muss der Vorstand insoweit Auskunft geben, als dies für einen Aktionär bei objektiver Betrachtung zur sachgerechten Aktienanalyse erforderlich ist[78]. 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[79].

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[80].

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[81].

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[82].

Auf „Übergangsgelder" sind die Grenzen, die die Rechtsprechung sonst für nachvertragliche Wettbewerbsverbote zieht (etwa bezüglich des Erfordernisses räumlicher und gegenständlicher Begrenzung), nicht anzuwenden[83].

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[84].

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[85].

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[86]. 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[87].

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[88].

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 Eigenverwaltung nach § 270 InsO ergeben. Gesellschaftsrechtlich ist der Hinweis wichtig, dass bei Anordnung der Eigenverwaltung die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Weisungs- und Kontrollrechte der Gesellschaftsorgane gegenüber der Geschäftsleitung bestehen bleiben, wobei aber gleichwohl alle Gesellschaftsorgane 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[89].

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 *(Altmeppen)* = 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%. Wäre 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-

ring, auf dem Weltmarkt besteht ein (denkbar enges) Oligopol. Meist wird sogar erwartet, dass man sich von mehr als einer Agentur „raten" lässt.

Was sind die Kriterien, nach denen sich die Bewertung richtet? Üblicherweise unterscheidet man zwischen „harten" wie der Eigenkapitalquote und „weichen" wie der Qualität des Managements. Insbesondere Letztere sind von beträchtlicher Abstraktheit (Wann verdient ein Vorstand das Prädikat „hervorragend", wann ist eine geplante Marktstrategie zugleich „aussichtsreich und innovativ"?), so dass es letztlich darauf ankommt, wie die konkreten Personen die Dinge handhaben. Zunächst werden die öffentlich zugänglichen Daten über das fragliche Unternehmen erfasst und ausgewertet, dann muss dieses eine lange Liste schriftlicher Fragen beantworten. Zwei Vertreter der Agentur führen anschließend ein mindestens eintägiges Gespräch mit dem Vorstand und anderen wichtigen Personen im Unternehmen. Die eigentliche Entscheidung liegt in der Hand eines „Rating-Komitees", dessen Zusammensetzung den Betroffenen nicht bekannt ist. Auch über die Willensbildung dringt nichts nach außen. Manche Betrachter werden dabei an eine Zeugniskonferenz in der Schule erinnert.

Kann man sich gegen Fehlbewertungen juristisch wehren, könnte Thyssen-Krupp gegen Standard & Poor's gerichtlich vorgehen, weil die Pensionsverpflichtungen unsachgemäß bewertet wurden und zugleich unberücksichtigt blieb, dass die Verschuldung des Unternehmens in zwei Jahren um fast 4 Mrd. Euro abgebaut wurde? (Zu den wirtschaftlichen Einzelheiten Näheres in Handelsblatt v. 24. 2. 2003, S. 13). Das Rating-Urteil hat Ähnlichkeit mit einem Warentest – nur dass nicht ein einzelnes Produkt, sondern das ganze Unternehmen eingeschätzt wird und dass sehr viel mehr auf dem Spiel steht. Was bei der Beurteilung von Skibindungen oder Kühlschränken verlangt wird, muss daher hier erst recht gelten: Die Tester müssen ihre Vorgehensweise nachvollziehbar machen und Transparenz praktizieren. Nur dann räumt ihnen die Rechtsprechung einen gewissen Beurteilungsspielraum ein. Das von den Rating-Agenturen praktizierte Geheimverfahren wird dieser Anforderung nicht gerecht und kann deshalb den in einem Negativurteil liegenden Eingriff in den Gewerbebetrieb nicht rechtfertigen (Einzelheiten bei *Däubler*, BB 2003, 429). Wer – wie Thyssen-Krupp – durch ein „Urteil" einen jährlichen Schaden von 30 Mio. Euro erleidet, muss wenigstens nachvollziehen können, wie dieses im Einzelnen zu Stande kam, und in der Lage sein, seine eigene Sicht der Dinge in das Bewertungsverfahren einzubringen. Erst recht sind Rating-Urteile rechtswidrig, wenn sie durch sachfremde Motive wie zum Beispiel die bewusste Schwächung eines nicht-amerikanischen Konkurrenten mitbestimmt sind. Mittlerweile hat auch die US-Börsenaufsicht (Securities and Exchange Commission – SEC) Standards für Rating-Agenturen vorgeschlagen, die insbesondere ein transparenteres Verfahren sicherstellen sollen. Anlass war die Tatsache, dass die Firma *Enron* noch kurz vor ihrem Zusammenbruch ein höchst achtbares Rating erhalten hatte.

Also doch Chancen für Widerruf und Schadensersatz? Die Frage kann in der heutigen Situation jedenfalls nicht mehr mit einem pauschalen „Nein" beantwortet werden. Hat das geschädigte Unternehmen seinen Sitz in Deutschland, so ist grundsätzlich deutsches Recht anwendbar, zumal Standard & Poor's und Moody's Tochtergesellschaften in der Bundesrepublik besitzen, die das „lokale Ratinggeschäft" koordinieren.

Ob es ein Unternehmen (oder ein Staat) wagt, die rechtlichen Grenzen auszutesten, steht auf einem anderen Blatt. Das im folgenden Jahr fällige Rating könnte vielleicht noch etwas unfreundlicher ausfallen – mit allen Folgen, die dies für die Zukunft des Unternehmens oder einer ganzen Volkswirtschaft hat. Dies verweist auf ein strukturelles Problem: Die Rating-Agenturen verfügen über die Macht eines absoluten Herrschers, den bislang weder ein Gericht noch der Markt wirklich kontrolliert. Innerhalb des irgend Vertretbaren können sie mit hervorragenden wie auch mit verheerenden Folgen für die Betroffenen den Daumen nach oben oder nach unten bewegen. Wir leben so mit einem Stück Absolutismus in unserer Mitte. Wenn der „Souverän" aus gutem oder aus schlechtem Grund „ungnädig" wird, müssen wir seine Entscheidungen klaglos akzeptieren; Murren oder gar Aufmucken könnte gefährlich sein und die Lage noch weiter verschlechtern.

Will man dies nicht mehr hinnehmen, könnte man per Gesetz Rating-Standards einführen, was allerdings eventuell erhebliche Konflikte mit bedeutsamen Kräften jenseits des Atlantiks zur Folge haben würde. Sinnvoller erscheint es daher, den Gedanken europäischer Rating-Agenturen wieder aufzugreifen und so ein marktimmanentes Kontrollinstrument zu schaffen. Warum sollte Europa nicht auch auf diesem zentralen Sektor der Wirtschaftssteuerung zu einer handlungsfähigen Einheit und zu einem gleichberechtigten Partner werden?

Zur Rechtsprechung

Rechtsanwalt Richard Lindner, Walzbachtal

Die Entscheidungserheblichkeit der Grundsatzfrage beim Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache*

I. Problemstellung

Der *X. Zivilsenat* des *BGH* hat seinem Beschluss vom 7. 1. 2003[1] den Leitsatz vorangestellt, die Entscheidungserheblichkeit einer als grundsätzlich angesehenen Rechtsfrage könne der *BGH* nur auf der Grundlage der Erkenntnisse beurteilen, die ihm in diesem Verfahrensabschnitt zulässigerweise hierzu zur Verfügung stehen. Er geht deshalb im Zulassungsverfahren von der Auffassung des Berufungsgerichts aus, ein deliktischer Schadensersatzanspruch bestehe nicht, weil die Voraussetzungen der haftungsrechtlichen Zuordnung nach §§ 89, 831 BGB a. F. nicht gegeben seien; insoweit sei nur deren Rechtsfehlerhaftigkeit, aber kein eigenständiger Zulassungsgrund dargelegt worden; auf Grund des derart beschränkten Erkenntnisstandes sei jedoch die Grundsatzfrage, ob die Vergaberichtlinien Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB seien, nicht mehr entscheidungserheblich. Das Ergebnis verblüfft – den Rechtssuchenden, dem trotz der Entscheidungserheblichkeit der rechtsgrundsätzlichen Frage bei voller revisionsrechtlicher Überprüfung die Revision nur deshalb versagt wird, weil dem Berufungsgericht – wie vom *BGH* unterstellt – zusätzlich ein einfacher Rechtsfehler unterlaufen ist; die Allgemeinheit, weil sie eben wegen dieses Rechtsfehlers auf eine Klärung der Grundsatzfrage verzichten muss. Möglicherweise haben diese Auffälligkeiten den *VII. Zivilsenat* in einem nur wenig früher ergangenen Beschluss bewogen, die Problematik ausdrücklich offen zu lassen[2]. Das wirft die Frage auf, ob der *X. Zivilsenat* dieses Problem überzeugend gelöst hat.

II. Die Entscheidungserheblichkeit der Grundsatzfrage bei mehrfach begründeter Entscheidung und ihre Prüfung durch das Revisionsgericht

Zwei Erwägungen tragen seinen Beschluss: Vorausgesetzt wird zum einen die Entscheidungserheblichkeit der angeführten Grundsatzfrage, weil das Revisionsgericht nicht abstrakte Rechtsfragen zu klären habe, sondern nur wegen einer Streitfrage angerufen werden könne, die sich im konkreten Rechtsstreit stellt[3]; das heißt die rechtsgrundsätzliche Frage muss im Revisionsurteil zu klären sein. Zum anderen wird postuliert, dass diese Entscheidungserheblichkeit nur anhand der im Zulassungsverfahren zulässigerweise geltend gemachten Zulassungsgründe beurteilt werden könne.

Auch wenn die Entscheidungserheblichkeit der klärungsbedürftigen Rechtsfrage gesichertes Tatbestandselement einer Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache ist, sind ihre Voraussetzungen im Einzelnen nicht unumstritten. Dies zeigt sich insbesondere an der Behandlung der Problematik, unter

* Zugleich Anmerkung zu *BGH*, Beschl. v. 7. 1. 2003 – X ZR 82/02, NJW 2003, 1125 (in diesem Heft). – Der Autor ist Rechtsanwalt in Walzbachtal.

1) NJW 2003, 1125 (in diesem Heft).

2) *BGH*, NJW 2003, 831, II 2 b bb der Gründe.

3) II 1 b der Gründe unter Hinweis auf *May*, Die Revision, 2. Aufl. (1997), Rdnr. 63; *Zöller/Gummer*, ZPO, 23. Aufl. (2002), § 543 ZPO, Rdnr. 11; *Wenzel*, NJW 2002, 3353 (3354).