

Pflichten des Aufsichtsrats zur Überwachung des Vorstands Haftungsvermeidung von Aufsichtsratsmitgliedern?

RA Dr. Jan F. Reese/Dipl.-Jur. Anne-Gwendolin Geismar, EHLER ERMER & PARTNER, Flensburg

Die Börsenkurse sind instabil. Die Euro-Zone ist auf dem Weg in eine Transferunion. Jedenfalls stehen nach Herabstufung der Kreditwürdigkeit von Griechenland, Spanien, Portugal und Irland gewaltige Veränderungen in Europa an. Die wirtschaftlichen Folgen sind noch nicht absehbar. Traditionsreiche Unternehmen befürchten ernsthafte Konsequenzen. In dieser Situation ist es für Aufsichtsräte wichtiger denn je, um die Verantwortung des Mandats und die Pflicht zur Überprüfung des Vorstands zu wissen. Denn nicht nur in der Krise der Gesellschaft, sondern vor allem auch im Bereich riskanter Kreditgeschäfte sowie risikoreicher Transaktionen besteht für Aufsichtsräte die Gefahr, sich bei Fehlverhalten des Vorstands Schadensersatzansprüchen aussetzen.

I. Einleitung

„Wenn der Vorstand eines Unternehmens gut ist, ist der Aufsichtsrat arbeitslos. Ist der Vorstand schlecht, ist der Aufsichtsrat hilflos.“ – so ein beliebtes Zitat von *Joaachim Pöppel*, einem ehemaligen Vorstandsmitglied der Heidelberger Druckmaschinen AG.

Viele Aufsichtsratsmitglieder sehen den Ruhm und die Ehre ihres Mandats in guten Zeiten, nicht aber dessen Gefahren in schlechten Zeiten. Von diesen Gefahren waren auch die Mitglieder des (fakultativen) Aufsichtsrats der Stadtwerke Doberlug-Kirchhain-GmbH betroffen. In diesem vom BGH zu entscheidenden Fall war von dem Insolvenzverwalter ein Ersatzanspruch mit der Begründung geltend gemacht worden, die Aufsichtsratsmitglieder hätten es pflichtwidrig und schuldhaft zugelassen, dass der Geschäftsführer nach Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft noch „Zahlungen“ bewirkt habe. Ob ein Überwachungsverschulden des fakultativen Aufsichtsrats tatsächlich vorlag, konnte der BGH in seiner Entscheidung vom 20.9.2010 letztlich deshalb offen lassen, da der Gesellschaft kein Schaden entstanden war (BGH v. 20.9.2010 – II ZR 78/09, NJW 2011, 221 ff.). Dies wäre bei einem fakultativen Aufsichtsrat notwendig gewesen.

Der BGH stellte jedoch fest, dass ein Aufsichtsrat, der erkannt hat oder erkennen müsste, dass die Gesellschaft insolvenzreif ist und der Anhaltspunkte hat, dass der Vorstand verbotswidrige Zahlungen leisten könnte, eine besondere Überwachungspflicht hat. Solch ein Anhaltspunkt bestünde etwa dann, wenn die Gesellschaft Arbeitnehmer beschäftige und die Gesellschaft nach Insolvenzreife fortführe. Denn dann liege es nahe, dass

der Arbeitgeber zumindest durch Lohnzahlungen verbotswidrige Zahlungen leisten werde. Um einer Haftungssituation zu entgehen, kommt es darauf an, wann ein Kennenmüssen der Insolvenzreife beim Aufsichtsrat vorliegt (vgl. dazu auch *Kiefner/Langen*, NJW 2011, 192 [194]).

Damit reiht sich die Entscheidung in eine Vielzahl von Urteilen ein, in denen die Intensität der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen eines Aufsichtsrats für den konkreten Einzelfall zu bestimmen und im Tenor der jeweiligen besonderen Lage des Unternehmens Rechnung zu tragen war (s. auch BGH v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, DB 2009, 948 ff.; OLG Karlsruhe v. 4.9.2008 – 4 U 26/06, AG 2008, 900 ff.; OLG Brandenburg v. 17.2.2009 – 6 U 102/07, ZIP 2009, 866 [869]; LG Düsseldorf v. 7.7.1989 – 32 O 39/89, AG 1991, 70 [71]).

Dabei geraten nicht nur solche Aufsichtsratsmitglieder ins Blickfeld der Rechtsprechung, die den Vorstand eines Konzerns überwachen. Auch wenn sie nur ein Nebenamt bekleiden, müssen sie professionelle Sorgfalt walten lassen, wie etwa als Aufsichtsrat einer kleinen Privatbrauerei. (OLG Hamm, BeckRS 2008, 6654; vgl. auch *Fleischer*, NJW 2009, 2337 [2340]).

II. Umfang der Überwachungspflicht

Aus dem Gesetz ergeben sich keine ausführlichen und einzelfallbezogenen geschriebenen „Grundsätze ordnungsmäßiger Überwachung“ (*Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl. [1996], S. 53 f.). Die Kompetenzen und Aufgaben eines Aufsichtsrats richten sich lediglich nach spärlichen gesetzlichen Vorschriften. So bestimmt beispielsweise § 111 Abs. 1 AktG als Kernvorschrift der Aufsichtsratsarbeit die Pflicht, *die Geschäftsführung* einer Aktiengesellschaft zu überwachen. Die Leitungsmacht des Vorstands nach § 76 AktG unterliegt damit der Überwachung durch den Aufsichtsrat. Reichweite, Inhalt und Kriterien der erforderlichen Überwachungspflicht bleiben dagegen der Ausgestaltung durch die Rechtsprechung vorbehalten.

1. Wortlaut des § 111 AktG

Die konkrete Überwachungspflicht könnte sich bereits dem Wortlaut des § 111 Abs. 1 AktG nach festsetzen lassen. Grundsätzlich erfasst der Begriff der Geschäftsführung sämtliche tatsächlichen und rechtsgeschäftlichen, gewöhnlichen und außergewöhnlichen Handlungen, die auf die Verwirklichung des Gesellschafts-

zwecks gerichtet sind (*Hopt* in Baumbach/*Hopt*, HGB, 34. Aufl. [2010], § 114 Rz. 2). Die Überwachung einer derart bestimmten Geschäftsführung würde jedoch selbst bei einer Beschränkung auf die Tätigkeit des Vorstands zu einer Überspannung der Anforderungen führen. Dem Aufsichtsrat wären unerfüllbare Kontrollpflichten aufgebürdet (s. *Hopt/Roth*, in: *Hopt/Wiedemann*, Großkomm/AktG, 4. Aufl., [2006], § 111 Rz. 159). Tendenziell besteht daher ein Bedürfnis, den Begriff der „Geschäftsführung“ i.S.d. § 77 Abs. 1 Satz 1 AktG mit der „Leitung der Gesellschaft“ gem. § 76 Abs. 1 AktG gleichzusetzen (*Hüffer*, AktG, 9. Aufl., [2010], § 111 Rz. 3; *Pentz* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 1. Aufl., [2006], § 16 Rz. 32; *Geßler* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG, § 111 Rz. 12). Dies erscheint auch insoweit möglich, als die Leitungsbefugnis des Vorstands der Kompetenzabgrenzung zum Überwachungsorgan und zur Hauptversammlung dient. Die Konzentration der *Überwachungspflicht* auf die Leitung als einem besonders herausgehobenen Teil der Geschäftsführung schließt ein darüber hinausgehendes *Kontrollrecht* des Aufsichtsrats nicht aus (*Hopt/Roth*, in: *Hopt/Wiedemann*, Großkomm/AktG, § 111 Rz. 161). Hinsichtlich der Intensität der bestehenden Überwachungspflicht im Einzelnen lässt der Wortlaut des § 111 Abs. 1 AktG jedoch keine näheren Schlüsse zu.

2. Historisch-teleologische Auslegung

Aus der historisch-teleologischen Betrachtung lassen sich weitere Anhaltspunkte für die Konkretisierung der Aufgaben des Aufsichtsrats gewinnen.

a) Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch

Dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB), dem Vorgänger des heutigen Handelsgesetzbuches, ging der „Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten“ von 1856 voraus, welcher bereits für die „stille Handelsgesellschaft auf Aktien“, der späteren „Kommanditgesellschaft auf Aktien“, einen „Verwaltungsrath von mindestens fünf Mitgliedern aus der Zahl der stillen Gesellschafter durch Wahl derselben“ (Art. 165 Abs. 1 ADHGB) vorsah. Dessen beide Hauptaufgaben bestanden in der Überwachung „der Geschäftsführung in allen Zweigen ihrer Verwaltung“ und der Rechnungsprüfung (Art. 169 Abs. 1 ADHGB).

Gründe für die zwingende Einführung eines sog. Verwaltungsrats wurden nach Wegfall des staatlichen Konzessionserfordernisses zum einen in der Interessen- und Befugnisdurchsetzung der stillen Gesellschafter gegenüber den offenen Gesellschaftern gesehen, und zum anderen in der Missbrauchskontrolle (vgl. *Lieder*, Der Aufsichtsrat in Wandel der Zeit, 2006, S. 66 ff.).

Im Rahmen der Beratungen zum Gesetzesentwurf des ADHGB wurde im Folgenden vorgeschlagen, „dem geschäftsführenden Vorstand einen [...] „Gesellschaftsausschuss“ zur Seite zu stellen, der die Geschäftsführung überwachen, diese außerhalb laufender Geschäfte vertreten sowie allgemeine und besondere Anweisungen an die Geschäftsleitung erteilen sollte“ (*Lieder*, S. 72 [Fn 39], m.w.N.). Mit Art. 225 ADHGB wurde der aktienrechtliche Aufsichtsrat schließlich erstmals als Überwachungsorgan der Aktiengesellschaft erwähnt: „Ist der Aufsichtsrath bestellt, so überwacht derselbe die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung.“ (*Lieder*, S. 82).

In Erfüllung dieser Pflichten konnte sich der Aufsichtsrat über die Gesellschaftsangelegenheiten unterrichten lassen, in Bücher und Schriften derselben jederzeit einsehen und den Bestand der Gesellschaftskasse untersuchen. Daneben bestanden Pflichten in Form einer Prüfung von Jahresrechnungen, Bilanzen und Vorschlägen zur Gewinnverteilung. Darüber hinaus hatte er alljährlich der Generalversammlung der Aktionäre Bericht zu erstatten und eine solche einzuberufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich war.

b) Aktiengesetz

Im Rahmen eines Entwurfs eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz wurde auch in der Folgezeit versucht, die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats kontinuierlich auszuweiten.

Durch die Änderung des Aktiengesellschaftsrechts im Jahr 1937 hatte der Aufsichtsrat nunmehr nur noch „die Geschäftsführung zu überwachen“ (§ 95 Abs. 1 AktG 1937). Einig war sich der Reformgesetzgeber darin, dass sich die erforderliche Aufsichtspflicht am Charakter der zu überwachenden Aktiengesellschaft zu orientieren hatte, somit an Größe, Struktur, Lage und allen übrigen Verhältnissen. Als erforderlich wurde jedoch nicht angesehen, dass der Aufsichtsrat jede noch so unbedeutende Einzelmaßnahme zu kontrollieren hatte oder sich die Überwachungsaufgabe auf Detailprüfungen erstrecken musste. Geltende Auffassung war vielmehr, dass der Aufsichtsrat seiner Überwachungspflicht genüge, wenn er sich mit den erstatteten Vorstandsberichten auseinandersetzte, die bedeutendsten Maßnahmen der Geschäftsführung mit dem Vorstand beriet sowie den Jahresabschluss unter Berücksichtigung der Prüfberichte des Abschlussprüfers überwachte (*Lieder*, S. 389; *Gadow/Heinichen*, Großkomm/AktG, § 95 Anm. 2; *Schlegelberger/Quassowski*, Aktiengesetz vom 30.1.1937, Berlin 1937, § 95 Anm. 6; ähnlich auch *Teichmann/Koehler*, AktG, 3. Aufl. [1950], § 95 Rz. 2 b).

c) Abgestufte Überwachungspflicht

Eben diese Auffassung gilt heute in Form der Annahme einer sog. abgestuften Überwachungspflicht fort. Hier-

nach muss der Aufsichtsrat die Intensität seiner Überwachung der Lage der Gesellschaft anpassen und in Erfüllung dieser Aufgabe stets über hinreichende Informationen über die Gesellschaft verfügen (*Habersack* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl., [2008], § 111 Rz. 44; *Mertens* in KölnKomm/AktG, 2. Aufl., [1996], § 111 Rz. 20; *Hüffer*, AktG, § 111 Rz. 7; *Hopt/Roth* in Hopt/Wiedemann, Großkomm/AktG, § 111 Rz. 310 f.; *Spindler* in Spindler/Stilz, AktG, 1. Aufl., [2007], § 111 Rz. 25 f.; OLG Hamburg v. 12.1.2001 – 11 U 162/00, DB 2001, 583 [584]).

Insbesondere gehört hierzu, dass der Aufsichtsrat neben dem Jahres- und dem Konzernabschlussbericht samt Lageberichten die Regelberichte des Vorstands nach § 90 Abs. 1 AktG prüft und mit selbigem erörtert (*Habersack* in MünchKomm/AktG, § 111 Rz. 44). Verschlechtert sich die Lage des Unternehmens, wird es als Pflicht des Aufsichtsrates angesehen, seine Tätigkeit zu intensivieren (s. OLG Hamburg v. 12.1.2001 – 11 U 162/00, DB 2001, 583 [584], „Intensivierung der Berichtspflicht“). Zumindest bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Gesellschaft hat der Aufsichtsrat über alle außergewöhnlichen oder problematischen Vorkommnisse eingehend zu berichten (OLG Stuttgart v. 15.3.2006 – 20 U 251/05, ZIP 2006, 75 [759]; zu den möglicherweise zu treffenden Prüfungsmaßnahmen s.a. LG Bielefeld v. 16.11.1999 – 15 O 91/98, ZIP 2000, 20 [23 f.]).

d) Normal- und Sonderlage

Modellhaft wurde auch teils zwischen begleitender, unterstützender und gestaltender Überwachung je nach Risikosituation unterschieden (*Henze*, BB 2000, 209 [214]; ähnlich auch *Semler*, S. 87 f.). Praxismäher dürfte es allerdings sein, von Normal- und Sonderlagen der Gesellschaft zu sprechen und davon auszugehen, dass der Aufsichtsrat seine Tätigkeit intensivieren muss, wann immer ein Verdacht besteht, dass sich eine Normallage in einer Sonderlage umwandeln könnte (so auch *Habersack* in MünchKomm/AktG, § 111 Rz. 46; *Harnacke/Jorde*, BB 1999, 489 [490]).

e) Überwachungspflicht für nachgeordnete Ebenen?

Immer noch umstritten ist darüber hinaus die Frage, ob der Aufsichtsrat neben dem Vorstand auch die nachgeordneten Ebenen zu überwachen hat, soweit diese Geschäftsführungsaufgaben wahrnehmen (s. hierzu *Hopt/Roth* in Hopt/Wiedemann, Großkomm/AktG, § 111 Rz. 251 ff. sowie *Mertens* in KölnKomm/AktG, § 111 Rz. 21). Teils wird die Kontrolle auch von Angestellten insbesondere vor dem Hintergrund der heutigen modernen Unternehmensorganisation als zulässig angesehen (*Hüffer*, AktG, § 111 Rz. 3; s.a. BGH, NJW 1979, 1879 (1881 f.); a.A. *Habersack* in MünchKomm/AktG, § 111 Rz. 21, 25). Gestützt wird diese Ansicht sowohl durch den Wortlaut des § 111 AktG als auch historisch.

Bereits während der Geltung des ADHGB 1884 ging die vorherrschende Meinung dahin, dass bei einer Geschäftsführung durch Angestellte auch die Angestellten zu überwachen seien. Aber auch wenn keine unmittelbare Berichtserstattungspflicht von Angestellten gegenüber dem Aufsichtsrat anzunehmen ist, besteht eine mittelbare Berichtspflicht über den die jeweilige Aufgabe delegierenden Vorstand (*Mertens* in KölnKomm/AktG, § 111 Rz. 21).

3. Systematische Auslegung

Eine weitere Eingrenzung der Aufgaben des Aufsichtsrats kann innerhalb der abgestuften Überwachungspflicht aus der Systematik des Aktiengesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Differenzierung zwischen der Leitungsverantwortung des Vorstands und der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats gezogen werden (vgl. *Oetker* in ErfKomm-ArbR, 11. Aufl. [2011], § 111 AktG Rz. 7; *Hüffer*, AktG, § 111 Rz. 1; *Habersack* in MünchKomm/AktG, § 111 Rz. 18). Diese Differenzierung hat ihre Wurzeln bereits in § 95 AktG 1937, welcher dem heutigen § 111 AktG entspricht.

Im Verhältnis der Gesellschaftsorgane zueinander nimmt – neben § 119 Abs. 2 AktG – insbesondere § 76 Abs. 1 AktG eine Kompetenzzuweisung vor. Dieses Leitungsmonopol des Vorstands spiegelt sich jedoch auch in anderen Vorschriften wider. Daher ist vom Aufsichtsrat nicht nur allgemein, sondern auch in Sonderlagen das Geschäftsführungsverbot nach § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG zu beachten (*Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG, § 76 Rz. 7). Anders als noch der dem Aufsichtsrat historisch vorangegangene Verwaltungsrath ist der Aufsichtsrat damit auch nicht in bestimmten Bereichen oder Situationen zur Geschäftsführung befugt.

Relativiert wird dieser Grundsatz durch die Möglichkeit der Einführung von Zustimmungsvorbehalten gem. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG. Zweck des Vetorechts des Aufsichtsrats ist einerseits, dem Aufsichtsrat die präventive Überwachung der Geschäftsführung zu erleichtern (vgl. BGH v. 11.12.2006 – II ZR 243/05, AG 2007, 167 [168]), andererseits aber auch anhand eines „Mindestkatalogs zustimmungsbedürftiger Geschäfte“ (*Habersack* in MünchKomm/AktG, § 111 Rz. 102). Einfluss auf Maßnahmen des Vorstands und dessen Geschäftsführung zu ermöglichen (*Hüffer*, AktG, § 111 Rz. 16; *Habersack* in MünchKomm/AktG, § 111 Rz. 96).

Zustimmungspflichtig sind demnach „Geschäfte von grundlegender Bedeutung“, welche jedenfalls bei grundlegender Veränderung der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage gegeben sein sollen. Es ist Aufgabe des Aufsichtsrats, nach pflichtgemäßem Ermessen die grundlegenden Geschäfte unternehmensbezogen zu konkretisieren und regelmäßig zu überprüfen, ob eine

sachgerechte Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe eine Fortschreibung des Katalogs erfordert (*Hüffer*, AktG, § 111 Rz. 17; *Hüffer*, NZG 2007, 47 (52 f.); *Lieder*, DB 2004, 2251 [2252 f.]; *Säcker/Rehm*, DB 2008, 2814 [2816 f.]). Gerade die Konkretisierung dieser Kataloge schafft eine Organisation, die eine Haftung des Aufsichtsrats begrenzt, indem grundsätzlich klar definiert ist, wann eine Überwachung wie stattzufinden hat. Bei Versäumnissen an dieser Stelle kann bereits ein Organisationsverschulden vorliegen.

Im Extremfall kann die Befugnis des Aufsichtsrats zur Begründung von Zustimmungsvorbehalten auch durch Ermessenschrumpfung in eine Verpflichtung umschlagen, die Vorstandstätigkeit an seine Zustimmung zu binden. Dies kann vereinzelt dann der Fall sein, „wenn schlechthin und eindeutig unvertretbares Vorstandshandeln zu befürchten ist“ (*Hüffer*, AktG, § 111 Rz. 17; s. auch BGH v. 15.11.1993 – II ZR 235/92, NJW 1994, 520).

Insgesamt ist jedoch davon auszugehen, dass der Aufsichtsrat seinen Überwachungspflichten nachkommt, wenn er aufmerksam die jeweilige wirtschaftliche Lage des Unternehmens beobachtet und insbesondere den Vorstand zur kontinuierlichen Berichterstattung anhält. Auch Buch- und Kassenprüfungen sind in regelmäßigen Abständen vorzunehmen. Über die Einführung von Zustimmungsvorbehalten (ggf. durch Satzung) und die gewissenhafte Ausübung der Personalhoheit gem. § 84 AktG können Mitglieder eines aktiengesellschaftlichen Aufsichtsrats zudem der Gefahr entgehen, sich im Fall von Verfehlungen durch die Geschäftsleitung gem. §§ 116 i.V.m. 93 AktG schadensersatzpflichtig zu machen.

III. Besondere Problemkreise im Bereich der Aufsichtsratsarbeit

1. Überprüfung von Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit

Um die Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung des Vorstands überprüfen zu können, sollte der Aufsichtsrat in regelmäßigen Abständen notwendige Informationen einholen. Dies geschieht insbesondere durch eine turnusmäßige, d.h. grundsätzlich mindestens kalenderhalbjährliche Teilhabe an der Unternehmensplanung (§ 110 Abs. 3 AktG). Hinsichtlich der Einberufungsfrist ist ein angemessener Zeitraum zwischen Einberufung und Sitzung zu veranschlagen (*Habersack* in MünchKomm/AktG, § 110 Rz. 16). Je nach Eilbedürftigkeit kann die Frist zwischen ein paar Tagen bis hin zu mehr als zwei Wochen betragen.

Zu beachten ist, dass die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats zwar mit Berichts- und Informationspflichten des Vorstands einhergeht. Überwachungspflichten stellen aber stets eine „Holschuld“ des Auf-

sichtsrats dar, so dass sich dieser nicht mit mangelnder Informationsversorgung durch den Vorstand entschuldigen kann (*Zattler*, GWR 2009, 285 f.).

Befindet sich das Unternehmen in einer kritischen Situation, reicht eine halbjährliche Aufsichtsratssitzung nicht mehr aus. Gefordert wird eine deutlich zeitintensivere Abstimmung (*Zattler*, GWR 2009, 285 f.). Bei besonders kritischen Situationen dürfte sich eine Ablehnung an die Rechtsprechung zur unverzüglichen Insolvenzantragspflicht empfehlen. Hiernach kann im Ausnahmefall eine Aufsichtsratssitzung sogar im zwei bis drei Wochen-Turnus erforderlich sein, wobei sich in kürzeren Abständen etwa Video- oder Telefonkonferenzen anbieten könnten.

Eine besonders kritische Situation muss aber nicht immer nur in einer Krise der Gesellschaft gegeben sein. Auch bei M&A-Transaktionen oder bei bezogen auf die jeweilige Gesellschaft größeren Kreditentscheidungen ist Vorsicht geboten. Sogar der nur fakultative Aufsichtsrat verletzt seine organschaftlichen Pflichten, wenn er ohne ausreichende Informationen eine darauf aufbauende Chancen- und Risikoabschätzung trifft und damit eine nachteilige Investitionsentscheidung befürwortet (LG Frankfurt/M. v. 22.4.2006 – 3-4 O 68/06, NZG 2007, 197; *Fleischer*, NJW 2009, 2337 [2341]).

Parallel zum Vorstand muss der Aufsichtsrat die Risikostruktur und Wirkungsweise von besonders hohen Risiken wenigstens in Grundzügen nachvollzogen haben. Gerade bei fakultativen Aufsichtsräten stoßen die nebenamtlichen Entscheidungsträger jedoch oft an ihre Grenzen, wenn sie beispielsweise komplizierte Verbriefungstechniken verstehen sollen. Hier kann abhängig von den besonderen Gegebenheiten des Unternehmens und der Größe des Aufsichtsrats die Bildung von etwa fachlich qualifizierten Kreditausschüssen oder die Einholung externen Sachverständigen helfen.

2. Vorbeugende Überwachung des Vorstands

Erscheint die wirtschaftliche Lage angespannt, sollte der Aufsichtsrat bestimmen, dass gewisse risikobehaftete Geschäfte nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG). Eine solche Lage besteht insbesondere in den Fällen der gesetzes- bzw. satzungswidrigen Geschäftsführungsmaßnahme, aber auch bei Maßnahmen, mit denen der Vorstand sein unternehmerisches Ermessen zu Lasten der Gesellschaft überschreitet oder die dauerhafte Rentabilität der Gesellschaft zu gefährden droht (s. *Habersack* in MünchKomm/AktG, § 111 Rz. 115, Fn 4–6). In diesem Zusammenhang ist es wie bereits erwähnt auch aus Haftungsgründen ratsam, bereits im Vorfeld eventuell auftretender Schwierigkeiten einen Katalog von zustimmungspflichtigen Geschäften und Maßnahmen festzulegen. Möglich ist jedoch auch die Begründung eines

sog. ad hoc-Vorbehalts, d.h. die Begründung eines Zustimmungsvorbehalts für ein bestimmtes Einzelgeschäft noch innerhalb einer Sitzung (BGH v. 15.11.1993 – II ZR 235/92, NJW 1994, 520 [524]; LG Bielefeld v. 16.11.1999 – 15 O 91/98, ZIP 2000, 20 [25]; Hüffer, AktG, § 111 Rz. 18; Habersack in MünchKomm/AktG, § 111 Rz. 115, m.w.N.).

3. Berichtspflicht an die Hauptversammlung

Der Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung über Art und Umfang seiner Prüfung der Geschäftsführung gem. § 171 Abs. 2 AktG muss bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Gesellschaft oder bei risikoträchtigen, wegweisenden Entscheidungen die Schwerpunkte und zentralen Fragestellungen der Überwachungs- und Beratungstätigkeit im maßgeblichen Geschäftsjahr enthalten (Vetter, ZIP 2006, 257 [258, 262]; Maser/Bäumker, AG 2005, 906 [908 f.]; Kropff in MünchKomm/AktG, § 171 Rz. 154 f.). Mit der intensivierten Überwachungs- und Beratungspflicht gem. der §§ 90, 111 AktG korrespondiert – unabhängig von der individuellen Größe des Unternehmens (so auch Maser/Bäumker, AG 2005, 906 [908]) – eine Intensivierung der Berichtserstattungspflicht des Aufsichtsrats (OLG Stuttgart v. 15.3.2006 – 20 U 25/05, BB 2006, 1019 ff.).

Ist beispielsweise der Fortbestand einer Gesellschaft aufgrund angespannter Liquidität bedroht, kann gegen Mitglieder des Aufsichtsrats Strafanzeige erhoben werden, wenn sie in der Zeit vor Zahlungsunfähigkeit unrichtige Angaben über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft gemacht haben. Das OLG Stuttgart (OLG Stuttgart v. 15.3.2006 – 20 U 25/05, a.a.O.) entschied in einem solchen Fall, dass der Aufsichtsrat bei auftretenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten seinen Aktionären über alle außergewöhnlichen oder problematischen Vorkommnisse eingehend zu berichten habe. Als Gegenstand der Berichtserstattung nannte er außergewöhnliche Prüfungsmaßnahmen wie etwa

- Anforderungsberichte nach § 90 Abs. 3 AktG,
- Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände nach § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG,
- Abberufung und Bestellung von Vorstandsmitgliedern oder die Begründung von Zustimmungsvorbehalten.

Kommt der Aufsichtsrat diesen Prämissen nicht nach, ist eine substantiierte Darlegung für die bewusste Nichtausübung dieser Befugnisse erforderlich. Das Argument, der Aufsichtsrat habe sich in Kenntnis seiner gesetzlichen Befugnisse bewusst gegen besondere Überwachungsmaßnahmen entschieden, um den Vorstand nicht mit erforderlichen zusätzlichen Anforderungen zu traktieren, sondern konstruktiv mit diesem zu-

sammenzuarbeiten, findet keinen gesetzlichen Rückhalt.

Insgesamt ist eine Entwicklung zu beobachten, nach welcher tendenziell höhere Anforderungen an die Überwachungs- und Berichtspflicht als früher gestellt werden (s. dafür nur: LG München v. 10.3.2005 – 5HK O 18110/04, AG 2005, 408 f.; LG Berlin v. 13.12.2004 – 101 O 124/04, DB 2005, 1320 f.). Teilweise (LG München, AG 2005, 408 f.) werden sogar standardisierte und formelhafte Berichtserstattungen in wirtschaftlich gesunden Zeiten als nicht ausreichend angesehen, um dem immanenten Risiko einer Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses zu entgehen. Es wird abzuwarten sein, ob die Rechtsprechung die an die Berichtserstattung zu stellenden Anforderungen derartig konkretisiert, dass sie Allgemeingültigkeit erlangen.

Gerade in allgemein wirtschaftlich angespannten Zeiten sollte hier zur eigenen Entlastung eher nach dem Vorstandsprinzip gehandelt werden.

4. Anpassung der Vorstandsvergütung gem. § 87 Abs. 2 AktG

Verschlechtert sich die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft, kann dies eine Kürzung der Vorstandsgehälter rechtfertigen, wenn eine ungekürzte Weitergewährung der Bezüge „unbillig“ erscheint (so auch Keiser, RdA 2010, 280 [281]).

Eine bloße Verschlechterung liegt nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/12278, 6) beispielsweise schon dann vor, wenn sich die Gesellschaft zwar nicht notwendig in einer unmittelbaren Krise oder Insolvenz befindet, aber Entlassungen und Lohnkürzungen erforderlich erscheinen und keine Gewinne mehr ausgeschüttet werden. Mit Spannung darf abgewartet werden, inwieweit dem in der Praxis momentan angemessenen nachgekommen wird.

Die Weiterzahlung erscheint nicht nur dann „unbillig“, wenn der Vorstand pflichtwidrig gehandelt hat, sondern auch, wenn ihm kein pflichtwidriges Verhalten vorzuwerfen ist, die Verschlechterung der Lage der Gesellschaft jedoch in die Zeit seiner Vorstandsverantwortung fällt und ihm zurechenbar ist (s. BT-Drucks. 16/12278, 6). Die Herabsetzung der Bezüge hat auf ein angemessenes Niveau gem. § 87 Abs. 1 AktG zu erfolgen und umfasst neben Ansprüchen aus Auszahlung der Restlaufzeit des Vertrages im Fall der Entlassung auch Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art. Damit ist ein effektives Instrument geschaffen, um Konjunkturfaluten entgegenzuwirken.

Bei einer Sorgfaltspflichtverletzung wegen Nichtherabsetzung überhöhter Vorstandsbezüge wird das Verschulden der Aufsichtsratsmitglieder gem. der §§ 116, 93 Abs. 2 AktG vermutet. Hiernach haftet jedes Aufsichts-

ratsmitglied für einen schuldhaften Verstoß höhenmäßig unbegrenzt (*Hüffer*, AktG, § 87 Rz. 8, § 116 Rz. 10).

5. Entlassung von Vorstandsmitgliedern

Hat die Mehrheit der Aktionäre einem Vorstandsmitglied ihr Vertrauen entzogen, kann der Aufsichtsrat dessen Bestellung zum Vorstandmitglied per Beschluss des Gesamt-Aufsichtsrats gem. § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG widerrufen, ohne dass es weiterer Nachweise bedarf (BGH v. 24.3.1954 – II ZR 30/53, NJW 1954, 998). Etwas anderes gilt nur, wenn das Vertrauen aus erkennbar unsachlichen Gründen entzogen wurde. Im Fall der Insolvenzreife kann es insbesondere Pflicht des Aufsichtsrats sein, ein Vorstandsmitglied abzurufen, wenn er den Eindruck gewinnt, das Vorstandsmitglied habe „keine glückliche Hand“ für eine erfolgreiche Führung des Unternehmens (BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926 [1927 f.]).

Fraglich ist, zu welchem Zeitpunkt genau eine Abberufung des Vorstandsmitglieds durch den Aufsichtsrat zu erfolgen hat. Mangels gesetzlicher Regelung bildet lediglich die Verwirkung eine Grenze für die Geltendmachung des Widerrufs zur Vorstandsbestellung (*Spindler* in MünchKomm/AktG, § 84 Rz. 109). In der Praxis wird jedoch der Widerruf der Vorstandsposition mehrheitlich mit einer außerordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrags einhergehen, so dass die Abberufung möglichst zeitnah, also mangels einer anderweitigen Vorschrift analog § 626 BGB innerhalb der 2-Wochen-Frist nach Vertrauensentzug erfolgen sollte (so auch *Spindler* in MünchKomm/AktG, § 84 Rz. 109; *Thüsing* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 5 Rz. 15).

6. Insolvenz

Nach Eintritt der Insolvenzreife muss der Aufsichtsrat den Geschäftsführer bzw. Vorstand des Unternehmens auf seine Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags hinweisen. Kommt der Aufsichtsrat seiner Beratungs- und Überwachungspflicht nicht nach, macht er sich möglicherweise schadensersatzpflichtig (s. BGH v. 20.9.2010 – II ZR 78/09, ZIP 2010, 1988 ff.; s. auch OLG Brandenburg v. 17.2.2009 – 6 U 102/07, GmbHR 2009, 657).

Erkennt der Aufsichtsrat oder muss er erkennen, dass die Gesellschaft insolvenzreif ist und bestehen für ihn Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Vorstand entgegen des Verbots des § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG Zahlungen leisten wird, hat der Aufsichtsrat darauf hinzuwirken, dass der Vorstand die verbotswidrigen Zahlungen unterlässt. Notfalls ist er gehalten, ein unzuverlässig erscheinendes Vorstandsmitglied abzurufen (BGH v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, NJW 2009, 2454 [2455]).

IV. Fazit

Durch die Vorschriften des Aktiengesetzes ist dem Aufsichtsrat ein Instrumentarium an die Hand gegeben, um die Tätigkeiten des Vorstands wirksam zu kontrollieren und im Notfall eindämmen zu können.

Die zitierte Rechtsprechung zeigt, dass bestehende Aufsichts- und Handlungspflichten nichtsdestotrotz oft nicht klar genug umrissen sind. Nicht selten setzen sich Aufsichtsräte beispielsweise der lokalen Stadtwerke, städtischer Wohnungsbaugesellschaften oder auch Wirtschaftsförderungsgesellschaften aus Gemeindevertretern zusammen, die zwar als Vertreter kommunaler Belange und Experten ihres Gebiets, aber häufig als juristische Laien zusammentreten. Nur allzu leicht besteht die Gefahr, dass das Maß an Überwachung unterschätzt wird, was schnell zu einer Haftungsinsanspruchnahme der Mitglieder eines (fakultativen) Aufsichtsrats führen kann.

Dieses Risiko ist gerade bei nebenamtlichen Aufsichtsräten angesichts der Diskrepanz des Haftungsrisikos zu ihrer Vergütungshöhe nicht unproblematisch. D&O Versicherungen sind meist teuer und sorgen allenfalls für lückenhaften Schutz.

Dem jeweiligen Aufsichtsratsmitglied sei daher empfohlen, die eigenen Maßnahmen ausreichend zu dokumentieren (s. auch *Hüffer*, NZG 2007, 47 [54]), Verantwortlichkeiten durch Hinwirken auf eine detaillierte Geschäftsordnung abzugrenzen und sich insbesondere bei riskanten Geschäften oder besonderer Risikolage der Gesellschaft notfalls durch externen Sachverstand zu entlasten.

Dies gilt auch dann, wenn die überlassenen Informationen nicht aussagekräftig, nicht vorhanden oder erhältlich sind. Folgt der Aufsichtsrat in diesem Fall dem dokumentierten Rat, der die vorhandenen Alternativen aufzeigt und zwischen ihnen abwägt, nach eigener Plausibilitätskontrolle, scheidet seine Haftung insoweit aus (vgl. auch BGH v. 14.5.2007 – II ZR 48/06, NJW 2007, 2118 [2119]; *Krüger/Achsnick*, NZI 2007, 612 f.).