



Die nicht-börsennotierte Aktiengesellschaft – Haftungsrisiken für Vorstand und Aufsichtsrat

Frankfurt am Main, 24. Juni 2021

Dr. Ralf Ek

Die nicht-börsennotierte AG

- **Definition**
- **Sonderregeln im Freiverkehr (Scale, m:access, Primärmarkt)**
- **WpHG, WpÜG, DCGK i. Ü. nicht relevant (Ausstrahlungswirkung?)**
- **AktG: Spezialregelungen für börsennotierte Gesellschaften (Organbesetzung, Vergütung, HV) i. d. R. nicht relevant**

Exkurs: Hauptversammlung 2021

- **Virtuelle Hauptversammlungen bis 31. Dezember 2021 zulässig (Pandemielage beachten)**
- **Fragerecht statt Fragemöglichkeit sowie Verkürzung der Frist zur Vorabreichung von Fragen**
- **Zu weiteren Rechtsfragen der virtuellen Hauptversammlung vgl. LG Köln AG 2021, 446; LG Frankfurt ZIP 2021, 1009; Bungert/Strothotte DB 2021, 830; Mayer/Jenne/Miller BB 2021, 899**

Die Organe der AG

- **Eigene Zuständigkeiten von Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung**
- **Interdependenzen u. a. durch Bestellungskompetenzen, Vertretungsregeln, Berichts- und Informationspflichten, Zustimmungsvorbehalte**
- **Formstrenge des Aktienrechts: Einhaltung von Gesetz, Satzung, Geschäftsordnungen und Dienstvertrag notwendig**

Haftungsrisiko der Organe

- **Innenhaftung**
Haftung aus Pflichtverletzungen gegenüber der „eigenen“ Gesellschaft

- **Außenhaftung**
Haftung aus Pflichtverletzungen gegenüber Dritten (Banken, Kunden, Lieferanten, Finanzamt, Sozialversicherungen, Mitarbeitern, einzelnen Aktionären), z. B. aus § 69 AO (Steuern) oder § 826 BGB (vorsätzlich sittenwidrige Schädigung)

Innenhaftung Vorstand: § 93 AktG (1)

- (1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die **Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters** anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren. Die Pflicht des Satzes 3 gilt nicht gegenüber einer nach § 342b des Handelsgesetzbuchs anerkannten Prüfstelle im Rahmen einer von dieser durchgeführten Prüfung.
- (2) Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum **Ersatz des daraus entstehenden Schadens** als Gesamtschuldner verpflichtet. **Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.** Schließt die Gesellschaft eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft ab, ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen.
- (3) Die Vorstandsmitglieder sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen diesem Gesetz
 1. Einlagen an die Aktionäre zurückgewährt werden, den Aktionären Zinsen oder Gewinnanteile gezahlt werden, eigene Aktien der Gesellschaft oder einer anderen Gesellschaft gezeichnet, erworben, als Pfand genommen oder eingezogen werden, Aktien vor der vollen Leistung des Ausgabebetrags ausgegeben werden,
 2. Gesellschaftsvermögen verteilt wird,
 3. (weggefallen)
 4. Vergütungen an Aufsichtsratsmitglieder gewährt werden,
 5. Kredit gewährt wird,
 6. bei der bedingten Kapitalerhöhung außerhalb des festgesetzten Zwecks oder vor der vollen Leistung des Gegenwerts Bezugsaktien ausgegeben werden.

Innenhaftung Vorstand: § 93 AktG (2)

- (3) **Der Gesellschaft gegenüber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht.** Dadurch, dass der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, wird die Ersatzpflicht nicht ausgeschlossen. Die Gesellschaft kann erst drei Jahre nach der Entstehung des Anspruchs und nur dann auf Ersatzansprüche verzichten oder sich über sie vergleichen, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt. Die zeitliche Beschränkung gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird.
- (4) Der Ersatzanspruch der Gesellschaft kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Dies gilt jedoch in anderen Fällen als denen des Absatzes 3 nur dann, wenn die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben; Absatz 2 Satz 2 gilt sinngemäß. Den Gläubigern gegenüber wird die Ersatzpflicht weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, dass die Handlung auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruht. Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, so übt während dessen Dauer der Insolvenzverwalter oder der Sachwalter das Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder aus.
- (5) Die Ansprüche aus diesen Vorschriften verjähren bei Gesellschaften, die zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung börsennotiert sind, in zehn Jahren, **bei anderen Gesellschaften in fünf Jahren.**

Innenhaftung Aufsichtsrat: § 116 AktG

Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gelten § 93 mit Ausnahme des Absatzes 2 Satz 3 über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder und § 15b der Insolvenzordnung **sinngemäß**. Die Aufsichtsratsmitglieder sind insbesondere zur Verschwiegenheit über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen verpflichtet. Sie sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn sie eine unangemessene Vergütung festsetzen (§ 87 Absatz 1).

Innenhaftung: Zusammenfassung

- **Grundsätzlich sehr weitgehende Haftung zu Lasten von Vorständen und Aufsichtsräten**
- **Pflicht, in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters/Aufsichtsrats anzuwenden**
- **Grundsätzlich Haftung für jede Form von Vorsatz und Fahrlässigkeit**
- **Unbegrenzte Haftung der Höhe nach**
- **Lange Verjährungsfrist von fünf Jahren (bei börsennotierten Gesellschaften sogar zehn Jahre)**
- **Ungünstige Beweislastverteilung (Pflichtwidrigkeit und Verschulden des Organs werden vermutet)**

Business Judgement Rule

- **§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG**

Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

- **BGH NJW 2017, 578**

Sind die in § 93 I AktG normierten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und ist damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit im Sinne von § 266 StGB begründet; für eine gesonderte Prüfung der Pflichtverletzung als „gravierend“ bzw. „evident“ ist insoweit kein Raum.

Business Judgement Rule: Voraussetzungen

- **Unternehmerische Entscheidung** (unter Unsicherheit und bei Handlungsalternativen)
- **Beschaffung angemessener Informationen**
 - ▶ Nutzung aller verfügbaren Erkenntnisquellen (BGH NJW 2013, 3636)
 - ▶ Abhängig u. a. von Tragweite und Risiko der Maßnahme sowie Relevanz, Zeit und Kosten
 - ▶ Due Diligence bei Unternehmenskauf (OLG Oldenburg NZG 2007, 434; LG München I ZIP 2010, 2451)
 - ▶ Gutachten: Erstellung durch unabhängigen und spezialisierten Experten auf Basis ausreichender Tatsachengrundlage mit nachfolgender Plausibilitätsprüfung durch die Geschäftsleitung (vgl. für Rechtsrat BGH NZG 2011, 1271 (Ision) und BGH AG 2017, 662), zu Fairness Opinions vgl. OLG Köln NZG 2013, 548; OLG Stuttgart BeckRS 2018, 35625
- **Handeln im Interesse der Gesellschaft, frei von Sonderinteressen**

Innenhaftung: Pflichtenkreise

- **Einhaltung der Gesetze und gesellschaftsinternen Kompetenzen**
- **Sorgfältige Unternehmensleitung unter Beachtung der aktienrechtlichen Vorgaben**
- **Kooperative Zusammenarbeit mit Mitvorständen und anderen Organen**
- **Beachtung der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft**

Innenhaftung: Praxisrelevante Beispiele I

- **Verstoß gegen die Sorgfalts- und Treuepflichten**
 - ▶ Fehlerhafte Kalkulation eines Angebots - BGH NZG 2008, 314
 - ▶ vorzeitige Ablösung eines Darlehens trotz höherer Vorfälligkeitsentschädigung - BGH NZG 2008, 751
 - ▶ Nichtabsicherung eines Exportgeschäftes - OLG Jena NZG 2001, 86
 - ▶ **Aktuelle Beispiele: Nutzung staatlicher Hilfsprogramme und Prüfung von Insolvenzrisiken bei Geschäftspartnern**

Innenhaftung: Praxisrelevante Beispiele II

- **Verstoß die Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflicht**

- **Verstoß gegen Überwachungspflicht anderer Vorstandsmitglieder**
 - ▶ Ressortaufteilung (BGH NZG 2019, 225)
 - Klare und eindeutige Aufteilung
 - Vollständige Aufteilung aller Geschäftsführungsaufgaben
 - Aufgabenwahrnehmung durch fachlich und persönlich geeignete Personen
 - Überwachung und Eingriffspflicht

Innenhaftung: Praxisrelevante Beispiele III

- **Kompetenzüberschreitung**
 - ▶ Zuständigkeit der HV, Zustimmungsvorbehalte des AR
 - ▶ Folgen im Innen- und Außenverhältnis, Haftung und fristlose Kündigung
- **Einberufung der Hauptversammlung bei hälftigem Verlust des Grundkapitals**
- **Schadensersatzpflicht in der Insolvenz** - Arens GWR 2021, 64 zu den Änderungen der Geschäftsleiterpflichten durch das SanInsFoG
 - ▶ Krisenfrüherkennungs- und Krisenmanagementsysteme – Nickert/Nickert GmbH 2021, 401
 - ▶ Fristen bei der Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO)
 - ▶ Neufassung von § 15b InsO
 - ▶ In der Praxis: Einschaltung spezialisierter Berater

Innenhaftung: Weitere Haftungsvoraussetzungen

- **Verschulden**

- ▶ Eine Pflichtverletzung ist vom Vorstand dann zu vertreten, wenn er die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters nicht eingehalten und dabei zumindest fahrlässig gehandelt hat.
- ▶ Mangelnde eigene Fähigkeiten und Kenntnisse muss der Vorstand durch Einschaltung unabhängiger, qualifizierter und fachlich geeigneter Berater ausgleichen - BGH NZG 2011, 1271; OLG Düsseldorf AG 2016, 410

- **Schaden und Kausalität**

- ▶ Durch die schuldhafte Pflichtverletzung des Vorstands muss ein adäquat kausaler Schaden bei der Gesellschaft eingetreten sein. Für die Berechnung des Schadens gelten die allgemeinen Grundsätze (Differenzhypothese). Der zu ersetzende Schaden umfasst neben dem eingetretenen Vermögensverlust auch den nach regelmäßigen Umständen zu erwartenden entgangenen Gewinn gemäß § 252 BGB - BGH NJW 2009, 2598
- ▶ Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten ist möglich - BGH NZG 2018, 733

Innenhaftung: Weitere Haftungsvoraussetzungen

- **Darlegungs- und Beweislast**

- ▶ Die Gesellschaft hat grundsätzlich die Beweislast hinsichtlich aller TB-Merkmale der die Haftung des Vorstands begründenden Normen.
- ▶ § 93 Abs. 2 S. 2 AktG sieht hiervon insofern abweichend eine Beweislastumkehr vor, als in Frage steht, ob der Vorstand die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters beachtet hat (also bezogen auf Verschulden und Pflichtwidrigkeit des Verhaltens) - BGH NZG 2011, 549
- ▶ **Problematisch ist Beweislastumkehr bei ausgeschiedenen Vorständen (Einsichtnahmerecht)** - BGHZ 152, 280; OLG Köln NZG 2020, 110 (bei Erben); zum Datenschutzrecht bei Haftungsfällen vgl. Hirschfeld/Gerhold ZIP 2021, 394

- **Verjährung**

- ▶ Gemäß § 93 Abs. 6 AktG verjähren die Ansprüche aus § 93 AktG bei nicht börsennotierten AGs in fünf Jahren (bei börsennotierten AGs in zehn Jahren).
- ▶ Schadenersatzansprüche aufgrund anderer Haftungsnormen als § 93 AktG verjähren selbständig – in der Regel gilt daher die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB.

Innenhaftung des Aufsichtsrats: Schwerpunktthemen

- **Bestellung und Abberufung des Vorstands sowie Vergütungsfragen**
- **Überwachung (und Beratung) des Vorstands auf der Basis von Berichten und regelmäßigem Austausch**
- **Zustimmungsvorbehalte**
- **Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder – BGH NZG 2018, 1301 zum „Verjährungskarussell“ im Organhaftungsrecht**
- **Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses**
- **Pflichten rund um die Hauptversammlung**
- **Gesteigerte Pflichten in der Krise**

Außenhaftung des Vorstands: Beispiele

- **Verletzungen von Innenhaftungsregeln i. d. R. nicht ausreichend** - BGH NJW 2019, 2164
- **Verletzung von Schutzgesetzen**
 - ▶ **Subventionsbetrug** - BGH WM 2014, 367
 - ▶ **Untreue** - BGH NJW 2018, 3093; OLG Thüringen GmbHR 2011, 813 (Mithaftung für „Schwester-GmbH“)
 - ▶ **Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen** - BGH WM 2019, 419 (Beschäftigung von Scheinselbständigen); BGH NJW 2017, 886 (zum Vorsatz)
 - ▶ **Insolvenzverschleppung** - BGH ZIP 2012, 1455 (Schadenersatz für Neugläubiger); BGH ZIP 2012, 723 (Beweiserleichterung bei Verletzung der Buchführungspflicht)
- **Sittenwidrige Schädigung**
 - ▶ Spekulation zu Lasten Dritter - BGH NJW 2008, 2437
- **Schuldbeitritt**
 - ▶ Zahlungszusage bei zahlungsunfähiger Gesellschaft - BGH GmbHR 2021, 313

Neue Entwicklungen mit Haftungspotenzial

- **Compliancestärkung** - LG München I NZG 2014, 345
 - ▶ Konzern-Compliance – Schockenhoff/Roßkopf/Arnold AG 2021, 66; Fleischer/Korch ZIP 2021, 709
 - ▶ Hinweisgeberschutzgesetz - Dilling CCZ 2021, 60
 - ▶ Sorgfaltspflichtengesetz - Wagner/Ruttloff/Wagner/Hahn CB 2021, 89
 - ▶ Verbandssanktionengesetz - Voges/Perchermeier GWR 2021, 96
- **Geschäftsgeheimnisse** - LG Düsseldorf CB 2021, 124 zu angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen
- **Datenschutz** - Adelberg/Spittka/Zapf CB 2021, 96
- **Transparenzregister** - Reuter BB 2021, 707

Haftungsminimierung und D&O-Versicherung

- **Corporate Compliance und Kontrolle der Haftungsrisiken**
- **Beschränkung der Innenhaftung nur begrenzt möglich**
 - ▶ Ordnungsgemäße Ressortverteilung
 - ▶ Zustimmung der Hauptversammlung
 - ▶ Entlastung hat keine haftungsbefreiende Wirkung
 - ▶ Generalbereinigung/Generalquittung/Verzicht i. d. R. nicht möglich wegen Einschränkungen in § 93 Abs. 4 S. 3, 4 AktG (Dreijahresfrist und HV-Beschluss)
- **Haftungsfreistellung durch Dritte**
- **D&O-Versicherung**
 - ▶ Selbstbehalt für Vorstandsmitglieder (mindestens 10% des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung, § 93 Abs. 2 S. 3 AktG)
 - ▶ Deckung bei Zahlungen in der Krise - BGH NZG 2021, 291

In „eigener“ Sache

Literaturtipps zur Vertiefung



Für Ihre Fragen stehe ich gerne zur Verfügung.



Dr. Ralf Ek, LL.M.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels-
und Gesellschaftsrecht, Advokat (Schweden)

Partner

Baker Tilly Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Friedrich-Ebert-Anlage 54
60325 Frankfurt am Main

T: +49 69 366002-452

F: +49 69 366002-160

ralf.ek@bakertilly.de