

Die Entwicklung des Rechts des Aufsichtsrats im Jahr 2010

Aktuelles für die Praxis aus Gesetzgebung und Rechtsprechung (Teil 2)

Von Dr. Christoph Knapp, Augsburg*

Im letzten Heft:

1. Gesetzgebung und Kodex
 - 1.1 Entwurf eines Restrukturierungsgesetzes
 - 1.2 Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex
2. Rechtsprechung
 - 2.1 Zusammensetzung des Aufsichtsrats

In diesem Heft:

- 2.2 Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung
- 2.3 Vertretung der AG durch den Aufsichtsrat
- 2.4 Persönliche Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern
3. Zusammenfassung und Ausblick

2.2 Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung

Der Bericht des Aufsichtsrats i. S. von § 171 Abs. 2 AktG, welcher von der Einberufung der Hauptversammlung an in den Geschäftsräumen der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen ist (§ 175 Abs. 2 AktG), muss gemäß einer Entscheidung des BGH vom Aufsichtsrat durch förmlichen Beschluss festgestellt und in der Urschrift zumindest durch den Aufsichtsratsvorsitzenden unterschrieben werden¹⁷.

2.2.1 Sachverhalt

Der Kläger erhob als Aktionär eine Beschlussanfechtungsklage und machte u. a. geltend, es sei im Rahmen der Einberufung der Hauptversammlung kein ordnungsgemäßer Bericht des Aufsichtsrats ausgelegt worden. Tatsächlich wurde ein Entwurf des Berichts des Aufsichtsrats weder mit ausdrücklichem Beschluss festgestellt oder gebilligt noch war feststellbar, ob der Berichtsentwurf von allen Mitgliedern des Aufsichtsrats widerspruchlos zur Kenntnis genommen wurde. Der Entwurf war auch nicht vom amtierenden Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnet. Die Klage blieb in beiden Vorinstanzen erfolglos. Die Revision hatte jedoch teilweise Erfolg.

2.2.2 Aussagen des Gerichts

Der BGH ist zu dem Ergebnis gelangt, dass der Bericht des Aufsichtsrats vorliegend aus folgenden Gründen nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprach und daher ein Gesetzesvorstoß vorlag:

Der gemäß § 175 Abs. 2 Satz 1 AktG von der Einberufung an in den Geschäftsräumen der Gesellschaft als Bestandteil des Geschäftsberichts ausgelegte „Bericht des Aufsichtsrats“ war nicht Gegenstand eines ausdrücklich gefassten Beschlusses des Aufsichtsrats. Dem Bericht ermangelt es damit an der erforderlichen Legitimation des amtierenden Auf-

sichtsrats, so dass es an einem Bericht i. S. von § 171 Abs. 2 AktG insgesamt fehlt. Erst durch die Feststellung des Berichts durch einen förmlichen Beschluss übernimmt der Aufsichtsrat die Verantwortung für seinen Inhalt und gibt ihm seine Funktion als wesentliche Informationsgrundlage für die Aktionäre im Hinblick auf die Vorbereitung und Ausübung ihrer Rechte in der Hauptversammlung.

Ein weiterer Gesetzesverstoß liegt nach Meinung des BGH darin, dass die Urschrift des ausgelegten Berichts nicht eigenhändig vom amtierenden Vorsitzenden des Aufsichtsrats unterschrieben wurde. Das Gesetz verlangt in § 171 Abs. 2 Satz 1 AktG, dass der Aufsichtsrat über das Ergebnis der Prüfung schriftlich an die Hauptversammlung zu berichten hat. Zur Einhaltung der schriftlichen Form gemäß § 126 BGB ist eine eigenhändige Namensunterschrift erforderlich. Dementsprechend werde in der aktienrechtlichen Literatur zutreffend eine Unterschrift des Vorsitzenden des Aufsichtsrats als Repräsentanten des Aufsichtsrats als notwendig, aber auch als ausreichend angesehen¹⁸. Auch teleologische Gründe erfordern nach Auffassung des BGH, dass der Bericht i. S. von § 126 BGB unterzeichnet wird. Die Unterschrift habe im Rahmen der Klarstellungs- und Beweisfunktion den Zweck, die Identität des Ausstellers erkennbar zu machen, die Echtheit der Urkunde zu gewährleisten und dem Empfänger die Prüfung zu ermöglichen, wer die Erklärung abgegeben hat. Diese Gesichtspunkte seien sämtlich auch für die Frage von Belang, ob sich der amtierende Aufsichtsrat als zuständiges Organ zu dem unter seinem Namen den Aktionären bekanntzumachenden Bericht bekennt und damit die Gewähr für dessen Inhalt übernimmt.

2.2.3 Stellungnahme

Der Entscheidung des BGH ist grundsätzlich zuzustimmen. In seinem konkreten Fall konnte der BGH die Relevanz der Mängel für die Beschlüsse der Hauptversammlung über die Entlastung der Mitglieder des Aufsichtsrats und des Vorstands relativ klar feststellen, weil der Aufsichtsrat seinen Bericht an die Hauptversammlung weder beschlossen noch formgemäß abgefasst hat. Demgegenüber sind jedoch Fallkonstellationen vorstellbar, in denen dies schwieriger sein dürfte. Man denke etwa an den Fall, dass der Bericht vom Aufsichtsrat ordnungsgemäß beschlossen, die Urschrift jedoch vom Vorsitzenden lediglich nicht unterzeichnet worden ist. Nach Ansicht des BGH kann ein solcher Bericht zwar nicht als Bericht des Aufsichtsrats gelten. Allerdings wird dann wohl kein für die genannten Hauptversammlungsbeschlüsse relevanter Verfahrensfehler vorliegen, wenn der amtierende Aufsichtsratsvorsitzende in der Hauptversammlung die Verantwortung für den – vom Aufsichtsrat ordnungsgemäß beschlossenen – Bericht übernimmt¹⁹.

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

¹⁷ BGH v. 21. 6. 2010, II ZR 24/09, DStR 2010, 1681 („Aufsichtsratsbericht“); W. Goette, DStR 2010, 2579, 2585 f.

¹⁸ Hüffer, AktG, 9. Aufl. 2010, § 171 Rn. 12; W. Goette, DStR 2010, 2579, 2585 f.

¹⁹ Einsele, LMK 2010, 307914.

AUFSATZ

2.3 Vertretung der AG durch den Aufsichtsrat**2.3.1 Verträge mit Vorstandsmitgliedern**

Zur Wirksamkeit eines Prozessvergleichs über einen Beratervertrag mit einem ehemaligen Vorstandsmitglied ist nach einem Urteil des LG Frankfurt a. M. ein zustimmender Beschluss des Aufsichtsrats erforderlich²⁰.

2.3.1.1 Sachverhalt

Die klagende Aktiengesellschaft beantragte die Feststellung, dass ein mit einem ehemaligen Vorstandsmitglied (Beklagter) geschlossener Prozessvergleich unwirksam sei. Dem Prozessvergleich lag ein früherer Streit über einen Beratervertrag zugrunde. Diesen Beratervertrag hatten die Parteien ebenfalls nach Ende der Vorstandstätigkeit des Beklagten geschlossen. Während der mündlichen Verhandlung, die mit Abschluss des Vergleichs endete, war im Sitzungssaal auch der Aufsichtsratsvorsitzende der Gesellschaft anwesend. Der Aufsichtsrat stimmte dem Vergleich nicht ausdrücklich zu.

2.3.1.2 Aussagen des Gerichts

Kernfrage des Verfahrens war, ob der Prozessvergleich nach § 112 Satz 1 AktG der Zustimmung des Aufsichtsrats bedurfte. Nach dieser Vorschrift vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern gerichtlich und außergerichtlich.

Die Vertretungszuständigkeit des Aufsichtsrats besteht auch gegenüber ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit sei nach Auffassung des Gerichts eine typisierende Betrachtungsweise geboten, um bereits die abstrakte Gefährdung von Interessen der Gesellschaft zu vermeiden. Es sei im vorliegenden Fall nicht auszuschließen, dass amtierende Vorstandsmitglieder aufgrund der Dauer und der Intensität der bisherigen Zusammenarbeit und der hierbei entstandenen engen persönlichen Beziehungen gegenüber den ausgeschiedenen Kollegen eine solidarische Haltung einnehmen. Dies müsse den Übergang der Vertretungszuständigkeit auf den Aufsichtsrat zur Folge haben. Das Gericht weist außerdem darauf hin, dass die bloße Anwesenheit des Aufsichtsratsvorsitzenden im Vergleichstermin einen Beschluss des Aufsichtsrats nach § 108 AktG nicht ersetzen könne. Erforderlich sei ein ausdrücklicher Beschluss, konkludente Handlungen genügen insoweit – und im Unterschied zu einer etwaigen Ermächtigung des Aufsichtsratsvorsitzenden zur Vornahme der erforderlichen Erklärungen – nicht.

Die Berufung auf die Nichtigkeit sei überdies nicht treuwidrig. Die fehlerhafte Vertretung der Gesellschaft könne zwar dadurch geheilt werden, dass der Aufsichtsrat in den Prozess eintritt und hierdurch die Prozessführung durch den Vorstand oder ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied genehmigt. Der Aufsichtsrat der beklagten Gesellschaft kann aber von dem Eintritt absehen, ohne rechtsmissbräuchlich zu handeln²¹.

2.3.1.3 Stellungnahme

Die Entscheidung stimmt mit der ständigen Rechtsprechung des BGH überein, wonach auch Verträge mit ehemali-

gen Vorstandsmitgliedern in den Anwendungsbereich des § 112 AktG fallen²². Für die Praxis ist weiterhin die Empfehlung auszusprechen, Beraterverträge mit ehemaligen Vorstandsmitgliedern dem Aufsichtsrat zur Beschlussfassung vorzulegen. Dasselbe gilt bei Prozessvergleichen mit ehemaligen Vorstandsmitgliedern.

2.3.2 Beauftragung eines Rechtsanwalts durch den Aufsichtsratsvorsitzenden

Nach einer Entscheidung des OLG Zweibrücken kann der Aufsichtsratsvorsitzende nicht ohne entsprechende Willensbildung des Aufsichtsrats einen Rechtsanwalt damit beauftragen, für die AG gegen ein Urteil Berufung einzulegen, welches in einem zwischen ihr und Mitgliedern ihres Vorstandes geführten Rechtsstreit ergangen ist²³.

2.3.2.1 Sachverhalt

Zwei Vorstandsmitglieder erwirkten gegen die Gesellschaft eine einstweilige Verfügung gegen ihre Abberufung durch den Aufsichtsrat. Die gegen das Urteil des Landgerichts eingelegte Berufung der Gesellschaft wurde vom Berufungsgericht mangels wirksamer Vertretung der Gesellschaft durch einen allein vom Aufsichtsratsvorsitzenden beauftragten Rechtsanwalt als unzulässig verworfen. In dem sechsköpfigen Aufsichtsrat der Gesellschaft lag eine Patt-Situation vor, so dass Beschlüsse nicht mit der notwendigen Mehrheit gefasst werden konnten.

2.3.2.2 Aussagen des Gerichts

Das Gericht stellt fest, dass der vom Aufsichtsratsvorsitzenden beauftragte Rechtsanwalt nicht über die notwendige, wirksame Prozessvollmacht verfüge und die Gesellschaft daher nicht ordnungsgemäß vertreten sei. Dabei rekurriert das Gericht auf die ständige Rechtsprechung des BGH, wonach die Aktiengesellschaft gemäß § 112 AktG bei Streitigkeiten gegenüber Vorstandsmitgliedern gerichtlich und außergerichtlich durch den Aufsichtsrat vertreten wird und daher über die Frage, ob ein Prozess geführt wird und die Beauftragung eines Rechtsanwaltes erfolgt, nach den allgemeinen Grundsätzen des § 108 Abs. 1 AktG durch Beschluss zu entscheiden ist²⁴. Auch wenn der Aufsichtsratsvorsitzende nach Satzung berechtigt ist, den Aufsichtsrat gegenüber Dritten zu vertreten, setze dies einen Beschluss des Aufsichtsrats über die Mandatierung eines Rechtsanwalts voraus. Ohne Beschlussfassung sei der Aufsichtsratsvorsitzende kraft Gesetzes allenfalls zur Vornahme von Hilfsgeschäften befugt, die im Rahmen seiner Tätigkeit anfielen, wie z. B. das Anmieten von Sitzungsräumen oder die Einholung von Rechtsrat²⁵. Da es sich bei der Entscheidung darüber, ob die Aktiengesellschaft einen Rechtsstreit führt, nicht um ein bloßes Hilfsgeschäft handele, fehle dem Aufsichtsratsvorsitzenden die Vertretungsmacht zur Beauftragung des Rechtsanwalts.

Außerdem lehnt das Gericht die analoge Anwendung der Grundsätze über die Prozessführung einer prozessunfähigen Partei ab. Die AG habe es vorliegend in der Hand, eine wirk-

20 LG Frankfurt a.M. v. 15. 7. 2010, 2-08 O 16/10, BeckRS 2010, 21849 (Ikr.); Nussbaum, GWR 2010, 480.

21 BGH v. 22. 4. 1991, II ZR 151/90, DStR 1991, 752; v. 24. 11. 2003, II ZR 127/01, DStR 2004, 565.

22 BGH v. 7. 7. 1993, VIII ZR 2/92, NJW-RR 1993, 1250.

23 OLG Zweibrücken v. 23. 6. 2010, 4 U 196/09, BeckRS 2010, 16855.

24 BGH v. 16. 10. 2006, II ZR 7/05, DStR 2006, 2325.

25 Fleischer/Wedemann, GmbHR 2010, 449, 451.

AUFSATZ

same Vollmacht zu erteilen, weil der Aufsichtsrat einen entsprechenden Beschluss fassen könne.

2.3.2.3 Stellungnahme

Die Entscheidung ist hart, aber im Ergebnis rechtlich zutreffend. Mangels wirksamer Bevollmächtigung des Rechtsanwalts lag keine ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft im Prozess vor, so dass der Rechtsstreit allein deshalb verloren ging. Eine nachträgliche Genehmigung der eigenmächtigen Mandatierung des Rechtsanwalts durch den Aufsichtsratsvorsitzenden ist zwar grundsätzlich möglich, setzt jedoch wiederum einen entsprechenden Beschluss voraus²⁶. Dieser war vorliegend wegen einer Patt-Situation im Aufsichtsrat nicht zu erlangen.

Die Entscheidung verdeutlicht im Übrigen sehr anschaulich die vergleichbare und in der Praxis immer wieder auftretende problematische Situation, die entsteht, wenn ein dreiköpfiger Aufsichtsrat nicht vollständig besetzt ist. In diesem Fall ist der Aufsichtsrat wegen § 108 Abs. 2 Satz 3 AktG beschlussunfähig und damit handlungsunfähig. Hier stellt sich im Zeitraum bis zur Ergänzung des Aufsichtsrats häufig die Frage nach der Annexkompetenz des Aufsichtsratsvorsitzenden bzw. des „Rest-Aufsichtsrats“. In der Literatur wird dem Aufsichtsratsvorsitzenden zur Vermeidung von Nachteilen für die Gesellschaft teilweise zugestanden, in Eilfällen ohne Beschluss zu handeln²⁷. Allerdings findet dieses Vorgehen keine klare Stütze im Gesetz, so dass der Vorsitzende auf eigenes Risiko handelt.

Abschließend seien Rechtsanwälte, die in ähnlichen Situationen tätig werden sollen, darauf hingewiesen, dass das Gericht die Kosten des Rechtsstreits vorliegend unmittelbar den ohne wirksame Prozessvollmacht aufgetretenen Rechtsanwälten auferlegt hat, weil diesen bewusst gewesen sei, dass sie ohne wirksame Vollmacht handelten.

2.4 Persönliche Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern

2.4.1 Sorgfalts- und Überwachungspflichten im Zusammenhang mit Verbriefungsgeschäften (IKB)

Das OLG Düsseldorf hat im Verfahren über die Zulassung einer Sonderprüfung nicht nur zu den Pflichten eines Bankvorstands in der Finanzmarktkrise Stellung genommen, sondern auch zu entsprechenden Pflichten des Aufsichtsrats²⁸.

2.4.1.1 Sachverhalt

Die Antragsteller sind Minderheitsaktionäre der Mittelstandsbank IKB und begehren die gerichtliche Bestellung eines Sonderprüfers nach § 142 Abs. 2 AktG zur Untersuchung möglicher Pflichtverletzungen von Vorstand und Aufsichtsrat der Bank im Zusammenhang mit den Umständen, die zu deren Krise im Sommer 2007 geführt haben.

Bereits im März 2008 hatte die Hauptversammlung der Bank einen Sonderprüfer bestellt. Nachdem die KfW ihr auf über 90 % gestiegenes Aktienpaket an der IKB an die US-

amerikanische Beteiligungsgesellschaft *Lone Star* veräußert hatte, wurden jedoch im März 2009 in einer von der neuen Großaktionärin einberufenen Hauptversammlung die Beschlüsse zur Bestellung des Sonderprüfers aufgehoben und die Bestellung widerrufen. Das LG Düsseldorf hat dem Antrag auf gerichtliche Bestellung eines Sonderprüfers in erster Instanz stattgegeben.

2.4.1.2 Aussagen des Gerichts

Das OLG Düsseldorf hat die sofortige Beschwerde der Bank gegen die erstinstanzliche Bestellung des bereits von der Hauptversammlung ernannten Sonderprüfers zurückgewiesen, da die formellen und materiellen Voraussetzungen gemäß § 142 Abs. 2 AktG vorliegen.

Nach der Feststellung des Gerichts bestehe zunächst hinreichender Verdacht, dass Vorstand und Aufsichtsrat in grobem Maße gegen den satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand verstoßen und damit ihre Sorgfalts- und Überwachungspflichten in erheblichem Maße verletzt haben. Nach dem Unternehmensgegenstand in der Satzung der Bank soll u. a. den Finanzierungsbedürfnissen des Mittelstandes bevorzugt Rechnung getragen werden. Es bestehe begründeter Verdacht, dass gegen diesen Unternehmenszweck dadurch verstoßen worden ist, dass das eigene Engagement der Bank im Verbriefungssegment und die Investments in internationalen Kreditportfolien im Geschäftsjahr 2006/2007 ein Volumen von insgesamt ca. 24,7 Mrd. € ausmachten, während das eigentliche Mittelstandsgeschäft, d. h. ihre Forderungen gegen Kunden, nur etwas mehr, nämlich ca. 29,3 Mrd. € betrug. Damit erreichte der Verbriefungssektor der Bank ca. 46 % des Gesamtvolumens ihres Geschäftsfeldes, obwohl sie in diesem Bereich nach dem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand gar nicht oder zumindest nur in geringem Umfang hätte tätig werden dürfen. Es liege daher ein Verstoß gegen die Satzung der Bank vor. Die Organmitglieder könnten sich insoweit auch nicht auf den Schutz der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) berufen, weil diese nicht bei Gesetzes- und Satzungsverstößen gilt.

Außerdem bestehe der Verdacht, dass der Vorstand seine Pflichten grob verletzt hat, weil er entweder nicht auf ausreichender Informationsgrundlage gehandelt hat oder bewusst übergroße Risiken, insbesondere Klumpenrisiken, eingegangen ist. Bereits die übermäßige Komplexität und Intransparenz des Verbriefungssegments bedinge nahezu die Unmöglichkeit für den Vorstand, Entscheidungen auf ausreichender Informationsgrundlage zu treffen. Außerdem könnten die externen Ratings der amerikanischen Rating-Agenturen den Vorstand von der Pflicht zu eigener Information nicht entbinden.

Schließlich sieht das Gericht hinreichenden Verdacht, dass auch einem vom Vorstand nur unzureichend informierten Aufsichtsrat es nicht haben, entgehen können, dass der Vorstand übergroße und existenzbedrohende Risiken eingegangen ist. Als seinen mit der Ausweitung des Verbriefungsgeschäfts ab 2005 verbundenen Sorgen mit dem Hinweis begegnet wurde, dass durch die Ausplatzierung von Liquiditätlinien auf Dritte kein weiteres Risiko der Bank begründet werde, hätte der Aufsichtsrat nachfragen müssen, inwieweit die Bank weiter im Risiko stehe und wo das Kreditrisiko der angekauften Forderungen zu verorten gewesen sei. Auch die

26 BGH v. 16. 2. 2009, II ZR 282/07, DStR 2009, 867.

27 v. Schenck, AG 2010, 649, 654 f.

28 OLG Düsseldorf v. 9. 12. 2009, 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 (rkr. nach dem zurückweisenden BGH-Beschl. v. 1. 3. 2010, II ZB 1/10, DStR 2010, 610); W. Goette, DStR 2010, 2579, 2581 f.

AUFSATZ

erheblichen Diskrepanzen in den Geschäftsberichten zwischen der Höhe der Kreditzusagen an Spezialgesellschaften und der Höhe der Forderungen an Kreditinstitute sowie die Erhöhung des Umfangs der eigenen Investitionen in verbriefte Kredite sowie des Volumens der Eventualverbindlichkeiten hätten entsprechende Nachfragen des Aufsichtsrats auslösen müssen.

2.4.1.3 Stellungnahme

Die Entscheidung gibt wichtige Anhaltspunkte zur Tragweite der Business Judgement Rule für Bankvorstände und Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen der Finanzmarktkrise, insbesondere hinsichtlich des Vertrauens auf externe Ratings, die Bildung von Klumpenrisiken sowie die Auslagerung von wichtigen Investitionsaktivitäten in andere Gesellschaften²⁹.

Nach zutreffender Auffassung des Gerichts müssen für einen Antrag auf Sonderprüfung nach § 142 Abs. 2 AktG hinreichende Tatsachen vorliegen, die den Verdacht von Unredlichkeiten oder von groben Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung begründen. Wie der Wortlaut zeigt, genügt aber der Verdacht – alles andere würde auch keinen Sinn machen, da die Sonderprüfung gerade der Untersuchung der Tatsache und der Verschaffung der nötigen Klarheit dient³⁰.

Das Gericht folgert aus den mangelnden Nachfragen des Aufsichtsrats hinsichtlich der Ausdehnung des Verbriefungsgeschäfts sowie der Häufung der Risiken, dass der Aufsichtsrat nicht die gebotene Sorgfalt bei der Überwachung hat walten lassen. Der Aufsichtsrat muss also bei einer erheblichen Ausweitung des Risikos und bei erheblichen Diskrepanzen seine Überwachungstätigkeit intensivieren und gezielt nachfragen. Andernfalls droht eine persönliche Haftung.

2.4.2 Haftung der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats für Zahlungen des Geschäftsführers nach Insolvenzzreife

Der BGH hat entschieden, dass Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH nicht für Zahlungen der Geschäftsführer haften, die nach Insolvenzzreife zu einer Verminderung der Insolvenzmasse führen³¹.

2.4.2.1 Sachverhalt

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der Stadtwerke Doberlug-Kirchhain GmbH i. L. Er macht gegen die Beklagten, die in unterschiedlichen Zeiträumen Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats der Gesellschaft waren, Ersatzansprüche von ca. 900 000 € geltend mit der Begründung, sie hätten es pflichtwidrig und schuldhaft zugelassen, dass der Geschäftsführer nach Eintritt der Insolvenzzreife der Gesellschaft noch Zahlungen i. S. von § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. vorgenommen habe.

Die Gesellschaft war in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, weil sie von ihrer Alleingesellschafterin, der Stadt Doberlug-Kirchhain, 35 Arbeitnehmer übernommen hatte und die dafür als Ausgleich gedachte Bezahlung von Arbeiten für die Stadt und den Zweckverband Trink- und Abwasser Doberlug-Kirchhain und Umland nur schleppend bzw. gar

nicht erhielt. In den Aufsichtsratssitzungen wurden dieser Sachverhalt und die daraus für die Gesellschaft entstandene finanzielle Situation seit Mai 2000 mehrfach erörtert. Am 28. 10. 2002 stellte der Geschäftsführer Insolvenzantrag.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung hat das Berufungsgericht die Beklagten zur Zahlung verurteilt. Auf die Revisionen hat der BGH das klageabweisende erstinstanzliche Urteil wieder hergestellt.

2.4.2.2 Aussagen des Gerichts

Der BGH ließ im konkreten Fall offen, ob der Geschäftsführer gegen das Zahlungsverbot aus § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a. F. (entspricht § 64 Satz 1 GmbHG in der nach Inkrafttreten des MoMiG geltenden Fassung) verstoßen hat und ob die Aufsichtsratsmitglieder ihre Überwachungspflicht verletzt haben. Denn die Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH seien bei einer Verletzung ihrer Überwachungspflicht hinsichtlich der Beachtung des Zahlungsverbots nur dann der GmbH gegenüber schadensersatzpflichtig, wenn die Gesellschaft durch die regelwidrigen Zahlungen in ihrem Vermögen geschädigt worden ist. Die Aufsichtsratsmitglieder haften dagegen nicht, wenn die Zahlung – wie im Regelfall – nur zu einer Verminderung der Insolvenzmasse und damit zu einem Schaden allein der Insolvenzgläubiger geführt hat.

Dies gilt jedoch nur im (hier gegebenen) Fall eines fakultativen Aufsichtsrats bei der GmbH gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG. Für die Aktiengesellschaft hat der BGH demgegenüber entschieden, dass sich die Beratungs- und Überwachungspflicht des Aufsichtsrats im Stadium der Insolvenzzreife der Gesellschaft auch auf die in dieser Situation bestehenden besonderen Pflichten des Vorstands bezieht³². Verletzt der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft schuldhaft diese Überwachungspflicht, sind seine Mitglieder zum Schadensersatz verpflichtet. Das ergibt sich allerdings nicht schon aus der allgemeinen Schadensersatznorm des § 93 Abs. 2 i. V. m. § 116 Satz 1 AktG. Die Ersatzpflicht folgt vielmehr aus der besonderen Bestimmung des § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, auf die § 116 AktG ebenfalls verweist. Denn durch den Verstoß des Vorstands gegen das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG wie durch die Verletzung der entsprechenden Überwachungspflicht des Aufsichtsrats entsteht im Regelfall kein Schaden der Gesellschaft. Die verbotswidrigen Zahlungen dienen in der Regel der Erfüllung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft und führen bei dieser nur zur Verkürzung der Bilanzsumme, nicht aber zu einem Vermögensschaden i. S. der §§ 249 ff. BGB.

Auf den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH lassen sich diese Grundsätze nach Auffassung des BGH nicht übertragen. Zwar habe auch der fakultative Aufsichtsrat einer GmbH die Pflicht, die Rechtmäßigkeit des Handelns der Geschäftsführung und damit auch die Einhaltung des mit dem Eintritt der Insolvenzzreife entstehenden Zahlungsverbots aus § 64 Satz 1 GmbHG zu überwachen. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen diese Überwachungspflicht seien jedoch im GmbH-Recht anders geregelt als im Aktienrecht. So verweist § 52 Abs. 1 GmbHG auf die Schadensersatznorm des § 116 AktG nur mit der ausdrücklichen Einschränkung „in Verbindung

29 Spindler, NZG 2010, 281, 283 ff.

30 Spindler, NZG 2010, 281, 282.

31 BGH v. 20. 9. 2010, II ZR 78/09, DStR 2010, 2090 („Doberlug“); Flitsch, GWR 2010, 496.

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

mit § 93 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2³³. Damit werde § 93 Abs. 3 AktG für den fakultativen Aufsichtsrat über die nur partielle Verweisung in § 52 GmbHG gerade nicht in Bezug genommen³³. Für eine Ersatzpflicht der Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats fehle die in § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG angeordnete Gleichstellung des Zahlungsabflusses mit einem Schaden der Gesellschaft, so dass solche Aufsichtsratsmitglieder nur dann haften, wenn durch die Zahlung ausnahmsweise ein eigener Schaden der Gesellschaft entstanden ist.

2.4.2.3 Stellungnahme

Der Entscheidung des BGH ist zuzustimmen, weil sie sich konsequent am Gesetz und am Willen des Gesetzgebers orientiert. § 52 Abs. 1 GmbHG verweist nicht auf die speziellen Haftungstatbestände in § 93 Abs. 3 AktG, was schon vom Reichsgericht (zu den Vorgängernormen) nicht als Redaktionsversehen, sondern als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gewertet wurde³⁴. Die Entscheidung stellt gerade für die Mitglieder von Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen in der Rechtsform der GmbH eine erhebliche Erleichterung dar, weil es sich dabei regelmäßig um einen fakultativen Aufsichtsrat gemäß § 52 GmbHG handelt³⁵.

Hervorzuheben ist jedoch, dass Mitglieder von gesetzlich vorgesehenen (obligatorischen) Aufsichtsräten einem viel strengeren Haftungsumfang ausgesetzt sind. Der BGH führt in einem obiter dictum aus, dass bei einer Unternehmensfortführung durch den Vorstand in der Krise die Annahme nahe liege, dass der Vorstand zumindest die Zahlung der Löhne und Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung veranlassen und dadurch gegen das insolvenzrechtliche Auszahlungsver-

bot verstoßen werde³⁶. Den Mitgliedern von obligatorischen Aufsichtsräten ist daher in der Krise der Gesellschaft zu empfehlen, in dokumentierbarer Weise auf den Vorstand einzuwirken, einen Insolvenzantrag zu stellen bzw. keine weiteren Zahlungen zu veranlassen. Andernfalls droht den Aufsichtsratsmitgliedern eine erhebliche persönliche Haftung.

3. Zusammenfassung und Ausblick

Die dargestellten Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zeigen einen Schwerpunkt bei Auswahl und Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern sowie bei der persönlichen Haftung. Insoweit setzt sich die bisherige Entwicklung fort, indem sowohl der Kodex als auch die Rechtsprechung die Anforderungen weiter konkretisieren. Bislang weniger beachtete Fragen von Interessenkonflikten und beruflicher Qualifikation rücken in den Fokus und stellen immer strengere Anforderungen an die Gesellschaften bei der Auswahl der Mitglieder des Aufsichtsrats. Sowohl den Organmitgliedern selbst als auch ihren Beratern ist daher zu raten, sich mit diesen Fragen sorgfältig auseinanderzusetzen. Die laufende Erweiterung der Empfehlungen des Kodex in Verbindung mit der Pflicht zur unterjährigen Aktualisierung der Entsprechenserklärung führen zu erhöhten Anfechtungsrisiken. Im Zuge der Nachwehen aus der Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise bleiben haftungs- und insolvenzrechtliche Themen für Aufsichtsratsmitglieder weiterhin höchst aktuell.

Hinweis: Die im Teil 1 erwähnte Verjährungsregelung bei Organhaftung ist bereits am 15. 12. 2010 in Kraft getreten (Art. 17 Satz 1 Restrukturierungsgesetz) und gilt nach § 24 EGAktG n. F. auch für alle vor dem Inkrafttreten entstandenen und noch nicht verjährten Ansprüche.

³³ Anders als in den entsprechenden Vorschriften über den obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH in § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 3 Abs. 2 MontanMitbestG, § 3 Abs. 1 Satz 2 MontanMitbestGErgG, § 6 Abs. 2 InvG.

³⁴ RGZ 161, 129, 139.

³⁵ Vgl. bspw. Art. 92, 93 BayGO.

³⁶ BGH v. 20. 9. 2010, II ZR 78/09, DStR 2010, 2090 f., Rn. 13; v. 8. 6. 2009, II ZR 147/08, DStR 2009, 1710 f., Rn. 6.