

Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Holger Altmeyen, Universität Passau – Prof. Dr. Wulf Goette, Vors. Richter am BGH a. D., Ettlingen – Dr. Dieter Leuring, Rechtsanwalt, Bonn – Prof. Dr. Peter O. Mühlert, Universität Mainz – Dr. Sven H. Schneider, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Dr. h. c. Johannes Semler, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. (em.) Dr. Dres. h. c. Harm Peter Westermann, Universität Tübingen – Dr. Hildegard Ziemons, Rechtsanwältin, Frankfurt a. M.

Herausgeber: Dr. Dr. h. c. Klaus Bilda, Präsident des Oberlandesgerichts a. D., Düsseldorf – Prof. Dr. Mathias Habersack, Universität München – Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking, Rechtsanwalt, Düsseldorf – Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Klaus J. Hopt, (em.) Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg – Hans-Peter Huber, Rechtsanwalt, Berlin – Prof. (em.) Dr. Uwe Hüffer, Universität Bochum – Prof. Dr. Hanno Merkt, Universität Freiburg – Prof. Dr. Arndt Raupach, Rechtsanwalt, München – Dr. Bernhard Schaub, Notar, München

NZG 24/2011

24. August 2011 · 14. Jahrgang · Seite 921–960

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Martin Weber, Frankfurt a. M.

Aufsätze

Rechtsanwalt Dr. Johannes Grooterhorst*

Pflichten und Haftung des Aufsichtsrats bei zustimmungsbedürftigen Geschäften des Vorstands

Wenn eine Aktiengesellschaft durch fehlgeschlagene Investments finanzielle Einbußen erleidet, stellt sich häufig die Frage, ob und wer für den Schaden aufkommen muss. In Betracht kommen hierbei in vielen Fällen der eigene Vorstand und der eigene Aufsichtsrat. Bei solchen fehlgeschlagenen Investments handelt es sich oft um Entscheidungen, die der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürftig haben (§ 111 IV 2 AktG). Im Folgenden soll daher untersucht werden, welche Pflichten des Aufsichtsrats aus § 111 IV 2 AktG resultieren und ob der Vorbehalt zu einer verschärften Haftung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds nach § 116 S. 1 AktG führt.

I. Einführung

Gemäß § 111 IV 2 AktG hat die Satzung der Gesellschaft oder der Aufsichtsrat für „bestimmte Arten von Geschäften“ einen Zustimmungsvorbehalt festzulegen. Wegen des Wortlauts („hat... zu bestimmen“) muss ein solcher Katalog zwingend erstellt werden¹.

Dieser Zustimmungsvorbehalt ist Ausfluss der allgemeinen Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats und soll die präventiven Kontrollmöglichkeiten des Aufsichtsrats bei besonders bedeutsamen Entscheidungen verstärken² und effektiver gestalten³. Die Bedeutung des § 111 IV 2 AktG wird auch dadurch deutlich, dass der Aufsichtsrat die Festlegung der Zustimmungsvorbehalte gem. § 107 III 2 AktG nicht an einen Aufsichtsrats-Ausschuss delegieren darf (die Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung hingegen kann an einen Ausschuss delegiert werden).

Um die Kontrolle auch tatsächlich wirksam gestalten zu können, ist es dem Aufsichtsrat verwehrt, dem Vorstand eine generelle Zustimmung zu erteilen, so dass der Aufsichtsrat verpflichtet ist, jede zustimmungspflichtige Maßnahme einzeln auf ihre Zustimmungsfähigkeit zu prüfen⁴.

II. Bestimmung der zustimmungspflichtigen Maßnahmen

Der Gesetzgeber hat bewusst auf eine Festlegung aller zustimmungsbedürftigen Maßnahmen verzichtet⁵. Nach Ansicht des Gesetzgebers soll sich der Zustimmungsvorbehalt auf besonders wichtige Geschäfte beschränken. Da die Grenze zwischen einem „normalen“ Geschäft und einem besonders wichtigen Geschäft je nach Größe und Branchenzugehörigkeit bei jeder Gesellschaft anders verläuft, würde eine generell-abstrakte Festlegung den Bedürfnissen der einzelnen Gesellschaften nicht gerecht werden.

* Der Autor ist Gründer und Partner der Kanzlei *Grooterhorst & Partner* Rechtsanwälte, Düsseldorf. Er dankt Herrn Rechtsreferendar *Jörg Looman* für die hilfreiche Unterstützung bei Abfassung dieses Beitrags.

- 1 Der frühere Wortlaut des § 111 IV 2 AktG enthielt nur eine „Soll“-Vorschrift.
- 2 *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl. (2010), § 111 Rdnrn. 62 f.; *Drygala*, in: *Schmidt/Lutter*, AktG, 2. Aufl. (2010), § 111 Rdnr. 47.
- 3 *Altmeyen*, in: *Festschr. f. Karsten Schmidt*, 2009, S. 30 (37).
- 4 *Hüffer*, AktG, 9. Aufl. 2010, § 111 Rdnr. 17 a; *Mertens*, in: *Kölner Komm. z. AktG*, 2. Aufl. (1996), § 111 Rdnr. 62; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. (2008), Rdnr. 105.
- 5 *Lutter/Krieger* (o. Fußn. 4), Rdnr. 105; *Spindler*, in: *Spindler/Stilz* (o. Fußn. 2), § 111 Rdnr. 63.

Für die Bestimmung der zustimmungspflichtigen Maßnahmen ist zu beachten, dass § 111 IV 2 AktG das Geschäftsführungsverbot des § 111 IV 1 AktG nicht aushöhlen soll⁶. Der Zustimmungsvorbehalt muss daher die Ausnahme bleiben⁷ und ist auf besonders wichtige Geschäfte zu begrenzen⁸. Andererseits muss der Zustimmungsvorbehalt jedoch so umfassend sein, dass dennoch eine wirksame präventive Kontrolle durch den Aufsichtsrat gewährleistet ist⁹. In Übereinstimmung mit der Gesetzesbegründung¹⁰ wird der Begriff der zustimmungspflichtigen Maßnahmen in Nr. 3.3 des Deutschen Corporate Governance Kodexes daher dahingehend definiert, dass der Zustimmungsvorbehalt für „grundlegende Geschäfte“ angeordnet werden muss, welche als „Entscheidungen oder Maßnahmen die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern“ können. Neben Maßnahmen, die eine Außenwirkung haben (wie beispielsweise Kreditgeschäfte), können auch rein interne Leitungsmaßnahmen zu den grundlegenden Geschäften gezählt werden, wie z. B. das jährliche Investitionsbudget¹¹. Indem § 111 IV 2 AktG den Zustimmungsvorbehalt nur für „bestimmte Arten“ zulässt, muss der Aufsichtsrat die zustimmungspflichtigen Maßnahmen genau definieren und darf keine generalklauselartigen Zustimmungsvorbehalte (Beispiel: „alle bedeutsamen Geschäfte“)¹² anordnen¹³.

Während für das „Ob“ der Erstellung des Zustimmungskatalogs dem Aufsichtsrat überhaupt kein Ermessen zusteht, hat er die Zusammenstellung der zustimmungspflichtigen Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen vorzunehmen¹⁴; das Ermessen kann sich auch zu einer Pflicht verdichten, sofern der Charakter der grundlegenden Maßnahme zweifelsfrei feststeht¹⁵ oder wenn nur auf diesem Wege eine gesetzeswidrige Maßnahme des Vorstands verhindert werden kann¹⁶. Bei anderen Maßnahmen, die zwar nicht grundlegend sind, aber dennoch über Alltagsentscheidungen hinausgehen, hat der Aufsichtsrat ebenfalls einen Ermessensspielraum, ob er solche Maßnahmen einem Zustimmungsvorbehalt unterwirft oder nicht¹⁷. Neben dem Ausschluss von Bagatelentscheidungen muss es sich auch bei solchen Geschäften um eine unternehmerische Entscheidung handeln, welche durch eine Prognoseentscheidung geprägt sind; auch hier kann sich wieder in besonderen Situationen eine Ermessensredzierung auf Null ergeben¹⁸.

III. Pflichten des Aufsichtsrats bei Erstellung des Katalogs zustimmungspflichtiger Maßnahmen

Die Festlegung des Katalogs kann gem. § 111 IV 2 AktG in der Satzung oder durch den Aufsichtsrat erfolgen. Dem Aufsichtsrat steht es dabei frei, ob er die Zustimmungsbedürftigkeit vorab in seiner Geschäftsordnung festlegt oder ob er die Zustimmungsbedürftigkeit durch einen vorherigen Ad-hoc-Beschluss anordnet, wenn er von einer konkreten Maßnahme erfährt¹⁹; ebenso ist es möglich, dass der Aufsichtsrat beide Vorgehensweisen miteinander kombiniert. Vereinzelt ist die Zustimmungsbedürftigkeit auch gesetzlich vorgeschrieben (z. B. § 15 I 1 Halbs. 1 KWG).

Zu beachten ist dabei, dass sich die Kompetenzen des Satzungsgebers und des Aufsichtsrats nicht gegenseitig ausschließen, sondern dass beide Kompetenzen nebeneinander stehen. Wenn daher die Satzung einige Zustimmungsvorbehalte festlegt, darf der Aufsichtsrat in seiner Geschäftsordnung weitere Vorbehalte festlegen oder den Anwendungsbereich der in der Satzung vorgesehenen Vorbehalte weiter fassen²⁰. Die Unabhängigkeit der Kompetenzen bedeutet auch, dass der Aufsichtsrat an die in der Satzung vorgesehenen Zustimmungsvor-

vorbehalte gebunden ist und er sich daher nicht über die Entscheidung des Satzungsgebers hinwegsetzen darf (insbesondere auch nicht durch die Erteilung einer generellen Zustimmung)²¹.

Trotz gemeinsamer Katalogkompetenz kommt dem Aufsichtsrat bei der Erstellung des Zustimmungskatalogs eine besondere Bedeutung zu, da er sicherstellen muss, dass der Katalog den gesetzlichen Anforderungen entspricht²². Daher hat er zum einen sicherzustellen, dass es überhaupt einen Zustimmungskatalog gibt. Wenn in der Satzung kein Katalog vorhanden ist, ist er daher zwingend verpflichtet, den Katalog in einer²³ Geschäftsordnung oder durch Ad-hoc-Beschlüsse festzulegen. Zum anderen hat der Aufsichtsrat sicherzustellen, dass der Katalog sämtliche grundlegende Geschäfte sowie alle anderen wichtigen Maßnahmen, die bei pflichtgemäßer Ermessensausübung einem Zustimmungsvorbehalt zu unterwerfen sind, umfasst, denn nach § 111 IV 2 AktG reicht es nicht aus, dass es überhaupt einen Katalog gibt, sondern es ist erforderlich, dass dieser auch alle der genannten Geschäfte umfasst²⁴. Wenn daher die Satzung Lücken aufweist, muss der Aufsichtsrat diese Lücken durch seine Geschäftsordnung oder durch Ad-hoc-Beschlüsse schließen²⁵.

Zusätzlich besteht für den Aufsichtsrat die Pflicht zur regelmäßigen Überprüfung des Zustimmungskatalogs. Daher muss er regelmäßig überprüfen, ob der Katalog noch den aktuellen Gegebenheiten der Gesellschaft entspricht²⁶. Wenn eine Gesellschaft durch Verkäufe von Geschäftsaktivitäten oder durch ein schlechtes wirtschaftliches Umfeld erhebliche Umsatzrückgänge erlitten hat, muss der Aufsichtsrat prüfen, ob die Beträge, ab denen eine Maßnahme zustimmungsbedürftig wird, noch angemessen sind oder ob diese Schwellenbeträge abgesenkt werden müssen.

Wenn der Aufsichtsrat von einer Maßnahme des Vorstands Kenntnis erlangt, muss er zudem auch sorgfältig prüfen, ob

- 6 Drygala, in: *Schmidt/Lutter* (o. Fußn. 2), § 111 Rdnr. 57; *Habersack*, in: *MünchKomm-AktG*, 3. Aufl. (2008), § 111 Rdnr. 100.
- 7 *Altmeyen*, in: *Festschr. f. Karsten Schmidt* (o. Fußn. 3), S. 30.
- 8 *Spindler*, in: *Spindler/Stilz* (o. Fußn. 2), § 111 Rdnr. 64.
- 9 *Altmeyen*, in: *Festschr. f. Karsten Schmidt* (o. Fußn. 3), S. 30 (37).
- 10 BT-Dr 14/8769, S. 17.
- 11 *Lange*, DStR 2003, 376; *Habersack*, in: *MünchKomm-AktG* (o. Fußn. 6), § 111 Rdnr. 112.
- 12 *Drygala*, in: *Schmidt/Lutter* (o. Fußn. 2), § 111 Rdnr. 55.
- 13 *Kropff*, in: *Semler/v. Schenck*, *Arbeitsdb. für Aufsichtsratsmitglieder*, 3. Aufl. (2009), § 8 Rdnr. 28; *Drygala*, in: *Schmidt/Lutter* (o. Fußn. 2), § 111 Rdnr. 55.
- 14 *Spindler*, in: *Spindler/Stilz* (o. Fußn. 2), § 111 Rdnr. 64; *Kropff*, in: *Semler/v. Schenck* (o. Fußn. 13), § 8 Rdnr. 43.
- 15 *Schönberger*, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands, 2006, S. 314; *Lange*, DStR 2003, 376 (380).
- 16 BGHZ 124, 111 (127) = NJW 1994, 520 (524); *Hüffer* (o. Fußn. 4), § 111 Rdnr. 17; *Drygala*, in: *Schmidt/Lutter* (o. Fußn. 2), § 111 Rdnr. 54.
- 17 *Schönberger* (o. Fußn. 15), S. 314.
- 18 S. dazu umfassend: *Schönberger* (o. Fußn. 15), S. 314 ff.
- 19 BGHZ 124, 111 (127) = NJW 1994, 520 (524); *Hoffmann-Becking*, in: *Münchener Hdb. d. GesellschaftsR.*, Bd. 4, 3. Aufl. (2007), § 29 Rdnr. 40.
- 20 *Spindler*, in: *Spindler/Stilz* (o. Fußn. 2), § 111 Rdnr. 69; *Lutter/Krieger* (o. Fußn. 4), Rdnr. 105; *Lieder*, DB 2004, 2251 (2252).
- 21 *Drygala*, in: *Schmidt/Lutter* (o. Fußn. 2), § 111 Rdnr. 51; *Lutter/Krieger* (o. Fußn. 4), Rdnr. 105.
- 22 *Habersack* spricht von einer „Auffangzuständigkeit“ (in: *MünchKomm-AktG* [o. Fußn. 6], § 111 Rdnr. 103).
- 23 Nach *Lutter/Krieger* (o. Fußn. 4), Rdnr. 107, kann der Zustimmungsvorbehalt sowohl in der Geschäftsordnung des Vorstands als auch in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats festgelegt werden.
- 24 *Schönberger* (o. Fußn. 15), S. 314.
- 25 *Spindler*, in: *Spindler/Stilz* (o. Fußn. 2), § 111 Rdnr. 69; *Habersack*, in: *MünchKomm-AktG* (o. Fußn. 6), § 111 Rdnr. 103.
- 26 *Hüffer* (o. Fußn. 4), § 111 Rdnr. 17; *Drygala*, in: *Schmidt/Lutter* (o. Fußn. 2), § 111 Rdnr. 53; *Göiz*, NZG 2002, 599 (602).

sie einer Zustimmung bedarf. Sofern dies der Fall ist, muss der Aufsichtsrat dann nach pflichtgemäßem Ermessen über die Zustimmungsfähigkeit der Maßnahme entscheiden²⁷.

IV. Haftung des Aufsichtsrats bei zustimmungspflichtigen Maßnahmen

Wenn der Aufsichtsrat eine Pflichtverletzung begeht, haftet er gem. § 116 S. 1 AktG, sofern er schuldhaft gehandelt hat und seine Pflichtverletzung ursächlich für den Schaden der Gesellschaft gewesen ist.

1. Pflichtverletzung

Der Aufsichtsrat kann im Zusammenhang mit dem Zustimmungsvorbehalt des § 111 IV 2 AktG in den genannten²⁸ verschiedenen zeitlichen Stadien eine Pflichtverletzung begehen, die einen Schadensersatzanspruch nach § 116 S. 1 i. V. mit § 93 II 1 AktG begründen können.

Eine Pflichtverletzung stellt es dar, wenn der Aufsichtsrat nicht verhindert hat, dass es überhaupt keinen Katalog zustimmungspflichtiger Maßnahmen gibt oder dass dieser Katalog zumindest unvollständig war²⁹.

Auch wenn der Zustimmungskatalog im Zeitpunkt des Erlasses vollständig war, kann eine Pflichtverletzung vorliegen, wenn der Aufsichtsrat seiner Beobachtungs- und Überprüfungspflicht nicht nachgekommen ist, so dass der Katalog nach einigen Jahren lückenhaft geworden ist. Als regelmäßige Überprüfungs- und Aktualisierungspflicht wird ein jährlicher Rhythmus angenommen³⁰.

Sofern der Aufsichtsrat zwar seiner Katalogbeobachtungspflicht genügend nachgekommen ist, handelt er dennoch pflichtwidrig, wenn er bei einer konkreten Maßnahme nicht erkennt, dass es sich um eine zustimmungspflichtige Maßnahme handelt und er deswegen von seiner Pflicht, die Zustimmungsfähigkeit zu prüfen, keinen Gebrauch macht³¹. Bei der Entscheidung, ob es sich um eine zustimmungsbedürftige Maßnahme handelt, hat der Aufsichtsrat bzgl. des Tatbestandsmerkmals des grundlegenden Geschäfts einen Beurteilungsspielraum, da der Aufsichtsrat bei dieser Entscheidung eine eigene unternehmerische Entscheidung i. S. des § 93 I 2 AktG trifft³². Voraussetzung für einen solchen Beurteilungsspielraum ist aber, dass der Aufsichtsrat den Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat, bevor er seine Entscheidung trifft. Ebenso muss sich die Entscheidung in den allgemein für Beurteilungsspielräume geltenden Grenzen halten, so dass sie nicht von sachfremden Erwägungen geleitet und die Entscheidung zudem auch nicht schlechterdings unvertretbar sein darf³³.

Die vermutlich wichtigste Fallgruppe für eine Pflichtverletzung dürfte aber sein, dass der Aufsichtsrat die Zustimmung im konkreten Fall erteilt hat, obwohl die Maßnahme an solchen Mängeln leidet, dass sie nicht zustimmungsfähig ist.

Wenn das geplante Geschäft rechts- oder satzungswidrig ist, ist der Aufsichtsrat dazu verpflichtet, seine Zustimmung zu verweigern, so dass er in diesen Fällen über keinen Ermessensspielraum verfügt³⁴. Wenn das Geschäft zwar gesetzes- und satzungskonform ist, der Aufsichtsrat von der Wirtschaftlichkeit oder Zweckmäßigkeit des unternehmerischen Geschäfts jedoch nicht vollständig überzeugt ist, hat der Aufsichtsrat nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob er dem Geschäft seine Zustimmung erteilen möchte oder nicht³⁵. Für eine pflichtgemäße Ermessenausübung ist entscheidend, dass der Aufsichtsrat die Sorgfaltspflichten des § 116 S. 1 AktG

i. V. mit § 93 I 2 AktG eingehalten hat, d. h. dass der Aufsichtsrat auf Grundlage angemessener Informationen vernünftigerweise annehmen durfte, dass das Geschäft dem Wohle der Gesellschaft dienen werde³⁶.

Eine angemessene Informationsgrundlage ist vor allem bei Unternehmens- und Beteiligungskäufen relevant. Weil es sich bei der Ertragskraft des Zielunternehmens, welche regelmäßig die Berechnungsgrundlage für den Kaufpreis darstellt, um eine komplexe Prognoseentscheidung handelt, besteht ein hohes Risiko der Fehlinvestition, das wiederum auf Grund der häufig hohen Beträge existenzgefährdend für die Käufergesellschaft sein kann³⁷. Um dieses Risiko zu minimieren, wird vom Aufsichtsrat verlangt, dass er seine Entscheidung über die Zustimmungserteilung besonders umfangreich und sorgfältig vorbereitet. Daher wird von dem Aufsichtsrat erwartet, dass er von dem Vorstand ein Bewertungsgutachten über die Zielgesellschaft sowie eine Rentabilitätsberechnung anfordert³⁸. Ob der Aufsichtsrat darüber hinaus auch verpflichtet ist, eine Due Diligence in Auftrag zu geben (sofern der Vorstand nicht bereits einen solchen Auftrag erteilt hat), ist bisher gerichtlich noch nicht entschieden, wird aber in der Literatur zunehmend verlangt³⁹. Wegen der enorm großen Risiken bei Unternehmens- und Beteiligungskäufen darf der Aufsichtsrat nur dann seine Zustimmung erteilen, wenn er anhand des Bewertungsgutachtens und der Rentabilitätsberechnung feststellen kann, dass die eigene Gesellschaft selbst in einem „worst case“ nicht existenzgefährdet ist⁴⁰. Somit hat der Aufsichtsrat insbesondere bei Unternehmens- und Beteiligungskäufen besonders sorgfältig zu arbeiten und seine Zustimmung muss zudem auf einer hinreichenden Tatsachengrundlage beruhen.

Neben der etwaigen Pflicht zur Due Diligence ist fraglich, ob für den Aufsichtsrat eine sonstige intensivierete Prüfungspflicht besteht, wenn es um Unternehmenskäufe geht (z. B. häufigere Sitzungen, verkürzte Intervalle der Berichtspflichten des Vorstands). Zwar wird bei Unternehmenskrisen eine solche Intensivierung der Prüfungs- und Überwachungspflichten bejaht, bei Unternehmenskäufen jedoch nicht. Begründet wird dies damit, dass der Vorstand trotz des Zustimmungsvorbehalts das Initiativrecht behalte und das Aufsichtsratsmandat zudem nur ein Nebenamt sei, während die Tätigkeit als Vorstand üblicherweise eine vollzeitliche Tätigkeit dar-

27 Hopt/Roth, in: Großkomm. z. AktG, 4. Aufl. (2006), § 111 Rdnr. 667; Habersack, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 6), § 111 Rdnr. 127.

28 S. o. unter III.

29 Schönberger (o. Fußn. 15), S. 314, 323 ff.; s. auch oben unter III.

30 Lange, DStR 2003, 376 (379); Schönberger (o. Fußn. 15), S. 321.

31 Wenn die Maßnahme an einem in der Satzung oder Geschäftsordnung festgelegten Zustimmungsvorbehalt zu messen ist, dürfte diese Prüfung in den meisten Fällen einfach sein. Wenn für die geplante Maßnahme zwar kein vorab festgelegter Zustimmungsvorbehalt einschlägig ist, die Maßnahme aber auf Grund ihrer Bedeutung eventuell einem Ad-hoc-Zustimmungsvorbehalt zu unterwerfen ist, dürfte die Prüfung, ob ein Ad-hoc-Zustimmungsvorbehalt zu erlassen ist, für den Aufsichtsrat deutlich komplexer sein.

32 Schönberger (o. Fußn. 15), S. 323.

33 Schönberger (o. Fußn. 15), S. 323 f.

34 BGHZ 124, 111 (127) = NJW 1994, 520 (524); Spindler, in: Spindler/Stilz (o. Fußn. 2), § 111 Rdnr. 72; Schönberger (o. Fußn. 15), S. 325.

35 Spindler, in: Spindler/Stilz (o. Fußn. 2), § 111 Rdnr. 72; Schönberger (o. Fußn. 15), S. 325; Lange, DStR 2003, 376 (381).

36 Schönberger (o. Fußn. 15), S. 325, 212 ff.; Lutter/Krieger (o. Fußn. 4), Rdnr. 986.

37 Kropff, in: Semler/v. Schenck (o. Fußn. 13), § 8 Rdnr. 72.

38 Kropff, in: Semler/v. Schenck (o. Fußn. 13), § 8 Rdnr. 74; Schönberger (o. Fußn. 15), S. 217.

39 Lutter/Krieger (o. Fußn. 4), Rdnr. 119, sprechen von „noch keiner allgemeinen und regelmäßigen Pflicht“; a. A. Kiethe, NZG 1999, 976 (982 f.).

40 Lutter/Krieger (o. Fußn. 4), Rdnr. 119; Schönberger (o. Fußn. 15), S. 217.

stelle⁴¹. Für eine intensivierte Prüfungspflicht sowohl bei Unternehmenskrisen als auch bei Unternehmenskäufen würde aber sprechen, dass Unternehmenskäufe regelmäßig hohe finanzielle Risiken enthalten. Wenn sich der getätigte Unternehmenskauf in einem späteren Zeitpunkt zu einem finanziellen Desaster entwickelt hat, kann das Fortbestehen der Gesellschaft in Frage gestellt sein. Aus Effektivitätsgründen erscheint es daher zweckmäßig, eine Verpflichtung des Aufsichtsrats zur intensivierte Prüfung schon bei einem Unternehmenskauf anzunehmen, anstatt diese intensivierte Prüfungspflicht erst im Zeitpunkt einer späteren – eventuellen – Unternehmenskrise zu verlangen⁴².

2. Schaden

Für den Schaden gelten die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB, so dass das in Anspruch genommene Aufsichtsratsmitglied den Zustand herzustellen hat, der ohne die Pflichtverletzung bestehen würde. Von dem Schadensbegriff ist insbesondere auch der entgangene Gewinn umfasst⁴³.

3. Kausalität

Für die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Maßstäbe, d. h. die Pflichtverletzung muss für den Schaden adäquat kausal gewesen sein⁴⁴.

Entsprechend diesen Grundsätzen kann sich das einzelne Aufsichtsratsmitglied auch auf die Rechtsfigur des rechtmäßigen Alternativverhaltens berufen⁴⁵. Für den Nachweis, dass der Schaden auch bei ordnungsgemäßem Verhalten eingetreten wäre, ist aber das Aufsichtsratsmitglied beweispflichtig. Hierfür ist erforderlich, dass das Aufsichtsratsmitglied den sicheren Nachweis hierfür erbringt, so dass die bloße Möglichkeit, dass der Schaden auch bei ordnungsgemäßem Verhalten eingetreten wäre, nicht genügt⁴⁶. Wenn daher eine geplante Maßnahme nur deswegen nicht der Zustimmungspflicht unterlag, weil der Zustimmungskatalog pflichtwidrig zu eng gefasst war, steht dem Aufsichtsratsmitglied die Möglichkeit des Nachweises offen, dass dieser Maßnahme ermessensfehlerfrei die Zustimmung erteilt worden wäre, wenn der Aufsichtsrat seinen Zustimmungskatalog pflichtgemäß erstellt hätte.

Von dieser Möglichkeit, sich auf den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens zu stützen, gibt es jedoch einige Ausnahmen. Zum einen kann sich das einzelne Aufsichtsratsmitglied nicht darauf berufen, dass seine Stimmabgabe nicht entscheidend für die Zustimmung gewesen sei, weil auch ohne ihn die erforderliche Mehrheit gegeben gewesen sei⁴⁷. Wenn der Vorstand eine Maßnahme nach Zustimmung des Aufsichtsrats ausgeführt hat, obwohl bei pflichtgemäßer Ausübung des Ermessens die Zustimmung nicht hätte erteilt werden dürfen, kann sich der Aufsichtsrat zudem auch nicht darauf berufen, dass der Vorstand die Maßnahme auch dann ausgeführt hätte, wenn er die Zustimmung verweigert hätte⁴⁸. Denn bei der Prüfung des rechtmäßigen Alternativverhaltens muss unterstellt werden, dass sich die anderen Beteiligten recht- und ordnungsgemäß verhalten hätten, was aber in diesem Fall nicht gegeben wäre, da sich der Vorstand seinerseits rechtswidrig verhalten würde, wenn er sich über die Zustimmungsverweigerung des Aufsichtsrats hinwegsetzt.

Eine weitere Ausnahme besteht bei dem überstimmten Aufsichtsratsmitglied. Allgemein anerkannt ist zwar, dass das einzelne Aufsichtsratsmitglied persönlich eine schuldhaft Pflichtverletzung begangen haben muss, so dass es keine Zurechnung des Verhaltens anderer Aufsichtsratsmitglieder oder sonstiger Beteiligter gibt und die §§ 31, 278, 831 BGB

daher nicht anwendbar sind⁴⁹. Wenn ein Aufsichtsratsmitglied gegen die Mehrheit gestimmt hat, ist deswegen jedoch nicht automatisch eine Pflichtverletzung zu verneinen. Wegen der Gesamtverantwortung für den Aufsichtsrat kann sich ein Aufsichtsratsmitglied nicht mit einer ordnungsgemäßen eigenen Stimmabgabe begnügen, sondern es entsteht in diesen Fällen die Pflicht, sicherzustellen, dass sich auch die anderen Aufsichtsratsmitglieder entsprechend verhalten⁵⁰. Welche Maßnahmen das Aufsichtsratsmitglied dann ergreifen muss, um den Vorwurf einer Pflichtverletzung entkräften zu können, ist einzelfallabhängig. In Betracht kommen, dass das Aufsichtsratsmitglied seine Bedenken den anderen Aufsichtsratsmitgliedern noch einmal ausführlich und eindringlich darlegt, und dass das Aufsichtsratsmitglied seine Bedenken anschließend im Protokoll festhalten lässt⁵¹. Sofern existenzbedrohende Maßnahmen im Raume stehen, wird teilweise die Ansicht vertreten, dass ein Aufsichtsratsmitglied sogar verpflichtet sei, die Rechtswidrigkeit des Beschlusses gerichtlich feststellen zu lassen⁵². Die Niederlegung des Aufsichtsratsmandats wird aber in aller Regel nicht verlangt⁵³.

Auch bei der Verletzung von Organisations-, Kompetenz- und Verfahrensregeln kann sich das Aufsichtsratsmitglied nicht unter Hinweis auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten exkulpieren, weil ansonsten der Schutzzweck dieser Vorschriften (gesellschaftsinterne Abstimmung)⁵⁴ vollständig sanktionslos bliebe⁵⁵. Wenn daher z. B. Berichtspflichten zwischen den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern vernachlässigt wurden, ist der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens ausgeschlossen⁵⁶.

4. Verschulden

Das einzelne Aufsichtsratsmitglied muss auch schuldhaft gehandelt haben. Der Verschuldensmaßstab richtet sich dabei nach §§ 93, 116 AktG. Daher muss jedes Aufsichtsratsmit-

41 Doralt/Doralt, in: Semler/v. Schenck (o. Fußn. 13), § 13 Rdnr. 45; Fonk, ZGR 2006, 841 (861 f.).

42 So auch Lutter, Rechtsgutachten zu den Pflichten von Vorstand und Verwaltungsrat der Bayerischen Landesbank im Zusammenhang mit dem Kauf der Hypo Group Alpe Adria, 2010, S. 39 (41 f.); Lutter/Krieger (o. Fußn. 4), Rdnr. 987, sehen den Aufsichtsrat dazu verpflichtet, bei „besonders riskanten Geschäften“ eine vertiefte Prüfung vorzunehmen; eine vertiefte Prüfungspflicht bei umfangreichen Geschäften: Redeke, ZIP 2010, 159; für einen erhöhten Sorgfaltsmaßstab: Schönberger (o. Fußn. 15), S. 217; teilweise wird auch verlangt, dass die Informationen umso vollständiger sein müssen, je wichtiger die Entscheidung ist (Kropff, in: Semler/v. Schenck [o. Fußn. 13], § 8 Rdnr. 112).

43 Spindler, in: Spindler/Stilz (o. Fußn. 2), § 116 Rdnr. 109.

44 Hopt/Roth, in: Großkomm. z. AktG (o. Fußn. 27), § 116 Rdnr. 283; Spindler, in: Spindler/Stilz (o. Fußn. 2), § 116 Rdnr. 110.

45 Mertens, in: Kölner Komm. z. AktG (o. Fußn. 4), § 116 Rdnr. 60; Drygala, in: Schmidt/Lutter (o. Fußn. 2), § 116 Rdnr. 41.

46 Mertens, in: Kölner Komm. z. AktG (o. Fußn. 4), § 116 Rdnr. 60; Spindler, in: Spindler/Stilz (o. Fußn. 2), § 116 Rdnr. 110.

47 Habersack, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 6), § 116 Rdnr. 69; Mertens, in: Kölner Komm. z. AktG (o. Fußn. 4), § 116 Rdnr. 60.

48 Schönberger (o. Fußn. 15), S. 331; Vetter, DB 2004, 2623 (2627); Mertens, in: Kölner Komm. z. AktG (o. Fußn. 4), § 116 Rdnr. 60.

49 Vetter, DB 2004, 2623; Lutter/Krieger (o. Fußn. 4), Rdnr. 993; Spindler, in: Spindler/Stilz (o. Fußn. 2), § 116 Rdnr. 113.

50 Mertens, in: Kölner Komm. z. AktG (o. Fußn. 4), § 116 Rdnr. 58; Habersack, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 6), § 116 Rdnr. 38.

51 Habersack, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 6), § 116 Rdnr. 69; Hüfner (o. Fußn. 4), § 116 Rdnr. 9.

52 Vetter, DB 2004, 2623 (2625 f.); Lutter/Krieger (o. Fußn. 4), Rdnr. 996.

53 Lutter/Krieger (o. Fußn. 4), Rdnr. 997; Hopt/Roth, in: Großkomm. z. AktG (o. Fußn. 27), § 116 Rdnr. 20.

54 Habersack, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 6), § 116 Rdnr. 69.

55 Spindler, in: Spindler/Stilz (o. Fußn. 2), § 116 Rdnr. 110.

56 Wiesner, in: Münchener Hdb. d. GesellschaftsR, Bd. 4 (o. Fußn. 19), § 26 Rdnr. 8; Hopt, in: Großkomm. z. AktG (o. Fußn. 27), § 93 Rdnr. 267.

glied die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds einhalten⁵⁷. In der Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass jedes Aufsichtsratsmitglied die Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen muss, um diesen Sorgfaltsmaßstab einhalten zu können, da ein objektivierter Verschuldensmaßstab gilt⁵⁸. Das Aufsichtsratsmitglied kann daher später nicht einwenden, dass es wegen mangelnder Fachkenntnis mit dem Amt des Aufsichtsratsmitglieds überfordert gewesen sei. In diesen Fällen liegt dann ein Übernahmeverschulden vor, so dass die betroffene Person das Amt des Aufsichtsratsmitglieds von vornherein hätte ablehnen müssen⁵⁹.

Umstritten ist jedoch, ob besondere Fachkenntnisse einen verschärften Haftungsmaßstab begründen, insbesondere ob das betreffende Aufsichtsratsmitglied eine besonders gründliche Prüfung der Zustimmungsvorbehalten vornehmen muss⁶⁰. Für eine solche Differenzierung würde sprechen, dass der Aufsichtsrat gerade von der Pluralität seiner Mitglieder lebt und es daher erforderlich ist, dass jeder seine Kenntnisse und Erfahrungen nach besten Kräften einbringt⁶¹. Auch ist im allgemeinen Zivilrecht anerkannt, dass besondere Kenntnisse einen verschärften Verschuldensmaßstab begründen⁶².

Gegen eine solche Differenzierung würde die Gleichheit aller Aufsichtsratsmitglieder sprechen, da alle Aufsichtsratsmitglieder denselben Rechten und Pflichten unterliegen⁶³. Des Weiteren wird gegen eine solche Differenzierung angeführt, dass es dann schwer wäre, besonders erfahrene und kompetente Personen für den Aufsichtsrat zu gewinnen, weil ihnen eine besondere Verantwortung und Haftungsgefahr drohe⁶⁴. Ebenso würde bei den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern die Gefahr bestehen, dass diese ihre Tätigkeit außergewöhnlich unkritisch vornehmen könnten, weil es einen Experten im Aufsichtsrat gebe, der sich um die Angelegenheit schon ausreichend kümmere⁶⁵.

5. Mitverschulden

Sofern sowohl der Aufsichtsrat als auch der Vorstand Pflichtverletzungen begangen haben (weil z. B. beide Organe bei einer Unternehmensbeteiligung das Zielunternehmen nicht ausreichend überprüft haben), stellt sich die Frage nach dem Mitverschulden.

Nach allgemeiner Ansicht kann das einzelne Aufsichtsratsmitglied gegenüber Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft nicht einwenden, dass ihn nicht das alleinige Verschulden treffe, weil auch der Vorstand ein Mitverschulden trage⁶⁶. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied ist daher gegenüber der Gesellschaft zunächst voll einstandspflichtig⁶⁷.

Ein Mitverschulden des Vorstands⁶⁸ ist jedoch bei dem Gesamtschuldnerregress nach § 426 BGB bedeutsam. Nach dieser Norm ist der Aufsichtsrat berechtigt, von dem Vorstand einen anteiligen Ausgleich zu verlangen, wenn der Aufsichtsrat zur Schadensersatzzahlung gegenüber der Gesellschaft verpflichtet ist. Gemäß § 426 I 1 BGB haften die Gesamtschuldner zu gleichen Anteilen, wenn nicht etwas anderes bestimmt ist. Eine solche anderweitige Bestimmung ist bei Schadensersatzansprüchen der § 254 BGB⁶⁹, so dass für die Ausgleichspflicht der Mitverschuldensanteil entscheidend ist.

Angesichts der zahlreichen denkbaren Konstellationen von Pflichtverletzungen dürfte eine generalisierende Entscheidung bzgl. fester Haftungsquoten ausscheiden, so dass vielmehr eine einzelfallabhängige Prüfung vorzunehmen ist. Jedoch ist zu prüfen, ob das Gesetz einige Wertungen und Hinweise

enthält, die zur Festlegung einer sachgerechten Mitverschuldensverteilung beitragen können.

Zunächst ist § 93 IV 2 AktG zu beachten. Danach entfällt die Ersatzpflicht des Vorstands nicht dadurch, dass der Aufsichtsrat die Handlung des Vorstands gebilligt hat. Durch den Verweis in § 116 S. 1 AktG auf § 93 AktG gilt das Gleiche auch für den Aufsichtsrat, so dass dessen Haftung nicht ausgeschlossen ist, weil der Vorstand das zustimmungspflichtige Geschäft initiiert hatte⁷⁰. Aus dieser Regelung dürfte die gesetzgeberische Wertung zu entnehmen sein, dass sich kein Organ der Gesellschaft mit dem Hinweis exkulpieren kann, dass ein anderes Organ eigentlich für den Schaden allein verantwortlich ist, sondern dass grundsätzlich ein Mindestmitverschulden gegeben sein dürfte.

Zum anderen kann die Aufgabenverteilung innerhalb der Gesellschaft ein wichtiges Indiz sein. Nach den Regelungen in §§ 76 I, 111 IV 1 AktG ist der Vorstand für die Leitung der Gesellschaft zuständig und dem Aufsichtsrat dürfen solche Tätigkeiten auch nicht übertragen werden. Weil auch der Zustimmungsvorbehalt keinerlei Übertragung von Geschäftsführungsmaßnahmen begründen soll⁷¹, wird deutlich, dass der Vorstand trotz einer Zustimmungspflichtigkeit das maßgeblich handelnde Organ in einer Gesellschaft bleibt und daher auch die Hauptverantwortung trägt; diese besondere Verantwortung dürfte sich auch in einem grundsätzlich höheren Mitverschuldensanteil niederschlagen⁷². Teilweise wird daher unter Hinweis auf die Wertung des § 840 II BGB die Ansicht vertreten, dass der Vorstand im Innenverhältnis die alleinige Haftung trage, da er der unmittelbar Verantwortliche sei, während dem Aufsichtsratsmitglied nur ein Überwachungsverschulden zur Last fiele⁷³. Gegen die Ansicht wird eingewendet, dass sie der präventiven und verhaltenssteuernden Funktion des § 93 AktG widerspreche⁷⁴.

Fraglich ist jedoch, ob – und gegebenenfalls wie – der Zustimmungsvorbehalt in § 111 IV 2 AktG zu einer Verschiebung der Mitverantwortlichkeit führt. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob der Aufsichtsrat durch den Zustimmungsvorbehalt zu einem gleichwertigen Akteur neben dem Vorstand wird oder ob der Vorstand weiterhin die maßgebliche Rolle

57 Lutter/Krieger (o. Fußn. 4), Rdnr. 1005; Spindler, in: Spindler/Stilz (o. Fußn. 2), § 116 Rdnr. 111; Kalss, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 6), § 93 Rdnr. 158.

58 BGHZ 85, 293 = NJW 1983, 991; Doralt/Doralt, in: Semler/v. Schenck (o. Fußn. 13), § 13 Rdnr. 41; Lutter/Krieger (o. Fußn. 4), Rdnr. 1005.

59 Drygala, in: Schmidt/Lutter (o. Fußn. 2), § 116 Rdnr. 7; Spindler, in: Spindler/Stilz (o. Fußn. 2), § 116 Rdnr. 111.

60 S. ausf. dazu: Dreher, in: Festschr. f. Boujong, 1996, S. 71 ff.; Habersack, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 6), § 116 Rdnr. 28.

61 Mertens, in: Kölner Komm. z. AktG (o. Fußn. 4), § 116 Rdnr. 58.

62 Palandt/Heinrichs, BGB, 70. Aufl. (2011), § 276 Rdnr. 15.

63 Dreher, in: Festschr. f. Boujong (o. Fußn. 60), S. 71 (78).

64 Schönberger (o. Fußn. 15), S. 330.

65 Schönberger (o. Fußn. 15), S. 330.

66 Gleiches gilt in umgekehrter Konstellation, so dass auch dem Vorstand dieser Einwand verwehrt ist; vgl. Habersack, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 6), § 116 Rdnr. 70.

67 Habersack, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 6), § 116 Rdnr. 70; Spindler, in: Spindler/Stilz (o. Fußn. 2), § 116 Rdnr. 113.

68 Wenn die AG den Vorstand in Anspruch nimmt, hat der Vorstand gegenüber dem Aufsichtsrat ebenfalls einen Anspruch auf Gesamtschuldnerausgleich, wenn der Aufsichtsrat seine Pflichten aus § 116 S. 1 i. V. mit § 93 II 1 AktG verletzt hat (Fleischer, in: Hdb. d. VorstandsR, 2006, § 11 Rdnr. 81).

69 Palandt/Grüneberg (o. Fußn. 52), § 426 Rdnr. 14.

70 Habersack, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 6), § 116 Rdnr. 68; Spindler, in: Spindler/Stilz (o. Fußn. 2), § 116 Rdnr. 137.

71 S. o. unter I.

72 Mertens, in: Kölner Komm. z. AktG (o. Fußn. 4), § 93 Rdnr. 21.

73 Fleischer, in: Hdb. d. VorstandsR (o. Fußn. 68), § 11 Rdnr. 82.

74 Mertens, in: Kölner Komm. z. AktG (o. Fußn. 4), § 93 Rdnr. 301.

spielt. Für ein Mitwirken des Aufsichtsrats auf Augenhöhe könnte die systematische Stellung des § 111 IV 2 AktG sprechen. Der Zustimmungsvorbehalt ist direkt im Anschluss an das Verbot der Übertragung von Geschäftsführungsmaßnahmen (§ 111 IV 1 AktG) geregelt und erhält zudem durch die Formulierung „jedoch“ den Charakter einer Ausnahmevorschrift zur Regelung in S. 1⁷⁵. Ebenso kommt dem Aufsichtsrat durch den Zustimmungsvorbehalt ein Vetorecht zu, wodurch der Aufsichtsrat einen stark vergrößerten Einfluss erhält. Der BGH spricht dem Aufsichtsrat daher bei zustimmungspflichtigen Maßnahmen „eine unternehmerische Tätigkeit durch präventive Kontrolle“ zu⁷⁶.

Gegen eine vollwertige Gleichberechtigung spricht jedoch, dass der Zustimmungsvorbehalt das Verbot der Geschäftsführung (§ 111 IV 1 AktG) nicht einschränken soll. Das Initiativrecht und die spätere Umsetzung der geplanten Maßnahme obliegen weiterhin ausschließlich dem Vorstand⁷⁷. Auch die Ersetzbarkeit der Zustimmung des Aufsichtsrats durch einen Beschluss der Hauptversammlung (§ 111 IV 3 AktG) zeigt, dass der Aufsichtsrat trotz des Zustimmungsvorbehalts kein gleichrangiges Organ ist⁷⁸. Auch wenn dem Aufsichtsrat durch den Zustimmungsvorbehalt eine stärkere Einflussmöglichkeit zukommt (insbesondere in informeller Art, indem schon vorab dem Vorstand signalisiert wird, dass bestimmte Maßnahmen keine Aussicht auf Zustimmung ha-

ben), hat der Vorstand auch bei zustimmungspflichtigen Maßnahmen weiterhin die aktive Rolle in der Gesellschaft inne.

Auch wenn man den Aufsichtsrat nicht als gleichberechtigtes Organ ansieht, spricht jedoch einiges dafür, dass der Aufsichtsrat bei den zustimmungspflichtigen Geschäften eine erhöhte Verantwortung trifft. Aus den oben genannten Gründen und dem dargelegten Umfang hat den Aufsichtsrat insbesondere bei Unternehmens- und Beteiligungskäufen eine besondere Sorgfaltspflicht zu beachten. Ausweislich der Gesetzesbegründung⁷⁹ soll durch die Pflicht zur Erstellung von Zustimmungsvorbehalten Schaden von der Gesellschaft abgewendet werden, indem neben dem Vorstand ein zweites, unabhängiges Organ die geplante Maßnahme prüft. Wenn dem Aufsichtsrat daher in diesen – teilweise existenzgefährdenden – Fällen eine besondere Verantwortung zugeschrieben wird, erscheint es denkbar, im Falle einer Pflichtverletzung ein erhöhtes Mitverschulden in Betracht zu ziehen⁸⁰. ■

75 Hoffmann-Becking, in: Münchener Hdb. d. GesellschaftsR, Bd. 4 (o. Fußn. 19), § 29 Rdnr. 39.

76 BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 (1928).

77 Habersack, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 6), § 111 Rdnrn. 99 f.

78 Schönberger (o. Fußn. 15), S. 64 f.

79 BT-Dr 14/8769, S. 17.

80 Ahnl. Lange, DStR 2003, 376 (379).

Rechtsanwalt Dr. Michael Bormann*

Mehr „Transparenz“ bei Unternehmen mit Beteiligung von Gebietskörperschaften?

Der im November 2010 vorgelegte Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes sieht vor, dass die Satzung von Unternehmen, an denen eine Gebietskörperschaft beteiligt ist, die „Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder und die Öffentlichkeit der Sitzungen regeln“ kann. In dem nachstehenden Beitrag wird gezeigt, dass diese Regelung einen Fremdkörper im bestehenden Corporate Governance-System darstellen würde. Sollte der Gesetzgeber gleichwohl nicht auf die Einführung einer entsprechenden Regelung verzichten wollen, so erscheinen verschiedene Nachbesserungen erforderlich. Nach dem Referentenentwurf hätten die betroffenen Unternehmen mit erheblichen Wettbewerbsnachteilen zu rechnen und weder sie selbst noch etwaige private Mitgesellschafter könnten den Eintritt dieser Nachteile verhindern.

I. Einleitung

Seit einiger Zeit besteht eine Tendenz, den Handlungsspielraum kommunaler Unternehmen zu erweitern und sie privatwirtschaftlichen Unternehmen anzunähern. Im Bereich der „Transparenz“ wird indes eine Sonderbehandlung von Unternehmen für notwendig gehalten, an denen Gebietskörperschaften beteiligt sind. Dies zeigte sich etwa daran, dass jüngst verschiedene Bundesländer¹ Regelungen einführen, nach denen die Bezüge der Organmitglieder der kommunalen Unternehmen individualisiert zu veröffentlichen sind. In Fortschreibung dessen sieht der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes² einen § 394 AktG-E vor, nach dem die Satzung von Unternehmen, an denen eine Gebietskörperschaft beteiligt ist, die „Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder und die Öffentlichkeit der Sitzungen regeln“ kann.

II. Grundsätzliche Kritik der geplanten Neuregelung

Der Vorschlag, das Ob und Wie der Verschwiegenheitspflicht den Gesellschaftern zu überlassen, überrascht. Es ist allgemein³ anerkannt, dass die vertrauliche Behandlung der dem Aufsichtsrat zur Verfügung gestellten Informationen Grundvoraussetzung für die Erfüllung der dem Aufsichtsrat obliegenden Aufgaben ist. Noch im Jahre 2002 betonte die Begründung zum TransPuG⁴ völlig zu Recht: „Besteht auch nur ein latenter Verdacht, wichtige und noch nicht öffentliche, dem Aufsichtsrat... gegebene, vertrauliche Informationen könnten unmittelbar anschließend und zum Schaden der Gesellschaft an Medien,... politische Parteien,... oder Belegschaften weitergereicht werden, so führt dies dazu, dass die Vorstände Informationen nur zögerlich... geben. Langfristig führt dies zu einer Aushöhlung und Entwertung des Aufsichtsrats in seiner Funktion als Kontrollorgan“. Man hätte also erwarten dürfen, dass sich der Referentenentwurf mit den Auswirkungen seines Vorschlags auseinandersetzt und aufzeigt, welche Vorteile mit ihm verbunden

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner bei Simmons & Simmons LLP, Düsseldorf.

1 S. mit Unterschieden § 108 I 1 Nr. 9 GO NRW (hierzu OLG Köln, DStR 2009, 2329 L); § 123 a II 3 HessGO; Art. 94 III BayGO.

2 St. 2. 11. 2010, <http://www.bmj.bund.de/files/-/4749/RefE%20Gesetz%20zur%20Änderung%20des%20AktG%20-%20Aktienrechtsnovelle%202011.pdf>. Zu den hier behandelten Aspekten des Entwurfs s. auch Bungert/Wettich, ZIP 2011, 160 (164); Diekmann/Nolting, NZG 2011, 6 (10).

3 S. nur BGHZ 64, 325, (332) = NJW 1975, 1412; Hüffer, AktG, 9. Aufl. (2010), § 116 Rdnr. 6; Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. (2010), § 116 Rdnr. 79; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. (2008), Rdnr. 254.

4 BT-Dr 14/8769, S. 18. S. auch „Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes“ unter 3.1.1.