



Betriebs Berater

19 | 2020

COVID-19 ... WStFG ... Digitale Betriebsstätte ... Digitale Geschäftsmodelle ... baV ... Recht ... 4.5.2020 | 75. Jg. Seiten 1025–1088

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Kurzarbeit in Zeiten der Pandemie

WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Sebastian Omlor, LL.M., LL.M. Eur., und **Derwis Dilek**
Corona-Gesellschaftsrecht – Rekapitalisierung von Gesellschaften in Zeiten der Pandemie | 1026

Dr. Murad M. Daghes, RA, und **Dr. Thyl N. Haßler**, LL.M., RA
Organpflichten im Lichte der Corona-Pandemie | 1032

STEUERRECHT

Nicolas Brüggem, StB, und **Dr. Stefan Hahn**, RA/StB
Ein wertschöpfungsbasierter Steuerzugriff insbesondere auf digitale Geschäftsmodelle –
Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Betriebsstättenbesteuerung | 1047

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Norbert Roß, WP/StB
Nettobilanzierung bei Rückgriffsansprüchen: Wortlautgetreue Anwendung des IDW RS HFA 34
ausreichend | 1067

ARBEITSRECHT

Theodor B. Cisch, RA, **Christine Bleeck**, RAin, und **Dr. Michael Karst**, RA
BB-Rechtsprechungsreport zur betrieblichen Altersversorgung 2019/2020 | 1076

Kapitalerhöhung selbst wirksam wird, kann jedenfalls eine Bindung der Gesellschaft an den Beschluss gestärkt werden. Im Übrigen erlauben die sonstigen Erleichterungen im WStBG auch bei der regulären Kapitalerhöhung ein beschleunigtes Verfahren.

b) Wirksamkeit von genehmigten Kapitalerhöhungen, § 55a GmbHG

Wird ein genehmigtes Kapital gemäß § 55a Abs. 2 GmbHG durch Änderung der Satzung geschaffen, gelten die Vorschriften zur Satzungsänderung.⁵² Daher ist zunächst ein Beschluss der Gesellschafterversammlung in notariell beurkundeter Form nötig. § 7c WStBG ermöglicht nun abweichend von § 54 Abs. 3 GmbHG ein Wirksamwerden des Beschlusses bereits mit Veröffentlichung des zur Eintragung angemeldeten Beschlusses auf der Internetseite der Gesellschaft. Unberührt bleiben die Anforderungen an die Wirksamkeit der eigentlichen Kapitalerhöhung. Es bedarf wie bei der Kapitalerhöhung nach § 55 GmbHG weiterhin der Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister.

c) Wirksamkeit der Kapitalherabsetzung, § 58 GmbHG

Auch bei der Kapitalherabsetzung ist die Abänderung der Satzung erforderlich, weshalb die §§ 53f. GmbHG gelten.⁵³ Diesbezüglich bedarf es zur Wirksamkeit der Kapitalherabsetzung der Anmeldung und Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister.⁵⁴ Entsprechend § 7c WStBG wird die Kapitalherabsetzung ebenfalls bereits mit Veröffentlichung des zur Eintragung angemeldeten Beschlusses auf der Internetseite der Gesellschaft wirksam. Das Sperrjahr nach § 58 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG, wonach eine Anmeldung des Beschlusses nicht vor Ablauf eines Jahres seit der Aufforderung und Bekanntmachung gemäß Abs. 1 Nr. 1 in den Gesellschaftsblättern erfolgen kann, bleibt von § 7c WStBG unberührt.

IV. Zusammenfassung

1. Beschlüsse der Aktiengesellschaft und der GmbH über Kapitalmaßnahmen i.S.d. §§ 7ff. WStBG bedürfen trotz der Erleichterungen im WStBG weiterhin der notariellen Beurkundung.

2. Der zuständige Notar hat die Gesellschaft über den Erhalt der Eintragungsbestätigung des Beschlusses über eine Kapitalmaßnahme i. S.d. §§ 7ff. WStBG beim Registergericht zu informieren.
3. Reguläre Kapitalerhöhungen bei der Aktiengesellschaft werden unbeschadet des § 7c WStBG erst mit Eintragung der Durchführung in das Handelsregister wirksam.
4. Reguläre Kapitalerhöhungen bei der GmbH werden unbeschadet des § 7c WStBG erst mit Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses in das Handelsregister wirksam.
5. Beschlüsse der Aktiengesellschaft über formelle Satzungsänderungen, die aufgrund von Kapitalmaßnahmen i.S.d. §§ 7ff. WStBG nötig sind, unterliegen denselben Mehrheitserfordernissen wie die Beschlüsse über die jeweiligen Kapitalmaßnahmen.
6. § 2 COVID-19-GesBekG lässt eine Beschlussfassung in Textform auch ohne Einverständnis aller Gesellschafter zu.

Prof. Dr. Sebastian Omlor, LL.M. (NYU), LL.M. Eur., ist Direktor des Instituts für das Recht der Digitalisierung (Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht sowie Rechtsvergleichung) an der Philipps-Universität Marburg sowie Mitherausgeber der Zeitschrift *Recht der Zahlungsdienste (RdZ)* – Betriebs-Berater Geldverkehr.



Derwis Dilek ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für das Recht der Digitalisierung (IRD) der Philipps-Universität Marburg (Prof. Dr. Sebastian Omlor, LL.M. [NYU], LL.M. Eur.).



52 *Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, 43. Ed., Stand: 1.2.2020, § 55a, Rn. 13.
 53 *Vetter*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2018, § 58, Rn. 1.
 54 *Vetter*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2018, § 58, Rn. 154.

Dr. Murad M. Daghles, RA, und Dr. Thyl N. Haßler, LL.M., RA

Organpflichten im Lichte der Corona-Pandemie

Die Corona-Pandemie stellt Unternehmen und deren Organe vor umfangreiche und neuartige Herausforderungen rechtlicher und tatsächlicher Art. Sie müssen im Sinne ihres jeweiligen Unternehmens die durch die Corona-Pandemie und die staatlichen Maßnahmen zur Eindämmung dieser Pandemie hervorgerufenen Herausforderungen bestmöglich abmildern sowie die Interessen des jeweiligen Unternehmens bzw. Konzerns und der Stakeholder hinreichend abwägen und wahren sowie gleichzeitig vorausschauend ein etwaiges Ende der Krise im Blick haben,

um handlungsfähig zu sein, wenn die Marktgegebenheiten sich wieder normalisieren. Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichts-/Beratungsgremien befinden sich daher in einem Spannungsfeld und müssen in der derzeitigen Situation oftmals unter erheblichem Zeitdruck (ggf. auch durch Liquiditätsengpässe hervorgerufen) für ihr Unternehmen weitreichende Entscheidungen treffen. Nachfolgend werden einige wesentliche rechtlich geprägte Pflichten der Unternehmensorgane zusammengefasst, die derzeit virulent werden können.

I. Pflichten des Vorstands der Aktiengesellschaft im Lichte der Corona-Pandemie

Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften haben gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Der Sorgfaltsmaßstab ist abhängig von verschiedenen Faktoren und richtet sich u.a. nach Art und Größe des Unternehmens, nach Art der jeweiligen Geschäftsführungsmaßnahmen oder auch nach dem durch die aktuelle Konjunktorentwicklung beeinflussten wirtschaftlichen Umfeld.¹ Vorstandsmitglieder haben bei unternehmerischen Entscheidungen gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG einen Ermessensspielraum (Business Judgment Rule).² Unternehmerische Entscheidungen sind bei Vorliegen der Voraussetzungen der Business Judgment Rule frei von nachträglicher gerichtlicher Kontrolle in Bezug auf ihre „Richtigkeit“.³

Derzeit ist es zuvorderst Aufgabe des Vorstands, die Kontinuität des Unternehmens und die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs insgesamt soweit als möglich sicherzustellen und eine coronabedingte Unternehmens-/Liquiditätskrise soweit als möglich abzuwenden und, sofern notwendig, entsprechende Gegenmaßnahmen zu treffen.

Der Vorstand muss so früh wie möglich tendenziell gefährliche Entwicklungen erkennen können, d.h. er muss sie in der Regel zu einem Zeitpunkt identifizieren, in dem noch rechtzeitige Gegenmaßnahmen eingeleitet werden können, etwa Sanierungsbemühungen oder Kosteneinsparungen.⁴ Als gesetzlichen Mindeststandard sieht § 91 Abs. 2 AktG die Einrichtung eines Krisenfrüherkennungssystems im Rahmen des Risikomanagements als Geschäftsleiterpflicht vor. In der Praxis haben sich Risikomanagementsysteme etabliert. So wird zwischen der Phase der Krisenfrüherkennung und Krisenprophylaxe und der Phase der Krisenbewältigung unterschieden. Die erste Phase umfasst die Einzelaspekte der Krisenfrüherkennung (*Risk Issue Spotting*), Risikoanalyse und Risikovorsorge sowie die konkrete Krisenabwehrvorbereitung. In der anschließenden Phase der Krisenbewältigung sind die Einzelaspekte der akuten Krisenbewältigung, Beseitigung negativer Folgen und einer rückschauenden Analyse (Ex-Post-Analyse) relevant.⁵

1. Besondere Anforderung an den Vorstand durch die Corona-Pandemie

In der derzeitigen durch die Corona-Pandemie geprägten Situation ist der Vorstand gehalten, laufend die aktuelle Unternehmenssituation zu überwachen, potenzielle und ggf. existierende Risiken zu identifizieren und zu analysieren, die Folgen für das Unternehmen abzuschätzen und ggf. geeignete Maßnahmen zu ergreifen. So kann es etwa angezeigt sein, existierende Finanzierungslinien des Unternehmens oder langfristige (Liefer-)Verträge in Bezug auf etwaige Auswirkungen der Corona-Pandemie zu überprüfen. Ferner sind internationale Lieferketten oder Produktionslinien und mögliche Ausfälle zu antizipieren bzw. einem Stresstest zu unterziehen. Ggf. ist auch von den bestehenden rechtlichen Möglichkeiten (z. B. Moratorien) Gebrauch zu machen, die in Deutschland das von der Bundesregierung erlassene Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht⁶ (Covid-19-Gesetz) ermöglicht; dies gilt entsprechend auch für angesichts der Corona-Pandemie in anderen Ländern, in denen das Unternehmen aktiv ist, erlassene Gesetze.

Ferner sind Vorstände derzeit auch gehalten zu eruieren, ob und ggf. welche staatlichen Förderprogramme für ihr Unternehmen infrage

kommen, falls die Unternehmenssituation dies erfordert. Die Bundesregierung hat für von der Corona-Pandemie betroffene Unternehmen eine Vielzahl von grundsätzlichen Pflichten außer Kraft gesetzt bzw. Erleichterungen vorgesehen. Aus steuerlicher Sicht sind etwa bestimmte Vorteile, wie verminderte Vorauszahlungsbeträge und die Stundung von Steuerschulden, möglich.⁷ Ferner werden Steuervollstreckungsmaßnahmen bis Ende des Jahres 2020 ausgesetzt.⁸ Des Weiteren können Unternehmen den ca. 600 Mrd. Euro schweren Wirtschaftsstabilisierungsfonds⁹ in Anspruch nehmen und Mittel aus dem Fonds erhalten, soweit die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Für Unternehmen, die besonders hart von der Corona-Pandemie betroffen sind, ist die Insolvenzantragspflicht zunächst bis zum 30.9.2020 ausgesetzt worden, sofern die Liquiditätsschwierigkeiten kausal auf die Corona-Pandemie zurückzuführen sind.¹⁰ Nach bisherigem Recht geltende Zahlungsverbote bei Insolvenzreife werden zum Schutz der Geschäftsleiter vor persönlicher Haftung vorerst ausgesetzt. Insbesondere Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen, sind nunmehr bis zum 30.9. 2020 zulässig.¹¹

2. Informationsgrundlage und Entscheidungsfindung

Unternehmerische Entscheidungen des Vorstands müssen auch in Krisen auf Basis einer angemessenen Informationsgrundlage getroffen werden.¹² Die Anforderungen an die Angemessenheit der Informationsgrundlage sind einzelfallabhängig; maßgeblich ist grundsätzlich, was der Vorstand in der konkreten Situation (u.a. auch angesichts der Tragweite und Eilbedürftigkeit) als angemessen erachten durfte.¹³ Grundsätzlich gilt, dass je bedeutender eine Maßnahme für das Unternehmen ist, desto umfassender die Informationsgrundlage sein

1 Spindler, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 93, Rn. 25; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93, Rn. 41; Liebscher, in: BeckHdB AG, 3. Aufl. 2018, § 6, Rn. 130; Böttcher, NZG 2009, 1047, 1050.

2 BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 253 – ARAG/Garmenbeck; BGH, 23.6.1997 – II ZR 132/93 – Siemens/Nold, BGHZ 136, 133, 140, BB 1995, 1101 Ls; Ott, ZGR 2017, 149, 164ff.; Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl. 2019, § 93, Rn. 17; Spindler, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 116, Rn. 43–47; Wiesner, in: Münch. Hdb. GesR, Bd. 4, 4. Aufl. 2015, § 25, Rn. 57; Hopt, ZIP 2013, 1793, 1797f.; Fleischer, NZG 2008, 371, 372f.; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, AktG § 93, Rn. 59–65a.

3 Spindler, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 93, Rn. 43; vgl. Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl. 2019, § 93, Rn. 18; Fleischer, in: Fleischer, Hdb. Vorstandsrecht, 2006, § 7, Rn. 50; Schmidt, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, § 93, Rn. 80; vgl. Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 93, Rn. 19.

4 Begr. RegE BT-Drs. 13/9712, 15; Spindler, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 91, Rn. 27; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 91, Rn. 7; Müller-Michaels, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 91, Rn. 6; vgl. Bunting, ZIP 2012, 357, 359. Die geeigneten Gegenmaßnahmen sind dabei unter Berücksichtigung des Risikopotenzials sowie der besonderen Lage und Größe des Unternehmens zu bestimmen; vgl. Oltmanns, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, § 91 Rn. 7.

5 Vgl. Seibt, BB 2019, 2563, 2563 ff.; vgl. ferner Nietsch/Habbe, DB 2019, 409, 414. vgl. zur Ausgestaltung des Risikomanagementsystems Spindler, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 91, Rn. 50, 51; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 91, Rn. 10.

6 BGBl. Jg. 2020, Teil 1 Nr. 14, S. 569 ff.

7 Vgl. Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder zu gewerbsteuerlichen Maßnahmen zur Berücksichtigung der Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19/SARS-CoV-2) vom 19.3.2020.

8 Vgl. Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder zu gewerbsteuerlichen Maßnahmen zur Berücksichtigung der Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19/SARS-CoV-2) vom 19.3.2020.

9 Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz – WStFG), BGBl. Jg. 2020, Teil 1 Nr. 14, S. 543 ff.; s. dazu den Beitrag von Omlor/Dilek, BB 2020, 1026 (in diesem Heft).

10 Art. 1 § 1 Covid-19-Gesetz.

11 Art. 1 § 2 Abs. 1 Nr. 1 Covid-19-Gesetz.

12 Spindler, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 93, Rn. 55; vgl. Freund, NZG 2015, 1419, 1422; vgl. Peters, AG 2010, 811, 813; vgl. Schneider, DB 2005, 707, 707 ff.

13 Spindler, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 93, Rn. 55 ff.; Hölters, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 93, Rn. 34 ff.

sollte.¹⁴ Unterliegen Maßnahmen etwa engen zeitlichen Restriktionen (z.B. eine zeitkritische Kreditgewährung im Konzern, um Tochtergesellschaften zu stützen), kann der Vorstand sich bei der Entscheidungsfindung grundsätzlich auch auf summarische Prüfungen beschränken.¹⁵ Allerdings kann bei besonders riskanten Geschäften dem Vorwurf einer etwaigen mangelnden Informationsbeschaffung und -grundlage nicht mit dem Argument begegnet werden, Eile habe eine gründlichere Prüfung nicht erlaubt.¹⁶

Bei unzureichender eigener Expertise ist der Vorstand gehalten, fachkundigen (internen oder externen) Rat einzuholen.¹⁷ Bei der Einholung von Expertisen ist der Vorstand verpflichtet, den erteilten Rat einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen und darf diesen grundsätzlich nicht ungeprüft übernehmen, d.h. die Pflicht endet nicht bei der Beauftragung des Beraters.¹⁸ Bei auch nach Einholung fachkundigen Rechtsrats unklarer Rechtslage (etwa weil die konkrete Frage noch nicht höchstrichterlich geklärt ist oder kein einheitliches Bild in der Fachliteratur besteht) steht dem Vorstand ein Beurteilungsspielraum bei der Entscheidungsfindung zu, den er im Sinne einer vertretbaren Entscheidung wahrnehmen darf.¹⁹ Insbesondere soll nach überwiegender Auffassung der Grad der Unsicherheit bei der Beurteilung der Frage besonders relevant sein. So soll der Vorstand eine eindeutig herrschende Meinung oder höchstrichterliche Rechtsprechung in der Regel zu berücksichtigen haben.²⁰ Die Entscheidungsfindung des Vorstands und die ihr zugrundeliegenden Erwägungen sind zu dokumentieren,²¹ wobei die Grundlagen des Für und Wider, der Abwägungsprozess sowie das Ergebnis festgehalten werden sollten.²² Bei weitreichenden unternehmerischen Entscheidungen ist dies ein komplexerer Prozess als bei weniger weitreichenden Maßnahmen, für die ggf. ein kurzer Vermerk genügen kann.²³

In Krisenzeiten bleibt zwar eine Ressortaufteilung, die grundsätzlich innerhalb eines mehrköpfigen Vorstands besteht, aufrechterhalten. Allerdings kann es erforderlich werden, die grundsätzlich bestehende Pflichtendelegation zu hinterfragen und bestimmte Maßnahmen durch den gesamten Vorstand zu treffen. Der Grundsatz der Gesamtverantwortung und der Allzuständigkeit der Geschäftsleitung²⁴ greift nämlich dort ein, wo aus besonderem Anlass das Unternehmen als Ganzes betroffen ist – wie in (besonders schweren) Krisenzeiten. In solchen Fällen ist die Geschäftsleitung insgesamt zum Handeln berufen.²⁵ Von dem Informationsanspruch über Angelegenheiten aus anderen Vorstandsressorts kann vor allem in Krisenzeiten Gebrauch gemacht werden und es intensiviert sich graduell auch die Überwachungspflicht in Bezug auf andere Vorstandsressorts.²⁶

3. Hauptversammlungen²⁷

In Bezug auf die laufende Hauptversammlungssaison haben Unternehmen Entscheidungen darüber zu treffen, wie in Bezug auf die jeweilige Hauptversammlung vorzugehen ist, da derzeit solche Großveranstaltungen nicht stattfinden dürfen.²⁸ Termine für ordentliche Hauptversammlungen kann der Vorstand aufgrund des Covid-19-Gesetzes mit Zustimmung des Aufsichtsrats abweichend von der Acht-Monatsfrist gem. § 175 Abs. 1 S. 2 AktG auch noch in den letzten vier Monaten des Geschäftsjahres ansetzen, so dass Hauptversammlungen bis Ende des Jahres 2020 durchgeführt werden könnten. Alternativ kann der Vorstand abweichend von § 118 Abs. 2 AktG mit Zustimmung des Aufsichtsrats nunmehr auch ohne Regelung in der Satzung oder der Geschäftsordnung den Aktionären eine elektronische Teilnahme an der Hauptversammlung und eine Stimmabgabe per Brief-

wahl ermöglichen. Ferner kann der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats eine virtuelle Hauptversammlung abhalten (d.h. vollständig ohne physische Präsenz der Aktionäre, vgl. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG). Ebenso kann losgelöst von einer Regelung in der Satzung und Geschäftsordnung die Teilnahme von Aufsichtsratsmitgliedern per Bild-/Tonübertragung und die Bild-/Tonübertragung der Hauptversammlung zugelassen werden.²⁹ Dies gilt gem. Art. 2 § 7 Abs. 1 Covid-19-Gesetz für alle Hauptversammlungen, die im Jahr 2020 stattfinden.³⁰ Die vorgenannte Zustimmung des Aufsichtsrates kann auch ohne Ermächtigung durch die Satzung oder Geschäftsordnung außerhalb von Präsenzsitzungen erteilt werden. Diese Möglichkeit der Beschlussfassung dürfte ohnehin in der überwiegenden Zahl der Satzungen bzw. Geschäftsordnungen bereits vorgesehen sein. Durch das Covid-19-Gesetz wurde nunmehr klargestellt, dass auch ohne Ermächtigung in der Satzung oder der Geschäftsordnung die vorgenannten Aufsichtsratsbeschlüsse außerhalb von Präsenzsitzungen gefasst werden können.³¹

4. Kapitalmarktrechtliche Pflichten

Vorstände börsennotierter Unternehmen sind gem. Art. 17 Abs. 1 MMVO verpflichtet, Insiderinformationen im Sinne des Art. 7 Abs. 1 MMVO in Bezug auf das Unternehmen bzw. Finanzinstrumente des Unternehmens per Ad-hoc-Mitteilung zu veröffentlichen. Diese Pflicht gilt auch für Emittenten, deren Aktien bzw. Finanzinstrumente im Freiverkehr gehandelt werden. In der derzeitigen Lage müssen Vorstände die Situation im Unternehmen also fortlaufend dahingehend prüfen, ob nicht aufgrund der Corona-Pandemie eine Pflicht besteht, bestimmte Umstände per Ad-hoc-Mitteilung zu veröffentlichen (z.B. Verschiebung der Hauptversammlung mit Dividendenkür-

14 BGH, 12.10.2016 – 5 StR 134/15, BB 2017, 79, NJW 2017, 578, 580; *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 691; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 444.

15 BT-Drs. 15/5092, 12; *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 691; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 444.

16 *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 444.; vgl. *Spindler*; in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, AktG § 93, Rn. 55.

17 ISON-Urteil des BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 m. BB-Komm. *Fedtko*, NZG 2011, 1271; vgl. *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93, Rn. 35c, 209; *Peters*, AG 2010, 811, 813; *Freund*, NZG 2015, 1422, 1422 ff.

18 OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – I-6 W 45/09, ZIP 2010, 28, 32; ISON-Urteil des BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 m. BB-Komm. *Fedtko*; *Schaub/Schaub*, ZIP 2013, 656, 662; vgl. *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93, Rn. 35e.

19 Vgl. auch *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 30ff.; *Kocher*, CCZ 2009, 215, 217; *Buck-Heeb*, BB 2017, 707, 710.

20 *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 30ff.; *Spindler*, in: MüKo, AktG, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 97; *Krieger/Sailer-Conceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 93 Rn. 16.

21 *Spindler*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 93, Rn. 67; *Wiesner*, in: Münch. Hdb. GesR, Bd. 4, 4. Aufl. 2015, § 25, Rn. 22.

22 *Hölter*, in: *Hölter*, AktG, 3. Aufl. 2017, § 93, Rn. 36.

23 *Hölter*, in: *Hölter*, AktG, 3. Aufl. 2017, § 93, Rn. 36.

24 BGH, 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BB 1996, 2531, BGHZ 133, 370, 377 f.; *Spindler*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 93, Rn. 170; *Fleischer*, NZG 2003, 449, 450.

25 BGH, 9.1.2001 – VI ZR 407/99, BB 2001, 436, DStR 2001, 633, 634; LG München I, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, BB 2014, 850 Ls, NZG 2014, 345, 348 f.; vgl. BGH, 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BB 1996, 2531, BGHZ 133, 370, 377 ff.; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, 14. Aufl. 2020, § 77, Rn. 15.

26 LG München I, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, BB 2014, 850 Ls, NZG 2014, 345, 348; *Spindler*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 93, Rn. 177; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, 14. Aufl. 2020, § 77, Rn. 15; *Nietsch/Habbe*, DB 2019, 409, 415; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 77, Rn. 49; *Nietsch*, ZIP 2013, 1449, 1451 ff.; *Fleischer*, Hdb. Vorstandsrechts, 2006, § 8, Rn. 20.

27 Ausführlich zum Thema Hauptversammlungen in Zeiten von Epidemien und sonstigen Gefahrenlagen *Mayer/Jenne*, BB 2020, 835 ff.

28 Die jeweiligen Landesregierungen haben auf Grundlage des § 32 Infektionsschutzgesetz von ihrer Verordnungsermächtigung Gebrauch gemacht und Verordnungen zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 erlassen; vgl. stellvertretend für die Untersagung von Veranstaltungen und Versammlungen § 11 Abs. 1 Coronaschutzverordnung NRW vom 22.3.2020.

29 Art. 2 § 1 Abs. 1 Covid-19-Gesetz.

30 Art. 2 § 7 Abs. 1 Covid-19-Gesetz.

31 Art. 2 § 1 Abs. 6 Covid-19-Gesetz.

zung, Rücknahme von Prognosen, Auswirkungen der Krise auf Umsatz und Ergebnis, Einfluss auf die Produktionslinien) bzw. ob die Möglichkeit des Aufschiebens einer Veröffentlichung gem. Art. 17 Abs. 4 MMVO besteht. Die BaFin hat in Bezug auf die Corona-Pandemie am 20.3.2020 einige spezifische FAQ zu Ad-hoc-Fragen veröffentlicht,³² die fortlaufend aktualisiert werden und Leitlinien der BaFin enthalten.

II. Pflichten des GmbH-Geschäftsführers in der Corona-Pandemie

Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden (§ 43 Abs. 1 S. 1 GmbHG). Der Sorgfaltsmaßstab ist abhängig von verschiedenen Faktoren und richtet sich u. a. nach Art und Größe des Unternehmens, nach Art der jeweiligen Geschäftsführungsmaßnahmen oder auch nach dem durch die aktuelle Konjunkturentwicklung beeinflussten wirtschaftlichen Umfeld.³³ Auch für GmbH-Geschäftsführer gelten die Grundsätze der Business Judgment Rule in Bezug auf unternehmerische Entscheidungen entsprechend.³⁴

Für Geschäftsführer gilt im Wesentlichen das o. g. Pflichtenheft entsprechend. In der Krise sind Geschäftsführer gehalten, die Finanz- und Vermögenslage der Gesellschaft stetig zu überwachen und entsprechende Anzeichen einer Krise näher zu überprüfen.³⁵ Insbesondere die Pflicht der Geschäftsführung zur Erhaltung des Kapitals der Gesellschaft (u. a. normiert durch das Auszahlungsverbot nach § 30 GmbHG, die Informationspflicht gegenüber den Gesellschaftern bei materieller und nomineller Unterkapitalisierung, die Pflicht zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 3 GmbHG bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals, dem Masseerhaltungsgebot ab materieller Insolvenzreife nach § 64 S. 1 und S. 2 GmbHG) halten die Geschäftsführung zur ständigen Kontrolle der Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft und zur Einrichtung eines entsprechenden Kontrollsystems an.³⁶ Inhalt und Umfang dieser Pflichten hängen mithin von Art und Größe des Unternehmens, seiner wirtschaftlichen Lage³⁷ sowie dem allgemeinen wirtschaftlichen Umfeld ab. Zum Schutze des Gesellschaftsvermögens können Auszahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen an Gesellschafter gem. § 64 S. 3 GmbHG nur erfolgen, sofern eine durch die Geschäftsführer durchgeführte Solvenzprognose ergibt, dass diese Auszahlungen nicht (erkennbar) zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen.³⁸ Geschäftsführer sind verpflichtet, bei Vorliegen von Insolvenzgründen Insolvenzantrag zu stellen; bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft sind sie hierzu berechtigt.³⁹ Gem. Art. 1 § 1 Covid-19-Gesetz ist die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages bis zum 30.9.2020 jedoch ausgesetzt, sofern die Liquiditätsprobleme der Gesellschaft kausal durch die Corona-Pandemie ausgelöst wurden.⁴⁰

In der Krise muss sich die Geschäftsführung eingehend mit den Gründen für aufgelaufene Verluste auseinandersetzen und belastbare betriebliche und finanzielle Konzepte für eine Sanierung des Unternehmens erarbeiten und in Abstimmung mit den Gesellschaftern einleiten.⁴¹ Die letztliche Entscheidung zur Sanierung der Gesellschaft obliegt allerdings den Gesellschaftern, die grundsätzlich nicht zur Sanierung der Gesellschaft oder zu weiteren Investitionen in den Geschäftsbetrieb verpflichtet sind.⁴²

Zwar ist in der Krise auch in der GmbH nach wie vor jeder Geschäftsführer für sein Ressort zuständig, soweit eine entsprechende Auftei-

lung erfolgte. Spiegelbildlich zur AG gelten allerdings auch in der GmbH gerade in der Krise erhöhte Überwachungspflichten für andere Ressorts⁴³ und die Geschäftsführung ist bei wesentlichen Maßnahmen insgesamt zum Handeln berufen. So ist etwa jeder Geschäftsführer gehalten, dafür zu sorgen, dass eine entsprechende Organisation im Unternehmen geschaffen ist, die eine jederzeitige Kontrolle über die Finanz- und Vermögenslage ermöglicht.⁴⁴

Gem. § 49 Abs. 2 GmbHG haben die Geschäftsführer eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft mit der Situation erforderlich erscheint.⁴⁵ Dies betrifft insbesondere Maßnahmen in Unternehmenskrisen, bei denen eine Befassung der Gesellschafter zweckmäßig erscheint.⁴⁶

Ferner kann sich die Geschäftsführung aufgrund einer verbindlichen Weisung der Gesellschafter enthaften,⁴⁷ so dass bei besonders risikoträchtigen Maßnahmen die Einholung einer solchen Weisung durch die Gesellschafter empfehlenswert sein kann (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG). Für die Erteilung einer solchen Weisung ist die Gesellschafterversammlung in ihrer Gesamtheit zuständig; es genügt nicht, wenn lediglich der Mehrheitsgesellschafter oder eine Mehrheit der Gesellschafter ohne jegliche Beteiligung von etwaigen Minderheitsgesellschaftern an der Weisung beteiligt sind.⁴⁸ Die Satzung kann anderweitige Zuständigkeiten für die Erteilung von Weisungen, insbesondere zugunsten eines Aufsichtsrats oder eines Beirats oder sogar einzelner Gesellschafter, begründen.⁴⁹ Ferner können Dritte, auch (Mehrheits-)Gesellschafter, die Geschäftsführung sowohl für die Außen- als auch für die Innenhaftung gem. § 43 GmbHG freistellen.⁵⁰

32 Aufsichtsrechtliche und regulatorische Maßnahmen als Reaktion auf Covid-19 (FAQ), unter https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/CoronaVirus/CoronaVirus_node.html (Abruf: 17.4.2020).

33 Ziemons, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, § 43, Rn. 414; Schnorbus, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbH-Gesetz, 6. Aufl. 2017, § 43, Rn. 13.

34 BGH, 16.7.2008 – VIII ZR 282/07, NJW 2008, 3361, 3362; Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43, Rn. 15; Ziemons, in: Michalski u. a. (Hrsg.), GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, § 43, Rn. 134; Fleischer, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43, Rn. 71; Oetker, in: Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl. 2019, § 43, Rn. 27 f.

35 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43 Rn. 33.

36 Schlueck-Amend, in: Römermann, MAH GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 23, Rn. 27; vgl. BGH, 25.6.2001 – II ZR 38/99, BGHZ 148, 167, 169 ff., BB 2001, 1753; Ekkenga, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 30, Rn. 1; Fleischer, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43, Rn. 23 f.

37 Fleischer, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43, Rn. 63.

38 Fleischer, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43, Rn. 63; Leinekugel, in: Oppenländer/Tröllitzsch, GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 18, Rn. 65.

39 Axhausen, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Aufl. 2014, § 5, Rn. 209a; Leinekugel, in: Oppenländer/Tröllitzsch, GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 18, Rn. 60.

40 Vgl. hierzu ausführlich Lütcke/Holzmann/Swierczok, BB 2020, 898 ff.; zu den Strafbarkeitsrisiken trotz ausgesetzter Insolvenzantragspflicht nach dem COVID-19-Insolvenz-Aussetzungsgesetz s. Brand, BB 2020, 909 ff.

41 Fleischer, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43, Rn. 63; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43, Rn. 35.

42 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43, Rn. 36; Döge, ZIP 2018, 1220, 1220.

43 Vgl. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43, Rn. 29; Peitsmeyer/Klesse, NZG 2019, 501, 503.

44 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43, Rn. 33 m. w. N.

45 Art. 2 § 2 des Covid-19-Gesetz gestattet nunmehr (entgegen § 48 Abs. 2 GmbHG) die Beschlussfassung im Umlaufverfahren auch gegen den Willen einzelner Gesellschafter.

46 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 49, Rn. 13, § 43 Rn. 34; Römermann, in: Michalski u. a. (Hrsg.), GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, § 49, Rn. 83; Hillmann, in: Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl. 2019, § 49, Rn. 9. Im Anwendungsbereich des § 49 Abs. 3 GmbHG sind hingegen allein die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen entscheidend. Ein Ermessen steht den Geschäftsführern diesbezüglich nicht zu; vgl. Römermann, in: Michalski u. a. (Hrsg.), GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, § 49, Rn. 95.

47 BGH, 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 278; Ziemons, in: Michalski u. a. (Hrsg.), GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, § 43, Rn. 94; Lange, in: Ebenroth, GmbHR 1992, 69, 73.

48 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 37, Rn. 19; Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43 Rn. 17.

49 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 37, Rn. 19; Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43, Rn. 17.

50 Vgl. u. a. Fleischer, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43, Rn. 387; Diekmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 3, § 46, Rn. 39.

Soweit Weisungen auf einem formell oder materiell nichtigen Gesellschafterbeschluss beruhen, z. B. aufgrund von Verstößen gegen Form-/Fristvorschriften bei der Einladung zur Gesellschafterversammlung⁵¹ oder wenn die Ausführung von Weisungen der Gesellschafter gegen gesetzliche Verbote (z. B. §§ 30–33, 64 S. 1 und S. 3 GmbHG) verstoßen oder öffentlich-rechtlichen Pflichten zuwiderlaufen würde, dürfen Geschäftsführer der Weisung nicht nachkommen.⁵² Ebenso dürfen Geschäftsführer Weisungen nicht befolgen, die die Existenz der Gesellschaft erheblich gefährden oder vernichten.⁵³ Befolgen Geschäftsführer solche Weisungen dennoch, wirken diese nicht enthaftend.⁵⁴ Wenn kein Satzungs-/Gesetzesverstoß vorliegt, sind allerdings selbst (offensichtlich) wirtschaftlich nachteilige Weisungen durch Geschäftsführer zu befolgen,⁵⁵ es sei denn die Maßnahme würde die Gesellschaft mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in die Insolvenz führen und/oder die Gesellschaftsgläubiger schädigen (s. o.).⁵⁶ Bei gesetzeswidrigen Weisungen, die für den Geschäftsführer z. B. strafrechtliche Konsequenzen auslösen, kann der Geschäftsführer sein Amt aus wichtigem Grund niederlegen.⁵⁷

Beruhet eine Weisung auf einem anfechtbaren Gesellschafterbeschluss, so ist für die Frage der Verbindlichkeit maßgeblich, ob der Beschluss bereits unanfechtbar geworden ist (z. B. durch Verzicht oder Zustimmung aller Gesellschafter) oder ob die Anfechtungsfrist noch nicht abgelaufen oder der Anfechtungsprozess noch nicht entschieden ist.⁵⁸ Im ersteren Fall sind Geschäftsführer zur Ausführung der Weisung verpflichtet, die dann enthaftend wirkt.⁵⁹ Ist der Weisungsbeschluss noch anfechtbar oder der Anfechtungsprozess noch nicht entschieden, besteht keine zwingende Folgepflicht.⁶⁰ Der Geschäftsführer hat in diesem Fall einen gewissen Ermessensspielraum und muss die widerstreitenden Interessen gegeneinander abwägen, ob eine Durchführung des Gesellschafterbeschlusses im Unternehmensinteresse liegt oder nicht.⁶¹

Bei der Ausübung von Entscheidungen mit Ermessensspielräumen, bei komplexen Entscheidungen sowie bei Zweifeln der Geschäftsführung an der Rechtmäßigkeit einer Weisung empfiehlt sich die Einholung von Fachexpertise durch den Geschäftsführer.⁶² Diesbezüglich gelten die Grundsätze der o. g. ISON-Rechtsprechung entsprechend.⁶³ Sollten nach Einholung des fachkundigen Rats noch Zweifel bestehen (etwa weil die konkrete Frage noch nicht höchstrichterlich geklärt ist oder kein einheitliches Bild in der Fachliteratur besteht), ist dem Geschäftsführer ein Beurteilungsspielraum einzuräumen in Bezug auf seine Entscheidung, bei dessen Ausübung er Risiken und Chancen für die Gesellschaft gegeneinander abwägen muss, um zu einer vertretbaren Entscheidung zu kommen (vgl. auch oben unter Ziff. I. 2).⁶⁴

III. Pflichten von Aufsichts-/Beratungsgremien in der Corona-Pandemie

In der Unternehmenskrise verdichten sich entsprechend der Risikolage eines Unternehmens auch die Pflichten von Aufsichts-/Beratungsgremien; der engmaschige Austausch mit der Geschäftsleitung wird umso wichtiger.

1. Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung

a) Aktiengesellschaft

In Krisenzeiten intensiviert sich die generelle, aus § 111 Abs. 1 AktG resultierende, Überwachungspflicht des Aufsichtsrates.⁶⁵ Die Überwa-

chungsaufgabe kann dann durch eine Erhöhung der Sitzungsfrequenzen, eine höhere Frequenz von Berichten der Geschäftsführung nach § 90 Abs. 1 AktG oder die vermehrte Nutzung von Zustimmungsvorbehalten (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG) wahrgenommen werden. Dabei sollte allerdings auch darauf geachtet werden, ob und in welchem Umfang von Zustimmungsvorbehalten Gebrauch gemacht wird, um das operative Geschäft nicht durch eine zu extensive Ausgestaltung von Zustimmungsvorbehalten zu lähmen.⁶⁶ Auch für Aufsichtsräte gelten bei unternehmerischen Entscheidungen die Grundsätze der Business Judgement Rule entsprechend.⁶⁷

Bei zahlenmäßig größeren Aufsichtsräten bietet sich die Einrichtung eines Ad-hoc-(Krisen-)Ausschusses zum effizienteren Monitoring und Reporting der Situation an.⁶⁸ Ein solcher Ad-hoc-Ausschuss berichtet dann regelmäßig an das Plenum und kann, nachdem die Krise überstanden ist, einfach per Aufsichtsratsbeschluss aufgelöst werden. Auch ständige Ausschüsse können mit der Krisenbewältigung befasst werden. Der – in den meisten Gesellschaften existierende – Prüfungsausschuss ist gem. § 107 Abs. 3 S. 2 AktG neben der Kontrolle der Rechnungslegung und Abschlussprüfung für die allgemeine Risikokontrolle zuständig. In Zeiten einer Krise kommt dem Prüfungsausschuss daher eine gesteigerte Bedeutung zu, denn ihm obliegt zumeist die (komplexe) Bewertung der durch

51 Es gelten analog die aktienrechtlichen Nichtigkeitsgründe (§ 241 AktG); allgemein zu Nichtigkeitsgründen vgl. *Jaeger*, in: Oppenländer/Tröltzsch, GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 19, Rn. 99; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, Anh. zu § 47, Rn. 8 ff.

52 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 37, Rn. 22; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 37, Rn. 18; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 37, Rn. 40.

53 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 37, Rn. 22; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 37, Rn. 18.

54 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 37, Rn. 18; *Lenz*, in: MHLs, 3. Aufl. 2017, GmbHG, § 37, Rn. 19.

55 *Stephan/Tieves*, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 37, Rn. 120; *Wisskirchen/Kuhn*, in: BeckOK GmbHG, 43. Ed. 1.2.2020, § 37, Rn. 23; *Lenz*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, § 37 Rn. 20.

56 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 37, Rn. 7; *Wisskirchen/Kuhn*, in: BeckOK GmbHG, 43. Ed. 1.2.2020, § 37, Rn. 23; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 37, Rn. 18.

57 *Lenz*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 8, Rn. 43, vgl. *Lohr*, RNotZ 2002, 164, 168.

58 *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 37, Rn. 38; *Wisskirchen/Kuhn*, in: BeckOK GmbHG, 43. Ed. 1.2.2020, § 37, Rn. 20.

59 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 37, Rn. 22; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 37, Rn. 18; *Mennicke*, NZG 2000, 622, 624.

60 *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 37, Rn. 40; *Mennicke*, NZG 2000, 622, 624.

61 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 37, Rn. 22; *Wisskirchen/Kuhn*, in: BeckOK GmbHG, 43. Ed. 1.2.2020, § 37, Rn. 20; in dem Abwägungsprozess ist maßgeblich auch die Erfolgswahrscheinlichkeit der Anfechtung des Beschlusses zu berücksichtigen.

62 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 37, Rn. 22; vgl. *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 139.

63 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43, Rn. 14; vgl. hierzu in der GmbH *Fleischer*, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43, Rn. 42 ff.

64 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43, Rn. 13; *Fleischer*, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43, Rn. 36.

65 BGH, 16.3.2009 – II ZR 280/07, BB 2009, 1207 m. BB-Komm. *Lappe/Hartmann*, NZG 2009, 550, 550 f.; BGH, 2.4.2007 – II ZR 325/05, BB 2007, 1185, NZG 2007, 516, 516 f.; OLG Düsseldorf, 31.5.2012 – I-16 U 176/10, AG 2013, 171, 171 f.

66 *Hasselbach*, NZG 2012, 41, 47. Die Vorschrift soll nach der Gesetzesbegründung insbesondere keine Anwendung auf Geschäfte des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes finden; vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 14/8769, 17.

67 OLG München, 8.7.2015 – 7 U 3130/14, ZIP 2015, 2472, 2476; *Koch*, in: Hüffer/Koch, Aktienrecht, 14. Aufl. 2020, § 116, Rn. 13; *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 116, Rn. 43–47; v. *Schenck*, in: Semler/v. Schenck, Aufsichtsrat, 2015, § 116, Rn. 299; vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93, Rn. 64–69a; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 846 f.

68 *Hasselbach*, NZG 2012, 41, 45 f. Die Entscheidung hinsichtlich der Einrichtung eines solchen Ausschusses obliegt dabei allein dem Aufsichtsrat; vgl. *Habersack*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 107, Rn. 104; *Tomasic*, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 107, Rn. 24.

den Vorstand erarbeiteten wirtschaftlichen Maßnahmen, um der Krise entgegenzusteuern.⁶⁹

Die Grundsätze der o. g. ISON-Rechtsprechung gelten auch für Aufsichtsräte,⁷⁰ d. h. Aufsichtsräte sind gehalten, Sachverständige hinzuzuziehen, sofern sie nicht selbst über die entsprechende Expertise in Bezug auf einen speziellen Themenkomplex verfügen. Der durch die Sachverständigen erteilte Rat ist einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.⁷¹ Im Grundsatz obliegt allen Mitgliedern des Aufsichtsrats die gleiche Sorgfaltspflicht. Für einzelne Aufsichtsratsmitglieder können allerdings nach überwiegender Auffassung aufgrund besonderer Expertise bei bestimmten Angelegenheiten erhöhte Sorgfaltspflichten gelten, so z. B. für einen Bankenvertreter bei der Prüfung der Liquidität der Gesellschaft oder für einen Rechtsanwalt bei der Prüfung der rechtlichen Risiken aus einem für die Gesellschaft besonders bedeutsamen Geschäft.⁷² Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats bezieht sich zunächst in personeller Hinsicht nur auf den Vorstand.⁷³ Dem Vorstand nachgeordnete Ebenen unterliegen nur dann der Überwachung nach § 111 AktG, wenn auch auf diesen Ebenen Führungsentscheidungen getroffen werden.⁷⁴ Hat der Vorstand Geschäftsführungsaufgaben auf nachgeordnete Ebenen delegiert, hat der Aufsichtsrat zu prüfen, ob der Vorstand seinerseits seine Überwachungsaufgaben sorgfältig wahrnimmt.⁷⁵

Bei hinreichenden Anhaltspunkten für Sorgfaltspflichtverletzungen des Vorstands treffen den Aufsichtsrat Ermittlungspflichten zur Aufklärung des Sachverhalts.⁷⁶ Soweit der Aufsichtsrat aufgrund seiner Ermittlungen tatsächlich Sorgfaltspflichtverletzungen des Vorstands feststellt, die zu einem Schaden der Gesellschaft geführt haben, hat er darüber zu entscheiden, ob Schadensersatzansprüche gegen den Vorstand geltend gemacht oder aus übergeordneten Gründen des Unternehmensinteresses hiervon abgesehen werden kann.⁷⁷

In jedem Fall sind die Entscheidungsfindung des Aufsichtsrats und die ihr zugrunde liegenden Erwägungen hinreichend zu dokumentieren. Die Aufsichtsratsmitglieder trifft – gerade in Krisenzeiten – ein gesteigertes Haftungsrisiko, wenn die Überwachungspflichten nicht oder nur unzureichend erfüllt werden.⁷⁸

b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Das GmbHG erlaubt in § 52 GmbHG die Einrichtung eines (fakultativen) Aufsichtsrats in der Satzung. Grundsätzlich kennt das GmbH-Recht keinen obligatorischen Aufsichtsrat. Allerdings ist in folgenden Fällen zwingend auch in der GmbH ein Aufsichtsrat zu bilden:

- die GmbH hat in der Regel mehr als 1000 Arbeitnehmer und ist im sog. Montanbereich nach dem MontanMitbestG tätig;
- die GmbH hat in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer nach dem MitbestG;
- die GmbH hat in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer nach dem DrittelbG.⁷⁹

Die unter Ziffer III. 1. a) genannten Ausführungen gelten grundsätzlich entsprechend auch für den fakultativen und den Pflichtaufsichtsrat der GmbH.⁸⁰ Allerdings sind insoweit auch die Besonderheiten des GmbH-Rechts und die starke Stellung der Gesellschafter zu beachten, die im Grundsatz Maßnahmen des Aufsichtsrats jederzeit aufheben oder ändern können.⁸¹ Auch die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer gehört im Grundsatz zu den den Gesellschaftern vorbehaltenen Maßnahmen, soweit diese nicht auf den Aufsichtsrat delegiert sind.⁸²

2. Fakultative Gremien anderer Rechtsformen

Auch in anderen Gesellschaften als der AG werden häufig aus Gründen der Corporate Governance Gremien zur Beratung und/oder Überwachung der Geschäftsführung durch die Satzung eingesetzt. Die Ausgestaltung solcher fakultativen Gremien und die Zuweisung konkreter Kompetenzen und Pflichten sind aufgrund der Satzungsautonomie einzelfallabhängig. Maßgeblich für die Einordnung ist die Kompetenzzuweisung, unabhängig von der konkreten Bezeichnung als ggf. Beirat, Ausschuss, Verwaltungsrat o. Ä.⁸³ Ein qua Funktionszuweisung rein beratendes Gremium hat jedenfalls keine Aufsichtsfunktionen.⁸⁴ Umgekehrt gilt, dass ein Beirat, der tatsächlich Aufsichtsfunktionen wahrnimmt, ein Aufsichtsrat ist.⁸⁵

Fakultativen Gesellschaftsgremien werden durch die Satzung neben Beratungsaufgaben oftmals auch Überwachungsaufgaben übertragen, die den Befugnissen des Aufsichtsrats einer AG gleichkommen.⁸⁶ Die Pflichten eines solchen überwachenden Beirats bemessen sich dann weitgehend entsprechend den aus § 111 AktG resultierenden aktienrechtlichen Pflichten, wobei die Satzung die Kompetenzen ausweiten und konkretisieren kann.⁸⁷

In Krisensituationen ist auch von fakultativen Gremien ein erhöhtes Engagement gefordert und deren Beratungs- bzw. Überwachungsauf-

69 Vgl. *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 107, Rn. 105a; *Kort*, ZGR 2010, 440, 462; *Lafermann/Röhricht*, BB 2009, 890; vgl. *Selter*, NZG 2012, 660 f.; *Hasselbach*, NZG 2012, 41, 45.

70 BGH, Beschluss vom 6.11.2012 – II ZR 111/12, BGH AG 2013, 90, 90 f.

71 ISON-Urteil des BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 m. BB-Komm. *Fedtke*, NZG 2011, 1271.

72 ISON-Urteil des BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 m. BB-Komm. *Fedtke*, NZG 2011, 1271; vgl. *Hoffmann-Becking*, in: Münch. Hdb. GesR, Bd. 4, 4. Aufl. 2015, § 33, Rn. 74; *Habersack*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 116, Rn. 28; *Henssler*, in: *Henssler/Strohn*, GesR, 4. Aufl. 2019, § 116, Rn. 5; v. *Schenck*, in: *Semler/v. Schenck*, Der Aufsichtsrat, 2015, § 116, Rn. 102.

73 *Habersack*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 111, Rn. 23–26; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, 14. Aufl. 2020, § 111, Rn. 2; *Henssler*, in: *Henssler/Strohn*, GesR, 4. Aufl. 2019, § 111, Rn. 8; vgl. *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 116, Rn. 14 ff.

74 *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 111, Rn. 9; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, 14. Aufl. 2020, § 111, Rn. 4; *Habersack*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 111, Rn. 20; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 52, Rn. 21–25, 33, 79.

75 *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 111, Rn. 9; vgl. *Hopt/Wiedemann*, in: *Hopt/Wiedemann*, AktG Großkommentar, 4. Aufl. 2006, § 111, Rn. 256; *Henze*, BB 2000, 209, 214.

76 BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95 – ARAG/Garmenbeck, BGHZ 135, 244, 253; vgl. LG Bielefeld, 16.11.1999 – 15 O 91/98, ZIP 2000, 20, 20 ff., BB-Rechtsprechungsreport *Thümmel*, BB 1999, 2633; *Brandt*, ZIP 2000, 173, 175; v. *Hehn/Hartung*, DB 2006, 1909, 1910 ff.; *Haßler*, Ermittlungspflichten des Aufsichtsrats bei Anhaltspunkten für Sorgfaltspflichtverletzungen des Vorstands, 2014, S. 80 ff.

77 BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95 – ARAG/Garmenbeck, BGHZ 135, 244, 253; vgl. insgesamt *Haßler*, Ermittlungspflichten des Aufsichtsrats bei Anhaltspunkten für Sorgfaltspflichtverletzungen des Vorstands, 2014.

78 *Hasselbach*, NZG 2012, 41, 41 ff.; *Habersack*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 116, Rn. 71, 72.

79 Ferner ist ein Aufsichtsrat gem. § 18 Abs. 2 S. 1 KAGB für Kapitalverwaltungsgesellschaften zu bilden.

80 *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 52, Rn. 17 ff.; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 52, Rn. 100 ff.; vgl. auch *Spindler*, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 52, Rn. 260 ff.

81 *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 52, Rn. 1 ff.; *Schmiegel/Schmidt*, in: *Beck'sches Handbuch der GmbH*, 5. Aufl. 2014, § 3, Rn. 4 ff.; vgl. *Spindler*, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 52, Rn. 747.

82 *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 52, Rn. 17; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, 22. Aufl. 2019, § 46, Rn. 94.

83 *Gummert*, in: *Gummert*, Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2019, § 11, Rn. 1; *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 52, Rn. 4; vgl. *Liebscher*, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 45, Rn. 91; vgl. *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 52, Rn. 19.

84 *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 52, Rn. 12; vgl. *Spindler*, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 52, Rn. 717.

85 *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 52, Rn. 4, 109; vgl. *Liebscher*, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 45, Rn. 90 f.; vgl. *Mayer/Weiler*, Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 22, Rn. 178.

86 *Spindler*, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 52, Rn. 748–753; *Schnorbus/Ganzer*, BB 2017, 1795, 1798.

87 *Gummert*, in: *Gummert*, Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2019, § 11, Rn. 7; *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 52, Rn. 13; *Mayer/Weiler*, Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 22, Rn. 176–178.

gaben intensivieren sich.⁸⁸ Maßgeblich sind in solchen Situationen, u. a. verstärkt Berichte von der Geschäftsleitung bzgl. der Rentabilität und Liquidität des Unternehmens einzuholen und die Sitzungsfrequenz zu erhöhen.⁸⁹

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Effizientes Krisenmanagement ist in der derzeitigen Situation unabdingbar. Neben Vorständen und Geschäftsführern sind auch Aufsichts-/Beratungsgremien aktuell verstärkt als Sparringpartner der Geschäftsleitung gefragt, um tragbare Krisenbewältigungskonzepte gemeinsam mit der Geschäftsleitung zu erarbeiten und umzusetzen. Dabei ist der engmaschige Austausch und Informationsfluss zwischen Geschäftsleitung und Aufsichts-/Beratungsgremien von erheblicher Bedeutung, um der Krise effektiv begegnen zu können. Insbesondere die kontinuierliche Überwachung der finanziellen Situation des Unternehmens bzw. Konzerns ist derzeit eine Kardinalspflicht. Aufgrund der Corona-Pandemie erlassene Gesetzesänderungen und hierdurch entstandene Handlungsoptionen für Unternehmen sind auf ihre Anwendbarkeit auf das konkrete Unternehmen und ggf. Umsetzbarkeit zu prüfen und Gremien-Entscheidungen sorgfältig vorzubereiten und zu dokumentieren.

Dr. Murad M. Daghles, RA, ist Partner der Rechtsanwaltssozietät White & Case LLP in Düsseldorf. Er berät nationale und internationale Unternehmen bei komplexen nationalen und internationalen M&A-Transaktionen und Joint Ventures. Dr. Murad M. Daghles berät zudem schwerpunktmäßig zu aktien-, konzern-, umwandlungs-, übernahme- und wertpapierrechtlichen Fragen.



Dr. Thyl N. Haßler, LL.M., RA, ist Local Partner der Rechtsanwaltssozietät White & Case LLP in Düsseldorf. Er berät Unternehmen und Investoren bei komplexen nationalen und internationalen M&A-Transaktionen. Ferner berät er im Gesellschaftsrecht mit Fokus auf Aktien- und Konzernrecht sowie im Kapitalmarktrecht.



⁸⁸ Schnorbus/Ganzer, BB 2017, 17950, 1800; vgl. Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 52, Rn. 94; vgl. zur erhöhten Überwachungsintensität in der Krise BGH, 16.3.2009 – II ZR 280/07, BB 2009, 1207 m. BB-Komm. Lappe/Hartmann, NZG 2009, 550, 550 f.; BGH, 2.4.2007 – II ZR 325/05, BB 2007, 1185, NZG 2007, 516, 516 f.; OLG Düsseldorf, 31.5.2012 – I-16 U 176/10, AG 2013, 171, 171 f.

⁸⁹ OLG Hamburg, 27.6.2014 – 11 U 109/11; OLG Düsseldorf, 6.11.2014 – I – 6 U 16/14, AG 2015, 434, 437; Schnorbus/Ganzer, BB 2017, 1795, 1795 ff.; BeckRSw 2016, 3152.

OLG München: Voraussetzungen der analogen Anwendung des § 89b HGB auf Vertragshändler

OLG München, Urteil vom 5.12.2019 – 23 U 2136/18, NZB eingelegt (Az. BGH VII ZR 4/20)

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2020-258-1](#) unter [www.betriebs-berater.de](#)

AMTLICHE LEITSÄTZE

1. Für eine analoge Anwendung des § 89b HGB auf einen Vertragshändler ist erforderlich, dass sich der Vertragshändler für den Vertrieb der Erzeugnisse des Herstellers wie ein Handelsvertreter einzusetzen hat und Bindungen unterliegt, wie sie für einen Handelsvertreter typisch sind. Entscheidend ist, ob der Vertragshändler mit der Übernahme der Vertragspflichten sich eines bedeutenden Teils seiner unternehmerischen Freiheit begeben hat. Dies ist durch eine Abwägung im Einzelfall zu bestimmen.

3. Gegen eine mit einem Handelsvertreter vergleichbare Stellung spricht, wenn der Händler nicht lediglich die vom Hersteller erworbenen Produkte an seine Kunden weiterverkauft, sondern er darüber hinaus auch Produkte des Herstellers nach eigenen Bedürfnissen verändert und sodann unter eigener Marke vertreibt, wobei es dem Händler überlassen ist, Art und Umfang dieses Geschäftsteils selbst zu bestimmen.

4. Die für eine Analogie des Weiteren erforderliche vertragliche Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms kann auch konkludent vereinbart

werden; davon ist regelmäßig nicht auszugehen, wenn der Händler zwar Kundendaten an den Hersteller übermittelt, er aber ein entsprechendes Ansinnen des Herstellers hätte ablehnen können, ohne sich vertragswidrig zu verhalten, auch wenn das für ihn bedeutet hätte, keine weiteren Rabatte zu erzielen.

HGB § 89b

BB-Kommentar

Ausgleichsanspruchs Adieu? Jedenfalls beim Mitvertrieb eigener Produkte und Marken!

PROBLEM

Die Voraussetzungen, unter denen § 89b HGB auf Vertragshändler analog anzuwenden ist, sind Gegenstand zahlloser Gerichtsentscheidungen und Literaturbeiträge. Die Rechtsprechung hat zwei Analogievoraussetzungen entwickelt. Zum einen muss der Vertragshändler einem Handelsvertreter entsprechend in die Absatzstruktur des Unternehmers eingebunden sein. Zum anderen bedarf es einer vertraglichen Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms. Damit hat die Rechtsprechung zwar vermeintlich klare, abstrakte Kriterien aufgestellt. Zugleich aber scheint die Rechtsprechung Vertragshändlern einen Ausgleichsanspruch im konkreten Einzelfall zunehmend zu verweigern – und das mit guten Gründen.