

Julia Schöfer

Zulässigkeit und Grenzen von Selbstbelastungspflichten der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft



**Nomos**

## **Schriften zum gesamten Unternehmensrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Carsten Herresthal, LL.M., Universität Regensburg

Prof. Dr. Wolfgang Servatius, Universität Regensburg

**Band 19**

Julia Schöfer

Zulässigkeit und Grenzen von Selbst-  
belastungspflichten der Aufsichtsratsmitglieder  
einer Aktiengesellschaft



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8754-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-3192-8 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung entsprechen dem Stand 1. Dezember 2021.

Zunächst möchte ich mich besonders bei meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Herresthal, für die sehr gute und konstruktive Betreuung während meiner Promotion danken. Herrn Professor Dr. Hellgardt danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Professor Dr. Servatius für die angenehme Leitung meiner Disputation.

Die Anfertigung der vorliegenden Dissertation wäre mir ohne den Beistand meiner Familie nicht möglich gewesen. Insbesondere danke ich meinen Eltern für ihre liebevolle Unterstützung und die aufgeopferten Wochenenden für die formale Durchsicht dieser Arbeit. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, April 2022

*Julia Schöfer*



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	25
A. Rechtstatsächlicher Hintergrund	27
I. Die Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat gemäß § 111 Abs. 1 AktG	27
1. Inhalt der Überwachungspflicht	29
a. Zukunftsorientierte Überwachung	29
b. Vergangenheitsbezogene Überwachung	30
2. Die Grenzen der Überwachungspflicht	31
3. Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats	33
II. Die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder durch den Aufsichtsrat	34
1. Die Erste Stufe	36
a. Sachverhaltsaufklärung	36
b. Die Prüfung des Bestehens eines Schadensersatzanspruchs	37
c. Anforderungen an die Erfolgswahrscheinlichkeit	38
2. Die zweite Stufe	39
a. Die Regelverfolgungspflicht	39
b. Ausnahmen von der Regelverfolgungspflicht	40
aa. Gewichtige Belange oder überwiegende Gründe des Gesellschaftswohls	41
bb. Gewichtige Belange des Gesellschaftswohls	42
3. Bestätigung durch den BGH im Easy-Software-Urteil vom 18.09.2018	44
a. Pflicht des Aufsichtsrats zur Verfolgung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder	46
b. Stellungnahme	47
4. Die Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand gemäß § 112 Satz 1 AktG	48
a. Inhalt und Zweck des § 112 Satz 1 AktG	48

b. Von § 112 AktG erfasste Vorstandsmitglieder	49
5. Die Entwicklung in der Praxis	50
6. Zusammenfassung	52
III. Die Schwächen der aktienrechtlichen Kompetenzordnung	53
1. Vertretungsregeln der aktienrechtlichen Kompetenzordnung	53
2. Die Gefahr einer Selbstbelastung	55
a. Die Anspruchsverfolgung des Vorstands gegen Dritte	56
b. Die Anspruchsverfolgung des Vorstands gegen Aufsichtsratsmitglieder	58
c. Die Anspruchsverfolgung des Aufsichtsrats gegen Vorstandsmitglieder	60
aa. Zusammenwirken von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern	61
bb. Einfache Überwachungspflichtverletzung	62
(1) Indizierung einer Überwachungspflichtverletzung	62
(2) Professionalisierung des Aufsichtsrats	63
cc. Die Gefahr der Selbstbelastung in der Praxis	65
(1) Überwachung des Compliance-Systems	66
(2) Zustimmungspflichtige Geschäfte im Sinne von § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG	67
(3) Beratung durch den Aufsichtsrat	69
(4) Der Selbstbelastungsvorgang	69
dd. Kein zwingendes Vorliegen einer konkreten Selbstbelastungsgefahr in jedem Fall	70
3. Die Gefahr einer Selbstbelastung als Rechtfertigung einer generellen Ausnahme von der Regelverfolgungspflicht	72
4. Zwischenergebnis	73
B. Interessenlagen der Beteiligten	76
I. Die Interessen der Aufsichtsratsmitglieder	76
1. Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Interessen	77
a. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	77
aa. Dogmatische Herleitung	77
bb. Sachlicher Schutzbereich	78
b. Die allgemeine Handlungsfreiheit	81
c. Die Berufsfreiheit	81

2. Die Gefahr einer zivilrechtlichen Haftung des Aufsichtsratsmitglieds	82
3. Die Gefahr einer strafrechtlichen oder ordnungsrechtlichen Haftung des Aufsichtsratsmitglieds	84
4. Drohender Reputationsverlust	85
II. Die Interessen der Vorstandsmitglieder	86
III. Die Interessen der Aktionäre an einem Selbstbelastungszwang der Aufsichtsratsmitglieder	87
1. Interesse an einer mangelfreien Verwaltung der Gesellschaft	87
2. Interesse an der Durchsetzung der Schadensersatzansprüche der Gesellschaft	88
3. Interessenpluralität	89
4. Schutzbedürftigkeit der Aktionäre	90
a. Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gemäß § 147 AktG	90
b. Das Klagezulassungsverfahren gemäß § 148 AktG	91
IV. Die Interessen der Gesellschaft an einem Selbstbelastungszwang ihrer Aufsichtsratsmitglieder	94
1. Das Wesen einer Aktiengesellschaft	94
2. Das Gesellschaftsinteresse	95
3. Das Interesse an einem ungeschmälerten Bestand des Gesellschaftsvermögens	96
4. Senkung der Überwachungskosten	97
a. Verstärkung der Präventionswirkung	98
b. Senkung der Verfolgungskosten	99
5. Verstärkung der Risikoaversion	100
V. Die Interessen der Allgemeinheit an einem Selbstbelastungszwang der Aufsichtsratsmitglieder	101
1. Anreizwirkung für Investoren	102
2. Förderung der öffentlichen Aufarbeitung	103
3. Das Interesse an Rechtsfortbildung	103
VI. Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger und der sonstigen Stakeholder an einem Selbstbelastungszwang der Aufsichtsratsmitglieder	104
VII. Die Reputation der Gesellschaft	106
VIII. Ergebnis	106

C. Zulässigkeit einer Pflicht zu Selbstbelastung von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft	108
I. Kein generelles Gebot der Selbstbelastungsfreiheit im Gesellschaftsrecht	108
1. Aktiengesetz und DCGK	109
2. Sonstige Rechtsvorschriften des Gesellschaftsrechts	110
II. Das Gebot der Selbstbelastungsfreiheit im Strafrecht	111
1. Die Prinzipien aus dem Strafrecht	111
a. Der „nemo tenetur“-Grundsatz	111
b. Rechtliche Grundlagen	111
2. Übertragbarkeit der Prinzipien aus dem Strafrecht auf die dieser Untersuchung zugrundeliegenden Sachverhalte	114
a. Vergleichbarkeit eines zur Anspruchsdurchsetzung verpflichteten Aufsichtsratsmitglieds einer Aktiengesellschaft mit einem Zeugen im Strafverfahren	114
b. Vergleichbarkeit eines zur Offenbarung eigenen Fehlverhaltens verpflichteten Aufsichtsratsmitglieds einer Aktiengesellschaft mit einem Beschuldigten im Strafverfahren	116
c. Zwischenergebnis	117
III. Das Gebot der Selbstbelastungsfreiheit im Privatrecht	117
1. Übertragbarkeit der strafrechtlichen Prinzipien in das Privatrecht	117
2. Der Gemeinschuldner-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts	120
a. Allgemeine Feststellungen des BVerfG zur Zulässigkeit einer Selbstbelastungspflicht	121
b. Ausführungen des BVerfG zur Selbstbelastungspflicht eines Gemeinschuldners	122
IV. Ergebnis	124

D. Zulässigkeit und Umfang einer Selbstbelastungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft im Rahmen der Verfolgung von Organhaftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder	126
I. Die Entscheidung des BGH über die Zulässigkeit und den Umfang einer Selbstbelastungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern im Rahmen der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder, das „Easy-Software“-Urteil	127
II. Unterlaufen der Überwachungs- und Schutzpflicht des Aufsichtsrats	128
1. Der Aufsichtsrat als Kollegialorgan	131
a. Der Grundsatz der allgemeinen Überwachungsaufgabe	131
b. Übertragung bestimmter Aufgaben auf Ausschüsse	132
c. Sonstige Ausnahmefälle	134
2. Beschlussunfähigkeit des Aufsichtsrats	135
a. Stimmrechtsausschluss eines Aufsichtsratsmitglieds wegen der Gefahr einer Selbstbelastung	135
b. Rechtliche Folgen eines Stimmrechtsausschlusses	137
c. Zwischenergebnis zur Beschlussunfähigkeit des Aufsichtsrats	138
3. Zwischenergebnis zum Unterlaufen der Überwachungs- und Schutzpflicht des Aufsichtsrats	139
III. Durch eigenen Willensentschluss übernommener Pflichtenkreis	140
IV. Abgrenzungsschwierigkeiten	141
V. Vorliegen eines besonderen Pflichtenverhältnisses zwischen den Beteiligten	142
1. Die Sorgfaltspflicht der Aufsichtsratsmitglieder	143
2. Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder	143
3. Beeinträchtigung von grundrechtlich geschützten Interessen des Aufsichtsratsmitglieds	145
a. Das Gesellschaftsinteresse beeinträchtigende Äußerungen	145
b. Die Pflicht zur Offenbarung schwerer Krankheiten	145
4. Zwischenergebnis	147
VI. Einschneidende Folgen für das Aufsichtsratsmitglied	147

VII. Unverdiente Bevorteilung	149
VIII. Sonderfälle	152
1. Verletzung gläubigerschützender Vorschriften	152
2. Verwerfliches Verhalten	154
IX. Die Schranken des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Aufsichtsratsmitglieder	155
X. Abwägung der Interessen der Beteiligten	157
XI. Fazit	160
XII. Anschein einer Selbstbelastungsgefahr	161
XIII. Ergebnis	162
E. Zulässigkeit und Umfang einer Pflicht von Aufsichtsratsmitgliedern zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens	164
I. Aspekte gegen eine Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens	164
1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Aufsichtsratsmitglieder aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	165
2. Keine explizite gesetzliche Regelung	165
3. Das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit	166
4. Der aktuelle Streitstand in Literatur und Rechtsprechung	167
a. Keine Pflicht von Geschäftsführern zur Aufklärung über eigenes Fehlverhalten im Rahmen von Abfindungsverhandlungen	169
aa. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf	169
bb. Unübertragbarkeit der durch das OLG Düsseldorf aufgestellten Grundsätze auf eine Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens von Organmitgliedern einer Aktiengesellschaft	171
(1) Begründung für den Einzelfall	171
(2) Vertragsauflösung	172
(3) Fehlende Übertragbarkeit ins Aktienrecht	173
(4) Keine Schutzbedürftigkeit der Gesellschaft	174

(5) Besondere Funktion und Stellung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft	175
(a) Die Vertrauenslage im Zusammenhang mit einer Selbstbelastungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern im Rahmen der Verfolgung von Organhaftungsansprüchen	176
(b) Die Vertrauenslage im Zusammenhang mit einer Selbstbelastungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern in Form einer Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens	177
(6) Zwischenergebnis	178
b. Keine Pflicht zur aktiven Durchsetzung der Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen sich selbst	178
c. Kein Unterlaufen der Verjährungsregelung des § 93 Abs. 6 AktG	179
aa. Kein Unterlaufen der gesetzgeberischen Entscheidung für einen kenntnisunabhängigen Beginn der Verjährungsfrist	180
(1) Die Verjährung von Organhaftungsansprüchen nach § 93 Abs. 6 AktG	181
(2) Kein faktisch von der Kenntnis des Gläubigers abhängiger Verjährungsbeginn	182
(a) Kein Hinausschieben des Verjährungsbeginns bei Verheimlichen der Pflichtverletzung	183
(b) Vorliegen einer selbstständigen Pflichtverletzung	184
bb. Kein geeigneter Erst-recht-Schluss zur Ablehnung einer selbstständigen Pflicht zur Offenbarung eigener Pflichtverletzungen	186
(1) Die bestätigende Rechtsprechung des BGH	187
(2) Unzulässiger Zirkelschluss (petitio principii)	189

(3) Unterschiedliche Schadensbegriffe	189
(a) Feststellungen des BGH zur Verjährung von Organhaftungsansprüchen der Gesellschaft gegen Aufsichtsratsmitglieder wegen unterlassener Verfolgung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder	190
(b) Schlussfolgerung für die materiell-rechtliche Pflicht von Aufsichtsratsmitgliedern zur Offenbarung eigener Pflichtverletzungen	193
(4) Zwischenergebnis	194
cc. Keine zwingende Beeinträchtigung unternehmerischer Entscheidungen	194
dd. Kein Unterlaufen eines gesetzgeberischen Willens hinsichtlich der zwingenden Undurchsetzbarkeit eines wirtschaftlichen Interesses nach fünf bzw. zehn Jahren	197
ee. Zwischenergebnis	202
d. Keine generelle Überforderung der Aufsichtsratsmitglieder durch eine Offenbarungspflicht hinsichtlich eigenen Fehlverhaltens	205
aa. Beauftragte	205
bb. Arbeitnehmer	207
cc. Rechtsanwälte, Steuerberater und Architekten	209
dd. Der allgemeine Auskunftsanspruch aus § 242 BGB	211
ee. Zwischenergebnis	212
e. Fehlende Verfolgungszuständigkeit	213
5. Zwischenergebnis	215
II. Die Rechtsgrundlage einer Pflicht von Aufsichtsratsmitgliedern zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens	215
1. Gesetz oder Regelung im DCGK	216
2. Keine Herleitung einer Pflicht von Aufsichtsratsmitgliedern zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens aus der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats gemäß § 111 Abs. 1 AktG	216
a. Der Inhalt der Überwachungspflicht	217

b. Versuch der Herleitung einer Pflicht von Aufsichtsratsmitgliedern zur Offenbarung eigenen Fehlverhaltens aus der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats	217
aa. Grammatikalische Auslegung	218
bb. Systematische Auslegung	218
cc. Historische Auslegung	219
dd. Teleologische Auslegung	220
c. Zwischenergebnis	223
3. Keine Herleitung einer Pflicht zur Offenbarung eigenen Fehlverhaltens aus der Offenlegungspflicht von Interessenkonflikten	224
a. Die Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten	224
b. Versuch der Herleitung einer Pflicht zur Offenbarung eigenen Fehlverhaltens	225
c. Zwischenergebnis	226
4. Herleitung einer Offenbarungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern hinsichtlich eigenen Fehlverhaltens aus der Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder	227
a. Keine Pflicht zur Offenbarung eigenen Fehlverhaltens im Rahmen von Abfindungsvereinbarungen	229
b. Die Entwicklung einer aus der Treuepflicht abgeleiteten Pflicht zur Offenbarung eigenen Fehlverhaltens in der Rechtsprechung des Vereinigten Königreichs	231
aa. Swain v. West (Butchers) Ltd.	231
bb. Sybron Corporation v. Rochem Ltd.	232
cc. Item Software Ltd. v. Fassihi	235
dd. Geschriebenes Recht	238
ee. Zusammenfassung	239
c. Lehre für das deutsche Recht	240
5. Herleitung einer Offenbarungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder hinsichtlich eigenen Fehlverhaltens aus §§ 675, 666 BGB	244
a. Direkte Anwendung des § 666 Abs. 1 Var. 1 BGB oder Anwendbarkeit über § 675 BGB auf das Verhältnis eines Aufsichtsratsmitglieds zur Gesellschaft	246
b. Keine Geltung des Auftragsrechts für alle Tätigkeiten im fremden Interesse	248

c. Der allgemeine Grundsatz der Rechenschaftspflicht aus § 242 BGB	250
d. Analoge Anwendung der §§ 666 Abs. 1 Var. 1 BGB, 675 Abs. 1 BGB auf das Verhältnis zwischen einem Aufsichtsratsmitglied und der Aktiengesellschaft	250
aa. Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke	251
bb. Vorliegen einer vergleichbaren Interessenlage als Voraussetzung einer analogen Anwendung des § 666 Abs. 1 Var. 1 BGB auf die der Untersuchung zugrundeliegenden Sachverhalte	253
6. Zwischenergebnis	256
III. Umfang und Grenzen einer Offenbarungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern hinsichtlich eigenen Fehlverhaltens	256
1. Grenzen der Pflicht von Aufsichtsratsmitgliedern zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens	256
a. Erforderlichkeit im Sinne von § 666 Abs. 1 Var. 1 BGB	257
b. Fallgruppenbildung	259
aa. Verletzung einer Rechtspflicht	259
bb. Keine Offenbarungspflicht bei ordnungsgemäßer Verfolgung von Organhaftungsansprüchen	260
cc. Bestehen einer Offenbarungspflicht nur bezüglich Pflichtverletzungen in Ausübung der Organtätigkeit	261
dd. Keine generelle Offenbarungspflicht bei gesellschaftsschädigender Organtätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds	263
ee. Fahrlässige Pflichtverletzung eines Aufsichtsratsmitglieds	264
ff. Erheblicher Schaden	266
gg. Offenbarungspflicht zur Abwendung weiterer Schäden	267
hh. Verletzung gläubigerschützender Vorschriften	269
ii. Eigensüchtiges Handeln	271
jj. Aktive Verschleierung der Pflichtverletzung	273
kk. Besonders verwerfliches Verhalten	275
(1) Sittenwidriges Verhalten von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft	275
(2) Abwägungsentscheidung	277

II. Beschränkung der Offenbarungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern hinsichtlich eigenen Fehlverhaltens auf die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats	278
2. Umfang der Offenbarungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder	280
3. Kein Unterlaufen der Beweislastregelungen durch eine Pflicht zur Offenbarung eigener Pflichtverletzungen	281
4. Zwischenergebnis	282
IV. Der Offenbarungsempfänger	283
1. Der Vorstand	284
2. Die Hauptversammlung	285
3. Der Aufsichtsratsvorsitzende	289
4. Sonstige Dritte	291
V. Auswirkungen einer Pflicht von Aufsichtsratsmitgliedern zur unaufgeforderten Offenbarung eigener Pflichtverletzungen auf die Praxis	293
1. Abdingbarkeit der Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens	293
a. Abdingbarkeit der §§ 675, 666 BGB	293
b. Abdingbarkeit der Treuepflicht	295
2. D&O-versicherungsrechtliche Aspekte	296
a. Anstieg der D&O-Versicherungskosten	297
b. Einführung einer satzungsrechtlichen Versicherungsverschaffungsklausel für Aufsichtsratsmitglieder	297
c. Kein Anerkenntnis durch die Offenbarung eigener Pflichtverletzungen	300
d. Zwischenergebnis	302
VI. Ergebnis	302
F. Das Schicksal der Selbstbelastungspflichten bei Wechsel / Aufgabe der Organposition	306
I. Wechsel der Organposition	306
1. Pflicht zur Offenbarung eigener früherer Pflichtverletzungen	307
2. Verfolgungspflicht trotz unmittelbarer oder mittelbarer Selbstbelastung	309

*Inhaltsverzeichnis*

II. Erlöschen der Offenbarungspflicht hinsichtlich eigener Pflichtverletzungen nach Ausscheiden aus dem Amt	311
G. Erforderlichkeit eines strafrechtlichen Verwertungsverbots	313
H. Übertragbarkeit der erarbeiteten Grundsätze auf Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft	316
I. Pflicht von Vorstandsmitgliedern zur Verfolgung von Organhaftungsansprüchen trotz Gefahr einer Selbstbelastung	316
II. Pflicht der Vorstandsmitglieder zur unaufgeforderten Offenbarung eigener Pflichtverletzungen	319
I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	321
Literaturverzeichnis	333

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt der europäischen Union
Abs.	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift) oder Aktiengesellschaft
AHB	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kfz-Versicherung
AktG	Aktiengesetz
All E.R.	All England Law Reports
A.L.R.	Australian Law Reports
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz
Aufl.	Auflage
AVB-D&O	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayOblG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVwVfG	Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz
BB	Betriebs-Berater
B.C.C.	British Company Law Cases
BCLC	Butterworths Company Law Cases
BeckRS	beck-online Rechtsprechung

## *Abkürzungsverzeichnis*

Begr.	Begründung
Begr. RegE	Begründung zum Regierungsentwurf
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drucks.	Deutscher Bundestag Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Ch.	Law Reports, Chancery Division
C.L.J.	Cambridge Law Journal
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DNotI	Deutsches Notarinstitut
D&O	Directors & Officers
DStR	Deutsches Steuerrecht
E.	Empfehlung
EG	Europäische Gemeinschaften
Einf.	Einführung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal (Civil Division)
EWHC (Ch)	England & Wales High Court (Chancery Division)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende

F.C.A.	Federal Court of Australia
ff.	fortfolgende
FinDAG	Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
FISG	Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
i.e.S.	im engen Sinne
IPBPR	Internationaler Pakt für bürgerliche und politische Rechte
i.V.m.	in Verbindung mit
J.	Justice
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
lit.	littera, Buchstabe
LG	Landgericht
L.J.	Lord Justice

## *Abkürzungsverzeichnis*

Ltd.	Limited
Mot. BGB I	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I: Allgemeiner Teil
Mot. BGB II	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
para.	paragraph (engl.) – Absatz (dt.)
RegE	Regierungsentwurf
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SGB X	Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz –

SMG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
sog.	sogenannte/s/r
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz
Übbl.	Überblick
UKHL	United Kingdom House of Lords
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
Urt.	Urteil
v.	vom, vor oder versus (engl.)
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Var.	Variante
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
V.S.C.	Victoria Supreme Court
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung



## Einleitung

Selbstbelastungspflichten sind seit jeher ein heikles Thema. So kennt jeder den Grundsatz „*nemo tenetur se ipsum accusare*“ – niemand kann gezwungen werden, sich selbst zu beschuldigen. Jedoch ist es beinahe schon Tradition, diesen Grundsatz für fremdnützig geprägte Tätigkeiten im Privatrecht in Frage zu stellen, denn im Zusammenhang mit Fremdgeschäftsführern ergibt sich eine Notwendigkeit für Benachrichtigungs- und Offenbarungspflichten aus dem Umstand, dass dem Prinzipal häufig das Wissen, die Zeit oder die finanziellen Mittel und somit auch der Wille fehlt, den Fremdgeschäftsführer angemessen zu überwachen. Dennoch hat der Prinzipal ein Interesse, von allen Umständen Kenntnis zu erlangen, die zur Erreichung der Zwecke der Fremdgeschäftsführung von Bedeutung sind, wovon auch eigenes Fehlverhalten des Fremdgeschäftsführers erfasst ist.

Nur an dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft scheint diese Tradition bisher vorbeigegangen zu sein. Lediglich ganz vereinzelt wurde hinterfragt, inwieweit sich die Mitglieder des Aufsichtsrats im Rahmen ihrer Amtsausübung selbst eines Fehlverhaltens belasten müssen. Jedoch besteht gerade für das Aufsichtsratsmitglied mit Blick auf andere Fremdinteressenwahrer, wie Rechtsanwälte, Kommissionäre, Beauftragte, Makler, Banken und Vorstandsmitglieder oder gesetzliche Interessenwahrer, wie Insolvenzverwalter, Vormunde oder Betreuer, die Besonderheit, dass es nicht für den Prinzipal Geschäfte führen, unmittelbar sein Vermögen verwalten bzw. ihn (nach außen) vertreten soll, sondern seine Kardinalaufgabe darin liegt, einen anderen Fremdgeschäftsführer, den Vorstand, zu überwachen. Dabei begründet die aktienrechtliche Kompetenzordnung eine fortwährende Gefahr der Selbstbelastung für Aufsichtsratsmitglieder. Es ist daher mehr als naheliegend zu hinterfragen, inwieweit Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen ihrer Amtsausübung Selbstbelastungspflichten treffen. Einen ersten Anstoß in diese Richtung gab der BGH mit seinem Easy-Software-Urteil vom 18. September 2018<sup>1</sup>, in dem er über die Frage zu entscheiden hatte, ob ein Aufsichtsratsmitglied im Rahmen der Verfolgung von Organhaftungsansprüchen gegen ein Vorstandsmitglied sich selbst belasten muss oder die Gefahr einer Selbstbelastung eine Ausnahme von der

---

1 BGHZ 219, 356–372.

Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats rechtfertigt. Damit kann dieses Problemfeld jedoch nicht ad acta gelegt werden, denn der BGH hat sich verweigert, eine allgemeine Aussage über die Zulässigkeit und den Umfang einer Selbstbelastungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern im Rahmen der Anspruchsverfolgung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft zu treffen. Zudem beschränkt sich die Frage nach einer Selbstbelastungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern nicht auf Verfolgungssachverhalte. Genauso ungeklärt ist bisher, ob Aufsichtsratsmitgliedern aufgrund ihrer besonderen Stellung und Funktion in einer Aktiengesellschaft eine Selbstbelastungspflicht in Form einer Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens obliegt.

Die folgende Untersuchung ist daher der Frage nach der Zulässigkeit und den Grenzen von Selbstbelastungspflichten der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft gewidmet, womit ein Beitrag zur weiteren Konkretisierung der Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern geleistet werden soll.

## A. Rechtstatsächlicher Hintergrund

Bevor die Zulässigkeit und der Umfang von Selbstbelastungspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern untersucht werden, sollen der Inhalt und die Grenzen der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats dargestellt sowie die aktienrechtliche Kompetenzordnung auf Sachverhalte untersucht werden, in denen sie eine Selbstbelastungsgefahr für Aufsichtsratsmitglieder begründet. Darauf aufbauend wird zunächst die Zulässigkeit einer Selbstbelastungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern im Rahmen der Verfolgung von Organhaftungsansprüchen erörtert, woran sich die Untersuchung der Zulässigkeit und des Umfangs einer Selbstbelastungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern in Form einer Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigener Pflichtverletzungen anschließt.

### *I. Die Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat gemäß § 111 Abs. 1 AktG*

Der Aufsichtsrat hat gemäß § 111 Abs. 1 AktG die Geschäftsführung zu überwachen. Die Geschäftsführung selbst ist ihm hingegen gemäß § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG grundsätzlich versagt, sondern gemäß §§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1, 111 Abs. 4 Satz 2 und 3, 119 Abs. 2 AktG dem Vorstand zugewiesen. Die Überwachungspflicht stellt neben der Personalkompetenz aus § 84 AktG die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats dar. Sinn und Zweck der Überwachungsaufgabe ist es, Mängeln im Rahmen der Geschäftsführung durch den Vorstand zuvorzukommen bzw. sie aufzudecken und zu unterbinden und die Rechte der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand zu wahren.<sup>2</sup> Sie obliegt dem Aufsichtsrat als Organ der Gesellschaft. Jedoch obliegt auch jedem Aufsichtsratsmitglied persönlich, kraft seiner Stellung als Aufsichtsratsmitglied und des hierdurch begründeten korporationsrechtlichen Rechtsverhältnisses<sup>3</sup> zur Gesellschaft, die Pflicht zur sorg-

---

2 *Lutter/Krieger/Verse* § 3 Rn. 62; *KK/Mertens/Cahn* § 111 Rn. 31; *GK/Hopt/Roth* § 111 Rn. 102.

3 Inzwischen geht die herrschende Meinung davon aus, dass zwischen einem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft durch die Amtsannahme lediglich ein korporationsrechtliches Rechtsverhältnis entsteht, vgl. *MüKoAktG/Habersack* § 101

fältigen und am Unternehmensinteresse ausgerichteten Wahrnehmung, da sich die vom einzelnen Aufsichtsratsmitglied geschuldeten Pflichten aus den Aufgaben des Organs Aufsichtsrat ergeben.<sup>4</sup> Dazu stehen ihm individuelle Befugnisse zu, die nicht im privaten Interesse verliehen, sondern als Organrechte ausgestaltet sind.<sup>5</sup> Kommt das Aufsichtsratsmitglied seinen geschuldeten Pflichten nicht sorgfältig nach, macht es sich gemäß §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG schadensersatzpflichtig.<sup>6</sup>

- 
- Rn. 67; GK/Hopt/Roth § 101 Rn. 111; Grigoleit/Grigoleit/Tomasic § 101 Rn. 26 f.; BeckOGK-AktG/Spindler § 101 Rn. 8 f.; K. Schmidt/Lutter/Drygala § 101 Rn. 2; Hölters/Simons § 101 Rn. 7; Bürgers/Körber/Lieder/Bürgers/fischer § 101 Rn. 2; Schürnbrand, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 343–346; Schilling, FS R. Fischer, 679, 690 f.; für ein Rechtsverhältnis mit korporations- und schuldrechtlichem Inhalt (Doppelnatur) Hüffer/Koch/Koch § 101 Rn. 2; für ein gesetzliches Schuldverhältnis Münch. Hdb. GesR IV/Hoffmann-Becking § 33 Rn. 11; Semler/v. Schenk/Mutter, Der Aufsichtsrat, § 101 Rn. 155.
- 4 MüKoAktG/Habersack § 111 Rn. 18; Münch. Hdb. GesR IV/Hoffmann-Becking § 29 Rn. 34; Semler/v. Schenk/Schütz, Der Aufsichtsrat, § 111 Rn. 121; BeckOGK-AktG/Spindler § 116 Rn. 20, 39.
- 5 Ausführlich zu den einzelnen Organrechten MüKoAktG/Habersack § 111 Rn. 17; Vor § 95 Rn. 4 f.; Schürnbrand, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 374–379; jeweils m.w.N.
- 6 Im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen gemäß §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ist zu differenzieren. So wird zum einen (streng) zwischen Sorgfalts- und Treuepflichtverletzungen unterschieden (vgl. BeckOGK-AktG/Spindler § 116 Rn. 82; Fleischer, ZIP 2004, 685, 690; Hommelhoff/Lutter/v. Werder/Fleischer, Corporate Governance, S. 843 f.; jeweils m.w.N.), wobei deren genaue Abgrenzung noch nicht umfassend geklärt ist. Im Grundsatz kann aber wie folgt differenziert werden. Eine Sorgfaltspflichtverletzung liegt vor, wenn das Aufsichtsratsmitglied bei Ausübung seiner Organrechte und -pflichten den geschuldeten Sorgfaltsmaßstab nicht einhält (vgl. MüKoAktG/Habersack § 116 Rn. 16). Als Beispiel sei die Duldung pflichtwidrigen Vorstandshandelns oder eine mangelhafte Selbstorganisation genannt. Eine Treuepflichtverletzung ist hingegen gegeben, wenn sich das Aufsichtsratsmitglied nicht loyal gegenüber der Gesellschaft verhält, d.h. bei der Amtsausübung dem Unternehmensinteresse nicht den uneingeschränkten Vorrang gegenüber anderen Interessen einräumt (vgl. Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn § 116 Rn. 53; Semler/v. Schenk/v. Schenk, Der Aufsichtsrat, § 116 Rn. 182; vgl. ausführlich zur Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder D.V.2 und E.II.4). Beispielhaft für eine Treuepflichtverletzung ist die Ausnutzung der Organstellung, z.B. durch Veranlassung des Vorstands zu einem für die Gesellschaft nachteiligen Handeln zum Vorteil des Aufsichtsratsmitglieds oder eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht aus § 116 Satz 2 AktG. Anders als bei Sorgfaltspflichten im Bereich unternehmerischer Entscheidungen kommt dem Aufsichtsratsmitglied bei Treuepflichten kein Beurteilungsspielraum oder eine Einschätzungsprärogative zu. Vielmehr werden durch die Treuepflicht unabdingbare und keine Bandbreite möglicher Entscheidungen bietende Pflichten

## 1. Inhalt der Überwachungspflicht

Maßstab und Ziel des Aufsichtsratshandelns bildet die gewissenhafte, am Unternehmensinteresse ausgerichtete Leitung des Unternehmens durch den Vorstand. Der Aufsichtsrat hat demnach zu kontrollieren, ob der Vorstand seine Pflichten und Sorgfaltsanforderungen aus § 93 Abs. 1 AktG einhält, ihn gegebenenfalls zur Pflichterfüllung anzuhalten und bei Anhaltspunkten für Pflichtverletzungen einzuschreiten.<sup>7</sup> Zur Konkretisierung des Inhalts der Überwachungspflicht wird insbesondere der Inhalt der Berichterstattungspflicht gemäß § 90 AktG herangezogen, da diese gerade auch die Überwachung der Geschäftsführung ermöglichen soll und somit deren Inhalt und Weite Anhaltspunkte für Umfang und Grenzen der Überwachungsaufgabe bieten.<sup>8</sup> Daraus ergibt sich, dass die Überwachungspflicht ein zukunftsorientiertes und ein vergangenheitsbezogenes Element aufweist.<sup>9</sup>

### a. Zukunftsorientierte Überwachung

Die Überwachungsaufgabe beschränkt sich nicht auf eine nachträgliche Kontrolle. Vielmehr hat der Aufsichtsrat auch die Möglichkeit und sogar die Pflicht, den Vorstand bei Entscheidungen über die künftige Unternehmenspolitik zu beraten.<sup>10</sup> Diese Beratungsaufgabe ist Teil der allgemeinen Überwachungspflicht, wenn auch im Sinne einer in die Zukunft gerichteten

---

zum Schutz der Gesellschaft statuiert (vgl. BeckOGK-AktG/*Spindler* § 116 Rn. 82; Hommelhoff/Lutter/v. Werder/*Fleischer*, Corporate Governance, S. 843 f.; *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 690; MüKoAktG/*Habersack* § 116 Rn. 46). Zum anderen kann im Zusammenhang mit Sorgfaltspflichtverletzungen wiederum zwischen Pflichtverletzungen im Rahmen der Überwachungsaufgabe und solchen außerhalb dieser, insbesondere Pflichtverletzungen bei Ausübung der Personalkompetenz hinsichtlich des Vorstands, differenziert werden. Zur Frage, welche Organrechte und -pflichten im Zusammenhang mit der Überwachungsaufgabe stehen vgl. A.I.3.

7 MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 53, KK/*Mertens/Cahn* § 111 Rn. 14, BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 15–17.

8 MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 22; BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 9; Hüffer/*Koch/Koch* § 111 Rn. 3.

9 KK/*Mertens/Cahn* § 111 Rn. 15; MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 12; Hüffer/*Koch/Koch* § 111 Rn. 3.

10 MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 12; BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 11; Hüffer/*Koch/Koch* § 111 Rn. 13; Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 29 Rn. 51.

ten und damit präventiven Kontrolle.<sup>11</sup> Bedeutung erlangt sie insbesondere im Rahmen der nach § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4 AktG auf die künftige Geschäftsführung ausgerichteten Berichtspflicht des Vorstands sowie im Zusammenhang mit den Zustimmungskompetenzen des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG.<sup>12</sup> Sie ist dabei allein auf die Leitung der Gesellschaft im Sinne der strategischen Unternehmensführung bezogen, wohingegen das operative Geschäft nicht erfasst ist.<sup>13</sup> Diese präventive Kontrolle hat zum einen den Vorteil, dass die Expertise des Aufsichtsrats bereits im Rahmen der Unternehmensplanung fruchtbar gemacht werden kann, zum anderen dient sie der Selbstkontrolle, indem sie dem Vorstand bereits im Planungsstadium eine Argumentations- und Plausibilisierungslast auferlegt. Sie ist letztlich Ausprägung der in Grundsatz 13 des DCGK manifestierten engen Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat.<sup>14</sup> Nicht vergessen werden darf jedoch der Umstand, dass der Aufsichtsrat Überwachungsorgan und nicht Leitungsorgan ist. So hat er zwar ein Recht zur Beratung, das Initiativrecht in Fragen der Geschäftsführung und die Planungszuständigkeit verbleiben jedoch ausschließlich beim Vorstand.<sup>15</sup>

## b. Vergangenheitsbezogene Überwachung

Das andere Element der Überwachungsaufgabe ist die vergangenheitsbezogene Überwachung. In deren Rahmen hat der Aufsichtsrat bereits abgeschlossene Vorgänge zu überprüfen. Dafür hat er zunächst das tatsächliche Geschehen zu erfassen. Zur Aufklärung dient die Vorstandsberichterstattung, die bei Bedarf durch eigene Ermittlungen in Form von Fragen, Anforderungsberichten, Einsichtnahmen, Prüfungen und Sachver-

---

11 BGHZ 114, 127, 130 f.; MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 12; KK/*Mertens/Cahn* § 111 Rn. 14; Hüffer/*Koch/Koch* § 111 Rn. 13; Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 29 Rn. 51.

12 MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 12, 50 f.; BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 11; Hüffer/*Koch/Koch* § 111 Rn. 13.

13 MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 12; KK/*Mertens/Cahn* § 111 Rn. 40; BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 11; *Lutter/Krieger/Verse* § 3 Rn. 108; *Boujong*, AG 1995, 203, 204 f.

14 MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 51; *Holle*, ZHR 182 (2018), 569, 570; MüKoAktG/*Spindler* § 90 Rn. 1.

15 MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 12, 51; KK/*Mertens/Cahn* § 111 Rn. 14.

ständigentätigkeit ergänzt werden muss.<sup>16</sup> Danach hat der Aufsichtsrat den offengelegten Sachverhalt daraufhin zu beurteilen, ob der Vorstand seinen Pflichten pflichtgemäß nachgekommen ist. Dabei beschränkt sich die Überwachung nicht nur auf die Rechtmäßigkeit des Vorstandshandelns, sondern erfasst auch die Zweckmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung.<sup>17</sup> Auch dabei ist zu beachten, dass der Aufsichtsrat selbst kein Führungsorgan, sondern Überwachungsorgan ist. Er hat daher das unternehmerische Ermessen des Vorstands zu respektieren.<sup>18</sup> So darf sich der Aufsichtsrat auch mit Maßnahmen zur Geschäftspolitik auseinandersetzen und im Rahmen von Fragen der Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung seine gegenläufige Meinung zu Maßnahmen und Planungen darlegen, er kann aber Geschäftsinitiativen des Vorstands durch Anstellung eigener Zweckmäßigkeitsüberlegungen nicht abwehren, wenn die Tätigkeit des Vorstands sich in den Grenzen des ihm vom Gesetzgeber in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eingeräumten Ermessens- und Beurteilungsspielraums hält.<sup>19</sup> Insbesondere besitzt der Aufsichtsrat kein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand, somit bleibt ihm alleine die in die Zukunft gerichtete Möglichkeit, das Geschäft einem Zustimmungsvorbehalt zu unterwerfen und seine Zustimmung zu versagen oder Vorstandsmitglieder im Rahmen seiner Befugnisse abzuberufen.<sup>20</sup>

## 2. Die Grenzen der Überwachungspflicht

Die Überwachungspflicht ist eine Dauerpflicht, d.h. der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung laufend zu überwachen.<sup>21</sup> Wobei Geschäftsführung im Sinne von § 111 Abs. 1 AktG nicht mit dem Begriff der Geschäftsfüh-

---

16 MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 29; GK/*Hopt/Roth* § 111 Rn. 312; BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 18.

17 BGHZ 114, 127, 129 f.; KK/*Mertens/Cahn* § 111 Rn. 14; GK/*Hopt/Roth* § 111 Rn. 271; Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 29 Rn. 33; MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 29, 53; BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 15; *Lutter/Krieger/Verse* § 3 Rn. 73.

18 KK/*Mertens/Cahn* § 111 Rn. 14; BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 17, 21; Münch. Hdb. GesR IV § 29 Rn. 36; MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 39.

19 BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 17, 21; MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 29; KK/*Mertens/Cahn* § 111 Rn. 14.

20 Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 29 Rn. 58; *Lutter/Krieger/Verse* § 3 Rn. 135; KK/*Mertens/Cahn* § 111 Rn. 14; BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 21.

21 MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 18; KK/*Mertens/Cahn* § 111 Rn. 16; *Boujong*, AG 1995, 203, 205, der zutreffend betont, dass die Formulierung als „laufende

rung in § 77 AktG gleichzusetzen, sondern vielmehr mit dem Begriff der Leitung in § 76 AktG zu vergleichen ist.<sup>22</sup> Zur Konkretisierung des Umfangs der Überwachungspflicht kann grundsätzlich der Sinn und Zweck des § 111 AktG herangezogen werden, wonach die gesamte Tätigkeit des Vorstands der Kontrolle des Aufsichtsrats unterliegt. Deshalb sollen von vornherein keine „überwachungsfreien Räume“<sup>23</sup> bestehen. Allerdings wird nach zutreffender herrschender Meinung vom Aufsichtsrat keine alle Vorgänge im Unternehmen umfassende Überwachung geschuldet, da eine solch intensive Überwachung den Charakter als Nebenamt übersteigen und der Kompetenzabgrenzung der Organe zuwiderlaufen würde.<sup>24</sup> Vielmehr wird davon ausgegangen, dass sich die Überwachungspflicht auf die Leitungsaufgaben und die wesentlichen Einzelmaßnahmen des Vorstands konkretisiert, d.h. auf dessen nicht delegierbare und originäre Führungsaufgaben.<sup>25</sup> Dabei enthalten vor allem die Berichtspflichten in § 90 AktG Anhaltspunkte, welche Vorgänge von der Überwachung umfasst sein sollen. Daraus ergibt sich, dass insbesondere die strategische Ausrichtung des Unternehmens, die Finanz- und Personalentscheidungen des Vorstands und die Festlegung und Umsetzung von Unternehmenszielen wichtige Bereiche der Überwachung sind.<sup>26</sup>

Die Art und Intensität der Überwachung hängen dabei von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft ab. So kann sich der Aufsichtsrat in guten Zeiten auf die Entgegennahme und Prüfung der Berichte des Vorstands und des Abschlussprüfers sowie der Jahres- und Konzernabschlüsse beschränken, d.h. die Geschäftsführung kritisch begleiten, wobei er Vorgänge in besonders wichtigen Geschäftsfeldern, wie der Compliance-Organisation, dennoch stets sorgfältig zu prüfen und Pflichtverletzungen des Vorstands jederzeit abzustellen und zu ahnden hat. In Krisenzeiten oder

---

Beratung“ das kontinuierliche Element der Überwachungsaufgabe, nicht aber deren Dichte oder gar die Erstreckung deren auf das operative Geschäft umschreibt.

22 BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 8; Hüffer/*Koch/Koch* § 111 Rn. 2; GK/*Hopt/Roth* § 111 Rn. 160; Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 29 Rn. 28; *Lutter/Krieger/Verse* § 3 Rn. 65.

23 BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 9; Hüffer/*Koch/Koch* § 111 Rn. 4.

24 KK/*Mertens/Cahn* § 111 Rn. 16; Hölters/*Hambloch-Gesinn/Gesinn* § 111 Rn. 11; Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 29 Rn. 29; MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 19; BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 9.

25 MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 20; GK/*Hopt/Roth* § 111 Rn. 112; Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 29 Rn. 29; BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 9.

26 Vgl. BeckOGK-AktG/*Spindler* § 111 Rn. 9; ausführlich zu den einzelnen Überwachungsaufgaben GK/*Hopt/Roth* § 111 Rn. 120–233.

bei hoch riskanten Maßnahmen muss hingegen die Überwachung intensiviert werden.<sup>27</sup>

### 3. Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats

Dem Aufsichtsrat stehen zur Erfüllung seiner Überwachungsaufgabe zahlreiche Überwachungsinstrumente und Einwirkungsmöglichkeiten auf den Vorstand zur Verfügung. Einige Instrumente des Aufsichtsrats zur Erfüllung seiner Überwachungsaufgabe sind bereits in § 111 AktG geregelt. Zu nennen ist das Einsichts- und Prüfungsrecht in § 111 Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG, das Recht zur Einberufung einer Hauptversammlung in Abs. 3 und das Recht zur Bestimmung von Zustimmungsvorbehalten in § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG. Auch das Recht zur Beauftragung eines Abschlussprüfers gemäß § 111 Abs. 2 Satz 3 AktG dient der Überwachungsaufgabe.<sup>28</sup> Weitere Überwachungsinstrumente sind die Informationsrechte aus § 90 AktG sowie dem neu eingeführten § 107 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG und das Recht auf Zuziehung von Sachverständigen und Auskunftspersonen zur Sitzung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG.<sup>29</sup>

Hat der Vorstand sich pflicht- oder zweckwidrig verhalten, hat der Aufsichtsrat zudem bestimmte Möglichkeiten auf den Vorstand einzuwirken. So kann der Aufsichtsrat Maßnahmen der Geschäftsführung formell beanstanden bzw. Stellungnahmen abgeben. Diese sind zwar rechtlich unverbindlich, der Aufsichtsrat wird diese jedoch regelmäßig auch im Jahresbericht nach § 171 Abs. 2 Satz 2 AktG an die Hauptversammlung erwähnen.<sup>30</sup> Zudem hat er die Möglichkeit, die Zustimmung zum Jahresabschluss zu verweigern und im Bericht an die Hauptversammlung

---

27 Ausführlich MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 55–57 m.w.N.; *Bürgers/Körper/Lieder/Bürgers/Fischer* § 111 Rn. 6; *Lutter/Krieger/Verse* § 3 Rn. 92–100; *Hüffer/Koch/Koch* § 111 Rn. 15; *BeckOGK-AktG/Spindler* § 111 Rn. 28 f.; restriktiv zur Verengung der Pflichten des Aufsichtsrats bei guter wirtschaftlicher Lage der Gesellschaft aber dennoch eine erhöhte Kontrolldichte in Krisenzeiten befürwortend *K. Schmidt/Lutter/Drygala* § 111 Rn. 22–27.

28 Dadurch wird die nötige Distanz des Abschlussprüfers zum Vorstand gewährleistet; MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 27; Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 29 Rn. 57.

29 MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 27; Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 29 Rn. 46; § 31 Rn. 49–51; *GK/Hopt/Roth* § 111 Rn. 313.

30 *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn* § 111 Rn. 33; MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 32; die Hauptversammlung kann auf Grundlage des Berichts dann ein beanstandetes Vorstandsmitglied abberufen oder ihm die Entlastung verweigern.

das Ergebnis der Prüfung gemäß § 171 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 4 AktG zu beanstanden.<sup>31</sup> Darüber hinaus kann der Aufsichtsrat unmittelbar auf den Vorstand einwirken, indem er für diesen eine Geschäftsordnung gemäß § 77 Abs. 2 Satz 1 AktG erlässt<sup>32</sup> oder von seiner Personalkompetenz, die grundsätzlich kein Mittel zur Erfüllung der Überwachungspflicht, sondern eine selbstständige Aufgabe des Aufsichtsrats darstellt, Gebrauch macht und ein Vorstandsmitglied bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 84 Abs. 1 und 3 AktG abberuft<sup>33</sup>.

Die wohl unpopulärste für die folgende Untersuchung jedoch bedeutendste Möglichkeit des Aufsichtsrats, auf ein pflichtvergessenes Vorstandsmitglied einzuwirken, ist die Verfolgung der Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen das Vorstandsmitglied.

## II. *Die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder durch den Aufsichtsrat*

Die Verfolgung von Organhaftungsansprüchen der Gesellschaft gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 AktG gegen ein Vorstandsmitglied wegen einer Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds, ist der für die folgende Untersuchung der Zulässigkeit einer Selbstbelastungspflicht im Rahmen der Verfolgung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft entscheidende Ausfluss der Überwachungsaufgabe, weil diesen Sachverhalten die Gefahr der Selbstbelastung immanent ist.<sup>34</sup>

Die Diskussionen über die Voraussetzungen und die Grenzen der Verfolgungspflicht von Organhaftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder

---

31 MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 33; KK/*Mertens/Cahn* § 111 Rn. 49; Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 29 Rn. 57; § 45 Rn. 13–23; ein solches Vorgehen ist jedoch nur bei Uneinigkeit zwischen Aufsichtsrat und Vorstand im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss zulässig. Als Druckmittel im Zusammenhang mit sonstigen Meinungsverschiedenheiten darf die Zustimmung zum Jahresabschluss bzw. dessen Beanstandung nicht verwendet werden, vgl. MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 33.

32 GK/*Hopt/Roth* § 111 Rn. 323; MüKoAktG § 111 Rn. 33; Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 29 Rn. 46.

33 MüKoAktG/*Habersack* § 111 Rn. 28; Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 29 Rn. 46; GK/*Hopt/Roth* § 116 Rn. 118; § 111 Rn. 326.

34 Ausführlich zur Gefahr einer Selbstbelastung im Rahmen der Verfolgung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft vgl. A.III.2.

wird noch immer von den Ausführungen des BGH in seinem ARAG/Garmenbeck-Urteil<sup>35</sup> aus dem Jahre 1997 geprägt.

Dem Urteil lag der folgende Sachverhalt zugrunde. Die Kläger waren Mitglieder des Aufsichtsrats der beklagten AG, die sich gegen Aufsichtsratsbeschlüsse wendeten, mit denen die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gegen den Vorstandsvorsitzenden der Beklagten abgelehnt worden war. Der Vorstandsvorsitzende war zuvor in Geschäftsbeziehung zu einer Londoner Limited getreten, einer Briefkastenfirma, deren Direktor ein mehrfach vorbestrafter Elektroinstallateur war. Der Vorstandsvorsitzende schloss extrem riskante Kreditgeschäfte mit der Limited ab. Als die Limited letztendlich zusammenbrach, entstand der beklagten AG ein hoher zweistelliger Millionenschaden dadurch, dass die Limited ihrer gegenüber einer Tochtergesellschaft der Beklagten eingegangenen Verpflichtung, das ihr von dieser gewährte Darlehen zurückzuzahlen, aufgrund des Zusammenbruchs nicht nachkommen konnte. Das mit Bankkrediten finanzierte Darlehen, das durch unmittelbare Rückführung der Bankkredite durch die Limited getilgt werden sollte, konnte von der Tochtergesellschaft nicht bedient werden. Aufgrund dessen sah sich die Beklagte gezwungen, für dessen Rückzahlung einzustehen, da sie die für diese Kredite von bestimmten Banken abgegebenen Garantieerklärungen durch vom Vorstandsvorsitzenden unterzeichnete Patronatserklärungen besichert hatte. Eine zur Absicherung des Geschäfts vorgesehene Rückversicherung lag nicht vor. Die Kläger sahen im Rahmen der mit der Limited getätigten Geschäfte, die dem Vorstandsvorsitzenden gegenüber der Gesellschaft obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt und wendeten sich gegen die Aufsichtsratsbeschlüsse, in denen sich gegen eine Inanspruchnahme des Vorstandsvorsitzenden ausgesprochen wurde.<sup>36</sup>

In diesem Zusammenhang nahm der BGH in seinen Entscheidungsgründen ausführlich zum Umfang und Inhalt der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats und den Voraussetzungen und Grenzen der Verfolgung von Organhaftungsansprüchen Stellung. So statuierte er, dass die aus der Überwachungspflicht resultierende Pflicht des Aufsichtsrats zur Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder in zwei Schritten zu erfüllen sei. Zunächst habe der Aufsichtsrat das Bestehen durchsetzbarer Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder eigen-

---

35 BGHZ 135, 244–257.

36 BGHZ 135, 244, 245–247.