

Beschlussmängelfolgen von Fehlern bei der Entsprechenserklärung zum DCGK

Die Folgen von Fehlern bei der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG zum Deutschen Corporate Governance Kodex für die Wirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen beschäftigt nicht nur das Schrifttum, sondern inzwischen auch die Rechtsprechung des BGH. In den bislang höchstrichterlich entschiedenen Fällen ging es um die Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen. Der Beitrag geht der Frage nach, ob und in welchem Ausmaß auch der Bestand anderer Hauptversammlungsbeschlüsse gefährdet ist. Vor dem Hintergrund der sich mehrenden Kritik an dem Kodex und an § 161 AktG wird darauf aufbauend gefragt, ob und wie der Gesetzgeber tätig werden könnte.

I. Einleitung

Der Gesetzgeber sorgt sich um die Qualität der Unternehmensführung in Deutschland. In seinem besonderen Fokus stehen börsennotierte AG. Schon vor rund zehn Jahren wurde die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex eingesetzt. Die Kommission hat den Deutschen Corporate Governance Kodex (im Folgenden: Kodex oder DCGK) erarbeitet, der regelmäßig fortentwickelt wird. Zur Effektuierung des privaten Sachverständigenwerks wurde dem Kodex durch § 161 AktG eine Erklärungspflicht an die Seite gestellt. Seit dem Jahr 2002 (§ 15 EGAktG) haben Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten oder nach § 161 Abs. 1 Satz 2 AktG kapitalmarktorientierten AG jährlich zu erklären, ob den Empfehlungen des Kodex entsprochen wurde und wird. Eine Pflicht, die Empfehlungen zu befolgen, besteht nicht. Wurde oder wird jedoch bestimmten Empfehlungen nicht gefolgt, müssen diese aber genannt und – seit dem BilMoG – der Grund für die Nichtanwendung mitgeteilt werden, § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG. Die Erklärung ist auf der Internetseite der Gesellschaft dauerhaft öffentlich zugänglich zu machen, § 161 Abs. 2 AktG. Seit dem BilMoG ist die Entsprechenserklärung Teil der Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289a HGB. Ferner gehört zu den Pflichtangaben in dem Anhang des Jahresabschlusses nach § 285 Nr. 16 HGB, dass die Entsprechenserklärung abgegeben und wo sie öffentlich zugänglich gemacht worden ist.

Der Kodex ist (inzwischen) ein komplexes Werk. Es ist daher leicht möglich, dass seine Empfehlungen versehentlich nicht beachtet werden oder eine bewusste Nichtbeachtung einer Empfehlung bei der Formulierung der Entsprechenserklärung übersehen wird. Denkbar ist zudem, dass die Unternehmenspraxis und der Inhalt der Entsprechenserklärung bewusst auseinanderfallen. In allen Fällen stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Neben einer externen oder internen zivilrechtlichen Haftung der erklärungspflichtigen Organmitglieder sowie strafrechtlichen Sanktionen ist es möglich, dass die nicht ordnungsgemäße Erfüllung der aus § 161 AktG folgenden Erklärungspflicht zur Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen führt. Das ist kein lediglich theoretisches Risiko. Der BGH hat bereits wiederholt entschieden, dass die Beschlüsse über die Entlastung der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat aufgrund von Verstößen gegen § 161 AktG anfechtbar sein können und entsprechende Entlastungsbeschlüsse für nichtig erklärt. Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob auch andere Hauptversammlungsbeschlüsse anfechtbar sein können.

II. Der Stand der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH

Der BGH hat entschieden, dass die grundsätzlich jährlich abzugebende Erklärung nach § 161 AktG im Fall unterjähriger Abweichungen von den DCGK-Empfehlungen umgehend zu berichtigen ist. Geschieht das nicht oder entspricht die Erklärung von vornherein in einem nicht unwesentlichen Punkt nicht der tatsächlichen Praxis der Gesellschaft, liegt darin ein Gesetzesverstoß. Dieser mache die dem Verstoß zuwider gefassten Entlastungsbeschlüsse (§ 120 AktG) anfechtbar. In dem entschiedenen Fall hatte die Gesellschaft über einen in der Person ihres Aufsichtsratsvorsitzenden bestehenden Interessenkonflikt, entgegen der Empfehlung in Ziff. 5.5.3 Satz 1 DCGK, nicht berichtet. In der Entsprechenserklärung war die Abweichung von dieser Empfehlung weder von vornherein verlautbart noch wurde die Erklärung später entsprechend berichtigt. Das Fehlen des in Ziff. 5.5.3 Satz 1 DCGK empfohlenen Berichts über die Interessenkollision und deren Behandlung war zwar mangels Gesetzeskraft der Kodex-Regelung nicht unmittelbar gesetzwidrig. Das Defizit führte aber nach der Auffassung des BGH dazu, dass die bis zur Hauptversammlung und darüber hinaus aufrecht erhaltene Entsprechenserklärung des Vorstands und des Aufsichtsrats in einer für die Organentlastung relevanten Hinsicht unrichtig war.

Darin liege, so der BGH, ein Gesetzesverstoß, der zur Anfechtbarkeit der Entlastungsbeschlüsse insgesamt und nicht nur zur Teilanfechtbarkeit der Entlastung des von dem Interessenkonflikt betroffenen Aufsichtsratsmitglieds führe. Sämtliche Organmitglieder hätten die Tatsachen gekannt, aus denen der Interessenkonflikt des Aufsichtsratsmitglieds folge. Zudem sei die Entsprechenserklärung von beiden Organen gemeinsam abzugeben. Bei dem zukunftsgerichteten Teil der Entsprechenserklärung handle es sich nicht nur um eine auf das Handeln des einzelnen Organs beschränkte Absichtserklärung, deren Unrichtigkeit nur dem von einer Kodexempfehlung abweichenden Organ zur Last falle. Vielmehr verlange § 161 AktG eine den Aktionären dauerhaft zugänglich zu machende und daher bis zu ihrer Änderung maßgebende Information über die Einhaltung der – an die Verwaltung insgesamt und zum Teil auch an die Hauptversammlung gerichteten – Kodexempfehlungen. Eine Unrichtigkeit der Erklärung falle daher jedem der beiden erklärungspflichtigen Organe zur Last, soweit ihre Mitglieder die anfängliche oder später eintretende Unrichtigkeit der Erklärung kannten oder kennen mussten und sie dennoch nicht für eine Richtigstellung gesorgt hätten. Das gelte allerdings nicht für Mitglieder des Aufsichtsrats, die vor der Entstehung der Pflicht zur Richtigstellung aus dem Aufsichtsrat ausgeschieden seien.

In einem weiteren Urteil hat der BGH die vorstehenden Grundsätze fortentwickelt. Wieder hatte eine (andere) Gesellschaft eine Abweichung von der Interessenkollisions-Regel des Ziff. 5.5.3 Satz 1 DCGK nicht in ihre Entsprechenserklärung aufgenommen. Der BGH betonte, nur eine Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung in einem wesentlichen Punkt könne zur Anfechtbarkeit der Entlastungsbeschlüsse führen. Das gelte insbesondere dann, wenn die Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung, wie bei einem Verstoß gegen die Empfehlung in Ziff. 5.5.3 Satz 1 DCGK, auf einer Informationspflichtverletzung beruhe. In diesem Fall sei die Wertung in § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG zu beachten. Die unterbliebene Information müsse für einen objektiv urteilenden Aktionär für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte relevant sein, um die Folge der Anfechtbarkeit auszulösen. Da nur eindeutige und schwerwiegende Gesetzesverstöße die Entlastungsentscheidung anfechtbar machen würden, müsse der in der unrichtigen Entsprechenserklärung liegende Verstoß auch im konkreten Einzelfall Gewicht haben. An der Relevanz für den Aktionär könne es fehlen, wenn der Interessenkonflikt und seine Behandlung bereits aus allgemeinen Quellen bekannt oder beides wegen Geringfügigkeit ungeeignet sei, die Entscheidung eines objektiv urteilenden Aktionärs zu beeinflussen.

Zu der Frage der Anfechtbarkeit anderer Beschlüsse als Entlastungsbeschlüsse hat der BGH noch nicht Stellung nehmen müssen. Bereits in seinem ersten Urteil zu § 161 AktG hat er die Möglichkeit einer solchen Weiterung aber gesehen. Er hat die Frage jedoch mit der Begründung nicht weiter verfolgt, die Revision habe die Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung nur als Anfechtungsgrund gegenüber den Entlastungsbeschlüssen, nicht aber gegenüber dem Beschluss über die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder geltend gemacht. Auch in einem späteren Verfahren konnte der BGH die Frage offenlassen. Dort hatte das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt, der Aufsichtsrat der beklagten Gesellschaft habe nicht gegen die Bestimmungen des Kodex verstoßen. Es kam daher nicht darauf an, ob überhaupt und gegebenenfalls in welchem Umfang eine etwaige unrichtige Entsprechenserklärung Auswirkungen auf den Wahlvorschlagsbeschluss des Aufsichtsrats und die nachfolgende Wahl in der Hauptversammlung hat.

III. Beschlussmängel jenseits von Entlastungsbeschlüssen?

1. Anfechtungsgefährdete Nicht-Entlastungsbeschlüsse

Nach dem skizzierten Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung können Fehler bei der Abgabe bzw. die Unterlassung der umgehenden Berichtigung von Entsprechenserklärungen zur Anfechtbarkeit der Entlastungsbeschlüsse sowohl der Mitglieder des Vorstands als auch des Aufsichtsrats führen. Anfechtungsbegründende Mängel müssen allerdings, jedenfalls bei Informationsmängeln,

einiges Gewicht haben. Damit stellt sich die Frage, ob Entlastungsbeschlüsse im Spektrum der Hauptversammlungsbeschlüsse eine Ausnahme bilden oder ob auch die Anfechtbarkeit anderer Beschlüsse wegen Fehlern bei der Entsprechenserklärung möglich ist.

Die Suche nach der Antwort beginnt für die Praxis bei der Analyse der vorhandenen höchstrichterlichen Entscheidungen. Diese führt aber nicht wesentlich weiter: Das aus den referierten Urteilen des BGH erkennbare Rechtsfolgenverständnis lässt eine schlichte Fortschreibung auf andere Hauptversammlungsbeschlüsse nicht zu. Bei den Entlastungsbeschlüssen geht es um die Billigung der Tätigkeit der nach § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG erklärungspflichtigen Organe. Die Anfechtbarkeit dieser Beschlüsse liegt daher nahe. Immerhin hat der BGH, wie bereits erwähnt, in seinem ersten Urteil Beschlüsse über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern für möglich gehalten und lediglich aus prozessualen Gründen nicht näher geprüft. Umgekehrt hat der BGH in einem anderen Urteil den Revisionskläger, der – neben den Entlastungsbeschlüssen – auch einen Beschluss über den Erwerb eigener Aktien (§ 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG) angefochten hatte, darin bestärkt, dass er die Anfechtbarkeit dieses Beschlusses nicht auf die fehlerhafte Entsprechenserklärung gestützt hatte. Nach dem erreichten Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist damit die Anfechtbarkeit anderer Beschlüsse als Entlastungsbeschlüsse nicht ausgeschlossen. Andererseits haben keineswegs alle Hauptversammlungsbeschlüsse eine sachliche Verbindung zu etwaigen Fehlern der Entsprechenserklärung, die eine Anfechtung möglich erscheinen lässt.

Welche „Nicht-Entlastungsbeschlüsse“ sind damit anfechtungsgefährdet? In erster Linie ist an die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern zu denken, soweit sie nach § 101 Abs. 1 Satz 1 AktG frei durch die Hauptversammlung gewählt werden. Demgegenüber sind diejenigen Ausnahmefälle nach § 101 Abs. 1 Satz 2 AktG auszusondern, in denen Arbeitnehmervertreter in gebundener Wahl durch die Hauptversammlung gewählt werden. Zwar ist auch in solchen Fällen eine Beschlussanfechtung möglich (s. § 251 Abs. 1 Satz 2 AktG). Es sind jedoch keine Kodexempfehlungen ersichtlich, deren Nichtbeachtung, verbunden mit einer Fehlverlautbarung nach § 161 AktG, praktisch zu einer Anfechtbarkeit führen dürften. Die Anfechtbarkeit von frei durch die Hauptversammlung gewählten Aufsichtsratsmitgliedern ist hingegen in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung bereits befürwortet worden. Demgegenüber scheitert die Anfechtung der Bestellung von Mitgliedern des nach § 161 Abs. 1 AktG ebenfalls erklärungspflichtigen Vorstands an der Zuständigkeit des Aufsichtsrats, also nicht der Hauptversammlung, § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG. Neben der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern kommt auch die Anfechtung der Wahl des Abschlussprüfers in Betracht. Für diese liegt die Zuständigkeit bei der Hauptversammlung, § 119 Abs. 1 Nr. 4 AktG. Zudem enthält der Kodex in Ziff. 7.2 Empfehlungen zur Abschlussprüfung, die zu einem Verstoß gegen § 161 AktG führen können. Prinzipiell denkbar wäre auch eine Anfechtbarkeit eines Beschlusses über die Billigung des Systems zur Vergütung der Vorstandsmitglieder nach § 120 Abs. 4 AktG. Die Anfechtbarkeit dieses Beschlusses ist jedoch nach Satz 3 der Vorschrift ausdrücklich ausgeschlossen.

Im Übrigen sind aus dem breiten Spektrum der Zuständigkeit der Hauptversammlung keine weiteren Beschlüsse ersichtlich, die wegen Fehlern bei der Entsprechenserklärung zumindest im Prinzip der Anfechtung nach den §§ 243 ff. AktG unterliegen könnten. Namentlich Strukturbeschlüsse wie Kapitalmaßnahmen, Umwandlungen, der Ausschluss von Minderheitsaktionären oder der Abschluss von Unternehmensverträgen dürften nach dem derzeitigen Zuschnitt des Kodex keiner Anfechtungsgefahr unterliegen. Die praktische Bedeutung der hier untersuchten Frage ist damit, bezogen auf das Gesamtspektrum denkbarer Hauptversammlungsbeschlüsse, eher begrenzt.

2. Gründe für die Anfechtbarkeit von Nicht-Entlastungsbeschlüssen

Bei Entlastungsbeschlüssen liegt der Grund für die Anfechtbarkeit nahe: Die Abgabe der Erklärung nach § 161 AktG obliegt dem Vorstand und dem Aufsichtsrat. Unterbleibt die Erklärung ganz oder ist bzw. wird sie in einem wesentlichen Punkt falsch, so liegt darin ein erheblicher Pflichtverstoß der an dem Versäumnis beteiligten Organmitglieder. Der Verstoß kann einer Entlastung entgegenstehen oder eine gleichwohl erteilte Entlastung anfechtbar machen. Die von der Hauptversammlung erteilte Entlastung leidet dann an einem Inhaltsfehler; die Anfechtbarkeit des Beschlusses folgt aus § 243 Abs. 1 1. Alt. AktG.

Die Anfechtbarkeit von Nicht-Entlastungsbeschlüssen kann hingegen nicht mit dem Gedanken des (wesentlichen) Pflichtverstoßes begründet werden. Wird ein Mitglied des Aufsichtsrats oder der Abschlussprüfer entgegen einer Empfehlung des Kodex von der Hauptversammlung gewählt, so liegt in der Abweichung von der Kodex-Empfehlung als solcher keine Gesetzesverletzung, die nach § 243 Abs. 1 1. Alt. AktG die Anfechtbarkeit des Wahlbeschlusses begründen könnte. Bei dem Kodex handelt es sich nicht um ein Gesetz (und auch nicht um eine Satzung); die Missachtung einer Empfehlung ist daher keine Gesetzesverletzung. Auch der Beschluss des Aufsichtsrats, der dem Wahlvorschlag nach § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG zu Grunde liegt, ist jedenfalls aus diesem Grund nicht rechtswidrig und daher nicht nichtig. Man gelangt folglich auch nicht über die Nichtigkeit des Wahlvorschlags zur Anfechtbarkeit des Wahlbeschlusses. Verhält sich die aktuelle Entsprechenserklärung zur Zeit der Beschlussfassung im Aufsichtsrat über den Wahlvorschlag nicht zu der Abweichung, so liegt auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH und des ihm überwiegend folgenden Schrifttums wiederum ein Versäumnis von Vorstand und Aufsichtsrat vor, das in erheblichen Fällen der Entlastung entgegensteht und einen dennoch gefassten Entlastungsbeschluss anfechtbar macht. Das Unterlassen der Korrektur der Entsprechenserklärung hat hingegen – jedenfalls auf den ersten Blick – nichts mit dem Wahlbeschluss der Hauptversammlung zu tun. Vor diesem Hintergrund wird vertreten, dass sich Beschlussmängel wegen Fehlern bei der Entsprechenserklärung auf den Bereich der Entlastungsbeschlüsse beschränken.

Diese Auffassung beruht der Sache nach auf der These, die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG obliege zwar dem Vorstand und dem Aufsichtsrat, mithin auch deren aus den §§ 93 Abs. 1, 116 Satz 1 AktG folgenden Pflicht zu ordentlichem und gewissenhaftem Verhalten, binde aber die Gesellschaft selbst nicht. Die These einer solchen „isolierten Organpflicht“ ist im Schrifttum sehr verbreitet. Ihr wird aber auch entgegengetreten. Bei dieser Kontroverse handelt es sich nicht um eine dogmatische Finesse ohne praktische Bedeutung. Folgt man der Lehre von der isolierten Organpflicht, so ist es konsequent, die Beschlussmängelrelevanz von Fehlern bei der Entsprechenserklärung auf die Entlastungsbeschlüsse zu begrenzen. Wird die Erklärung nach § 161 AktG zwar durch Vorstand und Aufsichtsrat abgegeben, ist sie aber eine Erklärung der Aktiengesellschaft selbst, so erstreckt sich die Pflicht zur ordnungsmäßigen Entsprechenserklärung und die Bindung aus dieser Verlautbarung auf die Aktiengesellschaft selbst und ihre Organe. Die Entsprechenserklärung bindet damit ohne weiteres auch die Hauptversammlung.

In einem Beschluss der Hauptversammlung, der inhaltlich von einer Empfehlung des Kodex abweicht, ohne dass zuvor oder - wenig praktikabel - zumindest gleichzeitig die Entsprechenserklärung angepasst wurde bzw. wird, liegt daher ein Verstoß gegen die (änderbare) Selbstbindung der Gesellschaft an den verlautbarten Umgang mit den Empfehlungen des Kodex. Damit liegt in der Beschlussfassung durch die Hauptversammlung selbst eine Verletzung des Gesetzes, die nach § 243 Abs. 1 1. Alt. AktG die Anfechtung des Beschlusses der Hauptversammlung begründen kann. Ein Inhaltsmangel des Beschlusses lässt sich nicht mit der Erwägung verneinen, § 161 AktG regle nicht den Beschlussinhalt. Das Gebot der erklärungskonformen Beschlussfassung ist vielmehr ein Inhaltsgebot. Für den Erfolg einer Anfechtungsklage müssen allerdings auch in diesen Fällen die weiteren materiellen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen der Beschlussanfechtung erfüllt sein. Allerdings dürfte eine solche Klage – geht man von der Bindung der Hauptversammlung aus – nicht an dem Erfordernis der Relevanz scheitern. Es geht dann nicht darum, dass die an der Beschlussfassung beteiligten Aktionäre durch bestimmte Einflüsse, insbesondere durch unzureichende Unterrichtung, in ihrer Willensbildung beeinträchtigt werden. Vielmehr liegt der Gesetzesverstoß in der Beschlussfassung selbst, die auf der Grundlage der aktuellen Entsprechenserklärung so nicht erfolgen durfte. Ein solcher Verstoß ist immer relevant.

Dabei dürfte es keinen Unterschied machen, ob den beschlussfassenden Aktionären die Unvereinbarkeit des zu fassenden Beschlusses mit der aktuellen „Erklärungslage“ bewusst war. Auch die Einschränkung der Anfechtbarkeit nach § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG greift nicht. Sie setzt voraus, dass die Willensbildung der Hauptversammlung auf falscher, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen beruht. In den Fällen der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds oder des Abschlussprüfers in Unkenntnis der Abweichung von einer Empfehlung des Kodex und ohne eine die Abweichung gestattende Entsprechenserklärung mag zwar im Einzelfall tatsächlich eine unzureichende Unterrichtung der Hauptversammlung durch den Vorstand oder den Aufsichtsrat vorliegen. Es stellt sich allerdings die Frage, ob dieser Informationsmangel eine Einschränkung der Anfechtbarkeit nach § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG rechtfertigt. Der

Gesetzesverstoß liegt nämlich, wie bereits dargelegt, in der Verletzung der Bindung der Hauptversammlung an die verlautbarte Entsprechenserklärung. Es spricht daher mehr dafür, § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG nicht anzuwenden. In den bislang entschiedenen Fällen der Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen hat der II. Zivilsenat des BGH eine Anwendung der Vorschrift zwar erwogen. Es fällt aber auf, dass der Senat die Vorschrift nicht – was nahe gelegen hätte – für unmittelbar anwendbar erklärt, sondern nur ihren Rechtsgedanken nach herangezogen hat.

3. Die Erklärung nach § 161 AktG: Eine Verlautbarung der Gesellschaft selbst

Die vorstehenden Überlegungen setzen voraus, dass die Entsprechenserklärung nicht nur den Vorstand und den Aufsichtsrat, sondern auch die Aktiengesellschaft bindet. Dafür spricht, dass es sich bei beiden Kollektiven um Organe der Aktiengesellschaft handelt. Diese handeln nicht für sich selbst, sondern für die Gesellschaft. Der Wortlaut des § 161 AktG enthält keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber bei der Entsprechenserklärung eine Abweichung von dieser Regel bestimmen wollte. Die Vorschrift spricht nicht davon, „die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats“ hätten die Entsprechenserklärung zu verlautbaren. Vielmehr werden „Vorstand und Aufsichtsrat“ jeweils in ihrer Gesamtheit angesprochen, § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG. Zudem bestimmt § 161 Abs. 2 AktG, dass die Erklärung auf der Internetseite der Gesellschaft dauerhaft öffentlich zugänglich zu machen ist. Auch das belegt, dass die Entsprechenserklärung weder eine „Privaterklärung“ der einzelnen Organmitglieder noch eine „isolierte Organerklärung“ von Vorstand und Aufsichtsrat ist.

Die Funktion der Entsprechenserklärung bestätigt diesen Befund. Eine wesentliche Aufgabe des § 161 AktG ist es, sowohl die Aktionäre als auch den Kapitalmarkt von der Haltung der Aktiengesellschaft zu dem Kodex zu unterrichten. Vorstand und Aufsichtsrat sprechen dabei nicht für sich selbst, sondern für ihre Gesellschaft. Weiter spricht für die Bindung der Gesellschaft, dass der Kodex nicht nur Empfehlungen enthält, die sich an den Vorstand oder an den Aufsichtsrat richten. Er enthält vielmehr auch Bestimmungen, die an die Aktionäre und an die Hauptversammlung oder an die Gesellschaft insgesamt gerichtet sind. Auch mit Rücksicht darauf wäre es nicht schlüssig, die Entsprechenserklärung allein dem Vorstand und dem Aufsichtsrat zuzurechnen. Für die Gegenauffassung sprechen damit keine Gründe der Gesetzesauslegung, sondern nur – aber auch immerhin – ein Unbehagen darüber, dass Fehler im Umfang mit der Entsprechenserklärung überhaupt zur Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen führen können. Es liegt auf der Hand, dass das zu Rechtsunsicherheit führt, da sich angesichts der zwischenzeitlich erreichten Zahl von Kodex-Empfehlungen ein völlig ausschließen lässt, dass bei der Verlautbarung der Entsprechenserklärung Fehler unterlaufen. Zugleich wird damit Berufsklägern ein potenzielles Angriffsmittel in die Hand gegeben. Beides widerspricht dem Willen des Gesetzgebers des UMAG und des ARUG.

4. Beispiele zur Anfechtbarkeit von Nicht-Entlastungsbeschlüssen

Das Ausmaß der Bestandsrisiken für Hauptversammlungsbeschlüsse als Folge von Fehlern der Entsprechenserklärung ist bislang weder von der Rechtsprechung noch von der Praxis vollständig vermessen worden. Das kann auch hier nicht geleistet werden. Zur Illustration der vorhandenen Risiken für Nicht-Entlastungsbeschlüsse seien zwei Beispiele herausgegriffen:

4.1 Die erklärungswidrige Wahl von Mitgliedern in den Aufsichtsrat

Die Bestellung von Mitgliedern des Aufsichtsrats obliegt, soweit nicht Entsendungsrechte oder mitbestimmungsrechtliche Besonderheiten greifen, der Hauptversammlung, § 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG. Diese beschließt auf der Grundlage eines Vorschlags, der nur von dem Aufsichtsrat unterbreitet wird, § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG. Man mag sich nun vorstellen, dass der Hauptversammlung ein erst kürzlich aus dem Vorstand der Gesellschaft ausgeschiedenes Mitglied zur Wahl in den Aufsichtsrat vorgeschlagen wird. Der Vorschlag des Aufsichtsrats erfolge auf Betreiben eines oder von mehreren Aktionäre, die zusammen Aktien halten, die ihnen mehr als 25 % der Stimmrechte vermitteln. Die Gesellschaft habe eine uneingeschränkte Entsprechenserklärung abgegeben. Eine Begründung für die Wahl des vormaligen Vorstands wird der Hauptversammlung gleichwohl nicht gegeben. Die Hauptversammlung beschließt, den Vorgeschlagenen in den Aufsichtsrat zu wählen.

Die Wahl des ehemaligen Vorstands in den Aufsichtsrat steht bei der börsennotierten AG grundsätzlich in Widerspruch zu § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG, sofern das Ausscheiden aus dem Vorstand nicht mehr als zwei Jahre zurückliegt. Die Vorschrift enthält jedoch eine Rückausnahme für den Fall, dass der Vorschlag auf eine qualifizierte Aktionärsminderheit zurückgeht. Ziff. 5.4.4 Satz 1 DCGK wiederholt diese gesetzliche Regelung. Ziff. 5.4.4 Satz 2 DCGK empfiehlt ergänzend, dass der Wechsel in den Aufsichtsratsvorsitz eine der Hauptversammlung zu begründende Ausnahme sein solle. Daran hat sich der Aufsichtsrat und auch die Hauptversammlung im Beispielsfall nicht gehalten. Sie hat den Bewerber gewählt, obwohl ihr nicht dargelegt wurde, warum gerade ein ehemaliges Vorstandsmitglied zeitnah nach seinem Ausscheiden in den Aufsichtsrat wechseln soll. Der Wahlbeschluss der Hauptversammlung ist anfechtbar, da er an einem inhaltlichen Mangel leidet. Der Mangel liegt nicht darin, dass die Hauptversammlung Ziff. 5.4.4 Satz 2 DCGK missachtet hat. Er liegt vielmehr darin, dass sie den Wahlbeschluss gefasst hat, obwohl die Entsprechenserklärung zur Zeit der Beschlussfassung die Einhaltung (auch) dieser Bestimmung durch die Gesellschaft verkündet hat. Auf die daneben aus demselben Grund vorliegende Nichtigkeit des Wahlvorschlagsbeschlusses des Aufsichtsrats und eine dadurch begründete Anfechtbarkeit des Hauptversammlungsbeschlusses kommt es daher nicht entscheidend an.

4.2 Bestellung des Abschlussprüfers

Die Bestellung des Abschlussprüfers gehört ebenfalls zu den Aufgaben der Hauptversammlung, § 119 Abs. 1 Nr. 4 AktG. Die Wahl erfolgt auf der Grundlage eines Vorschlags, den (ebenfalls) nur der Aufsichtsrat der Hauptversammlung unterbreitet, § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG. Nach Ziff. 7.2.1 Satz 1 DCGK soll der Aufsichtsrat bzw. der Prüfungsausschuss eine Erklärung des vorgesehenen Prüfers einholen, ob und ggf. welche geschäftlichen, finanziellen, persönlichen oder sonstigen Beziehungen zwischen dem Prüfer und seinen Organen und Prüfungsleitern einerseits und dem Unternehmen und seinen Organmitgliedern andererseits bestehen, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit begründen können. Die Erklärung soll sich nach Satz 2 der Kodexbestimmung auch darauf erstrecken, in welchem Umfang in dem vorausgegangenen Geschäftsjahr andere Leistungen für das Unternehmen, insbesondere auf dem Beratungssektor, erbracht wurden bzw. für das folgende Jahr vereinbart worden sind.

Wiederum habe die Gesellschaft eine uneingeschränkte Entsprechenserklärung abgegeben und damit die Einhaltung dieser Kodex-Empfehlung zwar verlautbart, die Erklärung des vorgesehenen Prüfers aber nicht eingeholt. Der Abschlussprüfer werde aber gleichwohl durch die Hauptversammlung bestellt (§ 119 Abs. 1 Nr. 4 AktG) und ihm durch den Aufsichtsrat der Prüfungsauftrag erteilt, § 111 Abs. 2 Satz 3 AktG. Auch in diesem Fall ist der Beschluss über die Wahl des Abschlussprüfers anfechtbar. Die Gründe hierfür gleichen denjenigen bei der vorerwähnten Wahl des ehemaligen Vorstands in den Aufsichtsrat. Die Anfechtbarkeit ist dann ohne weiteres einsichtig, wenn die Hauptversammlung um die empfehlungswidrige Unterlassung durch den Aufsichtsrat wusste. Legt der Aufsichtsrat sein Versäumnis der Hauptversammlung hingegen nicht offen, so stellt sich die Frage, die Kenntnis der beschlussfassenden Aktionäre überhaupt erheblich ist. Dagegen spricht, dass es bei der Prüfung eines zur Nichtigkeitsklärung führenden Inhaltmangels auf die subjektive Seite der handelnden Personen nicht ankommen soll. Die verlautbarte Entsprechenserklärung verbietet der Hauptversammlung, empfehlungswidrige Beschlüsse zu fassen, ohne dass zuvor oder zugleich die Erklärung berichtet wird. Es dürfte daher nicht entlastend wirken, dass sich die Aktionäre bei der Beschlussfassung der Erklärungswidrigkeit nicht bewusst sind. Letztlich kann dieser Zweifel jedoch dahinstehen. Jedenfalls der Aufsichtsrat wusste um sein Versäumnis. In seinem Beschluss (§ 108 Abs. 1 AktG), der Hauptversammlung den Abschlussprüfer zur Wahl vorzuschlagen, liegt ein Verstoß gegen § 161 AktG. Dieser dürfte zur Nichtigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses führen. Damit fehlt es an einem wirksamen Beschlussvorschlag nach § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG an die Hauptversammlung. Das macht den Beschluss der Hauptversammlung aus diesem Grund anfechtbar.

IV. Rechtspolitische Folgerungen

1. Unerwünschte Risiken und Nebenwirkungen

Der Kodex, aber auch die Beschlussmängelfolgen von Fehlern im Umgang mit der Entsprechenserklärung sind in jüngerer Zeit verstärkt in den Blick geraten. Es mehren sich die Bedenken gegen eine Überfrachtung des Kodex; zugleich wächst die Sensibilität gegenüber den in diesem Beitrag in den Blick genommenen Anfechtungsrisiken. Der gegenwärtige Rechtszustand erscheint in der Tat unbefriedigend: Die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG ist ein Instrument der externen Unternehmenskommunikation. Der Umstand, dass Fehler bei dieser Kommunikation Folgen für die gesellschaftsinterne Willensbildung haben können, kann man – auch im Hinblick auf Entlastungsbeschlüsse - als unerwünschte Nebenwirkung begreifen. Zwar ist es nicht zu beanstanden, wenn die Beachtung des § 161 AktG – wie die Beachtung anderer gesetzlicher Pflichten auch - durch gesetzliche Sanktionen gefördert wird. Es bleibt aber die Frage, ob diese Sanktionen gerade bei der Willensbildung der Hauptversammlung ansetzen müssen. Zwingend ist das keineswegs. Es ist daher sowohl legitim als auch geboten, wie dieser überschießenden Tendenz des § 161 AktG begegnet werden kann. Im Folgenden soll - ohne Anspruch auf Vollständigkeit - aufgezeigt werden, dass man sich diesem Ziel auf sehr verschiedenen Wegen nähern kann.

2. Ausschluss der Anfechtbarkeit

Die wohl am nächsten liegende Maßnahme ist es, die Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen wegen Widersprüchen zu der verlautbarten Entsprechenserklärung gesetzlich auszuschließen. Dies läge in dem Gestaltungsermessen des Gesetzgebers. Der Ausschluss könnte sich auf sämtliche Hauptversammlungsbeschlüsse beziehen und daher Entlastungsbeschlüsse einschließen. Von dem Ausschluss könnten aber auch die Entlastungsbeschlüsse ausgenommen werden. Damit würde der Stand der Rechtsprechung des BGH gleichsam konserviert und einer Ausdehnung der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf Nicht-Entlastungsbeschlüsse – aus der Sicht der Unternehmensjuristen – „vorgebeugt“.

Eine solche Maßnahme könnte sich auf Vorbilder innerhalb und außerhalb des Aktiengesetzes mit ähnlicher Regelungsfunktion berufen. Zur ersten Gruppe gehört § 120 Abs. 4 Satz 2 AktG über die Unanfechtbarkeit des Beschlusses über die Billigung des Systems zur Vergütung der Vorstandsmitglieder. Zu der zweiten Gruppe gehört § 30g WpHG über den Ausschluss der Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen wegen der Verletzung von Informationspflichten nach den §§ 30a ff. WpHG. Eine der letztgenannten Vorschrift ähnliche Regelung könnte dem § 161 AktG als Absatz 3 angefügt werden. Regelungstechnisch ist daher das Ziel der Bestandssicherung von Hauptversammlungsbeschlüssen leicht zu erreichen. Mit dem „Ausschlussmodell“ setzt sich der Gesetzgeber aber dem Vorwurf der Halbherzigkeit oder gar der Widersprüchlichkeit aus: Einerseits schafft er § 161 AktG, andererseits stellt er die Nichtbeachtung der Vorschrift an der empfindlichsten Stelle sanktionsfrei. Diesem Vorwurf könnte man allerdings dadurch begegnen, dass der Katalog von Ordnungswidrigkeiten nach § 405 AktG um einen Tatbestand ergänzt wird, der die Nichtabgabe, die falsche Entsprechenserklärung und – wenn man so will – die unterlassene Korrektur zur Ordnungswidrigkeit erhebt.

3. Abschaffung des § 161 AktG

Es ist daher einer Erwägung wert, dem Problem von einer anderen Seite her zu begegnen, und zwar bei der Erklärungspflicht selbst. Der Gesetzgeber könnte § 161 AktG ersatzlos streichen. Gegenteiliges folgt nicht aus dem Umstand, dass die Entsprechenserklärung nach § 289a Abs. 2 Nr. 1 HGB Teil der Erklärung zur Unternehmensführung ist. Die Erklärung nach § 289a HGB zur Unternehmensführung ist durch das BilMoG geschaffen worden. Dies diente der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht, nämlich des Art. 46a der EG-Bilanzrichtlinie. Nach Art. 46a Abs. 1 Satz 2 lit. a i) und ii) der Bilanzrichtlinie muss die Erklärung zur Unternehmensführung unter anderem einen Verweis auf den Unternehmensführungskodex enthalten, dem die Gesellschaft obliegt und/oder den Unternehmensführungskodex, den sie gegebenenfalls freiwillig anzuwenden beschlossen hat. Soweit eine Gesellschaft im Einklang mit nationalem Recht von einem Unternehmensführungskodex abweicht, muss die Erklärung zur Unternehmensführung eine Aussage dazu enthalten, in welchen Punkten und aus welchen Gründen dies geschieht. Letzteres gilt auch, soweit die Gesellschaft beschlossen hat, keine Bestimmungen eines Unternehmensführungskodex anzuwenden, Art. 46a Abs. 1 Satz 2 lit. B Bilanzrichtlinie.

Es erscheint bereits fraglich, ob der deutsche Kodex überhaupt unter Art. 46a Abs. 1 Satz 2 lit. a i) EG-Bilanzrichtlinie fällt, da er keine Normqualität hat und die (börsennotierten) Aktiengesellschaften ihm daher nicht „unterliegen“. Unabhängig von diesem Zweifel könnte jedoch die Erklärung zur Unternehmensführung dem Art. 46a der EG-Bilanzrichtlinie auch dann genügen, wenn es keine Erklärungspflicht nach § 161 AktG mehr gäbe. Der von der Bilanzrichtlinie vorgesehene Verweis und die Erklärung nach Art. 46a Abs. 1 Satz 2 lit. b werden nur als Teil der Erklärung zur Unternehmensführung vorgeschrieben. Diese ist ein gesonderter Teil des Lageberichts, also der jährlichen Rechnungslegung. Verweis und Erklärung könnten daher richtlinienkonform auch ohne den § 161 AktG erfolgen. Das Gemeinschaftsrecht fordert mithin keine Aufrechterhaltung der Vorschrift.

Für die Abschaffung des § 161 AktG spricht die Einfachheit dieser gesetzgeberischen Lösung. Das hier erörterte Problem würde gleichsam an der Wurzel beseitigt. Die ihr derzeit unterworfenen Gesellschaften würden von einer Rechtspflicht entlastet. Für den Vorschlag spricht damit auch sein Deregulierungscharakter. Ferner würde eine Vorschrift beseitigt, deren sachliche Berechtigung mehr als fragwürdig ist: Sie mutet den betroffenen Aktiengesellschaften zu, sich zu dem Kodex als einem privaten Regelwerk zu äußern, auf dessen Inhalt sie keinen (unmittelbaren) Einfluss haben und das in keiner Weise demokratisch legitimiert ist. Die Konsequenz dieses Vorschlags wäre allerdings auch, dass der Kodex und die ihn (fort-)entwickelnde Kommission ohne die flankierende Unterstützung des Gesetzgebers um seine Beachtung bemüht sein müssten.

Das erscheint allerdings nicht als Nachteil. Der Public Corporate Governance Kodex zeigt, auch wenn er einem anderen Regelungsziel dient, dass ein Verhaltenskodex nicht notwendig durch eine gesetzliche Erklärungspflicht flankiert werden muss. Verglichen mit der heutigen Lösung einer gesetzlichen Erklärungspflicht kann man es sehr wohl als vorzugswürdig ansehen, wenn sich der Kodex allein wegen seiner inhaltlichen Qualität der Wertschätzung und Beachtung der Unternehmenspraxis erwirbt, indem er (nur) gleichermaßen sinnvolle und praktikable Empfehlungen und Anregungen ausspricht und sich politischer Moden enthält. Das hätte auch für die Fortentwicklung des Kodex disziplinierende Wirkung. Die Kodex-Kommission müsste bei ihrer Arbeit, mehr als heute, stets darauf bedacht sein, den Kodex nicht an den Aktiengesellschaften als den Adressaten des Regelwerks vorbei fortzuentwickeln. Gelänge dies nicht, so dürfte das weniger seinen Grund darin finden, dass die heute dem § 161 AktG unterliegenden Aktiengesellschaften nicht an guter Unternehmensführung interessiert sind. Vielmehr könnte es sich erweisen, dass der Kodex diese Bewährung in der Praxis nicht besteht. Die derzeit hohe Akzeptanzquote von über 80 % legt das aber nicht unbedingt nahe. Käme es aber doch anders, gäbe es auch keinen Grund für den Gesetzgeber, ein von der Praxis unbeachtet gelassenes privates Regelwerk durch eine Erklärungspflicht zu pararegaler Beachtlichkeit zu erheben.

4. Suspensiveffekt bei nicht erklärungskonformen Hauptversammlungsbeschlüssen

Auch mäßige Gesetze sind leichter geschaffen, als abgeschafft. Es ist daher Skepsis angebracht, dass der Gesetzgeber den politischen Willen fassen wird, § 161 AktG zu streichen. Daher noch eine letzte Erwägung, wie sich die gesetzliche Erklärungspflicht und die Beschlussfassungssicherheit vielleicht miteinander vereinbaren lassen könnten: Lässt man es bei der Erklärungspflicht, so könnte das Problem der Beschlussanfechtung auch dadurch angegangen werden, dass Hauptversammlungsbeschlüsse, die im Widerspruch zu Empfehlungen des Kodex gefasst werden, deren Beachtung die Gesellschaft verlautbart hat, schwebend unwirksam sind. Für deren Anfechtung bestünde daher kein Anlass. Zur Vermeidung von Zweifeln könnte die Anfechtbarkeit gleichwohl vorsorglich gesetzlich ausgeschlossen werden. Auf den ersten Blick mag dieses „Suspensivmodell“ unter dem Aspekt der Rechtssicherheit noch unbefriedigender erscheinen, als der derzeitige Rechtszustand. Es könnte jedoch mit einer Heilungsregelung ausgestattet werden, wonach „erklärungswidrige“ Hauptversammlungsbeschlüsse rückwirkend wirksam werden, sobald das Erklärungsdefizit beseitigt ist und zudem klargestellt wird, dass der Hauptversammlungsbeschluss von ihm betroffen war.

Damit würde dreierlei erreicht: Zum Einen blieben Fehler bei der Abgabe bzw. der Aktualisierung der Entsprechenserklärung nicht sanktionslos. Vielmehr wäre klar, dass Hauptversammlungsbeschlüsse, die auf einer falschen Erklärungsgrundlage gefasst werden, ohne Korrektur dieser Grundlage rechtlich unbeachtlich sind. Diese Sanktion wäre aber zum Anderen, abweichend vom geltenden Recht, nicht von der Unwägbarkeit einer Beschlussanfechtung abhängig. Drittens würde ein Anreiz geschaffen, den Mangel der Entsprechenserklärung alsbald zu beseitigen und klarzustellen, dass der Beschluss im Widerspruch zur Kapitalmarktkommunikation der Gesellschaft gefasst wurde. Das macht die Vergangenheit zwar nicht ungeschehen, schafft aber Transparenz. Durch die Möglichkeit zur rückwirkenden Heilung würde keine irreparable Beeinträchtigung der internen Willensbildung der Gesellschaft eintreten. Die Beschlusskonvaleszenz ließe sich damit begründen, dass das Legitimitätsdefizit im Kern nicht in dem Beschlussinhalt selbst lag, sondern darin, dass er auf der Grundlage einer falschen „Erklärungslage“ erging. Auch im Hinblick auf die Entsprechenserklärung selbst würde es daher gelten: „comply or explain (subsequently)“.

V. Ergebnisse

1. Das Risiko der Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen wegen Fehlern im Umgang mit der Entsprechenserklärung ist de lege lata nicht auf Entlastungsbeschlüsse beschränkt. Die Entsprechenserklärung ist keine „private“ Angelegenheit des Vorstands und des Aufsichtsrats. Sie bindet – solange sie nicht geändert wird – die Gesellschaft selbst und damit auch die Hauptversammlung. Sofern der Beschlussgegenstand im Widerspruch zu einer Kodex-Empfehlung steht und dieser Widerspruch nicht in Übereinstimmung mit § 161 AktG kommuniziert wird, dürfte der Hauptversammlungsbeschluss anfechtbar sein. Das Spektrum der nach ihrem Inhalt anfechtungsgefährdeten Beschlüsse ist aber eher überschaubar.

2. Der geltende Rechtszustand ist unbefriedigend. Der Informationsnutzen der Entsprechenserklärung für die Aktionäre und für den Kapitalmarkt rechtfertigt, jedenfalls jenseits der Entlastungsbeschlüsse, kein Bestandsrisiko bei Hauptversammlungsbeschlüssen, die sich gegen Kodex-Empfehlungen stellen. Es besteht daher rechtspolitischer Handlungsbedarf. Allerdings gibt es nicht „die“ Alternative, die man dem Gesetzgeber anempfehlen kann, sondern eine Mehrzahl möglicher Lösungsansätze. Es wäre daher erfreulich, wenn sich um die Zukunft des heutigen § 161 AktG eine rechtspolitische Diskussion entwickelt. Gleich welche Lösung sich am Ende durchsetzt – besser als das geltende Recht wäre sie allemal.

Dr. Erich Waclawik, Rechtsanwalt (BGH) und Steuerberater, Karlsruhe