

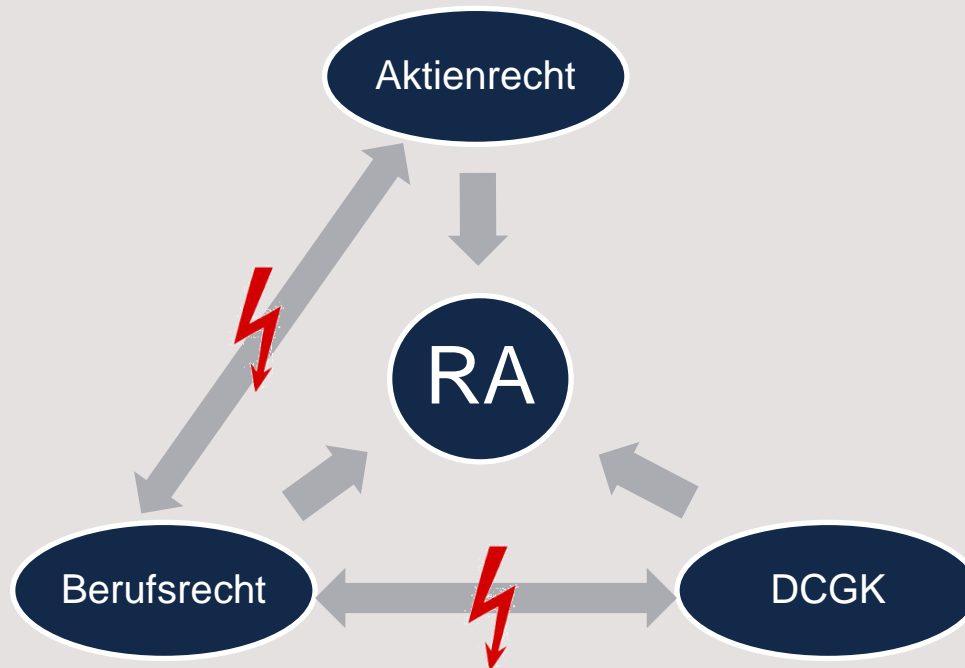
Anwälte im Aufsichtsrat – im Dickicht von Berufsrecht, Aktienrecht und Corporate Governance Kodex

Dr. Hildegard Ziemons

8. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag 2013 in Berlin

- Einführung
- Aktienrechtliche Transparenz vs. anwaltliche Diskretion
- Aktienrechtliche Verschwiegenheit vs. Information des Mandanten
- Wahrung des Gesellschaftsinteresses vs. Verfolgung von Mandanteninteressen
 - Mandate von Aktionären
 - Mandate der AG (Beraterverträge)

- Beraterverträge (§§ 113, 114 AktG)
- Einsatz besonderer Fachkenntnisse
- Verfolgung des Gesellschaftsinteresses



- Interessewahrung
- Interessenkollision
- Tätigkeitsverbot bei Vorbefassung
- Verschwiegenheit

- Offenlegung von geschäftlichen Beziehungen vor Wahl
- Berichterstattung bzgl. Zusammensetzung
- Offenlegung von Interessenkonflikten
- Berichterstattung über Interessenkonflikte

Aktienrechtliche Transparenz vs. anwaltliche Diskretion

C/M/S/ Hasche Sigle

Berufsrecht

§ 43a Abs. 2 BRAO

- in Ausübung des Berufs erlangte Informationen
- "bekannt geworden"

§ 203 StGB

- Fremdes Geheimnis
- "anvertraut"

- Umfassende Verschwiegenheitspflicht
 - Alles, was dem Anwalt in Ausübung seines Berufs bekannt geworden ist
 - Identität des Mandanten und Existenz des Mandats
- Ausnahmen
 - Offenkundigkeit
 - Entbindung von Schweigepflicht
 - Vertretung/Verteidigung in eigener Sache

Aktienrechtliche Transparenz vs. anwaltliche Diskretion

C/M/S/ Hasche Sigle

Aktienrecht

Vor der Wahl

- Vorgaben von AktG und DCGK
 - Wahlvorschlag: Organpflicht, AR so zusammensetzen, dass er den gesetzlichen Beratungs- und Aufsichtsaufgaben gerecht wird
 - 5.4.1 Abs. 2 DCGK – Konkrete Ziele für Zusammensetzung
 - Potentielle Interessenkonflikte
 - Erforderliche (für angemessen erachtete) Zahl unabhängiger Mitglieder
 - (-), bei Bestehen persönlicher oder geschäftlicher Beziehung zur AG, ihren Organmitgliedern oder einem kontrollierenden Aktionär, die wesentlichen, nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann
 - 5.4.2 Satz 3 DCGK – Keine Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens
 - 5.4.1 Abs. 4 DCGK – Offenlegung potentieller Interessenkonflikte aus Beratung von Kunden, Lieferanten, Kreditgebern, sonstigen Dritten gegenüber Aufsichtsrat

Aktienrechtliche Transparenz vs. anwaltliche Diskretion

Aktienrecht

C/M/S/ Hasche Sigle

Vor der Wahl

- Vorgaben von AktG und DCGK
 - 5.4.1 Abs. 2 DCGK Offenlegung (bei Einberufung) von persönlichen oder geschäftlichen Beziehungen zu Gesellschaft, Konzernunternehmen, Aktionäre (direkt o. indirekt) > 10%

Aktienrechtliche Transparenz vs. anwaltliche Diskretion

C/M/S/ Hasche Sigle

Aktienrecht

Vor der Wahl

- Folge: Abfrage all dieser Angaben beim Kandidaten
 - Persönliche Beziehungen ✓
 - Organfunktionen ✓
 - Geschäftsbeziehungen zur Gesellschaft
 - Keine Schweigepflicht, AR = Organ der Mandantin (str.)
 - Berichtsverlangen des AR an den VS
 - Geschäftsbeziehungen zu verbundenen Unternehmen der AG (-)
 - Berichtsverlangen des AR an den VS (-)
 - Geschäftsbeziehungen zu VS- und AR-Mitgliedern, Kontrollaktionär, Kunden, Lieferanten, Kreditgebern, sonstigen Dritten mit potentiellm Interessenkonfliktpotential (-)

Aktienrechtliche Transparenz vs. anwaltliche Diskretion

C/M/S/ Hasche Sigle

Aktienrecht

Vor der Wahl

- Folgen für Entsprechenserklärung
 - 5.4.1 Abs. 4 DCGK (Offenlegung bei Einberufung)
 - Wenn keine Negativanzeige: Abweichung (vor Wahlvorschlag)
 - Wenn keine vollständige Offenlegung nach Entbindung von Schweigepflicht: Abweichung (vor Wahlvorschlag)
 - 5.4.2 Satz 3 DCGK (Keine Beratung von Wettbewerbern)
 - Wenn Negativanzeige: ✓
 - Wenn keine Auskunft: Abweichung (vor Wahlvorschlag)
 - Wenn abstrakte Mitteilung von Mandatsbeziehungen: Abweichung (vor Wahlvorschlag)
 - 5.4.1 Abs. 3 DCGK (Berücksichtigung Zusammensetzungsziele)
 - Wenn Negativanzeige bzgl. relevanter Beziehungen: ✓
 - Wenn keine Auskunft: Abweichung (vor Wahlvorschlag)
 - Wenn abstrakte Mitteilung von Mandatsbeziehungen: ✓
(arg. AR hat sich damit befasst)

Aktienrechtliche Transparenz vs. anwaltliche Diskretion

C/M/S/ Hasche Sigle

Aktienrecht

Vor der Wahl

- Informationsrechte in der HV (§ 131 AktG)
 - Fragen zu Qualifikation, Interessenkonflikten, Beziehungen zu Aktionären)
 - Vorstandspflicht zur Informationsverschaffung bzgl. Zu erwartender Fragen
 - Pflicht zur Beantwortung von Fragen
 - Soweit VS (bzw. AR) über Informationen verfügt: Pflicht zur Beantwortung; § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 AktG (-)
 - Soweit keine VS (bzw. AR) keine Informationen hat, weil Kandidat sich auf Schweigepflicht berufen hat: Auskunftsverweigerung (+)

Nach der Wahl

- Aktienrecht: Offenlegung konkreter Interessenkonflikte gegenüber AR (Treupflicht)
- BORA: Keine Schweigepflicht, soweit BORA oder andere Rechtsvorschrift Ausnahme zulässt
 - Z. B. § 138 StGB, §§ 840, 807 ZPO,
 - Offenbarungspflicht begründende Situation beruht nicht auf freier Entscheidung des RA
 - Durchbrechung legitimiert zum Schutz höherrangiger Rechtsgüter
 - Übernahme AR-Mandat ist vergleichbar mit Abtretung der Honorarforderung (enge Voraussetzungen, § 49b Abs. 4 BRAO)
 - Interessenabwägung mit interessenkonfliktfreier AR-Arbeit fällt zugunsten Schweigepflicht aus
- 5.5.2 DCGK Offenlegung potentieller Interessenkonflikte gegenüber AR

- Strikte, umfassende, strafbewehrte (§ 404 AktG) Pflicht zur Verschwiegenheit als Ausfluss der Treupflicht (§§ 116, 93 Abs. 1 Satz 2 AktG)
 - Auch gegenüber Aktionären und im Konzern (arg. Infobeschaffung über VS, Legitimation der Durchbrechung dogmatisch nur über Wahrnehmung berechtigter Interessen möglich – dann aber vielseitige Lockerungen (AN etc.))
- Pflicht des Anwalts, den Mandanten über wichtige, dem Anwalt bekannte Sachverhalte zu informieren, aus Auftragsrecht (§§ 675, 666 BGB)
- Lösung des Konflikts zugunsten der aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflicht
- Pflicht, den Mandanten über daraus resultierende Einschränkungen zu informieren (arg. BGH-Entscheidungen zu Informationspflichten bei Beratung des Gegners in anderen Angelegenheiten)

Wahrung des Gesellschaftsinteresses vs. Vertretung von Mandanteninteressen

C/M/S/ Hasche Sigle

§ 43a Abs. 4 BRAO
§ 45 BRAO

§ 356 StGB

§ 3 Abs. 2 Satz 1 BORA

§ 43a Abs. 4 BRAO

Widerstreitende Interessen

- Rechtl. divergierend oder rechtlich gleichgerichtet, aber wirtschaftlich divergierend
- Objektive Sichtweise plus ggf. subjektive Interessen des Mandanten
- Keine potentiellen Konflikte

Dieselbe Angelegenheit =
Einheitlicher Lebenssachverhalt

- Partielle Überschneidung ausreichend

Erstreckung auf Sozietät

- § 45 Abs. 3 BRAO
- § 3 Abs. 2 Satz 1 BORA

§ 3 Abs. 2 Satz 1 BORA

§ 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO

- Vorbefassung als AR
- § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO
- Vorbefassung als Anwalt

Befreiung nicht möglich, Ausnahme § 3 Abs. 2 Satz 2 BORA

Wahrung des Gesellschaftsinteresses vs. Vertretung von Mandanteninteressen

C/M/S/ Hasche Sigle

- Auftragsrecht: §§ 675, 662 BGB –
Hauptpflicht: Vertretung der Interessen des Mandanten

- Aktienrecht: Pflicht, das Gesellschaftsinteresse zu beachten (Loyalitäts- und Förderpflicht); Förderpflicht eingeschränkt, da AR-Mandat nur Nebenamt
 - Kollidierende Interessen aus beruflichen/vertraglichen Verpflichtungen müssen hinter das Gesellschaftsinteresse zurücktreten
 - Stimmenthaltung, Nichtteilnahme an Beratungen, Ausschluss von Informationen, Ausscheiden aus AR
 - Einschränkungen im Hauptberuf ?
 - Kein aktives Handeln zum Nachteil der AG
 - A. A.: Keine Einschränkungen

Wahrung des Gesellschaftsinteresses vs. Vertretung von Mandanteninteressen

C/M/S/ Hasche Sigle

Mandate von Aktionären

- "Dieselbe Angelegenheit" Gegenstand des Aktionärsmandats:
 - "Beratung in gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Fragen (in Zusammenhang mit der XY-Beteiligung)"
 - Alle Maßnahmen, in denen die HV gesetzlich zuständig ist oder die ihr zur Zustimmung vorgelegt werden
 - Alle Maßnahmen, die auch mittelbar Auswirkungen auf den Aktionär haben (zB Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital, Ausgabe von Wandel-SV)
 - Verträge zwischen AG und Aktionär
 - Prüfung und Billigung Jahresabschluss
 - Überwachung und Prüfung konzerninterner Geschäfte, Abhängigkeitsbericht

Mandate von Aktionären

- Tätigkeitsverbote (sozietätsweit)
 - § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO (Vorbefassung im Nebenamt = als AR)
 - Anwaltsmandat darf nicht übernommen werden
 - Übernahme durch anderen Partner der Sozietät möglich, falls Befreiung nach § 3 Abs. 2 Satz 2 BORA
 - Im Einzelfall
 - Umfassende Belehrung
 - Belange der Rechtspflege stehen nicht entgegen
 - Einverständnis in Textform
 - Endet mit Ende der beruflichen (= AR-)Tätigkeit

Mandate von Aktionären

- Tätigkeitsverbote (sozietätsweit)
 - § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO (Vorbefassung als Anwalt)
 - Endet nicht mit Beendigung des Anwaltsmandats
 - AR-Mandat darf nicht übernommen werden
 - Anwalt ist aber auch aktienrechtlich als AR-Mitglied inhabil, da er an wesentlichen Beratungen, Tätigkeiten und Beschlüssen des AR wegen (aktienrechtlichen) Interessenkonflikts und (berufsrechtlichen) Tätigkeitsverbots nicht mitwirken könnte
 - Wahlbeschluss ist wegen Gesetzesverstoßes anfechtbar
 - Körfer – Schaeffler – Continental

Wahrung des Gesellschaftsinteresses vs. Vertretung von Mandanteninteressen

C/M/S/ Hasche Sigle

Mandate der AG

- Aktienrecht - §§ 113, 114 AktG
- Berufsrecht – nicht-anwaltliche Vorbefassung - § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO
 - Dem Mandat zugrunde liegender Sachverhalt darf nicht Gegenstand von Berichterstattung oder Beratung / Beschlussfassung im AR sein
 - Befreiung möglich
- Gegenansicht: Teleologische Reduktion des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO, da AR-Mitglied rechtlich und tatsächlich keiner Einflussnahme unterliegt (anders als Syndikus)
 - Aber: § 45 BRAO hat andere ratio legis als § 46 BRAO: Hier geht es nicht um Unabhängigkeit, sondern um Interessenkonflikte bzw. Konflikte aus unterschiedlichen Rollen, die keine Vertretung widerstreitender Interessen sind

Wahrung des Gesellschaftsinteresses vs. Vertretung von Mandanteninteressen

C/M/S/ Hasche Sigle

Mandate der AG

- Anwalt soll während eines lfd. Beratungsmandats für die AG (dessen Gegenstand auch künftig im AR zu behandelnde Dinge sind) in den AR gewählt werden
 - Tätigkeitsverbot § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO, d. h. umfassendes Mitwirkungsverbot bzgl. anwaltlich betreuter Angelegenheit

Wahrung des Gesellschaftsinteresses vs. Vertretung von Mandanteninteressen

C/M/S/ Hasche Sigle

Mandate der AG

- Anwalt ist AR-Mitglied und hat aus anwaltlicher Tätigkeit Informationen, die AR nicht hat
 - Mandat hat unmittelbaren Bezug zur AR-Tätigkeit (zB zustimmungspflichtiges Geschäft)
 - RA kann seine AR-Kollegen informieren, da AR zur Entscheidungsfindung berufenes Organ der Mandantin ist
 - A. A.: Ohne Entbindung von der Schweigepflicht durch VS (-)
 - AR hat im Rahmen des Mandats keine Funktion
 - RA kann seine AR-Kollegen informieren, wenn Sachverhalt (eigentlich) Anlass für Anlassbericht des VS darstellt
- Anwalt hält das mandatsgegenständliche Geschäft für nicht im Interesse der Gesellschaft
 - Geschäft ist zustimmungspflichtig: Bedenken im AR vortragen und dagegen stimmen
 - Geschäft ist nicht Gegenstand der AR-Tätigkeit ???

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Rechtsanwälte sind in neun wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Moskau und Shanghai für ihre Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung der unabhängigen Mitgliedssozialitäten. CMS Legal Services EEIG erbringt keinerlei Mandantenleistung. Derartige Leistungen werden in den jeweiligen Ländern ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten erbracht. In bestimmten Fällen dient CMS als Marken- oder Firmenname einzelner beziehungsweise aller Mitgliedssozialitäten oder deren Büros oder bezieht sich auf diese. CMS Legal Services EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständig und unabhängig. Zwischen ihnen besteht keine Beziehung in Form von Mutter- und Tochtergesellschaften beziehungsweise keine Vertreter-, Partner- oder Joint-Venture-Beziehung. Keine Angabe in diesem Dokument ist so auszulegen, dass eine solche Beziehung besteht. Keine Mitgliedssozialität ist dazu berechtigt, im Namen von CMS Legal Services EEIG oder einer anderen Mitgliedssozialität unmittelbar oder mittelbar oder in jeglicher anderer Form Verpflichtungen einzugehen.

Die Mitgliedssozialitäten von CMS sind:

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italien);
CMS Albiñana & Suárez de Lezo (Spanien);
CMS Bureau Francis Lefebvre S.E.L.A.F.A. (Frankreich);
CMS Cameron McKenna LLP (Vereinigtes Königreich);
CMS DeBacker SCRL/CVBA (Belgien);
CMS Derks Star Busmann N.V. (Niederlande);
CMS von Erlach Henrici AG (Schweiz);
CMS Hasche Sigle, Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern (Deutschland);
CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Österreich) und
CMS Rui Pena, Arnaut & Associados RL (Portugal).
www.cmslegal.com

CMS-Büros und verbundene Büros:

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dresden, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt / Main, Hamburg, Kiew, Köln, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, London, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Moskau, München, Paris, Peking, Prag, Rio de Janeiro, Rom, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern, Sitz: Berlin (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

www.cms-hs.com