

## CB-BEITRAG

Dr. Thorsten Kuthe, RA, und Sascha Beck, RA

# Fallstrick DCGK? Zur Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen aufgrund fehlerhafter Entsprechenserklärungen

Im regulierten Markt notierte Aktiengesellschaften müssen eine Entsprechenserklärung nach § 161 AktG dazu abgeben, wie weit den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex gefolgt wird. Die Frage, welche Folgen fehlerhafte Entsprechenserklärungen haben, hat zuletzt durch Urteile des OLG Celle und des BGH wieder erhöhte Aufmerksamkeit erfahren. Auch die am 9.5.2019 von der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex beschlossene Novellierung Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) hat dazu beigetragen, das Thema wieder in einen breiteren Fokus zu rücken. Im Folgenden soll zunächst auf die Grundsätze der Rechtsprechung im Hinblick auf die Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen wegen fehlerhafter Entsprechenserklärungen eingegangen werden, bevor sodann eine Einschätzung folgt, wie sich die Neufassung des DCGK auf diesen Themenkomplex auswirken könnte.

## I. Die Rechtsnatur des DCGK

Ein Beschluss der Hauptversammlung kann nach § 243 Abs. 1 AktG bzw. § 251 Abs. 1 S. 1 AktG wegen einer Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden. Beim DCGK handelt es sich jedoch nicht um einen Akt staatlicher Rechtsetzung, sondern um so genanntes „soft law“.<sup>1</sup> Unter soft law versteht man Normen, die aufgrund außerrechtlicher Normsetzung („extra-judicial normformation“) und Selbst-Regulierung („self-regulation“) entstanden sind.<sup>2</sup> Soft law ist für Gerichte grundsätzlich nicht verpflichtend und bindend, das heißt es besteht folglich keine rechtlich sanktionierte Durchsetzungsmöglichkeit.

Dass der DCGK dennoch Relevanz im Rahmen der Beschlussanfechtung erlangen kann, folgt aus der in § 161 AktG normierten Pflicht zur Abgabe einer Entsprechenserklärung: Vorstand und Aufsichtsrat von im regulierten Markt notierten Gesellschaften müssen demnach jährlich offenlegen, ob und in welchem Umfang die Empfehlungen des DCGK befolgt werden – comply or explain. Der eigentliche Anknüpfungspunkt für eine Anfechtbarkeit ist demzufolge nicht der Verstoß gegen eine oder mehrere Empfehlungen des DCGK, sondern ein Verstoß gegen die gesetzliche Regelung des § 161 AktG.

## II. Anfechtungsgründe

Die Gesetzesverletzung im Sinne des § 243 Abs. 1 AktG bzw. § 251 Abs. 1 S. 1 AktG kann in der Abgabe einer fehlerhaften oder aber im vollständigen Unterlassen der Abgabe einer Entsprechenserklärung liegen. Auch wenn die Entsprechenserklärung – obwohl dies geboten wäre – nicht unterjährig aktualisiert wird oder sie nicht gemäß § 161

Abs. 2 AktG auf der Internetseite der Gesellschaft dauerhaft öffentlich zugänglich gemacht wird, kommt eine Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen in Betracht.

### 1. Fehlerhafte Entsprechenserklärung

Im Fall „Kirch/Deutsche Bank“ entschied der BGH erstmals, dass eine unrichtige Entsprechenserklärung wegen der darin liegenden Verletzung von Organpflichten zur Anfechtbarkeit jedenfalls der gleichwohl gefassten Entlastungsbeschlüsse führt, wenn die Organmitglieder die Unrichtigkeit kennen oder kennen müssen.<sup>3</sup>

Ist die Entsprechenserklärung inhaltlich fehlerhaft, gilt es zunächst zu differenzieren, ob die Erklärung in einem nicht unwesentlichen Punkt nicht der tatsächlichen Praxis der Gesellschaft entspricht.<sup>4</sup>

Welche Punkte als wesentlich anzusehen sind, richtet sich nach der in Frage stehenden Empfehlung des DCGK. Empfehlungen, die auf den Ausgleich von Informationsdefiziten und die Schaffung von Transparenz und Vertrauen bei den Anlegern gerichtet sind, dürften eher anfechtungsrelevant sein als jene, die offen oder unscharf formuliert sind.<sup>5</sup> Allerdings sind bei der Beurteilung auch immer die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

So kann ein Verstoß gegen die Empfehlung Nr. 5.5.3 S. 1 DCGK, wonach der Aufsichtsrat im Bericht an die Hauptversammlung (§ 171 Abs. 2 AktG) über aufgetretene Interessenkonflikte und de-

1 Vgl. Koch, in: Hüffer, 13. Aufl. 2018, AktG § 161 Rn. 3 mit weiteren Nachweisen.

2 Vgl. Bernitz, Commercial Norms and Soft Law, 2013, 34.

3 BGH, Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 185/07.

4 BGH, Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 185/07.

5 Vgl. auch Kleefass, NZG 2019, 298, 300.

ren Behandlung informieren soll, grundsätzlich wesentlich sein.<sup>6</sup> Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn die unterbliebene Information für einen objektiv urteilenden Aktionär für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte relevant ist.<sup>7</sup> Auch das OLG Frankfurt entschied, dass das Fehlen des in Nr. 5.5.3 S. 1 DCGK empfohlenen Berichts über die Interessenkollision und deren Behandlung dazu führt, dass die Entsprechenserklärung in einer für die Organentlastung relevanten Hinsicht unrichtig ist, was wiederum zur Anfechtbarkeit der Entlastungsbeschlüsse insgesamt führt.<sup>8</sup>

Das OLG Celle hat jetzt entschieden, dass aus dem Fehler ferner ein Informationsdefizit der abstimmenden Aktionäre resultieren muss, das sich auf den Entlastungsbeschluss auswirkt.<sup>9</sup> Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn die Aktionäre die relevanten Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen anderweitig hätten erlangen können.<sup>10</sup>

Im Fall einer formell fehlerhaften Entsprechenserklärung hängt die Frage der Anfechtbarkeit eines daraufhin gefassten Entlastungsbeschlusses von der Qualität des Fehlers ab.<sup>11</sup> Kommt er einer Nichtabgabe der Entsprechenserklärung gleich, wird man regelmäßig zu einem eindeutigen und schwerwiegenden Gesetzesverstoß gelangen.<sup>12</sup> Dies dürfte beispielsweise dann der Fall sein, wenn Abweichungen von den Empfehlungen des DCGK gar nicht begründet werden. Schwieriger zu bewerten ist hingegen der Fall, dass die Begründung der Kodexabweichung nicht ausreichend ist. Hierin dürfte keine zur Anfechtbarkeit führende schwerwiegende Gesetzesverletzung zu sehen sein, solange die Begründung nicht schlichtweg falsch ist. Schließlich hat der Aktionär in der Hauptversammlung die Möglichkeit, eine als unzureichend empfundene Begründung zu hinterfragen und weitere Erläuterungen zu verlangen.

## 2. Unterbliebene Entsprechenserklärung

Die Rechtsprechung des BGH zum Fall „Kirch/Deutsche Bank“ lässt sich allerdings nicht auf den Fall der unterbliebenen Entsprechenserklärung übertragen. Fehlt es gänzlich an der Abgabe einer Entsprechenserklärung durch Vorstand und Aufsichtsrat, wird der Kapitalmarkt nicht darüber informiert, inwieweit die Verwaltung der Gesellschaft den Empfehlungen des DCGK folgt und warum Empfehlungen gegebenenfalls nicht gefolgt wird.<sup>13</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung sind Entlastungsbeschlüsse grundsätzlich anfechtbar, wenn Gegenstand der Entlastung ein Verhalten von Vorstand und Aufsichtsrat ist, das eindeutig einen schwerwiegenden Gesetzes- oder Satzungsverstoß beinhaltet.<sup>14</sup> Im vollständigen Verzicht auf eine Erklärungsabgabe dürfte in aller Regel ein solcher eindeutiger und schwerwiegender Gesetzesverstoß zu sehen sein. Andererseits würde der Zweck der Entsprechenserklärung, die aus Sicht des Kapitalmarkts wichtige Transparenz bestimmter für die Anlageentscheidung wesentlicher Parameter zu gewährleisten<sup>15</sup>, vollständig verfehlt.

Diese Auffassung vertraten auch das OLG München im Jahr 2008<sup>16</sup> und der BGH im Jahr 2009<sup>17</sup>. Im ersten Fall verzichteten Vorstand und Aufsichtsrat auf die Veröffentlichung einer Entsprechenserklärung, da „angesichts der Größe der Gesellschaft alle Einsparmöglichkeiten genutzt werden sollten und hierzu auch die Nichtbearbeitung der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG gehöre“.<sup>18</sup> Das OLG München entschied, dass Vorstand und Aufsichtsrat einen eindeutigen und schwerwiegenden Gesetzesverstoß begehen, wenn sie von der Verabschiedung und Veröffentlichung einer Entsprechenserklärung absehen. Im zweiten Fall schieden im Mai 2005 einzelne Mitglieder des

Aufsichtsrats aus dem Gremium aus, nachdem im April 2005 von Vorstand und Aufsichtsrat eine Entsprechenserklärung abgegeben worden war. Entgegen § 161 AktG wurde bis zur Hauptversammlung im August 2006 keine Entsprechenserklärung abgegeben. Nach Ansicht des BGH<sup>19</sup> kann in der unterbliebenen Abgabe einer neuen Entsprechenserklärung ein eindeutiger und schwerwiegender Gesetzesverstoß gesehen werden, der jedoch nicht den bereits im Mai 2005 ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitgliedern zur Last gelegt werden kann.

Nicht stützen lässt sich die Anfechtung der Entlastungsbeschlüsse hingegen auf einen Verfahrensfehler in Form einer Informationspflichtverletzung. Das Ausbleiben der Abgabe der jährlichen Entsprechenserklärung würde nur dann einen beachtlichen Verfahrensmangel darstellen, wenn die Abgabe als solche Bestandteil des Beschlussverfahrens wäre.<sup>20</sup> Das OLG München hatte in eben zitiertem Fall einen Anspruch der Hauptversammlung auf Abgabe der jährlichen Entsprechenserklärung angenommen. Die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG stelle eine „gewichtige Beurteilungsgrundlage für die Mitglieder der Hauptversammlung für deren Entscheidung zur Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat“ dar, mit der Folge, dass ihr Fehlen einen relevanten „Verfahrensverstoß für das Mitgliedschafts- bzw. Mitwirkungsrecht des Aktionärs“ begründe, „der aus der Sicht eines objektiv urteilenden Aktionärs für die Entscheidung über die Entlastung des Aufsichtsrats wesentlich“ sei.<sup>21</sup> Der BGH hingegen entschied im Oktober, dass die Entsprechenserklärung des § 161 AktG gerade nicht hauptversammlungsbezogen ausgestaltet sei.<sup>22</sup> Dies lässt sich damit begründen, dass das Aktiengesetz die Vorlage der Entsprechenserklärung nicht als Verfahrensvoraussetzung für die Beschlussfassung über die Entlastung oder sonstige Beschlussgegenstände ansieht. Demgegenüber können etwa bezugsrechtsausschließende Kapitalmaßnahmen gemäß § 186 Abs. 4 S. 2 AktG nicht ohne einen Vorstandsbericht über einen Bezugsrechtsausschluss beschlossen werden. Mangels entsprechender Regelung für die Entsprechenserklärung ist deren Fehlen nicht als Fehler des Beschlussverfahrens anzusehen.<sup>23</sup>

## 3. Keine unterjährige Korrektur

Die Entsprechenserklärung hat laut BGH „den Charakter einer „Dauererklärung“, die jeweils binnen Jahresfrist zu erneuern und im Fall vorheriger – in der Erklärung nach § 161 AktG nicht vorab offenge-

6 Vgl. auch Kleefass, NZG 2019, 298, 300.

7 BGH, Urt. v. 21.9.2009 – II ZR 174/08.

8 OLG Frankfurt, Urt. v. 20.10.2010 – 23 U 121/08.

9 OLG Celle, Urt. v. 27.6.2018 – 9 U 78/17.

10 OLG Celle, Urt. v. 27.6.2018 – 9 U 78/17.

11 Vgl. auch Kleefass, NZG 2019, 298, 301.

12 Vgl. auch Kleefass, NZG 2019, 298, 301.

13 Vgl. Goette, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, AktG § 161 Rn. 78.

14 Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 25.11.2002 – II ZR 133/01 sowie BGH, Urt. v. 21.9.2009 – II ZR 174/08.

15 Vgl. Goette, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, AktG § 161 Rn. 37.

16 OLG München, Urt. v. 19.11.2008 – 7 U 2405/08.

17 BGH, Hinweisbeschluss v. 7.12.2009 – II ZR 63/08.

18 OLG München, Urt. v. 19.11.2008 – 7 U 2405/08.

19 BGH, Hinweisbeschluss v. 7.12.2009 – II ZR 63/08.

20 Vgl. auch Kiefner, NZG 2011, 201, 204.

21 OLG München, Urt. v. 19.11.2008 – 7 U 2405/08.

22 BGH, Urt. v. 9.10.2018 – II ZR 78/17.

23 Vgl. auch Kiefner, NZG 2011, 201, 204.

legter – Abweichung von den DCGK-Empfehlungen umgehend zu berichtigen ist.“<sup>24</sup> Dementsprechend ist auch eine mögliche Anfechtbarkeit zu bejahen, wenn die Abweichung einen nicht unwesentlichen Punkt betrifft und nicht zumindest gleichzeitig mit der Beschlussfassung in der Hauptversammlung eine gebotene Aktualisierung der Entsprechenserklärung erfolgt.

Im Zusammenhang mit der kürzlich beschlossenen Novellierung des DCGK stellt sich die Frage, ob im Fall der Kodexänderung ebenfalls eine solche unterjährige Aktualisierungspflicht besteht. Dies ist jedoch zu verneinen.<sup>25</sup> Die Entsprechenserklärung bezieht sich auf den Kodex im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung und muss lediglich zum nächsten Abgabetermin entsprechend angepasst werden. Die Anfechtbarkeit eines Entlastungsbeschlusses aufgrund Verletzung der unterjährigen Aktualisierungspflicht lässt sich jedenfalls in diesem Fall nicht begründen.

#### 4. Fehlende Publizität

Die Entsprechenserklärung ist gemäß § 161 Abs. 2 AktG auf der Internetseite der Gesellschaft dauerhaft öffentlich bekanntzumachen. Sollte dies nur für einen bestimmten Zeitraum oder einen eingeschränkten Personenkreis erfolgen, erscheint eine Anfechtbarkeit nach den Grundsätzen der BGH-Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen sachgerecht.

### III. Betroffene Beschlussarten

Besonders relevant für die Praxis ist die Frage der Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen der Hauptversammlung. Darüber hinaus stellt sich die Frage der Anfechtbarkeit anderer Hauptversammlungsbeschlüsse, insbesondere von Aufsichtsratswahlen.

#### 1. Entlastungsbeschlüsse

Beschlüsse der Hauptversammlung über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat sind nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich dann anfechtbar, wenn Vorstand oder Aufsichtsrat einen eindeutigen und schwerwiegenden Gesetzes- oder Satzungsverstoß begangen haben, indem sie eine fehlerhafte Entsprechenserklärung abgegeben bzw. diese nicht korrigiert haben.<sup>26</sup>

Problematisch ist insbesondere die Frage, wann ein eindeutiger Gesetzesverstoß vorliegt. So konnte beispielsweise das OLG Celle hinsichtlich eines in Frage stehenden Verstoßes im Rahmen der DCGK-Empfehlung zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern keinen eindeutigen Gesetzesverstoß feststellen, „weil schon das Merkmal der Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsmitgliedes in Nr. 5.4.2 S. 1 DCGK jenseits der Regelbeispiele in S. 2 der Vorschrift nicht hinreichend bestimmt ist“.<sup>27</sup>

Der DCGK selbst definiert den Begriff der Unabhängigkeit nicht. In der Empfehlung der Europäischen Kommission zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern/börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats vom 15. Februar 2005 (2005/162/EG, ABIEU L 52/51) steht in Erwägungsgrund 18, dass Unabhängigkeit häufig verstanden werde als Fehlen einer engen Beziehung zur Geschäftsführung, zu Anteilseignern mit einer Kontrollbeteiligung und zur Gesellschaft selbst. Da es jedoch keine einheitliche Auffassung darüber gebe, was Unabhängigkeit genau bedeute, empfehle es sich, eine allgemeine Erklärung in die Corporate-Governance-Kodizes der Mitgliedstaaten aufzunehmen, die die Zielvorgabe umschreibe. Was kon-

kret unter Unabhängigkeit zu verstehen sei, sollte in erster Linie der Verwaltungs-/Aufsichtsrat selbst festlegen.

Angesichts dieser vom Normgeber bewusst in Kauf genommenen Unschärfe des Begriffs der Unabhängigkeit sah das OLG Celle sich außerstande festzustellen, dass dem Aufsichtsrat eindeutig nicht die von ihm selbst für geboten gehaltene Anzahl unabhängiger Mitglieder angehörte und die Entsprechenserklärung somit fehlerhaft war.<sup>28</sup>

#### 2. Beschlüsse über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern

Ob fehlerhafte Entsprechenserklärungen auch zur Anfechtbarkeit von Beschlüssen über Aufsichtsratswahlen führen können, ist umstritten.

Eine Auffassung in Rechtsprechung<sup>29</sup> und Schrifttum folgert aus der Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen, dass der Beschluss des Aufsichtsrats, mit dem der Hauptversammlung ein Wahlvorschlag gemacht wird, dann nichtig ist, wenn es bei vorschlagsgemäßer Wahl in der Hauptversammlung zu einer bisher nicht erklärten Abweichung vom DCGK kommen würde. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn das vorgeschlagene Aufsichtsratsmitglied nach Ziffer 5.4.1 DCGK die vom Aufsichtsrat festgelegte Altersgrenze nicht erfüllt.

Der Aufsichtsrat verstoße demnach bereits bei Beschlussfassung gegen seine aus § 161 AktG folgende gesetzliche Pflicht zur unterjährigen Aktualisierung des Kodex. Gemäß § 124 Abs. 3 S. 1 AktG hat der Aufsichtsrat der Hauptversammlung einen Wahlvorschlag zu machen. Dieser Wahlvorschlag ist zusammen mit der Tagesordnung in gleicher Weise wie diese bekanntzumachen.<sup>30</sup> Hauptversammlungsbeschlüsse, die ohne ordnungsgemäße Bekanntmachung eines fehlerfreien Beschlussvorschlages gefasst werden, sind grundsätzlich anfechtbar.<sup>31</sup> Aufgrund der Nichtigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses fehle es an einem wirksamen Wahlvorschlag an die Hauptversammlung nach § 124 Abs. 3 AktG.

Die Gegenauffassung geht davon aus, dass eine etwaige Aktualisierungspflicht der Entsprechenserklärung durch die Gesellschaft rechtlich von der Beschlussfassung des Aufsichtsrats über den Wahlvorschlag und die anschließende Wahl in der Hauptversammlung zu trennen sei.<sup>32</sup>

In seinem Urteil vom 9.10.2018<sup>33</sup> hat sich der BGH nun der zuletzt genannten Auffassung angeschlossen und entschieden, dass die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds durch die Hauptversammlung nicht gemäß § 251 i. V. m. § 243 AktG mit dem Argument angefochten werden kann, dass der entsprechende Beschlussvorschlag des Aufsichtsrats in Widerspruch zur abgegebenen Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG steht.

Nach Ansicht des BGH liegt bei der Abweichung eines Beschlussvor-

24 BGH, Ur. v. 16.2.2009 – II ZR 185/07; vgl. auch OLG München, Ur. v. 6.8.2008 – 7 U 5628/07.

25 Vgl. *Bayer/Scholz*, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 75; *Hölters*, in: *Hölters*, AktG, 3. Aufl. 2017, § 161 Rn. 31; *Koch*, in: *Hüffer*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 161 Rn. 15.

26 Vgl. hierzu BGH, Ur. v. 25.11.2002 – II ZR 133/01 sowie BGH, Ur. v. 21.9.2009 – II ZR 174/08.

27 OLG Celle, Ur. v. 27.6.2018 – 9 U 78/17.

28 OLG Celle, Ur. v. 27.6.2018 – 9 U 78/17.

29 OLG München, Ur. 6.8.2008 – 7 U 5628/07 sowie LG Hannover, Ur. v. 17.3.2010 – 23 O 124/09.

30 Vgl. *Kubis*, in: *MüKoAktG*, 4. Aufl. 2018, AktG § 124 Rn. 30.

31 Vgl. *Kubis*, in: *MüKoAktG*, 4. Aufl. 2018, AktG § 124 Rn. 52.

32 OLG Celle, Ur. v. 27.6.2018 – 9 U 78/17.

33 BGH, Ur. v. 9.10.2018 – II ZR 78/17.

schlags des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung zur Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds gegenüber einer Kodex-Empfehlung, deren Anerkennung Aufsichtsrat und Vorstand im Rahmen der Entsprechenserklärung bekanntgemacht haben, kein unwirksamer Wahlvorschlag vor. Ein Verstoß gegen § 124 Abs. 3 S. 1 AktG scheidet aus.<sup>34</sup>

Auch solche Wahlvorschläge, die der Aufsichtsrat im Widerspruch zu einer Entsprechenserklärung nach § 161 AktG beschließt, ohne diese zugleich anzupassen, sind nicht aus diesem Grund nichtig.<sup>35</sup> Das folgt daraus, dass der in Zukunft gerichtete Teil der Entsprechenserklärung keine Bindungswirkung entfaltet, sondern es dem Aufsichtsrat offensteht, davon abzuweichen.<sup>36</sup> Der Widerspruch zwischen dem Aufsichtsratsbeschluss über den Wahlvorschlag und der zuvor abgegebenen Entsprechenserklärung berührt nicht die Wirksamkeit des Aufsichtsratsbeschlusses, sondern löst lediglich die Pflicht aus, die Entsprechenserklärung zu aktualisieren. Aus diesem Grund verletzt auch der Wahlbeschluss selbst nicht das Gesetz. Selbst eindeutige und schwerwiegende Verstöße gegen § 161 AktG können daher insoweit keinen Inhaltmangel begründen.

Entgegen einer verbreiteten Auffassung im Schrifttum<sup>37</sup> scheidet nach Ansicht des BGH die Anfechtung des Wahlbeschlusses der Hauptversammlung gemäß § 251 Abs. 1 S. 3 i. V. m. § 243 Abs. 4 S. 1 AktG wegen der nicht offengelegten Abweichung von der abgegebenen Entsprechenserklärung auch unter dem Gesichtspunkt des Informationsmangels aus. Dies begründet der BGH damit, dass der Entsprechenserklärung keine „spezifisch hauptversammlungsbezogene Informationsfunktion im Hinblick auf aktuelle bzw. künftige Entwicklungen“ zukomme.<sup>38</sup> Die Entsprechenserklärung des § 161 AktG diene der allgemeinen formalisierten Information des Kapitalmarkts und sei gerade nicht – im Gegensatz zum Bericht des Aufsichtsrats gemäß § 171 Abs. 2 AktG oder zum Bericht des Vorstands über die Gründe eines Bezugsrechtsausschlusses gemäß § 186 Abs. 4 S. 2 AktG – hauptversammlungsbezogen ausgestaltet.

Etwas anderes ergebe sich laut BGH auch nicht daraus, dass die Entsprechenserklärung in die Erklärung zur Unternehmensführung gemäß § 289f Abs. 2 Nr. 1 HGB aufzunehmen ist. Auch die Erklärung zur Unternehmensführung habe nämlich ebenfalls keine spezifisch hauptversammlungsbezogene Informationsfunktion, da diese kein notwendiger Bestandteil des Lageberichts ist, sondern gemäß § 289f Abs. 1 S. 2 HGB auch auf der Internetseite der Gesellschaft öffentlich zugänglich gemacht werden kann. Darüber hinaus ist die Erklärung zur Unternehmensführung stichtagsbezogen und es gibt – anders als für die Entsprechenserklärung<sup>39</sup> – keine unterjährige Aktualisierungspflicht.

Ohne eine spezifisch hauptversammlungsbezogene Informationsfunktion kann aus § 161 AktG nach Ansicht des BGH keine gesetzliche Informationspflicht herausgelesen werden, deren Verletzung zur Anfechtbarkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses führen kann.<sup>40</sup>

### 3. Sonstige Hauptversammlungsbeschlüsse

Die Bestellung des Abschlussprüfers gehört ebenfalls gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 4 AktG zu den Aufgaben der Hauptversammlung. Die Wahl erfolgt gemäß § 124 Abs. 3 S. 1 AktG – wie bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern – auf Grundlage eines Vorschlages, den nur der Aufsichtsrat der Hauptversammlung unterbreitet. Auch hier ist eine Anfechtbarkeit des Bestellungsbeschlusses unter dem Gesichtspunkt der Informationspflichtverletzung denkbar.

Gemäß Nr. 7.2.1 S. 1 DCGK soll der Aufsichtsrat bzw. der Prüfungsausschuss eine Erklärung des vorgesehenen Prüfers einholen, ob und gegebenenfalls 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 der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers begründen können. Die Erklärung soll sich gemäß Nr. 7.2.1 S. 2 DCGK auch darauf erstrecken, in welchem Umfang im vorausgegangenen Geschäftsjahr andere Leistungen für das Unternehmen, insbesondere auf dem Beratungssektor, erbracht wurden bzw. für das folgende Jahr vertraglich vereinbart sind. Diese Empfehlungen betreffen jedoch nicht die materiellen Voraussetzungen für die Unabhängigkeit, sondern beziehen sich lediglich auf die Dokumentation der Unabhängigkeit gegenüber der Hauptversammlung. Eine nicht erklärte Abweichung von diesen Empfehlungen dürfte daher für die „sachgerechte Wahrnehmung der Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre bei der Beschlussfassung in der Hauptversammlung“<sup>41</sup> kaum relevant sein. Die Anfechtbarkeit des Beschlusses zur Bestellung des Abschlussprüfers dürfte aus diesem Grunde ausscheiden.

Gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 AktG kann die Vergütung des Aufsichtsrats von der Hauptversammlung gebilligt werden. Nr. 5.4.6 Abs. 2 S. 1 DCGK empfiehlt, dass die Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Mitglieder des Aufsichtsrats und der Lage der Gesellschaft stehen soll. Gemäß Nr. 5.4.6 Abs. 2 S. 2 DCGK soll eine erfolgsorientierte Vergütung auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung ausgerichtet sein. Enthält die Entsprechenserklärung keine Abweichung von diesen Empfehlungen und beschließt die Hauptversammlung auf Vorschlag gleichwohl eine Vergütung, die im Widerspruch zu den Empfehlungen des Kodex steht, liegt zwar eine unrichtig gewordene Entsprechenserklärung vor. Jedoch ergibt sich die Abweichung aus dem den Aktionären unterbreiteten Beschlussvorschlag selbst und ist somit für die Aktionäre transparent. Eine für die Beschlussfassung relevante Fehlinformation und eine daraus resultierende Anfechtbarkeit des Hauptversammlungsbeschlusses scheidet daher aus.

## IV. Auswirkungen der DCGK-Reform

Die Beurteilung der Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, die der wesentliche Streitpunkt der Auseinandersetzung vor dem OLG Celle war, stellt einen der inhaltlichen Schwerpunkte der Reform des DCGK dar.<sup>42</sup>

Während dem OLG Celle zur Auslegung des Begriffs der Unabhängigkeit nur die Regelbeispiele in Nr. 5.4.2 S. 2 DCGK als Orientierung zur Verfügung standen, hält der neue DCGK zur Ausfüllung der recht allgemein gehaltenen Definition der Unabhängigkeit nunmehr in der Empfehlung C.7 Abs. 2 DCGK-2019 einen Katalog von Kriterien bereit, die bei der Beurteilung der Unabhängigkeit zu beachten sind.

34 BGH, Urt. v. 9.10.2018 – II ZR 78/17.

35 So auch OLG Celle, Urt. v. 27.6.2018 – 9 U 78/17; a. A. wohl OLG München, Urt. v. 6.8.2008 – 7 U 5628/07.

36 Vgl. *Bayer/Scholz*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 98.

37 U. a. *MüKoAktG/Goette*, 4. Aufl. 2018, AktG § 161 Rn. 94; *Spindler/Stilz/Bayer/Scholz*, 4. Aufl. 2018, AktG § 161 AktG Rn. 98b.

38 BGH, Urt. v. 9.10.2018 – II ZR 78/17.

39 S. o. unter II.3.

40 Der Begründung des BGH eher skeptisch gegenüberstehend: *Vetter*, NZG 2019, 379, *von der Linden*, DStR 2019, 802.

41 Vgl. BGH, Urt. v. 9.10.2018 – II ZR 78/17.

42 Vgl. ausführlich zur Reform des DCGK *Zipperle/Beck*, CB 2019, 317 ff.

Diese Kriterien ergänzen die bisherigen Regelbeispiele, die auch weiterhin im DCGK zu finden sind.<sup>43</sup>

Indikatoren für eine fehlende Unabhängigkeit von der Gesellschaft oder dem Vorstand sind aus Sicht der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex, wenn das Aufsichtsratsmitglied in den zwei Jahren vor seiner Ernennung Mitglied des Vorstands der Gesellschaft war, aktuell direkt oder als Gesellschafter oder in verantwortlicher Funktion eines konzernfremden Unternehmens eine wesentliche geschäftliche Beziehung mit der Gesellschaft oder einem von dieser abhängigen Unternehmen (etwa als Kunde, Lieferant, Kreditgeber oder Berater) unterhält oder in dem Jahr bis zu seiner Ernennung unterhalten hat, ein naher Familienangehöriger eines Vorstandsmitgliedes ist oder dem Aufsichtsrat seit mehr als 12 Jahren angehört.

Die Katalogkriterien in C.7 DCGK-2019 sind dazu geeignet, die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern zu verneinen, schließen diese aber nicht zwingend aus.<sup>44</sup> Der Gesellschaft wird also weiterhin eine breite Einschätzungsprärogative gewährt. Jedoch hat sie bei der Entscheidung über die Unabhängigkeit im Einzelfall diese Kriterien zu beachten.<sup>45</sup> Sofern trotz einschlägiger Indikatoren das betreffende Aufsichtsratsmitglied in einer Gesamtschau als unabhängig angesehen wird, soll dies in der Erklärung zur Unternehmensführung zur Förderung der Transparenz begründet werden.<sup>46</sup>

Die Pflicht zur Begründung sowie der Kriterienkatalog dürften dazu beitragen, das Problem der Unschärfe des Begriffs der Unabhängigkeit zu lösen. In Zukunft sollte es den Gerichten daher leichter fallen, mit der im Sinne des Beschlussmängelrechts erforderlichen Eindeutigkeit festzustellen, ob dem Aufsichtsrat die von ihm selbst für geboten gehaltene Anzahl unabhängiger Mitglieder angehört hat und somit eine fehlerhafte Entsprechenserklärung gegeben ist.

## V. Fazit

Die Möglichkeit der Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen aufgrund fehlerhafter Entsprechenserklärungen ist begrenzt.

Der BGH bejaht eine solche Anfechtbarkeit nur hinsichtlich Entlastungsbeschlüssen. Eine Unrichtigkeit der vom Vorstand und Aufsichtsrat gemäß § 161 AktG abzugebenden Entsprechenserklärung führt wegen der darin liegenden Verletzung von Organpflichten zur Anfechtbarkeit der gleichwohl gefassten Entlastungsbeschlüsse jedenfalls dann, wenn die Organmitglieder die Unrichtigkeit kennen oder kennen müssen.<sup>47</sup> Entlastungsbeschlüsse sind grundsätzlich anfechtbar, wenn Gegenstand der Entlastung ein Verhalten von Vorstand und Aufsichtsrat ist, das eindeutig einen schwerwiegenden Gesetzes- oder Satzungsverstoß beinhaltet.<sup>48</sup> Dies ist der Fall, wenn die Entsprechenserklärung in einem nicht unwesentlichen Punkt unrichtig ist.<sup>49</sup>

Wahlbeschlüsse zum Aufsichtsrat hingegen sind gegen eine Anfechtbarkeit aufgrund fehlerhafter Entsprechenserklärungen „immun“. Der BGH hat insofern in seinem Urteil vom 9.10.2018 klargestellt, dass eine Abweichung des Wahlvorschlags von den Empfehlungen des DCGK nicht die Wirksamkeit der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds beeinflusst.<sup>50</sup> Kommt es zu Versäumnissen des Vorstands und Aufsichtsrats bezüglich ihrer Pflichten aus § 161 AktG, so kann dies nicht die Wirksamkeit der Wahl des Aufsichtsrats beeinträchtigen. Die Anfechtungsrisiken für die Aufsichtsratswahl der Hauptversammlung werden somit gemindert. Gleiches gilt hinsichtlich des Anfechtungsrisikos der Bestellung des Abschlussprüfers durch die Hauptver-

sammlung. Das Urteil des BGH ist aus Unternehmenssicht zu begrüßen, da es Rechtssicherheit für die Beschlüsse börsennotierter Unternehmen schafft.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass die sich aus § 161 AktG ergebenden Pflichten irrelevant wären. Der Aufsichtsrat hat zu prüfen, ob sein Beschlussvorschlag an die Hauptversammlung zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern mit der abgegebenen Entsprechenserklärung übereinstimmt. Widerspricht der Beschlussvorschlag den anerkannten Kodex-Empfehlungen, ist die Entsprechenserklärung entsprechend zu aktualisieren und bekanntzumachen.

Die neuen Regelungen des DCGK, insbesondere in Bezug auf die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, dürften weitere Rechtssicherheit hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen schaffen. Die heute noch auftretenden Auslegungsschwierigkeiten von Gerichten hinsichtlich des Begriffs der Unabhängigkeit<sup>51</sup> dürften durch den neuen Kriterienkatalog deutlich reduziert werden. Der neue DCGK ist insgesamt deutlich kürzer als die vorherige Fassung und die erstmals eingefügten Begründungen, die einzelne Regelungen des Kodex näher erläutern, werden zur besseren Verständlichkeit und somit auch zu mehr Klarheit in der gerichtlichen Überprüfbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen aufgrund fehlerhafter Entsprechenserklärungen beitragen.

---

## AUTOREN



**Dr. Thorsten Kuthe** ist Rechtsanwalt und Partner bei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Köln und berät im Schwerpunkt rund um die börsennotierte Aktiengesellschaft.



**Sascha Beck** ist Rechtsanwalt bei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Köln. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Aktien- und Kapitalmarktrecht und umfassen unter anderem die kapitalmarktbezogene Compliance-Beratung von Unternehmen.

---

43 Vgl. C.7 S. 2.

44 Begründung zu C.7 DCGK-2019.

45 Begründung zu C.8 DCGK-2019.

46 Vgl. C. 8 DCGK-2019.

47 BGH, Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 185/07.

48 Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 25.11.2002 – II ZR 133/01 sowie BGH, Urt. v. 21.9.2009 – II ZR 174/08.

49 BGH, Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 185/07.

50 BGH, Urt. v. 9.10.2018 – II ZR 78/17.

51 Vgl. OLG Celle, Urt. v. 27.6.2018 – 9 U 78/17.