

Rechtsfolgen falscher Entsprechenserklärungen: Der Nebel lichtet sich

Zum Urteil des BGH vom 16.02.2009 – II ZR 185/07 - Kirch/Deutsche Bank

Die Politik und der Gesetzgeber rüsten derzeit gegen den klagefreudigen Aktionär auf. Dafür gibt es gute Gründe (zum RegE-ARUG Drinhausen/Keinath BB 2009, 64, 68 ff.; Paschos/ Goslar AG 2009, 14, 20 f.). Aber: Nicht jeder Anfechtungskläger ist ein „Räuber“ und nicht jeder Anfechtungsprozess ist eine bloße Belastung der Justiz. Das hier in den Blick genommene, für die amtliche Sammlung bestimmte Urteil des II. Zivilsenats (im Folgenden: Senat) ist dafür ein hervorstechender Beleg. Es gehört zur Pflichtlektüre jedes Aktienrechtlers. Diese will aber geplant sein. Für die kleine Pause zwischendurch eignet sich das Urteil nicht. Es handelt auf 36 Seiten (Format nach BGH-Website) unter Voranstellung von acht Leitsätzen ein ganzes Spektrum von Fragen rund um die Hauptversammlung der AG und die Beschlussanfechtung ab. Hier kann nicht auf alle Facetten des Falls eingegangen werden. Als Amuse-Gueule wird nur ein, dafür aber das wohl wichtigste Thema herausgegriffen: Die Rechtsfolgen einer falschen Entsprechenserklärung. Eine solche stand im Streitfall erstmals auf den Prüfstand des Senats.

Worum geht es? Nach § 161 AktG müssen Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten AG seit dem Jahr 2002 (§ 15 EGAktG) jährlich erklären, dass den Empfehlungen des „Deutschen Corporate Governance Kodex“ (DCGK) entsprochen wurde und wird. Im Abweichungsfall ist zu erklären, welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden. Die „Entsprechenserklärung“ ist den Aktionären dauerhaft zugänglich zu machen. Das soll die Aktionäre und den Kapitalmarkt von der Befolgung des DCGK unterrichten und börsennotierte AG zu dessen Beachtung anhalten. An Empfehlungen mangelt es im DCGK nicht. So soll bspw. der Aufsichtsrat nach 5.5.3 Satz 1 DCGK in seinem Bericht an die Hauptversammlung (§ 171 Abs. 2 AktG) über aufgetretene Interessenkonflikte und deren Behandlung informieren. Leicht ist eine solche Empfehlung übersehen oder es wird nicht erkannt, dass die börsennotierte AG im Unternehmensalltag von ihr abweicht. Was dann?

Im Streitfall hatten Vorstand und Aufsichtsrat der beklagten Deutsche Bank AG am 30. Oktober 2002 erstmals eine Entsprechenserklärung abgegeben. In ihr wurde (von hier uninteressanten Ausnahmen abgesehen) erklärt, den Empfehlungen des DCGK zu entsprechen. Damit wurde u. a. auch versprochen, sich an die Empfehlung 5.5.3 Satz 1 DCGK zu halten. Der Bericht an die folgende, streitgegenständliche Hauptversammlung des Jahres 2003 verhielt sich indes nicht dazu, dass gegen die Bank eine Schadensersatzklage des Klägers zu 1 (Leo Kirch) schwebte. Anlass der Klage waren Äußerungen des Aufsichtsratsvorsitzenden Dr. Breuer gegenüber der Presse, die dieser noch in seiner Eigenschaft als Vorstandsmitglied und -sprecher der Bank gemacht hatte. Das Versäumnis hatte erhebliche Folgen: Der Senat hielt die Beschlüsse über die Entlastung sowohl der Mitglieder des Vorstandes als auch der des Aufsichtsrats wegen „unrichtiger bzw. unvollständiger Organerklärungen gemäß § 161 AktG“ für anfechtbar. Dementsprechend wurden, anders als in den Vorinstanzen, beide Entlastungsbeschlüsse für nichtig erklärt. Schon die erste Entsprechenserklärung fiel damit bei der Hauptuntersuchung des Senats durch.

Wichtig ist aber nicht nur dieses zur Besorgnis Anlass gebende Ergebnis. Noch wichtiger sind die Detailaussagen des Senats zu seiner Erläuterung. Dabei hob der Senat mit Recht hervor, dass der Streitfall keinen Anlass bot, zu den Folgen eines Verstoßes gegen § 161 AktG umfassend Stellung zu nehmen. Allerdings wirft er ein erhellendes Licht auf die Folgen einer falschen Entsprechenserklärung für die Wirksamkeit von Entlastungsbeschlüssen.

Der Senat ließ keinen Zweifel dagegen gelten, dass in der Person des Aufsichtsratsvorsitzenden Dr. Breuer ein berichtspflichtiger Interessenkonflikt schwebte. Den Einwand des Berufungsgerichts, die „Vorwürfe“ Kirchs seien in den Medien behandelt worden und daher jedem aufmerksamen Aktionär ohnehin bekannt, ließ der Senat mit Recht nicht gelten. Die in den Medien kolportierten „Vorwürfe“ kennzeichneten nicht den konkreten Interessenkonflikt des Aufsichtsratsvorsitzenden im Hinblick auf die gegen die Bank erhobene Schadensersatzklage und der dem Vorsitzenden potenziell drohenden Regressansprüche. Ferner fordert 5.5.3 Satz 1 DCGK nicht nur eine Identifikation des Interessenkonflikts, sondern auch die Darstellung seiner „Behandlung“. Beides fehlte.

Auch der Einwand der Bank, es habe zur Zeit der Abfassung des Berichts nur ein erstinstanzliches Urteil (LG München I WM 2003, 725) über die Feststellungsklage auf Schadensersatz gegeben, der Weg bis zu einem letztinstanzlichen Zahlungsurteil sei noch ebenso weit wie ungewiss gewesen, verfiel nicht. Der Senat weist in wegweisender Deutlichkeit darauf hin, die Tätigkeit des Aufsichtsrats, die Organtätigkeit auch ehemaliger Vorstandsmitglieder einer nachgelagerten Kontrolle zu unterziehen und das Bestehen etwaiger Schadensersatzansprüche zu prüfen, beginne bereits nach der Zustellung einer auf angeblich pflichtwidriges Handeln eines Vorstandsmitglieds gestützten Schadensersatzklage. Für den Senat lag mit Recht auf der Hand, dass ein selbst betroffener Aufsichtsratsvorsitzender daran nicht unbefangen mitwirken konnte.

Nach alledem hätte daher der Aufsichtsrat der Bank gemäß der Empfehlung 5.5.3 Satz 1 DCGK im Bericht an die Hauptversammlung auf den geschilderten Interessenkonflikt und seine Behandlung eingehen müssen. Das tat er jedoch unstreitig nicht. Darin lag möglicherweise eine Verletzung des § 171 Abs. 2 AktG wegen unzureichender Berichterstattung, allerdings – mangels Gesetzesqualität des DCGK – kein Verstoß gegen die Empfehlung 5.5.3 Satz 1. Auch dem aufmerksam mitdenkenden Leser mag sich nicht sofort erschließen, was das mit § 161 AktG zu tun hat. Das liegt aber nicht an ihm, sondern an der komplexen Wirkung der Vorschrift: Bis zur unzulänglichen Berichterstattung war die Entsprechenserklärung von Vorstand und Aufsichtsrat der Bank richtig, wollte man nicht deren Vorsatz unterstellen, sich von vornherein nicht an die Empfehlung zu halten. Sie wurde aber falsch, weil der Aufsichtsrat nicht, wie vom DCGK empfohlen, an die Hauptversammlung berichtete. Eher beiläufig stellt der Senat die bislang ebenso zweifelhafte wie wichtige Frage klar, dass in solchen Fällen die Entsprechenserklärung umgehend zu berichtigen ist. Vorstand und Aufsichtsrat können sich damit nicht bis zur nächsten turnungsgemäßen Erklärung Zeit lassen. Auch darin muss man dem Senat Recht geben, da er damit nur ernst nimmt, was der Gesetzgeber mit § 161 AktG will. Die umfassende Beachtung der Norm wird dadurch aber zu einem ambitionierten Unterfangen.

Gleichwohl dürfen sowohl der Vorstand als auch der Aufsichtsrat der börsennotierten AG in ihrem darauf gerichteten Bemühen nicht nachlassen. Ein Berichtsdefizit wie im vorliegenden Fall führt nämlich zu einem Verstoß gegen § 161 AktG, der nach Auffassung des Senats für die Organentlastung relevant ist. Der Senat hat überzeugend dargelegt, dass der Verstoß zur Anfechtbarkeit beider Entlastungsbeschlüsse insgesamt und nicht nur zur Teilanfechtbarkeit der Entlastung des im Interessenkonflikt befangenen Aufsichtsratsmitglieds führt. § 161 AktG verlangt eine gemeinsame Erklärung beider Organe. Das führt zu einer gemeinsamen Verantwortlichkeit für die Richtigkeit der Erklärung. Dem Vorstand der Bank rettete es daher die Entlastung nicht, dass es der Aufsichtsrat war, der an die Hauptversammlung unzulänglich berichtete. Der Senat macht allerdings die wichtige Einschränkung, dass die Organmitglieder die Unrichtigkeit kannten oder kennen mussten (= infolge von Fahrlässigkeit nicht kannten). Es besteht daher immerhin keine objektive Zustandshaftung der beiden Organe.

Offen blieb im Streitfall, ob die falsche bzw. falsch gewordene Entsprechenserklärung auch als Anfechtungsgrund gegen den Beschluss über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern ins Feld geführt werden kann. Das hatten selbst die Kläger wohl nicht für möglich gehalten. Nach einer Andeutung des Senats im hier betrachteten Urteil muss man künftig auch darüber nachdenken. Offen ist ferner, welche weiteren Folgen ein Verstoß gegen § 161 AktG haben kann. Hier tut sich ein weites, vom Fachschrifttum bereits bearbeitetes Feld auf, das erheblichen Raum für höchstrichterliche Rechtsfortbildung bietet.

Mehr als ein Zwischenfazit ist daher derzeit und hier nicht möglich: Der Senat hat in dem vorliegenden Grundsatzurteil den über den Folgen der Entsprechenserklärung hängenden Nebel deutlich verflüchtigt. Die aus ihm hervortretenden Konturen können aber niemand glücklich machen. § 161 AktG ist in der konsequenten Anwendung durch den Senat für die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten AG eine gefährliche Sprengfalle mit vielen, häufig kaum sichtbaren Spanndrähten. Den Organmitgliedern und ihren Beratern kann daher nur zu höchster Vorsicht geraten und im Übrigen viel Glück gewünscht werden. Der Gesetzgeber, der erklärtermaßen Beschlussanfechtungen im Aktienrecht zurückdrängen will, sollte erwägen, ob Nutzen und Nebenwirkungen der Vorschrift in rechtem Verhältnis zueinander stehen. Nach den Eindrücken des vorliegenden Urteils liegt ein konkreter Reformschritt nahe.

RA(BGH) und StB Dr. Erich Waclawik, Karlsruhe