

**Deutsches  
Steuerrecht**

# **DStR**

**Wochenschrift & umfassende Datenbank für Steuerberater**

**Sonderdruck aus Heft 23/2015**

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

## **Die Entwicklung des Rechts des Aufsichtsrats im Jahr 2014**

**Aktuelles für die Praxis aus Gesetzgebung und Rechtsprechung**



**Seitz Weckbach Fackler & Partner**

RECHTSANWÄLTE STEUERBERATER

**Verlag C.H.BECK München und Frankfurt a. M.**

# Die Entwicklung des Rechts des Aufsichtsrats im Jahr 2014

## Aktuelles für die Praxis aus Gesetzgebung und Rechtsprechung

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

Wie bereits in den Jahren zuvor ist es Ziel dieses Beitrags, sowohl den Beratern von Aktiengesellschaften als auch Aufsichtsratsmitgliedern selbst einen Überblick über die Rechtsentwicklung des vergangenen Jahres zu geben. Dabei werden zunächst die aktuellsten Gesetzesänderungen betreffend den Aufsichtsrat, nebst Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, vorgestellt und anschließend ausgewählte Gerichtsentscheidungen besprochen, die gegen Ende des Jahres 2013 und im Laufe des Jahres 2014 mit Bezug zum Aufsichtsrat ergingen.

### 1. Gesetzgebung und Kodex

Am 24.6.2014 wurden die letzten Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) beschlossen. Die Bundesregierung brachte in Anknüpfung an die in den Jahren zuvor jeweils gescheiterten Reformbemühungen eine neuerliche Aktienrechtsnovelle auf den Weg.

#### 1.1 Gesetzgebung

Von Seiten der Gesetzgebung war das Jahr 2014 abermals von geringer Aktivität geprägt. Nachdem die früheren Vorhaben zur Novellierung des Aktienrechts nicht ihren Weg ins Bundesgesetzblatt fanden, hat der Gesetzgeber zunächst mit dem Referentenentwurf einer Aktienrechtsnovelle einen neuen Anlauf gestartet.

Nachdem der Entwurf des VorstKoG im September 2013 am Diskontinuitätsgrundsatz gescheitert war, greift der neuerliche Entwurf dessen aktienrechtliche Aspekte im Wesentlichen wieder auf. Verzichtet wurde allerdings auf Regelungen bezüglich der innerhalb der Regierungskoalition umstrittenen Vergütungsaspekte.<sup>1</sup> Die Bemühungen des Gesetzgebers mündeten Ende des Jahres 2014 schließlich in dem „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AktG“, der Anfang 2015 von der Bundesregierung beschlossen wurde.

Demnach soll es zukünftig ua ermöglicht werden, Kernkapital auch durch die Ausgabe stimmrechtsloser Vorzugsaktien bilden zu können. Daneben soll ein Umtauschrecht der Gesellschaft bei Wandelschuldverschreibungen eingeführt werden, mit dessen Hilfe die Anleihen gegen Gewährung von Anteilen in Grundkapital umgewandelt werden können. Auch sollen die Beteiligungsverhältnisse bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften transparenter werden. Geplant ist zudem eine Fortentwicklung des Beschlussmängelrechts, mit dem sog „nachgeschobenen Nichtigkeitsklagen“ begegnet werden soll. Daneben soll auch näher definiert werden, wie sich die Berichtspflicht von Aufsichtsräten, die von Gebietskörperschaften entsandt wurden,

rechtlich begründet. Neu hinzukommen soll die Bestimmung eines Nachweistichtages auch für Namensaktien.

Unberücksichtigt bleiben dagegen andere derzeit diskutierte Themen, wie beispielsweise die Frauenquote oder Rechtsfolgen bei Verstößen gegen § 161 AktG.<sup>2</sup> Ob die neuerlichen Reformbemühungen diesmal in eine Anpassung des AktG münden, bleibt abzuwarten. Jedenfalls die Frauenquote wurde durch den Gesetzgeber zwischenzeitlich separat durch das „Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst“ aufgegriffen, welches zum 1.5.2015 in Kraft getreten ist.<sup>3</sup>

#### 1.2 Kodex

Nach den umfassenden Änderungen des Jahres 2013, mit denen ua eine Verschlinkung des Kodex verfolgt wurde, hat sich die Regierungskommission zuletzt mit weitreichenden Änderungen zurückgehalten. Der Deutsche Corporate Governance Kodex wurde lediglich an wenigen Stellen ergänzt, wobei der Text des Kodex selbst nicht berührt wurde.

In der Plenarsitzung v. 24.6.2014 wurden Änderungen der Erläuterungen der dem Kodex als Anlage beigefügten Mustertabelle 1 und Mustertabelle 2 zur Vorstandsvergütung beschlossen. Ziel war eine Klarstellung, welche Angaben zur Vergütung in den Tabellen enthalten sein sollen und wie diese darzustellen sind. Insbesondere wurde näher bestimmt, wo und wie sog Deferrals, Anteile einjähriger variabler Vergütung, die aufzuschieben sind und die nicht unmittelbar ausbezahlt werden, in den Mustertabellen abzubilden sind. Auch erfolgte eine Vereinheitlichung des Ausweiszeitpunkts der zugeflossenen einjährigen und mehrjährigen variablen Vergütungsbestandteile. Zudem sollen auch Leistungen Dritter explizit genannt werden, wenn sie mit der Vorstandstätigkeit zusammenhängen.<sup>4</sup>

### 2. Rechtsprechung

Auch gegen Ende des Jahres 2013 und im Jahre 2014 erging eine Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen, die für die Arbeit des Aufsichtsrats von Interesse sind. Eine Auswahl besonders bedeutsamer Entscheidungen soll nachfolgend vorgestellt werden:

#### 2.1 Zustimmung der Hauptversammlung bei Übernahme einer gegenüber einem Vorstandsmitglied verhängten Geldbuße durch die AG

Der BGH hat mit Urteil v. 8.7.2014 entschieden, dass die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft der Übernahme

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

1 Müller-Eising GWR 2014, 229.

2 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AktG, abrufbar unter: [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/GE\\_Aktienrechtsnovelle%202014.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/GE_Aktienrechtsnovelle%202014.pdf?__blob=publicationFile).

3 BGBl. I 2015, 642; hierzu Stüber DStR 2015, 947.

4 Deutscher Corporate Governance Kodex idF v. 24.6.2014.

## AUFSATZ

einer Geldstrafe, Geldbuße oder Geldauflage durch die Gesellschaft zustimmen muss, wenn das Vorstandsmitglied, gegenüber dem die Sanktion verhängt worden war, durch die zugrunde liegende Handlung gleichzeitig seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt hat. Allein ein Beschluss des Aufsichtsrats genügt nicht.<sup>5</sup>

### 2.1.1 Sachverhalt

Der Beklagte war Vorstandsmitglied der klagenden AG. Die Klägerin hatte mit dem Beklagten eine Vereinbarung getroffen, wonach diese eine gegenüber dem Beklagten verhängte Geldauflage zu übernehmen hatte. Hintergrund war ein Ermittlungsverfahren, das gegen den Beklagten aufgrund von Handlungen geführt wurde, die dieser in Ausübung seiner Vorstandstätigkeit vorgenommen hatte. Nachdem gemäß § 153a StPO eine Geldauflage gegen den Beklagten verhängt worden war, gewährte die Klägerin diesem ein Darlehen zu deren Begleichung. Die Klägerin hat das Darlehen später gekündigt und den Beklagten auf Rückzahlung in Anspruch genommen. Nachdem das LG den Beklagten zunächst im Rahmen eines Urkundsprozesses zur Rückzahlung verurteilt hatte, wurde das Vorbehaltsurteil im Nachverfahren aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das OLG zurückgewiesen. Dies war Gegenstand der Revision vor dem BGH.<sup>6</sup>

### 2.1.2 Aussagen des Gerichts

Mit der vorliegenden Entscheidung hat sich der BGH zu der in der Literatur durchaus kontrovers diskutierten Frage geäußert, ob die Übernahme einer Geldsanktion allein vom Aufsichtsrat beschlossen werden kann. In diesem Zusammenhang hat der BGH am Rande auch klargestellt, dass die Zahlung einer Geldstrafe durch die Gesellschaft weder den Tatbestand der Begünstigung noch der Strafvereitelung erfüllt.<sup>7</sup>

Entscheidend ist die Frage, ob die Übernahme einer Sanktion entsprechend der Regelung zum Verzicht in § 93 Abs. 4 S. 3 AktG der Hauptversammlung vorbehalten ist. Hierzu hat sich der BGH der herrschenden Meinung angeschlossen und entschieden, dass die Hauptversammlung einer solchen Übernahme entsprechend § 93 Abs. 4 S. 3 AktG zustimmen muss, wenn das Vorstandsmitglied durch die zugrunde liegende Handlung gleichzeitig seine Vorstandspflichten verletzt hat.<sup>8</sup> Grundlage war dabei, dass die gesetzliche Regelung ausschließen soll, dass der Gesellschaft durch eine pflichtwidrige Handlung dauerhaft ein Nachteil zugefügt wird. Wenn nun der Vorstand durch die Gesellschaft eine Geldsanktion ersetzt bekommt, fügt diese sich einen solchen Nachteil aber gerade selbst zu. Einen solchen Vermögensnachteil kann der Aufsichtsrat nicht ohne Zustimmung der Hauptversammlung absegnen. Vielmehr ist der Aufsichtsrat gerade im Gegenteil dazu verpflichtet, Ansprüche zu verfolgen, die auf einer vom Vorstand begangenen

Pflichtverletzung beruhen.<sup>9</sup> Eine solche Selbstschädigung der Gesellschaft geht auch über das dem Aufsichtsrat in Ausnahmefällen zustehende Recht hinaus, von der Verfolgung von Schadenersatzansprüchen abzusehen. Dabei hat das Gericht auch betont, dass das Vermögen der Gesellschaft wirtschaftlich nicht dem Aufsichtsrat, sondern den Aktionären zusteht, so dass diese berufen sind, über eine solche Selbstschädigung zu beschließen. Auch entspricht die Einschaltung der Hauptversammlung dem Zweck der Regelung von § 93 Abs. 4 S. 3 AktG, dem Schutz des Gesellschaftsvermögens und der Minderheitsaktionäre.

### 2.1.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Mit der vorliegenden Entscheidung hat der BGH die Rechte der Hauptversammlung gestärkt und Klarheit in eine umstrittene Rechtsfrage gebracht. In der Praxis wird die Übernahme von Geldsanktionen durch Einschaltung der Hauptversammlung erschwert werden, weshalb Erstattungsversprechen infolge des Urteils erheblich unattraktiver werden dürften.

Eine Erstattung ohne entsprechenden Beschluss der Hauptversammlung wird nur noch in den seltensten Fällen durchführbar sein. Schon aufgrund der allgemeinen Legalitätspflicht des Vorstandes wird eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit im Regelfall auch eine Pflichtwidrigkeit gegenüber der Gesellschaft darstellen, weshalb die Hauptversammlung zu beteiligen sein wird. Im Hinblick auf die vom Aufsichtsrat vorzunehmende Beurteilung, ob das Handeln des Vorstandsmitglieds pflichtwidrig war, hält der BGH ausdrücklich an den Grundsätzen der *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung fest. Rein praktisch wird die Frage, ob eine Pflichtwidrigkeit gegenüber der Gesellschaft gegeben ist und daher die Hauptversammlung über die Erstattung zu befinden hat, nur durch qualifizierten Rechtsrat zu klären sein.<sup>10</sup> Dies ist dem Aufsichtsrat vor dem Hintergrund der *ISION*-Entscheidung auch dringend anzuraten, weil die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit vollständig gerichtlich nachprüfbar ist.<sup>11</sup> In Zweifelsfragen ist immer zur Beteiligung der Hauptversammlung zu raten, denn wird eine Zahlung ohne die erforderliche Beteiligung der Hauptversammlung vorgenommen, so kann sich der Aufsichtsrat einer eigenen Haftung ausgesetzt sehen.

Praktische Folgen hat die Entscheidung auch für die Kronzeugenregelung im deutschen und europäischen Kartellrecht. Bei Verstößen gegen das Kartellverbot droht den Vorstandsmitgliedern einer AG grundsätzlich eine persönliche Haftung. Wird eine AG mit einem Kartellverdacht konfrontiert, ist sie meist daran interessiert, von der Kronzeugenregelung zu profitieren. Ein Kronzeugenantrag ist aber im Regelfall nur mit der Hilfe des Vorstands erfolgversprechend, dessen Verfehlungen dabei offenbart werden. Die AG hat daher ein Interesse daran, den Vorstand von seinem persönlichen Haftungs- und Bußgeldrisiko freizustellen, um ihn damit zur Mitwirkung an dem Kronzeugenantrag zu bewegen. Kartellverstöße stellen aber regelmäßig auch Pflichtver-

5 BGH v. 8.7.2014 – II ZR 174/13, DStR 2014, 2518.

6 BGH v. 8.7.2014 – II ZR 174/13, DStR 2014, 2518.

7 Vgl. hierzu BGH v. 6.4.1964 – II ZR 11/62, BGHZ 41, 223 (229) = NJW 1964, 1270; v. 7.11.1990 – 2 StR 439/90, BGHSt 37, 226 (229) = NJW 1991, 990.

8 Mense/Klie GWR 2014, 389.

9 BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95 (*ARAG/Garmenbeck*), BGHZ 135, 244 = DStR 1997, 880.

10 Krebs BB 2014, 2509.

11 BGH v. 20.9.2011 – II ZR 234/09, DStR 2011, 2362 mAnm Weng; dazu auch Knapp DStR 2012, 364 (368).

## AUFSATZ

letzungen des Vorstands gegenüber der Gesellschaft dar, so dass aufgrund der aktuellen Entscheidung des BGH eine Haftungsfreistellung bzw. Übernahmezusage für Bußgelder nicht mehr ohne Zustimmung der Hauptversammlung möglich ist.<sup>12</sup> Diese Situation ist für Unternehmen höchst unbefriedigend, weshalb auch vor diesem Hintergrund in jüngerer Zeit häufig der Appell an den Gesetzgeber zur Änderung von § 93 Abs. 4 S. 3 AktG gerichtet wird.<sup>13</sup>

## 2.2 Kein Ordnungsgeld wegen mangelnder Offenlegung eines Aufsichtsratsberichts bei Fehlen eines Aufsichtsrats

Das BVerfG hat mit Beschluss v. 9.1.2014 entschieden, dass sofern eine Kapitalgesellschaft gegen ihre Pflicht, einen Aufsichtsrat zu bilden, verstößt, gegen diese nicht deswegen ein Ordnungsgeld verhängt werden darf, weil sie aufgrund des fehlenden Aufsichtsratsberichts ihre Veröffentlichungspflicht verletzt hat. Das Bestimmtheitsgebot erfordert es, den Ordnungswidrigkeitstatbestand nur auf Jahresabschlussunterlagen zu erstrecken, die nachträglich noch erstellt werden können. War überhaupt kein Aufsichtsrat gebildet worden, so kann der Bericht nicht erstellt werden.<sup>14</sup>

### 2.2.1 Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin war ein in der Rechtsform einer GmbH geführtes Unternehmen, das nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 DrittelG dazu verpflichtet war, einen Aufsichtsrat zu bilden. Dieser Pflicht war sie jedoch nicht nachgekommen. Daher fand sich auch kein Bericht des Aufsichtsrats (vgl. § 325 Abs. 1 S. 3 HGB) bei den von ihr beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers eingereichten Jahresabschlussunterlagen. Nach vorangegangener Androhung und Nachfristsetzung verhängte das Bundesamt für Justiz daher wegen des fehlenden Aufsichtsratsberichts gegen die Beschwerdeführerin ein Ordnungsgeld und drohte ein weiteres Ordnungsgeld an. Die hiergegen erhobene Beschwerde wurde durch das LG zurückgewiesen. Die daraufhin erhobene Gehörsrüge und Gegenvorstellung wurde verworfen, womit der Rechtsweg erschöpft war.<sup>15</sup> Es wurde Verfassungsbeschwerde erhoben.

### 2.2.2 Aussagen des Gerichts

Das BVerfG hat der Verfassungsbeschwerde stattgegeben und entschieden, dass das LG das auch bei der Auslegung von § 335 HGB anwendbare Bestimmtheitsgebot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG missachtet hat. Dabei wurde zunächst festgehalten, dass die Beschwerdeführerin als juristische Person aufgrund von Art. 19 Abs. 3 GG ebenso Trägerin dieses grundrechtsgleichen Rechts ist. Art. 103 Abs. 2 GG ist im vorliegenden Fall auf den Ordnungsgeldtatbestand des § 335 HGB anwendbar, obwohl dem Ordnungsgeld aufgrund seines Doppelcharakters sowohl eine sanktionierende als auch erzwingende Wirkung zukommt. Dies folgt daraus, dass bei

der gegebenen Fallgestaltung der Erzwingungseffekt für den in Rede stehenden Jahresabschlusszeitraum aufgrund mangelnder Existenz des Aufsichtsrats nicht mehr erreichbar ist, es mithin nur noch um die Sanktionierung der Nichtvorlage des Aufsichtsratsberichts geht. Somit kommt dem Ordnungsgeld nur der Charakter einer missbilligenden staatlichen Reaktion zu, weshalb sich die Ordnungsgeldvorschrift in ihrer Auslegung und Anwendung an den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG messen lassen muss.<sup>16</sup>

Die durch das LG vorgenommene Auslegung des handelsrechtlichen Ordnungsgeldtatbestandes (§ 335 HGB) führt nach der Entscheidung des BVerfG zu einer unzulässigen Ausweitung des Anwendungsbereichs. Letztendlich zielt das Ordnungsgeld hiernach auf die Durchsetzung einer § 335 HGB vorgelagerten Maßnahme, der Bildung eines Aufsichtsrats, für die es allerdings ein eigenes gesetzliches Regime mit vorgesehenen Sanktionen gibt. Diese dürfen nicht über § 335 HGB unterlaufen werden.<sup>17</sup>

### 2.2.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Im Wesentlichen folgt die Entscheidung des BVerfG dem Rechtsgrundsatz „impossibile nulla est obligatio“, wonach Unmögliches keine Verpflichtung sein kann. Fehlt der Aufsichtsrat, so fehlt es auch an dessen Bericht, der veröffentlicht werden könnte. Daneben ist der Entscheidung die Aussage zu entnehmen, dass die Offenlegungspflichten gemäß dem HGB nicht das richtige Instrumentarium darstellen, um Arbeitnehmermitbestimmungsrechte durchzusetzen. Die auch auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung anwendbaren Vorschriften des AktG sehen insoweit das Statusverfahren vor, um die Errichtung eines Aufsichtsrats durchzusetzen. Sanktionen gegen die Gesellschaft sind im Rahmen dieses eigenständigen Regelungsregimes gerade nicht vorgesehen. Zu Recht hat das Verfassungsgericht daher im Ergebnis entschieden, dass ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG gegeben ist, wonach keine Strafe ohne Gesetz verhängt werden darf.<sup>18</sup>

## 2.3 Keine Haftung des Aufsichtsrats bei abgebrochener Hauptversammlung infolge Übernahme der Versammlungsleitung

Das LG Ravensburg hat mit einem zwischenzeitlich rechtskräftigen Urteil Klarheit in die Verantwortlichkeit und Rechtsstellung eines Aufsichtsratsmitglieds als Leiter einer Hauptversammlung gebracht. Dem Ansinnen der Klägerin nach einer persönlichen Haftung des Aufsichtsratsmitglieds für Fehlleistungen im Rahmen der Ausübung dieser Funktion ist das Gericht entgegengetreten. Es besteht keine persönliche Haftung des Aufsichtsratsmitglieds, sofern es die Leitung der Hauptversammlung in rechtsfehlerhafter Weise an sich zieht und die Hauptversammlung daraufhin abgebrochen wird, da die Übernahme der Tätigkeit als Versammlungsleiter keine dem Aufsichtsrat obliegende Pflicht darstellt.<sup>19</sup>

12 Für einen vollständigen Ausschluss der Haftung von Geschäftsleitern für kartellrechtliche Bußgelder der Gesellschaft aktuell LAG Düsseldorf v. 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, BB 2015, 1018 = BeckRS 2015, 65417.

13 Bachmann BB 2015, 771 (774) mwN; für die Abschaffung der Sperrfrist (nicht jedoch der Hauptversammlungszuständigkeit) auch 70. Deutscher Juristentag, Beschluss Nr. 7.

14 BVerfG v. 9.1.2014 – 1 BvR 299/13, DStR 2014, 540.

15 Fröhlich GWR 2014, 102.

16 BVerfG v. 9.1.2014 – 1 BvR 299/13, DStR 2014, 540 (541).

17 Fröhlich GWR 2014, 102.

18 Kleinmanns BB 2014, 559.

19 LG Ravensburg v. 8.5.2014 – 7 O 51/13, rkr., NZG 2014, 1233.

## AUFSATZ

**2.3.1 Sachverhalt**

Die Klägerin, eine Aktiengesellschaft, nahm den Beklagten, ein Mitglied ihres Aufsichtsrats, auf Ersatz der Aufwendungen für eine bereits an der Frage der Bestimmung des Versammlungsleiters gescheiterten Hauptversammlung in Anspruch. Gemäß der Satzung der Klägerin war die Hauptversammlung durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu leiten. Sofern dieser verhindert war, sollte dessen Stellvertreter oder ein anderes vom Aufsichtsrat gewähltes Mitglied die Leitung übernehmen. Im Übrigen sollte der Vorsitzende unter Leitung des ältesten anwesenden Aktionärs durch die Hauptversammlung gewählt werden. In der fraglichen Hauptversammlung entstand Streit über die Person des Hauptversammlungsleiters. Der Vorstand und der anwesende Notar waren der Auffassung, dass der Leiter durch die Hauptversammlung zu wählen sei. Demgegenüber vertrat der Beklagte die Auffassung, dass er zur Versammlungsleitung berufen sei. Da sich der Beklagte weigerte, die Leitung der Versammlung niederzulegen, beendete der Vorstand die Hauptversammlung. Die Klägerin verlangte daraufhin vom Beklagten Ersatz der vergeblich für die Abhaltung der Hauptversammlung aufgewendeten Kosten.<sup>20</sup>

**2.3.2 Aussagen des Gerichts**

Das LG Ravensburg hat die Klage abgewiesen, da es eine persönliche Haftung des Aufsichtsratsmitglieds für Leitungsfehler gesellschaftsrechtlich für nicht begründbar erachtete. Dies insbesondere, da der Versammlungsleiter nicht als Organ der Gesellschaft angesehen werden könne. In der Leitung der Versammlung soll zudem keine Aufsichtsrats-tätigkeit zu sehen sein, weshalb Ansprüche der Aktiengesellschaft nach § 116 AktG wegen im Rahmen der Versammlungsleitung begangener Fehler ausscheiden. Bei der Übernahme der Versammlungsleitung, beispielsweise aufgrund einer entsprechenden Satzungsbestimmung, handelt es sich um eine zusätzliche Aufgabe, die nicht als Aufsichtsrats-tätigkeit anzusehen ist, da nicht zum gesetzlichen Pflichtenkreis des Aufsichtsrats gehörend.

Eine Haftung ergibt sich zudem auch nicht daraus, dass der Beklagte bereits durch die Mitwirkung an der Entscheidung der beiden anwesenden Aufsichtsratsmitglieder über seine Wahl zum Versammlungsleiter seine ihm als Aufsichtsratsmitglied obliegenden Pflichten verletzt hätte, da hierbei nicht der Bereich der Überwachung der Geschäftsführung tangiert sei, weshalb keine organschaftliche Haftung begründet werden könne. Bei der Auswahl eines Mitglieds des Aufsichtsrats zum Versammlungsleiter handelt es sich um eine der Übernahme der zusätzlichen Aufgabe der Versammlungsleitung vorgelagerte Aufgabe, für die kein anderes Haftungssystem gilt, als für die Ausübung der Versammlungsleitung selbst. Zudem hat das Gericht auch entschieden, dass durch die Übernahme der Versammlungsleitung kein Schuldverhältnis begründet werde, weshalb auch keine Haftung nach § 280 BGB bestehe. Allenfalls kommt nach den Ausführungen des Gerichts eine deliktische Haftung nach

§ 826 BGB infrage; dessen Voraussetzungen sah das Gericht im konkreten Fall allerdings nicht als gegeben an.<sup>21</sup>

**2.3.3 Stellungnahme und Praxisfolgen**

In zutreffender Weise hat das Gericht entschieden, dass eine Haftung des Hauptversammlungsleiters nach den Vorschriften über die aktienrechtliche Organhaftung ausscheidet, da es sich bei dem Versammlungsleiter um kein Organ der Gesellschaft handelt. Damit hat das Gericht auch klargestellt, dass es sich bei der Leitung der Versammlung um eine zusätzliche, vom Amt des Aufsichtsrats nicht umfasste, Aufgabe handelt.<sup>22</sup> Mit der Entscheidung, dass in der Übernahme der Versammlungsleitung kein Schuldverhältnis gesehen werden kann, hat das Gericht auch dem korporativen Charakter der Versammlungsleitung Rechnung getragen, die Annahme eines Auftrags oder einer Geschäftsbesorgung wäre konstruiert gewesen.<sup>23</sup>

Eine verbandsrechtliche Haftung des Versammlungsleiters wäre erst durch den Gesetzgeber neu zu schaffen, da die im AktG nur rudimentär statuierten Regelungen für die Leitung der Hauptversammlung ein solches Haftungsregime nicht vorsehen.<sup>24</sup> Nach geltendem Recht bleibt allenfalls eine deliktische Haftung nach § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung.<sup>25</sup> Die Entscheidung reduziert zwar das haftungsrechtliche Risiko des Leiters einer Hauptversammlung, gleichzeitig haben sich Aufsichtsräte aber auch bewusst zu sein, dass die Versammlungsleitung in den meisten D&O-Versicherungen nicht mit umfasst ist, weshalb diesen grundsätzlich zu einer sorgfältigen und gewissenhaften Ausübung einer solchen Tätigkeit zu raten ist. Möglichen Tendenzen sog Berufskläger, ihren Aktionsbereich auszudehnen, ist die Entscheidung des LG Ravensburg erfreulicher Weise entgegen getreten.

**2.4 Zulässige Fassungsänderung der Satzung durch den Aufsichtsrat bei bedingter Kapitalerhöhung**

Mit Beschluss v. 31.7.2014 hat das OLG München entschieden, dass eine durch Zeitablauf gegenstandslos gewordene Regelung über eine bedingte Kapitalerhöhung im Wege der Fassungsänderung durch den Aufsichtsrat aus der Satzung einer Aktiengesellschaft gestrichen werden kann. Im vorliegenden Fall sah das Gericht keine Entscheidung des Aufsichtsrats über die inhaltliche Frage, ob nicht ausgeübte Bezugsrechte noch bestehen oder nicht.<sup>26</sup>

**2.4.1 Sachverhalt**

Eine Aktiengesellschaft schuf mit Beschluss der Hauptversammlung v. 18.4.2012 ein bedingtes Kapital iHv 135.083 €. Dabei war das Bezugsrecht auf einen definierten Zeitraum beschränkt worden. In die Satzung war eine Regelung aufgenommen worden, in der der Aufsichtsrat zur Fassungsänderung in Abhängigkeit vom Umfang der Ausgabe der Aktien ermächtigt worden war. In der Folge war nur ein Teil der

<sup>20</sup> LG Ravensburg v. 8.5.2014 – 7 O 51/13, rkr., NZG 2014, 1233.

<sup>21</sup> Wardenbach GWR 2014, 503; sowie LG Ravensburg v. 8.5.2014 – 7 O 51/13, NZG 2014, 1233.

<sup>22</sup> Schürmbrand NZG 2014, 1211 (1212).

<sup>23</sup> Wardenbach GWR 2014, 503.

<sup>24</sup> Theusinger/Schilha BB 2015, 131 (132).

<sup>25</sup> Wardenbach GWR 2014, 503.

<sup>26</sup> OLG München v. 31.7.2014 – 31 Wx 274/14, rkr., DStR 2014, 1933.

## AUFSATZ

möglichen Aktien innerhalb des eingeräumten Zeitraums ausgegeben worden. Vom Aufsichtsrat wurde nachfolgend der ersatzlose Wegfall der diesbezüglichen Satzungsbestimmung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Das Registergericht wies die Anmeldung zurück, da die Streichung der Bestimmung in der Satzung eine Aufhebung des betragsmäßig noch verbliebenen bedingten Kapitals bedeuten sollte. Begründet wurde dies damit, dass eine sog Fassungsänderung nicht gegeben sei, da diese nur bezüglich der Anpassung der Satzung wegen ausgeübter Bezugsrechte, nicht aber bezüglich der nicht ausgeübten Bezugsrechte vorliege. Gemäß dem Beschluss des Registergerichts soll der Aufsichtsrat daher vorliegend über eine inhaltliche Frage entschieden haben, die der Hauptversammlung vorbehalten sei.<sup>27</sup>

#### 2.4.2 Aussagen des Gerichts

Das OLG München gab der Beschwerde statt und wies das Registergericht an, die Anmeldung zu vollziehen. Das Gericht konnte keinen Verstoß gegen § 179 Abs. 1 S. 2 AktG erkennen. Der Aufsichtsrat habe nicht über eine inhaltliche Frage entschieden, sondern lediglich die Streichung einer durch Zeitablauf obsolet gewordenen Satzungsregelung vorgenommen, was als Fassungsänderung zu qualifizieren sei. Mit anderen Worten habe der Aufsichtsrat hier nicht über den Inhalt der Satzung entschieden, sondern lediglich eine redaktionelle Berichtigung vorgenommen. Zu einer solchen ist der Aufsichtsrat im Wege einer Fassungsänderung der Satzung nach zuvor erfolgter Ermächtigung durch die Hauptversammlung befugt, ohne dass eine erneute Befassung der Hauptversammlung mit der Angelegenheit erforderlich ist.<sup>28</sup>

#### 2.4.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Die Entscheidung des OLG München verdient Zustimmung. Eine Ausweitung dessen, was als Fassungsänderung gemäß § 179 Abs. 1 S. 2 AktG zu verstehen ist, ist mit ihr nicht verbunden. Vielmehr bildet das Gericht korrekt ab, dass vorliegend keinerlei gestaltende Einflussnahme des Aufsichtsrats auf die Satzung gegeben ist. Es wird nicht inhaltlich über die nicht ausgeübten Bezugsrechte entschieden, sondern lediglich eine Satzungsregelung gestrichen, die schon bereits keine Wirkung mehr entfalten konnte. Die eigentliche Gestaltungsentscheidung war bereits durch die Hauptversammlung selbst getroffen worden, als diese die Bezugsfrist für die Aktien auf einen bestimmten Zeitraum beschränkte. Lediglich die sich hieraus ergebende Rechtsfolge wurde registerrechtlich durch den Aufsichtsrat publiziert. Letztendlich hat das Gericht das Recht des Aufsichtsrats gestärkt, die Satzung im Wege der Fassungsänderung um veraltete und daher unwirksam gewordene Passagen zu bereinigen. Allerdings ist zu beachten, dass dann etwas anderes gelten kann, wenn durch die Fassungsänderung auf eine bestehende Auseinandersetzung hinsichtlich der wirksamen Ausübung eines Bezugsrechts Einfluss genommen werden würde.

### 2.5 Zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern im Rahmen des MitbestG

Das OLG Hamburg hat mit Beschluss v. 31.1.2014 in einem Streit um die Besetzung des Aufsichtsrats entschieden, dass Leiharbeitnehmer im Rahmen der mitbestimmungsrechtlichen Schwelle des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG bezüglich des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht zu berücksichtigen sind, da es an einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher fehlt.<sup>29</sup>

#### 2.5.1 Sachverhalt

Inhaltlich ging es in dem Verfahren um die Frage, ob in dem vorliegenden Fall ein paritätisch, mit Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern, besetzter Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz oder nur ein zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern zu besetzender Aufsichtsrat nach dem Drittelbeteiligungsgesetz zu bilden ist. Die Antragsgegnerin beschäftigte in der Vergangenheit regelmäßig mehr als 2.000 Arbeitnehmer. Ohne Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern sank die Zahl der Beschäftigten nun allerdings unter die Schwelle von 2.000 Arbeitnehmern. Die Antragsteller in dem Verfahren auf gerichtliche Entscheidung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach § 98 Abs. 1 AktG waren allerdings der Auffassung, dass die Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen wären, weshalb die Antragsgegnerin mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigte. Daher sollte ein paritätisch besetzter Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz zu bilden sein. Die Entscheidung des LG Hamburg, dass der Aufsichtsrat nach den Regeln des Drittelbeteiligungsgesetzes zu besetzen sei, wurde von den Antragstellern im Wege der Beschwerde angefochten. Diese hatte allerdings vor dem OLG Hamburg keinen Erfolg.<sup>30</sup>

#### 2.5.2 Aussagen des Gerichts

Das OLG vertrat die Auffassung, dass Leiharbeiter bei der Frage, ob die Schwelle des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG überschritten ist, nicht mitzuzählen sind. Bei diesen soll es sich nicht um Arbeitnehmer iSd Mitbestimmungsgesetzes handeln. Leiharbeiter seien durch den equal-pay-Grundsatz (Anspruch auf dieselbe Bezahlung) sowie ihre Rechte nach §§ 7 S. 2 BetrVG, 14 AÜG hinreichend geschützt. Zudem seien sie mit Blick auf die Unternehmensmitbestimmung nicht vergleichbar der Stammebelegschaft betroffen.<sup>31</sup> Die Tätigkeit des Aufsichtsrats ist auf die langfristige Unternehmenspolitik sowie die Kontrolle strategischer Entscheidungen der Geschäftsführung ausgerichtet, weshalb sie das mittel- und langfristige Gesellschaftsinteresse betreffe. Dieses soll nach Aussage des Gerichts für Leiharbeitnehmer von geringerer Bedeutung als für die Stammebelegschaft des Betriebs sein, da Leiharbeitnehmern die Rückkehr zum entleihenden Betrieb verbleibe. Zudem könne das Verleihunternehmen ihnen auch nicht betriebsbedingt kündigen, wenn der Beschäftigungsbedarf beim Entleiher entfalle. Auch vor diesem Hintergrund sollen Leiharbeiter betreffs der durch

27 OLG München v. 31.7.2014 – 31 Wx 274/14, rkr., DStR 2014, 1933.

28 Königshausen GWR 2014, 390.

29 OLG Hamburg v. 31.1.2014 – 11 W 89/13, NZG 2014, 787.

30 OLG Hamburg v. 31.1.2014 – 11 W 89/13, NZG 2014, 787.

31 Rajf/Heinemann-Diehl GWR 2014, 292.

## AUFSATZ

die Mitbestimmung bezweckten Konkretisierung der Sozialbindung des Eigentums anders als die Stammebelegschaft betroffen sein.<sup>32</sup> Aus diesen Gründen seien Leiharbeiter bei der Schwelle des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG nicht zu berücksichtigen.

### 2.5.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Nachdem das BAG zuletzt im Sinne einer Stärkung der Rechtsstellung von Leiharbeitnehmern entschieden hat, da es mehrfach Leiharbeiter in die Berechnung von Schwellenwerten einbezogen hat, ist das OLG Hamburg im Hinblick auf die Unternehmensmitbestimmung dieser Tendenz entgegengetreten. Anders als das BAG hat sich das OLG Hamburg bezüglich der Unternehmensmitbestimmung nicht auf den Standpunkt gestellt, dass Leiharbeiter nicht weniger als Stammmitarbeiter geschützt werden dürften und daher die Gesamtzahl der betriebsangehörigen Arbeitnehmer in den Blick zu nehmen sei.

Das durch das OLG herangezogene Argument, wonach Leiharbeitnehmer mitbestimmungsrechtlich weniger als Stammarbeitnehmer betroffen seien, überzeugt indes nicht. Es verkennt, dass bei Arbeitsplätzen, die dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzt sind, ein vergleichbares Interesse an einer langfristigen und erfolgreichen Unternehmenspolitik besteht. Zudem erscheint die Entscheidung mit § 10 Abs. 2 S. 2 MitbestG unvereinbar, da hiernach ein Wahlrecht der Leiharbeitnehmer bei den Aufsichtsratswahlen besteht.<sup>33</sup> Es ist nicht nachvollziehbar, dass diese zwar im Wege der Mitbestimmung an den Wahlen mitwirken dürfen, gleichzeitig aber für die mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwerte unberücksichtigt bleiben sollen. Die Entscheidung des BGH über die in dieser Sache anhängige Rechtsbeschwerde liegt mittlerweile vor. Allerdings hat der BGH zu der hier streitgegenständlichen Frage nicht Stellung genommen, da nach einer zwischenzeitlichen Verschmelzung der Antragsgegnerin auf eine andere Gesellschaft das Statusverfahren bezüglich der verschmolzenen Gesellschaft erledigt sei.<sup>34</sup> Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre es wünschenswert gewesen, durch eine höchstrichterliche Entscheidung Klarheit zu erlangen. Da dies nicht erfolgte, verbleiben erhebliche Unsicherheiten für jene Unternehmen, die bei Außerachtlassung der Leiharbeitnehmer knapp an den mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwerten liegen.

## 2.6 Zum Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat bei wesentlichen Unternehmensentscheidungen

Das OLG Frankfurt hatte sich in seinem Urteil v. 1.10.2013 mit Anfechtungsklagen gegen die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat der Deutsche Börse AG im Zusammenhang mit deren gescheiterter Fusion mit der NYSE Euronext zu befassen. Nachdem das LG Frankfurt die Klagen in vollem Umfang abgewiesen hatte, verfolgten die Kläger ihre erstinstanzlichen Rechtsschutzziele in der Berufung weiter. Die Berufung hatte keinen Erfolg.<sup>35</sup>

### 2.6.1 Sachverhalt

Nachdem die Deutsche Börse AG zunächst auf Vorstandsebene mit der NYSE Euronext über das Fusionsvorhaben verhandelt hatte, informierte der Vorstandsvorsitzende zunächst nur den Aufsichtsratsvorsitzenden sowie einige ausgewählte Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseignerseite über die Gespräche. Der Aufsichtsrat wurde am 31.1.2011 für den 15.2.2011 eingeladen. Als Tagesordnungspunkt 3 war die strategische Weiterentwicklung der Gesellschaft, unter Hinweis, dass nach Präsentation und Erörterung eine Entscheidung zu treffen sei, benannt.

Am 9.2.2011 sickerten Informationen über den geplanten Börsenzusammenschluss an die Presse durch, woraufhin die Deutsche Börse AG eine Ad-hoc-Mitteilung veröffentlichte, in der sie fortgeschrittene Gespräche hinsichtlich des angestrebten Unternehmenszusammenschlusses bekannt gab. Am gleichen Tag wurden die Aufsichtsratsmitglieder informiert, insbesondere auch jene der Arbeitnehmerseite. Zudem fanden am 14.2.2011 Informationsveranstaltungen für die Aufsichtsratsmitglieder statt. In der Gesamtaufichtsratsitzung v. 15.2.2011 stimmte der Aufsichtsrat schließlich der geplanten Fusion zu. Letztendlich wurde der Zusammenschluss allerdings durch die Europäische Kommission wegen der Befürchtung des Entstehens einer marktbeherrschenden Stellung untersagt.

In der ordentlichen Hauptversammlung v. 16.5.2012 wurde sodann die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats beschlossen. Hiergegen richtete sich die in erster Instanz und auch in der Berufung erfolglose Klage. Die Kläger vertraten die Auffassung, dass dem Vorstand und Aufsichtsrat der Deutsche Börse AG die Entlastung nicht hätte erteilt werden dürfen, da sie im Zusammenhang mit der gescheiterten Fusion rechts- und pflichtwidrig gehandelt hätten.<sup>36</sup>

### 2.6.2 Aussagen des Gerichts

Das Gericht konnte sowohl in der Entlastung des Vorstands als auch in der Entlastung des Aufsichtsrats keine Rechtsverletzung erkennen.

#### 2.6.2.1 Entlastung des Vorstands

Das Gericht konnte keine Verletzung von Informationspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat im Vorfeld der Aufsichtsratsitzung v. 15.2.2011 erkennen. Ein Verstoß des Vorstands gegen seine ihm nach dem Gesetz obliegende Berichtspflicht, insbesondere nach § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AktG, wurde verneint. Hiernach hat der Vorstand dem Aufsichtsrat über Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können, Bericht zu erstatten. Im Rahmen von Unternehmenstransaktionen größeren Umfangs wird die hiernach bestehende anlassbezogene Berichtspflicht regelmäßig ausgelöst. Diese ist gemäß § 90 Abs. 2 Nr. 4 AktG so rechtzeitig zu erfüllen, dass der Aufsichtsrat vor Vornahme des Geschäfts Gelegenheit hat, zu ihm Stellung zu nehmen. Das Gericht kam vorliegend zu dem Ergebnis, dass die Berichterstattung in einer Weise erfolgte, die es dem Aufsichtsrat

32 Söhl ArbRAktuell 2014, 237.

33 Söhl ArbRAktuell 2014, 237.

34 BGH v. 27.1.2015 – II ZB 7/14, NZG 2015, 438.

35 OLG Frankfurt aM v. 1.10.2013 – 5 U 214/12, NZG 2014, 1017.

36 OLG Frankfurt aM v. 1.10.2013 – 5 U 214/12, NZG 2014, 1017.

## AUFSATZ

ermöglichte, sich noch vor Abschluss des dem Geschäft zugrunde liegenden Vertrags mit der Angelegenheit zu befassen und dem Vorhaben zuzustimmen, was als ausreichend erachtet wurde.<sup>37</sup>

Daneben sah das Gericht auch die Anforderungen von § 90 Abs. 4 S. 2 AktG gewahrt. Hiernach soll der Bericht möglichst rechtzeitig und „in der Regel“ in Textform erstattet werden. Aufgrund der im vorliegenden Fall gegebenen besonderen Vertraulichkeit der Einzelheiten des Vorhabens sowie der besonderen Aktualität wegen der noch bis zum Sitzungstag andauernden Verhandlungen sah das Gericht hier eine rechtzeitige Information als gegeben an. Durch die Informationsveranstaltungen wurde nach Ansicht des Gerichts ein zumindest gleichwertiges Informationsniveau erreicht, wie es durch eine textförmige Berichterstattung möglich gewesen wäre, weshalb diese hier entbehrlich war. Auch einen Verstoß gegen weitere, in § 90 Abs. 1 AktG vorgesehene Berichtspflichten sah das Gericht nicht. Insbesondere ergibt sich aus § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG keine über § 90 Abs. 1 Nr. 4 AktG hinausgehende oder früher zu erfüllende Berichtspflicht.<sup>38</sup>

### 2.6.2.2 Entlastung des Aufsichtsrats

Gegen den Beschluss über die Entlastung des Aufsichtsrats wendeten die Kläger eine fehlerhafte Einberufung der Aufsichtsratssitzung v. 15.2.2011 ein, aufgrund ungenauer Angabe des tatsächlichen Beschlussgegenstandes sowie einer nicht ausreichenden Information und Überlegungsfrist vor der Beschlussfassung des Aufsichtsrats. Demgegenüber konnte das Gericht keinen eindeutigen und schwerwiegenden Gesetzes- oder Satzungsverstoß erkennen, wie er als Voraussetzung für die Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses erforderlich ist. Insbesondere führte das Gericht aus, dass weder dem Gesetz noch der Satzung zu entnehmen war, wie genau die Beschlussgegenstände mitzuteilen sind. Da es vorliegend auch nachvollziehbare Bedenken hinsichtlich einer Offenlegung gab, konnte das Gericht in einem eventuellen Versäumnis keinen eindeutigen und schwerwiegenden Gesetzes- oder Satzungsverstoß erkennen.

Die Fristen waren nach Ansicht des Gerichts zwar kurz gewählt, im vorliegenden Fall aber vertretbar, da die Beschlussfassung nur die grundsätzliche Zustimmung zu dem geplanten Fusionsvorhaben betraf, nicht aber die Zustimmung zu einem konkreten Vertragswerk. Anhaltspunkte dafür, dass die Aufsichtsratsmitglieder die Bedeutung der Angelegenheit aufgrund einer mangelnden Information nicht übersehen konnten, sah das Gericht noch nicht einmal durch die Kläger hinreichend dargelegt, weshalb auch hierauf kein Verstoß begründet werden konnte. In diesem Zusammenhang hob das Gericht insbesondere auch hervor, dass keine gesetzliche Verpflichtung besteht, alle Aufsichtsratsmitglieder zeitgleich zu informieren.<sup>39</sup>

### 2.6.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Mit der Entscheidung hat das Gericht einen Beitrag zur genaueren Bestimmung der Informationspflichten geleistet.

Bei näherer Betrachtung macht die Entscheidung aber deutlich, dass die Frage der korrekten Erfüllung der Informationspflichten stark einzelfallabhängig ist. Für die alltägliche Praxis kann daher nur geraten werden, die Erfüllung der dem Vorstand obliegenden Informationspflichten stets im Einzelfall mit der nötigen Sorgfalt zu prüfen. Abschließend ist festzuhalten, dass das Gericht keine Aufweichung der Hürden für die Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen vorgenommen hat.

## 2.7 Zur Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats in Fällen der wirtschaftlichen Identität

Mit Urteil v. 22.1.2014 hat das OLG Saarbrücken entschieden, dass bei einem Rechtsgeschäft zwischen einer Aktiengesellschaft und einer anderen Gesellschaft, deren Gesellschafter und Geschäftsführer zugleich auch Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft ist, diese gemäß § 112 S. 1 AktG durch den Aufsichtsrat zu vertreten ist. Dies gilt auch dann, wenn das Vorstandsmitglied bei Abschluss des Rechtsgeschäfts gar nicht für die Aktiengesellschaft handelte, sondern diese durch andere Mitglieder des Vorstands vertreten wurde.<sup>40</sup>

### 2.7.1 Sachverhalt

Eine Aktiengesellschaft, deren Vorstandsmitglied der Beklagte war, hat Klage auf Feststellung erhoben, dass der Beklagte die ihm als Vorstandsmitglied gegenüber der Aktiengesellschaft obliegenden Pflichten durch Abschluss eines Beratervertrags verletzt habe. Der Beklagte war sowohl Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft als auch Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Beratungsgesellschaft. Die Klägerin wurde bei diesem Vertragsschluss durch zwei andere Vorstandsmitglieder vertreten. Die Beratungsgesellschaft wurde durch den Beklagten vertreten. Zuvor war im Vorstand der Klägerin ein Beschluss über den Vertragsabschluss gefasst worden, wobei sich der Beklagte der Stimme enthalten hatte. Eine Zustimmung des Aufsichtsrats war nicht eingeholt worden. Das LG gab der Klage statt, die anschließende Berufung vor dem OLG Saarbrücken hatte keinen Erfolg.<sup>41</sup>

### 2.7.2 Aussagen des Gerichts

Das OLG Saarbrücken kam zu dem Ergebnis, dass der Gesamtvorstand durch den Abschluss des Beratervertrags seine Pflichten nach §§ 82 Abs. 2, 93 Abs. 1 S. 1 AktG verletzt hat, weil der Beratervertrag durch zwei Vorstandsmitglieder und nicht gemäß § 112 S. 1 AktG durch den Aufsichtsrat abgeschlossen worden war.

Dabei hat das Gericht betont, dass § 112 S. 1 AktG grundsätzlich auch in den Fällen Anwendung zu finden hat, in denen ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft Alleingesellschafter und Geschäftsführer des Vertragspartners ist. Dies gelte selbst dann, wenn tatsächlich andere Vorstandsmitglieder für die Aktiengesellschaft handeln. Der Hintergrund liegt darin, dass die Vorschrift des § 112 S. 1 AktG auf die Vermeidung der abstrakten Gefahr eines Interessenkonflikts ausgerichtet ist. Begeht der Gesamtvorstand

<sup>37</sup> Rieger/Rothenfußer NZG 2014, 1012 (1013).

<sup>38</sup> Rieger/Rothenfußer NZG 2014, 1012 (1014).

<sup>39</sup> OLG Frankfurt aM v. 1.10.2013 – 5 U 214/12, NZG 2014, 1020.

<sup>40</sup> OLG Saarbrücken v. 22.1.2014 – 2 U 69/13, NZG 2014, 343 (die Revision wird beim BGH unter II ZR 63/14 geführt).

<sup>41</sup> OLG Saarbrücken v. 22.1.2014 – 2 U 69/13, NZG 2014, 343.

## REPORT

eine Kompetenzüberschreitung, so ist die Pflichtverletzung dem Vorstandsmitglied zuzurechnen, das von dem Interessenkonflikt betroffen ist. Dieses kann sich auch nicht dadurch von dem Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens entlasten, dass es bei einem unter Verstoß gegen die gesetzliche Kompetenzverteilung gefassten Beschluss von seinem Stimmrecht keinen Gebrauch machte, sondern sich enthielt. Vielmehr wäre es erforderlich gewesen, dass das Vorstandsmitglied aktiv auf die Beteiligung des Aufsichtsrats hinwirkt, um dessen Zuständigkeit zu wahren.<sup>42</sup>

Daneben hat das Gericht auch betont, dass ein Vorstandsmitglied, das nicht selbst über die nötigen Rechtskenntnisse verfügt, um beurteilen zu können, ob im konkreten Fall die Zuständigkeit auf den Aufsichtsrat übergegangen ist, fachkundigen Rechtsrat einzuholen hat. Ein Rechtsirrtum über den Übergang der Zuständigkeit auf den Aufsichtsrat aufgrund einer solchen Beratung kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn den beauftragten fachlich qualifizierten Berufsträgern der Interessenkonflikt mit Blick auf § 112 S. 1 AktG umfassend erläutert und die Auskunft nachfolgend auch auf Plausibilität geprüft wurde.<sup>43</sup>

### 2.7.3 Stellungnahme und Praxisfolgen

Mit der vorliegenden Entscheidung hat das OLG die Zuständigkeit des Aufsichtsrats zur Vertretung der Aktiengesellschaft bei Rechtsgeschäften, an denen ein Vorstandsmitglied beteiligt ist, gestärkt. Die Vertretungsbefugnis geht auch

dann auf den Aufsichtsrat über, wenn das betreffende Vorstandsmitglied die Aktiengesellschaft bei Vertragsabschluss nicht selbst vertritt. Für die praktische Tätigkeit des Aufsichtsrats ist darauf zu achten, dass im Anstellungsvertrag mit den Vorstandsmitgliedern eine Verpflichtung dahingehend aufgenommen wird, dass jeglicher maßgeblicher Einfluss auf andere Gesellschaften offenzulegen ist. Auch hat der Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte sämtliche Rechtsgeschäfte mit Gesellschaften zu umfassen, auf die ein Vorstandsmitglied maßgeblichen Einfluss hat. Kritisch zu sehen ist die Aussage des Gerichts dahingehend, dass ein Vorstandsmitglied unter Außerachtlassung seiner juristischen Kenntnisse eingeholten Rechtsrat auf Plausibilität prüfen muss. In letzter Konsequenz bedeutet dies, dass bei komplexen Sachverhalten eine Zweitmeinung einzuholen sein dürfte.

### 3. Zusammenfassung und Ausblick

Das Jahr 2014 brachte einen abermaligen Versuch des Gesetzgebers mit sich, eine Reformierung des AktG voranzutreiben, welcher schließlich Anfang des Jahres in einen konkreten Gesetzesentwurf mündete. Jedenfalls die kontrovers diskutierte Frauenquote wurde durch den Gesetzgeber zwischenzeitlich verabschiedet. Die feste Geschlechterquote von 30 % gilt jedoch nur für Gesellschaften, die börsennotiert und zugleich paritätisch mitbestimmt sind.

In der Rechtsprechung waren zwar einige für die Tätigkeit der Aufsichtsräte gewichtige Entscheidungen zu verzeichnen, bahnbrechende Entscheidungen waren indes nicht darunter. Im Wesentlichen führte dies zu einer Schärfung der Konturen der bisherigen Entscheidungspraxis, was für die Praxis ebenfalls hilfreich ist.

<sup>42</sup> *Schuhknecht* GWR 2014, 150.

<sup>43</sup> OLG Saarbrücken v. 22.1.2014 – 2 U 69/13, NZG 2014, 343 (344 f.).

## Impressum

---

**Redaktion:** Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München. Telefon: (089) 3 81 89-334, Telefax: (089) 3 81 89-468. E-Mail: [dstr@beck.de](mailto:dstr@beck.de). Verantwortlich für den Textteil: Steuerberater Dr. Christian Korn, LL.M. Redaktion: Dipl.-Kfm. und Rechtsanwalt Alexander Wenzel (Stv.), Ass. iur. Verena Christmann, Ass. iur. Michaela Kreißl, Ass. iur. Sabine Leistner, Ass. iur. Vanessa Pelkmann, Rechtsanwalt Bernd Riegel. Redaktionssekretariat: Gabriele Eggert, Andrea Hesse, Eva Hohmann, Annette Nolden. Verantwortlich für den berufsrechtlichen Teil: Steuerberater/Wirtschaftsprüfer/Rechtsanwalt Dr. Raoul Riedlinger, Kartäuserstr. 61a, 79104 Freiburg.

**Anzeigenabteilung:** Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München. Media-Beratung: Telefon (089) 3 81 89-687, Telefax (089) 3 81 89-589.

Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: Telefon (089) 3 81 89-598, Telefax (089) 3 81 89-599, E-Mail [anzeigen@beck.de](mailto:anzeigen@beck.de)

Anzeigenpreise: Zurzeit gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 43. Anzeigenschluss: Ca. 9 Tage vor Erscheinen. Verantwortlich für den Anzeigenteil: *Bertram Götz*.

**Verlag:** Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München, Telefon: (089) 3 81 89-0, Telefax: (089) 3 81 89-398, Postbank München: Nr. 6 229-802, BLZ 700 100 80.

**Manuskripte:** Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag C.H.BECK

an seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schrifteleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

**Erscheinungsweise:** Wöchentlich an jedem Freitag.

**Bezugspreis 2015:** DStR incl. Online-Fachdienst und Beck SteuerDirekt (Online-Datenbank). Halbjährlich € 192,50 (darin € 16,54 MwSt.); Vorzugspreis für Mitglieder der dem Rahmenabkommen über Herausgabe und Bezug des Organs beigetrete-

nen Steuerberaterkammern und für Steuerberater in Ausbildung (gegen Nachweis) halbjährlich € 152,50 (darin € 13,10 MwSt.); Vorzugspreis für Studenten (fachbezogener Studiengang) und Referendare (gegen Nachweis) halbjährlich € 53,50 (darin € 4,60 MwSt.; dieser Preis berechtigt nicht zur Netzwerknutzung der Datenbank). Einzelheft € 9,- (darin € -,59 MwSt.). Die Nutzung der Datenbank Beck SteuerDirekt entfällt mit Beendigung des Abonnements. Im Bezugspreis enthalten ist der als Beilage erscheinende DStR-Entscheidungsdienst (DStRE). Die Rechnungstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

Jahrestitelei und -register sind nur noch mit dem jeweiligen Heft lieferbar.

**Versandkosten jeweils zuzüglich.** Bestellungen nehmen entgegen: jede Buchhandlung und der Verlag. Abbestellungen zum Halbjahresende mit Sechswochenfrist.

**KundenServiceCenter:**

Telefon: (089) 3 81 89-750, Telefax: (089) 3 81 89-358. E-Mail: [bestellung@beck.de](mailto:bestellung@beck.de).

**Adressenänderungen:** Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an. Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienste-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

**Gesamtherstellung:** Druckerei C.H.BECK (Adresse wie Verlag). Lieferanschrift: Versand und Warenannahme, Bergerstr. 3-5, 86720 Nördlingen.