

INHALTSÜBERSICHT

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	XVII
A. EINLEITUNG	1
I. Problemkonstellation	1
II. Bestimmung des Untersuchungsgegenstands	1
III. Gang der Untersuchung	2
B. PFLICHTEN UND HAFTUNG DER GESCHÄFTSLEITER.....	3
I. Pflichten der Geschäftsleiter	3
1. Begriff des Geschäftsleiters	3
2. Einheitliche Sorgfaltsanforderungen an Geschäftsleiter	5
3. Verhaltenspflichten der Geschäftsleiter	6
4. Auswirkungen der Entscheidungsart.....	9
5. Besonderheiten bei Rechtsfragen	12
6. Reichweite der Legalitätspflicht umstritten	14
7. Zunehmend unklare Handlungspflichten der Geschäftsleiter	24
II. Steigende Bedeutung der Geschäftsleiterhaftung.....	27
1. Vielzahl an Haftungstatbeständen	27
2. Vermehrte Haftungsklagen.....	29
3. Gesetzesverstoß als dankbare Pflichtverletzung.....	30
4. Zunehmender Beratungsbedarf in der Praxis	31
C. AUSWIRKUNGEN DES FACHKUNDIGEN RATS AUF DIE HAFTUNG DES GESCHÄFTSLEITERS	33
I. Grundfrage der Möglichkeit einer Enthaltung.....	33
II. Praktische Notwendigkeit des Vertrauens auf fachkundigen Rat	34
1. Komplexe Rechtslage und weiter Pflichtenkatalog	34
2. Beurteilung der Rechtslage nur Teil der Aufgaben.....	35
3. Einhaltung ausländischen Rechts	35
4. Haftungslücken als gesondertes Problem	36
5. Ergebnis	36
III. Berücksichtigung des Rechtsirrtums auf der Ebene der Pflichtwidrigkeit	37

1.	Möglichkeit eines pflichtwidrigkeitsausschließenden Rechtsirrtums	37
2.	Unterscheidung zwischen Primärpflicht und Rechtsrat	37
3.	Pflichtgemäßes Verhalten trotz objektiver Pflichtwidrigkeit.....	38
4.	Argumente für die Verortung auf der Pflichtenebene	39
IV.	Berücksichtigung des Rechtsirrtums beim Verschulden	45
1.	Verschulden als Haftungsvoraussetzung	45
2.	Grundsätzliche Möglichkeit fehlenden Verschuldens.....	45
3.	Figur des schuldausschließenden Rechtsirrtums.....	46
4.	Schuldausschließender Rechtsirrtum bei gesetzlich normierten Pflichtaufgaben.....	50
5.	Zurechnung des Verschuldens des Beraters als Erfüllungsgehilfen	51
D.	EINHOLEN DES RECHTSRATS	53
I.	Beratungserfordernis und Beratungspflicht	53
1.	Pflichtenmaßstab.....	53
2.	Notwendigkeit des Rechtsrats.....	54
3.	Pflicht zur Einholung des Rechtsrats.....	56
II.	Sorgfältige Auswahl des Beraters	59
1.	Eigenverantwortliche Auswahl.....	59
2.	Fachliche Eignung.....	60
3.	Persönliche Zuverlässigkeit.....	65
4.	Wirtschaftliche Aspekte	71
III.	Prüfungsauftrag und dessen Dokumentation.....	71
IV.	Anforderungen an die Sachverhaltsdarstellung	72
1.	Zutreffende und vollständige Darstellung.....	72
2.	Unzutreffende oder unvollständige Darstellung	73
V.	Rechtzeitigkeit des Rechtsrats	75
1.	Auftragserteilung und Begutachtung.....	75
2.	Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei verspätetem unzutreffenden Rechtsrat.....	75

E.	BEWERTUNG DES ERTEILTEN RECHTSRATS.....	77
I.	Plausibilitätskontrolle.....	77
1.	Notwendigkeit der Plausibilitätskontrolle.....	77
2.	Anforderungen an die Plausibilitätsprüfung.....	77
3.	Umfasst Rechtsrat die geplante Maßnahme?.....	82
4.	Rechtsauskünfte zur Gesetzesumgehung.....	82
5.	Aktualität der Auskunft.....	85
II.	Modalitäten der Auskunftserteilung.....	86
1.	Anforderungen an die Darstellung.....	86
2.	Mündliche Rechtsauskünfte.....	87
3.	Ad hoc-Auskünfte.....	88
III.	Grenzen des juristischen Rats.....	90
1.	Beschränkung auf den Fachbereich.....	90
2.	Differenzierung zwischen Rechtsauskunft und Sachverhaltsfragen.....	90
3.	Vermischung von Tatsachen- und Rechtsfragen.....	91
4.	Einschränkende Auskünfte.....	91
IV.	Gerichtliche Nachprüfbarkeit des Vertrauens auf den Rechtsrat.....	92
1.	Objektiver Maßstab.....	92
2.	Subjektiver Maßstab.....	92
3.	Stellungnahme.....	93
F.	ANWENDUNG DES RECHTSRATS.....	95
I.	Problem der unklaren Rechtslage.....	95
1.	Konstellationen nicht aufklärbarer Rechtslage.....	95
2.	Erfordernis des Zweitgutachtens eines spezialisierten Beraters..	95
3.	Vertrauen auf die höchstrichterliche und obergerichtliche Rechtsprechung.....	95
II.	Handeln bei unklarer Rechtslage.....	96
1.	Fehlen höchstrichterlicher und obergerichtlicher Rechtsprechung.....	96
2.	Anwendbarkeit der Business Judgment Rule?.....	96
3.	Bestehen eines sonstigen Handlungsspielraums?.....	96

III. Handeln entgegen dem Rechtsrat..... 99
IV. Bewusstes Abweichen von einer ständigen Rechtsprechung 99
G. ERGEBNIS 101
SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS XXV

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS..... XVII

A. EINLEITUNG	1
I. Problemkonstellation	1
II. Bestimmung des Untersuchungsgegenstands	1
III. Gang der Untersuchung	2
B. PFLICHTEN UND HAFTUNG DER GESCHÄFTSLEITER.....	3
I. Pflichten der Geschäftsleiter	3
1. Begriff des Geschäftsleiters	3
a) Anlehnung an § 1 Abs. 2 KWG	3
b) Geschäftsleiter nach deutschem Recht	3
c) Für eine Enthaltung in Betracht kommende Personengruppen	4
2. Einheitliche Sorgfaltsanforderungen an Geschäftsleiter	5
a) Gesetzlich bestimmter Pflichtenmaßstab	5
b) Grundsätzlich einheitliche Sorgfaltsanforderungen.....	6
3. Verhaltenspflichten der Geschäftsleiter	6
a) Eigenverantwortliche Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen	6
b) Generalklausel der objektiven Verhaltenspflicht.....	7
c) Konkretisierung der Generalklausel zu weiteren Einzelpflichten	7
d) Keine Pflicht zur idealtypischen Geschäftsführung	7
e) Business Judgment Rule	8
f) Ausschluss einer Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.....	8
4. Auswirkungen der Entscheidungsart.....	9
a) Notwendigkeit der Differenzierung	9
b) Unternehmerische Entscheidung	10
aa) Gesetzeswortlaut und Meinungsstand	10
bb) Stellungnahme.....	10
c) Gebundene Entscheidungen.....	11
5. Besonderheiten bei Rechtsfragen	12
a) Inhalt und Bedeutung der Legalitätspflicht	12

b)	Keine Anwendung der Business Judgment Rule auf Rechtsfragen ...	13
c)	Anwendung der Business Judgment Rule auch auf gebundene Entscheidungen mit Prognosecharakter?	13
6.	Reichweite der Legalitätspflicht umstritten	14
a)	Bedeutung der Reichweite der Legalitätspflicht.....	14
b)	Weite Auslegung der Legalitätspflicht	14
c)	Einschränkende Auslegung der Legalitätspflicht	14
aa)	Notwendigkeit der Differenzierung.....	14
bb)	<i>Ex ante</i> nicht bestimmbarer Rechtslage	15
cc)	<i>Ex ante</i> nicht bestimmbarer Sachverhaltsgrundlage	15
dd)	Verletzung vertraglicher Pflichten.....	16
ee)	Nützlicher Verstoß gegen Rechtsvorschriften	17
	(1) Eindeutige Rechtsverstöße grundsätzlich unzulässig	17
	(2) Ausnahme für Bagatelverstöße im Unternehmensinteresse	17
	(3) Notwendigkeit der Einzelfallentscheidung.....	18
ff)	Verstoß gegen ausländisches Recht.....	18
d)	Übertragung der Grundsätze der Business Judgment Rule	19
e)	Stellungnahme.....	19
aa)	Bedeutung der Reichweite der Business Judgment Rule	19
bb)	Gesetzesbegründung spricht für weite Auslegung	19
cc)	Unklare Rechtslage lässt gesetzgeberischen Willen unberührt ..	20
dd)	Auch „nützliche“ Rechtsverstöße sind Rechtsverstöße	20
	(1) Unternehmensinteresse kein Anwendbarkeitsargument.....	20
	(2) „Erforderlichkeit“ weiterer Haftung nicht maßgeblich	21
	(3) Vermeidung drohender Rechtsunsicherheit	21
	(4) Argument der Abschöpfung unlogisch.....	22
ee)	Keine Ausnahme bei ausländischem Recht.....	22
ff)	Keine Ausnahme bei unsicherer Sachverhaltsgrundlage.....	23
gg)	Keine analoge Anwendung der Business Judgment Rule	23
hh)	Differenzierung zwischen vertraglichen Pflichten und illegalem Verhalten	23
f)	Ergebnis.....	24

7. Zunehmend unklare Handlungspflichten der Geschäftsleiter	24
a) Auslegung führt zu Handlungsalternativen	24
b) Beispiel der „ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation“ i. S. v. § 25a KWG	25
aa) Lediglich qualitative Anforderungen des Gesetzes	25
bb) Konkretisierung mit Öffnungsklauseln.....	26
cc) Mitteilung der BaFin für Strafbarkeit erforderlich	26
c) Probleme aufgrund von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen	27
II. Steigende Bedeutung der Geschäftsleiterhaftung.....	27
1. Vielzahl an Haftungstatbeständen	27
a) Haftung gegenüber der Gesellschaft.....	27
aa) Organschaftliche Haftung nach §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG	27
bb) Deliktische Haftung	28
cc) Weitere Haftungstatbestände	29
b) Außen- und Sekundärhaftung	29
2. Vermehrte Haftungsklagen.....	29
3. Gesetzesverstoß als dankbare Pflichtverletzung.....	30
4. Zunehmender Beratungsbedarf in der Praxis	31
C. AUSWIRKUNGEN DES FACHKUNDIGEN RATS AUF DIE HAFTUNG DES GESCHÄFTSLEITERS	33
I. Grundfrage der Möglichkeit einer Enthaltung.....	33
II. Praktische Notwendigkeit des Vertrauens auf fachkundigen Rat	34
1. Komplexe Rechtslage und weiter Pflichtenkatalog	34
2. Beurteilung der Rechtslage nur Teil der Aufgaben.....	35
3. Einhaltung ausländischen Rechts.....	35
4. Haftungslücken als gesondertes Problem	36
5. Ergebnis	36
III. Berücksichtigung des Rechtsirrtums auf der Ebene der Pflichtwidrigkeit.....	37

1.	Möglichkeit eines pflichtwidrigkeitsausschließenden Rechtsirrtums	37
2.	Unterscheidung zwischen Primärpflicht und Rechtsrat	37
3.	Pflichtgemäßes Verhalten trotz objektiver Pflichtwidrigkeit.....	38
4.	Argumente für die Verortung auf der Pflichtenebene	39
a)	Keine Entsprechung im allgemeinen Haftungsrecht	39
b)	Vergleich zur Aufgabendelegation	40
c)	Mittelbare Pflicht zur Amtsniederlegung	41
d)	Vergleichende Betrachtung der Befugnisse des Aufsichtsrats	41
e)	Anwendung des § 93 Abs. 2 AktG (analog).....	42
f)	Zurechnung nach § 278 BGB	43
g)	Rechtfertigung durch pflichtgemäßes Alternativverhalten.....	43
IV.	Berücksichtigung des Rechtsirrtums beim Verschulden	45
1.	Verschulden als Haftungsvoraussetzung.....	45
2.	Grundsätzliche Möglichkeit fehlenden Verschuldens.....	45
3.	Figur des schuldausschließenden Rechtsirrtums.....	46
a)	Berücksichtigung von Rechtsirrtümern im Strafrecht	46
aa)	Verbotsirrtum i. S. d. § 17 StGB	46
bb)	Anforderungen an die Vermeidbarkeit	46
cc)	Rechtsrat durch Dritte	47
b)	Allgemeines Schuldrecht	48
c)	Gesellschaftsrechtliche Organhaftung	49
4.	Schuldausschließender Rechtsirrtum bei gesetzlich normierten Pflichtaufgaben.....	50
5.	Zurechnung des Verschuldens des Beraters als Erfüllungsgehilfen	51
a)	Zurechnung im allgemeinen Zivilrecht.....	51
b)	Keine Übertragbarkeit auf die Kapitalgesellschaft.....	51
aa)	Erfüllungsgehilfeneigenschaft	51
bb)	Kein Erfüllungsgehilfe des Geschäftsleiters.....	52
cc)	Ergebnis Zurechnung	52
D.	EINHOLEN DES RECHTSRATS	53

I.	Beratungserfordernis und Beratungspflicht	53
1.	Pflichtenmaßstab.....	53
2.	Notwendigkeit des Rechtsrats.....	54
a)	Erkennen der rechtlichen Fragestellung.....	54
b)	Rechtsrat als mögliche Erkenntnisquellen.....	55
3.	Pflicht zur Einholung des Rechtsrats.....	56
a)	Erforderlichkeit der Informationsbeschaffung.....	56
b)	Rechtsberatungspflicht im eigentlichen Sinne.....	56
aa)	Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Pflichtverletzung	56
bb)	Unterlassene Beratung als eigenständige Pflichtwidrigkeit	57
cc)	Keine eigenständige Pflicht zur Rechtsberatung	58
dd)	Stellungnahme.....	58
II.	Sorgfältige Auswahl des Beraters	59
1.	Eigenverantwortliche Auswahl.....	59
2.	Fachliche Eignung.....	60
a)	Objektive oder subjektive Eignung.....	60
b)	Kriterium der Formalqualifikation.....	61
aa)	Allgemein juristische Ausbildung	61
bb)	Fachspezifische Zusatzqualifikationen	62
cc)	Vorliegen der Formalqualifikation	64
c)	Sonst sachkundige Dritte	64
d)	Weitere Kriterien.....	64
3.	Persönliche Zuverlässigkeit.....	65
a)	Sorgfältige und verantwortungsbewusste Auftragsbearbeitung	65
b)	Unabhängigkeit des Beraters	65
aa)	Keine Eigeninteressen.....	65
bb)	Unabhängigkeit des internen Beraters	66
	(1) Grundsätzlich unabhängige Beratung.....	66
	(2) Problem der Beweislast	67
cc)	Unabhängigkeit des externen Beraters	68
dd)	Unabhängigkeit des vorbefassten Beraters.....	68

(1) Unabhängigkeitsvermutung nicht generell erschüttert.....	68
(2) Mehrstufiger oder sukzessiver Beratungsprozess	69
(3) Besonderheit im ISION-Fall.....	70
(4) Bewertung eines vorliegenden Beratungsergebnisses.....	70
4. Wirtschaftliche Aspekte	71
III. Prüfungsauftrag und dessen Dokumentation.....	71
IV. Anforderungen an die Sachverhaltsdarstellung	72
1. Zutreffende und vollständige Darstellung.....	72
2. Unzutreffende oder unvollständige Darstellung	73
a) Fahrlässige unvollständige Darstellung	73
b) Vorsätzlich unzutreffende oder unvollständige Darstellung	73
c) Schuldloses Darstellungsversäumnis	73
V. Rechtzeitigkeit des Rechtsrats	75
1. Auftragserteilung und Begutachtung.....	75
2. Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei verspätetem unzutreffenden Rechtsrat.....	75
a) Literaturauffassung	75
b) Stellungnahme	75
E. BEWERTUNG DES ERTEILTEN RECHTSRATS.....	77
I. Plausibilitätskontrolle.....	77
1. Notwendigkeit der Plausibilitätskontrolle.....	77
2. Anforderungen an die Plausibilitätsprüfung	77
a) Inhaltliche Prüfung des erteilten Rats	77
aa) Mindestmaß an Nachprüfungshandlungen	77
bb) Prüfung des Sachverhalts.....	78
cc) Widerspruchslose und lückenlose Begründung.....	78
dd) Berücksichtigung von Rechtsprechung und Schrifttum	79
ee) Vertrauendürfen bei Detailfragen	79
b) Erfordernis einer Zweitmeinung	80
c) Sich widersprechende Rechtsgutachten.....	80
d) Gefälligkeitsgutachten	81
e) Möglichkeit der Delegation	81
f) Dokumentation der Plausibilitätsprüfung	82

3.	Umfasst Rechtsrat die geplante Maßnahme?.....	82
4.	Rechtsauskünfte zur Gesetzesumgehung.....	82
a)	Indiz für bedingtes Unrechtsbewusstsein?.....	82
b)	Stellungnahme.....	83
c)	Einschränkungen bei erkennbar einseitigem Rechtsrat?	84
5.	Aktualität der Auskunft	85
a)	Wiederholte Handlungen und Teilakte	85
b)	Dauertatbestände	85
II.	Modalitäten der Auskunftserteilung.....	86
1.	Anforderungen an die Darstellung.....	86
a)	Allgemeine Anforderungen an die Darstellungsform.....	86
b)	Zusammenfassende Darstellungen.....	87
2.	Mündliche Rechtsauskünfte.....	87
3.	Ad hoc-Auskünfte	88
a)	Vertrauenswürdigkeit ablehnende Auffassung	88
b)	Vertrauenswürdigkeit bejahende Auffassung	89
c)	Stellungnahme.....	89
III.	Grenzen des juristischen Rats.....	90
1.	Beschränkung auf den Fachbereich	90
2.	Differenzierung zwischen Rechtsauskunft und Sachverhaltsfragen.....	90
3.	Vermischung von Tatsachen- und Rechtsfragen	91
4.	Einschränkende Auskünfte	91
IV.	Gerichtliche Nachprüfbarkeit des Vertrauens auf den Rechtsrat	92
1.	Objektiver Maßstab.....	92
2.	Subjektiver Maßstab.....	92
3.	Stellungnahme	93
F.	ANWENDUNG DES RECHTSRATS.....	95
I.	Problem der unklaren Rechtslage	95
1.	Konstellationen nicht aufklärbarer Rechtslage	95
2.	Erfordernis des Zweitgutachtens eines spezialisierten Beraters..	95

3. Vertrauen auf die höchstrichterliche und obergerichtliche Rechtsprechung.....	95
II. Handeln bei unklarer Rechtslage	96
1. Fehlen höchstrichterlicher und obergerichtlicher Rechtsprechung.....	96
2. Anwendbarkeit der Business Judgment Rule?	96
3. Bestehen eines sonstigen Handlungsspielraums?	96
a) Eröffnung des Handlungsspielraums	96
b) Inhalt der Risikobewertung.....	97
aa) Vorrangige Berücksichtigung der wahrscheinlichen Rechtslage	97
bb) Abwägung der Vorteile und Nachteile als Handlungsmaßstab ..	98
cc) Folgen einer vertretbaren Auffassung	98
III. Handeln entgegen dem Rechtsrat.....	99
IV. Bewusstes Abweichen von einer ständigen Rechtsprechung.....	99
G. ERGEBNIS.....	101
SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS	XXV