

2. Offenkundigkeit der Gewinnerzielungsabsicht

Wie die Pressemitteilung Nr. 46/2011 zu dem (bislang nicht veröffentlichten) Urteil des BGH vom 22.3.2011 (XI ZR 33/10) zu den Beratungspflichten bei Zinssatz-Swap-Verträgen verlauten lässt, geht auch der XI. Senat davon aus, dass das Vergütungsinteresse der beratenden Bank für den Anleger erkennbar ist. So heißt es in der Pressemitteilung, dass die Bank grundsätzlich nicht verpflichtet ist, über ihre Gewinnerzielungsabsicht aufzuklären, da diese offensichtlich sei. Diese Aussage ist vor dem Hintergrund der bisherigen Begründung der Kick-Back-Rechtsprechung des XI. Senats überraschend, in der obergerichtlichen Rechtsprechung aber schon jetzt vorherrschend. Von der Erkennbarkeit des Provisionsinteresses der Banken bei Zertifikaten geht die obergerichtliche Rechtsprechung weitestgehend einvernehmlich aus (OLG Celle, BeckRS 2009, 27801 = DB 2009, 2707 m. Anm. *Langen*; OLG Celle, BeckRS 2010, 11517 = ZIP 2010, 876; OLG Hamburg, BeckRS 2010, 10465 = WM 2010, 1029, GWR 2010, 248).

3. Entwurf des Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts

Der III. Senat schafft mit seiner Rechtsprechung für die Vergangenheit die Grundlage für eine pragmatische Beurteilung. Zukünftige Sachverhalte werden allerdings angesichts des am 06.4.2011 von der Bundesregierung verabschiedeten Entwurfs des Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts anders zu beurteilen sein. Der Gesetzentwurf enthält in § 34g GewO eine Verordnungsermächtigung über den Umfang der Verpflichtungen der freien Anlageberater bei der Anlageberatung. Gemäß § 34g Abs. 1 Nr. 1 GewO hat die zu erlassende Rechtsverordnung zwingend Regelungen zur Offenlegung von Provisionen und anderen Zuwendungen durch den Anlageberater gegenüber dem Anleger zu beinhalten.

4. Fazit

Der III. Senat begründet die fehlende Aufklärungspflicht in seinem Urteil vom 3.3.2011 (III ZR 170/10) erneut mit der Erkennbarkeit des Vergütungsinteresses. Bei künftigen Beratungen ist aufgrund der beabsichtigten Gleichstellung der freien und der gebundenen Anlageberater durch das Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts über Zuwendungen aufzuklären.

OLG Zweibrücken: Nichtigkeit einer vorzeitigen Neubestellung der Vorstandsmitglieder

OLG Zweibrücken, Urteil vom 3.2.2010 – 4 U 76/10

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE BBL2011-1039-1](#)
unter www.betriebs-berater.de

LEITSATZ (DER REDAKTION)

Die einvernehmliche Aufhebung der Vorstandsbestellung bei gleichzeitiger vorzeitiger Neubestellung sind wegen Umgehung des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG nichtig; denn die Vorschrift des § 84 Abs. 1 AktG stellt ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB dar.

AktG § 84 Abs. 1 S. 3; BGB § 134; DCGK Ziff. 5.1.2

SACHVERHALT

Die beklagte Aktiengesellschaft ist ein mittelständisches Bauunternehmen mit mehreren Niederlassungen und Schwestergesellschaften in Deutschland und im Ausland. Der Aufsichtsrat der Beklagten besteht aus sechs Mitgliedern. In den Jahren 2005 und 2006 bestellte der Aufsichtsrat A. K. und G. B. (Ehemann der Aktionärin C... B...) für fünf Jahre zu Mitgliedern des Vorstandes. Durch Beschlüsse vom 6.7.2007 wurden die Bestellungen der beiden Vorstandsmitglieder einvernehmlich aufgehoben; der Aufsichtsrat bestellte zugleich beide für die Dauer von 5 Jahren erneut zu Mitgliedern des Vorstandes. In derselben Aufsichtsratsitzung legte das weitere Mitglied des Vorstandes J. sein Amt nieder und übernahm mit Arbeitsvertrag vom selben Tag eine Tätigkeit für die Beklagte in A. Die Vorstandsmitglieder B. und K. übernahmen im Folgenden die Tätigkeitsbereiche des ausgeschiedenen Vorstandsmitglieds J. Am 7.7.2007 wählte die Hauptversammlung der Beklagten einen neuen Aufsichtsrat. Dieser stimmte am 26.10.2009 über die Abberufung der Vorstandsmitglieder K. und B. ab. Bei dieser Abstimmung kam es in dem sechsköpfigen Aufsichtsrat zu einer Patt-Situation. Gleichwohl stellte der damalige Vorsitzende des Aufsichtsrates als Ergebnis der Abstimmung

fest, dass die Abberufung der Vorstände beschlossen sei. Der Kläger ist seit 21.8.2008 Mitglied des Aufsichtsrats. Er wurde von dem Familienstamm E. H. vorgeschlagen. Er begehrt mit seiner im Juli 2009 beim LG eingegangenen Klage die Feststellung, dass die am 6.7.2007 gefassten Beschlüsse des Aufsichtsrats über die einvernehmliche Aufhebung der Organstellung und Neubestellung der Vorstandsmitglieder K. und B. nichtig sind. Durch das angefochtene Urteil (veröffentlicht in BB 2010, 1626) hat die 2. Kammer für Handelssachen des LG Frankenthal (Pfalz) die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte Erfolg.

AUS DEN GRÜNDEN

II. ... Die Beschlüsse des Aufsichtsrats der Beklagten vom 6.7.2007 über die einvernehmliche Aufhebung der Bestellung der Vorstandsmitglieder K. und B. bei gleichzeitiger Neubestellung als Vorstände für 5 Jahre sind wegen Umgehung des Verbots in § 84 Abs. 1 AktG gemäß § 134 BGB nichtig. Im Einzelnen gilt dazu Folgendes:

Zulässigkeit der Feststellungsklage des Klägers

1. Die Feststellungsklage des Klägers als Mitglied des Aufsichtsrates der Beklagten ist zulässig.

Eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses des Aufsichtsrates ist möglich. § 241 AktG findet insoweit keine Anwendung. Die Klage ist gegen die Gesellschaft und nicht gegen den Aufsichtsrat zu richten (BGH Urteil vom 17.5.1993 – II ZR 89/92 – BB 1993, 1468 m. w. N.; 25.2.1982 – II ZR 102/81 – m. w. N. bei juris). Das Feststellungsinteresse des Aufsichtsratsmitglieds folgt aus seiner Organstellung und der sich daraus ergebenden gemeinsamen Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der von den Aufsichtsräten gefassten Beschlüsse. Den einzelnen Aufsichtsrat trifft nicht nur das Recht – und die Pflicht – die ihm im Rahmen seiner Organtätigkeit zugewiesenen Aufgaben in Übereinstimmung mit den Anforderungen, die Gesetz

und Satzung an die Erfüllung stellen, wahrzunehmen; aus seiner organischen Stellung ergibt sich zumindest auch das Recht, darauf hinzuwirken, dass das Organ, dem er angehört, seine Entscheidung nicht in Widerspruch zu Gesetzes- und Satzungsrecht trifft. Kann das Aufsichtsratsmitglied dieses Ziel im Rahmen der Diskussion und Entscheidungsfindung im Aufsichtsrat nicht erreichen, ist es berechtigt, eine Klärung auf dem Klagewege anzustreben. Deshalb folgt das rechtliche Interesse eines Aufsichtsrates an der Feststellung der Nichtigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses aus seiner Stellung als Mitglied des Aufsichtsrats (BGH Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BB 1997, 1169; 25.2.1982 a. a. O.).

Vorliegend handelt es sich allerdings nicht um einen Beschluss, an welchem der Kläger mitgewirkt hat und in welchem er überstimmt wurde, sondern um eine Entscheidung, die der Aufsichtsrat vor der Bestellung des Klägers getroffen hat und für welche er keine Verantwortung trägt. Da der Kläger keine Möglichkeit hatte, auf die Beschlussfassung einzuwirken, hat er insbesondere keine Regressansprüche (§ 117 AktG) wegen seiner Mitwirkung an rechtswidrigem Organhandeln zu befürchten. Auch ist zu beachten, dass ein berechtigtes Interesse daran bestehen kann, dass die Fehlerhaftigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen nicht von einem zu großen Personenkreis (zeitlich unbeschränkt) geltend gemacht werden kann (BGH Urteil vom 17.5.1993 a. a. O.; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1371).

Dennoch liegt ein rechtliches Interesse des Klägers vor, dass die Nichtigkeit der streitgegenständlichen Beschlüsse festgestellt wird, die vor seiner Zugehörigkeit zu dem Organ gefasst wurden. Zu den Aufgaben des Aufsichtsrats gehört es, die Gesellschaftsinteressen umfassend wahrzunehmen. Dazu gehört auch, die Nichtigkeit solcher Beschlüsse feststellen zu lassen, die für die Zukunft die Verhältnisse der Gesellschaft prägen. Ebenso wie der neu in den Aufsichtsrat eingetretene Kläger bei Nichtigkeit zuvor gefasster Beschlüsse im Aufsichtsrat darauf hätte hinwirken können, dass diese neu in gesetzes- und satzungskonformer Weise gefasst werden (vgl. hierzu Hopt/Roth GK-AktG 4. Aufl. § 108 Rdnr. 71 m. w. N.), muss ihm auch ein rechtliches Interesse an der Feststellung zugebilligt werden, dass die Nichtigkeit eines die Verhältnisse der Gesellschaft maßgeblich beeinflussenden Beschlusses – wie hier die Zusammensetzung ihres Vorstandes –, der vor seiner Amtszeit gefasst wurde, aber in die Zukunft hinein fortwirkt, festgestellt wird. Denn ihm ist nicht zuzumuten, sich nichtigen Aufsichtsratsbeschlüssen zu unterwerfen, welche negative Auswirkungen für die Gesellschaft haben können (vgl. OLG Düsseldorf a. a. O.).

Keine Verwirkung des Anspruchs auf Nichtigkeitsfeststellung

2. Der geltend gemachte Anspruch auf Nichtigkeitsfeststellung ist auch nicht verwirkt.

Da – wie ausgeführt – §§ 241 ff. AktG nicht anwendbar sind, stellt sich die Frage, ob eine Nichtigkeitsklage unter Verwirkungsgesichtspunkten zu begrenzen ist. Das wird bei minderschweren Fällen, insbesondere solchen, die nicht zu einer Nichtigkeit, sondern nur einer Anfechtbarkeit des gefassten Beschlusses führen, angenommen. Eine dahinlautende Klage muss mit der unter den gegebenen Verhältnissen zumutbaren Beschleunigung geltend gemacht werden (BGH Urteil vom 17.5.1993 a. a. O.). Das gilt aber nicht ebenso für einen Aufsichtsratsbeschluss, der in der Form seines Zustandekommens oder in seinem Inhalt gegen Gesetz oder Satzung verstößt und deshalb nichtig ist (OLG Düsseldorf, a. a. O.; Habersack in MüKo. AktG 3. Aufl. § 108 Rdnrn. 78, 81, Oetker in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 10. Aufl. § 108 Rdnr. 13; vgl. auch BGH Urteil vom 17.5.1993 a. a. O.). Hier geht es um einen Gesetzesverstoß, nämlich um einen Verstoß gegen § 84 Abs. 1 S. 3 AktG.

Nichtigkeit der die Bestellungszeit verlängernden Beschlüsse vom 6.7.2007 wegen Umgehung des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG

3. Die vom Aufsichtsrat der Beklagten am 6.7.2007 gefassten Beschlüsse, durch welche im Ergebnis die Bestellungszeit der Vorstandsmitglieder K. und B. vorzeitig verlängert wurde, sind wegen Umgehung des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG nichtig. Die Vorschrift des § 84 Abs. 1 AktG stellt ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB dar.

Nach dieser Vorschrift können Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft höchstens auf 5 Jahre bestellt werden; eine Verlängerung bedarf eines erneuten Aufsichtsratsbeschlusses, der frühestens 1 Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit gefasst werden kann (§ 84 Abs. 1 Satz 3 AktG). Vorliegend erfolgte die (eilvernehmliche) Aufhebung und Neubestellung der erst im Januar 2005 (B.) und April 2006 (K.) bestellten Vorstandsmitglieder am 6.7.2009 deutlich außerhalb der in § 84 Abs. 1 S. 3 AktG genannten Jahresfrist vor Ablauf ihrer Amtszeit.

Umstritten ist, ob eine solche Aufhebung der bisherigen Bestellung und die erneute Bestellung eines Vorstandsmitglieds außerhalb dieser Jahresfrist rechtlich möglich ist, oder ob ein solcher Beschluss eine unzulässige Umgehung des Sinns und Zwecks der Verbotsnorm des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG darstellt. Teilweise wird eine Zulässigkeit unter Hinweis auf den von der vom Bundesjustizministerium im September 2001 eingesetzten Regierungskommission am 26.2.2002 verabschiedeten deutschen Corporate Governance Kodex (im Folgenden DCDK genannt) bejaht. Nach Ziffer 5.1.2 Abs. 2 des DCDK soll eine Wiederbestellung eines Vorstandsmitgliedes vor Ablauf eines Jahres vor dem Ende der Bestelldauer bei gleichzeitiger Aufhebung der laufenden Bestellung bei Vorliegen besonderer Umstände möglich sein (vgl. zum Meinungsstand der Zulässigkeit einer solchen Maßnahme vgl. Kort GK-AktG a. a. O. § 84 Rdnr. 113 ff.; Spindler in MüKo. a. a. O. 3. Aufl. § 84 Rdnr. 44; Hüffer AktG 9. Aufl. § 84 Rdnr. 7; Mertens/Cahn KK-AktG 3. Aufl. § 84 Rdnr. 23; Bastian BB 2010, 1628 jew. m. w. N.; Rasmussen-Bonne GWR 2010, 181).

Der Senat ist hierzu der Auffassung, dass es sich bei der in Rede stehenden rechtlichen Gestaltung um eine unzulässige Umgehung des eindeutigen Gesetzeszwecks handelt (ebenso: AG Duisburg NZI 2008, 621). Der Normzweck des § 84 Abs. 1 AktG über die zeitliche Begrenzung der Bestellung eines Vorstandes einer Aktiengesellschaft besteht darin, dass damit die Personalkompetenz des Aufsichtsrates gesichert werden soll; die Gesellschaft soll die Möglichkeit haben, alle fünf Jahre den Posten eines Vorstandes zu überprüfen und sich ohne Gefahr rechtlicher Auseinandersetzungen oder wirtschaftlicher Zwänge von einem Vorstandsmitglied zu trennen (Rasmussen-Bonne a. a. O.). Bei vorzeitigem Ausscheiden eines Vorstandsmitglieds sind regelmäßig hohe Abfindungen zur Abgeltung der Restlaufzeit zu bezahlen; dieses Risiko steigt mit zunehmender Bestelldauer (Spindler in MüKo. a. a. O. Rdnr. 35). Die Wiederbestellung eines Vorstandsmitgliedes ist deshalb für den Aufsichtsrat keine bloße Pflichtübung, sondern setzt wie bei der erstmaligen Bestellung eine konkrete Auseinandersetzung u. a. mit der Person des wieder zu Bestellenden, insbesondere, ob er bisher den gestellten Anforderungen gerecht wurde, voraus (Spindler a. a. O. Rdnr. 45). Vom Aufsichtsrat wird eine verantwortliche Beratung über die Weiterbeschäftigung eines Vorstandsmitgliedes gefordert (Mertens/Cahn a. a. O. § 84 Rdnr. 13). Eine verantwortungsbewusste Prüfung in diesem Sinne setzt deshalb einen gewissen Zeitraum voraus, in welchem sich das erneut zu bestellende Vorstandsmitglied bewährt hat. Damit wäre es nicht in Einklang zu bringen, wenn es im Belieben des Aufsichtsrats stünde, vor dem in § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG bestimmten Zeitpunkt über dessen Weiterbestellung zu entscheiden. Auch wäre zu befürchten, dass die Entscheidung nicht mit

dem geforderten Ernst getroffen wird (Kort GK a.a.O. § 84 Rdnr. 114; Mertens/Cahn a.a.O. Rdnr. 23). Mit Recht hat deshalb auch das Bundesarbeitsgericht eine gegen § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG verstoßende Verlängerungsklausel des Anstellungsvertrages eines Vorstandsmitglieds als wegen Umgehung einer zwingenden Rechtsnorm nach § 134 BGB nichtig erachtet (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 26.8.2009 – 5 AZR 522/08 – bei juris, insbesondere Rdnrn. 27 ff. = BB 2010, 128). Dahinstehen kann, ob bei langjährig bewährten Vorstandskräften Umstände vorliegen können, die eine andere Beurteilung rechtfertigen. Im vorliegenden Fall, in dem die Vorstände erst seit einem bzw. zwei Jahren, also relativ kurze Zeit im Amt waren, verbietet sich ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung. Die Verlängerungsbeschlüsse beruhen offenkundig nicht auf sachlichen Erwägungen, sondern wurden vor dem Hintergrund der Streitigkeiten zwischen den Familienstämmen gefasst, um für den am nächsten Tag von der Hauptversammlung zu wählenden neuen Aufsichtsrat „vollendete Tatsachen“ zu schaffen.

Die Erwähnung einer vorzeitigen Wiederbestellung in Ziff. 5.1.2 des DCGK rechtfertigt keine vom eindeutigen Gesetzeswortlaut abweichende Auslegung. Es handelt sich dabei lediglich um eine unverbindliche Empfehlung einer unabhängigen Expertengruppe, die weder unmittelbare noch mittelbare Gesetzeskraft hat und noch nicht einmal einen Handelsbrauch darstellt (OLG Schleswig ZIP 2004, 1143; AG Duisburg NZI 2008, 621, 622; Semler in MüKo. a.a.O. 2. Aufl. § 161 Rdnr. 29 m.w.N.; Hüffer a.a.O. § 161 Rdnrn. 3, 4 m.w.N.).

Auch bei einer einschränkenden Auslegung des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG ergibt sich kein anderes Ergebnis

4. Wollte man gleichwohl anderer Auffassung sein und mit dem Landgericht davon ausgehen, dass Ziff. 5.1.2 des DCGK zu einer einschränkenden Auslegung des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG führt, würde sich dennoch daraus nichts zugunsten der Beklagten ergeben.

Denn es ist anerkannt, dass die in Ziff. 5.1.2 Abs. 2 des DCGK genannten „besonderen Umstände“, wollte man sie anerkennen, jedenfalls auf eng begrenzte Ausnahmefälle beschränkt werden müssen und davon nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden darf (vgl. Semler a.a.O. Rdnr. 405). Besondere Gründe in diesem Sinne werden z.B. darin gesehen, dass im Vorstand eine Änderung der Sachbereichszuständigkeit eintritt, dass das betroffene Vorstandsmitglied zum Vorstandsvorsitzenden berufen wird oder ein Angebot von dritter Seite erhält (vgl. Spindler a.a.O. § 84 Rdnr. 44). Nach Auffassung von Hüffer (a.a.O. § 84 Rdnr. 7) soll eine vorzeitige Wiederbestellung in Betracht kommen, wenn ein regulärer Ablauf der 5-Jahresfrist nicht zu erwarten steht.

Ein besonderer Grund in diesem Sinne hätte am 6.7.2007 nicht nachgewiesen werden müssen.

a) Der Umstand, dass das (weitere) Vorstandsmitglied J. in der Aufsichtsratssitzung vom 6.7.2007 sein Vorstandsamt niedergelegt hat und sein Zuständigkeitsbereich (vorübergehend) von den Vorstandsmitgliedern B. und K. mit übernommen wurden, wäre kein ungewöhnlicher Umstand. Es stand der Beklagten frei, die Stelle des Vorstandsmitglieds J. neu zu besetzen. Ein Erfordernis, die Amtszeit der übrigen Vorstandsmitglieder zu verlängern, ergab sich daraus nicht.

b) Die Beklagte hat nicht bewiesen, dass eine Abwanderung der Vorstandsmitglieder B. und K. damals konkret zu befürchten war ...

c) Gleiches gilt auch für den Umstand, dass bei regulärem Ablauf der Beststellungszeit der Vorstandsmitglieder die Bestellungen der verbliebenen Vorstandsmitglieder ... nahezu gleichzeitig endeten. Dieser Umstand war ... bereits bei der Bestellung der Vorstandsmitglieder B. und K. im Auf-

sichtsrat der Beklagten bekannt. Er hätte deshalb keinen Grund geboten, alsbald nach ihrer Bestellung diese wieder (einvernehmlich) aufzuheben und eine Neubestellung zu beschließen. Insbesondere ist nicht erkennbar, weshalb es dem Aufsichtsrat der Beklagten nicht zuzumuten war, mit der Entscheidung über die Neubestellung der Vorstände bis zum Beginn der in § 84 Abs. 1 S. 3 AktG genannten Jahresfrist zu warten.

d) Auch eine Gesamtschau all dieser Umstände würde nicht die Annahme rechtfertigen, dass ein wichtiger Grund für eine Neubestellung der Vorstandsmitglieder vorlag. Die eher abstrakten Befürchtungen, dass es wegen der im Aufsichtsrat bekannten Streitigkeiten zwischen den Familienstämmen ..., die sich auch auf den Aufsichtsrat der Beklagten auswirkten, ... zu Schwierigkeiten bei der Besetzung der Vorstandsämter nach Ablauf der Beststellungszeit der berufenen Vorstände kommen könnte oder die Vorstandsmitglieder B. und K. aus Verärgerung darüber vorzeitig abwandern könnten, wären kein besonderer Umstand i.S.v. Nr. 5.1.2 Abs. 2 des DCGK, der ausnahmsweise eine vorzeitige Neubestellung der Vorstandsmitglieder gerechtfertigt hätte.

6. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Frage der aktienrechtlichen Zulässigkeit einer einvernehmlichen Aufhebung der Vorstandsbestellung bei gleichzeitiger vorzeitiger Neubestellung lässt der Senat die Revision zu.

// BB-Kommentar

Dr. Oliver Lücke, RA/FAArbR, Buse Heberer
Fromm Rechtsanwälte Steuerberater Partner-
schaftsgesellschaft, München



„Wegen des Unwirksamkeitsrisikos sollte von der vorzeitigen Wiederbestellung derzeit kein Gebrauch gemacht werden“

Problem Nach § 84 Abs. 1 S. 1 AktG kann der Vorstand einer AG durch den Aufsichtsrat höchstens für fünf Jahre bestellt werden. § 84 Abs. 1 S. 2 AktG lässt eine Wiederbestellung zu, allerdings kann der Aufsichtsrat nach § 84 Abs. 1 S. 3 AktG über eine Wiederbestellung eines Vorstandsmitglieds frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit Beschluss fassen.

In der Praxis entsteht bei den Beteiligten wohl ab und an das Bedürfnis, über eine Wiederbestellung des Vorstands schon früher als ein Jahr vor Ende der aktuellen Amtszeit zu entscheiden, sprich: die Entscheidung – aus welchen Gründen auch immer – vorzuziehen. Als Begründung dafür werden etwa genannt: Berufung zum Vorstandsvorsitzenden, drohender Wechsel in der Aktionärsmehrheit (Change of Control) oder die Wechselabsicht des Vorstandsmitglieds.

Der Deutsche Corporate Governance Kodex geht von einer Wirksamkeit einer solchen vorzeitigen Wiederbestellung aus, regt aber an, von dieser Möglichkeit nur zurückhaltend Gebrauch zu machen (Ziff. 5.1.2 DCGK). In der juristischen Literatur ist sie umstritten, obergerichtliche Rechtsprechung lag hierzu bis zu der hier zu kommentierenden Entscheidung nicht vor.

Entscheidung Das OLG Zweibrücken hat mit seinem Urteil die Aufsichtsratsbeschlüsse über die Wiederbestellung zweier Vorstandsmitglieder wegen Umgehung des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG als nichtig angese-

hen, wegen grundsätzlicher Bedeutung allerdings die Revision zugelassen (Az.: BGH – II ZR 55/11).

Begründet hat das OLG seine Entscheidung mit Sinn und Zweck der in § 84 Abs. 1 S. 3 AktG festgelegten Jahresfrist. Diese solle die Personalkompetenz des Aufsichtsrats sichern und diesem alle fünf Jahre die Möglichkeit geben, „den Posten eines Vorstands zu überprüfen, ohne Gefahr rechtlicher Auseinandersetzungen oder wirtschaftliche Zwänge von einem Vorstandsmitglied zu trennen“. Da die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Wiederbestellung keine reine „Formalie“ sei, sondern der Aufsichtsrat jeweils ernsthaft zu prüfen habe, ob die Bestellung verlängert wird oder nicht, bedürfe es eines Mindestzeitraums, in dem sich das Vorstandsmitglied bewähren und den der Aufsichtsrat dann seiner Entscheidung über die Wiederbestellung zugrundelegen könne. Da es diesen Mindestzeitraum im Streitfall trotz über ein- bzw. zweijähriger Amtszeit der beiden Vorstandsmitglieder als nicht gegeben angesehen hat, hat es die vorzeitigen Wiederbestellungen wegen Umgehung des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG als nichtig bewertet.

Die rechtlichen Erwägungen, die die Entscheidung des OLG tragen, mögen sachgerecht sein (zweifeln unter Hinweis auf eine mögliche, z.B. dreijährige Bestelldauer: *Leuring/Rubner*, NJW-Spezial 2011, 208f.), für die Frage, ob das von Vorstand und Aufsichtsrat einvernehmlich (um nicht „kollusiv“ zu sagen) gewählte Verfahren (einvernehmliche Beendigung der bisherigen Bestellperiode bei gleichzeitiger Wiederbestellung vor Erreichen der Jahresfrist des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG) grundsätzlich gegen § 84 Abs. 1 S. 3 AktG verstößt oder zumindest wegen dessen Umgehung unwirksam ist oder nicht, geben sie jedoch nichts her.

Zunächst ist festzuhalten, dass dieses in der Praxis nicht unübliche „Manöver“ zunächst keinen Verstoß gegen § 84 Abs. 1 S. 3 AktG darstellt, da die Jahresfrist zwar nicht in Bezug auf die ursprünglich vorgesehene und vom Aufsichtsrat beschlossene Amtszeit, wohl aber in Bezug auf die tatsächliche Amtszeit (nach Amtsniederlegung oder einvernehmlicher Beendigung der Bestellung) eingehalten wird. Ein direkter Verstoß gegen den Wortlaut des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG liegt also in diesen Fällen nicht vor (i. Erg. ebenso z.B. *Hüffer*, AktG, 9. Aufl. 2010, § 84 Rn. 7; wohl auch *GroßKommAktG/Kort*, § 84 Rn. 144).

Berechtigt erscheinen aber die Stimmen in der Literatur, die in einem solchen Vorgehen eine Umgehung des Sinns und Zwecks dieser Bestimmung sehen und die eine solche vorzeitige Wiederbestellung daher als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot als unwirksam ansehen (so schon *Götz*, AG 2002, 305 ff.; *KölnKommAktG/Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 84 Rn. 22; *Spindler*, in: *MüKo/AktG*, 3. Aufl. 2007, § 84 Rn. 44; *Lücke*, in: *Lücke/*

Schaub, MandatsHdb Vorstand der AG, 2. Aufl. 2010, § 2 Rn. 22; differenzierend ähnlich der DCGK-Linie: *Hüffer*, AktG, 9. Aufl. 2010, § 84 Rn. 7). Denjenigen Autoren, die für eine Zulässigkeit der vorzeitigen Wiederbestellung eintreten, hat das OLG zutreffend entgegengehalten, dass es mit dem in § 84 Abs. 1 S. 3 AktG klar geäußerten gesetzgeberischen Willen kaum in Einklang zu bringen ist, wenn es „im Belieben“ von Aufsichtsrat und Vorstand läge, die Verlängerung der Bestellung bzw. Wiederbestellung jederzeit vorzunehmen. Zudem wird nach Ansicht des Verfassers übersehen, dass sich der Sinn und Zweck der Vorschrift nicht darin erschöpft, zu verhindern, dass die Gesellschaft mehr als knapp sechs Jahre an ein bestimmtes Vorstandsmitglied gebunden wird. Es geht auch darum, die Entscheidung über die Vorstandsbestellung durch den „richtigen“ Aufsichtsrat sicherzustellen, d.h. durch den Aufsichtsrat zu der nach dem Aktiengesetz vorgesehenen Zeit in seiner dann ordnungsgemäßen personellen Besetzung. Mit einer vorzeitigen Wiederbestellung wird daher auch in das aktienrechtliche Organisationsgefüge, die Machtbalance zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung eingegriffen: Durch eine vorzeitige Wiederbestellung entscheidet – gesetzeswidrig – ein Aufsichtsrat in einer personellen Zusammensetzung wie sie bei Einhalten der Jahresfrist womöglich (und im Fall des OLG gesichert) nicht mehr bestehen würde. Man muss also – was im Sachverhalt der OLG-Entscheidung angesichts der Aufsichtsratsentscheidung einen Tag vor der Hauptversammlung auch ohne weiteres möglich gewesen wäre – nicht auf § 242 BGB und den Einwand von Rechtsmissbrauch zurückgreifen (so aber *Fleischer*, DB 2011, 861 ff.), um zu einer Nichtigkeit gemäß § 134 BGB zu gelangen (vgl. dazu etwa BAG, 26.8.2009 – 5 AZR 522/08, NZA 2009, 1205 ff.).

Die vorzeitige Wiederbestellung ist daher grundsätzlich abzulehnen.

Praxisfolgen Das OLG hat der Praxis „Steine statt Brot“ gegeben, denn nach wie vor stellt sich die Situation in Literatur und Rechtsprechung „dreigeteilt“ dar: Befürworter einer Zulässigkeit, Gegner derselben und – wie könnte es anders sein – auch Anhänger eines soliden „ja, aber“ (umfangreiche Nachweise bei *Fleischer*, DB 2011, 861).

Dementsprechend muss die Praxis hoffen, dass sich die Parteien nicht vergleichen und der II. Senat des BGH Gelegenheit erhält, zu dieser durchaus praxisrelevanten Rechtsfrage Stellung zu beziehen. Bis zu einer solchen Entscheidung sollte – nicht weil es dem DCGK entspricht, sondern weil die Rechtswirksamkeit der vorzeitigen Wiederbestellung mit einem beachtlichen rechtlichen Unwirksamkeitsrisiko verbunden ist – von dieser Option möglichst kein Gebrauch gemacht werden.

Europäische Kommission: Weitreichende Verhaltenszusagen in der Fusionskontrolle – Intel/McAfee

Europäische Kommission, Entscheidung vom 26.1.2011 – M.5984

Volltext der Entscheidung: [// BB-ONLINE](#) BBL2011-1042-1

unter www.betriebs-berater.de

LEITSATZ (DES KOMMENTATORS)

Um die wettbewerblichen Bedenken der Kommission gegenüber dem Zusammenschlussvorhaben auszuräumen, hat Intel (u.a.) weitreichende Verhaltenszusagen abgegeben:

Intel hat sich verpflichtet, den Anbietern konkurrierender Sicherheitslösungen Zugang zu allen erforderlichen Informationen zu gewähren, damit sie die Funktionalitäten der Intel-Prozessoren und Chipsätze genau so

nutzen können wie McAfee. Darüber hinaus hat Intel zugesagt, „dass es den Betrieb der Sicherheitslösungen der Wettbewerber auf Intel-Prozessoren oder -Chipsätzen nicht aktiv behindern wird. Schließlich wird Intel es unterlassen, den Betrieb von McAfee-Sicherheitslösungen auf PCs mit Prozessoren oder Chipsätzen von Intel-Wettbewerbern zu behindern“.

ZUSAMMENFASSUNG

Intel stellt Prozessoren (CPU) sowie Chipsätze her und entwickelt ferner Plattformen für digitale Computertechnik. McAfee ist im Bereich IT-Sicherheitslösungen tätig. Intel und McAfee sind in benachbarten, teils komplementären Produktmärkten tätig. Daher mussten die Auswirkungen des Zusammenschlusses nicht im Hinblick auf etwaige Überschneidungen bei den angebotenen Produkten und Dienstleistungen betrachtet werden sondern vor allem im Hinblick auf eventuelle konglomerate Effekte. Ferner musste untersucht werden, ob Anbieter von Sicherheitslösungen Zugang zu den