

# Reflektierte Optimierung oder bloße Intuition?

## Eine verhaltenswissenschaftliche Erwiderung zur Auslegung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG

HANJO HAMANN, Bonn\*

### Inhaltsübersicht

ZGR 2012, 817–834

I. Einführung . . . . .	818
II. Begriffliche Klärung: Was ist Intuition? . . . . .	819
1. Das betriebswirtschaftliche Verständnis: Intuition als geronnene Erfahrung	820
2. Das verhaltenswissenschaftliche Verständnis: Intuition als unbewusster Prozess . . . . .	823
3. Fazit . . . . .	824
III. Rechtliche Würdigung: Intuition und unternehmerisches Ermessen . . . . .	825
1. Zwei mögliche Zwecke des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG . . . . .	825
2. Zum Zweck der rationalen Optimierung . . . . .	826
3. Zum Zweck der Nachvollziehbarkeit . . . . .	831
IV. Zusammenfassung und Fazit . . . . .	833

*Immer wieder bezieht das Unternehmens- und Gesellschaftsrecht wertvolle Impulse aus seinen Nachbardisziplinen. Jüngst bereicherte ein Beitrag in dieser Zeitschrift den Entscheidungsbegriff des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG durch Einsichten aus der betriebswirtschaftlichen Entscheidungslehre – und erörterte nebenbei auch die Rolle der „Intuition“ für unternehmerische Entscheidungen. Daran knüpft der vorliegende Aufsatz an. Er erläutert, dass der einstmals fast schon esoterische Intuitionsbegriff dank der Verhaltensforschung mittlerweile recht scharfe Konturen gewonnen und unser Verständnis der menschlichen Entscheidungsfindung erheblich erweitert hat. Neuere Forschung legt nahe, dass Intuition nicht auf schnelle und oberflächliche Behelfslösungen beschränkt ist, sondern in komplexen Umwelten sogar zur Entscheidungsoptimierung im betriebswirtschaftlichen Sinn beitragen kann. Jedenfalls besteht kein Grund zu der Annahme, dass intuitive Entscheidungen zwangsläufig weniger rationell sind als bewusst reflektierte. Gleichwohl muss das Recht jenen intuitiv gewonnenen Entscheidungen das Haftungsprivileg nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG (business judgement rule) versagen, weil intuitive Entscheidungen nicht zwischenmenschlich nachvollziehbar gemacht werden können. Wo ökonomisch bessere Ergebnisse auf Kosten der Nachvollziehbarkeit erzielt werden, sind im Falle des Scheiterns auch die Haftungskonsequenzen zu tragen.*

\* Research Fellow am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn. Der Autor dankt Prof. Dr. CHRISTOPH ENGEL, Prof. Dr. MATTHIAS GRAUMANN, Dr. habil. ANDREAS GLÖCKNER, Ass. iur. MONIA MANÂA und M.Sc. CHRISTIANE HEINICKE für wertvolle Hinweise und Anregungen.

*Time and again, business and corporate law receive valuable inspiration from neighboring disciplines. Lately a contribution to this journal enriched our understanding of “decisions” as referred to in Sec. 93 (1) 2 of the German Stock Corporation Act. It applied a decision theory from business administration studies and assessed, in passing, the role of “intuition” in entrepreneurial decision making. The present paper takes up this line of reasoning and explains that the concept of intuition, though formerly well-nigh esoteric, has meanwhile taken a rather clear shape owing to a strand of behavioral research that substantially improved our grasp of human decision making. Recent studies imply that intuition does not merely provide quick and dirty approximations but may in complex environments even be able to optimize decisions in an economic sense. There is no reason, anyway, to assume that intuitive decisions are necessarily less economic than consciously reflective ones. Be that as it may, the law must not privilege such intuitive decisions under the business judgment rule of Sec. 93 (1) 2 German Stock Corporation Act because they cannot be explicated by the decision-maker. Where economically superior results come at the cost of interpersonal transparency, unlimited accountability must be borne in the case of failure.*

### I. Einführung

In einem lesenswerten Beitrag in dieser Zeitschrift argumentierte der Wirtschaftswissenschaftler *Matthias Graumann* unlängst für ein neues, entscheidungswissenschaftlich ausgerichtetes Verständnis des Begriffs der „Entscheidung“ in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG<sup>1</sup>. Verkürzt lautet seine Argumentation so: Nach aktuellem Stand der Entscheidungswissenschaft sei jede Entscheidung ein Prozess aus sechs Subentscheidungen. Das juristische Schrifttum hingegen begreife als „Entscheidung“ nur den letzten Schritt dieses Prozesses – ausgerechnet denjenigen, der durch vorangegangene Schritte soweit determiniert sei, dass er kaum noch als Entscheidung zu bezeichnen sei, jedenfalls aber als geradezu triviale. Der aus Sicht der Entscheidungswissenschaft wichtigere Teil einer als Prozess verstandenen Entscheidung gehe in der juristischen Auslegung als „Entscheidungsvorbereitung“ unter<sup>2</sup>. *Graumann* plädiert dafür, die Auslegung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG an der Entscheidungswissenschaft auszurichten, denn die Anwendbarkeit der *business judgment rule* könne nicht losgelöst von jenen Phasen der Entscheidung beurteilt werden, die Juristen als Entscheidungsvorbereitung qualifizieren. Vielmehr verdienten Entscheidungen nur dann das Haftungsprivileg, wenn sie „einen dem Optimierungsgedanken verpflichteten Prozess“ durchlaufen haben, „der aus verschiedenen Subentscheidungen besteht, die primär vermittels analytischem Denken getroffen werden und nicht nur der Intuition vertrauen.“<sup>3</sup>

1 GRAUMANN, ZGR 2011, 293.

2 Nachw. bei GRAUMANN, ZGR 2011, 293, 298 Fn. 12, 13; mit GRUNDEI/VON WERDER, AG 2005, 825, 827 folgen allerdings auch Betriebswirte diesem Verständnis.

3 GRAUMANN, ZGR 2011, 293, 302; und ähnlich schon 298.

*Graumanns* Beitrag ist schlüssig argumentiert und hervorragend geschrieben, daher folgt man ihm gern in den meisten Schlussfolgerungen. In der Tat verlangt § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG einen strukturierten Entscheidungsprozess, während rein intuitiven Entscheidungen das Haftungsprivileg zu versagen ist. Allerdings – und hier bedarf es eines kritischen Zwischenrufs – folgt § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG gerade *nicht* dem Optimierungsgedanken, sonst müsste er womöglich gerade intuitive Entscheidungen privilegieren!

Um diesen zugegebenermaßen kontraintuitiven Zwischenruf zu begründen, bedarf es zweier Schritte. Zunächst ist zu skizzieren, was Intuition überhaupt bedeutet; *Graumann* geht mit dem übrigen wirtschaftsrechtlichen Schrifttum von einem tradierten Begriffsverständnis aus, das nach dem aktuellen Stand der Verhaltensforschung einer wesentlichen Ergänzung bedarf. Anschließend ist zu erörtern, warum intuitive Entscheidungen nicht den sicheren Hafen des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG erreichen; *Graumanns* aktuelle Argumentation trifft nicht den entscheidenden Gesichtspunkt, den er selbst in einem früheren Beitrag schon einmal identifiziert, hier aber nicht fortgeführt hat.

## II. Begriffliche Klärung: Was ist Intuition?

Intuition stammt von lat. *in* und *tueri*, innen betrachten<sup>4</sup>, lässt sich also grob als „Innenschau“ übersetzen<sup>5</sup>. Versuche, diese „Innenschau“ begrifflich und empirisch dingfest zu machen, blicken auf eine lange Geschichte sowohl in der Verhaltenswissenschaft als auch der Betriebswirtschaftslehre zurück<sup>6</sup>; schon in den 1930er Jahren beschäftigten sich Forscher mit Konzepten, die sie „Intuition“ nannten. Indessen meinten sie damit ganz verschiedene Dinge, und gerieten geradewegs in die babylonische Begriffsverwirrung: 1991 dokumentierte eine originelle Untersuchung allein für den Zeitraum 1976–1987 ganze 87 verschiedene Umschreibungen für „Intuition“, die sich grob in sechs Kategorien einteilen ließen<sup>7</sup>: Intuition als paranormale Fähigkeit, als Persönlichkeitsmerkmal, als unbewusster Prozess, als Handlungsrepertoire, als geronnene Erfahrung oder als Auffangkategorie für alles Irrationale.

Ob dieser begrifflichen Unschärfe und teilweise esoterischen Konnotationen überrascht es deshalb nicht, dass Intuition „sehr vielschichtig und schillernd“

4 HARPER, Online Etymology Dictionary ([www.etymonline.com](http://www.etymonline.com)), Stichwort „intuition“.

5 Oder „Anschauung“, vgl. Meyers Großes Konversations-Lexikon, 6. Aufl., 1907, Bd. 9, S. 896 (stellt Intuition als „Fähigkeit, verwickelte Beziehungen mit einem Schläge richtig zu erfassen“ der diskursiven Reflexion entgegen).

6 Historischer Abriss mit wesentlichen Meilensteinen jüngst bei AKINCI/SADLER-SMITH, Int J Mgmt Rev's 2012, 104.

7 BEHLING/ECKEL, Acad Mgmt Exec 1991, 46, 47 (Übersetzung d. VERF.).

erscheint<sup>8</sup> und von Juristen als Argumentationstopos bis heute meist gemieden wird<sup>9</sup>. Eine einzige konsequente Ausnahme macht die Rechtsprechung für die gern wiederholte Floskel des Bundesverfassungsgerichts von 1971, künstlerisches Schaffen sei „unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers“, weil darin „Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen“ wirkten<sup>10</sup>. Diese Formulierung ist freilich nicht minder esoterisch, ja weitgehend inhaltsleer – und belegt nur, dass die beliebte Gruppierung unscharfer Quasisynonyme zu vermeintlich plastischeren Sammelphrasen<sup>11</sup> den Intuitionsbegriff erst recht verklärt und in den Sumpf der Gemeinplätze verbannt.

In den letzten Jahrzehnten dagegen hat die Erforschung der Intuition enorme Fortschritte gemacht. Von den sechs konzeptionellen Kategorien anno 1991 sind im Wesentlichen zwei übrig geblieben: diejenige der „geronnenen Erfahrung“ und diejenige des „unbewussten Prozesses“<sup>12</sup>. Erstere ist die traditionellere, und recht typisch für die betriebswirtschaftliche Diskussion, letztere ist jüngerer Datums und dominiert heute die Verhaltenswissenschaft<sup>13</sup>.

### *1. Das betriebswirtschaftliche Verständnis: Intuition als geronnene Erfahrung*

Ein erster Zugang zum betriebswirtschaftlichen Verständnis der „Intuition“ findet sich an der einzigen Stelle des deutschen Gesetzesrechts, die das Wort überhaupt verwendet, nämlich dem bankaufsichtsrechtlichen Erfordernis in § 140 Abs. 2 Satz 1 SolvV, dass die Kriterien zur Anpassung von Ratingstufen

8 VON WERDER, *Unternehmensführung und Argumentationsrationalität*, 1994, 58 = DERS., DB 1995, 2177, 2180.

9 Ausnahmen etwa AARNIO, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, 1979, S. 98 ff (Intuition als „innere Gewissheit“ i. S. e. philosophischen Intuitionismus); SCHWEIZER, BJ 2010, 239: „Urteilen zwischen Intuition und Reflexion“.

10 BVerfGE 30, 173, 188 f (Mephisto); juris weist 30 Entscheidungen aus, die diese Phrase wörtlich übernommen haben (zuletzt OVG Münster, GewArch 2012, 253, 255) – von 77, die überhaupt „Intuition“ erwähnen.

11 Vgl. auch die gesetzgeberische Gruppierung unten bei Fn. 22, sowie FASSBENDER, in: *Isensee/Kirchhof, Hdb StR IV*, 3. Aufl., 2006, § 76 Rdn. 1: „Irrationale Faktoren wie Intuition, Emotion, Willkür oder Zufall“; KEGEL, ZIP 1987, 751: „Es gibt eben überall [...] Instinkt, Intuition, Einfall, Erfahrung.“; auch KOFNER, WuM 2009, 97, 105: „Erfahrungen [...] und] ein gerüttelt Maß an Fingerspitzengefühl und Intuition“.

12 Diese Dichotomie deckt sich ungefähr mit der vielzitierten von SADLER-SMITH/SHEFY, *Acad Mgmt Exec* 2004, 76 zwischen *intuition-as-expertise* und *intuition-as-feeling*.

13 Die Grenzen sind durchlässig, vgl. nur die betriebswirtschaftliche Rezeption des verhaltenswissenschaftlichen Verständnisses bei HODGKINSON/SADLER-SMITH/BURKE/CLAXTON/SPARROW, *Long Range Planning*, 2009, 277.

„plausibel sein und der Intuition entsprechen“ müssen<sup>14</sup>. Mit dieser Formulierung hatte der Ordnungsgeber die englische Sprachfassung der zugrundeliegenden EU-Richtlinie übersetzt (“plausible and intuitive”), ohne allerdings zu reflektieren, ob damit anderes gemeint sei als mit der deutschen Fassung der selben Richtlinie („plausibel und einleuchtend“) – oder gar der französischen (»plausibles et empiriques«)<sup>15</sup>. Von einem gehaltvollen Rechtsbegriff der Intuition kann daher auch hinsichtlich § 140 Abs. 2 Satz 1 SolvV kaum gesprochen werden. Dementsprechend setzt die Kommentarliteratur ihn auch ohne Weiteres mit dem „ökonomischen Sachverstand und der bankpraktischen Erfahrung“ gleich<sup>16</sup>, und überträgt damit das betriebswirtschaftliche Verständnis von Intuition unmittelbar auf die Auslegung der Rechtsnorm. Denn im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum sind es vor allem Wirtschaftswissenschaftler<sup>17</sup>, die den Stellenwert der Intuition in der unternehmerischen Entscheidungsfindung erörtern. Die Diskussion bewegt sich, überspitzt formuliert, zwischen zwei Extrempositionen.

Auf der einen („pro“) steht der „intuitive Managementansatz“<sup>18</sup> von Praktikern, die etwa Bankvorständen attestieren, sie bräuchten „das, was wir Intuition nennen: die Fähigkeit, die internen Strukturen und besonderen „Gesetze“ einer Bank und des Marktes zu verstehen, Konfliktherde zu erkennen und die zu ihrer Überwindung notwendigen Schritte zu initiieren. Der CEO benötigt Intuition, um Störpotentiale innerhalb des Vorstands zu identifizieren und in positive Energie umzuwandeln.“<sup>19</sup>

Das andere Extrem („kontra“) besetzen Wissenschaftler wie *Graumann*, die mit der Zielvorstellung einer zumindest „intendierten“ ökonomischen Rationalität fordern, „dass komplexe Managemententscheidungen durch eine (Intuitionen zumindest flankierende) systematische Nutzung des zugänglichen Wissens über die zugrunde liegenden Probleme vorbereitet bzw. fundiert werden [...] also nicht ausschließlich auf Intuition beruhen, sondern diesem Rationalgrundsatz genügen.“<sup>20</sup>

14 § 140 Abs. 2 Satz 1 Solvabilitätsverordnung v. 14. 12. 2006 (BGBl. I S. 2926).

15 Begr. § 140 SolvV v. 18. 1. 2007, Beck Online KWG 3.01a verweist direkt auf Anh. VII Teil 4 Tz. 102 RL 2006/48/EG v. 14. 6. 2006 (ABl. L 177), 119.

16 DAUN, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 4. Aufl., 2012, § 140 SolvV Rdn. 4.

17 Auch der in der vorigen Fn. zitierte Bearbeiter ist ausweislich der Titelseite *Volkswirt*. Als Jurist dagegen eine Ausnahmeerscheinung ist MUTTER, AG 2007, R223 f.

18 Vorreiter BARNARD, *Functions of the Executive*, 1938, 302; AGOR, *Intuition in Organizations* 1989; dazu krit. VON WERDER, aaO (Fn. 8), m. w. N.

19 RECKHENRICH, in: Hopt/Wohlmannstetter, *Handbuch Corporate Governance von Banken*, 2011, S. 475.

20 VON WERDER, in: Ringleb u. a., *DCGK*, 4. Aufl., 2010, Rdn. 507 c; GRUNDEI/VON WERDER, AG 2005, 825, 834.

Beide Enden des Spektrums begreifen Intuition also als eine Art Fähigkeit, Verständnis oder Wissen, das sich aus Erfahrung speist, nicht leicht dingfest zu machen ist und vielen letztlich doch suspekt erscheint – irrational, höflich formuliert. Dementsprechend entnimmt *Graumann* nun § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ein „Primat der objektiven Rationalität gegenüber der Intuition“<sup>21</sup>. In dem von ihm auch herangezogenen UMAG-Regierungsentwurf finden sich dazu allerdings ambivalente Ausführungen:

„Das Vorstandsmitglied muss ferner vernünftigerweise angenommen haben, die Handlung erfolge auf der Grundlage angemessener Information. Dabei soll die unternehmerische Entscheidung nicht verrechtlicht oder (schein-)objektiviert werden. Eine unternehmerische Entscheidung beruht häufig auch auf Instinkt, Erfahrung, Phantasie und Gespür für künftige Entwicklungen und einem Gefühl für die Märkte und die Reaktion der Abnehmer und Konkurrenten. [...] insbesondere bei Entscheidungen, die unter hohem und nicht selbsterzeugtem Zeitdruck zu fällen sind, [ist] eine umfassende Entscheidungsvorbereitung schwierig oder gar unmöglich [...] Welche Intensität der Informationsbeschaffung im Sinne der Norm „angemessen“ ist, ist anhand des Zeitvorlaufs, des Gewichts und der Art der zu treffenden Entscheidung und unter Berücksichtigung anerkannter betriebswirtschaftlicher Verhaltensmaßstäbe von ihm ohne groben Pflichtenverstoß zu entscheiden.“<sup>22</sup>

Einerseits signalisiert also auch der UMAG-Gesetzgeber, dass er Instinkt, Erfahrung und Gespür gleichrangig gewürdigt sehen will. Andererseits ist von einem Primat objektiver Rationalität nicht viel zu erkennen, wenn der unternehmerische Instinkt den Verzicht auf eine „umfassende Entscheidungsvorbereitung“ (also eine „reflektierte Entscheidung“ in den Kategorien *Graumanns*) grundsätzlich rechtfertigen kann<sup>23</sup>. Auch *Graumann* erkennt andernorts einen – wenn auch restriktiver gefassten – Freiraum der Intuition in strikt analytischen Entscheidungen an: „Im Grunde genommen müssen sich Geschäftsleiter [...] bei der Vorauswahl von Handlungsmöglichkeiten] doch letztlich auf ihre Erfahrung und auf die berühmt-berüchtigte Intuition verlassen, auch wenn das aus gesellschaftsrechtlicher Sicht nicht gern gesehen wird.“<sup>24</sup>

Damit lässt sich zusammenfassen, dass die Intuition in der betriebswirtschaftlichen Lesart gewissermaßen implizites Wissen darstellt<sup>25</sup>, geronnene Erfahrung über die Gegebenheiten des Marktes und der Wirtschaft, ein „Gespür für

21 GRAUMANN, ZGR 2011, 293, 298.

22 Begr. Art. 1 Nr. 1 UMAG-RegE v. 14. 3. 2005, BT-Drs. 15/5092, S. 11 f.

23 Ähnlich GRUNDEI/VON WERDER, AG 2005, 825, 830 f: der Entwurf lasse „kaum Zweifel daran, dass gerade auch intuitiv gefasste Managemententscheidungen als besonders markante, geringfundierte Erscheinungsform des subjektiven Rationalitätsverständnisses als akzeptabel [...] angesehen werden (sollen).“.

24 GRAUMANN, CCZ 2010, 222, 226.

25 So ausdrücklich WEIDMANN, PersF 1999 H. 12, 42.

Chancen und Risiken“<sup>26</sup>. Dieses Wissen gilt mitunter, aber auch nur soweit, als legitime Entscheidungshilfe, wie es spontaner verfügbar ist und geringere Informationsbeschaffungskosten verursacht<sup>27</sup>. Dass es aber zu schlechteren Entscheidungen führt als analytische Reflexion, wird von der wissenschaftlich herrschenden Ansicht selbstverständlich vorausgesetzt – oder bestenfalls offen gelassen<sup>28</sup>.

## 2. Das verhaltenswissenschaftliche Verständnis: *Intuition als unbewusster Prozess*

Verhaltensforscher dagegen verstehen Intuition nicht nur als eine Form von Wissen, also als Gegenstand bzw. *Inhalt* kognitiver Verarbeitung, sondern in erster Linie als kognitives System, das selbst Inhalte *verarbeitet*<sup>29</sup>.

In seiner Nobelgedenkpreisrede fasste *Daniel Kahneman* den Erkenntnisstand so zusammen<sup>30</sup>: Evolutionshistorisch habe sich aus der menschlichen Wahrnehmung ein höheres kognitives System entwickelt, dessen Prozesse denen der Wahrnehmung darin ähneln, dass sie automatisiert, mühelos, blitzschnell und parallel ablaufen. Zugleich bearbeitet dieses System allerdings komplexere Inhalte als die Wahrnehmung – Konzepte statt Perzepte, Sprache statt Stimuli. Aus diesem ersten kognitiven System ging ein zweites hervor, das dieselben komplexen Inhalte verarbeiten konnte, nun aber mit weiter entwickelten Prozessen, die zwar langsam und seriell ablaufen, dafür aber kontrollierbar, regelbasiert und flexibel. Daher verfüge der Mensch heute über drei überlappende Systeme: Wahrnehmung, System I und System II. Die beiden „Systeme“ hatten im Lauf ihrer Erforschung unzählige verschiedene Namen<sup>31</sup>; *Kahneman* bezeichnet System I als Intuition (*intuition*) und System II als Urteilsvermögen (*reasoning*).

26 BURGHARD, DStR 1991, 324, 327; ähnlich der UMAG-RegE (oben bei Fn. 22) und RECKHENRICH, aaO (Fn. 19), S. 475 f.

27 GRUNDEI/VON WERDER, AG 2005, 825, 831: „in erster Linie vergleichsweise niedrigere Fundierungskosten [...] da sie im Grenzfall spontan und (damit) ohne größeren Aufwand an Zeit und Ressourcen generiert werden können“.

28 GRUNDEI/VON WERDER, AG 2005, 825, 831: „noch relativ unklar“; a. A. noch VON WERDER, aaO (Fn. 8), S. 110: „synthetisch-intuitive Vorgehensweisen [können] der analytischen Problemlösung überlegen sein“.

29 Gut lesbare Einführung: HOGARTH, *Educating Intuition*, 2001, der Intuition *auch* als „stock of knowledge“ (S. 8) begreift, aber primär ihr Verarbeitungspotential betont.

30 KAHNEMAN, *Am Econ Rev* 2003, 1449, 1450 f = *Am Psy* 2003, 697, 698 f; viel umfangreicher und aktueller z. B. der interdisziplinäre Sammelband von SINCLAIR, *Handbook of Intuition Research*, 2011.

31 Übersicht bei STANOVICH/WEST, *Behav Brain Sci* 2000, 645, die deshalb die neutralen Bezeichner „System I“ und „System II“ eingeführt hatten.

Zu berücksichtigen ist, dass System II nur einen ganz geringen Anteil der menschlichen Entscheidungen trifft<sup>32</sup>. Weil Urteilen bewusst abläuft, setzt es Aufmerksamkeit voraus, die nur innerhalb der geringen Kapazität des Arbeitsgedächtnisses entstehen kann; Intuition hingegen kann auf den mentalen Scheinwerfer der Aufmerksamkeit verzichten und stattdessen im viel umfangreicheren Langzeitgedächtnis unzählige Informationen parallel verarbeiten<sup>33</sup>. Daher findet der größte Teil individueller Entscheidungsfindung ebenso unbewusst und unkontrollierbar statt wie die übrigen biologischen Systeme im menschlichen Körper, vom Metabolismus bis zur Wahrnehmung<sup>34</sup>. Gelegentlich finden sich Andeutungen auf dieses Bild der Intuition auch im wirtschaftsrechtlichen Schrifttum, wenn etwa festgestellt wird: „Generell müssen Unternehmenslenker [...] täglich unter enormem Zeitdruck eine Vielzahl wichtiger Entscheidungen treffen. Auch dafür ist es unabdingbar, dass ein Leader sich, neben seinen analytischen Fähigkeiten, auf seine Intuition [...]“<sup>35</sup> verlassen kann.“<sup>36</sup> Dieses Zitat stellt analytische Fähigkeiten und Intuition in einer Weise nebeneinander, die an die Koexistenz von System I und System II erinnert und dadurch auf das Potential der Intuition zur Informationsverarbeitung hinweist, doch fehlt auch hier die saubere gedankliche Trennung zwischen der „Intuition“ als Verarbeitungssystem und der „Intuition“ als Inhalt von Verarbeitungsvorgängen (Wissen)<sup>37</sup>.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass Intuition in der Verhaltenswissenschaft vorrangig als ein unbewusst ablaufendes kognitives System verstanden wird. Dieses Verständnis ist durchaus werturteilsfrei, da die Verhaltenswissenschaft hauptsächlich deskriptive Erkenntnisinteressen verfolgt – im Gegensatz zur normativen Betriebswirtschaftslehre mit ihrem Maßstab ökonomischer Rationalität.

### 3. Fazit

Die traditionellere Lesart der Betriebswirtschaftslehre betrachtet Intuition als eine Form impliziten Wissens („geronnene Erfahrung“), also als einen Informationsvorrat, der bei Bedarf zur Verarbeitung bereitsteht. Die Verhaltenswissenschaft dagegen konzeptualisiert Intuition auch als kognitives System

32 HOGARTH, aaO (Fn. 29), 22 mit dem Eisberg-Gemeinplatz.

33 HOGARTH, aaO (Fn. 29), 16 f.

34 HOGARTH, aaO (Fn. 29), 14 ff.

35 Der hier weggelassene Einschub „die rechte Hälfte des Hirns“, wie Experten es nennen“, wird oft mit Intuition verbunden (vgl. KLIEM, Zs f Org 1980, 175; SIMON, Acad Mgmt Exec 1987, 57, 58; VON WERDER, DB 1995, 2177, 2180 m. w. N.), ist aber wissenschaftlich überholt und allenfalls als Metapher, nicht aber als Expertenansicht haltbar.

36 RECKHENRICH, aaO (Fn. 19), S. 475 f.

37 Vgl. Zitat von RECKHENRICH, aaO (Fn. 19), S. 475.

(„unbewusster Prozess“), also als einen Verarbeitungsmechanismus, der Informationen in Entscheidungen übersetzt.

### III. Rechtliche Würdigung: Intuition und unternehmerisches Ermessen

#### 1. Zwei mögliche Zwecke des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG

§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG befreit schadensursächliches Handeln eines Vorstandsmitglieds von der Haftung, wenn „das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ (sog. *business judgment rule*). Ob intuitive Entscheidungen dieses Haftungsprivileg verdienen, ist eine Frage der Auslegung seiner fünf Voraussetzungen. Im Rahmen der objektiv-teleologischen Interpretation ist letztlich entscheidend, welchen Zweck § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG verfolgt. Zwei mögliche Zweckbestimmungen sind zu betrachten:

a) § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG bezweckt ökonomische Optimierung. „Vernünftige“ Entscheidungen „auf der Grundlage angemessener Information“ werden also bevorzugt, weil sie zu ökonomisch besseren Ergebnissen führen. Das nimmt *Graumann* wohl an, wenn er aus dem „Primat der objektiven Rationalität gegenüber der Intuition“ folgert, dass Entscheidungsprozesse „dem Optimierungsgedanken“ verpflichtet seien<sup>38</sup>.

b) § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG bezweckt Nachvollziehbarkeit. „Vernünftige“ Entscheidungen „auf der Grundlage angemessener Information“ werden also bevorzugt, weil sie einer Begründung zugänglich und Dritten damit sprachlich vermittelbar sind. So argumentierte auch ein früherer Text *Graumanns*: der Geschäftsleiter habe „seine Entscheidung auf nachvollziehbare Art und Weise zu treffen“<sup>39</sup>.

Interessanterweise scheint *Graumann* seine Akzentuierung von der zweiten in die erste Lesart geändert zu haben: In seinem aktuellen Text taucht der vormalig zentrale Begriff der „Nachvollziehbarkeit“ gar nicht mehr auf – ebenso wenig wie der Begriff „Optimierung“ in jenem früheren Text erwähnt wurde<sup>40</sup>. Diese Kursänderung ist nunmehr zu hinterfragen.

38 GRAUMANN, ZGR 2011, 293, 298.

39 GRAUMANN, CCZ 2010, 222; noch deutlicher 226: „für Dritte nachvollziehbar“.

40 Beide Texte verbindet immerhin das Wort „Reflexion“, das im früheren Text als Synonym für Nachvollziehbarkeit diente, während es im neuen Text „gut durchdacht“ bedeuten soll. Man mag daher spekulieren, ob GRAUMANN im neuen Text „nachvollziehbar“ meint, wo er „gut durchdacht“ schreibt.

## 2. Zum Zweck der rationalen Optimierung

Intuitive Entscheidungen sind bekanntlich fehleranfällig. Sie sind unüberlegt, entbehren jeder Rationalität und können allenfalls erste Orientierung liefern. Mit Ausnahme der „Parapsychologie“ fehlen Erklärungsansätze, um „die Erfolgsvermutung zugunsten intuitiver Entschlüsse argumentativ zu erhärten.“<sup>41</sup> Deshalb empfiehlt schon der Volksmund: „Erst wägen, dann wagen!“<sup>42</sup> – man möge sich doch „etwas vor Augen führen“ (also bewusst betrachten) bevor man darüber entscheidet.

Dieses in der Betriebswirtschaftslehre verbreitete Verständnis der Intuition wird auf den ersten Blick auch von der Verhaltensforschung gestützt, die nachgewiesen hat, dass spontane Entscheidungen auf zahlreichen mentalen Abkürzungen und Urteilsverzerrungen (*heuristics and biases*) beruhen<sup>43</sup>. Etwa auf dem Rückschaufehler (*hindsight bias*), nach dem Ereignisse für vorher-sagbarer gehalten werden, wenn sie bereits einmal beobachtet wurden<sup>44</sup>. Menschen neigen also dazu, in nachträglicher Kenntnis eines tatsächlichen Kausalverlaufs dessen Folge für viel wahrscheinlicher zu halten als wenn sie *ex ante* nur die Ursache sehen – obwohl die Wahrscheinlichkeit nicht davon abhängen kann, ob in einem bestimmten Fall die Folge eingetreten ist oder nicht. Diese kognitive Verzerrung wurde in zahlreichen Studien belegt und hat sich als so robust erwiesen, dass es zwar möglich ist, sie zu provozieren, aber sehr schwer, sie zu reduzieren<sup>45</sup>. Deshalb gilt der Rückschaufehler, dem auch Richter unterliegen können, wenn sie Fragen der Vorstandshaftung nach Eintritt eines Schadens beurteilen müssen<sup>46</sup>, als eine der wesentlichen rechtspolitischen Rechtfertigungen für die Existenz der *business judgement rule*<sup>47</sup>. Was also liegt

41 So noch VON WERDER, aaO (Fn. 8), S. 118.

42 Dieser Wahlspruch Graf Moltkes d.Ä. (MÖSCHNER, Berl Mschr 4/1996, 46, 47) findet sich in FONTANES Gedicht „Waldemar Atterdag“ (1895) gleichauf mit „Eile mit Weile“. Krit. DIJKSTERHUIS, Das kluge Unbewusste, 2010, S. 210 f (näher gleich im Haupttext); GIGERENZER, Bauchentscheidungen, 2007, S. 11.

43 Vgl. KLÖHN, Jura 2007, 104; lesbarer aktueller Überblick: KAHNEMAN, Schnelles Denken, Langsames Denken, 2012; zu gesellschaftsrechtlichen Implikationen FLEISCHER, FS Immenga, 2004, S. 575; FLEISCHER/SCHMOLKE/ZIMMER, ZHR 2011, Sonderband 75, 9, 17.

44 Erstmals demonstriert durch FISCHOFF/BEYTH, Org Behav Hum Perform 1975, 1.

45 So die Metastudie von GUILBAULT/BRYANT/BROCKWAY/POSAVAC, Basic Appl Soc Psy 2004, 103; frühere Metastudie bei CHRISTENSEN-SZALANSKI/WILLHAM, Org Behav Hum Dec Proc 1991, 147.

46 Das gilt freilich nicht nur für die Vorstandshaftung, sondern für jede nachträgliche Würdigung von Prognosen (vgl. SPINDLER, AG 2006, 677, 678; SCHWEIZER, BJ 2010, 239; ROBERTO/GRECHENIG, ZSR 2011, 5); insoweit greift die herrschende Argumentation oft zu kurz.

47 ARKES/SCHIPANI, Or L Rev 1994, 587, 630; RACHLINSKI, U Chi L Rev 1998, 571, 574 und 619 ff; JOLLS/SUNSTEIN, J Legal Stud 2006, 199, 200; FLEISCHER, FS Immenga, S. 575, 580; SPINDLER Münchener Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2008, § 76 Rdn. 29, § 87 Rdn. 20,

näher als § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG dahin zu interpretieren, dass er dem schädlichen Walten der Intuition im Geiste wirtschaftlicher Optimierung Inhalt gebieten soll?

Bei näherem Hinsehen ist diese Lesart allerdings sehr problematisch. Abgesehen davon, dass mitunter schon unklar ist, was eigentlich die „nicht gering zu schätzenden Gefahren einseitig-voreingenommener, verzerrter und oberflächlicher“ Entscheidungsvorbereitung sein sollen (Fördert Intuition „eher traditionelle statt besonders innovativer Lösungen“ oder neigt sie zu „eher aktuell-modischen Trends“?)<sup>48</sup>, sind vor allem zwei Einwände einschlägig.

Zum einen hat die frühe Forschung über Urteilsverzerrungen in den letzten Jahren einen gewichtigen Gegenpol erhalten<sup>49</sup>: Die Forschung über schnelle und sparsame (*fast and frugal*) Heuristiken belegt, dass das, was in einer Umwelt als nachteilige Urteilsverzerrung erscheint, in anderen Umwelten eine vorteilhafte kognitive Erleichterung darstellen kann<sup>50</sup>. Beispielsweise tendieren Menschen dazu, solche Ereignisse für wichtiger zu halten, zu denen ihnen schneller Beispiele einfallen. Dieser „Verfügbarkeitsfehler“ (*availability bias*) kann zu krassen Fehleinschätzungen objektiver Wahrscheinlichkeiten führen – und sogar maßgeblich zur Entstehung des eben erläuterten Rückschaufehlers beitragen<sup>51</sup>. Andererseits ist der selbe Mechanismus unter der alternativen Bezeichnung als „Wiedererkennungsheuristik“ (*recognition heuristic*) dafür verantwortlich, dass Entscheidungen unter Unsicherheit nicht nur erstaunlich oft, sondern mitunter sogar *öfter* richtig sind als Entscheidungen auf umfangreicher Informationsbasis. Wenn beispielsweise US-Amerikaner die Größe deutscher Städte und Deutsche die Größe US-amerikanischer Städte schätzen sollen, schneidet jede Gruppe in der ihr fremden Umgebung besser ab, weil sie sich auf die Aussagekraft des Wiedererkennungseffekts verlassen kann<sup>52</sup>. Das spricht aus Sicht mancher Verhaltensforscher dafür, dass die „objektive Rationalität“ im Sinne *Graumanns*, die menschliches Verhalten am Maßstab der Logik misst, einer ökologischen Rationalität unterlegen sein könnte, die menschliches Verhalten in Beziehung zu seiner Umwelt betrachtet<sup>53</sup>. Dieses Verständnis bedeutet zunächst nicht weniger kognitiven Aufwand

§ 91 Rdn. 19, § 93 Rdn. 35, 40; BRÖMMELMEYER, WM 2005, 2065, 2068; S. SCHNEIDER, DB 2005, 707, 708 f; KOCHER, CCZ 2009, 215, 216.

48 GRUNDEL/VON WERDER, AG 2005, 825, 829 behaupten auf S. 831 offenbar beides.

49 Aus juristischer Sicht GIGERENZER/ENGEL, *Heuristics and the Law*, 2006; KELMAN, *The Heuristics Debate*, 2011.

50 GIGERENZER/TODD/ABC, *Simple Heuristics That Make Us Smart*, 1999.

51 AGANS/SHAFFER, *Basic Appl Soc Psy* 1994, 439; SANNA/SCHWARZ, *J Exp Soc Psy* 2003, 287, 293.

52 So die Studie von GOLDSTEIN/GIGERENZER, *Psy Rev* 2002, 75, 84.

53 HERTWIG/HOFFRAGE, *Psy Rdschau* 2001, 11; BETSCH/FUNKE/PLESSNER, *Denken* 2011, 51 ff; TODD/GIGERENZER/ABC, *Ecological Rationality*, 2012; vgl. auch SMITH, *Am Econ Rev* 2003, 465, 469 ff.

(sondern verlagert ihn nur auf die Metaebene zur Auswahl einer umweltgerechten Heuristik)<sup>54</sup>, könnte aber erklären, warum sich augenscheinlich nachteilige Urteilsverzerrungen überhaupt gegen die evolutionären Selektionsprozesse behaupten konnten<sup>55</sup>: Mit Umwelten, in denen viele Entscheidungen getroffen werden, entwickelt sich zwangsläufig eine Vertrautheit, die zur umweltgerechten kognitiven Anpassung führen kann. Der pauschale Verweis auf Urteilsfehler rechtfertigt also nicht ohne Weiteres institutionelle Vorkehrungen gegen intuitives Entscheiden.

Zum anderen ist Intuition nicht zwangsläufig spontan<sup>56</sup>. Die weit verbreitete Assoziation von Intuition und Spontaneität mag darauf beruhen, dass ein kognitives System, das zu sehr schnellen Rückmeldungen in der Lage ist, auf diese auffallende Fähigkeit beschränkt wird<sup>57</sup>, so dass längerfristige Verarbeitungserfolge von vornherein anderen Prozessen zugeschrieben werden. Solche Zuschreibungen riskieren allerdings, Intuition negativ zu bestimmen, nämlich als Fehlen kognitiver Reflektion<sup>58</sup>, und dadurch ihre entscheidende Qualität zu übersehen: die enorme Verarbeitungskapazität, die nicht nur *ad hoc*, sondern gerade auch längerfristig zum Tragen kommen könnte<sup>59</sup>. Statt in den einfachen und oft übereilt beantworteten Entscheidungsaufgaben, die die frühe und intuitionskritische Entscheidungsforschung verwendete, liegt das Potential der Intuition vielleicht gerade in unübersichtlichen oder komplexen Entscheidungen, wie sie im Vorstand einer Aktiengesellschaft zu treffen sind<sup>60</sup>.

Der Psychologe *Ap Dijksterhuis* hat versucht, diese Vermutung zu überprüfen<sup>61</sup>. Seine Experimente folgten einem simplen Grundaufbau: Er teilte Versuchsteilnehmer zufällig in drei Gruppen. Alle erhielten zunächst Informationen, die für eine bestimmte Entscheidung relevant waren. Danach musste Gruppe 1 die Entscheidung sofort treffen, Gruppe 2 vorher eine bestimmte Zeit mit den Informationen arbeiten, und Gruppe 3 die selbe Zeit mit einer

54 ENGEL, in: Engel/Singer, *Better Than Conscious?*, 2008, 391, 402 f.

55 Nicht umsonst erschien GIGERENZER/TODD/ABC, aaO (Fn. 50), in der Schriftenreihe "Evolution and Cognition", und verweist HOGARTH, aaO (Fn. 29), 33 auf das "evolutionary argument [...] that the subconscious has survived precisely because it has served us well."; weiterführend etwa die Beiträge von KURZBAN, GLÖCKNER und STEVENS, in: Engel/Singer, *Better Than Conscious?*, 2008.

56 HOGARTH, aaO (Fn. 29), 10: "most intuitions are experienced as occurring quickly", aber Intuition sei auch „slow realization of a state, an impression being built up over time by a succession of minor intuitions“.

57 Vgl. GRUNDEI/VON WERDER, AG 2005, 825, 831 („im Grenzfall spontan“ bzw. „intuitive Eingebung“) und BRÖMMELMEYER, WM 2005, 2065, 2067, der „intuitiv“ mit „aus dem Handgelenk“ gleichzusetzen scheint.

58 So wohl FREDERICK, *J Econ Persp* 2005, 25 mit dem vielzitierten *cognitive reflection test*.

59 Vgl. HOGARTH, aaO (Fn. 29), 10: "intuition might be a result of time spent in deliberation."

60 MUTTER, AG 2007, R 223 f.

61 Knappe Rezeption schon bei MUTTER, AG 2007, R 223 f; HOLTFORT, VW 2011, 507.

ganz anderen Aufgabe verbringen, die ihre volle Aufmerksamkeit in Anspruch nahm. Das überraschende Ergebnis dieser Versuche: In vielen Fällen entschieden die Teilnehmer in Gruppe 3 besser als diejenigen in Gruppe 2! Solange die Entscheidungsaufgabe lautete, das beste von vier Autos anhand je vier gegebener Informationen auszuwählen, fanden die Teilnehmer der Gruppe 2 zwar erwartungsgemäß häufiger das beste Auto als die Teilnehmer der Gruppe 3 – wurden hingegen zwölf Informationen über jedes der Autos gegeben, drehte sich das Ergebnis vollständig um<sup>62</sup>. *Dijksterhuis* nennt das den Effekt der achtlosen Abwägung (*deliberation-without-attention*) und entwickelt aus diesem und anderen Befunden seine Theorie des unbewussten Denkens (*unconscious-thought theory, UTT*)<sup>63</sup>. Das zentrale Postulat dieser Theorie – dass bewusst reflektierendes Denken mit steigender Komplexität der Aufgaben unzuverlässiger werde, während das Unbewusste dank seiner enormen Kapazität Entscheidungen im betriebswirtschaftlichen Sinne optimieren könne – gipfelt in dem programmatischen Schlusssatz: „Schließlich ist das Unbewusste oft viel „rationaler“ als das Bewusste.“<sup>64</sup>

Die Theorie des unbewussten Denkens geht ausdrücklich davon aus, dass auch unbewusstes Denken ein zielgerichteter Prozess der Informationsverarbeitung ist<sup>65</sup>, der maßgeblich von der Qualität der vorhandenen Informationen und damit von der Sorgfalt der Informationsaufnahme abhängt: „Komplexe Entscheidungen geraten am besten, wenn die [dazu erforderlichen] Informationen gründlich und bewusst aufgenommen werden, und [nur] der spätere Denkprozess dem Unbewussten überantwortet wird.“<sup>66</sup> Folglich ergibt sich kein Widerspruch zu jenen Spielarten der Intuitionskritik, die nur die Nachteile einer verzerrten Informationsaufnahme herausstreichen bzw. das Erfordernis einer *informierten* Entscheidung betonen. *Graumann* dagegen will mit seinem Entscheidungsbegriff nicht nur einen strukturierten Prozess der Informationsaufnahme vorgeben, sondern die Intuition auch aus der Informationsverarbeitung ganz heraushalten.

Unter Psychologen wird die Theorie des unbewussten Denkens aktuell lebhaft diskutiert. Heft 6/2011 der zweimonatlichen Zeitschrift *Social Cognition* etwa widmete sich ausschließlich dieser Theorie; einer der darin veröffentlichten Artikel zitiert und analysiert 97 UTT-Experimente<sup>67</sup>. Dabei ist die

62 DIJKSTERHUIS/BOS/NORDGREN/VAN BAAREN, *Science* 2006, 1005.

63 Beide Übersetzungen stammen von mir, mangels etablierter deutscher Begriffe; „achtlos“ (without attention) ist praktisch synonym für „unbewusst“, vgl. HOGARTH, aaO (Fn. 29), 16 f.

64 DIJKSTERHUIS/NORDGREN, *Persp Psy Sci* 2006, 95, 108 (Übers. d. VERF.).

65 DIJKSTERHUIS/AARTS, *Annu Rev Psy* 2010, 467; DIJKSTERHUIS/NORDGREN, *Persp Psy Sci* 2006, 95, 99, 107; selbst Wahrnehmung erfolgt zielgerichtet: HOGARTH, aaO (Fn. 29), 8.

66 DIJKSTERHUIS/NORDGREN, *Persp Psy Sci* 2006, 95, 107 (Übers. d. VERF.).

67 STRICK/DIJKSTERHUIS/BOS/SJOERDSMA/VAN BAAREN/NORDGREN, *Soc Cog* 2011, 738.

Theorie keineswegs unumstritten: Ihre Quellenarbeit<sup>68</sup> und Methodik<sup>69</sup> wird angezweifelt, einige ihrer Befunde lassen sich nicht replizieren<sup>70</sup> und andere erlauben womöglich alternative Erklärungen<sup>71</sup>. Trotz aller Kritik sind allerdings mindestens zwei Grundannahmen der Theorie robust belegt und weitgehend anerkannt: Erstens dass die Intuition dank ihrer parallelen Verarbeitungsprozesse Informationsmengen bewältigen kann, die um mehrere Zehnerpotenzen größer sind als diejenigen, mit denen das bewusste Denken umgehen kann<sup>72</sup>; zweitens dass Entscheidungen mitunter schlechter ausfallen, wenn Entscheidungsträger sich um analytische Reflexion ihrer Entscheidung bemühen<sup>73</sup>. In die letztere Richtung geht auch die Kritik, die Theorie des unbewussten Denkens demonstriere weniger die Überlegenheit der Intuition als vielmehr die Unterlegenheit der Reflexion<sup>74</sup>. Beides kommt für den hiesigen Zweck aber auf das Gleiche heraus:

„Diese Forschungsergebnisse mahnen [...] zur Zurückhaltung vor einem vorschnellen Verurteilen des Entscheidens „aus dem Bauch“.“<sup>75</sup>

Zumindest in komplexen und unstrukturierten Umwelten ist die Eignung der Intuition zur Entscheidungsoptimierung jedenfalls nicht zweifelhafter als diejenige der analytischen Reflexion<sup>76</sup>. Wenn § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG also an „rationaler Optimierung“ im betriebswirtschaftlichen Sinn gelegen wäre, dürfte er den Einsatz von Intuition (wenn nicht sogar fördern dann zumin-

68 GONZÁLEZ-VALLEJO/LASSITER/BELLEZZA/LINDBERG, *Rev Gen Psy* 2008, 282.

69 WAROQUIER/MARCHIORI/KLEIN/CLEEREMANS, *Judg Dec Mak* 2009, 601.

70 Etwa ergab eine Metastudie über 17 UTT-Experimente “that there is little evidence for an advantage to normative decision making using unconscious thought” (ACKER, *Judg Dec Mak* 2008, 292) und selbst Fürsprecher bekennen “that although the [unconscious thought effect] is a real effect, it does not always occur” (STRICK u.a., Fn. 67).

71 WAROQUIER/MARCHIORI/KLEIN/CLEEREMANS, *Soc Psy Pers Sci* 2010, 111 (erste Eindrücke während der Informationsaufnahme); ACZEL/LUKACS/KOMLOS/AITKEN, *Judg Dec Mak* 2011, 351 (bewusstes Erinnerungsvermögen).

72 Statt aller GLÖCKNER/BETSCH, *J Exp Psy: Learn Mem Cog*, 2008, 1055, 1072: “experienced decision makers are capable of considering a huge amount of information, even under severe time constraints.”

73 So schon der Titel der Pionierarbeit von WILSON/SCHOOLER, *J Pers Soc Psy* 1991, 181: “Thinking Too Much: Introspection Can Reduce the Quality of Preferences and Decisions) (Qualitätsurteile von Verbrauchern wichen stärker von Expertenbewertungen ab, wenn erstere ihre Entscheidungen rational begründen sollten.); ähnlich für Sportwetten HALBERSTADT/LEVINE, *J Appl Soc Psy* 1999, 517 und jüngst für Kunst DIJKSTRA/VAN DER PLIGHT/VAN KLEEF/KERSTHOLT, *J Exp Soc Psy* 2012, 1156.

74 So PAYNE/SAMPER/BETTMAN/LUCE, *Psy Sci* 2008, 1118; REY/GOLDSTEIN/PERRUCHET, *Psy Res* 2009, 372.

75 MUTTER, *AG* 2007, R223, R 224.

76 HOGARTH, aaO (Fn. 29), 11 f: “Indeed, when situations become complicated, people tend to place less trust in analytic methods [...] which] imply simplification and thus cannot capture the richness of the problem context”.

dest) nicht behindern<sup>77</sup>. Mit der von *Graumann* vorgelegten Argumentation lässt sich also intuitiven Entscheidungen das Haftungsprivileg der *business judgment rule* nicht ohne Weiteres vorenthalten.

### 3. Zum Zweck der Nachvollziehbarkeit

Die alternative Lesart von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ist eine, die *Graumann* zuvor selbst vertrat: § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG privilegieren nur Geschäftsleiterentscheidungen, die „für Dritte nachvollziehbar“ sind<sup>78</sup>. Rechtsökonomisch lässt sich das damit rechtfertigen, dass die für solche Nachvollziehbarkeit erforderliche Begründungspflicht des Vorstands seine Missbrauchsversuchung (*moral hazard*) und damit seinen Interessenkonflikt gegenüber den Aktionären (*principal agent conflict*) vermindert<sup>79</sup>.

Rechtsdogmatisch ist zu fragen, woraus sich dieses Nachvollziehbarkeitsanfordernis ableiten lässt. Zunächst könnte es aus dem Begriff der „Entscheidung“ in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG folgen: Sind die Entscheidungsgrundlagen nicht nachvollziehbar dokumentiert, könnte es am Nachweis einer bewussten unternehmerischen Entscheidung fehlen<sup>80</sup>. Gegen diese Deutung spricht indes, dass das Gesetz eine *bewusste* Entscheidung nicht ausdrücklich voraussetzt. Der Gesetzgeber ging zwar davon aus, dass „Handeln oder Unterlassen ohne eine bewusste unternehmerische Entscheidung [...] nicht unter die Bestimmung“ des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG falle<sup>81</sup>, und findet damit die einhellige Zustimmung des Schrifttums<sup>82</sup>. In einer verhaltenswissenschaftlich informierten Perspektive, die Intuition als kognitives System begreift, erscheinen indes auch intuitive Entscheidungen als „Entscheidungen“ im Sinne des Gesetzes. Das ist freilich für die Auslegung solange unmaßgeblich, wie man den ungeschriebenen Willen des Gesetzgebers durch eine historische oder subjektiv-teleologische Auslegung respektiert und diesen Willen auch nicht für überholt hält – was bei einer recht jungen Regelung wie § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kaum

77 ENGEL, aaO (Fn. 54), 396 begründet die *business judgment rule* ausdrücklich damit, dass „if the nonconscious mental apparatus is indeed so much more powerful than the conscious apparatus, institutions should see to it that [...] decision makers are free to use the better mental machinery.“

78 GRAUMANN, CCZ 2010, 226; ebenso GRUNDEI/VON WERDER, AG 2005, 825, 831; VON WERDER, aaO (Fn. 20), Rdn. 507 c: „gegenüber legitimierten Dritten auch nachvollziehbar kommentieren lassen“.

79 Ich danke Prof. Dr. CHRISTOPH ENGEL für diesen Hinweis.

80 BÜRKLE/FECKER, NZA 2007, 589, 595.

81 Begr. Art. 1 Nr. 1 UMAG-RegE v. 14. 3. 2005, BT-Drs. 15/5092, S. 11.

82 Vgl. nur SPINDLER, aaO (Fn. 47), § 93 AktG Rdn. 43; HÜFFER, AktG, 10. Aufl., 2012, § 93 Rdn. 4 f; DAUNER-LIEB, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2011, § 93 AktG Rdn. 20; offen FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, 2. Aufl., 2010, § 93 Rdn. 67 ff.

der Fall sein dürfte, im weiteren Fortgang von Rechtsetzung und Lehre allerdings durchaus passieren kann<sup>83</sup>.

Weitsichtiger und zudem treffender dürfte es daher sein, das Nachvollziehbarkeitserfordernis dem Wort „vernünftigerweise“ zu entnehmen<sup>84</sup>, denn „Vernunft“ setzt bewusste Reflexion und damit intersubjektive Vermittelbarkeit voraus<sup>85</sup>. In den Worten eines französischen Denkers, »*La raison rougit des penchans dont elle ne peut rendre compte.*«<sup>86</sup>: Die Vernunft errötet über Neigungen, über die sie nicht Rechenschaft ablegen kann. Etwas prosaischer mag man Vernunft als *modus operandi* des kontrollierbaren und regelbasierten Systems II verstehen, also in verhaltenswissenschaftlich informierter Perspektive als Gegenstück zur Intuition – wenn auch nicht als striktes „Gegenteil“, da sich beide Systeme überlappen und einander nicht völlig ausschließen.

Dass „vernünftiges“ unternehmerisches Ermessen in den Grenzen der Nachvollziehbarkeit ausgeübt werden muss, bestätigt ein systematischer und rechtsvergleichender Blick. So wird der im AktG selbst in § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und § 254 Abs. 1 Hs. 2 auftretende Topos der „vernünftigen kaufmännischen Beurteilung“ genau wie § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG als Grundlage für Ermessensentscheidungen verstanden<sup>87</sup>, die aber „zumindest plausibel begründet werden sollten.“<sup>88</sup> Wie auch in zahlreichen Vorschriften des Handelsrechts<sup>89</sup> komme es „auf eine objektiv-sachkundige, richterlicher Prüfung zugängliche Beurteilung an“<sup>90</sup>. Ähnlich gilt im GmbH-Recht – wo die *business judgement rule* nicht ausdrücklich kodifiziert, ihre Geltung aber allgemein anerkannt ist – die „objektive Nachvollziehbarkeit“ als zentrale Voraussetzung der Haftungsprivilegierung<sup>91</sup>. Schließlich ist rechtsvergleichend fest-

83 Etwa hält FLEISCHER, Hdb VorstandsR 2006, § 1 Rdn. 20 = DERS., aaO (Fn. 82), § 76 AktG Rdn. 23, eine 1965 gestrichene Bestimmung, die der damalige Gesetzgeber ausdrücklich fortgelten lassen wollte, für „im Zeitablauf verblasst“.

84 So setzt etwa HÜFFER, aaO (Fn. 82), § 93 AktG Rdn. 4 g „nachvollziehbar“ und „vernünftig“ gleich, und SPINDLER, aaO (Fn. 47), § 93 AktG Rdn. 36 übersetzt „rational belief“ mit „nachvollziehbar“.

85 HOGARTH, aaO (Fn. 29), 7: „Logic and analysis can be made transparent. Intuition cannot.“; anders akzentuiert BRÖMMELMEYER, WM 2005, 2065, 2067: Dokumentationspflicht erhöhe die „Rationalität der Entscheidungen“.

86 LUC DE CLAPIERS, MARQUIS DE VAUVENARGUES, *Réflexions et Maximes* 41, in: Gilbert, *Œuvres de Vauvenargues*, 1857, 373, 377.

87 Historisch ist § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG freilich jünger als die „vernünftige kaufmännische Beurteilung“, dazu nur ULMER, ZHR 163 (1999), 290, 298.

88 DRINHAUSEN, in: Hölter, AktG 2011, § 131 Rdn. 30; HÜFFER, aaO (Fn. 82), § 131 AktG Rdn. 25: „Notwendig, aber auch genügend ist ‚einige Plausibilität‘“.

89 §§ 253 Abs. 1 Satz 2, 286 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 313 Abs. 3 Satz 1, 340 f Abs. 1 Satz 1, 340 g Abs. 1, 341 e Abs. 1 Satz 1 HGB; auf Vernunft rekurren auch die §§ 423, 740 Abs. 1, 2, 745 Abs. 1, 748 Abs. 2 HGB.

90 HÜFFER, *Münchener Komm. z. AktG*, 3. Aufl., 2011, § 254 Rdn. 14.

91 ZÖLLNER/NOACK, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 19. Aufl., 2010, § 43 Rdn. 22 a.

zustellen, dass auch die im Schweizer Recht entwickelte *business judgement rule* die Nachvollziehbarkeit einer Entscheidung ausdrücklich zu ihren Voraussetzungen zählt<sup>92</sup>.

Nach alledem spricht also die Auslegung nach Wortlaut und Systematik von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG dafür, im Wort „vernünftigerweise“ ein Erfordernis der intersubjektiven Nachvollziehbarkeit zu verorten, das teleologisch einerseits „essentielle Voraussetzung für die „Überwachungsfähigkeit“ des Aufsichtsrats“ ist, andererseits die Gefahr vermindert, „dass der Vorstand sich [...] auf seine Intuition beruft, um vorgefasste Intentionen zu „begründen“.“<sup>93</sup> Damit verbleibt freilich die umgekehrte Möglichkeit, dass der Vorstand intuitiv gefasste Entscheidungen nachträglich rationalisiert<sup>94</sup>. Wo ihm das überzeugend gelingt, wird das hier aufgeworfene Problem zur reinen Theorie, weil praktisch ohnehin nicht unterscheidbar ist, ob die Begründung des Vorstands den tatsächlichen Entscheidungsprozess beschreibt oder bloß narrative Überzeugungsarbeit betreibt. Im Regelfall dürfte es dem Vorstand dagegen kaum gelingen, wirklich intuitive Entscheidungen im Nachhinein nachvollziehbar zu rationalisieren, denn Kennzeichen der Intuition ist ja gerade, dass der Entscheider seinen Entdeckungsprozess selbst nicht erklären kann<sup>95</sup>.

Mithin kann der Vorstand seine (wirklich oder vorgeblich) intuitiv gefassten Entscheidungen also nicht auf die *business judgement rule* stützen – auch wenn intuitive Entscheidungen manchmal (vielleicht sogar oft) besser ausfallen als analytisch reflektierte.

#### IV. Zusammenfassung und Fazit

Anders als *Graumann* in seinem Beitrag annimmt, ist Intuition nicht nur implizites Wissen, dem als Entscheidungsgrundlage deshalb die Haftungsprivilegierung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zu versagen ist, weil es ökonomisch suboptimale Ergebnisse zeitigt. Vielmehr versteht die Verhaltenswissenschaft

92 STAUB, CCZ 2009, 121, 122 f, m. w. N. in Fn. 17; jüngst BERTSCHINGER, in: Luterbacher, Verantwortlichkeits-, Zivilprozess- und Versicherungsrecht 2012, 3, 8 m. w. N. in Fn. 16; vgl. auch ebd. S. 9: „Es lässt sich kaum bezweifeln, dass gekonntes Unternehmertum viel mit Intuition zu tun hat. Unter rechtlichem Gesichtspunkt drängt sich allerdings eine gewisse Formalisierung der Entscheidungsfindung in der Aktiengesellschaft auf.“

93 GRUNDEI/VON WERDER, AG 2005, 825, 831 f m. w. N.; vgl. auch VON WERDER, aaO (Fn. 8), S. 111.

94 Zur entsprechenden Funktion der richterlichen Begründungspflicht ENGEL, in: Engel/Strack, The Impact of Court Procedure on Judicial Decision Making 2007, 71 ff.

95 Vgl. auch AARNIO, aaO (Fn. 9), S. 98, 100: „Auf Intuition beruhende Argumentation“ ende, wo Beweise angeführt werden, die „ein Individuum dem anderen restlos vermitteln kann“ und die von einem aufgeklärten Gegenüber „verstanden und rekonstruiert werden können“.

Intuition auch als kognitives System, das durch die automatisierte parallele Verarbeitung enormer Informationsmengen womöglich zu viel besserer Optimierung komplexer Probleme imstande ist als jede bewusste Reflexion. Die Forschung ist im Fluss, lässt aber den Schluss zu, dass in komplexen Entscheidungssituationen die Überlegenheit bewusster Reflexion gegenüber der Intuition mindestens ebenso fragwürdig ist wie umgekehrt.

Obwohl *Graumann* in seiner Schlussfolgerung zuzustimmen ist, dass § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG analytisch reflektierende Informationsverarbeitung voraussetzt, bedarf seine Begründung einer anderen Akzentuierung: § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG bezweckt nicht die ökonomische Optimierung von Entscheidungen, sondern begünstigt gerade auch ökonomisch suboptimale Entscheidungen. Mit diesem Verzicht erkaufte die Vorschrift andere Vorteile der bewussten Reflexion<sup>96</sup> – allen voran die intersubjektive Vermittelbarkeit. Die Rechtsordnung privilegiert unternehmerische Ermessensentscheidungen nur soweit wie sie nachvollziehbar gemacht werden können; wo ökonomisch bessere Ergebnisse auf Kosten der Nachvollziehbarkeit erzielt werden, sind im Falle des Scheiterns auch die Haftungskonsequenzen zu tragen.

96 Zur Abwägung zwischen Entscheidungsqualität und konkurrierenden Regelungszielen in der Ausgestaltung von Rechtsinstitutionen ENGEL, aaO (Fn. 54), 396 f.