

05.13

ZCG

Zeitschrift für
Corporate Governance

8. Jahrgang
Oktober 2013
Seiten 193–240

www.ZCGdigital.de

Leitung und Überwachung in der Unternehmens- und Prüfungspraxis

Fachbeirat:

Prof. Dr. Alexander Bassen,
Universität Hamburg

Prof. Dr. Dr. h. c. Theodor Baums,
Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt am Main

Prof. Dr. Thomas Berndt,
Universität St. Gallen

WP/StB Prof. Dr. Manfred Bolin,
International School of Management,
Dortmund

Dr. Christine Bortenlänger,
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied
Deutsches Aktieninstitut e. V.

Prof. Dr. Henning Herzog,
Quadriga Hochschule Berlin

Ulrich Hocker, Hauptgeschäftsführer
Deutsche Schutzvereinigung für
Wertpapierbesitz e. V.

Prof. Dr. Anja Hucke, Universität Rostock

Prof. Dr. Annette G. Köhler,
Universität Duisburg-Essen

Prof. Dr. Stefan Müller, Helmut Schmidt
Universität Hamburg

Prof. Dr. Axel von Werder,
Technische Universität Berlin

WP/StB Prof. Dr. Norbert Winkeljohann,
Mitglied des Vorstands

PricewaterhouseCoopers AG/WPG

Prof. Dr. Henning Zülch,
Handelshochschule Leipzig (HHL)

ZCG Management

Internationalität im Top-Management deutscher
Konzerne [Schmid / Wurster, 197]

Familienunternehmen als Garant für eine ausgeprägte
Vertrauenskultur? [Hiebl, 204]

Controlling als Träger der Integration des Unterneh-
mensziels der Nachhaltigkeit [Wömpener / Bernatzky,
210]

ZCG Recht

Die Überwachungspflichten und Haftungsrisiken
des Aufsichtsrats [Fissenewert, 214]

Aktuelle Rechtsprechung zur Corporate Governance
[Gebhardt, 220]

ZCG Prüfung

Beziehungen zwischen Interner Revision und Auf-
sichtsrat [Boecker / Zwirner, 224]

ZCG Rechnungs- legung

Integrated Reporting und Nachhaltigkeitsbericht-
erstattung [Dienes / Velte, 229]

IFRS-Kongress 2013: Tätigkeitsbericht der DPR [Hillmer,
235]

Die Überwachungspflichten und Haftungsrisiken des Aufsichtsrats in der Krise des Unternehmens

Erhöhte Anforderungen aufgrund mittlerweile gesetzter Rechtsansichten

Prof. Dr. Peter Fissenewert*

Mehr und mehr stehen Aufsichtsräte nicht nur in massiver Kritik, sondern auch vor Gericht. Die Zeiten, als Aufsichtsräte bessere Frühstücksdirektoren waren, sind vorbei. Zwar treffen Aufsichtsräte selbst kaum unternehmerische Entscheidungen, sie sind aber verpflichtet, die Arbeit der Vorstände zu überwachen. Erfolgt eine Überwachung nicht oder mangelhaft, drohen empfindliche Haftungsszenarien. Dies gilt nunmehr verschärft auch in der Krise des Unternehmens.

1. Einführung

Neben dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung kann u. U. auch den Aufsichtsrat eine empfindliche Haftung treffen. Die gemütlichen Zeiten, als Aufsichtsräte ihr Aufsichtsratsmandat als eine Art Feierabendjob oder Ehrenposten behandelt haben, sind endgültig vorbei¹. So monierte einst zu Recht der ehemalige Vorstandschef von Arcandor, *Thomas Middelhoff*, der sich mittlerweile selbst Haftungsansprüchen gegenüber sieht: „Es gibt drei Berufe, die man nicht erlernen muss – Ehemann, Politiker und Aufsichtsrat. Zumindest beim letzteren sollte sich das ändern.“²

Die Aktualität der Frage nach Schadensersatzansprüchen bei Verletzung dieser Pflichten und der persönlichen Haftung von Mitgliedern des Aufsichtsrats hat sich spürbar erst in den letzten Jahren entwickelt. Nicht zuletzt auch im Zuge der Finanzmarktkrise wurden Aufsichtsräte immer stärker zur Zielscheibe von Haftungsprozessen. Den Beginn dieser Entwick-

lung machte zuvor die sog. ARAG/Garmbeck-Entscheidung des BGH³. Hierdurch sahen sich Aufsichtsratsmitglieder dazu veranlasst, Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder geltend zu machen, um wiederum ihr eigenes Haftungsrisiko auszuschließen. Mit dem gesteigerten Haftungsrisiko für Vorstandsmitglieder haben sich zugleich die Überwachungspflichten sowie das eigene Haftungsrisiko des Aufsichtsrats verstärkt. Wir haben es mit einer neuen Haftungskultur zu tun, u. a. auch deshalb, weil für Vorstand und Aufsichtsrat abgeschlossene D&O-Versicherungen eine Risikoverlagerung auf die „abgesicherten“ Gesellschaftsorgane fördern⁴. Geschätzt werden derzeit ca. 500 Aufsichtsräte in Deutschland juristisch auf Schadensersatzhaftung in Anspruch genommen.

Dieser Haftungstrend hat mittlerweile auch im Insolvenzrecht Einzug genommen. Die Rechtsprechung hat sich in den letzten Jahren mit der Aufsichtsratshaftung bei Insolvenzureife verstärkt beschäftigt und klare Verhaltens- / sowie Reakti-

onspflichten für Aufsichtsratsmitglieder herausgearbeitet. Aufsichtsratsmitglieder sind daher gut beraten, ihr Pflichtenprogramm im Rahmen einer Krise bzw. einer Insolvenz zu kennen. Nur so lassen sich bei drohenden Insolvenzen haftungsrechtliche Fallstricke vermeiden.

2. Normierte Verhaltenspflichten des Aufsichtsrats nach Gesetz und DCGK⁵

Gem. § 111 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen. Es handelt sich hierbei wohl um die wichtigste Aufgabe des Aufsichtsrats⁶. Davon ist auch die Pflicht des Aufsichtsrats umfasst, die Schaffung eines Überwachungssystems nach § 91 Abs. 2 AktG zu überprüfen.

Wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert, hat der Aufsichtsrat gem. § 111 Abs. 3 Satz 1 AktG eine Hauptversammlung einzuberufen.

Daneben ist auch der DCGK zu berücksichtigen, der wesentliche gesetzliche Vorschriften zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften darstellt und international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung enthält⁷. Wegen der erfreulicherweise fortschreitenden Compliance-Entwicklung in deutschen, auch nicht-börsennotierten Unternehmen sind die Grundzüge des DCGK auch auf eben diese nicht-börsennotierten Unternehmen anzuwenden.

* Prof. Dr. jur. Peter Fissenewert ist Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei Buse Heberer Fromm, (www.buse.de). Er leitet dort die bundesweite Practice Group Restrukturierung Sanierung Insolvenz.

1 Vgl. Fissenewert, in: Grundeis/Zaumseil, Der Aufsichtsrat im System der Corporate Governance, Berlin 2011, S. 447.

2 Vgl. Terpitz, Aufsichtsrat mit TÜV-Plakette, HB vom 2. 12. 2007, S. 31 (abrufbar unter http://www.dvai-ev.eu/fileadmin/user_upload/presse/Handelsblatt_-_Aufsichtsrat_mit_TUEV-Plakette.pdf).

3 BGH vom 21. 4. 1997 – II ZR 175/95, NJW 1997 S. 1926 ff.

4 Vgl. Hambloch-Gesinn/Gesinn, in: Hölters, AktG, München 2011, § 116 Rn. 4.

5 DCGK i. d. F. v. 13. 5. 2013.

6 BGH v. 20. 9. 2011 – II ZR 78/09, NZI 2010 S. 913.

7 Näher hierzu in: Grundeis/Zaumseil, Der Aufsichtsrat im System der Corporate Governance, Berlin 2011, S. 57 ff.

► Bereits die aktienrechtliche Gesetzssystematik bietet eine Handlungsgrundlage, um den Aufsichtsrat im Falle eines Überwachungsverschuldens in Regress zu nehmen. ◀

Der Kodex selbst beinhaltet keine unmittelbare gesetzliche Regelung.

Gem. Teilziff. 3.1 DCGK arbeiten Vorstand und Aufsichtsrat zum Wohle des Unternehmens eng zusammen. Der Aufsichtsrat soll die Informations- und Berichtspflichten des Vorstands näher festlegen. Nach Teilziff. 5.1.1 DCGK ist es die Aufgabe des Aufsichtsrats, den Vorstand bei der Leitung des Unternehmens regelmäßig zu beraten und zu überwachen. Er ist in Entscheidungen von grundlegender Bedeutung für die Unternehmen einzubinden. Regelungen zu besonderen Pflichten des Aufsichtsrats in der Krise und Insolvenz der Gesellschaft sind im DCGK nicht vorhanden.

Nach § 116 Satz 1 AktG gilt für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder § 93 AktG mit Ausnahme von § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG über die Sorgfaltspflicht und Verantwortung der Vorstandsmitglieder sinngemäß.

Auch wenn durch § 116 AktG eine Innenhaftung von Aufsichtsratsmitgliedern bereits i. d. F. des Aktiengesetzes von 1965 gegeben war⁸, erfreute sich dieses Thema in der Praxis jedoch geringer Bedeutung. Bis zu dem Zeitpunkt der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH vom 21. 4. 1997⁹ existierte wenig bis gar keine Rechtsprechung zu der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern. Diese konnten zumindest bis dato frei agieren, ohne mit erheblichen Haftungskonsequenzen rechnen zu müssen¹⁰.

Systematisch ist die allgemeine Aufsichtsratshaftung aus § 116 AktG abzuleiten, der auf das Regelwerk der Vorstandshaftung (§ 93 AktG) verweist¹¹. Eine Pflichtverletzung durch ein Vorstandsmitglied i. S. des § 93 Abs. 2 bzw. i. S. des Sondertatbestands des § 93 Abs. 3 AktG kann demnach auch eine gleichzeitige Pflichtverletzung auf der Ebene des überwachenden Aufsichtsrats gem. § 116 Satz 1 AktG i. V. mit § 93 AktG auslösen, sofern Überwachungspflichten durch mangelnde Sorgfalt verletzt werden. Insbesondere die Tatsache, dass durch § 116 Satz 1 AktG auch auf Sondertatbestände des § 93 Abs. 3 AktG verwiesen wird, lässt jedoch die berechtigte Nachfrage zu, warum die o.g. Urteile ein derartiges Haftungsnovum darstellen. Aus der Verweisungskette des § 116 Satz 1

AktG auf § 93 Abs. 3 Nr. 6 i. V. mit § 92 Abs. 2 AktG geht ausweislich des Gesetzeswortlauts eindeutig hervor, dass derjenige zu einem Ersatz verpflichtet ist, der entgegen § 92 Abs. 2 AktG Zahlungen leistet, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder sich ihre Überschuldung ergeben hat. Dies trifft auch den jeweiligen Aufsichtsrat, dem im Zuge seiner Überwachungspflichten ein Verstoß gegen das Zahlungsverbot nicht aufgefallen ist.

Anders als es der Wortlaut – „nachdem die Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist“ – nahe legen würde, setzt der Zeitpunkt des Zahlungsverbots unmittelbar ab Eintritt der Insolvenzreife ein: das heißt schon vor und nicht erst ab Eintritt der Insolvenzantragspflicht¹².

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass bereits die aktienrechtliche Gesetzssystematik eine Handlungsgrundlage bietet, um den Aufsichtsrat im Falle eines Überwachungsverschuldens in Regress zu nehmen. Dieser Kombination von Wortlaut und Systematik der §§ 116 und 93 AktG kann hingegen nicht vorab die Aufsichtsratspflicht zu einem Hinwirken auf Stellung eines Insolvenzeröffnungsantrags entnommen werden. Eine derartige Pflicht wurde erst durch Literatur und Rechtsprechung mittels konkretisierter Überwachungspflichten des Aufsichtsrats gefordert.

3. Die Entwicklung der Aufsichtsratshaftung in der Krise im Überblick

Den Auftakt zu den präzisierten gesteigerten Überwachungspflichten und Haftungsrisiken des Aufsichtsrats in der Krise des Unternehmens bildete das BGH-Urteil vom 16. 3. 2009¹³. Der BGH ging hiermit erstmals näher auf die Innenhaftung des Aufsichtsrats bei Verstößen von Vorstandsmitgliedern gegen das Zahlungsverbot bei Insolvenzreife sowie einem mangelnden Hinwirken auf eine Insolvenzantragsstellung ein. Danach besteht eine Pflicht der Aufsichtsratsmitglieder, die Dichte der Kontrolle und den Beratungsaufwand zu erhöhen, sobald sich eine negative Entwicklung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft abzeichnet. Für diesen Fall

sind die Mitglieder des Aufsichtsrats verpflichtet, alle ihnen zur Verfügung stehenden Erkenntnisse gegenüber dem Vorstand auszuschöpfen (z. B. das Einfordern der Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat) und ggf. darauf hinzuwirken, dass der Vorstand bzw. die Geschäftsführung seine Pflichten erfüllt. Konkret bedeutet dies, dass der Vorstand rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt und keine Zahlungen während der Krise leistet, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar sind.

Leistet der Vorstand/die Geschäftsführung den Vorschlägen und Beschlüssen des Aufsichtsrats keine Folge, ist der Aufsichtsrat ggf. gezwungen, die Geschäftsführung abzurufen, um eventuell durch die Bestellung einer neuen Geschäftsführung die notwendigen Schritte während der Krise in die Wege zu leiten.

Zuvor hatte der BGH bereits entschieden, dass Mitglieder des Aufsichtsrats einer abhängigen Gesellschaft gem. § 116 AktG i. V. mit § 93 Abs. 1 Nr. 1 AktG verpflichtet sind, an die Muttergesellschaft vergebene Darlehen laufend auf eine Erhöhung des Kreditrisikos hin zu überprüfen und bei einer Verschlechterung der Bonität des Schuldners mit der Anforderung von Sicherheiten oder einer Kreditkündigung zu reagieren. Anderenfalls können gegen sie Schadensersatzforderungen geltend gemacht werden¹⁴.

Weitere Urteile¹⁵ folgten, die sich dem BGH-Urteil vom 16. 3. 2009 anschlossen. Der Aufsichtsrat hat für den Fortbestand

8 Die Haftung des Aufsichtsrats für Zahlungen nach Konkursreife regelt der Gesetzgeber erstmals im HGB i. d. F. vom 10. 5. 1897.

9 II ZR 175/95, NJW 1997 S. 1926 ff.

10 Vgl. Habersack, in: MüKo-AktG, 2008, § 116 Rn. 7; Fisseneuert, in: Grundel/Zaumseil, Der Aufsichtsrat im System der Corporate Governance, Berlin 2011, S. 447.

11 Grundlegend dazu Zaumseil, in: Grundel/Zaumseil, Der Aufsichtsrat im System der Corporate Governance, Berlin 2011, S. 425 ff.

12 BGH v. 16. 3. 2009 – II ZR 280/07, NZI 2009 S. 491.

13 BGH v. 16. 3. 2009 – II ZR 280/07, NZI 2009 S. 490 ff.

14 BGH v. 1. 12. 2008 – II ZR 102/07, ZIP 2009 S. 70.

15 BGH v. 20. 9. 2010 – II ZR 78/09, NZI 2010 S. 903; OLG Düsseldorf v. 31. 5. 2012 – I-16 U 176/10, ZInsO 2013 S. 85.

► Der Aufsichtsrat ist für alle Umstände, die gegen eine Insolvenzzreife sprechen, beweisbelastet. ◀

und die Entwicklung des Unternehmens in der Krise seither an Bedeutung gewonnen. Die Aufsichtspraxis verlangt nun stets eine gesteigerte Überwachungsintensität und erhöhte Einbindung in unternehmerische Entscheidungen des krisengeplagten Unternehmens. Zwar muss der Aufsichtsrat nicht in die Geschäftsleitung eingreifen, zugleich aber alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausschöpfen, insbesondere zusätzliche Berichte anfordern, häufiger zu Sitzungen zusammentreten und dafür sorgen, dass der Vorstand mit Personen besetzt ist, die in der Lage sind, die Krise zu bewältigen¹⁶. So hat der Aufsichtsrat insbesondere zu prüfen, ob der Vorstand aufgrund der Krise personell verändert werden muss. Hierzu hat der Aufsichtsrat eine umfassende Analyse der Krisenursachen vorzunehmen und dabei festzustellen, ob personelle Änderungen im Vorstand geeignet sind, der Krise entgegenzusteuern. Im Falle einer nicht ausreichenden Wahrnehmung dieser erhöhten Aufsichtsratspflichten drohen entsprechende Haftungsszenarien.

4. Die Rechtsprechung zu den gesteigerten Überwachungs- und Haftungsrisiken des Aufsichtsrats in der Krise des Unternehmens

4.1 Haftung des Aufsichtsrats wegen Rückzahlung eines Darlehens in der Krise

In dem bereits erwähnten Fall¹⁷ war die Aktiengesellschaft insolvenzreif. Stellen die Mitglieder des Aufsichtsrats die Insolvenzzreife fest, so haben sie darauf hinzuwirken, dass der Vorstand rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt und keine Zahlungen leistet, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters eines Unternehmens unvereinbar sind. Verstößt der Aufsichtsrat gegen diese Sorgfaltspflicht schuldhaft, kann er der Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet sein. Erforderlichenfalls muss der Aufsichtsrat ein ihm unzuverlässig erscheinendes Vorstandsmitglied abberufen. Dem Aufsichtsrat obliegt die Beweislast dafür, dass er seine Sorgfaltspflichten erfüllt hat oder dass

ihn jedenfalls an der Nichterfüllung kein Verschulden trifft. Der dem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt stellte zugleich einen Sonderfall dar. Hier wurde innerhalb der Insolvenzzreife ein von einem Aufsichtsratsmitglied valutiertes Darlehen an jenes Aufsichtsratsmitglied zurückgezahlt. Die Kenntnis des Rückzahlungsumstands musste sich dem Aufsichtsrat daher bereits aufdrängen. Streitig war lediglich die Kenntnis der Gesellschaftverschuldung. Beweisrechtlich standen sich hier zwei Positionen gegenüber. In den Vorinstanzen vertrat der Insolvenzverwalter die Meinung, dass sich durch die Begleitumstände (Filienschließungen, etc.) eine Krise und somit eine gesteigerte Überwachungspflicht dem beklagten Aufsichtsratsmitglied hätte aufdrängen müssen. Hierzu führte das betroffene Aufsichtsratsmitglied freilich an, dass keinerlei Hinweise für eine Krise bestünden.

Auch zur Beweisthematik hat der BGH eine klare Aussage getroffen. Der BGH sieht die Beweislast hier auf Seiten des Aufsichtsrats. Laut BGH oblag es dem betroffenen Aufsichtsratsmitglied, Umstände darzulegen, in welchen Punkten stille Reserven oder sonstige für eine Überschuldungsbilanz maßgeblichen Werte in der Handelsbilanz nicht abgebildet waren¹⁸.

Konkret bedeutet dies, dass der Aufsichtsrat für alle Umstände, die gegen eine Insolvenzzreife sprechen, beweisbelastet ist. Wenn der Aufsichtsrat schon den Beweis führen muss, dass keine Insolvenzzreife vorlag, dann ist er bei bereits bestehender Insolvenzzreife erst Recht beweisbelastet, wenn er trotz steigender Überwachungspflichten versucht vorzutragen, er habe hiervon keine Kenntnis gehabt.

4.2 Haftung des Aufsichtsrats bei Zahlungen in der Krise an externe Gläubiger

Ähnlich wie zuvor der BGH urteilte auch jüngst das OLG Düsseldorf¹⁹. Stellt der Aufsichtsrat fest, dass die Aktiengesellschaft insolvenzreif ist, muss er darauf hinwirken, dass der Vorstand rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt und keine Zahlungen leistet, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar sind. Da

bei unterschiedlich dem dem Urteil des OLG Düsseldorf zugrundeliegende Sachverhalt von jenem BGH-Urteil vom 16.3.2009 in einem wesentlichen Punkt. Hier lag ein Verstoß gegen das Zahlungsverbot nicht infolge einer Zahlung an ein Aufsichtsratsmitglied vor, sondern aufgrund von Zahlungen an unternehmensexterne Gläubiger. Die Verteidigungsstrategie des Aufsichtsrats beinhaltete auch in diesem Fall den Vortrag, dass keine Kenntnis bezüglich einer Überschuldung bestanden habe. Dies sei aus dem vorgelegten vorläufigen Jahresabschluss seiner Zeit nicht ersichtlich gewesen. Dieser Argumentation des Aufsichtsrats schloss sich das mit dem Fall vorinstanzlich befasste LG Düsseldorf mit der Begründung an, dass dem vorläufigen Jahresabschluss tatsächlich keine Überschuldung zu entnehmen sei und sich die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats auf die Prüfung des Jahresabschlusses beschränke.

Mit den vorab dargestellten Ausführungen zu einer gesteigerten Überwachungspflicht bei Insolvenzzreife hatte der klagende Insolvenzverwalter allerdings Erfolg, da in einer Krisensituation der Gesellschaft alle zugänglichen Erkenntnisquellen des Aufsichtsrats abschließend ausgeschöpft werden müssen, um der Überwachungspflicht eines sorgfältigen Aufsichtsrats nachzukommen. Stellt der Aufsichtsrat dabei fest, dass die Gesellschaft insolvenzreif ist, hat er darauf hinzuwirken, dass der Vorstand rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt und keine Zahlungen leistet, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar sind. Erforderlichenfalls muss er ein ihm unzuverlässig erscheinendes Vorstandsmitglied abberufen²⁰.

16 Vgl. Hüffer, 2012, § 111 AktG Rn. 7; Schmittmann, in: Grundei/Zaumseil, Der Aufsichtsrat im System der Corporate Governance, Berlin 2011, S. 171.

17 BGH v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, NZI 2009 S. 490.

18 BGH v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, NZI 2009 S. 491.

19 OLG Düsseldorf v. 31.5.2012 – I-16 U 176/10, BeckRS 2012, 21503.

20 OLG Düsseldorf v. 31.5.2012 – I-16 U 176/10, BeckRS 2012, 21503; Hopt/Roth, in: Großkommentar zum AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 313 ff.; MüKo/Habersack, AktG, 3. Aufl. 2008, § 111 Rn. 44 ff.

► **In einer Krisensituation muss sich der Aufsichtsrat ein genaues Bild von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft verschaffen und hierbei alle ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen.** ◀

Bei ernstzunehmenden Informationen genügt es nicht, wenn das Aufsichtsratsmitglied sich mit einer Frage an den Vorstand und dessen verneinender Antwort begnügt²¹.

Sofern dies nicht gegeben sei, haftet der Aufsichtsrat nach §§ 116 Satz 1 AktG i. V. mit §§ 93 Abs. 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 AktG für einen Verstoß gegen das Zahlungsverbot sowie für ein unterlassenes Hinwirken auf die Stellung eines Insolvenzantrags²².

4.3 Haftung eines fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH

Bei der sog. Doberlug-Entscheidung des BGH²³ machte der Insolvenzverwalter eines kommunalen Unternehmens (Stadwerke Doberlug-Kirchhain GmbH i. L.) Haftungsansprüche gegenüber dem freiwillig eingerichteten Aufsichtsrat der GmbH geltend. Den Haftungsanspruch begründete der Insolvenzverwalter mit der Verletzung der Überwachungspflichten des fakultativ eingerichteten Aufsichtsrats, da der Geschäftsführer der GmbH gegen das Zahlungsverbot während der Insolvenzreife verstoßen hatte.

Rechtlich war dieser Fall vor allem dahingehend interessant, ob die oben dargestellten und bestätigten Grundsätze der Aufsichtsratshaftung bei Insolvenzreife auch auf einen freiwillig eingerichteten Aufsichtsrat übertragbar sind.

Mit Urteil vom 20.9.2010 führte der BGH aus, dass nur dann die oben dargestellte Aufsichtsratshaftung (bei einem fakultativen Aufsichtsrat) einschlägig ist, wenn durch den Verstoß gegen das Zahlungsverbot auch ein tatsächlicher Gesellschaftsschaden entstanden ist.

Verbotswidrige Zahlungen, die zur Erfüllung von Verbindlichkeiten verwendet werden, führen jedoch lediglich zu einer Verkürzung der Bilanzsumme, nicht aber zu einem Vermögensschaden. Es wird „lediglich“ die Insolvenzmasse zu Lasten der Insolvenzgläubiger minimiert. Dies wiederum stellt nach Ansicht des BGH einen Schaden auf Insolvenzgläubigerseite dar, der über den Umstand der Innenhaftung nach § 116 AktG nicht vom Haftungsumfang abgedeckt wird²⁴. Eine Außenhaf-

tung kommt nach den Ausführungen des BGH zwar über § 116 i. V. mit § 93 Abs. 3 AktG in Betracht, findet allerdings auf fakultative Aufsichtsräte keine Anwendung. Diese Abstufung und die Erforderlichkeit eines oben beschriebenen Schadens begründet der BGH mit der unterschiedlichen Kompetenzgewichtung zwischen notwendigem und fakultativem Aufsichtsrat. Die Überwachungspflichten seien nicht gleich zu gewichten, da es dem fakultativen Aufsichtsrat an der Kompetenz zu einer gestaltenden Überwachung fehle – dies um beispielsweise den gegen das Zahlungsverbot verstoßenden Geschäftsführer abberufen zu können. Der fakultative Aufsichtsrat sei daher zu privilegieren.

Ob es bei dieser einschränkenden privilegierten Haftung des fakultativen Aufsichtsrats auch in Zukunft bleibt, wird abzuwarten sein, denn bei konsequenter Weiterverfolgung der Haftungsverschärfungstendenzen des BGH ist auch hier in Zukunft mit einer Haftung zu rechnen. Da der BGH den fakultativen Aufsichtsrat (noch) privilegiert, weil er nicht „im Interesse der Allgemeinheit in die Pflicht genommen“ werden kann, hat der BGH gleichfalls (noch) nicht gefordert, dass der fakultative Aufsichtsrat im Zweifel den Vorstand abberufen muss.

Im Übrigen hat der BGH aber die Ausführungen des Urteils vom 16.3.2009 übernommen und nochmals bestätigt.

4.4 Haftung des Aufsichtsrats als faktischer Vorstand

Schon aus dem Wortlaut des § 15 Abs. 1 Satz 1 InsO ergibt sich, dass die Insolvenzantragspflicht lediglich den Vorstand trifft. Eine Verpflichtung des Aufsichtsrats, Insolvenzantrag für die Aktiengesellschaft zu stellen, kommt aber dann in Betracht, wenn der Aufsichtsrat oder Mitglieder des Aufsichtsrats sich soweit in die Geschäftsführung der Gesellschaft einmischen, dass sie als faktischer Vorstand angesehen werden können²⁵. Der Aufsichtsrat als dann faktisches Organ ist zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung verpflichtet²⁶. Eine originäre Insolvenzantragspflicht für den Aufsichtsrat ergibt sich, wenn die Gesellschaft führungslos

ist. Im Falle der Führungslosigkeit einer Aktiengesellschaft ist gem. § 15a Abs. 3 InsO auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, diese Person hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis.

Nach der Rechtsprechung kommt eine Inanspruchnahme des nominell bestellten Geschäftsführers einer GmbH für Steuerschulden einer Kapitalgesellschaft nach Auffassung des BFH auch dann in Betracht, wenn dieser lediglich als „Strohmann“ eingesetzt worden ist und die faktischen Geschäftsführer die Geschicke der Gesellschaft bestimmten²⁷. Diese Grundsätze sind auch für die Haftung des Aufsichtsrats anwendbar, wenn er sich als faktischer Vorstand der Aktiengesellschaft geriert²⁸.

4.5 Zusammenfassung der(s) Überwachungspflichten/Überwachtungsverschuldens des Aufsichtsrats

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Aufsichtsrat bei sich verschlechternder Lage des Unternehmens seine Überwachungstätigkeiten intensivieren muss. Seine Überwachungspflichten nach § 111 AktG steigen somit entsprechend²⁹. In einer Krisensituation muss sich der Aufsichtsrat daher ein genaues Bild von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft verschaffen und hierbei alle ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen³⁰.

21 OLG Düsseldorf v. 31. 5. 2012 – I-16 U 176/10, BeckRS 2012, 21503; MüKo/Habersack, AktG, 3. Aufl. 2008, § 116 Rn. 33.
22 OLG Düsseldorf v. 31. 5. 2012 – I-16 U 176/10, BeckRS 2012, 21503.
23 BGH v. 20. 9. 2010 – II ZR 78/09, NZI 2010 S. 913.
24 BGH v. 20. 9. 2010 – II ZR 78/09, NZI 2010 S. 913.
25 Schmittmann, in: Grundei/Zaumseil, Der Aufsichtsrat im System der Corporate Governance, Berlin 2011, S. 173.
26 Himmelskamp/Schmittmann, StuB 2006 S. 406–408; BGH v. 11. 7. 2005 – II ZR 235/03, NZI 2006 S. 63.
27 BFH v. 11. 3. 2004 – VII R 52/02, BB 2004 S. 1092.
28 Schmittmann, in: Grundei/Zaumseil, Der Aufsichtsrat im System der Corporate Governance, Berlin 2011, S. 176.
29 Vgl. Habersack, in: MüKo-AktG, 3. Aufl. 2008, § 111 Rn. 45.
30 Vgl. BGH v. 1. 12. 2008 – II ZR 102/07, NJW 2009 S. 850 ff.

► **Die Überprüfungs- und Überwachungsmaßnahmen sollten stets auch ordentlich dokumentiert werden, damit sie dem Aufsichtsrat im Zweifel als Entlastung dienen können.** ◀

Die Aufsichtsratsüberwachung ist dann ggf. auf die Stufe einer unterstützenden oder sogar gestaltenden Überwachung anzuheben. Unter eine unterstützende Überwachung fällt z. B. das Anfordern spezieller auf die drohende Insolvenzsituation ausgelegter Berichte sowie ggf. das Abhalten von Sondersitzungen. Darüber hinaus kann der Aufsichtsrat bei anhaltender Verschlechterung der Unternehmenslage sogar zu einer gestaltenden Überwachung verpflichtet sein. Gestaltende Überwachung ist beispielsweise die Beauftragung von Sachverständigen, welche die Überschuldungslage analysieren und Vorschläge zu einer Restrukturierung unterbreiten. Als äußerste Maßnahme der gestaltenden Überwachung kann sogar die Abberufung des Vorstands in Erwägung zu ziehen sein³¹.

Der Aufsichtsrat ist daher bereits kraft seiner originären Kompetenzen zu einer gesteigerten Überwachung in Krisensituationen verpflichtet. Vor diesem Hintergrund ist letztendlich ein Verschließen vor der Kenntnis einer ggf. eingetretenen Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit nicht möglich, was wiederum bei einem Verstoß des Vorstands gegen ein Zahlungsverbot (§ 92 Abs. 2 AktG) zu einem automatischen Verstoß der Sorgfaltspflicht und zu einer Haftung des Aufsichtsrats nach § 116 AktG führt.

Die gesteigerte Überwachungspflicht beinhaltet außerdem auch eine Verpflichtung des Aufsichtsrats, darauf hinzuwirken, dass der Vorstand rechtzeitig einen Insolvenzeröffnungsantrag stellt³². Diese Pflicht gilt bislang nicht für den fakultativen Aufsichtsrat³³.

5. Fazit und Handlungsempfehlungen

Die steigende Frequenz der einheitlichen höchstrichterlichen Entscheidungen zu einem zuvor nahezu „jungfräulich“ behandelten Thema verdeutlicht vor allem Eines: Die diesbezüglichen Rechtsansichten sind mittlerweile gesetzt und nicht mehr disponibel. Von dem Organ des Aufsichtsrats verlangen sie nunmehr gesteigerte Überwachungspflichten in Krisenzeiten der Gesellschaft. Alle Aufsichtsräte einer kriselnden Aktiengesellschaft sollten daher für dieses Thema sensibilisiert sein und eher überobligatorische Überwachungshandlungen vornehmen als einen zu geringen Prüfungsmaßstab anzusetzen, zumal aufgrund geschaffener Rechtssicherheit zu erwarten ist, dass Insolvenzverwalter eine Aufsichtsratshaftung künftig in ihre ständigen Überlegungen miteinbeziehen.

Die Überprüfungs- und Überwachungsmaßnahmen sollten stets auch ordentlich

dokumentiert werden, damit sie dem Aufsichtsrat im Zweifel als Entlastung dienen können. Aufsichtsräte sollten sich überdies ständig weiterbilden.

Es steht zu vermuten, dass die Anforderungen an die Aufsichtsratshaftung noch strenger werden. Dies gilt auch für den bislang noch in Grenzen privilegierten Bereich des fakultativen Aufsichtsrats. Wer aber schon einen Aufsichtsrat freiwillig einrichtet, möchte auch eine funktionierende Aufsicht haben. Versagt diese Aufsicht, ist im Grunde nicht einzusehen, warum eine freiwillige Aufsicht privilegiert sein soll.

Vordergründig mag das Thema „Haftung des Aufsichtsrats in der Krise bzw. Insolvenz“ nur ein Nischenthema sein; tatsächlich ist es dies nicht. Unabhängig von der beeindruckenden Zahl von Insolvenzen ist hier zu beachten, dass ein Großteil der Anträge zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens verspätet ist. Welche Rolle der Aufsichtsrat bei dieser verspäteten Insolvenzantragstellung spielen kann, zeigt uns die aktuelle Rechtsprechung deutlich und wird uns in Zukunft noch näher beschäftigen.

31 Vgl. Habersack, in: MüKo-AktG, 3. Aufl. 2008, § 111 Rn. 45; BGH v. 16. 3. 2009 – II ZR 280/07, NZI 2009 S. 490.

32 Vgl. Spindler, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 111 Rn. 90.

33 BGH v. 20. 9. 2010 – II ZR 78/09, NZI 2010 S. 913.