

sen wurde, überhaupt nicht an. Hätte es der Senat bei der Formulierung belassen, wonach die §§ 113, 114 AktG auch dann Anwendung finden, wenn eine nicht notwendig beherrschende Beteiligung vorliegt, hätte dies noch sehr weite Interpretationsspielräume offen gelassen. Es wäre dann lediglich eine Frage der Zeit gewesen, wann die Diskussion darüber entbrannt wäre, ob ganz besonders geringe Beteiligungen die Anwendbarkeit der Normen ausschließen würden oder nicht. Dieser – angesichts des dargestellten Schutzzwecks überflüssigen – Diskussion hat der II. Zivilsenat hierdurch von vornherein jeglichen Raum genommen, wodurch dieses zahlreiche Prozesse prägende Problemfeld noch klarer eingegrenzt wurde.

## ZCG-Nachrichten

### Neues Umwandlungsrecht / Erläuterung von Lageberichts- angaben

Das neue Umwandlungsrecht kann in Kürze in Kraft treten, denn der Bundesrat hat am 9.3.2007 dem Gesetzentwurf zur Umsetzung der EU-Verschmelzungs-Richtlinie für Kapitalgesellschaften in der vom Bundestag am 1.2.2007 beschlossenen Fassung zugestimmt. Grenzüberschreitende Verschmelzungen werden damit wesentlich vereinfacht. Zu den noch vom Gesetzgeber ggü. dem Regierungsentwurf beschlossenen Änderungen im UmwG und im AktG ist neben anderem (so Ausschluss der Rechtsbeschwerde im Freigabeverfahren, verlängerte Mithaftung für Betriebsrentenverbindlichkeiten auf 10 Jahre), die Vorstandspflicht zur Erläuterung von Lageberichtsangaben bedeutsam. Nach Erläuterungen von Wulfetange in Status Recht 4/2007 S. 100) hat der Gesetzgeber die erst im letzten Jahr im Zuge der Umsetzung der EU-Übernahme-Richtlinie eingeführte Pflicht des Aufsichtsrats börsennotierter Gesellschaften zur Erläuterung der zusätzlichen Lageberichtsangaben wieder rückgängig gemacht (§ 171 Abs. 2 Satz 2 AktG). Künftig müsse hier der Vorstand anstelle des Aufsichtsrats der Hauptversammlung einen erläuternden Bericht zu den Angaben nach § 289 Abs. 4 und § 315 Abs. 4 HGB vorlegen.

# Haftung des Aufsichtsrats bei unzureichender Überwachung der Geschäftsführung

## BGH erinnert Aufsichtsräte an ihre Kontrollpflicht (Urteil vom 11.12.2006 – II ZR 243/05)

Dr. Olaf Müller-Michaels\*

**Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen. Die Aufsichtsräte, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet (§ 116 Satz 1 i.V. mit § 93 Abs. 2 AktG). Mit Urteil vom 11.12.2006<sup>1</sup> hat der BGH Aufsichtsräten drastisch vor Augen geführt, dass er diese Vorschriften ernst nimmt. Die Aufsichtsräte persönlich müssen ihrer mittlerweile insolventen Gesellschaft einen Betrag von über 280.000 € zurückzahlen. Dazu kommen noch Zinsen seit 2000 und die Verfahrenskosten. Der BGH wirft den Aufsichtsräten u. a. vor, dass sie Investitionen in erheblichem Umfang gebilligt hätten, „ohne irgendeine Erkundigung über den konkreten Unternehmensgegenstand des geförderten Unternehmens, seine wirtschaftliche Situation, die von ihm verfolgten Geschäftsziele und das für deren Verwirklichung benötigte Kapital“ eingeholt zu haben.**

### 1. Überwachungspflicht

#### 1.1 Komponenten

§ 111 Abs. 1 AktG verlangt von den Aufsichtsräten, dass sie den Vorstand bei seiner Geschäftsführung überwachen. Diese Überwachungspflicht lässt sich in eine vergangenheitsbezogene und eine zukunftsorientierte Komponente unterteilen<sup>2</sup>.

Zu den vergangenheitsbezogenen Kontrollpflichten gehört etwa die Prüfung des Jahresabschlusses (§ 171 AktG). Darunter fällt aber auch die Pflicht, bei fehlerhafter Geschäftsführung des Vorstands die Gesellschaft vor weiteren Schäden zu bewahren und Schadensersatzansprüche gegen den Vorstand geltend zu machen (§§ 93 Abs. 2 Satz 1, 112 AktG)<sup>3</sup>. In einem solchen Fall wird der Aufsichtsrat regelmäßig den Vorstand auch abberufen müssen (§ 84 Abs. 3 AktG).

Kernelement der zukunftsbezogenen Kontrolle ist die Beratung des Vorstands bei der Unternehmensführung. Dazu muss sich der Aufsichtsrat mit den Planungen des Vorstands für die Zukunft befassen<sup>4</sup>. Daneben muss der Aufsichtsrat bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig machen (§ 111

\* Rechtsanwalt Dr. Olaf Müller-Michaels ist Partner von Hölters & Elsing, Düsseldorf. Fragen und Kommentare zu diesem Beitrag können auf seinem Weblog „Verschmelzungsbericht“ (<http://www.verschmelzungsbericht.de>) abgegeben werden.

1 II ZR 243/05, vgl. DB 2007 S. 275 f. = WM 2007 S. 259 ff. = ZIP 2007 S. 224 ff.

2 Vgl. Hüffer, ZGR 2007 S. 47 f.; Semler, in: Münchener Komm. z. AktG, 2. Aufl. 2004, § 111 Rz. 249.

3 BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135 S. 244, 251 ff.

4 Vgl. Semler, in: Münchener Komm. z. AktG, 2. Aufl. 2004, § 111 Rz. 247 ff.

► **Prüfungsmaßstab ist nicht nur die Rechtmäßigkeit des Vorstandshandelns, sondern auch die unternehmerische Zweckmäßigkeit.** ◀

Abs. 4 Satz 2 AktG). Hierzu gehören Entscheidungen oder Maßnahmen, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern (Ziffer 3.3 Satz 2 DCGK<sup>5</sup>). Dadurch versetzt sich der Aufsichtsrat in die Position, besonders risikoreiche Geschäfte vor ihrem Abschluss zu überprüfen. Hat der Vorstand in der Vergangenheit unternehmerische Fehlentscheidungen getroffen, muss der Aufsichtsrat den Zustimmungskatalog erweitern. Das kann soweit gehen, dass sogar für bestimmte konkrete Einzelgeschäfte ein Zustimmungsvorbehalt etabliert werden muss<sup>6</sup>. Nur dauerhaft die Geschäftsführung selbst übernehmen, dies darf der Aufsichtsrat nicht (§ 111 Abs. 4 Satz 1 AktG).

## 1.2 Prüfungsmaßstab

Prüfungsmaßstab ist nicht nur die Rechtmäßigkeit des Vorstandshandelns. Der Aufsichtsrat muss vielmehr auch prüfen, ob die Maßnahmen des Vorstands unternehmerisch zweckmäßig sind<sup>7</sup>. Das wird wiederum besonders bei den Zustimmungsvorbehalten deutlich. Denn ob die Gesellschaft z. B. ein anderes Unternehmen kaufen soll oder nicht, ist eine unternehmerische Entscheidung. Der Aufsichtsrat trägt damit im Bereich der zukunftsorientierten Überwachung auch unternehmerische Verantwortung; und dies gerade bei für die Gesellschaft Weichen stellenden Geschäften.

## 1.3 Informationsbeschaffung

Um dieser Verantwortung gerecht zu werden, braucht der Aufsichtsrat Informationen. Die ausreichende Informationsversorgung des Aufsichtsrats ist gemeinsame Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat (Ziffer 3.4 Satz 1 DCGK). Der Aufsichtsrat kann also nicht darauf warten, sich vom Vorstand mit Informationen „berieseln“ zu lassen. Er muss diese Informationen auch einfordern. Die Informationsbeschaffung ist eine „Holschuld“ des Aufsichtsrats<sup>8</sup>. Dazu gibt ihm das Gesetz eine Reihe von Informationsrechten. § 90 Abs. 1 und Abs. 2 AktG verpflichten den Vorstand zur regelmäßigen Berichterstattung an den Aufsichtsrat. Daneben kann der Aufsichtsrat nach § 90 Abs. 3 Satz 1 AktG jederzeit über Angele-

genheiten der Gesellschaft Berichte vom Vorstand einfordern. Ferner kann der Aufsichtsrat Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen und prüfen (§ 111 Abs. 2 Satz 1 AktG)<sup>9</sup>. Er kann auch Sonderprüfungsaufträge an Sachverständige (Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte) erteilen (§ 111 Abs. 2 Satz 2 AktG). Dabei wird die Pflicht zur Informationsbeschaffung umso dringender, je kritischer die Lage der Gesellschaft wird. In einer Krise der Gesellschaft muss der Aufsichtsrat sofort aktiv werden und den Vorstand drängen, ihn über die Lage der Gesellschaft umfassend aufzuklären<sup>10</sup>. Umstritten ist, ob der Aufsichtsrat sich am Vorstand vorbei Informationen beschaffen darf; das wird man wohl zumindest dann annehmen können, wenn die Informationen durch den Vorstand unzureichend sind<sup>11</sup>.

## 2. Haftung des Aufsichtsrats

### 2.1 Sinngemäße Anwendung der Regeln über Vorstandshaftung

Nach § 116 AktG gilt für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats § 93 AktG (zur Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit des Vorstands) sinngemäß. Nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG haben die Vorstandsmitglieder bei der Geschäftsleitung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG legt fest, dass Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft gesamtschuldnerisch zum Schadensersatz verpflichtet sind. Weiter ist erforderlich, dass das Vorstandsmitglied schuldhaft gehandelt hat. Das Verschulden wird allerdings bei einer Pflichtverletzung vermutet. Der Vorstand muss im Zweifel nachweisen, dass er ordentlich und gewissenhaft gehandelt hat (§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG). Der Verschuldensmaßstab ist darüber hinaus objektiv: Es nicht besser gekonnt zu haben, entschuldigt daher auch bei besten Absichten nicht<sup>12</sup>.

Übersetzt für den Aufsichtsrat bedeutet das: Er muss bei der Überwachung des Vorstands die Sorgfalt eines ordentlichen Aufsichtsratsmitglieds anwenden<sup>13</sup>, sonst haftet er bei Schäden persönlich. Im Einzelnen:

### 2.2 Pflichtverletzung

Beim Aufsichtsrat bezieht sich die für eine Haftung konstituierende Pflichtverletzung auf die Überwachungspflicht. Wie unter Abschn. 1 erläutert, ist Dreh- und Angelpunkt einer ordnungsgemäßen Überwachung die Informationsversorgung. Liegt hier ein Defizit, muss der Aufsichtsrat aktiv werden, sonst verletzt er seine Pflichten. Der Aufsichtsrat kann dem Vorwurf einer Pflichtverletzung nicht entgegenhalten, er habe keine Kenntnis vom schadensauslösenden Verhalten des Vorstands gehabt. Genauso wenig hilft die Einlassung, vom Vorstand nicht ausreichend informiert worden zu sein<sup>14</sup>. Denn genau das zu verhindern, ist Aufgabe des Aufsichtsrats. Dazu steht ihm auch eine Reihe von Mitteln zur Verfügung (siehe oben Abschn. 1.3).

### 2.3 Business Judgement Rule

Durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), das am 1.11.2005 in Kraft getreten ist, wurde zu Gunsten des Vorstands in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG die sog. Business Judgement Rule eingefügt. Danach liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu

5 Erhältlich im Internet: <http://www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/index.html>.

6 Vgl. Kropff, in: Semler/v. Schenck, ARHdb, § 8 Rz. 42.

7 Vgl. Breuer/Fraune, in: Heidel, Aktienrecht, § 111 AktG Rn. 8; Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 111 Rz. 6.

8 Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006, § 6 Rn. 246; ausführlich auch Kropff, in: Festschrift für Raiser, S. 225, 231 ff.

9 Zu den Abstufungen der Überwachungspflicht vgl. Semler, in: Münchener Komm. z. AktG, 2. Aufl. 2004, § 111 Rz. 61 ff.

10 Dazu Leuering/Simon, NJW-Spezial 2007 S. 123 f.

11 Siehe dazu Kropff, in: Festschrift für Raiser, S. 225, 238 f.

12 Hefermehl/Spindler, in: Münchener Komm. z. AktG, 2. Aufl. 2004, § 93 Rz. 83.

13 Breuer/Fraune, in: Heidel, Aktienrecht, § 116 AktG Rn. 15; Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 116 Rz. 2.

14 Deutlich: Hüffer, ZGR 2007 S. 47, 48, 51.

handeln. Auch bei unternehmerischen Fehlentscheidungen haftet der Vorstand daher nicht, wenn er die genannten Voraussetzungen erfüllt hat, wobei es allerdings am Vorstand ist, darüber den Nachweis zu führen. Durch den Verweis in § 116 AktG auf § 93 AktG ist klar gestellt, dass die Business Judgment Rule grundsätzlich auch für den Aufsichtsrat gilt. Sie greift aber in keinem Fall im Tätigkeitsbereich der vergangenheitsbezogenen Kontrolle<sup>15</sup>. Denn hier kann man nicht von einer „unternehmerischen Entscheidung“ des Aufsichtsrats sprechen. Ein Prognosespielraum macht bei abgeschlossenen Sachverhalten keinen Sinn. Anwendbar ist die Business Judgment Rule dagegen bei der zukunftsorientierten Überwachung<sup>16</sup>. Relevanter Fall sind die Zustimmungsvorbehalte. Hier beschließt der Aufsichtsrat über unternehmerische Vorhaben des Vorstands und trifft damit selbst eine unternehmerische Entscheidung. Man wird allerdings keine volle unternehmerische Prüfung wie durch den Vorstand erwarten können; ausreichend – aber eben auch notwendig – ist eine Plausibilisierung des Vorhabens. Das heißt aber nicht, dass der Aufsichtsrat einen „Persilschein“ bekommt. Denn um von der Business Judgment Rule zu profitieren, muss der Aufsichtsrat seine Entscheidung auf der „Grundlage angemessener Information“ treffen und entsprechend dokumentieren. Bei mangelnder Selbstinformation greift die Haftungsbefreiung nicht. Auch hier zeigt sich wieder: Der Aufsichtsrat muss sich um ausreichende Informationen für seine Entscheidungen kümmern.

## 2.4 Verschulden

Weitere Haftungsvoraussetzung ist, dass das Aufsichtsratsmitglied schuldhaft gehandelt hat. Das Aufsichtsratsmitglied handelt schuldhaft, wenn es die Sorgfaltsanforderungen, die an ein ordentliches Aufsichtsratsmitglied gestellt werden, außer Acht lässt. Es gilt also wie beim Vorstand: Individuelle Defizite entlasten den Aufsichtsrat nicht. Ein Aufsichtsratsmitglied hat sich die Kenntnisse anzueignen, die für die ordnungsgemäße Erfüllung seiner Aufgaben nötig sind. Ist er dazu nicht willens oder nicht

in der Lage, darf er ein Aufsichtsratsmandat nicht annehmen. Pflichtverletzung und Verschulden lassen sich meist nicht scharf trennen, da beide anhand objektiver Maßstäbe ermittelt werden. Nur in Ausnahmefällen ist daher denkbar, dass eine Haftung trotz einer Pflichtverletzung am fehlenden Verschulden scheitert.

## 2.5 Beispiele

Einige Beispiele aus der bisherigen Rechtsprechungspraxis, in denen eine Aufsichtsratshaftung angenommen wurde:

- Untätigkeit gegenüber ungewöhnlich leichtfertigen Maßnahmen (Auszahlung einer Eigenkapitalfinanzierung für eine Projektgesellschaft, obwohl die korrespondierende Fremdfinanzierung abgelehnt wurde)<sup>17</sup>;
- Untätigkeit bei Gerüchten über existenzgefährdende Geschäftspraktiken des Vorstands<sup>18</sup>;
- Ausübung des Amtes ohne eigenes Bild von der Geschäftstätigkeit<sup>19</sup>;
- Zustimmung zu erheblich unterpreisiger Veräußerung eines Grundstücks, dessen höherer Wert leicht erkennbar war<sup>20</sup>.

In diese Linie reiht sich, wie noch zu zeigen (Abschn. 4) sein wird, das Urteil des BGH vom 11. 12. 2006 nahtlos ein.

## 3. Durchsetzung des Haftungsanspruchs

### 3.1 Gesetzlicher Normalfall: Vorstand

Bestehen Anhaltspunkte für eine Haftung des Aufsichtsrats, stellt sich als nächstes die Frage, wie mögliche Schadensersatzansprüche verfolgt und durchgesetzt werden können. Nach der gesetzlichen Ordnung der AG ist das eine Aufgabe des Vorstands (§ 78 Abs. 1 AktG). Hier zeigt sich eine gravierende Schwachstelle des Haftungssystems. Denn eine Pflichtwidrigkeit bei der Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat führt regelmäßig dann zu einem Schaden für die Gesellschaft, wenn sich auch der Vorstand bei seiner Geschäftsführung pflichtwidrig verhalten hat. Vorstand und Aufsichtsrat sitzen bei der Haftungsfrage in einem Boot<sup>21</sup>.

### 3.2 Bisheriger Praxisfall: Insolvenzverwalter

Daher ist es kein Wunder, dass Haftungsansprüche gegen den Aufsichtsrat meist erst im Insolvenzverfahren durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden. Der Insolvenzverwalter braucht keine Rücksicht auf ein mögliches eigenes pflichtwidriges Verhalten zu nehmen. Ihm kommt es darauf an, möglichst viele Haftungsschuldner zu finden, um die Insolvenzmasse zu erhöhen.

### 3.3 Neu: Aktionärsklage

Hier dürfte jedoch eine gravierende Änderung bevorstehen. Denn durch das UMAG wurde nicht nur die Business Judgment Rule, sondern auch eine Aktionärsklage gegen Vorstand und Aufsichtsrat eingeführt<sup>22</sup>. In der Praxis Aufsehen erregt hat die Aktionärsklage aus dem Lager von Leo Kirch, mit der eine persönliche Haftung des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden Dr. Rolf Breuer ggü. der Deutschen Bank wegen seiner öffentlichen Äußerungen zur Kreditwürdigkeit der Kirch-Gruppe durchgesetzt werden soll. Die Aktionäre können allerdings mit der Aktionärsklage nicht Schadensersatz in die eigene Kasse verlangen. Die Klage richtet sich auf Zahlung an die Gesellschaft. Grundvoraussetzung ist eine Beteiligung der klagenden Aktionäre von mindestens 1 % oder ein anteiliger Betrag von 100.000 € am Grundkapital der Gesellschaft (§ 148 Abs. 1 Satz 1 AktG). Es gibt noch weitere Restriktionen:

- Unter anderem müssen die Aktionäre zunächst vergeblich die Gesellschaft (also den Vorstand oder Aufsichtsrat,

15 Vor Inkrafttreten des UMAG grundlegend BGH vom 21. 4. 1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135 S. 244, 255 – ARAG/Garmenbeck; zum UMAG: Kropff, in: Festschrift für Raiser, S. 225, 229 f.; Hüffer, ZGR 2007 S. 47, 48.

16 Vgl. Hüffer, ZGR 2007 S. 47, 48.

17 BGH vom 4. 7. 1977 – II ZR 150/75, BGHZ 69 S. 207, 214.

18 LG Bielefeld, ZIP 2000 S. 20, 24 (Balsam).

19 OLG Düsseldorf, WM 1984 S. 1080, 1084 ff.

20 LG Stuttgart, AG 2000 S. 237, 238 f.

21 Zieglermeier, ZGR 2007 S. 144, 145 f.; Paal, DStR 2005 S. 382, 384.

22 Dazu detailliert: Zieglermeier, ZGR 2007 S. 144, 149 ff.

je nach dem, gegen wen sich die Klage richtet) aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 2).

- ▶ Weiter muss ein Verdacht auf Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung bestehen (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 3), eine „einfache“ Pflichtwidrigkeit reicht nicht. Die Klage kann darüber hinaus nicht unmittelbar erhoben werden; die Kläger müssen zunächst die Zulassung beim zuständigen Gericht beantragen (§ 148 Abs. 2 Satz 1 AktG).

Trotz dieser Hürden ist das Risiko der persönlichen Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat durch die Einführung der Aktionärsklage erheblich gestiegen. Zumindest wird die Zahl der Klagen gegen Vorstand und Aufsichtsrat außerhalb von Insolvenzverfahren wachsen.

## 4. Das neue BGH-Urteil

### 4.1 Sachverhalt

Wie passt sich nun das neue BGH-Urteil vom 11.12.2006<sup>23</sup> in diesen Rahmen? Es ging um folgenden Sachverhalt: Die Satzung der Gesellschaft sah vor, dass „Rechtsgeschäfte mit einer Verpflichtung von mehr als 100.000 DM“ der Zustimmung des Aufsichtsrats bedurften. Dabei handelte es um den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH (für diesen gelten nach § 52 Abs. 1 GmbHG die aktienrechtlichen Vorschriften in weitem Umfang entsprechend). Der Mehrheitsgesellschafter und Alleingeschäftsführer der GmbH wollte in eine Gesellschaft, die Call-back-Dienste anbot, investieren. Der Aufsichtsrat genehmigte in zwei Sitzungen einen Betrag von insgesamt 450.000 DM. Bei seiner nächsten Sitzung erfuhr der Aufsichtsrat, dass der Geschäftsführer tatsächlich 800.000 DM transferiert hatte. Außerdem räumte der Geschäftsführer eine Beteiligung von Familienmitgliedern an der Call-back-Gesellschaft ein. Der Aufsichtsrat erklärte, „sich von der Geschäftsführung hintergangen zu fühlen“. Dennoch genehmigte er die Zahlungen und stimmte in zwei weiteren Sitzungen der Leistung von weiteren 500.000 DM zu, da der Geschäftsführer gegenüber der GmbH das Ausfall-

risiko übernahm. Tatsächlich bewirkte der Geschäftsführer ohne schriftlichen Vertrag und ohne Kreditsicherung erneut Zahlungen von insgesamt 288.000 € an die Call-back-Gesellschaft.

Das OLG Koblenz als Berufungsgericht hatte die Klage des Insolvenzverwalters nur zu einem geringen Teil für begründet gehalten. Lediglich hinsichtlich der Zahlungen, die der Geschäftsführer ohne vorherige oder nachträgliche Zustimmung des Aufsichtsrats geleistet habe, liege eine Pflichtverletzung des Aufsichtsrats vor. Der Aufsichtsrat habe den Bereich der Telefondienstleistungen als zukunftssträchtigen und viel versprechenden Markt einstufen dürfen.

### 4.2 Urteilsgründe

Dem widerspricht der BGH. Allein die – allen Wettbewerbern zustatten kommende – günstige Entwicklung des Markts für Telefondienstleistungen habe die Beklagten nicht der Verpflichtung enthoben, sich über die Seriosität des Investitionsobjekts genauestens zu vergewissern. Die Beklagten seien ferner verpflichtet gewesen, geeignete Vorkehrungen zu treffen, dass der Geschäftsführer keine weiteren Verfügungen zugunsten der Call-back-GmbH treffen konnte, nachdem ihnen bekannt geworden war, dass dieser unter Überschreitung seiner Kompetenzen Zahlungen von mehr als 350.000 DM an die ihm und seinen Familienmitgliedern zuzuordnende Gesellschaft geleistet hatte. Dadurch habe die Vermutung krimineller Handlungen zum Nachteil der Gesellschaft im Raum gestanden. Allein wegen dieser Verdachtslage sei der Aufsichtsrat verpflichtet gewesen, bis zur umfassenden Klärung des Sachverhalts die Hingabe weiterer Investitionsmittel – notfalls durch Abberufung des Geschäftsführers – zu verhindern. Im Gegenteil habe der Aufsichtsrat Investitionen in erheblichem Umfang gebilligt, ohne irgendeine Erkundigung über

- ▶ den konkreten Unternehmensgegenstand des geförderten Unternehmens,
- ▶ seine wirtschaftliche Situation,
- ▶ die von ihm verfolgten Geschäftsziele
- ▶ und das für deren Verwirklichung benötigte Kapital

▶ **Die Überwachungspflicht umfasst die Pflichten zur Aktivität und Selbstinformation ebenso wie die zur Absicherung der Gesellschaft.** ◀

eingeholt zu haben. Und das, obwohl dem Aufsichtsrat in der Sitzung, in der er von der Überschreitung erfahren hatte, eröffnet worden war, dass beim Investitionsobjekt monatlichen Kosten von 200.000 DM ein Umsatz von lediglich 4.500 DM gegenüberstand.

### 4.3 Drei Pflichtverletzungen

Daraus lassen sich drei Sorgfaltspflichtverstöße entnehmen:

- ▶ Kein Einschreiten bei Verstoß gegen Vorgaben des Aufsichtsrats und bei Verdacht auf Untreue.
- ▶ Entscheidung über zustimmungsbedürftiges Geschäft ohne angemessene Informationsgrundlage.
- ▶ Billigung von Zahlungen ohne Dokumentation und ohne übliche Absicherung der Rückzahlungsansprüche.

Abstrakt kann man daraus drei Aspekte der Überwachungspflicht destillieren: die Pflicht zur Aktivität, die Pflicht zur Selbstinformation und die Pflicht zur Absicherung der Gesellschaft<sup>24</sup>.

### 4.4 Erhöhung des Haftungsrisikos?

Etwas wirklich Neues ist das nicht. Gerade die Pflicht zur Aktivität und die zentrale Rolle der Informationsbeschaffung waren schon vorher bekannt (siehe oben Abschn. 1.3). Das Urteil illustriert allerdings diese Pflichten in eindringlicher Weise. Die rigorose Diktion ist aber wohl weniger auf die Intention des BGH zu einer Haftungsverschärfung<sup>25</sup> als darauf zurück zu führen, dass die Pflichtverstöße besonders gravierend und offensichtlich waren. In jedem Fall macht der BGH mit seinem Urteil vom 11.12.2006 klar, dass die Aufsichtsratshaftung kein zahnloser Tiger ist. In der öffentlichen Diskussion ist das Thema dadurch wieder präsent. Das wird durch die Einführung der Aktionärsklage im November 2005 (siehe oben Abschn. 3.3) komplementiert. Beide Faktoren zusammen werden dazu führen, dass sich die Praxis in der Zukunft häufiger mit Fra-

23 II ZR 243/05, vgl. DB 2007 S. 275 = WM 2007 S. 259 = ZIP 2007 S. 224.

24 Vgl. Weiss, BB 2007 S. 397 f.

25 Vgl. Weiss, BB 2007 S. 397.

gen der Aufsichtsratshaftung beschäftigt wird. Außerdem werden sich die Versicherungen über ein anziehendes D&O-Geschäft freuen.

### 5. Zusammenfassung

Verletzen Aufsichtsräte schuldhaft ihre Pflicht, den Vorstand zu überwachen, haften sie der Gesellschaft persönlich für daraus resultierende Schäden. Die Überwachungspflicht lässt sich in eine repressive und eine präventive Komponente gliedern. Wesentliche Instrumente der repressiven Überwachung sind die Prüfung des Jahresabschlusses, der Berichte des Vorstands sowie die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand. Ultima ratio ist die Möglichkeit, den Vorstand abzurufen. Die präventive Überwachung erfolgt im Wesentlichen durch Beratung des Vorstands und die Einführung von Zustimmungsvorbehalten.

Dreh- und Angelpunkt einer ordnungsgemäßen Erfüllung der Überwachungs-

pflicht ist die Informationsbeschaffung. Der Aufsichtsrat darf sich dabei nicht passiv verhalten. Die Informationsversorgung des Aufsichtsrats ist gemeinsame Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat. Der Aufsichtsrat muss sicherstellen, dass er über die Informationen verfügt, die er für seine Tätigkeit benötigt. Die Entschuldigung, er sei vom Vorstand nicht ausreichend informiert worden, greift nicht.

Die Haftung des Aufsichtsrats bei Pflichtverletzungen ist an die Haftung des Vorstands angelehnt. Maßstab ist die Amtsausübung eines ordentlichen Aufsichtsratsmitglieds. Individuelle Defizite sind unbeachtlich. Die Business Judgement Rule als haftungsausschließender Tatbestand greift nur bei unternehmerischen Entscheidungen. Der Aufsichtsrat trifft solche bei Beschlussfassung über seiner Zustimmung unterliegende Maßnahmen des Vorstands. Die Enthftung setzt allerdings wieder voraus, dass der Aufsichtsrat auf der Grundlage angemessener In-

formationen entschieden hat. Nach der Unternehmensverfassung der AG setzt der Vorstand Haftungsansprüche gegen den Aufsichtsrat durch. In der Praxis ist das unrealistisch, da bei Überwachungsfehlern des Aufsichtsrats meist auch ein Pflichtverstoß des Vorstands vorliegt. Bisher bestand daher ein Haftungsrisiko für Aufsichtsräte nur in der Insolvenz ihrer Gesellschaft. Das hat sich mit der Einführung der zweistufigen Aktionärsklage im Jahr 2005 geändert. Nunmehr kann auch eine Aktionärsminorität Schadensersatzansprüche gegen den Aufsichtsrat verfolgen.

In seinem Urteil vom 11.12.2006 betont der BGH die Pflicht des Aufsichtsrats, sich angemessen zu informieren und bei Risiken für die Gesellschaft selbst tätig zu werden. Zwar hat der BGH die Haftungsmaßstäbe nicht verschärft. Das Urteil wird jedoch zusammen mit der Möglichkeit der Aktionärsklage zu einer erhöhten Praxisrelevanz der Aufsichtsratshaftung führen.

## ZCG-Nachrichten

### Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie

Die Aktionärsrechte-Richtlinie ist bis 2009 in das deutsche Recht umzusetzen.

Die Richtlinie behandelt individuelle Aktionärsrechte im Zusammenhang mit der Hauptversammlung und wird für den Bereich der Einberufung der Hauptversammlung zu Änderungen führen. Künftig müssen börsennotierte Gesellschaften „auf Medien zurückgreifen, bei denen vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass sie die Informationen tatsächlich an die Öffentlichkeit in der gesamten Gemeinschaft weiterleiten“. Weitere Regelungsbereiche betreffen die Bestellung eines Stimmrechtsvertreters, ein vorgelagertes Informationsrecht und das sog. „E-Voting“ (Elektronische Hauptversammlung). Der Gesetzgeber habe – so Noack in Status Recht 4/2007 – eine Regelung zu treffen, wonach die Satzung der (börsennotierten) Gesellschaft den Aktionären eine echte Online-Mitwirkung an-

bieten darf. Diese elektronische Beteiligung könne alle auf der Hauptversammlung auszuübenden Aktionärsrechte umfassen, insbesondere das Stimmrecht. In diesem Sinne hat die Regierungskommission Corporate Governance schon im Jahr 2001 einen Gesetzesvorschlag unterbreitet: „Die Satzung der Gesellschaft sollte vorsehen können, dass die Aktionäre unmittelbar an der Hauptversammlung auch ohne eigene Präsenz an deren Ort und ohne Zwischenschaltung eines Vertreters teilnehmen und sämtliche oder einzelne Rechte im Wege elektronischer Kommunikation ausüben können.“ Damit werde es den Aktiengesellschaften freistehen, ein direktes E-Voting einzuführen. Der Umweg über die Bevollmächtigung und Anweisung eines gesellschaftsbenannten Vertreters werde dann nicht mehr nötig sein (der Beitrag von Noack schließt mit einer sehr informativen tabellarischen Überstellung von geltendem und zukünftig zu erwartendem Recht, vgl. [www.der-betrieb.de](http://www.der-betrieb.de)).

### Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz (FRUG)

Der Deutsche Bundestag hat am 30.3.2007 das Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz (FRUG) beschlossen, mit dem die EU-Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID) in nationales Recht umgesetzt werden soll.

Mit diesem Gesetzesvorhaben wird die Umsetzung des EU-Aktionsplans Finanzdienstleistungen in das deutsche Recht – soweit der Wertpapierbereich betroffen ist – abgeschlossen. Seit April 2004 wurden in diesem Rahmen insgesamt fünf Gesetzgebungsvorhaben in Angriff genommen (die Umsetzung der EU-Marktmisbrauchs-, Prospekt-, Übernahme- und Transparenzrichtlinie in nationales Recht ist bereits abgeschlossen).

Das Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz soll am 1.11.2007 in Kraft treten.

Der Bundesrat wird es abschließend am 11.5.2007 beraten.