



Die Aktiengesellschaft

Heft 13–14

5. Juli 2012

S. 469–524

PVSt 1062

Zeitschrift für das
gesamte Aktienwesen,
für deutsches,
europäisches und
internationales
Unternehmens- und
Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Heinz-Dieter Assmann, Prof. Dr. Mathias Habersack, Prof. Dr. Hans-Joachim Mertens, in Verbindung mit VorsRiBGH Prof. Dr. Alfred Bergmann, Prof. Dr. Volker Emmerich, WP, RA Dr. Hans Friedrich Gelhausen, Prof. Dr. Götz Hueck, RA Prof. Dr. Uwe Hüffer, Prof. Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider, RA Prof. Dr. Jochen Vetter, Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Zöllner

Börsenpflichtblatt
der Frankfurter
Wertpapierbörse

Aufsätze

Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Christian Kirchner / Prof. Richard Painter / Prof. Dr. Wulf Kaal / Sven Höppner – Europäischer vs. US-amerikanischer Wettbewerb der Gesellschaftsrechte – Abschied vom alten Delaware-Verbundprodukt 469

RA StB Prof. Dr. Gunter M. Hoffmann – Urteilsbildungs- und Verhinderungspflicht des Aufsichtsrats 478

Prof. Dr. Rüdiger Krause – Zur Bedeutung des Unionsrechts für die unternehmerische Mitbestimmung 485

Podium

RA Dr. Alexander Kiefner / RA Dr. Lutz Krämer – Geschäftsleiterhaftung nach ISON und das Vertrauendürfen auf Rechtsrat 498

Rechtsprechung

Kartellrecht: Fusionskontrolle im Oligopol; Mineralölmarkt (BGH v. 6.12.2011) 502

Vorstand: Abberufung von Vorstandsmitgliedern einer AG (OLG Düsseldorf v. 24.2.2012) 511

Unternehmensbewertung: Angemessenheit einer Barabfindung (OLG Frankfurt v. 24.11.2011) 513

Kapitalerhaltung: Verbotene Einlagenrückgewähr (OLG München v. 10.5.2012) 518

Aktuell im AG-Report

Nachvertragliche Pflichten des Anlageberaters und -vermittlers R 183

ojs
Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

www.die-aktiengesellschaft.de



Rechts-Report

Anlegerschutz

Nachvertragliche Pflichten des Anlageberaters und -vermittlers? – Anm. zu BGH v. 15.3.2012 – III ZR 148/11 R 183

Vorstand und Aufsichtsrat

Offenheit oder Verschwiegenheitspflicht?
Compliance-Themen im Bericht des Aufsichtsrats R 184

Kapitalmarkt-Report**Börse**

Deutsche Börse nimmt erste Prüfung zum qualifizierten Aufsichtsrat ab R 186

Nyse Euronext startet Jahrhundert-Index R 186

Eurex Clearing kooperiert mit OTC-Marktteilnehmern R 186

Verbindung zwischen Monte Titoli und österreichischem Zentralverwahrer R 187

Börse Hongkong will Londoner Metallbörse übernehmen R 187

Schweizer Börse führt SMI Risikokontroll-Indizes ein R 187

Kolumbianische und kanadische Börsen kooperieren R 187

Börse Neuseeland wählt Technik der Nasdaq OMX R 188

Entwicklung des Newconnect-Markts an der Warschauer Börse R 188

Branchen- und Unternehmens-Report**Branchen-Nachrichten**

Das deutsche Gastgewerbe R 188

Konjunkturelle Entwicklung der Ernährungsindustrie im 4. Quartal 2011 und 1. Quartal 2012 R 189

Frühjahrsbefragung zur Entwicklung der deutschen Stützwarenindustrie R 190

Der deutsche Luxusmarkt R 190

Buchmarkt 2011 R 191

Shopping-Center in Deutschland R 191

Jahresabschlüsse

Adler AG R 192

Datron AG R 193

SGL Carbon AG R 194

Solarworld AG R 196

Bibliothek

Neuerscheinungen R 197

Zeitschriftenspiegel R 198

Beilagenhinweis:

Dieser Ausgabe liegt ein Prospekt des Verlags C.H. Beck bei.
Wir bitten unsere Leser um freundliche Beachtung.

rer dogmatischen Begründung gleichwertig neben die vorvertraglichen Schutz- und Treuepflichten während der Vertragsverhandlungen gestellt.

Was dogmatisch unspektakulär klingt, könnte praktische Auswirkungen haben. Bislang war die überwiegende Rechtsprechung bei der Annahme vorvertraglicher Pflichten, auf der die gesamte Rechtsprechung zur culpa in contrahendo beruht, deutlich großzügiger als bei nachvertraglichen Pflichten. Verfolgt man den vom BGH hier gewählten dogmatisch nivellierenden Ansatz weiter, so spräche dies für eine Annäherung der vor- und nachvertraglichen Pflichtenkreise.

Zum anderen fällt auf, dass der BGH in seinem Urteil die Frage, ob bereits eine einzelne Anlagevermittlung nachvertragliche Schutz- und Treuepflichten auszulösen geeignet ist, ausdrücklich offen lässt. Dies übersieht insofern, als es bislang in der Rechtsprechung der mit Anlageberatung und -vermittlung befassten III. und XI. Zivilsenate nahezu als Dogma galt, dass die Pflichten eines Anlageberaters oder -vermittlers mit der Anlageentscheidung enden. So wird regelmäßig bei der Frage der Verletzung der Pflichten aus einem Anlageberatungs- oder -vermittlungsvertrag auf den Zeitpunkt der Anlageentscheidung abgestellt (vgl. z.B. BGH v. 5.11.2009 – III ZR 302/08, ZIP 2010, 526).

Dies war in der Vergangenheit verschiedentlich in die Kritik geraten. So war beispielsweise in Fällen mit noch offenem Widerrufsrecht des Anlegers eingewandt worden, die Nacherfüllung (§§ 675, 611, 280, 281 BGB) einer ordnungsgemäßen Beratung hätte es dem Anleger problemlos ermöglicht, sich von der Kapitalanlage zu lösen. Diese Begründung war freilich nur in Fällen dogmatisch tragfähig, in denen die Beratung bereits im Zeitpunkt ihrer Vornahme objektiv pflichtwidrig und nur nicht schuldhaft war, es also um nachwirkende Pflichten im oben beschriebenen Sinn ging. Der vom BGH nunmehr aufgezeigte dogmatische Ansatz ermöglicht es hingegen problemlos, auch in Fällen, in denen beispielsweise der Anlageberater erst später von für den Anleger relevanten Informationen Kenntnis erlangen konnte, diesem unter dem Aspekt der Schutzpflichten eine im oben beschriebenen Sinn nachvertragliche Aufklärungspflicht aufzuerlegen.

Dies erscheint im Sinne des Anlegerschutzes auch angemessen. Es ist nicht einzusehen, warum es einer Vertriebsorganisation, die beispielsweise erst nach einer Anlageberatung von einer Rückabwicklungsanordnung der BaFin Kenntnis erlangen kann, weil diese erst nach dem Beratungsgespräch veröffentlicht wird, nicht zumutbar sein sollte, von ihrem Datenbestand Gebrauch zu machen und die betroffenen Anleger zu informieren. Die Abgrenzung zwischen Anlageberatung bzw. -vermittlung als einmaliger Geschäftsbesorgung und der Vermögensverwaltung als Dauerschuldverhältnis kann durch den Umfang der jeweiligen Pflichtenkreise Rechnung getragen werden. Mit Spannung wird zu beobachten sein, ob der BGH den indirekt angedeuteten Wechsel in seiner Rechtsprechung auch tatsächlich vollzieht.

RA Georg Jäger, Rössner Rechtsanwälte, München

Vorstand und Aufsichtsrat

Offenheit oder Verschwiegenheitspflicht? Compliance-Themen im Bericht des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat hat in seinem jährlichen Bericht an die Hauptversammlung gem. § 171 Abs. 2 AktG über das Ergebnis seiner Prüfungstätigkeit zu berichten und mitzuteilen, in welcher Art und in welchem Umfang er die Geschäftsführung der Gesellschaft während des Geschäftsjahres geprüft hat. Dabei stellt sich die Frage, in welcher Intensität der Aufsichtsrat über seine Prüfungstätigkeit im Zusammenhang mit Compliance-Themen zu berichten hat.

Berichterstattung des Vorstands über Compliance-Themen

Die Berichterstattung der Vorstände börsennotierter Aktiengesellschaften über ihre Compliance-Maßnahmen wird in den Geschäftsberichten unterschiedlich gehandhabt: Teilweise erfolgt sie im „Corporate Governance- und Compliance-Bericht“ oder in einem gesonderten „Compliance-Bericht“. In den aktuellen Compliance-Berichten – insbesondere der DAX-Unternehmen – berichten die Unternehmen detailliert über ihre Compliance-Programme, Verbesserung ihrer Compliance-Management-Systeme, konzernweite Schulung der Mitarbeiter, nachhaltige Prüfung ihrer Geschäftspartner, Einführung von Standards bei internen Untersuchungen oder ihr Engagement mit Collective Actions. Dies ist eine begrüßenswerte Entwicklung und spiegelt die wachsende Bedeutung von Compliance für diese Unternehmen wider. Compliance-Berichte geben heute ein Indiz dafür, welche Compliance-Themen in einem Unternehmen aktuell sind.

Die Regelberichterstattung des Vorstands an den Aufsichtsrat über Compliance-Themen enthält üblicherweise aktuelle Entwicklungen des Compliance-Programms des Unternehmens, den Status quo der Compliance-Management-Systeme, aktualisierte Risikoanalysen, den Stand der Antikorruptionsprogramme, festgestellte Compliance-Verstöße und den Stand interner Untersuchungen.

Berichterstattung des Aufsichtsrats über Compliance-Themen

Der Aufsichtsrat berichtet an die Hauptversammlung über seine Prüfungstätigkeit mittels seines Aufsichtsratsberichts und stellt einen Rechenschaftsbericht über seine Überwachungstätigkeit im Verlauf des Berichtsjahres dar. Dabei korrespondiert der Inhalt des Berichts gem. § 171 Abs. 2 AktG mit den dem Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 1 AktG zugewiesenen Aufgaben zur Überwachung der Geschäftsführung. Aktionäre können aus dem Bericht folgern, ob der Aufsichtsrat seine Überwachungspflichten ordentlich erfüllt hat. Aus diesem Grunde verlangt § 171 Abs. 2 Satz 2 AktG, dass der Aufsichtsrat in seinem Bericht mitteilt, in welcher Art und in wel-

chem Umfang er die Geschäftsführung geprüft hat. Die in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG hervorgehobenen Aufgabenschwerpunkte des Prüfungsausschusses können dabei gem. Ziff. 5.3.2 des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) um Compliance-Fragen erweitert werden. Die Praxis zeigt, dass Compliance-Themen vorwiegend vom Prüfungsausschuss kontrolliert werden; in einigen Fällen wird ein Compliance-Ausschuss geschaffen.

In den vergangenen Jahren hat sich eine positive Entwicklung bei den Aufsichtsratsberichten gezeigt. Bei den DAX-Gesellschaften sind diese ausführlicher geworden und spiegeln auch diejenigen besonderen Compliance-Themen wider, die im Berichtsjahr für das Unternehmen von Bedeutung waren. Nach wie vor finden sich allerdings auch Berichte, die identische Textbausteine über mehrere Jahre verwenden und deren Aktualisierung sich im Wesentlichen auf das Ersetzen der Jahreszahlen beschränkt.

Im Gegensatz zu den Compliance-Berichten des Vorstands enthalten die Berichte des Aufsichtsrats generell wenige Angaben darüber, ob und in welcher Intensität sich der Aufsichtsrat mit Compliance-Themen befasst hat. Meistens findet sich in den Berichten ein Nebensatz, aus dem sich ergibt, dass sich der Prüfungsausschuss „mit dem internen Kontroll- und Risikomanagementsystem einschließlich Compliance“ oder „den Ergebnissen der Untersuchungen der internen Revision zur Effektivität antikorrupsionsbezogener Maßnahmen“ befasst hat. Positiv hervorzuheben ist ein Fall eines zusätzlich zum Aufsichtsratsbericht verfassten Berichts des Prüfungsausschusses, in dem über die regelmäßigen Einzelgespräche zwischen Prüfungsausschussvorsitzendem, dem zuständigen Vorstand, Compliance-Berater sowie Leiter Group Compliance und Recht berichtet wird. In diesem Fall wird ausgeführt, dass sich der Ausschuss mit Compliance-Fragen befasste, die auch die „vom Vorstand beschlossenen Weiterentwicklungen und erforderlichen Anpassungen innerhalb der konzernweiten Compliance-Strukturen und -Aktivitäten“ beinhalteten.

Was aber sind die Compliance-Themen, mit denen sich der Aufsichtsrat im Idealfall auseinandersetzen sollte, und in welcher Intensität sollten diese ihren Niederschlag im Aufsichtsratsbericht finden? Vor allem bei Gesellschaften in einer Compliance-Krise ist es aus Sicht der Aktionäre und Stakeholder wünschenswert, Klarheit darüber zu erhalten, ob und mit welcher Intensität sich der Aufsichtsrat damit auseinandergesetzt hat, wie der Vorstand für das Unternehmen rufschädigende bis existenzgefährdende Compliance-Themen aufarbeitet. Insbesondere die wesentlichen Prüfungsmaßnahmen sollten erkennbar werden.

Mit zunehmendem Schweregrad vorhandener Compliance-Risiken steigt die Verpflichtung des Aufsichtsrats, sich mit diesen Compliance-Themen im Rahmen seiner Kontrollfunktion zu befassen. Besondere Überwachungsmaßnahmen des Aufsichtsrats wären insbesondere in Fällen von internen Untersuchungen und laufenden nationalen oder internationalen Ermittlungsverfahren

gegen Vorstände und das Unternehmen erforderlich. Es sollte erkennbar sein, wie der Aufsichtsrat das Compliance-Thema behandelt hat, um daraus erkennen zu können, ob er seiner Prüfungsverantwortung gerecht wurde. Entsprechend erwarten Aktionäre, dass der Aufsichtsrat in seinem Bericht darauf eingeht, mit welchen Themen er sich eingehend befasst hat, wer ihm darüber berichtet hat und wen er hierzu befragen konnte sowie wer ihn hierzu beraten hat.

Der Aufsichtsrat hat in seinem Bericht die Vertraulichkeit zu wahren. Entsprechend kann sich der Bericht nicht inhaltlich zu dem Compliance-Thema äußern, sondern ist auf die eingesetzten Überwachungsmittel begrenzt. Die einerseits wünschenswerte Transparenz steht dabei im Spannungsfeld zur Wahrung der Vertraulichkeit der Informationen, die der Aufsichtsrat erhalten hat. Gemäß § 116 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG haben Aufsichtsräte über vertrauliche Informationen, also Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihnen durch ihre Tätigkeit in diesem Organ bekannt wurden, Stillschweigen zu bewahren. Die Verschwiegenheitspflicht wird explizit nach § 116 Satz 2 AktG auf das Beratungsgeheimnis erweitert. Diesem Beratungsgeheimnis unterliegen die Verhandlungen wie auch die Beschlüsse des Aufsichtsrats. Hinzu kommt, dass Unternehmensinteressen der gewünschten Transparenz weitere Grenzen setzen können, die es im Einzelfall abzuwägen gilt.



DEITMER UND PARTNER GMBH

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
Steuerberatungsgesellschaft

Wir verfügen über Erfahrungen auf dem Gebiet der Erstellung betriebswirtschaftlicher Sachverständigen-Gutachten, insbesondere über:

- Bewertung von Unternehmen und Beteiligungen
- Spruchstellenverfahren
- Gesellschafts- und erbrechtliche Auseinandersetzungen
- Aktienrechtliche Sonderprüfungen
- Insolvenzverschleppungen
- Umwandlungen AG in SE
- Bescheinigungen gemäß § 270 b InsO

Voßgasse 3 • 48143 Münster
Tel.: 02 51 / 41 70 2-0 • Fax: 02 51 / 417 02-33
wp@deitmer.de / www.deitmer.de

Zu beachten ist letztlich, dass der Aufsichtsratsbericht eine Entscheidungsgrundlage für den Entlastungsbeschluss bildet. Der Aufsichtsratsbericht ist mit Sorgfalt zu verfassen, denn stellte sich heraus, dass der Aufsichtsratsbericht unzureichend war, kann dies Anfechtungsrisiken für den Entlastungsbeschluss der Aufsichtsräte nach § 243 Abs. 1 AktG bergen.

Fazit

Die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats ist der Risikolage des Unternehmens anzupassen. Die Intensität der hierüber erfolgenden Berichterstattung des Aufsichtsrats zu Compliance-Themen hängt davon ab, wie die einzelnen aktuellen Compliance-Themen das Unternehmen beeinflussen oder gar gefährden. Waren im Einzelfall besondere Überwachungsmaßnahmen des Aufsichtsrates geboten, dürfte eine rudimentäre Berichterstattung den Erwartungen von Aktionären nicht mehr genügen.

RAin Dr. Rita Pikó, LL.M. (Exeter), Frankfurt/M.

Kapitalmarkt-Report

Börse

Deutsche Börse nimmt erste Prüfung zum qualifizierten Aufsichtsrat ab

Die Deutsche Börse hat die erste Prüfung zum „Qualifizierten Aufsichtsrat“ erfolgreich abgenommen. Acht Mitglieder namhafter Unternehmen haben die Möglichkeit genutzt, ihre Weiterbildung zu dokumentieren und damit den Forderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex 2010 nach eigenverantwortlichen Aus- und Fortbildungsmaßnahmen sowie dem zunehmenden Anspruch einer Professionalisierung von Aufsichtsgremien gerecht zu werden.

Die Gruppe Deutsche Börse setzt mit der Prüfung zum qualifizierten Aufsichtsrat ihre Bemühungen für mehr Transparenz und höhere Qualitätsstandards an den Kapitalmärkten fort.

Die Prüfung ist computerbasiert und beinhaltet sowohl Wahr/Falsch-Fragen als auch Fragen mit möglichen Mehrfachantworten. Prüfungsrelevant sind alle Aufgaben- und Verantwortungsbereiche eines Aufsichtsrates. Dazu gehören u.a. rechtliche Grundlagen, Organisation und Management des Aufsichtsrates, Rechnungslegung und Abschlussprüfung, Unternehmensstrategie und -steuerung, operatives Risikomanagement, Compliance und Revision, IT- und Technologiemanagement, aber auch Corporate Governance, Ethik und Corporate Social Responsibility sowie Haftung und Managerhaftpflicht-Versicherung.

Voraussetzung für eine Teilnahme an der Prüfung ist der Besuch eines von der Gruppe Deutsche Börse zertifizierten Lehrgangs. Der Lehrgang „Der qualifizierte Auf-

sichtsrat (QAIF)“ der Interfin Forum GmbH wurde als erster durch die Deutsche Börse zertifiziert. Weitere Veranstalter haben ihr Interesse an einer Zertifizierung signalisiert. Die Zertifizierung solcher Lehrgänge durch die Capital Markets Academy steht allen Anbietern zum Thema offen.

Dr. Stefan Mai, Deutsche Börse AG, European Public Affairs, Frankfurt/M.

Nyse Euronext startet Jahrhundert-Index

Die Nyse Euronext möchte mit dem Nyse Century Club und einem entsprechenden Jahrhundert-Index die Unternehmen anerkennen, die bereits seit über 100 Jahren erfolgreich sind und für wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt gesorgt haben. Vertreter dieser Unternehmen sind im Mai 2012 von der Nyse eingeladen worden, um gemeinsam den 220. Geburtstag der Börse zu begehen. Der Nyse Century-Index bildet die Entwicklung der in den USA beheimateten Unternehmen ab, die eine mindestens 100-jährige Geschichte vorzuweisen haben und die seit mindestens zehn Jahren börsennotiert sind und eine Marktkapitalisierung von wenigstens 1 Mrd. US-\$ aufweisen. Der Index setzt sich aus einer bunt gemischten Gruppe von Unternehmen aus neun wichtigen Branchen zusammen. Der Nyse Jahrhundert-Club wurde am 17.5.2012 eröffnet, der Nyse Jahrhundert-Index ist bereits im März 2012 gestartet worden. Die 100 Unternehmen des Century-Index können im Internet auf der Seite <http://indices.nyx.com/sites/indices.nyx.com/files/centuryclubcomponents.png> nachgelesen werden.

Dipl.-Verw. Wiss. Marianne Gajo, Spaichingen

Eurex Clearing kooperiert mit OTC-Marktteilnehmern

Eurex Clearing hat Ende Mai 2012 bekannt gegeben, mit Barclays, BNP Paribas, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, J.P. Morgan und Morgan Stanley bei der Einführung seines neuen Clearing-Angebots für außerbörsliche Zinsswaps zusammenzuarbeiten. EurexOTC Clear für IRS wird den Marktteilnehmern (Sell- und Buy-Side) ein effizientes Risikomanagement anbieten und stellt eine sichere Lösung für die künftigen regulatorischen Anforderungen in Europa dar, welche die European Market Infrastructure Regulation (EMIR) vorschreibt. Der offizielle Start des Angebots ist für die zweite Jahreshälfte 2012 geplant. Der Starttermin wird eng mit den Vorbereitungen der künftigen Clearingteilnehmer auf die neuen regulatorischen Anforderungen abgestimmt.

Mit EurexOTC Clear für IRS werden das Clearing und die Besicherung von OTC-gehandelten und börsennotierten Derivaten unter dem Dach eines einzigen Clearinghauses und in einem rechtlichen Rahmen angeboten. Derzeit sind bereits eine Reihe von Eurex Clearing Teilnehmern technisch an EurexOTC Clear für IRS angeschlossen und haben mit funktionalen Tests in einer Simulationsumgebung begonnen.