

Inhaltsübersicht

		Seite
Vorwort		II
Inhaltsverzeichnis		V
Abkürzungsverzeichnis		
Teil A.	Einleitung	1
Teil 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
II.	Der vom Vorstand zu beachtende Sorgfaltsmäßigstab im Rahmen von gesetzlich gebundenen Entscheidungen	11
III.	Der zu beachtende Sorgfaltsmäßigstab bei der Einholung der organexternen Beratung bei gesetzlich gebundenen Entscheidungen	19
IV.	Die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen den anzuwendenden Sorgfaltsmäßigstab	133
V.	Die Übertragbarkeit der Grundsätze zur Einholung externer Beratung auf den Anwendungsbereich der BJR	158
Teil C.	Der Sorgfaltsmäßigstab des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft bei der Einholung externer Beratung	175
I.	Der gesetzlich zugewiesene Aufgabenbereich des Aufsichtsrats	176

II.	Der allgemein zu beachtende Sorgfaltstaßstab des Aufsichtsrats	176
III.	Die gesetzlichen Rahmenbedingungen bei der Beratung des Aufsichtsrats durch einen organ- fremden Dritten	179
Teil D.	Schluss	189
Literaturverzeich- nis		192
Appendix I	Verzeichnis der zitierten Gerichtsentscheidun- gen	211

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 „ <i>Leitung</i> “ gemäß § 76 Abs. 1	5
a. Die Konkretisierung des Begriffs der „ <i>Leitung</i> “ 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 „ <i>Leitung</i> “ und „ <i>Geschäftsführung</i> “ im Aktienrecht	9
c. Stellungnahme zu dem Verständnis der Begriffe „ <i>Leitung</i> “ und „ <i>Geschäftsführung</i> “.....	9
II. Der vom Vorstand zu beachtende Sorgfaltsmäßigstab im Rahmen von gesetzlich gebundenen Entscheidungen.....	11
1. Der gesetzliche Anknüpfungspunkt in § 93 Abs. 1 S. 1	11
2. Die Abweichung vom gesetzlichen Sorgfaltsmäßigstab 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 Sorgfaltspflichtmaßstab bei der Einholung der organexternen Beratung bei gesetzlich gebundenen Entscheidungen.....	17
1. Die dem Vorstand obliegenden Pflichten	18
2. Der vom Vorstand einzuhaltende Sorgfaltspflichtmaßstab 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 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 Enthaltung 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 befreuten 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 ergebenen 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 Sorgfaltsmäßigstab 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 Sorgfaltsmäßigstab	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 letztlicher 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 „ <i>Angemessenheit</i> “ 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 Sorgfaltsmäßstab des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft bei der Einholung externer Beratung	156
I. Der gesetzlich zugewiesene Aufgabenbereich des Aufsichtsrats.....	156
II. Der allgemein zu beachtende Sorgfaltsmäßstab 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 Sorgfaltsmäßstabs 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 Sorgfaltsmäßstabs .	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