

## INHALTSÜBERSICHT

<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....</b>	<b>XVII</b>
<b>A. EINLEITUNG .....</b>	<b>1</b>
I. Problemkonstellation .....	1
II. Bestimmung des Untersuchungsgegenstands .....	1
III. Gang der Untersuchung .....	2
<b>B. PFLICHTEN UND HAFTUNG DER GESCHÄFTSLEITER.....</b>	<b>3</b>
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
<b>C. AUSWIRKUNGEN DES FACHKUNDIGEN RATS AUF DIE HAFTUNG DES GESCHÄFTSLEITERS .....</b>	<b>33</b>
I. Grundfrage der Möglichkeit einer Enthaftung.....	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.	<b>Möglichkeit eines pflichtwidrigkeitsausschließenden Rechtsirrtums</b> .....	37
2.	<b>Unterscheidung zwischen Primärpflicht und Rechtsrat</b> .....	37
3.	<b>Pflichtgemäßes Verhalten trotz objektiver Pflichtwidrigkeit</b> .....	38
4.	<b>Argumente für die Verortung auf der Pflichtenebene</b> .....	39
<b>IV.</b>	<b>Berücksichtigung des Rechtsirrtums beim Verschulden</b> .....	45
1.	<b>Verschulden als Haftungsvoraussetzung</b> .....	45
2.	<b>Grundsätzliche Möglichkeit fehlenden Verschuldens</b> .....	45
3.	<b>Figur des schuldausschließenden Rechtsirrtums</b> .....	46
4.	<b>Schuldausschließender Rechtsirrtum bei gesetzlich normierten Pflichtaufgaben</b> .....	50
5.	<b>Zurechnung des Verschuldens des Beraters als Erfüllungsgehilfen</b> .....	51
<b>D.</b>	<b>EINHOLEN DES RECHTSRATS</b> .....	53
<b>I.</b>	<b>Beratungserfordernis und Beratungspflicht</b> .....	53
1.	<b>Pflichtenmaßstab</b> .....	53
2.	<b>Notwendigkeit des Rechtsrats</b> .....	54
3.	<b>Pflicht zur Einholung des Rechtsrats</b> .....	56
<b>II.</b>	<b>Sorgfältige Auswahl des Beraters</b> .....	59
1.	<b>Eigenverantwortliche Auswahl</b> .....	59
2.	<b>Fachliche Eignung</b> .....	60
3.	<b>Persönliche Zuverlässigkeit</b> .....	65
4.	<b>Wirtschaftliche Aspekte</b> .....	71
<b>III.</b>	<b>Prüfungsauftrag und dessen Dokumentation</b> .....	71
<b>IV.</b>	<b>Anforderungen an die Sachverhaltsdarstellung</b> .....	72
1.	<b>Zutreffende und vollständige Darstellung</b> .....	72
2.	<b>Unzutreffende oder unvollständige Darstellung</b> .....	73
<b>V.</b>	<b>Rechtzeitigkeit des Rechtsrats</b> .....	75
1.	<b>Auftragerteilung und Begutachtung</b> .....	75
2.	<b>Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei verspätetem unzutreffenden Rechtsrat</b> .....	75

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

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

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....</b>	<b>XVII</b>
<b>A. EINLEITUNG .....</b>	<b>1</b>
I. Problemkonstellation .....	1
II. Bestimmung des Untersuchungsgegenstands .....	1
III. Gang der Untersuchung .....	2
<b>B. PFLICHTEN UND HAFTUNG DER GESCHÄFTSLEITER.....</b>	<b>3</b>
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 Enthaftung 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.	<b>Reichweite der Legalitätspflicht umstritten .....</b>	<b>14</b>
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 bestimmmbare Rechtslage .....	15
cc)	<i>Ex ante</i> nicht bestimmmbare Sachverhaltsgrundlage .....	15
dd)	Verletzung vertraglicher Pflichten.....	16
ee)	Nützlicher Verstoß gegen Rechtsvorschriften .....	17
(1)	Eindeutige Rechtsverstöße grundsätzlich unzulässig .....	17
(2)	Ausnahme für Bagatellverstöße 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 „ <i>nützliche</i> “ Rechtsverstöße sind Rechtsverstöße .....	20
(1)	Unternehmensinteresse kein Anwendbarkeitsargument....	20
(2)	„ <i>Erforderlichkeit</i> “ 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)	<b>Ergebnis.....</b>	<b>24</b>

<b>7.</b>	<b>Zunehmend unklare Handlungspflichten der Geschäftsleiter .....</b>	<b>24</b>
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
<b>II.</b>	<b>Steigende Bedeutung der Geschäftsleiterhaftung .....</b>	<b>27</b>
1.	<b>Vielzahl an Haftungstatbeständen .....</b>	<b>27</b>
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.	<b>Vermehrte Haftungsklagen .....</b>	<b>29</b>
3.	<b>Gesetzesverstoß als dankbare Pflichtverletzung.....</b>	<b>30</b>
4.	<b>Zunehmender Beratungsbedarf in der Praxis .....</b>	<b>31</b>
<b>C.</b>	<b>AUSWIRKUNGEN DES FACHKUNDIGEN RATS AUF DIE HAFTUNG DES GESCHÄFTSLEITERS .....</b>	<b>33</b>
<b>I.</b>	<b>Grundfrage der Möglichkeit einer Enthaftung.....</b>	<b>33</b>
<b>II.</b>	<b>Praktische Notwendigkeit des Vertrauens auf fachkundigen Rat .....</b>	<b>34</b>
1.	<b>Komplexe Rechtslage und weiter Pflichtenkatalog .....</b>	<b>34</b>
2.	<b>Beurteilung der Rechtslage nur Teil der Aufgaben.....</b>	<b>35</b>
3.	<b>Einhaltung ausländischen Rechts.....</b>	<b>35</b>
4.	<b>Haftungslücken als gesondertes Problem .....</b>	<b>36</b>
5.	<b>Ergebnis .....</b>	<b>36</b>
<b>III.</b>	<b>Berücksichtigung des Rechtsirrtums auf der Ebene der Pflichtwidrigkeit .....</b>	<b>37</b>

<b>1.</b>	<b>Möglichkeit eines pflichtwidrigkeitsausschließenden Rechtsirrtums .....</b>	<b>37</b>
<b>2.</b>	<b>Unterscheidung zwischen Primärpflicht und Rechtsrat .....</b>	<b>37</b>
<b>3.</b>	<b>Pflichtgemäßes Verhalten trotz objektiver Pflichtwidrigkeit.....</b>	<b>38</b>
<b>4.</b>	<b>Argumente für die Verortung auf der Pflichtenebene .....</b>	<b>39</b>
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
<b>IV.</b>	<b>Berücksichtigung des Rechtsirrtums beim Verschulden .....</b>	<b>45</b>
1.	<b>Verschulden als Haftungsvoraussetzung .....</b>	<b>45</b>
2.	<b>Grundsätzliche Möglichkeit fehlenden Verschuldens .....</b>	<b>45</b>
3.	<b>Figur des schuldausschließenden Rechtsirrtums.....</b>	<b>46</b>
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.	<b>Schuldausschließender Rechtsirrtum bei gesetzlich normierten Pflichtaufgaben.....</b>	<b>50</b>
5.	<b>Zurechnung des Verschuldens des Beraters als Erfüllungsgehilfen .....</b>	<b>51</b>
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
<b>D.</b>	<b>EINHOLEN DES RECHTSRATS .....</b>	<b>53</b>

<b>I.</b>	<b>Beratungserfordernis und Beratungspflicht .....</b>	<b>53</b>
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
<b>II.</b>	<b>Sorgfältige Auswahl des Beraters .....</b>	<b>59</b>
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
<b>4. Wirtschaftliche Aspekte .....</b>	<b>71</b>
<b>III. Prüfungsauftrag und dessen Dokumentation.....</b>	<b>71</b>
<b>IV. Anforderungen an die Sachverhaltsdarstellung .....</b>	<b>72</b>
1. <b>Zutreffende und vollständige Darstellung.....</b>	<b>72</b>
2. <b>Unzutreffende oder unvollständige Darstellung .....</b>	<b>73</b>
a) Fahrlässige unvollständige Darstellung .....	73
b) Vorsätzlich unzutreffende oder unvollständige Darstellung .....	73
c) Schuldloses Darstellungsversäumnis .....	73
<b>V. Rechtzeitigkeit des Rechtsrats .....</b>	<b>75</b>
1. <b>Auftragserteilung und Begutachtung.....</b>	<b>75</b>
2. <b>Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei verspätetem unzutreffenden Rechtsrat.....</b>	<b>75</b>
a) Literaturauffassung .....	75
b) Stellungnahme .....	75
<b>E. BEWERTUNG DES ERTEILTEN RECHTSRATS.....</b>	<b>77</b>
<b>I. Plausibilitätskontrolle .....</b>	<b>77</b>
1. <b>Notwendigkeit der Plausibilitätskontrolle .....</b>	<b>77</b>
2. <b>Anforderungen an die Plausibilitätsprüfung .....</b>	<b>77</b>
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 Schriftum .....	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

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

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