



Jonas Woitzky

Die Anfechtung von
Hauptversammlungsbeschlüssen
infolge unrichtiger
Entsprechenserklärung



PETER LANG

Teil 1: Einführung

Im Jahr 2002 führte die durch mehrere gewichtige Unternehmenskrisen ausgelöste Sorge des Gesetzgebers um die Qualität der Unternehmensführung in deutschen Aktiengesellschaften zur Einführung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) als neuartiges Regulierungsinstrument. Hierbei handelte es sich um keinen genuin deutschen Ansatz. Vielmehr folgte man einem internationalen Trend, der in den 1970er Jahren in den USA seine Anfänge nahm und der durch den *Combined Code on Corporate Governance* 1998 in Großbritannien die erste Ausprägung seines gegenwärtigen Verständnisses erhalten hat.

Gemäß seiner Präambel stellt der DCGK wesentliche gesetzliche Vorschriften zur Leitung und Überwachung börsennotierter Gesellschaften dar und enthält anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung.¹ Der Kodex möchte das deutsche Corporate Governance System insbesondere für internationale und nationale Anleger transparent und nachvollziehbar machen. Um den Aktionären und sonstigen Kapitalmarktteilnehmern die Kenntnisnahme der in einer Gesellschaft tatsächlich „gelebten“ Corporate Governance zu ermöglichen, wurde 2002 durch das TransPuG² in § 161 AktG die Pflicht zur Abgabe einer sog. Entsprechenserklärung normiert. Diese Vorgabe verpflichtet die erfassten Gesellschaften zur Information der Aktionäre und sonstigen Kapitalmarktteilnehmer darüber, ob sämtliche Verhaltensempfehlungen des DCGK befolgt werden oder welche Empfehlungen nicht angewendet werden und warum nicht. Eine Pflicht zur Beachtung der Empfehlungen besteht nicht. Das in der britischen Corporate Governance Bewegung begründete *comply or explain* Prinzip findet sich in dieser Anordnung wieder. Während § 161 AktG Bestandteil eines formellen Gesetzes ist, wurde der Kodex mit seinen Empfehlungen nicht in einem parlamentarischen Verfahren, sondern durch die Tätigkeit einer vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Regierungskommission erarbeitet und veröffentlicht. Ungeachtet der fehlenden parlamentarischen Legitimation der Regierungskommission wird die Rechtsnatur des DCGK infolge der als „Transmissionsriemen“³ dienenden gesetzlichen Erklärungspflicht aus § 161 AktG häufig als *soft law*⁴ umschrieben.

Als primäre Sanktion für ein Abweichen von den Verhaltensvorgaben des Deutschen Corporate Governance Kodex ist eine negative Reaktion der Kapitalmarktteilnehmer vorgesehen.⁵ Die in der Entsprechenserklärung angelegte Transparenz ermöglicht es den Anlegern, bei Nichtbeachtung des Kodex derart zu reagieren, dass ein eingegangenes Investment beendet wird (*exit*), bzw. dass bereits von einer Betei-

1 Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist in seiner jeweils aktuellen Fassung auf der offiziellen Internetseite der Regierungskommission unter www.corporate-governance-code.de abrufbar.

2 Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz, TransPuG) vom 19.7.2002, BGBl. I, S. 2681.

3 Ederle, NZG 2010, 655, 656.

4 Diese Einordnung geht zurück auf Lutter, ZGR 2000, 1, 18; ders., ZGR 2001, 224, 225.

5 Baums, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, S. 49 ff.; Berg/Stöcker, WM 2002, 1569, 1571 f.; Claussen/Bröcker, DB 2002, 1199, 1205; Lutter, in: FS Druey, 2002, 463, 467; Peltzer/v.Werder, AG 2001, 1 ff.; Schneider/Strenger, AG 2000, 106, 107; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl., 2010, § 161 Rdn. 2; Sester, in: Spindler/Stilz, 2. Aufl., 2010, § 161 Rdn. 9; Ulmer, ZHR 166 (2002), 150, 176.

ligung an der Gesellschaft abgesehen wird.⁶ Dieses Sanktionsverständnis orientiert sich an der *disclosure philosophy* aus dem anglo-amerikanischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht⁷ und spiegelt sich auch in der bekannten Aussage wieder: „Wer sich nicht an den Kodex hält, den straft der Kapitalmarkt“.⁸ Brisanter als diese Fälle einer in der Entsprechenserklärung offen gelegten Abweichung vom DCGK sind die Sachverhalte, in denen Gesellschaften die Verhaltensempfehlungen des Kodex nicht beachten, dieses in der Entsprechenserklärung allerdings pflichtwidrig verschweigen. Die Frage, ob solche Defizite der Entsprechenserklärung neben einer kapitalmarkt-basierten auch eine gesellschaftsrechtliche Sanktionierung zur Folge haben können, hat sich in den vergangenen Jahren zu einem „Dauerbrenner“⁹ in der unternehmensrechtlichen Diskussion entwickelt.

Am 16. Februar 2009 hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs unter Vorsitz von *Wulf Goette* in der Rechtssache *Kirch/Deutsche Bank* erstmals über diese Thematik geurteilt.¹⁰ In der Entscheidung, die zu den *landmark cases* des Gesellschaftsrechts zu zählen ist,¹¹ hat der Senat bestätigt, dass ein von Aktionären gefasster Hauptversammlungsbeschluss infolge eines Beschlussmangels auf Grundlage einer unrichtigen Entsprechenserklärung der Anfechtung iSv § 243 Abs. 1 AktG zugänglich ist. Diese gesellschaftsrechtliche Sanktionierung einer Verletzung von Publizitätspflichten aus dem Kontext eines Corporate Governance Kodex stellt im internationalen Vergleich einen deutschen Sonderweg dar und sieht sich vielgestaltiger Kritik ausgesetzt. Ungeachtet dieser kritischen Stimmen hat sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch weitere Urteile zeitnah gefestigt¹² und mittlerweile auch im Schrifttum rege Zustimmung gefunden. Die genauen Grenzen dieser Judikatur und eine dogmatisch schlüssige Begründung dieser Form einer aktienrechtlichen Beschlusskontrolle sind jedoch nach wie vor unklar.

Darüber hinaus ist die Entsprechenserklärung seit dem Inkrafttreten des BilMoG¹³ im Mai 2009 verbindlicher Bestandteil der neuen Erklärung zur Unternehmensführung aus § 289a HGB, die in den Lagebericht der Gesellschaft aufzunehmen ist, was eine zusätzliche Verankerung im formellen Unternehmensrecht begründet.

Die Stimmen, die sich gegen eine Beschlusskontrolle auf Basis einer unrichtigen Entsprechenserklärung aussprechen, scheinen in erster Linie von der Ansicht motiviert zu sein, dass ein solcher Anfechtungsgrund „als Bereicherung des Instrumen-

6 *Goette*, in: FS Hüffer, 2010, 225, 229; *Kort*, in: FS K. Schmidt, 2009, 945, 947; *Nowak/Rott/Mahr*, ZGR 2005, 252, 259; v. *Werder*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. *Werder*, 4. Aufl., 2010, Rdn. 121.

7 Vgl. *Merk*, in: Hommelhoff/Hopt/v. *Werder*, 2. Aufl., 2010, S. 683, 690; dazu auch Teil 2: B. I. 2. c) aa); cc) aaa); dd) aaa) unten.

8 *Cromme* (ehemals Vorsitzender der Regierungskommission), in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 295 vom 19. Dezember 2001, S. 13.

9 *Kiefner*, NZG 2011, 201.

10 BGHZ 180, 9 – *Kirch/Deutsche Bank*.

11 „Pflichtlektüre jedes Aktienrechtlers“ *Waclawik*, Status:Recht 2009, 82; „Die Entscheidung des BGH ist Pflichtlektüre“ *Mutter*, ZIP 2009, 460, 471; „Zu den besonders bedeutsamen, weil das Recht fortbildenden Entscheidungen des II. Zivilsenats des BGH [...] darf ohne Zweifel das Urteil vom 16. Februar 2009 in Sachen Kirch/Deutsche Bank gerechnet werden.“ *Habersack*, in: FS *Goette*, 2011, 121; „Grundsatzentscheidung“ *Kleindiek*, in: FS *Goette*, 2011, 239, 240.

12 BGHZ 182, 272 – *Umschreibungsstopp*.

13 Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz, BilMoG) vom 25.5.2009, BGBl. I, S. 1102.

tenkastens mehr oder minder professioneller Anfechtungskläger nicht wünschbar¹⁴ sei. Ob ein Anfechtungsszenario erwünscht, oder weniger erwünscht ist, hat eine objektive Betrachtung allerdings nicht zu beeinflussen. Vielmehr ist § 161 AktG geltendes Recht in Deutschland, so, dass die Herausforderung darin besteht, den DCGK und die Entsprechenserklärung sinnvoll auszulegen und eventuelle (Anfechtungs-)Sanktionen in ihren gesetzlichen Rahmen einzupassen.¹⁵ Mit dieser Aufgabenstellung tritt die vorliegende Ausarbeitung an.

Der Gang der Untersuchung wird sich in vier Schritten vollziehen. In *Teil 2: Grundlagen und internationaler Vergleich* werden zunächst die Grundzüge des aktienrechtlichen Beschlusskontrollrechts in Kürze rekapituliert. Es schließt sich eine Funktionsbeschreibung des Deutschen Corporate Governance Kodex mitsamt der Entsprechenserklärung an, wozu auch die Frage gehört, welchem Regulierungsverständnis das deutsche Modell im internationalen Vergleich zuzuordnen ist. Den Abschluss bildet eine Betrachtung der Verbindlichkeit von Corporate Governance Kodizes in Großbritannien und den USA.

In *Teil 3: Anfechtung als Sanktion für unrichtige Entsprechenserklärungen* findet sich eine umfassende Darstellung des dogmatischen Rahmens einer Beschlusskontrolle auf Basis von Fehlern in der Entsprechenserklärung. Nach einer kurzen Einführung zu anderen Sanktionsansätzen wird die bisherige Entwicklung in der Rechtsprechung nachgezeichnet und kritisch gewürdigt. Aufgrund der bis dato teilweise widersprüchlichen Einordnung in unterschiedliche Beschlussmangelkategorien wird in einem ersten Schwerpunkt analysiert, welche Beschlussmängel aus einer unrichtigen Entsprechenserklärung hervorgehen können. Daran schließt sich die Untersuchung an, welche Varianten einer Verletzung von § 161 AktG vorstellbar und darüber hinaus auch anfechtungserheblich sind. Der von *Leuering* eingebrachte Gedanke eines Anfechtungsausschlusses auf Grundlage einer analogen Anwendung von § 30g WpHG wird gleichfalls kritisch gewürdigt. Teil 3 wird abgeschlossen durch eine Betrachtung der Rolle der Entsprechenserklärung in der Erklärung zur Unternehmensführung aus § 289a HGB und im Corporate Governance Bericht, Ziff. 3.10 DCGK.

Teil 4: Katalog denkbarer Anfechtungssituationen beinhaltet ein „Fallbuch“, das jeden im hier untersuchten Kontext anfechtungsgefährdeten Beschlussgegenstand der Hauptversammlung im Zusammenspiel mit für den jeweiligen Beschlussgegenstand relevanten DCGK-Empfehlungen analysiert.

Zum Ende wird in *Teil 5: Schluss* ein rechtspolitischer Ausblick auf mögliche Entwicklungen der Beschlusskontrolle wegen fehlerhafter Entsprechenserklärung vorgenommen, bevor eine thesenartige Zusammenfassung der Ergebnisse diese Ausarbeitung abschließt.

14 Hüffer, ZIP 2010, 1979, 1984.

15 So auch Hüffer, AktG, 9. Aufl., 2010, § 161 Rdn. 2.