

# Praxishandbuch Vorstands- und Aufsichtsratschaftung

von  
Dr. Matthias Pitkowitz

1. Auflage

Praxishandbuch Vorstands- und Aufsichtsratschaftung – Pitkowitz

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Gesellschaftsrecht: Gesamtdarstellungen



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 66149 5



# beck-shop.de

Für Victoria

# beck-shop.de

## Praxishandbuch Vorstands- und Aufsichtsratschaftung

Pflichten, Haftung, Ermessen und Versicherung in  
der Aktiengesellschaft

Deutschland und Österreich

Von

**Dr. Matthias M. Pitkowitz, LL.M. (Columbia)**

Rechtsanwalt in New York (Attorney at Law)

2014



# beck-shop.de

**www.beck.de**

ISBN 978 3 406 66149 5

© 2014 Verlag C.H. Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck und Bindung: BELTZ Bad Langensalza GmbH  
Neustädter Straße 1–4, D-99947 Bad Langensalza

Satz: Fotosatz H. Buck  
Zweikirchener Str. 7, 84036 Kumhausen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

## Vorwort

Über die Jahre hat sich das Haftungsrecht der Aktiengesellschaft stark gewandelt. Einst selten relevant, ist es heute zu einem allgegenwärtigen Thema herangewachsen. Neben einem massiven Pflichtenzuwachs finden sich Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder mit teils dreisten Haftungsklagen konfrontiert. Die Relevanz des Themas wird schon aus Zahl und Umfang der einschlägigen Publikationen deutlich.

Das vorliegende Handbuch soll dem Bedürfnis gerecht werden, sich einfach Zugang zu den relevanten Materien verschaffen zu können. Es stellt den Anspruch, die Komplexitäten des Haftungsrechts und der damit verbundenen Themenbereiche (Pflichten, Ermessen und Versicherung) in verständlicher, kompakter Weise abzuhandeln und auch Nicht-Juristen zugänglich zu machen, ohne dabei seinen wissenschaftlichen Anspruch zu verlieren. Dabei soll es neben Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern auch Rechtsanwälten und Richtern als kompaktes Nachschlagewerk dienen. Das Handbuch stellt aber weder den Anspruch auf Vollständigkeit, noch soll es umfassende Beratung ersetzen. Der Rechtsanwalt nimmt hier jedenfalls eine bedeutende Rolle ein. Wer aber seine Pflichten und den Haftungsrahmen kennt, der kann sich auch besser innerhalb dieser Regeln bewegen und gezielter beraten lassen.

Mein besonderer Dank gilt Frau Dr. Marie-Therese Richter, die mir bei Zusammenstellung des Handbuches stets tatkräftig zur Seite stand, Herrn Richard Hall, Esq., der mir als Mentor die Fertigstellung ermöglichte, Frau Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss, für die Weckung meines akademischen Interesses, sowie nicht zuletzt, Herrn Dr. Roland Klaes und Herrn Matthias Hoffmann vom Verlag C.H. Beck, ohne deren Einsatz das Handbuch in dieser Form nicht das Licht der Welt erblickt hätte.

Den Benutzern des Handbuches wünsche ich, dass es ihnen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben behilflich ist. Anregungen und gegebenenfalls auch Kritik nehme ich gerne dankbar entgegen (MPitkowitz@cravath.com).

New York, im März 2014

Matthias M. Pitkowitz

**beck-shop.de**

# beck-shop.de

## Inhaltsübersicht

<b>Vorwort</b> .....	V
<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	IX
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	XVII
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	XXIII
<b>Entscheidungsverzeichnis</b> .....	XXXI
<b>Abbildungsverzeichnis</b> .....	XXXV
<b>§ 1 Einleitung</b> .....	1
<b>§ 2 Pflichten des Vorstands</b> .....	3
I. Aufgaben .....	3
II. Pflichten .....	8
<b>§ 3 Pflichten des Aufsichtsrats</b> .....	43
I. Aufgaben .....	43
II. Pflichten .....	56
<b>§ 4 Haftung</b> .....	71
I. Voraussetzungen der Vorstands- und Aufsichtsratshaftung .....	71
II. Haftung .....	94
III. Prozessrechtliche Bestimmungen .....	99
<b>§ 5 Unternehmerisches Ermessen und die Business Judgment Rule</b> .....	107
I. Grundlagen .....	107
II. Voraussetzungen für das rechtmäßige Ausüben unternehmerischen Ermessens („BJR-Kriterien“) .....	116
<b>§ 6 Legalitätspflicht</b> .....	143
I. Einleitung .....	143
II. Externe Legalitätspflicht und Innenhaftung .....	144
III. Nützliche Pflichtverletzung und externe Legalitätspflicht .....	158
IV. Haftung bei Verletzung der externen Legalitätspflicht .....	162
<b>§ 7 D&amp;O-Versicherung</b> .....	165
I. Einleitung .....	165
II. Ursprung und Entwicklung .....	166
III. Vor- und Nachteile einer D&O-Versicherung .....	168
	VII



IV. Die D&O-Versicherung als Vertrag .....	171
V. Gegenstand der Versicherung .....	177
<b>§ 8 Executive Summary .....</b>	<b>199</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>207</b>

## Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	V
<b>Inhaltsübersicht</b> .....	VII
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	XVII
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	XXIII
<b>Entscheidungsverzeichnis</b> .....	XXXI
<b>Abbildungsverzeichnis</b> .....	XXXV
<b>§ 1 Einleitung</b> .....	1
<b>§ 2 Pflichten des Vorstands</b> .....	3
<b>I. Aufgaben</b> .....	3
<i>A. Geschäftsführung</i> .....	3
<i>B. Leitung des Unternehmens</i> .....	4
<i>C. Vertretung der Gesellschaft</i> .....	5
<i>D. Erfüllung des Unternehmenszwecks und Verfolgung des Unternehmensgegenstandes</i> .....	7
<b>II. Pflichten</b> .....	8
<i>A. Die Sorgfaltspflicht</i> .....	9
1. Die Sorgfaltspflicht als Pflichtenquelle .....	10
a) Legalitätspflicht .....	13
b) Überwachungspflicht und <i>Compliance</i> .....	13
(1) Selbstüberwachung des Vorstands .....	15
(2) Überwachung nachgeordneter Unternehmensangehöriger (Organisationspflichten) .....	16
c) Sorgfaltspflicht und unternehmerisches Ermessen .....	17
2. Die Sorgfaltspflicht als Verschuldensmaßstab .....	17
<i>B. Die Treuepflicht</i> .....	18
1. Allgemeine Treuepflicht (Generalklausel) .....	18
2. Gesetzlich normierte Sondertatbestände der Treuepflicht .....	19
a) Wettbewerbsverbot (§ 88 dAktG bzw § 79 Abs 1 öAktG) .....	19
b) Verschwiegenheitspflicht (§ 93 Abs 1 S 3 dAktG bzw § 84 Abs 1 S 2 öAktG) .....	24
3. Weitere Ausformungen .....	26
<i>C. Sonstige Pflichten</i> .....	27
1. Pflichten aus Gesetz .....	27
a) Pflicht zur Namensangabe auf Geschäftsbriefen (§ 80 dAktG) .....	27
b) Pflicht zur Anmeldung von Änderungen des Vorstands (§ 81 dAktG bzw § 73 öAktG) .....	28

c) Pflicht zur Leitung der Gesellschaft (§ 76 Abs 1 dAktG bzw § 70 Abs 1 öAktG) .....	28
d) Pflicht zur Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungs- beschlüssen (§ 83 dAktG) .....	29
e) Pflicht zur Einhaltung des Wettbewerbsverbots (§ 88 dAktG bzw § 79 Abs 1 öAktG) .....	29
f) Pflicht zur Berichterstattung gegenüber dem Aufsichtsrat (§ 90 dAktG bzw § 81 öAktG) .....	30
g) Entsprechenserklärung .....	31
h) Pflicht zur Buchführung und Einrichtung eines Frühwarnsystems (§ 91 dAktG bzw § 82 öAktG) .....	32
(1) Buchführungspflicht .....	32
(2) Frühwarnsystem .....	33
i) Pflicht zur Einberufung der Hauptversammlung (Verlustanzeige) und Stellung des Insolvenz- oder Vergleichsantrags (§ 92 dAktG, § 15a InsO bzw § 83 öAktG) .....	35
j) Pflicht zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Aufsichtsrat .....	37
k) Pflichten im Übernahmefall .....	37
2. Pflichten aus Satzung und Organbeschlüssen .....	38
3. Pflichten aus Anstellungsvertrag .....	39
D. Zusammenfassung .....	39
<b>§ 3 Pflichten des Aufsichtsrats .....</b>	<b>43</b>
<b>I. Aufgaben .....</b>	<b>43</b>
A. Überwachung der Geschäftsführung (Beratung und Kontrolle) .....	44
B. Einflussmöglichkeiten .....	47
1. Überblick .....	47
2. Zugriff auf Information (§ 90 dAktG bzw § 95 öAktG) .....	48
3. Zustimmungsvorbehalte .....	50
a) Einführung .....	50
b) Zustimmungsvorbehaltspflicht und Zustimmungsvorbehaltsfähigkeit .....	50
c) Einholung der Zustimmung .....	51
4. Personalkompetenz (§ 84 dAktG bzw § 75 öAktG) .....	53
5. Erlass einer Geschäftsordnung für den Vorstand (§ 77 Abs 2 S 1 dAktG) .....	54
6. Mitwirkung bei der Festlegung der Konditionen einer Aktiengabe unter Ausnutzung genehmigten Kapitals (§ 204 Abs 1 S 2 dAktG) .....	55
<b>II. Pflichten .....</b>	<b>56</b>
A. Die Sorgfaltspflicht .....	56
1. Die Sorgfaltspflicht als Pflichtenquelle .....	56
2. Die Sorgfaltspflicht als Verschuldensmaßstab .....	57
B. Treuepflicht .....	59
1. Allgemeine Treuepflicht (Generalklausel) .....	59

2. Verschwiegenheitspflicht	61
a) Interessen der Gesellschaft	61
b) Geltungsbereich	61
c) Rechtsfolgen	63
<i>C. Gesetzliche Einzelpflichten</i>	64
1. Pflicht zur Einberufung der Hauptversammlung (§ 111 Abs 3 S 1 dAktG bzw § 95 Abs 4 öAktG)	64
2. Pflicht der Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern (§ 112 dAktG bzw § 97 öAktG)	65
3. Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen den Vorstand	65
4. Pflicht zur Prüfung von Jahresabschluss, Lagebericht und Gewinn- verwendungsvorschlag (§ 171 dAktG bzw § 96 öAktG) und Feststellung (§ 172 dAktG bzw § 96 Abs 4 öAktG)	67
5. Entsprechenserklärung (§ 161 dAktG bzw 243 b UGB)	69
6. Kapitalmarktrechtliche Pflichten	69
<b>§4 Haftung</b>	71
<b>I. Voraussetzungen der Vorstands- und Aufsichtsratshaftung</b>	71
<i>A. Schaden</i>	72
1. Differenzmethode	72
2. Vorteilsausgleich	72
3. Verhinderter Vorteilsausgleich	73
a) Allgemeines	73
b) Fälle des Abs 3	74
c) Fallgruppen	74
<i>B. Rechtswidrigkeit (Pflichtverletzung)</i>	75
1. Pflichtverletzung des Vorstands	77
a) Innenhaftung des Vorstands (Pflichten gegenüber der Gesellschaft)	77
b) Außenhaftung des Vorstands (Pflichten gegenüber Aktionären, Gläubigern und sonstigen Dritten)	79
(1) Deutsches Recht	79
(a) Außenhaftung gegenüber Vertragspartnern der AG (§ 280 Abs 1 iVm § 311 Abs 3 BGB)	79
(b) Außenhaftung wegen Verletzung eines absolut geschützten Rechts- gutes (§ 823 Abs 1 BGB)	80
(c) Außenhaftung wegen Schutzgesetzverletzung (§ 823 Abs 2 BGB iVm Schutzgesetz)	80
(d) Außenhaftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB)	82
(e) Gläubigeransprüche nach Abs 5	83
(f) Vertragliche Ansprüche	83
(2) Österreichisches Recht	84
2. Pflichtverletzung des Aufsichtsrats	86
a) Innenhaftung des Aufsichtsrats (Pflichten gegenüber der Gesellschaft)	86

b) Außenhaftung des Aufsichtsrats (Pflichten gegenüber Aktionären, Gläubigern und sonstigen Dritten) .....	87
(1) Deutsches Recht .....	87
(a) Außenhaftung wegen schädigender Einflussnahme (§ 117 dAktG) ...	87
(b) Außenhaftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 823 Abs 1 BGB) .....	87
(c) Außenhaftung wegen Schutzgesetzverletzung (§ 823 Abs 2 BGB, § 826 BGB) .....	88
(d) Sonstige Anspruchsgrundlagen .....	89
(2) Österreichisches Recht .....	89
C. Kausalität und Adäquanz .....	90
D. Verschulden .....	92
1. Allgemeine Regel .....	92
2. Ausnahme: Objektive Pflichtverletzung ohne subjektive Pflichtverletzung ...	94
<b>II. Haftung</b> .....	94
A. Gesamtschuldner und Ressortverteilung .....	96
B. Mithaftung .....	97
C. Begrenzung der Innenhaftung? .....	98
<b>III. Prozessrechtliche Bestimmungen</b> .....	99
A. Verzicht und Vergleich .....	99
B. Entlastung bei Handlungsanordnung durch Hauptversammlung .....	101
C. Verjährung .....	102
D. Geltendmachung .....	102
E. Beweislastverteilung .....	103
<b>§ 5 Unternehmerisches Ermessen und die Business Judgment Rule</b> .....	107
<b>I. Grundlagen</b> .....	107
A. Allgemeines .....	107
B. Erfolgshaftung? .....	110
C. Wirtschaftspolitische Verhaltenssteuerung .....	111
D. Die Business Judgment Rule („safe harbor“) .....	111
E. Kein Ermessen bei ausdrücklichen Pflichten .....	113
F. Abgrenzung .....	114
1. Beurteilungsspielraum .....	114
2. Abwägungsbereiche .....	115
3. Ausdrückliche Handlungsanordnungen .....	116
4. Klare Gesetzeslage iRd externen Legalitätspflicht .....	116

<b>II. Voraussetzungen für das rechtmäßige Ausüben unternehmerischen Ermessens („BJR-Kriterien“)</b>	116
<i>A. Allgemeines</i>	116
1. Die Business Judgment Rule in den USA	117
2. Unternehmerisches Ermessen in Deutschland und Österreich: ARAG/ Garmenbeck und Kodifizierung im UMAG	117
<i>B. Die Voraussetzungen im Einzelnen</i>	118
1. Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung	118
a) Negativdefinition (Kein Gesetzesvollzug)	119
b) Entscheidung mit Risiko	120
c) Vorausschauend gestalterische Tätigkeit	120
d) Hohe Bedeutung für die Vermögens- oder Ertragslage oder die Gesamtentwicklung des Unternehmens	120
e) Handlungsalternativen – Unterlassung als unternehmerische Entscheidung	120
f) Gefahr der nachträglichen Fehlbeurteilung	122
g) Ergebnis	122
2. Sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlage	122
a) Bedeutung	122
b) Umfang der Informationsbeschaffungspflicht	123
(1) Vollständige Informationsbeschaffung	124
(2) Angemessene bzw sorgfältige Informationsbeschaffung	124
c) Objektivierter subjektiver Betrachtungsweise	125
d) Präzisierung des Umfangs an den Umständen des Einzelfalls	125
e) Ermessensspielraum bei der Informationsbeschaffung	126
(1) Ermittlungsphase	127
(2) Beurteilungsphase (Informationsverarbeitung)	128
3. Handeln zum Wohle der Gesellschaft	129
a) Verfolgung des Unternehmenswohls	129
b) Berücksichtigung weiterer Interessen	130
c) Shareholder Value?	131
d) Gemeinwohl und öffentliche Interessen?	132
e) Ergebnis	134
4. Nichtvorliegen eines Interessenkonflikts	135
a) Definitionen	136
b) Folgen eines Interessenkonflikts	136
c) Sonderfall: Konzern-bezogener Interessenkonflikt	138
5. Handeln in gutem Glauben	139
6. Vernünftigerweise annehmen dürfen	139
7. Berücksichtigung der Ratio des unternehmerischen Ermessensspielraums	140
<i>C. Rechtsfolgen</i>	141
1. Einhaltung der BJR-Kriterien (unwiderlegliche Vermutung pflichtgemäßen Handelns)	141
2. Nicht-Einhaltung der BJR-Kriterien (gerichtliche Prüfung der Sorgfalt)	141
<i>D. Dokumentation des Entscheidungsvorgangs</i>	142
<i>E. Unternehmerisches Ermessen und Außenhaftung</i>	142

<b>§ 6 Legalitätspflicht</b>	143
<b>I. Einleitung</b>	143
<b>II. Externe Legalitätspflicht und Innenhaftung</b>	144
<i>A. Allgemeines</i>	144
<i>B. Abgrenzung</i>	146
1. Interne Pflichtenbindung des Vorstands	146
2. Externe Pflichtenbindung des Vorstands	146
<i>C. Grundlage und Umfang der Legalitätspflicht</i>	147
<i>D. Dogmatische Grundlage der Legalitätspflicht</i>	150
1. Auflösung der AG wegen Gemeinwohlverletzung durch Vorstand (§ 396 dAktG)	151
2. Zustimmungsvorbehalt (Rspr und § 111 Abs 4 S 2 dAktG)	152
3. Gesetzmäßiger Hauptversammlungsbeschluss nach § 243 dAktG	152
4. Gleichbehandlung von Rechtssubjekten	153
5. Begründung durch Leitungspflicht	153
6. Handlungen eines Einzelunternehmers	154
7. Begründung durch Sorgfaltspflicht	154
<i>E. Ausnahmen von der strikten Legalitätspflicht</i>	155
1. Unklare oder umstrittene Rechtslage	155
2. Vertragspflichten der Gesellschaft	156
3. Rechtfertigende Pflichtenkollision und Notstand	157
<b>III. Nützliche Pflichtverletzung und externe Legalitätspflicht</b>	158
<i>A. Allgemeines</i>	158
<i>B. Schadensberechnung und verhinderte Vorteilsanrechnung</i>	159
1. Allgemeines	159
2. Netto-Vorteil und Netto-Nachteil	160
<b>IV. Haftung bei Verletzung der externen Legalitätspflicht</b>	162
1. Zusammenfassung	162
2. Haftung	163
<b>§ 7 D&amp;O-Versicherung</b>	165
<b>I. Einleitung</b>	165
<b>II. Ursprung und Entwicklung</b>	166
<i>A. USA</i>	166
<i>B. Deutschland und Österreich</i>	167

<b>III. Vor- und Nachteile einer D&amp;O-Versicherung</b>	168
<i>A. Interesse des Versicherten</i>	168
<i>B. Interesse der Gesellschaft</i>	169
<i>C. Interesse der Allgemeinheit</i>	171
<b>IV. Die D&amp;O-Versicherung als Vertrag</b>	171
<i>A. Zuständigkeit für den Abschluss einer D&amp;O-Versicherung</i>	171
<i>B. Pflicht zum Abschluss einer D&amp;O-Versicherung</i>	174
1. Pflicht des Vorstands	174
2. Pflicht der Gesellschaft	174
3. Versicherungsverpflichtungsklausel	175
<i>C. Versicherungsprämie</i>	175
<i>D. Vertragliche Ausgestaltung</i>	176
<b>V. Gegenstand der Versicherung</b>	177
<i>A. Sachlicher Umfang</i>	177
1. Versicherter	178
2. Versicherungsfall	179
3. Abwehrkosten	181
4. Schadensausgleich	183
5. Versicherungs- bzw Deckungssumme	183
6. Selbstbehalt	184
7. Haftungsausschlüsse	188
a) Vorsätzliche Schadensverursachung	189
b) Wissentliche Pflichtverletzung	189
c) Eigenschadenklausel	190
d) Insolvenzklause	191
e) Subsidiaritätsklausel	191
f) Gerichtsklausel	192
g) Trennungsklausel	192
h) Bußgelder und Geldstrafen	193
<i>B. Zeitlicher Umfang</i>	193
<i>C. Örtlicher Umfang</i>	196
<b>§ 8 Executive Summary</b>	199
<b>Stichwortverzeichnis</b>	207