

# Die Entwicklung des Rechts des Aufsichtsrats im Jahr 2013

## Aktuelles für die Praxis aus Gesetzgebung und Rechtsprechung

Von Dr. Christoph Knapp und Urs Lepperdinger, beide Augsburg\*

Anknüpfend an die Berichte der vorangegangenen Jahre will der nachfolgende Beitrag sowohl Aufsichtsratsmitgliedern als auch den Beratern von Aktiengesellschaften wieder einen Überblick über die aktuelle Rechtsentwicklung geben. Zu diesem Zweck werden sowohl Gesetzesänderungen als auch ausgewählte Gerichtsentscheidungen zum Aktienrecht betreffend den Aufsichtsrat aus dem Jahr 2013 vorgestellt.

### 1. Gesetzgebung und Kodex

Eine Anpassung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) wurde am 13. 5. 2013 beschlossen. Das Jahr 2013 war daneben aber von einer geringen Aktivität des Gesetzgebers im Bereich des Aktienrechts geprägt, zumal die Aktienrechtsnovelle vorerst scheiterte.

#### 1.1 Gesetzgebung

Auch im Jahre 2013 konnte die geplante Aktienrechtsnovelle (VorstKoG), deren Anfänge bereits in das Jahr 2010 zurückreichen, nicht zum Abschluss gebracht werden. Zwar wurde das Gesetz am 27. 6. 2013 vom Bundestag verabschiedet, allerdings danach im Bundesrat gestoppt, da der Vermittlungsausschuss angerufen wurde. Im Zuge der letzten Bundestagswahl im Herbst 2013 wurde das geplante Gesetz sodann durch den Diskontinuitätsgrundsatz ausgebremst. Das Gesetzgebungsvorhaben muss daher das parlamentarische Verfahren neu durchlaufen. Es bleibt abzuwarten, wann und in welcher Form die geplante Reform des Aktienrechts endlich vollzogen wird.<sup>1</sup>

#### 1.2 Kodex

Im Zuge der letzten Revision des Kodex wurden zahlreiche Änderungen vorgenommen. Diese betreffen vorwiegend die Vergütung des Vorstandes; Ziel war aber auch die allgemeine Verschlankung des Kodex.<sup>2</sup>

Neben einigen redaktionellen Änderungen und inhaltlichen Präzisierungen der Präambel wurde das bisher in Abs. 9 der Präambel dargelegte duale Führungssystem nebst monistischem Verwaltungsratssystem gestrichen. Der Grund liegt darin, dass die Regierungskommission diese Regelung vor dem Hintergrund des Nebeneinanderstehens beider Board-Systeme als selbstverständlich erachtet.<sup>3</sup>

In Ziffer 2.3.2 a. F. wurde die Empfehlung zur elektronischen Übermittlung der Einberufung und auch der Einberufungsunterlagen gestrichen. Hierdurch wurde berücksichtigt, dass sich mittlerweile eine feste Einladungspraxis zur Hauptversammlung herausgebildet hat.

Weitere Änderungen betreffen das Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat. In Ziffer 3.4 Abs. 3 S. 3 erfolgt zum Zwecke der Verschlankung des Kodex eine Anpassung dahingehend, dass die Klarstellung gestrichen wurde, dass zu den entscheidungserheblichen Unterlagen insbesondere der Jahresabschluss, der Konzernabschluss und der Prüfungsbericht gehören.<sup>4</sup> Ziffer 3.7. Abs. 3 wurde dahingehend erweitert, dass eine außerordentliche Hauptversammlung stets einberufen werden soll, wenn ein Übernahmeangebot eingeht.<sup>5</sup>

In Ziffer 4.2.2 erfolgten mehrere Anpassungen betreffend der Vorstandsvergütung. Die im Zuge der im letzten Jahr erfolgten Kodexänderung in Ziffer 4.2.2 Abs. 1 S. 2 eingefügte bloße Empfehlung, dass bei Bestehen eines Aufsichtsratsausschusses, der die Vorstandsverträge behandelt, dieser dem Aufsichtsratsplenium Vorschläge zur jeweiligen Gesamtvergütung der einzelnen Vorstandsmitglieder unterbreiten soll, wurde in eine feste Bestimmung gewandelt. Eine feste Relation zwischen den Vorstandsvergütungen und dem übrigen Lohnniveau im Unternehmen wurde hingegen nicht bestimmt.<sup>6</sup> In Ziffer 4.2.2 Abs. 2 S. 3 wurde lediglich ergänzend festgelegt, dass der Aufsichtsrat bei der Bestimmung der Gesamtvergütung der Vorstandsmitglieder das Verhältnis der Vorstandsvergütung zur Vergütung des oberen Führungskreises und der Belegschaft insgesamt auch in der zeitlichen Entwicklung berücksichtigen soll. Hierbei bestimmt aber der Aufsichtsrat selbst die Abgrenzung des oberen Führungskreises und die relevante Belegschaft.<sup>7</sup>

Gestrichen wurde auch die beispielhafte Aufzählung variabler Vergütungsbestandteile in Ziffer 4.2.3. Stattdessen wurde eine Empfehlung dahingehend verankert, dass die Vergütung insgesamt und auch bezogen auf die variablen Bestandteile betragsmäßige Höchstgrenzen aufweisen soll.<sup>8</sup> Ebenso sollen sich die variablen Vergütungsbestandteile auf Vergleichsparameter beziehen, deren Änderung ausgeschlossen sein soll. Gestrichen wurde auch die in Ziffer 4.2.3 Abs. 2 S. 9 des Kodex a. F. geregelte Gesetzesbeschreibung betreffend die grundsätzliche Vereinbarung einer Begrenzungsmöglichkeit für außerordentliche Entwicklungen durch den Aufsichtsrat. Ziffer 4.2.3 Abs. 4 des Kodex sieht nun eine Empfehlung zur Bestimmung der Vorstandsvergütung dergestalt vor, dass der Aufsichtsrat bei Vergütungszusagen das jeweils angestrebte Versorgungsniveau festlegen und den daraus abgeleiteten jährlichen sowie langfristigen Aufwand für

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

1 Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Aufl. 2014, Rn. 54.

2 Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 5. Aufl. 2014, Präambel Rn. 191.

3 Peters/Hecker BB 2013, 2887 (2889).

4 Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder (Fn. 2), Ziff. 3.4 Rn. 345.

5 Klein AG 2013, 733 (741).

6 Peters/Hecker BB 2013, 2887 (2890).

7 Scheffler AG 2013, R81, R82.

8 Scheffler AG 2013, R81, R82.

## AUFSATZ

das Unternehmen berücksichtigen soll. Hierdurch soll für den Aufsichtsrat selbst die Transparenz und Nachvollziehbarkeit seiner Entscheidungen erhöht werden.<sup>9</sup>

In Ziffer 4.2.5 des Kodex wurde einer neuer Abs. 3 aufgenommen. Dieser enthält allgemeine Empfehlungen hinsichtlich der Transparenz der Vorstandsvergütung. Hierzu wurden drei Aspekte bestimmt, die im Vergütungsbericht für jedes Vorstandsmitglied darzustellen sind. Im Einzelnen handelt es sich um die gewährten Zuwendungen, inklusive der Nebenleistungen, die bei variablen Vergütungsbestandteilen noch um die maximal bzw. minimal erreichbare Vergütung zu ergänzen sind. Hierdurch wird eine eindeutige Gegenüberstellung der erreichbaren und der tatsächlich gewährten Vergütungen gewährleistet. Zudem soll zukünftig auch der Zufluss aus Fixvergütung, kurzfristiger variabler Vergütung und langfristiger variabler Vergütung dargestellt werden. Dabei ist nach den jeweiligen Bezugsjahren zu differenzieren. Auch soll zukünftig bei der Altersversorgung und bei sonstigen Versorgungsleistungen der genaue Versorgungsaufwand genannt werden. Als Erleichterung für die Umsetzung der Empfehlungen wurde dem Kodex als Anlage eine Mustertabelle beigelegt, die verwendet werden soll.<sup>10</sup> Um dem zu erwartenden organisatorischen Umstellungsaufwand Rechnung zu tragen, tritt die vorgenannte Empfehlung erst für die Geschäftsjahre in Kraft, die nach dem 31. 12. 2013 beginnen.<sup>11</sup>

In Ziffer 5.2 Abs. 2 wurde die bisherige Empfehlung gestrichen, dass der Aufsichtsratsvorsitzende zugleich Vorsitzender derjenigen Ausschüsse sein soll, die die Vorstandsverträge behandeln und auch die Aufsichtsratssitzungen vorbereiten. Als Folge ist nun keine Abweichung von den Bestimmungen des Kodex mehr zu erklären, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende nicht zugleich auch Vorsitzender des entsprechenden Ausschusses ist.

Der lediglich erläuternde Hinweis zu den Vorteilen einer Ausschussbildung in Ziffer 5.3.1 S. 2 wurde gestrichen, da es sich nach Meinung der Kommission um eine Selbstverständlichkeit handele. Der Katalog der Themen, mit denen sich der Prüfungsausschuss zu befassen hat, wurde um die Wirksamkeit des Risikomanagementsystems erweitert (Ziffer 5.3.2). In einigen Unternehmen ist jedoch ein spezieller Risikoausschuss eingerichtet, welchem häufig auch das Risikomanagementsystem übertragen ist. Für diese Unternehmen ergibt sich eine Abweichung vom Kodex, die zu erklären ist. Ersatzlos gestrichen wurde die Ziffer 5.3.4 a. F., welche eine Aufzählung von Sachthemen enthielt, die zur Behandlung an einen oder mehrere Ausschüsse verwiesen werden können. Ebenfalls gestrichen wurde Ziffer 5.3.5 a. F., wonach der Aufsichtsrat vorsehen konnte, dass einzelne Ausschüsse die Aufsichtsratssitzungen vorzubereiten hatten und auch an Stelle des Aufsichtsrats entscheiden konnten. Von der Regierungskommission wurde ebenfalls Ziffer 5.4.6 Abs. 1 S. 2 a. F. gestrichen, wonach die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder deren Tätigkeitsumfang und ihrer Verantwortung sowie der wirtschaftlichen Lage und dem Unternehmenserfolg

Rechnung zu tragen hatte. Diese Streichung ist damit zu erklären, dass die vorgenannten Anforderungen im Wesentlichen auch in Ziffer 5.4.6 Abs. 2 geregelt sind.<sup>12</sup>

Gestrichen wurden zum Zwecke der Verschärfung des Kodex überdies auch die Regelungen in Ziffer 6.1, 6.2, 6.4, 6.8 a. F., welche allesamt die Transparenz im Unternehmen betrafen.

## 2. Rechtsprechung

Gegen Ende des Jahres 2012 und im Jahr 2013 ergingen verschiedene Urteile, die für die Arbeit des Aufsichtsrats von Bedeutung sind. Im Folgenden soll eine Auswahl besonders wichtiger Entscheidungen dargestellt werden.

### 2.1 Vollmachterteilung an Aufsichtsratsmitglieder

Das OLG München hat mit Urteil vom 19. 12. 2012 entschieden, dass die Vollmachterteilung des Aufsichtsrats an eines seiner Mitglieder, namens der Gesellschaft mit einem Vorstandsmitglied einen Vertrag abzuschließen, nicht die Beschlussfassung des Aufsichtsrats über den Inhalt des abzuschließenden Vertrags ersetzt.<sup>13</sup>

#### 2.1.1 Sachverhalt

Der Aufsichtsrat der A-AG beschloss Anfang Oktober 2007, von dem Vorstandsmitglied B einen GmbH-Anteil zu erwerben, sofern bis Ende Oktober 2007 Einigkeit über die Zahlungsmodalitäten erzielt werden würde. Der Aufsichtsrat fasste hierüber in Anwesenheit des betreffenden Vorstandsmitgliedes einen Beschluss. Auch unterzeichneten sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrats eine Vollmacht, die den Aufsichtsratsvorsitzenden zur Unterzeichnung des Kaufvertrags über den GmbH-Anteil ermächtigte. In der Folge wurde der Kaufvertrag ohne Einigkeit über das Zahlungsprozedere unterzeichnet. Auch eine erneute Befassung des Aufsichtsrats mit dem Erwerb erfolgte nicht. Das Vorstandsmitglied B nahm die A-AG gerichtlich auf Zahlung des Kaufpreises in Anspruch.<sup>14</sup>

#### 2.1.2 Aussagen des Gerichts

Der Senat schloss sich der Auffassung des Landgerichts München I aus der ersten Instanz an, wonach ein wirksamer Kaufvertrag mangels wirksamer Vertretung der A-AG bei der Abgabe der entsprechenden Willenserklärung nicht zustande gekommen ist. Es fehlte nach Ansicht des Gerichts an einem wirksamen Beschluss des Aufsichtsrats, der auf den Abschluss des konkreten Kaufvertrags gerichtet war.

Etwas anderes ergab sich nach Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht daraus, dass der Aufsichtsrat grundsätzlich dem Erwerb des GmbH-Anteils zugestimmt hatte. Denn diese Zustimmung stand unter der aufschiebenden Bedingung, dass es zu einer einvernehmlichen Klärung des Zahlungsprozederes kommt. Diese Bedingung trat letztendlich aber nicht ein, weshalb der Beschluss des Aufsichtsrats den Anteilserwerb letztendlich nicht rechtfertigen konnte. Der

<sup>9</sup> Peters/Hecker BB 2013, 2887 (2891).

<sup>10</sup> Peters/Hecker BB 2013, 2887 (2891).

<sup>11</sup> Klein AG 2013, 733 (740).

<sup>12</sup> Peters/Hecker BB 2013, 2887 (2892).

<sup>13</sup> OLG München v. 19. 12. 2012, 7 U 1711/12, NZG 2013, 97; das Rechtsmittelverfahren beim BGH läuft unter dem Az. VIII ZR 13/13.

<sup>14</sup> OLG München (Fn. 13).

## AUFSATZ

erforderliche Beschluss des Aufsichtsrats konnte auch nicht darin gesehen werden, dass der Aufsichtsrat dem Aufsichtsratsvorsitzenden eine Vollmacht zum Vertragsschluss erteilt hatte. Nach Auffassung des Gerichts war die Vollmachterteilung dahingehend auszulegen, dass der Aufsichtsratsvorsitzende lediglich „Erklärungsvertreter“ des Aufsichtsrats bezüglich der unter einer aufschiebenden Bedingung erteilten Zustimmung war. Einen Beschluss des Aufsichtsrats in der Sache selbst konnte das Gericht in der Vollmachterteilung nicht erkennen.<sup>15</sup>

### 2.1.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Die Praxisrelevanz der Entscheidung liegt darin, dass der Aufsichtsrat bei Geschäften mit einem Vorstandsmitglied den Beschluss, in dem einem Aufsichtsratsmitglied Vollmacht zum Vertragsabschluss erteilt wird, so konkret fassen muss, dass der Umfang der Verpflichtung der Gesellschaft bereits eindeutig erkennbar ist. Der Rahmen der Verpflichtung der Gesellschaft muss durch den Aufsichtsrat bereits eindeutig vorgegeben sein. Hintergrund ist, dass die Gesellschaft bei Geschäften mit Vorstandsmitgliedern gemäß § 112 AktG durch den Aufsichtsrat vertreten wird, wobei dieser einzelne Aufsichtsratsmitglieder zur Vertretung bevollmächtigen kann. Der Spielraum des zur Vertretung des Aufsichtsrats ermächtigten Mitglieds ist begrenzt. Zwar ist ein Aufsichtsratsbeschluss grundsätzlich auslegungsfähig, allerdings ist hierbei generell Zurückhaltung geboten.<sup>16</sup> Die Eckpunkte müssen stets durch den Aufsichtsrat selbst definiert werden.

## 2.2 Genehmigung der Prozessführung des Aufsichtsratsvorsitzenden

In einer weiteren Entscheidung hat der BGH die Sache zwar an das Berufungsgericht zurückverwiesen, für das weitere Verfahren aber einen Hinweis dahingehend erteilt, dass eine durch den Aufsichtsratsvorsitzenden erteilte Prozessvollmacht ohne Genehmigung des Aufsichtsrats unwirksam ist. Allerdings kann der Aufsichtsrat die Prozessführung genehmigen. Die Verweigerung einer Genehmigung kann dabei missbräuchlich sein, wenn dadurch die gerichtliche Überprüfung eines zuvor gefassten Aufsichtsratsbeschlusses verhindert wird.<sup>17</sup>

### 2.2.1 Sachverhalt

Der Aufsichtsrat der A-AG bestand aus insgesamt sechs Mitgliedern. Diese wurden je zur Hälfte auf Vorschlag der Familienstämme B und C gewählt. Zwischen den beiden Stämmen bestanden erhebliche Spannungen. Diese zeigten sich unter anderem darin, dass in einer Aufsichtsratssitzung, in der über die Abberufung zweier Vorstandsmitglieder befunden werden sollte, die Vertreter des Stammes B für die Abberufung stimmten, die Vertreter des Stammes C dagegen. Eine Stimmgleichheit führte gemäß der Satzung zur Ablehnung des Beschlussantrags. Jedoch war der Aufsichtsratsvorsitzende der Ansicht, dass die gegen die Abberufung stimmenden Mitglieder des Aufsichtsrats ihr Stimmrecht miss-

braucht hätten und ihre Stimmen daher nicht mitzuzählen seien. Daher stellte er fest, dass die Abberufung wirksam beschlossen worden sei. Hiergegen erhoben die betroffenen Vorstandsmitglieder Klage und begehrten die Feststellung, dass der Abberufungsbeschluss nicht wirksam zustande gekommen sei. In diesem Verfahren erteilte der Aufsichtsratsvorsitzende zunächst Prozessvollmacht für die Gesellschaft und ließ den Aufsichtsrat erst später über die Genehmigung der bisherigen Prozessführung befinden. Auch bei dieser Beschlussfassung stimmten die Vertreter des Stammes B für die Vorlage, die Vertreter des Stammes C dagegen.

### 2.2.2 Aussagen des Gerichts

In seiner Entscheidung vertritt der BGH die Ansicht, dass die durch den Aufsichtsratsvorsitzenden erteilte Prozessvollmacht ohne Genehmigung des Aufsichtsrates unwirksam sei. Gemäß § 112 AktG wird die AG im Prozess mit einem Vorstandsmitglied durch den Aufsichtsrat vertreten. Diesem obliegt daher auch die Beschlussfassung über die Bevollmächtigung eines Rechtsanwalts. Sofern der Aufsichtsratsvorsitzende ohne Beschluss des Aufsichtsrats einen Rechtsanwalt beauftragt, so handelt er gemäß § 177 BGB als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Allerdings könne der Aufsichtsrat nachträglich durch Mehrheitsbeschluss diese Handlung des Vorstandsvorsitzenden genehmigen.

In diesem Zusammenhang stellte der BGH auch klar, dass die Verweigerung dieser Genehmigung rechtswidrig sein kann, sofern die Klage gegen einen Beschluss des Aufsichtsrats gerichtet ist, da es einzelne Aufsichtsratsmitglieder ansonsten in der Hand hätten, die gerichtliche Überprüfung eines Aufsichtsratsbeschlusses zu verhindern. Nach Ansicht des BGH darf sich ein Aufsichtsrat nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen weigern, sich gegen vom Vorstand erhobene Klagen zu verteidigen, die die Wirksamkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen betreffen. Allerdings hat der BGH auch betont, dass bezüglich der ablehnenden Aufsichtsratsmitglieder kein Stimmverbot in eigener Sache anzunehmen ist.<sup>18</sup>

### 2.2.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Der BGH hat in dieser Entscheidung betont, dass es missbräuchlich sein kann, wenn die Genehmigung der Prozessführung des Aufsichtsratsvorsitzenden nur zu dem Zwecke verweigert wird, um die gerichtliche Überprüfung eines Beschlusses des Aufsichtsrates zu vereiteln, an dem die ablehnenden Aufsichtsratsmitglieder in einer Weise beteiligt waren, die gerade den Gegenstand der anstehenden gerichtlichen Überprüfung bildet.

Ein Stimmverbot in eigener Sache hat der BGH folgerichtig mit dem Argument abgelehnt, dass dies der Kompetenzzuweisung von § 112 AktG widerspreche. Für ein solches Stimmverbot genüge es nicht, wenn die entsprechenden Mitglieder an einer früheren, den Gegenstand des Prozesses bildenden Beschlussfassung des Aufsichtsrats beteiligt waren. Der BGH hat damit die Kompetenzzuweisung des § 112 AktG betont. Durch seine Kernaussage hat der BGH aber auch hervorgehoben, dass es einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern nicht gestattet werden kann, eine gerichtliche Überprü-

<sup>15</sup> Pattberg GWR 2013, 90.

<sup>16</sup> Hüffner, AktG, 10. Aufl. 2012, § 108 Rn. 4.

<sup>17</sup> BGH v. 14. 5. 2013, II ZB 1/11, NZG 2013, 792.

<sup>18</sup> BGH (Fn. 17) (794).

## AUFSATZ

fung früherer Aufsichtsratsbeschlüsse zu vereiteln. Die Verweigerung einer Zustimmung zu einer entsprechenden Beschlussvorlage soll nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen zulässig sein. Der BGH hat solche Ausnahmefälle allerdings nicht näher konkretisiert. Er hat lediglich als Kriterium dargelegt, dass die Verweigerung dem Unternehmenswohl entsprechen müsse. Nach Ansicht des BGH sei regelmäßig davon auszugehen, dass sich die Aufsichtsratsmitglieder von sachfremden Erwägungen leiten lassen, wenn sie der Gesellschaft in einem solchen Fall die Rechtsverteidigung unmöglich machen. Für die Praxis ist hieraus zu folgern, dass es dem Aufsichtsrat obliegt, bei einer solchen Beschlussfassung eindeutig darzulegen, warum eine Rechtsverteidigung in diesem Fall gerade nicht erfolgen soll und inwiefern dies dem Unternehmenswohl dient.<sup>19</sup>

### 2.3 Zur Wirkung der Anfechtung einer Aufsichtsratswahl

Der BGH hat mit Urteil vom 19. 2. 2013 entschieden, dass in Fällen, in denen die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds für nichtig erklärt wird, dieses Aufsichtsratsmitglied bezogen auf die zuvor erfolgten Stimmabgaben und Beschlussfassungen im Aufsichtsrat wie ein Nichtmitglied zu behandeln ist.<sup>20</sup>

#### 2.3.1 Sachverhalt

Der Kläger war Aktionär der A-AG. In dieser Eigenschaft hat er die Beschlüsse der Hauptversammlung der A-AG über die Wahl mehrerer Aufsichtsratsmitglieder unter Berufung auf verschiedene Gründe angefochten.

#### 2.3.2 Aussagen des Gerichts

Grundsätzlich ist im Falle der erfolgreichen Anfechtung der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds stets die Frage relevant, wie sich dies auf die zwischenzeitlichen Aufsichtsratsbeschlüsse auswirkt, die unter Mitwirkung des fraglichen Mitglieds ergingen. Mit dieser Entscheidung hat der BGH der von Teilen der Literatur vertretenen Ansicht eine Absage erteilt, dass das betroffene Mitglied aufgrund der Lehre vom faktischen Organ wie ein wirksam bestelltes Aufsichtsratsmitglied zu behandeln sei. Die erfolgreiche, gegen einen Wahlbeschluss gerichtete Anfechtungsklage wirke auf den Beschlusszeitpunkt zurück (ex tunc). Das Aufsichtsratsmitglied, dessen Wahl für nichtig erklärt wird, ist daher für Stimmabgabe und Beschlussfassung wie ein Nichtmitglied zu behandeln. Würde das Aufsichtsratsmitglied wie ein wirksam bestelltes Organ behandelt werden, so würde eine erfolgreiche Wahlanfechtung nur für die Zukunft (ex nunc) wirken. Nach Ansicht des BGH ist dies mit § 250 Abs. 1 AktG unvereinbar, wonach Wahlbeschlüsse grundsätzlich von Anfang an nichtig seien. Hierfür spreche auch die Verweisung in § 250 Abs. 1 AktG auf § 241 Nr. 5 AktG. Hiernach ist ein Wahlbeschluss ex tunc nichtig, wenn er durch Urteil für nichtig erklärt wird.<sup>21</sup> Nach Ansicht des BGH müsse der Beschluss daher nicht so behandelt werden, als wäre er ordnungsgemäß ergangen. Dies erfordere insbesondere auch nicht der Schutz außenstehender Dritter.<sup>22</sup>

#### 2.3.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Die Entscheidung hat für die Praxis die unangenehme Folge, dass die Nichtigkeit bzw. die Nichtigkeitsklärung einer Aufsichtsratswahl direkte Auswirkungen auf die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats und die Rechtswirksamkeit der Stimmabgabe im Aufsichtsrat in der Vergangenheit hat. In dem Fall, dass die Stimmen der als Nichtmitglieder zu behandelnden Aufsichtsratsmitglieder für eine Beschlussfassung ursächlich waren, gilt der betroffene Beschluss als nicht gefasst. Somit könnte beispielsweise die Bestellung eines Vorstandsmitglieds fehlerhaft bzw. ein Vertragsabschluss mit einem Vorstandsmitglied sogar unwirksam sein. Gemäß § 256 Abs. 2 AktG wäre auch der von einem fehlerhaft besetzten Aufsichtsrat festgestellte Jahresabschluss nichtig.<sup>23</sup>

Mit der Entscheidung hat der BGH leider auch den Literaturstimmen eine Absage erteilt, die Klagen gegen Aufsichtsratswahlen mit Hilfe des Instruments des faktischen Organs entschärfen wollen.<sup>24</sup> Dabei vermag die Begründung des BGH aber nicht zu überzeugen. Insbesondere das Argument, die Annahme vorläufiger Wirksamkeit der Amtshandlungen fehlerhaft bestellter Aufsichtsratsmitglieder widerspreche der Nichtigkeitsanordnung von § 250 Abs. 1 AktG, spricht nicht für das vom BGH gefundene Ergebnis. Durch die Grundsätze der fehlerhaften Bestellung muss die Rückwirkung gerade eingeschränkt werden, wenn sie zu unangemessenen Folgen führt.<sup>25</sup> Zudem ist nicht recht nachvollziehbar, warum der BGH das betroffene Aufsichtsratsmitglied schlicht als Nichtmitglied behandeln will. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass eben jenes Aufsichtsratsmitglied Äußerungen in der Sitzung tätigte, die für das Abstimmungsverhalten der anderen Mitglieder entscheidungserheblich waren. Einer solch mittelbaren Beeinflussung des Abstimmungsergebnisses trägt der Lösungsansatz des BGH nicht Rechnung.<sup>26</sup>

Die vorliegende Entscheidung führt erneut die Reformbedürftigkeit des Beschlussmängelrechts vor Augen. Der Gesetzgeber sollte hier dringend reagieren, weil zu befürchten ist, dass Aufsichtsratswahlen ein neues Betätigungsfeld für sog. räuberische Aktionäre werden.<sup>27</sup> In diesem Zusammenhang ist der Forderung von *Priester* zuzustimmen, wonach die Wirksamkeit der in der Zwischenzeit gefassten Aufsichtsratsbeschlüsse als Regelfall anerkannt werden sollte.<sup>28</sup>

### 2.4 Bericht über Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern

Der BGH hat durch Beschluss vom 14. 5. 2013 festgestellt, der Deutsche Corporate Governance Kodex verlange nicht, dass der Aufsichtsrat der Hauptversammlung über Einzelheiten von Interessenkonflikten seiner Mitglieder berichten muss. Es sei ausreichend, wenn lediglich über die Tatsache des Auftretens von Interessenkonflikten und deren Behandlung berichtet wird.<sup>29</sup>

19 NJW-Spezial 2013, 400.

20 BGH v. 19. 2. 2013, II ZR 56/12, NJW 2013, 1535.

21 BGH (Fn. 20) (1537).

22 *Kocher* BB 2013, 1166 (1169).

23 *Reichard* GWR 2013, 181.

24 *Kocher* BB 2013, 1166 (1169).

25 *Cziupka/Pitz* NJW 2013, 1539.

26 *Priester* GWR 2013, 175 (177).

27 *Bayer* NZG 2013, 1 (14); *Cziupka/Pitz* NJW 2013, 1539.

28 *Priester* GWR 2013, 175 (177).

## AUFSATZ

**2.4.1 Sachverhalt**

Mehrere Aktionäre der börsennotierten A-AG fochten die Entlastungsbeschlüsse betreffend den Vorstand und den Aufsichtsrat an. Die Anfechtung wurde damit begründet, dass die Gesellschaft eine fehlerhafte Entsprechenserklärung zum Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) gemäß § 161 Abs. 1 AktG abgegeben habe, da keine Abweichung von Ziffer 5.5.3 erklärt worden war. In Ziffer 5.5.3 heißt es: „Der Aufsichtsrat soll in seinem Bericht an die Hauptversammlung über aufgetretene Interessenkonflikte und deren Behandlung informieren.“ Nach Ansicht der Kläger habe der Aufsichtsrat entgegen dieser Kodexempfehlung die Hauptversammlung nur unzureichend über Interessenkonflikte informiert, da lediglich erklärt worden war, dass der Aufsichtsratsvorsitzende „an drei Beschlussfassungen am 29. 10. 2008 nicht teilnahm, da diese ihn persönlich betrafen“. Die Kläger leiteten aus der Kodexempfehlung eine umfassendere Informationsverpflichtung ab.

**2.4.2 Aussagen des Gerichts**

Nach Ansicht des BGH verlange Ziffer 5.5.3. des Kodex nicht, dass der Interessenkonflikt im Aufsichtsratsbericht im Einzelnen dargelegt wird. Dies begründet der BGH im Wesentlichen damit, dass ausweislich des Wortlauts des Kodex nur über aufgetretene Interessenkonflikte und deren Behandlung informiert werden müsse. Sollte ein Aktionär nähere Informationen erhalten wollen, so stehe es ihm frei, in der Hauptversammlung Auskunft durch den Vorstand zu verlangen.<sup>30</sup>

**2.4.3 Stellungnahme und Praxisfolgen**

Der BGH hat mit dieser Entscheidung eine enge Auslegung des Wortlauts der Ziffer 5.5.3. des Deutschen Corporate Governance Kodex vorgenommen und die dort vorgesehene Information der Hauptversammlung auf das bloße Auftreten von Interessenkonflikten beschränkt. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass es einem Aktionär freisteht, vom Vorstand in der Hauptversammlung Auskunft zu verlangen, sofern er nähere Informationen erhalten möchte, ist diese einschränkende Auslegung zu begrüßen, um den Regelungsbereich des Kodex nicht übermäßig auszuweiten. Für die Praxis ist der Entscheidung zu entnehmen, dass es auch weiterhin genügt, wenn der Aufsichtsrat in seinem Bericht an die Hauptversammlung lediglich über aufgetretene Interessenkonflikte und deren Behandlung informiert. Eine Offenlegung von Detailinformationen ist nicht erforderlich.<sup>31</sup>

**2.5 Einwirken auf das Abstimmungsverhalten eines Aufsichtsratsmitglieds**

Mit Urteil vom 16. 10. 2013 hat das OLG München entschieden, dass einem Vorstandsmitglied aus § 84 AktG kein Recht dahingehend zusteht, dem Aufsichtsratsvorsitzenden im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu untersagen, im

Aufsichtsrat für den Widerruf der Bestellung, für eine vorläufige Amtsenthebung und die Kündigung des Dienstvertrags des Vorstands abzustimmen.<sup>32</sup>

**2.5.1 Sachverhalt**

Der Kläger war Vorstand einer Aktiengesellschaft. Bei dem Beklagten handelte es sich um den Vorsitzenden des Aufsichtsrats der Gesellschaft. Diesem sollte im Wege der einstweiligen Verfügung verboten werden, im Aufsichtsrat für den Widerruf der Bestellung des Klägers zum Vorstandsmitglied, für eine vorläufige Amtsenthebung des Klägers als Vorstand der Gesellschaft und für die Kündigung des Vorstandsanstellungsvertrages des Klägers aus wichtigem Grund zu stimmen.<sup>33</sup>

**2.5.2 Aussagen des Gerichts**

Nach Ansicht des OLG München stehe dem Kläger kein Anspruch zu, dem Beklagten als Vorsitzenden des Aufsichtsrats im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu untersagen, für den Widerruf der Bestellung, für eine vorläufige Amtsenthebung und die Kündigung des Vorstand-Dienstvertrags des Klägers im Aufsichtsrat zustimmen. Das OLG München sah keine Anspruchsgrundlage für den begehrten Anspruch. Insbesondere könne ein solcher Anspruch nicht auf § 84 AktG gestützt werden. Grundsätzlich ist für den Widerruf der Bestellung von Vorstandsmitgliedern der Gesamtaufichtsrat als Gremium und Organ der Gesellschaft zuständig. Ein Anspruch, gegen lediglich ein Mitglied des Aufsichtsrats, auf ein bestimmtes Abstimmungsverhalten, kann auch unter Berufung auf effektiven Rechtsschutz nicht hergeleitet werden.

Das Gericht behandelte diese interessanten Rechtsfragen aber nur am Rande, weil es zur Auffassung gelangte, dass es bereits an der Passivlegitimation fehle und deshalb kein Verfügungsanspruch bestehe. Der Aufsichtsratsvorsitzende sei nicht richtiger Anspruchsgegner, weil für die Bestellung zum Vorstand und für den Widerruf der Bestellung der Aufsichtsrat als Gremium zuständig sei. Ein Anspruch des Klägers könne sich allenfalls gegen die Gesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsrat (§ 112 AktG), nicht jedoch gegen ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied richten.

**2.5.3 Stellungnahme und Praxisfolgen**

Für die Praxis ist aus der Entscheidung des OLG München der Schluss zu ziehen, dass aus § 84 AktG kein Anspruch gegenüber einem einzelnen Vorstandsmitglied auf ein bestimmtes Abstimmungsverhalten bezüglich der Abberufung eines Vorstandes besteht. Hierdurch wird die Unabhängigkeit des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds gestärkt und die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats als Gesamtorgan hervorgehoben.

**2.6 Steuerliche Behandlung von Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder**

Der BFH hat mit Urteil vom 9. 4. 2013 entschieden, dass ein Aufsichtsratsmitglied einer nichtbörsennotierten AG, das an einer Maßnahme zum Bezug neuer Aktien teilnimmt, die

<sup>29</sup> BGH v. 14. 5. 2013, II ZR 196/12, NZG 2013, 783.

<sup>30</sup> BGH v. 10. 7. 2012, II ZR 48/11, *Fresenius*, DStR 2012, 1973 (1976), Rn. 32.

<sup>31</sup> Vgl. auch die Ausführungen bei *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder* (Fn. 2), Rn. 1112.

<sup>32</sup> OLG München v. 16. 10. 2013, 7 U 3018/13, NZG 2014, 66.

<sup>33</sup> OLG München (Fn. 32).

## AUFSATZ

nur Mitarbeitern und Aufsichtsratsmitgliedern eröffnet ist und bei der es die Option hat, die von ihm gezeichneten Aktien innerhalb einer bestimmten Frist zum Ausgabekurs an die Gesellschaft zurückzugeben, Einkünfte aus selbständiger Arbeit erzielt, wenn das Aufsichtsratsmitglied die unter dem Ausgabepreis notierenden Aktien innerhalb der vereinbarten Frist zum Ausgabepreis an die Gesellschaft zurückgibt. Die Höhe der Einkünfte bemesse sich dabei nach der Differenz zwischen Ausgabepreis und dem tatsächlichen Wert der Aktien im Zeitpunkt der Ausübung der Rückgabeoption. Der Zufluss erfolge im Zeitpunkt der Ausübung der Option.<sup>34</sup>

### 2.6.1 Sachverhalt

Der Kläger war Aufsichtsratsmitglied der nichtbörsennotierten F-AG. Diese gab im Jahre 2000 im Zuge eines Mitarbeiterbeteiligungsprogramms neue Aktien aus. Der Kläger war zum Erwerb berechtigt. Er erwarb insgesamt 10 000 Aktien zum Stückpreis von 11,50 €. Dabei war ihm vertraglich die Möglichkeit eingeräumt worden, die gezeichneten Aktien bis zum Ablauf des 31. 12. 2002 zum Ausgabekurs an die F-AG zurückzugeben. Von dieser Möglichkeit macht der Kläger in der Folge auch Gebrauch. Das Finanzamt kam zu dem Schluss, dass die Aktien im Zeitpunkt der Rückgabe nur noch einen Wert von vier Euro je Stück besaßen. Hieraus ermittelte das Finanzamt für den Kläger einen geldwerten Vorteil i. H. von 75 000 € und änderte den unter Vorbehalt der Nachprüfung ergangenen Steuerbescheid für das Streitjahr entsprechend. Das Finanzamt ging hierbei davon aus, dass der Kläger Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit erzielt habe. Einen hiergegen eingelegten Einspruch des Klägers wies das Finanzamt in der Sache als unbegründet zurück, erfasste den geldwerten Vorteil aber nunmehr bei den Einkünften des Klägers aus selbständiger Arbeit.<sup>35</sup>

### 2.6.2 Aussagen des Gerichts

Der BFH bestätigte die Auffassung des FG, wonach der Kläger einen geldwerten Vorteil erlangt habe, der zu Einnahmen i. S. des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG führte. Begründet wurde dies damit, dass der Kläger die Möglichkeit gehabt habe, die Aktien, die im Zeitpunkt der Rückgabe nur noch mit vier Euro je Aktie bewertet waren, zum Ausgabepreis an die F-AG zurückzugeben. Gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG zählen die Vergütungen, die ein Aufsichtsratsmitglied für seine Tätigkeit erhält, zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit. Dabei ist anerkannt, dass hierunter auch geldwerte Vorteile zu fassen sind, sofern diese durch die konkrete Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied veranlasst sind.

Im Rahmen der Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit hat der BFH in steter Rechtsprechung entschieden, dass hierzu auch Güter zu rechnen sind, die in Geld oder Geldeswert bestehen und dem Arbeitnehmer aus dem Dienstverhältnis für das Zur-Verfügung-Stellen seiner individuellen Arbeit zufließen. Hiernach muss der Vorteil mit Rücksicht auf das Dienstverhältnis eingeräumt worden sein und die Leistung muss sich im weitesten Sinne als Gegenleistung für das Zur-Verfügung-Stellen der individuellen Arbeitskraft er-

weisen. Auch hat der BFH ausgeführt, dass es für die verbilligte Überlassung von Aktien bereits höchstrichterlich entschieden ist, dass diese Überlassung einen geldwerten Vorteil darstellt, der zu Arbeitslohn führen kann, sofern der Vorteil dem Arbeitnehmer für seine Arbeitsleistung gewährt wird. In diesem Zusammenhang hat der BFH keinen sachlichen Grund gesehen, der es rechtfertigen würde, einen Unterschied zwischen Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit oder aus selbständiger Arbeit zu machen. Seiner Ansicht nach gelten die gleichen Grundsätze auch dann, wenn die Vorteile im Bereich der Einkünfte aus selbständiger Arbeit gewährt wurden.

Bezogen auf den konkreten Fall stellte der BFH dar, dass sowohl die Möglichkeit zum Aktienerwerb als auch die Möglichkeit zu Aktienrückgabe nur Mitarbeitern sowie Aufsichtsratsmitgliedern offenstand. Für fremde Dritte bestanden diese Möglichkeiten gerade nicht. Seiner Ansicht nach ist die Möglichkeit der Rückübertragung daher untrennbar mit der Tätigkeit des Klägers als Vorsitzender des Aufsichtsrats verknüpft und daher als Ertrag aus einer Tätigkeit i. S. des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG zu betrachten und stellt gerade nicht einen Ertrag der Beteiligung dar. Dabei bemisst sich die Höhe der Einkünfte nach der Differenz zwischen dem Ausgabepreis und dem tatsächlichen Wert der Aktien im Zeitpunkt der Rückgabe, da hierdurch der Ausgleich des zwischenzeitlich eingetretenen Wertverlustes der Aktien erfolgt. Dieser geldwerte Vorteil ist gemäß den Ausführungen des BFH in dem Jahr zugeflossen, indem die Rückgabeoption ausgeübt wurde.<sup>36</sup>

### 2.6.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Durch diese Entscheidung hat der BFH etwaige steuerliche Unklarheiten bei der Behandlung von Zuflüssen aus der Rückgabe von unterhalb des Ausgabekurses notierten Aktien zum Ausgabekurs in zutreffender Weise beseitigt. Es darf keinen Unterschied machen, ob einer Person ein Vorteil im Rahmen der Einkünfte aus selbständiger Arbeit oder aus nichtselbständiger Arbeit zufließt, da keine Gründe ersichtlich sind, die eine abweichende Ausgestaltung der sachlichen Steuerpflicht begründen könnten. Für die Praxis hat dies zur Folge, dass die Gewährung einer Rückgabeoption beim Aktienbezug nicht als vollständige Rückversicherung für etwaige Kursschwankungen nach unten erachtet werden kann. In jedem Fall muss derjenige Vorteil versteuert werden, der dadurch zufließt, dass der Kursverlust ausgeglichen wird.<sup>37</sup>

## 2.7 Aufsichtsratsmitglied als Nebenintervenient

Mit Zwischenurteil vom 29. 1. 2013 hat der BGH entschieden, dass bei Klage eines Vorstandsmitglieds gegen seine Abberufung, auf Seiten der AG ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied als Nebenintervenient dem Rechtsstreit beitreten kann.<sup>38</sup>

### 2.7.1 Sachverhalt

Die Kläger waren bis zu ihrer Abberufung durch Beschluss des Aufsichtsrats Vorstandsmitglieder der X-AG. Mit ihrer Klage begehrten sie die Feststellung, dass der diesbezüg-

34 BFH v. 9. 4. 2013, VIII R 19/11, DStR 2013, 1658.

35 Grädler/Weiß GWR 2013, 391.

36 BFH (Fn. 34) (1660).

37 Grädler/Weiß GWR 2013, 391.

38 BGH v. 29. 1. 2013, II ZB 1/11, NZG 2013, 297.

## AUFSATZ

liche Aufsichtsratsbeschluss nicht wirksam zu Stande gekommen sei. Der Nebenintervenient ist Mitglied des Aufsichtsrats der X-AG. Er ist dem Rechtsstreit auf Seiten der X-AG beigetreten. Hierzu haben die Kläger beantragt, die Nebenintervention zurückzuweisen.

### 2.7.2 Aussagen des Gerichts

Der BGH hat die Voraussetzungen einer Nebenintervention als gegeben erachtet. Nach § 66 Abs. 1 ZPO ist es für die Nebenintervention Voraussetzung, dass ein Rechtsstreit zwischen anderen Personen anhängig ist. In Rechtsprechung und Schrifttum wird in dieser Frage vertreten, dass der gesetzliche Vertreter einer Partei im Verhältnis zur Partei keine andere Person sei und daher dem Rechtsstreit auch nicht als Nebenintervenient beitreten könne.

Letztendlich musste diese Frage hier durch den BGH aber nicht geklärt werden, da das einzelne Aufsichtsratsmitglied offenkundig nicht der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft ist. In einem Prozess mit einem Vorstandsmitglied wird die AG gemäß § 112 AktG vom Aufsichtsrat als Gesamtorgan vertreten und nicht durch das einzelne Aufsichtsratsmitglied. Dies gilt auch, wenn es um die Frage geht, ob ein Vorstandsmitglied ausgeschieden ist oder nicht.<sup>39</sup> Das nach § 66 Abs. 1 ZPO geforderte rechtliche Interesse hat der BGH bejaht und damit begründet, dass die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder stets ein Interesse an der Feststellung haben, dass die im Aufsichtsrat gefassten Beschlüsse unwirksam sind. Sie seien somit auch berechtigt, die Nichtigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen auf dem Klagewege feststellen zu lassen. Dieses Interesse beruhe auf der Organstellung der Aufsichtsratsmitglieder und der sich hieraus ergebenden gemeinsamen Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der gefassten Beschlüsse.<sup>40</sup> Nach Ansicht des BGH dürfe im vorliegenden Fall, in dem geltend gemacht wird, dass der Abberufungsbeschluss nicht wirksam gefasst worden sei, nichts anderes gelten.

### 2.7.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Die zustimmungswürdige Entscheidung des BGH stärkt das Recht des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds, an einer gerichtlichen Auseinandersetzung mitzuwirken, die einen Aufsichtsratsbeschluss zum Gegenstand hat. Hierdurch wird auch die allgemeine persönliche Verantwortung der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder für die Rechtmäßigkeit der durch den Aufsichtsrat als Gesamtorgan gefassten Beschlüsse betont.<sup>41</sup>

## 2.8 Ermessensausübung bei der gerichtlichen Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern

Das OLG Hamm hat in einem Beschluss vom 28. 5. 2013 für Recht erkannt, dass in einem Verfahren nach § 104 AktG das Gericht die Bestellung einer von einem Aktionär vorgeschlagenen Person zum Mitglied des Aufsichtsrats mit der Begründung ablehnen darf, dass die Nähe des Vorgeschlagenen zu dem Aktionär die Tätigkeit des Aufsichtsrats belasten kann.<sup>42</sup>

### 2.8.1 Sachverhalt

Eine Großaktionärin beantragte, zwei von ihr vorgeschlagene Personen gemäß § 104 Abs. 1 AktG gerichtlich zu Aufsichtsratsmitgliedern zu bestellen. Eine dieser Personen war der Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Großaktionärin. Kurze Zeit danach beantragte ein weiterer Verfahrensbeteiligter die Bestellung von anderen Personen als Aufsichtsratsmitglieder. In der Folge gab die Vorinstanz dem Antrag des anderen Verfahrensbeteiligten statt. Hiergegen legte die Großaktionärin Beschwerde ein und begründete diese damit, dass das Gericht sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt habe.

### 2.8.2 Aussagen des Gerichts

Im Ergebnis bestätigt das OLG Hamm die Rechtmäßigkeit der Zurückweisung des von der Großaktionärin gestellten Antrags durch die Vorinstanz. Eine Ermessensfehlerhaftigkeit kann es nicht erkennen. Ausgangspunkt war für das Gericht dabei, dass die getroffene Entscheidung in dieser Sache grundsätzlich an den Interessen der Gesellschaft auszurichten sei, wobei sich der Richter bei seiner Auswahlentscheidung nicht von sachwidrigen Erwägungen leiten lassen dürfe.

Einen solchen Fehler konnte das OLG Hamm im vorliegenden Fall nicht erkennen. Die von der Großaktionärin vorgeschlagene Person war als Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Großaktionärin nicht unabhängig, da er als solcher auch eigene wirtschaftliche Interessen im Zusammenhang mit der Entwicklung des Unternehmens verfolgte. Hierbei argumentierte das OLG Hamm unter Verweis auf Ziffer 5.4.2. des Kodex, wonach ein Aufsichtsratsmitglied insbesondere dann nicht als unabhängig anzusehen sei, wenn es in einer geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zu der Gesellschaft steht. Nach Einschätzung des Gerichts begründet eine Beteiligung an der Gesellschaft mit einem Anteil von mehr als 25 % vom Grundkapital eine geschäftliche Beziehung im Sinne der Kodex-Bestimmung, auch wenn diese Beteiligung nur mittelbar besteht.

### 2.8.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Der Sinn und Zweck von § 104 Abs. 1 AktG besteht darin, dass bei einem Aufsichtsrat, der nicht aus der zur Beschlussfassung erforderlichen Anzahl an Mitgliedern besteht, dieses Hindernis auf Antrag durch eine gerichtliche Bestellung zusätzlicher Mitglieder beseitigt wird. Durch die Entscheidung des OLG Hamm wurden das in dieser Frage bestehende gerichtliche Ermessen gestärkt und die Kriterien zur Ermessensausübung konkretisiert. Letzteres erfolgte vor allem dadurch, dass das OLG Hamm die Bedeutung des Deutschen Corporate Governance Kodex hervorhob, indem es dem Kodex eine ermessensleitende Bedeutung zuerkannte.<sup>43</sup>

## 3. Zusammenfassung und Ausblick

Das Jahr 2013 brachte nicht den Abschluss des bereits Ende 2010 unter der Bezeichnung „Aktienrechtsnovelle 2011“ gestarteten gesetzgeberischen Reformprozesses. Zwar drang das Gesetzesvorhaben bis in den Bundesrat vor,

<sup>39</sup> BGH (Fn. 38) (298).

<sup>40</sup> Vgl. dazu auch BGH v. 17. 7. 2012, II ZR 55/11, NZG 2012, 1027; BGH v. 21. 4. 1997, II ZR 175/95, NJW 1997, 1926.

<sup>41</sup> Weller LMK 2013, 345109.

<sup>42</sup> OLG Hamm v. 28. 5. 2013, 27 W 35/13, BeckRS 2013, 15964.

<sup>43</sup> Ogorek GWR 2013, 463.

## RECHTSPRECHUNG

dieser rief allerdings den Vermittlungsausschuss an, wodurch das Gesetzesvorhaben dem Diskontinuitätsgrundsatz zum Opfer fiel. Es bleibt abzuwarten, ob und wie der Reformprozess in der neuen Legislaturperiode erneut aufge-

griffen wird. Daneben war das Jahr 2013 von einigen für die Arbeit der Aufsichtsräte bedeutsamen Gerichtsentscheidungen geprägt, die zu einer weiteren Konkretisierung des Aktienrechts beitragen.