

Susanne Kalss, Stephan Frotz,  
Paul Schörghofer (Hg.)

# **Handbuch für den Vorstand**

Sonderdruck

**Der Vorstand in der  
deutschen AG**

von

Frank Fischer, Lars Freytag,  
Karl Koenen und Michael Walbert

facultas

Zitiervorschlag:

Autor in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch Vorstand (2017) Rz ../...

### **Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek**

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

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr, eine Haftung der Autoren oder des Verlages ist ausgeschlossen.

Copyright © 2017 Facultas Verlags- und Buchhandels AG

facultas Universitätsverlag, 1050 Wien

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Satz: Wandl Multimedia-Agentur

Druck: Ueberreuter Print

Printed in Austria

ISBN 978-3-7089-1364-3

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	5
Autorenverzeichnis .....	7
Abkürzungsverzeichnis .....	31
Allgemeine Literatur .....	41

## I. Der Vorstand – eine erste Einordnung

1. Was ist eine gute Führungskraft? <i>Gerhard Speckbacher</i> .....	47
2. Die Unabhängigkeit des Vorstands nach österreichischem und deutschen Aktienrecht – Schein und Wirklichkeit <i>Peter Doralt/Maria Doralt</i> .....	55

## II. Mitglieder und Zusammensetzung

3. Zusammensetzung des Vorstands und Anforderungen an seine Mitglieder <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer</i> .....	81
4. Vorstände und Headhunter – eine Win-win-Symbiose? <i>Hans Jorda</i> .....	91
5. Diversität im Vorstand <i>Heike Mensi-Klarbach</i> .....	101

## III. Rechtsbeziehungen zwischen dem Vorstand und der Gesellschaft

6. Bestellung und Abberufung des Vorstands <i>Bernhard Rieder/Miriam Lehner</i> .....	113
7. Anstellungsverhältnis des Vorstandsmitglieds <i>Felix Schörghofer/Andreas Tinhofer</i> .....	153
8. Das gefallene Vorstandsmitglied <i>Georg Schima</i> .....	187
9. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergütung von Vorstandsmitgliedern <i>Susanne Kalss</i> .....	211
10. Wettbewerbsverbot <i>Matthias Schimka/Alexander Leonhartsberger</i> .....	241

11.	Rechtsgeschäfte mit und Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder <i>Julia Kusternigg/Rainer Werdnik</i> .....	293
-----	--	-----

#### **IV. Aufgaben des Vorstands**

12.	Leitung der Gesellschaft <i>Susanne Kalss</i> .....	307
13.	Compliance für den Vorstand <i>Elke Napokoj</i> .....	351
14.	Handlungspflichten des Vorstands bei Compliance-Verstößen <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer/Ines Krausler</i> .....	375
15.	Vorstandstätigkeit und Interessenkonflikte <i>Peter Kunz/Daniel Liemberger</i> .....	391

#### **V. Organisation des Vorstands**

16.	Organisationsverfassung des Vorstands <i>Clemens Spitznagel</i> .....	459
17.	Der Vorstandsvorsitzende <i>Clemens Hasenauer/Lorenz Pracht</i> .....	481
18.	Paperwork für den Vorstand <i>Ulrich Tauböck</i> .....	501
19.	Das Informationsregime im Vorstand <i>Georg Durstberger/Susanne Kalss</i> .....	535

#### **VI. Der Vorstand im Verhältnis zu anderen Organen**

20.	Das Verhältnis von Vorstand und Aufsichtsrat <i>Helge Schäfer/Jonas Wittgens</i> .....	557
21.	Das Verhältnis von Vorstand und Hauptversammlung <i>Christoph Diregger</i> .....	585
22.	Vorstand und Hauptversammlung <i>Susanne Kalss/Georg Riedl</i> .....	619
23.	Das Verhältnis von Vorstand und Abschlussprüfer <i>Thomas Wenger</i> .....	665

## VII. Der Vorstand in besonderen Situationen

24.	Der Vorstand im Konzern <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer</i> .....	685
25.	Der Vorstand in der Unternehmenskrise <i>Florian Linder</i> .....	707
26.	Der Vorstand in der Insolvenz <i>Ulla Reisch</i> .....	727
27.	Besonderheiten des Vorstands in börsennotierten Gesellschaften <i>Michael Kutschera</i> .....	787
28.	Best Practice der Corporate Governance für den Vorstand – die Sicht des ÖCGK <i>Anne d’Arcy</i> .....	805
29.	Der Vorstand bei M&A-Transaktionen <i>Gerhard Hermann/Wendelin Ettmayer</i> .....	815
30.	Der Vorstand der Zielgesellschaft im Übernahmeverfahren <i>Ulrich Edelmann</i> .....	841
31.	Der Vorstand bei Umgründungen und Squeeze-out <i>Heinrich Foglar-Deinhardstein/Jakob Hartig</i> .....	877
32.	Der Vorstand beim Management Buy-Out (MBO) <i>Heinrich Foglar-Deinhardstein/Jakob Hartig</i> .....	947
33.	Vorstand und Schiedsverfahren <i>Nikolaus Pitkowitz</i> .....	957

## VIII. Der Vorstand in besonderen Unternehmenstypen

34.	Der Vorstand im Familienunternehmen <i>Stephan Probst</i> .....	999
35.	Besonderheiten eines Konzernvorstands eines Staats- unternehmens <i>Katharina Schelberger/Susanne Semtner</i> .....	1023
36.	Besonderheiten des Vorstands in Kreditinstituten <i>Robert Schmidbauer</i> .....	1073
37.	Besonderheiten des Vorstands eines Versicherungs- unternehmens <i>Manuel Schalk</i> .....	1139

## **IX. Der Vorstand in unterschiedlichen Rechtsträgern**

38.	Steuerungsmöglichkeiten des Vorstands im Vergleich zum GmbH-Geschäftsführer <i>Julia Nicolussi</i> .....	1157
39.	Der Verwaltungsrat der SE <i>Peter Huber/Clemens Grossmayer</i> .....	1193
40.	Der Stiftungsvorstand einer Privatstiftung. Ein Vergleich zum Vorstand der Aktiengesellschaft <i>Nikolaus Arnold</i> .....	1221

## **X. Verantwortlichkeit des Vorstands**

41.	Business Judgment Rule <i>Martin Winner</i> .....	1239
42.	Beziehung von Sachverständigen <i>Alexander Schopper/Mathias Walch</i> .....	1253
43.	Die Verschwiegenheitspflicht des Vorstands <i>Marie-Agnes Arlt</i> .....	1303
44.	Die Haftung des Vorstands aus zivilrechtlicher Sicht <i>Andreas Kletečka/Christoph Kronthaler</i> .....	1341
45.	Die Entlastung des Vorstands <i>Philip Aumüller/Alfred Heiter</i> .....	1363
46.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands <i>Norbert Wess</i> .....	1383
47.	Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands <i>Martin Oppitz</i> .....	1425
48.	D&O-Versicherung – Überblick über die wichtigsten Versicherungsbedingungen und Praxishinweise <i>Michael Walbert</i> .....	1449

## **XI. Vergleich zum deutschen Recht**

49.	Die Pflichten des Vorstands in der deutschen AG <i>Frank Fischer/Lars Freytag/Karl Koenen/Michael Walbert</i> .....	1473
	Stichwortverzeichnis .....	1497

## Der Vorstand in der deutschen AG

*Frank Fischer/Lars Freytag/Karl Koenen/Michael Walbert*

### Literatur

**Ö:** *Briem*, Zustimmungspflichtige Geschäfte, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat, 2. Aufl 2016, 351; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, 2. Aufl 2012; *Feltl*, Die Leitungsverantwortung des Vorstands im Konzern, *ecolex* 2010, 358; *Gruber*, Organaußenhaftung für Kapitalmarktinformationen?, *wbl* 2006, 445; *Jabornegg/Strasser*, AktG, 5. Aufl 2011; *Kalss*, Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat bei Verwendung von Finanzinnovationen, in *Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit* 2012, 143; *Kalss*, Das österreichische Gesellschaftsrecht im Spiegel der Entwicklung des deutschen Rechts, *NZG* 2012, 161; *Kalss*, Beratungsverträge und sonstige Organgeschäfte von Aufsichtsratsmitgliedern mit der Gesellschaft, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat, 2. Aufl 2016, 391; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008); *Kalss*, Die Außenhaftung der Leitungsorgane gegenüber Gesellschaftern und Dritten, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Die Organhaftung (2013) 75; *Kalss/Oppitz*, Zur deliktischen Haftung einer AG, *GesRZ* 2016, 68; *Kalss/Schörghofer*, Corporate Compliance und Gesellschaftsrecht in *Lucius/Oppitz/Pachinger*, Compliance im Finanzdienstleistungsbereich, 2010, 9; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht, 2. Aufl 2015; *Karollus*, Unternehmerische Ermessensentscheidung und Business Judgment Rule aus primär gesellschaftsrechtlicher Sicht mit besonderem Blick auf Versicherungsunternehmen, *VR* 2015 H 10, 23; *Karollus*, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen – zugleich ein Beitrag zur Business Judgment Rule, *ÖBA* 2016, 252; *Koppensteiner*, Zur Außenhaftung von Geschäftsführern und Vorständen, *GES* 2015, 379; *Kristoferitsch*, Internal Investigations in der Praxis: Arbeitsrecht, Datenschutzrecht, Strafrecht, in *Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit* 2013, 281; *Leupold/Ramharter*, Nützliche Gesetzesverletzungen – Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht? *GesRZ* 2009, 253; *Paefgen/Napokoj*, „Compliance“ als gesellschaftsrechtliche Organpflicht? Ein österreichisch-deutscher Rechtsvergleich I, *RdW* 2015, 769; *Paefgen/Napokoj*, „Compliance“ als gesellschaftsrechtliche Organpflicht? Ein österreichisch-deutscher Rechtsvergleich II, *RdW* 2016, 16; *Rüffler*, Business Judgment Rule und Untreue, *GES* 2015, 261; *Rüffler* in *Jarolim*, Herausforderung Compliance – Dialog im Parlament, Band 7, 2015, 30; *Schärf*, Strategische Unternehmensplanung als Rechtspflicht des Vorstandes, *RdW* 2003, 69; *Schima*, Arbeitsrechtliche Grenzen der Compliance, *RdA* 2014, 197; *Schima*, Reform des Untreue-Tatbestandes und gesetzliche Verankerung der Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht, *RdW* 2015, 261; *Schimka*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, Aufsichtsrats Aktuell 2016, 10; *Schopper/Walch*, Vorstandshaftung bei Vertrauen auf unrichtigen Rechtsrat, *GES* 2012, 215; *Schrank/Kollar*, Business Judgment Rule Der (neue) Maßstab für Managemententscheidungen, *CFO* aktuell 2016, 117; *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, Band 2, 4. Aufl 2016; *Tipold*, Compliance als Schutz vor Verbandsverantwortlichkeit?, *ALJ* 1/2016, 90; *Torggler*, Interessenkonflikte, insbesondere bei „materiellen Insichgeschäften“, *ecolex* 2009, 920.

**D:** *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl 2015; *Assmann/Uwe H. Schneider* (Hrsg), Kommentar zum WpHG, 4. Aufl 2006; *Bachmann*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13.12.2011 über die Haftung wegen fehlerhafter Kapitalmarktinformation (XI ZR 51/10), *JZ* 2012, 578; *Bamberger/Roth* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 40. Edition, Stand: 01.08.2016; *Bicker*, Compliance – organisatorische Umsetzung im Konzern, *AG* 2012, 542; *Bicker*, Legalitätspflicht des Vorstands – ohne Wenn und Aber?, *AG* 2014, 8; *Binder*, Anforderungen an Organentscheidungsprozesse in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung – Grundlagen einer körperschaftsrechtlichen Entscheidungslehre?, *AG* 2012, 885; *Buck-Heeb*, Die Plausibilitätsprüfung bei Vorliegen eines Rechtsrats – zur Enthaftung von Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat, *BB* 2016, 1347; *Bürgers/Körber* (Hrsg), Heidelberger Kommentar zum AktG, 3. Aufl 2014; *Canaris*, Hauptversammlungsbeschlüsse und Haftung, *ZGR* 1978, 207; *Diekmann/Punte*, Aktuelles zu Drittanstellung, Drittvergütung und Haftung von Mit-

gliedern des AG-Vorstands, WM 2016, 681; *Dietz-Vellmer*, Hauptversammlungsbeschlüsse nach § 119 II AktG – geeignetes Mittel zur Haftungsvermeidung für Organe?, NZG 2014, 721; *Dietz-Vellmer*, Organhaftungsansprüche in der Aktiengesellschaft: Anforderungen an Verzicht oder Vergleich durch die Gesellschaft, NZG 2011, 248; *Eisenschmidt/Bilgenroth*, Zur praktischen Umsetzung des Deutschen Corporate Governance Kodexes – eine empirische Analyse der Unternehmen des HDAX und SDAX, DSIR 2016, 551; *Fleischer* (Hrsg), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006; *Fleischer*, Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, 321; *Fleischer*, Gestaltungsgrenzen für Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats nach § 111 Abs 4 S 2 AktG, BB 2013, 835; *Fleischer*, Vorstandspflichten bei rechtswidrigen Hauptversammlungsbeschlüssen, BB 2005, 2025; *Gaul*, Regressansprüche bei Kartellbußen im Lichte der Rechtsprechung und der aktuellen Debatte über die Reform der Organhaftung, AG 2015, 109; *Goette/Habersack* (Hrsg), Münchener Kommentar zum AktG, Band 1, 4. Aufl 2016, Band 2, 4. Aufl 2014, Band 3, 3. Aufl 2013, Band 4, 4. Aufl 2016; *Graf* (Hrsg) Beck'scher Online-Kommentar OWiG, 11. Edition, Stand: 15.04.2016; *Grigoleit* (Hrsg), Kommentar zum AktG, 2013; *Habersack*, Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177, 2013, 782; *Habersack/Mülberty/Schlitt* (Hrsg), Handbuch der Kapitalmarktinformation, 2008; *Hauger/Palzer*, Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress, ZGR 2015, 33; *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, Corporate Compliance, 3. Aufl 2016; *Hegnon*, Aufsicht als Leitungspflicht – Umfang persönlich wahrzunehmender Aufsichtspflichten von Geschäftsleitern bei vertikaler Arbeitsteilung aus gesellschafts- und strafrechtlicher Sicht, CCZ 2009, 57; *Hemeling*, Organisationspflichten des Vorstands zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZHR 175, 2011, 368; *Hempel*, Ende des kollektiven Rechtsschutzes im deutschen Kartellrecht?, NJW 2015, 2077; *Hirte/Möllers*, Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl 2014; *Hirte/Mülberty/Roth* (Hrsg), Großkommentar zum AktG, Band 4/2, 5. Aufl 2015; *Hoffmann-Becking*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, 4. Aufl 2015; *Höllters* (Hrsg), Kommentar zum AktG, 2. Aufl 2014; *Hopt*, Die Haftung für Kapitalmarktinformationen – Rechtsvergleichende, rechtsdogmatische und rechtspolitische Überlegungen, WM 2013, 101; *Hopt*, Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, ZIP 2013, 1793; *Hüffer/Koch* (Hrsg), Kommentar zum AktG, 12. Aufl 2016; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstandes, 2014; *Joecks/Miebach* (Hrsg), Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 2. Aufl 2011, Band 5, 2. Aufl 2014; *Joecks/Schmitz* (Hrsg), Münchener Kommentar zum StGB, Band 7, 2. Aufl 2015; *Kalss*, Das österreichische Gesellschaftsrecht im Spiegel der Entwicklung des deutschen Rechts, NZG 2012, 161; *Kerst*, Haftungsmanagement durch die D&O-Versicherung nach Einführung des aktienrechtlichen Selbstbehaltes in § 93 Abs 2 Satz 3 AktG, WM 2010, 594; *Kiefner/Krämer*, Geschäftsleiterhaftung nach ISON und das Vertrauendürfen auf Rechtsrat, AG 2012, 498; *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg), Kommentar zum StGB, 4. Aufl 2013; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, 1997; *Köllner/Lendermann*, Untreue eines Vorstandsvorsitzenden wegen Belastung der Gesellschaft mit privaten Reisekosten, NZI 2016, 476; *Kort*, Beziehungen des Vorstandsmitglieds der AG zu Dritten: Drittanstellung, Interim Management, Personalleasing und Vergütung durch Dritte, AG 2015, 531; *Krieger/Uwe H. Schneider* (Hrsg), Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl 2010; *Kümpel/Wittig* (Hrsg), Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl 2011; *Kuntz*, Grundlagen und Grenzen der aktienrechtlichen Leitungsautonomie, AG 2016, 101; *Lackhoff/Schulz*, Das Unternehmen als Gefahrenquelle? Compliance-Risiken für Unternehmensleiter und Mitarbeiter, CCZ 2010, 81; *Lindmann/Sommer*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung und ihre Bedeutung für den Bereich der Criminal Compliance, JuS 2015, 1057; *Lücke/Schaub* (Hrsg), Beck'sches Mandats Handbuch, Vorstand der AG, 2. Aufl 2010; *Lutter* in FS Canaris, Interessenkonflikte und Business Judgment Rule, Band 2, 2007, 245; *Marsch-Barner/Schäfer* (Hrsg), Handbuch börsennotierte AG, 2. Aufl 2009; *Meier-Greve*, Vorstandshaftung wegen mangelhafter Corporate Compliance, BB 2009, 2555; *Momsen/Grützner* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht, 2013; *Müller/Rödder* (Hrsg), Beck'sches Handbuch der AG, 2. Aufl 2009; *Oechsler* in FS Hüffer, Die Haftung der Vorstandsmitglieder für verbotene Ausschüttungen zwischen Kontrollübernahme und Verschmelzung, 2010, 735; *Olufs/Barth*, Haftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates in der Staatsschuldenkrise, BB 2012, 1935; *Paeffgen*, Organhaftung: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, AG 2014, 554; *Peters*, Angemessene Informationsbasis als Voraussetzung pflichtgemäßen Vorstandshandelns, AG 2010, 811; *Poelzig*, Insider- und Marktmanipulations-



verbot im neuen Marktmissbrauchsrecht, NZG 2016, 528; *Rahlmeyer/Fassbach*, Vorstandshaf-  
tung und Prozessfinanzierung, GWR 2015, 331; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften,  
6. Aufl 2015; *Roth*, Erstes Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund eu-  
ropäischer Rechtsakte, GWR 2016, 291; *Rubner/Pospiech*, Die EU-Marktmissbrauchsverord-  
nung – verschärfte Anforderungen an die kapitalmarktrechtliche Compliance auch für den Frei-  
verkehr, GWR 2016, 228; *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum  
BGB, Band 1, 7. Aufl 2015, Band 5, 6. Aufl 2013; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl 2015;  
*Schmidt/Lutter* (Hrsg), Kommentar zum AktG, 3. Aufl 2015; *Schmolke*, Private Enforcement und  
institutionelle Balance, NZG 2016, 721; *Schönke/Schröder* (Hrsg), Kommentar zum StGB, 29.  
Aufl 2014; *Schüppen/Schaub* (Hrsg), Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2. Aufl 2010;  
*Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl 2010; *Seibt*, Pflichten der Geschäfts-  
leitung bei Eingehung von Finanzierungsgeschäften – in Normal- und Krisenzeiten des Unter-  
nehmens, ZIP 2013, 1597; *Seibt/Wollenschläger*, Revision des Marktmissbrauchsrechts durch  
Marktmissbrauchsverordnung und Richtlinie über strafrechtliche Sanktionen für Marktmanip-  
ulation, AG 2014, 593; *Selter*, Haftungsrisiken von Vorstandsmitgliedern bei fehlendem und von  
Aufsichtsratsmitgliedern bei vorhandenem Fachwissen, AG 2012, 11; *Senge* (Hrsg), Karlsruher  
Kommentar zum OWiG, 4. Aufl 2014; *Spindler*, Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus  
wissenschaftlicher Perspektive, AG 2013, 889; *Spindler/Stilz* (Hrsg), Kommentar zum AktG,  
3. Aufl 2015; *Strohn*, Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer  
Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, 177; *Teigelack/Dolff*, Kapitalmarktrechtliche Sanktionen nach  
dem Regierungsentwurf eines Ersten Finanzmarktnovellierungsgesetzes – 1. FimanoG, BB  
2016, 387; *Theusinger/Teigelack*, Gesetz zur Finanzmarktnovellierung verabschiedet – Ver-  
schärfung der kapitalmarktrechtlichen Sanktionen, jurisPR-Compl 2/2016 Anm. 3; *Thole*, Die  
Prozessfinanzierung bei Kartellschadensersatzklagen – Lehren aus dem Fall CDC/Zementkar-  
tell, ZWeR 2015, 93; *Ulmer* in FS Canaris, Strikte aktienrechtliche Organhaftung und D&O-  
Versicherung – zwei getrennte Welten, Band 2, 2007, 451; *Wagner*, „Internal Investigations“ und  
ihre Verankerung im Recht der AG, CCZ 2009, 8; *Wagner*, Organhaftung im Interesse der Ver-  
haltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, ZHR 178, 2014, 227; *Wellhöfer/Peltzer/Mül-  
ler*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 1. Aufl 2008; *Wolff/Jansen*, Aus-  
schluss der Haftung der Vorstandsmitglieder durch formlose Billigung des Vorstandshandelns  
durch die Aktionäre?, NZG 2013, 1165; *Zöllner/Noack* (Hrsg), Kölner Kommentar zum AktG,  
Band 2/1, 3. Aufl 2009.

<b>Gliederung</b>	<b>Rz</b>
I. Einleitung .....	1–3
II. Zusammensetzung .....	4–7
III. Leitung und Geschäftsführung .....	8–25
1. Inhalt der Pflicht zur Unternehmensleitung .....	9–11
2. Abgrenzung zu anderen Organen .....	12–22
a) Hauptversammlung .....	13–18
aa) Holzmüller .....	15
bb) Gelatine .....	16–18
b) Aufsichtsrat .....	19–22
3. Eigenverantwortlichkeit .....	23–24
4. Weitere Grenzen der Unternehmensleitung .....	25
IV. Sorgfalts- und Treuepflichten des Vorstands der deutschen Aktiengesellschaft .....	26–50
1. Sorgfaltspflichten .....	26–47
a) Legalitätspflicht .....	28–32
b) Sorgfältige Leitung und Führung der Geschäfte .....	33–40
aa) Verantwortungsbereiche des Vorstands .....	33–35
bb) Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung und Business Judgement .....	36–40
c) Überwachungspflicht .....	41–42
d) Speziell: Compliance-Verantwortung .....	43–47
2. Treuepflichten .....	48–50

a)	Allgemeines .....	48–49
b)	Verschwiegenheitspflicht, § 93 Abs 1 Satz 3 dAktG .....	50
V.	Zivilrechtliche Haftung des Vorstands .....	51–74
1.	Binnenhaftung und Außenhaftung .....	51
2.	Haftung gegenüber der Gesellschaft .....	52–74
a)	Tatbestand des § 93 Abs 2 Satz 1 dAktG .....	54–60
b)	Sondertatbestände des § 93 Abs 3 dAktG .....	61–62
c)	Geltendmachung der Ansprüche durch den Aufsichtsrat .....	63
d)	Ausschluss der Haftung durch Hauptversammlungs- beschluss; kein Haftungsausschluss durch Billigung durch den Aufsichtsrat .....	64–67
e)	Verzicht und Vergleich .....	68–72
f)	D&O-Versicherung .....	73–74

## I. Einleitung

- Die historische Entwicklung des dAktG einerseits und des öAktG andererseits verlief im Kern weitgehend parallel, so dass der Blick auf das dAktG sowie die dazu ergangene Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) eine bedeutende Auslegungshilfe für das öAktG darstellt.
- Auch die Corporate Governance Kodizes Deutschlands und Österreichs weisen deutliche Parallelen auf. Im Jahre 2002 wurden mit dem Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) und dem Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK) neben dem jeweiligen Aktiengesetz recht umfangreiche Regelwerke geschaffen, die sich mit der angemessenen Unternehmensführung befassen. Die Kodizes werden von unabhängigen, hochrangig besetzten Gremien verfasst und haben keine Gesetzesqualität.<sup>1</sup> Obschon sich die Kodizes in erster Linie an börsennotierte Gesellschaften bzw an Gesellschaften mit Kapitalmarktzugang richten, wird ihre Beachtung auch kapitalmarktfernen Aktiengesellschaften empfohlen.
- Dieser Beitrag beleuchtet die Stellung des Vorstands in der deutschen Aktiengesellschaft, zentrale Vorstandspflichten sowie die Haftung des Vorstands aus dem Blickwinkel der Regelungen des dAktG und der hierzu ergangenen Rechtsprechung deutscher Gerichte. In der gebotenen Kürze wird dabei auch auf die jeweilige Rechtslage in Österreich eingegangen.

## II. Zusammensetzung

- Sowohl nach dem dAktG<sup>2</sup> als auch nach dem öAktG<sup>3</sup> kann der Vorstand grundsätzlich aus einer oder aus mehreren Personen bestehen.<sup>4</sup> Ob die Gesellschaft ei-

<sup>1</sup> In Deutschland ist dies die 2001 durch das Bundesministerium der Justiz geschaffene Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex, in Österreich der Arbeitskreis für Corporate Governance.

<sup>2</sup> § 76 Abs 2 dAktG.

<sup>3</sup> § 70 Abs 2 öAktG.

<sup>4</sup> Ziff 4.2.1 S 1 DCGK enthält allerdings die Empfehlung, dass der Vorstand aus mehreren Personen bestehen soll.

nen ein- oder mehrgliedrigen Vorstand haben soll, sowie die genaue Anzahl der Vorstandsmitglieder kann in der Satzung geregelt werden.

Für deutsche Aktiengesellschaften mit einem Grundkapital von mehr als drei Millionen Euro sieht § 76 Abs 2 S 2 dAktG vor, dass der Vorstand aus mindestens zwei Personen besteht. Diese Bestimmung ist aber nicht zwingend.<sup>5</sup> Davon abweichend kann in der Satzung festgelegt werden, dass der Vorstand nur aus einer Person bestehen soll.<sup>6</sup> Das öAktG kennt keine korrespondierende Regelung. Für Aktiengesellschaften, die einem Aufsichtsregime unterliegen, wie insbesondere im Finanzdienstleistungs- und Versicherungsbereich, kann als Ausdruck des Vieraugenprinzips gesetzlich vorgesehen sein, dass der Vorstand zumindest aus zwei Personen zu bestehen hat.<sup>7</sup>

Nach § 77 dAktG sind – sofern der Vorstand aus mehreren Personen besteht – sämtliche Vorstandsmitglieder nur gemeinschaftlich zur Geschäftsführung befugt. Das öAktG sieht zwar keine unmittelbar korrespondierende Bestimmung vor, geht aber gleichermaßen von der Gesamtgeschäftsführung aus.<sup>8</sup> Die Satzung oder die Geschäftsordnung kann Abweichendes bestimmen, nicht jedoch, dass ein oder mehrere Vorstandsmitglieder Meinungsverschiedenheiten im Vorstand gegen die Mehrheit seiner Mitglieder entscheiden. Ebensowenig sieht der ÖCGK – im Gegensatz zu Ziff 4.2.1. DCGK – eine Empfehlung zur Nominierung eines Vorstandssprechers vor.

Bei Stimmengleichheit im Vorstand gilt im öAktG, dass die Stimme des Vorstandsvorsitzenden ausschlaggebend ist. Ein solches „Dirimierungsrecht“ des Vorstandsvorsitzenden oder eines anderen Vorstandsmitglieds muss nach deutscher Rechtslage ausdrücklich in der Satzung oder der Geschäftsordnung vorgehen sein.<sup>9</sup>

### III. Leitung und Geschäftsführung

Die Stellung des Vorstands wird durch seine Pflicht zur Unternehmensleitung geprägt. Sowohl nach § 76 Abs 1 dAktG als auch nach § 70 Abs 1 öAktG leitet der Vorstand die Gesellschaft in eigener Verantwortung. Diese Pflicht ist in Deutschland und Österreich in Einzelheiten unterschiedlich ausgeprägt.

#### 1. Inhalt der Pflicht zur Unternehmensleitung

Die Leitung der Gesellschaft nach § 76 Abs 1 dAktG umfasst einen herausgehobenen Teil der Geschäftsführung und die organschaftliche Vertretung der

<sup>5</sup> *Spindler* in MünchKommAktG, Band 2, 4. Aufl 2014 § 76 Rz 98.

<sup>6</sup> Wegen § 76 Abs 2 Satz 3 dAktG muss der Vorstand allerdings mindestens zwei Mitglieder haben, sofern nach mitbestimmungsrechtlichen Regelungen ein Arbeitsdirektor zu bestellen ist. Daran kann auch die Satzung nichts ändern. Das gilt nach h.M. für den Bereich der Montanmitbestimmung (§ 13 Abs 1 MontanMitbestG, § 13 MontanMitbestErgG) sowie für den Arbeitsdirektor nach § 33 Abs 1 Satz 1 MitbestG.

<sup>7</sup> *Kalss* in MünchKommAktG, Band 2, 4. Aufl 2014 § 76 Rz 136.

<sup>8</sup> *Kalss* in MünchKommAktG, Band 2, 4. Aufl 2014 § 77 Rz 70.

<sup>9</sup> Siehe hierzu etwa *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014 § 18 Rz 516; *Koch* in *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Auflage 2016 § 77 Rz 11.

Aktiengesellschaft (§§ 77, 78 dAktG; § 71 Abs 1 öAktG).<sup>10</sup> Da zwar sonstige Geschäftsführungsaufgaben delegationsfähig sind, die Unternehmensleitung aber grundsätzlich nicht, sind die beiden Bereiche voneinander abzugrenzen. Die Abgrenzung bereitet mangels subsumtionsfähiger Kriterien Schwierigkeiten, weshalb man sich damit behilft, der Unternehmensleitung bestimmte Tätigkeitstypen zuzuordnen.<sup>11</sup> Dazu gehört insbesondere die Aufgabe, die Leitlinien der Unternehmenspolitik zu bestimmen, die unternehmerischen Funktionen wahrzunehmen, die Unternehmenstätigkeit zu planen und zu koordinieren und Führungspositionen zu besetzen.<sup>12</sup> Weitere Aufgaben sind dem Vorstand per Gesetz ausdrücklich zugewiesen, beispielsweise die Vorbereitung und Einberufung der Hauptversammlung (§§ 83 Abs 1, 121 Abs 2 dAktG), die Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen (§ 83 Abs 2 dAktG) sowie die Berichterstattung an den Aufsichtsrat (§ 90 dAktG).<sup>13</sup>

- 10** Wessen Interessen bei der Unternehmensleitung zu berücksichtigen sind, ist in § 76 Abs 1 dAktG, anders als im österreichischen § 70 Abs 1 öAktG (vgl auch L-Regel Ziff 13 ÖCGK), nicht ausdrücklich erwähnt. Die unterschiedlichen Fassungen haben sich historisch entwickelt, ohne dass damit aber wesentliche inhaltliche Abweichungen einhergingen. In § 70 Abs 1 AktG 1937 hieß es: „Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern.“<sup>14</sup> Der österreichische Gesetzgeber formulierte den zweiten Halbsatz in § 70 Abs 1 öAktG um: Die Leitung der Gesellschaft habe so zu erfolgen, „wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert“. Der deutsche Gesetzgeber strich im Rahmen der Aktienrechtsnovelle von 1965 hingegen den zweiten Halbsatz und damit die zu berücksichtigenden Interessen. In der Begründung zum deutschen Regierungsentwurf zum späteren § 76 Abs 1 dAktG hieß es dazu: „Daß der Vorstand bei seinen Maßnahmen die Belange der Aktionäre und der Arbeitnehmer zu berücksichtigen hat, versteht sich von selbst und braucht nicht ausdrücklich im Gesetz bestimmt zu werden. Gleiches gilt für die Belange der Allgemeinheit.“<sup>15</sup>

- 11** Diesen 1965 aus dem Gesetzestext gestrichenen Gedanken greift Ziff 4.1.1 DCGK in neuerer Zeit auf: „Der Vorstand leitet das Unternehmen in eigener Ver-

<sup>10</sup> *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014 § 1 Rz 3 und Rz 6; zur Differenzierung zwischen Leitung, Geschäftsführung und Vertretung vgl etwa *Lücke in Lücke/Schaub*, Beck'sches Mandats Handbuch, Vorstand der AG, 2. Aufl 2010 § 3 Rz 5.

<sup>11</sup> *Koch in Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016 § 76 Rz 9; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014 § 1 Rz 6.

<sup>12</sup> *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl 2015 § 14 Rz 1; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl 2015 § 41 Rz 6.

<sup>13</sup> *Koch in Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016 § 76 Rz 9; *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 76 Rz 8; *Weber in Hölters*, AktG, 2. Aufl 2014 § 76 Rz 5; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014 § 1 Rz 7.

<sup>14</sup> Reichsgesetzblatt 1937, Teil 1 Seite 120; siehe hierzu auch *Spindler in MünchKommAktG*, Band 2, 4. Aufl 2014 § 76 Rz 60 f; sowie *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 76 Rz 22 f.

<sup>15</sup> BT-Drucksache 4/171 vom 3. Februar 1962, 121.

antwortung im Unternehmensinteresse, also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (*Stakeholder*) mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung.“ In erster Linie hat der Vorstand dabei den Vorteil der Gesellschaft zu wahren. Seine eigenen Interessen haben dagegen unberücksichtigt zu bleiben.<sup>16</sup> Ziff 4.3.1. DCGK stellt fest, dass Vorstandsmitglieder dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind. Sie dürfen bei ihren Entscheidungen keine persönlichen Interessen verfolgen, unterliegen während ihrer Tätigkeit für das Unternehmen einem umfassenden Wettbewerbsverbot und dürfen Geschäftschancen, die dem Unternehmen zustehen, nicht für sich nutzen.

## 2. Abgrenzung zu anderen Organen

Die Zuweisung der Leitungsaufgabe an den Vorstand bedeutet zugleich eine Abgrenzung, nämlich dass die anderen Organe dafür im Grundsatz nicht zuständig sind. Nur der Vorstand darf eigeninitiativ über Geschäftsführungsfragen entscheiden. Hauptversammlung und Aufsichtsrat dürfen sich mit Fragen der Geschäftsführung zwar befassen, aber grundsätzlich nur auf Betreiben des Vorstands. Ob es sich bei den behandelten Themen um Geschäftsführungsmaßnahmen handelt, bestimmt sich in erster Linie nach dem Unternehmensgegenstand und somit nach der Satzung (§§ 23 Abs 3 Nr 2, 82 Abs 2 dAktG).<sup>17</sup> Die herausgehobene Stellung des Vorstands zeigt sich besonders darin, dass er – im Gegensatz zum Beispiel zum GmbH-Geschäftsführer – bei der Ausübung seiner Leitungsmacht keinen Weisungen unterliegt.<sup>18</sup> 12

### a) Hauptversammlung

Die vorrangige Zuständigkeit des Vorstands für Geschäftsführungsfragen ist im Hinblick auf die Hauptversammlung ausdrücklich in § 119 Abs 2 dAktG festgehalten: „Über Fragen der Geschäftsführung kann die Hauptversammlung nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt.“ Nach der korrespondierenden Bestimmung im öAktG (§ 103 Abs 2) kann die Hauptversammlung darüber hinaus auf Verlangen des Aufsichtsrats über Fragen der Geschäftsführung entscheiden, die der Zustimmung des Aufsichtsrats vorbehalten sind.<sup>19</sup> 13

Regelmäßig ist die Hauptversammlung also von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Besonders einschneidende Maßnahmen bedürfen allerdings der Zustimmung der Hauptversammlung, auch wenn sie grundsätzlich vom Unter- 14

<sup>16</sup> BGH II ZR 246/84, NJW 1986, 585; BGH II ZR 264/06, NJW 2008, 2437 (jeweils zu GmbH-Geschäftsführern).

<sup>17</sup> *Limmer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 23 Rz 16; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl 2015 § 14 Rz 9.

<sup>18</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 76 Rz 57; *Koch* in *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016 § 76 Rz 25; *Spindler* in *MünchKommAktG*, Band 2, 4. Aufl 2014 § 76 Rz 22. Zur Möglichkeit der Hauptversammlung, den Vorstand außerhalb von Geschäftsführungsmaßnahmen durch Beschluss zu binden.

<sup>19</sup> Einen Katalog von Geschäften, die der Zustimmung des Aufsichtsrats vorbehalten sind (§ 95 Abs 5 öAktG) kennt das dAktG nicht.

nehmensgegenstand umfasst sind. Dies hat der BGH in den Entscheidungen *Holz-müller* und *Gelatine* festgestellt.

*aa) Holz-müller*

- 15 In der *Holz-müller*-Entscheidung aus dem Jahr 1982<sup>20</sup> entschied der BGH fest, dass bei schwerwiegenden Eingriffen in die Rechte und Interessen der Aktionäre ausnahmsweise eine Pflicht bestehe, Entscheidungen der Hauptversammlung einzuholen. Im *Holz-müller*-Fall durfte die Gesellschaft laut Unternehmensgegenstand ihren Betrieb ganz oder teilweise anderen Unternehmen, an denen sie beteiligt war, überlassen. Auf dieser Grundlage brachte sie ihren bei weitem größten Betrieb zum Buchwert in eine neu gegründete KGaA ein, ohne vorher eine Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen. Der BGH entschied, der Vorstand habe die Hauptversammlung nicht übergehen dürfen. Zwar sei die Entscheidung durch die Außenvertretungsmacht des Vorstands, seine Geschäftsführungsbefugnis und den Wortlaut der Satzung formal gedeckt. Sie greife aber so tief in die Mitgliedsrechte der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verkörpert Vermögeninteresse ein, dass der Vorstand vernünftigerweise nicht habe annehmen können, er dürfe sie in ausschließlich eigener Verantwortung treffen, ohne die Hauptversammlung zu beteiligen. Die Unterlassung, eine solche Entscheidung der Hauptversammlung vorzulegen, sah der BGH als Sorgfaltspflichtverletzung an. Jedoch beeinträchtigte die Verletzung der internen Vorlagepflicht nicht die Wirksamkeit der Maßnahme im Verhältnis zu Dritten.

*bb) Gelatine*

- 16 Im Jahr 2004 beschäftigte sich der BGH in zwei Parallelentscheidungen<sup>21</sup> erneut mit den ungeschriebenen Mitwirkungsbefugnissen der Hauptversammlung. Dabei war zu entscheiden, ob die Einbringung von Anteilen an zwei Tochtergesellschaften in eine dritte Tochtergesellschaft der Zustimmung der Hauptversammlung mit einer Mehrheit von 75 % bedurft hätte. Die beiden eingebrachten Gesellschaften trugen weniger als 30 % zu Bilanzsumme, Eigenkapital, Umsatz und Ergebnis vor Steuern des Konzerns bei. Der BGH ging in diesem Fall nicht von einem Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung aus, das nur im Fall besonders einschneidender Maßnahmen, die einer Satzungsänderung gleichkommen, anzunehmen sei. Praktisch sei von einem Zustimmungserfordernis auszugehen, wenn das verfügensgegenständliche Vermögen eine Größenordnung von etwa 70 bis 80 % des Gesellschaftsvermögens erreicht.
- 17 Der BGH stellte in seinen *Holz-müller*- und *Gelatine*-Entscheidungen nicht nur auf die Rechte der Hauptversammlung als Organ ab, sondern auch auf die Beeinträchtigung individueller Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre. Die Mitgliedschaftsrechte können durch die faktische Verkürzung von Herrschaftsrechten bei Konzernumbildungen (Mediatisierung) berührt sein, aber auch durch die Beeinträchtigung von Vermögenspositionen (Wertverwässerung). Eine ungeschriebene Zuständigkeit der Hauptversammlung in Geschäftsführungsfragen existiert jedoch

<sup>20</sup> BGH II ZR 174/80, NJW 1982, 1703.

<sup>21</sup> BGH II ZR 154/02, NZG 2004, 575 und BGH II ZR 155/02, NZG 2004, 571.



nur ausnahmsweise und in engen Grenzen. Letztlich bedürfen nur Maßnahmen, die faktisch einer Satzungsänderung nahekommen oder die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre aushöhlen, zwingend der Zustimmung der Hauptversammlung.<sup>22</sup>

Zu einer ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeit liegt in Österreich bis dato keine vergleichbare Rechtsprechung des OGH vor.<sup>23</sup> In der Literatur wird die *Holz Müller*-Doktrin aber allgemein anerkannt.<sup>24</sup> 18

#### b) Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat hat den Vorstand bei der Geschäftsführung zu überwachen, insbesondere indem er die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände prüft (§ 111 Abs 2 Satz 1 dAktG, § 95 öAktG).<sup>25</sup> Liegt eine Pflichtverletzung des Vorstands vor und ist der Gesellschaft dadurch ein Schaden entstanden, hat der Aufsichtsrat den Schaden grundsätzlich geltend zu machen.<sup>26</sup> In seiner *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung hat der BGH insofern entschieden, dass der Aufsichtsrat von der Geltendmachung voraussichtlich begründeter Schadensersatzansprüche gegen ein pflichtwidrig handelndes Vorstandsmitglied nur dann ausnahmsweise absehen dürfe, wenn gewichtige Interessen und Belange der Gesellschaft dafür sprechen, den ihr entstandenen Schaden ersatzlos hinzunehmen.<sup>27</sup> 19

Dem Aufsichtsrat können keine Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen werden (§ 111 Abs 4 Satz 1 dAktG, § 95 Abs 5 Satz 1 öAktG). Gleichwohl hat der Aufsichtsrat Einfluss auf die Geschäftsführung, der sogar relativ weit gehen kann. Nach § 111 Abs 4 Satz 2 dAktG hat die Satzung oder der Aufsichtsrat zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen.<sup>28</sup> Nach Ziffer 3.3 Satz 1 des DCGK sollen dies insbesondere Geschäfte von grundlegender Bedeutung sein, wozu nach Satz 2 der Ziffer Entscheidungen oder Maßnahmen gehören, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern. Zustimmungspflichtige Geschäfte müssen bestimmt bezeichnet sein. Der Aufsichtsrat darf nicht pauschal „wichtige“ oder „bedeutsame“ Geschäfte von seiner Zustimmung abhängig machen.<sup>29</sup> 20

<sup>22</sup> Zur ungeschriebenen Zuständigkeit der Hauptversammlung siehe auch *Hoffmann* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 119 Rz 21 ff; *Kubis* in *MünchKommAktG*, Band 3, 3. Aufl 2013 § 119 Rz 31 ff; *Schaub* in *Lücke/Schaub*, Beck'sches Mandats Handbuch, Vorstand der AG, 2. Aufl 2010 § 5 Rz 24; *Herrler* in *Grigoleit*, AktG, 1. Aufl 2013 § 119 Rz 18 ff.

<sup>23</sup> Vgl OGH 11.03.1996, 1 Ob 566/95, 09.10.2014, 6 Ob 77/14p.

<sup>24</sup> Vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/688ff mwN.

<sup>25</sup> Zu den Überwachungsmitteln des Aufsichtsrats insgesamt siehe etwa *Klose* in *Lücke/Schaub*, Beck'sches Mandats Handbuch, Vorstand der AG, 2. Aufl 2010 § 4 Rz 35 ff.

<sup>26</sup> BGH II ZR 175/95, NJW 1997, 1926 – *ARAG/Garmenbeck*. Zur Binnenhaftung der Vorstandsmitglieder siehe unten unter IV.1.b.

<sup>27</sup> BGH II ZR 175/95, NJW 1997, 1926, 1928.

<sup>28</sup> Für Österreich ergibt sich dies aus § 95 Abs 5 Satz 5 öAktG.

<sup>29</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 76 Rz 58; *Klose* in *Lücke/Schaub*, Beck'sches Mandats Handbuch, Vorstand der AG, 2. Aufl 2010 § 4 Rz 182; für Österreich ebenso *Briem* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup>, 2016, Rz 12/52.

- 21 Das öAktG sieht demgegenüber in § 95 Abs 5 einen Katalog von Geschäften, die der Zustimmung des Aufsichtsrats vorbehalten sind, vor. Zu den genehmigungspflichtigen Geschäften gehören nach dieser Bestimmung beispielsweise der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen sowie der Erwerb, die Veräußerung und die Stilllegung von Unternehmen und Betrieben (§ 95 Abs 5 Z 1 öAktG), der Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Liegenschaften, soweit dies nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört (§ 95 Abs 5 Z 2 öAktG), und die Errichtung und die Schließung von Zweigniederlassungen (§ 95 Abs 5 Z 3 öAktG). Der in § 95 Abs 5 öAktG enthaltene Katalog genehmigungspflichtiger Geschäfte ist nicht abschließend.<sup>30</sup> Weitere genehmigungspflichtige Geschäfte können in der Satzung oder in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats festgelegt werden. Eine Einschränkung des gesetzlich vorgesehenen Katalogs genehmigungspflichtiger Geschäfte ist jedoch nicht zulässig.
- 22 Der BGH hält einen Ad-hoc-Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrats für möglich und sogar unter Umständen für erforderlich.<sup>31</sup> Der Aufsichtsrat fasse Beschlüsse über die Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts gemäß § 111 Abs 4 Satz 2 dAktG nach pflichtgemäßem Ermessen. Das Ermessen könne sich zu einer Pflicht verdichten, wenn der Aufsichtsrat eine gesetzwidrige Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstands nur durch Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts verhindern könne. Liege ein solcher Fall vor, sei ein Beschluss, mit dem der Antrag abgelehnt werde, einen Zustimmungsvorbehalt für die gesetzwidrige Maßnahme anzuordnen, ebenfalls gesetzwidrig und damit nichtig.

### 3. Eigenverantwortlichkeit

- 23 Eigenverantwortliche Leitung bedeutet, dass der Vorstand die Gesamtverantwortung für das Unternehmen trägt und seine Leitungsaufgabe selbständig wahrnimmt.<sup>32</sup> Über die Leitungsautonomie kann weder durch Vertrag noch durch Satzung disponiert werden.<sup>33</sup> Leitungsaufgaben des Vorstands dürfen nicht auf den Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung übertragen werden.<sup>34</sup> Selbstverständlich dürfen Hilfsfunktionen, wie etwa die Erbringung von EDV-Dienstleistungen, an andere Unternehmen ausgelagert werden.<sup>35</sup> Selbst die Auslagerung unterneh-

<sup>30</sup> *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 95 Rz 83.

<sup>31</sup> BGH II ZR 235/92, NJW 1994, 520, 524; in Österreich ist diese Ansicht umstritten: *Strasser* meint, dass nur Arten von Geschäften (so der Gesetzeswortlaut des § 95 Abs 5 Satz 5 öAktG), nicht aber konkrete Einzelgeschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrats unterworfen werden könnten; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 97 Rz 49; aA *Kalss*, Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat bei Verwendung von Finanzinnovationen, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012, 143, 159.

<sup>32</sup> *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 76 Rz 56; *Spindler in MünchKommAktG*, Band 2, 4. Aufl 2014 § 76 Rz 22; *Koch in Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016 § 76 Rz 25.

<sup>33</sup> *Lücke in Lücke/Schaub*, Beck'sches Mandats Handbuch, Vorstand der AG, 2. Aufl 2010 § 3 Rz 8; *Kuntz*, AG 2016, 101, 103.

<sup>34</sup> *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl 2015 § 14 Rz 12; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014 § 1 Rz 1; *Wiesner in Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 19 Rz 14.

<sup>35</sup> LG Darmstadt 14 O 328/85, ZIP 1986, 1389; *Weber in Hölters*, AktG, 2. Aufl 2014 § 76 Rz 13; *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 76 Rz 66.



menswesentlicher Funktionen ist grundsätzlich zulässig, sofern eine sachgerechte Aufgabenwahrnehmung gewährleistet ist und das fehlende Weisungsrecht durch schuldrechtliche Vereinbarungen ersetzt wird.<sup>36</sup> Auslagerungen finden jedoch dort ihre Grenze, wo die nicht übertragbare Führungsverantwortung des Vorstands beeinträchtigt wird.<sup>37</sup>

Eingeschränkt ist nicht nur die Delegation an Dritte, sondern auch an nachgeordnete Stellen und sogar an einzelne Vorstandsmitglieder. Zwar ist es üblich, dass Aufgaben innerhalb des Vorstands verteilt werden, so dass jedes Vorstandsmitglied für einen bestimmten Bereich zuständig ist.<sup>38</sup> Die Leitung bleibt dabei aber Aufgabe des gesamten Vorstands.<sup>39</sup> Delegationsfähig sind insofern nur Aufgaben der Geschäftsführung unterhalb der Ebene der Leitungsaufgaben.<sup>40</sup> Jedes Vorstandsmitglied muss sich auch über Angelegenheiten informieren, die nicht seinen Bereich betreffen, und Entscheidungen in Bezug darauf mit den anderen Vorstandsmitgliedern gemeinsam treffen.<sup>41</sup> 24

#### 4. Weitere Grenzen der Unternehmensleitung

Die Unternehmensleitung ist weiteren Grenzen unterworfen. Eine Aktiengesellschaft darf ihren Vorstandsmitgliedern beispielsweise nur auf Grund eines Aufsichtsratsbeschlusses Kredite gewähren (§ 89 Abs 1 Satz 1 dAktG).<sup>42</sup> Im Vertragskonzern oder bei der Eingliederung ist der Vorstand der abhängigen bzw eingegliederten Gesellschaft an die Weisungen des herrschenden Unternehmens bzw der Hauptgesellschaft gebunden.<sup>43</sup> Auch kann der Vorstand einen Vertrag, in dem sich die Aktiengesellschaft gemäß § 179a dAktG zur Übertragung ihres ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, nicht abschließen, ohne die Hauptversamm- 25

<sup>36</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 76 Rz 66; *Koch* in *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016 § 76 Rz 8.

<sup>37</sup> *Spindler* in *MünchKommAktG*, Band 2, 4. Aufl 2014 § 76 Rz 18; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 76 Rz 66.

<sup>38</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 76 Rz 64; *Lücke* in *Lücke/Schaub*, Beck'sches Mandats Handbuch, Vorstand der AG, 2. Aufl 2010 § 3 Rz 45; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl 2015 § 14 Rz 23 f, 27.

<sup>39</sup> Auch in Österreich wird vertreten, dass sogenannte „Kardinalspflichten“ (darunter etwa die Insolvenzantragspflicht, die Pflicht zu Einrichtung eines internen Kontrollsystems, die Pflicht bestimmte Vorgänge die Gesellschaft betreffend beim Firmenbuch anzumelden und die Pflicht zur Erstellung des Jahresabschlusses) in der Verantwortung des Gesamtvorstands verbleiben; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 70 Rz 39.

<sup>40</sup> *Koch* in *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016 § 76 Rz 8; *Hemeling*, ZHR 175, 2011, 368, 380; zur Unterscheidung von (allgemeiner) Geschäftsführung und Unternehmensleitung siehe oben unter Rz 8.

<sup>41</sup> *Krieger* in *Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl 2010 § 3 Rz 20; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl 2015 § 14 Rz 7, 27; *Lücke* in *Lücke/Schaub*, Beck'sches Mandats Handbuch, Vorstand der AG, 2. Aufl 2010 § 3 Rz 45 ff, 53; *Hemeling*, ZHR 175, 2011, 368, 377; Gleiches gilt für Österreich: *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 70 Rz 39.

<sup>42</sup> Siehe hierzu ausführlicher *Klose* in *Lücke/Schaub*, Beck'sches Mandats Handbuch, Vorstand der AG, 2. Aufl 2010 § 4 Rz 140 ff; für Österreich vgl § 80 Abs 1 öAktG.

<sup>43</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 76 Rz 103 f.; *Spindler* in *MünchKommAktG*, Band 2, 4. Aufl 2014 § 76 Rz 22, 38 ff.

lung darüber beschließen zu lassen.<sup>44</sup> Das öAktG enthält im Hinblick auf die Vorbereitung und Durchführung von Hauptversammlungsbeschlüssen keine explizite Parallelbestimmung; die entsprechenden Handlungspflichten ergeben sich jeweils als Annexzuständigkeiten aus den einzelnen Hauptversammlungskompetenzen.<sup>45</sup>

## IV. Sorgfalts- und Treuepflichten des Vorstands der deutschen Aktiengesellschaft

### 1. Sorgfaltspflichten

- 26** Vorstandsmitglieder einer deutschen und österreichischen Aktiengesellschaft haben als Treuhänder fremder Vermögensinteressen<sup>46</sup> bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (§ 93 Abs 1 Satz 1 dAktG, entspricht § 84 Abs 1 öAktG).<sup>47</sup> Maßstab ist ein Vergleichsunternehmen mit vergleichbarer Tätigkeit, Größe und wirtschaftlicher Lage.<sup>48</sup>
- 27** Üblicherweise lassen sich die Sorgfaltspflichten des Vorstands wie folgt aufgliedern:<sup>49</sup> (a) die Legalitätspflicht, also die Pflicht, die den Vorstand als Organ sowie die das Unternehmen treffenden Rechtsvorschriften einzuhalten, (b) die sorgfältige Leitung des Unternehmens und Führung der Geschäfte sowie (c) die Überwachung des recht- und zweckmäßigen Verhaltens der anderen Vorstandsmitglieder und nachgeordneter Mitarbeiter.

#### a) Legalitätspflicht

- 28** Der Vorstand hat unternehmens- und konzernweit<sup>50</sup> sicherzustellen, dass anwendbares Recht eingehalten wird (siehe auch Ziff 4.1.3 DCGK; L-Regel 15 ÖCGK).<sup>51</sup> Hierzu gehören naturgemäß die Erfüllung der spezifischen Organpflichten sowie die Einhaltung der sonstigen Bestimmungen des Aktiengesetzes und des „Innenrechts“ der Gesellschaft, also beispielsweise Vorschriften der Satzung und einer Geschäftsordnung.<sup>52</sup> Hierzu zählt auch, die Satzungsbestimmungen über den

<sup>44</sup> Für Österreich vgl § 237 öAktG.

<sup>45</sup> *Kalss* in MünchKommAktG, 3. Aufl 2008 § 83 Rz 26.

<sup>46</sup> BGH II ZR 143/93, NJW 1995, 1290, 1291; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG, 1. Aufl 2013 § 93 Rz 4.

<sup>47</sup> *Hüffer* in *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016 § 93 Rz 6; *Spindler* in MünchKommAktG, Band 2, 4. Aufl 2014 § 93 Rz 25; *Krieger* in *Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl 2010 § 3 Rz 4; für Österreich vgl § 84 Abs 1 öAktG.

<sup>48</sup> OLG Köln 18 U 298/11, NZI 2013, 506, 508; *Hüffer* in *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016 § 93 Rz 6; *Spindler* in MünchKommAktG, Band 2, 4. Aufl 2014 § 93 Rz 25; ebenso für Österreich *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG, Band 2, 5. Aufl 2011 § 84 Rz 95 mwN.

<sup>49</sup> *Krieger* in *Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl 2010 § 3 Rz 5, 6, 7.

<sup>50</sup> *Hölters* in *Hölters*, AktG, 2. Aufl 2014 § 93 Rz 54; *Lücke* in *Lücke/Schaub*, Beck'sches Mandats Handbuch, Vorstand der AG, 2. Aufl 2010 § 3 Rz 108; *Krieger* in *Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl 2010 § 3 Rz 5; dies wird auch für Österreich vertreten: *Feltl*, *ecolex* 2010, 358, 359.

<sup>51</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 23 ff.

<sup>52</sup> *Krieger* in *Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl 2010 § 3 Rz 5; *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 24.

Unternehmensgegenstand einzuhalten und die Kompetenzen anderer Organe oder anderer Vorstandsmitglieder zu respektieren.<sup>53</sup>

Die Legalitätspflicht greift jedoch noch deutlich weiter: Sicherzustellen ist die Einhaltung sämtlicher das Unternehmen treffender Rechtsvorschriften, zum Beispiel des Wettbewerbsrechts, Kartellrechts, Steuerrechts, Antikorruptionsrechts, Sozialversicherungsrechts, Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts etc.<sup>54</sup> Demgegenüber besteht im Hinblick auf die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen der Gesellschaft gegenüber Dritten im Rahmen des unternehmerischen Ermessens ein Handlungsspielraum.<sup>55</sup> 29

Wie in anderen Bereichen des Vorstandshandelns hat der Vorstand dort, wo die eigene Sachkunde fehlt, internen oder externen Rat einzuholen und diesen zu plausibilisieren.<sup>56</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn der Vorstand mit einer unklaren oder umstrittenen Rechtslage oder neuen Rechtsvorschriften konfrontiert ist. Lassen sich Rechtszweifel nicht ausräumen, kommt dem Vorstand ein Handlungsspielraum zu.<sup>57</sup> 30

Ähnlich wie im Rahmen der *Business Judgement Rule* kann der Vorstand hierbei nach pflichtgemäßem Ermessen einen für die Gesellschaft günstigen Standpunkt einnehmen und soll sich mit vertretbaren Gründen gegebenenfalls auch über Rechtsvorschriften hinwegsetzen dürfen, um deren Gültigkeit oder Auslegung behördlich oder gerichtlich in Frage zu stellen.<sup>58</sup> In die Überlegung einzubeziehen sind dabei unter anderem das Ausmaß an Rechtsunsicherheit und die der Gesellschaft drohenden Nachteile, falls sich der vom Vorstand eingenommene Standpunkt später als falsch erweist.<sup>59</sup> 31

Jenseits nicht auszuräumender Rechtszweifel besteht im deutschen – ebenso wie im österreichischen – Recht ein Vorrang der Legalitätspflicht gegenüber sogenannten „nützlichen“ Rechtsverstößen; die Theorie des effizienten Gesetzesbruchs wird nicht anerkannt.<sup>60</sup> 32

<sup>53</sup> *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 23 f.; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 20.

<sup>54</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 23; *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 26; *Lücke* in *Lücke/Schaub*, Beck'sches Mandats Handbuch, Vorstand der AG, 2. Aufl 2010 § 3 Rz 13; für Österreich ergibt sich dies auch aus L-15 des ÖCG, wonach der Vorstand geeignete Vorkehrungen zur Sicherstellung der Einhaltung der für das Unternehmen relevanten Gesetze trifft; vgl weiters *Paefgen/Napokoj*, RdW 2015, 769.

<sup>55</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 33; *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 29.

<sup>56</sup> BGH II ZR 48/06 NJW 2007, 2118, 2120; BGH II ZR 2345/09 CCZ 2012, 76, 78; ebenso für Österreich *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG, Band 2, 5. Aufl 2011 § 84 Rz 95.

<sup>57</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 30; *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 30; *Bicker*, AG 2014, 8, 10.

<sup>58</sup> *Spindler* in MünchKommAktG, Band 2, 4. Aufl 2014 § 93 Rz 75; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 28 ff.

<sup>59</sup> *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 30.

<sup>60</sup> BGH I StR 220/09 NJW 2011, 88, 92; *Spindler* in MünchKommAktG, Band 2, 4. Aufl 2014 § 93 Rz 91 ff; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 36; *Wiesner* in *Hoff-*

## b) Sorgfältige Leitung und Führung der Geschäfte

## aa) Verantwortungsbereiche des Vorstands

- 33 Die Leitung und Geschäftsführung durch den Vorstand ist auf eine sachgerechte Leitung und Überwachung aller Abläufe im Unternehmen und in der Unternehmensgruppe hin auszurichten.<sup>61</sup> Die zentralen Aufgabenfelder sind die Planungs- und Steuerungsverantwortung, die Organisationsverantwortung, Finanzverantwortung sowie die Informationsverantwortung.<sup>62</sup>
- 34 Der Bereich der Unternehmensplanung umfasst insbesondere die Finanz-, Investitions- und Personalplanung (vgl § 90 Abs 1 Satz 1 Nr 1 dAktG).<sup>63</sup>
- 35 Die dem Vorstand obliegende Unternehmenssteuerung und -überwachung beinhaltet, sich mit dem Gang der Geschäfte und insbesondere dem Umsatz und der Lage der Gesellschaft zu befassen (vgl § 90 Abs 1 Nr 3 dAktG) und Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sowie die Einhaltung aller relevanten Rechtsvorschriften zu kontrollieren.<sup>64</sup> Hierzu hat der Vorstand geeignete Lenkungs- und Kontrollinstrumente einzurichten, namentlich ein für das konkrete Unternehmen angemessenes konzernweites Controlling-System. Dieses Controlling-System umfasst die Unternehmensplanung und ein Berichts- und Kontrollwesen, das unter anderem auch die frühzeitige Erkennung bestandgefährdender Risiken (§ 91 Abs 2 dAktG; vgl auch § 82 öAktG) und auch darüber hinaus ein angemessenes Risikomanagement und Risikocontrolling (vgl Ziff 4.1.4 DCGK) ermöglicht.

## bb) Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung und Business Judgement

- 36 Der Vorstand hat die Geschäfte der Gesellschaft wirtschaftlich und zweckmäßig zu leiten.<sup>65</sup> Vermögenswerte dürfen nicht verschwendet, unvertretbare Risiken nicht eingegangen werden.<sup>66</sup> Ansprüche der Gesellschaft sind beizutreiben, soweit dem nicht im Einzelfall überwiegende Interessen der Gesellschaft entgegenstehen.<sup>67</sup>

---

*mann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 32; *Bicker*, AG 2014, 8, 11; für Österreich ebenso *Leupold/Ramharter*, GesRZ 2009, 253 mwN.

<sup>61</sup> *Krieger in Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl 2010 § 3 Rz 6.

<sup>62</sup> *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 52 ff.

<sup>63</sup> Siehe auch *Hölters in Hölters*, AktG, 2. Aufl 2014 § 93 Rz 50 f.; für Österreich vgl *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG, Band 2, 5. Aufl 2011 § 70 AktG Rz 9; *Schärf*, RdW 2003, 69 mit Verweis auf die deutsche Literatur.

<sup>64</sup> *Hölters in Hölters*, AktG, 2. Aufl 2014 § 93 Rz 51; *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 90 Rz 27; *Krieger in Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl 2010 § 3 Rz 7.

<sup>65</sup> *Wellhöfer in Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 1. Aufl 2008 § 4 Rz 109 ff; *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 54.

<sup>66</sup> *Hölters in Hölters*, AktG, 2. Aufl 2014 § 93 Rz 154 ff.

<sup>67</sup> *Wellhöfer in Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 1. Aufl 2008 § 4 Rz 115.

Im Bereich unternehmerischer Entscheidungen kommt dem Vorstand dabei ein weites Ermessen zu (*Business Judgement*).<sup>68</sup> Ein Vorstandsmitglied, das bei der Entscheidungsfindung die Voraussetzungen der *Business Judgement Rule* erfüllt, hat keine Haftung zu befürchten, selbst wenn sich die Entscheidung als nachteilig für die Gesellschaft erweisen sollte. Umgekehrt liegt eine haftungsbegründende Pflichtverletzung nicht schon automatisch vor, wenn die Voraussetzungen der *Business Judgement Rule* nicht erfüllt sind. In diesem Fall ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob ein Verstoß gegen die gesetzlich gebotene Sorgfaltspflicht vorliegt.<sup>69</sup> 37

Den Grundstein für die sogenannte *Business Judgement Rule* im deutschen Recht legte der Bundesgerichtshof in seiner *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung.<sup>70</sup> Der Bundesgerichtshof stellte in dieser Entscheidung klar, dass dem Vorstand für die Leitung der Geschäfte der Aktiengesellschaft ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muss, ohne den unternehmerisches Handeln schlechterdings nicht denkbar ist.<sup>71</sup> 38

Die *Business Judgement Rule* wurde durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG<sup>72</sup>) im Wesentlichen in das Aktienrecht übernommen. Nach § 93 Abs 1 Satz 2 dAktG genügt der Vorstand seinen Sorgfaltspflichten, wenn er vernünftigerweise annehmen darf, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. 39

Im österreichischen Aktiengesetz wurde die *Business Judgement Rule* zum 1. Januar 2016 eingeführt. Nach dem neuen § 84 Abs 1a öAktG handelt ein Vorstandsmitglied jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn es sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (vgl *Winner Rz 41/9 ff*). 40

### c) Überwachungspflicht

Die Überwachungspflicht besteht zunächst vorstandsintern: Über das eigene Ressort hinaus hat jedes Vorstandsmitglied sich im Rahmen seiner Gesamtverantwortung vom ordnungsgemäßen Gang der Geschäfte in den anderen Ressorts zu unterrichten und gegebenenfalls einzuschreiten.<sup>73</sup> 41

In seinem Verantwortungsbereich hat jedes Vorstandsmitglied für gesetzestreu Verhalten nachgeordneter Mitarbeiter zu sorgen.<sup>74</sup> Ein Fehlverhalten nachgeordneter Mitarbeiter ist dem betreffenden Vorstandsmitglied nicht als eigene 42

<sup>68</sup> Einleitend dazu etwa *Schnabel/Lücke in Lücke/Schaub*, Beck'sches Mandats Handbuch, Vorstand der AG, 2. Aufl 2010 § 6 Rz 1 ff; vgl zur gesetzlichen Verankerung der *Business Judgement Rule* in Österreich *Schima*, RdW 2015, 261; *Karollus*, VR 2015 H 10, 23.

<sup>69</sup> BT-Drs 15/5092, 11.

<sup>70</sup> BGH II ZR 175/95 NJW 1997, 1926, 1926 ff; BT-Drs 15/5092, 11.

<sup>71</sup> BGH II ZR 175/95 NJW 1997, 1926, 1927.

<sup>72</sup> BGBl. I vom 27.09.2005, 2802.

<sup>73</sup> Gleiches gilt für Österreich: *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 70 Rz 24; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 70 Rz 41.

<sup>74</sup> *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 76 Rz 65.

Pflichtverletzung zuzurechnen.<sup>75</sup> Kehrseite der Delegation ist jedoch, dass der Vorstand für ordnungsgemäße Auswahl, Einweisung, Information und Überwachung von Mitarbeitern einzustehen hat.<sup>76</sup>

#### d) Speziell: Compliance-Verantwortung

- 43 Im Rahmen seiner Legalitätspflicht hat der Vorstand über seine eigene Rechts-treue hinaus unternehmens- und konzernweit für rechtstreu Verhalten zu sorgen.<sup>77</sup> Dies betrifft jedes Vorstandsmitglied für die seinem Verantwortungsbereich unterliegenden nachgeordneten Mitarbeiter, gehört darüber hinaus aber auch zur Gesamtverantwortung des Vorstands.<sup>78</sup>
- 44 Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das sogenannte *Neubürger/Siemens-Urteil*<sup>79</sup> des Landgerichts München. Dem ehemaligen Vorstandsmitglied der Siemens Aktiengesellschaft, Heinz-Joachim Neubürger, verantwortlich für Corporate Finance und die Rechtsabteilung, wurde vorgeworfen, trotz Kenntnis von Schmiergeldzahlungen im Ausland aus „schwarzen Kassen“ und von Scheinberaterverträgen keine bzw keine ausreichenden Maßnahmen zu ihrer Vermeidung getroffen zu haben.
- 45 Das Landgericht München hat in diesem Fall entschieden, ein Vorstand habe dafür zu sorgen, dass ein Überwachungssystem besteht, welches Verstöße gegen Vorschriften effektiv erfasst.<sup>80</sup> Die Sicherstellung des tatsächlichen Funktionierens des Compliance-Systems sei demnach originäre Aufgabe eines jeden Vorstands.<sup>81</sup>
- 46 Die Compliance-Verantwortung bringt es daher zunächst mit sich, eine für das konkrete Unternehmen angemessene Compliance-Organisation einzurichten und auszugestalten, um Compliance-Verstöße von Unternehmensangehörigen schon im Vorfeld durch angemessene Schutzvorkehrungen möglichst zu verhindern.<sup>82</sup>
- 47 Der Vorstand hat des Weiteren dafür zu sorgen, dass die Compliance-Richtlinien effektiv umgesetzt werden, also u.a. funktionsfähige Organisationsstrukturen einzurichten, Mitarbeiter zu schulen und die zur Überwachung zuständigen Personen mit angemessenen Befugnissen auszustatten.<sup>83</sup> Schließlich hat der

<sup>75</sup> *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014 § 16 Rz 461; *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 36.

<sup>76</sup> *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 38; ausführlich hierzu und zu den daraus resultierenden Überwachungspflichten auch *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 98 ff.

<sup>77</sup> Zum Meinungsstand in Österreich: *Paefgen/Napokoj*, RdW 2016, 16, 18; *Rüffler* in *Jarolim*, Herausforderung Compliance – Dialog im Parlament, Bd 7 LexisNexis (2015) 30, 31.

<sup>78</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 91 Rz 63 f; *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 18.

<sup>79</sup> LG München I 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 346.

<sup>80</sup> LG München I 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 346 f.

<sup>81</sup> LG München I 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 348.

<sup>82</sup> *Hölters* in *Hölters*, AktG, 2. Aufl 2014 § 93 Rz 99; *Fleischer*, Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, 321, 324.

<sup>83</sup> LG München I 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 347; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 91 Rz 55; insb zu Schulungsmaßnahmen *Kremer/Klahold* in *Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl 2010 § 21 Rz 37 ff.



Vorstand das Compliance-System auf Angemessenheit und Wirksamkeit hin zu prüfen und gegebenenfalls nachzujustieren, denn Compliance-Verantwortung erschöpft sich nicht in der einmaligen Einrichtung eines Systems, das fortan sich selbst überlassen bleiben könnte.<sup>84</sup>

## 2. Treuepflichten

### a) Allgemeines

Für den Vorstand gelten besondere, das übliche Maß von Treu und Glauben **48** übersteigende Treuepflichten, die letztlich aus dem treuhänderischen Umgang mit fremden Vermögenswerten und Geschäftschancen sowie der Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit mit anderen Gesellschaftsorganen folgen.<sup>85</sup> Kern dieser Treuepflichten ist, dass der Vorstand in Angelegenheiten der Gesellschaft stets deren Wohl und nicht die Interessen Dritter oder gar eigene Interessen im Blick haben muss.<sup>86</sup> Dieser Grundgedanke findet sich auch im DCGK in Form des dort niedergelegten Gebots zur Vermeidung von Interessenkonflikten und des Verbots von Sondervorteilen.<sup>87</sup> Bestehen Interessenkonflikte, sind diese den Vorstandskollegen und dem Aufsichtsrat offen zu legen.<sup>88</sup> Verträge, die ein Vorstandsmitglied mit der Gesellschaft schließt, müssen einem Drittvergleich standhalten.<sup>89</sup> Eine Ausnahme bilden hier anstellungsvertragliche Konditionen, bei deren Aushandeln die Gesellschaft durch den Aufsichtsrat vertreten wird und denen das Eigeninteresse des Vorstands immanent ist.<sup>90</sup>

Gesetzlich geregelte Beispiele für Treuepflichten des Vorstands sind die Verschwiegenheitspflicht (§ 93 Abs 1 Satz 3 dAktG; § 84 Abs 1 Satz 2 öAktG) und das Wettbewerbsverbot für Vorstände (§ 88 Abs 1 dAktG; § 79 öAktG). **49**

### b) Verschwiegenheitspflicht, § 93 Abs 1 Satz 3 dAktG, § 84 Abs 1 öAktG

Die Verschwiegenheitspflicht ist zwingendes Recht und kann weder durch **50** Satzung noch durch Geschäftsordnung ausgeweitet oder beschränkt werden.<sup>91</sup>

<sup>84</sup> *Hölters in Hölters*, AktG, 2. Aufl 2014 § 93 Rz 107; *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 91 Rz 60; *Bicker*, AG 2012, 542, 547.

<sup>85</sup> *Koch in Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016 § 84 Rz 10.

<sup>86</sup> BGH II ZR 334/87 WM 1989, 1335, 1339; BGH II ZR 183/82 WM 1983, 498, 499; OLG Frankfurt 5 U 110/08 AG 2011, 462, 463; *Mertens/Cahn in KölnKommAktG*, Band 2/1, 3. Aufl 2009 § 93 Rz 95; *Fleischer in Spindler/Stilz AktG*, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 114; *Krieger/Sailer in K. Schmidt/Lutter AktG*, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 16.

<sup>87</sup> Vgl DCGK Ziff 4.3.3 sowie für Österreich Regel L-22 ÖCGK.

<sup>88</sup> OLG München 7 U 681/11 AG 2012, 753, 755; *Wiesner in Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 42; für Österreich vgl *Torggler*, *ecolex* 2009, 920, 923; Regel L-23 ÖCGK.

<sup>89</sup> *Hopt/Roth in GroßkommAktG* Band 4/2, 5. Aufl 2015 § 93 Rz 241; *Mertens/Cahn in KölnKommAktG*, Band 2/1, 3. Aufl 2009 § 93 Rz 107; *Fleischer in Spindler/Stilz AktG*, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 135; *Krieger/Sailer in K. Schmidt/Lutter AktG*, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 16; *Wiesner in Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 44.

<sup>90</sup> *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 120; *Krieger/Sailer in K. Schmidt/Lutter AktG*, 3. Aufl 2015 § 93 Rdn 21; *Wiesner in Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 44.

<sup>91</sup> BGH II ZR 156/73 NJW 1975, 1412 Rz 1; BGH XI ZR 108/15 NJW 2016, 2569, 2571.

Dritten kann der Vorstand jedoch im Einzelfall eine vertrauliche Behandlung von Informationen zusichern.<sup>92</sup> Die Verschwiegenheitspflicht umfasst Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die dem Vorstand durch seine Tätigkeit bekannt geworden sind. Sie gilt allerdings nicht absolut. So findet sie gegenüber anderen Vorstandsmitgliedern und dem Aufsichtsrat keine Anwendung, da diese ihrerseits ebenfalls zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Gleiches gilt gegenüber Abschlussprüfern, soweit eine gesetzliche Offenlegungspflicht besteht (vgl § 320 Abs 2 HGB).<sup>93</sup> Zudem gibt es Fälle, in denen die Weitergabe von Informationen, die an sich der Verschwiegenheitspflicht unterliegen, gegenüber Mitarbeitern oder externen Beratern gerade im Interesse der Gesellschaft liegt, da sie nur so nutzbar gemacht werden können.<sup>94</sup> Unzumutbar ist die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht auch dann, wenn sich der Vorstand nur durch Preisgabe entsprechender Informationen gegen ihm vorgeworfene Pflichtverletzungen oder seine Abberufung wehren kann.<sup>95</sup> Der schuldhafte Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht kann strafrechtliche Folgen haben (§ 404 dAktG) und einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Vorstand begründen (§ 93 Abs 2 dAktG).

## V. Zivilrechtliche Haftung des Vorstands

### 1. Binnenhaftung und Außenhaftung

- 51 Verletzt ein Vorstandsmitglied die ihm auferlegten Pflichten<sup>96</sup>, ist es der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Das deutsche Aktienrecht sieht insofern lediglich eine Binnenhaftung von Vorstandsmitgliedern vor. Regelungen zu Schadensersatzansprüchen von Aktionären, Gläubigern und sonstigen Dritten gegen Vorstandsmitglieder, die ihre Organpflichten verletzen, finden sich im Aktiengesetz dagegen nicht. Solche dem Bereich der Außenhaftung zuzuordnenden Ansprüche sind nach allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen zu beurteilen und bestehen nur in Ausnahmefällen.

### 2. Haftung gegenüber der Gesellschaft

- 52 Gemäß § 93 dAktG sind Vorstandsmitglieder, die schuldhaft ihre Organpflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet (vgl § 84 Abs 2 öAktG).<sup>97</sup>

<sup>92</sup> *Wiesner in Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 51.

<sup>93</sup> *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 169; *Wiesner in Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 47; für Österreich vgl *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 84 AktG Rz 89.

<sup>94</sup> *Krieger/Sailer in K. Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 16; *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 169; *Wiesner in Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 47.

<sup>95</sup> *Wiesner in Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 25 Rz 47; für Österreich vgl *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 84 AktG Rz 94.

<sup>96</sup> Zum Pflichtenkreis des Vorstands siehe oben III.

<sup>97</sup> *Hölters in Hölters*, AktG, 2. Aufl 2014 § 93 Rz 245; *Spindler in MünchKommAktG*, Band 2, 4. Aufl 2014 § 93 Rz 144; *Wiesner in Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 26 Rz 2; zu § 84 Abs 2 öAktG siehe *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 21 ff.



Die Binnenhaftung des Vorstands ist sowohl konzeptionell als auch von den Tatbestandsvoraussetzungen her strikt.<sup>98</sup> So ist sie etwa der Höhe nach unbegrenzt und es besteht eine gesetzliche Beweislastumkehr hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens. Darüber hinaus haftet ein Vorstandsmitglied grundsätzlich bereits für leichte Fahrlässigkeit.<sup>99</sup> Satzungsmäßige oder anstellungsvertragliche Haftungserleichterungen sind ausgeschlossen.<sup>100</sup> 53

#### a) Tatbestand des § 93 Abs 2 Satz 1 dAktG

Die Haftungsnorm des § 93 Abs 2 Satz 1 dAktG richtet sich ausschließlich an Vorstandsmitglieder. Als solche gelten zunächst alle wirksam bestellten Mitglieder des Vorstands. Auch sogenannte faktische Vorstandsmitglieder, bei denen es an einer wirksamen Bestellung fehlt, werden nach wohl herrschender Meinung haftungsrechtlich wie wirksam bestellte Mitglieder des Vorstands behandelt.<sup>101</sup> 54

Die Binnenhaftung des Vorstands setzt ferner eine Pflichtverletzung voraus. Neben Unternehmensleitungs-, Sorgfalts- und Treuepflichten<sup>102</sup> kommen dabei auch Pflichten aus dem Anstellungsvertrag in Betracht.<sup>103</sup> Verletzt ein Vorstandsmitglied im Rahmen seiner ressortspezifischen Tätigkeit eine Organpflicht und verursacht dadurch einen Schaden, so liegt darin eine einschlägige Pflichtverletzung. Haftungsbegründend sind insofern nicht nur eigenhändige Handlungen. Vielmehr kann auch eine mangelhafte Organisation oder fehlerhafte Überwachung zu einer Haftung nach § 93 Abs 2 dAktG führen. Dabei bleibt die Gesamtverantwortung aller Vorstandsmitglieder unberührt.<sup>104</sup> Mithin können nicht nur eigenhändiges Tätigwerden oder Kollegialentscheidungen eine Haftung nach § 93 Abs 2 Satz 1 dAktG begründen, sondern auch die Untätigkeit angesichts pflichtwidriger Handlungen anderer Vorstandsmitglieder.<sup>105</sup> 55

Die Vorstandshaftung setzt Verschulden dergestalt voraus, dass die Vorstandsmitglieder für die Folgen eines Verstoßes gegen die Sorgfalt einzustehen haben, „die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei selbständiger treuhänderischer Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen einzuhal- 56

<sup>98</sup> *Habersack*, ZHR 177, 2013, 782, 794; *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1802 ff; *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 26 Rz 2.

<sup>99</sup> *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 26 Rz 2; für Österreich vgl die ständige Rechtsprechung des OGH (RIS-Justiz RS0049459).

<sup>100</sup> *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 26 Rz 2.

<sup>101</sup> *Krieger/Sailer-Coceani* in *Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 2; *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körber*, Heidelberger Kommentar AktG, 3. Aufl 2014 § 93 Rz 18; ausführlich zum Meinungsstreit *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 177 ff; einschränkend etwa *Koch* in *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016 § 93 Rz 38; für Österreich vgl OGH 10.10.2002, 6 Ob 97/02m; 17.12.2007, 8 Ob 124/07d.

<sup>102</sup> Zum Pflichtenkreis der Vorstandsmitglieder siehe oben unter III.

<sup>103</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 201; *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körber*, Heidelberger Kommentar AktG, 3. Aufl 2014 § 93 Rz 19; *Spindler* in *MünchKommAktG*, Band 2, 4. Aufl 2014 § 93 Rz 145.

<sup>104</sup> *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 26 Rz 12.

<sup>105</sup> Vgl hierzu etwa BGH II ZR 90/11 WM 2013, 456 Rz 22.

ten hat<sup>106</sup>. Die entsprechende Beurteilung folgt objektiven Kriterien.<sup>107</sup> So kommt es insbesondere nicht auf die individuellen Fähigkeiten des einzelnen Vorstandsmitglieds an.

- 57 Vorstandsmitglieder haften bereits bei leichter Fahrlässigkeit. Im Übrigen wird bei Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung die Schuldhaftigkeit des Handelns des Vorstandsmitglieds vermutet. Ein Vorstandsmitglied haftet der Gesellschaft gegenüber nur für eigenes Verschulden. Verschulden anderer Vorstandsmitglieder, von Mitarbeitern oder Dritten wird dem Vorstandsmitglied nicht zugerechnet.
- 58 Für den Schaden gilt der allgemeine Schadensbegriff. Dessen Ersatz richtet sich nach den §§ 249 ff BGB. Als tauglicher Schaden kommen damit Verminderungen des Gesellschaftsvermögens sowie unterbliebene Mehrungen desselben in Betracht. Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (§ 252 BGB).<sup>108</sup>
- 59 Nach allgemeiner schadensersatzrechtlicher Dogmatik muss ein Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden im Sinne der Adäquanztheorie bestehen.<sup>109</sup> Dem Vorstandsmitglied soll dabei grundsätzlich der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens gestattet sein, allerdings nach der herrschenden Meinung in der Literatur nicht bei Verstößen gegen Organisations-, Kompetenz- und Verfahrensregeln, da ansonsten der Schutzzweck dieser Regeln unterlaufen würde.<sup>110</sup>
- 60 Die Gesellschaft hat darzulegen und zu beweisen, dass ihr durch das möglicherweise pflichtwidrige Verhalten des Vorstandsmitglieds ein Schaden entstanden ist.<sup>111</sup> Die Beweislast umfasst daher auch die erforderliche Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden.<sup>112</sup> Auch nach österreichischem Recht muss die Gesellschaft beweisen, dass ein Schaden eingetreten ist und Tatsachen vorbringen, aus denen geschlossen werden kann, dass dieser Schaden adäquat kausal durch ein in den Aufgabenbereich des Vorstands fallendes pflichtwidriges Verhalten verursacht worden ist.<sup>113</sup> Ist streitig, ob Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so sind diese aufgrund der Beweislastumkehr des § 93 Abs 2 Satz 2 dAktG beweispflichtig. Das

<sup>106</sup> BGH II ZR 143/93 DStR 1995, 1033.

<sup>107</sup> Koch in Hüfner/Koch, AktG, 12. Aufl 2016 § 93 Rz 12; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 205; Bürgers/Israel in Bürgers/Körber, Heidelberger Kommentar AktG, 3. Aufl 2014 § 93 Rz 21b.

<sup>108</sup> Auch nach österreichischem Recht ist grundsätzlich jede Vermögensminderung einschließlich des entgangenen Gewinns zu ersetzen; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 23.

<sup>109</sup> Schnabel/Lücke in Lücke/Schaub, Beck'sches Mandats Handbuch, Vorstand der AG, 2. Aufl 2010 § 6 Rz 25.

<sup>110</sup> Ihrig/Schäfer, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014 § 38 Rz 1530.

<sup>111</sup> Ihrig/Schäfer, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014 § 38 Rz 1533; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 221.

<sup>112</sup> BGH II ZR 224/00 NZG 2003, 81, 82; OLG Stuttgart 20 U 5/09 NZG 2010, 141, 142.

<sup>113</sup> Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 27.

Vorstandsmitglied hat demnach darzulegen und zu beweisen, dass es seiner Pflicht genügt oder jedenfalls schuldlos gehandelt hat.<sup>114</sup>

#### b) Sondertatbestände des § 93 Abs 3 dAktG

Mehrere Sondertatbestände pflichtwidrigen und zum Schadensersatz verpflichtenden Verhaltens regelt § 93 Abs 3 dAktG.<sup>115</sup> Bei diesen sogenannten „Todsünden“<sup>116</sup> handelt es sich um als besonders gravierend eingestufte Verletzungen kapital-schützender Pflichten.<sup>117</sup> **61**

Zu den Sondertatbeständen zählen unter anderem die verbotene Einlagenrückgewähr (Nr 1), die Zahlung von Zinsen oder Gewinnanteilen (Nr 2), verbotene Geschäfte bzgl eigener Aktien oder ihnen gleichstehender Aktien (Nr 3), die vorzeitige Ausgabe von Inhaberaktien (Nr 4), die Verteilung von Gesellschaftsvermögen (Nr 5) und Zahlungen entgegen § 92 Abs 2 dAktG (Nr 6) sowie die Gewährung von Vergütungen an Aufsichtsratsmitglieder (Nr 7). Der letztgenannte Sondertatbestand fehlt in der Liste der in § 84 Abs 3 öAktG aufgezählten, verbotenen Verhaltensweisen. Die österreichische Lehre leitet dieses Verbot jedoch aus der allgemeinen Regel des § 98 öAktG ab.<sup>118</sup> **62**

#### c) Geltendmachung der Ansprüche durch den Aufsichtsrat

Zuständig für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand ist gemäß § 112 dAktG bzw § 97 öAktG der Aufsichtsrat.<sup>119</sup> **63**

#### d) Ausschluss der Haftung durch Hauptversammlungsbeschluss; kein Haftungsausschluss trotz Billigung durch den Aufsichtsrat

Die Haftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft ist gemäß § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG ausgeschlossen, wenn die schadensstiftende Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht. Die Parallelbestimmung dazu im öAktG ist § 103 Abs 2.<sup>120</sup> **64**

Ein Beschluss in diesem Sinne liegt bei Meinungsäußerungen der Hauptversammlung oder einzelner Aktionäre nicht vor. Dies gilt nach herrschender Meinung auch dann, wenn es sich um einen Alleinaktionär handelt.<sup>121</sup> Weiterhin muss **65**

<sup>114</sup> OLG Stuttgart 20 U 5/09 NZG 2010, 141, 142; *Krieger/Sailer-Coceani* in *Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 41; *Spindler* in *MünchKommAktG*, Band 2, 4. Aufl 2014 § 93 Rz 181; *Hölters* in *Hölters*, AktG, 2. Aufl 2014 § 93 Rz 269.

<sup>115</sup> Vgl § 84 Abs 3 öAktG.

<sup>116</sup> So *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 1. Aufl 2006 § 11 Rz 87; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 260; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG, 1. Aufl 2013 § 93 Rz 54.

<sup>117</sup> *Spindler* in *MünchKommAktG*, Band 2, 4. Aufl 2014 § 93 Rz 221.

<sup>118</sup> Vgl *Kalss* in *MünchKommAktG*, 3. Aufl 2008 § 93 Rz 307.

<sup>119</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 260. Gleiches gilt für Österreich: *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 40.

<sup>120</sup> *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 29; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 84 Rz 115.

<sup>121</sup> Vgl OLG Köln I-18 U 37/12, 18 U 37/12 AG 2013, 396; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015, § 93, Rz 266; *Krieger/Sailer-Coceani* in *Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 60; *Spindler* in *MünchKommAktG*, Band 2, 4. Aufl 2014 § 93 Rz 249; *Wolff/Jansen*

der Beschluss gesetzmäßig, also weder nichtig noch anfechtbar sein<sup>122</sup> und die Handlung des Vorstands muss auf dem Hauptversammlungsbeschluss beruhen. Der Beschluss muss der Handlung daher vorangehen.<sup>123</sup> Die nachträgliche Billigung genügt für § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG grundsätzlich nicht.<sup>124</sup> Stellt der Vorstand seine Maßnahme jedoch unter den Vorbehalt eines zustimmenden Hauptversammlungsbeschlusses, so soll es für § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG genügen, dass die Billigung dem Handlungserfolg vorausgeht.<sup>125</sup>

- 66 Auch bei einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung soll eine Ersatzpflicht des Vorstandsmitglieds ausnahmsweise gegeben sein, wenn es den Beschluss pflichtwidrig, etwa durch unrichtige Informationen, selbst herbeigeführt hat.<sup>126</sup>
- 67 Die Billigung des Aufsichtsrats schließt eine Haftung der Vorstandsmitglieder weder nach deutschem noch nach österreichischem Aktienrecht aus (§ 93 Abs 4 Satz 2 dAktG, § 84 Abs 4 Satz 2 öAktG).

#### e) Verzicht und Vergleich

- 68 Verzicht (insbesondere durch Erlassvertrag) und Vergleich über Ersatzansprüche der Aktiengesellschaft gegen Vorstandsmitglieder sind möglich, nach § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG allerdings erst nach Ablauf einer Dreijahresfrist ab Entstehung des Anspruchs.<sup>127</sup> Demgegenüber sieht das österreichische Aktienrecht in § 84 Abs 4 öAktG eine fünfjährige Sperrfrist vor.
- 69 Vor Ablauf der Sperrfrist vorgenommene Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen bleiben ungültig. Damit soll verhindert werden, dass der Aufsichtsrat über Ersatzansprüche der Gesellschaft disponiert, bevor das Ausmaß des Schadens übersehbar wird.<sup>128</sup>
- 70 Tatbestandlich erfasst sind nicht nur Verzicht oder Vergleich, sondern auch sonstige Rechtsgeschäfte mit vergleichbaren wirtschaftlichen Folgen, etwa Stundungsvereinbarung, Novation, Anerkenntnis oder *pactum de non petendo*. Ebenfalls von § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG erfasst sind sogenannte Ausgleichsklauseln in Aufhebungs- und Abfindungsverträgen, wonach alle Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder abgegolten sein sollen. Auch die Übernahme von Geldstrafen, Geldbußen und dergleichen durch die Aktiengesellschaft ist nur unter den Voraussetzungen des § 93 Abs 4

NZG 2013, 1165 ff; aA OLG Celle 9 U 124/83, juris; *Drygala* in *Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Aufl 2015 § 116 Rz 51.

<sup>122</sup> Ausführlich zu Vorstandspflichten bei rechtswidrigen Hauptversammlungsbeschlüssen *Fleischer*, BB 2005, 2025 ff.

<sup>123</sup> *Spindler* in *MünchKommAktG*, Band 2, 4. Aufl 2014 § 93 Rz 242.

<sup>124</sup> OLG München 7 U 5678/07 AG 2008, 864, 865; *Spindler* in *MünchKommAktG*, Band 2, 4. Aufl 2014 § 93 Rz 242; *Koch* in *Hüffer/Koch*, AktG § 93 Rz 73; *Dietz-Vellmer*, NZG 2014, 721, 722.

<sup>125</sup> *Koch* in *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016, § 93 Rz 73; *Wiesner* in *Hoffmann-Becking*, Münchener HB GesR IV<sup>4</sup> § 26 Rz 40.

<sup>126</sup> *Canaris* ZGR 1978, 207, 213; aA *Dietz-Vellmer*, NZG 2014, 721, 726 ff.

<sup>127</sup> Ausführlich hierzu *Dietz-Vellmer*, NZG 2011, 248 ff.

<sup>128</sup> *Koch* in *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016, § 93 Rz 76; *Spindler* in *MünchKommAktG*, Band 2, 4. Aufl 2014 § 93 Rz 251.

Satz 3 möglich.<sup>129</sup> Grundsätzlich soll § 93 Abs 4 Satz 3 AktG nach der *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung auch der bloßen Nichtverfolgung von Ansprüchen entgegenstehen. Der BGH lässt sie jedoch in engen Grenzen zu, wenn dies dem Unternehmenswohl dient.<sup>130</sup>

Abtretungen an Dritte<sup>131</sup> sowie sonstige Verfügungen über den Ersatzanspruch sind grundsätzlich nicht vom Anwendungsbereich des § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG erfasst. Nur bei nachweisbarer Umgehungsabsicht sind diese unzulässig.<sup>132</sup> 71

Zwingendes Erfordernis für Verzicht und Vergleich ist die Zustimmung der Hauptversammlung, da sich die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat nicht wechselseitig verschonen sollen.<sup>133</sup> Erforderlich und genügend ist eine Beschlussfassung<sup>134</sup> mit einfacher Stimmenmehrheit.<sup>135</sup> Einer sachlichen Rechtfertigung bedarf der Beschluss nicht. Der zustimmende Beschluss bleibt aber wirkungslos, wenn eine Minderheit von wenigstens 10% des vorhandenen, nicht des vertretenen, Grundkapitals nach § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG Widerspruch zur Niederschrift erhebt. Das österreichische Aktienrecht verlangt dafür hingegen eine Minderheit von mindestens 20% des bestehenden Grundkapitals. Ein auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen gerichtetes Minderheitsverlangen kann also nicht durch Verzicht oder Vergleich gegenstandslos gemacht werden.<sup>136</sup> Die Zustimmung der Hauptversammlung und der fehlende Widerspruch der Minderheit sind Wirksamkeitserfordernisse für Verzicht und Vergleich. Wirksame Verzichts- und Vergleichsverträge stehen sodann einem Klagezulassungsverfahren nach § 148 dAktG entgegen.<sup>137</sup> 72

#### f) D&O-Versicherung

Der Abschluss von D&O-Versicherungen ist zulässig.<sup>138</sup> Teilweise wird sogar eine Pflicht zum Abschluss solcher Versicherungen diskutiert.<sup>139</sup> 73

<sup>129</sup> BGHZ 202, 26, NZG 2014, 1058, 1059.

<sup>130</sup> BGHZ 135, 244, NJW 1997, 1926.

<sup>131</sup> Für diese ist der Aufsichtsrat zuständig.

<sup>132</sup> *Koch in Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016 § 93 Rz 77; zu den zT streitigen Details siehe ua *Hölters in Hölters*, AktG, 2. Aufl 2014 § 93 Rz 319; *Spindler* in *MünchKommAktG*, Band 2, 4. Aufl 2014 § 93 Rz 260 ff.

<sup>133</sup> BGHZ 202, 26, NZG 2014, 1058 Rz 20; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 278; *Koch in Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016 § 93 Rz 78.

<sup>134</sup> Bloße Meinungsäußerungen oder die Zustimmung eines Mehrheitsaktionärs reichen dagegen nicht aus, vgl etwa *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 278.

<sup>135</sup> *Krieger/Sailer-Coceani* in *Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 67; *Koch in Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016 § 93 Rz 78.

<sup>136</sup> Kritisch zu dieser Regelung *Krieger/Sailer-Coceani* in *Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 67.

<sup>137</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 280; *Koch in Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl 2016 § 93 Rz 78.

<sup>138</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 226; *Hölters in Hölters*, AktG, 2. Aufl 2014 § 93 Rz 398; vgl auch Ziffer 3.8 des Deutschen Corporate Governance Kodex.

<sup>139</sup> Vgl hierzu *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl 2015 § 93 Rz 238; dagegen *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körber*, Heidelberger Kommentar AktG, 3. Aufl 2014 § 93 Rz 40a; *Kerst*, WM 2010, 594, 599.

- 74 Im deutschen Aktiengesetz sieht § 93 Abs 2 Satz 3 dAktG einen verpflichtenden Selbstbehalt vor, sofern eine D&O-Versicherung zugunsten eines Vorstandsmitglieds seitens der Gesellschaft abgeschlossen wurde. Danach ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 % des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen. Im österreichischen AktG findet sich keine vergleichbare Bestimmung.



**Susanne Kals, Stephan Frotz, Paul Schörghofer (Hg.)**

## **Handbuch für den Vorstand**

facultas 2017, 1.514 Seiten, Leinen mit Schutzumschlag

ISBN 978-3-7089-1364-3

EUR 240,- (A) / EUR 234,- (D) / sFr 234,-