

# Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung .....	23
A. Hintergrund und Zielsetzung der Arbeit .....	23
B. Gegenstand und Gang der Untersuchung .....	27

## *1. Teil*

<b>Grundlagen zur Business Judgment Rule</b> .....	<b>30</b>
§ 2 Historische Entwicklung des unternehmerischen Ermessens .....	30
A. Entwicklung bis zur ARAG/Garmenbeck-Entscheidung .....	30
B. ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH .....	32
C. Kodifizierung der BJR .....	32
D. BGH Rechtsprechung nach dem UMAG .....	33
E. Zwischenergebnis .....	34
§ 3 Stellung des unternehmerischen Ermessens im deutschen Gesellschaftsrecht .....	35
A. Kapitalgesellschaften .....	35
B. Personengesellschaften .....	36
§ 4 Die BJR im deutschen Aktienrecht .....	37
A. Sachliche Begründung der Anwendung im Aktienrecht .....	37
I. Ermutigung zu risikoreichen Entscheidungen .....	38
II. Entscheidungen unter Unsicherheit .....	38
III. Gefahr von Rückschaufehlern .....	39
IV. Unverhältnismäßige Haftungsrisiken und weitere Argumente .....	40
V. Zwischenergebnis .....	40
B. Anwendungsbereich der BJR im Aktienrecht .....	41
I. Unternehmerische Entscheidung .....	41
1. Entscheidung .....	43
2. Abgrenzung zur Legalitätspflicht .....	43
a) Legalitätspflicht als Ausschluss unternehmerischen Ermessens .....	43
aa) Nützliche Gesetzesverstöße .....	44
bb) Rechtsirrtum bei klarer Rechtslage .....	44
b) Unklare Rechtslage .....	45
aa) BJR vollumfänglich anwendbar .....	46

bb) Legal Judgment Rule .....	46
cc) Unternehmerisches Ermessen eigener Art .....	46
dd) Rechtsirrtum auf Verschuldensebene .....	47
ee) Stellungnahme .....	48
(1) Dogmatische Grundlage .....	48
(2) Gerichtliche Kontrollintensität .....	49
(3) Zwischenergebnis .....	51
c) Beurteilungsspielräume im Rahmen gebundener Entscheidungen ....	51
d) Bewusstes Abweichen von aktueller Rechts- oder Verwaltungspraxis	52
e) Unternehmerische Entscheidung bei rechtmäßigen Entscheidungsal-	
ternativen .....	53
3. Abgrenzung zur Treuepflicht .....	53
a) Keine unternehmerische Entscheidung im Bereich der Treuepflichten	53
b) Prüfungsstandpunkt .....	54
aa) Handeln zum Wohle der Gesellschaft .....	55
bb) Handeln ohne Interessenkonflikte .....	55
c) Zwischenergebnis .....	56
4. Zwischenergebnis und Definition zur unternehmerischen Entscheidung	57
II. Zum Wohle der Gesellschaft .....	58
1. Inhalt des Gesellschaftswohls .....	58
2. Ermessensfreiraum bei der Bestimmung des Gesellschaftswohls .....	61
3. Ermessensfreiraum bezüglich der Gesellschaftswohltätigkeit .....	62
a) Abgrenzung zu den Treuepflichten .....	63
b) Einzelfälle .....	64
aa) Unverantwortliche Risiken und die Grenze der Existenzbedrohung	64
bb) Offensichtlich fehlender Unternehmensbezug .....	65
4. Zwischenergebnis .....	65
III. Ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse .....	66
1. Abstrakte Kriterien zur Feststellung eines Interessenkonflikts .....	67
a) Konflikt mit dem Unternehmensinteresse .....	68
b) Relevante Interessenträger .....	68
c) Näheverhältnis .....	69
d) Beherrschungsverhältnis .....	72
e) Die Interessenträger-spezifisch erforderliche Intensität .....	72
2. Rechtsfolgen .....	75
a) Offenlegung .....	76
b) Gremienentscheidungen .....	76
c) Unternehmerisches Ermessen eigener Art .....	78
aa) Vergleich zu konkreten Entscheidungsalternativen .....	79
bb) Drittvergleich ohne konkrete Entscheidungsalternative .....	80

3. Zwischenergebnis .....	80
IV. Angemessene Information .....	81
1. Verfahrenskontrolle .....	82
a) Verfahren zur Informationsgewinnung .....	82
aa) Formelle Verfahrensvorgaben .....	82
(1) Unternehmenskäufe und -Fusionen .....	83
(2) Kreditvergabe .....	84
(3) Zwischenergebnis .....	85
bb) Materielle Verfahrensmaßstäbe .....	86
cc) Zwischenergebnis zu den Informationsgewinnungsverfahren .....	88
b) Kontrolle der Informationsgrundlage .....	88
aa) Rein objektiver Maßstab .....	88
bb) Rein subjektiver Maßstab .....	89
cc) Gemischt objektiv subjektiver Maßstab .....	91
(1) Der äußere Rahmen der objektiven Anforderungen .....	91
(2) Die inhaltliche Bestimmung der objektiven Anforderungen .....	93
2. Kollektiventscheidungen .....	94
3. Zwischenergebnis .....	95
V. Guter Glaube .....	96
C. Beweislastverteilung .....	96
I. Ausgangslage .....	97
II. Beweislast bei der BJR .....	100
III. Bewertung der Auswirkungen der Beweislast auf die BJR .....	104
D. Rechtsnatur der BJR .....	105
E. Rechtstatsächliche Bedeutung der BJR .....	106
I. Haftungsmaßstab innerhalb und außerhalb des Anwendungsbereichs der BJR .....	107
1. Unternehmerisches Ermessen .....	108
2. Materiellrechtliche Standards gerichtlicher Kontrolle .....	110
a) Handeln zum Wohle der Gesellschaft .....	111
b) Angemessene Informationsgrundlage .....	111
c) Unternehmerisches Ermessen außerhalb der BJR .....	111
II. Beweislast .....	112
III. Zwischenergebnis .....	112

## 2. Teil

<b>Übertragbarkeit der BJR auf die GmbH</b>		114
§ 5 Kontrastpunkte der GmbH zur AG		114
A. Eigenständige Leitungsbefugnisse von Vorstand und Geschäftsführer		114
I. Leitungsfreiheit des Vorstands		115
II. Gesellschafterbindung der Geschäftsführer		116
B. Dispositionsbefugnisse von GmbH-Gesellschaftern und AG-Aktionären		119
C. Die Finanzierungsstruktur der Gesellschaften		120
I. Gesetzlich implizierte Grundstruktur		121
II. Personalistisch ausgestaltete AG		122
III. Kapitalistisch ausgestaltete GmbH		123
D. Zwischenergebnis		124
§ 6 Haftungs Voraussetzungen in der GmbH und der Vergleich zur AG		124
A. Tatbestand der Geschäftsleiterhaftung aus § 43 II GmbHG und § 93 II 1 AktG		125
I. Grundlagen der Geschäftsführerhaftung		125
II. Geschäftsleiterposition		126
III. Pflichtverletzung		126
1. Treuepflichten		127
a) Das Wohl der Gesellschaft – die organschaftlichen Treuepflichten		128
aa) Ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse		129
(1) Regelung von Interessenkonflikten		129
(2) Ursachen abweichender Regelungsintensität		130
(3) Offenlegungspflicht		131
bb) Wettbewerbsverbot		131
cc) Geschäftschancenlehre		132
dd) Kreditgewährung an Geschäftsleiter		134
ee) Management Buy-Out		134
ff) Verschwiegenheitspflicht		135
b) Treuepflichten der Gesellschafter untereinander		137
c) Überwachung der Einhaltung von Treuepflichten		139
d) Zwischenergebnis		139
2. Sorgfaltspflichten		140
a) Gesetzlich nicht konkretisierte Sorgfaltspflichten		142
aa) Soft Law und andere Einflüsse auf den Sorgfaltsmaßstab		142
bb) Die rechtspraktische Verwendung der Unternehmensformen		143

b) Gesetzlich konkretisierte Sorgfaltspflichten – insbesondere die Legali- tätspflicht .....	144
aa) Interne Pflichtenquellen .....	145
(1) Gesellschaftszweck, Unternehmensgegenstand und Kompe- tenzordnung .....	145
(2) Organspezifische Einzelpflichten in AktG und GmbHG .....	146
bb) Externe Pflichtenquellen .....	148
c) Überwachungspflicht und Compliance .....	150
aa) Horizontale Überwachungspflichten .....	150
bb) Vertikale Überwachungspflichten .....	151
cc) Einrichtung eines Compliance Management Systems .....	152
d) Zwischenergebnis .....	156
IV. Verschulden .....	157
V. Kausalität .....	159
VI. Schaden .....	160
B. Anspruchsdurchsetzung .....	161
I. Anspruchsdurchsetzung durch Minderheitsgesellschafter und Aktionäre ...	161
II. Anspruchsdurchsetzung durch die Gläubiger .....	162
III. Zwischenergebnis .....	162
C. Enthftungsmöglichkeiten .....	163
I. Haftungsbeschränkung in der AG .....	163
1. Vertragliche Haftungserleichterung .....	164
2. Hauptversammlungsbeschluss gemäß § 93 IV 1 AktG .....	164
3. Nachträglicher Verzicht oder Vergleich .....	165
4. Anwendung der Grundsätze zu betrieblich veranlasster Tätigkeit .....	165
5. Vertrauen auf fachkundigen Rat .....	166
6. D&O-Versicherungen .....	167
7. Zwischenergebnis .....	167
II. Haftungsbeschränkung in der GmbH .....	168
1. Vertragliche Haftungserleichterung .....	168
2. Handeln auf Beschluss der Gesellschafterversammlung .....	169
3. Nachträgliche Haftungsfreistellung .....	170
4. Grundsätze betrieblich veranlasster Tätigkeit .....	171
5. Vertrauen auf fachkundigen Rechtsrat .....	171
6. D&O-Versicherungen .....	171
III. Gegenüberstellung der Möglichkeiten zur Haftungsbeschränkung .....	172
D. Zwischenergebnis .....	173
§ 7 Das Unternehmensinteresse – am Unternehmenswohl beteiligte Parteien .....	174
A. Abstrakte gesetzliche Regelung der Stakeholder-Interessen .....	175

B. Spezielle gesetzliche Regelung der Stakeholder-Interessen	175
I. Gläubigerschützende Vorschriften	176
1. Auslegung nach Wortlaut und Systematik	177
2. Historische Auslegung	177
3. Auslegung nach Sinn und Zweck der Vorschrift	178
4. Zwischenergebnis	181
II. Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen (MitbestG)	182
III. Allgemeinheit (Sozialbindung des Eigentums aus Art. 14 II GG)	184
IV. Unternehmensinteresse im GmbH-Konzern	185
V. Zwischenergebnis	186
C. Shareholder-Interessen als Verhaltensziel	186
I. Konkretisierung des Unternehmensinteresses nach dem Shareholder-Ansatz	187
II. Einfluss des Gesellschafterwillens	188
1. Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand	188
2. Geäußerter Gesellschafterwille	190
3. Mutmaßlicher Gesellschafterwille	191
a) Vorlagepflicht	192
b) Haftungsbefreiende Wirkung des mutmaßlichen Willens	193
c) Zwischenergebnis	195
4. Zwischenergebnis	196

### 3. Teil

<b>Die eigenständige Anwendung der BJR im GmbH-Recht</b>	198
§ 8 Sachliche Grundlage der BJR im GmbH-Recht	198
A. Risikodiversifikation der Anteilseigner	199
I. Sonderfall der kapitalistisch strukturierten GmbH	200
II. Risikoaverse Stakeholder in der AG	200
III. Gesamtbetrachtung der Interessenlage	201
B. Ökonomische Vorteilhaftigkeit von Ermessensfreiräumen	202
I. Risikogeschäfte und unternehmerische Ermessensfreiräume	204
II. Bürokratiehindernisse für wirtschaftliche Opportunität	204
III. Ergebnis zu den ökonomischen Erwägungen	205
C. Entscheidungen unter Unsicherheit	205
D. Hindsight Bias	208
E. Weitere Argumente	208
I. Risiken der Weisungsgebundenheit	208
II. BJR als Ausgleich für quasi-Arbeitnehmerstellung	209
III. BJR als Äquivalent zum durch die Gesellschafter ausgesprochenen Vertrauen	210

IV. Die asymmetrische Verteilung von Ertragschancen und Verlustrisiken . . . . .	212
V. BJR zur Vermeidung einer D&O-Regress-Spirale . . . . .	213
VI. Intensive alternative Sanktionsmöglichkeiten anstelle einer Haftung . . . . .	214
F. Ergebnis . . . . .	215
§ 9 Dogmatische Grundlage der BJR im deutschen Recht . . . . .	216
A. Grundlage des Geschäftsleiterermessens in der GmbH . . . . .	216
B. Grundlage der BJR im GmbH-Recht . . . . .	218
I. Eigenständiger Rechtsgrundsatz . . . . .	219
II. Analoge Anwendung des § 93 I 2 AktG . . . . .	220
III. Entsprechende Anwendung des § 93 I 2 AktG . . . . .	221
IV. Begründungsmuster des BGH . . . . .	222
1. BGH Urteil zur GmbH vom 18.06.2013 . . . . .	222
2. BGH Urteile zur AG aus 2013 und 2011 . . . . .	222
3. BGH Beschluss zur GmbH vom 14.07.2008 . . . . .	223
4. BGH Urteil zur GmbH vom 04.11.2002 . . . . .	223
5. ARAG/Garmenbeck-Entscheidung vom 21.04.1997 . . . . .	223
6. Zwischenergebnis . . . . .	224
V. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung . . . . .	224
VI. Ergebnis . . . . .	225
§ 10 Die Tatbestandsmerkmale der BJR und ihre GmbH-spezifischen Besonderheiten . . . . .	226
A. Unternehmerische Entscheidung . . . . .	226
I. Definition der unternehmerischen Entscheidung . . . . .	226
II. Abgrenzung zur Legalitätspflicht . . . . .	227
1. Kompetenzordnung . . . . .	228
a) Kompetenzen der Gesellschafter . . . . .	228
aa) Unternehmensgegenstand und Unternehmenspolitik . . . . .	230
bb) Außergewöhnliche Maßnahmen . . . . .	231
cc) Der mutmaßliche Wille der Gesellschafter . . . . .	232
dd) Zwischenergebnis . . . . .	234
b) Gesellschafterweisung . . . . .	234
aa) Anwendung der BJR trotz Weisung . . . . .	234
bb) Anfechtbare Weisungen . . . . .	235
cc) Nichtige Weisungen . . . . .	236
2. GmbH-spezifische Beschränkungen aus der Legalitätspflicht . . . . .	237
3. Entbindung von der Legalitätspflicht durch Weisung . . . . .	238
4. Zwischenergebnis zur Abgrenzung von BJR und Legalitätspflicht . . . . .	241
III. Abgrenzung zur Treuepflicht . . . . .	241
1. Treuepflichten aus der Geschäftsführerstellung gegenüber der Gesellschaft . . . . .	242

2. Treuepflichten der Gesellschafter untereinander	243
a) Einfluss von Treuepflichten auf die Geschäftsführungstätigkeit	243
b) Mitgliedschaftliche Treuepflichten unabhängig von der konkreten Gesellschafterstellung	245
c) Mitgliedschaftliche Treuepflichten aus Einwirkungsmöglichkeit auf Mitgesellschafter	246
aa) Auswirkungen der Realstruktur der Gesellschaft	247
bb) Auswirkungen der Verteilung der Anteilsverhältnisse	248
(1) Treuepflichten bei der Ausübung von Minderheitsrechten	248
(a) Korrelation von Geschäftsführerstellung und Einberufungsrecht nach § 50 GmbHG	248
(b) Korrelation von Geschäftsführerstellung und Sperrminorität	249
(c) Entscheidungsgegenstände mit Kompetenzüberschneidungen	250
(d) Einwirkungsintensität bei Minderheitsgesellschaftern	250
(2) Treuepflichten bei der Ausübung von Mehrheitsrechten	251
cc) Gerichtliche Kontrolldichte	253
(1) Überprüfungsmaßstab bezüglich des sorgfaltspflichtgerechten Verhaltens	253
(2) Überprüfungsmaßstab bezüglich des treuepflichtgerechten Verhaltens	254
(a) Treuepflichten aus Gesellschafterstellung gegenüber der Gesellschaft	254
(b) Treuepflichten aus Gesellschafterstellung gegenüber den Mitgesellschaftern	256
3. Zwischenergebnis zum Einfluss der Treuepflichten auf die BJR	261
IV. Ergebnis zu der GmbH-spezifischen unternehmerischen Entscheidung	263
B. Zum Wohle der Gesellschaft	264
I. Inhalt und Bestimmung des Wohls der Gesellschaft	264
II. Ermessen bezüglich der Gesellschaftswohlzuträglichkeit	266
1. Verhältnis zur Verpflichtung auf die Kompetenzordnung	266
2. Verbleibender Anwendungsbereich einer gerichtlichen Kontrolle	267
III. Ergebnis zum Handeln zum Wohle der Gesellschaft	270
C. Ohne Interessenkonflikte	271
I. Potentiell konfliktträchtige Interessen	272
1. Privatinteressen des Geschäftsführers	272
2. Gesellschafter-Geschäftsführer	273
3. Berücksichtigung von Stakeholder-Interessen	274
4. Drittanstellung und Freistellungsvereinbarungen	276
II. Einordnung von Interessenkonflikten in der GmbH	277

III. Rechtsfolgen eines Interessenkonflikts in der GmbH .....	279
1. Gremienentscheidungen .....	280
2. Legitimierung von Fremdinteressen durch die Gesellschafter .....	283
a) Allgemeine Befreiung von der Interessenbindung .....	284
b) Legitimierung des Interessenkonflikts in der konkreten Entscheidungssituation .....	288
c) Nachträgliche Legitimierung von Fremdinteressen .....	289
3. Unternehmerisches Ermessen eigener Art .....	290
IV. Ergebnis zum Handeln ohne Interessenkonflikte .....	290
D. Angemessene Informationsgrundlage .....	291
I. Kontrollmaßstab für die Entscheidungsgrundlage .....	292
1. BGH Beschluss vom 14.07.2008 .....	293
2. BGH Urteil vom 18.06.2013 .....	296
3. Zwischenergebnis .....	297
II. Modifikation der Tatbestandsvoraussetzungen der BJR durch die Gesellschafter .....	298
1. Materielle Grenzen der Dispositionsfreiheit .....	299
2. Formelle Voraussetzungen der Disposition .....	301
III. Ergebnis zur angemessenen Informationsgrundlage .....	302
E. Im guten Glauben .....	303
§ 11 Beweislastverteilung .....	304
A. Treuepflichtgerechtes Handeln und Interessenkonflikte .....	305
B. Legalitätspflicht .....	307
C. Ergebnis .....	308
 <i>4. Teil</i> 	
<b>Schlussbetrachtungen</b>	309
§ 12 Praxisempfehlungen .....	309
A. Einführung und Erweiterung des Anwendungsbereichs der BJR .....	309
B. Ausschluss und Einschränkung der BJR .....	311
C. Empfehlungen für den Geschäftsführer .....	312
§ 13 Ergebnisse und Ausblick .....	313
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	316
<b>Sachwortregister</b> .....	337