

Die Entwicklung des Rechts des Aufsichtsrats im Jahre 2007

Aktuelle Rechtsprechung für die Praxis

Von Dr. Christoph Knapp, Augsburg*

Das Recht des Aufsichtsrats befindet sich nicht nur vor dem Hintergrund der anhaltenden Corporate-Governance-Debatte und der weit reichenden Folgen des Mannesmann-Verfahrens in ständigem Fluss. In letzter Zeit häufen sich vielmehr auch Gerichtsentscheidungen, die zu einzelnen bislang wenig durchdrungenen Rechtsfragen des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder Stellung nehmen. Die Gerichte sind beispielsweise vermehrt mit Anfechtungsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse befasst, die direkt oder indirekt den Aufsichtsrat und seine Tätigkeit betreffen. Darüber hinaus wird auch die persönliche Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern immer häufiger Gegenstand von Gerichtsverfahren.

Vor diesem Hintergrund will der nachfolgende Beitrag in erster Linie den Aufsichtsratsmitgliedern und Beratern von Gesellschaften einen Überblick über die aktuelle Rechtsentwicklung im Jahre 2007 und damit eine praktische Hilfe für die tägliche Arbeit im Aufsichtsrat geben. Hierzu werden ausgewählte Entscheidungen aus der Rechtsprechung des BGH sowie der Instanzgerichte erläutert.

1. Bestellung und persönliche Voraussetzungen der Aufsichtsratsmitglieder

Der Deutsche Corporate Governance Kodex („Kodex“) sieht verschiedene Empfehlungen hinsichtlich der persönlichen Voraussetzungen zur Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern vor. So empfiehlt Ziff. 55.1 des Kodex eine Altersgrenze von 70 Jahren; die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern ist als Empfehlung in Ziff. 5.4.2 des Kodex enthalten. Die Empfehlungen des Kodex waren bislang praktisch nicht Gegenstand von Gerichtsentscheidungen, weil es sich weder um gesetzliche noch um sonst rechtsverbindliche Regelungen handelt.

1.1 Sachverhalt

Eine aktuelle Entscheidung des LG München I vom 22. 11. 2007 beschäftigt sich mit der Frage, welche rechtlichen Auswirkungen es hat, wenn eine börsennotierte Gesellschaft von Empfehlungen des Kodex abweicht. Das Gericht wies die Anfechtungsklage eines MAN-Aktionärs gegen die Wahl von Ferdinand Piech in den Aufsichtsrat des Unternehmens ab. Die Anfechtungskläger stützten sich im Wesentlichen darauf, dass die Gesellschaft zwei Empfehlungen des Kodex nicht entsprochen habe, obwohl in der Entsprechenserklärung der Gesellschaft nach § 161 AktG Abweichungen nicht mitgeteilt worden waren¹.

Das Bemerkenswerte an der Entscheidung ist, dass die Klage im Wesentlichen auf Verletzungen des Kodex gestützt war, insbesondere die Empfehlungen zur Altersgrenze (Ziff. 5.4.1 des Kodex) und zur persönlichen Unabhängigkeit (Ziff. 55.4. des Kodex). Das Gericht konnte jedoch keinen relevanten Gesetzes- oder Satzungsverstoß feststellen, eine Verletzung des Kodex allein könne keine Anfechtung begründen.

Der Kläger hatte die Anfechtung darauf gestützt, dass Herr Piech zum Zeitpunkt seiner Wahl bereits 70 Jahre alt war und zu-

dem gleichzeitig Aufsichtsratsvorsitzender beim Wettbewerber VW sei. Die Wahl verstoße daher gegen die oben zitierten Empfehlungen des Kodex.

1.2 Aussagen des Gerichts

Das LG München I ließ offen, ob zwischen VW und MAN im Bereich der Lkw-Produktion tatsächlich ein Wettbewerbsverhältnis besteht. Die Regelungen des Kodex könnten die Anfechtbarkeit nämlich keinesfalls begründen. Ein Hauptversammlungsbeschluss könne nur bei einem Verstoß gegen ein Gesetz oder die Satzung mittels der Anfechtungsklage für nichtig erklärt werden. Daran fehlte es im vorliegenden Fall. Das LG wies darauf hin, dass das Aktiengesetz weder eine Altersgrenze vorschreibe noch von vornherein die Tätigkeit im Aufsichtsrat eines Wettbewerbers verbiete. Umgekehrt komme dem Kodex weder satzungsgleiche Wirkung zu noch sei er ein Gesetz.

1.3 Stellungnahme

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Dem Kodex kommt weder eine direkte noch eine indirekte Gesetzeswirkung zu. Der Kodex ist kein Gesetz im formellen oder materiellen Sinne. Auch die in § 161 AktG verankerte Pflicht der Organe einer AG zur jährlichen Abgabe der Entsprechenserklärung führt nach ganz herrschender Auffassung nicht dazu, dass die einzelnen Empfehlungen des Kodex den Rang eines Gesetzes, einer Satzungsbestimmung oder in sonstiger Weise geltenden Rechts erlangen².

2. Innere Ordnung und Beschlussfassung des Aufsichtsrats

2.1 Kontrolle von Aufsichtsratsbeschlüssen und Einsichtnahme in Unterlagen

Nach einer Entscheidung des OLG Stuttgart vom 30. 5. 2007 steht einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrats keine Prozessführungsbefugnis für eine Unterlassungsklage gegen die AG wegen Umstrukturierungsmaßnahmen zu, die nach Auffassung des Aufsichtsratsmitglieds unzulässig sein sollen³. Ferner kann ein einzelnes Mitglied des Aufsichtsrats ohne entsprechenden Mehrheitsbeschluss des Gremiums von beherrschten Unternehmen über die gesetzlich vorgesehenen Informationsrechte hinaus nicht die Vorlage von Urkunden zur Einsichtnahme durch den Aufsichtsrat verlangen.

2.1.1 Sachverhalt

Der Kläger beantragte in seiner Funktion als Mitglied des Aufsichtsrats der beklagten Gesellschaft die Feststellung der Nichtigkeit von in einer Aufsichtsratssitzung gefassten Beschlüssen, in denen der Aufsichtsrat die Zustimmung zur Umsetzung von Umstrukturierungsmaßnahmen erteilte. Außerdem verlangte der Kläger die Unterlassung dieser Maßnahmen und die Vorlage von in diesem Zusammenhang relevanten Unterlagen. Das LG Stuttgart wies die Klage hinsichtlich der Unterlassungsanträge wegen fehlender Prozessführungsbefugnis als unzulässig und im Übrigen als unbegründet ab.

* Dr. Christoph Knapp ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Seitz Weckbach Fent & Fackler in Augsburg.

¹ LG München I v. 22. 11. 2007, 5 HKO 10614/07, NZG 2008, 150 ff. (n. rkr., Berufung beim OLG München unter 7 U 5628/07).

² Vgl. dazu Knapp, Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften und Directors von Corporations, 2004, S. 316 ff.

³ OLG Stuttgart v. 30. 5. 2007, 20 U 14/06, NZG 2007, 549 (n. rkr., Rev. beim BGH unter II ZR 141/07).

2.1.2 Aussagen des Gerichts

Dieser Auffassung schloss sich das OLG Stuttgart vollumfänglich an. Denn einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats sind nach der Rechtsprechung des BGH nicht befugt, gegen – nach ihrer Darlegung rechtswidrige – Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands im Wege der Klage vorzugehen. Der BGH hat zwar bislang offen gelassen, ob ein Recht des Aufsichtsrats mit Hilfe der sog. „actio pro socio“ verfolgt werden kann, allerdings ist eine solche Klage aus fremdem Recht dann nicht möglich, wenn sie dazu dient, die zwischen Mehrheit und Minderheit im Aufsichtsrat auftretenden Konflikte über den Umweg einer gerichtlichen Inanspruchnahme der durch den Vorstand vertretenen Gesellschaft auszutragen⁴.

2.1.3 Stellungnahme

Das OLG Stuttgart hat zu Recht auch einen materiell-rechtlichen Anspruch des Aufsichtsratsmitglieds auf Vorlage von Urkunden verneint. § 111 Abs. 2 AktG gibt dem Aufsichtsrat als Gesamtgremium einen Anspruch auf Urkundenvorlage und Einsicht. Dieses Recht steht jedoch nur dem Aufsichtsrat als Organ zu, nicht hingegen dem einzelnen Mitglied. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied kann lediglich Fragen stellen⁵. Für die Ausübung des formellen Informationsrechts bedarf es jedoch eines Mehrheitsbeschlusses des Aufsichtsrats⁶, der im vorliegenden Fall fehlte. Nach § 90 Abs. 3 Satz 2, Abs. 5 AktG kann das einzelne Mitglied zwar Berichte des Vorstands anfordern; auch daraus folgt aber kein Anspruch auf Einsicht in Unterlagen⁸.

2.2 Ausschluss eines Aufsichtsratsmitglieds von der Teilnahme an Personalausschusssitzungen

2.2.1 Sachverhalt

Einer Entscheidung des LG München I vom 23. 8. 2007 lag folgender Sachverhalt zugrunde⁹: Der Kläger gehört dem Aufsichtsrat der beklagten Gesellschaft, nicht aber dem Personalausschuss des Aufsichtsrats an. Dem Personalausschuss ist u. a. die Beschlussfassung über den Abschluss, die Änderung und die Beendigung von Anstellungsverträgen mit Vorstandsmitgliedern übertragen. Gegenstand der Klage war die Frage, ob das betreffende Aufsichtsratsmitglied mit dem Argument der Vertraulichkeit von der Teilnahme an Personalausschusssitzungen ausgeschlossen werden kann. Das LG München I hat in dem entschiedenen Fall die Entscheidung des Vorsitzenden, den Kläger von insgesamt vier Sitzungen des Personalausschlusses wegen der Vertraulichkeit der dort behandelten Gegenstände auszuschließen, aufrechterhalten.

2.2.2 Aussagen des Gerichts

Das LG München I stellte fest, dass der Ausschluss eines Aufsichtsratsmitglieds, welches nicht Mitglied des Personalausschlusses ist, von der Teilnahme an Personalausschusssitzungen mit dem Argument, dort würden vertrauliche Gegenstände behandelt, ein zulässiger Ausschlussgrund im Rahmen der Ausschlussbefugnis des Aufsichtsratsvorsitzenden gemäß § 109 Abs. 2 AktG ist. Voraussetzung hierfür ist, dass in den entsprechenden Sitzungen tatsächlich vertrauliche Gegenstände behandelt werden und der Aufsichtsratsvorsitzende jeweils im Einzelfall eine Abwä-

gung vornimmt, ob der Grundsatz der Vertraulichkeit die Einschränkung des Teilnahmerechts des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds rechtfertigt.

2.2.3 Stellungnahme

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Nach § 109 Abs. 2 AktG können Aufsichtsratsmitglieder, die dem Ausschuss nicht angehören, an den Ausschusssitzungen teilnehmen, wenn der Vorsitzende des Aufsichtsrats nichts anderes bestimmt. Diese Entscheidung des Vorsitzenden muss im Einzelfall einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden können. Dies wird dadurch ermöglicht, dass das Gericht den Ausschluss an eine Einzelfallabwägung des Vorsitzenden knüpft, in deren Rahmen die gegenläufigen Interessen von Gesellschaft und Aufsichtsratsmitglied in Einklang gebracht werden können.

2.3 Beschlussfähigkeit des dreiköpfigen Aufsichtsrats

Mit Urteil vom 2. 4. 2007 hat der BGH ein wichtiges Problem der Praxis entschärft und nun höchstrichterlich geklärt, dass in einem Aufsichtsrat mit drei Mitgliedern der Ausschluss des Stimmrechts eines dieser drei Aufsichtsratsmitglieder nicht zur Beschlussunfähigkeit gemäß § 108 Abs. 2 Satz 3 AktG, sondern nur dazu führt, dass das betreffende Aufsichtsratsmitglied sich bei der Abstimmung der Stimme zu enthalten hat¹⁰.

2.3.1 Ausgangssituation

Nach § 108 Abs. 2 Satz 3 AktG ist ein Aufsichtsrat nur beschlussfähig, wenn mindestens drei seiner Mitglieder an der Beschlussfassung „teilnehmen“. Die Problematik wurde durch eine heftig kritisierte Entscheidung des BayObLG vom 28. 3. 2003 ausgelöst, weil das BayObLG als Rechtsfolge eines Stimmverbotes auch ein Teilnahmeverbot des betroffenen Mitglieds annahm¹¹. Für die Praxis konnte der Rat seitdem nur lauten, keinen dreiköpfigen, sondern gemäß § 95 Satz 3 AktG mindestens einen Sechser-Aufsichtsrat zu installieren. Der alternative Weg über die vorsorgliche Bestellung von Ersatzmitgliedern war ebenfalls wenig praktikabel.

2.3.2 Sachverhalt und Aussagen des Gerichts

Der BGI-I hat der Praxis nun erheblich geholfen. Im konkreten Fall ging es um die Wirksamkeit einer mit einem Aufsichtsratsmitglied geschlossenen Vergütungsvereinbarung. Bei dem gemäß § 114 Abs. 1 AktG gefassten Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats durfte das betroffene Mitglied nach dem entsprechenden § 34 BGB nicht mit abstimmen. Der BGH hat nun die Auffassung des BayObLG verworfen und entschieden, dass der Stimmrechtsausschluss nicht zur Beschlussunfähigkeit des Organs gemäß § 108 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 AktG führt. Der BGH führt dazu aus, dass das betroffene Aufsichtsratsmitglied zur Vermeidung einer Beschlussunfähigkeit des Organs vielmehr an der Beschlussfassung teilnehmen kann und muss, sich jedoch der Stimme zu enthalten hat.

2.3.3 Stellungnahme

Die Problematik des dreiköpfigen Aufsichtsrats hat sich durch die Entscheidung des BGH vom 2. 4. 2007 wesentlich entschärft. Es ist nun höchstrichterlich geklärt, dass das Stimmverbot, dem ein einzelnes Mitglied des Aufsichtsrats unterliegt, nicht zur Beschlussunfähigkeit des Organs führt. Auch dasjenige Mitglied nimmt somit an der Beschlussfassung i. S. von § 108

4 BGH v. 28. 11. 1988, II ZR 57/88, NJW 1989, 979, 980 f.

5 Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 111 Rn. 11.

6 Semler, in: MüKo-AktG, 2. Aufl. 2004, § 111 Rn. 276.

7 Semler, (Fn. 6), § 111 Rn. 289.

8 Hüffer, (Fn. 5), § 90 Rn. 12.

9 LG München I v. 23. 8. 2007, 12 O 8466/07, DStR 2007, 2178 (n. rkr., Berufung beim OLG München unter 7 U 4635/07).

10 BGH v. 2. 4. 2007, II ZR 325/05, DStR 2007, 1016

11 BayObLG v. 28. 3. 2003, 3 Z BR 199/02, NZG 2003, 691

AUFSATZ

Abs. 2 Satz 3 AktG teil, das zwar nicht abstimmen darf (und auch tatsächlich nicht abstimmt), aber anwesend ist. Das betroffene Mitglied darf trotz bestehenden Stimmverbots sein Teilnahmerecht ausüben und ist – ebenso wenig wie ein Gesellschafter in der GmbH – nicht daran gehindert, seinen Standpunkt in der der Abstimmung vorangehenden Diskussion darzulegen; es hat sich lediglich der Stimme zu enthalten. Geschieht dies nicht und stimmt das betroffene Mitglied gleichwohl mit, so kommt es darauf an, wie die beiden anderen Mitglieder abgestimmt haben. Ungelöst ist aber weiterhin der – praktisch nicht ganz abwegige – Fall, dass ein Aufsichtsratsmitglied, mit dem sich die Gesellschaft im Streit befindet, nicht zu den Aufsichtsratssitzungen erscheint. In einem solchen Fall ist der Dreier-Aufsichtsrat weiterhin beschlussunfähig. Zur Vermeidung dieser Situation hilft deshalb weiterhin nur die Bildung eines größeren Aufsichtsrats bzw. die Bestellung von Ersatzmitgliedern.

3. Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats

3.1 Vertretung der Gesellschaft gegenüber Hinterbliebenen von Vorstandsmitgliedern

Der BGH hat weiter entschieden, dass die Aktiengesellschaft in einem Rechtsstreit um die Erfüllung einer Versorgungszusage, den die Witwe eines Vorstandsmitglieds gegen die Gesellschaft führt, nicht durch ihren Vorstand, sondern gemäß § 112 AktG ausschließlich durch ihren Aufsichtsrat vertreten wird¹².

3.1.2 Sachverhalt

Die Klägerin ist die Witwe eines früheren Vorstandsmitglieds der Gesellschaft, deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte ist. Gestützt auf den Dienstvertrag ihres Ehemannes erhob sie Klage auf Zahlung einer Witwenrente gegen die Gesellschaft, „gesetzlich vertreten durch den Vorstand.“

3.1.3 Aussagen des Gerichts

Nach Auffassung des BGH ist die Gesellschaft im vorliegenden Rechtsstreit nicht ordnungsgemäß vertreten gewesen (§ 547 Nr. 4 ZPO). Vertreter der Beklagten ist in einem solchen Rechtsstreit allein deren Aufsichtsrat (§ 112 AktG). Die – abstrakte – Gefahr einer Interessenkollision, welche die Anwendung des § 112 AktG erfordert, ist nach Ansicht des BGI-I auch in einem Fall wie dem vorliegenden gegeben, in dem die Witwe des ehemaligen Vorstandsmitglieds Rentenansprüche geltend macht. Solche Rentenansprüche sind nicht anders zu beurteilen als die Ruhegehaltsansprüche des verstorbenen Ehemanns, die auf dessen früherer Vorstandstätigkeit beruhen¹³.

3.1.4 Stellungnahme

Der BGI-I bekräftigt mit dem Urteil seine langjährige Rechtsprechung, wonach Prozesshandlungen, die der Vorstand unter Verstoß gegen § 112 AktG vorgenommen hat, zunächst schwebend unwirksam sind, solange sie nicht vom Aufsichtsrat genehmigt und damit geheilt werden¹⁴. Der von Amts wegen zu beachtende Vertretungsmangel ist hier jedoch nicht geheilt worden, weil der Aufsichtsrat die Prozessführung des Vorstands nicht genehmigt hat. Die Klage der Witwe wurde deshalb als unzulässig abgewiesen.

3.2 Außerordentliche Kündigung des Dienstverhältnisses eines Vorstands

Nach einer Entscheidung des BGH vom 2. 7. 2007 bedarf es auch vor dem Hintergrund des neuen § 314 Abs. 2 BGB vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung des Dienstverhältnisses mit einem organschaftlichen Vertreter einer Kapitalgesellschaft keiner Abmahnung¹⁵.

3.2.1 Sachverhalt

Der BGH hatte sich erstmals seit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform mit der Frage zu beschäftigen, ob § 314 Abs. 2 BGB auch für eine außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags eines GmbH-Geschäftsführers gilt. Bereits vor der Schuldrechtsreform hatte der BGI-I die Auffassung vertreten, dass der fristlosen Kündigung eines Geschäftsführers keine Abmahnung vorauszugehen hat¹⁶. Der Geschäftsführer einer GmbH ist – wie das Vorstandsmitglied einer AG – nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft, sondern Organ. Zu seinen Leitungsaufgaben gehört es, dass er für die Ordnungsmäßigkeit und Rechtmäßigkeit des Verhaltens der Gesellschaft und der für diese handelnden Personen nach außen die Verantwortung trägt und im Innenverhältnis die Arbeitgeberfunktion erfüllt. Dementsprechend bedarf es keiner Hinweise der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrates, dass der Geschäftsführer sich an die Gesetze, an die Satzung und an die in seinem Dienstvertrag niedergelegten Pflichten zu halten hat. Vielmehr hat sich das Organmitglied ohne Abmahnung und von sich aus im Rahmen seines Pflichtenkreises dem Standard eines ordentlichen Geschäftsmanns entsprechend zu verhalten.

3.2.2 Aussagen des Gerichts

Daran ändert nach Ansicht des BGH auch der durch die Schuldrechtsreform neu eingeführte § 314 Abs. 2 BGB nichts. Zwar ist nunmehr eine Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund grundsätzlich erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig; dies gilt jedoch gemäß § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB i. V. m. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB dann nicht, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen. Dies sieht der BGH im Falle von Geschäftsführern bzw. Vorstandsmitgliedern als gegeben an, da die dargelegte Funktionszuweisung an diese Organe ein solch besonderer Umstand ist¹⁷.

3.2.3 Stellungnahme

Die Entscheidung ist auch für die Praxis des Aufsichtsrats von Bedeutung, weil der Aufsichtsrat gemäß § 112 AktG für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung des Dienstverhältnisses eines Vorstandsmitglieds zuständig ist. Zum Nachweis der Vertretungsmacht ist es beim Ausspruch von Kündigungen zu empfehlen, das entsprechende Aufsichtsratsprotokoll oder eine besondere Ermächtigungsurkunde vorzulegen (§ 174 BGB), sofern nicht der Gesamtaufichtsrat tätig wird¹⁸.

3.3 Herausgabepflicht von Unterlagen durch Aufsichtsratsmitglieder

Das OLG Düsseldorf hat mit Urteil vom 22. 3. 2007 entschieden, dass eine Klausel in der Geschäftsordnung eines Aufsichtsrats, wonach ein Aufsichtsratsmitglied mit seinem Aus-

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

13 Ebenso Hüffer, (Fn. 5), § 112 Rn. 2.

14 Z. B. BGI-I v. 21. 06. 1999, II ZR 27/98, DStR 1999, 1713

15 CCH v. 2. 7. 2007, II ZR 71/06, DStR 2007, 1640.

16 BGH v. 10. 1. 2001, II ZR 14/00, DStR 2001, 2166.

17 BGI-I v. 2. 7. 2007, II ZR 71/06, DStR 2007, 1640.

18 Hüffer, (Fn. 5), § 112 Rn. 6.

scheiden alle Unterlagen mit Bezug zu Angelegenheiten der Gesellschaft zurückzugeben hat, wirksam ist¹⁹.

3.3.1 Sachverhalt

Die Geschäftsordnung des betreffenden Aufsichtsrats enthielt eine Klausel, wonach die Aufsichtsratsmitglieder beim Ausscheiden aus dem Amt verpflichtet sind, sämtliche in ihrem Besitz befindlichen Unterlagen, wie Schriftstücke, Korrespondenzen, Aufzeichnungen und dergleichen, die sich auf Angelegenheiten der Gesellschaft beziehen, unverzüglich an die Gesellschaft zu übergeben. Die Verpflichtung erstreckte sich auch auf Duplikate und Kopien. Gleichzeitig war geregelt, dass den Aufsichtsratsmitgliedern kein Zurückbehaltungsrecht an derartigen Unterlagen zustehe.

3.3.2 Aussagen des Gerichts

Das OLG Düsseldorf hat die Klausel als wirksam angesehen. Die gesetzliche Regelung sieht in § 170 Abs. 3 Satz 1 AktG zunächst das Recht eines jeden Aufsichtsratsmitglieds vor, von den Vorlagen und Prüfungsberichten Kenntnis zu nehmen. § 170 Abs. 3 Satz 2 AktG bestimmt weiter, dass die Vorlagen und Prüfungsberichte auch jedem Aufsichtsratsmitglied zu übermitteln sind. Die Gesetzesbegründung zum KonTraG besagt zu dieser im Jahr 1998 neu eingeführten Regelung, dass diese Unterlagen „auszuhändigen“ und nicht nur zur kurzfristigen Einsicht auszuliegen sind²⁰. Gleichzeitig wird jedoch darauf hingewiesen, dass Aushändigung nicht Übereignung zum endgültigen Verbleib bedeutet, sondern dies der Aufsichtsrat intern zu regeln hat. Damit hat der Gesetzgeber die Frage der Rückgabepflicht der internen Regelung per Satzung oder Geschäftsordnung durch den Aufsichtsrat überlassen.

Die streitgegenständliche Klausel enthält auch keine unzulässige Verschärfung der in §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 3 AktG geregelten Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, da der Gesetzgeber dort nur den Inhalt und den Umfang der Schweigepflicht allgemein und abschließend geregelt, aber keine Entscheidung darüber getroffen habe, wer die überlassenen vertraulichen Unterlagen aufzubewahren hat. Auch verstoße die Regelung nicht gegen § 107 Abs. 2 Satz 4 AktG, wonach jedem Aufsichtsratsmitglied auf Verlangen eine Abschrift der Niederschrift der Aufsichtsratsitzungen auszuhändigen ist. Diese Vorschrift solle den Aufsichtsratsmitgliedern eine umfassende Information über den Inhalt der Sitzungen und der gefassten Beschlüsse ermöglichen. Abgesehen davon, dass § 107 Abs. 2 Satz 4 AktG keine Aussage über die Dauer der Überlassungspflicht trifft, falle der vorgenannte Grund für die Überlassung mit der Beendigung des Amtes als Aufsichtsratsmitglied fort. Schließlich berücksichtigt das OLG Düsseldorf auch die Tatsache, dass der Kläger selbst beim Beschluss über die Geschäftsordnung nicht gegen diese gestimmt hatte, so dass er nunmehr den Inhalt gegen sich gelten lassen müsse.

3.3.3 Stellungnahme

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Mit der streitigen Klausel in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats wurde letztlich eine sachgerechte Abwägung der gegenseitigen Interessen vorgenommen, weil einerseits das Interesse der Gesellschaft an einer Sicherung und an einem Ort der konzentrierten Verwahrung der den ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitgliedern überlassenen Unterlagen, und andererseits das Interesse des ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieds, bis zum Ablauf der fünfjährigen Haf-

tungsfrist gemäß § 116 Satz 1, § 93 Abs. 4 AktG jederzeit unmittelbar auf die ihm überlassenen Unterlagen zurückgreifen zu können, gewahrt wird“. Denn jedes Aufsichtsratsmitglied hat im Falle der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen einen Anspruch auf Einsichtnahme in die relevanten Unterlagen, so dass der Verbleib der Unterlagen bei jedem einzelnen Aufsichtsratsmitglied die Gefahr des Untergangs und/oder der absichtlichen oder unabsichtlichen Verletzung der Verschwiegenheitspflicht mit sich bringt. Allerdings ist das Interesse der Gesellschaft an einer möglichst umfassenden Geheimhaltung aus diesen Gründen als grundsätzlich höher einzustufen. Diese Abwägung kehrt sich nur dann um, wenn das ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglied persönlich in Anspruch genommen wird. Dann hat das Aufsichtsratsmitglied einen Anspruch auf Einsichtnahme und ggf. (erneute) Überlassung der relevanten Unterlagen, um sich adäquat verteidigen zu können.

4. Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern

Die Thematik „Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern“ hat sich zu eineinjuristischen Dauerbrenner entwickelt. In zwei Entscheidungen vom 20. 11. 2006 und 2. 4. 2007 hat der BGH seine Rechtsprechung zu den formellen und materiellen Grenzen, unter denen ein Aufsichtsratsmitglied einen Beratervertrag mit der Gesellschaft abschließen darf, bekräftigt und fortentwickelt²². Im Einzelnen:

4.1 Mittelbare Honorierung von Beratungsverträgen

Die gesetzlichen Restriktionen, die der unabhängigen Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe dienen sollen, finden laut BGH nicht nur dann Anwendung, wenn das Aufsichtsratsmitglied selbst Partner des Beratungsvertrags ist²³. Die Vorschrift des § 114 AktG verfolgt den Zweck, die unabhängige Wahrnehmung der organschaftlichen Überwachungstätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds zu gewährleisten. Dieser Schutzzweck ist auch dann betroffen, wenn dem Aufsichtsratsmitglied Zuwendungen über die Vergütung für den Beratungsvertrag nur mittelbar zufließen und diese Zuwendungen – abstrakt betrachtet – nicht geringfügig sind oder im Vergleich zur Aufsichtsratsvergütung einen nur vernachlässigenswerten Umfang haben. Es kommt dabei weder darauf an, in welcher Höhe das Aufsichtsratsmitglied an der beratenden Gesellschaft beteiligt ist, noch ob es beherrschenden Einfluss besitzt²⁴.

4.2 Rückforderung des Honorars

Der BGH hat mit diesem Urteil außerdem entschieden, dass Grundlage der Rückforderung des Honorars auch im Verhältnis zu dem Berater bzw. dessen Beratungsunternehmen nicht § 812 BGB, sondern allein § 114 Abs. 2 AktG ist²⁵.

Für die Praxis nützlich erscheint der Hinweis, dass trotz etwaiger Nichtigkeit des Beratungsvertrags dem Berater ein Bereicherungsanspruch über den Wert der Leistung verbleibt, der nicht durch § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen ist²⁶. Andererseits bleibt eine Haftung des Beraters für Schlechtleistung aus § 311 Abs. 2 BGB möglich²⁷.

21 *Leuering*, NJW-Spezial 2007, 415.

22 BGH v. 20. 11. 2006, II ZR 279/05, DStR 2007, 122; v. 2. 4. 2007, II ZR 325/05, DStR 2007, 1046.

23 BGH v. 20. 11. 2006, II ZR 279/05, DStR 2007, 122.

24 BGH v. 20. 11. 2006, II ZR 279/05, DStR 2007, 122, 123 f.

25 BGH v. 20. 11. 2006, II ZR 279/05, DStR 2007, 122, 124.

26 BGH v. 2. 4. 2007, II ZR 325/05, DStR 2007, 1016; vgl. auch § 114 Abs. 2 Satz 2 AktG.

19 OLG Düsseldorf v. 22. 3. 2007, 1-6 U 119106, NZC 2007, 632 (n. rkr., Rev. beim BGH unter II ZR 71/07).

20 BS-Urs. 13/9712 v. 28. 1. 1998, S. 22.

AUFSATZ

4.3 Unzulässigkeit von Rahmenvereinbarvngen

Eine Rahmenvereinbarung, welche die „anwaltschaftliche Beratung in sämtlichen Angelegenheiten der Gesellschaft“ gegen ein Stundenhonorar umfasst, ist nach der Entscheidung des BGH vom 2. 4. 2007 mangels Abgrenzung gegenüber der – auch den Einsatz individueller Fachkenntnisse einschließenden – Organtätigkeit des Aufsichtsratsmitglieds einer Zustimmung durch den Aufsichtsrat gemäß § 114 Abs. 1 AktG nicht zugänglich²⁷. Der Gegenstand einer solchen Vereinbarung sei nach Ansicht des BGH so allgemein gefasst, dass er in unzulässiger Weise zur Kontroll- und Beratungsfunktion des Aufsichtsrats gehörende Tätigkeiten einschließt. Auch die Bezeichnung „anwaltschaftliche Beratung“ sei zu unspezifisch, zumal zu dem organschaftlichen Pflichtenkreis eines Aufsichtsratsmitglieds auch der Einsatz seiner individuellen Fachkenntnisse gehöre²⁸.

Aus Sicht der Praxis kann die Empfehlung deshalb nur lauten: Es ist weiterhin dringend davor zu warnen, „Rahmenverträge“ abzuschließen oder Öffnungsklauseln zu verwenden, welche sich nach der Rechtsprechung des BGH bereits aus Formulierungen wie „insbesondere“ ergeben. Bei einem Beratungsvertrag mit einem Aufsichtsratsmitglied genügt es nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH nun auch nicht mehr, allein die Bezeichnung des Sachgebiets der Beratungstätigkeit anzugeben²⁹. Zu empfehlen ist vielmehr, jeden Einzelgegenstand in dem Vertrag anzugeben³¹.

5. Verschwiegenheitspflicht und Haftung

In der Vergangenheit waren Gerichtsentscheidungen zu Fragen der Verschwiegenheitspflicht und der persönlichen Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern relativ selten. Seit einiger Zeit ist jedoch in der Praxis festzustellen, dass solche Fragen immer häufiger relevant und Aufsichtsratsmitglieder von den Gesellschaften, sei es durch Insolvenzverwalter oder Aktionäre, wegen entsprechender Pflichtverletzungen tatsächlich in Anspruch genommen werden.

5.1 Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch Aufsichtsratsmitglied

Nach einem Beschluss des OLG Stuttgart vom 7. 11. 2006 steht es einem Mitglied des Aufsichtsrats nicht zu, selbst darüber zu entscheiden, welche Informationen als vertraulich anzusehen sind und welche nicht³². Entschiederid sei vielmehr die objektiv am Interesse der Gesellschaft ausgerichtete Beurteilung, nach der die Weitergabe der Information nachteilig sein kann, auch wenn sie kein Geheimnis (mehr) ist³³. Das Gebot der Verschwiegenheit verbietet demnach nicht nur klare Aussagen eines Aufsichtsratsmitglieds zu vertraulichen Vorgängen, es gilt auch für vage Andeutungen, aus denen sich der Inhalt des vertraulichen Vorgangs ableiten lässt. Darüber hinaus rechtfertigt die Einbindung eines Aufsichtsratsmitglieds in den Betriebsrat keinen Bruch der Vertraulichkeit.

5.1.1 Sachverhalt

Der Antragsgegner ist Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Gesellschaft und gleichzeitig Mitglied des Betriebsrats.

Der Aufsichtsrat beantragte die gerichtliche Abberufung des Antragsgegners gemäß § 103 Abs. 3 AktG, weil dieser seine Pflichten als Aufsichtsratsmitglied grob verletzt habe, indem er unbefugt streng vertrauliche Informationen, die er als Mitglied des Aufsichtsrats erhalten habe, an den Betriebsrat weitergegeben habe. Das Registergericht berief den Antragsgegner gemäß § 103 Abs. 3 AktG als Aufsichtsratsmitglied ab. Sämtliche Rechtsmittel hiergegen blieben ohne Erfolg.

5.1.2 Aussagen des Gerichts

Die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht stellt nach Auffassung des OLG Stuttgart einen wichtigen Grund für die gerichtliche Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds nach § 103 Abs. 3 Satz 1 AktG dar: Dem Aufsichtsratsmitglied steht es zunächst nicht zu, selbst darüber zu entscheiden, welche Informationen als vertraulich anzusehen sind und welche nicht. Maßgeblich für die Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitglieds ist vielmehr, ob eine objektiv am Interesse der AG und ihres Unternehmens ausgerichtete Beurteilung ergibt, dass die Weitergabe der jeweiligen Information nachteilig sein kann, auch wenn sie kein Geheimnis (mehr) ist. Auch eine Einbindung des Aufsichtsratsmitglieds in den Betriebsrat rechtfertigt keinen Bruch der Vertraulichkeit. Es gibt keine „gespaltene Vertraulichkeit.“

5.1.3 Stellungnahme

Der Entscheidung des OLG Stuttgart ist vollumfänglich zuzustimmen: Die Pflicht zur Verschwiegenheit findet ihre Grundlage für Aufsichtsratsmitglieder schon in der organschaftlichen Treuepflicht³⁴ und ist zudem ausdrücklich in § 116 Satz 1, § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG geregelt. Seit einiger Zeit findet sich in § 116 Satz 2 AktG sogar eine ausdrückliche Hervorhebung für die Behandlung vertraulicher Berichte und Beratungen, was die Bedeutung der Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern unterstreicht.

Die Regelung in § 116 Satz 1, § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG unterscheidet zwischen Geheimnissen einerseits und vertraulichen Angaben andererseits. Geheimnis ist jede Tatsache, die nicht offenkundig ist und für die ein objektives Geheimhaltungsbedürfnis besteht³⁵. Vertrauliche Angaben sind hingegen Tatsachen, die – obwohl bekannt – nicht auf dem offenen Markt behandelt werden sollen³⁶. Für beide Begriffe kommt es nach herrschender Meinung nicht auf die subjektive Einschätzung des Aufsichtsratsmitglieds oder des gesamten Aufsichtsrats, sondern allein auf das objektive Interesse der Gesellschaft an der Verschwiegenheit an. Eine Befreiung des Aufsichtsratsmitglieds von der Pflicht zur Verschwiegenheit ist im Einzelfall nur dann anzunehmen, wenn die Gesellschaft, regelinäßig durch ihren Vorstand, auf die vertrauliche Behandlung verzichtet³⁷. Die mögliche Kollision der organschaftlichen Verschwiegenheitspflicht (als Unterlassungspflicht) mit einer möglichen „Redepflicht“ (Handlungspflicht) als Betriebsratsmitglied rechtfertigt jedenfalls nicht die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht. Insoweit besteht nicht nur keine „gespaltene Verschwiegenheit“, wie vom Gericht zutreffend ausgeführt, sondern die organschaftliche Verschwiegenheitspflicht geht einer eventuellen Handlungspflicht im Betriebsrat stets vor³⁸. Den Aufsichtsratsmitgliedern in der Praxis ist es deshalb zu empfehlen, die Verschwiegenheitspflicht streng

27 BGH v. 2. 4. 2007, II ZR 325/05, DStR 2007, 1046; Döser, LMK 2007, 238683.

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

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

30 Vgl. auch OLG I-Ianiburg v. 17. 1. 2007, 11 U 48/06, DStR 2007, 1005 (n. rkr., Rev. beim BGH unter IX ZR 23/07).

31 Peltzer, NZG 2007, 598, 699.

32 OLG Stuttgart v. 7. 11. 2006, 8 W 388/06, NZG 2007, 72.

33 OLG Stuttgart v. 7. 11. 2006, 8 W 388/06, NZG 2007, 72, 74.

34 Vgl. hierzu ausführlich Knapp, (Fn. 2), S. 204 ff.

35 Im Einzelnen umstritten, vgl. Hüffer, (Fn. 5), § 93 Rn. 7.

36 Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006, Rn. 453.

37 Lutter, (Fn. 36), Rn. 428.

38 Knapp, (Fn. 2), S. 292, 298 ff.

AUFSATZ

zu wahren und insbesondere bei Doppelfunktionen Vorsicht walten zu lassen.

5.2 Haftung des Aufsichtsrats wegen Zustimmung zu nachteiligen Geschäften

5.2.1 Sachverhalt

Der BGH hat mit Urteil vom 11. 12. 2006 entschieden, dass der fakultative Aufsichtsrat einer GmbH, dem die Zustimmung zu bestimmten Geschäften der Geschäftsführung nach § 52 Abs. 1 GmbHG, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG vorbehalten ist (konkret: Rechtsgeschäfte mit einer Verpflichtung von mehr als DM 100 000), seine zur Haftung führenden organschaftlichen Pflichten nicht erst dann verletzt, wenn er die Geschäftsführung an von seiner Zustimmung nicht gedeckten Zahlungen nicht hindert, sondern bereits dann, wenn er ohne gebotene Information und darauf aufbauender Chancen- und Risikoabschätzung seine Zustimmung zu nachteiligen Geschäften erteilt³⁹.

5.2.2 Aussagen des Gerichts

Beim vorliegenden Urteil handelt es sich um eine der seltenen Entscheidungen, die sich mit der persönlichen Haftung aufgrund von Pflichtverletzungen von Aufsichtsratsmitgliedern beschäftigen und eine Konkretisierung der in § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG enthaltenen Generalklausel bringen. Die Entscheidung hat insbesondere zum Gegenstand, welche Pflichten den Aufsichtsrat bei Erteilung der Zustimmung zu zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäften i. S. des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG treffen, mithin einen Bereich der präventiven Kontrolle der Geschäftsleitung. Auch wenn sich die Entscheidung unmittelbar nur auf die Pflichten eines fakultativen GmbH-Aufsichtsrats bezieht, so hat sie doch ebenso Geltung für die Pflichten des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft.

Der BGH betont zunächst, dass der Aufsichtsrat vor seiner Entscheidung über die Zustimmung Informationen über ein zustimmungspflichtiges, nachteiliges Geschäft einholen und die mit dem Geschäft zusammenhängenden Chancen und Risiken ermitteln und abwägen muss. Eine solche Pflicht bestand in dem zugrunde liegenden Fall besonders deshalb, weil erhebliche Beiträge in ein Unternehmen investiert werden sollten, sich darüber hinaus konkrete Zweifel an der Seriosität dieses zu fördernden Unternehmens (bisher zur Vermutung krimineller Handlungen) ergeben mussten und ein erhebliches Missverhältnis zwischen inonatiellen Kosten und Umsatz des Investitionsvorhabens bestand⁴⁰. Ferner entbehrten die umfangreichen Darlehen jeder üblichen und gebotenen Absicherung. Nach der Rechtsprechung des BGH dürfen Aufsichtsratsmitglieder ihre Zustimmung zu Darlehensgewährungen der Gesellschaft nach dem Sorgfaltsmaßstab der § 116 Satz 1, § 93 Abs. 1 AktG nur dann erteilen, wenn die Rückzahlungsansprüche im gebotenen Umfang abgesichert sind⁴¹.

Außerdem sind die Aufsichtsratsmitglieder verpflichtet, ihre Zustimmung zu einem Geschäft zu verweigern, wenn sich ihnen der Verdacht aufdrängen muss, dass der Vorstand bzw. der Geschäftsführer die ihm gesetzten Grenzen nicht einhalten und zum Nachteil der Gesellschaft handeln wird.

5.2.3 Stellungnahme

Die Entscheidung ist von hoher Praxisrelevanz: Mit dem Urteil konkretisiert der BGH die von Aufsichtsratsmitgliedern anzuwendende Sorgfalt bei der Überwachung der Geschäftsfüh-

rung und bringt damit Licht ins Dunkel für die tägliche Praxis. Insbesondere die inhaltliche Konkretisierung dahin ist zu begrüßen, dass der Aufsichtsrat sich vor Erteilung der Zustimmung ausreichende Informationen verschaffen muss⁴². Hier wendet der BGH vorbildlich die sog. Business Judgment Rule an (vgl. § 116 Satz 1, § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG). Demnach scheidet eine Pflichtverletzung des Aufsichtsratsmitglieds aus, wenn es eine unternehmerische Entscheidung trifft, dabei angenommen hat, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln und dies auch vernünftigerweise annehmen durfte. I-halten die Organmitglieder sich an diese Voraussetzungen, so bewegen sie sich in einem „sicheren Hafen“ und können eine persönliche Haftung regelmäßig vermeiden.

Die Aufsichtsratsmitglieder erhalten zudem eine praktische Richtschnur für die erforderliche Sorgfalt bei der Beschlussfassung über die Zustimmungserteilung zu Geschäften i. S. von § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG. Auch für die Berater von Aufsichtsratsmitgliedern stellt das Urteil eine große Hilfestellung dar, weil nun konkrete Maßstäbe geschaffen wurden, die an die Mandanten weitergegeben werden können. Dringend zu empfehlen ist die ausreichende Dokumentation der Informationsbeschaffung und der Abwägung von Chancen und Risiken vor einer Entscheidung über die Zustimmungserteilung.

5.3 Haftung wegen der Festsetzung von zu hohen Vorstandsbezügen

Eine weitere interessante Entscheidung betrifft die Festsetzung der Vorstandsbezüge durch den Aufsichtsrat. Nach einem Beschluss des LG München I liegt ein Verstoß gegen § 87 Abs. 1 AktG nicht bereits dann vor, wenn die Bezüge der Vorstandsmitglieder erheblich über denjenigen von anderen Unternehmen der Branche liegen. Übertreffende Leistungen, die zu einem überdurchschnittlichen Ergebnis der Gesellschaft beitragen, können nach Ansicht des LG München I auch überdurchschnittlich hohe Vergütungen rechtfertigen⁴³.

5.3.1 Sachverhalt

In dem der Entscheidung des LG München I vom 29.3.2007 zugrunde liegenden Fall hatte der Aufsichtsrat sein Ermessen bei der Beurteilung der Angemessenheit der Vorstandsbezüge ordnungsgemäß ausgeübt. Nach der *Mannesmann-Entscheidung* des BGH steht dem Aufsichtsrat hierbei grundsätzlich ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu, der nur insoweit eingeschränkt ist, als die Gesamtbezüge des bedachten Vorstandsmitglieds in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft stehen müssen⁴⁴. Nach diesem Maßstab hatten die betroffenen Aufsichtsratsmitglieder ihre Pflichten nicht verletzt: Erstens war die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft sehr gut; sie konnte in einem Zeitraum von 2001 bis 2004 illre Umsätze um knapp 40 % steigern; im selben Zeitraum wurde das Jahresergebnis mehr als verzwölffacht. Zweitens waren nach Ansicht des Gerichts bei der Festsetzung der Vergütung die Aufgaben des jeweiligen Vorstandsmitglieds zu berücksichtigen; hier führte die im konkreten Fall erfolgte Reduktion der Mitglieder des Vorstands zu einer Vermehrung der Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitglieds, so dass eine erhöhte Vergütung gerechtfertigt gewesen sei. Drittens war hier unstreitig, dass die

42 Liebscher, LMK 2007, 220409.

43 LG München I v. 29. 3. 2007, 5 HKO 12931/06, NZG 2007, 477 (n. rkr.); vgl. auch die weitere Entscheidung des LG München I v. 23. 8. 2007, 5 HKO 10734/07, NZG 2008, 114 (zu Aktienoptionen und variabler Vergütung; Berufung beim OLG München unter 7 U 5618/07).

44 BGH v. 21. 12. 2005, 3 StR 470/04, DStR 2006, 284 (Mannesmann).

39 BGH v. 11. 12. 2006, II ZR 243/05, DStR 2007, 351.

40 BGH v. 11. 12. 2006, II ZR 243/05, DStR 2007, 351.

41 BGH v. 11. 12. 2006, II ZR 243/05, DStR 2007, 354.

AUFSATZ

Vorstandsmitglieder während ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft erhebliche wirtschaftliche Erfolge erzielt hatten. Der Aufsichtsrat müsse deshalb ein Interesse haben, den Vorstandsmitgliedern einen Anreiz zum Verbleib im Unternehmen zu geben. Schließlich begründete allein der Umstand, dass die Vergütung aller Vorstandsmitglieder höher war als bei vergleichbaren anderen Gesellschaften, nach Ansicht des Gerichts keinen Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht⁴⁵.

5.3.2 Aussagen des Gerichts

Das LG München I hat damit den Antrag eines Aktionärs auf Klagezulassung zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen ihre Aufsichtsratsmitglieder im eigenen Namen genäß § 148 Abs. 1 Satz 1 AktG abgelehnt⁴⁶. Die Klage war nicht zuzulassen, weil nach Ansicht des Gerichts hier die entsprechenden Voraussetzungen nicht vorlagen⁴⁷. Danach lässt das Gericht die Klage dann zu, wenn Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist. Vorliegend sah das Gericht weder eine Unredlichkeit noch eine grobe Verletzung von Gesetz oder Satzung. Die Mitglieder des Aufsichtsrats hätten § 87 Abs. 1 AktG nicht verletzt, weshalb gegen sie auch kein Schadensersatzanspruch nach § 116 Satz 1, § 93 Abs. 1 AktG bestelle.

5.3.3 Stellungnahme

Die Entscheidung des LG München I zeigt sehr anschaulich, dass die Aufsichtsratsmitglieder eine Schadensersatzpflicht aus §§ 116, 93 AktG bei der Vereinbarung einer überhöhten Vorstandsvergütung und insbesondere bei Leistung einer überhöhten Vorstandsvergütung auch ganz praktisch treffen kann⁴⁸. Dafür ist ein Schaden der AG erforderlich. Die Darlegungs- und Beweislast trifft dabei die Gesellschaft, d. h. die Gesellschaft muss den Eintritt und die Höhe des Schadens sowie die adäquate Kausalität zwischen Schaden und Handlung beweisen (vgl. § 116 Satz 1, § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG). Die Beweislast für die fehlende Pflichtwidrigkeit und das fehlende Verschulden liegt hingegen beim betroffenen Aufsichtsratsmitglied. Bei dieser Innenhaftung des Aufsichtsratsmitglieds kann außerdem die bereits erwähnte Business Judgement Rule eine Rolle spielen. Diese ist jedoch grundsätzlich nur dann einschlägig, wenn es sich beim Handeln des Aufsichtsrats – ausnahmsweise – um eine unternehmerische Tätigkeit handelt⁴⁹. Die Vorschrift des § 87 Abs. 1 AktG ist eine an die Business Judgement Rule angelehnte, spezialgesetzliche Norm, die dem handelnden Organ ein beschränktes unternehmerisches Interesse belässt⁵⁰. Dieses Ermessen sollte in der Praxis besonders sorgfältig ausgeübt und dokumentiert werden.

Die Entscheidung des LG München I zeigt, dass im Zusammenhang mit der Festsetzung der Vergütung der Vorstandsmitglieder ein nicht mehr nur theoretisches, sondern nunmehr – besonders seit dem Mannesmann-Verfahren – ein ganz realistisches Haftungsrisiko für Aufsichtsratsmitglieder besteht. Die Festsetzung der Vorstandsvergütung sollte deshalb besonders sorgfältig vorgenommen und dokumentiert werden, um Haftungsrisiken zu minimieren.

5.4 Haftung des Aufsichtsrats wegen unterlassener Maßnahmen zur Verhinderung der Insolvenz

In einer weiteren für die Praxis bemerkenswerten Entscheidung verurteilte das LG München I einen Aufsichtsratsvorsitzenden zur Zahlung von € 330 000 Schadensersatz, weil er es pflichtwidrig unterlassen habe, durch Einberufung einer Aufsichtsratssitzung und Veranlassung entsprechender Beschlüsse die Insolvenz der Gesellschaft zu vermeiden⁵¹.

5.4.1 Sachverhalt

Im April 2004 sagte der Aufsichtsratsvorsitzende eine für Mitte Mai 2004 anberaumte Aufsichtsratssitzung ab, obwohl sich das Unternehmen zu diesem Zeitpunkt bereits in einer wirtschaftlichen Krise befunden hatte bzw. eine solche angesichts konkreter Anhaltspunkte zumindest drohte. Weder dem Verlangen eines Vorstands, noch der Bitte eines Aufsichtsratsmitglieds, eine Aufsichtsratssitzung einzuberufen, um eine Kapitalerhöhung für die AG in die Wege zu leiten, kam der Aufsichtsratsvorsitzende nach. Als besagtes Aufsichtsratsmitglied schließlich selbst eine Aufsichtsratssitzung für Juli 2004 einberief, nahmen der Aufsichtsratsvorsitzende und weitere Aufsichtsratsmitglieder daran nicht teil. Erst im August 2004 fanden eine Aufsichtsratssitzung und im September eine außerordentliche Hauptversammlung statt, die sich unter anderem mit der Sanierung der AG befassten. Im November 2004 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet. Durch die Insolvenz wurde das Grundkapital der AG in Höhe von € 330 000 vernichtet.

5.4.2 Aussagen des Gerichts

Das LG München I stellte u. a. im Verhalten des Aufsichtsratsvorsitzenden eine Pflichtverletzung fest. Dabei vertritt das Gericht die Auffassung, dass bei rechtzeitiger Durchführung einer Aufsichtsratssitzung der Aufsichtsrat dort die für eine Kapitalerhöhung nötigen Beschlüsse fassen und die Gesellschaft dadurch mit den notwendigen liquiden Mitteln versorgt werden hätte können. Dadurch hätte nach Ansicht des Gerichts die Insolvenz der Gesellschaft vermieden werden können. Die rechtzeitige Einberufung einer solchen Aufsichtsratssitzung sei angesichts der Lage der Gesellschaft die Pflicht des Aufsichtsratsvorsitzenden gewesen. Diese Pflicht habe der Aufsichtsratsvorsitzende schuldhaft verletzt, weshalb er der Gesellschaft gemäß § 116 Satz 1, § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG persönlich zum Schadensersatz verpflichtet sei.

Das Gericht führt insoweit aus, dass sich die Intensität der vom Aufsichtsrat geschuldeten Überwachungstätigkeit nach der jeweiligen Lage der Gesellschaft richtet. Ist die Lage der Gesellschaft angespannt, so muss sich die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats entsprechend der jeweiligen Risikolage intensivieren⁵². Erhält der Aufsichtsrat – wie hier – Hinweise auf eine massive Gefährdung der Gesellschaft, so ist es Aufgabe des Aufsichtsrats, diesen Hinweisen unter Anwendung seiner Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten unverzüglich nachzugehen und entsprechende Gegenmaßnahmen einzuleiten. Der Aufsichtsrat muss in einer solchen Situation zumindest von seinem Recht gemäß § 111 Abs. 2 Satz 1 AktG Gebrauch machen, vom Vorstand Einsicht in die Bücher der Gesellschaft zu verlangen. Unterbleibt ein derartiges Anfordern, so ist bereits darin eine Pflichtverletzung zu sehen⁵³. Im vorliegenden Fall wäre der Aufsichtsratsvor-

45 LG München I v. 29. 3. 2007, 5 HKO 12931/06, NZG 2007, 477, 478.

46 Für das sog. Klagezulassungsverfahren zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen einer Aktionärsminderheit gelten seit Inkrafttreten des UMAG am 1. 11. 2005 die Vorschriften der §§ 148, 149 AktG.

47 Vgl. § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG.

48 Hüffer, (Fn. 5), § 87 Rn. 8.

49 Hüffer, (Fn. 5), § 116 Rn. 8.

50 Näher hierzu Kori, DStR 2007, 1127, 1132.

51 LG München I v. 31. 5. 2007, 5 HKO 11977/06, NZI 2007, 609 ff. (n. rkr.).

52 Hüffer, (Fn. 5), § 111 Rn. 7; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl. 2002, § 3 Rn. 87 ff.

53 LG München I v. 31. 5. 2007, 5 HKO 11977/06, NZI 2007, 609 ff. 10.

sitzende nach dem Verlangen weiterer Organmitglieder aber bereits aufgrund von § 110 Abs. 1 Satz 1 AktG verpflichtet gewesen, unverzüglich den Aufsichtsrat einzuberufen. In der Absage der bereits anberaumten Aufsichtsratssitzung ohne Festsetzung eines zeitnahen Ersatztermins sah das Gericht die wesentliche Pflichtverletzung des Vorsitzenden.

5.4.3 Stellungnahme

Diese Ausführungen des LG München I zu den Pflichten des Aufsichtsrats in Krisensituationen sind überzeugend⁵⁴. Bei Eintritt einer wirtschaftlichen Krise intensivieren sich die Überwachungspflichten der Aufsichtsratsmitglieder in Relation zum jeweiligen Risiko für die Gesellschaft. Der Aufsichtsrat, insbesondere dessen Vorsitzender, muss sich in solchen Fällen zeitnah sämtliche Informationen beschaffen, die ihn zur Überwachung befähigen, und die gebotenen Handlungen vornehmen, die sich bis zu einer sog. „führenden“ Überwachung verdichten können⁵⁵. Sind die von der Gesellschaft überlassenen Informationen nicht ausreichend, nicht vorhanden oder nicht erhältlich, so ist der Aufsichtsrat gehalten, einen externen Berater zu beauftragen (vgl. § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG)⁵⁶. Wird der Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Beraters eingeholt, der über sämtliche für die Beurteilung erheblichen Umstände informiert wird und folgt das Organ dessen Rat, kann eine Haftung insoweit regelmäßig vermieden werden⁵⁷.

54 Rechtlich kaum haltbar hingegen dürften die Ausführungen des Gerichts zu Kausalität und Schaden sein, den das Gericht hier in dem infolge der Insolvenz verlorenen Grundkapital gesehen hat, vgl. hierzu näher *Krüger/Achsnik*, NZI 2007, 612, 613.

55 *Lutter/Krieger*, (Fn. 52), § 3 Rn. 89.

56 *Krüger/Achsnik*, NZI 2007, 612, 613.

Fazit für die Praxis: In Krisensituationen sollte jedes einzelne Mitglied des Aufsichtsrats darauf achten, dass Aufsichtsratssitzungen nicht nur turnusgemäß, sondern bei Bedarf auch außerordentlich und kurzfristig einberufen werden. Der Aufsichtsrat muss außerdem auf die Ergreifung von Maßnahmen zur Behebung einer Krise hinzuwirken und hierzu notfalls seine Überwachungstätigkeit bis hin zu einer „aktiven Führung“ intensivieren⁵⁸. Zudem ist den Aufsichtsratsmitgliedern zu empfehlen, eine entsprechende Entscheidungsfindung samt alternativen Entscheidungsvarianten sorgfältig zu dokumentieren, um im Fall der Fälle der Beweislast für ordnungsgemäßes Verhalten nachkommen zu können.

6. Zusammenfassung und Ausblick

Die erörterten Entscheidungen zum Recht des Aufsichtsrats machen deutlich, dass die Anforderungen an die Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern in letzter Zeit langsam, aber stetig ansteigen und insbesondere das Vorgehen von Anfechtungsklägern und Insolvenzverwaltern auch zur immer häufigeren Durchsetzung der Pflichten führt. Insbesondere die persönliche Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern stellt sich mittlerweile nicht mehr nur als theoretisches „law iii the books“, sondern als realistisches Risiko dar. Umso sorgfältiger sollten Aufsichtsratsmitglieder deshalb Entscheidungen vorbereiten und dokumentieren. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung wird mit Spannung zu verfolgen sein.

57 BGH v. 14.5.2007, II ZR 48/06, DStR 2007, 1174.

58 Vgl. hierzu auch *Krüger/Achsnik*, NZI 2007, 612, 613.