

Corporate und M&A

Telephone Briefing

Hauptversammlung 2013 – Aktuelle Rechtsfragen im Überblick

Dr. Ulrike Binder
Partnerin
Tel. +49 69 7941 1681
ubinder@mayerbrown.com

Stephan Gittermann
Partner
Tel. +49 69 7941 1681
sgittermann@mayerbrown.com

Überblick

- Aktuelle Gerichtsentscheidungen rund um die Hauptversammlung
- Das Bundesverfassungsgericht zum Delisting
- Überwachungspflichten des Aufsichtsrats und Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen
- Vorschläge zur Regulierung der Proxy Advisors
- Deutscher Corporate Governance Kodex – Aktuelle Änderungen
- Aktionsplan Corporate Governance der Europäischen Kommission
- Aktienrechtsnovelle 2013
- Gesetzesvorschläge zur Frauenquote in Aufsichtsräten

- Aktuelle Gerichtsentscheidungen rund um die Hauptversammlung

Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen

- OLG Stuttgart (ZIP 2012, 625 – „Piëch“):
 - Grundlagen:
 - Entlastungsbeschlüsse sind nur anfechtbar bei eindeutigen, schwerwiegenden Gesetzes- oder Satzungsverstößen (ständige Rechtsprechung)
 - Anfechtung nur möglich, wenn die HV den Rechtsverstoß erkennen konnte
 - Gesetzesverstöße durch veröffentlichtes Interview erkennbar?

Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen

- OLG Stuttgart (ZIP 2012, 625 – „Piëch“):
 - Bestimmung der Intensität der Überwachungspflicht des AR nach § 111 Abs. 1 AktG orientiert sich an jeweiliger Risikosituation
 - Gesteigerte Intensität der Überwachung:
 - In Krisensituationen und deren Vorfeld
 - Entscheidungen außerhalb der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit
 - Geschäfte, die wegen ihres Umfangs, der mit ihnen verbundenen Risiken oder ihrer strategischen Funktion für die Gesellschaft besonders bedeutsam sind
 - Vorliegend: Derivategeschäfte beinhalteten für Gesellschaft gesteigertes Risiko
 - Seitens OLG offen gelassen: ob bei Derivategeschäften oder anderen großvolumigen Finanzgeschäften per se eine besonders intensive Überwachung durch den AR geboten ist

Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen

- OLG Stuttgart (ZIP 2012, 625 – „Piëch“):
 - Folgen der Intensivierung von Überwachungspflichten für den AR bei besonders bedeutenden Geschäften:
 - AR darf sich nicht auf Entgegennahme der Informationen des Vorstands beschränken
 - AR hat selbstständig den relevanten Sachverhalt vollständig sowie richtig zu erfassen und sich ein eigenes Urteil darüber zu bilden
 - Pflicht trifft jedes einzelne AR-Mitglied, nicht lediglich AR als Gesamtorgan
 - AR muss ggf. weitere Berichte vom Vorstand verlangen oder sich Kenntnisse selbst verschaffen, notfalls durch Hinwirken auf Hinzuziehen externer Berater durch Gesamt-AR
 - Ist auch dann gebotene Risikoabschätzung nicht möglich, muss er einschreiten

Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen

- OLG Stuttgart (ZIP 2012, 625 – „Piëch“):
 - Mitglieder eines AR, die durch öffentliche „pointierte Meinungsäußerungen“ im Rahmen eines unternehmensinternen Konflikts die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft gefährden, verletzen grundsätzlich ihre Treuepflicht dieser gegenüber
 - Fehlerhaftigkeit der Entlastung eines AR-Mitglieds führt regelmäßig zur Nichtigkeit eines die Gesamtentlastung des AR betreffenden Beschlusses
- BGH hat die gegen dieses Urteil des OLG Stuttgart erhobene Beschwerde betreffend die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen (BGH v. 6.11.2012 – II ZR 111/12)

Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen

- BGH Urteil (ZIP 2012, 1807 ff. – “Fresenius”):
 - Vorstand handelt rechtswidrig, wenn er Honorare an AR-Mitglied oder dessen Sozietät zahlt, bevor AR dem zugrunde liegenden Beratungsvertrag nach § 114 Abs. 1 AktG zugestimmt hat
 - Genehmigungsmöglichkeit und spätere Genehmigung nach § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG bewirkt bei Zahlung einer Vergütung schon vor der Genehmigung kein pflichtgemäßes Handeln
 - Regeln gelten auch für den Fall, dass Beratungsvertrag nicht mit AR-Mitglied, sondern mit Gesellschaft geschlossen wird, an der er beteiligt ist, so dass dem AR-Mitglied mittelbare Zuwendungen zufließen, die nicht ganz geringfügig sind

Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen

- BGH Urteil (ZIP 2012, 1807 ff. – “Fresenius”):
 - Ausdrücklich offen lässt der BGH, ob die Zahlung eines Beratungshonorars an ein AR-Mitglied vor Zustimmung des AR ausnahmsweise dann rechtmäßig ist, wenn am Anfang eines jeden Jahres vom AR eine Obergrenze für Mandate an bestimmte AR-Mitglieder oder deren Sozietäten festgelegt wird und die einzelnen Verträge am Ende des Jahres dem AR zur Genehmigung vorgelegt werden

Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen

- BGH Urteil (ZIP 2012, 1807 ff. – “Fresenius”):
 - Vorliegend keine Anfechtbarkeit, da es an eindeutigem und schwerwiegendem Gesetzes- oder Satzungsverstoß fehlt
 - Zum Zeitpunkt der damaligen HV war Rechtsfrage über Rückwirkung der Genehmigung des AR auf das Verhalten des Vorstands nicht höchst-richterlich geklärt
 - ➔ Achtung, das ist jetzt anders!
 - Anfechtbarkeit auch nicht wegen fehlerhafter Entsprechenserklärung gem. § 161 Satz 1 AktG im Hinblick auf Ziff. 5.5.3 Satz 1 DCGK
 - Interessenkonflikt ausreichend offengelegt, wenn im Corporate-Governance-Bericht Hinweis auf Mitgliedschaft eines AR-Mitglieds in Sozietät, die für den Konzern rechtsberatend tätig ist, und auf Zustimmung des AR zur Mandatierung erfolgt
 - Nicht erforderlich ist Namensbekanntgabe oder Mitteilung darüber, ob betroffenes AR-Mitglied an Beschlussfassung über Zustimmung mitwirkte

Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen

- OLG Köln (vom 31.1.2013, 18 U 21/12)
 - Ein Rahmenvertrag mit einer Rechtsanwaltssozietät ist nicht genehmigungsfähig nach § 114 AktG und nichtig, wenn die Vertragspflichten so ungenau bezeichnet sind, dass nicht erkennbar ist, ob zu erbringende Leistungen außerhalb oder innerhalb des organschaftlichen Pflichtenkreises des AR liegen und keine verdeckten Sonderzuwendungen darstellen
 - Beratungsgegenstände und dafür zu entrichtendes Entgelt müssen so konkret bezeichnet sein, dass sich der AR ein eigenständiges Urteil über die Art und den Umfang der Leistung sowie über die Höhe und Angemessenheit der Verfügung machen kann (Aufgabe als „ausgelagerte Rechtsabteilung“ genügt dem nicht)
- Offen gelassen, ob nachträgliche Konkretisierung und Genehmigung möglich sind, weil hier nicht hinreichend erfolgt

Anfechtung von Aufsichtsratswahlen

- BGH-Urteil vom 19.02.2013 (II ZR 56/12), Urteilstext noch nicht verfügbar
 - Rechtsschutzbedürfnis für eine Anfechtungsklage gegen die Wahl eines AR-Mitglieds entfällt nicht dadurch, dass das AR-Mitglied zurücktritt
 - Entscheidend ist, ob der AR Beschlüsse gefasst hat, bei denen es auf die Stimmen des betreffenden AR-Mitglieds ankam
 - BGH gibt zu erkennen, dass Nichtigkeit der AR-Wahl auch Nichtigkeit der AR-Beschlüsse bewirken kann

Wiederbestellung eines Vorstandsmitglieds

- Zulässigkeit der vorzeitigen Wiederbestellung eines Vorstandsmitglieds (BGH, ZIP 2012, 1750 ff.):
 - Die Wiederbestellung eines Vorstandsmitglieds für fünf Jahre nach einverständlicher Amtsniederlegung früher als ein Jahr vor Ablauf der ursprünglichen Bestelldauer ist grundsätzlich zulässig
 - Durch einvernehmliche Aufhebung der Bestellung des Vorstandsmitglieds ist deren „bisherige Amtszeit“ i.S.d. § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG beendet und eine sich daran anschließende (wiederholte) Bestellung wird demnach nicht früher als ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit beschlossen
 - Dies stellt auch dann keine unzulässige Umgehung des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG dar, wenn für diese Vorgehensweise keine besonderen Gründe gegeben sind

Das Rede- und Fragerecht in der Hauptversammlung

- Auskunftspflicht des Vorstands nach § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG:
 - Verlangen eines Aktionärs betreffend Gesellschaftsangelegenheiten
 - Auskunft ist zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich
 - Erforderlichkeit kann immer nur im Zusammenhang mit konkretem Tagesordnungspunkt der HV beurteilt und beantwortet werden
- BGH Urteil (ZIP 2012, 1808 ff. – “Fresenius”):
 - Dass Kläger in HV selbst keine Fragen gestellt hat, schließt eine auf Verletzung des Auskunftsrechts gestützte Anfechtungsklage nicht aus
 - Ausreichend ist, dass Kläger in der HV gegen Entlastungsbeschlüsse Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat

Das Rede- und Fragerecht in der Hauptversammlung

- Konkretisierung des Auskunftsanspruchs durch OLG Stuttgart (ZIP 2012, 970 ff.):
 - Maßstab der Erforderlichkeit i.S.d. § 131 Abs. 1 AktG:
 - Sicht eines objektiven Durchschnittsaktionärs, der AG nur aufgrund allgemein bekannter Tatsachen kennt und daher die begehrte Information als nicht nur unwesentliches Beurteilungsinstrument benötigt
 - Dadurch qualitative und quantitative Begrenzung des Auskunftsanspruchs
 - Im Ergebnis: nicht jede marginale Information erforderlich
 - Information muss Beurteilung ermöglichen, ob sich Verwaltung kaufmännisch vernünftig verhalten hat.
 - Folglich muss Auskunft auf Vorgänge von einigem Gewicht gerichtet sein, die für Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit des Vorstands von Bedeutung sind

Das Rede- und Fragerecht in der Hauptversammlung

- Konkretisierung des Auskunftsanspruchs durch OLG Stuttgart (ZIP 2012, 970):
 - Maßstab der Erforderlichkeit:
 - Auch Auskünfte zu „hypothetischen“ Szenarien können erforderlich i.S.d. § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG sein. Dies gilt indessen nur, wenn deren Eintritt hinreichend wahrscheinlich ist, nicht dagegen für die Auswirkungen von theoretisch denkbaren, aber höchst unwahrscheinlichen Ereignissen
 - Ggf. kann im Rahmen des Auskunftsanspruchs für Vorstand eine Rückfragepflicht betreffend der zur sachgemäßen Beurteilung des Tagesordnungspunkts ungeeigneten Aktionärsfragen erwachsen
 - Inhalt der Auskunft hat Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen

Das Rede- und Fragerecht in der Hauptversammlung

- Grenzen des Auskunftsanspruchs:
 - Quantitative Beschränkung, sofern rechtsmissbräuchliche Fragehäufung (absolute Obergrenze für Zahl der Fragen nicht konkretisiert)
 - Auskunftspflicht entfällt bei Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit
 - Bspw. wenn Vorstand geforderte Information trotz sachgerechter Vorbereitung nicht in angemessener Zeit mit zumutbarem Aufwand beschaffen kann

Das Rede- und Fragerecht in der Hauptversammlung

- OLG Frankfurt (NZG 2013, 24 ff.):
 - Erlass der Aktionärsrichtlinie (RL 2007/36/EU) hat auf Kriterium der Erforderlichkeit i.R.d. § 131 Abs. 1 AktG keine Auswirkungen
 - Weitreichender Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie steht unter Vorbehalt des Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie, wonach Fragerecht vorbehaltlich einer ordnungsgemäßen Vorbereitung und eines ordnungsgemäßen Ablaufs der HV steht
 - Kriterium der Erforderlichkeit i.R.d. § 131 Abs. 1 AktG dient gerade diesem Vorbehalt des Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie und beugt etwaigen Missbräuchen vor

Das Rede- und Fragerecht in der Hauptversammlung

- LG Frankfurt (3-05 O 93/12 – „Deutsche Bank“) zu den Kompetenzen des Versammlungsleiters:
 - An Reihenfolge der Wortmeldungen ist Versammlungsleiter nicht gebunden
 - Versammlungsleiter obliegt vielmehr Wahl, in welcher Reihenfolge er die angemeldeten Redner aufruft
 - Aus Gleichheitsgrundsatz aller Aktionäre i.S.d. § 53a AktG folgt, dass alle Aktionäre zu Wort kommen müssen, die vor Schließung der Rednerliste eine Meldung abgegeben haben
 - Auch im fortgeschrittenen Stadium der Hauptversammlung ist der Versammlungsleiter daher nicht befugt, einzelne Aktionäre, die sich ordnungsgemäß in die Rednerliste eingetragen haben, vom Rede- und Fragerecht auszuschließen; vielmehr ist ggf. mit einer (weiteren) Beschränkung der Redezeit zu reagieren

Das Rede- und Fragerecht in der Hauptversammlung

- OLG Frankfurt (NZG 2012, 942 – „Deutsche Bank“):
 - Satzung kann Versammlungsleiter ermächtigen, Frage- und Rederecht der Aktionäre zeitlich angemessen zu beschränken, § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG
 - Ermessen des Versammlungsleiters besteht auch bzgl. des Zeitpunkts der Beschränkung der Redezeit
 - Möglich demnach: zunächst großzügige Redezeit zu vergeben und diese später zu kürzen, oder sogleich eine kürzere einzuräumen
 - Grenze: Ermessen darf nicht gezielt dazu missbraucht werden, zunächst „genehme“ Aktionäre aufzurufen und befürchtete „Querulanten“ in ihrer Redezeit zu beeinträchtigen

Versammlungsleitung

- OLG Frankfurt (NZG 2012, 942 – Deutsche Bank):
 - Versammlungsleitung durch AR-Vorsitzenden bis zur Rechtskraft eines seine Wahl zum AR-Mitglied kassierenden Urteils rechtmäßig
 - Anfechtbarkeit eines Beschlusses, welcher unter Leitung eines unzuständigen Versammlungsleiters zustande gekommen ist, nur möglich, wenn konkrete Maßnahmen des an sich unzuständigen Versammlungsleiters sich i.S.d. Relevanz auf den angefochtenen Beschluss inhaltlich ausgewirkt haben

Der Nachweis des Aktienbesitzes im Freigabeverfahren

- Beschluss des OLG Nürnberg (ZIP 2012, 2052)
 - Urkundennachweis bzgl. des nach § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG erforderlichen Quorums durch Aktionär auch dann erforderlich, wenn die Erreichung dieses Quorums unstreitig ist
 - Entgegengesetzt noch Beschluss des OLG Nürnberg aus dem Jahr 2010 (ZIP 2010, 2498)
- Entgegengesetzt OLG Frankfurt (ZIP 2010, 986; 2012, 766)
 - Fehlen eines ausreichenden Aktiennachweises ist unschädlich, wenn die Erreichung des Aktienquorums unstreitig wird

Verlangen der Aktionärsminderheit nach § 122 AktG

- Beschluss des BGH (AG 2012, 592):
 - Ermächtigungsverfahren nach § 122 Abs. 3 AktG dient der Durchsetzung des Minderheitenverlangens nach § 122 Abs. 1 und 2 AktG
 - Im Verfahren nach § 122 Abs. 1 bis 3 AktG tritt Erledigung der Hauptsache ein, wenn HV entsprechend dem Verlangen gesetzes- und satzungsgemäß einberufen und durchgeführt worden ist
 - Erledigung auch gegeben, wenn über die nach § 122 Abs. 2 AktG beantragten Beschlussgegenstände unabhängig von erteilten Ermächtigung Beschluss gefasst worden ist
 - Die Rechtmäßigkeit der Ermächtigung einer Aktionärsminderheit zur Einberufung einer HV oder Ergänzung der Tagesordnung ist nach der Beschlussfassung auf einer satzungs- und gesetzmäßig einberufenen HV ohne Bedeutung. Eine Anfechtung der HV-Beschlüsse kann nicht auf die Unrechtmäßigkeit der Ermächtigung gestützt werden.

Nachteilsausgleich im faktischen Aktienkonzern

- Nachteilszufügung und Nachteilsausgleich durch Hauptversammlungsbeschluss (BGH, ZIP 2012, 1753 ff. – „HVB/UniCredit“)
 - Stimmt die Hauptversammlung einer abhängigen Aktiengesellschaft mit der Stimmenmehrheit des herrschenden Unternehmens einem nachteiligen Rechtsgeschäft zu, muss bereits der Hauptversammlungsbeschluss den erforderlichen Nachteilsausgleich vorsehen
 - Eine Vereinbarung über den Nachteilsausgleich muss die Höhe des Ausgleichs bereits konkret beziffern und darf deren Bestimmung nicht etwa einer späteren Feststellung überlassen, jedenfalls dann nicht, wenn der Nachteil bezifferbar ist

Unwirksamkeit eines Business Combination Agreements (BCA)

- LG München I (NZG 2012, 1152ff. – „WET“ (n. rk.), OLG München, Beschluss vom 14.12.2011, 7 AktG 3/11 (Freigabeverfahren)):
 - BCA kann nach § 134 BGB nichtig sein, wenn seine Bestimmungen dem Vorstand untersagen, ohne Zustimmung eines herrschenden Aktionärs von einem genehmigten Kapital Gebrauch zu machen, Aktienoptionen auszugeben und/oder eigene Aktien zu erwerben bzw. veräußern (Verstoß gegen aktienrechtliche Kompetenzordnung)
 - Dient das BCA der Vorbereitung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags (z. B. durch Sicherstellung der notwendigen Mehrheit), kann auch BEAV nach § 139 BGB nichtig sein
 - Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung zum BEAV dann nach § 241 AktG anfechtbar

Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenzen

- BGH, AG 2012, 248 („Commerzbank/Dresdner Bank“):
 - Nach „Holzmüller“ und „Gelatine“-Entscheidungen anerkannt, dass es im Einzelfall ungeschriebene Zuständigkeiten der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft geben kann
 - Zu den nach wie vor umstrittenen Details gehört die Frage, ob auch der Erwerb/die Veräußerung von Unternehmens(teilen) einer Zustimmungspflicht unterliegen kann
 - Für den Erwerb der Dresdner Bank AG durch die Commerzbank AG hatte das LG Frankfurt am Main diese Frage bejaht, das OLG Frankfurt am Main hingegen verneint und zwar in Anfechtungsklagen gegen die Entlastung der Verwaltung
 - Der BGH verwarf die Beschwerde über die Nichtzulassung der Revision mit dem Hinweis auf die fehlende Eindeutigkeit des Rechtsverstoßes und den Verweis auf eine Feststellungsklage gegen das Verwaltungshandeln

Verschmelzungsrechtlicher Squeeze Out

- OLG Hamburg, NZG 2012, 944ff.
 - 90%-Schwelle verfassungsgemäß
 - Planmäßige Herbeiführung der Squeeze-Out-Voraussetzungen durch Formwechsel und Kapitalerhöhung nicht rechtsmissbräuchlich
- Nach wie vor offen:
 - Zulässigkeit der Errichtung einer Zwischenholding mit dem einzigen Ziel, einen verschmelzungsrechtlichen Squeeze Out durchzuführen

- Das Bundesverfassungsgericht zum Delisting

Delisting/Downlisting - Grundlagen

- „Delisting“
 - Widerruf der Börsenzulassung eines Unternehmens
 - Entfall der Zulassungsfolgepflichten im regulierten Markt
- „Downlisting“/“Downgrading“
 - Widerruf der Börsenzulassung eines Unternehmens und anschließende Einbeziehung in (ein Qualitätssegment des) Freiverkehrs (*m:access* (Börse München); Entry Standard (FWB))
 - Entfall der Zulassungsfolgepflichten, ggf. Pflicht zur Einhaltung der (privatrechtlich fundierten) Zulassungsfolgepflichten des qualifizierten Freiverkehrs

Delisting/Downlisting – Voraussetzungen nach bisheriger Rechtsprechung

- „Delisting“: (BGH - Macrotron)
 - Widerruf der Börsenzulassung beeinträchtigt durch sinkende Fungibilität der Anteile Eigentumsgrundrecht der Aktionäre; deshalb an folgende Voraussetzungen geknüpft:
 - Zustimmung der Hauptversammlung
 - Barabfindungsangebot durch Gesellschaft oder Mehrheitsaktionär
 - Spruchverfahren zur Überprüfung der angebotenen Barabfindung
- „Downlisting“ (OLG München, KG)
 - Nach Ansicht der Instanzenrechtsprechung bedarf es bei bloßem Downlisting weder eines Hauptversammlungsbeschlusses noch eines Abfindungsangebots, da regulierter Markt und qualifizierter Freiverkehr hinreichend vergleichbar sind

Bundesverfassungsgericht zum Delisting/Downlisting

- BVerfG, ZIP 2012, 1402ff.
 - Erhöhte Fungibilität der Anteile im regulierten Markt genießt nicht den Eigentumsschutz des Art. 14 GG
 - Macrotron-Rechtsprechung deshalb verfassungsrechtlich nicht geboten, sondern bloßes Ergebnis legitimer richterlicher Rechtsfortbildung

Bundesverfassungsgericht zum Delisting/Downlisting

- Praxisfolgen
 - Downlisting in ein Qualitätssegment des Freiverkehrs ohne Abfindungsangebot verfassungsrechtlich unbedenklich; bestätigt durch Stellungnahme des II. Zivilsenats des BGH
 - Unklar, ob BGH bei vollständigem Delisting oder Wechsel in gewöhnlichen Freiverkehr an Macrotron festhält, nachdem das BVerfG der Argumentation des BGH (Art. 14 GG) die Grundlage entzogen hat; Macrotron in diesen Fällen bestätigt von OLG Frankfurt am Main und LG Köln
 - Zulässigkeit eines sukzessiven Wechsels vom regulierten Markt in den qualifizierten und sodann den einfachen Freiverkehr ohne Abfindungsangebot?

- Überwachungspflichten des Aufsichtsrats und Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen

Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen

- Bisherige Rechtsprechung zur Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen
 - BGH 1997 (ZIP 1997, 883 ff. – Arag/Garmenbeck)
 - AR obliegt Pflicht, im Rahmen seiner Überwachungs- und Kontrollpflichten das Bestehen von Schadensersatzansprüchen der AG gegenüber den Vorstandsmitgliedern eigenverantwortlich zu prüfen
 - Kommt AR zu dem Ergebnis, dass sich Vorstand schadensersatzpflichtig gemacht hat und Ansprüche nach Ansicht des AR gerichtlich durchsetzbar sind, hat er diese Ansprüche grundsätzlich zu verfolgen
 - Von einer Verfolgung darf er dann ausnahmsweise absehen, wenn gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls dagegen sprechen und diese Umstände die Gründe, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind

Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen

- LG Essen (ZIP 2012, 2061 ff. – „Arcandor“):
 - Die Business Judgment Rule findet auf die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder und vice versa keine Anwendung
 - Die Entscheidung des zuständigen Verwaltungsorgans, wegen entgegenstehender Gründe des Gesellschaftswohls von einer Durchsetzung der Organhaftungsansprüche abzusehen, ist nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar
 - Organmitgliedern kann im Rahmen ihrer Entscheidung über die Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen jedenfalls keine schuldhafte Pflichtverletzung vorgeworfen werden, wenn sie Sachverständigengutachten einholen und sich kritisch mit den zur Verfügung gestellten Informationen auseinandersetzen

- Vorschläge zur Regulierung der Proxy Advisors

Vorschläge zur Regulierung der Proxy Advisors

- Delegation der Aktionärsrechte seitens institutioneller Investoren auf sog. Proxy Advisors
- Einfluss der Proxy Advisors: nach (uneinheitlichen) empirischen Untersuchungen beraten sie 6 bis 30 % der Stimmrechte
- Gründe für die Delegation und den Bedeutungszuwachs der Proxy Advisors
 - Wachsende Portfoliogröße institutioneller Investoren
 - Komplizierter werdende Tagesordnungspunkte
 - Offenlegungspflichten von Investmentfonds hinsichtlich deren Stimmrechtsverhalten und Stimmrechtspolitik (USA & Frankreich)
 - Wohl auch Mittel zur Haftungsdelegation

Vorschläge zur Regulierung der Proxy Advisors

- Markt der Proxy Advisors auf wenige Anbieter konzentriert
 - Dadurch erheblicher Einfluss auf Abstimmungen (Bsp.: Deutsche Bank)
- Kritik betreffend die Proxy Advisors:
 - Auftreten von Interessenkonflikten
 - neben Beratung betreffend die Stimmrechtsausübung beraten Proxy Advisors in Corporate-Governance-Fragen
 - Die der Beratung zugrunde gelegten Methoden wenig transparent
 - Keine Treuepflichten gegenüber Emittenten
 - Unkontrollierter Einfluss ohne korrespondierendes Risiko
 - Qualität der Beratung nicht überprüfbar

Vorschläge zur Regulierung der Proxy Advisors

- Reaktionen und Reformvorschläge
 - Europäische Kommission hat im Rahmen des Grünbuchs zur Corporate Governance (April 2011) Frage aufgeworfen:
 - Bedürfnis nach mehr Transparenz betreffend der Analysemethoden, Interessenkonflikte und Anwendung eines Verhaltenskodexes der Proxy Advisors?
 - Erforderlichkeit von (Legislativ-)Maßnahmen?
 - Stellungnahmen zum Grünbuch befürworten größere Transparenz hinsichtlich bestehender Interessenkonflikte durch unionsrechtliche Vorschriften
 - Freiwilliger Verhaltenskodex nach *Stewardship Code* im Vereinigten Königreich

Vorschläge zur Regulierung der Proxy Advisors

- Reaktionen und Reformvorschläge
 - Inhalt einer möglichen Regulierung nach dem Vorschlag des Deutschen Aktieninstituts
 - Frühzeitige Veröffentlichung der Abstimm-Richtlinien
 - Widerspruchs- bzw. Anhörungsrecht zugunsten des betreffenden Emittenten
 - Veröffentlichungspflicht bestehender Interessenskonflikte der Proxy Advisors
 - Diskussionspapiere seitens *European Securities and Marktes Authority (ESMA)* und in den Vereinigten Staaten seitens der *Securities and Exchange Commission (SEC)*

Vorschläge zur Regulierung der Proxy Advisors

- Weitere Reformüberlegungen:
 - Selbstregulierung durch Befolgung eines Verhaltenskodexes vs.
 - Legislatorische Maßnahmen, etwa:
 - Offenlegungspflichten basierend auf EU-Richtlinie oder einer EU-Verordnung betreffend bestehender Interessenkonflikte, Analysemethoden und Stimmrechtspolitik
 - Diskussion, ob Meldepflichten nach §§ 21 ff. WphG Anwendung finden bzw. § 135 AktG auf Stimmrechtsberater übertragen werden sollte
 - Haftungsvorschriften für fehlerhafte Beratungen/Empfehlungen
 - Registrierungspflicht der Proxy Advisors, mithin aufsichtsbehördliche Kontrolle
 - Gesetzliches Verbot gleichzeitiger Stimmrechtsberatung und Corporate-Governance-Beratung

- Deutscher Corporate Governance Kodex – Aktuelle Änderungen

Deutscher Corporate Governance Kodex – Änderungen 2012

- Neuerungen
 - Verfahren
 - Begründung einer „Abweichungskultur“
 - Anpassungen an neue Gesetzeslage
 - Überarbeitung der Systematik der Kodexbestimmungen (Vereinheitlichung der Terminologie für Anregungen: „sollte“)
 - Redaktionelle Änderungen
 - Materielle Ergänzungen und Veränderungen
 - Regelungen zur Unabhängigkeit der AR-Mitglieder als Mittelpunkt der Änderungen
 - Auf- und Abstufung weiterer Empfehlungen, insbesondere zum AR

Deutscher Corporate Governance Kodex – Änderungen 2012

- Verfahren:
 - Erstmals Konsultationsverfahren: Veröffentlichung der Vorschläge betreffend die Kodexänderungen Anfang 2012
 - Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesen Änderungsvorschlägen
 - Einbeziehung der abgegebenen Stellungnahmen in die Beratungen der Kommission
 - Änderungen betreffend den DCGK am 15. Mai 2012 beschlossen
 - Inkrafttreten durch Bekanntmachung im Bundesanzeiger am 15.6.2012

Deutscher Corporate Governance Kodex – Änderungen 2012

- Begründung einer „Abweichungskultur“
 - Insbesondere in jüngerer Zeit erhebliche Kritik am faktisch verbindlichen Charakter der Empfehlungen, der daraus resultiert, dass die Bereichsöffentlichkeit „saubere“ Entsprechenserklärungen erwartet
 - Demgegenüber stellt der DCGK nunmehr in seiner Präambel klar, dass auch Abweichungen vom Kodex im Interesse einer guten Unternehmensführung liegen können
 - Stärker als bisher sollte die generelle und unternehmensbezogene Sinnhaftigkeit der einzelnen Empfehlungen geprüft und ggf. eine gut begründete Abweichung erklärt werden (Bsp.: aufgrund verbreiteter und gut begründeter Kritik der Empfehlung einer variablen AR-Vergütung wurde diese nunmehr abgeschafft)

Deutscher Corporate Governance Kodex – Änderungen 2012

- Änderungen betreffend den Aufsichtsrat
 - AR soll eine nach seiner Einschätzung **angemessene** (früher: ausreichende) Anzahl unabhängiger Mitglieder angehören, vgl. Ziff. 5.4.2. DCGK
 - Neuer Negativkatalog, wonach AR-Mitglieder insbesondere dann **nicht unabhängig** sind, wenn (Ziff. 5.4.2. S. 2 DCGK):
 - Persönliche oder geschäftliche Beziehung
 - zu der Gesellschaft
 - zum Vorstand der Gesellschaft
 - zum Aufsichtsrat der Gesellschaft
 - zu einem kontrollierenden Aktionär oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen
 - die (kumulativ) einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann

Deutscher Corporate Governance Kodex – Änderungen 2012

- Änderungen betreffend den Aufsichtsrat
 - AR soll für seine Besetzung konkrete Ziele für Anzahl i.S.v. Ziff. 5.4.1. unabhängigen Mitglieder benennen, vgl. Ziff. 5.4.1 Abs. 2 Satz 1 DCGK
 - AR soll bei Wahlvorschlägen an HV die folgenden persönlichen und geschäftlichen Beziehungen eines jeden Kandidaten vorlegen:
 - Zum Unternehmen
 - Zu den Organen der Gesellschaft
 - Zu einem wesentlich an der Gesellschaft beteiligten Aktionär
 - Eine wesentliche Beteiligung ist gegeben, wenn Aktionäre direkt oder indirekt mehr als 10 % der stimmberechtigten Aktien der Gesellschaft halten, vgl. Ziff. 5.4.1 Abs. 6 DCGK
 - Anforderungen an Tiefe und den Umfang der vorzulegenden Informationen sind nicht näher bestimmt

Deutscher Corporate Governance Kodex – Änderungen 2012

- Weitere aufsichtsratsbezogene Änderungen:
 - Bisherige Anregung, dass Bänke von Arbeitnehmern und Anteilseignern Sitzungen des Aufsichtsrats gesondert vorbereiten, ist entfallen (Ziff. 3.6 DCGK)
 - Aufstufung der bisherigen Anregung, dass der Aufsichtsrat bei Bedarf ohne den Vorstand tagen soll (Ziff. 3.6 S. 1 DCGK)
 - Wegfall der Empfehlung, dass die Aufsichtsratsvergütung auch variable Bestandteile umfassen soll. Der Kodex empfiehlt nunmehr allein, dass im Falle, dass eine erfolgsabhängige Vergütung gewährt wird, diese auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung ausgerichtet sein soll (Ziff. 5.4.6 Abs. 2 DCGK)

Deutscher Corporate Governance Kodex – Änderungen 2012

- Weitere aufsichtsratsbezogene Änderungen:
 - Besteht ein Aufsichtsratsausschuss, der die Vorstandsverträge behandelt, soll dieser dem Plenum Vorschläge für die jeweilige Gesamtvergütung der einzelnen Vorstandsmitglieder unterbreiten (Ziff. 4.2.2. Abs. 1 S. 2 DCGK)
 - Empfehlung ist nur zu beachten, sofern ein entsprechender Ausschuss gebildet worden ist
 - Die durch das VorstAG eingeführte zwingende Beschlussfassung des Plenums über die Vergütungsentscheidung bleibt unangetastet. In der Praxis sollte deshalb dokumentiert werden, dass trotz Vorschlägen des Ausschusses das Plenum sich selbständig und letztverantwortlich mit der Höhe der Vorstandsvergütung befasst hat
 - Die bisherige Empfehlung, dass das AR-Plenum das Vergütungssystem für den Vorstand beschließt und überwacht, wird als bloße Wiedergabe des Gesetzes herabgestuft

Deutscher Corporate Governance Kodex – Änderungen 2012

- Varia Hauptversammlung
 - Klarstellung, dass DCGK keine implizite Empfehlung zur Zulassung der Briefwahl enthält (Ziff. 2.3.1. und Ziff. 2.3.3 DCGK)
 - Die Empfehlung, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrats die Hauptversammlung über die Grundzüge des Vergütungssystems informieren soll (Ziff. 4.2.3. Abs. 6 DCGK), wird dahingehend beschränkt, dass die Berichtspflicht nicht mehr jährlich, sondern grundsätzlich nur einmalig sowie bei Änderungen des Vergütungssystems zu erfolgen hat.

Deutscher Corporate Governance Kodex – Änderungen 2012

- Berichterstattung zur Corporate Governance
 - Ziff. 3.10 DCGK empfiehlt weiterhin die Erstellung eines eigenständigen Corporate Governance-Berichts
 - Der Corporate Governance-Bericht soll nunmehr „im Zusammenhang mit der Erklärung zur Unternehmensführung (§ 289a HGB)“ veröffentlicht werden, d.h.
 - Im Lagebericht des Einzelabschlusses oder
 - auf der Internetseite der Gesellschaft (der Lagebericht des Einzelabschlusses hat in diesem Fall einen Hinweis darauf zu enthalten, dass die Erklärung zur Unternehmensführung auf der Internetseite der Gesellschaft zugänglich ist)
 - Im CG-Bericht ist bei der Darstellung der Zielzusammensetzung des AR nunmehr auch die Anzahl unabhängiger Mitglieder anzugeben

Deutscher Corporate Governance Kodex – Konsultationsverfahren 2013

- Kodexänderungsvorschlag vom 5. Februar 2013 mit Konsultationsverfahren bis zum 15. März 2013
- Vorgeschlagene Schwerpunkte der Kodexanpassungen 2013
 - Punktuelle Verschlankung und Verbesserung der Lesbarkeit des Kodexes
 - Unternehmensspezifische Deckelung der Vorstandsgesamtbezüge sowie von einzelnen Vergütungsteilen
 - Verbesserung der Transparenz und Vergleichbarkeit bei der Vorstandsvergütung

Deutscher Corporate Governance Kodex – Konsultationsverfahren 2013

- Änderungsvorschläge hinsichtlich Vorstandsvergütung
 - Neue Empfehlung zur Begrenzung der Gesamtvergütung sowie von einzelnen Vergütungsteilen (Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 6)
 - Empfehlung, bei Festlegung der Vergütung Relation zwischen Vorstandsvergütung, Vergütung des oberen Führungskreises und der Vergütung der Gesamtbelegschaft zu berücksichtigen (Ziffer 4.2.2 Abs. 2 Satz 3)
 - Verbesserung der Vergleichbarkeit durch Verwendung von im Kodex enthaltenen Mustertabellen mit vorgegebenen Angaben
 - Veröffentlichung der Mustertabellen für jedes Vorstandsmitglied mit gewährter Zuwendung und erreichbarer Maximal- und Minimalvergütung im Vergütungsbericht (Ziffer 4.2.5 Abs. 3, Geltung erst für Geschäftsjahre ab 2014)

- Aktionsplan Corporate Governance der Europäischen Kommission

Aktionsplan Corporate Governance der Europäischen Kommission

- Europäischen Kommission sieht Notwendigkeit nach Verbesserungen des Gesellschaftsrechts und der Corporate Governance (sog. „Aktionsplan“)
- Aktionsplan ist Ergebnis einer öffentlichen Konsultation aus 2012
- Ziel des Aktionsplans:
 - Erarbeitung notwendiger Maßnahmen und Vorschlag zur Kodifizierung und Zusammenlegung wichtiger Gesellschaftsrechts Richtlinien

Aktionsplan Corporate Governance der Europäischen Kommission

- Europäische Kommission sieht betreffend Corporate Governance Handlungsbedarf in folgenden Bereichen:
 - Förderung des Engagements der Aktionäre
 - Aktionäre sollen bspw. bessere Möglichkeit erhalten, Vergütungspolitik und Transaktionen mit nahestehenden Unternehmen und Personen zu überwachen
 - Gewährleistung von mehr Transparenz zwischen Unternehmen und ihren Aktionären
 - Unternehmen sollen u.a. Anlegern und Gesellschaft zukünftig mehr Informationen über Corporate Governance zur Verfügung stellen

- Aktienrechtsnovelle 2013

Inhalt und aktueller Stand der Aktienrechtsnovelle 2013

- Bisheriger Inhalt:
 - Flexibilisierung der Finanzierung der Aktiengesellschaft
 - Stimmrechtslose Vorzugsaktien ohne Nachzahlungsanspruch
 - Einführung umgekehrter Wandelschuldverschreibungen
 - Relative Befristung von nachgeschobenen Nichtigkeitsklagen
 - Weitere Beschlussmängelklage gegen bereits angegriffenen Beschluss muss innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung des ursprünglichen Verfahrens nach § 246 Abs. 4 Satz 1 AktG erhoben werden
 - Entgegen RefE bleibt Wahlmöglichkeit zwischen Inhaber- und Namensaktien auch für nichtbörsennotierte AG grundsätzlich bestehen
 - Pflicht zur Führung eines Aktienregisters bei Namensaktien unabhängig der Verbriefung

Inhalt und aktueller Stand der Aktienrechtsnovelle 2013

- Aktuell: überarbeiteter Gesetzentwurf des Bundesjustizministeriums:
 - Nachteilsausgleich nach 15 UmwG durch Aktien anstelle barer Zuzahlungen (§ 72a UmwG-E)
 - Beschleunigung der Spruchverfahren durch Beschränkung des Instanzenzugs auf eine Instanz: Abschließende Zuständigkeit beim OLG
 - Konzernausgliederungen (§ 144a UmwG-E): Einführung einer hauptversammlunglosen Mini-Ausgliederung, wenn übertragende Gesellschaft mindestens 90 % des Grundkapitals der aufnehmenden Gesellschaft hält und der Buchwert des zu übertragenden Aktivvermögens nicht mehr als 5 % der Bilanzsumme der übertragenden Gesellschaft ausmacht

Inhalt und aktueller Stand der Aktienrechtsnovelle 2013

- Stand des Gesetzgebungsverfahrens:
 - Ursprünglich: Inkrafttreten der Änderungen für die zweite Hälfte 2012 geplant
 - Anfang 2012: Reformvorhaben ist nach Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzesentwurf ins Stocken geraten
 - November 2012: Gesetzesentwurf liegt nach der ersten Lesung in den zuständigen Ausschüssen
 - Voraussichtliches Inkrafttreten: erste Hälfte 2013

- Gesetzesvorschläge zur Frauenquote in Aufsichtsräten

Gesetzesvorschläge zur Frauenquote in Aufsichtsräten

- Oktober 2012: Frauenquoten-Vorstoß in EU-Kommission zurückgezogen
- 14.11.2012: erneuter Vorstoß zur Frauenquote und Präsentation eines Richtlinienvorschlags

Gesetzesvorschläge zur Frauenquote in Aufsichtsräten

- Inhalt des Richtlinienvorschlags:
 - Bis 2020 sollen 40 % der Aufsichtsratsmitglieder Frauen sein
 - Vorrang für den Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts bei gleicher Qualifikation
 - Anwendbarkeit auf börsennotierte Gesellschaften im regulierten Markt unter Ausnahme kleiner und mittlerer Unternehmen
 - Nationales Recht kann weitere Ausnahmen vorsehen
 - Sofern unterrepräsentierte Geschlecht in der Belegschaft weniger als 10 % ausmacht, besteht zu begründende Möglichkeit der Nichteinhaltung der Zielvorgabe
 - Sofern mindestens ein Drittel aller Unternehmensleitungsstellen mit Vertretern des unterrepräsentierten Geschlechts besetzt sind
 - Sanktionen bei Verstößen gegen die Richtlinie gemäß nationalem Recht

Gesetzesvorschläge zur Frauenquote in Aufsichtsräten

- Vorschläge für Frauenquote auf nationaler Ebene
 - BR: Entwurf eines Gesetzes zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien (GlTeilhG) v. 21.9.2012 (BR-Drucks. 330/12 = BT-Drucks. 17/11270).
 - Stufenweise Einführung einer Mindestquote von 40 % in Aufsichtsräten von börsennotierten und mitbestimmten Unternehmen.
 - Stand:
 - Unentschiedene Stellungnahme der Bundesregierung zum GlTeilhG.
 - 22.11.2012: 1. Lesung und Überweisung an die zuständigen Ausschüsse.
 - 69. DJT hat sich mit deutliche Mehrheit gg. die Einführung jeglicher Quote in Vorstand und/oder AR ausgesprochen

Ihre Ansprechpartner



Dr. Ulrike Binder
Partnerin, Frankfurt
T.: +49 69 79 41 1681
E.: ubinder@mayerbrown.com



Stephan Gittermann
Partner, Frankfurt
T.: +49 69 79 41 1681
E.: sgittermann@mayerbrown.com