

**Die Entsprechenserklärung zum Deutschen
Corporate Governance Kodex und die
Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen**

von Steffen Kleefass

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Ingo Saenger
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Reinhard Pöllath
Dekan: Prof. Dr. Thomas Hoeren
Tag der mündlichen Prüfung: 10. Juli 2012

D 6

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät,
2012

Berliner Schriftenreihe zum Steuer- und Wirtschaftsrecht

Band 66

Steffen Kleefass

**Die Entsprechenserklärung zum Deutschen Corporate
Governance Kodex und die Anfechtbarkeit von
Hauptversammlungsbeschlüssen**

D 6 (Diss. Universität Münster (Westfalen))

Shaker Verlag
Aachen 2012

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 2012

Copyright Shaker Verlag 2012

Alle Rechte, auch das des auszugsweisen Nachdruckes, der auszugsweisen oder vollständigen Wiedergabe, der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen und der Übersetzung, vorbehalten.

Printed in Germany.

ISBN 978-3-8440-1249-1

ISSN 1619-8093

Shaker Verlag GmbH • Postfach 101818 • 52018 Aachen

Telefon: 02407 / 95 96 - 0 • Telefax: 02407 / 95 96 - 9

Internet: www.shaker.de • E-Mail: info@shaker.de

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2012 von der juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung wurden bis zum Sommer 2011 berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Ingo Saenger, für die wissenschaftliche Betreuung der Arbeit und die mehr als zügige Erstellung des Erstgutachtens. Gleichmaßen sehr herzlich bedanken möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Reinhard Pöllath, der für die Arbeit das Zweitgutachten erstellte. Bei ihnen, sowie bei Herrn Prof. Dr. Dieter Birk, möchte ich mich ferner für die Aufnahme der Arbeit in die Berliner Schriftenreihe zum Steuer- und Wirtschaftsrecht bedanken.

Darüber hinaus möchte ich der Kanzlei P + P Pöllath + Partners danken, in deren Berliner Büro ich während der Zeit der Anfertigung der Dissertation als wissenschaftlicher Mitarbeiter beschäftigt war und deren umfangreiche Infrastruktur mir zur Verfügung stand. Insbesondere gilt mein Dank hier den Mitgliedern des Fachbereichs Immobilien um Herrn RA Dr. Matthias Durst, die mir durch flexible Arbeitszeiten viel Freiraum zur Anfertigung der Dissertation gaben und mir bei Fragen und Problemen stets zur Seite standen. Zudem möchte ich mich bei Herrn RA Dr. Wolfgang Grobceker bedanken, der den Anstoß zu meinem Dissertationsthema gab.

Mein größter Dank gilt schließlich meinen Eltern, Frau Cornelia und Herrn Peter Kleefass, die mich mein gesamtes Studium über und darüber hinaus unterstützt haben. Ohne ihre langjährige Zuwendung, Förderung und Beratung wäre die Anfertigung einer Dissertation in dieser Form sicher nicht möglich gewesen. Ihnen ist dieses Buch in Dankbarkeit gewidmet.

Hamburg, im Juli 2012

Steffen Kleefass

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
Erstes Kapitel: Die Entsprechenserklärung und der Deutsche Corporate Governance Kodex	5
A. Entstehungsgeschichte von Kodex und Entsprechenserklärung	6
B. Rechtliche Einordnung und Verfassungsmäßigkeit des Kodex	13
Zweites Kapitel: Anforderungen an eine fehlerfreie Entsprechenserklärung im Einzelnen.....	22
A. Pflicht zur Abgabe der Erklärung	22
B. Formelle Aspekte der Erklärung	42
C. Materielle Aspekte der Erklärung	73
D. Pflicht zum unterjährigen Tätigwerden.....	86
E. Begründung von Abweichungen	117
F. Zugang und Publizität	124
Drittes Kapitel: Die Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen als Rechtsfolge von Verstößen gegen § 161 AktG	133
A. Grundlagen des Anfechtungsrechts.....	134
B. Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses	140
C. Anfechtbarkeit von Aufsichtsratswahlen	228
D. Anfechtbarkeit der Bestellung des Abschlussprüfers	260
E. Anfechtbarkeit der Feststellung des Jahresabschlusses durch die Hauptversammlung	266
F. Weitere Anfechtungsrisiken.....	268
Viertes Kapitel: Ergebnisse der Untersuchung	270
A. Die Entsprechenserklärung	270
B. Anfechtungsrisiken	272
C. Ausblick	275
Anhang 1	279
Anhang 2	285
Literaturverzeichnis.....	295

Inhaltsverzeichnis

Einleitung1

Erstes Kapitel

Die Entsprechenserklärung und der Deutsche Corporate Governance

Kodex.....5

A. Entstehungsgeschichte von Kodex und Entsprechenserklärung6

 I. Hintergrund: Anhaltende Corporate Governance Debatte.....6

 1. Private Initiativen7

 2. Regierungsinitiative9

 II. Gesetzgebungsverfahren11

 III. Änderungen des § 161 AktG12

B. Rechtliche Einordnung und Verfassungsmäßigkeit des Kodex13

 I. Einordnungsversuche.....14

 1. Formelles oder materielles Gesetz14

 2. Mittlere Regulierungsebene15

 3. Handelsbrauch oder Handelsgewohnheitsrecht15

 4. Bloße Informationsquelle18

 5. Parallele zu bisherigen Kodizes19

 6. Außerrechtliche Fachnorm19

 7. Fazit20

 II. Verfassungsmäßigkeit.....20

Zweites Kapitel

Anforderungen an eine fehlerfreie Entsprechenserklärung im Einzelnen22

A. Pflicht zur Abgabe der Erklärung22

I.	Von der Erklärungspflicht betroffene Gesellschaften	23
1.	Börsennotierte Gesellschaften	24
a)	Deutsche Gesellschaften mit Börsennotierung im Ausland	27
b)	Ausländische Gesellschaften mit Börsennotierung im Inland.....	27
c)	Teleologische Reduktion oder Extension des § 161 AktG in besonderen Fällen	29
aa)	Erklärungspflicht nach Squeeze Out-Beschluss, Liqui- dationsbeschluss und Eröffnung des Insolvenzverfah- rens	29
bb)	Erklärungspflicht für herrschendes Unternehmen	30
2.	Nicht börsennotierte Gesellschaften.....	31
3.	Gesellschaften nach § 161 Abs. 1 Satz 2 AktG.....	32
II.	Abgabezeitpunkt	33
1.	Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum	34
2.	Handhabung in der Praxis	36
3.	Lösungsansatz	36
a)	Zeitlicher Abstand zwischen zwei Erklärungen	37
b)	Geschäftsjahr oder Kalenderjahr	39
c)	Kein Gleichlauf mit Feststellung des Jahresabschlusses	40
4.	Zusammenfassung	41
B.	Formelle Aspekte der Erklärung	42
I.	Unvollständigkeit der Erklärung.....	42
1.	Zeitlicher Erklärungsbezug	42
a)	Vergangenheit.....	42
b)	Gegenwart und Zukunft.....	46
aa)	Grundsätzlicher Einbezug der Zukunft.....	47
bb)	Reichweite des zukunftsgerichteten Erklärungsteils	51
2.	Inhaltlicher Erklärungsbezug	53
II.	Erklärung durch ein unzuständiges Organ.....	55
1.	Zuständigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat.....	55
a)	Kein Auftreten als einheitliches Organ	56
b)	Beschlussfassung über alle Empfehlungen oder Beschluss- fassung über Empfehlungen im eigenen Kompetenzbereich	57

c)	Konkretisierung der Entscheidungszuständigkeiten.....	60
d)	Delegation der Erklärungsabgabe.....	61
2.	Keine Zuständigkeit der Hauptversammlung.....	64
III.	Fehlerhafte Beschlussfassung der Erklärung.....	65
1.	Fehler in der Beschlussfassung des Vorstandes.....	66
2.	Fehler in der Beschlussfassung des Aufsichtsrats.....	68
3.	Divergenz zwischen den jeweiligen Erklärungen.....	69
IV.	Erklärung zu einer veralteten Version des Kodex.....	71
V.	Erklärung zu einem privaten Kodex.....	73
C.	Materielle Aspekte der Erklärung.....	73
I.	Erklärungsvarianten.....	74
1.	Uneingeschränkte Beachtung des Kodex.....	74
2.	Teilweise Beachtung von Kodexempfehlungen.....	77
3.	Vollständige Ablehnung des Kodex.....	80
4.	Ablehnung des Kodex bei Vorlage einer Alternativlösung.....	80
II.	Erklärung unwesentlicher Abweichungen.....	83
III.	Überfüllung von Empfehlungen.....	86
D.	Pflicht zum unterjährigen Tätigwerden.....	86
I.	Änderung der Unternehmenspraxis.....	88
1.	Meinungsstand im Schrifttum.....	89
2.	Stand der Rechtsprechung.....	90
3.	Eigener Lösungsversuch.....	91
a)	Grammatische Auslegung.....	91
b)	Historische Auslegung.....	93
c)	Systematische Auslegung.....	94
d)	Teleologische Auslegung.....	96
e)	Fazit.....	98
II.	Änderung des Kodex.....	100
1.	Verschiedene Kodex-Fassungen.....	100
2.	Lösungsversuche.....	103
a)	Stellungnahme des Bundesministeriums der Justiz.....	103

b)	Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum.....	104
c)	Teleologische Überlegungen	105
3.	Folgen für den Umgang mit Kodex-Änderungen	107
a)	Hinzutreten von Empfehlungen	107
aa)	Zukunftsbezogene Erklärung	107
bb)	Vergangenheitsbezogene Erklärung	108
b)	Entfall von Empfehlungen	108
aa)	Zukunftsbezogene Erklärung	108
bb)	Vergangenheitsbezogene Erklärung	109
III.	Änderung des Gesetzes	109
IV.	Änderung in der Zusammensetzung von Vorstand oder Aufsichtsrat	110
1.	Keine Erklärung der Gesellschaft	111
2.	Höchstpersönliche Erklärung der Organmitglieder oder Erklärung der Organe.....	112
3.	Zwischenergebnis	113
V.	Sonderfall: Vorliegen der Voraussetzungen des § 15 WpHG	114
VI.	Zusammenfassung	117
E.	Begründung von Abweichungen	117
I.	Einführung einer Begründungspflicht durch das BilMoG.....	117
II.	Anforderungen an die Begründung.....	119
F.	Zugang und Publizität	124
I.	Dauerhafte öffentliche Zugänglichkeit auf der Internetseite der Gesellschaft	125
1.	Zugänglichmachen	125
2.	Dauerhaft	126
3.	Öffentlich	126
4.	Auf der Internetseite der Gesellschaft	126
5.	Nicht mehr aktuelle Entsprechenserklärungen.....	129
II.	Handelsrechtliche Publizitätspflichten	130

Drittes Kapitel

Die Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen als Rechtsfolge von Verstößen gegen § 161 AktG133

- A. Grundlagen des Anfechtungsrechts.....134
 - I. Unterscheidung zwischen Nichtigkeitsgründen und Anfechtungsgründen134
 - II. Zentralnorm § 243 AktG.....135
 - III. Relevanzerfordernis bei Verfahrensfehlern137
- B. Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses140
 - I. Zur Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen im Allgemeinen140
 - 1. Rechtsnatur und Bedeutung der Entlastung im Aktienrecht142
 - 2. Meinungsstand hinsichtlich des Inhalts der Entlastung bis 2002.....145
 - 3. Das Macrotron-Urteil als Grundstein heutiger Rechtsprechung148
 - 4. Bewertung der Rechtsprechung149
 - 5. Folgerungen.....153
 - II. Anfechtbarkeit wegen inhaltlich fehlerhafter Entsprechenserklärungen...154
 - 1. Entwicklung der Rechtsprechung seit Einführung des Kodex155
 - 2. Das Urteil des Bundesgerichtshofs im Fall Kirch/Deutsche Bank158
 - 3. Eigene Lösungsansätze160
 - a) Bedenken gegen eine Anfechtbarkeit161
 - aa) Verfassungsrechtliche Bedenken161
 - bb) Möglicher Ausschluss der Anfechtbarkeit analog § 30 g WpHG162
 - cc) Maßnahmen de lege ferenda166
 - b) Unterscheidung zwischen Inhalts- und Verfahrensfehlern.....166
 - aa) Inhaltsfehler167
 - bb) Verfahrensfehler168
 - cc) Zwischenergebnis170
 - c) Abgrenzung wesentlicher und unwesentlicher Punkte170
 - 4. Analyse einzelner Kodexempfehlungen.....174

a)	Aktionäre und Hauptversammlung.....	174
b)	Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat	177
aa)	Festlegung der Informations- und Berichtspflichten	177
bb)	Selbstbehalt in der D&O-Versicherung	178
cc)	Corporate Governance Bericht	179
dd)	Ältere Entsprechenserklärungen	179
c)	Vorstand	180
aa)	Zusammensetzung	180
bb)	Diversity.....	182
cc)	Vergütung	184
(1)	Festsetzung, Überprüfung und Struktur des Vergütungssystems.....	185
(2)	Unabhängigkeit des Vergütungsexperten.....	186
(3)	Abfindungs-Cap	188
(4)	Offenlegung der Vergütung und Angaben über wertpapierorientierte Anreizsysteme.....	190
dd)	Interessenkonflikte	192
d)	Aufsichtsrat.....	195
aa)	Aufgaben und Zuständigkeiten	195
bb)	Aufgaben und Befugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden.....	196
cc)	Bildung von Ausschüssen	196
dd)	Zusammensetzung und Vergütung	198
ee)	Interessenkonflikte	200
ff)	Effizienzprüfung	203
e)	Transparenz	204
aa)	Gleichbehandlungsgebot, „Finanzkalender“	204
bb)	Directors‘ Dealings	205
cc)	Verwendung des Internets	207
f)	Rechnungslegung und Abschlussprüfung	208
aa)	Rechnungslegung	209
bb)	Abschlussprüfung	211
5.	Fazit	213
III.	Anfechtbarkeit aufgrund anderer Verstöße.....	214
1.	Nichtabgabe der Erklärung.....	214

2.	Formell fehlerhafte Erklärung	218
3.	Fehlende unterjährige Korrektur	220
4.	Fehlende oder unzureichende Begründung	221
5.	Fehlende Publizität	223
	a) Keine dauerhafte öffentliche Zugänglichmachung	223
	b) Nichteinhaltung handelsrechtlicher Pflichten	224
IV.	Zusammenfassung	226
C.	Anfechtbarkeit von Aufsichtsratswahlen	228
I.	Fälle aus der Praxis	229
	1. Der Fall MAN/Piëch	229
	2. Der Fall Continental/Schaeffler	232
	3. Reaktionen	233
II.	Eigene Lösungsansätze	234
	1. Ausgangslage	234
	2. Qualifizierung eines Gesetzesverstoßes	235
	a) Inhaltsfehler	236
	b) Verfahrensfehler	237
	aa) Bekanntmachungsfehler	237
	(1) Wahlvorschlag des Aufsichtsrates	238
	(2) Fehlerhaftigkeit des zugrunde liegenden Aufsichtsratsbeschlusses	239
	(a) Verfahrensfehlerhaftigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses	240
	(b) Inhaltsfehlerhaftigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses	241
	(c) Zwischenergebnis	242
	(3) Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit für den Aufsichtsratsbeschluss	243
	(4) Auswirkungen des nichtigen Aufsichtsratsbeschlusses auf den Hauptversammlungsbeschluss	245
	bb) Informationspflichtverletzung	246
	c) Zwischenergebnis	247
	3. Analyse einzelner Kodexempfehlungen	248

a)	Nominierungsausschuss	248
b)	Zusammensetzung des Aufsichtsrats	249
aa)	Internationalität, potenzielle Interessenkonflikte und Vielfalt	250
bb)	Angemessene Beteiligung von Frauen	251
cc)	Altersgrenze	251
c)	Unabhängigkeit.....	253
aa)	Ausreichende Anzahl unabhängiger Mitglieder	253
bb)	Nicht mehr als zwei ehemalige Vorstandsmitglieder	255
cc)	Ehemaliges Vorstandsmitglied als Aufsichtsratsvor- sitzender	255
dd)	Keine Organfunktion bei Wettbewerbern	256
d)	Verfahren der Aufsichtsratswahl	257
aa)	Einzelwahl	257
bb)	Bekanntgabe der Kandidatenvorschläge für den Auf- sichtsratsvorsitz.....	258
e)	Konzernexterne Aufsichtsratsmandate	259
III.	Zusammenfassung	260
D.	Anfechtbarkeit der Bestellung des Abschlussprüfers	260
I.	Ausgangslage	261
II.	Qualifizierung eines Gesetzesverstößes	261
1.	Inhaltsfehler.....	262
2.	Verfahrensfehler	262
a)	Nichtiger Wahlvorschlag.....	263
b)	Informationspflichtverletzung	263
III.	Analyse einzelner Kodexempfehlungen	264
IV.	Zusammenfassung	265
E.	Anfechtbarkeit der Feststellung des Jahresabschlusses durch die Haupt- versammlung	266
I.	Ausgangslage	266
II.	Qualifizierung eines Gesetzesverstößes.....	266

1. Inhaltsfehler.....	266
2. Informationspflichtverletzung.....	267
III. Zusammenfassung	268
F. Weitere Anfechtungsrisiken.....	268

Viertes Kapitel

Ergebnisse der Untersuchung	270
A. Die Entsprechenserklärung	270
B. Anfechtungsrisiken	272
C. Ausblick	275
Anhang 1	279
Anhang 2	285
Literaturverzeichnis.....	295

Es werden ausschließlich die gängigen Abkürzungen nach *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage, Berlin 2008, verwendet.