

Unternehmenskrisen und Unternehmenspleiten

Was müssen Aufsichtsräte verantworten?

Leitfaden zur Prüfung von Pflichtverletzungen
von Aufsichtsräten

Dr. rer. pol. Michael Harz,

Dipl.-Kfm. Klaus Wagner,

Dipl.-Bw. Martina Bornmann

MHP Michael Harz ProJure GmbH

Saarbrücken · Frankfurt am Main



Gliederung	Seite
1 <u>Das Dilemma der Aufsichtsräte</u>	3
2 <u>Darstellung der Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats</u>	5
2.1 Allgemeines	5
2.2 Zusammensetzung des Aufsichtsrats, Anforderungen an den Aufsichtsrat	6
2.3 Der Aufsichtsratsvorsitzende	7
2.4 Aufgaben und Befugnisse des Aufsichtsrats	7
➤ Zustimmungsvorbehalt	8
➤ Berichtspflicht	10
➤ Einberufung der Hauptversammlung	11
➤ Abberufung des Vorstands	11
➤ Aufsichtsratssitzungen	12
➤ Klage auf Schadenersatz	13
2.5 Haftung des Aufsichtsrats	15
3 <u>Beispielfall aus der Gutachterpraxis</u>	16
4 <u>Checkliste zur Prüfung von Pflichtverletzungen</u>	20



1 Das Dilemma der Aufsichtsräte

Bei spektakulären Unternehmenszusammenbrüchen oder aktuell bei der weltweiten Finanzmarktkrise wird häufig die Frage nach den Verantwortlichen gestellt.

Wie anhand der vergangenen Bilanzskandale und der Finanzkrise ersichtlich ist, scheinen einige der Aufsichtsratsmitglieder die mit dem Aufsichtsratsmandat verbundenen Aufgaben nicht in ausreichendem Maße erfüllen zu können.

War früher die Position des Aufsichtsratsmitglieds eher mit Prestige und Repräsentation verbunden, werden mittlerweile erhebliche Anforderungen an die Aufsichtsräte gestellt und die Tätigkeit ist nicht mehr als risikoarm einzustufen. Insbesondere dem Aufsichtsratsvorsitzenden wird ein immer stärkeres Gewicht beigemessen.

Aufgrund der in den vergangenen Jahren verschärften Gesetze und Richtlinien („KonTraG“, „Deutscher Corporate Governance Kodex“) sollten die Mitglieder des Kontrollorgans daher über umfangreiche Fachkenntnisse sowie ein hohes Maß an Kompetenz und Professionalität verfügen. Die Anforderungen an den Aufsichtsrat sind durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) aus Mai 2009 u.a. hinsichtlich der Unabhängigkeit und der Qualifikation der Aufsichtsräte sowie hinsichtlich des Prüfungsausschusses weiter erhöht worden.

Insbesondere im Rahmen von ausstehenden komplexen und für das Unternehmen risikoreichen Entscheidungen sollte das Aufsichtsratsmitglied über das Wissen und die Erfahrung verfügen, das zur kompetenten Bewältigung des Aufgabenbereichs erforderlich ist. Der Ruf nach sogenannten Berufsaufsichtsräten wird dabei immer lauter.

Kritische Diskussionen sind in den letzten Jahren insbesondere in Bezug auf die oftmals angewandte Praxis aufgekommen, dass ehemalige Vorstandsvorsitzende zu Aufsichtsratsvorsitzenden berufen werden sowie hinsichtlich der Möglichkeit, eine Vielzahl von Aufsichtsratsmandaten gleichzeitig wahrzunehmen. In internen Regelungen des Deutschen Gewerkschaftsbundes wurde daher bereits fest-

gelegt, die Anzahl der wahrzunehmenden Aufsichtsratsmandate auf zwei Mandate zu begrenzen.

Im vorliegenden Aufsatz wird zunächst auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats und die bestehenden Anforderungen an den Aufsichtsrat eingegangen. Die sich aus der Rechtsgrundlage (§§ 95 bis 116 AktG) ergebenden Aufgaben, Befugnisse und Risiken des Aufsichtsrats werden nachfolgend dargestellt und gewürdigt.

Im Anschluss wird anhand eines anonymisierten Fallbeispiels aus der Gutachterpraxis dargestellt, wie die Versäumnisse und Pflichtverletzungen von Aufsichtsräten geprüft werden können. Abschließend wird eine "Checkliste" vorgestellt, die als Leitfaden zur Prüfung von Pflichtverletzungen von Aufsichtsräten verwendet werden kann.



2 Darstellung der Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats

2.1 Allgemeines

Im Gegensatz zu dem in anderen Ländern verbreiteten monistischen System (Zusammenfassung von Aufsicht und Leitung eines Unternehmens in einem Gremium) wird in Deutschland das dualistische System angewandt, d.h. es erfolgt eine Trennung von Geschäftsführung und Überwachung in gesonderten Gremien (Vorstand und Aufsichtsrat).

Das Aktiengesetz schreibt die Bildung eines Aufsichtsrats für Aktiengesellschaften (AG), Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA) und bestimmte Genossenschaften vor; auch bei einer GmbH kann ein Aufsichtsrat eingerichtet werden.

Die §§ 95 bis 116 AktG bilden hierbei die Rechtsgrundlage für die Arbeit des Aufsichtsrats.

Diese gesetzlichen Regelungen wurden konkretisiert und ergänzt durch das im Jahr 1998 in Kraft getretene Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), das Transparenz- und Publizitätsgesetz aus dem Jahr 2002 sowie den Deutschen Corporate Governance Kodex aus dem Jahr 2002 (Erstveröffentlichung am 20.08.2002, aktuelle Fassung vom 18.06.2009).

Die wesentlichen Aufgaben des Aufsichtsrats liegen in der Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder (§ 84 AktG), der Überwachung der Geschäftsführung (§ 111 AktG) und der Feststellung des Jahresabschlusses (§ 172 AktG).

Die wichtigste Aufgabe des Aufsichtsrats ist die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung durch den Vorstand. Hierbei hat der Aufsichtsrat gemäß § 116 AktG in Verbindung mit § 93 AktG die Sorgfalt und Verantwortung eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.



2.2 Zusammensetzung des Aufsichtsrats, Anforderungen an den Aufsichtsrat

Es wird differenziert zwischen dem nicht mitbestimmten Aufsichtsrat und dem mitbestimmten Aufsichtsrat (Mitbestimmung durch Arbeitnehmervertreter und evtl. weitere Mitglieder).

Die Vertreter der Anteilseigner werden von der Hauptversammlung bzw. der Gesellschafterversammlung gewählt, die Arbeitnehmervertreter werden von den Mitarbeitern des Unternehmens gewählt.

Der Aufsichtsrat besteht aus mindestens 3 Mitgliedern (§ 95 AktG); durch die Satzung des Aufsichtsrats kann jedoch eine höhere (durch drei teilbare) Anzahl festgesetzt werden (bis maximal 21 Mitglieder bei einem Grundkapital von mehr als 10 Mio. €). Dem Aufsichtsrat dürfen keine aktiven Vorstände angehören.

Jeder Aufsichtsrat sollte sich eine Geschäftsordnung geben, in der u.a. die Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat geregelt wird.

In vielen Aufsichtsräten kommt es zur Bildung fachlich qualifizierter Ausschüsse (zur Steigerung der Effizienz), insbesondere wird ein Prüfungsausschuss gebildet, der sich mit den Fragen der Rechnungslegung und der Abschlussprüfung auseinandersetzt.

Die Mitglieder des Aufsichtsrats sollten gemäß dem Deutschen Corporate Governance Kodex über die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen.

Der direkte Wechsel des bisherigen Vorstandsvorsitzenden bzw. eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat ist durch eine Änderung des Aktiengesetzes erschwert worden (§ 100, Absatz 2 AktG).

Ein Aufsichtsratsmitglied darf bei insgesamt höchstens 10 Gesellschaften im Aufsichtsrat tätig sein (§ 100, Absatz 2 AktG).



2.3 Der Aufsichtsratsvorsitzende

Der Vorsitzende des Aufsichtsrats nimmt eine besondere Stellung innerhalb des Aufsichtsrats ein.

Im Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 18.06.2009 wird unter Punkt 5.2 ausgeführt, dass der Aufsichtsratsvorsitzende regelmäßig mit dem Vorstand, insbesondere mit dem Vorsitzenden des Vorstands Kontakt halten soll. Der Aufsichtsratsvorsitzende wird über wichtige Ereignisse, die für die Beurteilung der Lage und Entwicklung sowie für die Leitung des Unternehmens von wesentlicher Bedeutung sind, unverzüglich durch den Vorstandsvorsitzenden informiert.

Der Aufsichtsrat hat einen sehr engen Kontakt zum Vorstand zu halten. In der Praxis findet der enge Kontakt auf der Ebene Vorstand/Vorstandsvorsitzender zu Aufsichtsratsvorsitzender statt. Auch inhaltlich treffen den Aufsichtsratsvorsitzenden deshalb besondere Rechte und Pflichten. Allerdings kann der Aufsichtsratsvorsitzende ohne besondere Bestimmung nicht den Aufsichtsrat vertreten.

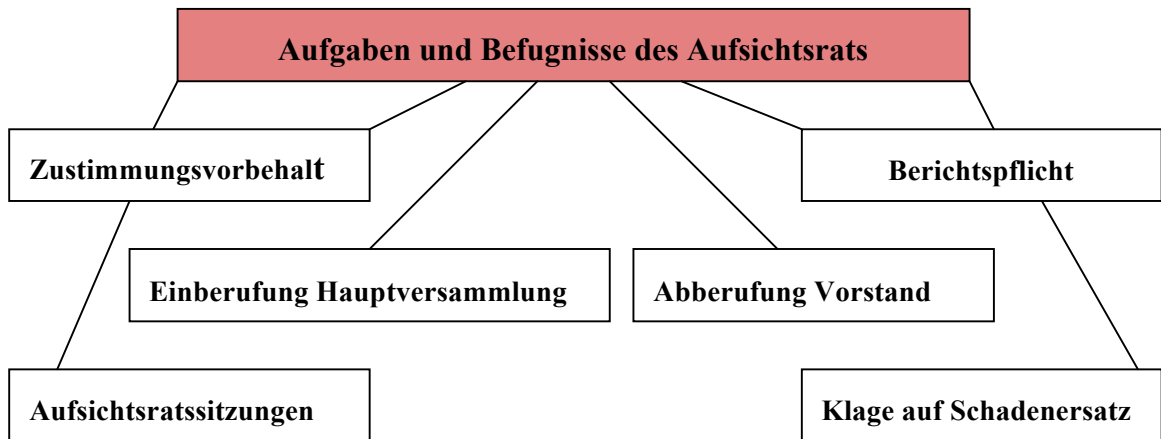
2.4 Aufgaben und Befugnisse des Aufsichtsrats

Durch den Aufsichtsrat werden die Mitglieder des Vorstands bestellt und entlassen.

Die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats liegt darin, den Vorstand bei der Leitung des Unternehmens regelmäßig zu beraten (vgl. „Kodex“) und zu überwachen (vgl.

§ 111 AktG). Problematisch ist hierbei die Auslegung des Begriffs "Überwachung", denn dem Wortlaut der Vorschrift (§ 111 AktG) ist über den Umfang der Kontrollaufgabe nichts zu entnehmen. Weitere Pflichten des Aufsichtsrats sind die Prüfungspflicht (hinsichtlich des Konzern- und Jahresabschlusses des Unternehmens) und die Berichtspflicht.

Anhand des Aktiengesetzes ergeben sich folgende **Überwachungs-, Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten des Aufsichtsrats**:



Nachfolgend werden diese näher erläutert:

➤ Zustimmungsvorbehalt

Die wichtigste Kontrollmöglichkeit für den Aufsichtsrat ist die Möglichkeit des Zustimmungsvorbehalts. Die Satzung oder der Aufsichtsrat können gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG vorsehen, dass bestimmte Arten von Geschäften vom Vorstand nur mit der Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen. Unter den Begriff des Geschäftes fallen sowohl Rechtsgeschäfte der Aktiengesellschaft, als auch unternehmensinterne Maßnahmen wie z.B. Investitions- und Organisationsentscheidungen. Eine Generalklausel der Art "alle Geschäfte, die über die gewöhnlichen Geschäftsbeziehungen hinausgehen" ist jedoch wegen Unbestimmtheit nichtig.

Verweigert der Aufsichtsrat die Zustimmung zu einem Geschäft, kann der Vorstand von dem Geschäft absehen oder die Hauptversammlung anrufen, die gemäß § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG, soweit die Satzung nichts anderes vorsieht, mit $\frac{3}{4}$ Mehrheit die Zustimmung des Aufsichtsrats ersetzen kann.



Möchte der Aufsichtsrat die Zustimmung zu einem Geschäft verweigern oder nur unter bestimmten Auflagen erteilen, so ist er verpflichtet, die Gründe für seine Entscheidung dem Vorstand darzulegen und ihm zu erläutern, wie der Vorstand die Geschäftsführungsmaßnahme gegebenenfalls gestalten kann. Der Vorstand kann seine Geschäftsführung und zukünftigen Planungen in einer einigermaßen berechenbaren Weise nur dann durchführen, wenn ihm auch für die Zukunft klar ist, bei welchen Maßnahmen ihm gegebenenfalls die Zustimmung des Aufsichtsrats erteilt bzw. verweigert würde.

Zustimmungsvorbehalte haben deshalb nur Hilfsfunktion bei der Ausübung der Überwachungsaufgabe. Dieser Charakter des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG als Ausnahmevorschrift zu Satz 1 folgt schon aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung: § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG steht hinter der generellen Norm des Satz 1. Das Wort "jedoch" in Satz 2 bringt deutlich die Einschränkung des Satz 1 in Form der Ausnahme zum Ausdruck.

Der Sinn und Zweck des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG ist es nicht, dem Aufsichtsrat die Geschäftsführung zuzuweisen und die generelle Vorschrift des Satz 1 auszuhebeln. Die Zustimmungsvorbehalte sind ein Mittel der Aufsicht. Das Bestreben des Gesetzes, den Aufsichtsrat im Rahmen des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG nicht zum Geschäftsführungsorgan zu machen, ergibt sich insbesondere auch aus § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG, demgemäss sich der Vorstand dem ablehnenden Votum des Aufsichtsrates nicht beugen muss, sondern die Hauptversammlung anrufen kann. Der entscheidende Zweck des § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG ist es zu verhindern, dass der Aufsichtsrat in allen wichtigen Geschäftsführungsfragen das letzte Wort behielte und der Vorstand sich dem Aufsichtsrat bei Unstimmigkeiten bezüglich der Geschäftsführung beugen müsste.

Problematisch ist allerdings die Frage, wie mit Notfällen zu verfahren ist. § 111 Abs. 4 AktG sieht nicht die Möglichkeit der Herbeiführung einer Dringlichkeitsentscheidung vor.

Hier bietet es sich an, für Dringlichkeitsfälle gleich bei der Anordnung des Zustimmungsvorbehaltes eine Regelung zu treffen, etwa der Art, dass in solchen Fällen die Einwilligung des Aufsichtsratsvorsitzenden, die Entscheidung eines



Ausschusses, soweit dieser schneller entscheiden kann, oder eine nachträgliche Genehmigung durch den Aufsichtsrat einzuholen ist.

Wenn z.B. Maschinen oder Geräte, die für den Produktionsvorgang unerlässlich sind, ausfallen, kann der Vorstand oft, wenn er massiven Schaden von der Gesellschaft abwenden will, nicht auf den Beschluss des Aufsichtsrats über die Zustimmung warten, obwohl er ihn wegen der mit der Anschaffung verbundenen Kosten einholen müsste.

➤ Berichtspflicht

Gemäß § 90 AktG hat der Vorstand den Aufsichtsrat über die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung, über die Rentabilität der Gesellschaft, über den Gang der Geschäfte und über Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können, zu berichten. Für die Häufigkeit dieser Berichte schreibt das Gesetz bestimmte Fristen vor. Es kommt hierbei darauf an, dass der Aufsichtsrat auf die zeitnahe Befolgung der turnusmäßigen Berichtspflichten (ggf. Geschäftsordnung) seitens des Vorstands drängt. Die Berichte sind nicht nur auf Plausibilität, sondern auch auf inhaltliche Richtigkeit hin zu untersuchen.

Gemäß § 90 Abs. 3 AktG kann der Aufsichtsrat bzw. jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied vom Vorstand jederzeit einen Bericht über Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Eine überschießende Pflicht des Vorstandes zur Berichterstattung birgt jedoch Gefahren für die gesetzliche Eigenverantwortlichkeit der Geschäftsführung des Vorstandes. Der Vorstand könnte seine Entscheidungsfreudigkeit verlieren, müsste er ständig damit rechnen, über jede - auch laufende - Angelegenheit dem Aufsichtsrat berichten zu müssen. Der Vorstand könnte sich gegen ein solches Gebaren auch kaum wehren: Erkennt man nämlich eine umfassende Informationspflicht des Vorstandes an, so wird sich der Vorstand im Einzelfall schwer tun, ein Berichtersuchen des Aufsichtsrats abzulehnen, da die Nichterfüllung der Berichtspflicht grundsätzlich einen wichtigen Grund zur Abberufung darstellt (§ 84 Abs. 3 AktG).



➤ Einberufung der Hauptversammlung

Gemäß § 111 Abs. 3 AktG kann der Aufsichtsrat eine Hauptversammlung einberufen, wenn das Wohl der Gesellschaft es fordert.

Der gesetzliche Regelfall ist jedoch die Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes in Geschäftsführungsfragen gemäß § 76 Abs. 1 AktG unter Ausschluss der Hauptversammlung (§ 119 Abs. 2 AktG).

§ 111 Abs. 3 Satz 1 AktG ist somit lediglich eine ergänzende Hilfsbefugnis zu anderen Überwachungsbefugnissen. So kann sich der Aufsichtsrat z.B. vor der Abberufung des Vorstandes dadurch rückversichern, dass er die Hauptversammlung zum Zwecke des Vertrauensentzuges (§ 84 Abs. 3 Satz 1 AktG) einberuft oder die Geltendmachung von Ersatzansprüchen beschließen lässt. Für eine darüber hinausgehende Einberufung zur Behandlung von Geschäftsführungsfragen ist jedoch kein Raum. Gemäß § 119 Abs. 2 AktG darf die Hauptversammlung über Fragen der Geschäftsführung nicht befinden, solange keine Anfrage des Vorstandes vorliegt.

➤ Abberufung des Vorstands

Gemäß § 84 Abs. 3 AktG kann der Aufsichtsrat die Bestellung zum Vorstandsmitglied und die Ernennung zum Vorsitzenden des Vorstands widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher Grund ist namentlich grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung, es sei denn, dass das Vertrauen aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen worden ist. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalles. Als grobe Pflichtverletzung gelten u.a. strafbare Handlungen – auch im privaten Bereich –, mangelnde Offenheit gegenüber dem Aufsichtsrat, Aneignung von Gesellschaftsvermögen, hohe Verschuldung.

Eine eigenverantwortliche Leitung der Aktiengesellschaft ist nur dann möglich, wenn der Vorstand nicht ständig die sofortige Abberufung zu befürchten hat.



Insbesondere müssen, um eine einigermaßen selbständige und vorausschauende Geschäftspolitik betreiben zu können, die Abberufung und deren Gründe für den Vorstand vorhersehbar sein. Die Abberufung als schärfste Waffe darf erst dann zum Einsatz kommen, wenn mildere, weniger einschneidende Mittel nicht zum Erfolg führen. Mit anderen Worten: Hält sich der Aufsichtsrat aufgrund von Fehlern der Geschäftsführung zur Abberufung des Vorstandes für berechtigt, so hat der Aufsichtsrat zunächst zu versuchen, im Wege der Beratung dem Vorstand die aus seiner Sicht zulässigen Maßnahmen zu erläutern, um den Vorstandsmitgliedern die Möglichkeit zu geben, die Geschäftsführung nach diesen Vorstellungen auszurichten. Erst wenn der Vorstand die Ratschläge des Aufsichtsrats nicht in ausreichendem Maße berücksichtigt, ist als äußerstes Mittel die Abberufung gerechtfertigt.

Dadurch, dass der Gesetzgeber für die außerordentliche Abberufung des Vorstandes einen wichtigen Grund verlangt und im übrigen eine (auch ordentliche) Beendigung des Organverhältnisses ohne Vorliegen besonderer Gründe nicht zulässt, kommt sein Bestreben zum Ausdruck, die Unabhängigkeit des Vorstandes zu sichern. § 84 Abs. 3 AktG ist im Zusammenhang mit § 76 Abs. 1 AktG zu lesen. Die ständige Angst, abberufen zu werden, würde den Vorstand in eine Abhängigkeit vom Aufsichtsrat bringen, die mit der Stellung des Vorstandes (Verantwortlichkeit für die Geschäftsführung) nicht in Einklang zu bringen wäre.

Fraglich kann allerdings sein, ob bei der Beurteilung des wichtigen Grundes dem Aufsichtsrat ein subjektiver Beurteilungsspielraum in der Weise zusteht, dass die rein subjektive Erschütterung des Vertrauens des Aufsichtsrats in die Geschäftsführung als solche einen wichtigen Grund darstellt. Die Meinungen sind diesbezüglich geteilt, wobei das OLG München die Ansicht vertritt, dass der Vertrauenszug durch den Aufsichtsrat generell ein wichtiger Grund sei.

➤ Aufsichtsratssitzungen

Das Aktiengesetz schreibt in § 110 die Einberufungs- und Sitzungsfrequenz für börsennotierte Gesellschaften zwingend auf zwei Zusammenkünfte pro Kalenderhalbjahr vor. Die Aufsichtsratssitzungen bieten den Aufsichtsratsmitgliedern



die Möglichkeit, die Berichte des Vorstands zu diskutieren und den anwesenden Vorstand zu befragen.

➤ Klage auf Schadenersatz

Bei Hinweisen auf eine Pflichtverletzung des Vorstands bestimmt sich das Einschreiten seitens des Aufsichtsrats dadurch, ab wann sich das Aufsichtsratsmitglied selbst haftbar macht oder wegen Verstoßes gegen § 266 StGB einer Strafverfolgung unterzogen werden kann. Der Aufsichtsrat macht sich in jedem Fall dann schadenersatzpflichtig, wenn dem Unternehmen aufgrund des Fehlverhaltens von Vorstandsmitgliedern ein Schaden entstanden ist, und der Aufsichtsrat aus falscher Rücksichtnahme keinen Schadenersatzanspruch gegen die Vorstandsmitglieder geltend macht, oder solche Ersatzansprüche bewusst verjähren lässt.

Fazit zu den Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrats

Das Aktiengesetz enthält nur wenige Möglichkeiten des Aufsichtsrats, Verfehlungen des Vorstands zu ahnden. Im Wesentlichen wird hierbei auf grobe Verstöße des Vorstands bzw. auf die Haftung des Aufsichtsrats abgestellt.

Der Aufsichtsrat wacht darüber, dass der Vorstand seine Pflichten einhält, er muss den Vorstand zur Pflichterfüllung anhalten, ggf. muss er den Vorstand in schwerwiegenden Fällen abberufen. Allerdings darf der Aufsichtsrat dabei nicht mittelbar die Geschäftsführung an sich ziehen (§ 111 Abs. 4 Satz 1 AktG). Er muss das unternehmerische Ermessen des Vorstandes respektieren. Der Aufsichtsrat kann insbesondere dem Vorstand keine Weisungen erteilen.

Liegt eine Verletzung des Gesetzes oder der Satzung der Aktiengesellschaft vor, wird man die Frage, ob der Aufsichtsrat einschreiten muss oder nicht, bejahen müssen. Hat der Vorstand bei einem riskanten Geschäft schlichtweg Pech ge-



habt, kann der Aufsichtsrat, soweit ein wichtiger Grund nach § 84 Abs. 3 AktG vorliegt, den Vorstand abberufen.

Die eigentliche Aufgabe des § 111 AktG ist die Kompetenzabgrenzung zwischen den Organen Vorstand (Geschäftsführung, § 76 Abs. 1 AktG) und Aufsichtsrat (Kontrolle, § 111 Abs. 1 AktG). Beide Aufgabenbereiche sind, jedenfalls im Grundsatz, separiert und unvereinbar. Mehr ist diesen generellen Vorschriften zum Inhalt der Kontrollaufgabe nicht zu entnehmen. Dieser kann durch die Analyse der dem Aufsichtsrat in anderen Vorschriften zugebilligten Rechte bestimmt werden, denn die Überwachungspflicht kann nur soweit gehen, wie zu ihrer Durchsetzung dem Aufsichtsrat Befugnisse an die Hand gegeben sind. § 111 Abs. 1 AktG enthält selbst keine Befugnisse gegenüber dem Vorstand; nur soweit die speziellen Rechte überhaupt die Durchsetzung der Überwachung ermöglichen, kann man von einer Überwachungsaufgabe sprechen. Der Inhalt der in § 111 Abs. 1 AktG in Abgrenzung zum Aufgabenbereich des Vorstandes global und unbestimmt niedergelegten Überwachungspflicht lässt sich daher nur anhand der dem Aufsichtsrat in den speziellen Normen zugebilligten Rechte messen.

Gemäß § 112 AktG vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gegenüber dem Vorstand gerichtlich und außergerichtlich. Die Vertretung des Aufsichtsrats muss sich allerdings im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Aufgabenverteilung halten. Da der Aufsichtsrat die Geschäftsführung nicht an sich ziehen darf, ist es ihm auch untersagt, den Vorstand auf Unterlassung bestimmter Maßnahmen zu verklagen.

Zum einen gehört zur Rechtmäßigkeit der Geschäftsführung, dass diese formell ordnungsgemäß abläuft, d.h. z.B. alle Handelsregistereintragungen ordnungsgemäß vorgenommen werden. Insofern ist der Aufsichtsrat grundsätzlich zu einer umfassenden Kontrolle berufen, wobei natürlich nicht jeder kleinere Verstoß sofort in die Kontrollkompetenz des Aufsichtsrats fällt; auch hier kann sich der Aufsichtsrat auf die Überwachung der wesentlichen Vorgänge beschränken, sog. Leitungsmaßnahmen oder Einzelmaßnahmen von wesentlicher Bedeutung.

2.5 Haftung des Aufsichtsrats

Für die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder bei Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten gelten dieselben Maßstäbe wie für den Vorstand. Damit kommt der Gesellschaft die Beweislastumkehr gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zugute, nach der im Streitfall das jeweilige Aufsichtsratsmitglied zu beweisen hat, dass es bei der Ausübung seiner Überwachungstätigkeiten die erforderliche Sorgfalt hat walten lassen.



3 Beispielfall aus der Gutachterpraxis

Wie die Ausführungen in Kapitel 2 "Darstellung der Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats" zeigen, hat der Aufsichtsrat zwar einerseits die Aufgabe, die Arbeit des Vorstands zu überwachen und zu kontrollieren, andererseits sind seine Möglichkeiten, den Vorstand zu sanktionieren, jedoch eingeschränkt.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Aufsichtsrat den Vorstand kontrollieren soll, der Aufsichtsrat dabei aber nicht mittelbar die Geschäftsführung an sich ziehen darf.

Da sich Versäumnisse und Pflichtverletzungen der Aufsichtsräte in der Regel aus der Überwachungs- und Kontrollfunktion ergeben, können in der Regel immer nur dann Verfehlungen des Aufsichtsrats vorliegen, wenn Verstöße der Vorstände auftreten. Im Rahmen der Prüfung von Versäumnissen und Pflichtverletzungen der Aufsichtsräte sind deshalb in einem ersten Schritt mögliche Fehler des Vorstands zu ermitteln.

In einem nächsten Schritt ist dann zu prüfen, wann der Aufsichtsrat von diesen Versäumnissen und Pflichtverletzungen Kenntnis erlangt hat und wie der Aufsichtsrat auf diese reagiert hat.

Besteht beispielsweise der Verdacht, dass der Aufsichtsrat mitverantwortlich für eine Unternehmensinsolvenz ist, so ist zu prüfen, wann die Insolvenz des Unternehmens tatsächlich eingetreten ist und ob gegebenenfalls eine Insolvenzverschleppung vorliegt. Des Weiteren sind die Gründe für die Unternehmensinsolvenz zu ermitteln. Darüber hinaus ist festzustellen, wann die Krise, die schließlich zum Insolvenzantrag führte, begann und welche Anzeichen es dafür gab.

Zur Aufklärung dieser Sachverhalte ist ein betriebswirtschaftliches Gutachten notwendig, das eine Analyse des Rechnungswesens (Jahresabschlüsse, Buchhaltung, Geschäftsberichte) sowie weiterer Geschäftsunterlagen des Unternehmens beinhaltet.



Die Tätigkeit des Aufsichtsrats wird insbesondere in den Protokollen der Aufsichtsratssitzungen dokumentiert. Inwieweit dem Aufsichtsrat Versäumnisse und Pflichtverletzungen anzulasten sind, kann durch eine Prüfung dieser Sitzungsprotokolle unter Berücksichtigung der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat, der Geschäftsordnung für den Vorstand und weiterer relevanter Unternehmensrichtlinien festgestellt werden.

Nachfolgend ist ein Fall aus der Gutachterpraxis dargestellt.

ABC Internet AG

Die ABC Internet AG war ein junges Unternehmen der Internet-Branche. Die beiden Gründer des Unternehmens leiteten die Geschäfte. Nach den ersten Erfolgen wurden mit Hilfe des Börsengangs die für die weitere Entwicklung der Geschäfte notwendigen Mittel zur Verfügung gestellt. Zwei Jahre nach dem Börsengang war das Unternehmen jedoch illiquide und die Vorstände stellten den Antrag auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der ABC Internet AG.

Es stand der Verdacht im Raum, dass der Insolvenzantrag verspätet gestellt worden war und dass der Aufsichtsrat seine Kontrollpflichten verletzt hatte.

Im Rahmen der Gutachtenerstellung wurde zuerst der tatsächliche Eintritt der Insolvenzreife der ABC Internet AG geprüft. Die Analyse der Geschäftsunterlagen der ABC Internet AG ergab, dass die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft bereits sechs Monate vor Insolvenzantrag eingetreten war.

Bezüglich möglicher Versäumnisse und Pflichtverletzungen des Aufsichtsrats der ABC Internet AG wurden folgende Prüfungen vorgenommen bzw. Feststellungen getroffen:

Die Prüfung der Satzung der ABC Internet AG ergab, dass der Aufsichtsrat eine Geschäftsordnung für den Vorstand aufzustellen hatte, in der u.a. die Handlungen und Maßnahmen aufzuführen waren, welche der Vorstand nur mit ausdrücklicher vorheriger Zustimmung des Aufsichtsrats vornehmen durfte.



Die Geschäftsordnung für den Vorstand der ABC Internet AG enthielt in § 7 die Zustimmungsvorbehalte. Demnach bedurfte der Vorstand u.a. für folgende Geschäfte der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats:

- a) Erwerb, Veräußerung, und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten
- b) Erwerb, Veräußerung von und Verfügungen über Beteiligungen gleich welcher Art
- c) Eingehen von Interessensgemeinschaften oder Kartellen
- d) Einbringung eines Teils oder des gesamten Gesellschaftsvermögens in ein anderes Unternehmen
- e) Aufnahme neuer und Aufgabe vorhandener Geschäftszweige
- f) Veränderung der Kerngeschäftsfelder und wesentliche Änderungen der Produkt- und Marketingstrategie

Sowohl die Satzung der ABC Internet AG, als auch die Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat bestimmte, dass über die Sitzungen des Aufsichtsrats eine Niederschrift anzufertigen war, die vom Sitzungsvorsitzenden zu unterzeichnen war.

Zur Beurteilung der Arbeit des Aufsichtsrats der ABC Internet AG lagen uns sämtliche Protokolle der Aufsichtsratssitzungen der Gesellschaft vor. Anhand der vorliegenden Protokolle stellten sich nachfolgende Sachverhalte heraus:

Geschäftszahlen

Anhand der Sitzungsprotokolle war festzustellen, dass der Aufsichtsrat in zahlreichen Sitzungen den Vorstand aufforderte, ein aussagekräftiges Berichtswesen mit Zahlenmaterial und Erläuterungen vorzulegen.

Das vorläufige Ergebnis der ABC Internet AG per 31.12. wurde in der Aufsichtsratssitzung am 05.02. des Folgejahres bekannt gegeben. Demnach waren bei einem Umsatz von 32,9 Mio EUR ein EBIT von 3,5 Mio EUR und ein Ergebnis nach Steuern von 0,7 Mio EUR erzielt worden.



In der Sitzung am 14.03. wurde der Jahresabschluss durch den Aufsichtsrat festgestellt. Entgegen der vorläufigen Zahlen war im abgelaufenen Geschäftsjahr jedoch ein Fehlbetrag ausgewiesen worden.

In einer weiteren Sitzung am 19.10. wurden die Ergebnisse des dritten Quartals vorgelegt. In dieser Sitzung wurde über die Gefahr eines Liquiditätsengpasses gesprochen und der Aufsichtsrat zeigte sich besorgt über das bestehende Finanzierungsrisiko. In einer handschriftlichen Ergänzung des Protokolls fordert der Aufsichtsrat einen dritten Geschäftsführer für den Bereich Finanzen, da der Vorstand trotz mehrfacher Aufforderungen keine verlässlichen Zahlen vorlegen konnte.

Im Protokoll zur Sitzung am 16.12. wird ausgeführt, dass sich die Gesellschaft am Rande der Zahlungsunfähigkeit bewege.

In der nächsten Sitzung am 11.03. wird der vorläufige Jahresabschluss der ABC Internet AG per 31.12. des Vorjahres vorgelegt. Die Gesellschaft erzielte ein negatives EBIT von 12 Mio EUR, obwohl der Vorstand zwei Monate vorher noch eine EBIT-Schätzung von +8 Mio EUR abgegeben hatte. Der Aufsichtsrat stellte den Jahresabschluss einstimmig fest, rügte jedoch die viel zu späte Mitteilung der Verschlechterung des Ergebnisses.

Die Geschäftszahlen der ABC Internet AG waren regelmäßig Tagesordnungspunkte in den Sitzungen des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsrat hatte den Vorstand häufig auffordern müssen, diverse Liquiditäts- und Businesspläne vorzulegen. Spätestens nach den Sitzungen im Oktober und Dezember, in denen die angespannte Liquiditätslage der Gesellschaft thematisiert worden war, hätte der Aufsichtsrat reagieren und den Vorstand stärker überwachen müssen. Insbesondere hätte der Aufsichtsrat den Vorstand auffordern müssen, die Liquiditätslage der Gesellschaft regelmäßig zu überprüfen und dem Aufsichtsrat, zumindest jedoch dem Aufsichtsratsvorsitzenden, auch zeitnah zu berichten.



4 Checkliste zur Prüfung von Pflichtverletzungen

Prüfung der Pflichtverletzungen des Aufsichtsrates
<u>Organisation des Aufsichtsrates</u>
Satzung der Gesellschaft hinsichtlich der Regelungen zum Aufsichtsrat
Geschäftsordnung des Aufsichtsrates
Geschäftsordnung des Vorstandes
Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte
Zahl der Aufsichtsratssitzungen
Protokolle der Aufsichtsratssitzungen
Anwesenheit der Mitglieder bei Aufsichtsratssitzungen
<u>Personelle Aspekte</u>
Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder
Anzahl der Aufsichtsratsmandate der Aufsichtsratsmitglieder
<u>Aufsichtsrats-Ausschüsse</u>
Zahl der Aufsichtsrats-Ausschüsse
Kompetenz der Mitglieder der Aufsichtsrats-Ausschüsse
Protokolle der Ausschusssitzungen
<u>Informationsversorgung</u>
Information des Aufsichtsratsvorsitzenden durch Vorstand
Information des Aufsichtsrates durch Vorstand
Information des Aufsichtsrates durch Aufsichtsratsvorsitzenden
Information des Aufsichtsrates durch die Aufsichtsrats-Ausschüsse