


<b>Anmerkung zu:</b>	BGH 2. Zivilsenat, Urteil vom 16.02.2009 - II ZR 185/07
<b>Autor:</b>	Dr. Martin Heckelmann, LL.M. (Cornell), RA
<b>Erscheinungsdatum:</b>	28.07.2009
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 241 AktG, § 101 AktG, § 131 AktG, § 243 AktG, § 246 AktG ... mehr
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-HaGesR 7/2009 Anm. 6
<b>Herausgeber:</b>	Dr. Jörn-Christian Schulze, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht
<b>Zitiervorschlag:</b>	Heckelmann, LL.M. (Cornell), jurisPR-HaGesR 7/2009 Anm. 6

---

### **Beschlussmängelklagen aufgrund von Verstößen gegen Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)**

#### **Leitsätze**

- 1. Ein notarielles Hauptversammlungsprotokoll i.S.d. § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG hat den Charakter eines Berichts des Notars über seine Wahrnehmungen und muss von ihm nicht in der Hauptversammlung fertiggestellt, sondern kann auch noch danach im Einzelnen ausgearbeitet und unterzeichnet werden. Urkunde im Sinne des Gesetzes ist erst die von dem Notar autorisierte, unterzeichnete und in den Verkehr gegebene Endfassung.**
- 2. Die Überwachung und Protokollierung der Stimmenauszählung fällt nicht unter die zwingenden, mit der Nichtigkeitsanktion des § 241 Nr. 2 AktG bewehrten Protokollierungserfordernisse gemäß § 130 Abs. 1, 2 und 4 AktG.**
- 3. Eine Unrichtigkeit der gemäß § 161 AktG vom Vorstand und Aufsichtsrat abzugebenden „Entsprechenserklärungen“ führt wegen der darin liegenden Verletzung von Organpflichten zur Anfechtbarkeit jedenfalls der gleichwohl gefassten Entlastungsbeschlüsse, soweit die Organmitglieder die Unrichtigkeit kannten oder kennen mussten.**
- 4. Unrichtig ist oder wird eine Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG, wenn entgegen Ziff. 5.5.3 DCGK nicht über das Vorliegen und die praktische Behandlung eines Interessenkonflikts in der Person eines Organmitglieds berichtet wird. Ein solcher Interessenkonflikt entsteht bereits, wenn ein Dritter eine Schadensersatzklage gegen die Gesellschaft erhebt, die auf einen Gesetzesverstoß des betreffenden Aufsichtsratsmitglieds während seiner früheren Vorstandstätigkeit gestützt wird.**
- 5. Eine Satzungsregelung, welche die Durchführung einer Listenwahl der Aufsichtsratsmitglieder (§ 101 Abs. 1 AktG) in das Ermessen des Versammlungsleiters stellt, ist wirksam und kann nicht durch einen Geschäftsordnungsantrag einzelner Aktionäre, eine Einzelwahl durchzuführen, außer Kraft gesetzt werden.**
- 6. Die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses wegen Informationspflichtverletzungen (§ 131 Abs. 1 Satz 1, § 243 Abs. 4 AktG) setzt die konkrete Angabe der angeblich in der Hauptversammlung nicht beantworteten Fragen innerhalb der Frist des § 246 Abs. 1 AktG voraus.**
- 7. Im Auskunftserzwingungsverfahren gemäß § 132 AktG ergangene Entscheidungen binden das Gericht im Anfechtungsprozess nicht.**

**8. Der Erfolg der Anfechtungsklage eines von mehreren (notwendigen) Streitgenossen kommt im Hinblick auf § 248 Abs. 1 AktG auch den übrigen Streitgenossen zugute, ohne dass es einer Prüfung der von ihnen (zusätzlich) vorgebrachten Anfechtungsgründe gegen denselben Hauptversammlungsbeschluss bedarf (vgl. BGH, Urt. v. 05.04.1993 - II ZR 238/91 - BGHZ 122, 211, 240).**

#### **A. Problemstellung**

Seit Schaffung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) wird darüber diskutiert, ob Verstöße gegen dieses „soft law“ harte Sanktionen zur Folge haben können. Rasch geriet das Gebiet der Beschlussmängelklagen in den Mittelpunkt des Interesses, stellen doch Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen eine große Bedrohung für Aktiengesellschaften dar. Überlegt wurde zum einen, ob zumindest Entlastungsbeschlüsse aufgrund einer unrichtigen Entsprechenserklärung anfechtbar sein können. Zum anderen sind die zeitlichen Bezüge der Entsprechenserklärung noch ungeklärt, also auch die Frage, ob Entsprechenserklärungen nachträglich unrichtig werden können und in diesem Falle auch unterjährig korrigiert werden müssen. Das hier zu besprechende Urteil gibt Antworten auf diese Fragen und stellt nebenbei die notarielle Beurkundungspraxis in Hauptversammlungen auf eine sicherere Basis.

#### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Die Kläger griffen verschiedene Beschlüsse der Jahreshauptversammlung 2003 der Deutsche Bank AG an. Sie stützten ihre Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen zunächst auf die Verletzung des DCGK, die auf einer Interessenkollision des ehemaligen Vorstandssprechers beruhe und zu einer nachträglichen Unrichtigkeit der Entsprechenserklärungen gemäß § 161 AktG geführt habe. Darüber hinaus hätte der Notar die Versammlung nicht ordnungsgemäß protokolliert. Nach den Feststellungen der Tatsacheninstanz hatte der Notar den Gang der Versammlung protokolliert und diese Schrift unmittelbar nach Versammlungsende aus Vorsichtsgründen unterzeichnet. Er gab diesen – inzwischen nicht mehr vorhandenen – Entwurf jedoch nicht heraus, sondern ersetzte ihn durch eine Reinschrift.

Der BGH urteilte, dass jedenfalls die Entlastungsbeschlüsse anfechtbar sein können, wenn Vorstand und Aufsichtsrat ihre Organpflichten durch Abgabe einer unrichtigen oder unvollständigen Entsprechenserklärung nach § 161 AktG verletzen.

Die Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung könne sich auch daraus ergeben, dass sich die Unternehmenspraxis ändert und die veraltete Erklärung stehen gelassen wird. Mit der Korrektur darf die Gesellschaft nach der Auffassung des BGH nicht bis zur turnusmäßigen Abgabe der Erklärung im nächsten Jahr zuwarten. Vielmehr müssen die Organe die Entsprechenserklärung umgehend korrigieren, wenn sie die Abweichung kennen oder kennen müssen. Grund hierfür sei, dass die Erklärung aufgrund ihrer (auch) zukunftsgerichteten Aussage den Charakter einer Dauererklärung habe. Hinsichtlich des Kennen(müssen)s grenzt der BGH ab, dass es keines dolus malus der Organmitglieder bedarf. Offengelassen wird jedoch die Frage, ob das Wissen eines Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglieds genügt oder ob es der Kenntnis aller Organmitglieder oder jedenfalls der Mehrheit der Organmitglieder bedarf.

Der BGH verneint indessen die Nichtigkeit der Beschlüsse aufgrund Verstoßes gegen die Pflicht zur notariellen Beurkundung der Hauptversammlung. § 130 AktG setze nämlich nicht voraus, dass die Niederschrift noch in der Hauptversammlung fertiggestellt werde. Zudem hindere die Unterzeichnung eines handschriftlichen Entwurfs nicht die Erstellung einer Reinschrift und ihre spätere Behandlung als allein maßgebliche Fassung, wenn sich der Entwurf noch im Gewahrsam des No-

tars befindet und dieser noch keine Ausfertigungen oder Abschriften des Entwurfs erteilt hat. Zulässig sei ferner, inhaltliche Änderungen und Ergänzungen in der Reinschrift vorzunehmen.

Abschließend stellt der BGH klar, dass es keinen nichtigkeitsrelevanten Verstoß darstellt, wenn der Notar nicht die Stimmauszählung überwacht. Zum einen falle die Auszählung selbst nicht unter die „Art der Abstimmung“ i.S.v. § 130 Abs. 2 AktG. Zum anderen folge das nach dieser Norm zu protokollierende „Ergebnis der Abstimmung“ aus Sicht des Notars nicht etwa unmittelbar aus dem Zählvorgang, sondern aus der Feststellung des Versammlungsleiters über das Beschlussergebnis.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Noch bis vor kurzem haben die Obergerichte divergierende Auffassungen darüber vertreten, ob Verletzungen des DCGK überhaupt zur Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen führen können (dafür OLG München, Urte. v. 06.08.2008 - 7 U 5628/07 - BB 2009, 232; dagegen KG, Urte. v. 26.05.2008 - 23 U 88/07 - AG 2009, 118, 119). Diesen Streit hat der BGH mit dem Votum zugunsten einer Anfechtbarkeit beendet.

Darüber hinaus nimmt der BGH erstmals zu den zeitlichen Bezügen der Entsprechenserklärung Stellung. Er schließt sich der umstrittenen These von der „Dauererklärung“ an (Ringleb in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 3. Aufl. 2008, Rn. 1579; Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 161 Rn. 20; zum Streitstand Heckelmann, WM 2008, 2146, 2148 f.) und dehnt damit ohne Begründung den klaren Wortlaut des § 161 AktG („... erklären jährlich ...“) aus. Damit eröffnet sich ein breites Feld für künftige Entscheidungen. Denn eine Abweichung vom DCGK kann sich nicht nur durch Änderung der Unternehmenspraxis, sondern auch durch die Änderung des Gesetzes oder des DCGK ergeben. Ob auch die letzten beiden Fälle die Leitungsorgane zu unterjähriger Aktualisierung ihre Entsprechenserklärung verpflichten, bleibt nach dem hier diskutierten Urteil offen.

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob neben den Entlastungsbeschlüssen (Semler in: MünchKomm AktG, 2. Aufl. 2003, § 161 Rn. 185 f.; Lutter in: Kölner Kommentar, AktG, 3. Aufl. 2006, § 161 Rn. 65, 67) auch weitere Hauptversammlungsbeschlüsse auf Basis unrichtiger Entsprechenserklärungen angefochten werden können. Es ginge zu weit, einen beliebigen Fehler in der Entsprechenserklärung genügen zu lassen, um sämtliche Beschlüsse für anfechtbar zu halten. Denn es leuchtet nicht ein, warum etwa Fehler bei der Erklärung über die Vorstandsvergütung die Aktionäre in ihrer Entscheidung über die Wahl des Abschlussprüfers beeinträchtigen sollten. Möglich erscheint jedoch eine Erstreckung der Anfechtbarkeit auf andere Beschlüsse als diejenigen zur Entlastung der Organe, wenn eine sachliche Verbindung mit dem Beschlussgegenstand besteht. Im genannten Beispiel der Vorstandsvergütung könnte eine unrichtige Erklärung dann z.B. zur Anfechtbarkeit eines Beschlusses über die Schaffung von bedingtem Kapital führen, wenn dieses der Umsetzung eines Aktienoptionsprogramms dienen soll. Das Erfordernis einer sachlichen Relevanz würde sich auch in die bestehende Rechtsprechung einfügen, die die Anfechtung nur bei Kausalität bzw. Relevanz des Fehlers für das Abstimmungsergebnis gestattet (BGH, Urte. v. 22.05.1989 - II ZR 206/88 - NJW 1989, 2689, 2691; BGH, Urte. v. 19.06.1995 - II ZR 58/94 - NJW 1995, 3115, 3115 f.; Hüffer in: MünchKomm AktG, § 243 Rn. 27 ff.). Diesem über viele Jahre hin entwickelten quantitativen Element würde – begrenzt auf Verstöße gegen § 161 AktG – ein qualitatives Element an die Seite gestellt.

Der BGH verlangt ferner, dass die Entsprechenserklärung „umgehend“ korrigiert wird. Er scheint damit den Leitungsorganen mehr Zeit einräumen zu wollen, als bei dem in § 121 Abs. 1 BGB legaldefinierten „unverzöglichen“ Handeln zur Verfügung stünde. Vertretbar scheint, Vorstand und

Aufsichtsrat eine Frist bis zur nächsten turnusmäßigen Sitzung zu gestatten (Mutter, ZIP 2009, 750, 751).

Begrüßenswert sind die Ausführungen des BGH zum Vorgehen des die Hauptversammlung beurkundenden Notars. Zwar muss der Notar die Niederschrift auf der Basis von Wahrnehmungen anfertigen, die er selbst in der Hauptversammlung gewonnen hat (Wicke in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 130 Rn. 23). Damit verlangt das Gesetz jedoch nicht zugleich, dass diese Wahrnehmungen noch während der Versammlung zu Papier gebracht werden. Folgerichtig kann der Notar auch solche Änderungen gegenüber der Entwurfsfassung vornehmen, die den Rahmen offensichtlicher Unrichtigkeiten i.S.v. § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG sprengen (Wicke in: Spindler/Stilz, AktG, § 130 Rn. 23; Bohrer, NJW 2007, 2019, 2019 f.). Die Unterzeichnung der Entwurfsfassung am Ort der Versammlung dient dem legitimen Interesse, die Gesellschaft vor den Folgen eines Unfalls des Notars vom Versammlungsort in sein Büro zu schützen. Sollte der Notar nicht mehr in der Lage sein, eine Reinschrift zu erstellen, kann er wenigstens den Entwurf als Niederschrift in den Rechtsverkehr geben. Erfreulich ist ferner die Klarstellung des BGH, dass der Notar nicht den Zählvorgang überwachen muss. Auch nach dieser Entscheidung ist jedoch zu beachten, dass der Notar verpflichtet ist zu überprüfen, ob das Verfahren zur Ermittlung des Abstimmungsergebnisses ordnungsgemäß ist (Kubis in: MünchKomm AktG, § 130 Rn. 35). Üblicherweise geschieht dies, indem der Notar vor Beginn der Versammlung dem Back Office bzw. dem beauftragten Dienstleister einen Besuch abstattet und sich über das beabsichtigte Vorgehen informiert.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Entgegen dem Gesetzeswortlaut haben börsennotierte Aktiengesellschaften künftig laufend zu überwachen, ob auf Grund einer Änderung ihres Verhaltens die Entsprechenserklärung unterjährig zu aktualisieren ist. Nach dem Wortlaut der Entscheidung bleibt offen, ob es für eine Abweichung ausreicht, dass sich nicht das Verhalten des Unternehmens, sondern der DCGK oder das Gesetz ändert. Letzteres ist zurzeit der Fall, weil jüngst das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) in Kraft getreten ist. Da das BilMoG den § 161 AktG um die Pflicht zur Begründung von Abweichungen erweitert, ohne hierfür eine Übergangsvorschrift bereitzustellen (BR-Drs. 270/09, S. 34), sollten betroffene Gesellschaften vorsorglich eine um Abweichungsgründe ergänzte Entsprechenserklärung nachschieben.

© juris GmbH