SHEARMAN & STERLINGLE

PROZESSFÜHRUNG/GESELLSCHAFTSRECHT

MANDANTENINFORMATION

Juli 2012

Immer "im Dienst" – Eine eigene Risikoanalyse für bedeutsame Geschäfte der Gesellschaft ist für Aufsichtsräte Pflicht

Die gescheiterte VW-Übernahme durch die Porsche SE steht wieder im Fokus einer Anfechtungsklage. Das "Piëch" - Urteil des OLG Stuttgart vom 29. Februar 2012 (AZ.: 20 U 3/11) konkretisiert die Voraussetzungen an ein pflichtgemäßes Verhalten von Aufsichtsräten im Rahmen von Geschäften, die wegen ihres Umfangs, der mit ihnen verbundenen Risiken oder ihrer strategischen Funktion für die Gesellschaft besonders bedeutsam sind.

Die "Piëch"- Entscheidung des OLG Stuttgart

In seinem Urteil beschäftigt sich das Gericht mit der Anfechtung der Entlastung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft. Mit der Entlastung billigen die Aktionäre die Verwaltung der Gesellschaft (§ 120 Abs. 2 S. 1 AktG). Der Entlastungsbeschluss stellt jedoch keinen Verzicht auf etwaige Ersatzansprüche dar (§ 120 Abs. 2 S. 2 AktG), sodass die juristische Bedeutung des Beschlusses überschaubar ist. Neben der Billigung des Verwaltungshandelns für die Vergangenheit enthält der Entlastungsbeschluss auch eine Vertrauenskundgabe für die künftige Verwaltung der Gesellschaft. Die Verweigerung der Entlastung ist dagegen aufgrund der beschränkten unmittelbaren Wirkung meist nur eine medienwirksame Abrechnung der Aktionäre mit der Geschäftsführung und/oder dem Kontrollorgan; mittelbar können der Verwaltung jedoch Schadensersatzansprüche aus Organhaftung oder auch eine Abberufung drohen.

Sachverhalt

Die Klägerin, ein eingetragener Verein, klagte als Vorzugsaktionärin der Porsche Automobil Holding SE ("Porsche SE") gegen den in der ordentlichen Hauptversammlung vom 29. Januar 2010 gefassten Beschluss, die Mitglieder des Aufsichtsrats für das Geschäftsjahr 2008/2009 zu entlasten. Ihre Anfechtungsklage stützte sie auf Pflichtverletzungen des Aufsichtsrats (i) im Zusammenhang mit der gescheiterten Übernahme des VW-Konzerns und den hierzu abgeschlossenen Optionsgeschäften auf VW-Aktien, (ii) bei der Vergütung und Abfindung von Vorstandsmitgliedern sowie (iii) wegen unzureichender Beantwortung von Aktionärsfragen im Rahmen der Hauptversammlung. Im Berufungsverfahren ergänzte die Klägerin ihren Vortrag um den Hinweis auf ein Gespräch des damaligen stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden Piëch mit einigen Journalisten während einer Tagung des VW-Konzerns auf Sardinien im Mai 2009. Sinngemäß hatte dieser erklärt, er habe sich keine Klarheit über die Risiken der Optionsgeschäfte von Porsche verschaffen können und daher nicht gewusst, wie hoch die Risiken gewesen seien. Dies bewertete die klagende Aktionärin als Verstoß gegen die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats. Die Porsche SE hat die betreffenden Äußerungen im Berufungsverfahren unstreitig gestellt.

Verfahrensgang

Die Anfechtungsklage wurde in der ersten Instanz vom LG Stuttgart aufgrund des damals zugrundeliegenden Sachstandes abgewiesen. Die Berufung zum OLG Stuttgart hatte aufgrund des zulässigen ergänzenden Sachvortrags Erfolg – der streitgegenständliche Entlastungsbeschluss wurde wegen der Äußerungen des Aufsichtsratmitglieds Piech für gesamt-

SHEARMAN & STERLINGUE

nichtig erklärt. Die Revision zum BGH wurde seitens des OLG nicht zugelassen. Das Urteil ist mangels Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde daher inzwischen rechtskräftig.

Beschluss des OLG Stuttgart

Die bereits vollständig in den Prozess eingeführten Sachverhalte hinsichtlich der mangelhaften Beantwortung von Aktionärsfragen im Rahmen der Hauptversammlung sowie bzgl. der Vergütung und Abfindung von Vorstandsmitgliedern führten auch nach Ansicht des OLG Stuttgart nicht zum Erfolg der Klage.

Das OLG Stuttgart stellte jedoch fest, dass die Hauptversammlung der Porsche SE dem Aufsichtsratsmitglied Piëch für das Geschäftsjahr 2008/2009 nicht die Entlastung hätte erteilen dürfen. Dies stützte es auf den im Zuge der Einlegung der Berufung ergänzten Sachvortrag hinsichtlich der Äußerungen Piëchs im Rahmen des Gesprächs mit Journalisten auf Sardinien. Das Gericht wertete diese Aussagen als schwere Pflichtverletzungen des Aufsichtsrats und erklärte den Entlastungsbeschluss für gesamtnichtig.

Das Gericht betonte, dass Prüfungsgegenstand der Anfechtungsklage **nicht die umfassende Nachprüfung des Verwaltungshandelns** im abgelaufenen Geschäftsjahr sei, sondern ausschließlich die Kontrolle der Beschlussfassung der Aktionäre. Eine Anfechtbarkeit sei daher nur dann gegeben, wenn **der Beschluss selbst** einen Verstoß gegen das Gesetz oder die Satzung darstellt (§ 243 Abs. 1 AktG). Das Verwaltungshandeln spiele nur insoweit eine Rolle, als dass zu klären ist, ob nicht angesichts der Pflichtverletzung(en) des betroffenen Organs die den Entlastungsbeschluss tragende Mehrheit mit der Erteilung der Entlastung ihre **Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft** verletzt. Nur dann liege ein Rechtsverstoß im Sinne von § 243 Abs. 1 AktG vor.

Bei der Entlastung der Verwaltung steht jedem Aktionär ein Ermessen zu, sodass nach Ansicht der Rechtsprechung eine Verletzung dieser Treuepflicht nicht schon dann besteht, wenn es Gründe gab, die Entlastung zu verweigern. Lediglich wenn **schwerwiegende und eindeutige Gesetzes- oder Satzungsverstöße** festgestellt werden, die für den objektiven Durchschnittsaktionär erkennbar sind, kommt eine Ermessensreduzierung in Betracht. Dann erst ist die Entscheidungsfreiheit der Aktionäre soweit eingeschränkt, dass eine Gewährung der Entlastung einen **Treuepflichtverstoß** gegenüber der Minderheit darstellt. Die Eindeutigkeit des Verstoßes fehlt nur, so das OLG Stuttgart weiter, wenn das Verhalten des Entlasteten nach maßgeblichen Stimmen in der Literatur zulässig war und die Rechtslage nicht obergerichtlich oder höchstrichterlich geklärt ist. Setzt sich der Entlastete dagegen über eine zweifelsfreie Rechtslage hinweg, liegt ein eindeutiger Verstoß vor.

Im Piëch-Fall ergaben sich solche schwerwiegenden Pflichtverletzungen aus zwei Gesichtspunkten: Einerseits konnte die Aussage Piëchs, er habe keinen Überblick über die Risiken aus dem VW-Geschäft gehabt, nach Ansicht des OLG dahingehend interpretiert werden, dass ein Erfassungs- bzw. Beurteilungsfehler durch das Aufsichtsratsmitglied gegeben sei. Unter der Annahme, dass der Inhalt der Aussage Piëchs wahr ist und dieser tatsächlich keinen Überblick über die Risiken aus den Derivaten hatte, ging das Gericht von einer Verletzung seiner Überwachungspflicht nach § 111 Abs. 1 AktG aus. In der damals bestehenden Risikosituation, die Aufwendungen und Erträge von jeweils über € 50 Mrd. zum Gegenstand hatte, war eine gesteigerte Intensität der Überwachung geboten. Daraus folgerte der Senat, dass sich bei einer derartigen Lage der Gesellschaft der Aufsichtsrat – sowohl als Kollegialorgan als auch als Einzelperson – nicht nur auf die Entgegennahme von Informationen beschränken dürfe, sondern stattdessen den Sachverhalt vollständig und richtig zu erfassen habe – gegebenenfalls unter Heranziehung von Experten nach § 111 Abs. 2 S. 2 AktG oder durch Berichtsanforderung nach § 90 Abs. 3 S. 2 AktG. Konsequenterweise hätte das Aufsichtsratsmitglied Piëch daher den Derivatgeschäften auf VW-Aktien nicht nur nicht zustimmen dürfen, sondern hätte vielmehr der Fortsetzung dieser Derivatgeschäfte widersprechen müssen. Aufgrund der insoweit geklärten Rechtslage und dem Ausmaß des Risikos nahm der erkennende Senat bei dieser Auslegung der Aussage des Aufsichtsratsmitglieds Piëch eine schwerwiegende und eindeutige Kardinalpflichtverletzung an.

Andererseits konnte diese Aussage – wie von der Beklagten vorgebracht – als eine "**kritisch-pointierte Meinungs-äußerung**" im Rahmen eines unternehmensinternen Konflikts verstanden werden. Im zeitlichen Kontext mit der Äußerung berichteten nämlich einige Zeitungen über Kritik an der Geschäftspolitik der Geschäftsführung bzgl. eines mögli-

SHEARMAN & STERLINGLE

chen Zusammenschlusses der Porsche SE mit dem VW-Konzern. Nach Ansicht der Beklagten seien die Äußerungen Piëchs Teil der üblichen Praxis der öffentlichen Kritik von Großaktionären gegenüber dem Vorstand. Das Gericht wertete die Aussagen in diesem Fall dahingehend, dass das Derivatgeschäft der Beklagten mit **objektiv unabschätzbaren** Risiken verbunden sei. Damit aber läge eine Gefährdung der Kreditwürdigkeit der Porsche SE vor, da der Eindruck erweckt werde, dass es nicht nur innerhalb des Unternehmens Unstimmigkeiten über den richtigen Kurs gebe, sondern auch unübersehbare Risiken eingegangen wurden. Dies stelle jedoch die Fähigkeit, künftige Verbindlichkeiten zu erfüllen, in Frage. Die Meinungsäußerung des Aufsichtsratsmitglieds sei umso gewichtiger, als Piëch innerhalb der Automobilbranche eine immense Reputation besitze und daher von vornherein davon auszugehen gewesen sei, dass die Äußerungen eine große Öffentlichkeit erfahren würden. Ein derartiges Vorgehen stelle aber nach Ansicht des OLG Stuttgart ebenfalls eine schwerwiegende Verletzung der Treuepflichten des Aufsichtsrats gegenüber der Gesellschaft dar.

Piëchs Aussagen waren zudem **nicht durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen** gedeckt. Das Gericht ließ weder den Einwand einer üblichen Praxis der Kritikäußerung noch den Einwand, der Gang an die Öffentlichkeit habe dem Schutz der Gesellschaft gedient, gelten. Letzterer stelle die *ultima ratio* dar und die Beklagten hätten, so das Gericht weiter, nicht dargelegt, warum kein milderes Mittel zur Verfügung stand. Der Annahme einer Pflichtverletzung stehe auch nicht entgegen, dass die Äußerungen nicht im Rahmen einer Porsche-Veranstaltung fielen. Dem Gericht zufolge komme es nämlich nicht auf Anlass und Ort an, sondern darauf, **in welcher Funktion eine Aussage falle**. Hier aber erfolgten diese als Teil von Piëchs Aufsichtsratstätigkeit, da es sich um die Beurteilung bedeutsamer Porsche-Geschäfte gehandelt habe, die er als Teil seiner Organfunktion habe erfassen und bewerten müssen. Zudem hätten die Aussagen gerade deswegen Gewicht, weil er eine Funktion im innersten Zirkel der Porsche SE bekleidet habe. Letztlich könne dies nach Meinung des Senats dahinstehen, da es einem Aufsichtsrat auch außerhalb seiner Organtätigkeit untersagt sei, die Gesellschaft zu schädigen. Auch in diesem Szenario liege nach dem OLG eine klare Rechtslage vor, sodass die **Pflichtverletzung insofern eindeutig** sei.

Die Eindeutigkeit der Pflichtverletzung entfalle ferner nicht deswegen, weil nun **zwei verschiedene Deutungsmodelle** zur Verfügung stünden – dies wäre nur der Fall, wenn eine dritte Deutung unter Verneinung der Pflichtverletzung möglich wäre. Im vorliegenden Fall aber führe jede Interpretation zur Feststellung eines Rechtsverstoßes im Sinne von § 243 Abs 1 AktG.

Schließlich war die eindeutige und schwerwiegende Pflichtverletzung des Aufsichtsratsmitglieds Piëch für den objektiven Durchschnittsaktionär auch erkennbar. Das Gericht erachtete es als ausreichend, dass dem objektiven Durschnittsaktionär spätestens in der Hauptversammlung sämtliche tatsächlichen Umstände vor Augen geführt wurden, aus denen die Pflichtverletzung folgt. Da es sich im vorliegenden Fall nach Ansicht des Gerichts um einen auch aus Sicht eines objektiven Durchschnittsaktionärs unstreitigen Sachverhalt handelte, konnten die eine Pflichtverletzung begründenden tatsächlichen Umstände den Aktionären auch durch Redebeiträge in der Hauptversammlung vor Augen geführt werden; eine Information durch die Verwaltung war insofern entbehrlich.

Aufgrund der dargestellten schweren Pflichtverletzung erklärte das OLG Stuttgart den Entlastungsbeschluss der Aktionäre der Porsche SE **insgesamt für nichtig**. Diese Folge tritt nach dem Rechtsgedanken des § 139 BGB für den gesamten Beschluss ein und nicht nur hinsichtlich des Aufsichtsratsmitglieds Piëch, da – so das Gericht – bei einer **Gesamtentlastung** nicht davon ausgegangen werden könne, dass die fehlerfreien Beschlussteile auch ohne den fehlerbehafteten Teil zustande gekommen wären.

Folgen für die Praxis

Das Urteil des OLG Stuttgart baut hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen der Hauptversammlung auf den Grundsätzen der "Macrotron"-Entscheidung auf (BGHZ 153, 47) und schafft weitere Rechtssicherheit im Hinblick auf die Tätigkeit als Aufsichtsrat. Gleichzeitig wird die Debatte um die Professionalisierung der Aufsichtsratstätigkeit dadurch weiter gefördert werden.

SHEARMAN & STERLINGLE

Von besonderem praktischem Interesse ist die vom Gericht angenommene Pflicht des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 1 AktG, sich bei Geschäften, die wegen ihres Umfangs, der mit ihnen verbundenen Risiken oder ihrer strategischen Dimension für die Gesellschaft von besonderer Bedeutung sind, umfassend über den Sachverhalt zu informieren, ihn verstehen zu müssen und gegebenenfalls eine eigene Risikoanalyse durchzuführen. Diese Pflicht trifft nach Ansicht des Gerichts jedes einzelne Mitglied des Aufsichtsrats; auf Unterschiede bei den Aufsichtsratsmitgliedern aufgrund ihrer konkreten Funktion oder fachlichen Ausrichtung ging das Gericht nicht ein. Die Anforderungen an die Tätigkeit als Aufsichtsrat dürften insofern sowohl in zeitlicher als auch in fachlicher Intensität weiter ansteigen. Auch etwaige Haftungsfolgen sollten hier im Blickfeld der Organe bleiben.

Bemerkenswert ist ferner, dass das OLG Stuttgart die für die Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses nötige Eindeutigkeit eines Pflichtverstoßes bejaht, sich aber nicht eindeutig festlegt, welche Pflichtverletzung das Aufsichtsratsmitglied Piëch tatsächlich begangen hat. Das OLG löst die alternative Interpretierbarkeit des Sachverhalts im Wege einer Wahlfeststellung: Da nach Ansicht des Gerichts zum einen der Erfassungs- und Beurteilungsfehler bzgl. der Risikolage der Porsche SE eine Verletzung der Überwachungspflicht und damit eine schwerwiegende (Kardinal)-Pflichtverletzung des Aufsichtsrats darstellt, zum anderen die "kritisch-pointierte Meinungsäußerung" zu einer Gefährdung der Kreditwürdigkeit des Unternehmens führt und damit eine schwerwiegende Treuepflichtverletzung des Aufsichtsrats bedeutet, liegt bei jeder Interpretationsmöglichkeit eine schwerwiegende Pflichtverletzung des Entlasteten vor.

Hinsichtlich dieser schwerwiegenden Pflichtverletzungen ließ das OLG auch keine Einwendungen der Beklagten zu. Insbesondere konnte sich das Organmitglied nicht darauf berufen, die Aussagen über die Risikolage der Porsche SE seien gegenüber Journalisten in anderem Zusammenhang (VW-Aktion auf Sardinien) und somit außerhalb des Amtes als Aufsichtsrat getätigt worden. Dies zugrunde gelegt, liegt der Schluss nahe, Organe seien zumindest hinsichtlich ihrer Äußerungen in der Öffentlichkeit wegen der vom Gericht angewendeten funktionalen Betrachtungsweise "immer im Dienst". Für die Praxis ist daher zu raten, mit Aussagen über interne Vorgänge sehr zurückhaltend umzugehen, ggfs. sogar gänzlich auf solche in den Medien zu verzichten. Auch das OLG betonte diesbezüglich, dass Konflikte zwischen Vorstand und Aufsichtsrat innerhalb des Unternehmens ausgetragen werden sollen und ließ den Einwand, der Gang an die Öffentlichkeit diente dem Schutz der Gesellschaft, nicht gelten.

Mit seinen Grundaussagen reiht sich das Urteil des OLG Stuttgart damit in die immer strenger werdende Rechtsprechung zur Aufarbeitung der Finanzkrise und Organhaftung im Allgemeinen ein (vgl. auch *Rieder/Holzmann*, AG 2011, 265).

Diese Publikation dient lediglich der allgemeinen Information und ersetzt keine rechtliche oder steuerliche Beratung. Gerne stellen wir Ihnen weitere Informationen zur Verfügung oder beraten Sie in konkreten Situationen.

Als Ansprechpartner stehen Ihnen zur Verfügung:

Dr. Hans Diekmann Düsseldorf +49.211.17888818 hdiekmann@shearman.com Rainer Wilke Düsseldorf +49.211.17888714 rainer.wilke@shearman.com Prof. Dr. Richard Kreindler Frankfurt +49.69.97111420 rkreindler@shearman.com Dr. Roger Kiem Frankfurt +49.69.97111280 rkiem@shearman.com

Dr. Markus S. Rieder München +49.89.23882119 markus.rieder@shearman.com

WWW.SHEARMAN.COM

Copyright © 2012 Shearman & Sterling LLP. Shearman & Sterling LLP ist eine in den Vereinigten Staaten von Amerika nach dem Recht des Staates Delaware gegründete Limited Liability Partnership. Nach dem Recht des Staates Delaware ist die persönliche Haftung der einzelnen Partner beschränkt.