

# Haftungsrisiken für Vorstand und Aufsichtsrat

von

**Dr. Ralf Ek, LL. M.**

Advokat (Schweden)

Rechtsanwalt sowie Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
in Frankfurt a. M.

und

**Dr. Martin Kock**

Attorney-at-Law (California)

Rechtsanwalt in München

3. Auflage 2019

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG



C.H. BECK

Zitervorschlag: Ek/Kock Haftungsrisiken

  
**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 72903 4

© 2019 Verlag C. H. Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Druckhaus Nomos  
In den Lissen 12, 76547 Sinzheim

Satz und Umschlaggestaltung: Druckerei C. H. Beck Nördlingen

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

## Vorwort zur dritten Auflage

Über neun Jahre sind seit der Veröffentlichung der zweiten Auflage dieses Ratgebers vergangen. In dieser Zeit wurde die deutsche Industrie von einer Vielzahl von Unternehmensskandalen erschüttert, Vorstände und Aufsichtsräte wurden in diversen Fällen zu Schadenersatz und sogar zu Gefängnisstrafen verurteilt und D&O-Versicherungen mussten erhebliche Summen wegen Gesetzesverstößen von Organmitgliedern bezahlen.

Das für die Vorstands- und Aufsichtsratshaftung relevante Recht wurde in den letzten Jahren in vielen Teilbereichen geändert und auch die Gerichte haben zu diesem Thema zahlreiche Urteile erlassen. Die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat müssen sich deshalb auch in Zukunft sehr sorgfältig sowohl mit den Risiken ihrer Tätigkeit befassen als auch mit den Möglichkeiten, diese zu reduzieren. Das Problembewusstsein von Organmitgliedern wie auch deren Ängste und Sorgen sind erheblich gestiegen, was anhand der zunehmenden – und bisweilen existenzgefährdenden – zivil- und strafrechtlichen Risiken nicht verwundern kann. Präventiv wurden insbesondere Compliance-Programme etabliert oder ausgebaut, die in mittleren und großen deutschen Unternehmen mittlerweile zum Standard gehören. Die Durchführung von internen oder externen Ermittlungen (Investigations) zur Aufdeckung und Sanktionierung von Rechtsverstößen war ebenfalls ein Trend der vergangenen Jahre.

Auch in der dritten Auflage soll dieser Ratgeber einen konzentrierten Überblick über praxisrelevante Haftungsrisiken für Organmitglieder geben und – ohne aufgrund der nahezu unüberschaubaren potentiellen Risikobereiche im „Leben“ von oftmals international tätigen Unternehmen der unterschiedlichsten Branchen den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben – wesentliche Risiken aufzeigen und Praxistipps vermitteln. Aktuelle Rechtsprechung und neue Gesetzesentwicklungen bis zum November 2018 sind in die Neuauflage mit eingeflossen.

Frankfurt/München, im Februar 2019

Ralf Ek/Martin Kock

## Vorwort zur zweiten Auflage

Im August und September 2009 sind die Gesetze zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) und zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) und im Mai 2009 das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG) in Kraft getreten. Das deutsche Aktienrecht ist durch diese Gesetzesänderungen in überaus praxisrelevanten Teilbereichen erheblich reformiert worden. Die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat müssen sich mit den gesetzlichen Neuregelungen – und auch mit einer Vielzahl wesentlicher neuer Gerichtsentscheidungen – im Detail befassen.

Dieser Ratgeber vermittelt einen konzentrierten Überblick über die praxisrelevanten Haftungsrisiken für die Organmitglieder. Er stellt die wesentlichen Haftungsfallen dar und gibt praktische Ratschläge zur Haftungsvermeidung bzw. -minimierung. Hierbei wird insbesondere auch auf die Absicherung durch D&O-Versicherungen eingegangen.

In der zweiten Auflage dieses Ratgebers sind die aktuellen Gesetzesänderungen und auch die neueste Rechtsprechung von Bundesgerichtshof und Instanzgerichten umfassend eingearbeitet. Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, Mitarbeiter von Rechtsabteilungen und allen anderen mit der Haftung der Organmitglieder befassten Personen soll hierdurch ein fundierter und praxisorientierter Überblick über die typischen Problemkreise gegeben werden.

Der Verfasser bedankt sich bei allen Mitarbeitern und Sekretärinnen für ihren großen Einsatz bei der Erstellung dieses Buches. Für Hinweise und Anregungen aus dem Kreis der Leser ist der Verfasser auch bei dieser Auflage dankbar.

Frankfurt, im November 2009

Ralf Ek

## Vorwort zur ersten Auflage

Spektakuläre Einzelfälle haben in den letzten Jahren die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat in deutschen Aktiengesellschaften in den Fokus des öffentlichen Interesses gerückt. Medienwirksame Fälle wie Infomatec, EM.TV, Comroad und Mannesmann sowie aktuelle Gesetzesänderungen haben bei deutschen Managern zu einem neuen Problembewusstsein für das eigene Risiko geführt. Dem Problembewusstsein soll mit diesem Ratgeber Rechnung getragen werden, der sich an alle Vorstände und Aufsichtsräte richtet, die sich einen konzentrierten Überblick über die praxisrelevanten Haftungsrisiken für die Organmitglieder verschaffen wollen.

Der Ratgeber stellt die wesentlichen Haftungsfallen dar und gibt praktische Ratschläge zur Haftungsvermeidung bzw. -minimierung. Er beruht auf einem Skript, das im Herbst 2005 bei mehreren Seminarveranstaltungen verwendet wurde und berücksichtigt den aktuellen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung unter Einbeziehung des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes und der zum 1. November 2005 in Kraft getretenen Gesetze zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) und zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren (KapMuG).

Das Aktienrecht befindet sich in einem permanenten Reformprozess. Vorstände und Aufsichtsräte müssen deshalb auch in Zukunft mit neuen Gesetzen und insbesondere auch mit neuen Tendenzen in der Rechtsprechung rechnen. Es bleibt jedoch zu hoffen, dass die von Gesetzgeber und Rechtsprechung aufgestellten Pflichtenkataloge für Organmitglieder genügend Freiraum für wirtschaftlich sinnvolle und zukunftsweisende Entscheidungen lassen. Überregulierung führt zur Lähmung der Wirtschaft, zu große Freiräume erfahrungsgemäß zu Skandalfällen. Insoweit bleibt zu hoffen, dass Gesetzgeber und Rechtsprechung ein „gesundes Gleichgewicht“ finden werden.

Der Verfasser dankt allen beteiligten Mitarbeitern und Sekretärinnen für ihren großen Einsatz bei der Erstellung dieses Buches. Für Hinweise und Anregungen aus dem Kreis der Leser wäre der Verfasser auch im Hinblick auf künftige Auflagen sehr dankbar.

Berlin, im Herbst 2005

Ralf Ek

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur dritten Auflage .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XVII
Literaturverzeichnis .....	XXI
<b>A. Einleitung</b> .....	1
I. Umfeld .....	1
1. Aktuelle Entwicklungen .....	1
2. Überblick über die Gesetzeslage .....	1
a) Innenhaftung .....	2
aa) Allgemeine Sorgfaltspflicht des Vorstands .....	2
bb) Rechtsfolge Schadenersatz .....	3
cc) Allgemeine Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrats .....	3
dd) Spezielle aktienrechtliche Sorgfaltspflichten der Verwaltung .....	3
b) Außenhaftung .....	3
3. Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) .....	4
a) Aufbau des Kodex .....	4
b) Wesentliche Empfehlungen des Kodex .....	5
aa) Empfehlungen für den Vorstand .....	5
bb) Empfehlungen an den Aufsichtsrat .....	6
c) Die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG .....	6
II. Rechtliche Rahmenbedingungen .....	7
1. Verwaltungsorganisation der Aktiengesellschaft .....	7
a) Einleitung .....	7
b) Der Vorstand .....	8
aa) Leitung .....	8
(1) Einführung .....	8
(2) Unternehmerische Entscheidungen des Vorstands .....	10
(3) Business Judgement Rule .....	10
bb) Geschäftsführung .....	13
cc) Vertretung .....	13
dd) Größe des Vorstands .....	14
ee) Persönliche Voraussetzungen .....	14
ff) Bestellung und Abberufung .....	15
c) Der Aufsichtsrat .....	17
aa) Überwachung der Geschäftsführung .....	17
bb) Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats und Wählbarkeit .....	18
cc) Bestellung und Abberufung .....	20
d) Die Hauptversammlung .....	21
2. Vorstandsmitglieder als Haftungsadressaten .....	22
a) Allgemeines .....	22
b) Fehlerhaft bestelltes und faktisches Organ .....	22
c) Haftung überstimmtter und verhinderter Vorstandsmitglieder .....	23
3. Aufsichtsratsmitglieder als Haftungsadressaten .....	24
4. Besonderheiten in Kollegialorganen .....	24
5. Mehrheit von Haftpflichtigen .....	26
III. Innenhaftung und Außenhaftung .....	26
1. Allgemeines .....	26
2. Innenhaftung .....	27
3. Außenhaftung .....	27

<b>B. Haftungsrisiken für Vorstände</b> .....	29
I. Innenhaftung .....	29
1. Einleitung .....	29
2. Verletzung ausdrücklich geregelter Pflichten .....	29
a) Bei der Gründung der Gesellschaft .....	29
aa) Keine freie Verfügung des Vorstands über die geleisteten Einlagen .....	30
bb) Auswahl einer ungeeigneten Zahlstelle für die Einlageleistungen .....	30
cc) Verletzung der Pflicht zur Prüfung des Gründungsberichts bzw. des Nachgründungsberichts .....	31
dd) Fehlende Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben gegenüber dem Registergericht .....	32
b) Verstoß gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung .....	33
aa) Allgemeines .....	33
bb) Verbotene Einlagenrückgewähr .....	34
cc) Zahlung von Zinsen oder Gewinnanteilen an Aktionäre .....	34
dd) Erwerb eigener Aktien .....	35
ee) Ausgabe von Aktien vor vollständiger Leistung des Ausgabebetrags .....	36
ff) Verteilung von Gesellschaftsvermögen .....	36
gg) Zahlungen entgegen Zahlungsverbot nach eingetretener Insolvenzreife .....	36
(1) Inhalt des Zahlungsverbots .....	36
(2) Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung .....	37
(3) Umfang des Zahlungsverbots .....	38
(4) Zeitpunkt für den Eintritt des Zahlungsverbots .....	39
(5) Erkennbarkeit der Insolvenzreife .....	39
hh) Vergütung an Aufsichtsräte .....	40
ii) Gewährung von Krediten an Organmitglieder .....	42
jj) Ausgabe von Bezugsaktien bei bedingter Kapitalerhöhung .....	43
c) Verstoß gegen Berichtspflichten .....	43
aa) Regelberichte .....	43
bb) Sonderberichte .....	45
cc) Anforderungsberichte .....	45
dd) Grundsätze der Berichterstattung .....	45
d) Verletzung der Pflicht zur Beachtung von Zustimmungsvorbehalten .....	46
e) Verstoß gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung und Bilanzierung .....	47
f) Fehlende Einrichtung eines Risikomanagementsystems .....	48
g) Fehlende Einrichtung eines Compliance-Management-Systems .....	49
aa) Rechtsgrundlagen der Vorstandsaufgabe Compliance .....	50
bb) Verantwortlichkeit für Compliance .....	52
cc) Umsetzung der präventiven Compliance .....	53
(1) Analyse .....	53
(2) Implementierung des Compliance-Management-Systems .....	54
(3) Dokumentation und Training .....	55
(4) Überwachung .....	55
(5) Sanktionierung .....	55
dd) Haftung bei fehlender oder falscher Umsetzung der Compliance-Aufgabe .....	56
h) Verstoß gegen Pflichten im Zusammenhang mit der Hauptversammlung .....	56
aa) Einberufung der Hauptversammlung bei einem Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals .....	58
bb) Vorbereitung und Ausführung von Maßnahmen im Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung .....	59
(1) Zuständigkeit der Hauptversammlung kraft Gesetzes .....	60
(2) Zuständigkeit kraft Satzung .....	60
(3) Zuständigkeit der Hauptversammlung bei Geschäftsführungsmaßnahmen .....	61
cc) Wesentliche Pflichten des Vorstands bei Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung .....	65
(1) Vorbereitung der Hauptversammlung .....	65
(2) Durchführung der Hauptversammlung .....	79

i) Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht .....	90
j) Verstoß gegen das Verbot der unzulässiger Beeinflussung .....	91
3. Verletzung allgemeiner Pflichten .....	92
a) Verstoß gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht .....	92
b) Verstoß gegen die allgemeine Treuepflicht .....	92
aa) Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot .....	93
bb) Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht .....	94
4. Besondere Pflichten im Konzern .....	94
a) Einleitung .....	94
aa) Der Vertragskonzern .....	95
bb) Abhängigkeits- und faktische Konzernverhältnisse .....	95
(1) Das einfache Abhängigkeitsverhältnis .....	95
(2) Das faktische Konzernverhältnis .....	95
b) Die Pflichten im Vertragskonzern .....	96
aa) Pflichten des Vorstands des herrschenden Unternehmens .....	96
(1) Gegenüber der „eigenen“ Gesellschaft .....	96
(2) Gegenüber der beherrschten Gesellschaft .....	96
bb) Pflichten des Vorstands der beherrschten Gesellschaft .....	97
c) Bei faktischer Abhängigkeit .....	98
aa) Pflichtverletzung des Vorstands des herrschenden Unternehmens .....	98
(1) Begriff des Nachteils .....	98
(2) Möglichkeit zum Ausgleich des Nachteils .....	98
(3) Rechtsfolgen nachteiliger Veranlassungen .....	99
bb) Pflichtverletzung des Vorstands der abhängigen Gesellschaft .....	99
(1) Haftung wegen der Befolgung nachteiliger Weisungen .....	99
(2) Haftung wegen unterlassener Aufnahme nachteiliger Maßnahmen in den Abhängigkeitsbericht .....	100
5. Besondere Haftungsrisiken beim Cash-Pooling .....	100
a) Einleitung .....	100
b) Kapitalaufbringung .....	101
c) Kapitalerhaltung .....	102
d) Darlehensrückzahlung .....	103
6. Besondere Pflichten in börsennotierten Unternehmen .....	103
a) Einführung .....	103
b) Pflicht zur Veröffentlichung von Insiderinformationen .....	105
7. Weitere Haftungsvoraussetzungen .....	108
a) Verschulden .....	108
b) Schaden und Kausalität .....	109
c) Darlegungs- und Beweislast .....	110
d) Verjährung .....	111
8. Beschränkung der Innenhaftung .....	112
a) Einleitung .....	112
b) Billigung pflichtwidrigen Vorstandshandelns .....	112
c) Nachträglicher Verzicht .....	112
d) Vertragliche Haftungsbeschränkungen .....	113
9. Geltendmachung von Innenhaftungsansprüchen .....	114
a) Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch die Aktiengesellschaft .....	114
aa) Zuständigkeit des Aufsichtsrats .....	114
bb) Klageerzwingungsrecht der Aktionäre und Bestellung besonderer Vertreter .....	115
(1) Einleitung .....	115
(2) Klageerzwingungsverfahren .....	115
b) Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch Dritte .....	116
aa) Prozessstandschaft der Aktionäre .....	116
(1) Klagezulassungsverfahren .....	117
(2) Bekanntmachungen zur Haftungsklage .....	118
(3) Sonderprüfung .....	118

bb) Recht zur Geltendmachung von Innenhaftungsansprüchen durch Gläubiger	119
(1) Einführung	119
(2) Voraussetzungen	119
(3) Ausübung	119
II. Außenhaftung	120
1. Einleitung	120
2. Spezialgesetzlich geregelte Außenhaftung	121
a) Haftung für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft	121
b) Haftung für Schäden durch schädigenden Einfluss der Vorstandsmitglieder	121
c) Haftung für die Verletzung von Steuerpflichten	122
d) Haftung für nach UmwG entstandene Schäden	123
3. Haftung kraft Rechtsscheins	124
4. Haftung aus culpa in contrahendo	124
5. Deliktische Haftung	125
a) Haftung wegen Verletzung absoluter Schutzgüter (§ 823 Abs. 1 BGB)	125
aa) Mitgliedschaftsrecht der Aktionäre	125
bb) Produkthaftung	126
b) Haftung aus Schutzgesetzen zugunsten Dritter (§ 823 Abs. 2 BGB)	127
aa) Haftung für unterlassene Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen	128
bb) Insolvenzverschleppung	129
c) Vorsätzlich sittenwidrige Schädigung Dritter (§ 826 BGB)	129
d) Verletzung von Sonderdeliktsrecht	130
6. Verletzung der Kapitalmarktinformationspflichten	130
a) Verstoß gegen die Pflicht zur Veröffentlichung von Insiderinformationen	130
b) Verletzung der Regelpublizität	131
7. Geltendmachung von Außenhaftungsansprüchen	131
a) Allgemeines	131
b) Kapitalanleger-Musterverfahren	132
c) Musterfeststellungsklage	132
III. Strafrechtliche Verantwortlichkeit	133
1. Einleitung	133
2. Aktienrechtliche Straftatbestände	134
a) Falsche Angaben bei Gründung, Kapitalmaßnahmen und Abwicklung	134
b) Unrichtige Darstellungen in Bilanzen und Berichten	134
c) Verletzung der Geheimhaltungspflicht	135
3. Kapitalmarktrechtliche Straftatbestände	135
a) Verbot der Marktmanipulation	135
b) Verbot von Insidergeschäften	136
c) Kapitalanlagebetrug	136
4. Straftaten in Krise und Insolvenz	137
a) Pflichtverletzung bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit	137
b) Insolvenzverschleppung	137
c) Vorenthalten und Veruntreuen von Sozialversicherungsbeiträgen	138
d) Bankrottdelikte	138
e) Verletzung der Buchführungspflicht	139
f) Gläubigerbegünstigung	139
5. Sonstige Straftatbestände	140
a) Untreue (§ 266 StGB)	140
b) Betrug (§ 263 StGB)	141
c) Korruptionsdelikte, Geldwäsche	142
d) Steuerstrafrecht	143
6. Ordnungswidrigkeiten	143
a) Aktienrecht	143
b) Kapitalmarktrecht	143
c) Aufsichtspflichtverletzungen	143

<b>C. Haftungsrisiken für Aufsichtsräte</b> .....	145
I. Innenhaftung .....	145
1. Verletzung ausdrücklich geregelter Pflichten .....	145
a) Einleitung .....	145
b) Verletzung von Pflichten bei der Gründung der Gesellschaft .....	145
c) Verletzung der Überwachungspflicht .....	146
aa) Verletzung der allgemeinen Überwachungspflicht .....	146
(1) Inhalt der Überwachungspflicht .....	146
(2) Maßstab der Überwachung .....	146
bb) Verletzung der Informationspflicht .....	148
cc) Verletzung der Pflicht zur Einberufung der Hauptversammlung .....	149
dd) Verletzung der Pflicht zur Begründung und Ausübung von Zustimmungsvorbehalten .....	149
ee) Verletzung der Pflicht zur Prüfung von Jahresabschluss, Lagebericht und Gewinnverwendungsvorschlag .....	151
ff) Verletzung der Pflicht zur Berichterstattung an die Hauptversammlung .....	153
gg) Verletzung der Pflicht zur Bestellung und Abberufung des Vorstands .....	154
hh) Verletzung der Pflicht zur Überwachung des Compliance-Management- Systems .....	155
d) Verletzung der Pflicht zur angemessenen Festsetzung der Vorstandsbezüge .....	156
aa) Einleitung .....	156
bb) Zulässigkeit nachträglicher Sonderzahlungen .....	157
cc) Festsetzung der Vorstandsvergütung als Ermessensentscheidung .....	158
dd) Angemessenheit von Vorstandsvergütungen .....	158
ee) Verstoß gegen die Pflicht zur Festsetzung angemessener Vorstandsvergütungen .....	160
ff) Transparenz der Vorstandsvergütung .....	160
e) Verletzung der Pflicht zur Verfolgung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder .....	160
f) Verstoß gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung .....	161
g) Verbot schädigenden Verhaltens .....	162
2. Verletzung allgemeiner Pflichten .....	162
a) Verstoß gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht .....	162
b) Verstoß gegen die allgemeine Treuepflicht .....	163
aa) Einleitung .....	163
bb) Kein Wettbewerbsverbot .....	164
cc) Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht .....	164
3. Weitere Haftungsvoraussetzungen, insbes. Verschulden .....	165
4. Geltendmachung von Innenhaftungsansprüchen .....	166
II. Außenhaftung .....	167
<b>D. Haftungsvermeidungsstrategien für Vorstände und Aufsichtsräte</b> .....	169
I. Beschränkung der Innenhaftung .....	169
II. Freistellung von der Außenhaftung .....	169
III. Maßnahmen bei Rechtsverstößen von Organen oder Mitarbeitern .....	171
1. Einführung .....	171
2. Unternehmensinterne Untersuchungen (Internal Investigations) .....	171
a) Grundlagen und Verantwortung .....	171
b) Ausgewählte Rechtsfragen beim Ablauf interner Ermittlungen .....	173
(1) Arbeitsrechtliche Aspekte .....	173
(2) Beschäftigtendatenschutz .....	175
c) Kooperation mit Strafverfolgungsbehörden und Abschluss der Untersuchungen .....	176
3. Amnestieprogramme .....	177
IV. Versicherungsschutz, insbes. D&O-Versicherungen .....	178
1. Einführung .....	178
2. D&O-Versicherungen .....	178

a) Deckungsumfang von D&O-Versicherungen .....	178
aa) Vom Versicherungsschutz erfasste Personen .....	179
bb) Claims-made-Prinzip und Rückwärtsdeckung .....	180
cc) Nachhaftung (Nachmeldefrist) .....	181
dd) Tätigkeit in Tochtergesellschaften und Drittunternehmen .....	182
b) Grenzen des Versicherungsschutzes .....	183
aa) Selbstbehalte .....	183
bb) Ausschlüsse .....	184
c) Obliegenheits- und Anzeigepflichten .....	186
d) Gesellschafts- und steuerrechtliche Aspekte .....	186
aa) Zuständigkeit für den Abschluss des Versicherungsvertrages .....	186
bb) Pflicht zum Abschluss und Aufrechterhaltung einer D&O- Versicherung? .....	187
cc) Steuerliche Behandlung der Versicherungsprämien .....	187
3. Industrie-Straf-Rechtsschutzversicherung .....	188
4. Anstellungsvertrags-Rechtsschutzversicherung .....	188
Stichwortverzeichnis .....	191