



Aktuelle Rechtsprechung zum Recht der Vorstände und Aufsichtsräte

I. Mündliche Rechtsauskunft eines als Rechtsanwalt qualifizierten Aufsichtsratsmitglieds entlastet den Vorstand nicht

Die Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft – entsprechendes gilt für Geschäftsführer von Gesellschaften mit beschränkter Haftung – sind persönlich haftbar, wenn der Gesellschaft durch rechtswidriges Verhalten ein Schaden entsteht. Welche Beratungsleistungen die Vorstandsmitglieder im Vorfeld von Geschäftsführungsmaßnahmen in Anspruch nehmen müssen, damit sie von der Rechtmäßigkeit der Geschäftsführungsmaßnahme ausgehen dürfen, wurde vom Bundesgerichtshof (BGH) am 20.09.2011 (II ZR 234/09) mit folgenden Leitlinien präzisiert:

- Der Vorstand muss sich bei der gebotenen Prüfung der Rechtslage von einem unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträger in Form einer schriftlichen Stellungnahme beraten lassen; eine bloß mündliche Stellungnahme eines fachlich qualifizierten Mitglieds des Aufsichtsrats (im BGH-Fall: eines Rechtsanwalts) genügt nicht.
- Der Vorstand wird nicht dadurch entlastet, dass
 - er ein Rechtsproblem nicht erkannt hat, wobei unerheblich ist, ob der Vorstand Anlass für eine rechtliche Überprüfung sah,

- eine Anwaltskanzlei die (rechtswidrigen) Verträge erstellte und dabei nicht auf die Rechtsprobleme hinwies (was möglicherweise aber die Haftung der Anwaltskanzlei begründet),
- weder der Wirtschaftsprüfer (im konkreten Fall: Sacheinlageprüfer) noch das Registergericht die Fehlerhaftigkeit einer Maßnahme erkannten,
- der Aufsichtsrat der konkreten Maßnahme zustimmte, den Vorstand ungenügend überwachte oder fehlerhaft beriet (in einem solchen Falle droht die Haftung beider Organe).

Vor dem BGH wurde die Klage eines Insolvenzverwalters über das Vermögen einer Aktiengesellschaft gegen Mitglieder des Vorstands und gegen ein als Rechtsanwalt qualifiziertes Mitglied des Aufsichtsrats verhandelt. Dieser war zugleich Partner einer Anwaltskanzlei, die wiederum ständige Beraterin der Aktiengesellschaft war. Der Klage zugrunde lag der Vorwurf von Pflichtverletzungen bei einer Kapitalerhöhung. Die erfreulich klaren Aussagen des BGH zur Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten gelten jedoch allgemein. Das Urteil ist von großer praktischer Bedeutung, weil es das Pflichtenprogramm der Vorstandsmitglieder bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen verdeutlicht.

1. Entlastung nur bei sorgfältiger Prüfung der Rechtslage

Ein Organmitglied muss wie jeder andere Schuldner für einen verschuldeten Rechtsirrtum einstehen. An das Vorliegen eines unverschuldeten, das Vorstandsmitglied entlastenden Rechtsirrtums werden strenge Maßstäbe angelegt. Das Vorstandsmitglied muss die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchststrichterliche Rechtsprechung genau beachten. Das Risiko, die Rechtslage dennoch zu verkennen, trägt das Vorstandsmitglied.

Zwar wird Vorstandsmitgliedern nicht das Verschulden des als Rechtsanwalt qualifizierten Aufsichtsratsmitglieds oder dessen Kanzlei zugerechnet, weil diese im Auftrag der Gesellschaft, nicht jedoch zur Erfüllung der persönlichen Pflicht der Vorstandsmitglieder, die Rechtslage zu prüfen, tätig wurden. Eine Haftung der Vorstandsmitglieder wegen schuldhaften Handelns von Erfüllungsgehilfen scheidet damit zunächst aus. Die Vorstandsmitglieder hatten aber ihren persönlichen Pflichten zur Prüfung der Rechtslage und zur Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung nicht genügt. Hierfür reicht nach dem BGH eine schlichte Anfrage durch die Gesellschaft bei einer vom Vorstand für fachkundig gehaltenen Person nicht aus. Erforderlich ist vielmehr, dass sich der Vorstand, der nicht selbst über die erforderliche Sachkunde verfügt, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und die erteil-

te Auskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht.

2. Keine Entlastung durch unzutreffende Beratung eines als Rechtsanwalt qualifizierten Aufsichtsratsmitglieds

Vorstandsmitglieder können sich nicht unter Berufung auf die unzutreffende Beratung oder Überwachung durch den Aufsichtsrat entlasten, weil die Überwachungs- und Beratungspflichten des Aufsichtsrats selbständig neben den Pflichten des Vorstands stehen (§ 93 Abs. 4 Satz 2 AktG). Die (fehlerhafte) Beratung durch ein als Rechtsanwalt qualifiziertes Aufsichtsratsmitglied entlastet den Vorstand ebenso wenig wie der Umstand, dass dieses Aufsichtsratsmitglied mit der Erstellung des Konzepts und der erforderlichen Verträge beauftragt wurde, die schließlich von der Kanzlei des Aufsichtsratsmitglieds ausgearbeitet wurden.

3. Beratungspflicht und Plausibilitätskontrolle

Der BGH stellt klar, dass ein Rechtsirrtum eines Vorstandsmitglieds nicht schon deswegen entschuldigt wird, weil eine Rechtsanwaltskanzlei tätig wurde, etwa mit der Ausarbeitung einer Transaktionsstruktur oder von Verträgen. Denn den Vorstand trifft stets die eigene Pflicht, die Rechtslage zu überprüfen, was in zwei Stufen zu erfolgen hat:

- Der Vorstand muss sich zunächst beraten lassen. Dieses Beratenlassen ist mehr als das bloße Erstellenlassen von Verträgen oder Transaktionsstrukturen. Die Beratung muss schriftlich und unabhängig nach

Offenlegung der Verhältnisse der Gesellschaft und der relevanten Unterlagen erfolgen.

- Nach einer solchen Beratung trifft die Vorstandsmitglieder die eigene Pflicht, das Beratungsergebnis eigenständig auf Plausibilität zu überprüfen. Der Vorstand muss jedoch genügend „Substrat“ erhalten haben, um überhaupt eine solche Plausibilitätskontrolle durchführen zu können. Die Ausarbeitung einer Transaktionsstruktur durch eine Anwaltskanzlei stellt beispielsweise kein solches Substrat dar, anhand dessen eine Plausibilitätskontrolle möglich gewesen wäre. Auch die Vertragsgestaltung durch eine Anwaltskanzlei bietet für den Vorstand keine Grundlage zur Prüfung der Plausibilität. Eine bloß mündliche Auskunft, auch durch ein als Rechtsanwalt qualifiziertes Aufsichtsratsmitglied, genügt daher ebenfalls nicht. Eine mündliche Auskunft genügt nur in einfach gelagerten oder besonders eilbedürftigen Fällen, weil in solchen Fällen ausnahmsweise eine Plausibilitätskontrolle entfallen kann; das Risiko, dass ein solcher Fall tatsächlich vorliegt, trägt das Vorstandsmitglied.

4. Darlegungs- und Beweislast

Im Regressprozess muss das Vorstandsmitglied darlegen und beweisen, welche Informationen und Unterlagen es eingeholt hat und dass die Beratung nach Inhalt und Umfang den genannten strengen Anforderungen genüge.

Im Regressprozess muss das Vorstandsmitglied auch nachweisen, dass und welche Plausibilitätsprüfungen es angestellt hat. Das Absehen von einer Plausibilitätsprüfung oder die schuldhaftige Nichtvornahme

entlastet ebenso wenig wie das Unterlassen der Plausibilitätskontrolle wegen Vertrauens in die Fachkompetenz einer Anwaltskanzlei.

5. Haftung auch des Aufsichtsratsmitglieds

Neben den Vorstandsmitgliedern war im Streitfall auch das als Rechtsanwalt qualifizierte Aufsichtsratsmitglied ersatzpflichtig. Aufsichtsratsmitglieder haben im Rahmen ihrer Überwachungs- und Beratungspflichten – im Urteilsfall im Rahmen von Kapitalerhöhungsmaßnahmen –, dafür zu sorgen, dass der Vorstand seine Aufgaben ordnungsgemäß und in Übereinstimmung mit Gesetz und Satzung erfüllt, gegebenenfalls einzugreifen und den Vorstand zu richtigem Verhalten anzuhalten. Als Berufsträger qualifizierte Aufsichtsratsmitglieder können sich nicht auf Irrtümer in ihrem beruflichen Tätigkeitsbereich berufen, also der als Rechtsanwalt qualifizierte Aufsichtsrat nicht auf einen Rechtsirrtum. Dass die Aufsichtsratsmitglieder bei der Erfüllung ihrer Pflichten als Organ und nicht als Berufsträger handeln, führt auch nicht dazu, dass ein durchschnittlicher, für alle Aufsichtsratsmitglieder geltender Sorgfaltsmaßstab anzulegen wäre. Grundsätzlich haben Aufsichtsratsmitglieder, die über besondere Fachkenntnisse verfügen (wie Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Unternehmensberater), diese gegenüber der Gesellschaft einzusetzen, weil sie nicht selten wegen dieser speziellen Kenntnisse in den Aufsichtsrat gewählt werden. Für Pflichtverletzungen in ihrem Fachgebiet haben sie dann der Gesellschaft gegenüber – eventuell neben den Vorstandsmit-

gliedern – gesamtschuldnerisch einzustehen.

II. Vergütungszahlungen des Vorstands an Aufsichtsratsmitglieder für Dienste außerhalb der Aufsichtsratsstätigkeit

Gegenstand eines aktuellen Urteils des Oberlandesgerichts (OLG) Frankfurt am Main (5 U 30/10) waren Vergütungszahlungen des Vorstands an Aufsichtsratsmitglieder für Dienstleistungen außerhalb der Aufsichtsratsstätigkeit. Solche Zahlungen sind nur dann erlaubt, wenn der Gesamtaufsichtsrat dem Abschluss des Dienstvertrages zwischen Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, und Aufsichtsratsmitglied vor Leistungserbringung und im Einzelfall zugestimmt hat. Die nachträgliche Genehmigung des Vertrages durch den Gesamtaufsichtsrat ändert an der Pflichtwidrigkeit von Vergütungszahlungen nichts. Vergütungszahlungen auf Verträge, die nicht im Einzelfall vorab vom Gesamtaufsichtsrat genehmigt wurden, stellen nach der ständigen Rechtsprechung einen schweren Gesetzesverstoß dar, weil die unvoreingenommene Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat eine hohe Bedeutung hat und darauf die Grundstruktur der Aktiengesellschaft beruht.

1. Keine nachträgliche Genehmigung des Vertrages zulässig

Das OLG Frankfurt wies die Berufung der Fresenius SE gegen ein Urteil des Landgerichts zurück, mit dem die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat durch die Hauptversammlung 2009 für nichtig erklärt worden war. Zwei Aktionäre hatten die Entlastungsbeschlüsse ange-

fochten. Der Vorstand hatte in größerem Umfang Mandate an eine renommierte Anwaltskanzlei vergeben, von der ein Partner zugleich Mitglied des Aufsichtsrats der Gesellschaft war. Der Gesamtaufsichtsrat hatte für die Beratungstätigkeit durch den Rechtsanwalt bzw. dessen Sozietät zwar ein Jahresbudget aufgestellt, aber nicht die vorherige Zustimmung zu den Tätigkeiten des Rechtsanwalts bzw. dessen Sozietät im Einzelfall erteilt. Der Aufsichtsrat wurde jeweils erst nachträglich (nach Zahlung hoher Honorare) mit den konkreten, einzelnen Mandaten befasst und hatte diese dann nachträglich genehmigt.

Nach Auffassung des OLG ist diese Praxis mit § 114 Abs. 1 AktG unvereinbar. § 114 Abs. 1 AktG stellt eine an Vorstand und Aufsichtsrat gerichtete *Verhaltensnorm* mit dem Zweck dar, eine Abhängigkeit des überwachenden Organs vom überwachten Organ zu verhindern. Eine solche Beeinflussungsmöglichkeit besteht nicht nur bei Vergütungszahlungen auf wirksame Dienstverträge, sondern auch bei Zahlungen ohne Rechtsgrund (weil der Vertrag nach § 114 Abs. 1 AktG unwirksam ist). In solchen Fällen ist die mögliche Abhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds noch größer, weil es damit rechnen muss, auf Rückzahlung in Anspruch genommen zu werden, je nach dem, wann der Vorstand den Vertrag und die Zahlung dem Gesamtaufsichtsrat zur Genehmigung vorlegt. Nach dem OLG sind vor diesem Hintergrund Vergütungszahlungen des Vorstands an Aufsichtsratsmitglieder für anwaltliche oder andere Beratungsleistungen außerhalb der Aufsichtsratsstätigkeit nur bei vorheriger Zustimmung durch den Gesamtaufsichtsrat (und auch

nur bei Zustimmung im Einzelfall) erlaubt, nicht bei nachträglicher Zustimmung. Auch die Rückwirkungsfiction des § 184 Abs. 1 BGB, die bei nachträglicher Zustimmung ein Rechtsgeschäft von Anfang an wirksam sein lässt, kann das *Verhaltensunrecht* nicht ungeschehen machen.

2. Genehmigung im Einzelfall erforderlich

Aus Sinn und Zweck von § 114 Abs. 1 AktG folgt, dass jeder Vertrag mit Aufsichtsratsmitgliedern und beispielsweise bei Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern jedes Mandat, im Einzelfall vorab vom Gesamtaufsichtsrat genehmigt werden muss. Eine pauschale Genehmigung oder die Gewährung eines Beratungsbudgets im Vorhinein mit nachträglicher Genehmigung der Einzelaufträge entspricht dieser Rechtslage nicht.

3. Mittelbare Zahlungen stehen unmittelbaren Zahlungen gleich

Unmittelbaren Zahlungen an das Aufsichtsratsmitglied persönlich stehen mittelbare Zahlungen an dessen Beratungsgesellschaft, der er angehört, gleich. Dies gilt auch für große Rechtsanwalts-, Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und auch dann, wenn aufgrund der Gewinnverteilung bei dem Aufsichtsratsmitglied letztlich nur ein Bruchteil der Vergütungszahlungen durch die Gesellschaft ankommt. Denn das OLG macht die Gefährdung der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds auch an dessen Stellung in der Gesellschaft und dessen dortigem Ansehen fest. Die Argumentation, dass we-

gen guter Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Aufsichtsratsmitglieds die Gefahr einer Beeinflussung nicht mehr bestehe, ließ das OLG nicht gelten. Einen Erfahrungssatz dergestalt, dass das Interesse an zusätzlichen Einkünften mit der Höhe der bereits erzielten Einkünfte sinke, gebe es nicht.

4. Keine Entlastung des Vorstands wegen Beratung durch Wirtschaftsprüfungsunternehmen

Der Vorstand berief sich zwar auf einen unverschuldeten Rechtsirrtum und darauf, dass er durch ein Wirtschaftsprüfungsunternehmen beraten wurde. Für das OLG war dieser Einwand aber – in Übereinstimmung mit der übrigen Rechtsprechung – unbeachtlich (vgl. auch unter I.).

5. Haftung auch des die Vergütungszahlung annehmenden Aufsichtsratsmitglieds

Auch das Aufsichtsratsmitglied handelte pflichtwidrig und war haftbar, schon weil es den Beratervertrag nicht dem Gesamtaufsichtsrat zur vorherigen Genehmigung vorlegte und weil es die Vergütungszahlungen mittelbar in Form von Zahlungen an seine Rechtsanwaltssozietät entgegennahm.

6. Auswirkungen

Die Auswirkungen des Urteils, über die Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH ist noch nicht entschieden, sind in der Rechtspraxis enorm: Zunächst muss stets entschieden werden, ob eine konkrete Tätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds innerhalb oder außerhalb der

Organpflichten als Aufsichtsrat anzusetzen ist. Liegt sie innerhalb der Organpflichten, ist für eine (zusätzliche) Vergütung auf vertraglicher Grundlage ohnehin kein Raum. Liegt sie außerhalb der Organpflichten, ist für den Einzelfall vorab die Zustimmung durch den Gesamtaufsichtsrat einzuholen. Liegt diese Vorabzustimmung nicht vor, darf eine Vergütung vom Vorstand nicht ausbezahlt werden, der sich sonst zivilrechtlich haftbar und wegen Untreue möglicherweise auch strafbar macht.

*Dr. Ulrich-Peter Kinzl, RA, StB
Lisa Ames, RAin
Daniela Rentz, RAin*

Impressum

BRP Renaud & Partner

Königstraße 28
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 16445-0
Fax: 0711 16445-100

Niederanau 13-19
60325 Frankfurt
Tel.: 069 133734-0
Fax: 069 133734-34

info@brp.de
www.brp.de

Ihr Ansprechpartner bei BRP:

Dr. Ulrich-Peter Kinzl
Rechtsanwalt, Steuerberater

Tel.: 0711 16445-302
Fax: 0711 16445-103
Ulrich-Peter.Kinzl@brp.de

Briem-Druck
Inhaber: Gerhard Briem
Hintere Gasse 70
70794 Filderstadt

Stand: Juni 2012