

---

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

Dr. Hildegard Ziemons

<b>I.</b>	<b>Aktienrechtliche Transparenz vs. anwaltliche Diskretion .....</b>	<b>2</b>
1.	Berufsrechtliche Grundlagen .....	2
a)	Überblick .....	2
b)	Gegenstand der Verschwiegenheitspflicht .....	2
c)	Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht .....	3
2.	Aktienrecht .....	4
a)	Offenlegung vor der Wahl .....	4
aa)	Vorgaben des AktG und des DCGK .....	4
bb)	Konsequenzen für die Vorbereitung des Wahlvorschlags .....	5
cc)	Information des Nominierungsgremiums und Verschwiegenheitspflicht .....	6
dd)	Abweichung von den Empfehlungen des DCGK .....	7
b)	Information der Hauptversammlung .....	8
aa)	Gesetzliche Regelung .....	8
bb)	Auswirkungen der anwaltlichen Schweigepflicht auf das Auskunftsrecht .....	9
cc)	Exkurs: Fragerecht in Zusammenhang mit der Entlastung des Aufsichtsrats .....	10
c)	Information des Aufsichtsrats über Interessenkonflikte während der Amtszeit .....	10
aa)	Konkrete Konflikte .....	10
bb)	Potentielle Konflikte .....	11
d)	Verwendung beruflich erworbenen Wissens .....	11
<b>II.</b>	<b>Aktienrechtliche Verschwiegenheit vs. Information des Mandanten .....</b>	<b>12</b>
<b>III.</b>	<b>Wahrung des Gesellschaftsinteresses vs. Verfolgung von Mandanteninteressen .....</b>	<b>13</b>
1.	Berufsrechtlich: Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen und Pflicht zur Vertretung der Interessen des Mandanten .....	13
a)	Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen und Tätigkeitsverbote nach Vorbefassung .....	13
b)	Pflicht zur Vertretung der Interessen des Mandanten .....	15
2.	Aktienrechtlich: Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse .....	15
3.	Mandate von Aktionären .....	16
4.	Mandate der AG .....	17
a)	Anwalt ist bereits Mitglied des Aufsichtsrats .....	17
b)	Mandatiertes Anwalt als (potentieller) Aufsichtsratskandidat .....	18
c)	Information des Aufsichtsrats über aus dem Mandat erlangte Kenntnisse .....	18
5.	Mandate gegen die AG .....	20

### I. Aktienrechtliche Transparenz vs. anwaltliche Diskretion

#### 1. Berufsrechtliche Grundlagen

##### a) Überblick

Die in § 43a BRAO normierte und in § 2 BORA konkretisierte Pflicht zur Verschwiegenheit ist eine der tragenden Säulen des Anwaltsberufs schlechthin<sup>1</sup>. Verstöße werden strafrechtlich durch § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB und berufsrechtlich nach §§ 113 ff. BRAO sanktioniert. Der Verschwiegenheitspflicht korrespondiert ein Recht zur Verschwiegenheit. Dieses wird prozessual z. B. durch die Zeugnisverweigerungsrechte in § 383 ZPO und § 53 StPO abgesichert.

Recht und Pflicht zur Verschwiegenheit sind unabdingbare Voraussetzung für das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant, das seinerseits Voraussetzung für die Tätigkeit des Anwalts als unabhängiges Organ der Rechtspflege und berufener unabhängiger Berater (§§ 1, 3 BRAO) ist<sup>2</sup>. Obgleich das Anwaltsgeheimnis auch dem Allgemeininteresse an einer unabhängigen rechtsstaatlichen Rechtspflege dient<sup>3</sup>, ist doch der Mandant Herr des Geheimnisses<sup>4</sup> und kann den Anwalt von der Schweigepflicht entbinden<sup>5</sup> (vgl. auch § 53 Abs. 2 StPO, § 385 Abs. 2 ZPO) – mit der Folge, dass auch das Recht zur Verschwiegenheit entfällt (vgl. auch § 53 Abs. 2 StPO, § 385 Abs. 2 ZPO).

##### b) Gegenstand der Verschwiegenheitspflicht

Die Pflicht zur Verschwiegenheit bezieht sich auf alles, was dem Anwalt in Ausübung seines Berufs bekannt geworden ist, § 43a Abs. 2 Satz 2 BRAO. Hierunter fallen auch der Name des Mandanten<sup>6</sup> oder das Bestehen eines Mandatsverhältnisses<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Henssler in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 39; Böhnlein in Feuerich/Weinland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 12; Kleine-Cosack, BRAO, 6. Aufl. 2009, § 43a BRAO Rz. 4.

<sup>2</sup> Henssler in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 41 f.; Böhnlein in Feuerich/Weinland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 12.

<sup>3</sup> Henssler in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 42; Böhnlein in Feuerich/Weinland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 12.

<sup>4</sup> Henssler in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 42; Böhnlein in Feuerich/Weinland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 24.

<sup>5</sup> Henssler in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 42; Hartung in Hartung, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 2 BORA Rz. 28.

<sup>6</sup> Henssler in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 45, 47.

<sup>7</sup> Kleine-Cosack, BRAO, 6. Aufl. 2009, § 43a BRAO Rz. 12. Vgl. für Steuerberater: BFH v. 14.5.2002 – IX R 31/00, BFHE 198, 319 = NJW 2002, 2903.

Ausgenommen sind nur offenkundige Tatsachen, § 43a Abs. 2 Satz 3 BRAO. Ob ein Mandatsverhältnis bereits offenkundig ist, wenn in bereichsspezifischen Medien wie „juve“ oder „Kanzleien in Deutschland“ hierüber mit dem Hinweis „aus dem Markt bekannt“ berichtet wurde, ist nicht zweifelsfrei. Zwar ist das Mandatsverhältnis nach einer solchen Veröffentlichung einem größeren nicht durch individuelle Beziehungen verbundenen Personenkreis bekannt bzw. jeder kann sich darüber unschwer, d. h. ohne besonderes Fachwissen aus allgemein zugänglichen Quellen (Internet) unterrichten<sup>8</sup>, aber man wird hier mit *Henssler*<sup>9</sup> zwischen der Pressedarstellung, die offenkundig ist, aber deren Wahrheitsgehalt nicht ohne weiteres offenkundig ist, und der Tatsache als solcher differenzieren müssen. Berücksichtigt man außerdem die Praxis, wonach der Veröffentlichung im Regelfall eine Nachfrage des Journalisten voraus geht, in der der Anwalt die Mandatierung, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht offenkundig ist, (unter Verletzung der Schweigepflicht) bestätigt hat<sup>10</sup>, spricht vieles dafür, derartig veröffentlichte Mandatsverhältnisse nicht als offenkundig im Sinne von § 43a BRAO zu betrachten.

### c) Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht

Nur der Mandant, ggf. vertreten durch das vertretungsberechtigte Organ, kann den Anwalt von der Schweigepflicht entbinden.

Eine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis kann grundsätzlich auch konkludent erfolgen<sup>11</sup>. Wenn die Nennung von Mandant bzw. Mandat jedoch in den Grenzen von § 6 Abs. 2 Satz 2 BORA zu Werbezwecken erfolgt, muss die diesbezügliche Einwilligung des Mandanten ausdrücklich erfolgen.

Im Zweifel macht der Mandant sich keinerlei Gedanken darüber, dass der Anwalt in einem seiner Nebenämter Angaben zur Mandatierung macht, daher liegt in der Regel keine konkludente Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht vor. Unabhängig davon sollte man die Möglichkeit der konkludenten Befreiung auf die mit der Mandatsbearbeitung verbundene Kommunikation beschränken. In allen anderen Fällen dürfte eine ausdrückliche Befreiung erforderlich sein, die aus Beweisgründen mindestens in Textform erfolgen sollte.

---

<sup>8</sup> Vgl. dazu *Henssler* in *Henssler/Prütting*, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 54; *Hartung* in *Hartung*, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 2 BORA Rz. 23.

<sup>9</sup> *Henssler* in *Henssler/Prütting*, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 54.

<sup>10</sup> Vgl. auch *Henssler* in *Henssler/Prütting*, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 55.

<sup>11</sup> Vgl. dazu *Henssler* in *Henssler/Prütting*, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 66 ff.; *Böhnlein* in *Feuerich/Weinland*, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 25.

### 2. Aktienrecht

#### a) Offenlegung vor der Wahl

##### aa) Vorgaben des AktG und des DCGK

Der Aufsichtsrat muss der Hauptversammlung Vorschläge zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern machen, § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG. Dabei muss der Aufsichtsrat – wie stets – im Interesse der Gesellschaft handeln. Er muss insbesondere darauf achten, dass dann, wenn die Hauptversammlung seinem Wahlvorschlag folgt, der Aufsichtsrat so zusammengesetzt ist, dass er den gesetzlichen Überwachungs- und Beratungsauftrag erfüllen kann und den in der Hertie-Entscheidung des BGH<sup>12</sup> aufgestellten Kriterien genügt werden kann.

Der DCGK empfiehlt in Ziffer 5.4.1 Abs. 2 dass der Aufsichtsrat für seine Zusammensetzung konkrete Ziele benennen soll, die u.a. auch potentielle Interessenkonflikte und die vom Aufsichtsrat für erforderlich erachtete Anzahl von unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern<sup>13</sup> berücksichtigen. Nach Abs. 3 sollen diese Ziele beim Beschlussvorschlag an die Hauptversammlung berücksichtigt werden. Nicht unabhängig sind nach Ziffer 5.4.2 Satz 2 DCGK<sup>14</sup> insbesondere Personen, die in einer persönlichen oder einer geschäftlichen Beziehung zu der Gesellschaft, deren Organen, einem kontrollierenden Aktionär oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen stehen, die einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann.

Die Empfehlung in Ziffer 5.4.2 Satz 3 DCGK verlangt außerdem, dass Aufsichtsratsmitglieder keine Organfunktion oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens, also der Gesellschaft und ihrer Konzernunternehmen, ausüben sollen.

Zudem sollen nach Ziffer 5.4.1 Abs. 4 DCGK<sup>15</sup> die persönlichen und die geschäftlichen Beziehungen eines jeden Kandidaten zur Gesellschaft und ihren Konzernunternehmen, zu Vorstand und Aufsichtsrat sowie zu wesentlich an der Gesellschaft beteiligten Aktionären, also solchen, die direkt oder indirekt mehr als 10% der stimmberechtigten Aktien der Gesellschaft halten, offengelegt werden. Diese Empfehlung zur Offenlegung beschränkt sich auf solche Umstände, die nach der Einschätzung des Aufsichtsrats ein objektiv urteilender Aktionär für seine Wahlentscheidung als maßgebend ansehen würde.

---

<sup>12</sup> BGH v. 15.11.1982 – II ZR 27/82, BGHZ 85, 293 = NJW 1983, 991.

<sup>13</sup> Vgl. dazu *M. Roth*, WM 2012, 1985 (1988); *Hasselbach/Jakobs*, BB 2013, 643 (650).

<sup>14</sup> Vgl. dazu *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, NZG 2012, 1081 (1087 f.); *Hasselbach/Jakobs*, BB 2013, 643 (644 ff.); *Kremer/v. Werder*, AG 2013, 340 (passim); *Florstedt*, ZIP 2013, 337 (passim).

<sup>15</sup> Vgl. dazu *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, NZG 2012, 1081 (1086 f.); *Paschos/Goslar*, NZG 2012, 1361 (1365 f.); *Klein*, AG 2012, 805 (810 ff.); *de Raet*, AG 2013, 488 (passim).

Generell bestimmt schließlich Ziffer 5.5.2 DCGK, dass jedes Aufsichtsratsmitglied Interessenkonflikte, insbesondere solche, die auf Grund einer Beratung oder Organfunktion bei Kunden, Lieferanten, Kreditgebern oder sonstigen Dritten entstehen können, dem Aufsichtsrat gegenüber offenlegen soll.

### **bb) Konsequenzen für die Vorbereitung des Wahlvorschlags**

Soll diesen Empfehlungen gefolgt werden, muss der Aufsichtsrat sich vor Beschlussfassung<sup>16</sup> über den Wahlvorschlag über den Kandidaten informieren und von ihm insbesondere Auskünfte verlangen über:

1. Persönliche Beziehungen zur Gesellschaft bzw. zu ihren Konzernunternehmen, zu den Mitgliedern von Vorstand und Aufsichtsrat der Gesellschaft, zu einem kontrollierenden Aktionär oder zu mit einem kontrollierenden Aktionär verbundenen Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG sowie das sich daraus ergebende Konfliktpotential
2. Geschäftliche Beziehungen zur Gesellschaft bzw. zu ihren Konzernunternehmen, zu den Mitgliedern von Vorstand und Aufsichtsrat der Gesellschaft, zu einem kontrollierenden Aktionär oder zu mit einem kontrollierenden Aktionär verbundenen Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG sowie das sich daraus ergebende Konfliktpotential
3. Organfunktionen bei wesentlichen Wettbewerbern der Gesellschaft bzw. ihrer Konzernunternehmen
4. Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern der Gesellschaft bzw. ihrer Konzernunternehmen
5. Organfunktionen bei Kunden, Lieferanten, Kreditgebern oder sonstigen Dritten und sich daraus möglicherweise ergebende Interessenkonflikte, wobei insoweit eine abstrakte Beschreibung ausreicht
6. Beratungsaufgaben bei Kunden, Lieferanten, Kreditgebern oder sonstigen Dritten und sich daraus möglicherweise ergebende Interessenkonflikte

Anmerkungen:

Bei 1. und 2. kann die Beurteilung, ob die persönliche bzw. geschäftliche Beziehung einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann,

---

<sup>16</sup> A. A. Zilles/Deutsch, ZCG 2013, 69 (70).

nicht allein dem Kandidaten überlassen werden. Hier muss sich der Aufsichtsrat ein eigenes Bild machen. Daher sind sie sämtlich abzufragen<sup>17</sup>.

Die Angaben zu 5. und 6. sind erforderlich, da auch potentielle Interessenkonflikte beim Wahlvorschlag zu berücksichtigen sind.

### cc) Information des Nominierungsgremiums und Verschwiegenheitspflicht

Die Angaben zu persönlichen Beziehungen (oben 1. unter bb)) und Organfunktionen (oben 3. und 5. unter bb)) kann auch ein als Rechtsanwalt tätiger Kandidat ohne weiteres machen.

Standesrechtlich zulässig sind auch Angaben zu den Geschäftsbeziehungen zur Gesellschaft. Der Erklärungsempfänger (Aufsichtsrat bzw. Nominierungsausschuss) ist Organ der Mandantin und innerhalb der Gesellschaft gibt es keinen Geheimnisschutz; selbst wenn man eine Einwilligung der mandatierenden Gesellschaft für erforderlich halten würde, müsste der Vorstand diese (aktienrechtlich) erteilen. Im Übrigen kann sich der Aufsichtsrat diese Informationen über einen Anforderungsbericht gemäß § 90 Abs. 3 Satz 1 AktG beschaffen.

Informationen über Beratungsaufträge von verbundenen Unternehmen können über § 90 Abs. 3 Satz 1 AktG nicht beschafft werden, da es sich bei einem anwaltlichen Beratungsvertrag im Regelfall nicht um einen geschäftlichen Vorgang bei der Tochtergesellschaft handelt, der von erheblichem Einfluss auf die Lage der Obergesellschaft sein kann. In diesen Fällen dürfte der Anwalt aber unschwer von der mandatierenden Konzerngesellschaft eine Entbindung von der Schweigepflicht erlangen können.

Problematisch ist hingegen die Erteilung der übrigen Auskünfte zu geschäftlichen Beziehungen, soweit sie die anwaltliche Beratung betreffen.

Angaben zur Beratung der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat der Gesellschaft, eines kontrollierenden Aktionärs oder eines mit einem kontrollierenden Aktionär verbundenen Unternehmens im Sinne der §§ 15 ff. AktG, eines wesentlichen Wettbewerbers der Gesellschaft bzw. ihrer Konzernunternehmen, eines Kunden, Lieferanten, Kreditgebers oder sonstigen unter dem Aspekt eines potentiellen Interessenkonflikts relevanten Dritten darf der Anwalt nicht machen<sup>18</sup>.

Aus den Entscheidungen des BGH zu den Informationspflichten bei Mandatsannahme bezüglich der Vertretung des Gegners in anderen Angelegenheiten<sup>19</sup> kann man nicht schließen,

---

<sup>17</sup> *de Raet*, AG 2013, 488 (496).

<sup>18</sup> A. A. *Hasselbach/Jakobs*, BB 2013, 643 (651).

<sup>19</sup> BGH v. 8.11.2007 – IX ZR 5/06, BGHZ 174, 186 = NJW 2008, 1307; BGH v. 7.6.1984 – III ZR 37/83, NJW 1985, 41.

dass Informationspflichten (oder gar nur: Informationsobliegenheiten) gegenüber Dritten nicht vom Mandanten gebilligte Durchbrechungen der Verschwiegenheitspflicht legitimieren<sup>20</sup>. Die aus dem Konflikt zwischen Verschwiegenheits- und Informationspflicht zu ziehende Konsequenz bei Mandatsannahme liegt auf der Hand: Das neue Mandat muss unverzüglich und ohne Angabe von Gründen abgelehnt werden<sup>21</sup>.

Diese Wertungen gelten auch im Rahmen der Mitteilung von geschäftlichen Beziehungen zu Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitgliedern, Wettbewerbern etc. an den Nominierungsausschuss bzw. Gesamtaufichtsrat. Ohne Einwilligung des Mandanten darf der potentielle Kandidat nur sagen, dass er bzw. seine Sozietät zu diesen Gruppen oder zu einer dieser Gruppen geschäftliche Beziehungen unterhält. Dabei ist darauf zu achten, dass Rückschlüsse auf die Person des bzw. der Mandanten ausgeschlossen sind<sup>22</sup>. Ist das nicht möglich, muss der Anwalt ohne Angabe von Gründen erklären, dass er derartige Fragen prinzipiell nicht beantwortet oder dass er für ein Aufsichtsratsmandat nicht zur Verfügung steht.

### **dd) Abweichung von den Empfehlungen des DCGK**

Was bedeutet das nun für die Empfehlungen des DCGK und die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG?

(1) Empfehlung zur Offenlegung von persönlichen und die geschäftlichen Beziehungen des Kandidaten zur Gesellschaft und ihren Konzernunternehmen, zu Vorstand und Aufsichtsrat sowie zu wesentlich an der Gesellschaft beteiligten Aktionären beim Wahlvorschlag (Ziffer 5.4.1 Abs. 4 DCGK): Diese Beziehungen können dem Aufsichtsrat nur mitgeteilt und von diesem nach Beurteilung der Relevanz für die Wahlentscheidung eines vernünftigen Aktionärs veröffentlicht werden, wenn der Mandant des Kandidaten den Anwalt von der Schweigepflicht entbunden hat. Eine Ausnahme gilt nach der hier vertretenen Auffassung nur für Mandatsbeziehungen zur Gesellschaft, da der Aufsichtsrat sich die diesbezüglichen Informationen auch gesellschaftsintern im Wege von Anforderungsberichten nach § 90 Abs. 3 Satz 1 AktG beschaffen kann.

Liegen die erforderlichen Entbindungen von der Schweigepflicht nicht vor<sup>23</sup>, mit der Folge, dass eine Offenlegung gemäß Ziffer 5.4.1 Abs. 4 DCGK nicht erfolgen kann, oder hat der Kandidat nicht bestätigt, dass keine derartigen Mandatsbeziehungen bestehen, muss vor Veröffentlichung des Wahlvorschlags eine Abweichung von dieser Empfehlung erklärt und

---

<sup>20</sup> Henssler in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 115 f. A.A. Fischer, AnwBl 2009, 178 (179); Kleine-Cosack, BRAO, 6. Aufl. 2009, § 43a BRAO Rz. 21.

<sup>21</sup> Henssler in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 116; Kleine-Cosack, AnwBl 2008, 278 (280); teilw. abw. Grunewald, JZ 2008, 691 (692). A. A. Fischer, AnwBl 2009, 178 (179).

<sup>22</sup> Vgl. auch Kleine-Cosack, BRAO, 6. Aufl. 2009, § 43a BRAO Rz. 21.

<sup>23</sup> Vgl. dazu de Raet, AG 2013, 488 (495 f.).

publiziert werden<sup>24</sup>. Die gesetzlich geforderte Begründung für die Abweichung könnte dahin gehen, dass man von der Befolgung dieser Empfehlung mit Rücksicht auf die anwaltliche Schweigepflicht eines für den Aufsichtsrat vorgeschlagenen Kandidaten absehe, ihr aber in Hinblick auf die nicht gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichteten Kandidaten nachkomme.

(2) In Hinblick auf die Empfehlungen in Ziffer 5.4.1 Abs. 3 und 5.4.2 Satz 3 DCGK ist zu differenzieren:

Wenn keine Mandatsbeziehungen zu Wettbewerbern bestehen und der Kandidat das bestätigt hat, kann der Empfehlung in Ziffer 5.4.2 Satz 3 DCGK (keine Beratungsaufgaben bei Wettbewerbern) entsprochen werden. Entsprechendes gilt bei entsprechender Negativklärung auch für die Empfehlung in Ziffer 5.4.1 Abs. 3 DCGK (Berücksichtigung der Ziele für die Zusammensetzung) in Hinblick auf die hier interessierenden Aspekte potentielle Interessenkonflikte (vgl. dazu auch Ziffer 5.5.2 DCGK) und Unabhängigkeit.

Wurden abstrakt Mandatsbeziehungen zu Wettbewerbern mitgeteilt, ist eine Abweichung von Ziffer 5.4.2 Satz 3 DCGK zu erklären. Vorbehaltlich von Besonderheiten des Einzelfalls ist – jedenfalls in Hinblick auf potentielle Interessenkonflikte – keine Abweichung von Ziffer 5.4.1 Abs. 3 DCGK zu erklären, da der Aufsichtsrat sich mit diesem Aspekt befasst hat – auch wenn ihm die Einzelheiten nicht bekannt waren.

Wenn der Kandidat unter Hinweis auf seine Schweigepflicht generell keine Auskünfte erteilt hat, sind Abweichungen von diesen Empfehlungen zu erklären und zu publizieren, ehe der Wahlvorschlag bekannt gemacht wird.

### **b) Information der Hauptversammlung**

#### **aa) Gesetzliche Regelung**

Ist die Wahl von Mitgliedern des Aufsichtsrats Gegenstand der Tagesordnung, können die Aktionäre Fragen zur Qualifikation der Kandidaten, zu möglichen Interessenkonflikten und zu ihren Beziehungen zu Organmitgliedern und maßgeblichen Aktionären der Gesellschaft stellen<sup>25</sup>.

Die Pflicht zur Beantwortung trifft nach allgemeinen Regeln die Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand. Der Vorstand ist nach allgemeinen Regeln verpflichtet, sich auf die Beantwortung zu erwartender Aktionärsfragen vorzubereiten und die zur Beantwortung er-

---

<sup>24</sup> Vgl. dazu LG Hannover v. 17.3.2010 – 23 O 124/09, NZG 2010, 744.

<sup>25</sup> LG Hannover v. 19.8.2009 – 23 O 90/09, AG 2009, 914. A. A. OLG Düsseldorf v. 22.11.2012 – 6 U 18/12, NZG 2013, 178.



forderlichen Informationen zu beschaffen. In der Praxis wird häufig so verfahren, dass im Vorfeld vereinbart wird, dass der Aufsichtsratsvorsitzende die einen Kandidaten betreffenden Fragen als Sprechgehilfe des Vorstands beantworten soll und sich der Vorstand dann diese Antworten zu eigen macht. Im Rahmen dieser Abrede übernimmt es dann auch der Aufsichtsratsvorsitzende regelmäßig, die zur Beantwortung zu erwartender Fragen erforderlichen Informationen zu beschaffen.

Die Pflicht zur Beantwortung von Aktionärsfragen kann jedoch nur im Rahmen des gesetzlich Zulässigen bestehen.

### **bb) Auswirkungen der anwaltlichen Schweigepflicht auf das Auskunftsrecht**

Soweit die Gesellschaft über die nachgefragte Information verfügt, ist die Frage zu beantworten. Eine Auskunftsverweigerung ist nur nach allgemeinen Regeln (§ 131 Abs. 3 AktG) möglich. Eine Berufung auf § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG ist idR nicht statthaft; jedenfalls ist es schwer vorstellbar, dass eine wahrheitsgemäße Antwort der Gesellschaft einen nicht unerheblichen Nachteil zufügen würde.

Eine Berufung auf § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 AktG ist ebenfalls ausgeschlossen, da sich der Vorstand durch die Offenlegung einer der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegenden Mandatsbeziehung des Aufsichtsratskandidaten nicht strafbar macht<sup>26</sup>. Wenn der Gesellschaft also bekannt ist, dass der Kandidat den Wettbewerber X berät, muss sie die diesbezügliche Frage des Aktionärs beantworten und kann sich nicht darauf berufen, dass der Kandidat zur Verschwiegenheit verpflichtet ist und sich – würde er selbst antworten – strafbar machen würde. Der Vorstand kann sich der Auskunftspflicht auch nicht dadurch entziehen, dass er den zur Verschwiegenheit verpflichteten Kandidaten zu seinem Sprechgehilfen macht<sup>27</sup>.

Anders ist es hingegen, wenn die Gesellschaft keine Informationen in Hinblick auf die Beratung von Wettbewerbern durch den Kandidaten hat. Sie ist dann zwar verpflichtet, diesen um entsprechende Auskünfte zu bitten. Wenn der Kandidat daraufhin die Mandatsbeziehungen unter Hinweis auf seine Verschwiegenheitspflicht nicht offenlegt, kann sie die Antwort auf die Frage nach Beratungsmandaten unter Hinweis auf diesen Sachverhalt verweigern, ohne dass eine Verletzung des Auskunftsrechts vorliegt. Die Gesellschaft, aber auch der auskunftswillige Aktionär müssen die anwaltliche Schweigepflicht achten.

---

<sup>26</sup> LG Hannover v. 19.8.2009 – 23 O 90/09, AG 2009, 914.

<sup>27</sup> LG Hannover v. 19.8.2009 – 23 O 90/09, AG 2009, 914.

### cc) Exkurs: Fragerecht in Zusammenhang mit der Entlastung des Aufsichtsrats

Wenn im auf die Aufsichtsratswahl folgenden Jahr die Entlastung des Aufsichtsrats Gegenstand der Tagesordnung ist, ist auch die Vorbereitung des Wahlvorschlags durch den Aufsichtsrat Gegenstand des Fragerechts. Fragen nach Erstellung eines Kandidatenprofils, Prüfung der Passgenauigkeit des Kandidaten zum Anforderungsprofil und zu den Zielen für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats sowie den Gründen für Abweichungen, zu den Abwägungen des Aufsichtsrats zu (potentiellen) Interessenkonflikten und zur Unabhängigkeit Kandidaten u. ä. müssen beantwortet werden. Antworten können nicht unter Berufung auf das Beratungsgeheimnis im Aufsichtsrat versagt werden<sup>28</sup>.

### c) Information des Aufsichtsrats über Interessenkonflikte während der Amtszeit

Interessenkonflikte des anwaltlichen Aufsichtsratsmitglieds können aus seinen Mandatsbeziehungen zu Kunden, Lieferanten, Kreditgebern oder sonstigen Dritten, einschließlich Aktionären, entstehen. Aktienrechtlich müssen konkret auftretende bzw. aufgetretene Interessenkonflikte dem Aufsichtsrat gegenüber offengelegt werden<sup>29</sup>. Die Empfehlung in Ziffer 5.5.2 DCGK verlegt diese Offenlegungspflicht vor. Danach sollen auch solche Interessenkonflikte offen gelegt werden, die auftreten können (potentielle Interessenkonflikte).

### aa) Konkrete Konflikte

Die Geheimhaltungspflicht besteht nicht, soweit die BORA oder andere Rechtsvorschriften Ausnahmen zulassen. Zwar ist die Pflicht zur Information des Gremiums über konkret auftretende Interessenkonflikte nicht ausdrücklich im AktG geregelt, aber sie ist Ausfluss der Treupflicht.

Andererseits sind die unzweifelhaft unter § 2 Abs. 3 Alt. 1 BORA fallenden Situationen, in denen die Pflicht zur Verschwiegenheit nicht besteht (§ 138 StGB, §§ 840, 807 ZPO)<sup>30</sup>, dadurch gekennzeichnet, dass die die Offenbarungspflicht begründende Situation nicht auf eine freie Entscheidung des Anwalts zurückzuführen ist oder dem Schutz höherrangiger Rechtsgüter (z. B. Besteuerungsgleichheit in Hinblick auf Angaben zu Bewertungskosten nach § 4 Abs. 5 EStG<sup>31</sup>, nicht aber bei Verdacht auf Sozialversicherungsbetrug<sup>32</sup>) dient. Die Übernahme eines Aufsichtsratsmandats beruht aber auf einer freien Entscheidung des An-

---

<sup>28</sup> Zutreffend: *Zilles/Deutsch*, ZCG 2013, 69 (71 f.).

<sup>29</sup> *Mertens/Cahn* in KölnKomm AktG, 3. Aufl. 2013, § 100 Rz. 30 ff.; *Habersack* in MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2008, § 100 Rz. 68 je mwN; *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141 (141, 144 f.).

<sup>30</sup> Vgl. dazu *Hartung* in *Hartung*, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 2 BORA Rz. 31 ff.

<sup>31</sup> Vgl. dazu *Hartung* in *Hartung*, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 2 BORA Rz. 39 f.

<sup>32</sup> OLG Brandenburg v. 5.3.2012 – 1 U 18/11, NJW-RR 2012, 1191.

walts und ist damit der Abtretung der Honorarforderung, die nur in den engen Grenzen des § 49b Abs. 4 BRAO zulässig ist, vergleichbar. Auch der traditionelle Ansatz, der in wenigen Fällen die nicht vom Mandanten konsenterte Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht dadurch legitimiert, dass die Abwägung der mit der Schweigepflicht kollidierenden Rechtsgüter und Interessen zugunsten letzterer ausgefallen ist<sup>33</sup>, führt nicht dazu, dass das Interesse der Gesellschaft an interessenkonfliktfreien Entscheidungen des Aufsichtsrats überwiegt. Daher berechtigt die aus der Übernahme eines Aufsichtsratsmandats folgende gesetzliche Pflicht zur Offenlegung von (konkreten) Interessenkonflikten nicht zur Verletzung des Anwaltsgeheimnisses.

### bb) Potentielle Konflikte

Die über die gesetzliche Pflicht hinausgehende Kodex-Empfehlung in Ziffer 5.5.2 DCGK berechtigt in keiner Weise eine Durchbrechung der Schweigepflicht. Daher ist hier regelmäßig eine Abweichung zu erklären, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich aus der anwaltlichen Tätigkeit ein Interessenkonflikt ergeben kann.

### d) Verwendung beruflich erworbenen Wissens

Aktienrechtlich ist ein Mitglied des Aufsichtsrats verpflichtet, außerhalb des Aufsichtsratsamts erlangtes Wissen der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen.

Berufsrechtlich verstößt das bloße Ausnutzen beruflich erlangten Wissens ohne dessen Weitergabe im Wege der Offenbarung im Aufsichtsrat oder gegenüber dem Vorstand (also die bloße Verwertung von „Insiderwissen“) nicht gegen die Verschwiegenheitspflicht<sup>34</sup>. Die Verwertung von „Insiderwissen“ kann aber im Einzelfall gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 43a Abs. 4 BRAO) verstoßen<sup>35</sup>.

Kritisch sind insbesondere folgende Konstellationen: Das Aufsichtsratsmitglied weiß aus einem Anwaltsmandat, dass im Rahmen einer bevorstehenden Erbaueinandersetzung die partielle Veräußerung der Erbmasse, zu der auch für die Gesellschaft interessante Immobilien oder Beteiligungen gehören, erforderlich sein wird. Darf er nun den Vorstand anregen, den Erwerb dieser Immobilien etc. zu prüfen? Das wird man wohl bejahen können, wenn

---

<sup>33</sup> Vgl. *Henssler* in *Henssler/Prütting*, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 88.

<sup>34</sup> *Henssler* in *Henssler/Prütting*, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 60; *Böhnlein* in *Feuerich/Weinland*, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 19; *Kleine-Cosack*, BRAO, 6. Aufl. 2009, § 43a BRAO Rz. 20.

<sup>35</sup> *Henssler* in *Henssler/Prütting*, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 60; *Böhnlein* in *Feuerich/Weinland*, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 19; *Hartung* in *Hartung*, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 2 BORA Rz. 2.

ausgeschlossen werden kann, dass aus dem Hinweis auf das Mandatsverhältnis geschlossen werden kann.

Zur Verwendung von aus Mandaten der AG erworbenem Wissen unter III. 4. c).

### II. Aktienrechtliche Verschwiegenheit vs. Information des Mandanten

Aufsichtsratsmitglieder unterliegen einer strikten Schweigepflicht in Bezug auf vertrauliche Angaben und Gesellschaftsgeheimnisse (§§ 116 Satz 1 iVm 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, wobei § 116 Satz 2 AktG vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen besonders hervorhebt). Diese gesellschaftsrechtliche – zivilrechtlich mit Schadensersatzpflichten sanktionierte und eine Abberufung aus wichtigem Grund legitimierende – Geheimhaltungspflicht wird strafrechtlich durch § 404 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 AktG flankiert, der die unbefugte Offenbarung von Geheimnissen der Gesellschaft ahndet.

Die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht ist umfassend und gilt nicht nur gegenüber außenstehenden Dritten, Mitarbeitern, Betriebsräten etc., sondern auch gegenüber Aktionären<sup>36</sup>. In der aktienrechtlichen Literatur ist umstritten, ob die Verschwiegenheitspflicht auch im Konzern gilt<sup>37</sup> oder ob Aufsichtsratsmitglieder das herrschende Unternehmen ausnahmsweise (zu Zwecken der Konzernleitung) informieren dürfen<sup>38</sup>. Für diese Ausnahme besteht kein Anlass. Die zur Konzernleitung benötigten Informationen können (und müssen) ausschließlich über den Vorstand der abhängigen Gesellschaft beschafft werden, sei es durch entsprechende Weisung zur Auskunftserteilung im Vertragskonzern, sei es durch ein Auskunftersuchen im faktischen Konzern, das ggf. eine Verpflichtung zum Nachteilsausgleich nach sich zieht. Dogmatisch ließe sich die von der Gegenansicht befürwortete Durchbrechung der Vertraulichkeit auch nur mit der Wahrnehmung berechtigter Interessen legitimieren. Daher würde eine Lockerung der Verschwiegenheitspflicht im Konzern auch andere Lockerungen der Schweigepflicht, zB der Arbeitnehmervertreter gegenüber Betriebsrat oder Wirtschaftsausschuss, legitimieren.

Die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht kollidiert mit der aus dem Auftragsrecht resultierenden und in § 11 Abs. 1 BORA<sup>39</sup> wiedergegebene Pflicht des Rechtsanwalts, den Mandanten über für ihn wichtige Sachverhalte, die dem Anwalt bekannt sind, zu informieren (vgl. §§ 675, 666 BGB).

---

<sup>36</sup> *Habersack* in MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2008, § 116 Rz. 50, 57.

<sup>37</sup> So zu Recht *Habersack* in MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2008, § 116 Rz. 57; *Spindler* in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 116 Rz. 101 f.

<sup>38</sup> So *Drygala* in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 116 Rz. 31; *Mertens/Cahn* in KölnKomm AktG, 3. Aufl. 2013, § 116 Rz. 42.

<sup>39</sup> Vgl. dazu *Hartung* in BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 11 BORA Rz. 7 ff.

Dieser Konflikt zwischen der unabdingbaren aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflicht und der „bloß“ vertraglichen, durch § 11 BORA näher ausgestalteten Pflicht zur Information des Mandanten wird zugunsten der Verschwiegenheitspflicht gelöst. Darauf ist der Mandant ausdrücklich (am besten in einem Nachtrag zur Mandatsvereinbarung) hinzuweisen.

### III. Wahrung des Gesellschaftsinteresses vs. Verfolgung von Mandanteninteressen

#### 1. Berufsrechtlich: Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen und Pflicht zur Vertretung der Interessen des Mandanten

##### a) Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen und Tätigkeitsverbote nach Vorbefassung

Das in § 43a Abs. 4 BRAO und § 3 BORA geregelte Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen schützt sowohl Interessen der Allgemeinheit (Interessen der Rechtspflege, Wahrung der Unabhängigkeit des Anwalts, Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung) als auch des Mandanten (Vertrauensverhältnis)<sup>40</sup>. Das Verbot gilt nicht nur für den einzelnen Anwalt, sondern auch für die mit ihm in Büro- oder Berufsausübungsgemeinschaft verbundenen Anwälte, so ausdrücklich § 3 Abs. 2 Satz 1 BORA.

§ 43a Abs. 4 BRAO betrifft nur die berufliche Vorbefassung<sup>41</sup>. Es ist umstritten, ob nur anwaltliche Tätigkeiten<sup>42</sup> oder auch sonstige (nebenberufliche) Tätigkeiten<sup>43</sup> tatbestandlich sind. Nach dem engen Verständnis soll anwaltliche Tätigkeit auch vorliegen, wenn der Berufsträger aufgrund seiner Stellung als Anwalt konsultiert wurde<sup>44</sup>. Nicht unter das Verbot fallen rein private Tätigkeiten (etwa ausdrücklich als „privat“ erteilter Rechtsrat)<sup>45</sup>.

§ 3 Abs. 1 Alt. 2 BORA bezieht in das Verbot ausdrücklich auch Vorbefassungen im Sinne von §§ 45 f. BRAO ein, für den hier interessierenden Zusammenhang also sonstige berufli-

---

<sup>40</sup> Vgl. auch BT Drs. 12/4993, S. 27. *Henssler* in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 161; *Böhnlein* in Feuerich/Weinland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 54; *Hartung* in Hartung, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 3 BORA Rz. 38 f.

<sup>41</sup> *Böhnlein* in Feuerich/Weinland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 56.

<sup>42</sup> So *Henssler* in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 186, 196.

<sup>43</sup> So *Böhnlein* in Feuerich/Weinland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 56.

<sup>44</sup> *Henssler* in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 186.

<sup>45</sup> *Henssler* in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 198; *Böhnlein* in Feuerich/Weinland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 56). Einschränkend: *Hartung* in Hartung, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 3 BORA Rz. 70.

che Tätigkeiten nach § 45 Abs. 1 Nr. 4 bzw. Abs. 2 Nr. 2 BRAO. Unter diese Vorschriften wird auch die Tätigkeit als Aufsichtsrat subsumiert<sup>46</sup>.

Das Verbot betrifft Tätigkeiten in Bezug auf einen nach natürlicher Anschauung einheitlichen Lebenssachverhalt; auch nur partielle Überschneidungen der Tatsachenkomplexe, mit denen der Anwalt befasst ist, sind relevant<sup>47</sup>.

Eine Vertretung widerstreitender Interessen liegt vor, wenn rechtlich divergierende Interessen vorliegen oder gleichgerichtete rechtliche Interessen durch divergierende wirtschaftliche Interessen überlagert werden<sup>48</sup>. Ob widerstreitende Interessen, also Interessen, deren Verfolgung bzw. Verwirklichung zu Lasten des jeweils anderen erfolgt<sup>49</sup>, vorliegen, bestimmt sich zunächst objektiv, d.h. aus der Sicht eines objektiven Beobachters als „wohlverstandenes Interesse“ des Mandanten<sup>50</sup>. Ob darüber hinaus oder ergänzend auch das subjektive (ggf. hiervon abweichende) Interesse des Mandanten maßgeblich ist, ist umstritten<sup>51</sup>. Sinn und Zweck der Regelung sprechen dafür, die Interessenbestimmung objektiv vorzunehmen (arg. Gemeinwohlinteressen) und ergänzend die für den Anwalt erkennbaren darüber hinausgehenden subjektiven Interessen zu berücksichtigen (arg. Vertrauensverhältnis)<sup>52</sup>.

Der Interessenkonflikt muss tatsächlich vorliegen<sup>53</sup>, d. h. erkennbar oder ernsthaft zu besorgen sein<sup>54</sup>; potentielle oder künftige Interessenkonflikte können nicht zu einem Tätigkeitsverbot führen.

Eine Befreiung vom Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen ist grundsätzlich nicht möglich. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn das Verbot Folge der gemeinsamen

---

<sup>46</sup> *Böhnlein* in Feuerich/Weinland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 45 BRAO Rz. 29; *H.-F. Müller*, NZG 2002, 797 (799); zweifelnd *Kilian* in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 45 BRAO Rz. 35.

<sup>47</sup> *Henssler* in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 199; *Böhnlein* in Feuerich/Weinland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 60 f.; vgl. auch *Hartung* in Hartung, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 3 BORA Rz. 52 f.

<sup>48</sup> *Henssler* in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 170. Noch weiter: *Böhnlein* in Feuerich/Weinland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 59a auch bloße wirtschaftliche Interessenkonflikte. AA *Hartung* in Hartung, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 64

<sup>49</sup> *Henssler* in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 171.

<sup>50</sup> *Henssler* in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 172.

<sup>51</sup> Dafür *Henssler* in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 172; einschränkend *Hartung* in Hartung, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 3 BORA Rz. 74. Zum Meinungsstand *Hartung* in Hartung, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 3 BORA Rz. 73.

<sup>52</sup> Vgl. auch *Böhnlein* in Feuerich/Weinland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 43a BRAO Rz. 64.

<sup>53</sup> BVerfG v. 20.6.2006 – 1 BvR 594/06, NJW 2006, 2469 = AnwBl 2006, 580; vgl. auch BVerfG v. 3.7.2003 – 1 BvR 238/01, BVerfGE 108, 150 = NJW 2003, 2520. So auch *Henssler* in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 171; *Hartung* in Hartung, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 3 BORA Rz. 72.

<sup>54</sup> BGH v. 2.4.2009 – IX ZR 247/06 (juris).

Berufsausübung ist und die Tätigkeit mehrerer Anwälte derselben Büro- oder Berufsausübungsgemeinschaft betrifft: Dann können die Betroffenen ihre Anwälte unter den Voraussetzungen von § 3 Abs. 2 Satz 2 BORA befreien.

### b) Pflicht zur Vertretung der Interessen des Mandanten

Die Pflicht zur Vertretung der Interessen des Mandanten folgt zum einen als zivilrechtliche Hauptpflicht aus dem Mandatsverhältnis (§§ 675, 662 BGB)<sup>55</sup>, zum anderen aus § 3 Abs. 1 BRAO.

## 2. Aktienrechtlich: Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse

Aufsichtsratsmitglieder sind verpflichtet, stets im Interesse der Gesellschaft zu handeln. Anders gewendet: es besteht die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft nicht zu beeinträchtigen, und die Pflicht, das Gesellschaftsinteresse zu fördern<sup>56</sup>. Da die Tätigkeit als Aufsichtsrat einer Gesellschaft nur Neben- und nicht Hauptamt ist, stellt sich beim Aufsichtsratsmitglied mehr noch als beim Vorstandsmitglied die Frage, wie bei Interessenkonflikten zu verfahren ist.

In Bezug auf die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied besteht weitgehend Einigkeit, dass kollidierende Interessen aus der beruflichen Stellung oder vertraglichen Verpflichtungen hinter das Gesellschaftsinteresse zurücktreten müssen<sup>57</sup>. Gute Corporate Governance verlangt, dass je nach Intensität des Interessenkonflikts (i) Stimmenthaltung oder Nichtteilnahme an der Abstimmung, (ii) Nichtteilnahme an den Beratungen, (iii) Ausschluss von Informationen oder bei dauerhaften Konflikten (iv) Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat geboten sind<sup>58</sup>. Uneinigkeit besteht aber schon dann, wenn es um die Frage geht, ob ein Stimmverbot analog § 34 BGB nicht nur im Fall des Richtens in eigener Sache, sondern auch in anderen Interessenkonfliktfällen besteht. Gegen die Abstinenz bei Abstimmungen, Beratungen oder Informationen wird eingewandt, dies verstoße gegen das Prinzip der Gesamtverantwortung<sup>59</sup>. Einigkeit besteht aber wiederum darin, dass der Aufsichtsrat über Interessenkonflikte zu informieren ist. Das aber kollidiert – wie oben gezeigt – mit der Verschwiegenheitspflicht.

---

<sup>55</sup> Henssler in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a BRAO Rz. 192.

<sup>56</sup> Mertens/Cahn in KölnKomm AktG, 3. Aufl. 2013, § 116 Rz. 17.

<sup>57</sup> Habersack in MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2008, § 116 Rz. 46; Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 116 Rz. 21; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 116 Rz. 67.

<sup>58</sup> Mertens/Cahn in KölnKomm AktG, 3. Aufl. 2013, § 100 Rz. 20 ff.; Habersack in MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2008, § 116 Rz. 46; Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 116 Rz. 21; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 116 Rz. 67; vgl. auch Kremer/v. Werder, AG 2013, 340 (345 f.).

<sup>59</sup> Vgl. Diekmann/Fleischmann, AG 2013, 141 (146 f.).

Wichtiger ist hier aber die Frage, ob aus der Pflicht zur Beachtung des Gesellschaftsinteresses auch Einschränkungen im Hauptberuf erfolgen. Zunächst gilt: Eine aktive Pflicht, das Gesellschaftsinteresse zu fördern, besteht nicht, wenn eigene oder relevante Interessen Dritter kollidieren<sup>60</sup>. Die Lehre vertritt hier eine relativ klare Position: Außerhalb der Organfunktion sollen Aufsichtsratsmitglieder nicht gehindert sein, eigene oder fremde Interessen zu verfolgen, selbst wenn dadurch der Gesellschaft Nachteile entstehen können<sup>61</sup>. Das wird von anderer Seite zu Recht relativiert: Aufsichtsratsmitglieder dürfen nicht aktiv zum Nachteil der Gesellschaft handeln, etwa Unternehmensinterna für eigene Zwecke verwenden oder Geschäftschancen der Gesellschaft nutzen<sup>62</sup>.

### 3. Mandate von Aktionären

Mandate von Aktionären, die Bezug zur Beteiligung an der Gesellschaft haben, sind besonders heikel. Ob dann die Tätigkeitsverbote des § 45 Abs. 1 Nr. 4 bzw. Abs. 2 Nr. 2 BRAO eingreifen, hängt davon ab, ob Beratung und Aufsichtsratsfähigkeit dieselbe Angelegenheit betreffen<sup>63</sup>. Das ist in den meisten Fällen gegeben, da Gegenstand des Aktionärsmandats im Regelfall die Beratung in aktien- und kapitalmarktrechtlichen Fragen (in Zusammenhang mit der Beteiligung an der XY-AG) ist. Dann sind Gegenstand der anwaltlichen Beratung alle Strukturmaßnahmen und sonstigen Angelegenheiten, in denen die Hauptversammlung zuständig ist, Verträge zwischen AG und Aktionär, Übernahmeangebote etc. Das aber sind auch alles Dinge, mit denen sich der Aufsichtsrat befassen muss. Daher liegt dieselbe Angelegenheit vor, mit der Folge, dass § 45 BRAO einschlägig ist<sup>64</sup>.

Ist der Anwalt so umfassend mandatiert, wird er im Regelfall inhabil als Aufsichtsrat<sup>65</sup>. Denn § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO hindert ihn daran, bei wesentlichen Entscheidungen des Aufsichtsrats mitzuwirken. Er könnte als Aufsichtsratsmitglied nicht nur an den Beschlüssen zu den bereits genannten Angelegenheiten mitwirken, sondern wäre auch von der Mitwirkung an der Prüfung und Billigung des Jahresabschlusses, an der Überwachung und Prüfung kon-

---

<sup>60</sup> *Habersack* in MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2008, § 116 Rz. 48; *Spindler* in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 116 Rz. 57.

<sup>61</sup> *Drygala* in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 116 Rz. 22.

<sup>62</sup> *Habersack* in MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2008, § 116 Rz. 47. Vgl. auch *Spindler* in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 116 Rz. 60 ff.

<sup>63</sup> Dieser berufsrechtliche Aspekt wird in den Stellungnahmen zu LG Hannover v. 17.3.2010 – 23 O 124/09, NZG 2010, 744 nicht gesehen, vgl. *Hüffer*, ZIP 2010, 1979 (1982 f.). Das gilt auch für Stellungnahmen zu LG Hannover v. 12.3.2009 – 21 T 21/09, AG 2009, 341, z. B. *Bürgers/Schilha*, AG 2010, 221 (223 ff.).

<sup>64</sup> Zutreffend: v. *Falkenhausen*, ZIP 2013, 862 (866).

<sup>65</sup> Im Ergebnis auch LG Hannover v. 17.3.2010 – 23 O 124/09, NZG 2010, 744; LG Hannover v. 12.3.2009 – 21 T 21/09, AG 2009, 341. A. A. wohl v. *Falkenhausen*, ZIP 2013, 862 (865).



zerninterner Geschäfte und des Abhängigkeitsberichts und ähnlichen wichtigen Akten abgeschlossen.

Dieses Tätigkeitsverbot gilt auch, wenn nicht der dem Aufsichtsrat angehörende Anwalt, sondern seine Sozietät den Aktionär berät, § 45 Abs. 3 BRAO und § 3 Abs. 2 Satz 1 BORA. Über § 3 Abs. 2 BORA kann hier aber Abhilfe geschaffen werden, wenn Aktionär und AG zustimmen.

### 4. Mandate der AG

#### a) Anwalt ist bereits Mitglied des Aufsichtsrats

Mandate der Gesellschaft darf das Aufsichtsratsmitglied (oder die Sozietät, der es angehört) nur übernehmen, wenn der Gegenstand der Beratung nicht vom Aufsichtsratsmitglied qua Amtes geschuldet ist und die Formalien des § 114 AktG beachtet werden<sup>66</sup>.

Berufsrechtlich stellt sich hier die Frage, ob das Mandat in Ansehung von § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO, § 3 Abs. 1 BORA (Tätigkeitsverbot bei nicht-anwaltlicher Vor-/Parallelbefassung) überhaupt übernommen werden darf. Die Aufsichtsrats Tätigkeit ist Nebentätigkeit iS der Nr. 4<sup>67</sup>. Entscheidend ist daher, ob der dem Anwaltsmandat zugrunde liegende Sachverhalt Gegenstand der Beratungen oder der Berichterstattung im Aufsichtsrat war bzw. ist. Ist dies nicht der Fall, wie etwa beim einfachen Kündigungsschutzprozess oder der Geltendmachung normaler (d. h. wirtschaftlich unbedeutender) Zahlungsansprüche, ist die Übernahme des Mandats möglich. Das Tätigkeitsverbot greift jedoch dann, wenn eine Vorbefassung des Aufsichtsratsmitglieds erfolgte, so etwa bei zustimmungspflichtigen Geschäften, berichtspflichtigen Maßnahmen (zB Massenentlassung, Sozialplan) oder in Vorstandsangelegenheiten<sup>68</sup>. Eine Beauftragung der Sozietät des Aufsichtsratsmitglieds mit Bearbeitung des Mandats durch andere Anwälte ist unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Satz 2 BORA möglich. Nach Beendigung des Aufsichtsratsmandats ist das Tätigkeitsverbot nicht mehr einschlägig.

Die Gegenansicht will das Tätigkeitsverbot teleologisch reduzieren und die Aufsichtsrats Tätigkeit ausnehmen, weil ein Aufsichtsratsmitglied rechtlich und tatsächlich keiner richtungsgebenden Einflussnahme<sup>69</sup> unterliege<sup>70</sup>. Dabei wird aber übersehen, dass die ratio legis der

---

<sup>66</sup> Dazu ausführlich: *Ziemons* GWR 2012, 451. Vgl. auch OLG Köln v. 31.1.2013 – 18 U 21/12, NZG 2013, 548.

<sup>67</sup> *Böhnlein* in Feuerich/Weinland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 45 BRAO Rz. 29; *H.-F. Müller*, NZG 2002, 797 (799); zweifelnd *Kilian* in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 45 BRAO Rz. 35.

<sup>68</sup> *A. A. v. Falkenhausen*, ZIP 2013, 862 (865).

<sup>69</sup> Zu dieser ratio legis des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO OLG Koblenz v, 29.11.2006 – 1 U 44/06, NZG 2007, 458.

Verbote des § 45 BRAO von der des § 46 BRAO abweicht<sup>71</sup>. Hier geht es nicht um die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts, sondern um die Vermeidung von (Interessen-)Konflikten, die nicht unter das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen fallen.

### **b) Mandatierter Anwalt als (potentieller) Aufsichtsratskandidat**

Soll der Anwalt während eines bestehenden Beratungsmandats in Zusammenhang mit auch zukünftig im Aufsichtsrat zu behandelnden Gegenständen zum Mitglied des Aufsichtsrats gewählt werden, ist § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO einschlägig (Tätigkeitsverbot nach anwaltlicher Vorbefassung). Er unterliegt dann im Aufsichtsrat einem umfassenden Mitwirkungsverbot an der von ihm (oder seiner Sozietät) anwaltlich betreuten Angelegenheit. Breitflächige Mandatierungen können dann im Einzelfall wegen der Gefahr häufiger Mitwirkungsverbote zur Inhabilität führen.

### **c) Information des Aufsichtsrats über aus dem Mandat erlangte Kenntnisse**

Ein Konflikt besonderer Art liegt vor, wenn die Sozietät des Anwalts (nach der Gegenansicht ist eine Mandatierung auch des Anwalts möglich) von der Gesellschaft mit der Beratung bei einem Projekt mandatiert wurde, das der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf und der Anwalt dieses Projekt für nicht im Interesse der Gesellschaft liegend erachtet. Ohne Entbindung von der auch im Verhältnis zum Aufsichtsrat bestehenden Schweigepflicht, die nur durch den Vorstand erfolgen können soll<sup>72</sup>, soll er – wozu er aktienrechtlich verpflichtet ist – seine Kenntnisse aus der Mandatsarbeit nicht in den Aufsichtsrat einbringen dürfen<sup>73</sup>. Das ist aber zweifelhaft. Mandant ist die AG, die zwei an der Entscheidungsfindung beteiligte Organe hat. Dann spricht eigentlich nichts dagegen, dass der Anwalt die Information durch den Vorstand in neutraler Form ergänzt, um die umfassende Information des Aufsichtsrats, die dieser zur Entscheidungsfindung benötigt (Stichwort: Business Judgment Rule), zu gewährleisten.

Das gleiche gilt m. E. auch, wenn der Aufsichtsrat im Rahmen eines beispielsweise kartellrechtlichen Mandats keine Funktion hat, und der Anwalt aus der Mandatsarbeit wichtige Informationen, z. B. über Preisabsprachen hat. Soll er dann den Aufsichtsrat nicht informieren dürfen?<sup>74</sup> Innerhalb der juristischen Person AG gibt es keine Vertraulichkeit zwischen Leitungs- und Überwachungsorgan. Der Aufsichtsrat ist kein Dritter. Das wird besonders

---

<sup>70</sup> Kilian in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 45 BRAO Rz. 35; v. Falkenhausen, ZIP 2013, 862 (864).

<sup>71</sup> Insoweit zutreffend: H.-F. Müller, NZG 2002, 797 (799).

<sup>72</sup> v. Falkenhausen, AnwBl 2012, 889 (890 f.).

<sup>73</sup> v. Falkenhausen, ZIP 2013, 862 (864).

<sup>74</sup> So wohl v. Falkenhausen, ZIP 2013, 862 (863 f.).

deutlich, wenn die Mandantin als SE verfasst ist. Bei monistischem System könnte der gesamte Verwaltungsrat (also auch dessen nichtgeschäftsführende Mitglieder) ohne weiteres informiert werden, bei dualistischem System wäre demgegenüber eine Information des Aufsichtsrats unzulässig. Ob eine SE monistisch oder dualistisch verfasst ist, kann für die Verschwiegenheitspflicht keinen Unterschied machen. Daraus folgere ich, dass der nicht dem Aufsichtsrat angehörende Anwalt den Aufsichtsrat über das kartellrechtliche Problem informieren darf, wenn er Anhaltspunkte dafür hat, dass der Vorstand den Aufsichtsrat nicht vollständig informiert und der Vorgang eine gewisse Bedeutung hat (Stichwort: eigentlich Anlass für einen Bericht des Vorstands i. S. v. § 90 Abs. 1 Satz 3 AktG in Sachen Compliance wäre). Eine ausdrückliche Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht durch den gesetzlichen Vertreter der AG ist hierzu nicht erforderlich.

Im Übrigen: Da wegen § 45 BRAO die Aufsichtsratsfähigkeit des mandatierten Anwalts der Zustimmung der AG vertreten durch den Vorstand bzw. die anwaltliche Tätigkeit des Aufsichtsratsmitglieds der Zustimmung der AG vertreten durch den Aufsichtsrat (oder nur der Zustimmung des Aufsichtsrats) bedarf, kann man m. E. davon ausgehen, dass der als Aufsichtsrat tätige Anwalt gegenüber dem Aufsichtsrat zumindest konkludent von der anwaltlichen Schweigepflicht entbunden wurde. In der Praxis empfiehlt sich, in der Mandatsvereinbarung ausdrücklich eine diesbezügliche Entbindung von der Schweigepflicht vorzunehmen.

Aktienrechtlich ist jedes Aufsichtsratsmitglied verpflichtet, seine Bedenken gegen das gesellschaftsschädliche Projekt vorzutragen und bei der Abstimmung über die Erteilung der Zustimmung mit Nein zu stimmen, wenn die Maßnahme nicht im Interesse der Gesellschaft ist. ME spricht auch hier berufsrechtlich nichts dagegen, Bedenken vorzutragen. Zur anwaltlichen Beratung gehört auch der Vortrag von Bedenken, seien sie nun rechtlicher oder auch wirtschaftlicher Art. Auch wenn die Äußerung wirtschaftlicher Bedenken vom mandatierten Rechtsanwalt nicht geschuldet ist, ist sie nicht verboten. Ob eine Berufspflicht zur gesellschaftsinternen Förderung des Projekts im Nebenamt als Aufsichtsrat besteht, ist ohnehin zweifelhaft, da dem das Mandat erteilenden Vertretungsorgan die organschaftliche Pflicht zur Wahrung und Förderung des Gesellschaftsinteresses bei Mandatserteilung bekannt ist. Daher sind sowohl Stimmenthaltung als auch Nein-Stimme mit den Pflichten aus dem Anwaltsmandat vereinbar<sup>75</sup>.

In einen echten Gewissenskonflikt gerät der beratende Anwalt aber dann, wenn es um die Erteilung der Zustimmung des Aufsichtsrats zu einem Projekt geht: Ablehnung wäre das im Interesse der Gesellschaft gebotene Verhalten, ein Nein würde aber das Mandat/Honorar der Sozietät gefährden, sei es, dass es eine broken deal Vereinbarung (mit der Folge der Absenkung des Honorars für bereits geleistete Arbeit) gibt, sei es, dass die Arbeit eingestellt wird und deshalb kein weiteres Honorar anfallen wird.

---

<sup>75</sup> Unklar: v. *Falkenhausen*, ZIP 2013, 862 (863).

### 5. Mandate gegen die AG

Ein Interessenkonflikt im Sinne von § 43a Abs. 4 BRAO liegt auch vor, wenn der Anwalt nur eine Partei (also den Gegner) vertritt, aber selbst (als Aufsichtsratsmitglied) mit eigenen konkreten oder möglichen konkreten gegensätzlichen Interessen beteiligt ist<sup>76</sup>.

Das Tätigkeitsverbot des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO wird in der Praxis weit ausgelegt, wenn es um Mandate gegen die AG geht, und bezieht sich dann auf alle Rechtsangelegenheiten der AG.

---

<sup>76</sup> *Hartung* in *Hartung*, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 3 BORA Rz. 53; A. A. *H.-F. Müller*, NZG 2002, 797 (801).