

# Die Entwicklung des Rechts des Aufsichtsrats im Jahr 2011

## Aktuelles für die Praxis aus Gesetzgebung und Rechtsprechung

Von Dr. Christoph Knapp, Augsburg\*

Im Anschluss an die Berichte der vorangegangenen Jahre will der nachfolgende Beitrag den Aufsichtsratsmitgliedern und Beratern von Aktiengesellschaften zu Beginn der Hauptversammlungssaison 2012 einen Überblick über die aktuelle Rechtsentwicklung geben. Hierzu werden neue gesetzliche Regelungen und ausgewählte Gerichtsentscheidungen aus dem Jahr 2011 erläutert.

### 1. Gesetzgebung und Kodex

Die Aktivität des Gesetzgebers im Bereich des Aktienrechts im Jahr 2011 war relativ gering. Der Deutsche Corporate Governance Kodex wurde nicht geändert.

Wichtigste aktienrechtliche Maßnahme aus der Gesetzgebung ist der vom Bundeskabinett im Dezember 2011 verabschiedete Entwurf der Aktienrechtsnovelle 2012<sup>1</sup>. Der Gesetzesentwurf enthält im Wesentlichen nur einzelne Änderungen bezüglich der Finanzierung der Aktiengesellschaft und eine Einschränkung sog. missbräuchlich nachgeschobener Nichtigkeitsklagen von Aktionären. Im Regierungsentwurf nicht mehr enthalten ist das noch im Referentenentwurf vorgesehene vollständige Verbot der Inhaberaktie bei nichtbörsennotierten Gesellschaften. Auch der höchst umstrittene Regelungsvorschlag einer öffentlichen Aufsichtsratssitzung bei (nicht börsennotierten) Gesellschaften mit staatlicher oder kommunaler Beteiligung wurde gestrichen. In Ergänzung von § 394 AktG soll lediglich bestimmt werden, dass die Berichtspflicht der von öffentlichen Eigentümern entsandten Aufsichtsratsmitglieder auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhen kann.

### 2. Rechtsprechung

Der BGH und einige Oberlandesgerichte haben im Jahr 2011 einige für die Praxis des Aufsichtsrats relevante Entscheidungen getroffen, insbesondere zur Bestellung und Vergütung von Vorstandsmitgliedern, zu Vorstandszahlungen an Aufsichtsratsmitglieder, zur persönlichen Haftung und zum Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung.

#### 2.1 Vorstandsbestellung und Vorstandsvergütung

##### 2.1.1 Keine vorzeitige Wiederbestellung eines Vorstandsmitglieds bei gleichzeitiger Aufhebung der laufenden Bestellung

Nach einer Entscheidung des OLG Zweibrücken ist ein Beschluss des Aufsichtsrates über die Verlängerung der Bestellung eines Vorstandsmitglieds, der außerhalb der Jahresfrist des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG gefasst wird, wegen Verstoßes gegen diese Vorschrift unzulässig<sup>2</sup>. Auch aus dem Deut-

schen Corporate Governance Kodex (DCGK) ergebe sich nichts anderes.

##### 2.1.1.1 Sachverhalt

A und B wurden in den Jahren 2005 bzw. 2006 für jeweils fünf Jahre in den Vorstand der beklagten AG berufen, eines mittelständischen Bauunternehmens. Die Aktien der Gesellschaft werden von zwei Familienstämmen gehalten, zwischen denen seit Längerem erhebliche Spannungen bestanden. Im Juli 2007 beschloss der Aufsichtsrat die einvernehmliche Aufhebung der Ämter beider Vorstandsmitglieder und bestellte beide zugleich für die Dauer von fünf Jahren erneut zu Mitgliedern des Vorstands. Der Kläger wurde im August 2008 zum Mitglied des Aufsichtsrats der AG gewählt und begehrt mit der Klage die gerichtliche Feststellung, dass die im Juli 2007 gefassten Beschlüsse des Aufsichtsrats nichtig sind.

##### 2.1.1.2 Aussagen des Gerichts

Das OLG Zweibrücken hält die Klage im Gegensatz zur Vorinstanz für zulässig und begründet. Die Klage sei zulässig, weil der Kläger als Aufsichtsratsmitglied kraft seiner Organstellung ein Feststellungsinteresse habe. Dieses bestehe unabhängig davon, dass die streitigen Beschlüsse vor seiner Amtszeit gefasst wurden, weil es ihm nicht zumutbar sei, sich nichtigen Aufsichtsratsbeschlüssen zu unterwerfen, welche für die Zukunft die Verhältnisse der AG maßgeblich beeinflussen<sup>3</sup>.

Die Klage ist nach Auffassung des Gerichts auch begründet, weil die Beschlüsse über die vorzeitige Wiederbestellung der Vorstandsmitglieder A und B gemäß § 134 BGB nichtig seien. In der einvernehmlichen Beendigung der Bestellung bei gleichzeitiger Neubestellung sieht das OLG Zweibrücken eine unzulässige Umgehung von § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG, wonach die Verlängerung der Vorstandsbestellung frühestens ein Jahr vor Ablauf der Amtszeit erfolgen darf. Diese Vorgehensweise laufe dem Zweck des Gesetzes zuwider, die Personalkompetenz des Aufsichtsrates zu sichern und den Posten eines Vorstandsmitglieds alle fünf Jahre zu überprüfen.

Im Einzelfall könnten bei langjährig bewährten Vorstandskräften, so das OLG Zweibrücken, zwar Umstände vorliegen, die eine andere Beurteilung rechtfertigen. Im konkreten Fall, in dem die Vorstandsmitglieder erst seit einem bzw. zwei Jahren, also relativ kurze Zeit im Amt waren, verbiete sich jedoch ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung. Die Verlängerungsbeschlüsse beruhten offenkundig nicht auf sachlichen Erwägungen, sondern wurden vor dem Hintergrund der Streitigkeiten zwischen den Familienstämmen gefasst, um „vollendete Tatsachen“ zu schaffen.

Auch Ziffer 5.1.2 Abs. 2 DCGK, wonach eine vorzeitige Wiederbestellung bei Vorliegen besonderer Umstände möglich sein soll, führte nach Meinung des Gerichts wegen des unverbindlichen Charakters des Kodex zu keiner anderen Auslegung. Unabhängig davon seien im konkreten Fall auch

\* Dr. Christoph Knapp ist Partner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht bei Seitz Weckbach Fackler in Augsburg.  
1 Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes, BR-Drs. 852/11 v. 30. 12. 2011.

2 OLG Zweibrücken v. 3. 2. 2011, 4 U 76/10, NZG 2011, 433 (n. rkr.; Rev. ist beim BGH anhängig unter II ZR 55/11).

3 So bereits OLG Düsseldorf v. 22. 6. 1995, 6 U 104/94, NJW-RR 1995, 1371, 1373 f.

## AUFSATZ

keine besonderen Umstände dargetan, wie z. B. eine Änderung der Sachzuständigkeit, die Berufung zum Vorstandsvorsitzenden oder ein Angebot von dritter Seite<sup>4</sup>.

### 2.1.1.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Die Entscheidung ist von erheblicher praktischer Bedeutung, weil die dort behandelte Gestaltung der vorzeitigen Verlängerung von Vorstandsmandaten häufig vorkommt. Erstmals hat nun ein Obergericht zu der streitigen Frage der einvernehmlichen Aufhebung und vorzeitigen Wiederbestellung eines Vorstandsmitglieds Stellung genommen<sup>5</sup>. Das OLG Zweibrücken hat eine relativ klare Position bezogen und diese Vorgehensweise als unzulässig eingestuft. Wenngleich man die Entscheidung wegen der Charakterisierung von § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG als Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB für überzogen und bedenklich halten kann, so ist der Praxis bis zur Klärung durch den BGH unbedingt zu empfehlen, die einvernehmliche Beendigung des Vorstandsmandats unter gleichzeitiger Wiederbestellung nicht mehr zu wählen<sup>6</sup>.

In Einzelfällen könnte freilich die vom Gericht angesprochene Ausnahme für Vorstandsmitglieder mit einer längeren Organzugehörigkeit in Erwägung gezogen werden<sup>7</sup>. Im Sinne der Rechtssicherheit wäre zudem eine höchstrichterliche Antwort auf die Frage wünschenswert, ob Beschlüsse über vorzeitige Neubestellungen zu einer Haftung der zustimmenden Aufsichtsratsmitglieder führen können.

### 2.1.2 Herabsetzung der Vorstandsvergütung

Das OLG Frankfurt a. M. hat entschieden, dass die einseitige Herabsetzung der Vorstandsvergütung durch den Aufsichtsrat der Darlegung der konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft bedarf und bei Besserung der wirtschaftlichen Lage auch wieder rückgängig gemacht werden muss<sup>8</sup>.

#### 2.1.2.1 Sachverhalt

Der Kläger war von 1999 bis 2006 Vorstandsmitglied der beklagten AG. Im Jahre 2000 unterzeichneten der Kläger und der Aufsichtsratsvorsitzende der Gesellschaft einen Dienstvertrag, wonach dem Kläger ein festes Jahresgehalt i. H. von 260 000 DM zustand. Etwa ein Jahr später beschloss der Aufsichtsrat, mit sofortiger Wirkung das Festgehalt des Klägers auf 120 000 DM pro Jahr herabzusetzen. Hintergrund war, dass sich die Gesellschaft in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand. Ende 2001 stabilisierte sich die finanzielle Lage der Gesellschaft unter anderem durch den Eintritt zweier Investoren wieder. Der Kläger erhielt gleichwohl weiterhin lediglich die reduzierte Vergütung. Mit seiner Klage macht der Kläger Vergütungsansprüche für die Jahre 2003 und 2004 geltend, soweit sie über die auf Grundlage der Reduzierung gezahlten Beträge hinausgehen.

#### 2.1.2.2 Aussagen des Gerichts

Das OLG Frankfurt a. M. gab der Klage statt. Die Vergütungsansprüche des Klägers ergäben sich zwar nicht aus einem wirksam abgeschlossenen Dienstvertrag, weil der Aufsichtsratsvorsitzende weder durch den Gesamtaufsichtsrat noch durch einen zuständigen Ausschuss zum Abschluss des Dienstvertrags ermächtigt worden war<sup>9</sup>. Auch eine nachträgliche Genehmigung des Dienstvertrags durch Beschlussfassung des Aufsichtsrats lag nicht vor. Nachdem der nicht wirksam abgeschlossene Anstellungsvertrag allerdings tatsächlich in Vollzug gesetzt worden war, fänden die Grundsätze des fehlerhaften Anstellungsverhältnisses Anwendung mit der Folge, dass der Vertrag für die Dauer der tatsächlichen Tätigkeit als wirksam behandelt wurde.

Nach Auffassung des Gerichts sind die während des (fehlerhaften) Anstellungsverhältnisses festgesetzten Bezüge auch nicht wirksam reduziert worden. Die Voraussetzungen von § 87 Abs. 2 AktG für eine einseitige Herabsetzung der Bezüge durch den Aufsichtsrat lägen nicht vor. Es fehle bereits an jeglichem Vortrag zu den wirtschaftlichen Verhältnissen der Gesellschaft in den hier relevanten Jahren 2003 und 2004. Zwar legte die Gesellschaft dar, dass ihre finanzielle Lage in der zweiten Jahreshälfte 2001 katastrophal gewesen sei und die Insolvenz gedroht habe. Dabei werde jedoch übersehen, dass § 87 Abs. 2 AktG nicht die generelle Möglichkeit eröffnet, einseitig dauerhaft das Gehalt herabzusetzen. Vielmehr müsse die Herabsetzung nach Höhe und Dauer angemessen sein, was bedeute, dass sie bei Verbesserung der wirtschaftlichen Lage auch wieder aufzuheben sei. Dass der Zustand der wirtschaftlichen Schwierigkeiten auch in den Jahren 2003 und 2004 noch andauerte, hätte die Gesellschaft darlegen und beweisen müssen, was hier nicht geschehen sei.

#### 2.1.2.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. ist richtig, weil es sich bei der Herabsetzung der Vorstandsvergütung gemäß § 87 Abs. 2 AktG um einen einseitigen Eingriff in ein Vertragsverhältnis handelt, an dessen Rechtfertigung hohe Anforderungen zu stellen sind. Es ist daher konsequent, die Darlegung der konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse durch die Gesellschaft für jedes Jahr der Vergütungsherabsetzung zu verlangen und die Gesellschaft außerdem zu verpflichten, die Herabsetzung bei Besserung der wirtschaftlichen Lage wieder rückgängig zu machen.

Durch das am 5. 8. 2009 in Kraft getretene Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), welches im vorliegenden Fall noch nicht anwendbar war, wurde die vorherige bloße Möglichkeit, die Vorstandsvergütung bei einer Verschlechterung der Lage der Gesellschaft herabzusetzen, zu einer Soll-Vorschrift aufgewertet<sup>10</sup>. Damit stellt sich für den Aufsichtsrat die schwierige (und haftungsträchtige) Frage, wann er § 87 Abs. 2 AktG anzuwenden hat. Der Aufsichtsrat kann aufgrund besonderer Umstände im Einzelfall auch auf die Ausübung des Herabsetzungsrechts verzichten, wenn dies im Interesse der Gesellschaft liegt<sup>11</sup>.

4 Spindler, in: MüKo-AktG, 3. Aufl. 2008, § 84 R.n. 44.

5 Vgl. dazu Hüffer, AktG, 9. Aufl. 2010, § 84 R.n. 7.

6 Selzer, NZG 2011, 897, 899.

7 So auch Wilsing/Meyer, GWR 2011, 182; Bosse/Hinderer, NZG 2011, 605.

8 OLG Frankfurt a. M. v. 25. 5. 2011, 7 U 268/08, NJW-Spezial 2011, 753 (rkr.).

9 Zum fraglichen Zeitpunkt war eine Vergütungsfestsetzung durch einen Ausschuss noch möglich, § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG a. F.

10 Vgl. dazu Knapp, DStR 2010, 56.

## 2.2 Weisungen an Aufsichtsratsmitglieder kommunaler Unternehmen

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat festgestellt, dass kommunale Gremien gegenüber ihren Vertretern in einem fakultativ errichteten Aufsichtsrat eines Versorgungsunternehmens, das als GmbH organisiert ist und an dem die Kommune eine Mehrheitsbeteiligung hält, auch dann weisungsbefugt sein können, wenn dies im Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich verankert ist<sup>12</sup>. Das kommunale Weisungsrecht gemäß § 113 GO NRW stehe allerdings unter dem Vorbehalt, dass nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist.

### 2.2.1 Sachverhalt

Die Kläger sind Mitglieder des Stadtrats der Stadt S in Nordrhein-Westfalen und zugleich auf dessen Vorschlag gewählte Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats eines Versorgungsunternehmens in der Rechtsform der S-GmbH, an der die Stadt zu 74,88 % beteiligt ist. Sie gehen mit der Klage gegen einzelne Weisungen des Stadtrats vor, ihr Stimmrecht im Aufsichtsrat in bestimmter Weise auszuüben. Die Satzung hat die aktienrechtlichen Bestimmungen für Aufsichtsräte abbedungen und stattdessen konkrete Regelungen für den Aufsichtsrat getroffen. Eine positive Regelung zum Weisungsrecht ist in der Satzung jedoch nicht enthalten.

### 2.2.2 Aussagen des Gerichts

Das BVerwG stellt im Wege der ergänzenden Auslegung der Satzung der GmbH fest, dass dem beklagten Stadtrat ein Weisungsrecht zugestanden hat. Kommunale Vertreter in Aufsichtsräten seien grundsätzlich weisungsgebunden, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt sei (§ 113 Abs. 1 GO NRW). Eine anderweitige Bestimmung treffe § 52 Abs. 1 GmbHG, dem über die Verweisung in das Aktienrecht zu entnehmen sei, dass die Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats keinen Weisungen unterliegen, soweit nicht wiederum die Satzung eine abweichende Bestimmung trifft. Die pauschale Abbedingung aktienrechtlicher Vorschriften, wie vorliegend erfolgt, sei für eine solche Abweichung allerdings nicht ausreichend.

Jedoch spreche eine tatsächliche Vermutung dafür, dass eine kommunale Körperschaft – zumal im Bereich der Daseinsvorsorge – die kommunalrechtlichen Vorgaben einhalten wolle, wonach sie sich nur dann an einer GmbH beteiligen darf, wenn durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages die Weisungsgebundenheit von Aufsichtsratsmitgliedern sichergestellt ist (§ 108 Abs. 5 Nr. 2 GO NRW). Vor diesem Hintergrund sei die Satzung vorliegend im Lichte des normativen Umfelds, hier der Vorschriften des Verfassungs- und Gesetzesrechts des Landes Nordrhein-Westfalen, in der Weise auszulegen, dass die Gesellschafter an Stelle der abbedungenen aktienrechtlichen Vorschriften ein Weisungsrecht des Stadtrats gewollt und vereinbart haben.

### 2.2.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Dem Urteil des BVerwG ist im Ergebnis zuzustimmen, wenngleich die Begründung unzureichend ist. Die entschei-

denden Gründe liegen nicht im Kommunalrecht, sondern im GmbH-Recht, wo die Gesellschafter, ebenso wie in der Personengesellschaft, Bezugspunkt des Unternehmensinteresses sind. Sie dürfen daher die Geschicke ihrer GmbH – von begrenzten Ausnahmefällen abgesehen, soweit nicht Interessen Dritter bzw. der Allgemeinheit verletzt werden – auch gegen deren Interessen bestimmen. Konsequenz daraus ist, dass die Organe einer GmbH, grundlegend anders als Vorstand und Aufsichtsrat der AG, nicht die unabdingbare Kompetenz haben, in Eigenverantwortung über das Unternehmensinteresse zu befinden. In der GmbH ist es im Gegensatz zur AG so, dass nicht nur die Geschäftsführer, sondern auf Wunsch der Gesellschafter auch die Aufsichtsratsmitglieder den Weisungen der Anteilseigner Folge zu leisten haben<sup>13</sup>.

Aus diesen Gründen kann die Entscheidung auch nicht verallgemeinert werden. Sie gilt grundsätzlich nur für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH. Bei einer AG oder einem obligatorischen Aufsichtsrat nach den Mitbestimmungsgesetzen sind Weisungsrechte unzulässig<sup>14</sup>. Bei kommunalen Gesellschaften in Form der GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat empfiehlt es sich zur Vermeidung von Auslegungsrisiken, ein Weisungsrecht in der Satzung ausdrücklich zu regeln<sup>15</sup>.

## 2.3 Gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern

Aufsichtsratsmitglieder, gegen deren Wahl eine Anfechtungsklage erhoben ist, können nach einer Entscheidung des OLG Köln nicht vorsorglich gerichtlich zu Aufsichtsratsmitgliedern bestellt werden<sup>16</sup>.

### 2.3.1 Sachverhalt

Die Hauptversammlung wählte Herrn B zum Mitglied des Aufsichtsrats. Ein Aktionär der AG, der gegen Herrn B gestimmt hatte, erhob Anfechtungsklage gegen die Wahl und stützte diese u. a. darauf, dass Herrn B Pflichtverletzungen vorzuwerfen seien, die seiner Wahl entgegenstünden. Der Vorstand hat daraufhin beantragt, Herrn B gerichtlich zum Mitglied des Aufsichtsrats zu bestellen, aufschiebend bedingt auf die rechtskräftige stattgebende Entscheidung über die Anfechtungsklage, hilfsweise unbedingt. Die Anträge blieben erfolglos.

### 2.3.2 Aussagen des Gerichts

Das OLG Köln sieht die Voraussetzungen einer gerichtlichen Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 104 Abs. 2 AktG für nicht gegeben. Eine solche komme nur in Betracht, wenn der Aufsichtsrat im Zeitpunkt der Entscheidung über den Bestellauftrag nicht die nach Gesetz oder Satzung erforderliche Anzahl von Mitgliedern aufweist. Nicht ausreichend sei hingegen, dass sich eine solche Vakanz in der Zukunft ergeben könnte.

Vorliegend ist eine bei Erfolg der Anfechtungsklage eintretende Vakanz eine lediglich zukünftige und darüber hinaus ungewisse. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die einer Anfechtungsklage stattgebende Entscheidung Rück-

11 Hölters, AktG, 2011, § 87 Rn. 54.

12 BVerwG v. 31. 8. 2011, 8 C 16/10, NJW 2011, 3735.

13 Altmeppen, NJW 2003, 2561; ders., NJW 2011, 3737 f.

14 § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG.

15 Laier, GWR 2011, 521.

16 OLG Köln v. 23. 2. 2011, 2 Wx 41/11, NZG 2011, 508.

## AUFSATZ

wirkung entfaltet. Solange der Wahlbeschluss nicht rechtskräftig erfolgreich angefochten ist, gilt das Aufsichtsratsmitglied als ordnungsgemäß bestellt. Für eine Nichtigkeit der Bestellung ist nichts ersichtlich. Eine aufschiebend bedingte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern würde auch das Registergericht in unzulässiger Weise in seinem Auswahlermessen beeinträchtigen. Eine Ermessensreduzierung auf Null dahingehend, dass zwingend das von der Mehrheit der Hauptversammlung gewählte Mitglied auch gerichtlich bestellt werden müsse, bestehe gerade nicht. Dies gelte erst recht dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Anfechtungsklage auch mit Pflichtverletzungen des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds begründet wird, aus denen auf eine mangelnde Eignung des Kandidaten geschlossen werden kann. Sollte die Anfechtungsklage Erfolg haben, stünden die damit implizit festgestellten Pflichtverstöße auch einer gerichtlichen Bestellung entgegen. Sollte die Anfechtungsklage keinen Erfolg haben, erübrige sich eine gerichtliche Bestellung ohnehin.

### 2.3.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Die Entscheidung entspricht der Gesetzeslage, führt für die betroffenen Gesellschaften aufgrund der fehlenden Möglichkeit der Ergänzung des Aufsichtsrats jedoch zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass zwischenzeitlich gefasste Beschlüsse des Aufsichtsrats ggf. keinen Bestand haben werden, weil und sofern die Anfechtungsklage Erfolg hat und es bei einzelnen Aufsichtsratsbeschlüssen gerade auf die Stimme des fraglichen Mitglieds ankam. Ein möglicher Lösungsansatz für die Praxis, den das Gericht anspricht, besteht darin, die in der Kommentarliteratur vertretene „Lehre vom fehlerhaften Organ“ anzuwenden<sup>17</sup>. Danach können grundsätzlich auch solche Aufsichtsratsbeschlüsse Wirkung entfalten, die unter Mitwirkung eines Mitglieds gefasst wurden, dessen Wahl erfolgreich angefochten wird.

## 2.4 Vorstandszahlungen an Aufsichtsratsmitglieder (Beratungsverträge)

In einem aufsehenerregenden Urteil hat das OLG Frankfurt a. M. entschieden, dass Zahlungen des Vorstands an ein Aufsichtsratsmitglied für Dienstverpflichtungen außerhalb seiner Tätigkeit als Aufsichtsrat nur dann erlaubt seien, wenn der Gesamtaufichtsrat vorher zustimmt; die nachträgliche Genehmigung des Gesamtaufichtsrats ändere an der Pflichtwidrigkeit der Zahlungen nichts<sup>18</sup>.

### 2.4.1 Sachverhalt

Die Klägerin ist Aktionärin der Fresenius SE. Der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende der Gesellschaft ist zugleich Partner einer großen Anwaltssozietät, die Mandate der Gesellschaft (auch für Konzernunternehmen) mit einem Umsatz von ca. 1 Mio. € pro Jahr erhielt. Außerdem war er gleichzei-

tig als Rechtsanwalt für die Mehrheitsaktionärin – eine Stiftung – als einer von drei Testamentsvollstreckern tätig. Zu Beginn des Geschäftsjahres 2008 genehmigte der Aufsichtsrat ein Jahresbudget zugunsten des Vorstands für Beratungstätigkeiten der Anwaltssozietät. Die jeweiligen Einzelmandate wurden dem Aufsichtsrat erst nach Bezahlung der Honorare zur Genehmigung vorgelegt. Die in den ersten drei Quartalen 2008 vorgenommenen Zahlungen auf die Mandatsverträge wurden durch Beschluss des Aufsichtsrats im Dezember 2008 genehmigt. Der Corporate-Governance-Bericht der Gesellschaft für das Geschäftsjahr 2008 enthielt den Hinweis, dass der Aufsichtsrat der Mandatierung des stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden zugestimmt habe; die Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG enthielt diesbezüglich keine Besonderheiten. In der Hauptversammlung 2009 erklärte die Klägerin als Aktionärin u. a. gegen die Beschlüsse der Hauptversammlung über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat für das Geschäftsjahr 2008 Widerspruch und erhob Anfechtungsklage unter anderem mit dem Argument, der im Geschäftsbericht für 2008 enthaltene Corporate-Governance-Bericht hinsichtlich der Zustimmungen zu den Mandatsverträgen des stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden sei unrichtig. Ein Vorstand, der rechtsgrundlos hohe Zahlungen an ein Aufsichtsratsmitglied leiste, verstoße ebenso gegen seine Pflichten wie das Aufsichtsratsmitglied, das solche Zahlungen entgegennimmt.

### 2.4.2 Aussagen des Gerichts

Das OLG Frankfurt a. M. erklärte die Entlastungsbeschlüsse für nichtig, weil es der Auffassung ist, die in Rede stehenden Vorstandszahlungen an die Anwaltssozietät des stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden stellten einen „schweren und eindeutigen Verstoß gegen § 114 Abs. 1 AktG“ dar. Diese Vorschrift sei nicht nur als eine verfügungswirksame Bestimmung zu verstehen, sondern als Verhaltensnorm auszulegen. Aus dieser Bestimmung ergebe sich ein Verbot, ohne wirksamen (Dritt-)Vertrag Zahlungen an ein Aufsichtsratsmitglied – oder dessen Sozietät – zu leisten. Die Zahlungen des Vorstands an das Aufsichtsratsmitglied verstießen gegen § 114 Abs. 1 AktG, weil sie erfolgten, ohne dass der Gesamtaufichtsrat ihnen zugestimmt hätte. Die Zuteilung eines Jahresbudgets durch den Aufsichtsrat zugunsten des Vorstands für die Erteilung der Mandate an die Anwaltssozietät sei unerheblich, weil § 114 Abs. 1 AktG die Zustimmung im Einzelfall verlange. Die Praxis der nachträglichen Genehmigung lasse die Pflichtwidrigkeit der Zahlungen nicht entfallen, weil die Rückwirkungsfiktion des § 184 Abs. 1 BGB ein tatsächliches Fehlverhalten nicht ungeschehen machen könne. Gleichermäßen sei sie auch nicht mit dem Zweck von § 114 Abs. 1 AktG zu vereinbaren. Eine entstandene Abhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds in der Vergangenheit könne bereits vor der Genehmigung zu unsachgemäßen Beeinflussungen geführt haben, so dass § 114 AktG quasi einen abstrakten Gefährdungstatbestand darstelle. Würde man die vorliegende Praxis billigen, so das Gericht, führte dies dazu, dass das Aufsichtsratsmitglied nahezu immerzu unberechtigte Mandatsvorteile nutzen könnte, die nur einmal jährlich durch eine Genehmigung unterbrochen würden.

<sup>17</sup> Habersack, in: MüKo-AktG, 3. Aufl. 2008, § 101 Rn. 70; Drygala, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 101 Rn. 35.

<sup>18</sup> OLG Frankfurt a. M. v. 15. 2. 2011, 5 U 30/10, BeckRS 2011, 3434 („Fresenius“, n. rkr.; die Nichtzulassungsbeschwerde ist beim BGH anhängig unter Az. II ZR 48/11).

## AUFSATZ

**2.4.3 Stellungnahme und Praxisfolgen**

Die (nicht rechtskräftige) Entscheidung begegnet sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis erheblichen Bedenken. Zum einen spricht § 114 Abs. 1 AktG ausdrücklich von der „Zustimmung“ des Aufsichtsrats, welche gemäß den Legaldefinitionen in §§ 182 ff. BGB den Oberbegriff für die (vorherige) Einwilligung und die (nachträgliche) Genehmigung darstellt. Es ist daher nicht recht nachvollziehbar, warum das Gericht die (zulässige) nachträgliche Genehmigung für die Bewertung der Rechtmäßigkeit der Zahlungen völlig unbeachtet lassen möchte.

Zum anderen führt die Entscheidung zu erheblichen Problemen in der Praxis. Der BGH stellt schon bislang hohe Anforderungen an die Zustimmung zu Beratungsverträgen, die insbesondere nicht pauschal vorab erteilt werden kann. Erforderlich ist, dass der Aufsichtsrat den wesentlichen Vertragsinhalt kennt, insbesondere den Vertragsgegenstand und das konkret zu bezahlende Honorar, um durch Abgrenzung von ohnehin bestehenden Organpflichten zu beratender Nebentätigkeit beurteilen zu können, ob der Vertrag überhaupt genehmigungsfähig ist<sup>19</sup>. Danach ist beispielsweise ein Rahmen-Beratungsvertrag „für sämtliche Angelegenheiten der Gesellschaft“ nicht genehmigungsfähig<sup>20</sup>. Die Praxis hat sich aufgrund der damit verbundenen Schwierigkeiten bislang meist damit beholfen, dass der Aufsichtsrat in einem ersten Beschluss vorab die Mandatierung des Beraters allgemein und ggf. ein Budget billigt und in einem späteren, zweiten Beschluss nachträglich die Einzelaufträge anhand konkreter Rechnungen genehmigt<sup>21</sup>.

Bis zur Klärung dieser wichtigen Fragen durch den BGH kann dem Vorstand – auch zur Vermeidung einer eigenen Haftung – nur empfohlen werden, Zahlungen auf Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern nur noch nach Genehmigung der konkreten Rechnungen durch den Gesamtaufichtsrat zu leisten<sup>22</sup>. Außerdem ist zu raten, in den Corporate-Governance-Bericht einen kurzen Hinweis auf die jeweilige Genehmigungspraxis von Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern aufzunehmen.

**2.5 Persönliche Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern**

In einem bislang wenig beachteten Urteil hat der BGH seine Rechtsprechung zu den Sorgfaltspflichten der organ-schaftlichen Vertreter der Gesellschaft weiter konturiert und dabei insbesondere Aufsichtsratsmitgliedern, die über beruflich erworbene Spezialkenntnisse verfügen, einen erhöhten Sorgfaltsmaßstab auferlegt<sup>23</sup>.

**2.5.1 Sachverhalt**

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der I-AG. Zwei der Beklagten waren Mitglieder des Vorstands, der dritte Beklagte war stellvertretender Vorsitzender des

Aufsichtsrats und zugleich Partner einer Anwaltskanzlei, die ständige Beraterin der Gesellschaft war. Die I-AG kaufte über ihre Tochtergesellschaften Unternehmensbeteiligungen und beabsichtigte den Kaufpreis mit eigenen Aktien zu begleichen. Zu diesem Zweck erwarb sie von der D-AG eigene Aktien durch ein Wertpapierdarlehen. Die Transaktion kam unter maßgeblichem Einfluss der beiden Vorstandsmitglieder der I-AG sowie des stellvertretenden Vorsitzenden des Aufsichtsrats zustande. Zugleich führte die I-AG eine Kapitalerhöhung durch, um so die Rückgewähr von Aktien an die D-AG zu gewährleisten. Diese zeichnete die mit der Kapitalerhöhung geschaffenen Aktien und verzichtete auf die Rückforderung der darlehensweise überlassenen Aktien. Der Insolvenzverwalter nahm die Beklagten auf Zahlung eines Teilbetrages von 10 Mio. € aus dem Ausgabebetrag für die neuen Aktien in Anspruch.

**2.5.2 Aussagen des Gerichts**

Der BGH stellt die Schadensersatzpflicht aller Beklagten dem Grunde nach gemäß § 93 Abs. 3 Nr. 4, § 116 Satz 1 AktG fest, weil die Sacheinlagevereinbarung im Wege des von ihnen gewählten Transaktionsmodells unwirksam sei. Eigene Aktien seien kein tauglicher Gegenstand einer Sacheinlage, so dass auch der Rückgewähranspruch, auf den die D-AG verzichtete, nicht als zulässige Sacheinlage angesehen werden könne.

Der I-AG sei ungeachtet der Möglichkeit der Erfüllung der Verpflichtung zur Lieferung von Aktien an ihre Tochtergesellschaften kein Vermögensvorteil zugeflossen, so dass eine Vorteilsausgleichung ausscheide. Die I-AG bleibe der D-AG nach Bereicherungsrecht zum Wertersatz verpflichtet, weil die Verträge über die Wertpapierleihe unwirksam seien.

Der Schadensersatzanspruch sei auch nicht durch einen unverschuldeten Rechtsirrtum der Organmitglieder ausgeschlossen. Insbesondere könnten sich die Vorstandsmitglieder nicht auf eine unzutreffende Beratung durch den Aufsichtsrat berufen, weil dessen Überwachungspflichten neben den Pflichten des Vorstands bestünden. Der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende verfüge als Rechtsanwalt über Fachkenntnisse und unterliege daher einem erhöhten Sorgfaltsmaßstab.

**2.5.3 Stellungnahme und Praxisfolgen**

Die Ausführungen des BGH zur Sorgfaltspflicht und Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder bestätigen und konkretisieren die seit Jahren immer strenger werdende Linie der Rechtsprechung. Bei fehlender eigener Sachkunde müssen insbesondere Vorstandsmitglieder die Geeignetheit und Rechtmäßigkeit von komplexen Transaktionen, insbesondere bei Sachkapitalerhöhungen und dem Erwerb eigener Aktien wie im vorliegenden Fall, von einem unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträger prüfen lassen. Zusätzlich müssen sie diese Auskunft einer eigenen, sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterziehen.

Hinzu kommt die nicht minder bedeutsame Aussage des BGH, dass Aufsichtsratsmitglieder, die aufgrund ihrer sonstigen beruflichen Tätigkeit besondere Fachkunde und Spezialkenntnisse besitzen, gegenüber den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern einem erhöhten Sorgfaltsmaßstab unterliegen, soweit ihr Fachgebiet betroffen ist<sup>24</sup>. Insbesondere Rechtsanwälte,

19 BGH v. 20. 11. 2006, II ZR 279/05, DStR 2007, 122; vgl. dazu Knapp, DStR 2008, 1045, 1048 f.

20 BGH v. 2. 4. 2007, II ZR 325/05, DStR 2007, 1046.

21 Bicker, DStR 2011, 2155.

22 So auch Bicker, DStR 2011, 2155, 2160; Lorenz, GWR 2011, 111.

23 BGH v. 20. 9. 2011, II ZR 234/09, BeckRS 2011, 24659, DStR 2011, 2362 m. Anm. Weng.

## AUFSATZ

Wirtschaftsprüfer und Steuerberater müssen sich dessen bewusst sein, wenn sie Aufsichtsratsmandate übernehmen.

## 2.6 Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung

Das OLG Frankfurt a. M. hat zur Auslegung von Ziffer 5.5.3 Satz 1 DCGK Stellung genommen. Das Gericht legt die Kodexempfehlung dahin aus, dass der Aufsichtsrat jeden aufgetretenen Interessenkonflikt im Detail beschreiben müsse und dabei auch der Name des betroffenen Mitglieds sowie das konkrete Beratungs- und Abstimmungsverhalten offenzulegen seien<sup>25</sup>.

### 2.6.1 Sachverhalt

Die Deutsche Bank AG hatte im September 2008 eine Barkapitalerhöhung und im Februar/März 2009 eine Sachkapitalerhöhung durchgeführt. Beide Kapitalmaßnahmen erfolgten unter Ausnutzung bestehender genehmigter Kapitalia und unter Ausschluss des Bezugsrechts. Wirtschaftlicher Hintergrund beider Maßnahmen war die Akquisition der Postbank. Weder in Veröffentlichungen nach den Kapitalerhöhungen noch in der Hauptversammlung machte die Deutsche Bank nach den Feststellungen des Gerichts nähere Angaben über den Grund für den Ausschluss des Bezugsrechts sowie zu dem jeweiligen Ausgabebetrag.

In der Hauptversammlung 2009 wurden u. a. Beschlüsse zur Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat und zur Schaffung neuen genehmigten Kapitals getroffen, welche von den Anfechtungsklägern angegriffen werden. Zum Anfechtungsgrund tragen sie u. a. vor, die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat scheitere an der Abgabe einer fehlerhaften Entsprechenserklärung zum Kodex.

### 2.6.2 Aussagen des Gerichts

Nach Auffassung des Gerichts dürfen Vorstand und Aufsichtsrat eine uneingeschränkte Entsprechenserklärung zum Kodex gemäß § 161 AktG nur abgeben, wenn der Aufsichtsrat aufgetretene Interessenkonflikte unter Nennung des betroffenen Mitglieds in seinem Bericht an die Hauptversammlung genau bezeichnet. Dazu müsse er darstellen, um welche Themen es bei seinen Beschlussfassungen ging und weshalb konkrete Mitglieder sich in einem Konflikt befanden. Zur Begründung verweist das Gericht im Wesentlichen nur auf die Entscheidung in Sachen „Kirch/Deutsche Bank“, in welcher der BGH eine Berichterstattung für erforderlich gehalten habe, obwohl der Sachverhalt ohnehin in den Medien öffentlich bekannt gewesen sei. Außerdem führt das Gericht aus, die Aktionäre würden erst durch eine entsprechende Berichterstattung in die Lage versetzt, eventuelle Interessenkonflikte und deren Behandlung bei ihren Entscheidungen bei Aufsichtsratswahlen zu berücksichtigen.

### 2.6.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Bei fehlender oder unrichtiger Entsprechenserklärung zum Kodex liegt nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des BGH ein Verstoß gegen § 161 AktG vor, der zur Anfechtung

wegen Fehlerhaftigkeit der Entlastungsbeschlüsse führen kann<sup>26</sup>. Die Branche der Anfechtungskläger macht von dieser „Waffe“ regen Gebrauch, so dass es bereits Vorschläge gibt, einen gesetzlichen Anfechtungsausschluss nach dem Vorbild von § 243 Abs. 3 AktG (technische Störungen u. Ä.) oder § 30g WpHG (wertpapierinhaberorientierte Publizität) einzuführen<sup>27</sup>. Ob dies der richtige Weg ist, darf mit guten Gründen bezweifelt werden. Fehlerhafte Entsprechenserklärungen würden damit praktisch sanktionslos gestellt<sup>28</sup>.

Das Urteil des OLG Frankfurt a. M. zwingt Organmitglieder dazu, umfassend Auskunft über das Vorliegen von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat zu geben<sup>29</sup>. Inhaltlich begegnet das Urteil Bedenken, weil die Rechtsauffassung des Gerichts, jeder einzelne Konflikt sei nach Art und Grund sowie unter Nennung des betroffenen Mitglieds darzustellen, im Wortlaut des Kodex keine Stütze findet. Ziffer 5.5.3 Satz 1 DCGK besagt nur, dass im Bericht des Aufsichtsrats sowohl über die aufgetretenen Konflikte als auch ihre Behandlung informiert werden soll. Zur Intensität dieser Berichterstattung schweigt der Kodex<sup>30</sup>. Auch der Hinweis des Gerichts auf die Entscheidung des BGH in der Sache „Kirch/Deutsche Bank“ ist nicht verständlich, weil dort ein nachweislich aufgetretener Interessenkonflikt im Bericht des Aufsichtsrats überhaupt nicht berücksichtigt wurde und der BGH daher weder Ausführungen zur Intensität der Berichterstattung noch zur weiteren Auslegung von Ziffer 5.5.3 DCGK gemacht hat. Zuzustimmen ist dem Gericht allenfalls darin, dass die Offenlegungsempfehlung des Kodex den Aktionären eine bessere Informationsgrundlage im Hinblick auf künftige Aufsichtsratswahlen verschaffen möchte<sup>31</sup>. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH die Revision zulässt und Klarheit in diese praxisrelevanten Fragen bringt.

## 3. Zusammenfassung und Ausblick

Das Jahr 2011 war aus Sicht der Aufsichtsräte weder von rege gesetzgeberischer Tätigkeit noch von den ganz großen Gerichtsentscheidungen geprägt. Insoweit gab es also etwas Zeit zum Durchatmen, wiesen doch die vergangenen Jahre eine rasante Rechtsentwicklung auf. Die dargestellten Entscheidungen aus dem Jahr 2011 setzen den Trend zur Steigerung der sachlichen und rechtlichen Anforderungen an die Aufsichtsratsarbeit fort. Im Fokus der Beratungstätigkeit stehen weiterhin die „Dauerbrenner-Themen“ der Vorstandszahlungen an Aufsichtsratsmitglieder aufgrund von Beratungsverträgen und die Haftungsfragen. Besonderes Augenmerk sollte im Hinblick auf die kommenden Hauptversammlungen auch auf den Bericht des Aufsichtsrats gelegt werden. Die weitere Tätigkeit des Gesetzgebers, insbesondere die Entwicklung der Aktienrechtsnovelle 2012 wird zu verfolgen sein.

26 BGH v. 16. 2. 2009, II ZR 185/07, DStR 2009, 537 („Kirch/Deutsche Bank“); bestätigt durch BGH v. 21. 9. 2009, II ZR 174/08, DStR 2009, 2207 („Umschreibungsstopp“).

27 Kremer, ZIP 2011, 1177, 1180.

28 Von der Linden, GWR 2011, 407.

29 Litzberger, NZG 2011, 1019, 1021.

30 Kremer, in: Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder, DCGK, 4. Aufl. 2010, Ziffer 5.5.3 Rn. 1137.

31 A. A. von der Linden, GWR 2011, 407.

24 Weng, DStR 2011, 2363; Primaczenko, GWR 2011, 518.

25 OLG Frankfurt a. M. v. 5. 7. 2011, 5 U 104/10, NZG 2011, 1029 (n. rkr.; die Nichtzulassungsbeschwerde wird beim BGH unter II ZR 159/11 geführt).