

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	9
Abkürzungsverzeichnis	23
Einleitung	27
§ 1 Hinführung	27
§ 2 Meinungsstand	29
§ 3 Gang der Untersuchung	32
Teil 1: Grundlagen	35
§ 1 Die Pflichten der Vorstandsmitglieder aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG	35
§ 2 Überwachung	94
Teil 2: Umfang und gerichtliche Kontrollrechte der Überwachung des Aufsichtsrats durch den Vorstand auf Grundlage der Pflichten aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG	139
§ 1 Legalitätspflicht und Pflicht zur eigenen Regeltreue	139
§ 2 Sorgfaltspflicht im engeren Sinne	189
§ 3 Legalitätskontrollpflicht	229
Teil 3: Sachliche Reichweite der Überwachung des Aufsichtsrats durch den Vorstand auf Grundlage der Pflichten aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG	237
§ 1 Rekapitulation und weiteres Vorgehen	237
§ 2 Legalitätspflicht und Pflicht zur eigenen Regeltreue (indirektes Überwachungserfordernis)	237
§ 3 Sorgfaltspflicht im engeren Sinne	326

Inhaltsübersicht

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesenform 329

Literaturverzeichnis 347

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
Einleitung	27
§ 1 Hinführung	27
§ 2 Meinungsstand	29
§ 3 Gang der Untersuchung	32
Teil 1: Grundlagen	35
§ 1 Die Pflichten der Vorstandsmitglieder aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG	35
A. Legalitätspflicht und Pflicht zur eigenen Regeltreue	36
I. Bedeutung und Begrifflichkeiten	36
II. Legalitätspflicht	38
1. Herleitung	38
a) Gesellschafts- oder Unternehmensinteresse	39
b) Geschriebene gesetzliche Grundlagen	42
aa) § 396 Abs. 1 AktG	42
bb) Beschlussmängelrecht und § 93 Abs. 4 S. 1 AktG	43
cc) § 93 Abs. 3 AktG	43
c) Generalpräventive Erwägungen	45
2. Sachliche Reichweite	48
a) Ordnungswidrigkeiten und de minimis-Vorbehalt	49
aa) Darstellung des Meinungsstands	49
bb) Stellungnahme	50
b) Vertragsverletzungen und ausländisches Recht	52
c) Rechtliche Unsicherheit und Frage einer „Legal Judgment Rule“	53
aa) Ausgangspunkt: Rechtsermittlungspflicht	53
bb) Umgang mit verbleibender Rechtsunsicherheit	54
(1) Prüfungsstandort	54

(2) Anforderungen an die Vorstandsmitglieder	57
(a) Nicht: Vertretbarkeitsthese bzw. „Legal Judgment Rule“	57
(b) Nicht: Optimierungsthese	61
(c) Stattdessen: Zumutbarkeit der Rechtseinhaltung	62
III. Pflicht zur eigenen Regeltreue	62
1. Einordnung des Meinungsstands	62
2. Voraussetzung der Pflichtverletzung	64
a) Problemdarstellung	64
b) Meinungsstand	65
c) Begründung	66
d) Ergebnis	67
3. Umfang und Abgrenzung zur Legalitätspflicht für die Vorschriften des Aktiengesetzes	68
a) Hinführung	68
b) Bei an den Vorstand als Organ adressierten Vorschriften	68
c) Bei sonstigen Vorschriften des Aktiengesetzes	70
B. Sorgfaltspflicht im engeren Sinne	71
I. Bedeutung und Begrifflichkeiten	71
II. Inhalt und Umfang	72
III. Gerichtliche Kontrolldichte: Business Judgment Rule	74
1. Zwecke und Funktionsweise	74
2. Angemessene Informationsgrundlage	75
3. Rechtsfolgen	77
a) Evidenzkontrolle des Entscheidungsinhalts	77
b) „Informationsrechtliche Business Judgment Rule“?	78
aa) Meinungsstand	78
bb) Stellungnahme	79
IV. Verhältnis zur Legalitätspflicht und der Pflicht zur eigenen Regeltreue	80
1. Meinungsstand	81
2. Eigene Stellungnahme und Ergänzung	82
C. Legalitätskontrollpflicht	84
I. Bedeutung und Begrifflichkeiten	84

II. Inhalt und Umfang	85
III. Herleitung	86
1. DCGK und IDW PS 980	87
2. § 91 Abs. 2 AktG	87
3. § 91 Abs. 3 AktG	88
4. Gesamtanalogie zu branchenspezifischen Sonderregelungen	89
5. H.M.: § 93 Abs. 1 S. 1 AktG	89
a) Legalitätspflicht i.V.m. Delegationsgedanken	90
b) Eigenständige Pflicht auf Grundlage des öffentlichen Interesses an Regeleinhaltung	92
c) Stellungnahme	92
§ 2 Überwachung	94
A. Begriffliche Grundlagen	94
B. Überwachungsbefugnisse des Vorstands	97
I. Beobachtung des Aufsichtsrats durch den Vorstand	98
1. Teilnahme an Aufsichtsratssitzungen	98
2. Einsicht in Aufsichtsratsprotokolle	99
a) Protokollweitergabe nicht generell unzulässig	99
b) Einsichtnahmerecht des Vorstands nach § 111 Abs. 2 S. 1 AktG analog?	100
aa) Meinungsstand	100
bb) Stellungnahme	101
(1) Planwidrige Regelungslücke unklar	101
(2) Vergleichbare Interessenlage	102
(a) Kein generelles Einsichtsrecht	103
(b) Einsichtsrecht zur Vorbereitung der Anspruchsverfolgung	104
cc) Ergebnis	106
3. Berichterstattung des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung	106
4. Informeller Informationsaustausch durch Gespräche und inhaltliche Zusammenarbeit	108
II. Reaktionsmöglichkeiten des Vorstands auf beobachtetes Aufsichtsratsverhalten	109
1. Gespräche mit den Aufsichtsratsmitgliedern	109

Inhaltsverzeichnis

2. Kürzung der Vergütung wegen Untätigkeit	110
a) Keine Zuständigkeit der Hauptversammlung analog § 113 Abs. 1 S. 2 AktG	111
b) Keine Zuständigkeit des Aufsichtsrats analog § 112 S. 1 AktG	112
3. Einschaltung der Hauptversammlung	114
a) Schwächen der Einschaltung der Hauptversammlung allgemein	115
b) Verhinderungsmöglichkeit des Aufsichtsrats nach § 124 Abs. 3 S. 1 AktG im Besonderen	116
aa) Meinungsstand	116
bb) Stellungnahme	117
4. Androhen bzw. Erheben einer Schadensersatzklage	118
a) Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands	118
b) Effektivität der Schadensersatzklage	119
5. Strafanzeige	119
6. Interorganklage: Leistungsklage	119
a) Ausgangspunkt: Klagemöglichkeit der Gesellschaft?	120
b) Rechts- und Parteifähigkeit, Klagebefugnis der Organe	123
c) Rechtsschutzbedürfnis, Notwendigkeit der Rechtsfortbildung	125
d) Fallgruppen der Organrechte	126
aa) Durchsetzung von Hilfsrechten (Weiterverweis)	126
bb) Kompetenzübergriffe	127
(1) Klagebefugnis	127
(2) Rechtsschutzbedürfnis	129
cc) Allgemeine Verhaltenskontrolle	129
7. Interorganklage: Feststellungsklage	132
a) Feststellungsinteresse des Vorstands	132
b) Feststellungsinteresse der einzelnen Vorstandsmitglieder	135
III. Ergebnis	137

Teil 2: Umfang und gerichtliche Kontrollrechte der Überwachung des Aufsichtsrats durch den Vorstand auf Grundlage der Pflichten aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG	139
§ 1 Legalitätspflicht und Pflicht zur eigenen Regeltreue	139
A. Relevanz für die Überwachung des Aufsichtsrats durch den Vorstand	139
I. Meinungsstand	139
II. Direktes Überwachungserfordernis	140
1. § 130 OWiG	141
2. Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung	142
a) Teleologische Grundlage der Geschäftsherrenhaftung	143
aa) Gedanke der Kehrseite zur unternehmerischen Freiheit unpassend	143
bb) Aspekt der Gefährlichkeit des Betriebs allein untauglich	143
cc) Entscheidend: Organisationsherrschaft	144
b) Anwendung auf das Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat	145
3. Deliktische Verkehrssicherungspflichten	148
4. § 91 Abs. 2 AktG	151
5. § 91 Abs. 3 AktG	152
6. Zwischenergebnis	153
III. Indirektes Überwachungserfordernis	154
1. Überblick über die relevanten Fallgruppen	154
a) Vornahme von Zahlungen	155
b) Handlungen in gemeinsamer Zuständigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat	156
c) Spezifische gesetzliche Handlungsaufforderungen	156
d) Einhaltung der Kompetenzordnung	157
2. Zusammenfassung und Abgrenzung zur Legalitätskontrollpflicht	158
3. Rückbindung an die Definition von Überwachung	159

B. Umfang der Überwachung aufgrund des indirekten Überwachungserfordernisses	160
I. Beobachtung durch den Vorstand	160
1. Prüfungsstandort	161
a) Beispielsfall	161
b) Begriffliche Überlegungen	163
2. Abstrakte Anforderungen aus Sicht der Legalitätspflicht	163
a) Ausgangspunkt: Objektiv-typisierender Maßstab	164
b) „Angemessene Informationsgrundlage“ nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG?	165
aa) Meinungsstand	165
bb) Stellungnahme	166
(1) Keine lediglich „angemessene“ Information	166
(2) Gesellschaftsbelange nicht zu berücksichtigen	168
c) Positive Umschreibung des Beobachtungserfordernisses	170
aa) Grundsätzlich „Tatsachenermittlungspflicht“	170
bb) Beschränkung über ein Zumutbarkeitselement	171
3. Konkrete Anforderungen mit Blick auf die Befugnisse des Vorstands	172
a) Kenntnisnahme von Berichten des Aufsichtsrats	173
b) Sitzungsteilnahme und Protokolleinsicht	173
aa) Generelles Bemühen um Sitzungsteilnahme und Protokolleinsicht	173
bb) Rechtliche Grenze des „Kennenmüssens“: Weigerung des Aufsichtsrats	174
c) Kein „Ausschöpfen“ der Gesprächsmöglichkeit mit dem Aufsichtsrat	175
4. Gerichtliche Kontrolldichte	176
a) Keine informationsrechtliche Business Judgment Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	176
b) Keine (doppelte) Analogie zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	177

II. Reaktion des Vorstands	178
1. Unterscheidung nach Fallgruppen	178
a) Geforderte Reaktion teilweise gesetzlich vorgegeben	178
b) Geforderte Reaktion teilweise uneindeutig	179
2. Anforderungen aus Sicht der Legalitätspflicht in letzterem Fall	180
a) Prüfungsstandort	180
b) Anforderungen im negativen Sinne	181
aa) Gesellschaftsbelange unbeachtlich	182
bb) Unterbinden künftiger Rechtsverstöße unerheblich	183
c) Anforderungen im positiven Sinne	183
aa) In der Regel „Reaktionspflicht“	184
bb) Ausschöpfen aller rechtlich zulässigen und erfolgversprechenden Befugnisse	184
d) Reihenfolge der Ausübung der Befugnisse	186
3. Gerichtliche Kontrolldichte	188
§ 2 Sorgfaltspflicht im engeren Sinne	189
A. Relevanz für die Überwachung des Aufsichtsrats durch den Vorstand	189
I. Wortlaut unergiebig	189
II. Normative Betrachtung nach Zweck der Pflicht	190
B. Umfang der Überwachung	192
I. Prüfungsstandort	192
II. Maßgeblichkeit des Gesellschaftswohls	193
1. Beobachtung durch den Vorstand	195
2. Reaktion des Vorstands	197
a) Anforderungen	197
b) Auswahl und Reihenfolge der Ausübung der Befugnisse	198
C. Gerichtliche Kontrolldichte	199
I. Hinführung und Meinungsstand	199
II. „ARAG umgekehrt“?	201
1. Grundlagen	201
a) Inhalt der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung	201
b) Methodische Einordnung und weiteres Vorgehen	204

2. Geltung der Entscheidungsgrundsätze des BGH für den Vorstand?	205
a) Wertung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG	205
aa) Erläuterung	205
bb) Stellungnahme	207
b) Sorgfaltspflicht im engeren Sinne und „Regel-Ausnahme-Verhältnis“	208
aa) Erläuterung	208
bb) Stellungnahme	209
c) Entscheidend: Gleichlauf von Überwachungs- und Verfolgungsaufgabe	210
aa) Erläuterung der eigenen Ansicht	210
bb) Vorläufige Anwendung auf die Vorstandsmitglieder	211
cc) Begriffliche Zuordnung zur „Überwachung“ nicht entscheidend	212
3. Zwischenergebnis und weiteres Vorgehen	213
III. Vorstandsspezifische Betrachtung	214
1. Reaktion des Vorstands	214
a) Unternehmerische Entscheidung	215
aa) Reaktionsbefugnisse allgemein	215
bb) Anspruchsverfolgung im Speziellen	216
(1) Vergleich zur Anspruchsverfolgung gegenüber Dritten	216
(2) Keine andere Beurteilung wegen § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG	217
(3) Keine andere Beurteilung wegen Vermeidung von Risikoaversion	218
b) Freiheit von Interessenkonflikten	219
aa) Umfang des Vorliegens eines Interessenkonflikts	220
bb) Konsequenzen	222
c) Ergebnis	223
2. Beobachtung durch den Vorstand	224
a) Aufklärung eines bestehenden Verdachts	224
aa) Vorliegen einer „Entscheidung“ auch im Erkenntnisbereich	225

bb) Keine Pflicht zur Anspruchsermittlung aufgrund des Gesellschaftsinteresses	225
cc) Ablehnung einer informationsrechtlichen Business Judgment Rule	226
b) Dauerbeobachtung	227
aa) Unternehmerische Entscheidung	227
bb) Freiheit von Interessenkonflikten	228
c) Ergebnis	229
§ 3 Legalitätskontrollpflicht	229
A. Meinungsstand zur Erstreckung auf den Aufsichtsrat	229
B. Eigene Überlegungen anhand der Herleitung der Legalitätskontrollpflicht	231
I. Legalitätspflicht i.V.m. Delegationsgedanken	232
II. Eigenständige Pflicht auf Grundlage des öffentlichen Interesses an Regeleinhaltung	233
III. Kein Widerspruch zu Aussagen zu § 245 Nr. 4 AktG	234
Teil 3: Sachliche Reichweite der Überwachung des Aufsichtsrats durch den Vorstand auf Grundlage der Pflichten aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG	237
§ 1 Rekapitulation und weiteres Vorgehen	237
§ 2 Legalitätspflicht und Pflicht zur eigenen Regeltreue (indirektes Überwachungserfordernis)	237
A. Vornahme von Zahlungen	238
I. Vorab: Überwachungsumfang bei § 93 Abs. 3 AktG	239
II. Zahlungen an Aufsichtsratsmitglieder und ihnen nahestehende Dritte	240
1. Kreditgewährungen entgegen § 115 AktG	241
a) Allgemeine Erläuterung	241
b) Prüfung der Wirksamkeit der Zustimmung	242
aa) Erläuterung der eigenen Ansicht	242
bb) Beschlussmängelrecht des Aufsichtsrats	243
c) Feststellung des Erfordernisses einer Zustimmung: Umgehungskonstellationen	245
2. Vergütungszahlungen entgegen § 114 AktG	246
a) Zeitpunkt der Prüfung der Wirksamkeit des Zustimmungsbeschlusses	247

b) Erkennung der Zustimmungsbedürftigkeit: Umgehungskonstellationen	250
3. Vergütungszahlungen entgegen § 113 AktG	251
a) Prüfung der Marktüblichkeit von Austauschgeschäften mit Aufsichtsratsmitgliedern	252
aa) Allgemeine Erläuterung	252
bb) Geltung auch im Bereich von §§ 114, 115 AktG	254
b) Auslagererstattungen an Aufsichtsratsmitglieder	255
aa) Hinführung	255
bb) Meinungsstand	257
cc) Stellungnahme	259
(1) Abstimmung von Letztentscheidungskompetenz und Haftung	259
(2) Letztentscheidungskompetenz des Vorstands	260
dd) Ergebnis	261
III. Zahlungen an Vorstandsmitglieder und ihnen nahestehende Dritte	261
1. Kreditgewährungen entgegen § 89 AktG	261
2. Vergütungszahlungen entgegen § 87 AktG	263
IV. Zahlungen an Aktionäre	264
V. Nicht: Related Party Transactions, § 111b AktG	265
B. Handlungen in gemeinsamer Zuständigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat	266
I. Entsprechenserklärung zum DCGK, § 161 AktG	266
1. Inhaltliche Komponente	267
2. Organisatorische Komponente	268
II. Vergütungsbericht, § 162 AktG	270
1. Inhaltliche Komponente	270
2. Organisatorische Komponente	272
III. Gründungsprüfung, §§ 33, 34 AktG	273
1. Inhaltliche Komponente	274
2. Organisatorische Komponente	274
IV. Nicht: Beschlussvorschläge an die Hauptversammlung, § 124 Abs. 3 S. 1 AktG	275

V. Nicht: Überlassung der Feststellung des Jahresabschlusses an die Hauptversammlung, § 172 S. 1 AktG	276
VI. Vertretung der Gesellschaft im Rahmen der Anfechtungsklage, § 246 Abs. 2 S. 2 AktG	277
1. Inhaltliche Komponente	277
2. Organisatorische Komponente	278
VII. Handelsregisteranmeldungen gemeinsam mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden	279
VIII. Jeweils Durchsetzung im Wege der Interorganklage?	280
1. Klagebefugnis	280
2. Rechtsschutzbedürfnis	282
C. Spezifische gesetzliche Handlungsaufforderungen	283
I. Anträge und Bekanntmachungen zur Aufsichtsratsorganisation	283
1. Antrag auf Ergänzung von Aufsichtsratsmitgliedern, § 104 Abs. 1 S. 2 AktG	284
2. Status- und Überleitungsverfahren, §§ 97ff. AktG	286
3. Bekanntmachung von Änderungen im Aufsichtsrat, §§ 106, 107 Abs. 1 S. 2 AktG	287
II. Fristsetzung in Vorbereitung der Hauptversammlung, § 171 Abs. 3 S. 2 AktG	287
D. Einhaltung der Kompetenzordnung	289
I. Eigene Überschreitung durch den Vorstand	289
1. Ausgangspunkt: Einhaltung der Kompetenzordnung als Teil der Pflicht zur eigenen Regeltreue	289
2. Anwendungsfall: Zustimmungsvorbehalte	291
a) Erläuterung	291
b) Rechtslage und Überwachungserfordernis bei nichtigem Zustimmungsbeschluss	292
c) Überblick über die sonstigen Konstellationen zu Zustimmungsvorbehalten	293
II. Duldung der Überschreitung durch den Aufsichtsrat	294
1. Meinungsstand	294
2. Eigener Ansatz	295
a) Objektive Kompetenzverletzung auch bei Duldung eines Kompetenzübergriffs	295

b) Subjektive Anforderungen und Überwachungserfordernis	298
aa) Erkennbarkeit der Kompetenzüberschreitung	298
bb) Rechtsirrtümer	299
3. Sachliche Reichweite dieses Bereichs	300
a) Übermäßige Zustimmungsvorbehalte	300
b) Übermäßige Berichtsverlangen	302
aa) Positive Abgrenzung	302
bb) Negative Abgrenzung	303
c) Einflussnahme über die Vorstandsvergütung	304
d) Überschreitung der Grenzen der Vertretungsmacht	305
e) Kapitalmarkt-/Investorenkommunikation	307
aa) Meinungsstand	308
bb) Stellungnahme	308
(1) Kommunikationszuständigkeit kraft Annexkompetenz?	308
(a) Keine Hilfszuständigkeit	309
(b) Kein Sachzusammenhang	310
(2) Kommunikationszuständigkeit kraft offener Rechtsfortbildung	311
cc) Ergebnis zur Überwachung des Aufsichtsrats durch den Vorstand	312
f) Informationseinholung des Aufsichtsrats ohne Vermittlung des Vorstands	313
aa) Befragung von Angestellten	313
(1) Einordnung des Meinungsstands	314
(2) Stellungnahme	315
(a) Kein eindeutiges Regel-Ausnahme-Verhältnis aus den Gesetzeswortlaut	315
(b) Eindeutiges Regel-Ausnahme-Verhältnis aus Regierungsbegründung zu § 107 Abs. 4 S. 4 AktG	318
(c) Reichweite der zuzulassenden Ausnahmen	320

(3) Ergebnis zur Überwachung des Aufsichtsrats durch den Vorstand	324
bb) Informationseinholung bei gesellschaftsfremden Dritten	324
§ 3 Sorgfaltspflicht im engeren Sinne	326
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesenform	329
Literaturverzeichnis	347