

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Vorgehensweise	3

1. Teil:

Unternehmerisches Ermessen und Haftung in der prosperierenden Aktiengesellschaft

§ 1 Grundlagen unternehmerischen Ermessens	8
I. Die Rechtsfigur und die Aufgaben der Träger unternehmerischen Ermessens	8
1. Verortung unternehmerischen Ermessens	8
2. Elemente unternehmerischen Ermessens	9
3. Unternehmerisches Ermessen als eigenständige Rechtsfigur	12
a) Zivilrechtliche Formen von Ermessen	12
b) Öffentlich-rechtliche Handlungsspielräume	12
II. Funktion des unternehmerischen Ermessens im Rahmen der Corporate Governance	15
1. Effektive Leitung	15
a) Ermöglichen einer effektiven Leitung durch das Geschäftsführungsorgan	15
b) Verbindlichkeit der Vorstandentscheidungen	17
c) Unternehmerische Gestaltungsmöglichkeiten von Kapitalgesellschaften	21
d) Verhindern von Bürokratisierung	23
2. Berücksichtigung der multipolaren Interessen	23
a) Bei der Unternehmensleitung zu berücksichtigende Interessen	23
b) Festlegung des Unternehmensinteresses	25
III. Funktion der Haftung	29
1. Schutz des Vermögens der Gesellschaft	29
2. Haftung als letztes gesellschaftsrechtliches Mittel	30
3. Gerichtliche Kontrolle und Kontrolle durch Finanzmärkte	32
IV. Unternehmerisches Ermessen als Schutz vor einer Haftung für Fehlentscheidungen	33
1. Haftungsfreiraume als Folge der Einbindung in die Organisation	33
2. Unübertragbarkeit verschuldensbezogener Haftungserleichterungen	34
a) Haftungserleichterung im Personengesellschaftsrecht	34
b) Haftungserleichterung für Arbeitnehmer	35

c) Beamte	36
3. Business Judgment Rule und deutsche Dogmatik	37
4. Haftungseinschränkung durch vertragliche Abrede oder Satzung	38
5. Versicherbarkeit	38
V. Sorgfaltspflichten bei Gesetzesbindung und unternehmerischem Ermessen	39
1. Sorgfaltspflicht bei spezialgesetzlichen Regelungen	39
2. Die allgemeine Sorgfaltspflicht in der älteren Literatur und Rechtsprechung	40
3. Rezeption der Business Judgment Rule	44
a) Business Judgment Rule	44
b) Ermessen im deutschen Recht und Business Judgment Rule	46
4. Wechselwirkung zwischen Ermessen und Sorgfaltspflicht	48
a) Unternehmerisches Ermessen im Spannungsfeld von § 76 und § 93 AktG	48
b) Spaltung des Sorgfaltspflichtenmaßstabs	54
5. Mindestmaß an Sorgfalt	55
§ 2 Ausschluß unternehmerischen Ermessens durch Regelungen der Leitungsmacht	57
I. Leitungsmacht als Ursprung unternehmerischen Ermessens	57
II. Treupflichten	58
1. Tatsächliche Bereicherung	59
2. Rechtsgeschäfte mit der Gesellschaft	60
3. Verfolgung eigener Aktionärsinteressen	61
4. Corporate Opportunities	61
5. Wirtschaftliche Vorteile für den Organmitgliedern nahestehende Personen	62
6. Best Interest Test	63
7. Verschwiegenheitspflicht	63
8. Wettbewerbsverbot	64
9. Die Treupflicht bei Mergers and Acquisitions	65
III. Gesetzliche Begrenzungen der Leitungsmacht	65
1. Pflicht zur Ausübung der Geschäftsleitungsfunktion	65
2. Beachten der Zuständigkeit	66
3. Zusammensetzung und Verfahren innerhalb der Organe der Gesellschaft	68
4. Kapitalaufbringung und -erhaltung	68
a) Kapitalaufbringung	68
b) Kapitalerhöhung	69
c) Einlagenrückgewähr	70
5. Publizitätspflichten	71
6. Weitere gesetzliche Grenzen	72
IV. Satzung und Hauptversammlungsbeschlüsse	72

§ 3 Geschützter Bereich, Grenzen und Grundsätze unternehmerischen Ermessens	74
I. Geschützter Bereich unternehmerischen Ermessens	74
1. Organätigkeit als Voraussetzung unternehmerischen Ermessens	74
2. Das Erfordernis der „unternehmerischen“ Vorstandentscheidung	74
a) Eine „unternehmerische“ Entscheidung voraussetzende Literaturstimmen	74
b) US-amerikanische Literatur und Rechtsprechung	75
c) Entbehrlichkeit des Merkmals der „unternehmerischen Entscheidung“	77
II. Grenzen unternehmerischen Ermessens	80
1. Anforderungen an die Entscheidungsfindung	80
a) Notwendigkeit einer Verfahrenskontrolle	80
b) Keine Pflicht zur Einholung sämtlicher erreichbarer Informationen	81
c) Determinanten der formellen Grenzen unternehmerischen Ermessens	83
d) Vertrauen auf das Ausreichen der Grundlagen unternehmerischer Entscheidungen	85
e) Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern	87
2. Anforderungen an die getroffene Entscheidung	87
a) Erfordernis einer Inhaltskontrolle	87
b) Unternehmensinteresse als Richtschnur	88
c) Determinanten der inhaltlichen Grenzen unternehmerischen Ermessens	90
aa) Funktion von Ermessen und Haftung	90
bb) Ökonomische Analyse	90
cc) Rechtliche Vorgaben	93
dd) Ergebnis	96
d) Unverantwortlichkeit der Vorstandstätigkeit	97
3. Ergebnis	100
III. Grundsätze unternehmerischen Ermessens	101
1. Bestehen und Relevanz von Grundsätzen unternehmerischen Ermessens	101
2. Aus dem Unternehmensinteresse folgende Grundsätze unternehmerischen Ermessens	103
IV. Unternehmerisches Ermessen bei spezialgesetzlicher Regelung der Leitungsmacht	103
1. Beispiele verbleibenden Ermessens	103
2. Einordnung in das unternehmerische Ermessen	104
3. Modifikationen der Grenzen unternehmerischen Ermessens	105
§ 4 Einzelne Grenzen und Grundsätze unternehmerischen Ermessens	107
I. Fallgruppenbildung	107
II. Überschreiten der Grenzen unternehmerischen Ermessens	108
1. Hingabe von Gesellschaftsvermögen ohne Möglichkeit der Annahme eines Vorteils der Gesellschaft	108

2. Nichtergreifen zwingender Geschäftschancen	109
3. Unrealistische Prognose	110
4. Grob unverhältnismäßige soziale Aufwendungen	111
5. Unverantwortliche Organisationsstruktur	112
6. Unverantwortliches Kontrollverhalten	116
a) Grundsatz	116
b) Konkrete Verdachtsmomente	117
III. Verstöße gegen Grundsätze unternehmerischen Ermessens	119
1. Nichtdurchsetzen von Ansprüchen der Gesellschaft	119
a) Konkretisierung des Unternehmensinteresses	119
b) Unvertretbarkeit der Nichtdurchsetzung gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder	121
c) Unverantwortlichkeit der Nichtdurchsetzung gegen Nichtorganmitglieder	123
2. Fehlende Sicherung bei Vorleistung der Gesellschaft	125
a) Das Unternehmensinteresse	125
b) Ungesicherte Darlehensvergabe	125
c) Ungesicherte Warenkredite	127
d) Sonstige zur Vorleistung verpflichtende Verträge ohne Sicherungsabsprachen	129
e) Reine Spekulationsgeschäfte	130
3. Wesentliche Abweichung von marktüblichen Bedingungen	131
4. Verstoß gegen vertragliche und gesetzliche Pflichten der Gesellschaft	131
a) Pflichtenrahmen gegenüber der Gesellschaft	131
b) Haftung gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung	133
c) Freistellungsanspruch des Vorstands	134
§ 5 Haftung	135
I. Pflichtwidrigkeit, Verschulden und kausaler Schaden	135
1. Pflichtwidrigkeit	135
2. Verschulden	136
3. Schaden	136
4. Kausalität	137
5. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens	137
6. Einschränkung von Verzicht und Vergleich	138
II. Darlegungs- und Beweislast	139
1. Gesetzliche Beweislastumkehr für Verschulden	139
2. Ausdehnung der Beweislastumkehr auf die Pflichtwidrigkeit	141
3. Beweislastumkehr nur bezüglich der Erfüllung einer feststehenden Pflicht	142
4. Erleichterungen der Darlegungs- und Beweislast	144
III. Durchsetzung der Haftung	146
1. Aufsichtsrat und Vorstand	146
2. Aktionäre und Hauptversammlung	146
3. Gläubiger	148

2. Teil:
**Unternehmerisches Ermessen in der wirtschaftlichen Krise der
Aktiengesellschaft**

1. Abschnitt: Unternehmerisches Ermessen und Feststellung der Insolvenz	150
§ 6 Grundlagen	150
I. Das Haftungsumfeld des Vorstands in der wirtschaftlichen Krise	150
II. Die Insolvenzgründe nach der InsO	152
1. Zahlungsunfähigkeit	152
2. Drohende Zahlungsunfähigkeit	155
3. Überschuldung	157
a) Berechnungsmethode zur Feststellung einer Überschuldung nach Konkursordnung	157
b) Berechnungsmethode nach der Insolvenzordnung	158
c) Die Fortführungsprognose	159
III. Entscheidungsalternativen und Einschränkung des Handlungsspielraums aus ökonomischer Sicht	160
1. Entscheidungsalternativen in der wirtschaftlichen Krise	160
2. Insolvenzantragstellung als einzige richtige Entscheidung	161
3. Haftung	162
IV. Ökonomische und juristische Kritik an den Insolvenzauslösetatbeständen	162
1. Kritik und Bestimmbarkeit der Zahlungsunfähigkeit	162
2. Kritik und Bestimmbarkeit der Überschuldung	163
a) Kritik an der Fortführungsprognose	163
b) Kritik an der Bilanzierung zu Fortführungswerten	164
c) Probleme der Bilanzierung zu Liquidationswerten	165
d) Bilanzierungsgrundsätze in der Überschuldungsbilanz	167
e) Bestimmbarkeit des Zeitpunkts der Überschuldung	168
V. Neubewertung der Insolvenzgründe	169
§ 7 Insolvenz und Haftung in den USA, in England und Frankreich	172
A. USA	172
I. Haftung der Directors nach Corporation Law	172
1. Fehlen einer Insolvenzantragspflicht	172
2. Fiduciary Duties	173
3. Gesetzliche Regelungen	178
II. Schutz der Gesellschaft vor Fraudulent Transfers	178
1. Uniform Fraudulent Transfer Act	178
2. Section 548 Bankruptcy Code	179
III. Schutz Dritter außerhalb des Corporation Law	179
1. Tort Law	179
2. Kapitalmarktrechtliche Haftung	181

B. England	181
I. Common law, Companies Act and Fraudulent Trading	181
1. Duties der Directors	181
2. Companies Act	184
3. Fraud and Fraudulent Trading	184
II. Wrongful Trading	186
1. Rechtsnatur und Entstehungsgeschichte	186
2. Directors im Sinne von Section 214 Insolvency Act	188
3. Insolvent Liquidation	189
4. Moment of Truth Test	191
5. Ausnahmen von der Haftung	194
6. Höhe der Haftung und Begünstigte	195
III. Disqualification	197
C. Frankreich	197
I. Action en complément de passif	197
1. Rechtsnatur und Entstehungsgeschichte	197
2. Directeur im Sinne von Art 180 Insolvenzgesetz	199
3. Fautes de gestion	199
a) Fortführung der Gesellschaft nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit	199
b) Mißbräuchliche Fortführung eines defizitären Geschäftsbetriebs	201
c) Weitere Geschäftsleitungsfehler	202
4. Beitrag des Geschäftsleitungsfehlers zur Überschuldung der Gesellschaft	204
5. Höhe der Haftung	206
II. Insolvenzverfahren nach Art 182 Insolvenzgesetz	206
III. Weitere Haftungstatbestände	207
1. Allgemeines Gesellschaftsrecht	207
2. Code civil	208
3. Banquerotte und faillite personnelle	209
§ 8 Insolvenzantragspflicht und unternehmerisches Ermessen	210
I. Ausgestaltung und Funktion der Insolvenzantragspflicht	210
1. Die Insolvenzantragspflicht im Corporate Governance-System	210
2. Schutz aktueller und potentieller Gläubiger	212
3. Schutz der Aktionäre	213
4. Das Unternehmensinteresse am Erhalt des Vermögens der Gesellschaft	214
II. Diskretionsspielräume und Interessen	214
1. Diskretionsspielräume	214
2. Die Interessen an einer Insolvenzantragstellung	215
a) Stakeholder in der wirtschaftlichen Krise	215
b) Die Interessenlage der stakeholder	215
c) Interessenabwägung	217
3. Fehlen einer Zuweisung des Diskretionsspielraums	219
III. Insolvenzantragspflicht und unternehmerisches Ermessen	220
1. Der Insolvenzantrag als gesellschaftsrechtliche Pflicht	220

2. Verhältnismäßigkeit der Insolvenzantragspflicht und going-concern	221
a) Verfassungsrechtliche Vorgaben	221
b) Insolvenznähe und going-concern	222
3. Unternehmerisches Ermessen	223
a) Rechtsvergleich	223
b) Deutsche Dogmatik	224
c) Sonderregeln für Banken und Versicherungen	227
4. Die Regelungen der Insolvenzantragspflicht im Aktiengesetz	228
a) Ergeben der Überschuldung	228
b) Eintritt der Zahlungsunfähigkeit	228
5. Maßstab unternehmerischen Ermessens	229
2. Abschnitt: Rechtsfolgen von Ermessensfehlern in der wirtschaftlichen Krise	231
§ 9 Haftung gegenüber der Gesellschaft	231
I. Verantwortlichkeit des Vorstands und Haftung gegenüber der Gesellschaft	231
1. Die zivilrechtliche Haftung nach § 93 AktG	231
2. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands	231
3. Weitere Konsequenzen von Insolvenzantrag und Fehlverhalten	232
II. Zur Haftung führendes Fehlverhalten	233
1. Unvertretbares Absehen von der Einberufung einer Hauptversammlung	233
2. Unvertretbar langes Zögern nach Annahme einer Insolvenzlage	235
a) Annahme einer Insolvenzlage	236
b) Unverzüglichkeit der Antragstellung	238
c) Drei Wochen als Höchstfrist und Erholung der Gesellschaft	239
3. Fehlen einer realistischen Aussicht auf den Fortbestand des Unternehmens	240
a) Unvertretbarkeit einer Annahme der Zahlungsfähigkeit	240
b) Unvertretbarkeit einer positiven Fortführungsprognose/ Überschuldungsbilanz	241
c) Unverantwortlichkeit der Fortführung des Geschäftsbetriebs	243
4. Unvertretbare Zahlungen nach Insolvenzreife	243
5. Unverantwortliche Geschäftsabschlüsse und -strategien	245
6. Vorzeitige Beendigung des Geschäftsbetriebs	246
a) Kein Haftungsfreiraum wegen Inanspruchnahme eines gerichtlichen Verfahrens	246
b) Vorzeitige Beendigung bei Begründbarkeit von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung	246
c) Drohende Zahlungsunfähigkeit	247
d) Unvertretbarkeit der Annahme einer Insolvenzlage	248
7. Fortführung aus sachfremden Erwägungen	248
III. Verfahrensfehler	249
1. Verspätete Prüfung der Insolvenzlage	249

a) Kein eindeutig bestimmbarer Zeitpunkt für die Prüfung der Lage der Gesellschaft	249
b) Fehlende Prüfung der Lage der Gesellschaft bei eindeutigen Krisensymptomen	250
2. Fehlerhafte Prüfung des Vorliegens einer Insolvenzlage	253
3. Unzureichende Sanierungsbemühungen bei Annahme einer Insolvenz	253
IV. Durchsetzung der Haftung und Berechnung des Schadens	254
1. Zur Geltendmachung der zur Haftung Befugten	254
2. Berechnung des Schadens	255
3. Irrelevanz insolvenzrechtlicher Anfechtbarkeit	256
4. Beweislastverteilung und Beweiserleichterungen	256
a) Grundsatz	256
b) Verfahrensfehler	259
§ 10 Haftung gegenüber Dritten	261
I. Schutz des Ermessens auch gegenüber Dritten	261
1. Grundsatz der Nichteinbeziehung von Vertretungsorganmitgliedern in die Pflichten der Gesellschaft	261
a) Grundsatz der Trennung von Vorstands- und Gesellschaftspflichten	261
b) Unanwendbarkeit der culpa in contrahendo wegen Eigeninteresses	261
c) Ausnahmefälle der Einbeziehung in die Pflichtenstellung	264
aa) Einbeziehung in konkrete Pflichten gegenüber Dritten	264
bb) Keine allgemeine Einbeziehung in die Pflichten der Gesellschaft	266
2. Die Aufklärungspflicht der Organmitglieder	266
a) Aufklärungspflichten der Gesellschaft	266
b) Aufklärungspflichten der Vertretungsorganmitglieder	267
II. Haftung wegen verspäteter Insolvenzantragstellung	268
1. Haftung gegenüber Altgläubigern	268
a) Die Insolvenzantragspflicht als Schutzgesetz	268
b) Verletzung der Insolvenzantragspflicht	270
c) Der Quotenschaden als ersatzfähiger Schaden der Altgläubiger	271
2. Haftung gegenüber vertraglichen Neugläubigern	272
a) Die Haftung nach der alten herrschenden Lehre und Rechtsprechung	272
b) Die Haftung nach der neuen ständigen Rechtsprechung	272
c) Kritik an der neuen Rechtsprechung	274
d) Stellungnahme	276
3. Haftung für gesetzliche Ansprüche	280
4. Qualifikation der Gläubigerstellung	281
5. Verschulden und Dreiwochenfrist	283
6. Neue Aktionäre	283
III. Weitere Haftungsgrundlagen gegenüber Dritten	284
1. Einberufung der Hauptversammlung und Zahlungen nach Insolvenzreife	284

2. Buchführung und Publizität	284
3. Culpa in contrahendo	285
4. Sittenwidrige Schädigung	285
5. Strafvorschriften.	286
IV. Geltendmachung und Berechnung von Gläubigerschäden	287
1. Befugnis zur Geltendmachung der Schadensersatzansprüche	287
a) Altgläubiger während eines Insolvenzverfahrens	287
b) Neugläubiger während des Insolvenzverfahrens	288
c) Geltendmachung von Insolvenzverschleppungsschäden außerhalb des Insolvenzverfahrens	291
d) Zahlungen nach Insolvenzreife	291
e) Verteilungsgrundsätze geltend gemachter Schadensersatzansprüche	295
2. Einzelheiten der Schadensberechnung	296
a) Quotenschaden der Altgläubiger	296
b) Vertragliche Neugläubiger	298
c) Gesetzliche Neugläubiger	298
d) Zahlungen nach Insolvenzreife	299
3. Darlegungs- und Beweislast	300
4. Einwendungen und Regreß	301
Zusammenfassung in Thesen	303
Literaturverzeichnis	309
Stichwortverzeichnis	345