

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 132

Das Vertrauen des Vorstandsmitglieds auf Rechtsauskünfte

Von

Thomas Philip Diekmann



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS PHILIP DIEKMANN

Das Vertrauen des Vorstandsmitglieds
auf Rechtsauskünfte

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 132

Das Vertrauen des Vorstandsmitglieds auf Rechtsauskünfte

Von

Thomas Philip Diekmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Jahre 2016 als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-15546-0 (Print)
ISBN 978-3-428-55546-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85546-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Arbeit wurde 2016 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 25. Oktober 2017 statt. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum 31. August 2018 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit. Zudem danke ich Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Kindler für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Schließlich danke ich meiner Liebsten, die mich bei all meinen Vorhaben stets unterstützt. Ihr ist dieses Buch gewidmet.

München, September 2018

Thomas Philip Diekmann

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einleitung	13
§ 1 Problemaufriss	13
§ 2 Rechtsauskunft	16
A. Funktion	17
I. Pflichterfüllung	17
II. Haftungsvermeidung	18
B. Gegenstand	20
I. Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung	20
II. Aussagegehalt	21
III. Sachverhaltserhebung	23
§ 3 Gang der Untersuchung	23

Teil 2

Allgemeiner Teil	26
§ 4 Sorgfaltsprüfung	26
A. Grundlagen	27
B. Erkennbarkeit	29
C. Vermeidbarkeit	30
§ 5 Verbotsirrtum im allgemeinen Schuldrecht	31
A. Erkennbarkeit	32
I. Veranlassung zur Rechtsprüfung	32
II. Wahrscheinlichkeit des Rechtsverstoßes	32
B. Vermeidbarkeit	34
I. Allgemein	34
II. BGH, Beschl. v. 21. 12. 1995 – V ZB 4/94 (Wohnungsverwalter)	35
C. Abgrenzung zum Vorsatz	37

§ 6 Vorstandshaftung nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG	38
A. Pflichtverletzung	38
I. Verletzung einer objektiven Verhaltenspflicht	39
II. Die Regelung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	40
B. Verschulden	40
§ 7 Sorgfaltspflichten	42
A. Allgemeine Sorgfaltspflicht	42
I. Pflichtenbeschreibung	42
II. Pflichtverletzung	43
B. Legalitätspflicht	45
I. Verbot „nützlicher“ Rechtsverstöße	45
II. Interne Legalitätspflicht	47
1. Gegenstand	47
2. Deklaratorischer Charakter	48
3. Pflichtverletzung	49
III. Externe Legalitätspflicht	50
1. Herleitung	51
a) Ausgangslage	51
b) Systematische Auslegung	52
aa) Externe Rechtsbindungen	53
bb) § 396 AktG	55
2. Pflichtverletzung	55
C. Subjektive Sorgfaltspflicht	56
I. Verhältnis von objektiver und subjektiver Pflichtwidrigkeit	56
1. Allgemeine Sorgfaltspflicht und externe Legalitätspflicht	56
2. Interne Legalitätspflicht	57
II. Erlaubtes Risiko	58
§ 8 Entscheidungsspielräume	59
A. Beurteilungsspielraum	60
B. Unternehmerischer Ermessensspielraum	62
I. Unternehmerische Entscheidung	62
II. Angemessenheit der Informationsgrundlage	65
§ 9 Aufgabendelegation	66
A. Zulässigkeit	66
B. Sorgfaltspflichten	68
§ 10 Zusammenfassung der Grundlagen für die Untersuchung	69

Teil 3

Pflichtwidrigkeit und Rechtsirrtümer

72

§ 11 Haftungsrechtlicher Kontext	72
§ 12 Erlaubtes Irrtumsrisiko	73
A. Allgemeine Sorgfaltspflicht	75
B. Legalitätspflicht	76
I. Überschießende Wirkung eines strikten Geltungsvorrangs	77
II. Rechtfertigung eines strikten Geltungsvorrangs	78
1. Externe Legalitätspflicht	79
2. Interne Legalitätspflicht	80
III. Einzelfallabwägung	81
1. Wahrscheinlichkeit des Rechtsverstoßes	81
2. Schadensausmaß	82
3. Beurteilungsspielraum	82
a) Allgemein	83
b) Reduzierung des Beurteilungsspielraums auf null	84
§ 13 Konkretisierung der Sorgfaltsanforderungen	85
A. Ermittlung rechtlicher Risiken	85
I. Erfordernis eines Anfangsverdachts	85
II. Anforderungen an einen Anfangsverdacht	87
III. Sorgfaltspflichten bei Bestehen eines Anfangsverdachts	89
B. Anforderungen an den Rechtsstandpunkt	90
I. Sichere Rechtslage	91
II. Unsichere Rechtslage	91
1. Allgemein	91
2. Herausforderung einer herrschenden Meinung	95

Teil 4

Sorgfaltsanforderungen an den rechtlichen Beratungsprozess

96

§ 14 Dogmatische Grundlagen	96
A. Pflichtenkontext und Verhaltensmaxime	96
B. Aufgabendelegation	97
C. Gefahrenquellen	98
I. Beratungsfehler und mangelhafte Instruktion	98
II. Rechtsunsicherheiten	100

III. Gefälligkeitsauskünfte	100
1. Abgrenzung zum Vorsatz	101
2. Gefahrenfaktoren	102
a) Erfahrungen mit dem Rechtsberater	102
b) Wirtschaftliches Interesse des Rechtsberaters	102
c) Weisungsabhängigkeit und Ergebnisvorgabe	104
d) Wirtschaftliche Bedeutung der Maßnahme	105
§ 15 Anlass für die Einholung von Rechtsauskünften	106
A. Ausgleich fehlender Rechtskenntnisse	106
I. Legalitätspflicht	106
II. Allgemeine Sorgfaltspflicht	107
B. Delegation aus Gründen der Leitungskapazität	108
C. „Pflicht“ zur Delegation	109
§ 16 Die Sorgfaltsanforderungen im Einzelnen	110
A. Vorbemerkung	110
B. Auswahlorgfalt	111
I. Fachliche Qualifikation	111
1. Erfordernis einer Spezialisierung	112
2. Prüfungspflicht	112
3. Phänomene fachlicher Qualifikation	113
a) Fachanwaltstitel	114
b) Sonstige Selbstdarstellung	115
c) Erfahrungen mit dem Rechtsberater	116
d) Empfehlungen Dritter	116
e) Einfluss der Größe des Unternehmens	117
II. Unabhängigkeit	117
1. Erfahrungen mit dem Rechtsberater	118
2. Wirtschaftliche Abhängigkeit	119
3. Vorbefassung mit dem Auskunftsgegenstand	120
a) Abstrakte Gefahr der Befangenheit	120
b) Auswirkungen auf die Auswahlorgfalt	121
C. Einweisungssorgfalt	123
I. Auftragserteilung	123
II. Informationsverantwortung	124
1. Ermittlung des relevanten Sachverhalts	124
a) Erkennbarkeit von Informationsdefiziten bei erfolgter Aufklärung	125
b) Erkennbarkeit von Informationsdefiziten bei unterbliebener Aufklärung	125
2. Sachverhaltserhebung	128

D. Plausibilitätskontrolle 129

 I. Allgemeines 129

 1. Voraussetzungen einer Prüfungspflicht 129

 2. „Plausibilität“ 130

 3. Sorgfaltsmaßstab 132

 II. Überprüfung des Rechtsstandpunkts des Beraters 134

 1. Gefahr von Beratungsfehlern 134

 2. Gefahr aufgrund von Rechtsunsicherheiten 135

 a) Risikodarstellung 136

 b) Umgang mit Rechtsunsicherheiten 137

 3. Gefahr einer Gefälligkeitsauskunft 141

 a) Vollständigkeit und Richtigkeit der Risikodarstellung 141

 b) Verbleibendes Risiko 142

 c) Sorgfaltsvorkehrungen 143

 aa) Gutachterliche Darstellung der Rechtslage 143

 bb) Qualitative Bewertung des Rechtsstandpunkts 144

 4. Wirtschaftliche Risiken 146

 5. Gesamtbetrachtung 146

 III. Überprüfung des zugrunde liegenden Sachverhalts 148

 1. Offenkundige Informationsdefizite 148

 2. Prüfungspflicht 149

 a) Vollständige und zutreffende Informationsgrundlage 149

 b) Ordnungsgemäße Informationsverwertung 149

 IV. Form der Rechtsauskunft 150

 V. Einholen eines Zweitgutachtens 151

 VI. Delegation der Plausibilitätskontrolle 154

Teil 5

Zusammenfassung der Ergebnisse 156

Literaturverzeichnis 160

Stichwortverzeichnis 167

Teil 1

Einleitung

§ 1 Problemaufriss

Vorstandsmitglieder müssen im Rahmen ihrer Geschäftsführung eine Vielzahl rechtlicher Vorgaben beachten. Die hierfür erforderlichen Rechtskenntnisse weisen sie jedoch regelmäßig nicht auf. Sie sind dann darauf angewiesen, sich von einem Rechtsberater über die Rechtslage aufklären zu lassen.

Aber auch Rechtsauskünfte bieten keine Richtigkeitsgewähr. Vertraut das Vorstandsmitglied auf eine unzutreffende Rechtsauskunft und resultiert hieraus ein Rechtsverstoß, stellt sich vor dem Hintergrund der Haftungsnorm des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG die Frage, ob es trotz der sein Handeln bestätigenden Auskunft der Gesellschaft gegenüber für einen aus dem Rechtsverstoß entstandenen Schaden einstehen muss.

Über diese Frage hatte der BGH in seinem ISION-Urteil vom 20. September 2011¹ erstmals zu entscheiden. Danach ist ein Vertrauen der betroffenen Vorstandsmitglieder auf eine ihnen gegenüber erteilte Rechtsauskunft nicht ohne weiteres gerechtfertigt. Vielmehr bedarf es der Einhaltung besonderer Sorgfaltsanforderungen bei der Ausgestaltung des rechtlichen Beratungsprozesses: Erforderlich sei, „dass sich das Vertretungsorgan, das selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht.“²

Dieses Urteil zog im Schrifttum eine rege Diskussion nach sich.³ Allein die einleitenden Ausführungen zu der zitierten Formel mussten für Unsicherheit sorgen.⁴

¹ BGH, NZG 2011, 1271.

² *Ebd.* (1273).

³ Exemplarisch für die Kontroverse *Krieger*, ZGR 2012, 496; *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137.

⁴ „Ein Organmitglied muss wie jeder Schuldner für einen Rechtsirrtum einstehen, wenn er schuldhaft gehandelt hat. An das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums sind strenge Maßstäbe anzulegen. Ein Schuldner muss die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten. Dabei trifft grundsätzlich den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.“ BGH, NZG 2011, 1271 (1272 f.).

Stellte der BGH doch die Verknüpfung zu den strengen Sorgfaltsanforderungen her, die nach allgemeinem Schuldrecht an die Vermeidbarkeit von Rechtsirrtümern gestellt werden, und wies dem Vorstandsmitglied im Grundsatz das Risiko zu, im Rahmen seiner Geschäftsführung einem Rechtsirrtum zu unterliegen.⁵ Kombiniert mit den Unklarheiten über die Anforderungen einer Legalitätspflicht des Vorstandsmitglieds waren dem Ausmaß einer erforderlichen Aufklärung der Rechtslage zunächst keine Grenzen gesetzt.⁶

Für Aufsehen sorgten insbesondere die Anforderungen, die der BGH an den Rechtsberatungsprozess gestellt hat. Fortan konnte ein Vorstandsmitglied schon nicht mehr wissen, bei welchem Rechtsberater es Rechtsrat einholen darf. Gefordert wurde die „Unabhängigkeit“ des Beraters.⁷ Ob die Juristen der unternehmensinternen Rechtsabteilung wegen einer etwaigen Betriebsblindheit oder Weisungsgebundenheit von vornherein als vertrauenswürdige Auskunftspersonen ausscheiden und ob bei gegebenenfalls wirtschaftlich von ihrem Mandanten abhängigen Rechtsanwältinnen eine Tendenz zu vermuten ist, aus Gefälligkeit rechtswidrige Maßnahmen als rechtmäßig zu zertifizieren, wurde unter Vertretung aller in Betracht kommenden Ergebnisse diskutiert.⁸ Lag dem Vorstandsmitglied schließlich eine Rechtsauskunft vor, stand es nunmehr vor der Frage, wie es mit dieser umgehen muss, damit es auf ihren Inhalt auch vertrauen darf. Denn der BGH warf zwar das Erfordernis einer Plausibilitätskontrolle auf, hatte aber nicht die Gelegenheit, diesen Begriff mit Inhalt zu füllen. Das Schrifttum konkretisierte dieses Sorgfaltserfordernis teilweise wiederum zu der Aufgabe, das verbleibende Defizit auszuräumen, das trotz Auswahl eines unabhängigen Rechtsberaters dessen Vertrauenswürdigkeit noch entgegenstand. So wurde zum Zweck der Plausibilitätskontrolle erklärt, ausschließen zu können, dass der Rechtsberater dem Vorstandsmitglied eine sog. Gefälligkeitsauskunft erteilt, ihm also unabhängig von der objektiven Rechtslage die Rechtmäßigkeit der überprüften Maßnahme bestätigt, um deren Vornahme haftungssicher zu ermöglichen.⁹

⁵ Vgl. zum Rechtsirrtum im allgemeinen Schuldrecht unten § 5.

⁶ Vgl. *Freund*, NZG 2015, 1419 (1422): „Was die Legalitätspflichten anbelangt, hat die Ision-Entscheidung des BGH die Schrauben angezogen. Möglicherweise war dies gar nicht beabsichtigt, wurde aber in der Praxis so wahrgenommen.“

⁷ Vgl. BGH, NZG 2011, 1271 (1273).

⁸ Vgl. z. B. *Schwarz*, CCZ 2013, 36 (37): „Das Kriterium der Unabhängigkeit stellt klar, dass sich der Geschäftsführer zur erforderlichen Prüfung nicht z. B. eines Mitarbeiters der Rechtsabteilung bedienen darf, selbst wenn dieser hervorragend qualifiziert ist.“ Zur Gefahr einer Betriebsblindheit unternehmensinterner, aber unter Umständen auch externer Rechtsberater *Selter*, AG 2012, 11 (15); *MüKoAktG/Spindler*, § 93 Rn. 78. *Hölters/Hölters*, § 93 Rn. 249b, sieht die Unabhängigkeit externer Rechtsberater gegebenenfalls durch eine langjährige Dauermandatsbeziehung oder Wichtigkeit des Mandanten gefährdet.

⁹ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1404); *Selter*, AG 2012, 11 (18); *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137 (141).

Für Erleichterung sorgte der BGH mit seinem Urteil vom 28. April 2015.¹⁰ Zwar blieb der Senat bei der Zuweisung des Irrtumsrisikos an das Vorstandsmitglied und betonte sogar, dass dieses sich bei einem Rechtsirrtum nur ausnahmsweise entlasten könne.¹¹ Im Vergleich zu den umfassenden Rechtskenntnissen, die von einem Schuldner nach allgemeinem Schuldrecht erwartet werden, stellte er jedoch einen erheblich mildereren Maßstab auf.¹² Danach musste das Vorstandsmitglied, ein ausgebildeter Kommunikationswissenschaftler, nicht zwischen der Vertretungskompetenz des Vorstands für ein bestimmtes Rechtsgeschäft und einem diesbezüglichen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats unterscheiden können.¹³ Entsprechend wurde das Vertrauen auf Rechtsauskünfte gestärkt: Erforderlich ist nicht, dass das Vorstandsmitglied den Rechtsberater mit der Klärung konkreter Rechtsfragen beauftragt. Ausreichend ist, dass es davon ausgehen darf, dass dieser sich mit allen relevanten Rechtsfragen befasst.¹⁴ Auch die Anforderungen an eine Plausibilitätskontrolle wurden konkretisiert: Die Rechtsauskunft muss nicht mit der objektiven Rechtslage abgeglichen, sondern lediglich darauf überprüft werden, „ob dem Berater nach dem Inhalt der Auskunft alle erforderlichen Informationen zur Verfügung standen, er die Informationen verarbeitet hat und alle sich in der Sache für einen Rechtsunkundigen aufdrängenden Fragen widerspruchsfrei beantwortet hat oder sich auf Grund der Auskunft weitere Fragen aufdrängen.“¹⁵

Obwohl dieses Urteil den offenen Anforderungen des Urteils vom 20. September 2011 Grenzen gezogen hat, verbleiben Unsicherheiten über die Pflichtenlage des Vorstandsmitglieds im Hinblick auf den rechtlichen Aufklärungs- bzw. Beratungsprozess. Das betrifft insbesondere die Anforderungen an die Plausibilitätskontrolle bei Vorliegen einer unsicheren Rechtslage. Hieran knüpft die vorliegende Untersuchung an. Es geht namentlich um die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Vorstandsmitglied auf eine ihm erteilte Rechtsauskunft vertrauen darf mit der Folge, dass es für einen dennoch erfolgten Rechtsverstoß der Gesellschaft gegenüber nicht einstehen muss.

Die eigentlichen Anforderungen an den rechtlichen Beratungsprozess, namentlich die Auswahl und Instruktion des Rechtsberaters sowie die Anforderungen an die Kontrolle der Rechtsauskunft, bilden dabei nur das letzte Teilstück dieser Untersuchung. Von grundlegender Bedeutung für die Konkretisierung dieser Anforderungen ist der dogmatische Rahmen, in dem sich die Frage nach einem berechtigten Vertrauen des Vorstandsmitglieds auf Rechtsauskünfte stellt. Denn die Gründe für das Erfordernis einer Aufklärung der Rechtslage bilden auch die Prämissen für die Konkretisierung der diesbezüglichen Sorgfaltsanforderungen. Das betrifft den

¹⁰ BGH, NZG 2015, 792.

¹¹ *Ebd.* (794).

¹² Vgl. zu den Anforderungen im allgemeinem Schuldrecht unten § 5 A. I.

¹³ BGH, NZG 2015, 792 (795).

¹⁴ *Ebd.* (794 f.).

¹⁵ *Ebd.* (795).