



BOARD

Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland

HERAUSGEBER

Arbeitskreis deutscher
Aufsichtsrat e.V. (AdAR)

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb
Prof. Dr. Stefan Siepelt
Marc Tüngler
GESAMTLEITUNG

Dr. Christine Bortenlänger
Dr. Christian Bosse
Dr. Claus Buhleier
Peter Dietlmaier
Prof. Dr. Barbara Grunewald
Dr. Simone Hartmann
Prof. Dr. Peter Henning
Prof. Dr. Susanne Kalss
Dr. Jürgen Kunz
Prof. Dr. Klaus Möller
Prof. Dr. Ulrich Noack
Prof. Dr. Ulrich Seibert
Dr. Mirko Sickinger
Prof. Dr. Stefan Simon
Prof. Dr. Jochen Vetter
Prof. Dr. Marc-Philippe Weller
Prof. Dr. Christian Zwirner

IN KOOPERATION MIT
Deutsche Schutzvereinigung für
Wertpapierbesitz e.V. (DSW)

Deutsches Aktieninstitut
...
Kapital. Markt. Kompetenz.

5
2021

BOARD · Juni 2021 · S. 187–234 · www.betrifft-unternehmen.de



Dr. Katharina Wauters, Dr. Maximilian Schmidt, Dr. Sebastian Pacher

The Old, the New, and the In-between

Julius Flottmann, Dr. Sebastian Pacher

Durchgängigkeit von Vergütungssystemen

Katharina Gerdes, Renate Prinz

Persönliche Haftung des Aufsichtsrats in der
Unternehmenskrise

Dr. Mirko Sickinger, Dr. Martin Konstantin Thelen

Strenge Worte aus Karlsruhe zu Beratungsverträgen
mit Aufsichtsratsmitgliedern

Peter Dietlmaier

10. Frankfurter Aufsichtsratstag

≡ Reguvis

www.reguvis.de



Frankfurt School
Verlag

FOKUS AUFSICHTSRAT 2021

Exzellenz in Corporate Governance

1. Jahreskonferenz am 1. Dezember 2021
an der Frankfurt School of Finance & Management
+ online per Live-Stream

HYBRID-EVENT:

Online dabei sein
oder
vor Ort in Frankfurt!

Anfang Dezember findet an der Frankfurt School die 1. Jahreskonferenz „FOKUS AUFSICHTSRAT“ statt. Die neue Veranstaltung versteht sich als branchenübergreifendes Informations- und Austauschforum für Aufsichtsräte, Beiräte und die Wissenschaft. Hierfür schafft die Konferenz hervorragende Möglichkeiten im Rahmen von hochrangig besetzten Keynotes und Fachvorträgen, Diskussionsrunden, kleinen vertraulichen Gesprächsrunden und eines Empfangs am Abend.



Dr. Claus Buhleier

Partner Center für Corporate Governance,
Deloitte



Karin Dohm

Aufsichtsrätin, Ceconomy, Deutsche Euroshop &
Chief Financial Officer, Hornbach



Jürgen Fitschen

Vorsitzender des Aufsichtsrats, Vonovia SE



Evelyn Freitag

Multiaufsichtsrätin und ehemals Mitglied der
Geschäftsführung & CFO Germany, Austria,
Switzerland, Sanofi



Prof. Dr. Dipl.-Ing. Rüdiger Grube

Multiaufsichtsrat & Aufsichtsratsvorsitzender
Vossloh, Vanstage Towers, Hamburger Hafen
und Logistik AG



Daniela Mattheus

Aufsichtsrätin, Commerzbank AG



Mariella Röhm-Kottmann

Vorsitzende des Prüfungsausschusses, Zalando
SE, Senior Vice President Head of Corporate
Accounting, ZF Friedrichshafen AG



Dr. Friederike Rotsch

Aufsichtsrätin SAP, Group General Counsel,
Merck KGaA



Prof. Manuela Rousseau

Stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende,
Beiersdorf AG



Ingo Speich

Head of Sustainability & Corporate Governance,
Deka Investment



Hauke Stars

Aufsichtsrätin Fresenius SE & Co. KGaA,
Kühne + Nagel International AG, RWE AG



Prof. Christian Strenger

Director, Corporate Governance Institute (CGI),
Frankfurt School of Finance & Management



Marc Tüngler

Hauptgeschäftsführer, DSW - Deutsche
Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V.



Ute Wolf

Finanzvorstand, Evonik Industries AG



Gesamtmoderation:

Daniela Weber-Rey

Multiaufsichtsrätin, u. a. HSBC Trinkaus &
Burkhardt AG und Groupe FNAC DARTY



Co-Moderation:

Dr. Arno Probst

Partner & Lead Center für Corporate Governance,
Deloitte

Programm und Anmeldung: www.fs-verlag.de/far

Hauptkooperationspartner:

Deloitte.

Kooperationspartner:

CMS
law-tax-future

mazars

Warth & Klein
Grant Thornton

HEIDRICK & STRUGGLES

FINANCIAL EXPERTS
ASSOCIATION E.V.



Dr. Sebastian Pacher, Director und Co-Head der Bereiche Compensation & Performance Management und Board Services, Kienbaum Consultants International GmbH

Liebe Leserinnen und Leser,

Die Corona-Pandemie hat Unternehmen und deren Entscheidungsträger vor besondere Herausforderungen gestellt. Während die Auswirkungen der Pandemie für viele Unternehmen existenzbedrohend waren und für manche noch immer sind, konnten andere Unternehmen von der Krise sogar profitieren.

Unabhängig davon, ob sich die Krise negativ oder positiv auf die Geschäftsentwicklung des jeweiligen Unternehmens ausgewirkt hat, haben viele Vorstände und Aufsichtsräte in der Krise Neuland betreten. Nur die wenigsten haben eine Krise dieses Ausmaßes bisher persönlich erlebt.

Die hohe Dynamik, mit der in den akuten Krisenmonaten Entscheidungen zum Teil auch „virtuell“ getroffen werden mussten, hat in vielen Unternehmen dazu geführt, dass auch auf der Ebene der Organe neue Arbeitsabläufe und Austauschformate etabliert werden mussten. Folgerichtig ergibt sich die Frage, welche Lehren sich für die Organtätigkeit aus der Krise ergeben. Was lief gut? Was muss in Zukunft anders gemacht werden? Welche Verhaltensweisen, die sich in der Krise bewährt haben, sollten auch in Zukunft beibehalten oder sogar forciert werden?

Unter anderem mit diesen Fragen haben wir uns im Rahmen unserer Kienbaum Corporate Governance Studie 2021 beschäftigt. Die Kernergebnisse der Studie stellen Dr. Katharina Wauters, Dr. Maximilian Schmidt und Dr. Sebastian Pacher den BOARD-Lesern exklusiv vor.

Nicolas Hofmann, Aufsichtsratsvorsitzender der DATEV eG, gibt in seinem

Interview mit Andreas Meier spannende Einblicke zu Corporate Governance und Aufsichtsrats Tätigkeit in Genossenschaften. Auch hier darf ein ausführlicher Blick auf die Lehren der Corona-Pandemie natürlich nicht fehlen.

Während es für Organträger wichtig ist, die richtigen Lehren aus den Erfahrungen der Pandemie zu ziehen, kommt es nun umso mehr darauf an, den Blick in die Zukunft zu richten.

Aufgrund der Novellierung des Aktienrechts und des Deutschen Corporate Governance Kodex haben börsennotierte Unternehmen sich in den letzten Monaten ausführlich mit der Weiterentwicklung ihrer Vorstandsvergütungssysteme befasst. Julius Flottmann geht in seinem Beitrag der Frage nach, inwiefern diese Veränderungen einen Einfluss auf die Vergütungssysteme weiterer Führungskräfteebenen in den Unternehmen haben sollten.

Eines der wichtigsten Themen für die kommenden Jahre dürfte für viele Unternehmen – und natürlich auch für Aufsichtsräte – der sich immer deutlicher abzeichnende Klimawandel darstellen. Christopher Politano stellt in seinem Beitrag einen 5-Punkte-Plan für eine dekarbonisierte Zukunft vor. Dabei bringt er auch die Idee eines „Umweltausschusses“ für Aufsichtsräte ins Spiel, durch den die Aufsichtsratsarbeit noch stärker auf Nachhaltigkeitsaspekte fokussiert werden könnte.

Ich wünsche Ihnen eine inspirierende Lektüre.

Ihr
Sebastian Pacher

EDITORIAL 187

AUFSÄTZE

Dr. Katharina Wauters, Dr. Maximilian Schmidt, Dr. Sebastian Pacher

The Old, the New, and the In-between 189

Christopher Politano

5-Punkte-Plan für eine dekarbonisierte Zukunft 201

Julius Flottmann, Dr. Sebastian Pacher

Durchgängigkeit von Vergütungssystemen 204

Martin von Hirschhausen

Warum Team-Play wichtiger wird 207

Katharina Gerdes, Renate Prinz

Persönliche Haftung des Aufsichtsrats in der Unternehmenskrise 209

Dr. Mirko Sickinger, Dr. Martin Konstantin Thelen

Strenge Worte aus Karlsruhe zu Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern 213

KLARTEXT

Gespräch mit Nicolas Hofmann

Aus der Aufsichtsratspraxis bei Genossenschaften am Beispiel der DATEV e.G. 194

ÖFFENTLICHE UNTERNEHMEN

Monika Schulz-Strelow

Rückschritt und Stagnation statt strahlendes Vorbild 217

DAS AUFSICHTSRATSBÜRO

Dr. Daniel M. Weiß

Produkt-Compliance 222

KOLUMNE

Marc Tüngler, Christiane Hölz

Die DSW-Aufsichtsratsstudie 2021 224

RECHTSPRECHUNG

Zurechnung der Arbeitnehmer im Konzern 229

DATEN – FAKTEN – MANDATE

Peter Dietlmaier

10. Frankfurter Aufsichtsratsratstag 231

Impressum

BOARD –

Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland

ISSN: 2192-211X

Verlag: Reguvis Fachmedien GmbH

Geschäftsführung: Jörg Mertens

Reguvis

www.reguvis.de

Gesamtleitung

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb

Prof. Dr. Stefan Siepelt

Marc Tüngler

Redaktion Reguvis Fachmedien GmbH

Jörg Schick

Tel.: 0221 / 9 76 68-186

E-Mail: joerg.schick@reguvis.de

Manuskripte

Manuskripte sind in elektronischer Form unmittelbar an die Schriftleitung oder an die Redaktion im Verlag zu senden. Für unverlangt eingesandte Manuskripte kann keine Haftung übernommen werden. Verlag und Schriftleitung behalten sich das Recht zur redaktionellen Bearbeitung der angenommenen Manuskripte vor. Der Autor/Die Autorin versichert, alleinige/r Inhaber/in der urheberrechtlichen Nutzungsrechte an dem Beitrag inklusive aller Abbildungen zu sein und keine Rechte Dritter zu verletzen.

Mit der Annahme des Manuskriptes zur Veröffentlichung überträgt der Autor/die Autorin dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Das Nutzungsrecht umfasst alle Verwertungs-, Verbreitungs- und Vervielfältigungsformen Print und Online insgesamt oder in Teilen sowie das Recht zu Übersetzungen, zur Einspeicherung, Verarbeitung und Verbreitung in eigenen und fremden Datenbanken, zur Speicherung und Vervielfältigung im Wege elektronischer Verfahren sowie zur Lizenzvergabe.

Urheber- und Verlagsrechte

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jegliche Verwertung, Verbreitung oder Zugänglichmachung (Print/Online) außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das Zitieren von Rezensionen ist in vollem Umfang erlaubt. Cover-Copyright ©D3Damon

Haftungsausschluss

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge wurden nach bestem Wissen und Gewissen geprüft. Eine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit kann jedoch nicht übernommen werden. Eine Haftung für etwaige mittelbare oder unmittelbare Folgeschäden oder Ansprüche Dritter ist ebenfalls ausgeschlossen. Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion wieder.

Erscheinungsweise

zweimonatlich, jeweils Mitte des geraden Monats

Bezugspreise/Bestellungen/Kündigungen

Einzelheft 46,30 € inkl. MwSt. und Versandkosten (Inland 1,50 € pro Ausgabe/Ausland 3,- € pro Ausgabe). Der Jahresaboppreis inkl. Online-Archiv beträgt 274,00 € inkl. MwSt. und Versandkosten (Inland 0,75 € pro Ausgabe/Ausland 3,- € pro Ausgabe). Bestellungen über jede Buchhandlung oder beim Verlag. Der Bezugszeitraum beträgt jeweils 12 Monate. Kündigungen müssen schriftlich erfolgen und spätestens am 15. des Vormonats, in dem das Abonnement endet, beim Verlag eingegangen sein.

Abo-Service

Tel.: 0221 / 9 76 68-315, Fax: 0221 / 9 76 68-271

E-Mail: wirtschaft@reguvis.de

Anzeigenleitung

Hans Stender

Reguvis Fachmedien GmbH

Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln

Tel.: 0221 / 9 76 68-343, Fax: 0221 / 9 76 68-288

E-Mail: hans.stender@reguvis.de

Mediadaten: www.reguvis.de > Infothek > Mediadaten

Anzeigenpreise

Es gilt die aktuelle Anzeigenpreisliste.

Satz

TGK Wienpahl, Köln

Druck

Appel & Klinger GmbH, Schneckenlohe

Persönliche Haftung des Aufsichtsrats in der Unternehmenskrise

Do's and Don'ts zur Vermeidung persönlicher Haftung



Katharina Gerdes, Rechtsanwältin/Partnerin im Bereich Restrukturierung und Sanierung bei der Kanzlei BRL BOEGE ROHDE LUEBBEHUESEN; Renate Prinz, Rechtsanwältin/Counsel im Bereich Gesellschaftsrecht bei der Kanzlei McDermott Will & Emery LLP in Düsseldorf/Köln

Das Kammergericht Berlin hatte im April zwei Aufsichtsräte einer Aktiengesellschaft zur Erstattung von rund 1,5 Mio. € verurteilt, die durch den Vorstand der Gesellschaft nach Eintritt der Insolvenzreife an Dritte gezahlt worden waren.¹ Das Urteil lässt aufhorchen – ist das vor dem Hintergrund des Aufgabenbereichs und der Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats gerechtfertigt? Was sind die Pflichten der Aufsichtsräte in einer Unternehmenskrise und wie verhalten sie sich richtig? Die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie sind noch nicht ausgestanden und es wird insbesondere mit Laufzeitende der verschiedenen staatlich abgesicherten „Corona-Bankfinanzierungen“ mit einer zunehmenden Anzahl von Restrukturierungsfällen und steigenden Insolvenzzahlen gerechnet. Nachstehend setzen die Autorinnen sich mit dem Urteil des Kammergerichts und den zugrundeliegenden Fragestellungen auseinander.

I. Hintergrund des Kammergerichtsurteils

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft² ist mit Eintritt der Insolvenzreife verpflichtet, ohne schuldhaftes Zögern (d.h. unverzüglich), jedenfalls aber innerhalb der (Höchst-)Fristen – drei Wochen ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und sechs Wochen ab Vorliegen der Überschuldung – einen Insolvenzantrag zu stellen und er darf ab Eintritt der Insolvenzreife grundsätzlich keine Zahlungen mehr für die Gesellschaft vornehmen (§ 15b InsO).³ Der Aufsichtsrat hat darauf hinzuwirken, dass der Vorstand sei-

nen gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt. Über den Verweis in § 116 AktG trifft den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit des Vorstands (§ 93 AktG) entsprechend und eine Verletzung seiner Pflicht führt zu einer Haftung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft.

Der BGH⁴ hatte bereits in einem Fall, in dem Zahlungen direkt an bzw. über das beklagte Aufsichtsratsmitglied flossen, entschieden, dass der Aufsichtsrat zur Erstattung von Zahlungen des Vorstands verpflichtet ist, die gegen das insolvenzrechtliche Zahlungsverbot verstoßen. Dem Urteil des Kammergerichts lag dagegen ein Sachverhalt zugrunde, bei dem die Zahlungen nach Insolvenzreife (direkt) an einen Dritten erfolgten, der nicht in einem Näheverhältnis zu den beklagten Aufsichtsratsmitgliedern stand. Damit wurde die Rechtsprechung des BGH durch das Kammergericht, wie zuvor bereits durch ein weiteres

INHALT

- I. Hintergrund des Kammergerichtsurteils
- II. Geltendmachung von Ansprüchen gegen Aufsichtsräte
- III. Allgemeine Pflichten des Aufsichtsrats
- IV. Verschärfte Pflichten des Aufsichtsrats in der Unternehmenskrise
 1. Anzeichen für Unternehmenskrise und Insolvenz
 2. Was beinhaltet das Zahlungsverbot?
- V. Welche Maßnahmen kann der Aufsichtsrat präventiv ergreifen?
- VI. Ist das Risiko für den Aufsichtsrat im Ergebnis allgemein gestiegen?
- VII. Der Ruf nach Professionalisierung des Aufsichtsratsmitglieds

Oberlandesgericht,⁵ in Bezug auf die von der Erstattungspflicht erfassten Zahlungen erweitert.

Anlässlich des Kammergerichtsurteils stellt sich nun die Frage, welche

¹ KG, Urteil v. 29.4.2021 – 2 U 108/18 (nicht rechtskräftig); Az. Nichtzulassungsbeschwerde: BGH II ZR 103/21.

² Die vorliegende Ausarbeitung befasst sich mit der Haftung des Aufsichtsrats der AG, für den obligatorischen Aufsichtsrat der GmbH gelten die einschlägigen Vorschriften jedoch entsprechend.

³ In diesem Beitrag wird die aktuelle Rechtslage nach dem Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz seit dem 1.1.2021 dargelegt. Das KG-Urteil war zwar noch nach dem vor dem 1.1.2021 geltenden Recht ergangen, die Gesetzesänderung hätte die Entscheidung inhaltlich nach Ansicht der Autorinnen allerdings nicht beeinflusst.

⁴ BGH, Urteil v. 16.3.2009 – II ZR 280/07.

⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 31.5.2012 – I 16 U 176/10 (rechtskräftig).

Anforderungen an den Aufsichtsrat betreffend die Verhinderung von Zahlungen an Dritte konkret zu stellen sind und in welchen Fällen es tatsächlich zu einer Haftung des Aufsichtsrats (§§ 116 AktG iVm 15b InsO) kommen kann.

II. Geltendmachung von Ansprüchen gegen Aufsichtsräte

Für eine Erstattungspflicht des Aufsichtsrats hat die Gesellschaft darzulegen und zu beweisen, dass ihr durch ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten des Aufsichtsrats ein Schaden oder Vermögensverlust gemäß § 15b InsO entstanden ist.⁶ Das Aufsichtsratsmitglied ist dann seinerseits in der Pflicht, darzulegen und zu beweisen, dass es seine Pflichten nach §§ 116 AktG iVm 15b InsO erfüllt hat, oder dass es jedenfalls betreffend der Nichterfüllung kein Verschulden trifft.⁷

Eine Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Aufsichtsräte erfolgt meist in der Insolvenz der Gesellschaft, wenn der Insolvenzverwalter von außen hinzutritt und prüft, welche Ansprüche die Gesellschaft zur Massemehrung geltend machen kann. Hauptziel des Insolvenzverfahrens ist die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger.⁸ Aufgabe des Insolvenzverwalters ist es, das Vermögen der insolventen Gesellschaft bestmöglich zu verwerten und die Gläubiger durch Verteilung der Erlöse gemeinschaftlich zu befriedigen⁹ – ggf. auch mittels Durchsetzung von Ansprüchen gegen den Aufsichtsrat.

6 Koch, in Hüffer/Koch Aktiengesetz, 15. Auflage 2021, § 93 AktG Rn. 53; Spindler, in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage 2019, § 93 AktG Rn. 204.

7 Exkulpationsmöglichkeit in § 93 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 116 S. 1 AktG; BGH, Urteil vom 14. Mai 2013 – II ZR 76/12; BGH, Urteil vom 16. März 2009 – II ZR 280/07; Koch, in Hüffer/Koch Aktiengesetz, 15. Auflage 2021, § 116 AktG Rn. 15.

8 BT-Dr 12/2443, S. 108; BGH, Urteil vom 21. April 2005 – IX ZR 281/03; Ganter/Bruns, in Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Auflage 2019, § 1 InsO Rn. 20.

9 § 1 S. 1 InsO.

Welche Pflichten treffen also den Aufsichtsrat in der (drohenden) Unternehmenskrise und wie kann er sich vor dem beschriebenen Haftungsrisiko schützen?

III. Allgemeine Pflichten des Aufsichtsrats

Gemäß § 111 AktG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen, was im Wesentlichen auf der Basis der laufenden Berichte, Bücher und Schriften der Gesellschaft erfolgt. Das Aktienrecht sieht dabei eine Trennung der Überwachungskompetenz des Aufsichtsrats einerseits, und der Führung der Geschäfte durch den Vorstand andererseits, vor (§111 Abs. 4 AktG). Die Überwachung und Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats kann mithin nicht so weit gehen, dass sie zu einer Einbindung in die tägliche Führung der Geschäfte führt. Im Spielraum zwischen der Trennung von Aufsichts- und Geschäftsführungsbefugnis befindet sich jedoch die Krux, denn der Aufsichtsrat hat zugleich einen entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung, welcher sehr unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Mitspracherechte und Entscheidungs- oder Zustimmungsbefugnisse bzw. -vorbehalte sind dem Gesamtkonstrukt immanent. Aber wo ist das Mindestmaß der Einflussnahme des Aufsichtsrats? Im Regelfall genügt die laufende strukturelle Überwachung der Geschäftsführung. Der Aufsichtsrat muss sich entsprechend regelmäßige Berichte der Geschäftsführung ansehen bzw. erforderlichenfalls einholen. Er darf dabei grundsätzlich auf die Richtigkeit der Berichte des Vorstands vertrauen.¹⁰ Nur bei bestimmten Anhaltspunkten zu Verstößen und Risiken muss er tätig werden.

IV. Verschärfte Pflichten des Aufsichtsrats in der Unternehmenskrise

Die Überwachungs- und Beratungspflichten des Aufsichtsrats verdichten

10 Vgl. dazu insg. Goette, in Goette/Arnold Handbuch Aufsichtsrat, 1. Auflage 2021, § 4 Rn. 391, 395.

sich in der Unternehmenskrise.¹¹ Hat der Aufsichtsrat konkrete Anhaltspunkte für eine drohende Unternehmenskrise, muss er sich ein genaues Bild von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft verschaffen, seine Überwachung intensivieren, das Gespräch mit dem Vorstand suchen und häufigere Berichterstattung verlangen. Der Aufsichtsrat muss in einer Krisensituation die ihm nach § 90 Abs. 3, § 111 Abs. 2 AktG zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen.¹² Grundsätzlich ist dem Aufsichtsrat dabei ein eigener Ermessensspielraum im Sinne der Business Judgment Rule zuzugestehen.¹³ Zeichnet sich eine Unternehmenskrise ab, sind die Ursachen der drohenden oder bereits eingetretenen Krise mit dem Vorstand zu diskutieren und über mögliche Verbesserungs- oder Gesundungsmaßnahmen zu beraten. Es sollte gemeinsam ein Maßnahmenplan verabschiedet werden, dessen Umsetzung dann wiederum vom Aufsichtsrat zu überwachen ist.¹⁴ Der Aufsichtsrat sollte in der Unternehmenskrise außerdem darauf hinwirken, dass der Vorstand die Insolvenzureife der Gesellschaft durch die Aufstellung einer Fortführungsprognose und Überschuldungsbilanz sowie eines Liquiditätsplans stetig überwacht, sofern nicht eine entsprechende Datenbasis, insbesondere Liquiditätsplanung, ohnehin im regulären Betrieb zur Verfügung stehen.¹⁵

Stellt der Aufsichtsrat jedoch eine offensichtliche Pflichtverletzung des Vorstands fest, ist er gezwungen, zur Vermeidung der eigenen Haftung,

11 OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG Stuttgart, Beschluss vom 19. Juni 2012 – 20 W 1/12; Koch, in Hüffer/Koch Aktiengesetz, 15. Auflage 2021, § 111 Rn. 30; Habersack, in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage 2019, § 111 AktG Rn. 56.

12 BGH, Urteil vom 16. März 2009 – II ZR 290/07; OLG Düsseldorf, a.a.O.; Drygala, in Schmidt/Lutter Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage 2020, § 111 Rn. 25.

13 Henssler, in Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, 5. Auflage 2021, § 111 AktG Rn. 8a; Paefgen, in WM 2016, 433 (439).

14 Kraus, in Buth/Hermanns Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 4. Auflage 2014, § 4 Rn. 50; Scheffler, in BB 2014, 2859(2862).

15 Zattler, in GWR 2009, 285(287).

die Pflichtverletzung zu unterbinden und entsprechende Maßnahmen zu ergreifen.¹⁶

1. Anzeichen für Unternehmenskrise und Insolvenz

Aber wie erkennt der Aufsichtsrat überhaupt die Unternehmenskrise rechtzeitig? Aufmerksam sollte der Aufsichtsrat insbesondere dann werden, wenn das Geschäft dauerhaft rückläufig ist und sich dies auch in den regelmäßigen Berichten des Vorstands (§ 90 AktG) zum laufenden Geschäft und seiner Rentabilität, Umsatz, Liquidität sowie dem operativem Cashflow und ggf. der Eigenkapitalquote widerspiegelt.¹⁷ Bei Kenntnisnahme der folgenden, durch die Rechtsprechung entwickelten, beispielhaften Indizien zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, sollte der Aufsichtsrat spätestens eigene Maßnahmen ergreifen:

Fällige offene Verbindlichkeiten, die für den Fortbestand des Unternehmens von existenzieller Bedeutung sind, Nichtbegleichung von Sozialversicherungsbeiträgen, Ignorieren von Rechnungen und Mahnungen, gescheiterte Vollstreckungsversuche gegen die Gesellschaft, Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern, Insolvenzanträge von Gläubigern, Abschluss von Ratenzahlungsvereinbarungen, deren erste Rate bereits nicht beglichen wird.¹⁸

Stellt der Aufsichtsrat fest, dass die Gesellschaft insolvenzreif ist, hat er den Vorstand über die Pflicht zur Insolvenzantragstellung und das Zahlungsverbot nach § 15b InsO zu in-

formieren. Außerdem hat er darauf hinzuwirken, dass der Vorstand rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt und keine Zahlungen mehr leistet, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar sind.¹⁹ Ein Aufsichtsrat kann nicht selbst Insolvenzantrag stellen, kann aber als ultima ratio gezwungen sein, eine andere Person zum Vorstand zu bestellen, die der Antragspflicht dann nachkommt.²⁰

2. Was beinhaltet das Zahlungsverbot?

Nach § 15b Abs. 1 InsO darf der Vorstand nach Eintritt der Insolvenzsreife keine Zahlungen mehr für die Gesellschaft vornehmen. Bis zum Verstreichen des maßgeblichen Zeitpunkts für die Antragstellung gilt das Zahlungsverbot nicht für Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Bzgl. der Insolvenzantragsfristen ist zu beachten, dass diese nur dann ausgenutzt werden dürfen, wenn der Vorstand in der Zwischenzeit mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzsreife betreibt und diese Aussicht auf Erfolg haben, andernfalls sind die Zahlungen insgesamt einzustellen und der Insolvenzantrag sofort zu stellen.

Mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar sind grundsätzlich alle Maßnahmen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen. Hierzu zählen z.B. Lohnzahlungen an betriebsnotwendige Mitarbeiter, Zahlungen an Lieferanten für notwendige Produktionsmittel oder andere Gegenstände des Umlaufvermögens, die Ersatzanschaffung für eine betriebsnotwendige irreparabel beschädigte Maschine. Nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar sind hingegen die Rückführung von Bankkrediten oder

Gesellschafterdarlehen sowie die Begleichung von Altforderungen.

Im Übrigen gilt, dass alle Leistungen zulasten des Gesellschaftsvermögens von dem Zahlungsverbot erfasst sind, durch die der Gesellschaft nach Insolvenzsreife Vermögenswerte entzogen werden, sofern der Vermögensabfluss nicht durch eine verwertungsgeeignete Gegenleistung ausgeglichen wird (sog. Aktivtausch).²¹ Damit verstößt der Vorstand z.B. auch beim Zulassen von Zahlungen auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft²² gegen das Zahlungsverbot, da dies einer Zahlung durch das Unternehmen an die Bank gleichkommt.

V. Welche Maßnahmen kann der Aufsichtsrat präventiv ergreifen?

Unabhängig von seinen verschärften Überwachungspflichten kann der Aufsichtsrat präventiv tätig werden und bestimmte Geschäfte unter einen Zustimmungsvorbehalt stellen, im Rahmen seiner Kompetenz Ad-hoc-Vorbehalte schaffen oder – soweit zulässig – konkrete Anordnungen treffen.²³ Zudem ist eine gute Dokumentation für den Aufsichtsrat empfehlenswert. Der Hinweis an den Vorstand über seine Pflicht zur Insolvenzantragstellung und über das Zahlungsverbot sollte daher in jedem Fall schriftlich erfolgen.²⁴ Im Streitfall ist es immer besser auf eine detaillierte Dokumentation zurückgreifen zu können und nicht auf eine retrospektive Rekonstruktion der Geschehnisse angewiesen zu sein. So werden Entscheidungsprozesse nachvollziehbar und dienen der Entlastung des Aufsichtsrats bei etwaigen späteren Haftungsvorwürfen.

Es sollte dokumentiert werden, zu welchem Zeitpunkt und mit welcher

16 Hambloch-Gesinn/Gesinn, in Hölters Aktiengesetz, 3. Auflage 2017, § 111 AktG Rn. 18 sprechen von einer Ermessensreduzierung auf Null; so auch Goette, in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat, 1. Auflage 2021, § 4 Rn. 391.

17 Lindemann, Reaktionen auf Unternehmenskrisen, 2021, Kapitel I.2 f.; Kraus, in Buth/Hermanns Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 4. Auflage 2014, § 4 Rn. 8ff.; Kumpan/Misterek, in Schwark/Zimmer Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Auflage 2020, Art. 7 VO (EU) 596/2014 Rn. 312; Scheffler, in BB 2014, 2859(2861f.).

18 K. Schmidt, in K. Schmidt Insolvenzordnung, 19. Auflage 2016, § 17 InsO Rn. 47; Mönning/Gutheil, in Nerlich/Römermann Insolvenzordnung, Stand: Februar 2021, § 17 InsO, Rn. 37f.

19 BGH a.a.O.

20 OLG München, Urteil v. 13.10.2005 – 23 U 1949/05.

21 Bork/Kebeke, in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2021, § 15b InsO, Rz. 18, 22.

22 LG Hamburg, Urteil v. 28.2.2013 – 413 HKO 40/12.

23 OLG Braunschweig, Urteil v. 14.6.2012 – Ws 44/12, Ws 45/12; Goette, in Goette/Arnold Handbuch Aufsichtsrat, 1. Auflage 2021, § 4 Rn. 391.

24 LG Hamburg, Urteil v. 28.2.2013 – 413 HKO 40/12.

Begründung eine Entscheidung getroffen wurde. Aus der Dokumentation sollte sich ergeben, warum die ergriffene Maßnahme im Zeitpunkt der Entscheidung sachdienlich erschien und insbesondere, auf welcher Tatsachengrundlage entschieden wurde. An Art und Umfang der Dokumentation sind dabei keine zu hohen Anforderungen zu stellen; knappe Stichpunkte können ausreichen. Zudem dürfte eine E-Mail an interne oder externe Empfänger ausreichen, um den Zeitpunkt einer Entscheidung zu belegen.

VI. Ist das Risiko für den Aufsichtsrat im Ergebnis allgemein gestiegen?

Das Kammergericht hat sich mit seinem Urteil dem OLG Düsseldorf, mit Blick auf die Haftung des Aufsichtsrats für Zahlungen an Dritte, angeschlossen. Es bleibt zwar abzuwarten, wie der BGH mit der Nichtzulassungsbeschwerde in diesem Fall umgeht. Im Grunde manifestiert sich mit dem Urteil des Kammergerichts die Haftung des Aufsichtsrats für Zahlungen durch den Vorstand an Dritte im Stadium der Insolvenzzreife. Der dem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt mag sehr besonders anmuten,²⁵ in der Praxis sind solche Konstellationen jedoch nicht selten anzutreffen, werden allerdings vielfach mit dem Insolvenzverwalter (ggf. unter Mitwirkung einer D&O-Versicherung) bereits außergerichtlich verglichen. Solange Aufsichtsräte ordnungsgemäß handeln und sich ihrer Verantwortung nicht vollständig entziehen, ist jedoch auch vor dem Hintergrund der neuerlichen Rechtsprechung nicht von einem andauernden Damoklesschwert potenzieller Schadensersatzansprüche auszugehen. Den genannten offensichtlichen Anhaltspunkten für eine Unternehmenskrise der Gesellschaft kann und darf sich ein Aufsichtsrat nicht verschließen und muss geeignete Maßnahmen zur Erfüllung seiner Überwachungspflicht ergreifen.

Bei der Auswahl der zu ergreifenden Maßnahmen steht dem Aufsichtsrat zugleich ein Ermessen zu, was bei der Beurteilung seines Handels im Nachgang zu berücksichtigen ist.

Dort, wo es möglich ist, sollte der Aufsichtsrat zu seinem Schutz darauf hinwirken, sich bereits bei Amtsantritt für derartige Fälle durch das Unternehmen versichern zu lassen. In großen Einheiten ist dies mittlerweile auch üblich. Zusätzlich kann das Aufsichtsratsmitglied auch noch eine eigene D&O-Versicherung abschließen, um etwaige Deckungslücken zu vermeiden. Zum Teil wird darüber hinaus in Betracht gezogen, dass dem Aufsichtsrat zwecks eigener Unabhängigkeit ein Budget für eine im pflichtmäßigen Ermessen erfolgende Beauftragung von externen Sachverständigen für Abschluss- und Sonderprüfungen sowie rechtlichen Beratern zur Verfügung stehen sollte. Die bislang herrschende Ansicht in der Literatur lehnt allerdings ein solches Budgetrecht des Aufsichtsrats nach der geltenden Rechtslage ab, da das Budgetrecht ausschließlich dem Vorstand vorbehalten ist.²⁶

VII. Der Ruf nach Professionalisierung des Aufsichtsratsmitglieds

Der Aufsichtsrat ist nach dem geltenden Aktienrecht kein professioneller Aufsichtsrat, d.h. er hat insbesondere – sofern er nicht in besonderen Branchen (insb. im Finanz- und Versicherungssektor) tätig ist – keine bestimmte Ausbildung zu durchlaufen und die Hauptversammlung ist grundsätzlich frei bei der Auswahl von Aufsichtsräten.

Insgesamt geht die Tendenz dahin, die gesetzlichen Anforderungen an die persönliche Eignung zu verschärfen,²⁷

was im Spannungsverhältnis dazu steht, dass das Aufsichtsratsmandat als Nebentätigkeit konzipiert ist. Aktuell ergeben sich aus dem Gesetz selbst gewisse Mindestqualifikationen, wie Sektorvertrautheit (§ 100 Abs. 5 AktG), ausreichende Kenntnisse um alle „normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge“ auch „ohne weitere sachverständige Hilfe“ verstehen und sachgerecht beurteilen zu können²⁸ sowie ein grundlegendes Verständnis der Vorstandsberichte, Jahres- und Konzernabschlüsse und des Aktienrechts.²⁹ Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) empfiehlt zudem, dass der Aufsichtsrat selbst ein Kompetenzprofil für seine Mitglieder festlegt (Empf. C.1). In besonderen Branchen, z.B. im Finanzsektor, wird bereits eine besondere Sachkunde des Aufsichtsrats gesetzlich vorausgesetzt (vgl. bspw. § 25d KWG) und die Stimmen, die eine Zertifizierung von Aufsichtsräten auch außerhalb der Finanzbranche verlangen, werden lauter.

Solange die Anforderungen an Aufsichtsräte nicht weiter konkretisiert sind, muss sich jedes Aufsichtsratsmitglied vor Annahme des Amtes darüber bewusst sein, dass es für seine eigene Befähigung einzustehen hat.³⁰ Es bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung hierzu weiter entwickelt. Sicherlich muss sich jeder Aufsichtsrat seiner Pflichten bewusst sein und ein entsprechendes Amt kann und darf nicht leichtfertig übernommen bzw. geführt werden. Nicht umsonst sieht das Aktienrecht auch vor, dass ein Aufsichtsrat nur eine begrenzte Anzahl an Mandaten übernehmen darf (§ 100 Abs. 2 Nr. 1 AktG), da das Amt eben auch Verantwortung und Arbeit mit sich bringt.

28 BGH, Urteil vom 15. November 1982, II ZR 27/82 – BGHZ 85, 293(295f.).

29 Spindler, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage 2019, § 116 Rn. 15; Habersack, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage 2019, § 116 Rn. 25.

30 Habersack, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Auflage 2019, § 116 Rn. 22.

25 Vgl. auch Graewe, NZI 2021, 619 (622).

26 Habersack, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 111, Rn. 102; Wasmann/Gärtner, in: Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat, 1. Aufl. 2021, § 6, Rn. 197 f. (m.w.N.).

27 Vgl. auch Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, Eckpunkte für eine Reform des Aufsichtsratsrechts, NZG 2021, 477; Kley, in: AG 2019, 818.