



**„Aufsichtsratshaftung und D&O-
Versicherungen – Was Private
Equity-Manager wissen müssen“**

**Private Equity Forum NRW e.V.
Investors‘ Circle
Düsseldorf, den 17. Juni 2015
Dr. Mirko Sickinger, LL.M.**

Agenda

- I. Haftungsmaßstab und Durchsetzung der Haftung**
- II. Risikoträchtige Entscheidungen des Aufsichtsrates**
- III. Wie sind Entscheidungen des Aufsichtsrates risikoarm vorzubereiten, zu begründen und zu dokumentieren?**
- IV. Wann sollte der Aufsichtsrat externen Sachverstand hinzuziehen?**
- V. Wie sichert sich ein (ausscheidendes) Aufsichtsratsmitglied den Zugang zur Dokumentation, um sich gegen Inanspruchnahme zu verteidigen?**

I. Haftungsmaßstab und Durchsetzung der Haftung (1/4)

Geschäftsführung und Aufsichtsrat haften grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft

➤ in der Aktiengesellschaft

- § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG – Haftung des Vorstands
- §§ 116, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG – Haftung des Aufsichtsrats

➤ in der GmbH

- § 43 Abs. 2 GmbHG – Haftung des Geschäftsführers
- § 52 GmbHG i.V.m. §§ 116, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG – Haftung des Aufsichtsrats

I. Haftungsmaßstab und Durchsetzung der Haftung (2/4)

Ansprüche gegen den Aufsichtsrat werden wie folgt durchgesetzt:

1. Gesellschafter der GmbH (§ 46 Nr. 8 GmbHG analog)

- Grundsätzlich keine Pflicht zur Geltendmachung (Ausnahme: Treuepflicht des Gesellschafters)

Verjährung: 5 Jahre (§ 43 Abs. 4 GmbHG)

2. Vorstand der Aktiengesellschaft (§§ 76, 77, 78 AktG)

- Grundsätzlich Pflicht zur Geltendmachung (Ausnahme: gewichtige Interessen und Belange der Gesellschaft)

Verjährung: 10 Jahre bei Börsennotierung, ansonsten 5 Jahre (§ 93 Abs. 6 AktG)

I. Haftungsmaßstab und Durchsetzung der Haftung (3/4)

3. Besonderer Vertreter der Aktiengesellschaft

- Hauptversammlung kann zur Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft besondere Vertreter bestellen (§ 147 Abs. 2 Satz 1 AktG)
- Gerichtliche Bestellung besonderer Vertreter auf Antrag von Aktionärsminderheit möglich (§ 147 Abs. 2 Satz 2 AktG)

4. Klageerzwingung durch Aktionärsminderheit

- Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft durch Aktionärsminderheit im eigenen Namen (§ 148 AktG)
- ABER: Möglichkeit der Gesellschaft, die Geltendmachung der Ansprüche an sich zu ziehen (§ 148 Abs. 3 Satz 1 AktG)

I. Haftungsmaßstab und Durchsetzung der Haftung (4/4)

5. Gläubiger der Gesellschaft

- Gläubiger der Gesellschaft, wenn vollstreckbarer Titel und Anspruchspfändung; zudem im Fall des § 93 Abs. 5 Satz 1 AktG, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können und es sich um einen Verstoß gegen § 93 Absatz 3 AktG oder eine „gröbliche“ Pflichtverletzung handelt
- Beachte: Ein Verzicht, Vergleich oder gesetzmäßiger Beschluss der HV der Gesellschaft ist den Gläubigern gegenüber unbeachtlich (§ 93 Absatz 5 Satz 3 AktG)

6. Insolvenzverwalter (§ 92 Satz 1 InsO)

II. Risikoträchtige Entscheidungen des Aufsichtsrates

1. Mitwirkung an grundlegenden strategischen Weichenstellungen, die mit Bewertungen verbunden sind

- Kauf/Verkauf von Unternehmen oder Betrieben oder wesentlichen Vermögensgegenständen
 - VW/Porsche ./ Christian Wulff u.a., EUR 1,8 Mrd. wegen behaupteter Verletzung einer Aufsichtspflicht bei dem Versuch einer unfreundlichen Übernahme von VW durch Porsche
- Umstrukturierung, z.B. Einbringung von Unternehmen etc. im Wege der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen, Verschmelzungen, Abspaltungen

2. Überwachung Compliance-System

- Jüngere Rechtsprechung nimmt strafrechtliche Garantenpflicht des Aufsichtsrats für Compliance-Pflichten an (OLG Braunschweig, Beschluss vom 14. Juni 2012)

3. Wohl nicht Personalentscheidungen

III. Wie sind Entscheidungen des Aufsichtsrates risikoarm vorzubereiten, zu begründen und zu dokumentieren? (1/5)

Die Business Judgement Rule verpflichtet Aufsichtsräte Entscheidungen sorgfältig vorzubereiten und an den Interessen des Unternehmens auszurichten (§ 93 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 116 S. 1 AktG).

Anwendungsbereich:

- nur bezüglich unternehmerischer Entscheidungen (Entscheidungen mit unternehmerischem Ermessen, d.h. durch Prognosen und Einschätzungen geprägt, im Gegensatz zu rechtlich gebundenen Entscheidungen)
- auf Grundlage angemessener Information
- kein Interessenkonflikt
- im Rahmen des (weiten) unternehmerischen Ermessens vertretbare Entscheidung (Grenzen insbesondere bei Existenzgefährdung)

III. Wie sind Entscheidungen des Aufsichtsrates risikoarm vorzubereiten, zu begründen und zu dokumentieren? (2/5)

Daraus ergeben sich Anforderungen an die Entscheidungsfindung:

- Pflicht zur Einholung von Informationen über tatsächliche Umstände und rechtlich zulässige Handlungsoptionen
- Umfang der Informationspflicht hängt von der Bedeutung und Komplexität der Sache ab
- ausreichend ist eine angemessene Informationsgrundlage – nicht jeder sachlich und finanziell mögliche Aufwand ist auch erforderlich
- bei Zweifeln, besonders risikoreichen Geschäften oder bei negativer Geschäftsentwicklung sind stets eigene Erkundungen einzuholen

III. Wie sind Entscheidungen des Aufsichtsrates risikoarm vorzubereiten, zu begründen und zu dokumentieren? (3/5)

Die Business Judgement Rule ist beständiger Kern von Haftungsstreitigkeiten:

- Aufsichtsratsmitglied trägt bei Streitigkeiten Beweislast (§ 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG)

Entlastung kann nur gelingen bei sorgfältiger und umfangreicher Dokumentation der Entscheidungsfindung:

- geboten ist die Protokollierung der tragenden Gesichtspunkte
- Entscheidung muss aus den Sitzungsprotokollen verständlich werden
- ausdrückliche Widersprüche eines Mitgliedes sollten protokolliert werden

III. Wie sind Entscheidungen des Aufsichtsrates risikoarm vorzubereiten, zu begründen und zu dokumentieren? (4/5)

Eine Entlastungsmöglichkeit besteht auch durch Rat eines Sachverständigen.

Vorausgesetzt der Aufsichtsrat vergewissert sich, dass:

- der Sachverständige dem Prüfungsauftrag gerecht geworden ist
- keine Zweifel an der Sachkunde oder Integrität des Sachverständigen bestehen
- keine Bedenken gegen das zugrunde liegende Prüfungsverfahren bestehen
- keine Bedenken gegen Inhalt des Berichtes angezeigt sind

Ergeben sich Zweifel oder Unklarheiten, ist der Aufsichtsrat auch nach der Begutachtung eines Sachverständigen noch zu eigenen Prüfungen angehalten.

III. Wie sind Entscheidungen des Aufsichtsrates risikoarm vorzubereiten, zu begründen und zu dokumentieren? (5/5)

Neben den Pflichten im Rahmen einer konkreten Entscheidungsfindung treffen den Aufsichtsrat Vorab-Pflichten zur Risikovermeidung:

- gezielte Schulungen des Aufsichtsrates (Mindestanforderungen an Qualifikation, Nachqualifizierung möglich)
- die Mitglieder des Aufsichtsrats nehmen die erforderlichen Aus- und Fortbildungsmaßnahmen eigenverantwortlich wahr (vgl. 5.4.5 Deutsche Corporate Governance Kodex)
- Aus- und Fortbildung sind durch die Gesellschaft zu unterstützen (vgl. 5.4.5 Deutsche Corporate Governance Kodex)

IV. Wann sollte der Aufsichtsrat externen Sachverstand hinzuziehen? (1/2)

Keine festen Kriterien, Beauftragung hängt vielmehr ab von:

- Bedeutung und Komplexität der Entscheidung
- Wissensstand des Aufsichtsrates
- Größe des Unternehmens
- Gegenstand des Unternehmens
- wirtschaftliche Lage des Unternehmens
- Vertrauensverlust in den Vorstand (z.B. rechtswidriges Vorverhalten oder Anzeichen für Unternehmenskrise, OLG Düsseldorf)
- Vgl. BGH v. 20.9.2011 – II ZR 234/09, NJW-RR 2011, 1670-1674 zur Beauftragung von Sachverständigen durch den Vorstand

IV. Wann sollte der Aufsichtsrat externen Sachverstand hinzuziehen? (2/2)

Verfahren für Einbindung eines Beraters:

- Auswahl eines fachlich qualifizierten und unabhängigen Beraters
- Umfassende Information des Beraters durch den Vorstand
- Darlegungs- und Beweislastprobleme: Grds. Erstellung von schriftlichen Gutachten o.ä. durch den Berater
- Expertenrat ist einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen!
- Handeln auf der Grundlage des Expertenrats

Wird ein externer Sachverständiger beauftragt, so erfolgt die Bestellung durch den Aufsichtsrat im Namen und auf Kosten der Gesellschaft.

V. Wie sichert sich ein (ausscheidendes) Aufsichtsratsmitglied den Zugang zur Dokumentation, um sich gegen Inanspruchnahme zu verteidigen? (1/2)

Pflicht zur Herausgabe von Dokumenten an die Gesellschaft bei Mandatsende aus § 667 BGB (analog)

- Argument: Interessenlage gleicht der eines Geschäftsführers
- auch Abschriften von Aufsichtsratsprotokollen (§ 107 Abs. 2 S. 4 AktG) sind herauszugeben; diese werden nur für die Zeit der Tätigkeit überlassen

Kein Verweigerungsrecht wegen möglicher Inanspruchnahme durch die Gesellschaft

- Argument: Diesem Risiko unterliegt auch ein ausgeschiedener Geschäftsführer, bei dem gemäß § 667 BGB ein Verweigerungsrecht ebenfalls ausgeschlossen ist.

V. Wie sichert sich ein (ausscheidendes) Aufsichtsratsmitglied den Zugang zur Dokumentation, um sich gegen Inanspruchnahme zu verteidigen? (2/2)

Alternative Möglichkeiten der Informationsbeschaffung für den ausgeschiedenen Aufsichtsrat:

- im Streitfall hat die Gesellschaft Einsicht in die maßgeblichen Unterlagen zu gewähren (§ 810 BGB)
- Durchsetzung des Anspruchs durch Auskunft(-wider)klage gegen die Gesellschaft
- im gerichtlichen Verfahren besteht die Möglichkeit des Gerichtes eine Urkundenvorlage (§ 142 Abs. 1 ZPO) anzuordnen – bei Verweigerung der Gesellschaft freie Würdigung durch das Gericht

Demnächst auch in der Zeitschrift BOARD Heft 4/2015 mehr zum Thema:

„Haftung, Schadensersatz und D&O-Versicherungen für Aufsichtsräte in Private Equity finanzierten Unternehmen“

Ansprechpartner



Dr. Mirko Sickinger, LL.M.

Rechtsanwalt / Partner

Kompetenzen

- Börseneinführungen und Anleiheplatzierungen
- Mergers & Acquisitions
- Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
- Venture Capital und Private Equity
- Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen

Veröffentlichungen

- „Die Aktiendividende“, GoingPublic Magazin, 5/2015 (Sickinger/Zipperle)
- „Pro-Forma-Finanzinformationen in Anleiheprospekten“, BondGuide, 3/2015 (Sickinger/Nagel)
- „Abbildung von Rechtsstreitigkeiten im (Konzern-) Jahresabschluss“, BondGuide Online, 26. November 2014 (Neises/Sickinger)
- „Die Zukunft der Mittelstandsanleihe“, Finance Sonderbeilage, 10/11 2014 (Sickinger/Seffer)
- „Die Abspaltung vinkulierter GmbH-Anteile“, DER BETRIEB 2014, Heft 35, Seite 1976
- „Restrukturierung von Anleihen vor und in der Insolvenz“, BondGuide – Special „Anleihen 2014“, 03/2014 (Sickinger/Radke)
- „Der Teufel steckt im Detail - Gläubigerversammlungen nach dem SchVG in der Praxis“, HV Magazin, 02/2014 (Sickinger/Pfeufer)
- „Rechtliche Aspekte bei der Kapitalbeschaffung über Unternehmensanleihen“, Schwerpunkt Immobilien an der Börse, Immobilien & Finanzierung 13-2013 (Sickinger/Nagel/Bredow)
- „Alternativen zum Forderungsausfall“, Restrukturierung und Delisting von Mittelstandsanleihen GoingPublic Spezialausgabe Kapitalmarktrecht 2013 (Sickinger/Pfeufer)

Sonstiges

- Mitglied im erweiterten Vorstand des Private Equity Forums NRW
- Lehrbeauftragter an der Hochschule Fresenius
- Empfohlen von führenden Fachveröffentlichungen: JUVE Rechtsmarkt, Wirtschaftswoche Guide M&A und Corporate Finance

Magnusstraße 13

50672 Köln

T +49 221 20 52 596

F +49 221 20 52 1

m.sickinger@heuking.de

Berlin

Unter den Linden 10
10117 Berlin
T +49 30 88 00 97-0
F +49 30 88 00 97-99

Chemnitz

Weststraße 16
09112 Chemnitz
T +49 371 38 203-0
F +49 371 38 203-100

Düsseldorf

Georg-Glock-Straße 4
40474 Düsseldorf
T +49 211 600 55-00
F +49 211 600 55-050

Frankfurt

Goetheplatz 5-7
60313 Frankfurt am Main
T +49 69 975 61-415
F +49 69 975 61-200

Hamburg

Neuer Wall 63
20354 Hamburg
T +49 40 35 52 80-0
F +49 40 35 52 80-80

Köln

Magnusstraße 13
50672 Köln
T +49 221 20 52-0
F +49 221 20 52-1

München

Prinzregentenstraße 48
80538 München
T +49 89 540 31-0
F +49 89 540 31-540

Stuttgart

Augustenstraße 1
70178 Stuttgart
T +49 711 22 04 579-0
F +49 711 22 04 579-44

Brüssel

Rue Froissart 95
1040 Brüssel/Belgien
T +32 2 646 20-00
F +32 2 646 20-40

Zürich

Bahnhofstrasse 3
8001 Zürich/Schweiz
T +41 44 200 71-00
F +41 44 200 71-01