

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 230

Rechtmäßiges Alternativverhalten im Organhaftungsrecht

Von

Falk Mahdi



Duncker & Humblot · Berlin

FALK MAHDI

Rechtmäßiges Alternativverhalten im Organhaftungsrecht

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler †

Band 230

Rechtmäßiges Alternativverhalten im Organhaftungsrecht

Von

Falk Mahdi



Duncker & Humblot · Berlin

Das Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht Abteilung II
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit im Jahr 2022 als Dissertation
angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-18894-9 (Print)

ISBN 978-3-428-58894-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Jahr 2022 vom Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Abteilung II der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind, soweit möglich, bis Ende Februar 2023 berücksichtigt.

Ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hanno Merkt. Er hat mir stets sämtliche Freiheiten gelassen, das Thema und die Arbeit zu entwickeln und hat zudem jederzeit mit Rat und Diskussion unterstützt und die Arbeit vorangetrieben.

Herrn Prof. Dr. Jan Lieder danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Den Herausgebern dieser Schriftenreihe Herrn Prof. Dr. Holger Fleischer, Herrn Prof. Dr. Hanno Merkt und Herrn Prof. Dr. Gerald Spindler danke ich für die Aufnahme der Arbeit in dieser Schriftenreihe.

Bedanken möchte ich mich auch bei meinen Kollegen von Linklaters LLP, insbesondere bei meinem Leitpartner Wolfram Krüger. Ohne deren Unterstützung und verständnisvolle Rücksichtnahme wäre eine berufs begleitende Anfertigung dieser Arbeit nicht möglich gewesen.

Schließlich schulde ich meinen besonderen Dank meinen Eltern und meinem Bruder, die auf ihre Weise alle meine Ausbildung ermöglicht und einen wesentlichen Teil zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Der herzlichste Dank gebührt jedoch meiner Frau für ihre unermüdliche Geduld und dafür, dass sie mich immer so großartig und uneingeschränkt unterstützt hat.

Nürnberg, im August 2023

Inhaltsverzeichnis

Einführung	23
A. Problemaufriss (Kompetenzverstöße als Haftungsfall)	23
I. Zustimmungsvorbehalte als Haftungsfallen	25
II. Kompetenzverstöße und Expertenrat	27
1. Versagen des Expertenrats bei unklarer Rechtslage	28
2. Überholter Expertenrat	28
3. Anzahl und Qualifikation der Experten	29
4. Unabhängigkeit der Berater und Aufgabe des Vertrauensprinzips	30
5. Zurechnung von Beraterverschulden bei Kompetenzverstößen	31
III. Kein geeigneter Konfliktlösungsmechanismus bei unklarer Kompetenzverteilung	32
IV. Geschäftstypisch erhöhte Schadenssummen bei zustimmungsbedürftigen Geschäften	35
V. Umstrittene und ungeklärte Schadensberechnung bei Kompetenzverstößen	36
VI. Ein „Sonderschadensrecht für einschlägige Verfahrens- und Kompetenzverstöße“ als rechtstatsächliches Faktum	38
B. Konkretisierung der Fragestellung und des Untersuchungsgegenstands	39
C. Gang der Untersuchung	41

1. Teil

Die Beachtlichkeit des Einwands 44

1. Kapitel

Dogmatische Grundlagen 45

A. Die Binnenhaftung nach § 93 Abs. 2 AktG als gesetzliches Schuldverhältnis	45
B. Die Zwecke der Organhaftung nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG	46
I. Die Ausgleichsfunktion als grundlegender Zweck des Schadensrechts	46
II. Mögliche außerkompensatorische Zwecke des Schadensersatzrechts	47
III. Die grundlegende Wertungsoffenheit der §§ 249 ff. BGB für haftungsrechtliche Zwecke	49
IV. Allgemeine außerkompensatorische Nebenzwecke des Haftungsrechts	49
1. Allgemeiner haftungsrechtlicher Präventionszweck	50
2. Allgemeiner haftungsrechtlicher Sanktionszweck	52

a)	Abgrenzung von Prävention und Sanktion	53
b)	Sanktions-, Vergeltungs- und Genugtuungsfunktion	54
c)	Faktische Wirkung oder intendierter Sekundärzweck?	55
aa)	Historische Entwicklung & Abkehr von der graduellen Haftung	55
bb)	Unverhältnismäßigkeit der möglichen Sanktionen	56
cc)	Wertungswidersprüche zum Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht	56
dd)	Rechtsstaatliche Bedenken gegen einen pönalen Zweck	57
ee)	§ 253 BGB als gesetzliche Sonderregelung (Genugtuungsfunktion)	58
d)	Fazit	59
V.	Staffelung der Zwecke	59
1.	Erfordernis einer Staffelung	60
2.	Vorrang der Kompensation	60
VI.	Außerkompensatorische Zwecke der Organinnenhaftung nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG	63
1.	Bestehender Präventionszweck	64
a)	Kein alleiniger Präventionszweck	65
b)	Das Rangverhältnis von Kompensation und Prävention	66
c)	Fazit	68
2.	Sanktions-, Vergeltungs- oder Genugtuungsfunktion	69
a)	Allgemeiner Meinungsstand	69
b)	Sanktionszweck durch das ARUG II?	70
c)	Fazit	71
VII.	Zwischenergebnis	72
C.	Dogmatische Einordnung des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens	72
I.	Bestimmung des „Verhaltens“	73
II.	Bestimmung des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens	74
1.	Der maßgebliche Schadensbegriff	77
a)	Der allgemeine Schadensbegriff der §§ 249 ff. BGB	79
aa)	Der natürliche Schadensbegriff	79
bb)	Der normative Schadensbegriff	81
cc)	Stellungnahme	82
b)	Der Gesellschaftsrechtliche Schadensbegriff	83
aa)	Schadensbegriff nach Mertens	83
bb)	Schadensbegriff nach Hommelhoff	86
cc)	„Normativer“ Schadensbegriff bei kompetenzwidrigen Geschäftsführungsmaßnahmen?	86
dd)	Der Schadensbegriff der §§ 249 ff. BGB	89
ee)	Stellungnahme	90
c)	Zwischenergebnis	91

2. Der maßgebliche Minuend der Differenzhypothese	91
3. Rechtmäßiges Alternativverhalten und Kausalität	94
a) Der maßgebliche Kausalitätsbegriff und die Schwächen der <i>Conditio-sine-qua-non</i> -Formel	94
b) Abgrenzung vom qualifizierten Bestreiten der Kausalität	97
4. Rechtmäßiges Alternativverhalten und Bestreiten der Schadensentstehung	98
a) Rechtmäßiges Alternativverhalten als Antithese zum Klägervortrag	99
b) Abgrenzungskriterien	100
c) Unterschiede zum Strafrecht (Erfolgszurechnung und Schadenszurechnung)	103
5. Rechtmäßiges Alternativverhalten und Reserveursachen	105
a) Reserveursachen und hypothetische Kausalität	106
b) Verhalten und Geschehensablauf	106
c) Hypothese und realer Geschehensablauf	107
d) Die Unaufklärbarkeit des hypothetischen Verhaltens	108
e) Rechtmäßiges Alternativverhalten im weiteren und eigentlichen Sinne	110
aa) „Rechtmäßiges Alternativverhalten im weiteren Sinne“	110
bb) Rechtmäßiges Alternativverhalten im eigentlichen Sinne	112
cc) Die Differenzierung	113
6. Begriffliche Präzisierung von „Schaden“ und „Schädigung“	116
III. Zwischenergebnis	118
IV. Formulierung des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens	119

2. Kapitel

**Die Beachtlichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens
im allgemeinen Schadensrecht**

119

A. Der Ansatz der höchstrichterlichen Rechtsprechung	121
I. „Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit“ und der „Rechtswidrigkeitszusammenhang“	123
II. Behandlung als Reserveursache	124
III. „Der Schutzzweck der Norm“	124
IV. Fazit	125
B. Der Schutzzweck der Norm	126
I. Der Ansatz der Rechtsprechung	126
II. Fallgruppenbildung im Schrifttum	127
III. Kritik am Schutzzweck als solchem	128
1. Der Schutzzweck als untauglicher dogmatischer Ansatz	129
2. Intransparenz und Einzelfallentscheidungen	130

3.	Öffnung für Wertungen außerhalb der Norm	132
4.	Unumgängliche Sanktionswirkung des Schutzzweckgedankens	134
IV.	Kritik an der Fallgruppenbildung	136
1.	Differenzierung nach Verletzungserfolg und Verletzungsart	136
2.	Kein genereller Ausschluss bei Verfahrensverstößen	137
3.	Keine Differenzierung nach dem Gewicht der Verfahrensnorm	140
4.	Keine Schadensquotelung bei rechtmäßigem Alternativverhalten	141
V.	Fazit	142
C.	Die Behandlung als Reserveursache	143
I.	Die Ansicht	143
1.	Die Differenzierungsansätze	144
a)	Das Kriterium der Schadensanlage	145
b)	Die Differenzierung nach unmittelbarem „Objektschaden“ und „Vermögensfolgeschaden“	145
c)	Kritik der Differenzierungsansätze	146
2.	Ansätze einer grundsätzlichen Beachtlichkeit oder Unbeachtlichkeit	147
a)	Primärer Kompensationszweck	148
b)	Kein Sanktionszweck	149
c)	Fazit	150
II.	Kritische Stellungnahme	150
1.	Unzureichende Begründungsansätze	151
2.	Widersprüchliche Ergebnisse	152
III.	Fazit	153
D.	Die „Kausalität der Pflichtwidrigkeit“ nach Hanau	153
I.	Die Ansicht	154
II.	Kritische Stellungnahme	155
1.	Keine Kausalitätsfrage	155
2.	Terminologische Doppeldeutigkeit	156
3.	Unbillige prozessuale Folgen	156
III.	Fazit	157
E.	Der Rechtswidrigkeitszusammenhang	157
I.	Die Ansicht	158
II.	Kritische Stellungnahme	161
1.	Der Kompensationszweck als Begründungsansatz	161
2.	Der Präventionszweck als Begründungsansatz	163
a)	Überbetonung generalpräventiver Aspekte	163
b)	Fehlende Umkehrbarkeit des Präventionsgedankens	165
c)	Beschränkte Steuerungswirkung des Präventionszwecks	166

d) Antizipierte Schadensentstehung	168
e) Fazit	169
3. Der fehlende Sanktionszweck als Begründungsansatz	169
III. Fazit	170
F. Zwischenergebnis	171

3. Kapitel

Die Beachtlichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens bei innergesellschaftlichen Verfahrens- und Kompetenzverstößen – insbesondere bei missachteten Zustimmungsvorbehalten		172
A. Die maßgebliche Pflichtverletzung		174
B. Höchststrichterliche Rechtsprechung		178
I. Frühere höchstrichterliche Rechtsprechung zur GmbH und AG		178
1. Unklarer Rückgriff auf den Minderheitenschutz		179
2. Der Minderheitenschutz als nicht tragfähiges Konzept		179
3. Die Mitwirkungsrechte der Minderheit als nicht tragfähiges Konzept		181
4. Maßgeblichkeit allgemeiner Sanktionserwägungen		182
5. Fazit		183
II. Jüngere Rechtsprechung zur GmbH und GmbH & Co. KG		183
1. Der BGH zur Zustimmungspflicht der Gesellschafterversammlung		183
a) Latente Abkehr vom Minderheitenschutz		184
b) Doppelte Einzelfallbetrachtung und beschränkte Aussagekraft		184
c) Fazit		185
2. Der BGH zur ungebundenen Entscheidung der Gesellschafterversammlung		185
a) Bekenntnis zur generellen Beachtlichkeit rechtmäßigen Alternativ- verhaltens		185
b) Rechtmäßiges Alternativverhalten als Kausalitätsproblem		186
c) Unterlassen als maßgebliche Pflichtverletzung		186
d) Fehlende Ausführungen zum Schutzzweck		187
e) Fazit		187
3. Der BGH zum Überschreiten des Geschäftsleiterermessens		187
III. Die Beachtlichkeit bei missachteten Zustimmungsvorbehalten („Schloss Eller“- Entscheidung)		188
1. Der Begründungsansatz		189
2. Kritik aus dem Schrifttum		190
3. Stellungnahme		192
a) Abzulehnender Rückgriff auf den Schutzzweck der Norm		192
b) Mehrstufige Beachtlichkeitsprüfung		193

c) Primäre Maßgeblichkeit schadensersatzrechtlicher Zwecke	196
d) Schutzzweck des Zustimmungsvorbehalts nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG	197
e) Ablehnung eines Sonderschadensrechts für Verfahrens- und Kompetenzverstöße	200
f) Zutreffende Ablehnung eines Sanktionszwecks	201
g) Beschränkte Aussagekraft der Entscheidung	202
h) Fazit	203
IV. Zusammenfassung	204
C. Der Meinungsstand in der Literatur	205
I. Ablehnende Ansicht	206
II. Anerkennende Ansicht	207
III. Stellungnahme	209
1. Keine Sanktionierung von Kompetenzüberschreitungen	210
2. Kein Freibrief für Verfahrens- und Kompetenzverstöße	212
3. Keine allgemeine Tragfähigkeit der übrigen ablehnenden Argumente	214
4. Entfallene Einzelfallbetrachtung	214
5. Keine Ersetzung „fremder“ Entscheidungen durch das Gericht	215
6. Keine gesetzgeberisch intendierte bedingungslose Erfolgshaftung	217
7. Parallelwertung zu den Grenzen der Zufallshaftung	221
8. Fazit	222
D. Zusammenfassende Stellungnahme	222
E. Zwischenergebnis	223

4. Kapitel

Die Beachtlichkeit spezifischer hypothetischer Organzustimmungen	224
A. Die allgemeine Kompetenzordnung in der AG (bei Zustimmungsvorbehalten)	225
I. Zustimmung durch den Aufsichtsrat	225
II. Zustimmung durch die Hauptversammlung	227
1. Die Vorlage über §§ 111 Abs. 4 S. 3, 111b Abs. 4 S. 1 AktG	227
2. Die Vorlage über § 119 Abs. 2 AktG (Das Verhältnis von § 119 Abs. 2 AktG zu den §§ 111 Abs. 4 S. 3–5, 111b Abs. 4 S. 1 AktG)	228
3. Beschlusserfordernis	232
III. Zustimmung durch das Aufsichtsratsmitglied	232
IV. Zustimmung durch den Aktionär	233
V. Zwischenergebnis	235
B. Die hypothetische Zustimmung des Aufsichtsrats	235
I. Die restriktiven Ansätze	237

1.	Der Ansatz Kriegers	237
a)	Die Mitentscheidungskompetenz des Aufsichtsrats	237
b)	Die Regeln eines ordnungsgemäßen Entscheidungsprozesses	238
2.	Der Ansatz Kleindieks	239
a)	Übernahme der Begründung Kriegers	239
b)	Parallelwertung zur Amtshaftung	240
3.	Stellungnahme zu den restriktiven Ansätzen	240
a)	Überbetonung der Mitwirkungsrechte des Aufsichtsrats	241
b)	Überbetonung der Regeln eines ordnungsgemäßen Entscheidungsprozesses	243
c)	Übermäßige Forderung der „Gleichwertigkeit“	245
d)	Vertauschtes Regel-Ausnahme-Verhältnis der Beachtlichkeit	248
4.	Zusammenfassung	250
II.	Die herrschende und anerkennende Meinung	250
1.	Kein Entgegenstehen des unternehmerischen Ermessens des Aufsichtsrats	251
2.	Kritik	252
3.	Stellungnahme	253
a)	Vergleichbarkeit mit der Amtshaftung	253
b)	Gesetzliche Stütze der Beachtlichkeit des Einwands	254
c)	Erst-recht-Schluss zum Arzthaftungsrecht	255
III.	Zwischenergebnis	256
C.	Die Hypothetische Zustimmung der Hauptversammlung	257
I.	Die Ausführungen und Andeutungen des BGH	259
1.	Die Ausführungen	259
2.	Rezeption	260
3.	Stellungnahme	260
II.	Der Ansatz genereller Unbeachtlichkeit	261
1.	Der Ansatz	261
2.	Stellungnahme	261
a)	Pauschale Aussagen und wenig Begründungstiefe	261
b)	Vermischung der Einwände rechtmäßigen Alternativverhaltens und unzulässiger Rechtsausübung	262
III.	Die Ansicht Kriegers (Das Erfordernis der hypothetischen Einstimmigkeit)	263
1.	Der Ansatz	263
2.	Stellungnahme	264
a)	Fehlende Tragfähigkeit des Minderheitenschutzes	264
b)	Bruch mit dem gesetzlich kodifizierten Minderheitenschutz und Aufgabe der Trennung von Minderheiten- und Individualrechten	265
c)	Potenzielle Missbrauchsgefahr	266

	d) Entfallenes/reduziertes Minderheitenschutzbedürfnis	267
	e) Unklarer Umfang der relevanten Minderheit	269
IV.	Die Ansicht Grunewalds	270
	1. Der Ansatz	270
	2. Stellungnahme	271
	a) Keine klar erkennbare Meinung	271
	b) Verweis auf Rechtsprechung zur GmbH und GmbH & Co. KG	272
	c) Keine Einschränkung der Beachtlichkeit durch Minderheitenschutz	273
V.	Die Ansicht Kleindieks (Der Ansatz der Gleichwertigkeit)	273
	1. Der Ansatz	273
	2. Stellungnahme	274
	a) Übermäßige Forderung der Gleichwertigkeit	274
	b) Irrelevanz von Aktionärsbesonderheiten	274
VI.	Die Ansicht Habersacks	276
	1. Der Ansatz	276
	2. Stellungnahme	277
	a) Der Zusammenhang zwischen § 93 Abs. 4 S. 1 AktG und § 83 Abs. 2 AktG	277
	b) Entwertung des Geschäftsleiterermessens	279
	c) Identität von tatsächlichem und hypothetischem Verfahrensgang	280
VII.	Die Ansicht von Scholz und weitere die hypothetische Hauptversammlungs- zustimmung anerkennende Autoren	280
	1. Der Ansatz	280
	2. Stellungnahme	281
VIII.	Fazit/Zusammenfassung	282
IX.	Eigener Ansatz	283
	1. Die generelle Beachtlichkeit der Hauptversammlung als Ausgangspunkt ...	283
	2. Kein Erfordernis einer Einschränkung der Beachtlichkeit	283
	a) Unzureichende Ansätze der restriktiven Meinungen	283
	b) Keine Differenzierung anhand der Praxisrelevanz	284
	c) Die Bedeutung der § 93 Abs. 4 S. 1 AktG und § 83 Abs. 2 AktG	285
	aa) Fehlende Relevanz bei missachteten Zustimmungsvorbehalten	285
	bb) Relevanz bei sonstigen hypothetischen Hauptversammlungs- beschlüssen	287
	3. Zwischenergebnis	289
D.	Beschränkung des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens & zeitliche Zäsur ..	290
	I. Mögliche Fallgestaltungen der Missachtung von Zustimmungsvorbehalten (und der jeweils erwachsende Einwand)	290
	1. Fallgestaltung 1	290

2. Fallgestaltung 2	291
3. Fallgestaltung 3	291
4. Fallgestaltung 4	292
5. Fallgestaltung 5 (Das Problem ausufernder Hypothesen)	293
6. Systematisierung der Fallgestaltungen und Probleme	293
II. Auflösung durch bestehende Ansätze	294
1. „Echtes“ und „unechtes“ Alternativverhalten	295
a) Anwendung zur Lösung der Fallgruppen	295
b) Kritik	296
2. „Naheliegendes“ und „fernliegendes“ Alternativverhalten	297
a) Anwendung zur Lösung der Fallgestaltungen	298
b) Kritik	298
III. Eigener Ansatz (Zeitliche Zäsur durch die Pflichtverletzung)	299
1. Rückblick auf die maßgebliche Pflichtverletzung	300
2. Gesellschaftsrechtliche Stützen dieser Ansicht	301
a) Faktische Zäsurwirkung der hierarchischen Kompetenzverteilung	301
b) Faktische Zäsurwirkung ordnungsgemäßen Verfahrens	302
3. Kritische Auseinandersetzung mit der gewonnenen Ansicht	303
a) Betrachtung und Lösung der aufgestellten Fallgruppen	303
b) Anwendung auf die Amtshaftung	304
c) Abgrenzung zu den Reserveursachen	306
4. Fazit	306
E. Der Konflikt von Form und Substanz	307
I. Die Konsequenz des Rechtswidrigkeitszusammenhangs	308
1. Die Möglichkeit des Verhaltens	309
2. Die sichere hypothetisch förmliche Zustimmung	310
II. Fazit	311
Wesentliche Zwischenergebnisse zum 1. Teil	311

2. Teil

Prozessuale und praktische Fragestellungen 313

5. Kapitel

Erheblichkeit und Beweiserheblichkeit 313

A. Grundsätzliche Erwägungen	314
B. Auswirkungen der materiellrechtlichen dogmatischen Ansätze	315
C. Das Bestehen der Verhaltensmöglichkeit	316

D. Das Ergreifen der Verhaltensmöglichkeit	317
I. Meinungsstand im allgemeinen Schadens- und Zivilrecht	319
1. Der Meinungsstand der Rechtsprechung	319
a) Dogmatische Inkonsistenz	319
b) In sich widersprüchliche Entscheidungen	320
c) Uneinheitliche Spruchpraxis	320
d) Tendenz zur Unerheblichkeit	321
e) Fazit	323
2. Meinungsstand in der Literatur	323
a) Erheblichkeit des Schädigerverhaltens	324
b) Unerheblichkeit	325
3. Stellungnahme	326
a) Der unmögliche Beweis als Kernproblem	326
b) Differenzierung nach Verschuldensgrad?	327
c) Schlechterstellung des sorgfältigeren Schädigers	329
d) Unzutreffender Rückgriff auf die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens	330
e) Fazit	331
II. Gesellschaftsrechtlicher Meinungsstand	331
1. Der Ansatz	332
2. Stellungnahme	333
a) Unzureichende Differenzierungsansätze	334
b) Unvollständiger Begründungsansatz	337
c) Verlagerung der materiellen Problematik ins Prozessrecht	339
d) Unzureichender Rückgriff auf die „Schloss Eller“-Entscheidung	340
e) Die Rechtsprechung zu Gestaltungsrechten	341
f) Die Rechtsprechung zur Amtshaftung	342
III. Zusammenfassende Stellungnahme	344
E. Der Ausgang des hypothetischen Geschehensablaufs	345
I. Grundlegender Konsens	346
II. Die „Erheblichkeit“ des realen oder fiktiven Organs	347
1. Idealtypisches (fiktives) Organ	349
2. Konkretes (reales) Organ	352
3. Stellungnahme	353
a) Widerspruch zum Wesen des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens	353
b) Kein Schluss vom Prozessrecht aufs materielle Recht	354
c) Selbstverursachte Beweisproblematik	356

d) Mangelnde Übertragbarkeit vom Beschlussmängelrecht auf das Schadensrecht	357
e) Ungeeignetheit zur Ermittlung eines hypothetischen Willens	359
f) Mangelnde Übertragbarkeit von der Hauptversammlung auf den Aufsichtsrat	361
g) Minderheitenschutz keine Basis für normative Erwägungen	364
h) Widerspruch zum Wesen des unternehmerischen Ermessens	365
i) Keine Lösung des <i>hindsight bias</i> durch normative Maßstäbe	366
4. Zwischenergebnis	367
III. Normativer Maßstab bei gebundenen Entscheidungen	368
1. Maßgeblichkeit des Entscheidungsinhalts	369
2. Äußere Grenzen des Aufsichtsrats	369
3. Äußere Grenzen der Hauptversammlung	370
4. Pflicht zur Versagung der Zustimmung	371
5. Pflicht zur Erteilung der Zustimmung	372
a) Der Meinungsstand	372
b) Stellungnahme	374
aa) Gesellschaftsrechtliche und schadensrechtliche Vorgaben	374
bb) Vermeidung von Unbilligkeiten	374
cc) Lösung über die hypothetische Hauptversammlung	375
dd) Lösung über die schadensrechtliche Praxis	376
6. Zwischenergebnis	376
F. Zwischenergebnis	377

6. Kapitel

Darlegungs- und Beweislast sowie Beweismaß	378
A. Die Darlegungs- und Beweislast	378
I. Die im Ergebnis allgemeine Meinung	379
II. Begründungsansätze der allgemeinen Meinung	381
III. Stellungnahme	382
B. Beweiswürdigung und Beweismaß	383
I. Beweiserleichterungen durch § 287 Abs. 1 ZPO	384
II. Wechselwirkung der Meinungsstände	384
III. Abgrenzungsfragen zum Anwendungsbereich der §§ 286 f. ZPO	385
1. Die Abgrenzung nach Haftungsbegründung und Haftungsausfüllung	386
2. Die Abgrenzung nach realer und hypothetischer Kausalität	388
3. Stellungnahme	389

a)	Schwächen der Abgrenzung nach Haftungsgrund und Haftungsausfü-	
b)	Schwächen der Abgrenzung nach „Eingriffstatbeständen“ und „Verhal-	
c)	Der Nachweis einer Hypothese	389
d)	Historische Auslegung des § 287 ZPO	391
e)	Teleologische Auslegung des § 287 ZPO und Gebot der prozessualen Waf-	
f)	Unterschiedliche Differenzierungsstärke	394
g)	Fazit	396
IV.	Meinungsstand zum Beweismaß des rechtmäßigen Alternativverhaltens	397
1.	Anwendbarkeit des § 286 ZPO	398
2.	Anwendbarkeit des § 287 Abs. 1 ZPO	400
3.	Tendenzen der Rechtsprechung	401
4.	Meinungsstand im Gesellschaftsrecht	402
5.	Stellungnahme	405
V.	Gesamtbetrachtung des Meinungsstands zum Beweismaß	405
VI.	Zwischenergebnis	407

7. Kapitel

	Beweisergebnis und Beweismittel	408
A.	Typische Probleme beim Nachweis ungebundener Entscheidungen (Beweisergebnis)	408
I.	Das Abstimmungs- und Entscheidungsverhalten im engeren Sinne	410
II.	Das Problem der maßgeblichen Organzusammensetzung	410
1.	Maßgeblichkeit des damals konkreten Organs	411
2.	Mehrere in Betracht kommende konkrete Organzusammensetzungen	411
3.	Praktische Probleme der konkreten Organzusammensetzung	412
III.	Das Problem der Stimmrechtsvertretung	412
1.	Auseinanderfallen von Stimmrechtsausübung und Willensbildung	413
2.	Folgen für den sicheren Nachweis der hypothetischen Zustimmung	414
IV.	Das Problem der konkreten Anwesenheit	415
1.	Der „konkret sichere Nachweis“	416
2.	Der „abstrakt sichere Nachweis“	418
3.	Der Meinungsstand	420
a)	Herrschende Meinung	420
b)	Auflockernde Ansätze	421
c)	Restriktive Ansätze	423
d)	Fazit	424

V.	Das Problem der Ausschussbildung	425
1.	Weichenstellung durch das Recht zum jederzeitigen Eingriff	426
2.	Erheblichkeit bei gleichzeitiger Ausschuss- und Plenumszustimmung	427
3.	Nachweismöglichkeiten	428
4.	Auswirkungen auf den Parteivortrag	429
VI.	Zwischenergebnis	430
B.	Beweismittel	430
I.	Die Unbeweisbarkeit der Haupttatsache als Ausgangspunkt der Beweisführung	431
II.	Die Vernehmung der Organmitglieder	432
1.	Einordnung des Beweismittels	433
2.	Beweiswert	434
a)	Entwertung durch möglichen <i>hindsight bias</i>	434
b)	Aufklärungsprobleme bei mangelnder Glaubhaftigkeit	436
c)	Fazit	436
3.	Anwendung zur Lösung der dargestellten Beweisprobleme	437
4.	Praktische Beweismöte	437
5.	Fazit	439
III.	Der „Feststellungsbeschluss“ des übergangenen Organs	439
1.	Zulässigkeit und Grenzen	440
2.	Einordnung des Beweismittels	441
a)	Keine Typizität des Anscheinsbeweises	442
b)	Einordnung als Indiz und Anknüpfungstatsache	445
3.	Beweiswert des Genehmigungsbeschlusses	446
a)	Inhaltlich kollektivierte Zeugenaussage	447
b)	Entscheidung nach Schaffung vollendeter Tatsachen	449
c)	Fazit	450
4.	Beweiswert des abgelehnten Genehmigungsbeschlusses und des Ablehnungsbeschlusses	451
a)	Generelle Ablehnung der Beschlussfassung an sich	451
b)	Der Ablehnungsbeschluss im engeren Sinne	451
c)	Fazit	452
5.	Anwendung zur Lösung der dargestellten Beweisprobleme	452
6.	Fazit	453
IV.	Das bisherige Entscheidungsverhalten des übergangenen Organs	454
1.	Einordnung des Beweismittels	454
a)	Abstufung der Erfahrungssätze	454
b)	Häufig fehlende Typizität des Anscheinsbeweises	455
c)	Anknüpfungstatsache	458
d)	Fazit	458

2. Beweiswert der bisherigen Entscheidungspraxis	459
3. Anwendung zur Lösung der dargestellten Beweisprobleme	459
a) Bisherige Entscheidungspraxis	459
b) Die „nachhaltige Präsenzmehrheit“ als Lösungsansatz zu Anwesenheits- fragen	461
4. Fazit	462
V. Zwischenergebnis	462
C. Implikationen für die Praxis	463
I. Frühzeitige Beweissicherung	463
II. Prüfung und Einholung eines Feststellungsbeschlusses	464
1. Ausnutzen der präjudiziellen Wirkung	464
2. Erweiterte Absicherung des Vorstands durch Genehmigungsbeschluss der Hauptversammlung	466
3. Bewusste Wahrung der Entscheidungsfindungs-Identität	468
III. Anknüpfen an vergangene Hauptversammlungen	468
D. Zusammenfassung	469
Abschließende Zusammenfassung und Ausblick	471
A. Zusammenfassende Dar- und Gegenüberstellung der dogmatischen Ansätze	471
I. Auswirkungen des Schutzzwecks der Norm	471
II. Auswirkungen der Behandlung als Reserveursache	472
III. Auswirkungen der Kausalität der Pflichtwidrigkeit	472
IV. Auswirkungen des Rechtswidrigkeitszusammenhangs	473
V. Der Rechtswidrigkeitszusammenhang als dogmatisch zutreffender Ansatz	474
B. Zusammenfassung zum 1. Teil in Thesen	474
C. Zusammenfassung zum 2. Teil in Thesen	477
D. Ausblick	481
Literaturverzeichnis	482
Stichwortverzeichnis	507

Einführung

A. Problemaufriss (Kompetenzverstöße als Haftungsfalle)

„Die Vorstandshaftung nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG ist von Konzeption und Tatbestandsvoraussetzungen her strikt und könnte kaum schärfer sein.“¹

Mit diesen Worten beginnt eine der zahlreichen wissenschaftlichen Veröffentlichungen zur viel beachteten „Schloss Eller“-Entscheidung des BGH vom 10.07.2018.² Ein erster Blick in die einschlägige Literatur genügt, um diese Aussage zu bestätigen. Bereits materiellrechtlich sind die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der aktienrechtlichen Organhaftung überaus streng.³ Der Vorstand haftet für „*omnis culpa*“, also bereits bei leichter Fahrlässigkeit,⁴ und nach dem „*Alles-oder-nichts-Prinzip*“ des allgemeinen Schadensrechts stets in voller Höhe.⁵ Zudem unterliegt die Organhaftung nach § 93 Abs. 6 AktG einer fünf-, bei börsennotierten Gesellschaften sogar zehnjährigen Verjährungsfrist.⁶ Darüber hinaus ist diese auch zunächst nicht disponibel, da weder Satzung noch Anstellungsvertrag modifizierende Regelungen treffen können und ein entstandener Anspruch nur in den engen Grenzen des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG zur nachträglichen Disposition steht.⁷ Auch auf prozessualer Ebene trifft das in Anspruch genommene Organmitglied die in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG verankerte Umkehr der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich Pflichtwidrigkeit und Verschulden.⁸

Neben diese gesetzliche Ausgestaltung der Organhaftung treten noch weitere Verschärfungen. Zunächst hat die Rechtsprechung dem Aufsichtsrat mit dem

¹ Wiesner, FS Krieger 2020, 1127 (1127), unter Verweis auf *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782 (794), *Hemeling*, Verhandlungen zum 69. DJT (2012), Bd. II/1, 2013, S. N 37 f. und *Hopt*, ZIP 2013, 1793 (1801 ff.).

² BGH, NJW 2018, 3574.

³ *Hopt*, ZIP 2013, 1793 (1801 ff.) bezeichnet sie gar als „*drakonisch*“.

⁴ BeckOGK/*Fleischer*, AktG, § 93, Rn. 248; Bürgers/Körper/Lieder/*Bürgers*, AktG, § 93, Rn. 21c; GK-AktG/*Hopt/Roth*, § 93, Rn. 392; Hölters/*Weber/Hölters/Hölters*, AktG, § 93, Rn. 236; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782 (794).

⁵ K. Schmidt/Lutter/*Sailer-Coceani*, AktG, § 93, Rn. 5; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782 (794).

⁶ *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782 (794).

⁷ *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782 (794); siehe zu Vergleich und Verzicht monographisch *Unmuth*, Vergleich und Verzicht im aktienrechtlichen Organhaftungsrecht, 2018, passim.

⁸ *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782 (794); s.hierzu monographisch *Danninger*, Organhaftung und Beweislast, 2020, passim.

ARAG/Garmenbeck-Urteil⁹ eine grundsätzliche Verfolgungspflicht auferlegt.¹⁰ In Anbetracht der langen Verjährungsfristen, der Beweislastumkehr und der gelebten Praxis, eher ausgeschiedene als amtierende Vorstände in die Haftung zu nehmen, sehen sich letztere deshalb regelmäßig mit erheblichen Beweisnöten im Haftungsprozess konfrontiert.¹¹ Zu diesem Umstand gesellt sich in der aktienrechtlichen Organhaftung zudem die rechtsformtypische Gefahr existenzvernichtender Schadenssummen, denn die Gesellschaftsform der AG ist dem Grunde nach als Vehikel zur Kapitalallokation für unternehmerische Tätigkeiten von großem Umfang konzipiert.¹² Dass daraus auch regelmäßig erhöhte Schadenssummen folgen, dürfte auf der Hand liegen.¹³ Besonders misslich dürfte aus Sicht der Organwalter zudem die Tatsache sein, dass es ausgerechnet die börsennotierten Gesellschaften mit den längeren Verjährungsfristen und den daraus erwachsenden Beweisproblemen sind, in denen die verursachten Schadenssummen schnell dreistellige Millionenbeträge und im Einzelfall auch Milliardenbeträge erreichen können.¹⁴ Mit zunehmender Gesellschaftsgröße summieren sich also die rechtlichen wie auch tatsächlichen schadenssteigernden Faktoren. Vor diesem Hintergrund dürfte die Absicherung über eine D&O-Versicherung häufig ein nur schwacher Trost für betroffene Organwalter sein – insbesondere in Anbetracht des gesetzlich vorgesehenen Selbstbehalts in § 93 Abs. 2 S. 3 AktG.¹⁵

Die Binnenhaftung der Organe der AG nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG wird daher in Literatur und Praxis zu Recht als scharfe Haftung wahrgenommen.¹⁶

Innergesellschaftliche Verfahrens- und Kompetenzverstöße nahmen und nehmen in diesem ohnehin schon scharfen Haftungsregime bislang eine Sonderrolle ein. Nach dem gegenwärtigen Stand der juristischen Diskussion in Rechtsprechung und Schrifttum unterliegen sie nämlich zahlreichen (meist haftungsverschärfenden) Besonderheiten und Rechtsunsicherheiten, sodass bisweilen sogar die Entstehung eines „Sonderschadensrecht[s] für einschlägige Verfahren[s]- und Kompetenzverstöße“¹⁷ befürchtet wird. Dies zeigt sich insbesondere an den Zustimmungsvorhalten nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG und den Fällen ihrer Missachtung.

⁹ BGH, NJW 1997, 1926.

¹⁰ Hemeling, Verhandlungen zum 69. DJT (2012), Bd. II/1, 2013, S. N 39.

¹¹ Habersack, ZHR 177 (2013), 782 (794); Hemeling, Verhandlungen zum 69. DJT (2012), Bd. II/1, 2013, S. N 38.

¹² GK-AktG/Bachmann, § 1, Rn. 3, „Kapitalpumpe“; MüKoAktG/Habersack, Einl., Rn. 5; K. Schmidt/Lutter/K. Schmidt, AktG, Einl. Rn. 2, „Kapitalsammelbecken“; Fischer, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung, 2018, S. 28 ff.

¹³ Siehe zur Gefahr existenzvernichtender Vorstandshaftung monographisch Fischer, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung, 2018, S. 28–107.

¹⁴ Hemeling, Verhandlungen zum 69. DJT (2012), Bd. II/1, 2013, S. N 38.

¹⁵ Siehe zur D&O-Versicherung umfassend die Darstellungen bei Pammler, Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung, 2006, passim; Thomas, Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern, 2010, passim.

¹⁶ K. Schmidt/Lutter/Sailer-Coceani, AktG, § 93, Rn. 5.

¹⁷ So die pointierte aber bisweilen zutreffende Beschreibung bei Seebach, AG 2012, 70 (73).

I. Zustimmungsvorbehalte als Haftungsfallen

Als Teil der Legalitätspflicht hat der Vorstand die aktienrechtliche Kompetenzverteilung insbesondere nach § 82 Abs. 2 AktG zu wahren.¹⁸ Da es sich nach herrschender Meinung bei der Einhaltung der Kompetenzverteilung nicht um eine unternehmerische Entscheidung im Sinne des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, sondern um eine rechtlich gebundene Entscheidung handelt, kommt der Vorstand somit auch nicht in den Genuss des „safe harbours“ der *business judgment rule*.¹⁹ Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur werden Verstöße gegen die innergesellschaftliche Verfahrens- oder Kompetenzordnung daher stets als Pflichtverletzung angesehen²⁰ und begründen damit bereits aus sich heraus die volle Haftung für die jeweils verfahrens- oder kompetenzwidrig vorgenommene Geschäftsführungsmaßnahme. Missachtet der Vorstand also einen Zustimmungsvorbehalt, tritt allein aufgrund dieses Kompetenzverstößes eine faktische Erfolgshaftung für die so umgesetzte Geschäftsführungsmaßnahme ein.²¹ Dies bedeutet im Umkehrschluss für die Gesellschaft geradezu einen Glücksfall, denn sie könnte im Nachhinein jedes eingetretene und noch so geringe unternehmerische Risiko als Schaden liquidieren, sollte sich eine inhaltlich noch so sorgfältig getroffene Geschäftsführungsmaßnahme im Nachhinein als wirtschaftlich nachteilig erweisen.²²

Dieses Problem gewinnt an Brisanz, hält man sich vor Augen, dass die innergesellschaftliche Kompetenzverteilung häufig alles andere als trennscharf sein dürfte. Die Annahme, dass sich die Kompetenzverteilung stets im Sinne eines „*jus finitum*“ klar erkennen lässt, dürfte sich in ihrer Absolutheit spätestens seit Einführung des unbestimmten²³ Zustimmungsvorbehalts des § 111b Abs. 1 AktG kaum noch halten lassen.²⁴ Vor diesem Hintergrund wird bereits vereinzelt im Schrifttum diskutiert,

¹⁸ BeckOGK/*Fleischer*, AktG, § 93, Rn. 25; MüKoAktG/*Spindler*, § 93, Rn. 86.

¹⁹ BeckOGK/*Fleischer*, AktG, § 93, Rn. 88; Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 93, Rn. 54; MüKoAktG/*Spindler*, § 93, Rn. 88; *Ahrendt*, Entscheidungen unter Unsicherheit, 2018, S. 50; demgegenüber kritisch *Mutter*, AG 2019, R196.

²⁰ BGH, DStR 1998, 1398 (1399); NJW 2006, 374 (375), Rn. 19; NZG 2015, 792 (794), Rn. 24 ff.; NJW 2018, 3574 (3578 ff.); OLG Saarbrücken, NZG 2014, 343 (343); OLG Stuttgart, AG 2013, 599 (602 f.); BeckOGK/*Fleischer*, AktG, § 93, Rn. 25; Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic*, AktG, § 93, Rn. 54; MüKoAktG/*Spindler*, § 93, Rn. 86, 166; *Altmeyen*, FS K. Schmidt 2009, 23 (31 f.); *Fleischer*, DB 2018, 2619 (2621); *Krieger*, FS Seibert 2019, 511 (513).

²¹ *Mutter*, AG 2019, R196.

²² *Seebach*, AG 2012, 70 (73); gleichsinnig wohl auch *Mutter*, AG 2019, R196.

²³ BeckOGK/*Hefendehl*, AktG, § 405, Rn. 99; *Heldt*, AG 2018, 905 (913); *Stöber*, DStR 2020, 391 (396); gleichsinnig auch *Bungert/Berger*, DB 2018, 2860 (2861); *Paschos/Goslar*, AG 2018, 857 (866); a. A. *Lieder/Wernert*, ZIP 2018, 2441 (2444), demnach gegen die Verweisung auf die IFRS „nichts einzuwenden“ sei.

²⁴ Auch die in der Literatur bisweilen angeregten Lösungsvorschläge zur Handhabung dieser Unbestimmtheit sind bisweilen unzureichend. So kann bspw. der Ansatz von Grigoleit/*Grigoleit*, AktG, § 111b, Rn. 4 aufgrund des hohen Schwellenwerts des § 111b Abs. 1 AktG einfach alle „überschwellige“ Transaktionen „allgemein dem regulären Zustimmungsvorbehalt zu unterwerfen, um etwaige Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der übrigen RPT-Kriterien zu vermeiden“, keine vollständige Abhilfe verschaffen. Denn, sobald es sich (auch) um ein unter