

**O**ffensichtlich wenig bekannt in der Praxis ist, dass es für alle juristischen Personen in der Landwirtschaft – vorwiegend die GmbH, die Genossenschaft und die Aktiengesellschaft – die Pflicht gibt, geeignete Maßnahmen zu treffen (insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten), damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig erkannt werden (im Folgenden vereinfachend als Risikomanagement bezeichnet). Damit sind keinesfalls nur insolvenzrelevante Risiken erfasst, wie es früher oft die Auffassung war. Diese Pflicht trifft das Geschäftsführungsorgan direkt (Vorstand bzw. Geschäftsführer), wobei unter Umständen eine Haftung gegenüber dem Unternehmen und/oder ein strafrechtlich relevanter Untreuetatbestand, zumindest aber ein wichtiger Grund zur Abberufung und fristloser Kündigung vorliegt, falls dieser Pflicht nicht nachgekommen wird. Oft verweisen die Beteiligten darauf, dass sich die entsprechende Regelung im Aktiengesetz findet und somit für GmbHs oder Genossenschaften keine Wirkung entfaltet. Wie aus den folgenden Ausführungen deutlich werden dürfte, ist dies nicht Fall. Die Regelung im Aktiengesetz strahlt unmittelbar auf das GmbH-Gesetz und das Genossenschaftsgesetz aus. Sollten landwirtschaftliche Unternehmen aufgrund der angespannten Lage auf dem Markt für Agrargüter in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, die möglicherweise den Bestand des Unternehmens gefährden, kann es für das Geschäftsführungsorgan zu gravierenden Konsequenzen kommen, sofern pflichtwidrig kein Risikomanagementsystem etabliert wurde.

### **Regelungsgehalt von § 91 AktG**

Unternehmen – auch jene in der Landwirtschaft – gehen typischer- und notwendigerweise Risiken ein, um sich am Markt behaupten zu können. Essenziell ist, dass diese eingegangenen Risiken innerhalb des Unternehmens kalkulier- und kontrollierbar bleiben. Nur in den Fällen, in denen die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten werden, handelt das Geschäftsführungsorgan pflichtwidrig. Da generalisierungsfähige Kriterien dafür, wie lange ein Risikogeschäft erlaubt ist, fehlen,<sup>1</sup> kann es sich anbieten,

# Bedeutung des § 91 AktG angesichts der aktuellen existenzbedrohenden Marktlage in der deutschen Landwirtschaft

## Teil 1: Haftungs- und Untreuefälle des Geschäftsführungsorgans bei mangelndem Risikomanagement

diese im Rahmen des zu installierenden Risikomanagement- und Überwachungssystems festzulegen.

Zu den den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen gehören insbesondere risikobehaftete Geschäfte, Unrichtigkeiten der Rechnungslegung und Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften, die sich auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft oder des Konzerns wesentlich auswirken. Die Maßnahmen interner Überwachung sollen so eingerichtet sein, dass solche Entwicklungen frühzeitig, also zu einem Zeitpunkt, erkannt werden, in dem noch geeignete Maßnahmen zur Sicherung des Fortbestandes der Gesellschaft ergriffen werden können.<sup>2</sup>

In § 91 Aktiengesetz<sup>3</sup> (AktG) heißt es:

*(1) Der Vorstand hat dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Handelsbücher geführt werden.*

*(2) Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.*

Im Folgenden soll es um die Bedeutung des zweiten Absatzes gehen.

§ 91 Abs. 2 AktG kann als eine Reaktion des Gesetzgebers auf Unternehmenskrisen in den neunziger Jahren gesehen werden (Stichwort: Südmilch<sup>4</sup>). Sie soll der Insolvenz- und Krisenprophylaxe dienen.<sup>5</sup>

Die Vorschrift enthält zwei Bestandteile:

1. Die Vorgabe des unternehmerischen Ziels der frühzeitigen Erkennung von bestandsgefährdenden Entwicklungen und
2. die Forderung nach einem Überwachungssystem sowie anderer geeigneter Maßnahmen.

Begleitet wird § 91 Abs. 2 durch die Prüfung dieser Maßnahmen und des Überwachungssystems bei Gesellschaften mit amtlicher Börsennotierung gem. § 317 Abs. 4 HGB. Dies dürfte – bis auf wenige prominente Ausnahmen – für die Unternehmen in der Land- und Forstwirtschaft nicht relevant sein.

### Geltung auch für GmbH und Genossenschaft

Nach dem Wortlaut des § 91 Abs. 2 AktG ist bei der Anwendung nicht zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Aktiengesellschaften zu differenzieren. Das heißt, die Geltung erstreckt sich auch auf nicht börsennotierte Unternehmen.<sup>6</sup> Damit nicht genug: Obwohl die Pflicht zum Risikomanagement hier ins AktG geschrieben wurde und keine entsprechende Regelung in das GmbHG aufgenommen werden sollte, ist nach Willen des Gesetzgebers davon auszugehen, dass für Gesellschaften mit

<sup>1</sup> Scharpf: Die Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers einer GmbH – Pflicht zur Einrichtung eines Risikomanagement- und Überwachungssystems aufgrund der geplanten Änderung des AktG auch für den GmbH-Geschäftsführer. Der Betrieb (DB) 1997, Heft 15

<sup>2</sup> Begründung Regierungsentwurf KontraG, BT-Drucks. 13/9712 S. 15

<sup>3</sup> Aktiengesetz vom 6. 9. 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. 12. 2015 (BGBl. I S. 2565) geändert worden ist

<sup>4</sup> Der frühere Vorstandschef der Südmilch AG, Wolfgang Weber, ist vom Landgericht Stuttgart wegen Untreue verurteilt worden. Siehe z. B.: „Früherer Südmilch-Chef Weber legt Geständnis ab“. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21. 10. 2003.

<sup>5</sup> Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 91 Rn. 29, 3. Auflage 2015

<sup>6</sup> so auch Hüffer/Koch AktG § 91 Rn. 5, 12. Auflage 2016

beschränkter Haftung, je nach ihrer Größe, Komplexität ihrer Struktur usw., nichts anderes gilt und die Neuregelung Ausstrahlungswirkung auf den Pflichtenrahmen der Geschäftsführer auch anderer Gesellschaftsformen hat.<sup>7</sup> Die Reichweite des geforderten Risikomanagementsystems ist zudem nicht auf Aktiengesellschaften begrenzt, sondern finden u.a. auch auf GmbHs und Genossenschaften Anwendung.<sup>8</sup>

Die Verpflichtungen eines GmbH-Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft sind in § 43 Abs. 1 GmbHG normiert und richten sich nach dem Sorgfältigkeitsmaßstab eines „ordentlichen Kaufmanns“. Das GmbHG enthält keine Konkretisierung, welche Maßnahmen im Detail die gesetzlichen Vertreter zu treffen haben. Überwachungs- bzw. Kontrollfunktionen sind nicht nur vom Aufsichtsrat und Abschlussprüfer, sondern in erheblichem Maße auch vom Geschäftsführer auszuüben. Mit dem Hinweis auf die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns ist das gleiche gemeint wie mit dem „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter“ in § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG.<sup>9</sup>

Gem. § 34 GenG gilt dies analog für den Vorstand einer Genossenschaft. Beide Ge-

setze enthalten keine Konkretisierung, welche Maßnahmen im Detail die gesetzlichen Vertreter zu treffen haben. Daraus folgt, dass für die inhaltliche Ausgestaltung des offenen Rechtsbegriffes des „ordentlichen Kaufmann(s)“ im GmbH-Gesetz bzw. im Genossenschaftsgesetz auf die nähere Ausgestaltung im Aktiengesetz zurückgegriffen werden muss. Der detailliertere Regelungsinhalt des AktG hinsichtlich der Verantwortlichkeiten des Vorstands strahlt auf die Pflichten der gesetzlichen Vertreter anderer juristischer Personen aus.<sup>10</sup>

## Situation vor dem KonTrG

Vor der Einführung des *Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTrG)* war die Einrichtung eines Risikomanagementsystems freiwillig und gründete auf der Einsicht in die Notwendigkeit. In einem systematischen Prozess sollen die Risikopotenziale, denen das Unternehmen ausgesetzt ist, analysiert und unter Beachtung einer optimalen Kosten-/Nutzenrelation im Hinblick auf das unternehmerische Ziel bewältigt werden. Gesetzliche Vorschriften, die die Einrichtung entsprechender Institutionen in einem Betrieb erfordern, gab es nur in Form nicht näher konkretisierter allgemeiner Sorgfaltspflichten – mit Ausnahme spezieller Bereiche wie Arbeitssicherheit und Baurecht.<sup>11</sup>

Die Pflicht nach § 91 AktG ist als ein Bestandteil der allgemeinen übergreifenden Pflicht des Vorstands, für eine ordnungsgemäße Organisation im Unternehmen zu sorgen, anzusehen. Diese allgemeine Organisationspflicht ist bereits früh von der Rechtsprechung herausgearbeitet worden und hat zahlreiche Vorbilder, wie z.B. im § 831 BGB<sup>12</sup> (Haftung für den Verrichtungsgehilfen) sowie im § 130 OwiG<sup>13</sup> (Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen).

## Risikomanagement als Vorstandspflicht

In § 76 AktG sind zahlreiche Einzelpflichten des Vorstandes genannt. § 91 AktG, um den es im Folgenden überwiegend gehen soll, konkretisiert<sup>14</sup> die allgemeine Leitungs-

<sup>7</sup> Begründung Regierungsentwurf KontraG, BT-Drucks. 13/9712 S. 15

<sup>8</sup> Begründung Regierungsentwurf KontraG, BT-Drucks. 13/9712 S. 15

<sup>9</sup> Scharpf: Die Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers einer GmbH – Pflicht zur Einrichtung eines Risikomanagement- und Überwachungssystems aufgrund der geplanten Änderung des AktG auch für den GmbH-Geschäftsführer. Der Betrieb (DB) 1997, Heft 15

<sup>10</sup> Bockslaff: Die eventuelle Verpflichtung zur Errichtung eines sicherungstechnischen Risikomanagements durch das KonTraG, Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht (NVersZ) 1999, 104

<sup>11</sup> Bockslaff: Die eventuelle Verpflichtung zur Errichtung eines sicherungstechnischen Risikomanagements durch das KonTraG, Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht (NVersZ) 1999, 104

<sup>12</sup> Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. 1. 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. 3. 2016 (BGBl. I S. 396) geändert worden ist

<sup>13</sup> Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. 2. 1987 (BGBl. I S. 602), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 13. 5. 2015 (BGBl. I S. 706) geändert worden ist

<sup>14</sup> MüKoAktG/Spindler § 91 Rn. 1, 4. Auflage 2014

pflicht des Vorstandes nach § 76 in zwei Bereichen: Die Buchführungspflicht und die Pflicht zur Einführung eines Überwachungssystems zur Früherkennung von den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen. Die Buchführungspflicht (§ 91 Abs. 1 AktG) ist seit jeher einer der essenziellen Bestandteile der Geschäftsführung, da sie sowohl für die Gesellschafter als auch für Gläubiger und andere Dritte die nötige Transparenz schafft. Die Pflicht nach § 91 Abs. 2 AktG zur Etablierung eines Risikofrüherkennungssystems wurde – wie oben erwähnt – erst 1998 mit Art. 1 Nr. 9 des *Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich* (KonTraG) als Reaktion auf zahlreiche Unternehmenskrisen eingeführt. Das Gesetz sollte durch 55 verschiedene Maßnahmen im Rahmen des Aktienrechts, des Handelsgesetzbuches, des Genossenschaftsgesetzes und anderer Gesetze die Transparenz in den Unternehmen und die Kontrollmöglichkeiten durch den Aufsichtsrat stärken.

Auch bzgl. des Lageberichts ist die Regelung des § 289 HGB sowie analog dazu die Regelung des § 315 HGB zum Konzernlagebericht ergänzt worden. Dem Wortlaut des § 289 Abs. 1 HGB „Im Lagebericht sind zumindest der Geschäftsverlauf und die Lage der Kapitalgesellschaft so darzustellen, dass ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild vermittelt wird“ ist der Teilsatz „dabei ist auch auf die Risiken der künftigen Entwicklung einzugehen“ angefügt worden.<sup>15</sup> Zu diesem Thema wird es einen weiteren Beitrag in einer kommenden Ausgabe der *BzAR* geben.

Die konkrete Ausformung der Pflicht ist von der Größe, Branche, Struktur, dem Kapitalmarktzugang usw. des jeweiligen Unternehmens abhängig, wobei dies nach Ansicht des Gesetzgebers keiner ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz bedarf<sup>16</sup>. Interessanterweise werden jedoch für die Vorstandspflichten keine wesentlichen Neuerungen etabliert, da schon vorher gemäß §§ 76 und 93 AktG die Verpflichtung bestand, für eine angemessene Organisation zu sorgen, um gefährdende Entwicklungen zu erkennen. Eine echte Neuerung war jedoch die Pflicht zur Prüfung des Früherkennungssystems durch einen Wirtschaftsprüfer gem. § 317

Abs. 4 HGB, sofern das Unternehmen an einer Börse notiert ist.

Auch der Corporate Governance-Kodex enthält in Ziff. 4.1.4. eine vergleichbare Vorgabe, ohne jedoch mit Ausnahme der Erwähnung des Risikocontrolling über das Gesetz hinauszugehen: „Der Vorstand sorgt für ein angemessenes Risikomanagement und Risikocontrolling im Unternehmen.“

Sowohl die Buchführungspflicht gem. § 91 Abs. 1 AktG als auch die Pflicht zur Risikofrüherkennung gem. § 91 Abs. 2 AktG treffen den Vorstand in seiner Gesamtverantwortung. § 91 AktG geht von einer Gesamtverantwortung des Vorstands aus.<sup>17</sup> Alle Mitglieder eines Vorstands sind für Fehlentwicklungen verantwortlich. Bei ressortmäßiger Aufteilung haben die nicht zuständigen Vorstandsmitglieder Überwachungspflichten. Sie müssen dafür sorgen, dass die zuständigen Vorstandsmitglieder ihren Pflichten nachkommen. Die gegenseitige Kontrolle der Entscheidungsträger in wichtigen Angelegenheiten ist gerade auch Sinn und Zweck eines mehrköpfigen Führungsorgans. Angesichts der Bedeutung der Pflichten gem. § 91 AktG bleiben die anderen Vorstandsmitglieder zu einer im Vergleich zu anderen delegierten Aufgaben intensiveren Kontrolle verpflichtet.<sup>18</sup>

Die in § 91 AktG aufgeführten Pflichten des Vorstandes sind zwar aus den allgemeinen Pflichten der §§ 76, 93 AktG abgeleitet, doch verdrängen sie diese keinesfalls. Als Folge können den Vorstand auch außerhalb des Regelungsbereichs des § 91 Abs. 2 AktG Pflichten treffen, etwa für eine ordnungsgemäße Organisation zu sorgen, die nicht nur auf die bestandsgefährdenden Entwicklungen abstellt. Als Beispiel ist hier die „Compliance“-Organisation zu nennen, die die Einhaltung von Rechtsvorschriften und interner Richtlinien zum Gegenstand hat<sup>19</sup>. Im Grunde

<sup>15</sup> Siehe dazu ausführlich Baetge und Schulze: Möglichkeiten der Objektivierung der Lageberichterstattung über „Risiken der künftigen Entwicklung“. Der Betrieb (DB) 1998, Heft 19

<sup>16</sup> Begründung Regierungsentwurf KontraG, BT-Drucks. 13/9712 S. 15

<sup>17</sup> LG Berlin, Urteil vom 3. 7. 2002 – 2 O 358/01

<sup>18</sup> MüKoAktG/Spindler § 91 Rn 2, 4. Auflage 2014

<sup>19</sup> MüKoAktG/Spindler § 91 Rn 3, 4. Auflage 2014

geht es stets um die sachgerechte, Schäden vom Unternehmen abwendende Organisation, die in allen Rechtsgebieten, sei es im öffentlichen Recht, im Straf- oder im allgemeinen Zivilrecht, vergleichbare Muster der sachgerechten Aufgaben- und Kompetenzverteilung, der Informationsströme und der Möglichkeit zur Intervention aufweist.<sup>20</sup>

### Ausgestaltung des Risikomanagementsystems

Für die Ausgestaltung des Risikomanagementsystems gibt es seitens des Gesetzes keine näheren Ausführungen. Es ist lediglich von Maßnahmen die Rede, die es ermöglichen sollen, wie auch immer geartete Risiken bereits in einem frühen Stadium zu erkennen. Dem Geschäftsführungsorgan kommt die Verpflichtung zu, ein System zu implementieren, das es ermöglicht, Entwicklungen zu erkennen und vorherzusehen, die sich für die Gesellschaft nachteilig auswirken können. Diese Systeme sind stets im Einzelfall an die Bedürfnisse des Unternehmens anzupassen. Der Wortlaut von § 91 Abs. 2 AktG darf jedoch auch nicht überstrapaziert werden, indem die Gefahr eines „organisatorischen Leerlaufs“ beschworen wird, wonach es unter Umständen aufgrund der unternehmensspezifischen Risikolage keinerlei Maßnahmen bedürfe.<sup>21</sup> Damit würde das für alle Kapitalgesellschaften und Genossenschaften essenzielle Interesse an der Sicherung des Bestandes unterbewertet, das ein entsprechendes System zur Erkennung und Bewertung von Risiken verlangt.

Da die Einrichtung eines Früherkennungssystems nur eine besondere Ausprägung

der vom Vorstand verlangten Leitungs- und Sorgfaltspflicht darstellt, genießt er auch den in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierten unternehmerischen Ermessensspielraum.<sup>22</sup> Entscheidend ist daher, dass der Vorstand sich über die Risikoexposition seines Unternehmens gründlich informiert und mögliche organisatorische Maßnahmen sorgsam abwägt, diese aber auch laufend anhand der Entwicklung der Risiken anpasst.

Weiterhin ist im Gesetz normiert, dass „insbesondere“ die Einrichtung eines Überwachungssystems für die Risikofrüherkennung zu erfolgen hat. Lediglich die Einleitung von Früherkennungsmaßnahmen genügt hierbei nicht. Der Vorstand muss ein Überwachungssystem etablieren, um prüfen zu können, inwieweit die eingeleiteten Maßnahmen beachtet werden und ob ein Anpassungsbedarf entsteht.<sup>23</sup>

Welche Risiken müssen von dem Früherkennungssystem erfasst werden? Es ist ausdrücklich von den den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen die Rede. Nach dem genauen Gesetzeswortlaut ist hier tatsächlich ein umfassendes, jegliche Einzelrisiken der Geschäftstätigkeit – bis in die kleinste Verästelung hinein – abdeckendes Früherkennungssystem gemeint. Dies führt im Ergebnis aber zu einem für den Vorstand oder die Geschäftsführung kaum noch handhabbaren System.<sup>24</sup> Die entstehenden Haftungsrisiken sind gerade für Leitungsorgane in der Praxis nicht mehr zu überschauen. Dies trifft für landwirtschaftliche Betriebe in erhöhtem Maße zu.

Zwei Beispiele sollen die besagten Risiken verdeutlichen<sup>25</sup>:

#### *Beispiel 1:*

Ein Unternehmen, das eine Biogasanlage betreibt, hat Zahlungsschwierigkeiten und die Außenstände bauen sich auf. Aufgrund fehlender Kommunikation zwischen Buchhaltungsabteilung und Betriebsleitung wird weiter Substrat geliefert. Es gibt keine Meldegrenze, bei der die Geschäftsleitung über die Höhe der Forderungen gegenüber einem Kunden zu informieren ist. Der Biogasanlagenbetrieb wird insolvent und der Agrarbetrieb gerät wegen des großen Forderungsausfalls selbst in Schwierigkeiten.

<sup>20</sup> ebenda

<sup>21</sup> MüKoAktG/Spindler § 91 Rn 16, 4. Auflage 2014; Hüfner/Koch AktG § 91 Rn. 5, 12. Auflage 2016

<sup>22</sup> MüKoAktG/Spindler § 91 Rn 17, 4. Auflage 2014

<sup>23</sup> Bihr und Kalinowsky: Risikofrüherkennungssystem bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften – Haftungsfälle für Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer. Deutsches Steuerrecht (DStR) 2008, 620

<sup>24</sup> ebenda

<sup>25</sup> stark abgewandelt und auf die Bedingungen der Landwirtschaft angewandt nach Bihr und Kalinowsky: Risikofrüherkennungssystem bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften – Haftungsfälle für Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer. Deutsches Steuerrecht (DStR) 2008, 620

**Beispiel 2:**

Eine Agrargesellschaft liegt an einem Fluss, der gelegentlich über die Ufer tritt. Eine „Jahrhundertüberschwemmung“ überflutet die Milchviehanlage, die in der Folge nicht nutzbar ist. Die Anlage muss wegen der Reparatur- und Erneuerungsarbeiten für Monate geschlossen werden. Da eine Versicherung für entsprechende Elementarschäden fehlt, gerät das Unternehmen in eine existenzielle Krise.

**Vorstandspflichten**

Die Legalitätspflichten verlangen den Leitungsorganen einer Gesellschaft zwingend ab, dass sie ihr Handeln an den Gesetzen, dem Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung, dem Anstellungsvertrag sowie ggf. einer bestehenden Geschäftsordnung oder weiteren geltenden Regularien zu orientieren haben. Dabei trifft die Legalitätspflicht Geschäftsleiter einer Aktiengesellschaft gleichermaßen wie diejenigen einer GmbH oder Genossenschaft.<sup>26</sup>

Im Rahmen der allgemeinen Pflichten des Geschäftsführungsorgans ist danach zu unterscheiden, ob gewisse Aufgaben zu dem Kern der Leitungsaufgaben des Vorstandes nach § 76 AktG gehören, deren Delegation auf eine andere, meist nachgeordnete Ebene möglich ist. Für strategisch orientierte Führungsaufgaben (z. B. Unternehmensplanung und die finanzielle Kontrolle) gilt dies nicht – diese Aufgaben obliegen alleine dem Vorstand und können nicht vollständig delegiert werden.

Sofern Aufgabenbereiche delegiert werden können, wandelt sich die Pflicht des Vorstandes entsprechend den für § 831 BGB entwickelten Kriterien in Pflichten der sorgfältigen Auswahl, Einweisung und Überwachung.

Die Maßnahmen nach § 91 Abs. 2 AktG sollen dem Zweck dienen, bestandsgefährdende Entwicklungen (frühzeitig) zu erkennen. Diese müssen sowohl jede für sich genommen als auch im Zusammenspiel miteinander betrachtet werden, um ihre Auswirkungen auf den Bestand der Gesellschaft zu erfassen<sup>27</sup>. Unumgänglich ist in diesem Zusammenhang eine Ist-Analyse des bestehenden Risikopotenzials und eine hieraus entwickelte

Prognose. Übertragen auf die Situation in der deutschen Landwirtschaft bedeutet dies, dass der Vorstand oder die Geschäftsführer das bestehende Risikopotenzial aus nachhaltig niedrigen Erzeugerpreisen einschätzen müssen. Generell umfasst diese Aufnahme jegliche potenziell nachteilige Veränderung, hier insbesondere von Marktbedingungen, die Einfluss auf die Lage des Unternehmens haben können. Hierzu gehören aber auch Risiken aus der Unrichtigkeit der Rechnungslegung und Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften. Von solchen Negativentwicklungen sind spontane Geschehnisse, z. B. der Absturz eines Flugzeugs auf das Betriebsgelände, abzugrenzen.<sup>28</sup>

Beachtet werden muss, dass § 91 Abs. 2 AktG nur auf derartige Risiken Bezug nimmt, die auch zu einer Bestandsgefährdung führen, nicht aber andere Entwicklungen oder „normale“ Risiken. Das hat zur Folge, dass nicht jede nachteilige Entwicklung frühzeitig erkannt werden muss. Es liegt auf der Hand, dass es nur bei potentiell wesentlichen Auswirkungen infolge nachteiliger Veränderungen auf die Vermögens-, Ertrags- oder Finanzlage der Gesellschaft zu einer Bestandsgefährdung kommen kann. Durch das Abstellen auf „den Fortbestand der Gesellschaft“ lag in der Vergangenheit der Schluss nahe, dass nur Risiken gemeint sein können, die ein Insolvenzrisiko erheblich steigern oder hervorrufen. Durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) und europarechtliche Vorgaben hat sich dies gewandelt<sup>29</sup>. Zwar soll trotz der Änderungen das beschränkte System des Risikomanagements nach § 91 AktG nach wie vor gelten – jedoch geht dies an dem Gehalt der Richtlinien 2006/43/EG (Prüfer-RL)<sup>30</sup>

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 4. 11. 2002 – II ZR 224/00

<sup>27</sup> Bunting: Das Früherkennungssystem des § 91 Abs. 2 AktG in der Prüfungspraxis – eine kritische Betrachtung des IDW PS 340. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2012, Heft 8, 357

<sup>28</sup> Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 91 Rn 31, 3. Auflage 2015

<sup>29</sup> MüKoAktG/Spindler § 91 Rn 22, 4. Auflage 2014

<sup>30</sup> Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 5. 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABl. L 157, S. 87 ff. vom 9. 6. 2006

sowie 2006/46/EG (Änderungs-RL)<sup>31</sup> vorbei. Denn die Prüfer-RL sieht in Art. 41 Abs. 2b) explizit vor, dass Aufgabe des Prüfungsausschusses des Aufsichtsrats zwingend die Überwachung der „Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, gegebenenfalls des internen Revisionssystems, und des Risikomanagementsystems des Unternehmens“ ist.

## Haftung

Sehr wahrscheinlich absichtlich hat der Gesetzgeber davon abgesehen, genaue Vorgaben für die Ausgestaltung des Risikoüberwachungssystems aufzustellen und – wie schon gezeigt – in den Begründungen zum Gesetzentwurf darauf hingewiesen, dass die konkrete Ausgestaltung der Vorstandspflicht und damit letztlich des Überwachungssystems von der Größe, Branche, Struktur, dem Kapitalmarkt-zugang und weiteren Faktoren im jeweils betroffenen Unternehmen abhängig ist.<sup>32</sup>

Positiv ist hieran zu beurteilen, dass es Unternehmen Gestaltungsspielräume ermöglicht. Andererseits führt dies gerade unter Berücksichtigung der Folgen eines Verstoßes gegen das Gesetz zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und Haftungsrisiken.<sup>33</sup> In jedem Fall kann das Registergericht gem. §§ 335 f. HGB Ordnungsgelder festsetzen.<sup>34</sup>

Bei den Pflichten nach § 91 Abs. 2 AktG handelt es sich um einen in die Gesamtverantwortung des Geschäftsführungsor-

gans fallenden Tätigkeitsbereich. Dies führt gerade in der Landwirtschaft bei den vergleichsweise kleinen Aktiengesellschaften, GmbHs und Genossenschaften mit nur wenigen Vorstandsmitgliedern bzw. Geschäftsführern dazu, dass sich alle Vorstandsmitglieder intensiv um die Risikoüberwachung kümmern müssen und sich nicht aufgrund einer Ressortverteilung darauf zurückziehen können, die Verantwortung auf ein Vorstandsmitglied zu beschränken. Gerade bei kleinen Aktiengesellschaften ist also die Pflicht zur ständigen Kontrolle der Vorstandskollegen und zum ständigen „Nachfassen“ besonders ausgeprägt.

Für die Verletzung ihrer Pflichten aus § 91 Abs. 2 AktG haften die Vorstandsmitglieder der AG oder Genossenschaft bzw. die Geschäftsführung der GmbH gesamtschuldnerisch gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Die Aufgabe ist Sache des gesamten Organs – nicht ressortzuständiger Vorstandsmitglieder (z. B. kümmert sich ein Vorstand einer Genossenschaft nur um die Pflanzen- oder Tierproduktion, kommen hier Überwachungspflichten zu).

Bereits in der Begründung zum Gesetzentwurf wird klargestellt, dass Vorstandsmitglieder, die die genannten Verpflichtungen zur Risikofrüherkennung schuldhaft verletzen, gegenüber dem Unternehmen gem. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG auf Ersatz des durch die Pflichtverletzung entstehenden Schadens haften<sup>35</sup>. Dies kann beispielsweise dann eintreten, wenn existenzgefährdende Risiken nicht ausreichend beobachtet wurden. Das Unternehmen hat dabei die Darlegungs- und Beweislast für den Schaden und dessen Verursachung durch ein Verhalten des Vorstands oder Geschäftsführers zu tragen. Der Betroffene muss sich dann im eigenen Interesse entlasten, in dem er darlegt und beweist, dass er die Sorgfaltspflichten erfüllt hat oder die Verletzung von ihm nicht verschuldet war oder der Schaden auch bei ordnungsgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Die regelmäßige Grundlage der Haftung ist der Anstellungsvertrag, kraft dessen das Vorstandsmitglied zu gesetzes- und satzungsgemäßem Handeln verpflichtet ist.

Das vorher Gesagte bezieht sich auf die Innenhaftung gegenüber dem Unternehmen, die hier eindeutig gegeben ist. Für eine

<sup>31</sup> Richtlinie 2006/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. 6. 2006 zur Änderung der Richtlinien des Rates 78/660/EWG über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, 83/349/EWG über den konsolidierten Abschluss, 86/635/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Banken und anderen Finanzinstituten und 91/674/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Versicherungsunternehmen, ABl. L 224 S. 1 ff. vom 16. 8. 2006

<sup>32</sup> Begründung Regierungsentwurf KontraG, BT-Drucks. 13/9712 S. 15

<sup>33</sup> Bihl und Kalinowsky: Risikofrüherkennungssystem bei nicht börsnotierten Aktiengesellschaften – Haftungsfälle für Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer. Deutsches Steuerrecht (DStR) 2008, 620

<sup>34</sup> Hölters/Müller-Michaels AktG § 91 Rn. 11, 2. Auflage 2014

<sup>35</sup> Begründung Regierungsentwurf KontraG, BT-Drucks. 13/9712 S. 15; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 91 Rn 46, 3. Auflage 2015

Außenhaftung der Vorstandmitglieder gegenüber Aktionären oder sonstigen Dritten kann § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG jedoch nicht herangezogen werden.<sup>36</sup>

Im Übrigen kann auch ein ggf. vorhandener Aufsichtsrat in Haftung genommen werden, falls er bei der Ausübung seiner Überwachungs- und Kontrollaufgaben Fragen des Risikofrüherkennungssystems ausblendet. Für den Aufsichtsrat ergeben sich dabei die gleichen zivil- und strafrechtlichen Haftungsrisiken wie für den Vorstand.

Hinzu kommt, dass bei Nichteinhaltung der Pflichten nach § 91 Abs. 2 AktG ein wichtiger Grund zur Abberufung und fristloser Kündigung vorliegt. Ein trotz Verletzung der Pflichten aus § 91 Abs. 2 AktG gefasster Entlastungsbeschluss der Haupt- oder Generalversammlung ist anfechtbar – und zwar auch dann, wenn lediglich eine umfassende Dokumentation des Risikomanagementsystems unterlassen wird.<sup>37</sup> Der Vorstand muss ein Risikomanagementsystem nicht nur einrichten, sondern auch umfassend dokumentieren. In der unterbliebenen Dokumentation liegt ein wesentlicher Gesetzesverstoß.

Strafrechtlich können sich Vorstandsmitglieder, die ihre Pflicht aus § 91 Abs. 2 AktG vorsätzlich verletzen und dadurch das Vermögen der Gesellschaft schädigen, der Untreue gemäß § 266 StGB schuldig machen.<sup>38</sup>

Eine der Hauptpflichten von Führungskräften in einem Unternehmen besteht in der Betreuung von Vermögensinteressen. Zentrale strafrechtliche Schutznorm in diesem Zusammenhang ist § 266 StGB. Die Norm schützt das Vermögen des Unternehmens gegen Schädigungen von innen heraus.<sup>39</sup> Die Untreue ist ein Pflichtdelikt. Als Täter kommt somit nur in Betracht, wer eine ihm obliegende Vermögensfürsorgepflicht verletzt.

Pflichtwidriges Verhalten eines Vorstandsmitgliedes ist nicht anzunehmen, wenn das Leitungsorgan vernünftigerweise auf Grundlage angemessener Information und umfassender Sachverhaltsermittlung ex ante davon ausgehen durfte, dass es seine unternehmerische Entscheidung im Interesse der Gesellschaft getroffen hat. Diese Regeln lassen grundsätzlich zwar einen gewissen unternehmerischen Spielraum zu und können bei ihrer Einhaltung zur Enthftung des Leitungsorgans führen, zugleich müssen je-

doch Geschäftsleiter wissen, dass hier keine unbegrenzten Ermessensspielräume zugelassen sind.<sup>40</sup>

Es dürfte klar sein, dass es für landwirtschaftliche Betriebe ausreicht, weniger anspruchsvolle Frühwarnsysteme zu implementieren. Ganz entscheidend und wesentlich ist es hierbei, dass auf der ersten Stufe überhaupt ein System eingeführt und auf der zweiten Stufe regelmäßig überwacht und dokumentiert wird, ob das Veranlasste auch geschieht. So betrachtet stellt ein Risikofrüherkennungssystem nicht ein einmaliges Projekt, sondern einen kontinuierlichen Prozess dar, der sich in der aktuellen Phase der starken Belastungen der Agrarbetriebe auch betriebswirtschaftlich auszahlen kann.

### Konkrete Maßnahmen

Es ist unumgänglich, eine sogenannte Risikoinventur durchzuführen, indem die möglichen Risikoarten aufgeführt werden. Das Ergebnis sollte schriftlich festgehalten werden. Das Risikofrüherkennungssystem mit seinen wichtigsten Bestandteilen kann dann auf wenigen Seiten skizziert werden, um der Dokumentationspflicht nachzukommen. Für landwirtschaftliche Unternehmen, die bis auf weniger prominente Ausnahmen, eher mittelständischen Charakter haben, sollte es ausreichen, einen Plan-Ist-Vergleich aufzustellen und diesen regelmäßig während des Wirtschaftsjahres abzugleichen. Dies sollte dann hinreichend dokumentiert werden.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> LG Bonn, Urteil vom 15. 5. 2001, 11 O 181/00, KG Berlin, Urteil vom 20. 7. 2001, 9 U 1912/00

<sup>37</sup> LG München, Urteil vom 5. 4. 2007 – 5 HK O 15.964/06

<sup>38</sup> Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 91 Rn 45, 3. Auflage 2015; Bihl und Kalinowsky: Risikofrüherkennungssystem bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften – Haftungsfälle für Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer. Deutsches Steuerrecht (DStR) 2008, 620

<sup>39</sup> BVerfG Beschl. vom 23. 6. 2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 86

<sup>40</sup> Goette und Goette: Managerhaftung: Abgrenzung unternehmerischer Entscheidungen nach Maßgabe der Business Judgement Rule von pflichtverletzendem Handeln. Deutsches Steuerrecht (DStR) 2016, 815

<sup>41</sup> Bihl und Kalinowsky: Risikofrüherkennungssystem bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften – Haftungsfälle für Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer. Deutsches Steuerrecht (DStR) 2008, 620



Sollten Liquiditätsengpässe auftreten, hat das Geschäftsführungsgremium frühzeitig entsprechende Gegenmaßnahmen zu treffen. Essenziell ist somit eine Unternehmensplanung, die ständig angepasst werden sollte und aus einem Finanz-, einem Kosten- und einem Erlösplan bestehen sollte. Zur Früherkennung einer Zahlungsunfähigkeit ist kontinuierlich ein Liquiditätsplan zu führen.<sup>42</sup>

### Fazit

Es zeigt sich, dass in der Praxis die Ausstrahlungswirkung des § 91 AktG – obwohl ausdrücklich vom Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung verankert – auf andere Rechtsformen, wie GmbH oder Genossenschaft, kaum bekannt ist. Dies überrascht aufgrund der im vorliegenden Beitrag dargestellten Haftungsbedrohungen des Vorstandes oder Geschäftsführung, wobei sogar strafrechtliche Normen (z. B. Untreue) ein-

schlägig sein könnten. Nur die Einleitung von Früherkennungsmaßnahmen genügt nicht. Der Vorstand muss ein Überwachungssystem etablieren, um prüfen zu können, inwieweit die eingeleiteten Maßnahmen beachtet werden und ob ein Anpassungsbedarf entsteht. Aufgrund der aktuellen Marktlage, die viele Betriebe vor große Herausforderungen stellt und die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zunehmend schlecht dastehen lässt, sollten hier schleunigst Maßnahmen ergriffen werden. Zumindest sollte eine Planung vorhanden sein, die besonders die Liquidität und andere Unternehmenskennzahlen erfasst. Auch hier zeigt die Praxis, dass eine derartige Planung – zumindest verschriftlicht – kaum existiert. Vorstand/Geschäftsführung sollten sich der Gefahren bei einem entsprechenden Versäumnis bewusst sein.

*In einem später erscheinenden Beitrag geht es um die entsprechende Risikoberichterstattung im Lagebericht der GmbH, Aktiengesellschaft oder Genossenschaft.*

<sup>42</sup> Hölters/Müller-Michaels AktG § 91 Rn. 6, 2. Auflage 2014