

muss der Vorstand insoweit Auskunft geben, als dies für einen Aktionär bei objektiver Betrachtung zur sachgerechten Aktienanalyse erforderlich ist<sup>78</sup>. Das *BayObLG* entschied, dass das erweiterte Auskunftsrecht nach § 131 IV AktG nicht auf Auskünfte beschränkt ist, die in dem der Hauptversammlung vorausgehenden Geschäftsjahr gegeben wurden. Auch außerhalb der Hauptversammlung einem Großaktionär gegebene Auskünfte seien erfasst<sup>79</sup>.

### 11. Aufsichtsrat und Vorstand

Fasst die Hauptversammlung über die Entlastung eines Aufsichtsratsmitglieds nicht in der gesetzlich bzw. satzungsmäßig vorgeschriebenen Zeit Beschluss, endet seine Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat spätestens in dem Zeitpunkt, in dem die Hauptversammlung über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach Amtsantritt hätte beschließen müssen<sup>80</sup>.

Ein Aufsichtsratsbeschluss über die Bestellung eines Vorstandsmitglieds beinhaltet nicht automatisch einen Beschluss über dessen Anstellung. Auf die Tätigkeit des Vorstandsmitglieds finden die Grundsätze über das fehlerhafte Arbeitsverhältnis entsprechend Anwendung mit der Folge, dass der „Vertrag“ für die Zukunft jederzeit aufgelöst werden kann<sup>81</sup>.

Die inzwischen durch Art. 1 Nr. 4 TransPuG aufgehobene Regelung des § 86 II AktG konnte unter Beachtung der von dieser Vorschrift gezogenen, der Sicherung der AG dienenden Grenzen abbedungen werden. Danach war die Vereinbarung einer dividendenabhängigen Tantieme zulässig<sup>82</sup>.

Auf „Übergangsgelder“ sind die Grenzen, die die Rechtsprechung sonst für nachvertragliche Wettbewerbsverbote zieht (etwa bezüglich des Erfordernisses räumlicher und gegenständlicher Begrenzung), nicht anzuwenden<sup>83</sup>.

Hat der Vorstand einer (hier Genossenschafts-)Bank die bei der Vergabe von Krediten erforderliche Sorgfaltspflicht (hier: ordnungsgemäße Bewertung der Sicherheiten sowie Beachtung der Richtlinien über Beleihungsobergrenzen) missachtet, haftet er der Bank für daraus resultierende Kreditausfälle<sup>84</sup>.

Ein Vorstandsmitglied, das aus Mitteln der Gesellschaft Spenden für gemeinnützige Zwecke vergibt, kann sich – wenn die Leistung gesellschaftsrechtlich unzulässig ist – erst dann einer Untreue (§ 266 StGB) strafbar machen, wenn die gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung gravierend ist<sup>85</sup>.

In der Regel ist der mittelbare Schaden eines Gesellschafters, der ihm durch pflichtwidriges Handeln eines Vorstandsmitglieds entsteht, durch Ersatzleistung in das Vermögen der Gesellschaft auszugleichen<sup>86</sup>. Das gilt aber dann nicht, wenn die Muttergesellschaft diesen Schaden selbst ausgeglichen hat. Ein solcher Fall liegt vor, wenn die Mutter- der Tochtergesellschaft eigenkapitalersetzende Darlehen gewährt hat und auf diese wegen der Insolvenz der Tochtergesellschaft nichts zurückerhält<sup>87</sup>.

Auf das Eintrittsrecht des § 88 II 2 i. V. mit I AktG kann eine Klage auf Herausgabe eines erlangten Geldbetrags – hier seitens eines Konkursverwalters über das Vermögen der Gesellschaft – nicht gestützt werden, wenn das getätigte „Geschäft“ nicht in den satzungsmäßigen Tätigkeitsbereich der Gesellschaft fiel; denn § 88 AktG schützt die Gesellschaft (nur) vor Wettbewerbshandlungen und vor anderweitigem Einsatz der Arbeitskraft ihrer Vorstandsmitglieder<sup>88</sup>.

### 12. Liquidation und Insolvenz

In einem grundlegenden Beschluss hat das AG *Duisburg* zu zahlreichen Fragen Stellung genommen, die sich bei der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer AG unter gleichzeitiger Anordnung der Ei-

genverwaltung nach § 270 InsO ergeben. Gesellschaftsrechtlich ist der Hinweis wichtig, dass bei Anordnung der Eigenverwaltung die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Weisungs- und Kontrollrechte der Geschäftsorgane gegenüber der Geschäftsleitung bestehen bleiben, wobei aber gleichwohl alle Geschäftsorgane an den Zweck des Insolvenzverfahrens gebunden sind. Zugleich stellte es fest, dass in der Insolvenz eines abhängigen oder herrschenden Unternehmens für die Dauer des Verfahrens auch bei Anordnung der Eigenverwaltung alle konzernrechtlichen Weisungsbefugnisse ruhen<sup>89</sup>.

78) KG, ZIP 2001, 1200 = EWiR § 131 AktG 2/01, 351 (*Luttermann*) (Kötitzer Ledertuch).

79) *BayObLG*, NJW-RR 2002, 1558 (1559) = ZIP 2002, 1804 (1805).

80) BGH, NJW-RR 2002, 1461 = ZIP 2002, 1619 = DStR 2002, 1727 = EWiR § 102 AktG 1/03, 45 (*Pötter*).

81) OLG Schleswig, NZG 2001, 275 = ZIP 2001, 71 (n. rkr.).

82) BGHZ 145, 1 = NJW 2000, 2998 = NZG 2001, 1030 = ZIP 2000, 1438 (*Altmeyden*) = DStR 2000, 1571 = EWiR § 86 AktG 1/01, 245 (*Leuering*).

83) BGH, ZIP 2000, 1452, 1453 = NJW-RR 2000, 1277 = DStR 2000, 1783 (*Goette*) = EWiR § 17 BetrAVG 1/01, 559 (*Zimmermann*).

84) BGH, NZG 2002, 195 = ZIP 2002, 213.

85) BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585 = NZG 2002, 471 = NStZ 2002, 322 = EWiR § 266 StGB 1/02, 305 (*Wessing*) = DStR 2002, 1102 L (*Lange*) (SSV Reutlingen).

86) Ebenso für das GmbH-Recht OLG Hamm, NJW-RR 2002, 1259 = ZIP 2002, 1486 (1487).

87) BGH, NJW-RR 2001, 1177 = ZIP 2001, 1005 (1006) = DStR 2001, 1221.

88) BGH, NJW 2001, 2476 = ZIP 2001, 958 (959) = DStR 2001, 949 (Bestätigung von BGH, NJW 1997, 2055 = ZIP 1997, 1063 [1064] = DStR 1997, 1053 = EWiR § 88 AktG 1/97, 631 [*Wilhelm*]); Vorinstanz OLG Köln, NZG 1999, 1008 = EWiR § 88 AktG 1/99, 819 (*Bröcker*).

89) AG *Duisburg*, NZI 2002, 556 = ZIP 2002, 1636 (1640) = DStR 2002, 2092 (*Babcock Borsig*); zum Problemkreis *Noack*, ZIP 2002, 1873; *Prütting/Huhn*, 2002, 777.

## Kommentar

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

### Wer kontrolliert die Rating-Agenturen?

Ist die Bundesrepublik weiter eine Spitzenadresse, die das Rating AAA verdient? Standard & Poor's, eine der beiden großen amerikanischen Rating-Agenturen, hat diese Frage Mitte Dezember 2002 mit „gerade noch“ beantwortet (Handelsblatt v. 13./14. 12. 2002, S. 23). Einige Banken kamen weniger glimpflich davon und wurden um eine Stufe „downgeratet“. Besonders schlimm hat es vor kurzem Thyssen-Krupp erwischt: Standard & Poor's nahm die Pensionsverpflichtungen zum Anlass, nicht nur das Unternehmen schlechter zu bewerten, sondern die von ihm begebenen Anleihen als „Ramsch“ („junk bonds“) einzustufen. Dies verursacht im konkreten Fall zusätzliche Zinskosten in Höhe von 30 Mio. Euro pro Jahr; Verwalter von Investment-Fonds werden die Krupp-Thyssen-Anleihen verkaufen müssen, wollen sie dem Vorwurf unsolider Anlagepolitik entgehen (Einzelheiten in: Handelsblatt v. 24. 2. 2003, S. 13). Der Börsenkurs der Aktie fiel zeitweise um 7,5%. Während die Bundesrepublik insgesamt zur „zweiten Adresse“ geworden, hätte dies praktisch alle deutschen Spitzenunternehmen getroffen, da einzelne Unternehmen in aller Regel kein besseres Rating als ihr Land erhalten (*Großfeld*, *ZvglRWiss* 2002, 397).

Wer verbirgt sich hinter den „Notengebern“? Der Rating-Markt besteht aus zwei großen amerikanischen Unternehmen (Standard & Poor's und Moody's) sowie aus zwei kleineren, gleichfalls amerikanischen Agenturen, die in speziellen Marktsegmenten tätig sind. Trotz einiger Bemühungen Anfang der 90er Jahre ist eine europäische Agentur bisher nicht zu Stande gekommen. Die Auswahlfreiheit der Betroffenen ist daher ge-

