

# Newsletter

## Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsräte

März 2013

Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern

Vorzeitige Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern

Vertretung der Aktiengesellschaft

Aufsichtsratsuntreue bei Sitzungsgeldern



Dr. Ulrich-Peter Kinzl  
Rechtsanwalt,  
Steuerberater



Lisa Ames  
Rechtsanwältin



Daniela Rentz  
Rechtsanwältin,  
Steuerberaterin



BRP Renaud & Partner  
Rechtsanwälte Notare  
Patentanwälte

## Aktuelle Rechtsprechung zum Recht der Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsräte

### 1. Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern

Das zur Nichtigkeit der Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat wegen Vergütungszahlungen an Aufsichtsratsmitglieder für dienstvertragliche Leistungen ergangene Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Frankfurt (5 U 30/10), über das wir berichteten, wurde vom Bundesgerichtshof (BGH) zwar aufgehoben, die Rechtslage aber bestätigt. Solche Zahlungen sind nur zulässig, wenn der Gesamtaufsichtsrat dem Vertragsschluss vor Leistungserbringung und im Einzelfall zugestimmt hat; dessen nachträgliche Genehmigung ändert an der Pflichtwidrigkeit der Vergütungszahlungen durch den Vorstand nichts. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, handelt es sich um einen schweren Gesetzesverstoß, weil die unbeeinflusste Überwachung des Vorstands nicht mehr gesichert ist.

Zwar ist – wie im Streitfall – die Zahlung eines (Anwalts-) Honorars an ein Mitglied des Aufsichtsrats oder dessen Sozietät vor Zustimmung des Gesamtaufsichtsrats zum Dienst- oder Beratervertrag grundsätzlich rechtswidrig, auch bei späterer Genehmigung des Aufsichtsrats. Im konkreten Fall

scheiterte daran die Entlastung nicht, aber nur, weil der Gesetzesverstoß wegen rechtlicher Unklarheiten über die Zulässigkeit von Vergütungszahlungen im Jahre 2008 nicht eindeutig und schwerwiegend gewesen sei. Indirekt bestätigte der BGH damit die Rechtslage. Offen lassen konnte der BGH, ob die Festlegung von Vergütungobergrenzen am Anfang eines Jahres mit Zustimmung zu den zwischenzeitlich erteilten Aufträgen am Jahresende zulässig sein könnte.

### Für die Praxis gilt daher weiterhin:

- Liegt die konkrete Tätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds, die vergütet werden soll, außerhalb der Organpflichten als Aufsichtsratsmitglied, muss der Gesamtaufsichtsrat vorab jeder Einzeltätigkeit zustimmen. Anderenfalls darf eine Vergütung vom Vorstand nicht ausbezahlt werden, der sich sonst selbst zivilrechtlich haftbar und wegen Untreue möglicherweise auch strafbar machen würde.
- Liegt die zu vergütende Tätigkeit innerhalb der Organpflichten als Aufsichtsratsmitglied, darf eine Vergütung nur aufgrund satzungsmäßiger Grundlage oder Hauptversammlungsbeschlusses gezahlt werden.

## 2. Vorzeitige Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft zulässig

Nach § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG bestellt der Aufsichtsrat die Mitglieder des Vorstands für höchstens fünf Jahre. Auch Verlängerungen der Amtszeit und Wiederbestellungen dürfen nur für einen solchen Zeitraum erfolgen. Der Aufsichtsrat darf zudem über die wiederholte Bestellung oder die Verlängerung der Amtszeit frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit beschließen (§ 84 Abs. 1 Satz 3 AktG). In der Praxis wurden oft Wege gesucht, Vorstandsmitglieder schon vor Eintritt in das letzte Amtsjahr wieder zu bestellen. Die aktienrechtliche Zulässigkeit war bislang unklar.

Der BGH erklärte nunmehr (II ZR 55/11) eine übliche Gestaltung für zulässig: Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, deren Aktien von zwei zerstrittenen Familienstämmen gehalten wurden, hatte einer einvernehmlichen Aufhebung der Bestellung von zwei Vorstandsmitgliedern zugestimmt und beide sodann für eine neue Amtszeit von fünf Jahren bestellt. Im Zeitpunkt dieses einstimmigen Beschlusses war die fünfjährige Bestellungsperiode erst zur Hälfte abgelaufen. Einen Tag nach der fraglichen Aufsichtsratssitzung wählte die Hauptversammlung der Gesellschaft einen neuen Aufsichtsrat, dem es aufgrund einer Patt-Situation in der Folge nicht gelang, beide wiederbestellten Vorstandsmitglieder vorzeitig abzuberufen.

Weil mit der einvernehmlichen Aufhebung der Bestellung das Vorstandsamt endete, erfolgte die anschließende Bestellung nicht außerhalb des letz-

ten Jahres vor dem regulären Amtszeitende, sodass gegen die Sperrfrist des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG nicht verstoßen wurde. Auch erblickte der BGH in der Handlung des alten Aufsichtsrats keine unzulässige Umgehung des Gesetzes, weil dessen Zweck nicht vereitelt wird. Die Sperrfrist dient (nur) dazu, dass sich der Aufsichtsrat jedenfalls alle fünf Jahre mit der Frage der Wiederbestellung beschäftigt. Vorliegend befasste sich der Aufsichtsrat gerade innerhalb von fünf Jahren mit der Wiederbestellung und wurde die Gesellschaft auch nicht mehr als fünf Jahre an ein Vorstandsmitglied gebunden. Ferner lag keine unzulässige Bindung des neuen Aufsichtsrats vor, weil dieser, auch wenn Bestellungsperioden nicht zuvor künstlich abgekürzt wurden, die Entscheidung der Amtsvorgänger im Aufsichtsrat für bis zu sechs Jahre akzeptieren muss. Schließlich sah der BGH keine Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch, auch wenn die Wiederbestellung nur einen Tag vor der Wahl des neuen Aufsichtsrats erfolgte und es hierfür keinen wichtigen Grund gab. Ein Rechtsmissbrauch kommt nur in Betracht, wenn der Aufsichtsrat durch die Wiederbestellung seine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft verletzt habe. Das schien vorliegend ausgeschlossen, weil die Wiederbestellung einstimmig von den Vertretern beider Familienstämme beschlossen wurde.

Der BGH schuf mit diesem Urteil zu einem für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder wichtigen Thema Rechtssicherheit. Das Urteil sollte aber nicht so verstanden werden, dass künftig jede vorzeitige Wiederbestellung zulässig ist. Liegen keine besonderen Gründe vor, ist

von börsennotierten Gesellschaften die Abweichung von der Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex in die Entsprechenserklärung aufzunehmen. Insbesondere bei einer vorgezogenen Wiederbestellung in engem (zeitlichen) Zusammenhang mit einer zu erwartenden Änderung der Mehrheitsverhältnisse im Aufsichtsrat könnte ein Rechtsmissbrauch zu bejahen sein.

## 3. Vertretung einer Aktiengesellschaft gegenüber einer Gesellschaft eines Vorstands

Gemäß § 112 AktG vertritt der Aufsichtsrat die Aktiengesellschaft Vorstandsmitgliedern gegenüber gerichtlich und außergerichtlich. In der Praxis ist die Reichweite dieser zwingenden gesetzlichen Vertretungsregelung immer wieder unklar. Das Oberlandesgericht (OLG) Saarbrücken entschied mit Urteil vom 21.11.2012 (8 U 22/11-6), dass in einem Prozess zwischen einer Aktiengesellschaft und einer GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer ein früheres Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft ist, die Aktiengesellschaft durch ihren Aufsichtsrat vertreten wird.

In dem vom OLG entschiedenen Fall klagte eine GmbH gegen eine Aktiengesellschaft auf Zahlung von Beratungshonoraren. Die Klage war an die Aktiengesellschaft, vertreten durch ihren namentlich benannten Vorstandsvorsitzenden, gerichtet, an den die Klage auch gestellt worden war. Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der klagenden GmbH war ein ehemaliges Mitglied des Vorstands der Aktiengesellschaft. Das Landgericht hatte die Klage der GmbH abgewie-

sen, dies aber nicht aus dem prozessrechtlichen, formalen Grund der fehlerhaften Vertretung im Klageverfahren. Das Landgericht beschäftigte sich vielmehr mit der Frage, ob der Beratungsvertrag zwischen der GmbH und der Aktiengesellschaft wirksam zustande kam. Der Geschäftsführer der klagenden GmbH schloss den Beratungsvertrag mit einem anderen Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft zu einem Zeitpunkt ab, als er selbst noch Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft war. Die beklagte Aktiengesellschaft war der Ansicht, dass der Vertrag als solcher nicht wirksam zustande kam, weil es sich bei dem Vertragsschluss um ein unzulässiges Insichgeschäft gehandelt habe; in entsprechender Anwendung von § 112 AktG hätte die Aktiengesellschaft nicht von einem anderen Vorstandsmitglied, sondern von ihrem Aufsichtsrat vertreten werden müssen. Das Landgericht wies die Klage aus materiellen Gründen ab.

Das OLG ging im Berufungsverfahren rein formal vor und verneinte die Frage, ob die Aktiengesellschaft *im Prozess* überhaupt wirksam vertreten sei; es untersuchte gar nicht das wirksame Zustandekommen des Vertrages. Nach Auffassung des OLG und auch nach der in der neueren Literatur einhellig vertretenen Auffassung, ist gemäß § 112 AktG der Aufsichtsrat – und nicht der Vorstand – für die Vertretung der Aktiengesellschaft gegenüber einer Ein-Personen-Gesellschaft eines amtierenden oder ehemaligen Mitglieds des Vorstands zuständig. Denn zwischen der GmbH und deren alleinigem Gesellschafter-Geschäftsführer bestehe eine wirtschaftliche Identität.

Die Auffassung des OLG Saarbrücken deckt sich mit dem Gesetzeszweck des § 112 AktG, der der Vorbeugung gegen Interessenkollisionen dient, wenn die Aktiengesellschaft gegenüber einem Vorstandsmitglied von einem Vorstandskollegen vertreten wird. Weil es bei wirtschaftlicher Betrachtung keinen Unterschied macht, ob es um den geschäftlichen Kontakt der Aktiengesellschaft zu einem Vorstandsmitglied persönlich oder dessen Gesellschaft geht, muss dem Schutzzweck der Norm auch in solchen Fällen Rechnung getragen werden, sodass die Vertretungsbefugnis beim Aufsichtsrat und nicht beim Vorstandskollegen liegt.

In der Praxis müssen daher sämtliche Verträge mit Vorstandsmitgliedern, auch wenn diese nicht das Dienstverhältnis des Vorstandsmitglieds mit der Aktiengesellschaft betreffen, durch den Aufsichtsrat abgeschlossen werden, selbst dann, wenn formell-rechtlich nicht das Vorstandsmitglied Vertragspartner ist, sondern nur wirtschaftlich, weil Vertragspartner beispielsweise die vom Vorstandsmitglied als Alleingesellschafter gehaltene Gesellschaft ist. Das gilt für alle Fälle wirtschaftlicher Identität.

#### 4. Zur Aufsichtsratsuntreue bei Sitzungsgeldern

Wieder einmal erging ein obergerichtliches Urteil zu Vergütungen der Aufsichtsratsmitglieder – dieses Mal vor strafrechtlichem Hintergrund: Das Oberlandesgericht (OLG) Braunschweig entschied mit Urteil vom 14.06.2012 (Ws 44/2012), dass ein Aufsichtsratsmitglied auch in *eigenen* Vergütungsangelegenheiten gegenüber der Aktiengesellschaft eine Vermö-

gensbetreuungspflicht im Sinne des Untreuetatbestands des § 266 StGB trifft, wenn sich der Vorwurf nicht gegen das *Aus-handeln* einer überhöhten Vergütung durch das Aufsichtsratsmitglied, sondern auf die *Abrechnung und Auszahlung* einer Vergütung unter bewusstem Regelverstoß richtet.

Das OLG hatte darüber zu befinden, ob ein hinreichender Tatverdacht gegen zwei ehemalige Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft wegen Untreue gemäß § 266 StGB bestand, die zu unterschiedlichen Zeiten Vorsitzende des Aufsichtsrats waren, und ob damit die Hauptverhandlung zu eröffnen war. Das Landgericht hatte die Eröffnung des Hauptverfahrens mangels hinreichenden Tatverdachts abgelehnt.

Die angeschuldigten ehemaligen Mitglieder des Aufsichtsrats sowie die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrats erhielten für ihre Tätigkeit ein Sitzungsgeld in Höhe von 150,00 € pro Tag, das gemäß § 113 AktG in der Satzung festgesetzt war. Obwohl in den Geschäftsjahren ab Juli 2005 bis Februar 2009 insgesamt lediglich 101 Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse stattfanden, erhielten die Mitglieder des Aufsichtsrats für eine Vielzahl weiterer Termine Sitzungsgeld. Insgesamt zahlte die Aktiengesellschaft in 819 Fällen zu viel, was einem Gesamtbetrag von 122.850,00 € entsprach. Die Abrechnung der Sitzungsgelder erfolgte kalenderhalbjährlich durch eine Angestellte der Aktiengesellschaft. Nach den Ausführungen der Staatsanwaltschaft nahmen die Angeschuldigten jeweils als Aufsichtsratsvorsitzende Einfluss auf Abrechnung und Auszahlung der

Sitzungsgelder. Sie hätten der mit der Abrechnung betrauten Mitarbeiterin gezielt Anweisung gegeben, welche Termine mit einem Sitzungsgeld abzurechnen waren und welche nicht. Die Angeschuldigten hätten in ihren Abrechnungen eine Vielzahl von Terminen angegeben, von denen sie wussten, dass es sich nicht um Sitzungen des Aufsichtsrates oder seiner Ausschüsse handelte. Sie hätten außerdem durch Rückfragen der mit der Abrechnung betrauten Mitarbeiterin gewusst, dass auch die übrigen Aufsichtsratsmitglieder diese Termine angegeben hatten. Die Angeschuldigten hätten die Satzung der Aktiengesellschaft und die Bestimmungen zur Vergütung ihrer Tätigkeit gekannt. Sie hätten bewusst und gezielt Einfluss auf die Abrechnungspraxis genommen. Dadurch hätten die Angeschuldigten gegen ihre Pflicht aus §§ 111 Abs. 1, 116, 93 AktG, die Vermögensinteressen der Aktiengesellschaft zu schützen, verstoßen.

Das OLG hielt eine Verurteilung der Angeklagten wegen Untreue für hinreichend wahrscheinlich und eröffnete das Hauptverfahren. Nach Auffassung des OLG traf die Angeschuldigten eine Vermögensbetreuungspflicht. Es habe vorliegend gerade kein Interessenkonflikt bestanden, der die Einschränkung der Vermögensbetreuungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder rechtfertigen könnte, weil es vorliegend nicht um das *Aushandeln* einer überhöhten Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds, sondern um Abrechnung und Auszahlung einer in der Satzung festgesetzten Vergütung ging. Sofern die Aufsichtsratsmitglieder bewusst gegen die entsprechenden Satzungsbestimmun-

gen verstoßen hätten, hätten sie die ihnen obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt.

Das OLG führte zudem aus, dass der Straftatbestand der Untreue keine gravierende Pflichtverletzung voraussetze. Der Untreuetatbestand sei weder durch das Merkmal einer gravierenden Pflichtverletzung noch aus anderen Gründen einzuschränken, wenn die Satzung die Abrechnungstatbestände vorgebe und keinen Handlungsspielraum zulasse. Auch könnten den angeschuldigten Aufsichtsratsmitgliedern nicht lediglich die Auszahlungen aufgrund ihrer eigenen Abrechnungen zugerechnet werden. Vielmehr könne der Untreuetatbestand auch durch Unterlassen verwirklicht werden, soweit die Betreffenden Kenntnis von Zahlungen entgegen der Satzung an andere Aufsichtsratsmitglieder hatten. Der Aufsichtsratsvorsitzende müsse daher, wenn er Kenntnis von satzungswidrigen Zahlungen an andere Aufsichtsratsmitglieder habe, eine Aufsichtsratssitzung einberufen und auf einen Beschluss hinwirken, der den Vorstand zu rechtmäßigen Auszahlungen anhalte. „Einfache“ Aufsichtsratsmitglieder müssen den Aufsichtsratsvorsitzenden zur Einberufung des Gesamtaufichtsrats veranlassen oder bei Weigerung den Aufsichtsrat selbst gemäß § 110 Abs. 2 AktG einberufen.

Das OLG präzisiert mit dem Urteil die Vorgaben des BGH: Geschäftsleitungsmitglieder trifft keine Vermögensbetreuungspflicht, soweit es um das Aushandeln eigener Bezüge geht, bei dem die Vermögensinteressen von Gesellschaft und (künftigem) Organ nicht

gleich gerichtet sind. Geht es hingegen um die Umsetzung von Vergütungsregelungen besteht eine strafbewehrte Vermögensbetreuungspflicht.

#### Ihre Ansprechpartner:

*Dr. Ulrich-Peter Kinzl*  
Rechtsanwalt, Steuerberater

*Lisa Ames*  
Rechtsanwältin

*Daniela Rentz*  
Rechtsanwältin, Steuerberaterin

#### 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

#### Verantwortlicher Redakteur:

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: März 2013