

Anwaltsolymp

Fall EnBW

Das Land Baden-Württemberg wollte EnBW-Aktien vom französischen Eigner EdF (genauer: der Électricité de France International S.A., EDFI) zurückkaufen – und das Geschäft über die für das Land eigens angeschaffte Neckarpri GmbH abwickeln. Neckarpri sollte zum Kaufpreis von 40 Euro und später 41,50 Euro je Aktie insgesamt 112.517.569 Aktien für 4.669.479.113,50 Euro erwerben. Bezahlen sollte das Land, das für den Kaufpreis ein »selbstschuldnerisches Garantieverprechen« abgegeben hat. Den dreiseitigen Vertrag vom 6.10.2010 unterschrieben Ministerpräsident Stefan Mappus und Finanzminister Willi Stächele für das Land, Minister Helmut Rau als Geschäftsführer der Neckarpri sowie der Vorstandsvorsitzende Henri Proglio für die EDFI.

Anstößig an diesem Geschäft ist der Umstand, daß sämtliche verfassungs- und haushaltsrechtlichen Sicherungsmechanismen, die das Land vor unangemessenen Verträgen schützen sollen, beiseite geschoben wurden und letztlich Berater die wesentlichen Entscheidungen gesteuert haben. Die Entscheidungsgrundlagen wurden aufbereitet von der Investment-Bank MorganStanley unter ihrem Deutschland-Chef Dirk Notheis, der mit Mappus persönlich und eng befreundet war. Die rechtliche Prüfung übernahm das Stuttgarter Büro von Gleiss Lutz, deren Gesellschaftsrechtler Schockenhoff dem Land von Notheis empfohlen worden war. Erstaunlicherweise ließen sich die Anwälte darauf ein, die Kommunikation über Notheis und weithin ohne direkten Mandantenkontakt zu führen. Das mündete in eine Staatskrise:

- Das Budgetrecht des Parlamentes wurde durch eine konstruierte und haltlose Eilbedürftigkeit unterlaufen, die zum Notbewilligungsrecht des Finanzministers nach Art. 81 Satz 2 Landesverfassung (vergleichbar Art. 112 GG) führen sollte. Der Staatsgerichtshof Baden-Württemberg¹ hat die windige Strategie, die Eilbedürftigkeit des Aktien-

kaufes freihändig zu erfinden, um zum Notbewilligungsrecht zu gelangen, »abgewatscht«: Es ging nicht um eine »unvorhergesehene und unabweisbare« Finanzierungsentscheidung, sondern darum, mit dem Parlament die Öffentlichkeit auszuschalten, unabhängig von jedem Zeitdruck. Ein »Notgeheimverfahren« sieht die baden-württembergische Verfassung nicht vor. Und ein solches darf es bei Großinvestitionen auch nicht geben, weil nur das Parlament in öffentlicher Debatte die demokratische Legitimation liefern kann. Verteuern sich solche das Gemeinwohl elementar berührende Großgeschäfte durch die Öffentlichkeit – so ist dies der Preis, der für Demokratie zu zahlen ist.

- Finanzminister Stächele, der nach diesem »Plan« die Verantwortung als »Verfassungsorgan« mit eigener Kompetenz hätte wahrnehmen sollen, war dazu gar nicht in der Lage: Er wurde ohne Kenntnis, worum es geht, am späten Vorabend des Vertragsschlusses in das Staatsministerium bestellt, durfte kurzen Vorträgen der Berater lauschen und nach wenig mehr als zwei Stunden unterschreiben – von eigenverantwortlicher und selbständiger Prüfung keine Spur. Auch zuvor war der Finanzminister als zuständiger Ressortminister in verfassungs- und haushaltsrechtswidriger Weise nicht eingeschaltet worden.
- Eine Prüfung der Wirtschaftlichkeit hat nur durch die Investmentbank MorganStanley stattgefunden, und zwar in einer vom Landesrechnungshof im Untersuchungsbericht vom 20.6.2012 scharf beanstandeten Weise: MorganStanley hat auf jede konkrete Prüfung der EnBW als Kaufgegenstand (sog. *due diligence*) und der dortigen aktuellen Risiken verzichtet und in ihrer »fairness opinion« nur auf allgemein zugängliche Daten zugegriffen. Das Land hat die Katze im Sack erworben und auf Betreiben von Notheis auf eine zweite Meinung verzichtet. Das wiederum entsprach, wie der Rechnungshof (S. 37) feststellt, nicht der Haushaltsordnung, weil diese eine intensive Wirtschaftlichkeitsprüfung – also eine Unternehmensbewertung – vorschreibt oder aber einen Risikoabschlag. Interessanterweise hält MorganStanley seine Tätigkeit für eine ausführliche *due diligence*, wie sein Vorstandsmitglied Siebold am 28.6.2012 an den Vorsitzenden des Untersuchungsausschusses schreibt. Doch kann die *fairness opinion* die erforderliche *due diligence* nicht ersetzen (Rechnungshof, S. 48). Auch bedeutet der Verzicht auf eine unabhängige Wertung durch eine fremde Bank, daß sich das Land dem Urteil von MorganStanley und damit einem Interessenkonflikt auslieferte (Rechnungshof S. 64 f).

Das vom Untersuchungsausschuß eingeholte Gutachten der Professoren Schiereck und Kammlott aus dem Juli 2012 kritisiert ebenfalls, daß keine *due diligence* stattgefunden hat und daß insbesondere weder eine nachträgliche Prüfung (mit Kaufpreiskorrektur) noch Verkäufergarantien für wertrelevante Umstände als Kompensation vorgesehen waren – was jedenfalls für unternehmerische Käufer sorgfaltspflichtwidrig sei (S. 15 ff). Der Verzicht auf exaktere Wertermittlungsmethoden sei mit dem Auftraggeber abzustimmen (S. 23 mit Zitat Achleitner). Solche Abstimmung ist nicht bekannt. Das Vorgehen von MorganStanley führe in der Wertermittlung zu »erheblicher Subjektivität und Unsicherheit« und einem »ganz erheblichen Ermessensspielraum« (S. 37). Eben dies sei mit Blick auf Interessenkonflikte problematisch, weil solcher Bewertungsspielraum einen »hohen Grad an Unabhängigkeit des Sachverständigen« voraussetze (S. 40 f). Deswegen hätte die Einholung einer neutralen Zweitmeinung nahelegen (S. 54). Gleichwohl könne der Kaufpreis vom Ergebnis her nicht als unangemessen bewertet werden.

- Besonders auffällig: Die Anwälte von Gleiss Lutz hatten früh darauf hingewiesen, daß die Verträge der EnBW auf *Change of Control*-Klauseln zu untersuchen seien, weil der Eignerwechsel entsprechende Vertragsrisiken mit sich brächte. Notheis lehnte dies wegen der Geheimhaltung ab und erklärte, das Land übernehme das Risiko, daß solche Verträge notleidend würden (Rechnungshof S. 69 f). Erstaunlich: Soweit ersichtlich haben die Anwälte nicht nachgehakt, ob das Land (also Mappus und Stächele) diese Risikoübernahme in Kenntnis des konkreten Risikos erklärt hatte. Sie haben sich von Notheis abspesen lassen.
- Ins Auge sticht, daß Notheis die von EdF erhobene Forderung nach einer Haftungsfreistellung für deren EnBW-Aufsichtsratsmitglieder brüsk zurückgewiesen, aber nicht nachgeforscht hat, welches das Unternehmen schädigende Ereignis solche Haftungsansprüche ausgelöst haben könnte. Dabei ging es um Geschäfte mit der Bykov-Gruppe mit Korruptionsverdacht, die bei der EnBW einen Abschreibungsbedarf von rund 130 Millionen Euro in 2009 ausgelöst haben sollen (Rechnungshof S. 71 f) und derentwegen Regreßansprüche der EnBW gegen eigene Aufsichtsratsmitglieder in Betracht kommen. Das ist gröblicher Leichtsinn – zu Lasten des Mandanten. Der Rechnungshof meint trocken: »Nicht einleuchtend ist, dass diese Sache so eskaliert wurde, um mit Abbruch der Verhandlungen zu drohen, aber keinen Einfluss auf die Einschätzung des angemessenen Kaufpreises

« (S. 72). Auch Gleiss Lutz wußte durch eine mail an den eigenen RA Cascante am 3.12.2010 davon: »in dieser Logik kann keine Freistellung erfolgen, dies widerspricht dem ›Börsenprinzip‹ sondern würde unterstellen, dass wir hier eine Due Diligence auf einzelne Sachverhalte vorgenommen haben; wenn das so wäre, muessten wir den Vertrag grundsätzlich anders angehen« (Rechnungshof S. 71 und 85). So waren die Anwälte auf das Risiko und auf die zur Risiko-beherrschung geforderte *due diligence* hingewiesen, taten aber nach Aktenlage nichts, sondern stellten sich maulwurfsgleich blind – wiederum auf Zuruf von MorganStanley und ohne Rücksprache mit dem Mandanten.

- Die Ministerialbürokratie, die solche Geschäfte rechtlich zu prüfen und die Beachtung der haushaltsrechtlichen Vorgaben zu sichern hat, wurde gezielt ausgeschaltet und durch die Kanzlei ersetzt. Diese hat sich um die Haushaltsordnung nicht gekümmert, nicht einmal in Ansehung des eigenen Honorars. Dazu bemerkt der Rechnungshof (S. 37): »Für die zu erwartenden Honorarforderungen der Rechtsanwälte hätten überplanmäßige Mittel beantragt werden müssen.«
- Augenscheinliche Interessenkonflikte wurden nicht abgearbeitet: MorganStanley hatte über das kaufpreisabhängige Honorar ein Eigeninteresse am Abschluß zu hohem Preis. Der Zwillingbruder René Proglío des EdF-Vorstandsvorsitzenden konnte als MorganStanley-Statthalter in Frankreich auf die Beratungstätigkeit der Bank Einfluß nehmen. Kommunikativ war er beteiligt, wie die obskure mail von Notheis an René Proglío zeigt: »Your brother has allready agreed the deal at 40 €, which is more than rich as we know.« Die Auslagerung der Wirtschaftlichkeitsprüfung aus dem Ministerium auf die Bank umging § 20 VwVfG, der solche Näheverhältnisse beanstandet. Und am 10.11.2010 soll es nach Aussage Notheis ein Vierergespräch mit Mappus und den Proglío-Zwillingen in Paris gegeben haben². Diese Verbindungen lassen MorganStanley als Verfasser der *fairness opinion* als befangen erscheinen und stellen deren Wertansatz grundsätzlich in Frage. Insofern ist darauf hinzuweisen, daß der BGH die Neutralität eines Gutachters als Wirksamkeitsvoraussetzung für das Schiedsgutachten angesehen hat³. Auch zu diesem Risiko hat Gleiss Lutz das Land – soweit ersichtlich – nicht informiert.

Das Parlament hat den Nachtragshaushalt über 5,9 Milliarden Euro am 15.12.2010 und zum 1.1.2011 bewilligt⁴ – allerdings blieb ihm wenig anderes übrig, weil der Investitionsvertrag wirksam war und das

Land mit dem Garantieverprechen verpflichtete. Das Budgetrecht des Parlamentes ist keine Vertretungsmachtregelung⁵, sondern bloße Innenschranke⁶. Nur das entspricht § 3 Abs. 2 Landeshaushaltsordnung: »Durch den Haushaltsplan werden Ansprüche oder Verbindlichkeiten weder begründet noch aufgehoben.«

Im Vordergrund der öffentlichen Diskussion steht der merkwürdige Einfluß des Investment-Bankers Notheis auf die Willensbildung des Ministerpräsidenten Mappus – am Kabinett und Parlament vorbei und unter Einseifen des Finanzministers. Notheis und Mappus haben für das Land entschieden; und es sieht so aus, als habe Notheis auf diesem Tandem vorne gesessen und gelenkt. Mappus durfte ein wenig strampeln; Stächele wurde nicht einmal auf dem Gepäckträger mitgenommen. Das lohnte eine eigenständige staatsrechtliche Untersuchung:

- Über den Einfluß externer Berater, die die Exekutive übertölpeln, weil sie nicht neutral, sondern im eigenen Honorar- und Erfolgsinteresse beraten oder gar Ziele des Geschäftspartners verfolgen – zu Lasten von Gemeinwohl und Steuerzahler.
- Über den Verlust an parlamentarischer Kontrolle (unabhängig vom Budgetrecht), weil ein so beratener Ministerpräsident dem Parlament das eigene Regierungshandeln nicht erklären kann, da er es selbst nicht versteht.
- Über den Verlust an exekutiver Innenkontrolle, wenn Berater jede Vorab-Prüfung durch die zuständigen Ministerien ausschalten und damit die staatsrechtliche Compliance beschädigen.
- Über das induktive Verhältnis von persönlicher Machtgeilheit und institutioneller Verantwortungslosigkeit.

Die unmittelbaren juristischen Folgen sind freilich banaler: Die gegenüber lokalen Machtgrößen mitunter zurückhaltende Staatsanwaltschaft Stuttgart ermittelt wegen Untreue: gegen Mappus, gegen den damaligen Finanzminister Stächele und gegen Helmut Rau als Geschäftsführer der Neckarpri. Der Investmentbanker Notheis ist ebenfalls Ziel der Ermittlungen. Ihm wird Beihilfe vorgeworfen: Obwohl die Investmentbank die Vermögensbetreuung des Landes für dieses Geschäft übernommen hatte, fehlt für den Mißbrauchstatbestand die Verpflichtungsbefugnis; und auch der Treubruchtatbestand kann an der qualifizierten Garantenbeziehung scheitern – weil der Berater Berater bleibt. Die beteiligten Anwälte sind nicht im Verfolgungsvisier, freuen sich jedoch womöglich zu früh. Daneben hat das Land eine Schiedsklage gegen EDFI auf Rückzahlung einer Kauf-

preisüberhöhung von 840 Millionen Euro erhoben, weil dies eine europarechtlich unzulässige Beihilfe bedeute.⁷ Allerdings läßt sich der vertretbare Kaufpreis nur schwer ermitteln.

Die für den Rechtsstaat und die Rechtskultur zentrale Frage, welche Rolle die Anwaltskanzlei Gleiss Lutz bei dieser Krise gespielt hat, ist aus dem Blick geraten. Zentral ist diese Frage, weil allein die Kanzlei die Verantwortung für den rechtskonformen Vertragsschluß trug, war doch das Finanzministerium aus Geheimhaltungsgründen ausgeschaltet.

Utilitaristischer Anwaltsmeinungswechsel

»Erstaunlich« ist das mildeste Wort, das einem zur Entwicklung der Anwaltsmeinung in diesem Fall einfällt. Zunächst waren die Anwälte der Meinung des Staatsgerichtshofes und also auf der »sicheren Seite«: In einem Memo vom 29.11.2010 belegen Anwalt Dr. Clemens Weidemann und sein Mitarbeiter Thomas Krappel auf 4^{1/2} Seiten sauber, daß mit Blick auf das grundlegende Urteil des BVerfG vom 25. Mai 1977 (BVerfGE 45, 1) die Notkompetenz des Finanzministers zu verneinen sei – weil ein Nachtragshaushalt möglich ist. Es fehle die Unabweisbarkeit. In einem weiteren Memo vom 29.11.2010 legen dieselben Anwälte dar, wie schnell ein parlamentarischer Nachtragshaushalt im vereinfachten Verfahren beschlossen werden kann. Bestätigt wird das durch die kurze Frist zwischen Vertragsschluß am 6.12.2010 und Nachtragshaushaltsbeschluß am 15.12.2010. Zugleich findet sich in den Akten der Anwälte die Entscheidung des Badenwürttembergischen Staatsgerichtshofes vom 11.10.2007 (GR 1/07) als juris-Ausdruck, mit der dieser den »Vorrang der Mittelbewilligung durch den Landtag« betont und explizit verlangt, daß der Finanzminister konkret prüft, ob ein »rechtzeitiger« Nachtragshaushalt möglich ist, und hierzu den Landtagspräsidenten vorab konsultiert. Nichts davon ist geschehen!

Nachgerade rührend mutet es an, wie der Gesellschaftsrechtler Schockenhoff in nachfolgenden mails immer neue Konstruktionen vorschlägt, um einerseits den Parlamentsvorbehalt zu achten – andererseits aber den Geheimhaltungswünschen der Verkäuferin Rechnung zu tragen (präjudizierende Kabinettsentscheidung nebst Fraktionsbeschlüssen, unbedingter Kauf durch Neckarpri, aber bedingte Landesgarantie mit entsprechendem politischem Druck, unbedingter Vorvertrag mit *break fee* [eine Art Garantiezahlung] für den Fall, daß der Kauf am Parlament scheitert).

Die Meinungswende beginnt mit einer internen mail des Öffentlichrechtlers Weidemann an den Gesellschaftsrechtler Schockenhoff (am 30.10.2010, 12:09 Uhr): Nach einem Gespräch mit dem Of Counsel Prof. Dr. Rupert Scholz erscheine die Notbewilligung zwar verfassungsrechtlich riskant, aber gangbar. Dabei fügt Weidemann die strenge Entscheidung des Staatsgerichtshofes aus 2007 bei. Entscheidend sei nach einer Literaturmeinung folgendes: Die Notbewilligung sei nach außen wirksam, bringe also dem »Vertragspartner [...] in der Tat weitgehende Sicherheit«. Die nachträgliche Parlamentsbefassung könne daran nichts ändern; »das Parlament könne und habe nur zu prüfen, ob Finanzminister und Regierung verfassungsgemäß verfahren sind«. Um 12:34 sieht Weidemann darin nurmehr eine »politische Kontrolle des Finanzministers«. Nun geht es schnell: Um 14:41 mailt der Gleiss Lutz-Anwalt Jochen Tyrolt: »M. nimmt das Risiko, es ohne Parlamentsvorbehalt zu machen.« Daß »M.« über die Risiken bis hin zur Strafverfolgung wegen Untreue von »sorgfältigen« Anwälten aufgeklärt worden ist, ist der mail nicht zu entnehmen. Dabei hätte dies nahegelegen: Wenn M. nach außen kann, was er nach innen nicht darf, dann handelt es sich um eine typische Untreuesituation⁸.

Das rechtliche Lösungskonzept lautet also: Der Verfassungsbruch wird offen einkalkuliert – um dem französischen Vertragspartner Rechtssicherheit zu verschaffen. Das bißchen Verfassung muß nicht stören, wenn der Vertrag nur wirksam ist. Während die interne Legitimation des Landes vernachlässigbar ist, geben sich die Anwälte Mühe, stellvertretungsrechtliche Probleme anderer Beteiligten zu sichten: ob Henry Proglia das Board der Käuferin alleine vertreten dürfe und wie der Zweckverband Oberschwäbische Elektrizitätswerke an einer parallelen Aktionärsvereinbarung zu beteiligen sei. Das ist selbstredend wichtiger als die Finanzverfassung von Baden-Württemberg.

Notheis und womöglich auch EdF wollten keine Öffentlichkeit und keine Parlamentsbefassung, und diesem Willen beugte sich die Anwaltskanzlei: Schlußpunkt ist die fünfseitige (!) »Anwaltliche Stellungnahme« des Of Counsel Prof. Dr. Rupert Scholz und des Anwalts Dr. Clemens Weidemann vom 15.12.2010, in welchem der vorherige Meinungsschwenk nachträglich »begründet« wird. Die zentrale Frage, ob ein »unvorhergesehenes und unabweisbares Bedürfnis« das Notbewilligungsrecht trägt, ist auf nur einer Seite abgehandelt. Die »Gutachter« übernehmen unkritisch die Argumentation der

Investmentbank, wonach das »Bekanntwerden der Kaufabsicht« zur Verteuerung führen müßte und damit das Geschäft »aus wirtschaftlichen Gründen undurchführbar gewesen« wäre. Jede Diskussion von Gegenargumenten und Risiken fehlt. Das ist angesichts der ersten Rechtsansicht des Mitverfassers Weidemann kühn – und bedeutet nicht weniger als einen Persilschein. Der »Gutachter« Scholz sagte in einem Interview im Herbst 2011 in anderem Zusammenhang: »Die Handlungsfähigkeit der Regierung darf die Rechte des Parlaments nicht beschneiden. Die Budgethoheit des Parlaments ist unantastbar.«⁹

Von dem Risiko, das Mappus für das Land nehmen wollte, ist nicht die Rede. Die Leitentscheidung des BVerfG vom 25.5.1977, die zuvor als eindeutiger Gegengrund herangezogen worden ist, soll nun das befürwortende Ergebnis decken. Die überaus einschlägige Entscheidung des Staatsgerichtshofes aus 2007 ist in Fußnote 11 erwähnt, aber selektiv nur zum politischen Entscheidungsspielraum für die Ausgabenrechtfertigung. Die strengen Aussagen des Staatsgerichtshofes zum Vorrang des Nachtragshaushaltes werden ebenso wenig angeführt wie das Verfahrenserfordernis einer Konsultation des Landtagspräsidenten.

Im Kern fußt die Anwaltsmeinung auf dem abwegigen Gedanken, jeder Vertragspartner des Landes könne den Parlamentsvorbehalt ausschalten, indem er die Parlamentsbeteiligung »kategorisch ablehnt«. Die Staatsverfassung gilt nicht, wenn der Geschäftspartner dies zur Bedingung erhebt. Auch die Rechtsberatung folgt dieser »Logik«: Gegenargumente fallen weg, wenn der Auftraggeber Ignoranz befiehlt. Gibt sich eine Kanzlei der Opportunität hin, wenn nur Mandant (hier Land und große Investmentbank) und Honorarerwartung bedeutsam sind? Eben das ist mit dem Berufsbild des freien und der Rechtspflege verpflichteten Anwalts nicht zu vereinbaren. Erstaunlicherweise spricht die Stellungnahme von der haushaltsrechtlichen Beurteilung, behandelt aber nicht die zentrale Pflicht zur Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nach § 7 Landeshaushaltsordnung – die nach Auffassung des Rechnungshofes (S. 79 ff) eklatant verfehlt wurde.

Der Fall gibt Anlaß, über die Abhängigkeiten großer Kanzleien von Investmentbanken nachzudenken. Wie kann es sein, daß die Rechtsanwälte sich darauf eingelassen haben, über die Investmentbank mit dem Mandanten zu kommunizieren – was wiederum jede kritische Betrachtung der Notheis-Aktivitäten zum Schutz des Man-

danten erschwert? Ist eine berufsrechtliche Sicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit gegenüber Großnachfragern geboten?

Verfasser hat schon viele anwaltliche Gutachten und Stellungnahmen gesehen. Diese verdient die Bezeichnung nicht. Jedes sorgfältige Abwägen des Für und Wider fehlt – um das Ergebnis als »zweifellos« erscheinen zu lassen. Selbstgerecht wirkt die Aussage Schockenhoffs im Untersuchungsausschuß: Er will über die Risiken richtig aufgeklärt haben und weist die Entscheidungsverantwortung Mappus zu.¹⁰

Wer war hier der Mandant?

Die Obszönität dieser »Rechtsberatung« wird erhellt, wenn man den Sachverhalt in die Privatwirtschaft überträgt – weil dort die organschaftlichen Rechtspflichten schärfer herausgearbeitet sind: Man stelle sich vor, der Vorstand einer Aktiengesellschaft plane einen vergleichbaren Ankauf von Aktien, dieser aber falle wegen des Volumens unter einen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 AktG. Der Verkäufer lehne die Aufsichtsratsbefassung ab, weil im mitbestimmten Aufsichtsrat Vertreter der IG Metall sitzen, so daß die geplante Transaktion dann über die Gewerkschaft entweder öffentlich oder jedenfalls in Konkurrenzunternehmen mit ähnlicher Aufsichtsratsbesetzung bekannt werde. Eine Anwaltskanzlei riete dazu, die Eilkompetenz des Vorstandes in Anspruch zu nehmen. Der Aufsichtsrat könne zwar hernach die Verletzung des Zustimmungsvorbehaltes rügen – doch sei das Geschäft wegen der umfassenden Vertretungsbefugnis des Vorstandes nach allgemeiner Meinung wirksam. Der Vorstand müsse allenfalls die »politische Kontrolle« des Aufsichtsrats fürchten, der die Verletzung des Zustimmungsvorbehaltes rügen könne (und müsse¹¹).

Nach meiner Einschätzung hätte eine solche Kanzlei anschließend Schwierigkeiten, bedeutsame gesellschaftsrechtliche Mandate zu erlangen: Sie hätte den Vorstand zielgerichtet in der Verletzung seiner gesellschaftsrechtlichen Legalitätspflicht begleitet. Diese verpflichtet den Vorstand, Rechtsregeln für sein Organverhalten zu beachten¹². Dabei gilt nach dem Bundesgerichtshof: »Verstöße gegen die Legalitätspflicht können auch im Verhältnis zur Gesellschaft selbst nicht mit dem Vorbringen gerechtfertigt werden, sie lägen in deren Interesse«¹³.

Berät nun ein Anwalt eine solche Gesellschaft, vertreten durch ihren Vorstand, so prägt die Legalitätspflicht das Mandat. Der Rechtsanwalt muß »legalitätskonform« beraten. Er darf keine »Konzepte«

andienen, die den Vorstand im Rechtsbruch begleiten. Dagegen mag man einwenden, daß jedenfalls dann, wenn der Anwalt den Vorstand über alle Risiken – konkret¹⁴ – aufgeklärt hat, er diesen nicht vom eigenverantwortlichen Handeln abhalten müsse. Indes: Mandant ist nicht der Vorstand, Mandant ist die Gesellschaft. Der Anwalt muß also richtigerweise die Pflichtvergessenheit eines Gesellschaftsorgans seinem Mandanten, der Gesellschaft, und also dem zur Aufsicht berufenen anderen Organ mitteilen – damit dieses im Interesse der Gesellschaft die pflichtwidrige Handlung unterbinden kann. So wie der Aufsichtsrat gesellschaftsrechtlich verpflichtet ist, gesetzwidrige Geschäftsführungsmaßnahmen zu unterbinden¹⁵, so muß der Anwalt ihn darin unterstützen, weil er allein dem Mandanteninteresse verpflichtet ist.

Nimmt der Anwalt einseitig die Interessen des Vorstandes wahr und vernachlässigt er dadurch die gegenläufigen Interessen der Gesellschaft und also seines Mandanten, drohen berufsrechtliche Schwierigkeiten, weil die Bundesrechtsanwaltsordnung die Vertretung widerstreitender Interessen verbietet (§ 43a Abs. 4). Möglich sind auch strafrechtliche Ermittlungen wegen Parteiverrats, § 356 StGB. Das Bundesverfassungsgericht betont richtig, daß nicht nur der Mandant, sondern auch das »Vertrauen der Allgemeinheit in die Zuverlässigkeit und Integrität der Anwalt[...]schaft« geschützt wird.¹⁶ Ein derartiger Vorwurf könnte Compliance-Abteilungen dazu bewegen, eine Mandatierungssperre gegenüber einer solchen Kanzlei auszusprechen. Ich bin mir sicher, daß der Gesellschaftsrechtler Schockenhoff die ihm bekannte Legalitätspflicht bei der Beratung einer Aktiengesellschaft beachtet hätte.

Die entscheidende Frage lautet, weshalb die Anwälte dem Land Baden-Württemberg weniger Sorgfalt widmen als einem privatwirtschaftlichen Unternehmen. Überträgt¹⁷ sich hier die politische Haltung der Exekutive, die nach Gutsherrenart meint, für den Staat freihändig verfügen zu dürfen? Oder hat der steuernde Einfluß des Investmentbankers Notheis die Anwälte so »eng am Zügel« gehalten, daß sie ihre Warnaufgabe aus dem Blick verloren haben? Oder waren sich alle Beteiligten so sicher, daß alles gutgehen würde, daß die Öffentlichkeit den EnBW-Rückkauf gutheißen würde, ganz gleich wie er zustande gekommen ist? Dann wäre doch nur Fukushima schuld. Indes: Kein Anwalt darf solche geschäftliche Inbrunst annehmen, mag das Honorar auch noch so erfreulich sein. Er muß wie der Therapeut professionelle Distanz wahren. Distanzverlust ist Pflichtverletzung.

In der Sache ist das schlechthin unerträglich: daß der allein dem Gemeinwohl verpflichtete Staat weniger Schutz vor egoistischer Fehlsteuerung erfährt als ein privatwirtschaftliches Unternehmen. Es müßte umgekehrt sein: Gerade weil den Staat und seine Organe weit aus intensivere Rechtspflichten treffen als private Organisationen, muß die »Legalitätspflicht« mit Verfassungsrang (Art. 20 Abs. 3 GG) strikter noch durchgesetzt werden. Und deshalb müssen Anwälte, die Bund, Länder und Gemeinden beraten, kraft ihres Mandates diese Legalitätspflicht stützen und dürfen sie nicht vereiteln. Das mag erhebliche Konsequenzen für die Anwaltshaftung mit sich bringen, ist aber unausweichlich. Der Trend, staatliche Funktionen auf Anwaltskanzleien auszulagern, kann im verfaßten Gemeinwesen nur hingenommen werden, wenn die Anwälte ihrer mandatarischen Verantwortung für das Gemeinwohl nachkommen.

Die Diskussion um die Gemeinwohlbindung der Wirtschaft und den Primat der Politik erfährt durch den Fall EnBW und vergleichbare Mißwirtschaft (Nürburgring) eine Wendung: Der Staat, der privaten Rechtssubjekten Rechtslasten im Allgemeininteresse auferlegt, muß zuerst seine eigene Gemeinwohlausrichtung sicherstellen. Von anderen kann er nicht verlangen, was er selbst nicht leistet. »Zocker« gibt es auch im verfaßten Staat, und sie zocken mit des Anwalts Hilfe. Während das Ermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft (*business judgement rule*) rechtlich eingehegt ist, wird das politische Ermessen einer Landesregierung weithin als Freibrief verstanden. Der Rechnungshofbericht zeichnet hingegen strikte Sorgfaltspflichten: Ermessensfreiräume kann es nur geben, wenn die Amtsträger sich sorgfältig informiert haben. Insofern ist zu hoffen, daß die strafrechtliche Aufarbeitung des Falles zu vergleichbarer Konturierung der Pflichtwidrigkeit führt, wie dies die Mannesmann-Entscheidung des BGH bewirkt hat: »Es ist schlechterdings nicht vorstellbar, dass sich der in führenden Positionen der deutschen Wirtschaft tätige Angeklagte Dr. Ackermann und der Gewerkschaftsführer Zwickel für berechtigt gehalten haben könnten, in Millionenhöhe willkürlich – so das angefochtene Urteil – über das ihnen anvertraute Gesellschaftsvermögen verfügen zu dürfen.«¹⁸ Hinsichtlich der Willkür liegt der EnBW-Fall kaum anders. Entscheidend ist die Frage nach dem Schaden: weil sich die Vertretbarkeit des Kaufpreises schwerlich objektivieren läßt. Deshalb kommt es auf die schadensgleiche Vermögensgefährdung an und auf den Vorsatz¹⁹. Der Nachtragshaushalt beseitigt eine etwaige Untreue nicht – schon weil das Parlament keine

Wahl hatte. Die »Engführung« des Untreuetatbestandes²⁰ hilft nicht, weil Landesverfassung und Haushaltsrecht die Schonung der öffentlichen Kassen und damit Vermögensschutz bezwecken. Wie bei einer schwarzen Kasse wurde die Alleinzuständigkeit und -kontrolle des Parlaments vereitelt. Staatsgeld in obskuren Verfahren einem riskanten Geschäft zuzuführen und hernach zu behaupten, es habe sich gleichwohl gelohnt, ließe hochspekulative Anlagegeschäfte zu. Die Fehldisposition²¹ des Staates über 4,7 Milliarden Euro beschneidet seinen politischen Gestaltungsraum²² und führt in die Haushaltsuntreue.

Offenbar hatten die Anwälte nicht mehr im Blick, wer ihr Mandant ist. Mappus und Notheis wollten den »Deal«, und die Anwälte haben sich diesem Willen gefügt und das Legalitätsinteresse des Landes vernachlässigt. Interessenkonflikte wurden nicht eingehegt²³, eine etwaige Risikoauflklärung nahm drohende Folgen nicht in den Blick. Auf die Ausschaltung der ministeriellen Vorprüfung reagierten die Anwälte nicht mit einem eigenen kompensatorischen und intensiven Prüfkonzept. Nun ist es verständlich, daß ein von einer bedeutenden Investmentbank vermitteltes Mandat (Notheis hatte RA Schockenhoff empfohlen) besondere Mandatsfreude auszulösen vermag. Champagnerlaune darf indes nicht vergessen lassen, wer der Mandant ist und wem gegenüber der Anwalt seine Berufspflichten zu erfüllen hat.

Gerade weil Mappus die Ministerialbürokratie zielgerichtet ausgeschaltet und von der Prüfung des konkreten Falles abgehalten hat, gerade weil die Anwälte über Notheis und MorganStanley kommunizierten (und sich darauf eingelassen haben) und wenig Direktkontakt zu Mappus oder dem Kabinett hatten, hätte die Kanzlei besondere und angestrenzte Sorgfalt im Interesse des Landes an den Tag legen müssen. Das vorgebliche Anwaltshonorar von 2,7 Millionen Euro²⁴ läßt nicht bloß fragen, was dafür gearbeitet worden ist und ob die Kanzlei ein Eigeninteresse am Vertragsschluß hatte. Zugleich ist die Frage aufgeworfen, ob die Anwälte eine Garantenstellung übernommen haben²⁵.

Die Ablaufsteuerung brachte erhebliche Risiken für das Land als Mandanten mit sich – und die Kanzlei hat zu deren Bändigung nichts unternommen. Man stelle sich nur vor,

- die Anwälte Weidemann und Schockenhoff hätten dem Ministerpräsidenten explizit dargelegt, daß er mit seiner Pflichtwidrigkeit nicht nur »politische« Regeln verletzt, sondern eine ihn persönlich

treffende Untreuestrafbarkeit riskiert, weil er zum Schaden des Landes das gesetzliche Verfahren zur Finanzüberwachung unterläuft und die Prüfungs- und Kontrollrechte Dritter ausschaltet²⁶, außerdem weil die Entscheidungsträger ihre eigene Prüfungs- und Informationspflicht hinsichtlich des Geschäfts nicht ausreichend beachtet haben²⁷;

- die Anwälte hätten darauf hingewiesen, daß ein überhöhter Kaufpreis in die unionsrechtliche Beihilfenkontrolle münden könnte;
- die Anwälte hätten das Land selbst und unmittelbar damit konfrontiert, daß eine vorherige *due diligence* mit Blick auf *Change of Control*-Klauseln und das Bykov-Haftungsrisiko erforderlich sei, und hätten Mappus aufgezeigt, welche konkreten Risiken das Land durch den Verzicht auf eine interne Prüfung »auf sich« nehme;
- die Anwälte hätten dem Finanzminister in der Nacht vom 5. auf den 6. Dezember 2010 klargemacht, daß er nicht freihändig nach zweistündiger Information durch »Vorträge«, sondern erst nach gründlicher und eigenverantwortlicher Prüfung sowohl seiner Notbewilligungskompetenz als auch der wirtschaftlichen Vertretbarkeit des Geschäfts hätte entscheiden dürfen – und daß es ihm verwehrt sei, im »blinden« Vertrauen auf die wirtschaftliche Einschätzung durch die Bank und die Rechtsmeinung der Anwälte *ad hoc* über 4,7 Milliarden Euro zu entscheiden;
- die Anwälte hätten darauf beharrt, daß nach dem Staatsgerichtshofurteil aus dem Jahr 2007 der Landtagspräsident zu konsultieren sei, um einen Nachtragshaushalt als vorrangige Alternative zu prüfen.

Das wäre ihre (Legalitäts-)Pflicht gewesen. Dann aber wäre der »Deal« in der vorgesehenen Ablaufplanung geplatzt. Auf eine berufstypisch »neutrale« Handlungsweise können sich beratende Anwälte in einer solchen Konstellation nicht herausreden.²⁸

Finis

Das Projekt hieß intern »Olympia«. »Ikarus« träfe es besser. Nie zuvor haben wenige Anwälte einer der angesehensten Kanzleien Deutschlands sich derart und öffentlichkeitswirksam in Staatsunrecht verstrickt – und durch die provozierte öffentliche Diskussion das eigene Renommee beschädigt und das Vertrauen in ihren Berufsstand erschüttert. Der auf den Mail-Ausdrucken der Kanzlei aufgebrachte Stempel »vertraulich/Nur für Untersuchungsausschuss EnBW« hat sich als wirkungslos erwiesen. Leid tun muß es einem um die vielen seriösen Anwälte jener Kanzlei. Allerdings ist das Unglück

hausgemacht: Eine Complianceorganisation, die solche Großmandatsrisiken ins Auge nimmt, scheint es dort nicht zu geben. »Weil ich es kann« ist für den Anwalt aber keine taugliche Richtschnur. Ein Anfangsverdacht wegen Beihilfe zur Untreue lastet auf den beteiligten Anwälten – weil sie den Gutsverwalter Mappus darin bestärkt haben, sich pflichtwidrig zum Gutsherren²⁹ aufzuspielen, weil sie den Finanzminister zur unverantworteten Ausübung seines konstruierten Notbewilligungsrechts ermuntert haben und weil sie die vom Staatsgerichtshof geforderte Konsultation des Landtagspräsidenten nicht eingefordert haben. Die Anwälte haben ihren Mandanten, das Land Baden-Württemberg, im Stich gelassen. Das ist bitter: »Die gefährlichste Waffe sind die Menschen kleinen Kalibers« (Wiesław Brudziński).

VOLKER RIEBLE

Anmerkungen

- 1 6.10.2011 – GR 2/11 – NVwZ 2012, 300 = www.baden-wuerttemberg.de/sixcms/media.php/602/111006_GR_2_11_Urteil_Staatsgerichtshof.pdf [27.7.2012].
- 2 www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.ausschuss-zum-enbw-deal-notheis-korrigiert-zeugenaussage.61e8dfaf-f4b1-4ac9-9dfd-709bdcd6df43.html [27.7.2012].
- 3 BGH, 6.6.1994 – II ZR 100/92 – NJW-RR 1994, 1314: »Ein in einer Schiedsgutachtenvereinbarung vorgesehener Gutachter, der anstatt eines Gutachtens, das die Voraussetzungen eines Schiedsgutachtens erfüllt, ein Gutachten im einseitigen Interesse der einen Vertragspartei erstattet, verliert die Eignung zur Bestimmung der Leistung.«
- 4 GBl. 2010 S. 1037; Landtagsdrucksache 14/7379; www.landtag-bw.de/files/live/sites/LTBW/files/dokumente/WP14/Drucksachen/7000/14_7379_D.pdf [27.7.2012].
- 5 So aber Wolff, Parlamentarisches Budgetrecht und Wirksamkeit zivilrechtlicher Verträge, NJW 2012, 812.
- 6 Allgemeine Meinung, etwa Maunz/Dürig/Kube, GG (64. EL 2012) Rn 63.
- 7 Dazu die Pressemitteilung des Landes vom 11.7.2012: www.baden-wuerttemberg.de/de/Meldungen/288657.html [27.7.2012].
- 8 Zentral: BGH, 16.6.1953 – I StR 67/53 – BGHSt 5, 61.
- 9 www.focus.de/politik/deutschland/staatsrechtler-scholz-budgethoheit-des-parlaments-ist-unantastbar_aid_661499.html [27.7.2012].
- 10 www.sueddeutsche.de/wirtschaft/untersuchung-zu-enbw-kauf-zeuge-widerspricht-mappus-1.1337725 [27.7.2012].
- 11 BGH, 11.12.2006 – II ZR 243/05 – NJW-RR 2007, 390.

- 12 Instruktiv: *Habersack*, Die Legalitätspflicht des Vorstands der AG, FS Schneider (2011) S. 429 ff gerade zu den Grenzen der Legalitätspflicht. Strenger *Fleischer*, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und »nützliche« Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141 ff; *Reichert*, Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens, ZIS 2011, 113.
- 13 BGH, 27.8.2010 – 2 StR 111/09 – BGHSt 55, 266 und insofern deutlich strenger als Habersack.
- 14 BGH, 10.5.2012 – IX ZR 125/10 – ZIP 2012, 14 13.
- 15 BGH, 15.11.1993 – II ZR 235/92 – BGHZ 124, 111.
- 16 BVerfG [Kammer], 24.5.2001 – 2 BvR 1373/00 – NJW 2001, 3180.
- 17 *Freud*, Zur Dynamik der Übertragung, Zentralblatt für Psychoanalyse, 1912, 167 ff = Gesammelte Werke, 2. Auflage (1999), Bd. 8, S. 364 ff; im Netz: www.textlog.de/freud-psychoanalyse-dynamik-uebertragung.html [27.7.2012].
- 18 BGH, 21.12.2005 – 3 StR 470/04 – BGHSt 50, 331.
- 19 Instruktiv *Ransiek/Hüls*, Strafrecht zur Regulierung der Wirtschaft, ZGR 2009, 157, 167 ff.
- 20 BVerfG, 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. »Landowsky« – BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209; BGH, 13.9.2010 – 1 StR 220/09 »AUB/Schelsky« – BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88.
- 21 *Ransiek*, Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, ZStW 116 (2004) 634, 651 ff.
- 22 BGH, 4.11.1997 – 1 StR 273/97 – BGHSt 43, 293.
- 23 Zur Untreuerelevanz *Ransiek*, ZStW 116 (2004) 675 ff.
- 24 www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.mappus-vs-anwaelte-schwere-vorwurfe-gegen-kanzlei-gleiss-lutz.7255a259-8926-4a2b-8eb4-c09f4a03fd38.html [27.7.2012].
- 25 BGH, 17.7.2009 – 5 StR 394/08 – BGHSt 54, 44
- 26 Dazu die eindeutige Rechtsprechung des BGH zu schwarzen Kassen: BGH, 18.10.2006 – 2 StR 499/05 »Kanter« – BGHSt 51, 100; BGH, 29.8.2008 – 2 StR 587/07 »Siemens« – BGHSt 52, 323; BGH, 27.8.2010 – 2 StR 111/09 – BGHSt 55, 266.
- 27 Zentral BGH, 6.4.2000 – 1 StR 280/99 – BGHSt 46, 30; 6.12.2001 – 1 StR 215/01 »Sponsoring« – BGHSt 47, 187 – gerade für die Pflicht zur Eröffnung von Kontroll- und Rügemöglichkeiten.
- 28 Vgl. BGH, 1.8.2000 – 5 StR 624/99 – BGHSt 46, 107.
- 29 So die Formulierung des Vorsitzenden Richters Tolksdorf bei der Verkündung der Mannesmannscheidung des BGH, <http://notizen.duslaw.de/gutsverwalter-guts-herren/> [27.7.2012].