

Die Entwicklung des Rechts des Aufsichtsrats im Jahr 2012 – 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 Organmitgliedern und Beratern von Aktiengesellschaften wieder einen Überblick über die aktuelle Rechtsentwicklung geben. Hierzu werden Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, Gesetzesänderungen zum Aktienrecht und ausgewählte Gerichtsentscheidungen aus dem Jahr 2012 vorgestellt.

1. Gesetzgebung und Kodex

Der Deutsche Corporate Governance Kodex wurde am 15. 5. 2012 geändert¹. Der Gesetzgeber hingegen hat im vergangenen Jahr im Bereich des Aktienrechts eine Pause eingelegt, so dass insoweit nur von Gesetzgebungsvorhaben berichtet werden kann.

1.1 Gesetzgebung

Der Bundestag hat den Regierungsentwurf der Aktienrechtsnovelle Ende November 2012 in erster Lesung behandelt². Derzeit sind die Ausschüsse mit dem Vorhaben befasst. Aus der ehemaligen Aktienrechtsnovelle 2011 wird wohl eine Aktienrechtsnovelle 2013 werden, die möglicherweise mit weiteren Änderungen im Umwandlungsrecht³ oder gar mit einer Reaktion auf die durch den schweizerischen Volksentscheid erneut entfachte Debatte über die Vorstandsvergütung verbunden wird.

Verschiedene Politiker haben hierzu bereits vorgeschlagen, die Hauptversammlung von börsennotierten Gesellschaften nicht mehr nur konsultativ (§ 120 Abs. 4 AktG), sondern bindend über die Vorstandsvergütung entscheiden zu lassen⁴. Die Bundesregierung befürwortet eine Initiative der EU, die nach dem Vorbild der jüngsten Entwicklungen in der Schweiz die Vergütungshoheit vom Aufsichtsrat auf die Hauptversammlung überleiten möchte. Dabei ist aus Sicht des Praktikers zu bedenken, dass eine solche Kompetenzänderung die Organisationsstruktur der deutschen AG erheblich stören würde. Anders als in der Schweiz mit Generalversammlung und Verwaltungsrat ist die deutsche AG nicht nur auf zwei, sondern auf drei Säulen aufgebaut: Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand. Die Entscheidung über die Vorstandsvergütung an die Hauptversammlung zu delegieren bedeutet in der Konsequenz, dass die Hauptversammlung auch über die Bestellung der Vorstandsmitglieder befinden

müsste. In der weiteren Konsequenz müsste § 87 AktG auch für den Beschluss der Hauptversammlung gelten, so dass sich ein neues, lukratives Feld für Anfechtungskläger auf tun würde, die auf diese Weise sogar die Bestellung und Vergütung der Vorstandsmitglieder zu Fall bringen oder zumindest in der Schwebe halten könnten. Schon daran zeigt sich, dass der aktuelle Vorschlag völlig überhastet und undurchdacht ist. Die weitere Entwicklung der Diskussionen bleibt abzuwarten.

1.2 Kodex

Die Neufassung des Deutschen Corporate Governance Kodex vom 15. 5. 2012 hat eine Reihe von Änderungen für den Aufsichtsrat gebracht:

Neu aufgenommen wurde die Empfehlung, dass bei Wahlvorschlägen zum Aufsichtsrat die Beziehungen der Kandidaten zu Aktionären offengelegt werden sollen, die direkt oder indirekt mehr als 10 % der stimmberechtigten Aktien halten (Ziff. 5.4.1. des Kodex).

Dem Aufsichtsrat soll, wie bislang, eine nach seiner Einschätzung angemessene Anzahl unabhängiger Mitglieder angehören. Nicht als unabhängig anzusehen ist nach der Negativdefinition des Kodex ein Aufsichtsratsmitglied, das in einer „persönlichen oder geschäftlichen Beziehung zu der Gesellschaft, deren Organen, einem kontrollierenden Aktionär oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen“ steht (Ziff. 5.4.2. des Kodex). Hiervon unberührt bleiben die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.

Ferner hat die Regierungskommission die Empfehlung für die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder geändert und ihre bisherige Empfehlung für eine erfolgsorientierte Aufsichtsratsvergütung aufgegeben (Ziffer 5.4.6 des Kodex). Die variable Vergütung wird nur noch als möglicher Zusatz neben einer Fixvergütung erwähnt mit der Empfehlung, dass die variable Komponente auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung ausgerichtet sein soll. Die Änderung bedeutet aus praktischer Sicht aber auch, dass beispielsweise eine an der Dividende ausgerichtete Tantieme für Aufsichtsratsmitglieder, wie sie in der Praxis häufig gewährt wird, mit der aktualisierten Kodexempfehlung nicht mehr konform ist. Daher werden eine ganze Reihe von Gesellschaften ihre Entsprechenserklärung entsprechend einzuschränken haben, bis in den Hauptversammlungen der Saison 2013 eine Änderung der Vergütung des Aufsichtsrats beschlossen wird⁵.

Schließlich wurde die Empfehlung zur Offenlegung von Interessenkonflikten gemäß Ziff. 5.5.2 des Kodex durch den Ersatz der „Beziehungen zu Geschäftspartnern“ durch „Beziehungen zu sonstigen Dritten“ nur geringfügig erweitert. Dies ergibt sich aus der beibehaltenen Verwendung des Wortes „insbesondere“. Ob damit allerdings eine größere Klarheit verbunden ist, darf bezweifelt werden⁶.

* Dr. Christoph Knapp ist Partner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht bei Seitz Weckbach Fackler & Partner in Augsburg.

1 Im Detail dazu Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, NZG 2012, 1081 ff.

2 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2012), BT-Drs. 17/8989 v. 14. 3. 2012.

3 Schreiben des BMJ v. 30. 11. 2012, abrufbar unter http://www.jura.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Juristische_Fakultaet/Noack/Texte/Aktienrechtsnovelle.pdf.

4 F.A.Z. v. 8. 3. 2013, S. 14.

5 Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, NZG 2012, 1081, 1088.

6 Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, NZG 2012, 1081, 1089.

AUFSATZ

Neben diesen inhaltlichen Änderungen hat die Regierungskommission die bisherigen Anregungen, wonach der Aufsichtsrat bei Bedarf ohne den Vorstand tagen (Ziff. 3.6 Abs. 2), der Aufsichtsratsvorsitzende nicht den Vorsitz im Prüfungsausschuss innehaben (Ziff. 5.2 Abs. 2 Satz 2) sowie der Vorsitzende des Prüfungsausschusses unabhängig sein soll (Ziff. 5.3.2), zu Empfehlungen aufgewertet.

2. Rechtsprechung

Der BGH und einige Oberlandesgerichte haben im Jahr 2012 verschiedene für die Praxis des Aufsichtsrats relevante Entscheidungen getroffen, insbesondere zur Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern, zu den Berichts- und Überwachungspflichten, zu Beratungsverträgen sowie zur persönlichen Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern.

2.1 Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern

2.1.1 Zulässigkeit der vorzeitigen Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern

Der BGH hat mit Urteil vom 17. 7. 2012 für Rechtssicherheit bei einer bislang umstrittenen Frage gesorgt, indem er die häufig geübte Praxis der Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern nach einverständlicher Amtsniederlegung früher als ein Jahr vor Ablauf der ursprünglichen Bestelldauer für zulässig erachtet hat⁷.

2.1.1.1 Sachverhalt

In einer Familien-Aktiengesellschaft beschloss der Aufsichtsrat, zwei Vorstandsmitglieder unter einvernehmlicher Aufhebung ihrer noch für weitere drei Jahre laufenden Bestellung für jeweils fünf Jahre erneut zu Vorstandsmitgliedern zu bestellen. Die Aktionäre der Gesellschaft, zwei Familienstämme, waren offenbar bereits anderweitig zerstritten, was aber nicht unmittelbar Gegenstand der Beschlüsse war. Gegen die Aufsichtsratsbeschlüsse wandte sich der Kläger als Mitglied des Aufsichtsrats im Wege einer Feststellungsklage mit der Begründung, die Wiederbestellung der beiden Vorstandsmitglieder sei nichtig, da sie gegen die gesetzliche Bestimmung verstoße, dass die Wiederbestellung frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit zulässig sei (§ 84 Abs. 1 Satz 3 AktG). Außerdem sei der Beschluss rechtsmissbräuchlich, weil er vor dem Hintergrund der Streitigkeiten zwischen den Familienstämmen gefasst worden sei, um für den am nächsten Tag von der Hauptversammlung zu wählenden neuen Aufsichtsrat vollendete Tatsachen zu schaffen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen⁸, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben⁹. Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben und das erstinstanzliche Urteil wiederhergestellt.

2.1.1.2 Aussagen des Gerichts

Der BGH stellt überzeugend fest, dass es sich bei einer einvernehmlichen Aufhebung der Bestellung eines Vor-

standsmitglieds und einer sich unmittelbar anschließenden Wiederbestellung nicht um einen in § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG geregelten Fall handle. Mit der einvernehmlichen Aufhebung nämlich ende die bisherige Amtszeit des Vorstandsmitglieds, so dass die sich daran anschließende Wiederbestellung nicht früher als ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit erfolge. Eines besonderen Grundes für die vorzeitige Wiederbestellung bedarf es nach Ansicht des BGH nicht.

Auch stelle die Vorgehensweise keine unzulässige Umgehung des Verbots aus § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG dar. Die Norm wolle lediglich sicherstellen, dass der Aufsichtsrat zumindest alle fünf Jahre einen Beschluss über die wiederholte Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit der Vorstandsmitglieder fasst. Außerdem wolle das Gesetz verhindern, dass sich die Gesellschaft jeweils länger als fünf Jahre an ein Vorstandsmitglied bindet und dadurch wirtschaftlich untragbare Belastungen entstehen. Dieser Gesetzeszweck sei durch die vorliegende Fallgestaltung aber weder vereitelt noch beeinträchtigt. Indem das Vorstandsmitglied nach der Amtsniederlegung ab diesem Zeitpunkt für fünf Jahre neu bestellt wird, sei die Bindungsfrist sogar noch kürzer, als es die gesetzliche Regelung für den Fall, dass die bisherige Bestellung nicht vorzeitig endet, als äußerste Grenze zulässt. Denn in diesem Fall könne sich der Aufsichtsrat, wenn er über eine fünfjährige Verlängerung ein Jahr vor Ablauf der Amtszeit befindet, sogar für sechs Jahre binden.

Schließlich bemerkt der BGH noch, dass die einvernehmliche Aufhebung der bestehenden Bestellung und die anschließende Wiederbestellung des Vorstandsmitglieds zwar im Einzelfall rechtsmissbräuchlich sein können. Im entschiedenen Fall sah der BGH dafür jedoch keine Anhaltspunkte. Dagegen spreche schon der Umstand, dass der Beschluss von den Mitgliedern des Aufsichtsrats einstimmig gefasst worden ist. Obwohl der sechsköpfige Aufsichtsrat von den Familienstämmen paritätisch besetzt war, habe sich der Streit dieser Stämme auf die angefochtene Entscheidung des Aufsichtsrats nicht ausgewirkt. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Aufsichtsratsbeschlüsse beruhten offenkundig nicht auf sachlichen Erwägungen, sondern seien vor dem Hintergrund der Streitigkeiten zwischen den Familienstämmen gefasst worden, um für den am nächsten Tag von der Hauptversammlung zu wählenden neuen Aufsichtsrat „vollendete Tatsachen“ zu schaffen, reiche für einen Rechtsmissbrauch nicht aus.

2.1.1.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Die Entscheidung des BGH überzeugt und gibt der Praxis endlich Rechtssicherheit. Nach dem Berufungsurteil des OLG Zweibrücken hatten die Kommentatoren noch von der vorzeitigen Abberufung und sofortigen Wiederbestellung abgeraten¹⁰. Nunmehr kann diese Gestaltungsvariante für den Regelfall als höchstrichterlich „abgesegnet“ und damit als unbedenklich angesehen werden.

Börsennotierte Gesellschaften müssen aber, wenn ihr Aufsichtsrat die jetzt für zulässig erklärte Vorgehensweise wählt und keine „besonderen Umstände“ gegeben sind, in ih-

7 BGH v. 17. 7. 2012, II ZR 55/11, DStR 2012, 1869.

8 LG Frankenthal v. 22. 4. 2010, 2 HKO 89/09, BeckRS 2010, 15165.

9 OLG Zweibrücken v. 3. 2. 2011, 4 U 76/10, NZG 2011, 433.

10 *Wilsing/Meyer*, GWR 2011, 182; *Bosse/Hinderer*, NZG 2011, 605; *Knapp*, DStR 2012, 364, 365.

AUFSATZ

rer Entsprechenserklärung nach § 161 AktG eine Abweichung von der Empfehlung in Ziff. 5.1.2 Abs. 2 des Kodex angeben und begründen. Als Beispiele für „besondere Umstände“ im Sinne dieser Kodexempfehlung kommt beispielsweise in Betracht, dass ein Vorstandsmitglied während seiner laufenden Amtszeit zum Vorsitzenden des Vorstands bestellt wird oder ein Vorstandsmitglied von dritter Seite ein Angebot erhält und bei seinen „Bleibeverhandlungen“ die Verlängerung seiner Amtszeit wünscht¹¹.

Die Andeutung des BGH, dass ein entsprechender Beschluss im Einzelfall rechtsmissbräuchlich sein könne, darf freilich im Einzelfall nicht übersehen werden. Die Hürden für einen Rechtsmissbrauch scheinen aber sehr hoch zu sein, wie die konkrete Entscheidung zeigt. Der BGH hat den Streit unter den Aktionärsstämmen für nicht ausreichend angesehen, obwohl am Tag nach der streitigen Aufsichtsratssitzung eine Hauptversammlung mit Neuwahlen zum Aufsichtsrat stattfand.

2.1.2 Verstoß gegen Gebot unbedingter Offenheit gegenüber dem Aufsichtsrat

Das OLG München hat die Voraussetzungen der Abberufung und Kündigung eines Vorstandsmitglieds beim Verstoß gegen das Gebot unbedingter Offenheit gegenüber dem Aufsichtsrat konturiert¹².

2.1.2.1 Sachverhalt

Der klagende Alleinvorstand streitet mit der beklagten AG über die Abberufung aus seinem Amt und die Kündigung des Vorstandsdienstvertrags durch den Aufsichtsrat. Der Vorstand schloss in eigenen Angelegenheiten mit einer anderen Gesellschaft einen Beratervertrag. In seinem Vorstandsdienstvertrag war eine Nebentätigkeitsgenehmigung enthalten. Mit Schreiben vom 24. 2. 2010 forderte der Aufsichtsratsvorsitzende den Vorstand unter Fristsetzung bis zum 29. 3. 2010 auf, den Beratervertrag mit dieser Gesellschaft zu beenden, da ein Interessenkonflikt und ein „klarer Straftatbestand“ vorlägen. Am gleichen Tag versandte der Aufsichtsratsvorsitzende an den Vorstand eine E-Mail, mit der die Frist zur Stellungnahme auf den 1. 3. 2010 verkürzt wurde, und begründete dies mit einem Schreibversehen bei der ersten Fristsetzung. Der Vorstand erteilte keine Auskunft, sondern schrieb nur zurück, er werde innerhalb angemessener Frist antworten. Der Aufsichtsrat fasste unmittelbar nach Ablauf der (verkürzten) Frist am 2. 3. 2010 Beschlüsse über die Abberufung und Kündigung des Vorstandsdienstvertrags. Das OLG München erklärte die Abberufung aus dem Vorstandsamt für wirksam, nicht jedoch die Kündigung des Dienstvertrags.

2.1.2.2 Aussagen des Gerichts

Die Tatsache, dass der Vorstand die Fragen des Aufsichtsratsvorsitzenden nicht beantwortet hatte, weder rechtzeitig noch vollständig, stellt nach Auffassung des OLG München einen wichtigen Grund für die Abberufung als Vorstand nach

§ 84 Abs. 3 AktG dar. Die Verletzung des Gebots der unbedingten Offenheit sei als Abberufungsgrund anerkannt¹³ und beruhe letztlich auf dem Gedanken gegenseitigen Vertrauens zwischen Vorstand und Aufsichtsrat. Aufgrund der langen Dauer bis zum regulären Ende der Organstellung (im entschiedenen Fall noch ca. zweieinhalb Jahre) und weil eine AG nicht funktionieren könne, wenn das Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört sei, sei für die Gesellschaft ein Abwarten des regulären Endes der Organstellung unzumutbar gewesen.

Das Gericht erklärte aber die Kündigung des VorstandsDienstvertrags für unwirksam. Die Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen Vorstand und Aufsichtsrat stelle zwar prinzipiell einen wichtigen Grund zur Kündigung i. S. von § 626 Abs. 1 BGB dar. Vorliegend sei aber ein Ausnahmefall gegeben, weil auch das Verhalten des Aufsichtsratsvorsitzenden zu der Zerrüttung beigetragen habe. Daher sei es nicht angemessen, den Vorstand zusätzlich zum Verlust seines Amtes auch mit dem Verlust seiner Vergütungsansprüche zu bestrafen. Die Beratungstätigkeit des Vorstands für die andere Gesellschaft sei aufgrund der im VorstandsDienstvertrag enthaltenen Nebentätigkeitsgenehmigung keine Pflichtwidrigkeit gewesen. Deshalb stelle das „schwere Geschütz“ des strafrechtlichen Vorwurfs durch den Aufsichtsratsvorsitzenden einen wesentlichen Beitrag zur Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses dar. Außerdem seien auch die erheblich voneinander abweichenden Fristsetzungen in den Schreiben zu berücksichtigen, die beim Kläger zu dem Eindruck hätten führen können, man nehme ihn nicht ernst.

2.1.2.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Die Entscheidung führt deutlich die Trennung zwischen der dienstvertraglichen und der organschaftlichen Ebene des Rechtsverhältnisses zwischen dem Vorstandsmitglied und der Gesellschaft vor Augen (Trennungstheorie). In der Vertragsgestaltung wird dieser Situation häufig durch die Verwendung sog. Koppelungsklauseln im Dienstvertrag begegnet, wonach die Beendigung der Organstellung auch zur Beendigung des VorstandsDienstvertrags führen soll. Die Zulässigkeit solcher Klauseln ist umstritten. Der BGH hat die Koppelungsklausel im Aktienrecht bisher ohne Weiteres für zulässig erachtet, mildert die Folgen einer Koppelung des Anstellungsverhältnisses an den Bestand des Organverhältnisses allerdings insoweit ab, als er eine Kündigungsfrist implementiert. Bei einer Koppelung des Anstellungsvertrags an den Bestand der Organstellung ist die Kündigung nur mit der Frist des § 622 Abs. 1 BGB möglich, wenn die Kündigung nicht auf einen wichtigen Grund im Sinne des Gesetzes (§ 626 Abs. 1 BGB), sondern ausschließlich auf die Koppelungsklausel gestützt wird¹⁴.

Das OLG München stellt weiter zutreffend fest, dass die Nichtbefolgung eines Auskunftsverlangens des Aufsichtsrats das Vertrauensverhältnis zwischen Aufsichtsrat und Vorstand beschädigt und daher eine Abberufung rechtfertigen kann. In der Regel müssen Vorstandsmitglieder ein Auskunftsverlangen des Aufsichtsrats (§ 90 Abs. 3 AktG) zumindest teilweise

¹¹ Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 4. Aufl. 2010, Rn. 950.

¹² OLG München v. 14. 3. 2012, 7 U 681/11, BeckRS 2012, 13795 (n. rkr., die Nichtzulassungsbeschwerde ist anhängig beim BGH unter II ZR 117/12).

¹³ So auch BGH v. 26. 3. 1956, II ZR 57/55, NJW 1956, 906; Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 84 Rn. 28.

¹⁴ BGH v. 11. 5. 1981, II ZR 126/80, NJW 1981, 2748.

AUFSATZ

innerhalb der gesetzten Frist erfüllen. Dies gelte auch dann, wenn die Frist als unangemessen kurz empfunden werden sollte.

Für die Praxis ist beim Umgang mit einem zerrütteten Vertrauensverhältnis gegenüber dem Vorstand aus Sicht des Aufsichtsrats dringend davor zu warnen, voreilig strafrechtliche Vorwürfe zu erheben oder in sonstiger Weise durch eigenes Verhalten zur Zerrüttung beizutragen, da dies bei einer Interessenabwägung zugunsten des Vorstandsmitglieds wirken kann¹⁵.

2.1.3 Formalien bei Abberufung und Kündigung eines Vorstandsmitglieds

Das OLG Düsseldorf hat zu einigen formalen Fragen bei der Abberufung und Kündigung von Vorstandsmitgliedern Stellung genommen¹⁶.

2.1.3.1 Sachverhalt

Der Kläger war seit ca. einem Jahr Mitglied des Vorstands der beklagten AG. Die Satzung enthält folgende Regelung: „Willenserklärung(en) des Aufsichtsrates und seiner Ausschüsse werden namens des Aufsichtsrates von dem Vorsitzenden oder seinem Stellvertreter abgegeben.“ Im Jahr 2008 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Kläger und dem Aufsichtsrat der Beklagten. Hintergrund war der Umstand, dass die Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft des Aufsichtsratsvorsitzenden für die Beklagte beratend tätig war und aus Sicht des Klägers unberechtigt Leistungen gegenüber der Beklagten abgerechnet hatte. Der Aufsichtsrat warf dem Kläger u. a. beleidigende Äußerungen vor. Am 6. 10. 2009 beschloss er die sofortige Abberufung des Klägers als Vorstand und die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags. Der Aufsichtsratsvorsitzende erklärte die Kündigung gegenüber dem Kläger mit Schreiben vom 6. 10. 2009. Mit Schreiben vom 8. 10. 2009 teilte er dem Kläger mit, dass er als Vorstand abberufen sei. Der Kläger wies die Kündigung wegen fehlender Vorlage einer Vollmachtsurkunde zurück; außerdem machte er die Unwirksamkeit der Kündigung und der Abberufung geltend. Im Laufe des Rechtsstreits erlangte der Aufsichtsrat Kenntnis davon, dass der Kläger bereits im Jahr 2008 Arbeiter der Gesellschaft angewiesen hatte, für ihn während ihrer Arbeitszeit ein Edelstahltor für sein Privathaus anzufertigen. Die hierfür angefallenen Materialkosten hatte der Kläger erstattet, nicht jedoch die Lohnkosten von ca. 750 €. Sowohl das Landgericht Wuppertal als auch das OLG Düsseldorf erachteten die Abberufung und die Kündigung für wirksam und wiesen daher die Klage des Vorstands ab.

2.1.3.2 Aussagen des Gerichts

Das Berufungsgericht stellte zunächst fest, dass eine Zurückweisung der Kündigung nach § 174 Satz 1 BGB wegen fehlender Vorlage einer Vollmachtsurkunde durch den Aufsichtsratsvorsitzenden bei Erklärung der Kündigung nicht in Betracht komme, da die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsratsvorsitzenden in der Satzung geregelt sei.

Die Kündigung des Anstellungsvertrags sei auch nicht wegen Verstoßes gegen ein vertraglich geregeltes Schriftformgebot unwirksam. Der Einwand des Klägers, der Aufsichtsratsvorsitzende hätte mit der Kündigung auch den zugrundeliegenden Beschluss des Aufsichtsrats in schriftlicher Form vorlegen müssen, sei unbegründet. Insoweit stünden zwei Möglichkeiten zur Verfügung, wie der Aufsichtsrat sich eines Mittlers zur Umsetzung seines Beschlusses bedienen kann, nämlich entweder durch Einschaltung eines Stellvertreters oder eines Boten. Wenn der Aufsichtsratsvorsitzende als Vertreter fungiert, bedürfe es keiner Vorlage eines schriftlichen Beschlusses des Aufsichtsrats, sondern lediglich einer schriftlichen Kündigungserklärung.

Schließlich seien Abberufung und Kündigung auch materiell wirksam. Das Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit der Anweisung seiner Untergebenen zur Anfertigung eines Edelstahltors für sein Privathaus stelle eine Pflichtverletzung dar, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der Interessen der Parteien die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses für die Beklagte unzumutbar erscheinen lasse und damit einen wichtigen Grund sowohl i. S. des § 626 Abs. 2 BGB als auch des § 84 Abs. 3 AktG begründe. Der Kündigungsgrund habe auch nachgeschoben werden dürfen. Eines gesonderten Beschlusses bedürfe es nicht, weil der Aufsichtsrat sowohl für die Kündigung als auch die (Prozess-)Vertretung zuständig sei. Für die Abberufung gelte entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung dasselbe.

2.1.3.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Der Aufsichtsratsvorsitzende ist nicht schon von Gesetzes wegen zur Abgabe der für die Umsetzung der Aufsichtsratsbeschlüsse notwendigen Erklärungen zuständig, er bedarf vielmehr einer gesonderten Ermächtigung. Bei einer Bevollmächtigung im Einzelfall ist nach herrschender Meinung § 174 BGB anwendbar, so dass die Kündigung ohne Vorlage einer Vollmacht zurückgewiesen werden kann¹⁷. Zur Vermeidung dieses Risikos sollte daher in der Satzung der AG vorgesehen werden, dass der Aufsichtsratsvorsitzende zur Abgabe von Willenserklärungen des Aufsichtsrats befugt ist¹⁸.

Außerdem gibt die Entscheidung wertvolle Hinweise zum häufig vereinbarten Schriftformerfordernis für Kündigungen. Anders als bei Arbeitsverträgen (§ 623 BGB) bedürfen weder die Kündigung des Vorstandsdienstvertrags noch die Abberufung aus dem Vorstandsamt nach dem Gesetz der Schriftform. Meist sieht jedoch der Dienstvertrag die Schriftform vor, so dass diese vom Aufsichtsrat gewahrt werden muss. In praktischer Hinsicht stellt sich die Frage, ob dabei der Aufsichtsratsbeschluss oder die Kündigungserklärung in schriftlicher Form dem Vorstand zugehen müssen. Das OLG Düsseldorf differenziert in zutreffender Weise danach, ob der Aufsichtsratsvorsitzende oder eine andere zur Erklärung der Kündigung ermächtigte Person als Erklärungsbote oder als Vertreter auftritt. Der Fall des Erklärungsboten ist umstritten. Teilweise wird die Vorlage des schriftlich abgefassten

¹⁵ Henne, GWR 2012, 347.

¹⁶ OLG Düsseldorf v. 24. 2. 2012, I-16 U 177/10, BeckRS 2012, 11650 (rkr.).

¹⁷ OLG Düsseldorf v. 17. 11. 2003, I-15 U 225/02, NZG 2004, 141.

¹⁸ So auch von Medem, GWR 2012, 344.

AUFSATZ

und von allen Beteiligten unterzeichneten Beschlusses des Aufsichtsrats oder wenigstens des Protokolls verlangt¹⁹. Wenn der Aufsichtsratsvorsitzende als Bevollmächtigter die Kündigung erklärt, genügt hingegen seine eigene Unterschrift, der Beschluss bzw. das Protokoll müssen dann nicht vorgelegt werden. Aus Vorsichtsgründen sollte aber auch bei dieser Variante zumindest eine Kopie des Beschlusses bzw. eines Protokollauszugs beigelegt werden.

2.2 Anforderungen an Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats bei Vertrag zwischen AG und Vorstandsmitglied

Das OLG München hat zu den besonderen Anforderungen eines Zustimmungsbeschlusses des Aufsichtsrats bei einem Vertrag zwischen der AG und einem Vorstandsmitglied Stellung genommen²⁰.

2.2.1 Sachverhalt

Die beklagte AG schloss, vertreten durch ihren Aufsichtsratsvorsitzenden, im August 2008 mit ihrem damaligen Vorstandsmitglied einen notariell beurkundeten Kaufvertrag über einen GmbH-Geschäftsanteil. Bereits Anfang Oktober 2007 hatte der Aufsichtsrat in Anwesenheit des Vorstandsmitglieds beschlossen, dass die AG den GmbH-Anteil erwerben solle, wobei man sich bis Ende Oktober 2007 noch über die Zahlungsmodalitäten einig sein müsse. Diese Einigung wurde allerdings nicht erzielt. Unter Bezug auf den Beschluss vom Oktober 2007 unterzeichneten später, nämlich am 28. 2. 2008, alle Aufsichtsratsmitglieder ein als „Vollmachtserteilung“ bezeichnetes Dokument, in dem der Aufsichtsratsvorsitzende zum Abschluss des Kaufvertrags und zur Abgabe aller notwendigen Willenserklärungen bevollmächtigt wurde. Nach Abschluss des Kaufvertrags zahlte die AG zwei Kaufpreistraten, verweigerte aber später die Zahlung des Restkaufpreises.

Die auf Zahlung gerichtete Klage des Vorstandsmitglieds im Urkundsprozess wurde vom Landgericht abgewiesen. Das OLG München wies die Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil zurück.

2.2.2 Aussagen des Gerichts

Das OLG München stellte fest, dass die Gesellschaft bei Abgabe der auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung mangels wirksamen Aufsichtsratsbeschlusses nicht wirksam vertreten worden und ein wirksamer Kaufvertrag daher nicht zustande gekommen sei. Zwar sei zunächst ein ausdrücklicher Beschluss gefasst worden, allerdings nur unter der aufschiebenden Bedingung der Klärung der Zahlungsmodalitäten. Diese Bedingung ist aber nicht eingetreten. Zwar könne auch die spätere, von allen Aufsichtsratsmitgliedern unterschriebene und als „Vollmachtserteilung“ bezeichnete Urkunde als ausdrücklicher Aufsichtsratsbeschluss ausgelegt werden, da das Gebot der ausdrücklichen Beschlussfassung eine Auslegung von Aufsichtsratsbeschlüssen nicht ausschließe. Jedoch stehe die Auslegung im Spannungsverhältnis zu dem hinter dem Ausdrücklichkeitsgebot stehenden Ziel der Rechtssi-

cherheit und -klarheit. Konkludente Erklärungen im Rahmen eines Beschlusses könnten daher nur in sehr engen Grenzen angenommen werden. Die nach diesen Maßstäben vorgenommene Auslegung der Vollmachtsurkunde anhand ihres Wortlauts, des vorangegangenen Beschlusses, eines weiteren Beschlusses vom selben Tag sowie nachfolgender E-Mail-Korrespondenz ergebe, dass zum fraglichen Zeitpunkt der Meinungsbildungsprozess zum Anteilserwerb noch nicht abgeschlossen gewesen sei. Die Vollmachtserteilung könne daher nur als bloße Bevollmächtigung des Vorsitzenden des Aufsichtsrats als dessen Erklärungsvertreter und nicht als notwendiger Beschluss in der Sache ausgelegt werden.

2.2.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Im Grundsatz ist anerkannt, dass eine über den ausdrücklichen Beschlusswortlaut hinausgehende Auslegung von Aufsichtsratsbeschlüssen nach den bekannten Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen zulässig ist²¹. Nach herrschender Meinung ist hierbei jedoch das als Ausfluss von § 107 Abs. 2 Satz 2 AktG anerkannte Ausdrücklichkeitsgebot zu berücksichtigen²². Die Heranziehung von Umständen, die außerhalb des Beschlusstextes oder der Sitzungsniederschrift liegen, ist dabei aber nicht ausgeschlossen²³.

Die strittige Frage, ob der Anteilskaufvertrag hier schwebend unwirksam oder nichtig war, musste vom OLG München vorliegend nicht entschieden werden. Denn auch eine Genehmigung nach § 177 BGB hätte einen ausdrücklichen Aufsichtsratsbeschluss erfordert, der aber ebenfalls nicht vorlag.

Eine Vertrauens- oder Rechtsscheinhaftung kommt beim Handeln des Aufsichtsrats im Außenverhältnis regelmäßig nicht in Betracht, weil es den jeweiligen Erklärungsempfängern – insbesondere Vorstandsmitgliedern – obliegt, sich über die Beschlusslage zu vergewissern. Um jedoch zu verhindern, dass in Einzelfällen aufgrund eines gesetzten Rechtsscheins eine Verpflichtung der Gesellschaft und in der Folge möglicherweise eine persönliche Haftung der Aufsichtsratsmitglieder eintritt, ist es gerade dem Protokollführer im Aufsichtsrat zu empfehlen, besonderen Wert auf die präzise Wiedergabe der gefassten Aufsichtsratsbeschlüsse zu legen und den niedergeschriebenen Text vorsorglich noch einmal zu verlesen. Sinnvoll ist es außerdem, Verträgen und Vollmachten vorsorglich eine Kopie des entsprechenden Aufsichtsratsbeschlusses beizufügen²⁴.

2.3 Vorstandszahlungen an Aufsichtsratsmitglieder (Beratungsverträge)

Der BGH hat in der sog. Fresenius-Entscheidung seine Rechtsprechung zu den Beratungsverträgen weiter präzisiert und festgestellt, dass der Vorstand einer AG Beratungshonore an Aufsichtsratsmitglieder grundsätzlich erst dann auszahlen darf, wenn der Aufsichtsrat dem zu Grunde liegenden Beratungsvertrag zugestimmt hat²⁵.

¹⁹ Bauer/Krieger, ZIP 2004, 1247.

²⁰ OLG München v. 19. 12. 2012, 7 U 1711/12, NZG 2013, 97, n. rkr., die Nichtzulassungsbeschwerde wird beim BGH unter VIII ZR 13/13 geführt.

²¹ So z. B. BGH v. 7. 12. 2001, II ZR 288/99, NZG 2002, 817, 818.

²² Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 108 Rn. 4.

²³ Pattberg, GWR 2013, 90.

²⁴ Pattberg, GWR 2013, 90.

²⁵ BGH v. 10. 7. 2012, II ZR 48/11, DStR 2012, 1973 („Fresenius“); hierzu auch Quinke, DStR 2012, 2020.

AUFSATZ

2.3.1 Sachverhalt

Die Klägerin wendet sich als Aktionärin gegen die in der Hauptversammlung der beklagten Fresenius SE am 8. 5. 2009 gefassten Entlastungsbeschlüsse für das Geschäftsjahr 2008 und rügt einen Verstoß des Vorstands gegen § 114 AktG. Hintergrund sind Beratungsverträge, die von der Fresenius SE und ihren Tochtergesellschaften mit einer großen Anwaltssozietät geschlossen worden sind, deren Partner der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende der Fresenius SE ist. Die im Laufe des Jahres 2008 geschlossenen Mandatsverträge, auf die bereits Honorare von insgesamt ca. 1 Mio. € an die Anwaltssozietät gezahlt worden waren, wurden erst in der späteren Aufsichtsratsitzung vom 4. 12. 2008 genehmigt.

Wie in der Vorinstanz das OLG Frankfurt a. M. nimmt auch der BGH einen Verstoß gegen § 114 Abs. 1 AktG an²⁶. Ein Vorstand dürfe demnach grundsätzlich keine Honorare an ein Aufsichtsratsmitglied oder seine Sozietät zahlen, bevor die zugrunde liegenden Beratungsverträge vom Aufsichtsrat genehmigt worden sind.

2.3.2 Aussagen des Gerichts

Zwar kann nach Auffassung des BGH der Aufsichtsrat einen Beratungsvertrag mit einem seiner Mitglieder (bzw. dessen Sozietät) gemäß § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG auch nachträglich genehmigen, und zwar auch noch nach Zahlung der Vergütung. Daraus folge aber entgegen einer in der Literatur vertretenen Meinung nicht, dass der Vorstand pflichtgemäß handelt, wenn er dem Aufsichtsratsmitglied oder der Sozietät, an der das Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist, schon vor der Genehmigung des Vertrags durch den Aufsichtsrat eine Vergütung zahlt. Der Vertrag ist bis zur Entscheidung über die Genehmigung schwebend unwirksam, so dass noch kein Zahlungsanspruch besteht.

Die präventive Kontrolle, die eine Umgehung des § 113 AktG und eine Beeinflussung der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds verhindern soll, hat noch nicht stattgefunden, so der BGH. Ob der Aufsichtsrat dem Vertragsschluss zustimmen wird, steht daher noch nicht fest. Deshalb ist es dem Vorstand regelmäßig untersagt, auf die bloße Erwartung hin, dass der Vertrag genehmigt wird, schon eine Vergütung zu zahlen. An der Rechtswidrigkeit einer solchen Vergütungszahlung ändert sich nichts, wenn der Aufsichtsrat den Vertrag anschließend genehmigt. Er gilt dann zwar nach § 184 Abs. 1 BGB als von Anfang an wirksam. Das ändert aber nichts daran, dass sich der Vorstand grundsätzlich regelwidrig verhalten hat, indem er eine Vergütung gezahlt hat, bevor der Vertrag vom Aufsichtsrat genehmigt worden ist.

2.3.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Die Kommentarliteratur ist bislang überwiegend davon ausgegangen, dass eine nachträgliche Genehmigung des Vertrags auch die Pflichtwidrigkeit der Auszahlung (ex tunc) beseitigt. Die künftige Praxis kann sich auf diese Literaturmeinung nicht mehr berufen. Nach der BGH-Entscheidung muss man nicht nur von einer Pflichtwidrigkeit des Vorstandshandelns, sondern zusätzlich von der Anfechtbarkeit

entsprechender Entlastungsbeschlüsse ausgehen. Der BGH hat vorliegend die Anfechtungsklage (noch) für unbegründet erachtet, weil die Rechtsfrage, von der die Rechtmäßigkeit der Zahlungen abhing, bislang nicht eindeutig zu beantworten war und daher kein eindeutiger und schwerwiegender Gesetzes- oder Satzungsverstoß anzunehmen war. Dies ist jedoch künftig anders, weil der BGH diese Rechtsfrage jetzt geklärt hat.

Außerdem verwirft der BGH eine vielfach geübte Praxis im Zusammenhang mit den Beratungsverträgen. Dem Vorstand ist es zukünftig untersagt, auf die bloße Erwartung hin, dass der Beratungsvertrag genehmigt wird, schon eine Vergütung zu zahlen. Zuwiderhandlungen stellen nunmehr klare Pflichtverletzungen des Vorstands dar.

Der BGH selbst gibt der Unternehmenspraxis jedoch einige Hinweise für die mögliche künftige Handhabung. Zum einen könne der Aufsichtsrat die Zuständigkeit für Entscheidungen nach § 114 AktG auf einen Ausschuss übertragen, wie ein Umkehrschluss aus § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG ergebe. Dadurch müsste die Sitzungsfrequenz des Gesamtaufwandsrats nicht erhöht werden. Zum anderen verbiete § 114 AktG nicht, einen Beratungsvertrag ohne vorherige Zustimmung des Aufsichtsrats abzuschließen und (seitens des Aufsichtsratsmitglieds bzw. seines Unternehmens) zu erfüllen, wenn der Vorstand die Vergütung nicht vor der Entscheidung des Aufsichtsrats ausbezahle.

Unter dem Gesichtspunkt einer guten Corporate Governance, insbesondere der immer stärker betonten Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder, empfiehlt es sich freilich, von Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern generell Abstand zu nehmen. In der Praxis scheint sich dieses Verständnis immer weiter auszubreiten.

2.4 Überwachungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern**2.4.1 Pflicht zur eigenständigen Risikoanalyse für Aufsichtsräte (Porsche/Piëch)**

Das OLG Stuttgart hat in einer viel beachteten Entscheidung festgestellt, jedes Aufsichtsratsmitglied müsse bei Geschäften, die wegen ihres Umfangs, der mit ihnen verbundenen Risiken oder ihrer strategischen Funktion für die Gesellschaft besonders bedeutsam sind, den relevanten Sachverhalt erfassen und sich ein eigenes Urteil bilden. Dies umfasse regelmäßig auch eine eigene Risikoanalyse²⁷. Das Urteil ist rechtskräftig, weil der BGH die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen hat²⁸.

2.4.1.1 Sachverhalt

Die Klägerin wendet sich als Aktionärin gegen den in der Hauptversammlung der Porsche Automobil Holding SE gefassten Beschluss zur Entlastung des Aufsichtsrats für das Geschäftsjahr 2008/2009. Im Berufungsverfahren rügte die Klägerin mit neuem Sachvortrag v. a. die sog. „Sardinien-Äußerungen“ des Aufsichtsratsmitglieds *Ferdinand Piëch*. Auf Sardinien hatte *Piëch* am 11. 5. 2009 in einem Gespräch mit Journalisten unstreitig erklärt, er wisse nicht, wie hoch die

²⁶ OLG Frankfurt a. M. v. 15. 2. 2011, 5 U 30/10, BeckRS 2011, 3434; *Knapp*, DStR 2012, 364, 367.

²⁷ OLG Stuttgart v. 29. 2. 2012, 20 U 3/11, BeckRS 2012, 05280 („Porsche/Piëch“).

²⁸ BGH v. 6. 11. 2012, II ZR 111/12, NZG 2013, 339.

AUFSATZ

Risiken aus den Optionsgeschäften von Porsche im Zusammenhang mit der gescheiterten Übernahme der Volkswagen AG seien. Es sei ihm nicht gelungen, sich Klarheit über die Risiken aus den Optionsgeschäften zu verschaffen. Aus der Bilanz könnten die Risiken nicht hinreichend abgelesen werden.

2.4.1.2 Aussagen des Gerichts

Das OLG Stuttgart gab der Anfechtungsklage statt. Der Entlastungsbeschluss sei anfechtbar, wenn Gegenstand der Entlastung ein Verhalten ist, das eindeutig einen schwerwiegenden Gesetzes- oder Satzungsverstoß darstellt. Dies folge nicht zuletzt aus der Treuepflicht der Aktionärsmehrheit gegenüber der Minderheit. Als Mitglied des Aufsichtsrats sei *Piëch* verpflichtet, das mit den Derivatgeschäften auf Volkswagen-Aktien verbundene Risiko von Porsche selbständig einzuschätzen. § 111 Abs. 1 AktG verpflichte den Aufsichtsrat zur Überwachung der Geschäftsführung des Vorstands. Die Bestimmung der Intensität der Überwachungspflicht habe sich an der jeweiligen Risikosituation zu orientieren. Bei besonders bedeutsamen Geschäften, die zu einer Intensivierung der Überwachungspflicht führen, könne sich der Aufsichtsrat jedenfalls nicht auf die Entgegennahme der Informationen des Vorstands beschränken. Stattdessen habe er den relevanten Sachverhalt selbständig vollständig und richtig zu erfassen.

Die Pflicht, die Risiken der Derivatgeschäfte selbständig abzuschätzen, treffe nicht nur den Aufsichtsrat als Gesamtorgan, sondern auch jedes einzelne Mitglied und damit auch *Piëch* persönlich. Jedes einzelne Mitglied müsse sich im Bereich der Überwachung der Geschäftsführung sein eigenes Urteil bilden. Die Pflichtverletzung wiege auch schwer. Wenn – wie hier – eine gesetzliche Kardinalpflicht verletzt werde, handele es sich um eine schwerwiegende Pflichtverletzung. Daran ändere sich auch nichts, sofern die Sardinien-Äußerungen nicht als Tatsache (und damit als Sorgfaltpflichtverletzung), sondern alternativ als pointierte Meinungsäußerung verstanden würden. In diesem Fall hätte *Piëch* die Kreditwürdigkeit von Porsche gefährdet und damit seine Treuepflicht verletzt.

Der BGH hat die Entscheidung bestätigt und hervorgehoben, dass auch vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich geschützten Rechts eines Aktionärs, an der Gesellschaft Kritik zu üben, die gesteigerte Treuepflicht eines Aktionärs, der gleichzeitig Aufsichtsrat ist, es gebieten könne, bei Kritik am Vorstand – soweit sie überhaupt in die Öffentlichkeit getragen werden darf – die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft nicht zu gefährden²⁹.

2.4.1.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Die beiden Entscheidungen betonen zu Recht, dass die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 1 AktG nicht nur das Gremium insgesamt, sondern auch jedes Mitglied persönlich trifft. Jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied muss sich also im Bereich der Überwachung der Geschäftsführung sein eigenes Urteil bilden und bei besonders bedeutsamen Geschäften regelmäßig auch eine eigene Risikoanalyse vornehmen.

Dabei ist an der Entscheidung besonders interessant, dass das OLG Stuttgart den Fall im Wege einer aus dem Strafrecht bekannten Wahlfeststellung löst³⁰. Denn entweder die Sardinien-Äußerungen von *Piëch* sind tatsächlich zutreffend, dann liege darin ein Eingeständnis einer gravierenden Sorgfaltpflichtverletzung. Oder aber, falls die Äußerungen lediglich als Meinungsäußerung interpretiert würden, handle es sich um eine Gefährdung der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft und damit um eine Treue- bzw. Loyalitätspflichtverletzung.

2.4.2 Umfang der Überwachungspflicht bei der laufenden Kontrolle des Vorstands

In einer weiteren interessanten Entscheidung hat das OLG Stuttgart festgestellt, dass der Aufsichtsrat nicht verpflichtet sei, einzelne Geschäftsvorfälle, Zahlungseingänge und Buchhaltungsunterlagen im Rahmen der laufenden Überwachung des Vorstands zu überprüfen. Eine intensivere Überwachungstätigkeit sei allerdings in Krisenzeiten, bei Anhaltspunkten für eine Verletzung der Geschäftsführungspflichten und bei Hinweisen auf existenzgefährdende Geschäftsführungsmaßnahmen erforderlich³¹.

2.4.2.1 Sachverhalt

Der Insolvenzverwalter einer AG nimmt deren ehemalige Aufsichtsratsmitglieder unter anderem wegen angeblicher Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit einer Arbeitnehmerüberlassung auf Schadensersatz in Anspruch. Der Vorstand und einzige Aktionär der AG, der gleichzeitig als Einzelkaufmann ein Bauunternehmen betrieb, hatte die bisher mit dem Einzelunternehmen bestehenden Arbeitsverhältnisse auf die AG übertragen, obwohl diese über keinerlei Aufträge verfügte. In der Folgezeit nutzte das Einzelunternehmen die Arbeitnehmer auf Grund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags. Die diesbezüglichen Forderungen der AG gegen das Einzelunternehmen wurden nicht beigetrieben. Der Vorstand ist mittlerweile selbst insolvent. Der Insolvenzverwalter ist der Auffassung, die Aufsichtsratsmitglieder hätten es pflichtwidrig unterlassen, die Ansprüche gegen den Vorstand geltend zu machen. Sie seien daher für den von dem Vorstand verursachten Schaden haftbar. Im Übrigen hätten sie auch dadurch eine Pflichtverletzung begangen, dass sie nach ihrer Bestellung keine Tätigkeit entfaltet, keine einzige Sitzung abgehalten, sich keine Geschäftsordnung gegeben, keine Beschlüsse gefasst, keinen Katalog an Zustimmungsvorbehalten bestimmt und keine präventiven Kontrollmechanismen zur Verhinderung eines Schadens aufgestellt hätten. Das OLG Stuttgart hat Schadensersatzansprüche abgelehnt und die PKH-Beschwerde des Insolvenzverwalters zurückgewiesen.

2.4.2.2 Aussagen des Gerichts

Das OLG Stuttgart stellte fest, eine Handlungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder setze voraus, dass diese die fehlende Begleichung der Rechnungen durch das Einzelunternehmen kannten oder kennen mussten. Dabei müsse der Insolvenzverwalter darlegen und beweisen, dass durch ein möglicherweise

29 BGH v. 6. 11. 2012, II ZR 111/12, NZG 2013, 339.

30 Lorenz, GWR 2012, 156.

31 OLG Stuttgart v. 19. 6. 2012, 20 W 1/12, BeckRS 2012, 14126, rkr.

AUFSATZ

pflichtwidriges Verhalten des Aufsichtsrats in dessen Pflichtenkreis ein Schaden entstanden ist, dass die einzelnen Mitglieder also wussten oder wissen mussten, dass die Gegenleistung für die Arbeitnehmerüberlassung nicht erbracht wurde.

Der Umfang der Überwachungspflichten des Aufsichtsrats und die hieran zu messende Pflichtverletzung seien dabei von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Grundsätzlich sei die laufende Überwachung des Vorstands in allen Einzelheiten weder zu erwarten noch zulässig, vielmehr genüge es, dass sich der Aufsichtsrat ein Bild über die wesentlichen Grundlagen der Geschäftsführung und die wichtigsten Geschäftsvorfälle macht. Es sei daher grundsätzlich nicht die Aufgabe des Aufsichtsrats, einzelne Forderungen und Zahlungseingänge zu überprüfen. In Krisenzeiten sowie bei Anhaltspunkten für eine Verletzung der Geschäftsführungspflichten und bei Hinweisen auf existenzgefährdende Geschäftsführungsmaßnahmen sei zwar eine intensivere Überwachungstätigkeit erforderlich. Solche Anhaltspunkte seien vorliegend aber nicht festzustellen gewesen.

2.4.2.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Die Entscheidung ist zutreffend. Der Vorstand führt die Geschäfte und leitet die Gesellschaft unter eigener Verantwortung, § 76 Abs. 1 AktG. Aufgabe des Aufsichtsrats ist die Überwachung der Geschäftsführung durch den Vorstand, § 111 Abs. 1 AktG.

Die Aufsichtsratsmitglieder müssen (und dürfen) sich für ihre Kontrolltätigkeit auf die Berichte des Vorstands stützen (§ 90 AktG). Sie sind verpflichtet, diese Berichte eingehend zu prüfen, um sich so ein eigenes Bild von der Lage des Unternehmens, von der vom Vorstand beabsichtigten Geschäftspolitik und von deren Erfolgsaussichten zu machen. Hingegen ist es nicht Aufgabe des Aufsichtsrats, die laufende Geschäftsführung durch den Vorstand in allen Einzelheiten zu überprüfen. Bei normalem Verlauf der Geschäftsentwicklung und zufriedenstellender Lage des Unternehmens kann und muss die Überwachung zurückhaltend erfolgen³². Erst in Krisenzeiten erhöht sich die vom Aufsichtsrat geschuldete Intensität der Überwachung. Zu einer vollständigen Überwachung des Tagesgeschäfts und damit letztlich zu einer Mit-Geschäftsführung kann es allerdings auch dann nicht kommen.

2.5 Persönliche Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern

Der BGH hat im Rahmen einer Haftungsklage gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder entschieden, dass die Gehilfenhaftung nach § 830 Abs. 2 BGB für die sittenwidrige vorsätzliche Schädigung durch einen Haupttäter (Betrug durch den Vorstandsvorsitzenden) voraussetzt, dass der Gehilfe die Tatumstände kennt und den Willen hat, die Tat des anderen zu fördern³³.

2.5.1 Sachverhalt

Der Kläger erwarb in den Jahren 2001 und 2003 Aktien der AG, die heute wertlos sind. Zum Kauf der Aktien wurde er vom damaligen Vorstandsvorsitzenden der AG in betrügerischer und sittenwidriger Weise veranlasst. Der Kläger ver-

langt jetzt unter anderem von einem weiteren ehemaligen Vorstandsmitglied und dem damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden Ersatz des ihm entstandenen Schadens. Das Berufungsgericht hat eine entsprechende Gehilfenhaftung gemäß §§ 826, 830 BGB bejaht. Der BGH hat die Haftung dagegen abgelehnt.

2.5.2 Aussagen des Gerichts

Der Vorstandsvorsitzende hat den Kläger (unstreitig) in sittenwidriger und vorsätzlicher Weise geschädigt (§ 826 BGB). Das weitere Vorstandsmitglied und der Aufsichtsratsvorsitzende kommen daneben allenfalls als Gehilfen der Tat des Vorstandsvorsitzenden in Betracht (§§ 830 Abs. 1 und Abs. 2 BGB). Der BGH hat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Der BGH führt aus, dass die Teilnehmerhaftung neben der Kenntnis der Tatumstände wenigstens in groben Zügen den jeweiligen Willen der einzelnen Beteiligten voraussetze, die Tat gemeinschaftlich mit anderen auszuführen oder sie als fremde Tat zu fördern. Objektiv müsse eine Beteiligung an der Ausführung der Tat hinzukommen, die in irgendeiner Form deren Begehung fördert und für diese relevant ist. Die Feststellungen des Berufungsgerichts genügten jedoch nicht für die Annahme einer Gehilfenhaftung nach §§ 826, 830 BGB, da eine Kenntnis der beklagten, früheren Organmitglieder von dem sittenwidrigen Handeln des Vorstandsvorsitzenden nicht erkennbar sei. Im Hinblick auf den Aufsichtsratsvorsitzenden genüge es jedenfalls nicht, dass er die maßgeblichen Umstände bei ordnungsgemäßer Amtsausübung hätte erkennen müssen. Auch ein bewusstes Verschließen vor der Kenntnis der Sittenwidrigkeit sei nicht erkennbar.

2.5.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Die Entscheidung des BGH verdient Zustimmung und zeigt zum einen, dass eine Außenhaftung von Organmitgliedern einer AG gegenüber Dritten, wie Aktionären, nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Regelmäßig sind geschädigte Aktionäre auf Ansprüche gegen die Gesellschaft verwiesen, die ihrerseits wiederum Ansprüche gegen ihre (ehemaligen) Organmitglieder aus §§ 93, 116 AktG haben kann.

Zum anderen macht die Entscheidung im Hinblick auf die Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat außerdem (und zum wiederholten Male) deutlich, dass eine Mithaftung von einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern für sittenwidriges Vorstandshandeln droht, wenn sich die Sittenwidrigkeit für das betreffende Aufsichtsratsmitglied aufdrängen muss, es aber trotzdem seiner Überwachungspflicht nicht ausreichend nachkommt. Bei Anzeichen für sittenwidriges Handeln des Vorstands sind Aufsichtsratsmitglieder – ähnlich wie in einer Krise der Gesellschaft – daher gehalten, ihre Überwachung zu intensivieren³⁴. Dies kann beispielsweise durch die verstärkte Anforderung von Vorstandsberichten oder durch Einberufung von Aufsichtsratssitzungen erfolgen, in klaren Fällen aber auch zu einer Pflicht zur Abberufung des Vorstands und zur Erhebung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft führen.

32 Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 111 Rn. 25.

33 BGH v. 11. 9. 2012, VI ZR 92/11, DStR 2012, 2495.

34 Reichard, GWR 2012, 562.

3. Zusammenfassung und Ausblick

Das Jahr 2012 war aus Sicht der Aufsichtsräte von einigen Änderungen am Kodex sowie einer Reihe von wichtigen Gerichtsentscheidungen geprägt. So hat insbesondere die Fresenius-Entscheidung Klarheit in das Dauerbrenner-Thema der Beratungsverträge gebracht. Die Konturen der Überwachungspflicht sowie der persönlichen Haftung wurden durch

den BGH und die Oberlandesgerichte weiter geschärft. Der Gesetzgeber hat die Organmitglieder und ihre Berater ausnahmsweise einmal mit Neuerungen verschont. Im Jahr 2013 wird aber voraussichtlich die Aktienrechtsnovelle verabschiedet, die aufgrund der aktuellen Diskussionen um die Vorstandsvergütung voraussichtlich noch um die eine oder andere Gesetzesänderung ergänzt werden wird.