

Kai-Klemens Wehlage

**Die Anforderungen an den Sorgfaltsmaßstab
von Vorstandsmitgliedern und
Aufsichtsratsmitgliedern bei der Einholung
externer Beratung**



Neue Juristische Beiträge

herausgegeben von

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Ludwig-Maximilians-Universität München)

Prof. Dr. Georg Steinberg (Universität Potsdam)

Prof. Dr. Fabian Wittreck (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Band 134



Zugl.: Diss., Marburg, Univ., 2020

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.

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Sämtliche,
auch auszugsweise Verwertungen bleiben
vorbehalten.

Copyright © utzverlag GmbH · 2021

ISBN 978-3-8316-4899-3 (gebundenes Buch)

ISBN 978-3-8316-7623-1 (E-Book)

Printed in EU

utzverlag GmbH, München

089-277791-00 · www.utzverlag.de

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Die Sorgfaltspflichten des Vorstands bei der Hinzuziehung eines organexternen Beraters	3
I. Der gesetzlich zugewiesene Aufgabenbereich des Vorstands in Abgrenzung zu den Aufgabenbereichen der anderen Organe der Aktiengesellschaft	3
1. Der Begriff der „Leitung“ gemäß § 76 Abs. 1	5
a. Die Konkretisierung des Begriffs der „Leitung“ entsprechend der betriebswissenschaftlichen Typologie	6
b. Die berichtspflichtigen Geschäfte i.S.d. § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 4	7
c. Die Leitungsaufgaben auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Zuweisung	7
2. Die Geschäftsführung	8
3. Das Verhältnis von Unternehmensleitung und Geschäftsführung	9
a. Leitungsaufgaben als besondere Geschäftsführungsmaßnahmen	9
b. Ein synonymes Verständnis der Begriffe „Leitung“ und „Geschäftsführung“ im Aktienrecht	9
c. Stellungnahme zu dem Verständnis der Begriffe „Leitung“ und „Geschäftsführung“	9
II. Der vom Vorstand zu beachtende Sorgfaltsmaßstab im Rahmen von gesetzlich gebundenen Entscheidungen	11
1. Der gesetzliche Anknüpfungspunkt in § 93 Abs. 1 S. 1	11
2. Die Abweichung vom gesetzlichen Sorgfaltsmaßstab durch satzungsmäßige oder vertragliche Vereinbarungen	12
3. Eine Ausnahme gemäß § 93 Abs. 1 S. 2?	12
4. Die Hintergründe für die Haftungsprivilegierung von Vorstandsmitgliedern im Rahmen von unternehmerischen Entscheidungen	13
a. Die unternehmerische Entscheidung des Vorstands i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 2	14
aa. Das Tatbestandsmerkmal der „unternehmerischen Entscheidung“	14
bb. Der Begriff der „unternehmerischen Entscheidung“ in der Rechtsprechung und Literatur	16
aaa. Der Ausgangspunkt der Diskussion: Die „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung (BGHZ 135, S. 244ff.)	16

bbb. Der Begriff der „unternehmerischen Entscheidung“ in der Literatur.....	16
b. Die gesetzlich gebundenen Entscheidungen als Gegenstück zu unternehmerischen Entscheidungen.....	17
III. Der zu beachtende Sorgfaltsmaßstab bei der Einholung der organexternen Beratung bei gesetzlich gebundenen Entscheidungen.....	17
1. Die dem Vorstand obliegenden Pflichten.....	18
2. Der vom Vorstand einzuhaltende Sorgfaltsmaßstab gemäß § 93 Abs. 1 S. 1.....	19
3. Der dogmatische Anknüpfungspunkt betreffend die Pflicht, sich beraten zu lassen.....	20
a. Ein normiertes Leitbild im AktG?.....	21
aa. §§ 109 Abs. 1 S. 2, 111 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 als gesetzliches Leitbild für die Hinzuziehung organexterner Dritter.....	21
bb. Keine Übertragbarkeit der §§ 109 Abs. 1 S. 2, 111 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 auf den Vorstand.....	21
b. Die in der Rechtsprechung entwickelten konkreten Sorgfaltspflichten der Geschäftsleitung im Rahmen der Vorstandshaftung bei der Einholung einer externen Beratung.....	23
aa. BGH, Urt. v. 14.05.2007 - II ZR 48/06.....	23
bb. „ISION“-Entscheidung, BGH, Urt. v. 20.09.2011 - II ZR 234/09.....	24
cc. BGH, Urt. v. 27.03.2012 - II ZR 171/10.....	24
dd. BGH, Urt. v. 28.04.2015 - II ZR 63/14.....	25
c. Die (gesetzlichen) Hintergründe für die dogmatische Einordnung der Beratungsfragen.....	26
aa. Die Beratung durch einen organexternen Berater als Anknüpfungspunkt für einen unvermeidbaren Rechtsirrtum.....	26
bb. Die Pflicht, sich beraten zu lassen, als Sorgfaltspflicht.....	27
cc. Die Pflicht zur Beratung als (eigenständige) situationsadäquate Verhaltenspflicht.....	28
dd. § 93 Abs. 1 S. 2 als Anknüpfungspunkt der Pflicht, sich beraten zu lassen.....	29
ee. Die praktischen Auswirkungen der Einordnung auf Ebene der Pflichtverletzung oder des Verschuldens.....	29
ff. Stellungnahme hinsichtlich der dogmatischen Einordnung der Beratungsproblematik.....	30

aaa. Die fehlende Vergleichbarkeit mit der horizontalen und vertikalen Aufgabendelegation	30
(i) Die Hintergründe für die Pflichtenumwandlung im Rahmen der horizontalen Aufgabendelegation	31
(ii) Die fehlende Übertragbarkeit der h.M. zur horizontalen Aufgabendelegation auf die Hinzuziehung externer Berater.....	32
(iii)Die Vergleichbarkeit im Falle des § 77 Abs. 2.....	34
bbb. Die fehlende Vergleichbarkeit zur vertikalen Delegation	35
ccc. Die dogmatische Einordnung der Hinzuziehung eines externen Beraters unter Beachtung der Legalitätspflicht.....	36
(i) Die Reichweite der Legalitätspflicht im Rahmen der Geschäftsleiterhaftung	36
(ii) Der Berater der Geschäftsleitung als Erfüllungsgehilfe i.S.d. § 278 BGB?.....	38
(iii)Die Kritik an der Begründung der herrschenden Meinung	40
(iv)Stellungnahme zu einer etwaigen Zurechnung nach § 278 BGB.....	40
4. Die Pflicht, sich beraten zu lassen, in anderen Rechtsgebieten.....	41
a. Die Behandlung der Irrtumsproblematik im Zivilrecht.....	41
aa. Besonderheiten im Rahmen von Schuldverhältnissen.....	42
bb. Zweifel an der rechtlichen Beurteilung der h.M. bei der Hinzuziehung von Beratern im Zivilrecht.....	43
cc. Die Anwendbarkeit der Grundsätze der Drittschadensliquidation?	45
dd. Übertragbarkeit der Drittschadensliquidation auf Fälle der Falschberatung	46
aaa. Die Kritik an der Anwendbarkeit der Grundsätze der Drittschadensliquidation	47
bbb. Ein vermeintlicher Wertungswiderspruch im Vergleich zur Haftung bei gesetzlichen Schuldverhältnissen.....	47
ccc. Die Gründe für die unterschiedliche Behandlung im Rahmen von vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen	48
b. Die Behandlung der Hinzuziehung eines Beraters im Strafrecht bei der Beratung durch Dritte.....	51
aa. Die Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums im Strafrecht	51
bb. Die sachkundige Beratung als Grundlage eines schuldausschließenden Verbotsirrtums im Strafrecht	53
aaa. Die Anforderungen an den (Rechts-)Berater im Strafrecht.....	53

bbb. Das Gutachten als Grundlage eines unvermeidbaren Verbotsirrtums im Strafrecht	54
ccc. Die Prüfungspflicht des Ratsuchenden.....	55
c. Zusammenfassung.....	56
5. Die aufgestellten Kriterien der Rechtsprechung im Einzelnen.....	56
a. Die Auswahl des Beraters.....	56
aa. Die fachliche Qualifikation des Beraters	57
aaa. Tatsächliches Vorliegen der fachlichen Kompetenz?	58
(i) Die Subjektivierung des Kriteriums der fachlichen Eignung des Beraters	58
(ii) Keine Subjektivierung der fachlichen Eignung nach der Rechtsprechung des BGH	59
(iii) Stellungnahme zu dem Erfordernis des tatsächlichen Vorliegens der ausreichenden fachlichen Qualifikation des Beraters	60
bbb. Ist das Vertrauen auf eine Formalqualifikation für die Enthaftung ausreichend?	60
(i) Das Vertrauen auf reine Formalqualifikationen des Beraters.....	60
(ii) Das (zusätzliche) Erfordernis der praktischen Erfahrung.....	61
(iii) Stellungnahme zum Erfordernis der praktischen Erfahrung	61
ccc. Die enthaftende Wirkung von behördlichen Auskünften.....	62
bb. Die Unabhängigkeit des Beraters.....	64
aaa. Die Unabhängigkeit des Beraters in der Literatur	65
bbb. Kritische Würdigung des Erfordernisses der Unabhängigkeit des Beraters	65
ccc. Weitere Anforderungen an die Unabhängigkeit des Beraters	66
ddd. Sind die Art und der Umfang der Beauftragung maßgeblich für die Unabhängigkeit des Beraters?.....	67
(i) Das Kriterium der offenen Fragestellung	67
(ii) Stellungnahme zum (faktischen) Verbot der Überprüfung konkreter Maßnahmen.....	68
eee. Die Unabhängigkeit von unternehmensinternen Beratern?.....	70
(i) Die Rechtsprechung des EuGH zur Unabhängigkeit von Syndikusanwälten	70
(ii) Die Kritik in der Literatur an der Rechtsprechung des EuGH betreffend die Unabhängigkeit von Syndikusanwälten.....	71

fff. Die Unabhängigkeit von mit der Sache bereits befassten Beratern.....	77
(i) Die Verneinung der Unabhängigkeit eines zuvor mit der Aufgabe betrauten Beraters	78
(ii) Die Gegenstimmen in der Literatur	78
(iii) Stellungnahme zur Unabhängigkeit von vorbefassten Beratern.....	79
ggg. Die Unabhängigkeit von Beratern, die auf der Basis einer erfolgsabhängigen Vergütung tätig werden	81
(i) Die Zweifel an der fehlenden Unabhängigkeit	81
(ii) Stellungnahme zur Unabhängigkeit von auf Erfolgsbasis arbeitenden Beratern	82
cc. Die Berufsträgereigenschaft des Beraters.....	85
aaa. Der Sinn und Zweck des Kriteriums der Berufsträgereigenschaft.....	86
bbb. Abkehr vom Erfordernis der Berufsträgereigenschaft?	86
b. Die Beauftragung des Beraters	88
aa. Die sich aus der Beauftragung ergebenden Pflichten im Einzelfall	89
bb. Die Folgen einer falschen und/oder unvollkommenen Darstellungen des Sachverhalts	89
cc. Die Modalitäten der Auskunftserteilung durch den Berater.....	92
aaa. Kritik an dem Erfordernis der schriftlichen Beratung in der Literatur....	92
bbb. Stellungnahme zum (vermeintlichen) Erfordernis der Schriftlichkeit des erteilten Rats.....	92
c. Die Überprüfung des erteilten Rats.....	94
aa. Die generelle Kritik an dem Erfordernis der Plausibilitätsprüfung	94
bb. Stellungnahme zum Kriterium der Plausibilitätsprüfung	95
cc. Die Notwendigkeit der Plausibilitätsprüfung nur bei Zweifeln an dem erteilten Rat des Beraters?.....	97
dd. Die (auch dann bestehende) Pflicht zur Plausibilitätsprüfung bei fehlenden Anhaltspunkten für die Fehlerhaftigkeit des erteilten Rats	97
ee. Die Durchführung und der Umfang der Plausibilitätsprüfung gemessen am Sinn und Zweck des Erfordernisses der Plausibilitätsprüfung	99
ff. Die konkreten Anforderungen an die Prüfung der Plausibilität	100
aaa.....Die Erklärungsansätze betreffend die Plausibilitätsprüfung in der Literatur.....	100
(i) Die Notwendigkeit der Plausibilitätsprüfung auf Grund „konkreter Vertrauensdisposition“.....	101

(ii) Parallele zur Delegation an Hilfspersonen im allgemeinen Zivilrecht...	101
(iii) Höhere Anforderungen auf Grund berufsbedingter Sensibilität.....	101
(iv) Die Pflicht zur Plausibilitätsprüfung aus dem Erfordernis der Entscheidungsverantwortung des Vorstands	102
(v) Stellungnahme zu den dogmatischen Hintergründen der Plausibilitätsprüfung	102
bbb..... Die entwickelten konkreten Verhaltenspflichten des Vorstands im Rahmen der Plausibilitätsprüfung.....	104
ccc. Die Notwendigkeit der persönlichen Durchführung der Plausibilitätsprüfung durch die Vorstandsmitglieder	104
(i) Die Rechtsprechung des BGH betreffend die eigenständige Durchführung der Plausibilitätsprüfung durch den Vorstand	105
(ii) Die Kritik in der Literatur an dem Erfordernis der eigenständigen Durchführung der Plausibilitätsprüfung durch den Vorstand.....	105
(iii) Vermittelnde Ansicht zur Möglichkeit der Delegation der Plausibilitätsprüfung auf nachgeordnete Stellen.....	105
6. Die Verhaltenspflichten bei Zweifeln an der Richtigkeit bzw. fehlender Klarheit des erteilten Rats.....	107
a. Die Pflicht zur konkreten Nachforschung und Verhaltenspflichten bei Bestätigung des Verdachts der Unrichtigkeit des erteilten Rats.....	107
b. Handeln bei einem bestätigenden Zweitgutachten	108
c. Die Verhaltenspflichten im Fall von nicht eindeutigen Auskünften des Beraters	109
aa. Das Bestehen eines der Geschäftsleitung eingeräumten Beurteilungsspielraums.....	109
bb. Die (unmittelbare) Anwendung der BJR auf Entscheidungen im Rahmen einer unsicheren Rechtslage?.....	110
aaa. Die Rechtsprechung zum entschuldbaren Verbotsirrtum bei unklarer Rechtslage in anderen Bereichen des Zivilrechts	110
(i) Die Risikoverteilung der unklaren Rechtslage im allgemeinen Schuldrecht.....	110
(ii) Die Risikoverteilung der unklaren Rechtslage im Arbeitsrecht	111
(iii) Keine Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BGH zur Risikoverteilung bei unklarer Rechtslage auf Fälle im Bereich der Geschäftsleiterhaftung	112
bbb. Der dogmatische Anknüpfungspunkt für den Sorgfaltsmaßstab des Vorstands bei unklarer Sachlage.....	113

ccc. Stellungnahme zum Sorgfaltsmaßstab des Vorstands bei einer unklaren Rechtslage	114
ddd. Sonderfall bei der beabsichtigten Vermeidung bestimmter Rechtsfolgen?	116
IV. Die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen den anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab	118
1. Die Problematik hinsichtlich der Haftung einzelner Vorstandsmitglieder	118
a. Die Möglichkeiten und Grenzen der horizontalen Delegation innerhalb des Vorstands	118
aa. Die gesetzliche Ausgangslage hinsichtlich der Gesamtverantwortung des Vorstands	119
bb. Die dogmatischen Hintergründe des Grundsatzes der Gesamtverantwortung des Vorstands	120
aaa. Die herrschende Lehre zur dogmatischen Einordnung des Grundsatzes der Gesamtverantwortung	121
bbb. Kritische Würdigung und Stellungnahme zur dogmatischen Grundlage des Grundsatzes der Gesamtverantwortung des Vorstands	122
(i) Das historische Verständnis des § 76 Abs. 1	122
(ii) Der organinterne Regelungsgehalt des § 76 Abs. 1	123
(iii) § 76 Abs. 1 als dogmatische Grundlage des Grundsatzes der Gesamtverantwortung des Vorstands	124
b. Die Hinzuziehung organexterner Berater im Rahmen von Entscheidungen der Unternehmensleitung	125
aa. Die grundsätzliche Delegierbarkeit von Vorbereitungsmaßnahmen zu Leitungsentscheidungen des Vorstands	125
bb. Die Delegation der Hinzuziehung eines externen Beraters	128
aaa. Die Erkenntnis des Beratungsbedarfs sowie die Auswahl des Beraters	129
bbb. Die Beauftragung und das Informieren des Beraters	130
ccc. Die Delegierbarkeit der Prüfung und Auswertung des erteilten Rats ...	131
(i) Die Pflicht des Gesamtvorstands zur Prüfung und Auswertung des erteilten Rats?	131
(ii) Die Plausibilitätsprüfung als ein Teil der Unternehmensleitung?	132
(iii) Die Abgrenzung von Vorbereitungsmaßnahmen und letztlich Entscheidung	133

c.	Zwischenergebnis zu der Delegierbarkeit der Maßnahmen im Rahmen der Hinzuziehung eines Beraters bei Leitungsentscheidungen des Vorstands.....	135
2.	Die Zurechnung im Rahmen einer Fehlberatung.....	135
a.	Grundsatz	135
b.	Eine Ausnahme bei Entscheidungen, die dem Kollegialorgan in seiner Gesamtheit zugewiesenen sind?	136
3.	Die Auswirkungen einer besonderen Expertise einzelner Vorstandsmitglieder auf den Sorgfaltsmaßstab in Bezug auf die Hinzuziehung eines externen Beraters.....	137
V.	Die Übertragbarkeit der Grundsätze zur Einholung externer Beratung auf den Anwendungsbereich der BJR.....	139
1.	Die Verneinung der Übertragbarkeit der Grundsätze hinsichtlich der Hinzuziehung eines externen Beraters auf unternehmerische Entscheidungen	140
2.	Die Möglichkeit der unveränderten Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BGH auf den Anwendungsbereich der BJR.....	140
3.	Stellungnahme betreffend die Übertragbarkeit der Grundsätze zur Einholung externer Beratung auf unternehmerische Entscheidungen....	140
a.	Die Anforderungen an die Einholung einer externen Beratung bei einer gesetzlich gebundenen Entscheidung als Konkretisierung der „Grundlage angemessener Informationen“ i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 2	142
b.	Die Reichweite des Beurteilungsspielraums des Vorstands im Rahmen der Entscheidung über das Vorliegen einer angemessenen Informationsgrundlage i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 2.....	142
c.	Die Anforderungen an die angemessene Informationsgrundlage vor Kodifizierung der BJR	143
aa.	Die Auswirkungen der Rechtsprechung des BGH auf die kodifizierte BJR.....	144
bb.	Stimmen in der Literatur hinsichtlich des Erfordernisses, alle ermittelbaren Informationen in die Entscheidung einzubeziehen	144
cc.	Die Informationsbeschaffung und die Bewertung der „Angemessenheit“ als Anwendungsfall der BJR.....	145
aaa.....	Der eingeschränkte Beurteilungsspielraum bei der Auswahl und Bewertung von Informationen im Bereich von unternehmerischen Entscheidungen	146
(i)	Die Reichweite des Beurteilungsspielraums bei der Beurteilung einer angemessenen Informationsgrundlage.....	146

(ii) Die unveränderte Übernahme der Rechtsprechung der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung im Bereich des Erkenntnisverfahrens hinsichtlich der Beurteilung des Informationsbedarfs durch den Gesetzgeber in § 93 Abs. 1 S. 2?.....	148
bbb. Die Vergleichbarkeit der Entscheidungen über eine „angemessene Informationsgrundlage“ und über unternehmerische Entscheidungen i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 2.....	149
dd. Stellungnahme zur Reichweite des Beurteilungsspielraums des Vorstands bei der Bewertung der angemessenen Informationsgrundlage i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 2.....	151
4. Die Übertragbarkeit der Kriterien hinsichtlich der Hinzuziehung eines externen Beraters auf den Bereich der unternehmerischen Entscheidung.....	152
a. Der grundsätzliche Gleichlauf der Anforderungen bei der Einholung externer Beratung.....	153
b. Die Modifikationen der Anforderungen im Bereich der unternehmerischen Entscheidungen.....	154
C. Der Sorgfaltsmaßstab des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft bei der Einholung externer Beratung.....	156
I. Der gesetzlich zugewiesene Aufgabenbereich des Aufsichtsrats.....	156
II. Der allgemein zu beachtende Sorgfaltsmaßstab des Aufsichtsrats.....	157
III. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen bei der Beratung des Aufsichtsrats durch einen organfremden Dritten.....	159
1. § 109 Abs. 1 S. 2 als Rechtsgrundlage für die Hinzuziehung eines Beraters durch den Aufsichtsrat.....	160
2. § 111 Abs. 2 S. 2 als Rechtsgrundlage für die Hinzuziehung eines Beraters.....	161
3. Die Rechtsgrundlage für die Hinzuziehung eines Beraters aus einer Analogie zu § 111 Abs. 2 S. 2.....	161
4. Stellungnahme zur Hinzuziehung externer Berater durch den Aufsichtsrat außerhalb der gesetzlich geregelten Anwendungsfälle.....	161
5. Die Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs bei der Hinzuziehung Dritter durch die Rechtsprechung.....	162
a. Allgemeines.....	162
b. Die Übertragbarkeit der Sorgfaltspflichten des Vorstands auf den Aufsichtsrat?.....	162
c. Die Unterschiede auf Grund des unterschiedlichen Sorgfaltsmaßstabs.....	164

aa. Der abweichende Sorgfaltsmaßstab des Aufsichtsrats bei der Hinzuziehung eines organexternen Dritten.....	165
bb. Die Auswahl des Beraters durch den Aufsichtsrat	165
cc. Die Unterrichtung und Überprüfung des Beraters.....	166
D. Schluss.....	169

A. Einleitung

Spätestens seit der Aufarbeitung der Finanzkrise rückt die Frage nach der persönlichen Verantwortung der handelnden Organmitglieder einer Aktiengesellschaft immer stärker in den Fokus der öffentlichen Diskussion. Führten in der Vergangenheit Regressansprüche gegen Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften insbesondere in der Öffentlichkeit ein Schattendasein, so hat sich dies – nicht zuletzt wegen der Ereignisse in der Finanzkrise als auch durch eine Gesetzesänderung und der damit einhergehenden Pflicht von Aufsichtsratsmitgliedern, derartige Ansprüche zu verfolgen¹ geändert.

So werden insbesondere die Rufe nach der zivilrechtlichen Inanspruchnahme von handelnden Organmitgliedern immer lauter, wenn es darum geht, Verantwortliche für Unternehmenskrisen und die daraus resultierenden Wertverluste ausfindig und haftbar zu machen.²

So konsequent dies auch erscheinen mag, wenn zunehmend steigende Vergütungen von Vorständen u.a. auch damit begründet werden, dass diese wachsenden Haftungsrisiken ausgesetzt seien, so hat nicht zuletzt auch der Gesetzgeber erkannt, dass erfolgreiches unternehmerisches Handeln unter dem „Damoklesschwert“ der persönlichen Haftung kaum möglich ist.³

De lege lata gilt dies aber in Abgrenzung zur Einhaltung gesetzlicher Pflichten nur hinsichtlich unternehmerischer Entscheidungen i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 2.⁴ Sieht man jedoch die stets anwachsende Zahl an gesetzlichen Pflichten, die Organe von Aktiengesellschaften bei ihrer täglichen Arbeit auf Grund der unbeschränkt geltenden Legalitätspflicht einzuhalten haben, so ist unbestritten, dass insbesondere von einem Vorstandsmitglied gerade nicht verlangt werden kann, dass er diese alle kennt bzw. stets selbst wissen muss, ob eine konkrete Entscheidung zu einem Gesetzesverstoß führt, aus welchem er gemäß § 93 Abs. 2 AktG ggf. persönlich haftbar gemacht werden kann.

Es ist in Literatur und Rechtsprechung daher anerkannt, dass die Organmitglieder im Rahmen ihrer Tätigkeit fachkundige Berater hinzuziehen können, um die sie und/oder die Aktiengesellschaft treffenden gesetzlichen Pflichten einzuhalten.⁵ Fraglich ist allerdings, ob auch ein fehlerhafter Rat eines Beraters unter Umständen das jeweilige Organmitglied von seiner Haftung exkulpieren kann. Der BGH hat dies in mehreren, in jüngerer Vergangenheit ergangenen Entscheidungen unter

¹ Müko/Spindler, AktG, § 93, Rn. 2.

² Vgl. bspw. BGH, AG 2011, S. 876 (877) – ISON; LG Heidelberg, Urt. v 21.03.2017 – 11 O 11/16 KfH – Gelita AG; S. Iwersen/V. Votsmeier, Artikel im Handelsblatt vom 14. Februar 2019 bzgl. der Inanspruchnahme des ehemaligen Vorstands von Bilfinger.

³ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) v. 22.09.2005, BGBl. I, Nr. 60, S. 2802

⁴ Vgl. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.

⁵ Vgl. hierzu unter B.III.3.

bestimmten Voraussetzungen bejaht.⁶ Auch wenn der BGH insoweit begrüßenswerter Weise bestimmte Eckpfeiler eingeschlagen hat, die eine Beratung erfüllen muss, damit sich die Organmitglieder auf diese später exkulpierend berufen können, so herrscht seitdem insbesondere eine lebhafte Diskussion darüber, (i) wer diese Beratung überhaupt erteilen darf, (ii) wie diese Beratung im Detail ausgestaltet werden muss und (iii) welche Pflichten die beratenden Organmitgliedern hinsichtlich des erteilten Rats treffen, damit sie sich im Nachhinein hierauf – auch wenn sich die Beratung im Nachhinein als fehlerhaft herausstellt – enthaftend berufen können.

Die nachstehende Arbeit fokussiert sich auf die Frage, welche Sorgfaltspflichten die Organe und hier insbesondere der Vorstand einer Aktiengesellschaft bei der Hinzuziehung eines Beraters insbesondere auch in den verschiedenen Stadien der Beratung – Auswahl und Unterrichtung des Beraters sowie die Prüfung des Ergebnisses der Beratung – konkret einzuhalten haben.

Hieran anschließend soll der Frage nachgegangen werden, ob sich diese Sorgfaltspflichten hinsichtlich des jeweiligen Sachverhalts bzw. der Art der Entscheidung, zu dem/der ein Rat eingeholt wird, unterscheiden.

Abschließend wird die Frage untersucht, ob die für den Vorstand entwickelten Grundsätze auf Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft übertragen werden können bzw. ob es gewichtige Gründe dafür gibt, hiervon ggf. abzuweichen.

⁶ Vgl. unten B.III.3.b.

Neue Juristische Beiträge

herausgegeben von

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Ludwig-Maximilians-Universität München)

Prof. Dr. Georg Steinberg (Universität Potsdam)

Prof. Dr. Fabian Wittreck (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

- Band 134: Kai-Klemens Wehlage: **Die Anforderungen an den Sorgfaltsmaßstab von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsmitgliedern bei der Einholung externer Beratung**
2021 · 222 Seiten · ISBN 978-3-8316-4899-3
- Band 133: Alpercan Öz: **Das Spannungsverhältnis zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Opfers und dem strafrechtlichen Lebensschutz** · Eine Bewertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung
2021 · 294 Seiten · ISBN 978-3-8316-4895-5
- Band 132: Dominic Reitner: **Die Kenntnis vom Steueranspruch und ihr Nachweis in der Rechtsprechung zu § 370 AO**
2020 · 162 Seiten · ISBN 978-3-8316-4887-0
- Band 131: Ramona Seufer: **Fiskalentstrickung als Strukturproblem im Binnenmarkt**
2019 · 254 Seiten · ISBN 978-3-8316-4832-0
- Band 130: Anja Lausberg: **Voraussetzungen und Rechtsfolgen der unzulässigen Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern**
2019 · 508 Seiten · ISBN 978-3-8316-4805-4
- Band 129: Juliane Gröper: **The Mutual Agreement Procedure in International Taxation** · The Need for Procedural and Administrative Rules
2019 · 246 Seiten · ISBN 978-3-8316-4809-2
- Band 128: Katharina Schmitt: **Das österreichische ÄsthOpG als Vorbild für Deutschland?** · Eine vergleichende Untersuchung zu rechtlichen Anforderungen an die Durchführung von Schönheitsoperationen und ästhetischen Behandlungen
2019 · 406 Seiten · ISBN 978-3-8316-4802-3
- Band 127: Jonathan Möller: **Die Einführung von Volksgesetzgebung in das Grundgesetz mit Blick auf Quoren und Finanzierung**
2019 · 336 Seiten · ISBN 978-3-8316-4793-4
- Band 126: Florian Jacobi: **Steuerhinterziehung durch aktives Tun und durch Unterlassen**
2019 · 174 Seiten · ISBN 978-3-8316-4791-0
- Band 125: Erne Jessica Meise: **Steuerpublizität bei natürlichen Personen**
2019 · 300 Seiten · ISBN 978-3-8316-4789-7
- Band 124: Silvio Schulze: **Daten als Kreditsicherungsmittel mit Bestand in der Insolvenz**
2019 · 274 Seiten · ISBN 978-3-8316-4786-6
- Band 123: Britta Janina Lewendel-Harde: **Geschlossene Stromverteilernetze im EnWG 2011 – Neue Optionen für Betreiber bisheriger Objektnetze**
2019 · 234 Seiten · ISBN 978-3-8316-4741-5
- Band 122: Oliver Hieke: **Vorvertragliche Aufklärungspflichten des Verkäufers beim Unternehmenskauf**
2018 · 324 Seiten · ISBN 978-3-8316-4704-0
- Band 121: Andreas Zürn: **Das Mediationsgesetz im Lichte der europäischen Mediationsrichtlinie**
2018 · 242 Seiten · ISBN 978-3-8316-4657-9
- Band 120: Michael Gläser: **Grenzen der Beschränkung von Patent- und Markenrechten zum Schutz der öffentlichen Gesundheit nach WTO-Recht** · Unter besonderer Betrachtung des Zwangslizenzregimes

- nach dem TRIPS und der Vereinbarkeit von Plain-packaging-Vorschriften für Tabakwaren mit dem WTO-Recht
2018 · 312 Seiten · ISBN 978-3-8316-4670-8
- Band 119: Sarah Krampitz: **Das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Sportvereinen**
2017 · 342 Seiten · ISBN 978-3-8316-4666-1
- Band 118: Nana K. A. Baidoo: **Die dienstliche Beurteilung und ihre Kontrolle durch Gerichte** · Anmerkungen zur Verbesserung der Personalauswahl im öffentlichen Dienst
2018 · 234 Seiten · ISBN 978-3-8316-4661-6
- Band 117: Hannah Rehage: **Der Einsatz deutscher Streitkräfte** · Unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsmäßigen Prüfung innerstaatlicher Verwendungen bei terroristischen Angriffen
2018 · 162 Seiten · ISBN 978-3-8316-4653-1
- Band 116: David Chrobok: **Zur Strafbarkeit nach dem Anti-Doping-Gesetz**
2017 · 264 Seiten · ISBN 978-3-8316-4648-7
- Band 115: Florian Keller: **Das Finanzamt als Partner des Steuerpflichtigen** · Dargestellt am Beispiel der Korrekturvorschrift des § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO
2017 · 280 Seiten · ISBN 978-3-8316-4627-2
- Band 114: Johanna Küpper: **Personenbezug von Gruppendaten?** · Eine Untersuchung am Beispiel von Scoring- und Geo-Gruppendaten
2016 · 222 Seiten · ISBN 978-3-8316-4597-8
- Band 113: Christine Lanwehr: **Faktische Selbstveranlagung und Fehlerkorrektur im Besteuerungsverfahren von Arbeitnehmern**
2016 · 320 Seiten · ISBN 978-3-8316-4545-9
- Band 112: Sonja Dudek: **Auskunfts- und Urkundenvorlageersuchen von Finanzbehörden an Kreditinstitute**
2016 · 214 Seiten · ISBN 978-3-8316-4527-5
- Band 111: Janina Fellmeth: **Das lohnsteuerrechtliche Abgrenzungsmerkmal des ganz überwiegend eigenbetrieblichen Arbeitgeberinteresses** · Bestandsaufnahme und Neuorientierung
2015 · 232 Seiten · ISBN 978-3-8316-4526-8
- Band 110: Barbara Thiemann: **Kooperation und Verfassungsvorbehalte im Ausgleich** · Anleihen aus dem europäischen Verfassungsgerichtsverbund für eine Kooperation des EuGH mit den WTO-Rechtsprechungsorganen
2016 · 488 Seiten · ISBN 978-3-8316-4560-2
- Band 109: Franziska Dautert: **Beweisverwertungsverbote und ihre Drittwirkung**
2015 · 302 Seiten · ISBN 978-3-8316-4479-7
- Band 108: Florian Eder: **Beweisverbote und Beweislast im Strafprozess**
2015 · 396 Seiten · ISBN 978-3-8316-4469-8
- Band 107: Martina Achzet: **Sanierung von Krisenunternehmen** · Ablauf und Personalentwicklung in Unternehmenssanierungen unter Konkursordnung, Vergleichsordnung und Insolvenzordnung
2015 · 304 Seiten · ISBN 978-3-8316-4467-4

Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:
utzverlag GmbH, München
089-277791-00 · info@utzverlag.de

Gesamtverzeichnis mit mehr als 3000 lieferbaren Titeln: www.utzverlag.de