

MAYER • BROWN

Hauptversammlung 2011

Aktuelle Rechtsfragen im Überblick

Dr. Ulrike Binder

Stephan Gittermann

3. März 2011

Überblick

- Wrap-up ARUG, BilMoG, VorstAG
- Veröffentlichung der HV-Einladung 2011
- Corporate Governance Kodex
- Aufsichtsrat
- Neues zur Ad-hoc-Publizität
- Freigabeverfahren
- Sonstige Gerichtsentscheidungen
- Ausblick

Wrap-up ARUG, BilMoG, VorstAG

- Neuregelungen 2009, relevant ab HV-Saison 2010:
 - ARUG: in Kraft seit 1.9.2009
 - VorstAG: in Kraft seit 5.8.2009
 - BilMoG: in Kraft seit 29.5.2009
 - DCGK: jährliche Änderungen
- 2011: „Routinejahr“ aus HV-Sicht?
 - Verlängerung Verjährungsfrist für Vorstandshaftung (10 Jahre bei börsennotierten Gesellschaften)
 - DCGK: Diversity
 - Aktienrechtsnovelle 2011: noch nicht verabschiedet

Wrap-up ARUG, BilMoG, VorstAG

- Fristenregelungen
 - Klare Fristenberechnung nach ARUG
 - Geltung der gesetzlichen Regelungen jetzt zwingend, auch wenn Satzung dem nicht entspricht
 - Offene Frage: Einberufungsfrist (§ 123 Abs. 2 S. 3, S. 5 AktG)
 - Bei satzungsmäßig verkürzter Anmeldefrist 36 Tage oder weniger?

Wrap-up ARUG, BilMoG, VorstAG

- Informationen über Aktionärsrechte, Stimmrechtsausübung und Teilnahmebedingungen (§ 121 Abs. 3 AktG)
 - Wiederverwendbar. Achtung: Daten aktualisieren
 - Angaben zum Recht auf Ergänzung der Tagesordnung (§ 122 Abs. 2 AktG)
 - Angabe der dreimonatigen Vorbesitzzeit mit Datum erforderlich?
Unklar, ob Berechnung ab HV oder ab Eingang des Verlangens
Ab HV „aktionärsfreundlicher“
Praxis: Überwiegend Angabe ab HV oder keine Angabe
 - Fehlerfolge: allenfalls Anfechtbarkeit, keine Nichtigkeit („Leica“ ist überholt)

Wrap-up ARUG, BilMoG, VorstAG

- Frist zur Bekanntmachung von Ergänzungsverlangen (§ 124 Abs. 1 AktG)
 - Ergänzungsverlangen müssen der Gesellschaft 30 Tage vor HV zugehen (§ 122 Abs. 2 S. 3 AktG)
und
 - sind von der Gesellschaft unverzüglich bekannt zu machen (§ 124 Abs. 1 S. 2 AktG). Unklar, ob Bekanntmachung spätestens am 22. Tag vor der HV erfolgen muss (arg. § 125 Abs. 1 S. 3 AktG, Mitteilung der geänderten Tagesordnung)

Wrap-up ARUG, BilMoG, VorstAG

- Inhalt des erläuternden Berichts des Vorstands nach § 176 Abs. 1 S. 1 AktG zu Angaben im (Konzern-)Lagebericht nach §§ 289 Abs. 4 (und Abs. 5?) und 315 Abs. 4 HGB
 - Müssen auch Erläuterungen zu den Angaben nach § 289 Abs. 5 HGB gemacht werden, wie das BilMoG es verlangte, das (spätere) ARUG aber nicht?
 - **Praxis:** ARUG gilt; dann Verunsicherung durch unklare Bemerkung des BJM
 - Klarstellung durch Aktienrechtsnovelle 2011: Keine Erläuterungen zu den Angaben nach § 289 Abs. 5 HGB

Wrap-up ARUG, BilMoG, VorstAG

- Beschluss zum Vergütungssystem des Vorstands („Say on Pay“)
(§ 120 Abs. 4 AktG)
 - Ob:
 - DAX : 3 von 30 kein Beschluss, 1 Ablehnung
 - MDAX: 17 von 47 kein Beschluss
 - SDAX: 33 von 46 kein Beschluss
 - Wie:
 - Billigung des Vergütungssystems wie im Vergütungsbericht
(§ 289 Abs. 2 Nr. 5 HGB) dargestellt
 - Bezugnahme auf Erläuterungen im Vergütungsbericht in HV-Einladung
 - Erläuterung des Vergütungssystems in der HV (Ziff. 4.2.3 DCGK)

Wrap-up ARUG, BilMoG, VorstAG

- Beschluss zum Vergütungssystem des Vorstands („Say on Pay“)
(§ 120 Abs. 4 AktG)
 - Folgen:
 - Keine Bindungswirkung
 - Beschluss ist nicht anfechtbar
- Aufsichtsratsvergütung
 - DCGK empfiehlt erfolgsbezogene Vergütungsbestandteile
 - Tendenz zur nur festen Vergütung?
 - Beispiel Siemens

Wrap-up ARUG, BilMoG, VorstAG

- Feststellung des Abstimmungsergebnisses durch den Versammlungsleiter
 - Muss auch „den Anteil des durch die gültigen Stimmen vertretenen Grundkapitals“ enthalten (§ 130 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 AktG)
 - Streitig, ob Anteil gültig abgegebener Stimmen im Verhältnis zu vertretenem Grundkapital oder zu satzungsmäßigem Grundkapital
 - Verhältnis zu satzungsmäßigem Grundkapital ist richtig, wird klar gestellt durch Aktienrechtsnovelle 2011

Wrap-up ARUG, BilMoG, VorstAG

- Online-Teilnahme an der HV
 - Satzung kann Online-Teilnahme gestatten oder Vorstand ermächtigen, sie zu ermöglichen (§ 118 Abs. 1 S. 2 AktG)
 - Gestattet werden kann Online-Ausübung einzelner oder aller Rechte
 - Praxisfall: Münchener Rück:
 - Teilnahme, auch durch Bevollmächtigte
 - Einsicht in Teilnehmerverzeichnis
 - Erteilung und Widerruf von Vollmachten an Stimmrechtsvertreter
 - Abstimmung
 - **Nicht:** Fragerecht

Wrap-up ARUG, BilMoG, VorstAG

- Briefwahl (§ 118 Abs. 2 AktG)
 - Satzung kann Briefwahl gestatten oder Vorstand ermächtigen, sie zu ermöglichen,
 - Ausübung auch auf elektronischem Weg möglich
 - **Praxis:** genutzt von vielen DAX-Unternehmen
 - Erläuterung in den Teilnahmehinweisen und durch den Versammlungsleiter
 - Briefwähler sind keine HV-Teilnehmer, zählen aber zum vertretenen Grundkapital und sind bei der Ergebnisfeststellung zu berücksichtigen
 - Angabe über den Ausgang der Briefwahl?

Wrap-up ARUG, BilMoG, VorstAG

- Beschränkung des Frage- und Rederechts (BGH, NJW 2010, 1604 “Biotest”)
 - Beschränkung der Dauer der HV und der Frage- und Redezeit der Aktionäre in der Satzung zulässig, und zwar auch in Form konkreter Zeitangaben, die dann vom Versammlungsleiter nach pflichtgemäßem Ermessen zu konkretisieren sind
 - Konkrete Satzungsregelungen zweckmäßig?
 - Einfache Satzungsermächtigung zur Einschränkung der Rede/Fragezeit ausreichend und flexibler

Veröffentlichung der HV-Einladung 2011

- Einladung im elektronischen Bundesanzeiger
- Einberufung Medien zuleiten, bei denen davon ausgegangen werden kann, dass sie die Informationen europaweit verbreiten (§ 121 Abs. 4a AktG) (**gilt nicht für Emittenten von Namensaktien**)
- Informationen auf der Homepage (§ 124a AktG)
- **Neu 2011:** keine Veröffentlichung in einem Börsenpflichtblatt mehr erforderlich (Übergangsregelung in § 46 Abs. 4 WpHG ist zum 31.12.2010 ausgelaufen)

Neues im Corporate Governance Kodex

- Diversity bei Führungspositionen und im Vorstand
 - Vorstand soll bei Besetzung von Führungspositionen auf Vielfalt achten und dabei insbesondere angemessene Beteiligung von Frauen anstreben (Ziffer 4.1.5 DCGK)
 - AR soll bei Zusammensetzung des Vorstands auf Vielfalt achten und angemessene Beteiligung von Frauen anstreben (Ziffer 5.1.2 DCGK)
 - Empfehlung von Verhaltensweisen, keine Erfolgsverpflichtung
 - Keine konkrete Zielfestlegung (Quote) erforderlich
 - Konkrete Besetzung primär an Unternehmenswohl zu orientieren, **aber:**
 - Unternehmen muss die Empfehlung erkennbar verfolgen
 - Ausführungen im Corporate Governance Bericht
 - Dokumentation in Beschlüssen

Neues im Corporate Governance Kodex

- Diversity im Aufsichtsrat (Ziffer 5.4.1 DCGK)
 - AR soll Ziele für seine Zusammensetzung festlegen, die auch die Vielfalt berücksichtigen und insbesondere die angemessene Beteiligung von Frauen vorsehen
 - Ziele sollen bei Wahlvorschlägen berücksichtigt werden
 - AR soll seine Zielsetzung und den Stand der Umsetzung jährlich im Corporate Governance Bericht veröffentlichen
 - Konkrete Zielvorgabe erforderlich (z.B. quantitative Zielvorgabe und konkreter Zeitraum), Bemessung im Ermessen des AR unter Berücksichtigung unternehmensspezifischer Situation; keine Erfolgs- aber Bemühenspflicht.
 - Bei Wahlvorschlägen zwingend Unternehmensinteresse maßgeblich, aber: **Bei gleicher Befähigung muss Vielfalt Vorzug eingeräumt werden, Pflicht zur Erweiterung des Kandidatenpools**

Neues im Corporate Governance Kodex

- Gesellschaft soll Aktionäre bei Briefwahl und Stimmrechtsvertretung unterstützen (Ziffer 2.3.3 S. 2 DCGK)
 - Zweck: Anpassung an ARUG Änderung (§ 118 Abs. 2 AktG)
 - Muss Abweichung erklärt werden, wenn Satzung keine Möglichkeit der Briefwahl vorsieht?
 - Eigentlich nicht, da kein Zwang, Briefwahl anzubieten
 - **Aber:** In der Praxis zum Teil vorsorgliche Erklärung der Abweichung
 - Wenn Satzung Vorstand zur Ermöglichung der Briefwahl ermächtigt, aber nicht sicher ist, ob diese genutzt wird: Erklärung, dass Unterstützung erfolgt, sofern die Briefwahl für eine HV vorgesehen wird

Neues im Corporate Governance Kodex

- Corporate Governance Bericht (Ziffer 3.10 DCGK)
 - nicht mehr Teil der Erklärung zur Unternehmensführung (§ 289a HGB)
 - Veröffentlichung im Geschäftsbericht
 - Muss Angaben zu Diversity enthalten: Ziele und Stand der Umsetzung, wenn nicht Abweichung von der Empfehlung erklärt wird

Corporate Governance Kodex - Entsprechenserklärung

- Rechtsfolgen fehlerhafter Entsprechenserklärung oder unterlassener Berichtigung
 - Entlastungsbeschlüsse anfechtbar, wenn Entsprechenserklärung in einem nicht unwesentlichen Punkt unrichtig ist
 - z.B. Information über Interessenkonflikte im Bericht an die HV: BGH, ZIP 2009, 2051 „Umschreibungsstopp“; BGH, NZG 2009, 342 „Kirch/Deutsche Bank“
 - Betroffen sind alle Organmitglieder, welche die Unrichtigkeit kannten oder kennen mussten

Corporate Governance Kodex - Entsprechenserklärung

- Rechtsfolgen fehlerhafter Entsprechenserklärung oder unterlassener Berichtigung
 - Aufsichtsratswahl soll anfechtbar sein, wenn Wahlvorschlag der Entsprechenserklärung widerspricht (LG Hannover, ZIP 2010, 833 „Conti“; OLG München, AG 2009, 294 „MAN“)
 - Rechtsanwalt, der die Hauptaktionärin gesellschaftsrechtlich berät, unterliegt als Aufsichtsratsmitglied einem dauerhaften Interessenkonflikt (Ziffer 5.5.3 DCGK)
 - Kein Verstoß, wenn einzelnes AR-Mitglied festgelegte Regelaltersgrenze überschreitet (Ziffer 5.4.1 DCGK)
 - Kein Verstoß, wenn einzelnes AR-Mitglied nicht unabhängig ist, solange Gesamt-AR ordnungsgemäß zusammen gesetzt ist (Ziffer 5.5.3 DCGK)

Aufsichtsrat – Financial Expert

- Seit BilMoG muss mindestens ein unabhängiges AR-Mitglied einer kapitalmarktorientierten AG (§ 274d HGB) über Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen (§ 100 Abs. 5 AktG)
- Konkretisierung der erforderlichen Qualifikation (OLG München, ZIP 2010, 1082)
 - Financial Expert muss in der Lage sein, vom Vorstand gegebene Informationen kritisch zu hinterfragen
 - Qualifikation als WP oder Steuerberater nicht erforderlich
 - Verantwortliche (gegenwärtige oder frühere) Tätigkeit in einem der Gebiete genügt, schwerpunktmäßige Tätigkeit nicht erforderlich
 - Vorherige Kenntnisse über Bilanzierung nach IFRS nicht erforderlich

Aufsichtsrat – Financial Expert

- Rechtsfolgen/Empfehlung
 - Anfechtungsrisiko bei Verstoß gegen § 100 Abs. 5 AktG
 - „Konzentration“ des Anfechtungsrisikos durch (freiwillige) Bezeichnung des unabhängigen Finanzexperten in Einberufung

Aufsichtsrat – Bericht des Aufsichtsrats

- Rechenschaftslegung des Aufsichtsrats gegenüber Hauptversammlung (§ 171 Abs. 2 AktG)
- Gestiegene Anforderungen durch Rechtsprechung
 - Keine formelhafte Behandlung der Überwachungstätigkeit, sondern konkrete Angaben über z.B. Häufigkeit der Sitzungen, Gegenstand u. Methoden der Prüfung
 - Intensivierung der Berichtspflicht bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten
- Zusätzliche Inhalte nach DCGK
 - Offenlegung Teilnahme einzelner AR-Mitglieder an weniger als der Hälfte der Sitzungen (Ziffer 5.4.7)
 - Offenlegung von Interessenkonflikten (Ziffer 5.5.3)

Aufsichtsrat – Bericht des Aufsichtsrats

- Formale Anforderungen (Konkretisierung: BGH, ZIP 2010, 1437)
 - Schriftform (§ 126 BGB, Unterzeichnung durch AR-Vorsitzenden erforderlich, Textform oder Faksimile reichen nicht)
 - Förmliche Beschlussfassung durch Aufsichtsrat (Bekräftigung in Hauptversammlung reicht nicht aus)
 - Auslage oder Internetveröffentlichung (§ 175 Abs. 2 AktG)
- Rechtsfolgen/Empfehlung
 - Anfechtbarkeit der Entlastungsbeschlüsse Vorstand/Aufsichtsrat sowie Beschlüsse über Wiederwahl bisheriger AR-Mitglieder
 - Original des vom AR-Vorsitzenden unterzeichneten AR-Berichts sowie des AR-Beschlusses über AR-Bericht in Hauptversammlung vorhalten

Aufsichtsrat – Ende der Amtszeit von AR-Mitgliedern

- Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat endet spätestens im Zeitpunkt, in dem Hauptversammlung über Entlastung für das vierte Geschäftsjahr seit Amtsantritt hätte beschließen müssen (OLG München, AG 2010, 87)
 - Relevant, wenn nicht rechtzeitig über Entlastung beschlossen wird
 - Amtszeit endet spätestens mit Ablauf von acht Monaten seit Ende des vierten Geschäftsjahrs nach Amtsantritt (§ 120 Abs. 1 AktG)
 - Bestätigung bisheriger Rechtsprechung (BGH, AG 2002, 676)


Neues zur Ad-hoc-Publizität

- „DaimlerChrysler II“: Vorlage zum EuGH (BGH, NZG 2011, 109)
 - Jede Insiderinformation, die den Emittenten unmittelbar betrifft, ist unverzüglich zu veröffentlichen
 - Insiderinformation ist eine konkrete Information über nicht öffentlich bekannte Umstände mit erheblichem Preisbeeinflussungspotenzial. Auch Umstände, die mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit“ eintreten werden
 - Bisher (BGH, NZG 2008, 300 – „DaimlerChrysler I“):
 - Hinreichende Wahrscheinlichkeit heißt Eintrittswahrscheinlichkeit von über 50%
 - Zwischenschritte nur im Hinblick auf Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Ziels relevant

Neues zur Ad-hoc-Publizität

- „DaimlerChrysler II“: Vorlage zum EuGH (BGH, NZG 2011, 109)
 - Anders („DaimlerChrysler II“):
 - Auch schon eine Absicht kann für den Anleger relevant sein
 - „Hinreichende Wahrscheinlichkeit“ kann auch vom Ausmaß der Auswirkungen auf den Emittenten abhängen
 - Fragen dem EuGH zur Klärung vorgelegt
 - Folgen der Entscheidung:
 - Unsicherheit über den Anwendungsbereich der Ad-hoc-Publizität bis zur EuGH-Entscheidung
 - Empfehlung: Vorsorgliche Nutzung der Möglichkeit zur Selbstbefreiung, dabei strenge Beachtung der gesetzlichen Vorgaben, insbesondere Belehrung über die Vertraulichkeit

Freigabeverfahren

- Erhebliche Änderungen/Verbesserungen durch ARUG (§§ 246a, 327e Abs. 2 i.V.m 319 Abs. 6 AktG)
 - Prozessvollmacht des Anfechtungsverfahrens gilt auch für Freigabeverfahren – Beschleunigung
 - OLG einzige Instanz
 - Bagatellquorum – anteiliger Betrag von Euro 1.000 seit Einberufung der Hauptversammlung
 - Interessenabwägungsklausel - deutliche Verschärfung zugunsten Aktionärsmehrheit
-  Durch Bagatellquorum und geänderte Interessenabwägungsklausel merkliche Abnahme von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen

Sonstige Gerichtsentscheidungen

- Fehlende Lautsprecherübertragung des Versammlungsablaufs im Präsenzbereich außerhalb des Versammlungssaals
 - LG München (ZIP 2010, 1036): Anfechtbarkeit aller auf der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse wegen Verletzung des Teilnahmerechts der Aktionäre
- „Bis zu“-Kapitalerhöhung
 - OLG München (AG 2010, 88)
 - Enthält Beschluss über Kapitalerhöhung einen Höchstbetrag , muss er zugleich Durchführungsfrist bestimmen (max. 6 Monate)
 - Fehlt Durchführungsfrist, ist Beschluss
 - unverzüglich durchzuführen
 - mit Anmeldung des ersten Erhöhungsbetrags verbraucht
 - Offen gelassen, ob Durchführung in mehreren Tranchen zulässig ist, wenn Durchführungsfrist festgelegt wurde

Ausblick – Verschmelzungsspezifischer Squeeze-out

- RegE vom 7.7.2010; Umsetzung Änderungsrichtlinie 2009/109/EG v. 16.9.2009 (Umsetzungsfrist: 30.6.2011)
- Inkrafttreten voraussichtlich bereits im Mai 2011
- Squeeze-out schon ab Beteiligung von 90 %, wenn im Zusammenhang mit Upstream-Verschmelzung
- Voraussetzungen
 - Abschluss Verschmelzungsvertrag zwischen übernehmender AG und übertragender AG mit Angabe, dass im Zusammenhang Squeeze-out der Minderheitsaktionäre erfolgen soll
 - Squeeze-out-Beschluss bei übertragender AG innerhalb von 3 Monaten nach Abschluss Verschmelzungsvertrag

Ausblick – Verschmelzungsspezifischer Squeeze-out

- Squeeze-out nach allgemeinen Regeln (z.B. Prüfung der Angemessenheit der Barabfindung)
- Squeeze-out-Beschluss wie bisher anfechtbar; ggf. Freigabeverfahren
- Anschließend Upstream-Verschmelzung der 100 %-Tochter (HV-Beschluss, Prüfung und Bericht nicht erforderlich)
- Themen
 - Absenkung auf 90 %-Schwellenwert verfassungswidrig?
 - Umwandlung einer als GmbH geführten Hauptaktionärin in AG rechtsmissbräuchlich?
 - Nichtdurchführung der Verschmelzung rechtsmissbräuchlich?

Ausblick – Aktienrechtsnovelle 2011

- RefE vom 2.11.2010; Inkrafttreten für Herbst 2011 vorgesehen
- Für nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften soll die Namensaktie zwingend vorgeschrieben werden
 - Nichtbörsennotiert: auch z.B. Entry Standard, m:access
 - Börsennotierte Gesellschaften: Wahlrecht zwischen Inhaber- und Namensaktie
 - Änderungsbedarf erst ab 1.1.2015
- Eindämmung „nachgeschobener“ Nichtigkeitsklagen
 - Wurde gegen einen HV-Beschluss Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage erhoben, so müssen (weitere) Nichtigkeitsklagen gegen diesen Beschluss innerhalb eines Monats nach Bekanntmachung der ursprünglichen Klage erhoben werden (relative Befristung)

Ausblick – Aktienrechtsnovelle 2011

- Einführung „umgekehrter“ Wandelschuldverschreibungen
 - Begründung eines Umtauschrechts für die Gesellschaft
 - In der Praxis bereits jetzt Ausgabe von Pflichtwandelanleihen mit Recht der Gesellschaft, Barausgleich zu leisten (*soft mandatory bonds*)
 - Begrenzung des bedingten Kapitals auf 50 % soll bei „umgekehrten“ Wandelanleihen nicht gelten
 - Auch beiden Seiten kann ein Wandlungsrecht eingeräumt werden

Ausblick – Aktienrechtsnovelle 2011

- Vorzugsaktien ohne Nachzahlungsanspruch
 - Bisher können Vorzugsaktien nur mit nachzahlbarem Vorzug ausgegeben werden
 - Künftig soll Nachzahlungsanspruch nur dann bestehen, wenn Satzung dies vorsieht
 - Neuregelung ermöglicht Kreditinstituten eine Stärkung ihres regulatorischen Eigenkapitals
 - Auch bei Vorzugsaktien ohne Nachzahlungsanspruch soll Stimmrecht aufleben, wenn Vorzug im Folgejahr nicht nachgezahlt wird (§ 140 Abs. 2 AktG)

Fragen? Gerne!



Dr. Ulrike Binder
Partnerin, Frankfurt
T.: +49 69 79 41 1397
E.: ubinder@mayerbrown.com



Stephan Gittermann
Partner, Frankfurt
T.: +49 69 79 41 1477
E.: sgittermann@mayerbrown.com