



Die Aktiengesellschaft

Heft 22

20. November 2013

S. 813–848

PVSt 1062

Zeitschrift für das
gesamte Aktienwesen,
für deutsches,
europäisches und
internationales
Unternehmens- und
Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Heinz-Dieter Assmann, Prof. Dr. Mathias Habersack, Prof. Dr. Hans-Joachim Mertens, in Verbindung mit VorsRiBGH Prof. Dr. Alfred Bergmann, Prof. Dr. Volker Emmerich, WP, RA Dr. Hans Friedrich Gelhausen, Prof. Dr. Götz Hueck, Prof. Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider, RA Prof. Dr. Jochen Vetter, Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Zöllner

Börsenpflichtblatt
der Frankfurter
Wertpapierbörse

Aufsätze

Prof. Dr. Barbara Grunewald – Haftungsvereinbarungen zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitgliedern 813

RA Dr. Harald Selzner – Drittvergütungen in der Übernahme – Zum Verbot ungerechtfertigter Leistungen nach § 33d WpÜG 818

RA Dr. Richard Mayer-Uellner – From Public to Private: Öffentliche Übernahmen durch Private Equity-Investoren 828

Rechtsprechung

Spruchverfahren: Angemessenheit von Ausgleich und Abfindung, Unternehmens- und Anteilsbewertung (OLG Stuttgart v. 24.7.2013) 840

Hauptversammlung: Rechtzeitigkeit eines Widerspruchs nach § 121 Abs. 6 AktG gegen Beschlussfassung (OLG Stuttgart v. 7.6.2013) 845

Downlisting: Kein Pflichtangebot der AG oder ihres Mehrheitsaktionärs bei Wechsel vom regulierten Markt in den Freiverkehr (LG Berlin v. 20.3.2013) 846

Börsenzulassung: Keine Antragsbefugnis eines Anlegers für Vorgehen gegen vom Emittenten beantragten Widerruf (VG Frankfurt/M. v. 25.3.2013) 847

Aktuell im AG-Report

Auf ein Neues – zweite Auflage des Gesetzgebungsverfahrens zum AIFM-StAnpG R 339

ols
Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

www.die-aktiengesellschaft.de

Vorstand und Aufsichtsrat

Ist die beabsichtigte Verkleinerung des Vorstands ein wichtiger Grund zur Abberufung seiner Mitglieder?

Der Fall Commerzbank – Materielles und Prozessrecht

Die Commerzbank will ihren Vorstand zur Kostenreduktion verkleinern. Zwei Mitglieder sollen gehen. Sie sind zu einer einvernehmlichen Trennung nicht bereit. Aufsichtsrats- und Vorstandschef betreiben nun ihre Abberufung aus wichtigem Grund. Damit sind sie im Aufsichtsrat zunächst gescheitert, die erforderliche Mehrheit kam nicht zusammen. Sollte das doch gelingen, steht die Abberufung auf wackeliger Rechtsgrundlage. Denn es widerspricht allgemein anerkannten Grundprinzipien der aktienrechtlichen Kompetenzordnung, dass der Aufsichtsrat sich selbst einen wichtigen Grund für die Abberufung schafft – etwa indem er die Verkleinerung des Vorstands beschließt. Über die etablierten Grundsätze hinaus muss bei solch evident rechtswidriger Abberufung auch vorläufiger Rechtsschutz möglich sein.

1. Hintergrund

Anfang August 2013 beschloss der Aufsichtsrat der Commerzbank, den Vorstand von neun auf sieben Mitglieder zu verkleinern, konkrete Personalentscheidungen traf er noch nicht, um eine einvernehmliche Lösung zu suchen (vgl. die auf deren Homepage abrufbare Pressemitteilung der Commerzbank v. 7.8.2013). Die einvernehmliche Trennung von den betroffenen Vorstandsmitgliedern scheiterte an unterschiedlichen Vorstellungen über die Höhe der Abfindung. Daher kam man auf die Idee der Abberufung aus wichtigem Grund. Ein Fehlverhalten wird den noch bis 2017 berufenen Vorständen nicht vorgeworfen. Im Gegenteil: Sie sollen gute Arbeit leisten. In der Aufsichtsratssitzung Mitte Oktober kam die nach § 31 Abs. 2, 5 MitbestG erforderliche Zweidrittel-Mehrheit nicht zustande. In diesem Monat soll die Abberufung nach Einschaltung des Vermittlungsausschusses (§ 27 Abs. 3 MitbestG) erneut auf der Tagesordnung des Aufsichtsrats stehen. Dann würde die einfache Mehrheit genügen und notfalls die Stimme des Aufsichtsratsvorsitzenden den Ausschlag geben (§ 31 Abs. 3 bis 5 MitbestG).

2. Wichtiger Grund zur Abberufung nicht ersichtlich

Wie die Commerzbank den wichtigen Grund konkret begründen will, ist weder öffentlich noch den betroffenen Vorstandsmitgliedern bekannt. Nebulös heißt es, die konzernweit erforderliche Kostenreduktion dürfe vor dem Vorstand keinen Halt machen. Zwei Großkanzleien haben so vertrauliche Gutachten erstattet, dass sie nicht einmal den Betroffenen zugänglich sind. Nach allen verfügbaren Informationen widerspricht die geplante Abberufung den etablierten Grundsätzen des Aktienrechts:

Der Aufsichtsrat darf die für eine feste Zeit bestellten Vorstandsmitglieder nur aus wichtigem Grund abberufen

(§ 84 Abs. 1, 3 AktG). Diesen Grund definiert das Aktiengesetz nicht. Es nennt nur „namentlich“, d.h. exemplarisch, solche Gründe: grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung und Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung. Das steht der Einordnung der zur Kostenreduktion gebotenen Vorstandsverkleinerung als wichtiger Grund nicht grundsätzlich entgegen. Denn das Gesetz nennt nur Beispiele. § 6 Abs. 2 der Satzung der Commerzbank enthält die dem Gesetz (§§ 76 Abs. 2, 23 Abs. 3 Nr. 6 AktG) genügende Regel, dass der Aufsichtsrat die Zahl der Vorstandsmitglieder festlegt (vgl. BGH v. 17.12.2001 – II ZR 288/99, AG 2002, 289). Manche Autoren nennen als wichtigen Abberufungsgrund die Veränderung der Unternehmens- oder der Vorstandsstruktur, „in die ein Vorstandsmitglied nicht mehr passt“ (*Mertens/Cahn* in Köln-Komm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 84 AktG Rz. 121; vgl. schon *Quassowski* in Schlegelberger/Quassowski, 3. Aufl. 1939, § 75 AktG Rz. 11, zur „Betriebsumstellung“ als wichtigen Grund). Doch das hat zur Grundvoraussetzung, dass der Gesellschaft die Fortsetzung des Organverhältnisses bis zum Ende der Amtszeit unter Würdigung aller Umstände unzumutbar ist (BGH v. 23.10.2006 – II ZR 298/05, AG 2007, 125). Daher kann das Commerzbank-Konzept nicht aufgehen. Ihr Aufsichtsrat will sich den wichtigen Grund für die Abberufung selbst schaffen, indem er die Vorstandsverkleinerung beschließt. Das konterkariert den Grundsatz, durch feste Amtsdauer und beschränkte Abberufungsmöglichkeit die Unabhängigkeit des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat und die eigenverantwortliche Unternehmensleitung des Vorstands zu schützen (vgl. *Thüsing* in *Fleischer, Hdb. des Vorstandsrechts*, 2006, § 5 Rz. 7; *Kort* in *Großkomm/AktG*, 4. Aufl. 2006, § 84 AktG Rz. 136). Dazu passt nicht, dass der Aufsichtsrat sich selbst Abberufungsgründe schafft – und seien es so beachtliche Ziele wie Kostenreduktion und Schaffung schlanker Strukturen.

Die Gesetzesgeschichte des mit der Neufassung des Aktiengesetzes 1965 novellierten § 84 Abs. 3 AktG bestätigt das Ergebnis der teleologischen Auslegung: Nach der Regierungsbegründung sollte es bei dem Konzept des Aktiengesetzes 1937 bleiben, dass der Aufsichtsrat die Vorstandsbestellung nur aus wichtigem Grund widerrufen könne. Denn der Vorstand könne die Aktiengesellschaft „nur dann unter eigener Verantwortung leiten, wenn er sich sicher ist, dass der Aufsichtsrat ihm nur bei erheblichen Verfehlungen und groben Nachlässigkeiten abberufen kann“ (zit. nach *Kropff*, Aktiengesetz, S. 106). Solches wirft indes niemand den Abberufenden vor.

3. Vorläufiger Rechtsschutz

Gemäß § 84 Abs. 3 Satz 4 AktG ist der Widerruf „wirksam, bis seine Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt ist“. Nach h.M. können die abberufenen Vorstände mit vorläufigem Rechtsschutz nur Fehler bei den Formalien der Abberufung angreifen – nicht aber das Fehlen eines wichtigen Grundes, das soll nur durch die ordentliche Klage möglich sein (vgl. statt aller *Hüffer*, 10. Aufl. 2012, § 84 AktG Rz. 32, 35; *Oltmanns* in *Heidel*, Aktienrecht

und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2011, § 84 AktG Rz 26, 28; a.A. bzw. kritisch *Wiesner*, EWIR 1985, 241; *Vollmer*, GmbHR 1984, 5 [10 f]; *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 84 AktG Rz. 28, 119; *Kort* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2006, § 84 AktG Rz. 189; *Fleischer* in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 84 AktG Rz. 129; *Thüsing* in *Fleischer*, Hdb. des Vorstandsrechts, 2006, § 5 Rz. 31 f). Dass die h.M. mehr als zweifelhaft ist, soll ein Beispiel verdeutlichen: Ein Aufsichtsrat beschließt – rechtstechnisch einwandfrei –, das einzige weibliche Vorstandsmitglied abberufen; alleinige Begründung: Man wolle einen rein männlichen Vorstand, um gesetzgeberischen Vorhaben zur Einführung einer Frauenquote ein markiges Zeichen entgegenzusetzen. Dann fehlt evident der wichtige Grund. Nach h.M. bleibt die gefeuerte Vorständin bis zur Entscheidung des BGH über ihre Klage kaltgestellt – um dann, nach typischer Verfahrensdauer von vier Jahren, festzustellen, dass ihre Amtszeit abgelaufen ist.

Der fehlende vorläufige Rechtsschutz beim wichtigen Grund führt *de facto* dazu, dass sein Fehlen nur einen Vergütungsanspruch des Vorstandsmitglieds für die Dauer der Abberufung begründet. Nach h.M. verlängert sich die Amtszeit nicht einmal um die Zeit bis zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Abberufung (vgl. *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 84 AktG Rz. 28; *Kort* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2006, § 84 AktG Rz. 72). Das konterkariert die vom Gesetzgeber aus wohlwogenden Gründen im Interesse der Gesellschaft an der unabhängigen Unternehmensführung durch den Vorstand nominierte Beschränkung der Abberufungsmöglichkeit auf wichtige Gründe. Der Wortlaut des § 84 Abs. 3 Satz 4 AktG gibt nichts dafür her, dass nur eine Entscheidung über eine Klage das Fehlen eines Abberufungsgrundes feststellen kann. Es ist ein Wertungswiderspruch, diese Norm so auszulegen, dass jeder noch so geringfügige formale Mangel der Abberufungsentscheidung oder -erklärung durch einstweilige Verfügung festgestellt werden kann (vgl. OLG Stuttgart v. 15.4.1985 – 2 U 57/85, AG 1985, 193), doch im Kern der Auseinandersetzung – ob ein wichtiger Grund vorliegt – selbst bei dessen evidentem Fehlen effektiven Rechtsschutz zu versagen. Dem § 84 Abs. 3 AktG sind solche Evidenzaspekte nicht fremd; der Entzug des Vertrauens ist ein wichtiger Grund nur, wenn die Hauptversammlung nicht „aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen“ hat (§ 84 Abs. 3 Satz 2 AktG). Entscheidet man anders, muss man jedenfalls vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutz gegen die Fassung des Abberufungsbeschlusses zulassen – und zwar nicht nur des Vorstandsmitglieds, sondern auch der Aufsichtsratsminderheit (vgl. allg. *Hopt/Roth* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2005, § 108 AktG Rz. 188).

RA FAH GesR FAS tR Dr. Thomas HeideI,
Meilicke Hoffmann & Partner, Bonn

Neues zur Rechnungslegung

Prüfungsschwerpunkte der DPR für 2014

Die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR) hat ihre Prüfungsschwerpunkte für 2014 bekanntgegeben. Sie beziehen sich mit Ausnahme der Prüfung des Konzernlageberichts auf die Konzernrechnungslegung nach den *International Financial Reporting Standards* (IFRS). Im Einzelnen werden genannt:

1. *Goodwill Impairment-Test*: Nach IAS 36 „Wertminderungen von Vermögenswerten“ ist der beizulegende Zeitwert des aktivierten, nach IFRS nicht planmäßig abzuschreibenden Geschäfts- oder Firmenwert jährlich auf seine Werthaltigkeit hin zu überprüfen. Die DPR will die Verlässlichkeit der zugrunde gelegten Cashflow-Prognosen (IAS 36.33 ff.), die Ableitung des Abzinsungssatzes und Beschreibung der wesentlichen Prämissen für die Fair-Value-Bewertung prüfen.

2. *Unternehmenszusammenschlüsse*: Im Mittelpunkt stehen die Fair-Value-Ermittlung nach IFRS 13 „Bewertung zum beizulegenden Zeitwert“ (vgl. *Scheffler*, AG 2011, R240) und die Anhangangaben zum Goodwill oder negativen Unterschiedsbetrag aus der Konsolidierung (IFRS 3 „Unternehmenszusammenschlüsse“, Rz. 59 ff.).

3. *Bilanzierung von leistungsorientierten Pensionsverpflichtungen*: Die Neufassung von IAS 19 „Leistungen an Arbeitnehmer“ von 2011 (vgl. *Scheffler*, AG 2011, R282) ist erstmals für Geschäftsjahre anzuwenden, die am 1.1.2013 oder danach beginnen. Besonders geprüft werden sollen die danach erforderlichen Angaben im Anhang (Abzinsungssatz, Merkmale und Risiken des Versorgungsplans; IAS 19.135 ff.) sowie die Auswirkungen der Erstanwendung von IAS 19/2011 (IAS 1.40A).

4. *Neue Standards zur Konsolidierung* (vgl. *Scheffler*, AG 2012, R 239 f): In Bezug auf die erstmals ab 1.1.2013 anzuwendenden Standards IFRS 10 „Konzernabschlüsse“, IFRS 11 „Gemeinschaftliche Vereinbarungen“ und IFRS 12 „Angaben zu Anteilen an anderen Unternehmen“ sollen die Abgrenzung des Konsolidierungskreises (IFRS 10), die Behandlung von gemeinschaftlicher Tätigkeit und Gemeinschaftsunternehmens (IFRS 11) und die Angaben zu Anteilen an anderen Unternehmen (IFRS 12) geprüft werden.

5. *Konzernlagebericht*: Gegenstand der Prüfung sind die Anforderungen des neu formulierten Deutschen Rechnungslegungs Standards DRS 20 (vgl. *Scheffler*, AG 2012, R326) in Bezug auf die Prognose- und Risiko-berichterstattung.

WP Prof. Dr. Eberhard Scheffler, Hamburg