

BOARD - aktueller Jahrgang > 2022 > BOARD 4/2022 > Aufsätze > Die Plausibilisierungsfehlerhaftung der Aufsichtsratsmitglieder

Zeitschrift:	BOARD
Autor:	Oliver Lange
Beitragstyp:	Beitrag
Ausgabe:	4/2022

Die Plausibilisierungsfehlerhaftung der Aufsichtsratsmitglieder

Oliver Lange



RA Oliver Lange, LL.M. (M&A), LL.M. (Insurance), Köln¹

Aufsichtsratsmitgliedern wird – genauso wie Vorstandsmitgliedern – abverlangt, dass sie unternehmerische Entscheidungen nur auf (zumindest) plausibler Tatsachengrundlage treffen. Das erfordert eine Plausibilitätsprüfung, also die Prüfung, ob die zur Entscheidungsgrundlage gemachten Tatsachen jeweils einzeln und in ihrer Gesamtheit² zutreffend und vollständig erscheinen und damit den Schluss auf eine bestimmte Sach- oder Rechtslage³ zulassen⁴ oder ob sie eine offensichtliche Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit zeigen und deshalb einen solchen Schluss nicht tragen.⁵ Zwei aktuelle Urteile – in denen die Gerichte jeweils eine Haftung in vielfacher Millionenhöhe wegen fehlerhafter Plausibilisierung angenommen haben – veranschaulichen das Risiko.

1 Der Autor leitet die Schadenbearbeitung und die Produktentwicklung der D&O-Versicherungsgemeinschaft VOV. Die Ausführungen geben seine persönliche Meinung wieder, die nicht zwangsläufig der Meinung der VOV entspricht.

2 Im Sinne eines „schlüssigen Gesamtbildes“ (BGH BKR 2017, 340 Rn. 9).

3 Bspw. das Nichtbestehen einer Pflicht, einen Innenhaftungsanspruch der Gesellschaft gegen ein Vorstandsmitglied zu verfolgen oder das Nichtbestehen einer Insolvenzreife und damit einer Pflicht, den Vorstand zur rechtzeitigen Stellung eines Insolvenzantrags anzuhalten.

4 Siehe BGH PharmR 2015, 353, 355, wonach eine Plausibilitätsprüfung in der Prüfung besteht, ob die dem Prüfpflichtigen bekannten Tatsachen geeignet sind, eine bestimmte Annahme zu begründen, bspw. – im Fall des § 84a Abs. 1 Satz 1 AMG – die Annahme der Ursächlichkeit eines Arzneimittels für den Gesundheitsschaden eines Arzneimittelanwenders (was etwa zu bejahen ist, wenn ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Medikamenteneinnahme und dem Auftreten gesundheitlicher Beeinträchtigungen besteht).

5 Bsp.: Keine Plausibilität der Richtigkeit eines Anlageprospekts, wenn er Tatsachenangaben enthält, die in Widerspruch zu dem Anlagevermittler bekannten Tatsachen stehen (BGH Beschl. v. 21.5.2008 – III ZR 230/07, BeckRS 2008, 10802 Rn. 5); keine Plausibilität eines Antrags auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe, wenn der Antragsteller seine Bedürftigkeit damit begründet, er habe sein gesamtes Geldvermögen in Höhe von 230.000 E von der Bank abgehoben, um in bar eine nicht näher bestimmte Immobilie zu erwerben, und das Geld im Schlafzimmer seiner Mietwohnung ungesichert aufbewahrt, wo es ihm während zweiwöchiger Urlaubsabwesenheit durch Unbekannte gestohlen worden sei (BGH NJW-RR 2008, 953 Rn. 9 ff.).

Inhalt

- I. Rechtsprechung des OLG Hamm
- II. Rechtsprechung des KG Berlin
- III. Rechtsprechung des BGH
- IV. Versicherungsschutz
- V. Fazit

Keywords

Haftung; Plausibilitätskontrolle; Schadensersatzansprüche

Normen

§§ 93, 116 AktG; § 64 GmbHG; § 15 b InsO n.F

I. Rechtsprechung des OLG Hamm

Das OLG Hamm hat durch Urteil vom 6.4.2022 (Az. 8 U 73/12)⁶ zwei frühere Aufsichtsratsmitglieder einer insolventen Aktiengesellschaft⁷ (neben weiteren, in geringerem Umfang haftenden früheren Aufsichtsratsmitgliedern) gesamtschuldnerisch zur Zahlung von rund 53 Mio. E zuzüglich Zinsen (rd. 28 Mio. E⁸) und eines Teils der Kosten des Rechtsstreits an den Insolvenzverwalter der Gesellschaft verurteilt. Die Entscheidung beruht vordergründig auf dem Verjährenlassen von Innenhaftungsansprüchen der Gesellschaft gegen frühere Vorstandsmitglieder. Diese hafteten der AG wegen des pflichtwidrigen Abschlusses nachteiliger Verträge (Verkauf bebauter Grundstücke „weit unterhalb des jeweiligen Verkehrswerts“⁹ und Anmietung der verkauften Immobilien zu „unvertretbar weit oberhalb der ortsüblichen Marktmieten“¹⁰ liegenden Mietzinsen). Im Kern beruht die Verurteilung der früheren Aufsichtsratsmitglieder aber weniger auf dem Verjährenlassen der Vorstandshaftung als darauf, dass sie sich bei ihrer Entscheidung für das Verjährenlassen vor allem davon leiten ließen, dass eine bestehende D&O-Versicherung wegen eines Wissenslichkeitseinwands voraussichtlich nicht leisten und das Privatvermögen der Vorstandsmitglieder zur Schadentilgung bei weitem nicht ausreichen werde. Im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung hätten die Aufsichtsratsmitglieder – so jedenfalls das OLG Hamm – beide Aspekte nicht hinreichend verifiziert und dadurch vorwerfbare Plausibilisierungsfehler begangen. Das Gericht sah einen fahrlässigen Plausibilisierungsmangel „darin, dass die Beklagten (...) als damals verantwortliche Aufsichtsratsmitglieder (...) die Realisierbarkeit von Schadensersatzansprüchen deutlich zu negativ einschätzten, da sie (...) zu Unrecht von einer wahrscheinlich fehlenden Einstandspflicht [der D&O-Versicherer] sowie ungeprüft von einer Realisierbarkeit des Ersatzanspruchs gegenüber dem Privatvermögen der Alt-Vorstände in Höhe von lediglich 10 bis 20 Mio. € ausgingen (...), ohne sich mit Chancen und Höhe der Haftung zugunsten der Insolvenzschuldnerin hinreichend zu befassen.“¹¹ Eine realistische Bestandsaufnahme der Realisierungsmöglichkeiten hätte ergeben, dass mindestens 15 Mio. € aus Privatvermögen der früheren Vorstandsmitglieder pfändbar gewesen seien; „zuzüglich künftig pfändbarer Teile der unstreitig bezogenen Ruhegehälter und unter Berücksichtigung der Leistungen der [D&O-Versicherer] wären eine Forderung in der Größenordnung der Klageforderung sowie evtl. Kosten realisierbar gewesen“.¹² Zwar hatten die Aufsichtsratsmitglieder sich zur Einstandspflicht der D&O-Versicherung und zum realisierbaren Privatvermögen der Vorstandsmitglieder sogar in- und extern beraten lassen; hierzu meint das OLG Hamm

6 OLG Hamm BeckRS 2022, 7597.

7 Es handelte sich um die Arcandor AG (vormals KarstadtQuelle AG).

8 www.juve.de v. 11.4.2022 (Arcandor-Verwalter und Ex-Vorstände drehen Schadensersatzprozess am OLG | juve.de).

9 OLG Hamm Urt. v. 6.4.2022, 8 U 73/12, BeckRS 2022, 7597, Rn. 130.

10 OLG Hamm Urt. v. 6.4.2022, 8 U 73/12, BeckRS 2022, 7597, Rn. 136.

11 OLG Hamm Urt. v. 6.4.2022, 8 U 73/12, BeckRS 2022, 7597, Rn. 247.

12 OLG Hamm Urt. v. 6.4.2022, 8 U 73/12, BeckRS 2022, 7597, Rn. 212.

jedoch, die Beratung sei offenkundig unzureichend und damit für eine pflichtgemäße Aufsichtsratsentscheidung untauglich gewesen: „Die maßgebliche Pflichtverletzung der Beklagten (...) liegt darin, dass sie aufgrund unzureichender sachkundiger Beratung ohne tragfähige Grundlage für ihre Entscheidung kausal von keiner oder einer im Verhältnis zu Aufwand und Risiken unverhältnismäßig niedrigen Realisierbarkeit der Schadensersatzforderungen gegen die damaligen Vorstände ausgegangen sind. (...) Bzgl. der maßgeblichen wirtschaftlichen Fehleinschätzung der noch marktangemessenen Kaufpreise und Mieten lag eine wissentliche Pflichtverletzung zum damaligen Beurteilungszeitpunkt am 4.12.2006 nicht nahe, weshalb die Beklagten (...) bei zutreffender unabhängiger Beratung ernsthaft damit hätten rechnen müssen, dass der [D&O-Versicherer] im Falle der Haftung der Alt-Vorstände im Saldo für 40 bis zu 80 Mio. € einstehen würde. Das hätte die Gewichtung der Argumente und das Risiko der Inanspruchnahme in einem deutlich anderen, günstigeren Licht für die klageweise Geltendmachung erscheinen lassen und Anlass dafür sein müssen, die Frage einer vonseiten der Alt-Vorstände fahrlässig deutlich zu niedrigen wirtschaftlichen Bewertung der Verkehrswerte der Immobilien und weit überhöhten vertraglich vereinbarten Rückanmietung rechtzeitig vor Verjährungseintritt aufgrund eigener Fachkunde/mit fachlicher Beratung vertieft in den Blick zu nehmen. Dies hätte nach den oben getroffenen Feststellungen bei einem Teil der Objekte zu dem Schluss auf eine erhebliche, von den Alt-Vorständen fahrlässig herbeigeführte wirtschaftliche Schädigung der Insolvenzschuldnerin geführt.“¹³ Die Aufsichtsratsmitglieder hätten bei ihrer Entscheidung nicht „auf die ihnen vorliegenden Unterlagen, insbesondere die Gutachten E¹⁴ und die Stellungnahme F,¹⁵ aber auch die Empfehlung der hauseigenen Rechtsabteilung (...) vertrauen dürfen, (...) weil (...) erkennbar war, dass maßgebliche Gesichtspunkte, die für die Frage der Realisierbarkeit der Schadensersatzansprüche von Bedeutung waren, nicht hinreichend aufgeklärt wurden. Dies betrifft die Einstandspflicht der [D&O-Versicherung] und die Höhe der Privatvermögen der passivlegitimierten (früheren) Vorstandsmitglieder. Ist für ein Organmitglied ersichtlich, dass die Sachverhaltsfeststellung nicht vollständig war, darf es auf die Richtigkeit eines Expertenrats nicht vertrauen.“¹⁶

II. Rechtsprechung des KG Berlin

Das KG Berlin hat durch Urteil vom 28.4.2022 (Az. 2 U 39/18) einen früheren Allein-Geschäftsführer einer insolventen Konzern-GmbH zur Zahlung von rund 5,6 Mio. € zuzüglich Zinsen und der Kosten des Rechtsstreits an den Insolvenzverwalter der Gesellschaft verurteilt. Das Urteil beruht vordergründig auf Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen, die der Beklagte noch nach Insolvenzureife der Gesellschaft zugelassen hatte, also auf Insolvenzverschleppung (§ 64 GmbHG a.F. = § 15 b Abs. 4 InsO n.F.). Mit Blick auf die Pflicht von Aufsichtsratsmitgliedern, die rechtzeitige Stellung eines Insolvenzantrags durch den Vorstand zu überwachen, gelten die tragenden Gründe der Entscheidung gem. §§ 116 S. 1 AktG i.V.m. § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG a.F. (nunmehr: § 15 b Abs. 4 InsO n.F.) für Aufsichtsräte entsprechend. Im Kern wird die Verurteilung des früheren Geschäftsführers weniger vom Vorwurf der Insolvenzverschleppung getragen als von dem Vorwurf, dass er sich bei seiner Entscheidung, keinen Insolvenzantrag zu stellen, sondern die Geschäfte der Gesellschaft weiterzuführen, vor allem von Gutachten einer die Konzernmuttergesellschaft beratenden auf Insolvenzrecht spezialisierten Anwaltskanzlei hatte leiten lassen, die wiederholt fehlende Insolvenzureife bestätigt hatte. Dem Geschäftsführer, der zugleich Mitglied des Konzernvorstands war, hätte dieser Ratschlag – so jedenfalls das KG Berlin – nicht plausibel erscheinen dürfen. Das Gericht erkennt einen schuldhaften Plausibilisierungsfehler im Übersehen des Umstands, dass die Anwaltskanzlei „keine insolvenzrechtliche Begutachtung der Schuldnerin geleistet hat, deren gegebenenfalls insolvenzantragspflichtiger Alleingeschäftsführer der Bekl. aber war“,¹⁷ sondern lediglich eine insolvenzrechtliche Beurteilung des Gesamtkonzerns: „Ein Konzerninsolvenzrecht besteht in Deutschland nicht, vielmehr war die Insolvenzantragspflicht des Bekl. als Geschäftsführer der Schuldnerin allein von den wirtschaftlichen Verhältnissen der Schuldnerin abhängig. (...)“

13 OLG Hamm Urst. v. 6.4.2022, 8 U 73/12, BeckRS 2022, 7597, Rn. 245.

14 Es handelte sich um Rechtsgutachten eines externen Juristen (OLG Hamm Urst. v. 6.4.2022, 8 U 73/12, BeckRS 2022, 7597, Rn. 13).

15 Es handelte sich um die Stellungnahme einer Investmentbank zu etwaigen Folgen einer Inanspruchnahme früherer Organmitglieder (OLG Hamm Urst. v. 6.4.2022, 8 U 73/12, BeckRS 2022, 7597, Rn. 13).

16 OLG Hamm Urst. v. 6.4.2022, 8 U 73/12, BeckRS 2022, 7597, Rn. 248.

17 KG NZI 2022, 573 Rn. 64.

Zur Betrachtung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Schuldnerin hat sich die [Anwaltskanzlei] aber nicht geäußert, worauf sie in ihrem Gutachten selbst hinwies. Die Schlussfolgerungen der [Anwaltskanzlei] waren schon von daher nicht geeignet, dem Bekl. den Blick auf eine etwaige Insolvenzantragspflicht hinsichtlich der Schuldnerin zu verstellen, so dass sich dieser nicht auf einen unvermeidlichen Rechtsirrtum berufen kann.¹⁸ Dieser Plausibilitätsmangel sei auch nicht dadurch geheilt worden, dass die Anwaltskanzlei „in ihrem Gutachten (...) Ausführungen dazu macht, warum im vorliegenden Fall eine konzerneinheitliche Prüfung des Vorliegens von Insolvenzantragsgründen ausnahmsweise ausreichend sei. Der Senat folgt der Auffassung des Bekl. und des LG nicht, der Bekl. hätte sich auf diese Einschätzung verlassen dürfen. Hiermit kann der Bekl. schon deswegen kein Gehör finden, weil er (...) hätte erkennen müssen, dass die dort eingenommene Rechtsposition von dort auch ausdrücklich mitgeteilten tatsächlichen Voraussetzungen¹⁹ abhängen sollte, die aber tatsächlich gar nicht vorlagen.“²⁰ Einen zweiten schuldhaften Plausibilisierungsfehler sieht das Gericht darin, dass der Geschäftsführer weitere Tatsachenirrtümer der Anwaltskanzlei hätte erkennen und berichtigen müssen: „Der gebotenen Sorgfalt hätte es (...) nicht nur entsprochen, der [Anwaltskanzlei] gegenüber sogleich wahrheitsgemäße Angaben zu machen, sondern auch, die [Anwaltskanzlei] spätestens nach Empfang des ersten Gutachtens darauf hinzuweisen, dass sie bei ihrer für die Haftung der Geschäftsführenden entscheidenden Tätigkeit von unzutreffenden Tatsachen ausging.“²¹

III. Rechtsprechung des BGH

Die beiden Urteile veranschaulichen, dass das Vertrauen auf in- oder externe rechtliche Beratung nicht so risikolos ist, wie der ein oder andere Aufsichtsrat (oder Geschäftsleiter) in der Praxis gelegentlich meint. Aufsichtsratsmitglieder können genauso wenig wie Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer gewiss sein, dass die Einholung einer anwaltlichen Empfehlung und deren Befolgung im Rahmen einer Entscheidung auf jeden Fall von einer persönlichen Haftung für die Folgen der Entscheidung befreit. Vielmehr müssen für eine haftungsbefreiende Beratung ganz bestimmte – vom BGH ausdifferenzierte²² – Voraussetzungen erfüllt sein,²³ weshalb einem Aufsichtsratsmitglied, welches Rechtsrat in Anspruch nimmt, zu empfehlen ist, dass es den Anwalt nicht nur zur Erteilung von Rechtsrat mit Blick auf die konkret anstehende Entscheidung verpflichtet, sondern zusätzlich ausdrücklich dazu, deutlich darauf hinzuweisen, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit die Beratung enthaftende Wirkung entfaltet. Diesen Bedingungen – wozu unter dem Aspekt der Plausibilitätskontrolle auch die Prüfung der Begründung des anwaltlichen Ratschlags auf Widerspruchsfreiheit und Vollständigkeit der zugrunde gelegten Tatsachen gehört – muss dann aber auch minutiös gefolgt werden, weil jede Bedingungsverletzung dazu führt, dass der Beratung keine haftungsbefreiende Wirkung mehr zukommt.²⁴ Wichtig ist im Übrigen, dass sich niemand von Titeln, dem Ruf oder Referenzen eines Anwalts blenden lässt, denn der BGH hat bereits unmissverständlich geurteilt: „Das Vertrauen in die Fachkompetenz [einer Anwaltskanzlei] ersetzt die Plausibilitätskontrolle nicht.“²⁵

IV. Versicherungsschutz

Es bleibt die Möglichkeit des Aufsichtsrats, sich ausreichend zu versichern, um eine Haftung, der selbst durch anwaltliche Beratung nicht mit Gewissheit entgangen werden kann, abzufedern. Das ist auch mit Blick auf die anwaltlichen Kosten eines Haftungsprozesses sinnvoll, wenn man zum einen bedenkt, dass die Frage der

18 KG NZI 2022, 573 Rn. 65.

19 Nämlich „umfassenden konzerninternen Patronatserklärungen“ und einer „in der Praxis gelebten Vereinbarung einer Finanzausstattung der einzelnen Konzerngesellschaften untereinander“.

20 KG NZI 2022, 573 Rn. 66.

21 KG NZI 2022, 573 Rn. 72.

22 Siehe insb. BGH NZG 2011, 1271 Rn. 16 ff.; NZG 2015, 792 Rn. 35 f.; NZG 2017, 1188 Rn. 13; NJW 2017, 2463 Rn 29 f.; NZI 2020, 180 Rn. 21 ff.; ferner Strohn CCZ 2013, 177, 179 ff.

23 Siehe BGH NZG 2011, 1271 Rn. 18: „Erforderlich ist (...), 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 (...).“

24 BGH DB 2007, 1455, 1456 f.

25 BGH NZG 2011, 1271 Rn. 25.

Enthftung durch Beratung erst im Prozess geklert wird und zum anderen, dass die Stundenhonorare einer anwaltlichen Prozessvertretung rund 300 € netto (und mehr) betragen. Eine neuere Versicherungsmglichkeit besteht in einer speziellen Aufsichtsrats-D&O-Versicherung, die – genauso wie die „normale“ D&O-Firmenversicherung – von der Gesellschaft abgeschlossen und bezahlt wird und als Exzedent („Anschlussversicherung“) fungiert. Hierdurch wird die Firmenversicherung zu einer Grundversicherung und deren Versicherungssumme durch diejenige des Exzedentenvertrags aufgestockt, mit der Maßgabe, dass der Exzedent ausschlielich den Aufsichtsratsmitgliedern zur Verfugung steht. Infolgedessen verfugen die Aufsichtsratsmitglieder uber eine unentziehbare eigene Versicherungssumme, hinsichtlich derer sie keinen Verbrauch zugunsten von Vorstandsmitgliedern oder leitenden Angestellten der versicherungsnehmenden Gesellschaft oder ihrer Konzerngesellschaften furchten mussen. Im Versicherungsfall tragt der Versicherer der D&O-Firmenversicherung die anwaltlichen Verteidigungskosten und einen vom Aufsichtsratsmitglied evtl. geschuldeten Schadenersatz vom ersten Euro bis zum Verbrauch der (Grund-)Versicherungssumme; der Versicherer des Aufsichtsrats-Exzedenten tragt die daruber hinausgehenden Aufwendungen bis zum Verbrauch der Anschlussversicherungssumme. Ein D&O-Aufsichtsrats-Exzedent verspricht aber nicht nur eine Erhohung der Gesamtversicherungssumme exklusiv fur Aufsichtsratsmitglieder, sondern kann auch mit exklusiven Assistance-Leistungen ausgestattet sein, bspw. einer Rechtsberatung, die speziell auf die Bedurfnisse von Aufsichtsratsmitgliedern zugeschnitten ist. Solche Assistance-Leistungen konnen, z.B. im Wege der Einholung einer second opinion zu einem bereits vorgelegten anwaltlichen Erstgutachten, dazu beitragen, sicherzustellen, dass einer anwaltlichen Beratung diejenige enthaftende Wirkung zukommt, derentwegen sie beauftragt wird.

V. Fazit

Dem Wortstamm nach bedeutet „Plausibilisieren“, etwas daraufhin zu uberprufen, ob es Beifall verdient.²⁶ Johann Wolfgang von Goethe hat hierzu folgenden interessanten Gedanken notiert: „wer die menschen betruagen will, musz vor allen dingen das absurde plausibel machen.“²⁷

²⁶ plausibilis – Latein-Deutsch Ubersetzung | PONS.

²⁷ In: Jacob Grimm, Wilhelm Grimm (Hrsg.): Deutsches Worterbuch. 16 Bände in 32 Teilbänden, 1854–1960; Stichwort: „plausibel“.