

Die Entwicklung des Rechts des Aufsichtsrats

Aktuelle Gesetze und Rechtsprechung für die Praxis

Von Dr. Christoph Knapp, Augsburg*

Das Recht des Aufsichtsrats befindet sich nicht nur vor dem Hintergrund der anhaltenden Finanzmarktkrise weiterhin in reger Entwicklung. Auch die zunehmende Zahl von Insolvenzen und die Verschärfung von gesetzlichen Vorschriften führt zu einer steigenden Verantwortung von Aufsichtsratsmitgliedern. Der nachfolgende Beitrag will den Aufsichtsratsmitgliedern und Beratern von Aktiengesellschaften einen Überblick über die aktuelle Rechtsentwicklung in den Jahren 2008 und 2009 geben. Hierzu werden neue gesetzliche Regelungen und ausgewählte Entscheidungen aus der Rechtsprechung erläutert.

1. Gesetzgebung

Der Gesetzgeber hat in den Jahren 2008 und 2009 wieder zahlreiche Gesetze verabschiedet, mit denen wesentliche Änderungen im Aktienrecht vorgenommen werden. Auf das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG), welches vor allem Änderungen im Zusammenhang mit der Abhaltung von Hauptversammlungen und neue Maßnahmen gegen missbräuchliche Aktionärsklagen enthält, soll aus Platzgründen hier nicht näher eingegangen werden.

Von erheblicher Bedeutung für die Tätigkeit der Aufsichtsräte sind jedoch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG) und das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht.

1.1 Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)

Am 5. 8. 2009 ist das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) in Kraft getreten¹. Es bringt wichtige Neuerungen für Aufsichtsratsmitglieder für die Festsetzung der Vorstandsgehälter mit sich.

1.1.1 Vorstandsvergütung

Die Vergütung des Vorstands einer AG muss – neben den Aufgaben des Vorstandsmitglieds sowie der Lage der Gesellschaft – künftig auch in einem angemessenen Verhältnis zu den Leistungen des Vorstands stehen und darf die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen (§ 87 Abs. 1 Satz 1 AktG n. F.). Mit dem Begriff „Üblichkeit“ ist nach der Gesetzesbegründung die Branchen-, Größen- und Landesüblichkeit gemeint, wobei auch das Lohn- und Gehaltsgefüge innerhalb des Unternehmens heranzuziehen ist².

Außerdem ist die Vergütungsstruktur bei börsennotierten Gesellschaften künftig auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten (§ 87 Abs. 1 Satz 2 AktG n. F.). Variable Vergütungsbestandteile sollen eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben. Für außerordentliche Entwicklungen soll der Aufsichtsrat eine Begrenzungsmöglichkeit vereinbaren (§ 87 Abs. 1 Satz 3 AktG n. F.).

Neu ist auch, dass nunmehr nur noch das Aufsichtsratsplenum die Gesamtvergütung der einzelnen Vorstandsmitglieder festsetzen darf (§ 107 Abs. 3 Satz 3 AktG n. F.). Lediglich vorbereitende Maßnahmen können noch an einen Ausschuss übertragen werden³. Unter diesem Gesichtspunkt sind ggf. Änderungen der Satzungen und der Geschäftsordnungen von Aufsichtsräten notwendig.

Die schon bislang bestehende Möglichkeit des Aufsichtsrats, die Vergütung bei einer Verschlechterung der Lage des Unternehmens nachträglich zu reduzieren, wird erweitert. Der Aufsichtsrat soll nun gemäß § 87 Abs. 2 AktG n. F. die Bezüge auf die angemessene Höhe herabsetzen, wenn sich die Lage der Gesellschaft nach der Festsetzung so verschlechtert, dass die Weitergewährung der vereinbarten Bezüge unbillig für die Gesellschaft wäre. Eine solche Verschlechterung liegt z. B. vor, wenn die Gesellschaft Entlassungen vornehmen muss, keine Gewinne mehr ausschütten kann und die Weiterzahlung der Vergütung für die Gesellschaft „unbillig“ wäre; Insolvenz oder unmittelbare Krise erfüllen diese Voraussetzungen stets, sind aber nicht erforderlich⁴.

Gleichzeitig wird die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder verschärft. Setzt der Aufsichtsrat eine unangemessene Vorstandsvergütung fest, macht er sich gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig (§ 116 Satz 3 AktG n. F.).

1.1.2 Selbstbehalt bei D&O-Versicherungen

Bei Abschluss von Versicherungsverträgen zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft (sog. D&O-Versicherungen) ist künftig zwingend ein Selbstbehalt von mindestens 10 % des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds zu vereinbaren (§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG n. F.).

Diskutiert wird derzeit, ob die betroffenen Vorstandsmitglieder dieses persönliche Risiko durch Abschluss einer sog. Selbstbehaltsversicherung absichern können. Das Gesetz und die Gesetzesbegründung schließen diese Möglichkeit jedenfalls nicht aus⁵.

1.1.3 Kein unmittelbarer Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat

Schließlich bestimmt § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG n. F., dass ehemalige Vorstandsmitglieder künftig während einer zweijährigen Karenzzeit nach ihrem Ausscheiden nicht Mitglieder des Aufsichtsrats werden dürfen. Diese Regelung soll der Vermeidung von Interessenkonflikten dienen, gilt jedoch dann nicht, wenn die Wahl in den Aufsichtsrat auf Vorschlag von Aktionären erfolgt, die mehr als 25 % der Stimmrechte an der Gesellschaft halten.

1.1.4 Geltung des VorstAG auch für die GmbH?

Vielfach erörtert wird derzeit die Frage, ob die neuen Regeln des VorstAG auch für Aufsichtsräte einer GmbH und damit für die Festsetzung der Geschäftsführervergütung gelten.

Bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die nur einen fakultativen Aufsichtsrat haben oder dem Drittelbeteiligungsgesetz unterliegen, ist das VorstAG nach überwiegender Meinung

* Dr. Christoph Knapp ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht in der Kanzlei Seitz Weckbach Fackler in Augsburg.

1 BGBl I 2009, 2509; vgl. hierzu im Einzelnen *van Kann/Keilweitz*, DStR 2009, 1587.

2 BT-Drs. 16/13433 v. 17. 6. 2009, S. 15.

3 *van Kann/Keilweitz*, DStR 2009, 1587, 1590.

4 BT-Drs. 16/12278 v. 17. 3. 2009, S. 7.

5 *van Kann/Keilweitz*, DStR 2009, 1587, 1589.

AUFSATZ

nicht anwendbar. Auf den fakultativen Aufsichtsrat gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG sind die aktienrechtlichen Vorschriften der §§ 87, 107 AktG, soweit keine abweichenden Satzungsregelungen bestehen, nicht anwendbar. Hinsichtlich der Kompetenz zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer sowie zum Abschluss der Dienstverträge verbleibt es deshalb bei der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung⁶.

Bei der Drittelbeteiligung erklärt § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG zwar die Vorschriften der § 107 AktG und § 116 AktG für anwendbar. Allerdings fehlt ein Verweis auf § 87 AktG, so dass es auch hier bei der gesetzlichen Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung bleibt und § 87 AktG nicht anwendbar ist.

Bei Gesellschaften, die mehr als 2000 Arbeitnehmer haben und deshalb paritätisch mitbestimmt sind, ist die Anwendbarkeit des VorstAG strittig⁷. Gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG sind auf einen solchen obligatorischen Aufsichtsrat auch § 107 Abs. 3 AktG n. F. und § 116 AktG n. F. anwendbar, wonach die in § 87 Abs. 1 und Abs. 2 Sätze 1 und 2 AktG genannten Aufgaben hinsichtlich der Vergütungsfestsetzung zwingend durch den Gesamtaufwirtsrat wahrzunehmen und von ihm auch persönlich zu verantworten sind. Die weitere Vorschrift des § 31 MitbestG überträgt zwar die Kompetenz zur Bestellung und zur Abberufung der Geschäftsführer auf den Aufsichtsrat, allerdings nur unter Verweis auf §§ 84, 85 AktG. Auf § 87 AktG wird nicht verwiesen, so dass eine direkte Anwendbarkeit des VorstAG auf die GmbH zweifelhaft ist.

Die Gesetzesbegründung zum VorstAG spricht indes gegen die Anwendbarkeit von § 87 AktG bei der paritätisch mitbestimmten GmbH. Nach den insoweit klaren Äußerungen des Rechtsausschusses werde der geänderte § 87 AktG auch über die Verweisungen auf § 116 AktG nicht für die GmbH anwendbar⁸. Diese Gesetzesbegründung spricht m. E. auch gegen eine analoge Anwendung des § 87 AktG bei der GmbH, weil eine planwidrige Regelungslücke angesichts der Äußerungen des Gesetzgebers nicht feststellbar ist⁹. Unklar bleibt angesichts der gesetzestech-nisch unausgereiften Verweisung in § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG auf § 107 AktG, welcher wiederum auf § 87 AktG verweist, jedoch, ob der Aufsichtsrat die Festsetzung der Geschäftsführervergütung weiterhin auf einen Ausschuss übertragen kann¹⁰. Wortlaut und Gesetzesbegründung widersprechen sich hier. M. E. ist mangels Anwendbarkeit von § 87 AktG bei der mitbestimmten GmbH und aufgrund des klaren Willens des Gesetzgebers anzunehmen, dass weiterhin ein Ausschuss die Vergütung festsetzen kann¹¹.

1.2 Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG)

Das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG) ist am 29. 5. 2009 in Kraft getreten¹². Neben zahlreichen bilanzrechtlichen Neuregelungen enthält das BilMoG auch Bestimmungen zur Verbesserung der Corporate Governance, insbesondere bei kapitalmarktorientierten Unternehmen.

1.2.1 Besetzung von Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss

Im Aufsichtsrat kapitalmarktorientierter Gesellschaften i. S. des § 264d HGB muss mindestens ein unabhängiges Mitglied über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen (§ 100 Abs. 5 AktG n. F.). Hat eine solche Gesellschaft entsprechend der Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) bereits einen Prüfungsausschuss eingerichtet, muss mindestens ein Ausschussmitglied diese Voraussetzungen erfüllen (§ 107 Abs. 4 AktG n. F.).

Alle kapitalmarktorientierten Gesellschaften sind nun verpflichtet, ab dem 1. 1. 2010 einen Prüfungsausschuss (Audit Committee) einzurichten (§ 324 Abs. 1 HGB). Allerdings können die einem Prüfungsausschuss zugewiesenen Aufgaben auch vom Aufsichts- oder Verwaltungsrat übernommen werden, wenn dieser die für Prüfungsausschüsse geltenden Anforderungen erfüllt. Damit werden kapitalmarktorientierte Gesellschaften vor die Herausforderung gestellt, die konkrete Zusammensetzung ihres Aufsichtsrats zu überprüfen und bei der Besetzung künftig besonderes Augenmerk auf die Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern in den Bereichen Rechnungslegung und Abschlussprüfung zu richten.

Zur Unabhängigkeit der Organmitglieder verweist die Gesetzesbegründung des BilMoG¹³ im Wesentlichen auf die Definition in Ziff. 5.4.2 Satz 2 DCGK und ergänzend auf die Empfehlung der EU-Kommission zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren oder Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften, die im Anhang eine nicht abschließende Aufzählung wesentlicher Aspekte enthält, welche ein Risiko für die Unabhängigkeit begründen¹⁴.

Die Übergangsvorschrift des § 12 Abs. 4 EGAktG n. F. bestimmt, dass die neuen Vorschriften noch keine Anwendung finden, solange alle Mitglieder des Aufsichtsrats bzw. des Prüfungsausschusses noch vor dem 29. 5. 2009 bestellt worden sind. In der Praxis bedeutet dies, dass die neuen Anforderungen bei der nächstmöglichen Aufsichtsratsbestellung erfüllt werden müssen.

1.2.2 Konkretisierung der Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats

Das BilMoG konkretisiert die Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats im Hinblick auf die Finanzberichterstattung, Abschlussprüfung und unternehmerischen Kontrollsysteme (§ 107 Abs. 3 AktG n. F.). Sie umfassen die Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit der internen Kontroll- und Risikomanagementsysteme sowie die Überwachung der Abschlussprüfung.

Diese konkretisierten Aufgaben des Aufsichtsrats gelten seit Inkrafttreten des BilMoG am 29. 5. 2009 unabhängig von der Kapitalmarktorientierung auch für nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften.

1.2.3 Bericht zur Unternehmensführung und Entsprechenserklärung zum DCGK

Börsennotierte Aktiengesellschaften haben künftig wesentlich umfangreicher über ihre Unternehmensführung in einer sog. „Erklärung zur Unternehmensführung“ zu informieren (§ 289a HGB n. F.). Diese Erklärung muss die Entsprechenserklärung zum DCGK nach § 161 AktG beinhalten, wobei Vorstand und Aufsichtsrat künftig die Abweichungen von Kodex-Empfehlungen begründen müssen (§ 161 Abs. 1 Satz 1 AktG n. F.). Außerdem müssen die Arbeitsweisen von Vorstand und Aufsichtsrat beschrieben werden.

6 Ebenso Werner, GmbHR 2009, R305, R306.

7 Baeck/Götze/Arnold, NZG 2009, 1121; Döring/Grau, BB 2009, 2139; Gaul/Janz, GmbHR 2009, 959; Werner, GmbHR 2009, R305; Wübbelsmann, GmbHR 2009, 988.

8 BT-Drs. 16/13433 v. 17. 6. 2009, S. 10.

9 Wübbelsmann, GmbHR 2009, 988, 990.

10 Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 52 Rn. 275.

11 A. A. Gaul/Janz, GmbHR 2009, 959, 963; vgl. auch Handelsblatt v. 28. 10. 2009, S. 10.

12 BGBI I 2009, 1102.

13 BR-Drs. 344/08 v. 23. 5. 2008, S. 222 ff.

14 KOM 2005/162/EG v. 15. 2. 2005, ABIL 52 v. 25. 2. 2005, S. 51.

AUFSATZ

Die Erklärung ist in einen gesonderten Abschnitt in den Lagebericht aufzunehmen oder auf der Internetseite der Gesellschaft öffentlich zugänglich zu halten und erstmals in die Jahresabschlüsse für das nach dem 31. 12. 2008 beginnende Geschäftsjahr zu integrieren (Art. 66 Abs. 2 bis Abs. 4 EGHGB n. F.).

1.3 Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht

Mit dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht vom 29. 7. 2009, einer Reaktion auf die weltweite Finanzkrise, hat der Gesetzgeber u. a. die Aufsichts- und Verwaltungsräte von Kreditinstituten und Versicherungen verschärft in den Blick genommen¹⁵.

1.3.1 Kreditinstitute

Das Gesetz verlangt seit 1. 8. 2009 von den Mitgliedern der Aufsichts- und Verwaltungsräte von Banken und Sparkassen, dass sie „zuverlässig“ sind und „Sachkunde“ besitzen (§ 36 Abs. 3 Satz 1 KWG n. F.)¹⁶. Die Institute sind verpflichtet, der BaFin und der Bundesbank die Bestellung eines Mitglieds des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans unverzüglich anzuzeigen „unter Angabe der zur Beurteilung seiner Zuverlässigkeit und Sachkunde erforderlichen Tatsachen“ (§ 24 Abs. 1 Nr. 5 KWG n. F.).

Erfüllt ein Mitglied des Kontrollorgans diese Mindestanforderungen nicht, so ist die BaFin zu massiven Eingriffen in die Organisationsverfassung der Institute befugt. Die BaFin kann von den Organen des betroffenen Instituts u. a. verlangen, das Mitglied abzuberufen oder ihm die Ausübung seiner Tätigkeit zu untersagen (§ 36 Abs. 3 Sätze 3 und 4 KWG n. F.).

Außerdem stellt das Gesetz neue Inkompatibilitätsregeln für Aufsichtsratsmitglieder auf. Danach kann, wer Geschäftsleiter war, nicht zum Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans des zuvor von ihm geleiteten Instituts bestellt werden, wenn bereits zwei ehemalige Geschäftsleiter Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans sind. Außerdem kann nicht bestellt werden, wer bereits fünf Kontrollmandate bei unter der Aufsicht der BaFin stehenden Unternehmen ausübt; dabei bleiben Mandate bei Unternehmen außer Betracht, die zu demselben institutsbezogenen Sicherungssystem gehören (§ 36 Abs. 3 Sätze 5 und 6 KWG n. F.).

1.3.2 Versicherungsunternehmen

Die neuen gesetzlichen Voraussetzungen der „Zuverlässigkeit“ und „Sachkunde“ sowie die Inkompatibilitätsregeln gelten in entsprechender Weise auch für die Mitglieder von Aufsichtsräten von Versicherungsunternehmen, Pensionsfonds und entsprechenden Holdinggesellschaften (§ 7a Abs. 4 Satz 1, 3 und 4 VAG n. F.).

Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VAG n. F. ist dem Versicherungsunternehmen zudem künftig die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb durch die BaFin zu versagen, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats die Voraussetzungen der „Zuverlässigkeit“ und „Sachkunde“ nicht erfüllen. Die Mitglieder des Aufsichtsrats können auf Verlangen der BaFin auch abberufen werden (§ 87 Abs. 8 VAG n. F.).

2. Rechtsprechung

Auch die Gerichte haben im Berichtszeitraum einige für Aufsichtsratsmitglieder wichtige Entscheidungen getroffen, insbe-

sondere zur Besetzung von Aufsichtsräten, zum Abschluss von Beratungsverträgen und zur persönlichen Haftung.

2.1 Interessenkollisionen und Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern

2.1.1 Pflichtenkollision bei der Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds (Continental/Schaeffler)

Das LG Hannover hat mit einer Entscheidung vom 12. 3. 2009 festgestellt, dass das herrschende Unternehmen im Konzern seinen Einfluss durch die Entsendung seiner gesetzlichen Vertreter in den Aufsichtsrat der zum Konzern gehörenden Unternehmen geltend machen und daher auch der anwaltliche Berater des herrschenden Unternehmens entsandt werden darf¹⁷.

2.1.1.1 Sachverhalt

Nachdem die *Schaeffler*-Gruppe rund 90 % der Aktien der *Continental AG* erworben hatte, verpflichteten sich *Schaeffler* und ihre Gesellschafter in einer Investorenvereinbarung gegenüber der *Continental AG* u. a. dazu, bestimmte Struktur- und Geschäftsführungsmaßnahmen, die gegen die Eigenständigkeit der *Continental AG* gerichtet sind, nur mit Zustimmung des Vorstands vorzunehmen und im gerichtlichen Verfahren bei der Benennung von Personen zur Bestellung als Aufsichtsratsmitglieder mögliche Interessenkonflikte zu berücksichtigen.

Nachdem vier der insgesamt zehn Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner ihre Ämter mit sofortiger Wirkung niedergelegt und die Ersatzmitglieder erklärt hatten, dass sie das Amt nicht antreten würden, beantragte der Vorstand der *Continental AG* beim Amtsgericht Hannover u. a., den anwaltlichen Berater der *Schaeffler*-Gruppe gemäß § 104 Abs. 2 und Abs. 3 AktG zum Mitglied des Aufsichtsrats von *Continental* zu bestellen. Das Amtsgericht hat die Bestellung antragsgemäß vorgenommen. Ein Aktionär der *Continental AG* hatte dagegen sofortige Beschwerde eingelegt mit der Begründung, dass für den betroffenen Rechtsanwalt als Berater der *Schaeffler*-Gruppe ein nicht lösbarer Interessenkonflikt bestehe. Die Beschwerde war erfolglos.

2.1.1.2 Aussagen des Gerichts

Das Gericht stellte zunächst fest, dass mögliche Interessenkonflikte des zu bestellenden Rechtsanwalts zu berücksichtigen seien. Denn im Falle einer schwerwiegenden, unlösbaren Pflichtenkollision müsste das bestellte Mitglied sein Amt umgehend wieder niederlegen. Um dies zu verhindern, müsste eine andere Person ausgewählt werden.

Das Gesetz gesteht dem herrschenden Unternehmen grundsätzlich, seinen Einfluss durch Entsendung seiner gesetzlichen Vertreter in den Aufsichtsrat der zum Konzern gehörenden Unternehmen geltend zu machen (§ 100 Abs. 2 Satz 2 AktG). Dies gilt nach Meinung des Gerichts auch für den Berater des herrschenden Unternehmens. Vorliegend müsse jedoch zusätzlich die Investorenvereinbarung berücksichtigt werden, so dass potentielle Interessenkonflikte nicht bereits wegen § 100 Abs. 2 Satz 2 AktG außer Acht bleiben dürften.

Bei dem benannten Rechtsanwalt läge zwar eine gravierende Pflichtenkollision vor, weil er als Rechtsberater von *Schaeffler* einerseits deren Interessen und als Aufsichtsrat von *Continental* andererseits das Unternehmensinteresse wahren müsse. Dieser Konflikt sei jedoch lösbar. Das Gericht ging unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Anhörung der amtierenden Aufsichtsratsmitglieder davon aus, dass sich die Pflichtenkollision mit

15 BGBl I 2009, 2305.

16 Näher dazu *Hingst/Himmelreich/Krawinkel*, WM 2009, 2016 und *Peltzer*, NZG 2009, 1041.

17 LG Hannover v. 12. 3. 2009, 21 T 2/09, AG 2009, 341, BeckRS 2009, 13891.

AUFSATZ

Hilfe der Investorenvereinbarung beherrschen ließe, denn diese begrenze die Einflussmöglichkeit der Vertreter von *Schaeffler* im Aufsichtsrat. Ferner seien die amtierenden Aufsichtsratsmitglieder mehrheitlich mit der Bestellung des Rechtsanwalts einverstanden und hätten mit den Stimmen aller Vertreter der Anteilseigner beschlossen, der Hauptversammlung der *Continental AG* seine Wahl in den Aufsichtsrat vorzuschlagen.

2.1.1.3 Stellungnahme

Den Ausführungen des Gerichts ist im Ergebnis zuzustimmen. Der hier Streitgegenständliche Interessenkonflikt innerhalb eines Konzerns wird grundsätzlich durch die Vorschriften der §§ 311 ff. AktG geregelt, insbesondere durch das Verbot der Nachteilszufügung und die Ausgleichspflicht der herrschenden Gesellschaft. Das AktG sieht in diesem Zusammenhang kein Bestellungshindernis für Aufsichtsratsmitglieder vor, sondern nimmt den Konflikt hin, wie § 100 Abs. 2 Satz 2 AktG zeigt¹⁸. Maßgebliche Besonderheit in dem *Schaeffler-Continental-Fall* war jedoch die Investorenvereinbarung, die eine Berücksichtigung von Interessenkonflikten bei der Auswahl der Organmitglieder ausdrücklich verlangte.

Gleichwohl sollte auch in anderen Fällen, in denen keine besonderen Vereinbarungen vorliegen, den potentiellen Interessen- und Pflichtenkonflikten von Aufsichtsratsmitgliedern – auch im Sinne einer guten Unternehmensführung – größere Beachtung geschenkt werden, weil die organschaftliche Treuepflicht insoweit rechtliche Grenzen zieht¹⁹. Die neuen Vorgaben des BilMoG zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern sowie die Diskussionen im Zusammenhang mit der Finanzkrise bestätigen dies und sollten hierzu Ermunterung sein.

2.1.2 Kein Honoraranspruch eines Aufsichtsratsmitglieds nach Bereicherungsrecht

Mit Beschluss vom 27. 4. 2009 hat der BGH festgestellt, dass im Fall der Nichtigkeit eines Geschäftsbesorgungsvertrags mit einem Aufsichtsratsmitglied oder einer mit ihm verbundenen Gesellschaft ein Bereicherungsanspruch gegen die Gesellschaft nur für Tätigkeiten in Betracht kommt, die nicht bereits zum organschaftlichen Pflichtenkreis eines Aufsichtsrats gehören²⁰.

2.1.2.1 Sachverhalt

Die Klägerin, eine Steuerberatungsgesellschaft, macht gegenüber der beklagten AG Honoraransprüche aus Beratungsleistungen in steuerlichen und betriebswirtschaftlichen Fragen geltend. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägerin war zugleich Mitglied des Aufsichtsrats der Beklagten. Dies führte zur Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrags zwischen der Klägerin und der Gesellschaft gemäß §§ 113, 114 AktG. Die Klägerin stützte ihre Vergütungsansprüche daher auf bereicherungsrechtliche Vorschriften (§§ 812 ff. BGB) und Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA, §§ 677 ff. BGB). Die Klage blieb jedoch erfolglos.

2.1.2.2 Aussagen des Gerichts

Die Klägerin bezog sich auf ein BGH-Urteil vom 2. 4. 2007, wonach Aufsichtsratsmitgliedern oder mit ihnen verbundenen Gesellschaften Beratungsleistungen gegenüber der Aktiengesellschaft im Falle der Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrags nach §§ 113, 114 AktG zwar keine vertraglichen Honoraran-

sprüche zustehen, ggf. aber solche aus GoA oder ungerechtfertigter Bereicherung²¹.

Der BGH hat nun jedoch klargestellt, dass dies nur für solche Leistungen des Aufsichtsratsmitglieds (oder seiner Gesellschaft) in Betracht kommt, die außerhalb seines Aufgabenbereichs als Aufsichtsratsmitglied liegen. Beratungsleistungen, die bereits im Rahmen der Organtätigkeit geschuldet sind, führen zu keiner zusätzlichen Bereicherung der Gesellschaft. Nach Auffassung des BGH waren die im vorliegenden Fall erbrachten Beratungsleistungen vollständig vom organschaftlichen Pflichtenkreis des Gesellschafter-Geschäftsführers der Klägerin als Aufsichtsratsmitglied der Beklagten umfasst. Die Leistungen bestanden in der Beratung im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss, mit der Gründung einer Vermarktungsgesellschaft und mit staatlichen Fördergeldern sowie der Teilnahme an Verhandlungen im Rahmen der Börseneinführung der Gesellschaft. Allein die Anwesenheit bei einer steuerlichen Außenprüfung der Gesellschaft fällt nach Meinung des BGH nicht in den Aufgabenbereich eines Aufsichtsratsmitglieds. Der Klägerin stehe jedoch auch insoweit kein Honoraranspruch zu, da an der Außenprüfung bereits Steuerberater der Beklagten teilnahmen, so dass eine zusätzliche Beratung durch den Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägerin für die Beklagte nicht erforderlich war und ihr keine Aufwendungen ersparte.

2.1.2.3 Stellungnahme

Hintergrund der Entscheidung ist, dass die Gesellschaft Dienstleistungen ihres Aufsichtsratsmitglieds oder des mit ihm verbundenen Beratungsunternehmens nur dann ohne entsprechenden Beschluss der Hauptversammlung gesondert zu vergüten hat, wenn die Dienstleistung eindeutig außerhalb des organschaftlichen Aufgabenbereichs des Aufsichtsrats liegt und dies auch nur dann, wenn ein gültiger, vorheriger Beschluss des Aufsichtsrats gemäß § 114 AktG zur Zustimmung zum Beratungsvertrag samt Vergütungsvereinbarung vorliegt.

Der BGH hat jetzt bestätigt, dass die Aktiengesellschaft Dienstleistungen im organschaftlichen Aufgabenkreis eines Aufsichtsratsmitglieds bei Nichtigkeit des zugrundeliegenden Vertrags auch nicht aufgrund von GoA oder bereicherungsrechtlicher Vorschriften vergüten muss. Der Hinweisbeschluss enthält praktisch wertvolle Hinweise, welche Dienstleistungen in den gesetzlich geschuldeten Pflichtenkreis eines Aufsichtsratsmitglieds fallen und welche nicht.

Als Rat für die Praxis kann weiterhin nur gelten, dass vor allem Rechtsanwälte und Steuerberater, die umfangreiche, zusätzliche Dienstleistungen bei entsprechender Vergütung für eine Aktiengesellschaft erbringen möchten, besser auf ein gleichzeitiges Aufsichtsratsmandat verzichten sollten. Andernfalls riskiert der Berater seine Honoraransprüche.

2.1.3 Erwähnung von Beraterverträgen und Interessenkonflikten im Bericht des Aufsichtsrats

Nach einer Entscheidung des OLG München kann sich aus § 161 AktG i. V. m. dem DCGK die Pflicht ergeben, über aufgetretene Interessenkonflikte zu berichten²².

2.1.3.1 Sachverhalt

In dem Anfechtungsprozess haben die Kläger u. a. Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom August 2006 über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat sowie die Schaf-

18 Habersack, in: AktG, 3. Aufl. 2008, § 100 Rn. 68; Krauss, GWR 2009, 288338.

19 Zu Einzelheiten vgl. Knapp, Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften und Directors von Corporations, 2004, S. 286 ff.

20 BGH v. 27. 4. 2009, II ZR 160/08, DStR 2009, 1924.

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

22 OLG München v. 24. 9. 2008, 7 U 4230/07, ZIP 2009, 1667, BeckRS 2008, 21816.

AUFSATZ

fung eines genehmigten Kapitals wegen Verletzung des Auskunftsrechts bzw. unvollständigen Berichts des Aufsichtsrats angefochten. Die Fragen der Kläger nach dem Zeitpunkt der Bezahlung des Honorars an eine Anwaltskanzlei, welcher der Aufsichtsratsvorsitzende der Gesellschaft angehört, und zu einer früheren Kapitalerhöhung waren unbeantwortet geblieben. Im Bericht des Aufsichtsrats wurden Beraterverträge mit der Sozietät des Aufsichtsratsvorsitzenden nicht erwähnt. Das OLG München hat der Anfechtungsklage gegen den Beschluss über die Entlastung des Vorstands stattgegeben.

2.1.3.2 Aussagen des Gerichts

Die hinreichende Beantwortung der Frage nach dem Zeitpunkt der Zahlung des Honorars an die Rechtsanwaltskanzlei, welcher der Aufsichtsratsvorsitzende angehört, sei nach Meinung des OLG München erforderlich gewesen, da der Zeitpunkt dieser Zahlungen im Hinblick auf die Regelungen der §§ 113, 114 AktG für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Vorstandshandelns von Bedeutung sei. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei der Zeitpunkt dieser Zahlungen auch nicht deshalb unerheblich, weil der Aufsichtsrat zu allen Mandaten der Rechtsanwaltskanzlei die Zustimmung erteilt habe und der Hauptversammlung mitgeteilt worden sei, der Aufsichtsrat habe vorsorglich sämtliche Mandate nachträglich genehmigt. Der Aktionär müsse in die Lage versetzt werden, zu beurteilen, ob zu den Zahlungszeitpunkten ein Beschluss gemäß § 114 AktG vorgelegen habe und ob die nachträgliche Genehmigung durch den Aufsichtsrat den gesetzlichen Anforderungen genüge. Aus diesem Grunde war der Entlastungsbeschluss anfechtbar.

Im Bericht des Aufsichtsrats müsse nicht über alle Umstände berichtet werden, die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens des Aufsichtsrats bzw. für eine Billigung seines Handelns relevant sein können. Das OLG München stellt klar, dass der Aufsichtsrat seine Pflichten aus § 171 AktG nicht dadurch verletzt habe, dass er im Bericht an die Hauptversammlung nicht über die Mandatierung der Rechtsanwaltskanzlei berichtet habe.

Die Pflicht, über solche Umstände zu berichten, folge nach Auffassung des Gerichts auch nicht aus § 161 AktG i. V. m. den Regelungen des DCGK. Die Berichtspflicht des Aufsichtsrats nach Ziff. 5.5.3 DCGK beziehe sich nur auf „aufgetretene“ Interessenkonflikte und begründe nicht die Pflicht, über jeden Vertrag zu berichten, der einen Interessenkonflikt begründen könnte. Außerdem sprächen systematische Gründe dagegen, die Berichtspflicht der Ziff. 5.5.3 des Kodex auf die in Ziff. 5.5.4 erwähnten Verträge zu erstrecken.

2.1.3.3 Stellungnahme

Das OLG München stellt zutreffend fest, dass Beraterverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern bzw. mit Gesellschaften, an denen sie beteiligt sind, der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen und die Gesellschaft aufgrund derartiger Verträge nur Leistungen erbringen darf, wenn die Zustimmung des Aufsichtsrats im Leistungszeitpunkt vorliegt. Leistet der Vorstand ohne Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats, verletzt er seine Pflichten. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Aufsichtsrat den Beratervertrag nachträglich genehmigt. Bemerkenswert sind auch die Ausführungen des Gerichts zur Relevanz des Zeitpunkts der Zahlung des Honorars an die Rechtsanwaltskanzlei, welcher der Aufsichtsratsvorsitzende angehörte.

Zweifelhaft ist hingegen die Auffassung des Gerichts, aus § 161 AktG i. V. m. den Empfehlungen des DCGK folge die generelle Pflicht des Aufsichtsrats, im schriftlichen Bericht an die Hauptversammlung über aufgetretene Interessenkonflikte zu

berichten; eine Verletzung dieser Pflicht führe dann zur Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses. Dem ist entgegenzuhalten, dass der notwendige Inhalt des Berichts des Aufsichtsrats in § 171 AktG geregelt ist²³. Die Empfehlung in Ziff. 5.5.3 DCGK kann nach zutreffender Ansicht auch nicht über § 161 AktG zu einer gesetzlichen Vorgabe für den Bericht des Aufsichtsrats aufgewertet werden. Das OLG München lässt unberücksichtigt, dass die Empfehlungen des Kodex keine Gesetzesqualität haben²⁴.

2.2 Haftungsfragen

Auch im aktuellen Berichtszeitraum sind wieder einige wichtige Entscheidungen zur persönlichen Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern ergangen.

2.2.1 Pflichten des Aufsichtsrats nach Feststellung der Insolvenzreife der Gesellschaft

Der BGH hat mit seinem Urteil vom 16. 3. 2009²⁵ die Haftung von Aufsichtsräten bei Insolvenz der AG konkretisiert. Danach haften die Mitglieder des Aufsichtsrats, wenn sie schuldhaft nicht verhindern, dass der Vorstand entgegen § 92 Abs. 2 AktG nach dem Eintritt der Insolvenz Zahlungen leistet.

2.2.1.1 Sachverhalt

Der Kläger ist Insolvenzverwalter der E-AG. Der Beklagte war Vorsitzender des Aufsichtsrats und hatte dem Hauptaktionär und Vorstandsmitglied ein Darlehen gewährt; dieses Darlehen hatte der Vorstand wiederum aufgrund eines weiteren Darlehensvertrags an die E-AG weitergereicht. Nach beiden Darlehensverträgen war die Rückzahlung teils Ende 2000, teils Ende 2001 fällig. Die E-AG zahlte im Januar 2002 insgesamt 153 387,56 € an den Beklagten; als Tilgungszweck war jeweils „Rückzahlung Gesellschafterdarlehen“ angegeben. Bereits in der Aufsichtsratssitzung vom 31. 10. 2001 waren wirtschaftliche Schwierigkeiten der E-AG erörtert worden. Ausweislich der Handelsbilanz war die E-AG zum 31. 12. 2001 rechnerisch überschuldet. Der Kläger verlangt vom Beklagten u. a. die Rückzahlung der 153 387,56 €.

Der BGH entschied, dass der beklagte Aufsichtsratsvorsitzende gemäß §§ 116, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG zur Rückzahlung verpflichtet ist, weil er die wegen der Überschuldung der Gesellschaft gemäß § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG verbotene Zahlung nicht verhindert hat.

2.2.1.2 Aussagen des Gerichts

Der BGH stellt zunächst klar, dass Zahlungen nach § 92 Abs. 2 AktG nicht erst nach Ablauf der dreiwöchigen Frist für die Stellung des Insolvenzantrags (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO), sondern bereits ab dem Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung verboten sind. Dies hatte das Berufungsgericht noch anders beurteilt.

Zur Aufsichtsratshaftung nach § 116 AktG betont der BGH, dass die Aufsichtsratsmitglieder darlegen und beweisen müssten, dass sie ihre Pflichten erfüllt haben oder dass sie jedenfalls an der Nichterfüllung kein Verschulden trifft. Die Gesellschaft müsse nur darlegen, dass ihr durch ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten bzw. Unterlassen des Organmitglieds ein Schaden entstanden ist.

Das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG richtet sich zwar nur an den Vorstand als das geschäftsleitende Organ der

²³ *Ziemons*, FD-HGR 2008, 269757.

²⁴ Vgl. *Hüffer*, AktG, 8. Aufl. 2008, § 161 Rn. 3 f.

²⁵ BGH v. 16. 3. 2009, II ZR 280/07, DStR 2009, 1157.

AUFSATZ

Aktiengesellschaft. Den Aufsichtsrat treffen aber Informations-, Beratungs- und Überwachungspflichten. Nach Ansicht des BGH muss sich ein Aufsichtsratsmitglied dabei ein genaues Bild von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft verschaffen und insbesondere in einer Krisensituation alle ihm nach §§ 90 Abs. 3, 111 Abs. 2 AktG zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen. Erforderlichenfalls müsste der Aufsichtsrat ein ihm unzuverlässig erscheinendes Vorstandsmitglied abberufen.

Weiter hält der BGH im Anschluss an seine *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung daran fest, dass der Aufsichtsrat nach §§ 111 Abs. 1, 112 AktG verpflichtet ist, Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder geltend zu machen²⁶. Ebenso müsse er einen Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verfolgen. Nach Auffassung des BGH gehöre es zu seinen allein am Unternehmenswohl orientierten Pflichten, die Rechtslage zu begutachten, die Prozessrisiken abzuwägen, die Einbringlichkeit der Forderung abzuschätzen und zu prüfen, ob ausnahmsweise Gründe vorliegen, die es angezeigt erscheinen lassen, die Forderung dennoch nicht oder nicht in voller Höhe geltend zu machen. Verstößt der Aufsichtsrat gegen diese Pflichten, hafte er seinerseits nach §§ 116, 93 Abs. 2 AktG.

2.2.1.3 Stellungnahme

Der BGH schreibt Aufsichtsratsmitgliedern erneut einen strengen Pflichtenkanon vor. Offen gelassen hat der BGH jedoch, ob nach Treu und Glauben eine D&O-Versicherung – falls eine solche abgeschlossen worden wäre – vorrangig hätte in Anspruch genommen werden müssen. Jedenfalls habe der Aufsichtsrat mangels entsprechender Satzungsregelung keinen Anspruch auf den Abschluss einer solchen Versicherung. Damit schied auch ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Aufsichtsratsmitglieds wegen Nichtabschlusses einer D&O-Versicherung aus. In diesem Zusammenhang ließ der BGH außerdem die umstrittene Frage offen, wer für den Abschluss einer D&O-Versicherung zugunsten des Aufsichtsrats verantwortlich ist, die Hauptversammlung oder der Vorstand. Eine D&O-Versicherung dürfte jedoch nach zutreffender Auffassung kein Vergütungsbestandteil sein und damit auch nicht nach § 113 Abs. 1 Satz 2 AktG in die Kompetenz der Hauptversammlung fallen²⁷.

2.2.2 Schadensersatz gegen Vorstand und Aufsichtsrat mangels Mitwirkung bei Abwendung der Insolvenzreife („Kloster Andechs Gastronomie AG“)

Das OLG München hat die Klage einer Aktiengesellschaft gegen ehemalige Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder auf Zahlung von Schadensersatz wegen pflichtwidriger Unterlassung der Einberufung von Aufsichtsratssitzungen und damit einhergehend unterlassener Veranlassung entsprechender Beschlüsse zur Vermeidung der Insolvenz der Gesellschaft abgewiesen²⁸.

2.2.2.1 Sachverhalt

Im April 2004 hatte der Aufsichtsratsvorsitzende eine für Mitte Mai 2004 anberaumte Aufsichtsratssitzung abgesagt. Weder dem Verlangen des Vorstands S. noch der Bitte eines Aufsichtsratsmitglieds, eine Aufsichtsratssitzung einzuberufen, um

eine Kapitalerhöhung durch Ausgabe neuer Aktien zu einem Ausgabebetrag in Höhe des 25- bis 40-fachen des Nennbetrages in die Wege zu leiten, kam der Aufsichtsratsvorsitzende nach. Als besagtes Aufsichtsratsmitglied schließlich selbst eine Aufsichtsratssitzung für Juli 2004 einberief, nahmen der Aufsichtsratsvorsitzende und weitere Aufsichtsratsmitglieder daran nicht teil. Erst im August 2004 fanden eine Aufsichtsratssitzung und im September eine außerordentliche Hauptversammlung statt, die sich u. a. mit der Sanierung der AG befassten. Im November 2004 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet. Durch die Insolvenz wurde das Grundkapital der AG i. H. von 330 000 € vernichtet, welches nun als Schadensersatz von den Beklagten verlangt wurde. Das OLG München hat die Klage abgewiesen; der BGH hat die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen, so dass das Berufungsurteil rechtskräftig ist²⁹.

2.2.2.2 Aussagen des Gerichts

Neben interessanten Ausführungen zur Unwirksamkeit der Abtretung der Klageforderung an eine englische Limited, die über keine behördliche Erlaubnis zur Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten nach § 1 RBerG verfügt, enthält das Urteil des OLG München auch einige wichtige Aussagen zu den Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern im Zusammenhang mit einer Krise der Gesellschaft und der Durchführung von Kapitalerhöhungen.

Das OLG München lässt im Ergebnis zwar offen, ob dem Aufsichtsratsvorsitzenden wegen der nicht rechtzeitigen Einberufung von Aufsichtsratssitzungen eine Pflichtverletzung vorzuwerfen sei. Denn in jedem Fall sei der Nachweis eines durch die Nichteinberufung der Aufsichtsratssitzungen verursachten kausalen Schadens nicht geführt worden.

Dies folge zum einen daraus, dass bei dem Einberufungsverlangen von Anfang April 2004 vom Einberufungsgrund der Beschaffung neuen Kapitals zur Abwendung einer drohenden Krise nicht die Rede war. Bei der Aufsichtsratssitzung vom März 2004 hatte das die Klage betreibende Vorstandsmitglied S. zum aktuellen Stand der wirtschaftlichen Lage, mitgeteilt, dass keine Insolvenz drohe und auch keine Insolvenzgefahr bestehe. In der von S. an den Aufsichtsratsvorsitzenden einen Tag zuvor übersandten Gewinn- und Verlustrechnung per 31. 12. 2003 ergab sich ein Jahresüberschuss von ca. 170 000 €. Damit fehlten für den beklagten Aufsichtsratsvorsitzenden Anhaltspunkte für die Annahme einer Insolvenzgefahr.

Außerdem bestand nach Auffassung des Berufungsgerichts für den Aufsichtsratsvorsitzenden keine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht zu einem entsprechenden positiven Abstimmungsverhalten bei der Beschlussfassung über die beantragten Kapitalerhöhungen. Die Kapitalerhöhungen wären in der vorgeschlagenen Form zur Bewältigung einer drohenden Insolvenz rechtlich nicht zulässig gewesen. Die Ausgabe neuer Aktien zu einem Ausgabebetrag in Höhe des 25- bis 40-fachen des Nennbetrages stelle kein schlüssiges Sanierungskonzept dar, weil ein solches Vorgehen bei drohender Insolvenz die Gefahr in sich getragen habe, dass das anlageinteressierte Publikum sich über den inneren Wert der Aktie getäuscht gefühlt hätte.

2.2.2.3 Stellungnahme

Die Entscheidung des OLG München ging zwar für die betroffenen Organmitglieder letztlich positiv aus. Allerdings spielten dabei die Besonderheiten des Einzelfalls eine entscheidende Rolle. Die unterlassene Einberufung der Aufsichtsratssitzung

26 BGH v. 21. 4. 1997, II ZR 175/95, DStR 1997, 880.

27 Kort, DStR 2006, 799, 802; a. A. Hüffer, (Fn. 24), § 113 Rn. 2a.

28 OLG München v. 12. 3. 2008, 7 U 3543/07, AG 2008, 638, BeckRS 2008, 07390. Das LG München I hatte der Klage in der ersten Instanz stattgegeben, vgl. LG München I v. 31. 5. 2007, 5 HKO 11977/06, NZI 2007, 609, hierzu Knapp, DStR 2008, 1045, 1051 f.

29 BGH v. 9. 3. 2009, II ZR 127/08, BeckRS 2009, 08273.

AUFSATZ

stellte deshalb keine Pflichtverletzung dar, weil für den Aufsichtsrat wohl doch keine hinreichenden Anhaltspunkte für das Vorliegen einer akuten Krise der Gesellschaft erkennbar waren. Hinzu kam, dass angesichts der rechtlich unzulässigen Ausgestaltung der beantragten Kapitalerhöhung auch keine Treuepflicht zur Zustimmung bestand. Schließlich war die Kausalität für den geltend gemachten Schaden nicht gegeben³⁰.

Unabhängig hiervon gilt jedoch generell, dass sich beim (tatsächlichen) Eintritt einer Krise der Gesellschaft die Überwachungspflichten der Aufsichtsratsmitglieder intensivieren³¹. Jedes einzelne Mitglied des Aufsichtsrats sollte darauf achten, dass Aufsichtsratsitzungen nicht nur turnusgemäß, sondern bei Bedarf auch außerordentlich und kurzfristig einberufen werden. Der Aufsichtsrat muss außerdem auf die Ergreifung von Maßnahmen zur Behebung einer Krise hinzuwirken und eine entsprechende Entscheidungsfindung samt alternativen Entscheidungsvarianten sorgfältig dokumentieren, um Haftungsrisiken zu vermeiden.

2.2.3 Pflichten des Aufsichtsrats im faktischen Aktienkonzern und bei upstream-Darlehen („MPS“)

Mit Urteil vom 1. 12. 2008 hat der BGH wichtige Fragen im Zusammenhang mit der Gewährung sog. „upstream-Darlehen“ durch eine abhängige AG an ihre Mehrheitsaktionärin und daraus folgende Pflichten der Verwaltungsorgane der abhängigen Gesellschaft geklärt³².

2.2.3.1 Sachverhalt

Der Kläger ist Insolvenzverwalter einer AG, die ihrer Mehrheitsaktionärin über einen Zeitraum von mehreren Jahren insgesamt 25 Darlehen ausgereicht hatte, die die Darlehensnehmerin zu einer Vielzahl von Grundstückskäufen verwendete. Die Darlehen wurden zu marktüblichen Zinssätzen, aber ohne Sicherheiten ausgereicht und waren jederzeit mit Monatsfrist kündbar; eine Kündigung erfolgte jedoch nicht. Sowohl die AG als auch die Mehrheitsaktionärin, eine GmbH, meldeten später Insolvenz an. In der Insolvenz der GmbH erwiesen sich die Darlehensforderungen der AG als uneinbringlich. Der klagende Insolvenzverwalter der AG wandte sich sodann mit Schadensersatzansprüchen aus § 318 Abs. 2 AktG gegen Mitglieder des Aufsichtsrats.

Die Instanzgerichte gaben der Klage im Wesentlichen statt. Das OLG Jena³³ sah bereits im Abschluss der Darlehensverträge ohne Besicherung ein nachteiliges Rechtsgeschäft i. S. von § 311 Abs. 1 AktG sowie einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 57 AktG. Hierbei berief sich das OLG Jena auf das sog. November-Urteil des BGH vom 24. 11. 2003 zum Cash-Pooling³⁴.

2.2.3.2 Aussagen des Gerichts

Der BGH hob das Urteil des OLG Jena auf und entschied in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 30 GmbHG, dass es für die Frage, ob ein nachteiliges Rechtsgeschäft i. S. des § 311 Abs. 1 AktG vorliegt, auf die bilanzielle Betrachtungsweise ankomme. Entscheidend sei danach, ob der Darlehensrückzahlungsanspruch zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung

nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung als werthaltig anzusehen war. Im Entscheidungsfall war die Werthaltigkeit zum Gewährungszeitpunkt unstreitig.

Der BGH stellt fest, dass die bilanzielle Betrachtungsweise nicht nur im Rahmen der Kapitalschutz- und Einlagenrückgewährvorschriften der §§ 57 AktG, 30 GmbHG gilt, sondern auch im Rahmen des Nachteilsausgleichs im Konzern nach § 311 Abs. 1 AktG. Für die Zulässigkeit von upstream-Darlehen kommt es demnach in allen Sachverhalten einheitlich auf die Werthaltigkeit nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung im Rahmen der Bilanzierung (§ 253 HGB) an. Eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Darlehensrückzahlung ist ausdrücklich nicht erforderlich. Die Organe der darlehensgebenden Gesellschaft haben lediglich im Rahmen ihrer allgemeinen Sorgfaltspflicht gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG etwaige konkrete Ausfallrisiken zu prüfen.

2.2.3.3 Stellungnahme

Das Urteil ist für die Praxis v. a. deshalb bedeutend, weil darin erstmals konkrete Vorgaben für den Umfang nachträglicher Kontrollpflichten der Organe des Kreditgebers aufgestellt werden. Die hierzu vom BGH angestellten Überlegungen dürften auch außerhalb von Konzernsachverhalten und auch für GmbH-Geschäftsführer Anwendung finden. Im Urteilsfall war das upstream-Darlehen jederzeit zum Ende eines Kalendermonats kündbar; eine Pflichtverletzung der Organmitglieder kann dann darin liegen, dass eine Darlehenskündigung (beziehungsweise die Anforderung von Sicherheiten) trotz verschlechterter Bonität der Muttergesellschaft unterblieben ist³⁵. Praxisrelevant ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Aussage des BGH, wonach die Einrichtung eines geeigneten „Frühwarnsystems“ zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft erforderlich sein kann. Für die Gestaltungspraxis folgt daraus, dass Cash-Pool-Verträge und upstream-Darlehensverträge möglichst umfassende Informationspflichten und kurze Kündigungsfristen enthalten sollten.

3. Zusammenfassung und Ausblick

Die neuen Gesetze und die erörterten Entscheidungen zum Recht des Aufsichtsrats machen deutlich, dass die Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder weiter steigen. Angesichts der Finanzkrise werden insbesondere die Vorstandsvergütung und die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern weiterhin rege diskutiert werden. Die sicher weiter zunehmende Zahl von Haftungsprozessen aufgrund der Vielzahl von Unternehmensinsolvenzen verlangt große Sorgfalt von den Organmitgliedern und rechtzeitige Inanspruchnahme von Beratung. Im Koalitionsvertrag der neuen Bundesregierung ist vereinbart, die Professionalisierung der Aufsichtsratsarbeit zu unterstützen und hinsichtlich der Größe von Aufsichtsräten in Gespräche einzutreten³⁶. Während der Koalitionsverhandlungen verlautete, dass die Aufsichtsratsgröße drastisch verringert und die Anzahl von Mandaten beschränkt werden solle³⁷. Es ist jedenfalls damit zu rechnen, dass der Aufsichtsrat auch weiterhin gesetzlichen Reformen unterzogen werden wird.

30 So bereits *Krüger/Achtnik*, NZI 2007, 612, 613, und *Knapp*, DStR 2008, 1045, 1052.

31 *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl. 2002, § 3 Rn. 87 ff.

32 BGH v. 1. 12. 2008, II ZR 102/07, DStR 2009, 234.

33 OLG Jena v. 25. 4. 2007, 6 U 947/05, NZG 2008, 275.

34 BGH v. 24. 11. 2003, II ZR 171/01, DStR 2004, 427.

35 Näher hierzu *Kollmorgen/Santelmann/Weiß*, BB 2009, 1818 ff.

36 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP vom 26. 10. 2009, S. 23.

37 Online-Ausgabe des Handelsblatts vom 12. 10. 2009.