cc. Individueller Pflichtenmaßstab	30
b. Schaden	30
c. Verschuldensmaßstab	31
d. Beweislast	33
e. Verjährung	34
f. Haftungsausschluss, Vergleichs- und Verzichtsmöglichkeiten	34
3. Weitere Aspekte zur Tragweite der Innenhaftung	35
a. Die Geltendmachung der Innenhaftung	35
aa. Pflicht des Aufsichtsrats zur Durchsetzung von Ansprüchen	35
bb. Alternative Möglichkeiten	36
b. Der Einfluss von D&O-Versicherungen	37
c. Individuelle soziale Relevanz	39
d. Schwelle zu strafrechtlicher Sanktion	40
e. Die Rolle rechtlicher Beratung	41
4. Zwischenergebnis	43
II. Resultierende Konflikte und Regelungsanliegen der BJR	44
1. Risikoaversion	44
2. Drohende Verzerrung richterlicher Bewertung durch Rückschaufehler	48
D. Zusammenfassung und Ergebnis von § 1	50
§ 2 Die funktionale Ausgestaltung von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	51
A. Übersicht	51
I. Die Tatbestandsmerkmale im Einzelnen	52
II. Funktionsweise des Ausschlusses einer Pflichtverletzung	52
B. Handeln „zum Wohle der Gesellschaft“	53
I. Inhalt des Merkmals	53
1. Allgemeine Zielrichtung	53

2. Keine grundsätzliche Ausnahme „existenzgefährdender Risiken“	55
3. Loyalitätserfordernis	56
a. Inhalt	56
b. Verhaltenspflichten im Konfliktfall	57
4. Gutgläubigkeit	58
II. Haftungsrechtliche Konsequenzen für den Vorstand	58
III. Zusammenfassung	59
C. „Handeln auf der Grundlage angemessener Information“	59
I. Inhalt	59
1. H.M.: „Angemessenheit“ als situationsbezogener Maßstab	60
2. Gegenauffassung: Umfassende Information	61
3. Bewertung der Auffassungen	62
4. Zwischenergebnis	64
II. Haftungsrechtliche Konsequenzen für den Vorstand	65
III. Zusammenfassung	65
D. „Vernünftigerweise annehmen dürfen“	66
I. Einordnung des Merkmals in die BJR	66
II. Eigengehalt und tatbestandliche Reichweite	67
1. Weite Auslegung und haftungsrechtliche Privilegierung	67
2. Enge Auslegung ohne bzw. unter eingeschränkter haftungsrechtlicher Privilegierung	68
3. Reichweite des Merkmals in Bezug auf die anderen Tatbestandsmerkmale	69
a. Ausschluss der Informationsgrundlage	70
b. „Wohl der Gesellschaft“	70
4. Zwischenergebnis	71
III. Interpretation des „vernünftigerweise“ anzulegenden Maßstabs	71
1. Eigengehalt des Merkmals	71
a. Wortlaut	71
b. Historie	72
aa. Gesetzesbegründung	72
bb. „Grobe Fahrlässigkeit“ im Gesetzgebungsprozess	73
aaa. Der Vorschlag des UMAG-Referentenentwurfs	74
bbb. Die Kritik aus dem Schrifttum	74
ccc. Die Ablehnung im Regierungsentwurf	75

ddd. Bewertung	75
cc. Fortsetzung der „ARAG/Garmenbeck“- Rechtsprechung	77
dd. Zwischenergebnis	77
c. Systematik	77
d. Sinn und Zweck	78
e. Konturierung des Ermessensspielraums	78
aa. Ausgangspunkt „ARAG/Garmenbeck“	79
bb. Konkretisierungen der „Unverantwortlichkeit“	79
cc. Fazit	81
2. Ausstrahlung auf das „Wohl der Gesellschaft“ und die Informationsgrundlage	82
a. Wortlaut	83
b. Historie	83
aa. „Wohl der Gesellschaft“	83
bb. Informationsgrundlage	84
c. Systematik	85
d. Sinn und Zweck	85
aa. Hinsichtlich der Informationsgrundlage	85
bb. Hinsichtlich des „Wohls der Gesellschaft“	89
e. Zwischenergebnis	90
IV. Haftungsrechtliche Konsequenzen für den Vorstand	90
1. Zusammenfassende Betrachtung	90
2. Das Verständnis als „sicherer Hafen“	91
a. Amtliche Begründung	92
b. Allgemeines rechtstechnisches Verständnis	92
c. Beispiele „sicherer Häfen“	92
d. Vergleich mit § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	93
e. Zwischenergebnis	94
E. Zusammenfassung und Ergebnis von § 2	94

<i>Teil 3: Der von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eröffnete Handlungs- spielraum in der Vorstandstätigkeit</i>	<i>97</i>
§ 1 Die Kriterien unternehmerischer Entscheidungen	97
A. Handlungsqualität	97
B. Inhaltliche Kriterien	99
I. Ausgangspunkt amtliche Begründung	99
II. Merkmale	99
III. Bewertung	101

1. Gesetzesbegründung	101
2. Keine Präzision der Merkmale	102
3. Widersprüche zur Funktion der BJR	105
a. Keine präzise Prüfung möglich	105
b. Vorwegnahme anderer Tatbestandsmerkmale	106
4. Inhaltliche Wertungswidersprüche	107
5. Strukturelle Wertungswidersprüche	107
IV. Zusammenfassung	108
C. Strukturelle Kriterien	108
I. Darstellung	108
II. Bewertung	109
III. Zwischenergebnis	110
D. Abgrenzung gegenüber „gebundenen Entscheidungen“	111
I. Ausgangspunkt amtliche Begründung	111
II. Legalitätspflicht als Grenze	111
1. Rechtsverstöße	111
2. Unklare Rechtslage	112
III. Unternehmerische Entscheidungen im Rahmen von „Pflichtaufgaben“	115
1. Befürwortende Auffassung	116
2. Gegenansicht	117
3. Untersuchung der Anwendung der BJR	118
a. Wortlaut	118
b. Historie	119
c. Systematik	120
d. Zweck	121
aa. Offene Handlungsspielräume im Rahmen gesetzlich normierter Aufgaben	121
aaa. Eigenverantwortung und Kontrollbedarf	121
bbb. Verhältnis zur Legalitätspflicht	122
ccc. Verengung des Anwendungsbereichs der BJR	124
ddd. Unbestimmtheit von Handlungsspielräumen außerhalb der BJR	125
eee. „Ermessen“ als gesellschaftsrechtliche Institution	127
fff. Ausnahme bei besonderen Interessen- vorgaben	127
ggg. Zwischenergebnis	129
bb. Unbestimmte Rechtsbegriffe	130

aaa. Begriff	130
bbb. Kontrollbedarf	130
ccc. Ausnahme bei Konkretisierung des - Unternehmenswohls	132
ddd. Zwischenergebnis	133
cc. Zustimmungsbedürftige Entscheidungen	134
dd. Übertragene Entscheidungen	134
e. Zwischenergebnis	136
4. Konsequenzen für das Verständnis von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen	136
a. „Ermessensentscheidungen“	136
b. „Pflichtgemäßes Ermessen“	137
c. „Beurteilungsspielräume“	137
IV. Treuepflicht und unternehmerische Entscheidungen	139
1. Meinungsstand	139
2. Vereinzelt Verortung beim „Wohl der Gesellschaft“	140
3. Zwischenergebnis	141
E. Zusammenfassung von § 1	141
§ 2 Verortung in der Leitungstätigkeit des Vorstands	142
A. Konturierung der Leitungstätigkeit	142
I. Leitungsaufgaben als Kategorie der Vorstandstätigkeit	142
II. Kategorien zur Bestimmung von Leitungsaufgaben	144
1. Geschriebene Leitungsaufgaben	144
2. Ungeschriebene Leitungsaufgaben	144
3. Zuordnung aufgrund der Tragweite im Einzelfall	145
III. Festlegung des weiteren Verfahrens	146
B. Unternehmerische Entscheidungen bei Wahrnehmung der originären Führungsaufgaben	147
I. Ausgangspunkt § 76 AktG	147
II. Kategorisierung der Führungsaufgaben	147
1. Klassische Auffassung	147
2. Abweichende Ansätze	147
3. Konsequenzen für die folgende Darstellung	149
III. Einzelbetrachtung der Führungsaufgaben	149
1. Unternehmensplanung	149
a. Konturierung	149
b. Unternehmerische Entscheidungen	150
2. Unternehmenskoordinierung bzw. -organisation	152
a. Konturierung	152
b. Unternehmensstrukturen	153

aa. Inhalt	153
bb. Unternehmerische Entscheidungen	153
c. Selbstorganisation	154
aa. Inhalt	154
bb. Unternehmerische Entscheidungen	154
d. Informationsverantwortung	155
aa. Inhalt	155
bb. Unternehmerische Entscheidungen	156
e. Compliance-Verantwortung	157
aa. Allgemeines	157
bb. Inhalt	157
cc. Unternehmerische Entscheidungen	158
3. Kontrolle des Unternehmens	162
a. Inhalt	162
b. Unternehmerische Entscheidungen	162
4. Personalverantwortung	163
a. Inhalt	163
b. Unternehmerische Entscheidungen	164
C. Unternehmerische Entscheidungen im Rahmen der gesetzlichen Pflichtaufgaben	165
I. Aktienrechtliche Pflichten im Rahmen der Gesellschaftsgründung	165
1. Vorüberlegung zum Haftungsmaßstab bei Gründungsvorgängen	165
2. Zusammensetzung des Aufsichtsrats, §§ 30, 31 AktG	166
3. Gründungsprüfung, §§ 33, 33a, 34 AktG	166
4. Anmeldung der Gesellschaft, §§ 36–37a AktG	167
5. Nachgründung	168
a. Publizitätspflichten, § 52 Abs. 2 AktG	168
b. Erläuterung, § 52 Abs. 2 S. 6 AktG	169
c. Nachbereitung der Nachgründung, § 52 Abs. 2 AktG	169
II. Aktienrechtliche Pflichten im Kontext von Buchführung und Rechnungslegung	170
1. Führung der Handelsbücher, § 91 Abs. 1 AktG	170
2. Jahresabschluss und Lagebericht	170
a. Erstellungs- und Vorlagepflichten	171
b. Forcierung der Prüfung durch den Aufsichtsrat, § 171 AktG	171
c. Einstellung in Gewinnrücklagen, § 58 Abs. 2 AktG	172

d. Abschlagszahlungen auf den Bilanzgewinn, § 59 Abs. 1 AktG	173
3. Maßnahmen zur Früherkennung und Überwachung, § 91 Abs. 2 AktG	174
a. Grundsätzliche Verpflichtung	174
b. Individuelle Ausgestaltung	174
4. Pflichten bei drohenden Verlusten	175
a. Einberufung der Hauptversammlung, § 92 Abs. 1 AktG	175
b. Zahlungsverbote, § 92 Abs. 2 AktG	176
III. Aktienrechtliche Pflichten im Verhältnis zu den Aktionären	177
1. Aufforderung zur Einzahlung, § 63 Abs. 1 AktG	177
2. Anlage eines Aktienregisters, § 67 AktG	178
3. Zustimmung zur Übertragung von Namensaktien, § 68 Abs. 2 AktG	178
4. Erwerb und Einziehung eigener Aktien	179
a. Erwerb	180
aa. Katalog der Ausnahmetatbestände, § 71 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–7 AktG	180
aaa. Feststellung der Voraussetzungen	180
bbb. Ausübungsentscheidung	180
bb. Ermächtigung durch die Hauptversammlung, § 71 Abs. 1 S.1 Nr. 8 AktG	181
aaa. Rahmenbedingungen	181
bbb. Ausübungsentscheidung	181
b. Einziehung, § 71 Abs. 1 Nr. 8 S. 6 AktG	182
c. Informationspflichten, § 71 Abs. 3 S. 1 AktG	182
5. Ausschluss von Minderheitsaktionären, § 327a ff. AktG	183
a. Information des Hauptaktionärs, § 327b Abs. 1 AktG	183
b. Zugänglichmachung und Erläuterung des Entwurfs, § 327d AktG	183
c. Anmeldung des Übertragungsbeschlusses, § 327e AktG	184
IV. Aktienrechtliche Pflichten bezüglich vorstandsinterner Sachverhalte	184
1. Erlass einer Geschäftsordnung, § 77 Abs. 2 AktG	184
2. Interessenkonflikte bei der Willensbildung	184
V. Aktienrechtliche Pflichten im Verhältnis zwischen den Organen und der AG	185

1. Pflichten gegenüber der AG	185
a. Vertretung der AG, § 78 AktG	185
b. Bindung an die Verfassung der AG, § 82 Abs. 2 AktG	185
2. Pflichten gegenüber dem Aufsichtsrat	186
a. Berichtspflicht, § 90 Abs. 1 S. 1 AktG	186
b. Pflichten hinsichtlich der Zusammensetzung des Aufsichtsrats	186
aa. Überwachung der Zusammensetzung, § 97 Abs. 1 S. 1 AktG	186
bb. Mögliche Konsequenzen	187
aaa. Bekanntmachung, § 97 Abs. 1 S. 1 AktG	187
bbb. Einleitung eines Gerichtsverfahrens, § 98 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AktG	187
ccc. Verhältnis beider Konsequenzen zueinander	187
cc. Folgepflicht bei Änderungen im Handelsregister, § 99 Abs. 5 S. 3 AktG	188
dd. Antrag auf Ergänzung, § 104 Abs. 1 AktG	188
ee. Anmeldung von Personalien der Verwaltung, §§ 106, 107 AktG	189
c. Einberufung des Aufsichtsrats, § 110 AktG	189
d. Zustimmungspflichtige Aufgaben, § 111 Abs. 4 S. 3 AktG	190
3. Pflichten gegenüber der Hauptversammlung	190
a. Einberufung, § 121 AktG	191
aa. Anordnung durch Gesetz oder Satzung, § 121 Abs. 1, 1. Alt. AktG	191
bb. Einberufung zum „Wohl der Gesellschaft“, § 121 Abs. 1, 2. Alt. AktG	192
b. Vorbereitung der HV	192
aa. Mitteilungspflichten	192
aaa. Mitteilung über die Einberufung, § 125 AktG	192
bbb. Mitteilung von Beschlussanträgen, § 126 Abs. 1 AktG	193
ccc. Ausnahmen von der Pflicht zur Zugänglichmachung, § 126 Abs. 2 AktG	193
ddd. Zusammenfassung von Anträgen, § 126 Abs. 3 AktG	194

eee. Mitteilung von Wahlvorschlägen, § 127 AktG	195
bb. Vorbereitung von Hauptversammlungs- beschlüssen, § 83 Abs. 1 AktG	195
c. Durchführung der Hauptversammlung	196
aa. Teilnahme des Vorstands, § 118 Abs. 3 AktG	196
bb. Teilnahmemodalitäten	196
aaa. Elektronische Teilnahme, § 118 Abs. 1 S. 2 AktG	196
bbb. Briefwahl, § 118 Abs. 2 AktG	197
ccc. Übertragung, § 118 Abs. 4 AktG	197
cc. Abstimmungsvorschläge, § 119 Abs. 2 AktG	198
dd. Beschlussvorschläge, § 124 Abs. 3 AktG	199
ee. Auskunftsrechte der Aktionäre, § 131 AktG	199
aaa. Maßstab für die Erteilung, § 131 Abs. 1 S. 1 AktG	199
bbb. Ausnahmsweise Verweigerung, § 131 Abs. 3 AktG	200
d. Nachbereitung der Hauptversammlung	201
aa. Pflichten hinsichtlich der Beschlüsse	201
aaa. Niederschrift, § 130 AktG	201
bbb. Mitteilung, § 125 Abs. 4 AktG	202
bb. Ausführung der Beschlüsse, § 83 Abs. 2 AktG	202
cc. Erhebung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen, §§ 245, 249 AktG	203
dd. Vertretungsregeln bei Anfechtung, § 246 AktG	204
ee. Einreichung zum Handelsregister, § 248 Abs. 1 S. 2 AktG	204
VI. Aktienrechtliche Pflichten im Kontext der Sonderprüfung	204
1. Mitteilungspflichten im Kontext der Bestellung, § 142 Abs. 7 AktG	204
2. Rechte der Prüfer und Umgang mit dem Prüfungs- bericht, § 145 AktG	205
3. Sonderprüfung wegen unzulässiger Unterbewertung, § 259 Abs. 5 AktG	206
VII. Aktienrechtliche Pflichten im Kontext des DCGK	206
1. Erklärung zum DCGK, § 161 Abs. 1 AktG	206
2. Inhaltliche Abweichungen vom DCGK	206
VIII. Aktienrechtliche Pflichten bei Rechnungslegung und Gewinnverwendung	207

1. Übertragung an die Hauptversammlung, § 172 S. 1 AktG	207
2. Einberufung der Hauptversammlung, § 175 AktG	207
3. Vorlagen, Bericht und Stellungnahmen, § 176 AktG	208
IX. Aktienrechtliche Pflichten im Kontext von Kapitalmaßnahmen	209
1. Erläuterungspflicht bei Übertragung des ganzen Vermögens, § 179a Abs. 2 AktG	209
2. Kapitalerhöhung	209
a. Eintragung der Satzungsänderung, § 181 Abs. 1 S. 1 AktG	209
b. Anmeldung beim Handelsregister, § 184 Abs. 1 S. 1 AktG	210
c. Publizitätspflichten, § 186 AktG	210
d. Eintragung der Durchführung	210
3. Bedingte Kapitalerhöhung, §§ 192 ff. AktG	211
a. Anmeldung des Beschlusses, § 195 Abs. 1 AktG	211
b. Ausgabe der Aktien, § 199 Abs. 1 AktG	211
c. Anmeldung der Ausgabe, § 201 Abs. 1 AktG	211
4. Genehmigtes Kapital, §§ 202 ff. AktG	212
a. Ausübung, § 202 Abs. 1 AktG	212
aa. Vorgaben der Satzung und des Gesetzes	212
bb. Ausübungsentscheidung	213
b. Ausschluss des Bezugsrechts, § 203 Abs. 2 S. 1 AktG	214
c. Inhalt und Bedingungen der Ausgabe, § 204 Abs. 1 S. 1 AktG	215
d. Festsetzungen bei Sacheinlagen, § 205 Abs. 2 S. 1 AktG	216
5. Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, § 214 Abs. 1 S. 1 AktG	216
6. Ausgabe von Schuldverschreibungen, § 221 AktG	216
a. Ermächtigung zur Ausgabe, § 221 Abs. 2 S. 1 AktG	216
b. Folgepflichten, § 221 Abs. 2 S. 2 und S. 3 AktG	217
7. Kapitalherabsetzung, §§ 222 ff. AktG	217
a. Anmeldung von Beschluss und Durchführung, §§ 223, 227 AktG	217
b. Einziehung von Aktien, § 237 Abs. 1 S. 1 AktG	218
X. Aktienrechtliche Pflichten bei Auflösung der Gesellschaft	219
1. Anmeldung zur Auflösung, § 263 S. 1 AktG	219

2. Abwicklung, § 265 Abs. 1 AktG	219
3. Klage auf Nichtigkeit, § 275 AktG	219
a. Befugnis, § 275 Abs. 1 S. 1 AktG	219
b. Einreichung einer Abschrift beim Handelsregister, § 275 Abs. 4 S. 2 AktG	220
XI. Aktienrechtliche Pflichten in der konzernverbundenen Aktiengesellschaft	220
1. Unternehmensverträge	220
a. Berichterstattung, § 293a AktG	220
b. Informationspflichten gegenüber der Hauptversammlung, § 293g AktG	221
c. Anmeldung zum Handelsregister, § 294 Abs. 1 S. 1 AktG	221
d. Kündigung, § 297 AktG	221
aa. Identifikation von Kündigungsgründen	222
bb. Kündigungsentscheidung	223
e. Anmeldung der Beendigung beim Handelsregister, § 298 AktG	223
2. Leitungsentscheidungen im Vertragskonzern	223
a. Vorstand des beherrschenden Unternehmens, § 308 Abs. 1 AktG	223
b. Vorstand des beherrschten Unternehmens	224
aa. Befolgungspflicht, § 308 Abs. 2 S.1 AktG	224
bb. Mitteilungspflicht, § 308 Abs. 3 S. 1 AktG	225
3. Leitungsentscheidungen bei mangelndem Beherrschungsvertrag	225
a. Nachteilige Maßnahmen zuungunsten des beherrschten Unternehmens, §§ 311 Abs. 1, 317 AktG	225
b. Berichtspflicht, § 312 AktG	226
c. Vorlage an den Aufsichtsrat, § 314 AktG	226
4. Eingliederung	227
a. Beantragung der Eingliederungsprüfer, § 320 Abs. 3 AktG	227
b. Eingliederungsbericht	227
c. Anmeldung der Eingliederung	228
d. Anmeldung der Beendigung der Eingliederung	228

<i>Teil 4: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen</i>	229
<i>Literaturverzeichnis</i>	235
<i>Sachregister</i>	257