

Gelbe Erläuterungsbücher

D&O-Versicherung

Kommentar zu den AVB-AVG

Bearbeitet von
Björn Seitz, Bastian Finkel, Dominik Klimke

1. Auflage 2016. Buch. XXVIII, 770 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 65262 2
Format (B x L): 11,8 x 18,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Versicherungsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG gilt nach h. M. auch für **ausgeschiedene** 311
Geschäftsleiter.⁷¹⁶ Vor einer Überspannung seiner Darlegungs- und
 Beweislast wird dieser Personenkreis dadurch geschützt, dass die Gesell-
 schaft die angebliche Pflichtverletzung im Rahmen ihrer sekundären
 Darlegungslast näher zu bezeichnen hat, zudem hat die Gesellschaft
 Einsicht in die dafür maßgeblichen Unterlagen zu gewähren.⁷¹⁷

b) Schaden; Kausalität. Die **Gesellschaft** trägt die Darlegungs- 312
 und Beweislast dafür, dass ihr ein **Schaden** entstanden ist und dass ein
Verhalten des in Anspruch genommenen Geschäftsleiters **für diesen**
Schaden kausal war.⁷¹⁸ Das ergibt sich aus der allgemeinen Regel,
 dass anspruchsbegründende Umstände vom Anspruchssteller darzule-
 gen und zu beweisen sind. In den Fällen des § 93 Abs. 3 AktG ist ein
 Schaden allerdings in dem in Rn. 299f. umschriebenen Umfang zu ver-
 muten. Zudem kommt der Gesellschaft auch außerhalb des § 93 Abs. 3
 AktG die Beweiserleichterung des **§ 287 ZPO** zugute. Es genügt daher,
 dass sie Tatsachen vorträgt und unter Beweis stellt, die für eine Schadens-
 schätzung nach § 287 ZPO hinreichende Anhaltspunkte bieten.⁷¹⁹

Probleme kann der **Kausalitätsnachweis bei der Verletzung** 313
der Compliance-Pflicht bereiten. Zu denken ist an den Fall, dass ein
 Vorstandsmitglied gebotene Überwachungsmaßnahmen (z. B. die
 Überprüfung der Effektivität einer bereits bestehenden *Compliance-*
Organisation bei wiederholtem Auftreten von Verdachtsfällen⁷²⁰) un-
 terlassen hat. Dann ist der notwendige Kausalzusammenhang mit
 dem eingetretenen Schaden (z. B. einem verhängten Bußgeld) nur
 dann gegeben, wenn sich feststellen lässt, dass die gebotenen Über-
 wachungsmaßnahmen zum Erfolg geführt und die Vermögensein-
 buße verhindert hätten. Die Rechtsprechung wendet auch insoweit
 zum Teil zugunsten der Gesellschaft § 287 ZPO an.⁷²¹ Danach soll in
 der Regel davon auszugehen sein, dass bei Errichtung eines effektiven
Compliance-Systems Rechtsverletzungen der dann entsprechend
 überwachten Mitarbeiter zu verhindert worden wären.⁷²² Auch im

⁷¹⁶ BGH NZG 2003, 81; MünchKommAktG/*Spindler* § 93 AktG Rn. 188
 m. w. N.; Hüffer/*Koch* § 93 AktG Rn. 56; a. A. – teleologische Reduktion des
 § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG – Foerster ZHR 176, 221 ff.

⁷¹⁷ BGH NZG 2003, 81; zur Herleitung der Auskunftspflicht im Einzelnen
 vgl. MünchKommAktG/*Spindler* § 93 AktG Rn. 188.

⁷¹⁸ BGH NZG 2003, 81; 2008, 314; Hüffer/*Koch* § 93 AktG Rn. 53; *Spind-*
ler/Stilz/Fleischer § 93 AktG Rn. 221.

⁷¹⁹ BGH NZG 2003, 81 (83); 2008, 314.

⁷²⁰ Vgl. LG München I NZG 2014, 345 (347).

⁷²¹ LG München I NZG 2014, 345 (347).

⁷²² LG München I NZG 2014, 345 (347).

Schrifttum werden verschiedene Darlegungs- und Beweiserleichterungen zugunsten der Gesellschaft diskutiert.⁷²³

314 Den Geschäftsleiter trifft jedenfalls die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Schaden auch bei einem **pflichtgemäßem Alternativverhalten** eingetreten wäre (siehe bereits Rn. 304).⁷²⁴

315 7. **Geltendmachung und Ausschluss des Ersatzanspruchs.**

a) **Geltendmachung des Ersatzanspruchs. aa) Aufsichtsrat.**

Für die Geltendmachung des Ersatzanspruchs der Gesellschaft gegen ein (aktuelles oder ehemaliges) Vorstandsmitglied ist zunächst der **Aufsichtsrat** zuständig (§§ 111 Abs. 1, 112 AktG), der nach der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung des BGH auch regelmäßig zur gerichtlichen Durchsetzung des Anspruchs verpflichtet ist (näher Rn. 410 ff).⁷²⁵

316 **bb) Aktionäre.** Die **Aktionäre** können Ansprüche der Gesellschaft aus § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG nur nach Maßgabe des **§ 148 AktG** geltend machen: Wenn ihre Anteile das in § 148 Abs. 1 Satz 1 AktG genannte Quorum (1/100 des Grundkapitals oder anteiliger Betrag von 100 000 EUR) erreichen, können sie die gerichtliche Zulassung beantragen, den Anspruch der Gesellschaft im eigenen Namen, das heißt im Wege der Prozessstandschaft, geltend zu machen.

317 **cc) Gesellschaftsgläubiger.** Schließlich räumt § 93 Abs. 5 AktG auch den **Gläubigern der Gesellschaft** in bestimmten Fällen ein **Verfolgungsrecht** ein. Voraussetzung dafür ist zunächst, dass dem Gläubiger ein **fälliger** (nicht notwendig titulierter) **Anspruch gegen die Gesellschaft** zusteht, der auf Geldzahlung gerichtet ist oder in einen Geldanspruch übergehen kann.⁷²⁶ Zudem darf die Gesellschaft **nicht zur Befriedigung des Gläubigers in der Lage** sein. Ausreichend dafür ist die – vom Gläubiger nachzuweisende – objektive Unfähigkeit der Gesellschaft, die Forderung des Gläubigers zu erfüllen. Dass der Gläubiger die Forderung gerichtlich geltend gemacht oder Vollstreckungsversuche unternommen hat, ist nicht erforderlich. Allerdings genügt eine schlichte Erfüllungsverweigerung der Gesell-

⁷²³ KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 142: Anscheinsbeweis im Einzelfall; Meier-Grete BB 2009, 2555 (2560): Beweislastumkehr; Fleischer NZG 2014, 321 (328): Beweiserleichterung, wenn gar kein funktionierendes Compliance-System besteht.

⁷²⁴ BGH NZG 2003, 81; 2013, 3637 (3638) m. w. N.

⁷²⁵ BGH NJW 1997, 1926.

⁷²⁶ Spindler/Stilz/Fleischer § 93 AktG Rn. 295; KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 182.

schaft nicht, wenn sie objektiv zur Zahlung in der Lage wäre.⁷²⁷ Und schließlich besteht ein Verfolgungsrecht nach § 93 Abs. 5 Satz 2 AktG außer in den Fällen des § 93 Abs. 3 AktG nur dann, wenn das Vorstandsmitglied seine **Pflichten gröblich** (= grob fahrlässig)⁷²⁸ **verletzt** hat.

Das Verfolgungsrecht berechtigt den Gläubiger dazu, den Schadensersatzanspruch im eigenen Namen geltend zu machen und **Zahlung an sich selbst** (nicht: an die Gesellschaft) zu verlangen.⁷²⁹ Dadurch soll dem Gläubiger die Durchsetzung seiner Forderung erleichtert werden: Ohne die Regelung des § 93 Abs. 5 AktG müsste er ja immer zunächst einen Titel gegen die Gesellschaft erwirken und dann den Anspruch gegen das Vorstandsmitglied pfänden und sich überweisen lassen. **Praktisch** spielt das **Verfolgungsrecht** indes **keine große Rolle**⁷³⁰: Wenn die Gesellschaft objektiv nicht zur Zahlung in der Lage ist, wird es regelmäßig zur Insolvenz kommen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist aber nach § 93 Abs. 5 Satz 5 AktG nur noch der Insolvenzverwalter zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs berechtigt. Zudem kann das Vorstandsmitglied auch nach Geltendmachung des Anspruchs durch den Gläubiger noch mit befreiender Wirkung an die Gesellschaft zahlen und auf diese Weise dem Verfolgungsrecht den Boden entziehen.⁷³¹

b) Verjährung. Schadensersatzansprüche der AG gegen Vorstandsmitglieder aus § 93 Abs. 2 und 3 AktG verjähren nach **§ 93 Abs. 6 AktG** bei Gesellschaften, die zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung **börsennotiert** sind, nach **zehn Jahren**, bei anderen Gesellschaften nach **fünf Jahren**. Die zehnjährige Verjährungsfrist wurde durch das Restrukturierungsgesetz mit Wirkung vom 15.12.2010 eingeführt und gilt nach § 24 EGAktG auch für alle vor diesem Zeitpunkt entstandenen und noch nicht verjährten Ansprüche.⁷³² § 93 Abs. 6 AktG gilt auch für das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger aus § 93 Abs. 5 AktG,⁷³³ nicht jedoch für Ansprüche der Gesell-

⁷²⁷ Spindler/Stilz/*Fleischer* § 93 AktG Rn. 296; MünchKommAktG/*Spindler* § 93 AktG Rn. 271.

⁷²⁸ Vgl. Hüffer/*Koch* § 93 AktG Rn. 82.

⁷²⁹ Zur umstrittenen dogmatischen Einordnung siehe Spindler/Stilz/*Fleischer* § 93 AktG Rn. 294 m. w. N., 299.

⁷³⁰ Spindler/Stilz/*Fleischer* § 93 AktG Rn. 293; GroßKommAktG/*Hopt/Roth* § 93 AktG Rn. 547.

⁷³¹ KölnerKommAktG/*Mertens/Cahn* § 93 AktG Rn. 179.

⁷³² Zur Neuregelung allgemein siehe Harbarth/*Jaspers* NZG 2011, 368ff.; zur rechtspolitischen Kritik vgl. Baums ZHR 174, 593ff.

⁷³³ Spindler/Stilz/*Fleischer* § 93 AktG Rn. 301.

schaft aus anderen Anspruchsgrundlagen, insbesondere also auch nicht für Ansprüche aus unerlaubter Handlung.⁷³⁴

320 § 93 Abs. 6 AktG ist **zwingend**. Die Verjährungsfrist kann daher weder in der Satzung (vgl. § 23 Abs. 5 AktG) noch vertraglich durch Vereinbarung mit dem Einsatzpflichtigen verlängert oder verkürzt werden.⁷³⁵ Für zulässig erachtet wird allerdings zum Teil ein **vorübergehender Verzicht auf die Geltendmachung der Einrede der Verjährung**, der dem Aufsichtsrat im Einzelfall Zeit für die gebotene sorgfältige Aufklärung des Sachverhalts (vgl. Rn. 411) geben könne und den Vorstand vor einer übereilten Klageerhebung schütze.⁷³⁶

321 Die Verjährungsfrist **beginnt** nach § 200 BGB mit der **objektiven Entstehung** des Anspruchs.⁷³⁷ Auf die Kenntnis der Gesellschafter oder der Gesellschaft von den anspruchsbegründenden Tatsachen kommt es selbst bei deren Verheimlichung durch den Geschäftsführer nicht an.⁷³⁸ Der Anspruch ist entstanden, sobald er **erstmalig geltend gemacht** und notfalls gerichtlich durchgesetzt werden kann. Dafür muss der Anspruch noch nicht beziffert werden können. Es genügt vielmehr, wenn die Verjährung durch eine Feststellungsklage unterbrochen werden kann.⁷³⁹

322 **Hemmung und Neubeginn** der Verjährung richten sich nach den §§ 203 ff., 212 BGB. Die Hemmung oder Neubeginn im Verhältnis zur Gesellschaft (z. B. durch Verhandlungen über den Anspruch) sollen nach h. M. auch für das Verfolgungsrecht der Gläubiger aus § 93 Abs. 5 AktG gelten,⁷⁴⁰ während umgekehrt der Eintritt eines dieser Tatbestände im Verhältnis zu einem Gläubiger nicht der Gesellschaft zugute kommen soll.⁷⁴¹

⁷³⁴ KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 201.

⁷³⁵ KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 199.

⁷³⁶ Harbarth/Jaspers NZG 2011, 368 (371).

⁷³⁷ OLG Stuttgart NZG 2010, 141 (146); MünchKommAktG/Spindler § 93 AktG Rn. 291; Spindler/Stilz/Fleischer § 93 AktG Rn. 303; Schmitt-Rolfes/Bergwitz NZG 2006, 535 (536); zu § 43 Abs. 4 GmbHG vgl. BGH NZG 2008, 908.

⁷³⁸ Spindler/Stilz/Fleischer § 93 AktG Rn. 303e; zur GmbH vgl. BGH NZG 2008, 908.

⁷³⁹ Dazu muss zwar bereits ein Schaden eingetreten, dessen Entwicklung aber noch nicht abgeschlossen sein, vgl. BGH NJW 1987, 1887; OLG Stuttgart NZG 2010, 141 (146); KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 200.

⁷⁴⁰ Spindler/Stilz/Fleischer § 93 AktG Rn. 303h; KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 205.

⁷⁴¹ KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 205; MünchKommAktG/Spindler § 93 AktG Rn. 294; zweifelnd Hüffer/Koch § 93 AktG Rn. 87.

c) **Haftungsausschluss nach § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG.** Eine Ersatzpflicht des Vorstandsmitglieds gegenüber der Gesellschaft wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat. Das stellt **§ 93 Abs. 4 Satz 2 AktG** ausdrücklich klar, würde sich aber auch ohne diese Vorschrift aus der Eigenverantwortung des Vorstands ergeben. Die Ersatzpflicht ist jedoch nach § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG ausgeschlossen, wenn die haftungsbegründende Handlung auf einem **gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung** beruht. Das rechtfertigt sich mit der **Folgepflicht** der Verwaltungsmitglieder, die nach § 83 Abs. 2 AktG von der Hauptversammlung im Rahmen ihrer Zuständigkeit beschlossene Maßnahmen ausführen müssen.⁷⁴² Praktische Bedeutung hat § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG vor allem dann, wenn der Vorstand der Hauptversammlung nach § 119 Abs. 2 AktG eine Frage der Geschäftsführung zur Entscheidung vorlegt.⁷⁴³

Die Haftungsbefreiung setzt einen **formellen Beschluss der Hauptversammlung** voraus. Informelle Meinungsbekundungen in der Versammlung oder eine **formlose Zustimmung oder Duldung** außerhalb der Versammlung **genügen nicht**. Das gilt auch dann, wenn die Zustimmung von allen Aktionären ausgeht: Eine formlose Weisung löst keine Folgepflicht des Vorstands aus.⁷⁴⁴ Da andernfalls die Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG umgangen würden, ist es auch **nicht als unzulässige Rechtsausübung** einzuordnen, wenn die Gesellschaft den Vorstand wegen einer Maßnahme in Anspruch nimmt, die durch die Zustimmung des Alleinaktionärs gedeckt war.⁷⁴⁵ Aus demselben Grund kann der Vorstand nicht einwenden, dass die Hauptversammlung zugestimmt hätte, wenn sie ordnungsgemäß mit der Frage befasst worden wäre; die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten ist insoweit ausgeschlossen.⁷⁴⁶

Der Hauptversammlungsbeschluss muss nach Wortlaut („be-
ruht“), Systematik (Abgrenzung zu § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG) und Zweck der Norm (bei nachträglicher Billigung besteht keine Folgepflicht) **vor der haftungsbegründenden Handlung** gefasst wor-

⁷⁴² KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 149; GroßKommAktG/Hopt/Roth § 93 AktG Rn. 470.

⁷⁴³ Vgl. Spindler/Stilz/Fleischer § 93 AktG Rn. 265.

⁷⁴⁴ OLG Köln NZG 2013, 872; KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 150; MünchKommAktG/Spindler § 93 AktG Rn. 239.

⁷⁴⁵ OLG Köln NZG 2013, 872; GroßKommAktG/Hopt/Roth § 93 AktG Rn. 479; Wölff/Jansen NZG 2013, 1165 (1168); großzügiger KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 150; MünchKommAktG/Spindler § 93 AktG Rn. 248.

⁷⁴⁶ KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 150 m. w. N.

den sein.⁷⁴⁷ Der Beschluss muss die **Anweisung** zur Vornahme einer bestimmten Maßnahme enthalten. Eine bloße Ermächtigung des Vorstands, deren Befolgung in dessen Ermessen gestellt ist, genügt nicht.⁷⁴⁸

326 § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG verlangt einen **gesetzmäßigen Hauptversammlungsbeschluss**. Daran fehlt es, wenn der Beschluss **nichtig** (§ 241 AktG) oder **anfechtbar** (§ 243 AktG) ist. Allerdings genügt es nach h. M. grundsätzlich auch, wenn die Nichtigkeit nach Ausführung der Maßnahme **geheilt** wurde (§ 242 AktG) oder wenn der Beschluss durch Ablauf der Anfechtungsfrist **unanfechtbar geworden** ist.⁷⁴⁹ Etwas anders gilt allerdings dann, wenn es der **Vorstand pflichtwidrig unterlassen** hat, den Mangel durch Erhebung einer **Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage** geltend zu machen: Dann greift der Haftungsausschluss nicht (allgemein zu einer Verpflichtung zur Erhebung einer Beschlussmängelklage siehe Rn. 158).⁷⁵⁰

327 Die Berufung des Vorstandsmitglieds auf den Hauptversammlungsbeschluss ist ferner nach Treu und Glauben ausgeschlossen, wenn es den **Beschluss pflichtwidrig herbeigeführt** hat. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Vorstand den Beschluss durch eine unzutreffende oder unvollständige Information beeinflusst hat.⁷⁵¹ Zudem kann § 93 Abs. 4 AktG unanwendbar sein, wenn sich die für den Beschluss maßgeblichen **Verhältnisse nach der Beschlussfassung grundlegend verändert** haben: Dann ist der Vorstand nicht mehr zur Ausführung verpflichtet und die Rechtfertigung für den Haftungsausschluss fällt weg.⁷⁵²

328 Die **Beweislast** für die Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 AktG trägt das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied. Das betrifft insbesondere die Gesetzmäßigkeit des Beschlusses.⁷⁵³ Zudem muss das Organmitglied, wenn die Gesellschaft die Möglichkeit einer Pflichtverletzung dar-

⁷⁴⁷ KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 150; GroßKommAktG/Hopt/Roth § 93 AktG Rn. 477.

⁷⁴⁸ MünchKommAktG/Spindler § 93 AktG Rn. 212; Spindler/Stilz/Fleischer § 93 AktG Rn. 267.

⁷⁴⁹ MünchKommAktG/Spindler § 93 AktG Rn. 237f.; GroßKommAktG/Hopt/Roth § 93 AktG Rn. 482, 486; vgl. auch BGHZ 33, 175 (178f.) zur Gesetzmäßigkeit eines nach § 242 AktG geheilten Beschlusses; anders für § 242 AktG KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 155.

⁷⁵⁰ Spindler/Stilz/Fleischer § 93 AktG Rn. 273; KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 155f.

⁷⁵¹ KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 154; Spindler/Stilz/Fleischer § 93 AktG Rn. 272.

⁷⁵² Spindler/Stilz/Fleischer § 93 AktG Rn. 275 m. w. N.

⁷⁵³ KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 157.

gelegt hat (vgl. dazu Rn. 308), analog § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG darlegen und beweisen, dass es den Beschluss nicht pflichtwidrig herbeigeführt bzw. eine Beschlussmängelklage nicht pflichtwidrig unterlassen hat.⁷⁵⁴

d) Enthaftung durch Verzicht und Vergleich. Die Gesellschaft kann das Vorstandsmitglied grundsätzlich dadurch von einer Haftung befreien, dass sie auf Schadensersatzansprüche verzichtet oder sich darüber mit dem Mitglied vergleicht. Zuständig für den Abschluss solcher Vereinbarungen ist⁷⁵⁵ gemäß § 112 AktG der **Aufsichtsrat**. Darüber hinaus sind **§ 93 Abs. 4 Satz 4 AktG** einige **besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen** für eine Enthaftung zu entnehmen.⁷⁵⁶ 329

§ 93 Abs. 4 Satz 3 AktG verlangt zunächst die **Zustimmung der Hauptversammlung**. Das soll einem sachwidrigen Zusammenwirken der Leitungsorgane entgegenwirken.⁷⁵⁷ Die Zustimmung kann mit einfacher Mehrheit getroffen werden. Eine **Minderheit** der Aktionäre, deren Anteile zusammen (mindestens) den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, kann jedoch die Enthaftung verhindern, indem sie **zur Niederschrift Widerspruch erklärt**.⁷⁵⁸ Das soll die Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch eine Minderheit ermöglichen; allerdings ist das Quorum seit dem UMAG nicht mehr mit dem des § 148 AktG abgestimmt.⁷⁵⁹ 330

Der Verzicht bzw. Vergleich und die Zustimmung der Hauptversammlung können frühestens **drei Jahre nach Entstehung** des Ersatzanspruchs erfolgen. Das soll sicherstellen, dass über eine Enthaftung nicht entschieden wird, bevor sich Art und Ausmaß der Haftung absehen lassen.⁷⁶⁰ Darüber hinaus soll der Vorstand auch für den Fall einer Schädigung der Gesellschaft abgeschreckt werden, dass sein Verhalten von dem aktuellen Mehrheitsaktionär (der nach drei Jahren nicht notwendig noch die Mehrheit haben muss) gebilligt wird.⁷⁶¹ 331

Die Frist ist **für jede Pflichtverletzung gesondert zu berechnen**.³³² Daher beginnt etwa eine eigenständige Drei-Jahres-Frist, wenn der

⁷⁵⁴ MünchKommAktG/*Spindler* § 93 AktG Rn. 244.

⁷⁵⁵ Auch gegenüber ehemaligen Vorstandsmitgliedern, vgl. BGH NZG 2009, 466.

⁷⁵⁶ Vgl. dazu allgemein *Dietz-Vellmer* NZG 2011, 248.

⁷⁵⁷ MünchKommAktG/*Spindler* § 93 AktG Rn. 252; KölnerKommAktG/*Mertens/Cahn* § 93 AktG Rn. 161.

⁷⁵⁸ Abweichende Stimmabgabe genügt nicht, vgl. Hensler/Strohn/*Dauner-Lieb* § 93 AktG Rn. 46.

⁷⁵⁹ Vgl. MünchKommAktG/*Spindler* § 93 AktG Rn. 253.

⁷⁶⁰ KölnerKommAktG/*Mertens/Cahn* § 93 AktG Rn. 164; MünchKommAktG/*Spindler* § 93 AktG Rn. 251.

⁷⁶¹ KölnerKommAktG/*Mertens/Cahn* § 93 AktG Rn. 164.

Aufsichtsrat ein pflichtwidriges Verhalten des Vorstands nachträglich erkennt und nicht einschreitet oder wenn der Vorstand nachträglich Informationen zurückhält, durch die ein früheres pflichtwidriges Verhalten eines Vorstandsmitglieds aufgedeckt werden könnte.⁷⁶² Wenn man (richtigerweise) keine Verpflichtung zur Offenbarung einer eigenen Pflichtverletzung annimmt (dazu Rn. 214), wird der Beginn der Drei-Jahres-Frist konsequenterweise auch nicht durch das (nicht pflichtwidrige) Schweigen hinausgezögert (zum Parallelproblem bei der Verjährung siehe Rn. 321).⁷⁶³ Die Drei-Jahres-Frist gilt nach **§ 93 Abs. 4 Satz 4 AktG** nicht, wenn das ersatzpflichtige Vorstandsmitglied zahlungsunfähig ist (vgl. § 17 Abs. 2 InsO) und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan (§§ 217 ff. InsO) geregelt wird.⁷⁶⁴

- 333 Das Zustimmungserfordernis des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG gilt außer für **Erläss** (§ 397 BGB) und (**Prozess-**)**Vergleich** (§§ 779 BGB, 794 ff. ZPO) auch für diesen Vereinbarungen wirtschaftlich entsprechende Handlungen wie insbesondere eine **Stundung** oder eine **Abfindungsvereinbarung**, durch die alle Ansprüche der Gesellschaft gegen das Vorstandsmitglied erledigt werden sollen.⁷⁶⁵ Zudem ist auch eine Übernahme einer einem Vorstandsmitglied auferlegten Geldstrafe, Geldbuße oder Geldauflage analog § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG der Hauptversammlung vorbehalten, wenn die Sanktion für eine Handlung verhängt wurde, die auch gegenüber der Gesellschaft pflichtwidrig war.⁷⁶⁶
- 334 Problematisch ist, ob das Zustimmungserfordernis auch für die **Abtretung der Ersatzforderung** an einen Dritten (etwa eine andere Konzerngesellschaft, die anschließend auf den Anspruch verzichtet) gilt. Richtigerweise wird eine solche Abtretung jedenfalls dann von § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG erfasst, wenn sie unentgeltlich erfolgt und daher nur der Umgehung des Zustimmungserfordernisses dienen kann.⁷⁶⁷ Entsprechend ist bei Vereinbarung einer hinter dem Nominalwert zurückbleibenden Gegenleistung zu entscheiden, selbst wenn diese (etwa weil Zweifel an der Bonität des ersatzpflichtigen Vorstandsmitglieds bestehen) dem Wert der Forderung entspricht: Auch dann entspricht die Abtretung in ihren wirtschaftlichen Aus-

⁷⁶² KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 165.

⁷⁶³ A. A. KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 166.

⁷⁶⁴ Vgl. näher MünchKommAktG/Spindler § 93 AktG Rn. 256 f.

⁷⁶⁵ KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 171; MünchKommAktG/Spindler § 93 AktG Rn. 261.

⁷⁶⁶ BGH NZG 2014, 1058 (1059).

⁷⁶⁷ GroßKommAktG/Hopt/Roth § 93 AktG Rn. 530; KölnerKommAktG/Mertens/Cahn § 93 AktG Rn. 172.