

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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