

# BERATER: HAFTUNGSFALLE FÜR DEN GESCHÄFTSFÜHRER?!



**Uwe Müller,**  
Rechtsanwalt/ LL.M., PATZINA LOTZ  
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

## I. Einleitung

Cum-Ex-Geschäfte und die Rolle von Banken sowie ihrer Organe bei diesen sind derzeit Gegenstand einer Vielzahl von Auseinandersetzungen und Diskussionen. Nur wenig Beachtung findet in diesem Zusammenhang die Frage, welche Bedeutung die Mitwirkung von Rechtsberatern und deren gutachterlichen Stellungnahmen über die „rechtliche Zulässigkeit“ von Cum-Ex-Geschäften für die im Raum stehende Haftung der handelnden Organe hat. Der entscheidende Punkt dürfte sein, ob eine falsche Rechtseinschätzung bzw. ein falscher Rechtsrat des Rechtsberaters das Verschulden und somit ein (mögliches) pflichtwidriges Handeln der handelnden Organe entfallen lässt oder nicht. Ob das Vertrauen auf den „Rat eines Experten“ letztlich „enthaftend“ wirkt, betrifft allerdings nicht nur juristische Fragestellungen, sondern im Ergebnis alle Bereiche (z.B. naturwissenschaftliche, technische, künstlerische Fragen), in denen Geschäftsführer sich der Expertise von Beratern bedienen. In einem Regressprozess gegen den Geschäftsführer kommt der Auswahl und Einsatz von Beratern durch den Geschäftsführer somit eine (mit-) entscheidende Bedeutung zu. Von erheblicher Bedeutung ist hierbei die Darlegungs- und Beweislast, die den Geschäftsführer trifft. Ihm obliegt es, in einem Regressprozess darzulegen und zu beweisen, dass er nicht pflichtwidrig oder zumindest nicht schuldhaft gehandelt hat.

## II. Auswahl und Einsatz von Beratern

Wer das Amt als Geschäftsführer übernimmt, muss die hierfür erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse besitzen. Bei Entscheidungen auf Geschäftsführerebene hat der Geschäftsführer deshalb grundsätzlich fehlende ei-

gene Fachkenntnisse durch die Einschaltung von Beratern zu kompensieren. Da ein Berater in der Regel nicht Erfüllungsgehilfe des Geschäftsführers bei der Erfüllung seiner Pflichten ist, muss der Geschäftsführer sich das Verschulden des Beraters für dessen fehlerhafte Beratung zwar nicht zurechnen lassen, sofern er der Empfehlung des Beraters gefolgt ist. Dies bedeutet allerdings nicht, dass sich ein Geschäftsführer allein durch die Einschaltung von Beratern automatisch von jeglichem Haftungsrisiko für die von ihm zu treffenden Entscheidungen befreien kann. Ein eigenes Verschulden des Geschäftsführers und somit die Haftung des Geschäftsführers ist auch in diesen Fällen nur dann ausgeschlossen, wenn der beauftragte Berater unabhängig, qualifiziert und fachlich zur Erteilung der Handlungsempfehlungen bzw. der Gutachtenerstellung geeignet war und der Geschäftsführer dem Berater alle zur Beurteilung der entscheidenden Fragen erforderlichen Fakten richtig und vollständig offengelegt hat. Darüber hinaus obliegt es dem Geschäftsführer, das Beratungsergebnis auf seine Plausibilität hin zu prüfen. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann das Verschulden des Geschäftsführers und mithin seine Haftung durch das Vertrauen auf die Handlungsempfehlung seines Beraters entfallen.

### 1. Grundsätzliche Anforderungen an die Auswahl des Beraters

Der Geschäftsführer hat sich bei der erforderlichen Auswahlentscheidung selbst über die erforderliche spezifische Sachkunde des Beraters zu vergewissern. Es ist deshalb nicht ausreichend, dass ihm ein Dritter (z.B. ein Aufsichtsratsmitglied) den Berater als kompetenten Ansprechpartner für die zu prüfende Frage genannt hat.



Für den Nachweis der erforderlichen Sachkunde des Beraters kommt es nicht nur auf dessen formale Qualifikation (z.B. als Rechtsanwalt) an, sondern auch, ob er bezogen auf die zu begutachtende Frage über die erforderliche Sachkenntnis und Erfahrung verfügt. Wenn der Geschäftsführer aufgrund der ihm zugänglichen Informationen nicht beurteilen kann, ob eine von ihm als Berater ausgesuchte Person ausreichend fachkundig ist, darf er diese nicht beauftragen.

Der zu beauftragende Berater muss unabhängig sein, d.h. er darf sich in seinem Erkenntnisgewinn nicht von sachwidrigen Erwägungen oder von Eigeninteressen leiten lassen. Inwieweit bereits die wirtschaftliche Abhängigkeit oder Weisungsabhängigkeit des Beraters zum Ausschluss der Unabhängigkeit führt, hängt von dem Einzelfall ab. Zum Beispiel sind Mitarbeiter der Rechtsabteilung zwar weisungsabhängig, sollen aber nicht per se abhängig in dem oben genannten Sinn sein. Im Gegenzug kann ein externer Berater abhängig von der Gesellschaft sein, weil er eine Vielzahl von Aufträgen von dieser bekommt. Auch eine Vorbeziehung des Beraters mit der zu prüfenden Frage kann seine erforderliche Unabhängigkeit entfallen lassen.

## 2. Grundsätzliche Anforderungen an die Information des Beraters

Dem Berater müssen alle Informationen und alle Unterlagen zugänglich gemacht werden, die er braucht, um die zu prüfende Frage ordnungsgemäß beantworten zu können. Der Geschäftsführer muss entweder selbst wissen, auf welche Informationen es ankommt oder er muss den Berater fragen. Allein darauf zu vertrauen, dass der Berater schon nach den erforderlichen Informationen fragen wird, ist somit nicht ausreichend. Gelangt der Berater zu einem falschen Ergebnis, weil der Geschäftsführer irrtümlich eine Information für nicht relevant hält, fällt dies letztlich in den Verantwortungsbereich des Ge-

schäftsführers. Dem Geschäftsführer ist deshalb dringend zu raten, die zu prüfende Frage hinreichend zu spezifizieren und sich über die zur Beantwortung der Frage erforderlichen Informationen mit dem Berater abzustimmen. Im Zweifel ist dem Berater ein „Mehr“ an Informationen zu geben. Aufgrund seiner Darlegungs- und Beweislast in einem Regressprozess sollte der Geschäftsführer zudem sicherstellen, dass sich später in einem Prozess feststellen lässt, von welchem Sachverhalt der Berater bei seiner Prüfung ausgegangen ist. In keinem Beratungsgutachten sollte deshalb eine abschließende Aufstellung der von dem Berater verwendeten Unterlagen und Informationen fehlen.

## 3. Plausibilitätsprüfung

Untaugliche Gutachten bzw. Gefälligkeitsgutachten lassen das Verschulden des Geschäftsführers und somit seine Haftung nicht entfallen. Der Geschäftsführer darf daher nicht blind auf die Antwort des Beraters vertrauen. Der Geschäftsführer hat das Beratungsergebnis vielmehr auf seine Plausibilität hin zu überprüfen. Dem Vorwurf einer fehlenden oder unvollständigen Plausibilitätsprüfung kann der Geschäftsführer nur entgehen, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass das Gutachten keinen Anlass zur Beanstandung gibt. Der Geschäftsführer muss im Rahmen der Plausibilitätsprüfung prüfen, ob das Gutachten bzw. die Handlungsempfehlung auf zutreffenden und vollständigen Tatsachen basiert, sich gründlich mit den gestellten Fragen auseinandersetzt oder nur einseitig eine von mehreren konkurrierenden Ansichten vertreten wird. Schließlich muss der Geschäftsführer prüfen, ob die erteilte Auskunft Widersprüche oder Begründungslücken aufweist. Weiter muss der Geschäftsführer das Ergebnis des Gutachtens mit einem etwaigen Meinungsstand in seiner Branche vergleichen. Widerspricht das Gutachten diesen Grundsätzen, können sich



daraus Bedenken gegen die Richtigkeit des Gutachtens ergeben, denen der Geschäftsführer nachgehen muss. Grundsätzlich gilt, dass ein Gutachten, welches für einen „Laien“ erstattet wird, auch für diesen nachvollziehbar sein muss. Ist es dies nicht, besteht ein erhebliches Risiko, dass es nicht geeignet ist, dem Geschäftsführer als ausreichende Entscheidungsgrundlage zu dienen.

Es wird von einem Geschäftsführer allerdings keine Plausibilitätsprüfung dergestalt erwartet, die letztlich gerade das Fachwissen erfordert, für das er den Berater beauftragt hat. Auch wird von einem Geschäftsführer im Regelfall nicht verlangt, dass er ein mehrere hundert Seiten starkes Expertengutachten im Einzelnen Wort für Wort durcharbeitet. Auch hier gilt allerdings der Grundsatz, Ausnahmen bestätigen die Regel. Je existenzieller die zu prüfende Frage für das Unternehmen ist, umso intensiver muss sich ein Geschäftsführer mit dieser und somit auch mit der Handlungsempfehlung des Beraters auseinandersetzen.

Um eine ausreichende Plausibilitätsprüfung vornehmen zu können, ist grundsätzlich eine schriftliche Gutachterstellung erforderlich. Bei besonderer Eilbedürftigkeit oder einer klar definierten Frage, die kurz und klar beantwortet werden kann, soll ein mündlich erteilter Rat ausreichend sein. Allerdings sollte ein Geschäftsführer in jedem Fall dafür Sorge tragen, dass er dennoch über eine ausreichende schriftliche Dokumentation (z.B. ein Gesprächsprotokoll, ein die Auskunft bestätigendes Schreiben etc.) verfügt.

### III. Fazit

Dem Geschäftsführer ist dringend anzuraten, sich mit den dargelegten Anforderungen, welche die Rechtsprechung letztlich an die Auswahl und den Einsatz von Beratern stellt, auseinanderzusetzen und für deren Einhaltung zu sorgen. Allein der pauschale Hinweis, er sei im guten Glauben der Handlungsempfehlung seines Beraters gefolgt, wird in einem Regressprozess jedenfalls nur in ganz seltenen Ausnahmefällen das Verschulden eines an sich pflichtwidrigen und die Gesellschaft schädigenden Verhaltens des Geschäftsführers entfallen lassen. ■

