

# Aktuelle Themen der Corporate Governance im Aufsichtsrat

Dr. Tim Oliver Brandi, LL.M. (Columbia)

15. Mai 2013



# Übersicht

---

## I. Anfechtung von Aufsichtsratswahlen

- BGH-Urteil vom 19.2.2013 zur Anfechtung von Aufsichtsratswahlen und den Folgen für Beschlussfassung im Aufsichtsrat

## II. Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern

- Neuregelungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) zu Unabhängigkeit und Wahlvorschlägen

---

# **I. Anfechtung von Aufsichtsratswahlen**

# I. Anfechtung von Aufsichtsratswahlen (1)

---

## BGH-Urteil

- Erfolgreiche Anfechtungsklage gegen Wahlbeschluss der HV führt zur rückwirkenden Nichtigkeit der Wahl von AR-Mitgliedern
- AR-Beschlüsse, an denen die betroffenen AR-Mitglieder mitgewirkt haben, können rückwirkend nichtig sein  
(BGH, Ur. v. 19.2.2013, II ZR 56/12, NZG 2013, 456)

## Details (1)

- Das AR-Mitglied, dessen Wahl erfolgreich angefochten wurde, ist bzgl. Beschlussfassung und Stimmabgabe rückwirkend wie ein Nicht-Mitglied zu behandeln
- Bei Drei-Personen-AR: Nachträgliche Beschlussunfähigkeit
  - Bei größerem AR abhängig von Mitgliederzahl und Zahl der betroffenen AR-Mitgliedern:
    - Beschlussunfähigkeit, falls AR durch Anfechtung weniger als die Hälfte der erforderlichen Mitglieder hat
    - Ansonsten abhängig von Mehrheitsverhältnissen ggf. Nicht-Zustandekommen des Beschlusses

# I. Anfechtung von Aufsichtsratswahlen (2)

---

## Details (2)

- Aber: Konkrete Reichweite der Rückwirkung bestimmt sich lt. BGH nach Interessensabwägung im Einzelfall
- Keine Folgen für außenstehende Dritte
- Organmitglieder, die Nichtigkeit kennen/kennen müssen, können sich auf Nichtigkeit berufen, wenn diese gerichtlich festgestellt ist
- Grds. keine Folgen für HV-Beschlüsse, die auf fehlerhaften AR-Beschlussvorschlag beruhen
- Ggf. gravierende Folgen für Feststellung des Jahresabschlusses und für Dividendenausschüttung
  - Fehlerhafte Mitwirkung des AR führt zur Nichtigkeit des Jahresabschlusses (§ 256 II AktG)
  - Nichtigkeit des Beschlusses über Verwendung des Bilanzgewinns (§ 253 AktG)
  - Beides kann bis 6 Monate nach Bekanntmachung des Jahresabschlusses geltend gemacht werden (§§ 253, 256 VI AktG)

# I. Anfechtung von Aufsichtsratswahlen (3)

---

## Reaktion

- Sorgfältige Dokumentation der AR-Beschlussfassung zum Nachweis, dass Zustandekommen der Beschlüsse nicht von Stimme des betroffenen AR-Mitglieds abhing
- Bestätigung des angefochtenen Wahlbeschlusses durch neuen HV-Beschluss (§ 244 AktG)
- Gerichtliche Bestellung des betroffenen AR-Mitglieds (§ 104 II AktG) während des Anfechtungsprozesses
  - Strittig, ob bei schwebendem Anfechtungsprozess möglich
  - Ggf. vorherige Amtsniederlegung durch betroffenes AR-Mitglied

---

## **II. Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern**

## II. Unabhängigkeit von AR-Mitgliedern (1) – Neue Vorgaben durch DCGK

---

### Anforderungen an AR-Mitglieder durch DCGK

- Erfordernis einer angemessene Zahl unabhängiger Mitglieder (Ziff. 5.4.2 DCGK)
- Angaben bei Wahlvorschlägen (Ziff. 5.4.1 Abs. 4 bis Abs. 6 DCGK)
  - Geschäftliche oder persönliche Beziehungen des Kandidaten zu Unternehmen, Organen der Gesellschaft oder zu wesentlich beteiligtem Aktionär offenzulegen

### Relevanz von Verstößen gegen DCGK

- Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen:
  - Fehlende Offenlegung von Abweichung von DCGK in Entsprechenserklärung ist Verstoß gegen § 161 AktG und kann zur Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen führen, sofern Gesetzesverletzung schwerwiegend ist
- Anfechtbarkeit von Wahlen zum Aufsichtsrat?
  - Pro: Bei Verstoß des Beschlussvorschlags gegen Empfehlungen des DCGK ist Wahlvorschlag des AR nichtig
  - Contra: Verstoß gegen § 161 AktG ist kein anfechtungsbegründender Verfahrensfehler



## II. Unabhängigkeit von AR-Mitgliedern (2) – Angemessene Anzahl unabhängiger Mitglieder (1)

---

"Dem Aufsichtsrat soll eine nach seiner Einschätzung angemessene Anzahl unabhängiger Mitglieder angehören." (Ziff. 5.4.2 S. 1 DCGK)

"Angemessene  
Anzahl"

- Einschätzungsprärogative des AR bzgl. der „angemessenen Anzahl“
- Aber: Objektive Beurteilung der „Unabhängigkeit“
- Sorgfältige und nachvollziehbare Dokumentation der Erwägungen des AR empfehlenswert
- Zu berücksichtigende Gesichtspunkte für „angemessene Anzahl“:
  - Hoher Streubesitz vs. Konzern- oder Familienunternehmen
  - Gewicht der internationalen institutionellen Anleger

## II. Unabhängigkeit von AR-Mitgliedern (3) – Angemessene Anzahl unabhängiger Mitglieder (2)

---

"Ein Aufsichtsratsmitglied ist im Sinne dieser Empfehlung insbesondere dann nicht als unabhängig anzusehen, wenn es in einer persönlichen oder einer geschäftlichen Beziehung zu der Gesellschaft, deren Organen, einem kontrollierenden Aktionär oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen steht, die einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann." (Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK)

"Unabhängig-  
igkeit"

- Negative Abgrenzung: Unabhängigkeit liegt nicht vor, wenn
  - eine persönliche oder geschäftliche Beziehung zur Gesellschaft, deren Organen, einem kontrollierenden Aktionär oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen besteht, die
  - einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann
- Anforderung an Schwere des Interessenkonflikts:
  - Auslegung analog § 5.5.3 S. 2 DCGK (Mandatsbeendigung wg. wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt)
  - Interessenskonflikt so schwerwiegend, dass AR-Mitglied deshalb regelmäßig gezwungen wäre, den AR-Sitzungen fernzubleiben

## II. Unabhängigkeit von AR-Mitgliedern (4) – Angemessene Anzahl unabhängiger Mitglieder (3)

---

### Behandlung von Konzern- vertretern

- Beziehungen zu kontrollierendem Aktionär können Unabhängigkeit entgegenstehen
- Konflikt mit Wertungen des Aktienrechts und gängiger Praxis, dass maßgeblich beteiligte Aktionäre AR-Mitglieder stellen?
- Kontrollbegriff wird vom DCGK nicht definiert, sondern vorausgesetzt
- Relevantes Kriterium:
  - Bestimmung nach § 29 II WpÜG analog: 30% der Stimmrechte?
  - Bestimmung nach §§ 15 ff. AktG: herrschendes Unternehmen, d.h.:
    - Bestehen eines Beherrschungsvertrags,
    - Aktionär verfügt über die absolute Stimmrechtsmehrheit oder
    - Aktionär verfügt über eine sichere und beständige faktische HV-Mehrheit
- Aber: Bloße Tätigkeit für kontrollierenden Aktionär bzw. nur punktuelle Interessenskonflikte stehen Unabhängigkeit nicht entgegen

## II. Unabhängigkeit von AR-Mitgliedern (5) – Angemessene Anzahl unabhängiger Mitglieder (4)

---

### Qualifizierung der Arbeitnehmer- vertreter

- In DCGK explizit nicht geregelt; Presseerklärung zur Neufassung des DCGK besagt lediglich, dass Mitbestimmung von Neufassung unberührt bleibt
- Qualifizierung strittig
- Behandlung im Rahmen der Zielangabe gem. Ziff. 5.4.1 Abs. 2 DCGK:
  - Variante 1: Angabe der anvisierten Zahl unabhängiger AR-Mitglieder nur für die Anteilseignervertreter
  - Variante 2: Angabe der anvisierten Zahl unabhängiger AR-Mitglieder unter Einbeziehung der Arbeitnehmervertreter und Angabe der rechtlichen Einschätzung, dass diese unabhängig
  - Variante 3: Angabe der anvisierten Zahl unabhängiger AR-Mitglieder (i) mit und (ii) ohne Einbeziehung der Arbeitnehmervertreter

## II. Unabhängigkeit von AR-Mitgliedern (6) – Unabhängiger Finanzexperte

---

"Bei Gesellschaften im Sinn des § 264d des Handelsgesetzbuchs muss mindestens ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen." (§ 100 V AktG)

### "Unabhäng- igkeit"

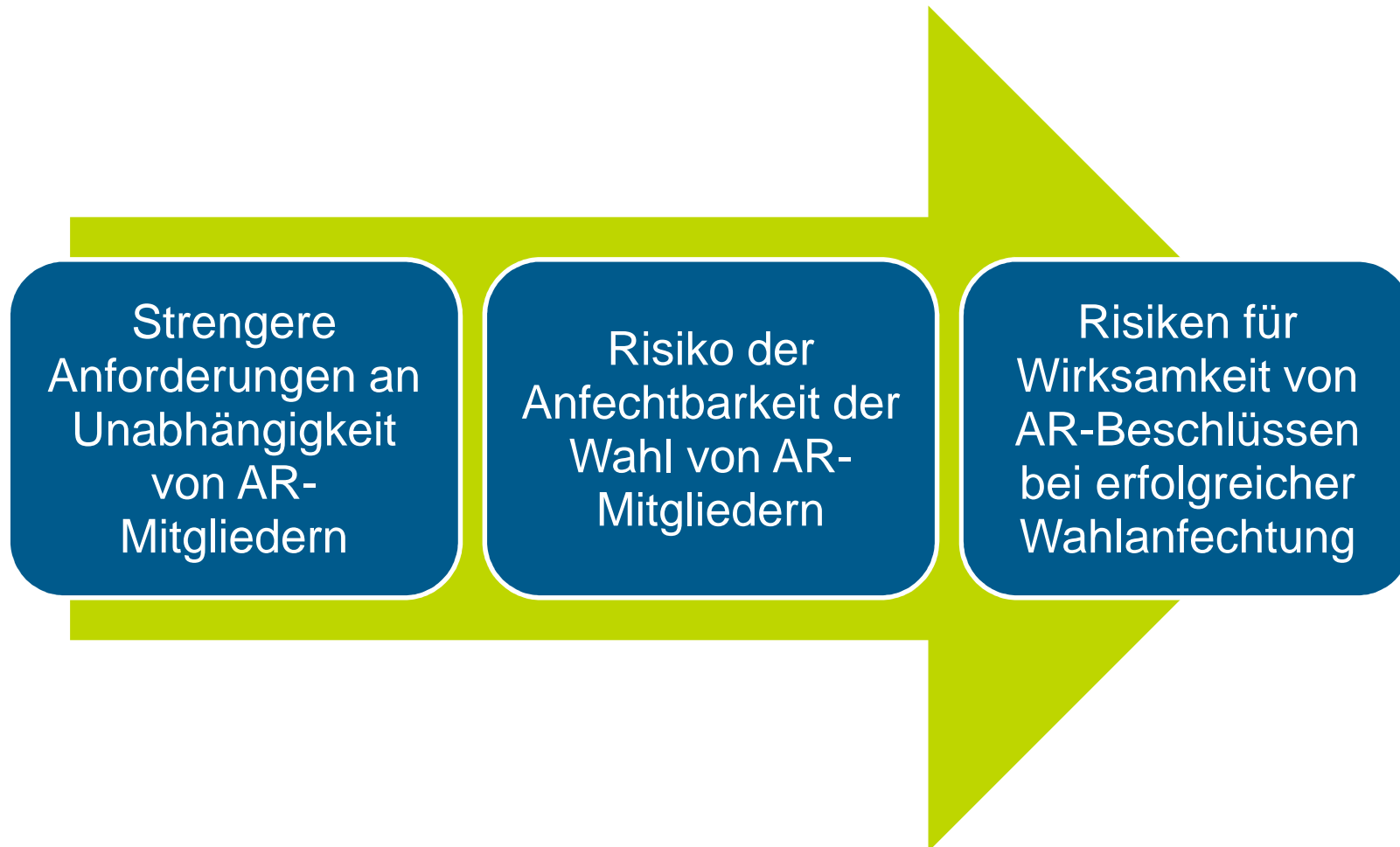
- Keine gesetzliche Definition
- Gesetzesbegründung verweist auf Ziff. 5.4.2 DCGK a.F. und Empfehlungen der EU-Kommission von 2005

### Rechtsfolgen bei Verstoß

- Gesetzeswidrige Zusammensetzung des AR
- Anfechtbarkeit des Wahlbeschlusses?
  - Contra: Norm regelt nur Zusammensetzung des AR insgesamt
  - Pro: ggf. Gesetzesverletzung i.S.v. § 251 I 1 AktG; abhängig von Wahlverfahren (Einzel- oder Listenwahl)

### III. Fazit

---



---

**CV**

# Dr. Tim Oliver Brandi, LL.M. (Columbia)

## Partner, Gesellschaftsrecht, M&A, Bankaufsichtsrecht, Frankfurt

Dr. Tim Oliver Brandi ist Partner im Frankfurter Büro von Hogan Lovells im Bereich Gesellschaftsrecht/M&A. Er leitet den Bereich Gesellschaftsrecht/M&A im Büro Frankfurt. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind M&A, gesellschaftsrechtliche Beratung und die Restrukturierung von Kreditinstituten. Er ist Mitglied des internationalen Financial Sector Core Team der Sozietät. Herr Brandi wird im Branchenverzeichnis regelmäßig als einer der führenden deutschen Anwälte für Gesellschaftsrecht, M&A und Bankaufsichtsrecht genannt. Dr. Brandi hat besondere Expertise in den Industriesektoren Banken, Financial Services, IT, Immobilien, Retail und Consumer.



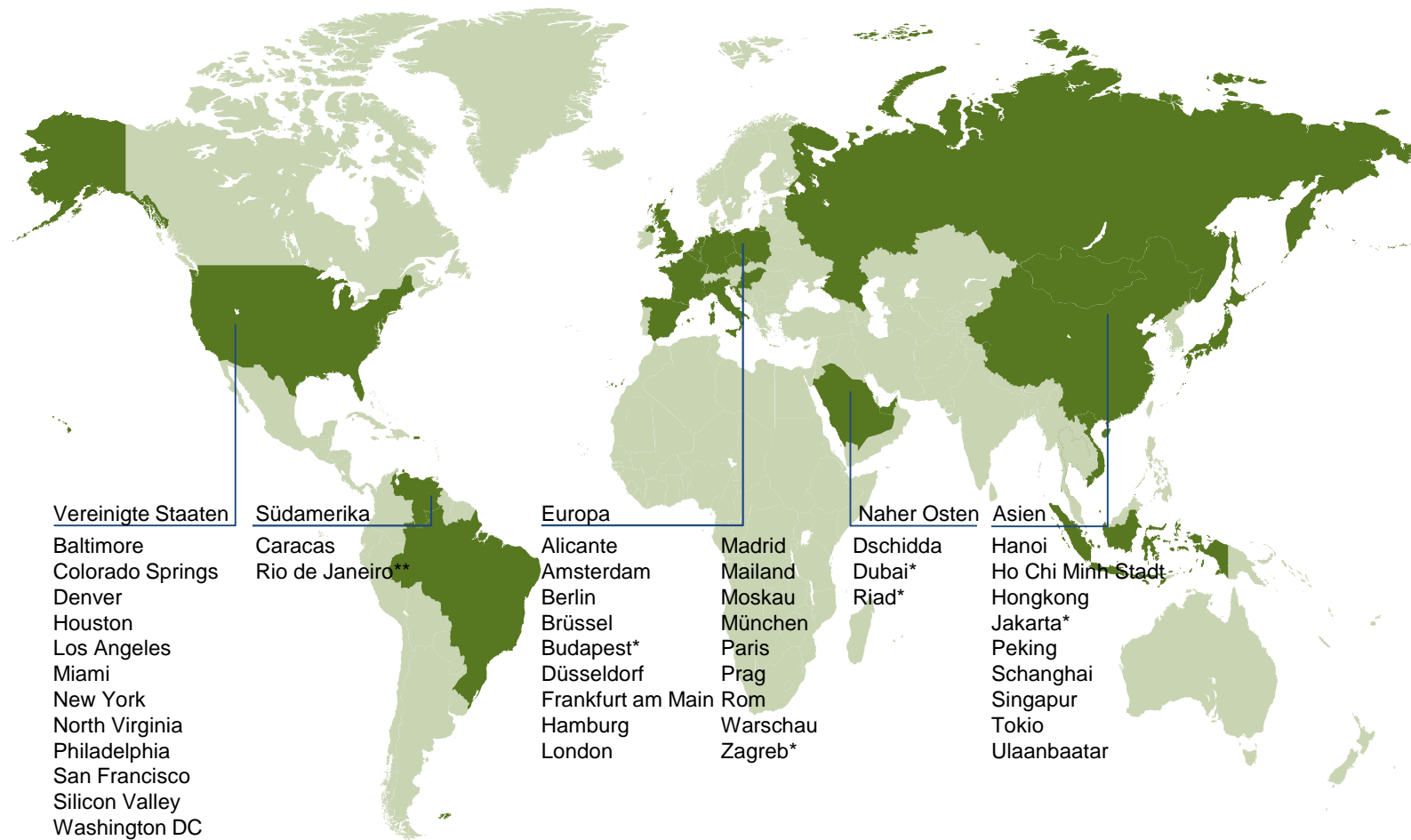
**Dr. Tim Oliver Brandi**  
T +49 69 96 236 441  
tim.brandi@hoganlovells.com

### Ausgewählte Mandate:

- **Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FMSA):** Beratung bei der Restrukturierung der Portigon AG (früher WestLB AG) und der Übertragung von Risikoaktiva und nichtstrategienotwendigen Geschäftsbereichen der Portigon AG im Nominalwert von rd. € 100 Mrd. auf die Erste Abwicklungsanstalt (EAA).
  - **DIS Deutscher Industrie Service AG:** Beratung des Aufsichtsrates beim Übernahmeangebot der Adecco S.A.
  - **FMS Wertmanagement:** Beratung der FMS Wertmanagement (FMS-WM) beim Erwerb von Risikoaktiva und nichtstrategienotwendigen Geschäftsbereichen der Hypo Real Estate-Gruppe im Nominalwert von rd. € 173 Mrd.
  - **Erste Abwicklungsanstalt (EAA):** Beratung der bei der Übernahme von Risikoaktiva und nichtstrategienotwendigen Geschäftsbereichen der WestLB AG im Nominalwert von rd. € 71 Mrd.
  - **Bundesfinanzministerium:** Beratung bei der Gewährung von € 16,4 Mrd. Stillen Einlagen und einer € 1,8 Mrd. Kapitalerhöhung zur Stärkung des Kernkapitals sowie einem € 15 Mrd. Garantierahmen an die Commerzbank AG durch den Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin)
  - **Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin):** Beratung des SoFFin bei der teilweisen Rückzahlung der Stillen Einlage durch die Commerzbank AG
  - **Landesbank Berlin AG, Landesbank Baden-Württemberg, Bayern Card-Services:** Beratung beim Verkauf ihrer Beteiligung an der Atos Wordline Processing GmbH
  - **Bankhaus Wölbern:** Beratung des Gesellschafters des Bankhaus Wölbern bei dessen Übertragung auf M.M. Warburg und dessen Stabilisierung durch den Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken
  - **First Data Corporation** beim Erwerb der GZS Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH, beim Verkauf der easycash GmbH, beim Erwerb der Austrian Payment System Services (APSS) GmbH und beim Erwerb der Polcard S.A.
- *"Führender Partner im Gesellschaftsrecht"*  
JUVE Handbuch 2012/2013
  - *"Häufig empfohlener Anwalt für Gesellschaftsrecht"*  
JUVE Handbuch 2009 bis 2013
  - *"Häufig empfohlener Anwalt für M&A"*  
JUVE Handbuch 2005 bis 2013
  - *"Häufig empfohlener Anwalt für Bankaufsichtsrecht"*  
JUVE Handbuch 2009 bis 2013
  - *"Führender Anwalt für M&A"*  
Best Lawyers 2009 – 2013
  - *"gedanklich immer ein Schritt voraus"*  
(Mandantenzitat)  
JUVE Handbuch 2012/2013
  - *"selten so hohe juristische Qualität gesehen"*  
(Mandantenzitat)  
JUVE Handbuch 2012/2013
  - *"herausragend – die beste Zusammenarbeit, die wir je hatten"* (Mandantenzitat)  
JUVE Handbuch 2012/2013



# Hogan Lovells weltweit



# www.hoganlovells.com

---

Hogan Lovells has offices in:

Abu Dhabi	Colorado Springs	Houston	New York	Silicon Valley
Alicante	Denver	Jeddah*	Northern Virginia	Singapore
Amsterdam	Dubai	London	Paris	Tokyo
Baltimore	Dusseldorf	Los Angeles	Philadelphia	Ulaanbaatar*
Beijing	Frankfurt	Madrid	Prague	Warsaw
Berlin	Hamburg	Miami	Riyadh*	Washington DC
Brussels	Hanoi	Milan	Rome	Zagreb*
Budapest*	Ho Chi Minh City	Moscow	San Francisco	
Caracas	Hong Kong	Munich	Shanghai	

"Hogan Lovells" or the "firm" refers to the international legal practice comprising Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP, Hogan Lovells Worldwide Group (a Swiss Verein), and their affiliated businesses, each of which is a separate legal entity. Hogan Lovells International LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC323639. Registered office and principal place of business: Atlantic House, Holborn Viaduct, London EC1A 2FG. Hogan Lovells US LLP is a limited liability partnership registered in the District of Columbia.

The word "partner" is used to refer to a member of Hogan Lovells International LLP or a partner of Hogan Lovells US LLP, or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications, and to a partner, member, employee or consultant in any of their affiliated businesses who has equivalent standing. Rankings and quotes from legal directories and other sources may refer to the former firms of Hogan & Hartson LLP and Lovells LLP. Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. New York State Notice: Attorney Advertising.

© Hogan Lovells 2011. All rights reserved.

\* Associated offices