

Berichterstattung bildet die Grundlage einer effektiven Überwachung und auch Beratung des Vorstands durch den Aufsichtsrat (*Hüffer* § 90 Rn. 1). Sie ist unerlässlich für die Gewährleistung der nachhaltigen Funktionsfähigkeit der Gesellschaft, zumal sie neben der bloßen Überwachung auch die Expertise des Aufsichtsrats für Vorstandsentscheidungen nutzbar machen kann und den Vorstand zur Selbstkontrolle anhält (MüKo-AktG/*Spindler* § 90 Rn. 1).

2. Mit dem KonTraG aus dem Jahre 1998 sind die Berichtspflichten des Vorstands inhaltlich von der Lage der Gesellschaft und dem Gang der Geschäfte auf geschäftsführungsimmanente Entscheidungen im Bereich der Investitions-, Finanz- und Personalplanung erweitert worden, § 90 Abs. 1 AktG. In § 90 Abs. 2 AktG ist die Häufigkeit der Berichterstattung geregelt, die je nach Gegenstand der Berichtspflicht unterschiedlich ist. Selbst wenn der Vorstand seiner Berichtspflicht innerhalb dieser Fristen nachkommt, kann der Aufsichtsrat gemäß § 90 Abs. 3 AktG jederzeit einen Bericht verlangen über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen im Sinne des § 15 AktG und über sämtliche Vorgänge in diesen Unternehmen, die die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft erheblich beeinflussen können. Für die Ausübung dieses Verlangens muss der Aufsichtsrat einen Beschluss gemäß § 108 AktG fassen (*Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 90 Rn. 41; MüKo-AktG/*Spindler* § 90 Rn. 2).

3. Der Vorstand muss dem Bericht bei Fehlen einer anders lautenden Satzungs- oder Geschäftsordnungsklausel einstimmig zustimmen, da es sich um eine Geschäftsführungsmaßnahme handelt, § 77 Abs. 1 S. 1 AktG. Lässt sich keine Einstimmigkeit erzielen, so sind die Meinungsverschiedenheiten des Vorstands im Bericht darzulegen. Besteht keine Einigung über die Erforderlichkeit eines Sonderberichts, § 90 Abs. 1 S. 3 AktG, so darf die Berichterstattung dementsprechend nicht erfolgen (*Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 90 Rn. 9; MüKo-AktG/*Spindler* § 90 Rn. 7).

4. Neben den in § 90 AktG geregelten Berichtspflichten enthält das AktG weitere Tatbestände, die eine Berichtspflicht des Vorstands begründen. Dazu gehören zunächst sämtliche Vorstandsmaßnahmen, die eine Zustimmung des Aufsichtsrats erfordern (beispielsweise nach § 111 Abs. 4 AktG), da der Aufsichtsrat den erforderlichen Zustimmungsbeschluss nur unter Zugrundelegung der relevanten Informationen fassen kann (*Hüffer* § 90 Rn. 2). Daneben ist der Aufsichtsrat über Maßnahmen der Risikoüberwachung nach § 91 Abs. 2 AktG und über Compliance-Fragen gemäß Ziff. 3.4 Abs. 2 DCGK zu informieren (*Hüffer* § 90 Rn. 2).

5. Umfang, Form und Zeitpunkt des Berichts sind in § 90 Abs. 4 AktG geregelt. Nach § 90 Abs. 4 S. 1 AktG hat der Bericht den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen. Der Bericht muss demnach alle wesentlichen Informationen enthalten und dem besonderen Regelungszweck, der auf eine effiziente Überwachung gerichtet ist, Rechnung tragen. Er muss klar gegliedert, übersichtlich, vollständig und sachlich zutreffend sein (*Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 90 Rn. 48; *Hüffer* § 90 Rn. 13). Zur sachlichen Richtigkeit gehört auch die Trennung von Tatsachen und Wertungen (*Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 90 Rn. 48; *Hüffer* § 90 Rn. 13).

6. Die Berichte sind mit Ausnahme des Berichts nach § 90 Abs. 1 S. 3 AktG in der Regel in Textform gemäß § 126 b BGB zu erstatten. Neben der Schriftform im engeren Sinne genügen daher auch E-Mail oder Telefax (*Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 90 Rn. 49). Gleichwohl empfiehlt es sich, auch Berichte nach § 90 Abs. 1 S. 3 AktG schriftlich festzuhalten (*Krieger/Sailer-Coceani*, in: *K. Schmidt/Lutter*, § 90 Rn. 57; MüKo-AktG/*Spindler* § 90 Rn. 12). Damit wird sowohl die Selbstkontrolle des Vorstands gewährleistet als auch eine nachhaltige Beweisbarkeit des Berichtsinhalts sichergestellt. Die Formerfordernisse gelten lediglich „in der Regel“. In Ausnahmefällen, beispielsweise bei Berichten über besonders aktuelle Entwicklungen oder geheimhaltungsbedürftige Umstände, kann auch eine mündliche Berichterstattung erfolgen (*Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 90 Rn. 49).

7. Die Berichte, die nicht turnusmäßig erfolgen, sind gemäß § 90 Abs. 4 S. 2 AktG ferner „möglichst“ rechtzeitig zu erstatten. Beziehen sie sich auf künftige Aufsichtsratssit-

zungen, sind sie so rechtzeitig vor der Sitzung einzureichen, dass die Aufsichtsratsmitglieder die Möglichkeit haben, sie zu lesen. Dienen Berichte nicht der Vorbereitung einer Sitzung, müssen sie den Aufsichtsrat so erreichen, dass er noch in Verfahrensabläufe eingreifen kann. Die Verwendung des einschränkenden „möglichst“ in § 90 Abs. 4 S. 2 AktG soll für Flexibilität sorgen. Der Vorstand muss die Berichte dem Aufsichtsrat so rechtzeitig zur Verfügung stellen, wie ihm dies unter Anwendung der gebotenen Leitungssorgfalt möglich ist (vgl. zum Ganzen: BegrRegE TransPuG, BT-Drs. 14/8769 S. 15; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 90 Rn. 50 f.; *Lutter/Krieger* Rn. 191 ff.). Form, Umfang und Zeitpunkt der Berichterstattung können entsprechend auch für die anderen Berichte, die der Vorstand an den Aufsichtsrat erstattet, herangezogen werden.

8. Der Vorstand verletzt seine Berichtspflicht, wenn der Bericht zu spät erfolgt oder unvollständig oder unrichtig ist. Da es sich bei der Berichtspflicht um eine wesentliche Vorstandspflicht handelt, kann eine Verletzung unter Umständen eine Abberufung aus wichtigem Grund rechtfertigen. Liegen die Voraussetzungen des § 93 AktG vor, ist auch eine Schadenersatzpflicht denkbar. Ferner kann das Registergericht gemäß § 407 Abs. 1 AktG im Zwangsgeldverfahren gegen Vorstandsmitglieder, die ihre Berichtspflichten verletzen, vorgehen. Schließlich ist zu bedenken, dass auch die Aufsichtsratsbeschlüsse, die auf einer nicht ordnungsgemäßen Berichterstattung beruhen, unter Umständen nichtig sein können.

IX. Organisationspflichten aus § 91 Abs. 2 AktG

§ 91 Abs. 2 AktG betont besondere Einzelaspekte der ohnehin gegebenen Leitungsverantwortung des Vorstands. Die Norm verknüpft eine Zielvorgabe – Früherkennung bestandsgefährdender Entwicklungen – mit organisatorischen Anforderungen, nämlich der Einrichtung eines Überwachungssystems (*Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 91 Rn. 90; *Hüffer* § 91 Rn. 6 ff.). Bereits diese Grundstruktur zeigt, dass die Norm weder zur Einrichtung eines umfassenden Compliance Management Systems noch zur Einführung eines allgemeinen Risikomanagementsystems verpflichtet (so aber *Berg* AG 2007, 271 ff.; *Lück* DB 1998, 8 f.; wohl auch IDW PS 450 S. 27 Tz. 106; *Säcker* NJW 2008, 3313, 3315; *Strieder* BB 2009, 1002, 1004). Denn das betriebswirtschaftlich Erstrebenswerte deckt sich nicht immer mit der juristisch erforderlichen Organisationsorgfalt (*Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 91 Rn. 34; vgl. auch *Dreher*, FS Hüffer, 2010, 161, 162; *Hüffer* § 91 Rn. 9; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, § 91 Rn. 14).

9 Dokument 9: Checkliste Organisationspflichten aus § 91 Abs. 2 AktG

Vorbemerkung: Die zu § 91 Abs. 2 AktG ergangenen Urteile und Stellungnahmen in der Literatur bieten Leitlinien für die Ausgestaltung eines Systems zur Bestandssicherung. Viele Einzelentscheidungen hängen aber von den besonderen Gegebenheiten des Unternehmens ab und müssen daher in jedem Einzelfall gesondert auf ihre Vereinbarkeit mit den Verpflichtungen aus § 91 Abs. 2 AktG geprüft werden.

- Check 1: Sind alle Risiken erfasst, deren nachteilige Veränderung eine wesentliche Auswirkung auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft haben können? Zur Kontrolle bietet sich beispielsweise ein Risk-Mapping-Prozess mit den jeweiligen Geschäftsbereichen bzw. Tochtergesellschaften an.
- Check 2: Ist sichergestellt, dass der Vorstand frühzeitig im Sinne des § 91 Abs. 2 AktG von nachteiligen Veränderungen erfährt? Zur Kontrolle bietet es sich an zu untersuchen, wann welche Informationen weitergeleitet werden und ob entsprechende Weisungen und Zeitpunkte festgelegt sind.
- Check 3: Ist das Überwachungssystem zur Erfüllung seiner Aufgabe geeignet? Sind Kontrollfragen Zuständigkeiten eindeutig zugewiesen? Sind das gesamte System und seine Abläufe hinreichend dokumentiert?

Anmerkungen:

1. Gemäß § 91 Abs. 2 AktG ist der Vorstand verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Der Gesetzgeber verlangt also in § 91 Abs. 2 AktG ausdrücklich nicht, dass bestimmte Risikozustände erkannt werden, vielmehr geht es um die Erkennung von nachteiligen Veränderungen (*Blasche* CCZ 2009, 62, 63; *Hüffer* § 91 Rn. 6). Besonderes Augenmerk ist dabei auf risikobehaftete Geschäfte zu legen, insbesondere im Derivatehandel sowie auf Unrichtigkeiten in der Rechnungslegung und auf Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften (*Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 91 Rn. 31). Spontane Geschehnisse sind davon abzugrenzen (*Seibert*, FS *Bezenberger*, 2000, 427, 437).

2. Die bezeichneten Entwicklungen müssen erkannt werden, wenn sie bestandsgefährdend sein können. Damit ist gemeint, dass sich die nachteiligen Veränderungen jedenfalls auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft wesentlich auswirken können. Wenn das der Fall ist, dürfte jedenfalls regelmäßig das Risiko einer Insolvenz der Gesellschaft steigen (vgl. zu Auslegungsfragen über den Grad der Erheblichkeit, den die Entwicklungen erreichen müssen: *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 91 Rn. 32; *Hüffer* § 91 Rn. 6; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, § 91 Rn. 9; *Liese* BB-Special 5/2008, 17 ff.).

3. Der Vorstand muss geeignete Maßnahmen ergreifen, um die vorstehend skizzierten Entwicklungen frühzeitig erkennen zu können. Eine Maßnahme ist geeignet, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung erwartet werden kann, dass der Vorstand die erforderlichen Informationen erhält. Die Entscheidung hierüber trifft der Vorstand im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens unter Berücksichtigung der nachteiligen Entwicklung und der Eigenheiten des konkreten Unternehmens (RegBegr KonTraG BT Drs. 13/9712 S. 15; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 91 Rn. 33; *Hüffer* § 91 Rn. 7). Frühzeitig erkennen kann der Vorstand eine Entwicklung, wenn dieser noch so rechtzeitig entgegengewirkt werden kann, dass sie keine bestandsgefährdenden Ausmaße annimmt (RegBegr KonTraG BT Drs. 13/9712 S. 15; *Blasche* CCZ 2009, 62, 63).

4. Die vorstehend skizzierten Maßnahmen müssen auch überwacht werden, damit sichergestellt ist, dass die relevanten Informationen den Vorstand frühzeitig erreichen (vgl. hierzu auch: *Liese/Schulz* BB 2011, 1347). Die konkrete Ausgestaltung ist mit Ausnahme regulierter Industrien (vgl. etwa § 25 a KWG und § 64 a KWG) gesetzlich nicht vorgeschrieben. Sie hängt vielmehr von den spezifischen Gegebenheiten des Unternehmens ab, beispielsweise von Größe und Branche in dem das Unternehmen tätig ist, sowie seiner Struktur. Ab einer bestimmten Unternehmensgröße dürfte die Einrichtung einer internen Revision und eines Controllings erforderlich sein, um den Überwachungsaufgaben nachkommen zu können (*Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 91 Rn. 36).

5. Das Risikomanagementsystem im Sinne des § 91 Abs. 2 AktG muss schließlich im Rahmen des Berichts nach § 289 Abs. 5 HGB dargelegt werden. Es reicht eine Darstellung der Strukturen und der Prozesse aus. Eine Beurteilung der Wirksamkeit wird in diesem Rahmen nicht gefordert (RegE BilMoG BT-Drs. 16/ 10.067 S. 76; *Hauptmann/Nowak* Der Konzern 2008, 426, 427).

6. Wird ein entsprechendes System nicht eingerichtet, kann der Vorstand für einen etwaigen Schaden, welcher der Gesellschaft durch ein nicht rechtzeitig erkanntes Risiko entsteht, gemäß § 93 AktG schadenersatzpflichtig sein (*Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 91 Rn. 46). Auch eine Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 StGB kommt in Betracht (*Brammsen wistra* 2009, 85, 91). Ferner kann ein Entlastungsbeschluss der Hauptversammlung nach wohl überwiegender, wenn auch umstrittener Ansicht angegriffen werden, wenn ein solches System zwar eingerichtet, aber nicht ausreichend dokumentiert ist (LG München I AG 2007, 417, 418 f.; *Hüffer* § 91 Rn. 8; a. A. *Theusinger/Liese* NZG 2008, 289, 290).

X. Vorstandsdoublemandate

Praktische Relevanz haben Doublemandate von Vorstandsmitgliedern in erster Linie in Konzernsachverhalten. Nicht selten leitet der Vorstand einer herrschenden Gesellschaft zugleich die Geschicke eines abhängigen Unternehmens als dessen Vorstand. Da außerhalb von Konzernsachverhalten Vorstandsdoublemandate kaum vorkommen (*Aschenbeck* NZG 2000, 1015, 1015), beschränken sich die folgenden Ausführungen auf Konzernsachverhalte.

10 Dokument 10: Checkliste Vorstandsdoublemandate

Vorbemerkung: Die Zahl denkbarer Interessenkonflikte von Doublemandatsträgern ist unüberschaubar groß. In der Folge können daher lediglich die häufigsten Fälle von Interessenkonflikten und die in diesem Zusammenhang gebotenen Handlungen dargestellt werden.

- Check 1: Der Wahrnehmung von Vorstands-Doublemandaten sollten die Aufsichtsräte sämtlicher beteiligten Gesellschaften zustimmen.
- Check 2: Doublemandatsträger unterliegen keinem generellen Stimmrechtsverbot bei Abstimmungen in der jeweils anderen Gesellschaft. Der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft soll jedoch daran gehindert sein, als Vorstand des herrschenden Unternehmens an Entlastungsbeschlüssen des abhängigen Unternehmens mitzuwirken, wenn er auf den Vorstand des herrschenden Unternehmens maßgeblichen Einfluss ausüben kann.
- Check 3: Nach zutreffender, wenngleich umstrittener, Auffassung ist ein Doublemandatsträger nicht daran gehindert, als Vorstand des herrschenden Unternehmens neue Aufsichtsratsmitglieder bei dem abhängigen Unternehmen in dessen Hauptversammlung zu bestellen.
- Check 4: Da die Rechtslage zu Stimmrechtsverboten bei Interessenkonflikten umstritten ist, erscheint es ratsam, dass sich der Doublemandatsträger jedenfalls bei erheblichen Interessenkonflikten und Entscheidungen über Maßnahmen von großer wirtschaftlicher Bedeutung der Ausübung des Stimmrechts enthält. Der Hinweis des Vorstandsmitglieds, sich wegen eines Interessenkonflikts der Stimme zu enthalten, schließt dessen Haftung grundsätzlich aus.
- Check 5: Auch Doublemandatsträger sind als Organe zur Vertraulichkeit verpflichtet. Eine Information der Organmitglieder der jeweils anderen Gesellschaft über vertrauliche Informationen ist jedoch nach herrschender Auffassung bei einem Vertragskonzern oder einem faktischen Konzern gestattet.
- Check 6: Insbesondere bei faktischen Konzernen hat die Wahrnehmung von Doublemandaten weitreichende Konsequenzen. Denn nach herrschender Auffassung lässt allein die Existenz von Doublemandaten vermuten, dass ein herrschendes Unternehmen ein abhängiges Unternehmen zu einer Maßnahme veranlasst hat. Ist die Maßnahme nachteilig, führt diese Veranlassung zur Ersatzpflicht des herrschenden Unternehmens.

Anmerkungen:

1. In der rechtswissenschaftlichen Literatur und in der Rechtsprechung besteht Einigkeit darüber, dass Vorstandsdoublemandate nicht unzulässig sind, sofern die Aufsichtsräte beider Gesellschaften diesen zugestimmt haben (OLG Köln ZIP 1993, 110, 114; *Mertens*, in: Kölner Kommentar AktG, § 76 Rn. 112; *Hoffmann-Becking* ZHR 150 (1986), 570, 574).

2. Auch wenn die grundsätzliche Zulässigkeit von Vorstandsdoublemandaten anerkannt ist, sind diese in der Praxis alles andere als unkritisch. In zahlreichen Fällen entstehen in der Person des Doublemandatsträgers Interessenkonflikte, die nur sehr schwer zu

lösen sind. Die Rechtsprechung hatte – anders als bei Doppelmandaten von Aufsichtsräten – noch keinen Anlass, sich mit dieser Thematik eingehend zu befassen. Nach herrschender Auffassung rechtfertigt jedenfalls das pflichtgemäße Verhalten in einer Gesellschaft keine Pflichtverletzung in einer anderen Gesellschaft (BGHZ 90, 381, 398; BGH NJW 1980, 1629, 1630 – beides zum Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft). Vielmehr muss jedes Organmitglied stets die Interessen desjenigen Pflichtenkreises wahrnehmen, in dem es gerade tätig ist (*Bürgers/Israel*, in: *Bürgers/Körper*, § 76 Rn. 28; *Seibt*, in: *K. Schmidt/Lutter*, § 76 Rn. 18). Bei erheblichen Interessenkonflikten kann der Doppelmandatsträger allerdings verpflichtet sein, ein Mandat niederzulegen (vgl. nur *Seibt*, in: *K. Schmidt/Lutter*, § 76 Rn. 18). In der Folge soll nach den Fallgruppen differenziert werden, in denen Interessenkonflikte typischerweise auftreten, da die rechtlichen Folgen in Abhängigkeit von der Fallgruppe variieren.

a) Stimmverbote in Vorstandssitzungen: Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung ist § 34 BGB auf Interessenkonflikte von Doppelmandatsträgern anzuwenden. Sobald ein Vorstand in einen Interessenkonflikt gerate, müsse er sich der Stimme enthalten (*Hoffmann-Becking* ZHR 150 (1986), 570, 579 ff.; *Semler*, FS Stiefel, 719, 757 f.). Gegen die generelle Anwendung von § 34 BGB auf Interessenkonflikte von Doppelmandatsträgern spricht jedoch, dass Vorstands-Doppelmandate praktisch nur im Konzern auftreten, das Konzernrecht aber den Interessenkonflikten durch Gewährung von Ausgleichsansprüchen nach den §§ 311 ff. AktG Rechnung trägt. Eine vorgeschaltete Kontrolle konzernrechtlicher Weisungen anhand des Maßstabs des § 34 BGB würde der konzernrechtlichen Grundkonzeption der §§ 311 ff. AktG widersprechen und ist daher abzulehnen (*Epe/Liese*, in: *Hauschka*, § 10 Rn. 60). Nach zutreffender Auffassung kommen Stimmverbote allenfalls in Ausnahmefällen in Betracht (siehe *Semler*, FS Stiefel, 719, 758). Ein solches Stimmrechtsverbot ist beispielsweise anzuerkennen, wenn der Vorstand des abhängigen Unternehmens den Vorstand des herrschenden Unternehmens majorisieren kann und daher maßgeblichen Einfluss auf die Stimmabgabe über die Entlastung des Vorstands des abhängigen Unternehmens hat (LG Köln NZG 1998, 193). Unklar ist die Rechtslage, wenn der Vorstand des herrschenden Unternehmens nicht mehrheitlich mit Doppelmandatsträgern besetzt ist (zum Meinungsstand: *Epe/Liese*, in: *Hauschka*, § 10 Rn. 63). Unabhängig hiervon ist ein Stimmrechtsverbot des Doppelmandatsträgers bei der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern im abhängigen Unternehmen nach zutreffender Auffassung nicht anzuerkennen, weil dieses keine Grundlage im Gesetz hat (*Epe/Liese*, in: *Hauschka*, § 10 Rn. 65). Ist das Vorstandsmitglied der Auffassung, sich in einem erheblichen Interessenkonflikt zu befinden, erscheint eine Stimmenthaltung gleichwohl ratsam. Insbesondere scheidet eine Haftung eines Doppelmandatsträgers für einen gefassten Vorstandsbeschluss grundsätzlich aus, wenn sich dieser unter Hinweis auf einen bestehenden Interessenkonflikt der Stimme enthält (*Aschenbeck* NZG 2000, 1015, 1019).

b) Kollision von Verschwiegenheits- und Informationspflicht: Nach § 93 Abs. 1 S. 3 AktG ist der Vorstand verpflichtet, vertrauliche Informationen sowie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die ihm in seiner Tätigkeit bekannt geworden sind, gegenüber Dritten geheim zu halten. Zugleich ist das Vorstandsmitglied verpflichtet, notwendige Informationen mit seinen Kollegen zu teilen. Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung muss das Vorstandsmitglied Informationen einer Gesellschaft an die Vorstandskollegen der anderen Gesellschaft ohne Einschränkungen weitergeben (*Aschenbeck* NZG 2000, 1015, 1021). Nach herrschender Auffassung ist die Weitergabe von Informationen hingegen nur in Vertragskonzernen oder faktischen Konzernen und nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig (*Hopt*, in: *Großkommentar AktG*, § 93 Rn. 214). Dieser Auffassung ist zuzustimmen, weil das Konzernrecht die erforderlichen Kompensationsmechanismen zur Verfügung stellt, was beispielsweise bei bloßer Abhängigkeit nicht der Fall ist. Die Beachtung der Verschwiegenheitspflicht ist wegen der in § 404 Abs. 2 AktG androhten Strafbarkeit von besonderer praktischer Relevanz.

3. Bei personellen Verflechtungen im Vorstand wird nach herrschender Auffassung vermutet, dass das herrschende Unternehmen das abhängige Unternehmen zu einer Maßnahme veranlasst hat (*Koppensteiner*, in: Kölner Kommentar AktG, § 311 Rn. 10; *Neubaus* DB 1970, 1913, 1916; *Säcker* ZHR 151 (1987), 59, 65 ff.; a. A.: *Decher*, Personelle Verflechtungen, 1990, S. 174). Ist die Maßnahme nachteilig, hat dies zur Folge, dass die §§ 311 ff. AktG Anwendung finden und das herrschende Unternehmen zum Nachteilsausgleich verpflichtet sein kann.

XI. Beteiligung der Aktionäre an wesentlichen Geschäftsführungsentscheidungen

Bei wesentlichen Geschäftsvorfällen wie bedeutenden Transaktionen stellt sich die Frage, ob die Hauptversammlung in den Willensbildungsprozess der Gesellschaft für Geschäftsführungsfragen einzubinden ist. Grundsätzlich ist die Hauptversammlung für Geschäftsführungs-Maßnahmen nicht zuständig. Normierte Ausnahmen hierzu bilden die §§ 179 und 179 a AktG, die eingreifen, wenn aufgrund der geplanten Transaktion die Satzung geändert werden muss oder die Aktiengesellschaft eine Verpflichtung zur Übertragung des nahezu gesamten Vermögens der Aktiengesellschaft eingeht. Eine ungeschriebene Ausnahme von dem genannten Grundsatz besteht nach der sogenannten Holz Müller und Gelatine-Rechtsprechung, nach der eine Beteiligung der Hauptversammlung an Geschäftsführungsmaßnahmen erforderlich ist, wenn eine vom Vorstand in Aussicht genommene Umstrukturierung der Gesellschaft an der Kernkompetenz der Hauptversammlung, über die Verfassung der Aktiengesellschaft zu bestimmen, rührt, weil sie Veränderungen nach sich zieht, die denjenigen zumindest nahekommen, welche allein durch Satzungsänderung herbeigeführt werden können (BGH NZG 2004, 571, 574). Immer dann, wenn eine Beteiligung der Hauptversammlung aufgrund dieser Grundsätze in Frage kommt, sollte auch geprüft werden, ob die §§ 179 oder 179 a AktG Anwendung finden. Daher geht dieser Abschnitt im Überblick auf alle drei Rechtssätze ein.

11 Dokument 11: Checkliste Beteiligung der Aktionäre an wesentlichen Entscheidungen

Vorbemerkung: Grundsätzlich ist die Hauptversammlung nicht für die Entscheidungsfindung zu Geschäftsführungsmaßnahmen berufen. In bestimmten Ausnahmefällen kann allerdings die Zustimmung der Hauptversammlung zu solchen Maßnahmen, häufig zu oder im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen, erforderlich sein. Die nachfolgende Checkliste liefert einige Merkposten, die bei der Entscheidung über eine Vorlage der Maßnahme an die Hauptversammlung bedacht werden sollten.

- Check 1: Führt die geplante Maßnahme zur Unter- oder Überschreitung des Unternehmensgegenstands? In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu prüfen, ob die Satzung die Vorgabe enthält, bestimmte Geschäftsfelder auszufüllen oder ob diese Geschäftsfelder lediglich beispielhaft aufgeführt sind.
- Check 2: Kann die geplante Maßnahme als Veräußerung des gesamten Vermögens im Sinne des § 179 a AktG verstanden werden? Kann der Unternehmensgegenstand – wenn auch eingeschränkt – auch nach der beabsichtigten Transaktion noch fortgeführt werden?
- Check 3: Führt die geplante Maßnahme zu einer Mediatisierung der Aktionärsrechte? Wenn ja: Erreicht sie die Ausmaße eines „Holzmüller-Falls“, d. h. werden ca. 80% bestimmter Schwellenwerte (Aktiva, Gewinn etc.) erreicht?
- Check 4: Hat sich der Vorstand mit den Erwägungen, die für oder gegen eine Befassung der Hauptversammlung mit der geplanten Maßnahme sprechen, umfassend befasst und diese dokumentiert bzw. dokumentieren lassen?

Anmerkungen:

1. Eine Satzungsänderung gemäß § 179 AktG kann erforderlich sein, wenn eine Transaktion zu einer Änderung des Unternehmensgegenstands führt. Dies kann der Fall sein, wenn beispielsweise durch den Verkauf eines Betriebsteils des Unternehmens ein bestimmter von der Satzung vorgegebener Geschäftsbereich von der Gesellschaft nicht weiter verfolgt wird. Wird durch die Transaktion ein zwingend vorgegebener Unternehmensgegenstand dauerhaft unter- oder überschritten, ist die vorherige Änderung der Satzung nach wohl überwiegender Meinung erforderlich (*Hüffer* § 179 Rn. 9 ff.; *Körper*, in: *Bürgers/Körper*, § 179 Rn. 15; vgl. auch OLG Köln CCZ 2009, 72 m. Anm. *Carsdens/Gisewski*). Der Beschluss bedarf gemäß § 179 Abs. 2 AktG einer qualifizierten Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals und der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Ein Verstoß gegen die Satzung kann unter Umständen zur Abberufung des Vorstands und zu etwaigen Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft führen (siehe hierzu zuletzt BGH NZG 2013, 293, 294f.). Die Rechtsgeschäfte, die die Satzungsunterschreitung herbeiführen, bleiben aber aufgrund der umfassenden Vertretungsmacht des Vorstands grundsätzlich wirksam.

2. Gemäß § 179 a AktG bedarf ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, ohne dass die Übertragung unter die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes fällt, auch dann eines Beschlusses der Hauptversammlung nach § 179 AktG, wenn damit keine Änderung des Unternehmensgegenstands verbunden ist. Gegenstand der Zustimmung ist bereits das Verpflichtungsgeschäft, beispielsweise der Unternehmenskaufvertrag. Der Begriff „Übertragung des ganzen Vermögens“ ist nicht wörtlich zu verstehen, sondern umfasst auch solche Sachverhalte, in denen unwesentliches Vermögen bei der Aktiengesellschaft zurückbleibt. Entscheidend ist nach wohl überwiegender Auffassung, ob die Aktiengesellschaft mit dem zurückbehaltenen Vermögen noch ihren Unternehmensgegenstand weiterverfolgen kann (BGH NJW 1982, 1703, 1704; *Hüffer* § 179 a Rn. 5). Die Zustimmung der Hauptversammlung kann als Einwilligung vor Abschluss des Vertrags oder als Genehmigung danach erteilt werden. Es geltend dieselben Mehrheitsanforderungen wie bei der Beschlussfassung nach § 179 AktG. Stimmt die Hauptversammlung einem entsprechenden Vertrag nicht zu bzw. wird ihr der Vertrag nicht vorgelegt, ist der Vertrag unwirksam (*Hüffer* § 179 a Rn. 13).

3. Das so genannte Holz Müller-Urteil (BGHZ 83, 122 ff.) und die dieses Urteil im Grundsatz bestätigenden und konkretisierenden Gelatine I- (BGHZ 159, 30 ff. = NZG 2004, 571 ff.) und Gelatine II-Urteile (BGH NZG 2004, 575 ff.) begründen ausnahmsweise eine Zuständigkeit der Hauptversammlung auch für Geschäftsführungsmaßnahmen, wenn eine solche Zuständigkeit gesetzlich nicht vorgesehen ist. Entscheidend für das Eingreifen dieser ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeit sind qualitative und quantitative Voraussetzungen. Qualitativ muss durch die Maßnahme der Einfluss der Aktionäre auf das Gesellschaftsvermögen mediatisiert werden (BGH NZG 2004, 571, 574 – Gelatine I). Quantitativ knüpft die Kompetenz der Hauptversammlung nach Auffassung des BGH an die Bedeutung der Maßnahme für die jeweilige Gesellschaft an. Diese muss „die Ausmaße der Ausgliederung in dem [...] „Holz Müller“-Fall“ erreichen. Genaue Wertgrenzen lassen sich aufgrund dieser Formulierung nicht festlegen. In dem Holz Müller-Fall machte ein ausgliederter Betriebsteil rund 80% der Aktiva der Gesellschaft aus, wodurch eine Hauptversammlungszuständigkeit begründet wurde. Da Detailfragen zu den Schwellenwerten noch immer ungeklärt sind und auch vereinzelt (und zu Unrecht) neue Anwendungsfälle von ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeiten diskutiert werden (vgl. die „Commerzbank-Entscheidung“ des LG Frankfurt a. M. BeckRS 2010, 2351; zu Recht aufgehoben durch OLG Frankfurt a. M. GWR 2011, 11 m. Anm. *Mackensen*), sollte vor jeder bedeutenden unternehmerischen Maßnahme im Einzelfall sorgfältig geprüft werden, ob die konkrete Maßnahme der Hauptversammlung zur Zustimmung vorgelegt werden muss. In Betracht kommt dies beispielsweise in M&A-Konstellationen.

XII. Konzernrechtliche Vorgaben

Im Konzern obliegen den Organmitgliedern sowohl der abhängigen als auch der herrschenden Gesellschaft zusätzliche Pflichten, die in den §§ 291 ff. AktG für den Vertragskonzern und in den §§ 311 ff. AktG für den faktischen Konzern in Grundzügen geregelt sind.

Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Konzerns normieren die §§ 15 ff. AktG, insbesondere § 18 AktG. Gemäß § 18 Abs. 1 AktG bilden ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen einen Konzern, wenn die Unternehmen unter einheitlicher Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag besteht, sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefasst anzusehen. Für lediglich faktisch abhängige Unternehmen wird das Bestehen eines Konzernverhältnisses vermutet, insbesondere wenn das abhängige Unternehmen im Mehrheitsbesitz des herrschenden Unternehmens steht, § 17 Abs. 2 AktG. Diese Vermutung kann allerdings widerlegt werden, wenn nachgewiesen wird, dass trotz des beherrschenden Einflusses keine einheitliche Leitung besteht (*Fett*, in: Bürgers/Körber, § 18 Rn. 8; *Hüffer* § 18 Rn. 19; *Schall*, in: Spindler/Stilz, § 17 Rn. 16). An das Bestehen eines faktischen Konzerns knüpft das Gesetz die Pflicht des Vorstands der abhängigen Gesellschaft, Bericht zu erstatten über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen, § 312 AktG. Dieser Bericht wird auch durch den Abschlussprüfer geprüft, § 313 AktG.

12 Dokument 12: Checkliste Konzernrechtliche Vorgaben

Vorbemerkung: *Die Mitglieder von Organen herrschender oder abhängiger Gesellschaften stehen vor besonderen Herausforderungen, da die ohnehin stetig steigenden Organpflichten sowohl im Vertragskonzern als auch im faktischen Konzern modifiziert sind. Die nachfolgende Checkliste gibt einen Überblick über Themen, die dabei zu beachten sind.*

- Check 1: *Für den Vorstand der herrschenden Gesellschaft im Vertragskonzern:* Wie soll die konzernbezogene Führungsverantwortung ausgeübt werden? Insbesondere: Welche Form der Konzernsteuerung ist für die bestehende Verbindung der Unternehmensgruppe angemessen? Welche Instrumente sollen hierzu eingesetzt werden?
- Check 2: *Für den Vorstand der abhängigen Gesellschaft im Vertragskonzern:* Wird sorgfältig geprüft, ob Weisungen der herrschenden Gesellschaft rechtmäßig sind? Werden solche Prüfungshandlungen sorgfältig dokumentiert?
- Check 3: *Für den Aufsichtsrat im Vertragskonzern:* Wird geprüft, wie der Vorstand der herrschenden Gesellschaft seiner konzernbezogenen Führungsverantwortung nachkommt? Prüft der Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft, dass der Vorstand etwaige Weisungen auf ihre Rechtmäßigkeit prüft bzw. im Rahmen des weisungsfreien Raums sorgfaltsgemäß handelt?
- Check 4: *Für den Vorstand der herrschenden Gesellschaft im faktischen Konzern:* Prüft der Vorstand bei der Veranlassung nachteiliger Maßnahmen, dass ein Nachteilsausgleich möglich ist? Ist sichergestellt, dass ein etwaiger Nachteilsausgleichsanspruch der abhängigen Gesellschaft auch erfüllt wird?
- Check 5: *Für den Vorstand der abhängigen Gesellschaft im faktischen Konzern:* Kommt der Vorstand seinen Sorgfaltspflichten wie bei einer eigenständigen Gesellschaft nach? Erfolgen nachteilige Veranlassungen: Wird sorgfältig geprüft, ob ein Nachteil ausgeglichen werden kann? Wird auch auf Erfüllung etwaiger Ausgleichsansprüche geachtet? Sind die Prozesse im Unternehmen so angelegt, dass nachteilige Veranlassungen dem Vorstand auch bekannt werden?
- Check 6: *Für den Aufsichtsrat im faktischen Konzern:* Prüft der Aufsichtsrat, ob die Vorstandsmitglieder insbesondere ihren skizzierten konzernspezifischen Pflichten nachkommen? Beachtet der Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft etwaige Interessenkonflikte?