

Neueste
Rechtsprechung
und aktuelle
Entwicklungen
aus dem Bereich
Corporate Law

EY

Building a better
working world



Inhalt

In eigener Sache

- 5 EY Law baut Insolvenzrechtspraxis auf

Brennpunkt

- 6 Bundesgerichtshof macht den Weg für den Rückzug von der Börse frei
- 8 Guthaben auf Privat- und Verrechnungskonten von Personengesellschaften im Fokus der Bankaufsicht - Eine Haftungsfalle für Geschäftsführer
- 12 Offenlegung von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat - Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses einer börsennotierten AG wegen fehlerhafter Entsprechenserklärung
- 14 Acting in Concert: Emittentenleitfaden und ESMA Statements
- 16 Fallstricke der Gesellschaftsfinanzierung
- 20 Einheitlicher Schutz von vertraulichen Geschäftsinformationen in Europa

Rechtsprechung aktuell

- 22 Anteilseinziehung wegen tiefgreifenden Gesellschafterzerwürfnisses
- 24 GmbH-Geschäftsführung: Ressortmäßige Aufteilung der Befugnisse zweier gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer mit auf dieses Ressort begrenzter Einzelvertretungsbefugnis
- 26 Rechtsform des werbenden Unternehmens als Pflichtangabe i.S.v. § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG
- 28 Aktuelle Rechtsprechung zu Fragen der Vertragsgestaltung und AGB
- 32 Europarecht: Obergerichtliche Bestätigung der EuGH-Rechtsprechung (Cartesio; Vale) zur Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Formwechsels

Legal Compliance Ecke

- 34 Geschäftsführer haftet auch bei ex ante für die Gesellschaft nützlich erscheinendem Gesetzesverstoß
- 36 Verbandsstrafgesetzbuch (VerbStrG-E) - Neue Anreize zur Vermeidung von Wirtschaftskriminalität in Unternehmen

Aktuelle Meldungen

- 40 BAFIN vereinheitlicht Sanktionspraxis
- 40 Auslandsbeurkundung auch nach MoMiG zulässig - Der BGH hat entschieden
- 41 Keine Einsicht in Aufsichtsratsprotokolle von Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft
- 43 Ansprechpartner



In eigener Sache



Dr. Nikolai Weber

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Insolvenzrecht
Ernst & Young Law GmbH, Stuttgart
Telefon +49 711 9881 20541
nikolai.weber@de.ey.com

EY Law baut Insolvenzrechtspraxis auf

Zum 1. Februar 2014 wechselte Dr. Nikolai Weber (39) in das Stuttgarter Büro von EY Law. Von dort aus übernimmt er bundesweit den Aufbau der Insolvenzrechtspraxis.

Weber verfügt über langjährige Erfahrungen und Marktkontakte aus dem Bereich des Insolvenzrechts. Seit 2007 wird er bislang selbst als Insolvenzverwalter bestellt. In seiner bisherigen Kanzlei, der Stuttgarter Insolvenzrechtsboutique Beck Rechtsanwälte, war Weber neben der Abwicklung von Insolvenzverfahren auch in der Sanierungsberatung tätig. Einen weiteren Schwerpunkt bildete die Beratung und die Vertretung von Gläubigern, Gesellschaftern und sonstigen Beteiligten in Insolvenzverfahren.

Vor der Aufnahme seines Jurastudiums absolvierte Weber eine Ausbildung zum Bankkaufmann. Bereits während seines Studiums war er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Eduard Picker in Tübingen. Im Anschluss promovierte er über ein insolvenzrechtliches Thema bei Prof. Dr. Wolfgang Lüke, LL.M. in Dresden. Seit 2012 ist er Fachanwalt für Insolvenzrecht.

Bei EY Law konzentriert sich Weber auf die insolvenzrechtliche Beratung mit folgenden Schwerpunkten:

- ▶ Sanierungsberatung; hierzu gehört die Beratung zur Vermeidung einer Insolvenz ebenso wie die begleitende insolvenzrechtliche Beratung der Geschäftsleitung in der Eigenverwaltung bzw. in einem Schutzschirmverfahren;

- ▶ Ausarbeitung von Sanierungskonzepten einschließlich der Prüfung und Erstellung von Insolvenzplänen;
- ▶ Beratung und Vertretung von Gesellschaftern und Geschäftsführern/Vorständen bei einer Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter;
- ▶ Beratung und Vertretung in insolvenzanfechtungsrechtlichen Angelegenheiten;
- ▶ Beratung und Vertretung von Gläubigern bei der Durchsetzung ihrer Forderungen und Sicherungsrechte im Insolvenzverfahren;
- ▶ Wahrnehmung von Mandaten in Gläubigerausschüssen;
- ▶ Beratung beim Unternehmenskauf aus der Insolvenz (Distressed M&A);
- ▶ Unterstützung bei Verhandlungen mit dem Insolvenzverwalter im Fall der Insolvenz eines Lieferanten zur Sicherstellung der Weiterbelieferung und zum Abschluss von Fertigstellungsvereinbarungen.



Brennpunkt

Bundesgerichtshof macht den Weg für den Rückzug von der Börse frei

Mit einer Grundlagenentscheidung zum Rückzug von der Börse auf Antrag einer im organisierten Markt notierten Aktiengesellschaft vollzieht der BGH nach zwei Jahren eine Kehrtwende um 180 Grad (BGH, Beschluss vom 8.10.2013 - Az.: II ZB 26/12). In seiner Macrotron-Entscheidung hatte er im Jahr 2002 noch die Rechtsansicht vertreten, dass das Delisting auf Antrag der Gesellschaft wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Rechtsstellung der Aktionäre nicht nur eines Hauptversammlungsbeschlusses, sondern auch einer den Aktionären anzubietenden Barabfindung bedürfe. Diese Rechtsprechung gibt der BGH nun auf.

Der Fall

Eine börsennotierte Aktiengesellschaft gab durch Ad-hoc-Mitteilung nach § 15 WpHG bekannt, dass ihr Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats den Wechsel vom regulierten Markt in den Entry Standard des Freiverkehrs der Frankfurter Wertpapierbörse beschlossen habe (sogenanntes „Downlisting“ oder „Downgrading“). Nachdem der gemäß § 39 Abs. 2 BörsG i. V. m. der Börsenordnung der betreffenden Börse beantragte Widerruf der Zulassung am regulierten Markt wirksam geworden war, beantragten einige Aktionäre ein gerichtliches Spruchverfahren analog den Regeln des Spruchverfahrensgesetzes zur Festlegung einer angemessenen Barabfindung. Sowohl das Landgericht als auch das OLG als Beschwerdeinstanz haben diese Anträge als unzulässig zurückgewiesen. Der BGH hat diese Entscheidungen bestätigt und ist damit von seiner früheren Rechtsprechung abgerückt, die er im Fall Macrotron entwickelt hatte.

Reguläres Delisting erfordert keinen Hauptversammlungsbeschluss und kein Pflichtangebot mehr

Der BGH ist der Ansicht, dass das Spruchverfahrensgesetz auf den vorliegenden Fall des regulären Delisting nicht analog anwendbar sei. Ein Pflichtangebot sei weder verfassungsrechtlich noch gesellschaftsrechtlich geboten. Der Widerruf der Börsenzulassung beeinträchtigt nicht die verfassungsrechtlich geschützte Substanz des Aktieneigentums. Die durch die Börsenzulassung vermittelte tatsächliche Handelbarkeit stelle nur eine schlichte Ertrags- und

Handelschance dar. Mögen auch einzelne Vorschriften des Aktienrechts nur für Gesellschaften gelten, die eine Zulassung der Aktie zum Handel im regulierten Markt besitzen, so stelle die börsennotierte Aktiengesellschaft dennoch keine eigene Rechtsform dar, deren Änderung – analog den umwandlungsrechtlichen Vorschriften – ein Barabfindungsangebot an die Aktionäre und einen Hauptversammlungsbeschluss erfordere.

Die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Delisting

Die neue BGH-Entscheidung folgt einer Änderung der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zum regulären Delisting, die das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 2012 entwickelt hat. Auch in dem Fall, mit dem sich das BVerfG zu befassen hatte, ging es um ein Downlisting, infolgedessen die Aktie nach dem Widerruf der Börsenzulassung nur noch im Freiverkehr gehandelt wurde. Das BVerfG hat entschieden, dass die Börsenzulassung der Aktie nicht den Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG genieße. Sie sei dem einzelnen Aktionär nicht in privatnütziger Verfügbarkeit normativ zugeordnet, sondern steigere lediglich die tatsächliche Verkehrsfähigkeit und damit die verfassungsrechtlich nicht geschützte Ertrags- und Handelschance.

Bemerkenswert an der Entscheidung des BVerfG ist, dass es die gesellschaftsrechtliche Rechtsfortbildung durch die Macrotron-Entscheidung des BGH ausdrücklich als mit dem Grundgesetz vereinbar ansah. Das BVerfG beschränkte sich lediglich darauf festzustellen, dass die Börsenzulassung einer Aktie keinen grundgesetzlichen Eigentumsschutz genieße.

Die maßgeblichen Gründe des BGH für seine neue Rechtsprechungslinie

Diese juristische Brücke, die das BVerfG gebaut hatte, hielt den BGH gleichwohl nicht davon ab, seine Macrotron-Rechtsprechung nun aufzugeben. Dogmatisch ist das konsequent, weil der BGH seine Macrotron-Entscheidung seinerzeit maßgeblich auf verfassungsrechtliche Erwägungen gestützt und mit Art. 14 GG begründet hatte.

Nunmehr folgt der BGH dem verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt des BVerfG, dass die Börsennotierung der Aktie keinen verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz genieße. Nach der neuen Rechtsansicht des BGH stellt das Delisting darüber hinaus aber auch gesellschaftsrechtlich keine besondere Strukturmaßnahme mehr dar, weil die Binnenstruktur der Gesellschaft dadurch, dass sie sich aus dem regulierten Markt der Börse zurückziehe, keine Veränderung erfahre. Deshalb sei auch keine Analogiebildung zu gesellschaftsrechtlichen Vorschriften vorzunehmen, die bei Strukturmaßnahmen den Aktionärsschutz durch Entscheidungsteilhabe der Aktionäre in der Hauptversammlung und eine angemessene Barabfindung für deren Aktien sicherstellen.

Die Rechtsprechungsumkehr des BGH ist insoweit bemerkenswert, als der Gesetzgeber im Jahr 2007 - gerade als Folge der Macrotron Rechtsprechung des BGH - § 29 Abs. 1 Satz 1 Variante 2 UmwG eingeführt hatte. Dieser bestimmt, dass den dissentierenden Aktionären bei der Verschmelzung ihrer börsennotierten auf eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft (sogenanntes „kaltes Delisting“) genauso ein angemessenes Barabfindungsangebot zu unterbreiten ist wie bei der Verschmelzung von Rechtsträgern unterschiedlicher Rechtsformen. In seiner neuen Entscheidung hält der BGH diese Vorschrift nur für eine Sonderregelung, der sich nicht etwa das allgemeine Rechtsprinzip entnehmen lasse, dass die Aktionäre vor dem Verlust der Börsenzulassung ihrer Aktien auch gesellschaftsrechtlich zu schützen seien.

Ein solcher Schutz sei vielmehr ausschließlich durch das Kapitalmarktrecht zu leisten. Das sei mit § 39 Abs. 2 BörsG geschehen. Nach dieser Vorschrift kann die Geschäftsführung der Börse die Zulassung auf Antrag der Gesellschaft nur dann widerrufen, wenn dem der Schutz der Anleger nicht entgegensteht. Die Börsenordnungen der einzelnen Börsen bestimmen darüber hinaus näher, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist.

Die Folgen für die Praxis

Für die Praxis ist damit festzuhalten, dass das Downlisting nach dieser BGH-Entscheidung deutlich einfacher werden wird, weil dafür gesellschaftsrechtlich weder zwingend ein Hauptversammlungsbeschluss eingeholt werden muss noch den Aktionären ein Pflichtangebot zu machen ist. Dabei wird man für die Praxis davon auszugehen haben, dass die neue Entscheidung des BGH nicht nur für das Downlisting, sondern auch für das vollständige Delisting gilt, bei dem die Aktien nach dem Widerruf der Börsenzulassung auch nicht mehr in einem (qualifizierten) Bereich des Freiverkehrs gehandelt werden. Die Entscheidung des BGH legt diesen Schluss jedenfalls sehr nahe. Der Aktionärsschutz hängt jetzt maßgeblich vom Kapitalmarktrecht ab.

Kapitalmarktrechtlich regeln die Börsen in ihren Börsenordnungen den Aktionärsschutz beim Delisting allerdings unterschiedlich. Während beispielsweise an der Frankfurter Wertpapierbörse nach dem

Delisting-Antrag im Regelfall eine Übergangszeit abzuwarten ist, bis das Delisting wirksam wird, lassen andere Börsen - wie die Börse Düsseldorf - das Downlisting unter bestimmten Kautelen zu und verlangen nur beim völligen Rückzug von der Börse grundsätzlich, dass für den Delisting-Antrag ein Hauptversammlungsentscheid vorliegt und den Aktionären ein Barkaufangebot gemacht werden muss. Ist die Aktie der jeweiligen Gesellschaft an mehreren Börsen notiert, bieten diese Unterschiede in den Börsenordnungen unter Umständen Raum, eine entsprechende Exit-Strategie zu entwickeln, die das vollständige Delisting der Gesellschaft erheblich vereinfachen kann.

Inwieweit die Börsen auf die neue BGH-Rechtsprechung reagieren und gegebenenfalls den Aktionärsschutz beim Delisting durch entsprechende Änderungen ihrer jeweiligen Börsenordnung verstärken, bleibt jedoch abzuwarten. ||

Autor

Dr. Maximilian Koch

Rechtsanwalt | Dipl.-Kaufmann
Ernst & Young Law GmbH, Düsseldorf
Telefon +49 211 9352 17886
maximilian.koch@de.ey.com



Brennpunkt

Guthaben auf Privat- und Verrechnungskonten von Personenhandelsgesellschaften im Fokus der Bankaufsicht - Eine Haftungsfalle für Geschäftsführer

Einführung

Das Betreiben von Bankgeschäften ist in Deutschland nach den Vorschriften des Kreditwesengesetzes (KWG) nur zulässig, wenn das betreffende Unternehmen eine entsprechende Erlaubnis besitzt. Hintergrund der Erlaubnispflicht ist das Bedürfnis einer staatlichen Regulierung des Bankensektors und eines Schutzes des Publikums, der unter anderem durch bestimmte gesetzlich zwingende Rahmenbedingungen für das Bankgeschäft verwirklicht wird. Was unter Bankgeschäften zu verstehen ist, regelt § 1 KWG. Das Einlagengeschäft nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG setzt tatbestandlich **die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums**, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird, ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden, voraus.

Ausweislich des Merkblatts „Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts“ (Merkblatt der BAFIN „Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts“, Stand August 2011) vertritt die nach dem KWG für die Bankenaufsicht zuständige Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFIN) die Auffassung, dass Guthaben auf Privat- und Verrechnungskonten von Personengesellschaften als erlaubnispflichtiges Bankgeschäft anzusehen sind. Damit wird der Fortbestand einer wesentlichen Säule der Finanzierung von Personengesellschaften in Frage gestellt; das Stehenlassen von Gewinnen und anderen Guthaben ist in der deutschen Realwirtschaft ein praxisüblicher Regelfall. Dieser Widerspruch zwischen einer gesellschaftsrechtlich geübten Praxis und der Auffassung der BAFIN ist in der gesellschaftsrechtlichen Literatur bislang kaum beachtet worden. Es darf außerdem angenommen werden, dass die BAFIN kein gesteigertes Interesse daran hat, solche erkennbar vom eigentlichen materiellen Gesetzeszweck nicht erfassten Sachverhalte aktiv zu verfolgen. Der Verlauf der Diskussion lässt außerdem hoffen, dass die BAFIN das Stehenlassen von Gewinnen generell aus dem Tatbestand des Einlagengeschäfts ausnehmen könnte. Damit wäre eine Vielzahl von möglichen Verstößen entschärft.

Vor über 30 Jahren hatte sich ein unterinstanzliches Gericht mit der hier erörterten Materie befasst. Auch das Verwaltungsgericht Berlin sah damals in der Führung von Privat- und Darlehenskonten ein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft (VG Berlin, Urteil vom 14.6.1982 - Az.: VG 14 A 122/81).

In einem kürzlich veröffentlichten Urteil hat sich der Bundesgerichtshof (BGH, Urteil vom 19.3.2013 - Az.: VI ZR 56/12) nun mit der hier erörterten Materie unter dem Gesichtspunkt der Organhaftung befasst. Der BGH kam zum Ergebnis, dass die Organe der Komplementär-GmbH einer in die Insolvenz geratenen GmbH & Co. KG Bankgeschäfte ohne aufsichtsbehördliche Erlaubnis geführt und damit gegen § 32 Abs. 1 KWG verstoßen hatten; zugleich hatten sie nach Ansicht des BGH den Straftatbestand des § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, II KWG i. V. mit § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllt. Als haftungsbe gründend für die Geschäftsführer sah der BGH dabei das Betreiben von unerlaubten Bankgeschäften aufgrund dem darlehensweisen Stehenlassen von Winzergeldern an (BGH, Urteil vom 19.03.2013 - Az.: VI ZR 56/12). Die Geschäftsführer wurden erfolgreich nach § 823 Abs. 2 BGB auf Zahlung der ausgefallenen Darlehensbeträge in Anspruch genommen. Es besteht daher Anlass, die bei zahlreichen Personengesellschaften übliche Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen und Guthaben auf Gesellschafterkonten auf den Prüfstand zu stellen. Der nachfolgende Beitrag soll diesbezüglich einen Überblick geben und dabei auf einige offene Fragen hinweisen.

Guthaben auf Privat- und Verrechnungskonten bei Personenhandelsgesellschaften und Bankerlaubnis

Kontenregelung bei der Personenhandelsgesellschaft im Überblick

Die gesetzliche Regelung im Handelsgesetzbuch sieht variable Kapitalanteile der Gesellschafter vor, die allerdings in der Praxis kaum umsetzbar sind. Der typische Gesellschaftervertrag regelt daher feste Kapitalanteile, nach denen sich Stimmrechte und die Gewinnverteilung richten. Dieses oft als „Kapitalkonto I“ bezeichnete Konto wird durch ein weiteres Kapitalkonto ergänzt („Kapital-

konto II“), auf dem z. B. Verlustanteile und generell nicht entnehmbare Gewinnanteile verbucht werden. Um Forderungen und Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern zu verbuchen, werden neben den Kapitalkonten in der Regel sogenannte Privatkonten (als Verrechnungskonten) für die Personengesellschaft angelegt. Auf diesen werden beispielsweise entnehmbare Gewinne und Darlehen der Gesellschafter an die Gesellschaft erfasst. Diese Gelder stehen im Vermögen des Gesellschafters, sind also aus Sicht der Gesellschaft Fremdkapital. Guthaben von Kommanditisten auf diesen Privatkonten können nach Ansicht der BAFIN dazu führen, dass die Gesellschaft unerlaubte Bankgeschäfte betreibt, die möglicherweise - mangels entsprechender Erlaubnis - eine persönliche Haftung der Geschäftsführer begründen. Nicht betroffen sind hingegen Guthaben von persönlich haftenden Gesellschaftern (generell) und Guthaben von Kommanditisten auf gesamthänderisch gebundenen Kapitalkonten. Sofern daher Beträge dem Kapitalkonto des Kommanditisten gutgeschrieben werden, sind diese als Eigenkapital einzuordnen. Sie können nicht dazu führen, dass die Gesellschaft Einlagengeschäfte betreibt.

Qualifizierung von Gesellschafterguthaben als Einlagen

Die Einzahlung von Geldern durch Gesellschafter auf Privatkonten der Gesellschaft stellt den klassischen Anwendungsfall der „Annahme von Geldern“ dar. Umstritten ist die Frage, ob auch das (äußerst praxisrelevante) Stehenlassen von Gewinnen tatbestandlich als Einlagengeschäft zu qualifizieren ist, da in solchen Fällen keine Gutschrift von Beträgen auf einen Bankkonto erfolgt, sondern lediglich eine (bargeldlose) Gutschrift des Gewinnbetrags auf dem Privatkonto des Gesellschafters vollzogen wird. „Angenommen“ von der Gesellschaft werden nach zutreffender Ansicht auch solche nicht entnommenen Gewinne, weil es sich wirtschaftlich betrachtet um eine Auszahlung und anschließende Einzahlung handelt. Andererseits kann es sich beim Stehenlassen von Gewinnen zumindest vom Sinn und Zweck der Vorschrift nicht um ein Einlagengeschäft handeln, da hier die gesellschaftsrechtliche Finanzierung das KWG überlagert. Es sprechen daher sehr gute Gründe dafür, dass die BAFIN stehengelassene Gewinne aus dem Anwendungsbereich des Einlagengeschäfts ausnehmen wird. Dies würde einen Großteil der Praxisfälle „entschärfen“.

Anzahl der Gesellschafter und Anzahl der Einlagen (Gewerbsmäßigkeit)

Das Einlagengeschäft ist nur erlaubnispflichtig, wenn es gewerbsmäßig betrieben wird oder einen in kaufmännischem Umfang eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert. Die Gewerbsmäßigkeit bezieht sich dabei nicht auf die gesamte Geschäftstätigkeit der Gesellschaft, sondern lediglich auf die Entgegennahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums. Da die Gewerbsmäßigkeit erheblich früher greift als der in kaufmännischer Weise eingerichtete Geschäftsbetrieb, hat Letzterer in der Praxis erheblich an Bedeutung verloren. Bankgeschäfte werden dann gewerbsmäßig betrieben, wenn der Betrieb auf gewisse Dauer angelegt ist und der Betreiber ihn mit Gewinner-

zielungsabsicht verfolgt. Übertragen auf die Situation einer Gesellschaft ist zu prüfen, ob und in welcher Höhe eine Verzinsung der Darlehenskonto erfolgt. Zeigt die betriebswirtschaftliche Kosten-/Nutzen-Rechnung einen Ertrag für die Gesellschaft, liegt eine Gewinnerzielungsabsicht und damit die Gewerbsmäßigkeit vor.

Wird eine Gewerbsmäßigkeit verneint, kommt es darauf an, ob der Umfang der Einlagen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. In Bezug auf das Einlagengeschäft ist dies nach Ansicht der BAFIN zu bejahen, wenn mehr als fünf Einzelanlagen den Betrag von EUR 12.500 überschreiten oder unabhängig von der Gesamtsumme mehr als 25 Einzelanlagen bestehen (Merkblatt der BaFin „Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts“, Stand August 2011, Abschnitt 2). Damit ist dieses Kriterium bei Personenhandelsgesellschaften, bei denen mehr als fünf Gesellschafter Guthaben auf Darlehenskonto unterhalten, die den Gesamtbetrag von EUR 12.500 überschreiten, erfüllt. Dies gilt unabhängig von einer Gewinnerzielungsabsicht.

Konzernprivileg und Familiengesellschaft

Das Einlagengeschäft setzt die Annahme von Geldern des Publikums voraus. Die BAFIN stellt hierzu in vorgenanntem Merkblattklar, dass Mitglieder von eingetragenen Vereinen und Gesellschafter von Kapital- oder Personenhandelsgesellschaften unter den Begriff des Publikums fallen. Der Begriff „Gelder des Publikums“ ist nach der Regierungsbegründung zur 6. KWG-Novelle und dem Merkblatt der BAFIN in erster Linie abzugrenzen von Geldern, die von verbundenen Unternehmen im Sinne von §§ 15 bis 19 AktG stammen. Solche Vorgänge innerhalb des Konzerns können nicht zu unerlaubten Bankgeschäften führen und sind insofern privilegiert. Regelmäßig wird in diesen Fällen auch das Konzernprivileg des § 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG eingreifen. Jedoch ist das Konzernprivileg enger gefasst, da es nur auf solche Unternehmen Anwendung findet, die Bankgeschäfte „ausschließlich“ mit ihrem Mutterunternehmen oder ihren Tochter- oder Schwesterunternehmen betreiben.

Sehr naheliegend wäre, reine Familiengesellschaften, bei denen sämtliche Gesellschafter Abkömmlinge eines Familienmitglieds sind, vom Begriff des „Publikums“ auszunehmen. In solchen Fällen steht das gemeinsame Ziel einer Finanzierung des Familienunternehmens im Vordergrund. Eine Ausnahme für Familiengesellschaften wird im Merkblatt aber nicht erwähnt, so dass man derzeit davon ausgehen muss, dass eine Privilegierung solcher Konstellationen nicht gegeben ist; eine konkrete Klärung solcher Sachverhalte durch eine Anfrage bei der BAFIN ist jedoch zu empfehlen. Umstritten ist die Rechtslage bei einem Gemeinschaftsunternehmen. Nach richtiger Ansicht muss aber auch hier das Konzernprivileg Anwendung finden.

Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen innerhalb des Konzerns sind damit von der Anwendung der KWG-Vorschriften freigestellt. Gesellschafter, mit denen kein Konzernverbund besteht, sind dagegen als „Publikum“ anzusehen. ►

Brennpunkt

Guthaben auf Privat- und Verrechnungskonten von Personenhandelsgesellschaften im Fokus der Bankaufsicht

► Fortsetzung

Rangrücktritt und Entnahmebeschränkungen

„Rückzahlbar“ i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG sind Gelder, wenn ein zivilrechtlicher Anspruch auf ihre Rückzahlung besteht. Dies ist beim Darlehen typischerweise der Fall und entspricht beim Darlehenskonto dem Praxisstandard. Hier wird im Gesellschaftsvertrag ein Auszahlungsanspruch des Gesellschafters vereinbart sein. Auch betagte Ansprüche oder Gelder, die erst durch eine Kündigung des Anspruchsberechtigten fällig gestellt werden, sind rückzahlbar.

Eine „unbedingte Rückzahlbarkeit“ im Sinne des Einlagentatbestands ist gegeben, wenn die Rückzahlung der angenommenen Gelder nicht vom Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses abhängig gemacht wird. Damit scheiden sämtliche Guthaben aus dem Anwendungsbereich des Einlagengeschäfts von vorneherein aus, die eine Verlustbeteiligung vorsehen.

Rangrücktritt

In ihrem Merkblatt vom August 2011 befasst sich die BAFIN ausdrücklich mit der Frage, inwieweit ein vertraglich vereinbarter Rangrücktritt zu einem Fehlen des Merkmals der „Rückzahlbarkeit“ führen kann. Guthaben auf Darlehenskonten von Kommanditisten, die mit mehr als 10 % am Haftkapital der GmbH & Co. KG beteiligt sind, unterliegen in der Insolvenz kraft Gesetzes dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Geringer beteiligte Kommanditisten unterliegen diesen Einschränkungen nicht. Allein dieser gesetzlich vorgesehene Nachrang reicht allerdings nach Ansicht der BAFIN nicht aus, um eine Rückzahlbarkeit auszuschließen.

Es ist demnach außerdem erforderlich, dass der Anspruch solange und soweit ausgeschlossen wird, wie die Rückzahlung einen Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens herbeiführen würde (Merkblatt der BAFIN „Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts“, Stand August 2011, S. 4). Nach Ansicht der BAFIN liegt eine unbedingte Rückzahlbarkeit vor, wenn die Forderung im Überschuldungsstatus der Gesellschaft zu passivieren ist. Wird daher entsprechend §§ 19 Abs. 2 Satz 2, 39 Abs. 2 Inso ein Nachrang hinter die in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO genannten Forderungen vereinbart, ist ein verbotenes Einlagengeschäft tatbestandlich ausgeschlossen. Dies setzt aber voraus, dass sich der Rangrücktritt ausdrücklich (anders als in § 39 Abs. 2 InsO vorgesehen) auch auf den Zeitraum vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bezieht. Auch ein qualifizierter Rangrücktritt entsprechend den vom Bundesgerichtshof aufgestellten Anforderungen genügt diesen Anforderungen.

Entnahmebeschränkungen

Entnahmebeschränkungen bei der Verfügung von Gesellschaftern über Guthaben auf Darlehenskonten sind im Hinblick darauf, dass diese oft von der Gesellschaft zur Finanzierung des operativen Geschäftsbetriebs genutzt werden, eher die Regel als die Ausnahme. Sind lediglich Kündigungsfristen vereinbart, liegt eine unbedingte Rückzahlbarkeit vor. Auch wenn die Beschränkungen weiter gehen, beispielsweise Rücksicht auf die Liquidität der Gesellschaft zu nehmen ist, oder die Auszahlung aus anderen Gründen verweigert werden kann, scheint die BAFIN aufgrund der in solchen Fällen



verbleibenden Passivierung im Überschuldungsstatus gleichwohl von einer unbedingten Rückzahlbarkeit auszugehen. Diese streng an der Frage der Überschuldung orientierte Betrachtungsweise führt in der Praxis dazu, dass Entnahmebeschränkungen – für sich betrachtet – für die Frage des Vorliegens von Einlagengeschäften nicht beachtlich sind, obgleich der Gesellschafter auch hier auf Dauer faktisch gehindert sein kann, sich sein Guthaben auszahlen zu lassen. Es wäre daher sehr erfreulich, wenn die BAFIN diesen Standpunkt überdenken würde.

Gestaltungsmöglichkeiten zur Vermeidung der Erlaubnispflicht

Sofern die Gesellschaft ihren Gesellschaftern bankübliche Sicherheit für die Guthaben leistet, liegt keine Erlaubnispflicht vor. Dies dürfte aber in aller Regel an der Verfügbarkeit von freien Sicherheiten scheitern. Die Möglichkeit, ein Darlehen ohne Besicherung zu erlangen, stellt außerdem für die Gesellschaft einen der zentralen Vorteile der Finanzierung durch den Gesellschafter dar.

Die Beantragung einer Bankerlaubnis dürfte aufgrund der an sie gestellten Anforderungen und Folgepflichten nicht in Betracht kommen, dies gilt auch für eine mögliche Ausnahme nach § 2 Abs. 4 KWG.

Die (ebenfalls denkbare) Führung der Fremdkapitalkonten bei einem Kreditinstitut wirft zahlreiche Fragen im Hinblick auf Zugriffsrechte der Gesellschaft auf und dürfte ebenfalls aus praktischen Erwägungen nicht in Frage kommen, wenn kein Unternehmen innerhalb des Konzerns über eine Bankerlaubnis verfügt.

Daher ist ein Rangrücktritt – soweit ersichtlich – die am ehesten zu empfehlende Gestaltungsmöglichkeit, um ein tatbestandlich sonst vorliegendes erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft zu vermeiden. ||

Zusammenfassung

- ▶ Personenhandelsgesellschaften, bei denen Gesellschafter Guthaben auf Privat- und Verrechnungskonten in nicht unerheblichem Umfang unterhalten, können Einlagengeschäfte im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG betreiben, die einer Erlaubnispflicht nach § 32 KWG unterliegen. Sofern die Guthaben ausschließlich aufgrund von stehengelassenen Gewinnen stammen, sprechen gute Gründe dafür, diese generell aus dem Anwendungsbereich des unerlaubten Einlagengeschäfts auszunehmen. Es ist zu erwarten, dass die BAFIN diese Art des Guthabens tatbestandlich nicht als Einlage im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG ansehen wird. Damit würde eine Vielzahl der Fälle in der Praxis entschärft.
- ▶ Für Darlehen innerhalb eines Konzerns gilt eine gesetzliche Ausnahmeregelung, so dass bei Darlehen von verbundenen Unternehmen keine unerlaubten Bankgeschäfte vorliegen können.
- ▶ Ein erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft liegt nicht vor, wenn die Gesellschafter bezüglich ihrer Forderungen entsprechend §§ 19 Abs. 2 Satz 2, 39 Abs. 2 InsO einen Nachrang hinter die in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO genannten Forderungen vereinbart haben. Dieser Rangrücktritt muss auch für den Zeitraum außerhalb einer Insolvenz vereinbart sein.
- ▶ Andere denkbare Gestaltungsmöglichkeiten wie Sicherheitenstellung oder das Führen der Konten über ein Kreditinstitut dürften in der Praxis keinen gangbaren Weg zur Vermeidung der Erlaubnispflicht darstellen. Die Beantragung einer Erlaubnis nach § 32 KWG scheidet in aller Regel ebenfalls aus. Ob und inwieweit diese Diskussion Auswirkungen auf die Finanzierung von Kapitalgesellschaften hat, bleibt abzuwarten.

Autor

Dr. Christian Bosse

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Ernst & Young Law GmbH, Stuttgart
Telefon +49 711 9881 25772
christian.f.bosse@de.ey.com



Brennpunkt

Offenlegung von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat - Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses einer börsennotierten AG wegen fehlerhafter Entsprechenserklärung

Der Fall

Einzelne Aktionäre einer börsennotierten Aktiengesellschaft hatten Anfechtungsklage gegen die Hauptversammlungsbeschlüsse über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat erhoben. Die Anfechtungsklage war unter anderem damit begründet worden, dass die Gesellschaft eine fehlerhafte Entsprechenserklärung gemäß § 161 Abs. 1 AktG zu den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) abgegeben habe. In der Entsprechenserklärung sei unrichtigerweise keine Abweichung von der Empfehlung in Ziff. 5.5.3 DCGK erklärt worden, weil der Aufsichtsrat die Hauptversammlung nur unzureichend über Interessenskonflikte einzelner Aufsichtsratsmitglieder informiert habe. In dem gemäß § 171 Abs. 2 AktG an die ordentliche Hauptversammlung zu erstattenden Bericht des Aufsichtsrats sei lediglich ausgeführt worden, dass der Aufsichtsratsvorsitzende an einem bestimmten

Tag an drei Beschlussfassungen, die ihn persönlich betroffen hätten, nicht teilgenommen habe. Demgegenüber bestimmt Ziffer 5.5.3 DCGK wörtlich: „Der Aufsichtsrat soll in seinem Bericht an die Hauptversammlung über aufgetretene Interessenkonflikte und deren Behandlung informieren.“

Die Entscheidung des BGH

Der BGH ist der Ansicht, dass die Entsprechenserklärung richtig war. Der Empfehlung gemäß Ziff. 5.5.3 DCGK sei hier entsprochen worden. Diese Empfehlung verlange nicht, dass der Interessenkonflikt im Aufsichtsratsbericht in allen Einzelheiten wiedergegeben werden müsse. Wenn ein Aktionär Genaueres über den Interessenkonflikt wissen wolle, könne er in der Hauptversammlung dem Vorstand entsprechende Fragen stellen.



Darüber hinaus stellt der BGH klar, dass nur eindeutige und schwerwiegende Pflichtverletzungen die Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses rechtfertigen können, weil die Erteilung der Entlastung grundsätzlich im Ermessen der Hauptversammlung steht. Bei einer fehlerhaften Entsprechenserklärung reichen deshalb bloße Formalverstöße für eine Anfechtung des Entlastungsbeschlusses nicht aus. Vielmehr muss der Verstoß so gravierend sein, dass ein objektiv urteilender Aktionär die betreffende Information als Voraussetzung für eine sachgerechte Wahrnehmung seines Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechts ansieht. Sonst ist eine etwaige Verletzung des Informationsrechts nicht relevant für die Stimmabgabe beim Entlastungsbeschluss.

Damit präzisiert der BGH seine Rechtsprechung, die er im Jahr 2009 ebenfalls zur Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen bei einer unrichtigen Entsprechenserklärung in Bezug auf Ziff. 5.5.3 DCGK entwickelt hatte (BGH, Urteil vom 16.2.2009 - Az.: II ZR 185/07 Kirch/Deutsche Bank). Allerdings wurden in dem damals entschiedenen Fall in der Entsprechenserklärung vorhandene Interessenkonflikte erst gar nicht erwähnt. Der BGH hat das für einen für den Entlastungsbeschluss relevanten Pflichtenverstoß gehalten, soweit das betreffende Organmitglied die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste.

Relevanz für die Praxis

Die vorliegende BGH-Entscheidung stellt noch einmal klar, dass unrichtige Entsprechungserklärungen gemäß § 161 AktG nicht

etwa folgenlos bleiben, sondern insbesondere zur Anfechtbarkeit der Entlastungsbeschlüsse für Vorstand und Aufsichtsrat führen können. Die Klarstellung des BGH, dass bloße Formalverstöße bei der Entsprechenserklärung für eine erfolgreiche Anfechtung der Entlastungsbeschlüsse nicht ausreichen, sondern nur Unrichtigkeiten, die über einen Formalverstoß hinausgehen und auch im konkreten Einzelfall Gewicht haben, ist aus Gründen der Rechtssicherheit ebenso zu begrüßen. Genauso begrüßenswert ist die Präzisierung dahingehend, dass die Empfehlung in Ziff. 5.5.3 DCGK nicht die Angabe von Einzelheiten aufgetretener Interessenkonflikte verlangt. ||

Autor

Dr. Maximilian Koch

Rechtsanwalt | Dipl.-Kaufmann
Ernst & Young Law GmbH, Düsseldorf
Telefon +49 211 9352 17886
maximilian.koch@de.ey.com

Brennpunkt

Acting in Concert: Emittentenleitfaden und ESMA Statements

Emittentenleitfaden

Am 8.11.2013 hat die BaFin die vierte Fassung des Emittentenleitfadens veröffentlicht.

Grund für die Überarbeitung des Leitfadens aus dem Jahr 2009 waren u. a. die Änderungen des WpHG durch das Risikobegrenzungs-gesetz vom 12.08.2008. Durch dieses wurde die in § 22 Abs. 2 WpHG und § 30 Abs. 2 WpÜG geregelte Zurechnung von Stimmrechten bei abgestimmtem Verhalten („*acting in concert*“) modifiziert. Mit dem Gesetz sollten Auslegungs- und Nachweisprobleme im Zusammenhang mit diesen Normen behoben werden. Zudem sollte auf die restriktive Auslegung des BGH (BGH, Urteil vom 18.09.2006 - Az.: II ZR 137/05, NJW-RR 2007, 1179) reagiert werden, wonach § 30 Abs. 1 S. 1 WpÜG nur solche Vereinbarungen erfasse, die sich in der Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung manifestieren.

Über ihre Verwaltungspraxis im Hinblick auf das neue Gesetz hat die BaFin erstmals ausführlicher im BaFinJournal 04/2010 informiert und diese nun in wesentlichen Teilen in den Emittentenleitfaden übernommen.

Form der Abstimmung (§ 22 Abs. 2 S. 1 WpHG)

§ 22 Abs. 2 S. 2 WpHG beinhaltet die beiden Formen abgestimmten Verhaltens: „Vereinbarungen“ oder „in sonstiger Weise“. Nach Auffassung der BaFin ist der Begriff der Vereinbarung eng auszulegen und umfasst nur rechtlich bindende Vereinbarungen wie Stimmrechts- und Poolverträge sowie alle anderen Vertragsformen des Zivilrechts. Die zweite Fallgruppe soll dagegen Formen des übereinstimmenden Willens erfassen, bei denen es nicht zu einem formalen Vertragsschluss kommt. Hierzu zählt die BaFin, teilweise im Gegensatz zur Literatur (Wackerbarth in MüKo Kommentar zum AktG, 3. Auflage 2011, § 30 WpÜG Rn. 36), auch die sog. gentlemen's agreements.

Gegenstand des abgestimmten Verhaltens (§ 22 Abs. 2 S. 2 WpHG)

Die Verhaltensabstimmung kann mit dem Ziel der Ausübung von Stimmrechten auf der Hauptversammlung oder mit dem Ziel einer

dauerhaften und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung des Emittenten in sonstiger Weise erfolgen.

Eine Verständigung über die Ausübung von Stimmrechten ist nach Auffassung der BaFin bei jeder Stimmrechtsabstimmung gegeben – unabhängig von ihrem Inhalt und ihrer Bedeutung. Ein Zusammenwirken mit dem Ziel einer dauerhaften und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung soll auch für Verhaltensabstimmungen außerhalb der Hauptversammlung gegeben sein. Inhaltlich soll vom Merkmal der unternehmerischen Ausrichtung neben dem satzungsmäßigen Gesellschaftszweck auch die Unternehmenspolitik erfasst werden, durch die das Unternehmensgeschehen für die Zukunft in ihren wesentlichen Grundzügen festgelegt wird. Als dauerhaft sieht die BaFin in diesem Zusammenhang die Einflussnahme von Aktionären an, die zum Ausscheiden eines Vorstandsmitglieds führt. Eine Verhaltensabstimmung, die gegen eine Änderung der unternehmerischen Ausrichtung, d. h. auf Erhaltung des status quo zielt, soll nach Ansicht der BaFin nicht darunter fallen.

Einzelfallausnahme (§ 22 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 WpHG)

Die BaFin folgt bei der Auslegung des Einzelfallbegriffs der Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 16/9821 S. 11). Somit umfasst eine Vereinbarung im Einzelfall nur eine punktuelle Einflussnahme. Eine Abstimmung zur dauerhaften und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung kann daher nicht punktueller Natur sein. Regelmäßig wird von einer punktuellen Einflussnahme ausgegangen, wenn jeweils einzelne Abstimmungen über unterschiedliche Gegenstände oder wiederholte Abstimmungen zum selben Sachverhalt vorliegen. Die Frage des Vorliegens eines Einzelfalles lasse sich jedoch nur anhand einer Gesamtschau auf die Auswirkungen auf das Unternehmen beurteilen.

ESMA Statements

Ebenfalls zur Frage, wann ein Zusammenwirken von Aktionären und *acting in concert* vorliegt, hat die ESMA (European Securities and Markets Authority) am 12.11.2013 eine Stellungnahme (ESMA/2013/1642) zur Auslegung der Übernahmerichtlinie veröffentlicht, die auf die Ergebnisse eines beauftragten Berichts (Externer Bericht vom 28.06.2012; COM(2012) 347) reagiert.

Der Bericht kam zu dem Ergebnis, dass die in Artikel 2 Abs. 1 Buchst. d der Übernahme-Richtlinie (RL 2004/25/EG) getroffene Definition „gemeinsamen Handelns“ unterschiedlich in nationales Recht überführt wurde. In gleicher Weise seien die durch die nationalen Regulierungsbehörden herausgegebenen Auslegungsleitlinien unterschiedlich ausgestaltet, so dass insgesamt eine Unsicherheit bei internationalen Investoren, die miteinander kooperieren möchten, gegeben sei (Externer Bericht vom 28.06.2012 Rz. 16). Wenn beispielsweise Aktionäre aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten, deren unabhängig erworbene Aktien in Summe über der Kontrollschwelle liegen, gemeinsam handeln möchten, können solche Auslegungsunterschiede dazu führen, dass die Aktionäre in einem Mitgliedstaat zur Abgabe eines Übernahmeangebotes verpflichtet sind, während in einem anderen Mitgliedstaat das Zusammentreffen beider Aktionäre zum gemeinsamen Handeln initial noch kein Übernahmeangebot bedingt (Stellungnahme, ESMA/2013/1642, Ziff. 2.2).

Aktionäre können in unterschiedlichster Weise kooperieren und Grundsätze einer guten Corporate Governance verfolgen, ohne jedoch das Ziel zu haben, in der investierten Gesellschaft Kontrolle auszuüben. Gegenstände solcher Kooperationen können wirtschaftliche Belange, die Unternehmensführung oder die soziale Verantwortung des Unternehmens sein. Es besteht Übereinstimmung unter den nationalen Aufsichtsbehörden, dass die inländischen Regelungen zum Übernahmerecht nicht in einer Weise angewandt werden sollen, die diese Art von Kooperationen verhindern (Stellungnahme, ESMA/2013/1642, Ziff. 3.1). Die ESMA hat deshalb eine White List von Aktivitäten aufgestellt, die keine Pflicht zur Abgabe eines Übernahmeangebotes auslösen sollen:

- ▶ Aufnahme von Gesprächen über potentielle Themen, die bei einem Gremium des Unternehmens zur Sprache gebracht werden sollen;
- ▶ Präsentationen vor Unternehmensgremien über Unternehmenspolitik, -praktiken oder bestimmte Vorhaben;
- ▶ Ausübung der gesetzlichen Aktionärsrechte in oder im Vorfeld der Hauptversammlung, außer im Fall der Ernennung von Mitgliedern des Leitungs- bzw. Verwaltungsorgans;
- ▶ Vereinbarung der gleichgerichteten Ausübung des Stimmrechts bei einem Beschluss, der durch die Hauptversammlung zu fassen ist, außer im Fall der Ernennung von Mitgliedern des Leitungs- bzw. Verwaltungsorgans und soweit nach nationalem Gesellschaftsrecht ein solcher Beschluss durch die Hauptversammlung zu fassen ist (z.B. Vorstandsvergütung oder Kapitalmaßnahmen Stellungnahme, ESMA/2013/1642, Ziff. 4).

Die zuständigen nationalen Aufsichtsbehörden entscheiden jedoch selbständig und unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles, ob eine Kooperation zwischen Aktionären ein acting in concert dar-

stellt. Kommen zu den in der White List aufgeführten Aktivitäten weitere Umstände hinzu, die nahelegen, dass ein abgestimmtes Verhalten der Aktionäre vorliegt, sind diese in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen (Stellungnahme, ESMA/2013/1642, Ziff. 3.2). ||

Fazit

Der Gesetzgeber ging in der Begründung des Risikobegrenzungsgesetzes davon aus, dass der notwendige Gleichlauf des § 22 Abs. 2 WpHG und des § 30 Abs. 2 WpÜG gewahrt bleibt (BT-Drucksache 16/8791). Während dies in der Literatur umstritten ist (von Bülow in KK zum WpÜG, § 30 Rz. 19 m.w.Nachw.), werden beide Vorschriften auch von der BaFin weiterhin gleich ausgelegt (BaFinJournal 4/2010). Angesichts dessen wäre eine Klarstellung wünschenswert, inwieweit sie die White List künftig bei ihrer Auslegung beachtet, so beispielsweise im Fall tatbestandsmäßiger Ausübung der Aktionärsrechte mit dem Ziel der Änderung der Unternehmenspolitik im Sinne einer guten Corporate Governance.

Autor

Dr. Katja Mingau

Rechtsanwältin | Steuerberaterin | Dipl.-Kauffrau
Ernst & Young Law GmbH, München
Telefon +49 89 14331 17509
katja.mingau@de.ey.com



Brennpunkt

Fallstricke der Gesellschaftsfinanzierung

Insolvenzrechtliche Fallstricke der Gesellschafterfinanzierung

Der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft ist bekanntlich nicht verpflichtet, der Gesellschaft über die von ihm im Gesellschaftsvertrag übernommenen Einlagen einschließlich etwaiger Nachschüsse hinaus Finanzmittel zur Verfügung zu stellen. Die beschränkte Haftung des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der Gesellschafter in der Insolvenz der Gesellschaft teils erheblichen Ansprüchen des Insolvenzverwalters gegenüber sieht. Insbesondere im Zusammenhang mit Darlehensgewährungen oder mit der Stellung von Sicherheiten durch den Gesellschafter ergeben sich diverse Anfechtungsrisiken. Die Fallgestaltungen sind hier allerdings derart vielfältig, dass nachfolgend lediglich die Grundzüge der gesetzlichen Regelungen anhand aktueller Beispiele aus der Rechtsprechung dargestellt werden können.

Anfechtungsrisiko 1: Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen

Obwohl sich die Regelungen über die Anfechtung von Gesellschafterdarlehen eigentlich in § 135 InsO finden, stellt dieser doch nicht die zentrale Norm des Rechts der Gesellschafterdarlehen dar. Als solche kann hingegen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bezeichnet werden, der die unter das spezielle Recht der Gesellschafterdarlehen fallenden Forderungen definiert. Daneben ordnet er deren Nachrang im Insolvenzverfahren an. Nach der Definition des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO fallen unter das Recht der Gesellschafterdarlehen „*Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.*“ Auf diese Definition nimmt § 135 Abs. 1 InsO Bezug, wenn er in Nr. 2 anordnet, dass eine Rechtshandlung anfechtbar ist, wenn sie für eine derartige Forderung „*Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist.*“ Der Grundtatbestand des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO lässt sich daher wie folgt beschreiben: Hat der Gesellschafter der Gesellschaft ein

Darlehen gewährt und leistet die Gesellschaft innerhalb des letzten Jahres vor dem Insolvenzantrag hierauf Rückzahlungen an den Gesellschafter, unterliegen diese der Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Der Insolvenzverwalter kann diese Zahlungen dann nach § 143 Abs. 1 InsO vom Gesellschafter zurückfordern. Darauf, ob sich die Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung durch den Gesellschafter in der Krise befand, kommt es seit dem zum 01.11.2008 in Kraft getretenen Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) nicht mehr an.

Beispiel

Gesellschafter G hat seiner GmbH im Mai Jahr 2012 ein (zinsloses) Darlehen über € 200.000,00 gewährt. Die GmbH zahlt lt. Darlehensvertrag am 04.10.2012, 03.01.2013, 03.04.2013, 03.07.2013 und am 04.10.2013 jeweils € 25.000,00 an G zurück. Am 02.01.2014 stellt die Gesellschaft Insolvenzantrag.

Der Insolvenzverwalter kann hier die Zahlungen der Gesellschaft vom 03.01.2013, 03.04.2013, 03.07.2013 und vom 04.10.2013 über insgesamt € 100.000,00 gem. §§ 135 Abs. 1 Nr. 2, 143 Abs. 1 InsO im Wege der Insolvenzanfechtung vom Gesellschafter zurückfordern.

Die Anfechtungsmöglichkeit wird nach jüngster Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Gesellschafter seine Forderung auf Rückzahlung des Darlehens an einen Dritten abtritt (BGH, Urteil vom 21.02.2013- Az.: IX ZR 32/12). Leistet die Gesellschaft im Fall der Abtretung der Forderung innerhalb des letzten Jahres vor dem Insolvenzantrag

Zahlungen auf das Darlehen an den neuen Forderungsinhaber, so haftet der Gesellschafter neben dem neuen Forderungsinhaber als Gesamtschuldner für den Rückforderungsanspruch des Insolvenzverwalters.

Sachverhalte, die unter den vorstehend beschriebenen Grundtatbestand des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO fallen, lassen sich meist auf den ersten Blick als solche identifizieren. Da die Anfechtbarkeit einzig an die Zahlung der Gesellschaft an den Gesellschafter aufgrund des Anspruchs auf Darlehensrückzahlung innerhalb des letzten Jahres vor dem Insolvenzantrag knüpft, lässt sich das wirtschaftliche Risiko der Rückforderung für den Gesellschafter als Darlehensgeber allerdings ohnehin nicht vermeiden. Denn die einzige Möglichkeit, der Anfechtbarkeit der Darlehensrückzahlungen durch die Gesellschaft zu entgehen, besteht darin, dass die Gesellschaft erst gar keine Zahlungen an den Gesellschafter leistet. Dann aber steht der Gesellschafter auch nicht besser als im Fall der Anfechtung der an ihn geflossenen Zahlungen durch den Insolvenzverwalter. Im Ergebnis steht der Gesellschafter in beiden Fällen mit seiner Darlehensforderung, wie diese ein Jahr vor dem Insolvenzantrag bestand, als nachrangiger Insolvenzgläubiger da.

Anfechtungsrisiko 2: Zahlungen auf stehengelassene Forderungen des Gesellschafters

Wesentlich schwieriger lassen sich Zahlungen der Gesellschaft auf Gesellschafterforderungen identifizieren, die unter die zweite Alternative des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO fallen; Zahlungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen also, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen. Hierin liegen für den Gesellschafter Chancen und Risiken gleichermaßen. Während für den Gesellschafter hier einerseits die Chance besteht, solche Anfechtungen durch „richtiges“ Verhalten zu vermeiden, läuft er andererseits Gefahr, durch „falsches“ Verhalten die Anfechtbarkeit der Zahlungen gerade zu begründen. Dies wird durch die nachfolgend kurz geschilderten obergerichtlichen Entscheidungen deutlich:

Das OLG Schleswig stellt in seiner Entscheidung (Beschluss vom 29.05.2013 - Az.: 9 U 15/13) Forderungen eines Gesellschafters, die aus einem Verkehrsgeschäft stammen (im konkreten Fall handelte es sich um Vergütungsansprüche als Liquidator), Forderungen aus Gesellschafterdarlehen im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO gleich, weil sie vom Gesellschafter stehengelassen worden waren. Das Gericht führt aus, dass *„es für die Qualifizierung einer aus einem Verkehrsgeschäft herrührenden Gesellschafterforderung als darlehensgleich allein darauf [ankommt], ob die Forderung aufgrund einer vom Verkehrsüblichen abweichenden Fälligkeitsabrede oder Stundung Darlehenscharakter hat.“* Als Abgrenzungskriterium zieht das OLG Schleswig dabei die von der Rechtsprechung zur Unmittelbarkeit von Leistung und Gegenleistung beim Bargeschäft nach

§ 142 InsO entwickelten Grundsätze heran. Dieser Zeitraum beträgt grundsätzlich 30 Tage. Jedenfalls dann, wenn der Gesellschafter seine Leistung monatlich in Rechnung gestellt hat, ist die 30-Tagefrist ab Fälligkeit der jeweiligen Rechnung zu ermitteln, so das OLG Schleswig (OLG Schleswig, Beschluss vom 09.07.2013 - Az.: 9 U 15/13)

Diese Entscheidungen des OLG Schleswig müssen besonders Gesellschafter, die gleichzeitig Vermieter ihrer Gesellschaft sind, aufhorchen lassen. Während sich diese zuletzt in Sicherheit wähnten, weil der Gesetzgeber mit dem MoMiG die eigenkapitaleretzende Nutzungsüberlassung abgeschafft hat, schlummert in der zweiten Alternative des § 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO ein Anfechtungsrisiko für den Gesellschafter-Vermieter dann, wenn die Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter mit ihren Mietzahlungen in Rückstand gerät bzw. die Mietzahlungen verspätet leistet. Wird dabei die Frist von 30 Tagen nach Fälligkeit überschritten, ist die Mietforderung des Gesellschafters nach den Vorgaben des OLG Schleswig als darlehensgleich im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO einzuordnen mit der Folge, dass die Zahlungen innerhalb des letzten Jahres vor dem Insolvenzantrag vom Insolvenzverwalter gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO angefochten werden können. ▶

Beispiel

Gesellschafter G hat an seine GmbH eine Halle vermietet. Die Miete von € 10.000,00 ist nach dem Mietvertrag jeweils im Voraus zum dritten Werktag eines Monats fällig. Für den Monat Juni 2013 bezahlt die Gesellschaft die Miete erst am 15.08.2013, für den Monat Juli 2013 erst am 24.09.2013. Die Miete ab einschließlich August 2013 wird nicht mehr bezahlt. Am 02.01.2014 stellt die Gesellschaft Antrag auf Insolvenzeröffnung.

Der Insolvenzverwalter kann hier die Zahlungen der Gesellschaft vom 15.08.2013 und vom 24.09.2013 in Höhe von insgesamt € 20.000,00 über §§ 135 Abs. 1 Nr. 2, 143 Abs. 1 InsO im Wege der Insolvenzanfechtung vom Gesellschafter zurückfordern.

Wäre die Zahlung am 15.08.2013 auf die Augustmiete und die Zahlung vom 24.09.2013 auf die Septembermiete erfolgt, hätten die Zahlungen innerhalb der 30-Tagefrist gelegen. Die Mietforderungen wären dann nicht als darlehensgleich gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO zu qualifizieren gewesen. Eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO wäre nicht in Betracht gekommen.

Brennpunkt

Fallstricke der Gesellschaftsfinanzierung

► Fortsetzung

Dass das Stehenlassen von Forderungen dem Gesellschafter darüber hinaus auch bei der Ausschüttung von Gewinnvorträgen anfechtungsrechtlich zum Verhängnis werden kann, zeigt die Entscheidung des OLG Koblenz, Urteil vom 15.10.2013- Az.: 3 U 635/13. In dem zugrunde liegenden Fall hatte die Gesellschafterversammlung jeweils zunächst entsprechende Jahresüberschüsse festgestellt und beschlossen, diese auf neue Rechnung vorzutragen. Später wurde beschlossen, den ausgewiesenen Bilanzgewinn insgesamt an den Gesellschafter auszuschütten, was dann auch geschah. Noch vor dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Ausschüttung erfolgt war, stellte die Gesellschaft Antrag auf Insolvenzeröffnung. Das OLG Koblenz hat den Gesellschafter auf die Anfechtungsklage des Insolvenzverwalters hin zur Rückzahlung der ausgeschütteten Beträge verurteilt. Mit dem Gewinnvortrag habe der Gesellschafter der Gesellschaft vorübergehend bereits vorhandene Mittel belastet. Jedenfalls bei einem Alleingesellschafter, der es allein in der Hand hat, über die Gewinnverwendung zu entscheiden, komme dies einer Darlehensgewährung durch den Gesellschafter an die Gesellschaft gleich. Da das Urteil des OLG Koblenz allerdings noch nicht rechtskräftig ist, bleibt abzuwarten, ob die Entscheidung der revisionsgerichtlichen Prüfung durch den Bundesgerichtshof standhält.

Anfechtungsrisiko 3: Gesellschaftersicherheit

Neben der Anfechtbarkeit der Tilgungen von Gesellschafterdarlehen nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO enthält § 135 Abs. 3 InsO ein weiteres Anfechtungsrecht für Tilgungen von Darlehen Dritter, für welche der Gesellschafter eine Sicherheit bestellt hatte oder als Bürge haftet.

Insbesondere bei kleineren oder mittelständischen Unternehmen werden bei der Kreditvergabe durch Banken regelmäßig Bürgschaften oder sonstige Sicherheiten aus dem Kreise der Gesellschafter (Geschäftsführer) verlangt. Wird ein durch den Gesellschafter besichertes Darlehen aus Mitteln der Gesellschaft innerhalb des letzten Jahres vor dem Insolvenzantrag getilgt und wird dadurch der Gesellschafter von seiner Bürgschaftsverpflichtung oder die aus seinem Vermögen stammende sonstige Sicherheit frei, so wird der Gesellschafter hierdurch nur auf den ersten Blick entlastet. Denn nach §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO kann der Insolvenzverwalter der Gesellschaft vom Gesellschafter im Wege der

Insolvenzanfechtung die Erstattung desjenigen Betrags verlangen, in dessen Höhe der Gesellschafter aus seiner Bürgschaft bzw. die aus seinem Vermögen gestellte Sicherheit frei geworden ist.

Obwohl gem. § 129 Abs. 1 InsO eigentlich nur Rechtshandlungen der Anfechtung unterliegen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind, fallen unter diesen Anfechtungstatbestand nach der Rechtsprechung auch Tilgungen, die erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen (BGH, Urteil vom 01.12.2011- Az.: IX ZR 11/11). Dies ist praktisch vor allem dann relevant, wenn Verbindlichkeiten der Gesellschaft sowohl durch Sicherheiten aus dem Vermögen der Gesellschaft als auch durch Gesellschaftersicherheiten besichert sind. Verwertet der Insolvenzverwalter dann im Insolvenzverfahren die mit Sicherungsrechten belasteten Gegenstände der Gesellschaft und kehrt er den Verwertungserlös an den Darlehensgeber aus, kann er im Wege der Insolvenzanfechtung nach §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO Erstattung des ausgekehrten Betrags vom Gesellschafter verlangen, soweit durch die Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen eine Sicherung aus dem Vermögen des Gesellschafters frei wurde. ||

Beispiel

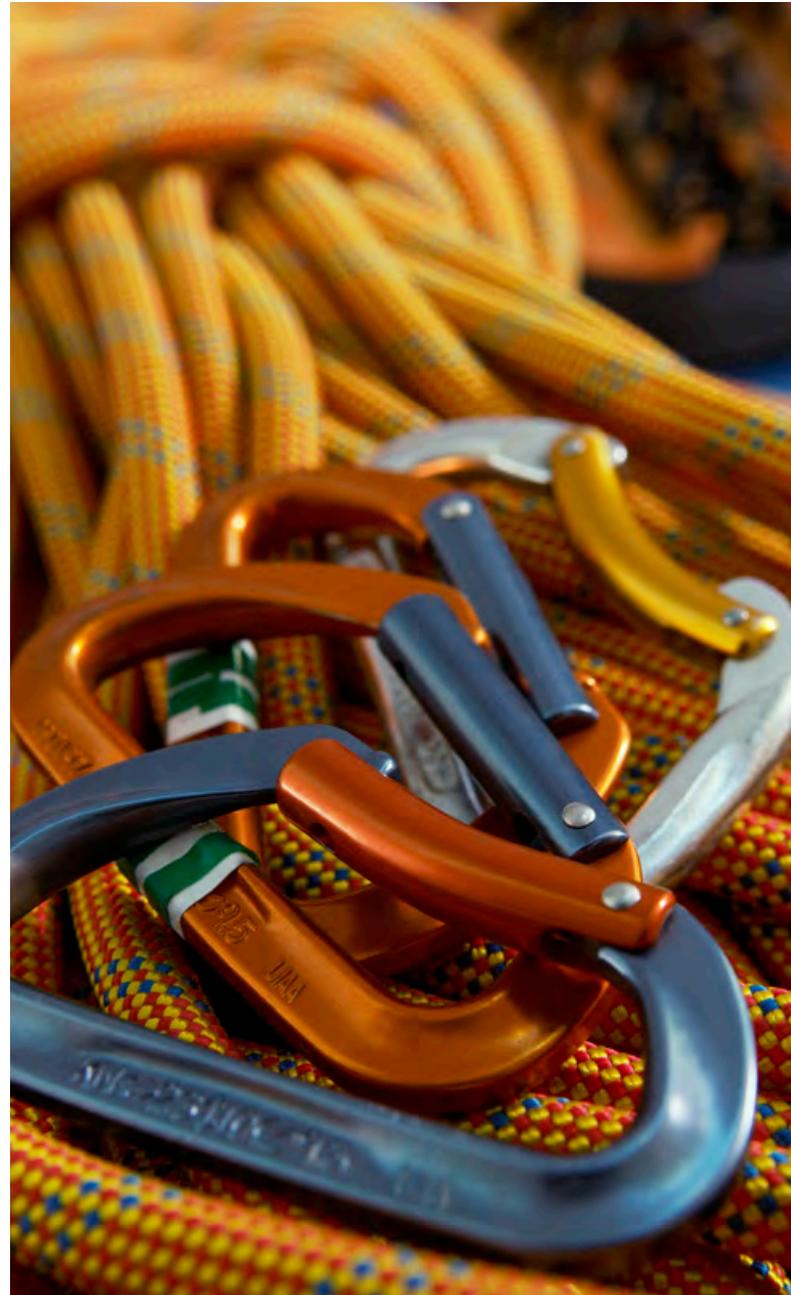
Die Gesellschaft verfügt über ein Darlehen bei der B Bank über € 100.000,00, wofür sich der Gesellschafter G verbürgt hat. Gleichzeitig wurden der B Bank zur Sicherung des Darlehens seitens der Gesellschaft sämtliche Forderungen aus Lieferungen und Leistungen gegen alle Kunden abgetreten.

Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zieht der Insolvenzverwalter die Forderungen der Gesellschaft gegen ihre Kunden ein und kehrt hieraus € 30.000,00 aufgrund der Sicherungsabtretung an die B Bank aus.

Da der Gesellschafter durch die Zahlung des Insolvenzverwalters an die B Bank in Höhe von € 30.000,00 von seiner Bürgschaftsverpflichtung frei wird, kann der Insolvenzverwalter gem. §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO Erstattung dieses Betrags vom Gesellschafter verlangen.

Fazit

Trotz der grundsätzlich nur beschränkten Haftung bei Kapitalgesellschaften birgt die Insolvenz verschiedentliche Haftungsrisiken für den Gesellschafter vor allem im Bereich der Insolvenzanfechtung. Gerade wenn Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft vorhanden sind oder wenn Gesellschaftersicherheiten bestehen, sollten Gesellschafter zunächst fachkundig prüfen lassen, welche Anfechtungsrisiken für sie im Fall einer Insolvenz bestehen. Gegebenenfalls erweist sich die Liquidation der Gesellschaft außerhalb eines Insolvenzverfahrens gegenüber dem Insolvenzverfahren für den Gesellschafter als günstiger.



Autor

Dr. Nikolai Weber

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Insolvenzrecht
Ernst & Young Law GmbH, Stuttgart
Telefon +49 711 9881 20541
nikolai.weber@de.ey.com



Brennpunkt

Einheitlicher Schutz von vertraulichen Geschäftsinformationen in Europa

Am 2. Dezember 2013 hat die Europäische Kommission einen Richtlinienentwurf „über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Offenlegung“ vorgestellt. Ein europaweit einheitlicher Schutz von Geschäfts- bzw. Unternehmensinformationen existiert bislang nicht. Wegen der hohen wirtschaftlichen Bedeutung derartiger Informationen für Unternehmen wird schon lange mit Nachdruck eine Vereinheitlichung für Europa gefordert.

Bedeutung des Geheimnisschutzes für Unternehmer

Am Anfang eines jeden Patents oder Designs steht zunächst einmal eine Idee, die bis zur Anmeldung des Schutzrechts geheimhaltungsbedürftig ist. Auch Kunden- und Lieferantenlisten, Rezepte oder Unterlagen über neue Geschäftsmodelle sind Informationen, die häufig weder Urheberrechtsschutz genießen noch für die Anmeldung eines gewerblichen Schutzrechts (Design, Patent, Gebrauchsmuster, Marke) geeignet sind. Dennoch sind diese Informationen schutzbedürftig. Hier greift der Geheimnisschutz ein.

Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nach deutschem Recht

Nach deutschem Recht unterscheidet man begrifflich zwischen Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. Geschäftsgeheimnisse betreffen kaufmännische Aspekte des Unternehmens (z. B. Kalkulations- oder Vertragsunterlagen). Betriebsgeheimnisse beziehen sich auf den technischen Bereich (z. B. Konstruktionspläne oder Fertigungsmethoden). Jede im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehende nicht offenkundige Tatsache, an deren Geheimhaltung der Unternehmensinhaber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse hat und die nach seinem Willen geheim bleiben soll, ist ein Geschäfts- bzw. Betriebsgeheimnis.

Über die §§ 17 ff. UWG sind Geheimnisse vor dem Verrat durch einen Mitarbeiter des eigenen Unternehmens, vor einem unbefugten Ausspähen mit technischen Mitteln oder durch Entwendung von Unterlagen, vor einer vereinbarungswidrigen Verwertung durch Geschäftspartner und vor der Verbreitung durch einen Dritten, der selbst rechtswidrig Kenntnis von dem Geheimnis erlangt hat, geschützt. Die §§ 17 ff. UWG wirken sowohl strafrechtlich als auch zivilrechtlich (Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche).

Unterschiede innerhalb Europas

Schon das Verständnis davon, was ein Geschäftsgeheimnis ist, ist innerhalb Europas unterschiedlich. Teilweise wird darauf abgestellt, dass die Information einen wirtschaftlichen Wert haben muss. In anderen Ländern kommt es darauf an, dass das Geschäftsgeheimnis den Interessen der betreffenden Partei dient. Teilweise wird darauf abgestellt, dass dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses ein Schaden entstanden ist, teilweise spielt dies keine Rolle.

In einigen Ländern muss dem Rechtsverletzenden ein Verschulden nachgewiesen werden. In anderen Ländern spielt dies keine Rolle. Ein Anspruch auf Zerstörung von Verletzungsprodukten existiert teilweise überhaupt nicht. Maßnahmen zur Beweissicherung (Durchsuchungsanordnungen, Auskunftsansprüche) sind ebenfalls nur in einigen Ländern möglich. Teilweise sind Geschäftsgeheimnisse durch das nationale Strafrecht, teilweise durch das Zivilrecht, teilweise durch das Handelsrecht geschützt. Problematisch ist auch, dass die Vertraulichkeit in einem Gerichtsprozess um die Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses in vielen Mitgliedstaaten nicht gewährleistet ist.

Neuerungen durch den Richtlinienentwurf

Der vorliegende Richtlinienentwurf definiert Geschäftsgeheimnisse einheitlich als Informationen, die weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile

den Personenkreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind.

Unzulässig sollen nach dem Richtlinienentwurf das unbefugte Kopieren von elektronischen oder physischen Dokumenten und die Erlangung von Geschäftsgeheimnissen durch Diebstahl, Bestechung, Betrug oder durch Verletzung von Vertraulichkeitsvereinbarungen sein. Das Beobachten, Testen und Untersuchen eines Produkts (das sogenannte „Reverse Engineering“) sind hingegen rechtmäßige Verhaltensweisen.

In allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union soll für den Fall einer Geheimnisverletzung ein einheitlicher Katalog von Sanktionen zur Verfügung stehen. Vorgesehen sind Unterlassungs-, Schadensersatz-, Rückruf- und Vernichtungsansprüche. Flankiert werden sollen diese Ansprüche durch europaweit wirksame vorläufige Maßnahmen (Eilrechtsschutz).

Der Richtlinienvorschlag befasst sich auch ausführlich mit dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Gerichtsverfahren und sieht Verschwiegenheitsverpflichtungen für die an diesen Verfahren Beteiligten, Zugangsbeschränkungen zu Dokumenten sowie nicht-öffentliche Anhörungen vor. ||

Blick in die Zukunft

Wenn die Richtlinie unter Beteiligung von Europäischem Parlament und dem Rat des Europäischen Parlaments verabschiedet worden ist, müssen die nationalen Gesetzgeber die Richtlinie jeweils umsetzen. Bis zum Inkrafttreten von nationalen Vorschriften, die mit dem Inhalt des Richtlinienentwurfs korrespondieren, können allerdings noch mehrere Jahre vergehen.

Doch auch wenn eine Richtlinie zum Schutz von vertraulichen Geschäftsinformationen umgesetzt ist, müssen Unternehmen wie auch jetzt schon dafür Sorge tragen, dass ihre Geschäftsgeheimnisse ausreichend geschützt sind. Geeignete Mittel hierfür sind zunächst die Identifizierung der wesentlichen eigenen Unternehmensinformationen sowie eine Schutzrechtsstrategie. Außerdem sind die Schulung von Mitarbeitern zum Thema Schutz von IP und Maßnahmen zur IT-Sicherheit unabdingbar für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Auch geeignete wirksame und durchsetzbare Vertraulichkeitsvereinbarungen dürfen in einem Unternehmen nicht fehlen, wenn man sich vor dem Abfluss von Ideen schützen will.

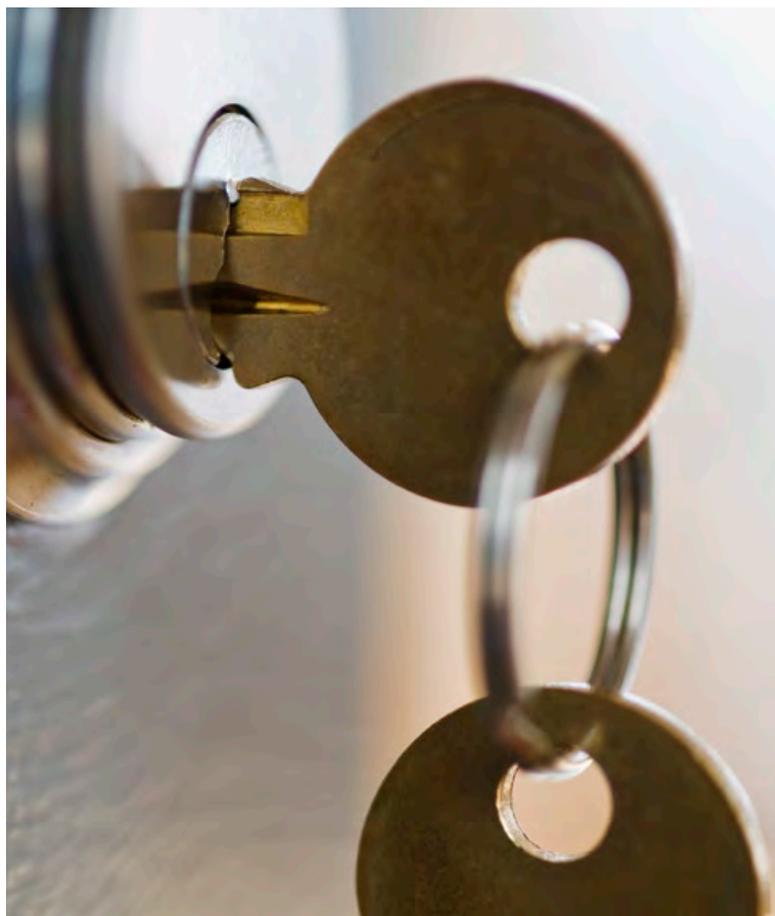
Autoren

Dr. Peter Katko

Rechtsanwalt | Licencié en droit
Ernst & Young Law GmbH, München
Telefon +49 89 14331 25951
peter.katko@de.ey.com

Alexander Feitzinger

Rechtsanwalt | Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz |
Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht
Ernst & Young Law GmbH, München
Telefon +49 89 14331 19029
alexander.feitzinger@de.ey.com





Rechtsprechung aktuell

Anteileinziehung wegen tiefgreifenden Gesellschafterzerwürfnisses

BGH, Urteil vom 24.09.2013 - Az.: II ZR 216/11

Gemäß § 34 GmbHG darf die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen nur erfolgen, soweit sie im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist. Ohne die Zustimmung des betroffenen Gesellschafters darf darüber hinaus die Einziehung nur stattfinden, wenn die Voraussetzungen der Entziehung vor dem Zeitpunkt, in welchem der betroffene Gesellschafter den Geschäftsanteil erworben hat, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt waren. Hierzu wird im Gesellschaftsvertrag häufig die Möglichkeit aufgenommen, einen Gesellschafter aus wichtigem Grund auszuschließen.

Anlässlich der Klage eines Gesellschafters gegen die Einziehung seiner GmbH-Geschäftsanteile hatte der BGH erneut Gelegenheit, die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ein Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund rechtssicher vonstattengehen kann, aufzuzeigen (BGH, Urteil vom 24.09.2013 - Az.: II ZR 216/11).

Der klagende Gesellschafter war mit drei anderen Gesellschaftern Gründer der beklagten GmbH, die ein Kino betreibt. Jeder Gesellschafter war mit 25 % an der Gesellschaft beteiligt und zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft berechtigt. Der Kläger hatte zunächst mit einer weiteren Mitgesellschafterin eine Beziehung geführt, welche jedoch scheiterte. In der Folge war der Kläger verspätet zu seinen gesellschaftsvertraglich vereinbarten Diensten im Kino

erschienen, nahm an Teamsitzungen nicht mehr teil, erfüllte seine satzungsmäßig zugeteilten Aufgaben nicht mehr, stornierte statt dessen Kundenreservierungen für Filmvorführungen und schloss entgegen der Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag Verträge ohne Einverständnis der übrigen Mitgesellschafter ab. Obwohl im Weiteren zwischen den Gesellschaftern abgesprochen wurde, dass der Kläger nicht mehr geschäftlich tätig werden durfte, führte er weiterhin eigenmächtig Gespräche mit Filmverleihern. Der Gesellschaftsvertrag enthielt gemäß § 34 Abs. 2 GmbHG eine Klausel, nach der der Gesellschafterausschluss bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch ohne die Zustimmung des betroffenen Gesellschafters möglich war.

Zu diesem Sachverhalt war die Vorinstanz (OLG Koblenz) zu dem Ergebnis gekommen, ein wichtiger Grund für die Einziehung der Geschäftsanteile liege nicht vor. Zwar sei ein sinnvolles Zusammenwirken zwischen den Gesellschaftern im konkreten Fall nicht mehr gegeben. Dabei stellte das OLG richtigerweise auf die fehlende ersprießliche Zusammenarbeit und gegenseitige Achtung der Gesellschafter untereinander ab, welche nach der Rechtsprechung neben dem wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft Voraussetzung für das Funktionieren einer personalistisch ausgestalteten Gesellschaft sind. Nach ständiger Rechtsprechung muss der wichtige Grund zudem in der Person oder im Verhalten des auszuschließenden Gesellschafters liegen. Für den Fall eines tiefgreifenden Zerwürfnisses soll dies nur dann der Fall sein, wenn der Betroffene das



Zerwürfnis zumindest überwiegend verursacht hat und in der Person des oder der Ausschließenden nicht ebenfalls ein Ausschlussgrund vorliegt. Diese Voraussetzung verneinte das OLG im vorliegenden Fall. Der Kläger sei zwar den Pflichten, die ihm durch den Gesellschaftsvertrag auferlegt wurden, nicht mehr nachgekommen und habe sich nicht an Absprachen gehalten. Das OLG ging jedoch davon aus, dass unter Umständen schon die Trennung des Klägers und der Gesellschafterin zu solch erheblichen Spannungen innerhalb der Gesellschaft geführt habe, dass die späteren Verfehlungen des Klägers nicht wesentlich für das Zerwürfnis waren. Wer für das Scheitern der Beziehung verantwortlich sei, könne das Gericht jedoch nicht beurteilen. Ein wichtiger Grund für die Einziehung der GmbH-Geschäftsanteile lag nach Ansicht des OLG damit nicht vor. Dieser rechtlichen Würdigung trat der BGH (BGH, Urteil vom 24.03.2013 - Az.: II ZR 216/11) entgegen. Zwar habe das OLG zutreffend beurteilt, dass ein weiteres sinnvolles Zusammenarbeiten nicht möglich gewesen sei. Die Ausführungen zur fehlenden überwiegenden Verantwortlichkeit für das tiefgreifende Zerwürfnis hielten dagegen der Überprüfung durch den BGH nicht stand. Das OLG habe die Voraussetzungen, die der BGH an das Vorliegen eines wichtigen Grundes stellt, zwar richtig wiedergegeben. Auch habe es ausschließlich Verfehlungen des ausgeschlossenen Gesellschafters aufgezeigt und darüber hinaus festgestellt, dass das Verhalten des Gesellschafters die Zerrüttung jedenfalls vertieft habe.

Hieraus ist aber mit dem BGH der Schluss zu ziehen, dass der Kläger die überwiegende Verantwortlichkeit für das tiefgreifende Zerwürfnis trägt. Ausschlussgründe, die in der Person der ausschließenden Gesellschafter liegen, habe das OLG nicht festgestellt. Auf das Scheitern der Beziehung zwischen dem Kläger und der Gesellschafterin kann es nach zutreffender Ansicht des BGH nicht ankommen. Vielmehr kommt es darauf an, wer die sich daraus ergebenden Konflikte *in die Gesellschaft hineinträgt*. Dies sei hier nur dem Kläger vorzuwerfen. Feststellungen dazu, dass auch die Gesellschafterin oder die übrigen Gesellschafter die Trennung zwischen dem Kläger und der Gesellschafterin in die Gesellschaft hineingetragen hätten, habe das OLG nicht getroffen. Damit lag die Verantwortlichkeit einzig bei dem Kläger, so dass der BGH den wichtigen Grund bejahte und die Klage des ausgeschlossenen Gesellschafters nicht erfolgreich war. ||

Fazit

Der BGH knüpft an seine bisherige Linie zu den Voraussetzungen eines wichtigen Grundes und dem Vorliegen eines tiefgreifenden Zerwürfnisses im Rahmen der Einziehung von GmbH-Gesellschaftsanteilen gemäß § 34 GmbHG an. Er konkretisiert seine bisherige Rechtsprechung dahingehend, dass auch bei personalistisch ausgestalteten Gesellschaften persönliche Konflikte allein nicht für das Vorliegen eines wichtigen Grundes ausreichen. Diese Konflikte müssen vielmehr eine direkte, unmittelbare Verknüpfung mit der Zusammenarbeit der Gesellschafter haben, um die Annahme eines wichtigen Grundes zu rechtfertigen.

Auch wenn die Verantwortlichkeit für ein tiefgreifendes Zerwürfnis Tatfrage und daher nicht immer ohne Weiteres festzustellen ist, sollte dies Gesellschafter nicht davon abhalten, Klauseln zum Ausschluss von Gesellschaftern bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in ihren Satzungen zu vereinbaren. Hierzu sollte, um Unsicherheiten weitestgehend zu vermeiden, der wichtige Grund unter Berücksichtigung der Kriterien der Rechtsprechung näher konkretisiert werden. Wenn auch dies nicht in abschließender Weise geschehen kann, so sollte jedenfalls mit „insbesondere-Klauseln“ gearbeitet werden. Speziell bei personalistisch ausgestalteten Gesellschaften sollte man sich aufgrund des persönlichen Bezuges der Gesellschafter zueinander mit der individuellen Gestaltung solcher Ausschlussklauseln auseinandersetzen.

Autor

Nora Krengel

Rechtsanwältin

Ernst & Young Law GmbH, Hannover

Telefon +49 511 8508 23860

nora.krengel@de.ey.com



Rechtsprechung aktuell

GmbH-Geschäftsführung: Ressortmäßige Aufteilung der Befugnisse zweier gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer mit auf dieses Ressort begrenzter Einzelvertretungsbefugnis

OLG München, Schlussurteil vom 19.09.2013 - Az.: 23 U 1003/13

Sind zwei Geschäftsführer gesamtvertretungsberechtigt, ist eine ressortmäßige Aufteilung der Zuständigkeiten durch die Geschäftsführer mit Einzelvertretungsbefugnis für die im jeweiligen Ressort anfallenden Geschäfte dann zulässig, wenn die Geschäftsführer zugleich die einzigen Gesellschafter der GmbH sind (amtlicher Leitsatz).

Einleitung

Seit langem ist in der gesellschaftsrechtlichen Kommentarliteratur umstritten, inwieweit innerhalb der Geschäftsführung einer GmbH vorgenommene Ressortzuweisungen wirksam sind, wenn die Satzung lediglich (wie vom Gesetz in § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG vorgesehen) eine Vertretung der Gesellschaft nur gemeinschaftlich durch alle vorhandenen Geschäftsführer vorsieht (zulässig: Scholz/Schneider, GmbHG, § 35 Rn. 57; Roth/Altmeyen, GmbHG, § 35 Rn. 60-unzulässig: Baumbach/Hueck/Zöllner/Noak, GmbHG, § 35 Rn. 121; Luther/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 35 Rn.33).

Bedeutsam ist die Frage vor dem Hintergrund, als sich in der Praxis häufig eine (zumindest faktische) interne Aufteilung der Geschäftsführung in einen kaufmännischen und einen technischen Bereich findet, ohne dass sich hierfür eine Stütze in der Satzung oder sonst eine entsprechende Beschlussfassung seitens der Gesellschafter findet.

Sachverhalt

Urteile zu diesem Problemkreis lagen (soweit ersichtlich) bislang nicht vor. Im September letzten Jahres hatte sich insofern das OLG München erstmals mit dieser Fragestellung auseinanderzusetzen. Dem durch das OLG zu entscheidenden Rechtsstreit lag folgender (vereinfachter) Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin verlangte u. a. von der Beklagten, einer GmbH & Co. KG, Schadensersatz wegen fristloser Kündigung eines Leasingvertrages. Im Prozess berief sich die beklagte KG darauf, sie sei bei Ausspruch der fristlosen Kündigung nicht wirksam durch die Komplementär-GmbH vertreten worden, da lediglich einer der beiden Geschäftsführer die Kündigungserklärung unterschrieben hatte, obwohl nach der Satzung die Geschäftsführer nur befugt seien, die Gesellschaft gemeinschaftlich zu vertreten.

Soweit die Klägerin sich im Prozess auf die Einräumung der Einzelvertretungsmacht für kaufmännische Bereiche des einen Geschäftsführers durch den anderen Geschäftsführer berief, sei diese nach Auffassung der beklagten KG im Hinblick auf die in der Satzung ihrer Komplementärin angeordnete Gesamtvertretungsbefugnis unwirksam.

Die beiden Geschäftsführer der Komplementär-GmbH sind zugleich deren einzige Gesellschafter.

Entscheidung

Das erstinstanzlich mit dem Fall befasste Landgericht Traunstein (LG Traunstein, Urteil vom 1.03.2013 - Az.: 1 HKO 1487/10) sah die Bevollmächtigung für den kaufmännischen Bereich einen der beiden Geschäftsführer als wirksam an und gab der Klage dementsprechend statt. Das OLG München hat die hiergegen durch die KG eingelegte Berufung zurückgewiesen. Zur Begründung führte das OLG wie folgt aus:

Ob bei der in der Satzung verankerten Gesamtvertretungsmacht mehrerer Geschäftsführer einem von diesen ein bestimmtes Ressort durch die übrigen Geschäftsführer zugewiesen und hierdurch Einzelvertretungsmacht für diesen Geschäftsführer begründet werden kann, könne offen gelassen werden, da vorliegend beide Geschäftsführer zugleich Gesellschafter der Komplementär-GmbH sind. Die satzungsmäßige Einräumung „lediglich“ von Gesamtvertretungsmacht (gegenüber Einzelvertretungsmacht) erfolge nämlich einzig vor dem Hintergrund, die Gesellschafter vor einem Missbrauch der Vertretungsmacht durch einzelne Geschäftsführer zu schützen. Da die Geschäftsführer in ihrer Eigenschaft als einzige Gesellschafter der Komplementärin durch die Vornahme der Ressortaufteilung hier auf diesen Schutz konkludent verzichtet haben, sowie diese Ermächtigung zudem jederzeit frei widerruflich ist, stelle sich die Ressortaufteilung sowie die damit verbundene Einzelbevollmächtigung mangels Schutzbedürftigkeit des Gesellschafterkreises vorliegend als wirksam dar.

Praxisfolgen

Aus der Begründung des OLG München lässt sich deutlich ablesen (freilich ohne dass das OLG dies explizit zum Ausdruck bringt), was für die Fälle gilt, in denen der Kreis der Geschäftsführer mit den Gesellschaftern nicht identisch ist. Im Hinblick auf die Regelungen aus § 125 Abs. 2 S. 2 HGB sowie § 78 Abs. 4 S. 1 AktG kommt die Einräumung einer Einzelvertretungsbefugnis für ein bestimmtes Ressort nicht in Betracht. Einer derart weitreichenden Einzelbevollmächtigungsbefugnis der Geschäftsführer untereinander dürfte die Satzungsautonomie der Gesellschafter entgegenstehen, zumal sich derartige Ressortaufteilungen nicht immer mit der erforderlichen Genauigkeit gegeneinander abgrenzen lassen.

Soweit gleichwohl eine derartige Ressortaufteilung der Geschäftsführer untereinander gang und gäbe ist und in der tagtäglichen Praxis auch gelebt wird, kann den hiergegen bestehenden Bedenken sowie den hiermit verbundenen Risiken wie folgt begegnet werden:

- ▶ Als sicherster Weg stellt sich eine entsprechende Anpassung der Satzung selbst dahingehend dar, dass der Gesellschafterversammlung die Möglichkeit eingeräumt wird, einzelnen Geschäftsführern (für bestimmte Geschäftsbereiche oder aber insgesamt) Einzelvertretungsmacht einzuräumen. Eine derartige Satzungsänderung setzt jedoch nach § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG eine qualifizierte Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der Stimmen voraus und ist zudem beurkundungspflichtig, sodass eine solche Lösung nicht immer im Gesellschafterkreis durchsetzbar ist.
- ▶ Soweit die zuvor genannte Vorgehensweise nicht in Betracht kommt (oder nicht gewollt sein sollte), ist jedenfalls zu empfehlen, die geschäftsführerinterne Ressortaufteilung zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten möglichst detailliert zu regeln und hierzu jedenfalls einen (mit einfacher Mehrheit zu fassenden) zustimmenden, formfreien Beschluss der Gesellschafterversammlung herbeizuführen.
- ▶ Schließlich ist es noch denkbar, auf Ebene der Geschäftsführung etwaigen Einwänden betreffend einer (lediglich aufgrund einer geschäftsführerinternen Ressortaufteilung) erfolgten Einzelvertretungsbefugnis für einen „Geschäftsbereich“ damit zu begegnen, dass die übrigen Geschäftsführer jedes vorgenommene Geschäft durch formlose interne Erklärung im Nachhinein genehmigen. Diese Lösung dürfte sich indes - abhängig von der Anzahl der einzelnen Geschäfte - in vielen Fällen als nicht praxistauglich darstellen und kommt daher bestenfalls als Zwischen- bzw. Notlösung in Betracht. ||

Autor

Christian Normann

Rechtsanwalt
Ernst & Young Law GmbH, Essen
Telefon +49 201 2421 24167
christian.normann@de.ey.com



Rechtsprechung aktuell

Rechtsform des werbenden Unternehmens als Pflichtangabe i.S.v. § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG

BGH, Urteil vom 18.04.2013 - Az.: I ZR 180/12 - Brandneu von der IFA

Unvollständige oder gänzlich fehlende Angaben zur Identität des werbenden Unternehmens in Werbeanzeigen, Werbeflyern etc. waren in der Vergangenheit wiederholt Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Abmahnungen. In seiner Entscheidung „Brandneu von der IFA“ (BGH, GRUR 2013, 1169) hat sich nunmehr erstmals der BGH mit dieser Fragestellung beschäftigt. Dabei hat er die bislang nicht abschließend geklärte Frage, ob der Werbende lediglich identifizierbar sein, oder ob er seine genaue Firmenbezeichnung einschließlich Rechtsformzusatz nennen muss, dahingehend beantwortet, dass die Rechtsform des werbenden Unternehmens zu den gem. § 5a Abs. 3 S. 2 UWG mitzuteilenden Informationen gehört. Hintergrund der Entscheidung des BGH war eine mehrseitige Zeitungsbeilage eines Einzelkaufmanns, der unter der Firma „E. U. e.K.“ einen Einzelhandel mit Elektro- und Elektronikgeräten betrieb. In der Beilage fand sich dabei nur der Name „E. U.“ als Hinweis auf den Anbieter. Ein Hinweis auf den Rechtsformzusatz „e.K.“ fehlte. Der Kläger hat hierin einen Verstoß gegen § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG gesehen, weil die Identität des Werbenden nicht deutlich werde. Landgericht und Oberlandesgericht (OLG Köln, GRUR-RR 2013, 119) haben die Klage abgewiesen, weil keine Zweifel an der Identität des Werbenden bestünden und eine Verwechslungsgefahr mit einem anderen Unternehmen nicht dargelegt worden sei. Anders als die Vorinstanzen hat der BGH die Klage als begründet angesehen und entschieden, dass die Pflicht zur Information über die Identität des Unternehmers i.S.v. § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG auch die Angabe von dessen Rechtsform erfordert.

Der BGH schließt sich damit einer verbreiteten Auffassung in der obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Hamm, Beschluss vom 13.10.2011 - Az.: I-4 W 84/11, Tz. 20; Beschluss vom 11.08.2011 - Az.: I-4 W 66/11, Tz. 6; OLG Hamburg, Beschluss vom 20.10.2011 - Az.: 5 W 134/11, Tz. 5; OLG München, WRP 2012, 230) und der Literatur (Fezer/Peifer, UWG, 2. Auflage 2010, § 5a Rn. 50; Seichter in jurisPK-UWG, 3. Auflage 2013, § 5a Rn. 80 f.; Götting/Nordemann, UWG, 2. Auflage 2013, § 5a Rn. 140) an.

Die Entscheidung des BGH

Ein Verstoß gegen § 5a Abs. 2 UWG liegt nach Auffassung des BGH vor, wenn die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern dadurch beeinflusst werde, dass ihm Informationen vorenthalten würden, die als wesentlich für eine informierte Nachfrageentscheidung anzusehen seien. Bei Identität und Anschrift des werbenden Unternehmens sei dies der Fall, wenn Waren oder Dienstleistungen im Übrigen so angeboten würden, dass ein durchschnittlicher Verbraucher das Geschäft abschließen könne. Erforderlich sei dann auch die Angabe der Rechtsform des werbenden Unternehmens.

Der BGH leitet dies aus Art. 7 Abs. 4. lit. b der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken ab: Zu der darin normierten Pflicht zur Identifizierung des Vertragspartners gehöre auch der Rechtsformzusatz, da dieser Bestandteil der Firma und des Namens von Einzelkaufleuten (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB), Personengesellschaften (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 und 3 HGB) und Partnerschaftsgesellschaften sei (§ 2 Abs. 1 PartGG). Entsprechendes gelte für Kapitalgesellschaften (§§ 4, 279 AktG; § 4 GmbHG) und Genossenschaften (§ 3 GenG). Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie 2005/29/EG wolle sicherzustellen, dass dem Verbraucher die für eine geschäftliche Entscheidung erforderlichen Informationen mitgeteilt würden. Dies gelte zumal für die Identität des Vertragspartners, damit eine Kontaktaufnahme mit diesem ohne Schwierigkeiten möglich sei. Dies sei indes nicht gewährleistet, wenn der Verbraucher im Falle einer Auseinandersetzung mit dem Unternehmer erst dessen exakte Identität ermitteln müsse. Zudem solle der Verbraucher durch die Mitteilung der Identität des Vertragspartners in die Lage versetzt werden, dessen wirtschaftliche Potenz, Bonität und Haftung einzuschätzen. Diese Umstände seien maßgeblich von der Rechtsform des Unternehmens abhängig. Dies gelte - so der BGH - auch für Kapitalgesellschaften und Genossenschaften. Auch unter systematischen Erwägungen kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass die Rechtsform unter den Begriff der Identität des Unternehmers gem. § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG falle. Insoweit zieht er die Vorschrift des § 312c Abs. 1 BGB heran, der für die Erfüllung der Pflicht zur Information über die Identität eines Unternehmens ebenfalls die Angabe der Rechtsform erfordere.

Umgekehrt stellt der BGH klar, dass es - anders als von dem OLG Köln gefordert - für den Umfang der nach § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG mitzuteilenden Informationen über die Identität des Unternehmers nicht darauf ankommt, ob die fehlende Angabe der Rechtsform die Gefahr einer Verwechslung mit einem anderen Unternehmen begründe. Einer solchen Annahme stehe der Schutzzweck des Gesetzes entgegen, der auf eine klare und unmissverständliche Unterrichtung des Verbrauchers über die Identität seines Vertragspartners abziele und Schwierigkeiten bei der Einholung von Informationen über den Vertragspartner sowie bei der Kontaktaufnahme mit diesem verhindern wolle. Auch für den werbenden Unternehmer müsse der Umfang der Unterrichtungspflicht klar bestimmbar sein und dürfe deshalb nicht von einer mit Unsicherheiten behafteten Prüfung einer Verwechslungsgefahr im konkreten Einzelfall abhängig gemacht werden. Nichts anderes ergebe sich aus § 5a UWG. Anders als die gem. § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG mitzuteilenden Informationen enthalte das Merkmal der Identität des Unternehmers i.S.v. § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG keine wertenden Elemente wie „wesentlich“ und „angemessen“. Raum für eine Einzelfallbetrachtung bleibe danach nicht.

Bedeutung für die Praxis

Der BGH spricht von einer „grundsätzlichen“ Pflicht zur Angabe des vollständigen Firmennamens. Ausnahmen sind somit grundsätzlich möglich. Eine fehlende Verwechslungsfähigkeit bzw. eine objektive Identifizierbarkeit des Werbenden kommt dabei allerdings nach Auffassung des BGH (anders noch die Vorinstanz, vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2013, 119) nicht als Rechtfertigung für die fehlende Angabe der Rechtsform in Betracht. Die Hinweise des BGH auf mögliche Beschränkungen des Kommunikationsmittels deuten indes an, dass ggf. darin Gründe für eine fehlende Angabe der Rechtsform zu sehen sind. Konkret bedeutet dies, dass die (geringe) Größe der Werbeanzeige oder das verwandte Medium (Bsp.: Teleshopping (Birk, GRUR-Prax 2013, S. 453)) eine fehlende Angabe der Rechtsform rechtfertigen können. Dies dürfte etwa für Kleinanzeigen in Zeitungen oder Zeitschriften sowie für Portale im Internet gelten. Ausreichend kann in diesem Fall bereits die Angabe einer Internetadresse sein, unter welcher der Verbraucher die vollständigen Angaben zur Identität abrufen kann (so etwa EuGH, GRUR 2011, 930, Tz. 56/59). Ein Verweis auf das Internet dürfte auch dann ausreichen, wenn eine Werbekampagne für eine Vielzahl externer Vertriebspartner zentral organisiert wird, wie dies etwa bei einem Vertrieb über Vertragshändler oder Franchisenehmer regelmäßig der Fall ist. Die Angabe der Firmen und Adressen aller Vertriebspartner in der Werbung ist dann kaum möglich und wäre für den Verbraucher auch verwirrend (Birk, GRUR-Prax 2013, S. 453). ||

Fazit

Die Entscheidung des BGH ist zu begrüßen, bringt sie doch ein erhebliches Maß an Rechtssicherheit für den Werbenden, da damit nunmehr höchstrichterlich geklärt ist, welche Angaben erforderlich sind, um den Anforderungen von § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG genüge zu tun. Umgekehrt sollte nach der Entscheidung des BGH dringend darauf geachtet werden, dass bei Werbeflyern etc. die Rechtsform des werbenden Unternehmens angegeben wird. Andernfalls drohen wettbewerbsrechtliche Abmahnungen und gerichtliche Unterlassungsklagen. Die Pflicht zur Angabe der in § 5a Abs. 3 UWG genannten Informationen gilt indes nur dann, wenn sich die Werbung an Verbraucher richtet und es sich um ein „Angebot“ bzw. eine „Aufforderung zum Kauf“ handelt, der Verbraucher mithin bereits in der Werbung so detailliert über die Eigenschaften des beworbenen Produkts und dessen Preis informiert wird, dass er eine Kaufentscheidung treffen kann.

Autor

Dr. Sebastian Eckhardt

Rechtsanwalt | Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz
Ernst & Young Law GmbH, Stuttgart
Telefon +49 711 9881 25262
sebastian.eckhardt@de.ey.com





Rechtsprechung aktuell

Aktuelle Rechtsprechung zu Fragen der Vertragsgestaltung und AGB

In einem Rückblick auf die letzten 12 Monate der Rechtsprechung fällt die Vielzahl der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) auf, die eine erhebliche Relevanz für die Vertragsgestaltung bzw. die Formulierung von Verträgen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) haben. Diejenigen Entscheidungen, die aus unserer Sicht grundlegenden Inhalts sowie für Unternehmen im Alltag der Vertragsgestaltung besonders wesentlich sind, sollen nachstehend kurz zusammengefasst werden.

BGH, Urteil vom 9.10.2013 - Az.: VIII ZR 224/12

Bekanntermaßen ist bei der Formulierung von Verträgen und Klauseln, die als AGB eingeordnet werden können, gerade deshalb besondere Sorgfalt angesagt, weil fehlerhafte Klauseln auch bei kleineren Ungenauigkeiten insgesamt unwirksam sein können und aufgrund dieser Unwirksamkeit und mit dem Rückfall auf die gesetzliche Ausgangssituation der ursprüngliche Zweck einer AGB-Klausel häufig verfehlt wird.

Dass schon kleinere Ungenauigkeiten weitgehende Unwirksamkeitsfolgen nach sich ziehen, lässt sich gut am BGH-Urteil vom 9.10.2013 - Az.: VIII ZR 224/12 zeigen. Ein Auktionshaus hatte in seinen Auktionsbedingungen die Haftung auf Schadensersatz für Vermögensschäden, gleich aus welchem Rechtsgrund ausgeschlossen, es sei denn, dem Auktionshaus fiele Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last. Darüber hinaus sollte der Käufer grundsätzlich keine Einwendungen oder Ansprüche wegen Sachmängeln erheben können.

Es war allerdings übersehen worden, dass laut § 309 Nr. 7 Buchst. a BGB auch ein „Ausschluss oder Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders beruhen“ nicht wirksam ist und folglich eine Klausel in AGB, die auch Schadensersatzansprüche abdecken soll, für solche Fälle einen ausdrücklichen Vorbehalt vorzusehen hat. Wird eine Ausnahme entsprechend § 309 Nr. 7 Buchst. a BGB nicht aus-

drücklich so vorgesehen, sondern nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit formuliert, ist dies unzureichend. In der Konsequenz der BGH-Rechtsprechung war in diesem Fall der in den Versteigerungsbedingungen vorgesehene Gewährleistungsausschluss insgesamt unwirksam, so dass das Auktionshaus im Ergebnis nach den gesetzlichen Regelungen haftete, welche grundsätzlich keine Haftungsbegrenzung der Höhe nach vorsehen. Das Ziel der Klausel wurde nicht erreicht, letztlich aufgrund eines nicht ausdrücklich aufgenommenen Ausnahmefalls. Besonders ärgerlich daran war, dass die geltend gemachten Ansprüche dem besagten Ausnahmefall - soweit aus der Entscheidung ersichtlich - sogar gar nicht unterfallen wären.

BGH, Urteil vom 6.11.2013 - Az.: VIII ZR 353/12

Die Notwendigkeit der genauen Formulierung von AGB bzw. des ständigen Abgleichs zwischen der Formulierung der AGB und der tatsächlich betriebenen Geschäftstätigkeit zeigt sich bei Lektüre des BGH-Urteils vom 6.11.2013 - Az.: VIII ZR 353/12. Streitgegenständlich war eine Klausel in den AGB einer Möbelversandhändlerin, wonach diese nur die rechtzeitige, ordnungsgemäße Ablieferung der Ware an das Transportunternehmen schuldet und für vom Transportunternehmen verursachte Verzögerungen nicht verantwortlich sein wollte.

Allerdings bot die Möbelversandhändlerin den Kauf von Möbeln auch in der Variante zusammen mit der Verpflichtung zur Montage der Möbel beim Kunden an. Bei einem Möbelkaufvertrag mit einer solchen Montageverpflichtung liegt aber - so der BGH - nach der Natur des Schuldverhältnisses eine Bringschuld vor. Entsprechend könne die vertraglich geschuldete Leistung nur beim Kunden erbracht werden. Die streitgegenständliche Klausel in den AGB, die diesen Gesichtspunkt gerade nicht aufnahm, verändere den Gefahrübergang zu Lasten des Kunden und weiche ohne sachlichen Grund von der gesetzlichen Regelung über den Leistungsort ab. Sie könne daher einer Inhaltskontrolle nicht standhalten und sei folglich unwirksam.

Im Ergebnis zeigt sich, dass die AGB in dem hier maßgeblichen Punkt des Umfangs der Leistungspflichten und des Gefahrübergangs detaillierter hätten ausgestaltet werden müssen als geschehen, um die differenzierten Leistungsangebote der Möbelversandhändlerin (Verkauf ohne Montage, Verkauf mit Montage) AGB-rechtlich wirksam abzubilden.

BGH, Urteil vom 4.07.2013 - Az.: VII ZR 249/12

Von besonderer praktischer Relevanz für Unternehmen ist die Frage, ob die Haftung für eine fahrlässige Verletzung von Vertragspflichten (mit Ausnahme der gesetzlichen und durch die Rechtsprechung festgelegten Ausnahmefälle) auf eine feste Obergrenze beschränkt werden kann. Häufig wird in diesen Fällen an eine Begrenzung der Haftung auf ein Vielfaches des Auftragswertes gedacht. Der BGH hatte im letzten Jahr Gelegenheit, sich zu dieser Thematik zu äußern, und zwar im Zusammenhang mit der Beurteilung folgender Klausel, mit der die Haftung eines Textilreinigungsunternehmens auf die Höhe des Zeitwertes bzw. 15-fache des Bearbeitungspreises begrenzt werden sollte:

„Der Textilreiniger haftet für Verlust des Reinigungsgutes unbegrenzt in Höhe des Zeitwertes. [...] Ansonsten ist die Haftung auf das 15-fache des Bearbeitungspreises begrenzt [...] Sie können eine unbegrenzte Haftung in Höhe des Zeitwertes (durch Abschluss einer Versicherung) vereinbaren.“

Der BGH erklärte diese Klausel mit Urteil vom 4.07.2013 - Az.: VII ZR 249/12 ausdrücklich für unwirksam und begründete dies im Hinblick auf die Begrenzung der Haftung auf den „Zeitwert“ schon mit der Intransparenz der Regelung. Darüber hinaus sah der Text der Klausel im konkreten Fall die bereits angesprochenen Standardausnahmen (Vorsatz/grobe Fahrlässigkeit usw.) nicht ausdrücklich vor.

Seine besondere Bedeutung für die Vertragsgestaltung erlangt dieses Urteil jedoch aufgrund der Ausführungen zu der Fragestellung, unter welchen Umständen eine Haftung auf ein Vielfaches des Auftragswertes, konkret den 15-fachen „Bearbeitungspreis“ begrenzt werden könne. Hier stellt der BGH zunächst den Grundsatz auf, dass die Begrenzung auf ein Vielfaches des Bearbeitungspreises in keinem Verhältnis zum Wert der vertragsgegenständlichen Sache stehe, für die der Textilreiniger Verantwortung trage. Letztlich habe dieser Wert mit dem tatsächlichen Haftungsrisiko nichts zu tun. Deshalb fehle es einer entsprechenden Begrenzung der inneren Rechtfertigung, sie benachteilige Kunden daher unangemessen, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Folge der Unwirksamkeit einer entsprechenden Klausel ist, dass keine Haftungsbegrenzung besteht.

Das Urteil behandelt einen Sachverhalt, dem ein Verbrauchervertrag zugrunde lag. Ob die Argumentation des Gerichts in einem solchen Fall entsprechend der „Gleichschritt“-Rechtsprechung des BGH auf Verträge zwischen Unternehmern zu übertragen ist, lässt sich häufig auch nach genauem Studium der Urteilsgründe nicht eindeutig sagen. Im vorliegenden Fall stellt sich die Sachlage anders dar – und gerade daraus ergibt sich die besondere Bedeutung dieses BGH-Urteils für die Vertragsgestaltung im Allgemeinen und Verträge zwischen Unternehmen im Besonderen. Denn der BGH äußert sich in den Entscheidungsgründen überraschend konkret dazu, wie die Frage der Haftungsbegrenzung auf ein Vielfaches des Auftragswertes bei Verträgen zwischen Unternehmen einzuschätzen sein könnte. Zunächst dürfte auch für Verträge zwischen Unternehmen grundsätzlich gelten, dass der Auftragswert häufig gerade nicht unmittelbar etwas mit dem Haftungsrisiko zu tun, welches sich für den Kunden aus einer Schlechtleistung des Verkäufers/Lieferanten ergeben könnte. Gerade weil laut BGH der Bearbeitungspreis generell ein untauglicher Maßstab für die Beschränkung der Haftung ist und die mögliche Schadenshöhe auch in keiner Relation zum Bearbeitungspreis stehen muss, dürfen solche Haftungsbegrenzungen auch in Unternehmerverträgen grundsätzlich problematisch sein.

Bei dieser Bewertung bleibt der BGH allerdings nicht stehen, sondern hält es unter Hinweis auf ein Urteil aus dem Jahr 1980 für möglich, die Haftung zumindest gegenüber einem Unternehmer auf ein Vielfaches des Auftragswertes zu begrenzen, wenn gleichzeitig mit Rücksicht auf besagte Haftungsbegrenzung eine zusätzliche Versicherung empfohlen wurde. Im Einzelnen:

- ▶ Im Verbraucherverkehr (B2C-Bereich) soll laut BGH ein allgemeiner „Achtung“-Hinweis (z.B. in AGB) auf die Möglichkeit der Versicherung nicht ausreichen. Vielmehr bedürfe es einer persönlichen Ansprache des Kunden. Dies dürfte in der Praxis selten zu leisten sein, so dass diese Möglichkeit der Haftungsbegrenzung im Verbrauchervertrag damit praktisch ausscheiden dürfte.
- ▶ Im Unternehmerverkehr „mag“ laut BGH ein deutlicher Hinweis in AGB auf eine zusätzliche Versicherung hingegen grundsätzlich ausreichend sein, weil sie als geschäftserfahrene Kunden mit dem Risiko der Haftungsbegrenzung und der Möglichkeit einer Versicherung grundsätzlich vertraut sind.

Die Bedeutung des besprochenen Urteils für die Vertragsgestaltung bzw. die Formulierung von AGB, soweit diese den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen betreffen, leitet sich gerade aus den beiläufigen Bemerkungen des BGH zur Möglichkeit der Haftungsbegrenzung gegenüber Geschäftsleuten ab. Allerdings ist zu bedenken, dass das besagte Urteil zu einem Verbrauchervertrag ergangen ist und die Bemerkungen zur Vertragsgestaltung gegenüber Unternehmern als „obiter dictum“ einzuordnen sind, so dass ein gewisses Risiko verbleibt, wenn allein auf diesen Hinweis hin die AGB angepasst werden. ▶

Rechtsprechung aktuell

Aktuelle Rechtsprechung zu Fragen der Vertragsgestaltung und AGB

► Fortsetzung

BGH, Urteil vom 29.05.2013 - Az.: VII UR 174/12

Eine strenge Auslegung der AGB-rechtlichen Vorgaben nahm der BGH auch im Urteil vom 29.05.2013 - Az.: VII UR 174/12 vor. Laut BGH ist eine Klausel in AGB, mit der die gesetzliche Verjährungsfrist für Ansprüche des Käufers wegen eines Mangels der verkauften Sache abgekürzt wird, aufgrund Verstoßes gegen § 309 Nr. 7 Buchst. a, b BGB insgesamt unwirksam, wenn die in § 309 Nr. 7 Buchst. a, b BGB ausdrücklich angesprochenen Schadensersatzansprüche nicht von der Abkürzung der Verjährungsfrist ausgenommen werden.

Die Kläger hatten von der Beklagten, einer Autohändlerin, als Verbraucher einen Gebrauchtwagen erworben. In den AGB hieß es „Ansprüche des Käufers wegen Sachmängeln verjähren in 1 Jahr ab Lieferung des Kaufgegenstandes an den Kunden“.

Darüber hinaus enthielten die AGB eine allgemeine Haftungsbegrenzungsklausel - und zwar unter ausdrücklicher Nennung der bekannten Ausnahme entsprechend der geltenden BGH-Rechtsprechung (Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, wegen der Verletzung vertragswesentlicher Pflichten oder wegen der Verletzung des Körpers, des Lebens oder Gesundheit, § 309 Nr. 7 Buchst. a, b BGB). Die Regelung zur Verkürzung der Verjährung bei Sachmängeln wurde ohne diese Ausnahmetatbestände formuliert.

Für sich genommen bemängelte der BGH die Verkürzung der Verjährungsfrist für Sachmängel nicht, sah darin aber gleichzeitig eine Haftungsbegrenzung im Sinne von § 309 Nr. 7 Buchst. a, b BGB. Denn mit der streitgegenständlichen Klausel würden „Ansprüche des Käufers wegen Sachmängeln“, somit auch Schadensersatzansprüche einer Verjährungsfrist von insgesamt einem Jahr unterstellt und diese Schadensersatzansprüche damit begrenzt. Etwaige Unklarheiten in der Formulierung würden zu Lasten des Verwenders gehen - mit der Folge, dass in solchen Fällen durch entsprechende Formulierungen in den AGB sicherzustellen sei, dass die bekannten Ausnahmetatbestände für Schadensersatzansprüche ausdrücklich gerade auch für die Klausel zur Verjährungsbegrenzung gelten würden. Da dies nicht der Fall war, sei laut BGH die gesamte Klausel als unwirksam einzustufen, weshalb letztlich die Verjährung nicht verkürzt und die Haftung nicht beschränkt würde.

Diese Aussage gilt laut Urteil des BGH vom 19.06.2013 (BeckRS 2013, 14579 bzw. NJW - Spezial 2013, S. 553) nunmehr nicht nur für Verbraucherverträge, sondern ausdrücklich auch für Verträge unter Unternehmen. Entsprechend ist eine Klausel in AGB

„Ansprüche des Käufers wegen Sachmängeln verjähren in 1 Jahr ab Ablieferung des Kaufgegenstandes an den Kunden“ nicht nur gegenüber Verbrauchern, sondern auch im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders unwirksam - wenn sich die Ausnahmetatbestände nicht auch auf diese Ansprüche beziehen. Diese Rechtsfolge stellt der BGH in seinem Urteil vom 19.06.2013 fest, und zwar schlicht unter Verweis auf das Urteil vom 29.05.2013 ohne weitere Begründung bzw. lediglich mit einem Hinweis auf das Urteil des BGH vom 19.09.2007 zur sog. „Gleichschrittrechtsprechung“ (BGH, NJW 2007, S. 3774).

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Vorinstanz (OLG Frankfurt, Urteil vom 10.05.2012 - Az.: 12 U 173/10) noch keine Bedenken gegen diese Klausel gehabt hatte und AGB in diesem Bereich durchaus anpassungsbedürftig sein dürften. Das Urteil ist ein weiteres anschauliches Beispiel dafür, wie streng und eher formal die Inhaltskontrolle selbst bei Verträgen zwischen Unternehmen vorgenommen wird, wenn diese als AGB eingeordnet werden.

BGH, Urteil vom 7.06.2013 - Az.: V ZR 10/12

Nach dem Urteil des BGH vom 7.06.2013 - Az.: V ZR 10/12 sind AGB-Klauseln, nach denen das Angebot des anderen Teils unbefristet fortbesteht und von dem Verwender jederzeit angenommen werden kann, auch dann mit § 308 Nr. 1 BGB unvereinbar, wenn das Angebot nicht bindend, sondern widerruflich unterbreitet worden ist. Solche Klauseln wie diejenige, die vom BGH zu beurteilen war, sollen die Gültigkeit des Angebots des anderen Teils möglichst verlängern und somit den eigenen Handlungsspielraum erweitern. Sie finden sich vergleichsweise häufig in Einkaufsbedingungen.

Laut BGH ist § 308 Nr. 1 BGB erst recht auf Klauseln anzuwenden, die keine Frist für die Annahme durch den Verwender bestimmen. Hier sei die Abweichung von den gesetzlichen Vertragsschlussregeln der §§ 145 ff. BGB derart weitreichend, dass die andere Vertragspartei unangemessen lange gebunden werde. Aufgrund der Argumentation des BGH, die abstrakt auf den Vergleich mit den Vertragsschlussregelungen des BGB abstellt, dürften diese Wertungen auf den Unternehmerverkehr zu übertragen sein, nicht zuletzt da gerade zwischen Unternehmen ein besonderes Interesse an Vertrauensschutz, Schnelligkeit und Leichtigkeit des Verkehrs besteht. Diese Ziele lassen sich nicht in Einklang bringen mit einer Schwebezeit, die auf eine unangemessen lange ausbedingene Annahmemöglichkeit zurückzuführen ist. ||

Fazit und Ausblick

Die besprochenen Urteile haben erhebliche Relevanz für den Alltag der Vertragsgestaltung der Unternehmen. Es bestätigt sich, dass auch im Verkehr unter Unternehmern erhebliche rechtliche Anforderungen an die Wirksamkeit von Vertragsklauseln gestellt werden und Vertragsklauseln, sobald sie als AGB eingeordnet werden, einer strengen Inhaltskontrolle unterliegen. Die Hürden zum Abschluss einer Individualvereinbarung, um der Inhaltskontrolle zu entgehen, sind weiterhin äußerst hoch. Trotz vereinzelter Versuche in den letzten Jahren, den Gesetzgeber dazu zu bewegen, gerade für Verträge unter Unternehmern die rechtlichen Anforderungen zu lockern, ist zu dieser Frage in nächster Zeit nicht mit Änderungen zu rechnen.

Folglich ist davon auszugehen, dass häufig Verträge, die man normalerweise als Individualverträge ansehen würde, von der Rechtsprechung als AGB eingeordnet werden. Daher müssen diese Vorgaben der Rechtsprechung im Rahmen der Erstellung von Verträgen bzw. AGB möglichst genau beachtet werden. Dies bedingt letztlich eine regelmäßige Prüfung (und ggf. Anpassung) bestehender Muster, um die aktuellen Vorgaben des BGH bzw. die vielfältigen rechtssicheren Differenzierungen in der BGH-Rechtsprechung umzusetzen.

Gerade das Urteil des BGH vom 4.07.2013 zu Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung auf ein Vielfaches des Auftragswertes unter gleichzeitigem Verweis auf die Möglichkeit einer zusätzlichen Versicherung sollte im Einzelfall analysiert werden, um die eigene Vertragspraxis ggf. anpassen zu können.

Autor

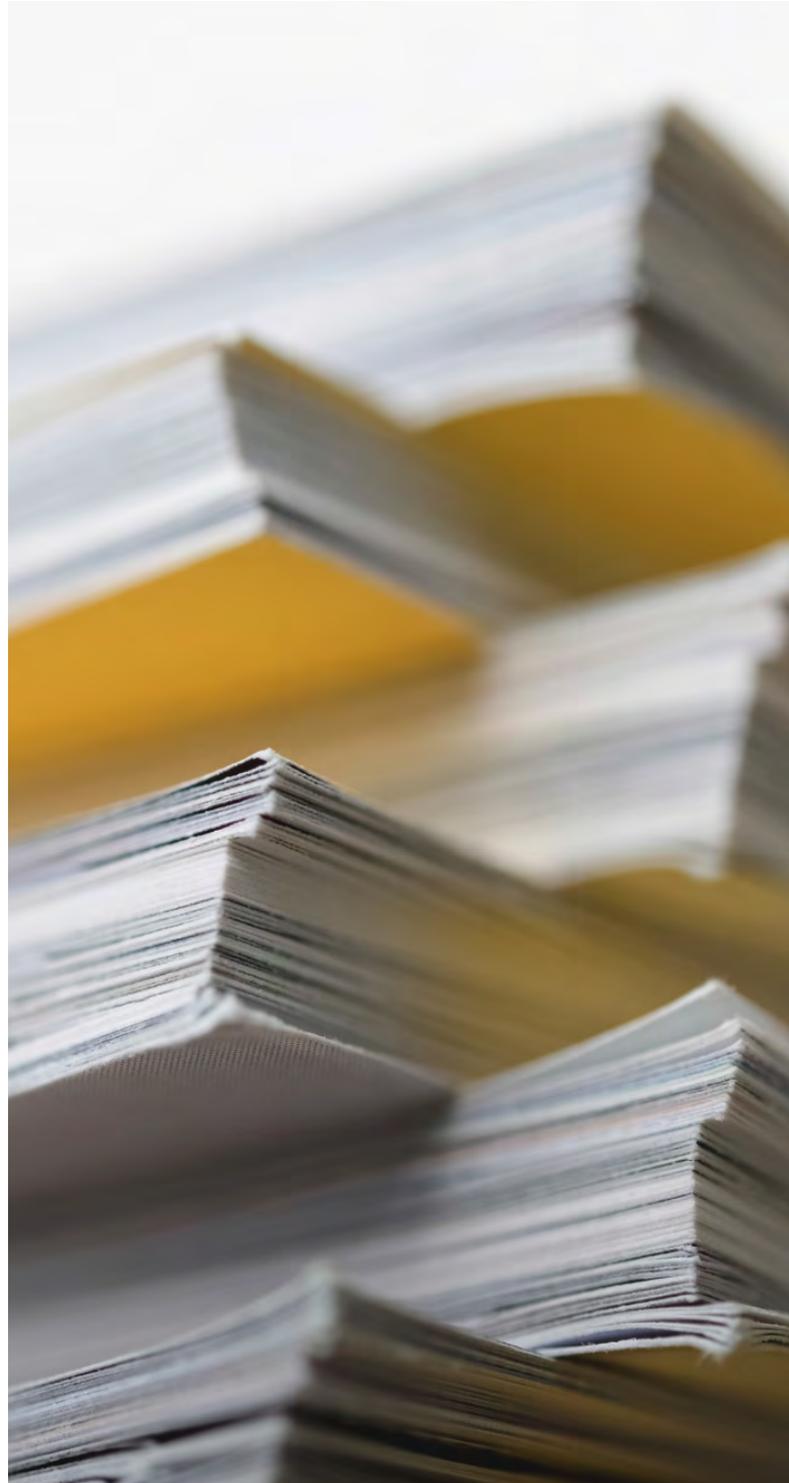
Frank Schäfer, LL.M.

Rechtsanwalt

Ernst & Young Law GmbH, Hannover

Telefon +49 511 8508 23755

frank.h.schaefer@de.ey.com





Rechtsprechung aktuell

Europarecht: Obergerichtliche Bestätigung der EuGH-Rechtsprechung (Cartesio; Vale) zur Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Formwechsels

OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.06.2013 - Az.: 12 W 520/13

Leitsätze der Verfasser

- ▶ Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelungen muss die Deutsche Rechtsordnung eine grenzüberschreitende Verlegung des Sitzes einer Kapitalgesellschaft aus einem EU-Mitgliedstaat nach Deutschland mit einem damit einhergehenden Rechtsformwechsel anerkennen.
- ▶ Wird der Satzungssitz einer Gesellschaft unter gleichzeitigem Wechsel in eine Rechtsform deutschen Rechts verlegt, ist dieser Sachverhalt unter europarechtskonformer Anwendung der den innerstaatlichen Formwechsel regelnden Vorschriften zu behandeln.

Sachverhalt

Die Gesellschafter einer Luxemburger Gesellschaft mit beschränkter Haftung (S.à r.l.) beschlossen mit Urkunde eines luxemburgischen Notars im Mai 2011 den Satzungs- und Verwaltungssitz der Gesellschaft identitätswahrend nach Deutschland zu verlegen und die Rechtsform der Gesellschaft in eine GmbH nach deutschem Recht zu wechseln. Nach Anmeldung dieser Änderungen wurde die Gesellschaft im Februar 2012 im Luxemburger Handelsregister gelöscht und im Oktober 2012 die Eintragung der Gesellschaft als Deutsche GmbH zum Handelsregister des Amtsgerichts Fürth angemeldet. Das Registergericht lehnte die Eintragung im Februar 2013 ab. Zur Begründung führte es insbesondere aus, dass es sich bei der luxemburgischen Gesellschaft um keinen nach deutschem Recht umwandlungsfähigen Rechtsträger handele und die nach deutschem Recht vorgeschriebene Eintragsreihenfolge nicht eingehalten worden sei.

Entscheidung des OLG Nürnberg

Die dagegen gerichtete Beschwerde hatte Erfolg. In seiner Begründung beruft sich das Oberlandesgericht auf die europarechtlich garantierte Niederlassungsfreiheit und die hierzu ergangene

Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Vale (2012). Demnach könne einer Eintragung nicht entgegengehalten werden, dass der Fall einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nach Deutschland nicht ausdrücklich im deutschen Recht vorgesehen sei. Vielmehr seien hierauf die für den innerstaatlichen Formwechsel geltenden Vorschriften des Umwandlungsgesetzes anzuwenden. Unter Berücksichtigung des Vorrangs des Unionsrechts vor nationalem Recht könne der Anwendbarkeit der §§ 190 ff. UmwG dabei auch nicht der eindeutige Wortlaut des Katalogs umwandlungsfähiger Rechtsträger entgegengehalten werden (§ 1 Abs. 1 UmwG „Rechtsträger mit Sitz im Inland“). Umwandlungsfähiger Rechtsträger könne nach unionsrechtskonformer Auslegung des nationalen Rechts insbesondere jede mitgliedstaatliche Kapitalgesellschaft sein, die den deutschen Rechtsformen einer GmbH, AG und KGaA entspricht.

Jedoch müssten die für einen rein inner-deutschen Rechtsformwechsel einzuhaltenden Vorschriften beachtet werden. Deutsche vergleichbare mitgliedstaatliche Kapitalgesellschaften dürften zwar nicht schlechter gestellt werden als deutsche Kapitalgesellschaften, der europarechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verlange aber auch keine Besserstellung. Neben den allgemeinen Vorschriften für einen Rechtsformwechsel (§§ 190 - 213 UmwG) seien daher auch die besonderen Vorschriften für den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform (§§ 226 f., 238 ff. UmwG) entsprechend einzuhalten. Dies gelte insbesondere auch für § 197 UmwG, nach welchem auf den Formwechsel die für die neue Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften zu beachten sind.

Werden diese Vorschriften beachtet, könne die Eintragung der deutschen GmbH auch nicht verweigert werden, weil nicht die für innerdeutsche Formwechsel vorgesehene Eintragsreihenfolge entsprechend eingehalten wurde (1. Formwechselvermerk in Luxemburg, 2. Eintragung der GmbH in Deutschland, 3. Löschung der S.à r.l. in Luxemburg). Denn auf die bereits erfolgten Eintragungen (Löschungen) im Luxemburger Handelsregister finde nicht das deutsche Registerrecht Anwendung sondern ausschließlich das luxemburgische Recht als lex fori. Daher könne eine strikte Ein-

haltung der in der deutschen Registervorschrift normierten Eintragsreihenfolge nicht verlangt werden.

Stellungnahme

Die Entscheidung des OLG Nürnberg bestätigt erstmals obergerichtlich für den deutschen Rechtsraum die vom EuGH eröffnete Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Formwechsels.

Der EuGH hatte zunächst in seiner Entscheidung *Cartesio* (2008) aus der europarechtlich gewährleisteten Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) Gesellschaften mit Sitz in der EU das Recht zugesprochen, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und eine Rechtsform des Zuzugsstaats anzunehmen ohne dass der Wegzugstaat einen solchen ‚Herausformwechsel‘ durch die Auflösung der Gesellschaft sanktionieren dürfe. Der EuGH gewährte das Recht, sich in eine Gesellschaft nach dem nationalen Recht eines anderen Mitgliedstaates umzuwandeln, jedoch nur solange und soweit, wie dies nach dem Recht des Zuzugsstaates möglich ist. Unter welchen Voraussetzungen hiervon ausgegangen werden kann, ließ der EuGH in *Cartesio* (noch) offen.

Nachdem weder das Unionsrecht noch die deutsche Rechtsordnung ausdrückliche Regelungen für einen grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel vorsehen, war dessen Zulässigkeit selbst unter Berücksichtigung der Pflicht zur europarechtskonformen Auslegung des nationalen Umwandlungsrechts zunächst umstritten. So hatte auch das hier entscheidende OLG Nürnberg noch am 13. Februar 2012 in einer anderen Angelegenheit die Möglichkeit des identitätswahrenden Zuzugs einer Gesellschaft aus Luxemburg verneint.

Im Juli 2012 stellte der EuGH schließlich in seiner *Vale* Entscheidung klar, dass die Niederlassungsfreiheit (auch) nationalen Regelungen entgegensteht, die zwar für inländische Gesellschaften die Möglichkeit einer Umwandlung vorsehen, aber die Umwandlung einer dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegenden Gesellschaft in eine inländische Gesellschaft nicht zulassen. Aufgrund dieser Entscheidung ist mittlerweile in der Literatur anerkannt, dass das Unionsrecht Gesellschaften das Recht auf einen grenzüberschreitenden Formwechsel gewährleistet, solange und soweit der Zuzugsstaat für seine inländischen Gesellschaften die Möglichkeit eines (rein nationalen) Rechtsformwechsels vorsieht.

Nachdem die Rechtsprechung des EuGH den Rang europäischen Primärrechts hat, Unionsrecht Vorrang vor nationalem Recht hat und das OLG Nürnberg alle vom EuGH in *Cartesio* und *Vale* aufgestellten und in der Literatur (mittlerweile) allgemein anerkannten Grundsätze beachtet hat, ist mit einer abweichenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und anderer Oberlandesgerichte nicht mehr zu rechnen. Dies gilt auch in Bezug auf die vom OLG Nürnberg für einen Inbound-Formwechsel angenommene (analoge) Anwendbarkeit der §§ 190 ff, 226 f., 238 ff. UmwG, zumal dies auch der Handhabung der Beratungspraxis in den wenigen bereits umgesetzten Fällen des grenzüberschreitenden Formwechsels entspricht.

Nicht vom Beschluss des OLG Nürnberg erfasst ist jedoch die Frage nach den anwendbaren Vorschriften im Falle des Wegzugs einer Gesellschaft aus Deutschland in einen anderen EU-Mitgliedstaat. Vor dem Hintergrund des vom EuGH geforderten Schutzes der Interessen von Arbeitnehmern, Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern wird insofern in der Literatur die analoge Anwendung von Vorschriften zur Sitzverlegung einer *Societas Europaea* (SE) bzw. zur grenzüberschreitenden Verschmelzung diskutiert. Diese Frage wurde ersichtlich bisher auch von keinem anderen deutschen Gericht entschieden.

Auswirkungen auf die Gestaltungspraxis

Die wachsende Rechtssicherheit hinsichtlich der auf den grenzüberschreitenden Formwechsel anwendbaren Rechtsnormen wird zu einer häufigeren Anwendung dieser neuen durch den EuGH geschaffenen Gestaltungsvariante führen.

Gegenüber der gesetzlich vorgesehenen grenzüberschreitenden Verschmelzung hat der grenzüberschreitende Formwechsel insbesondere steuerliche Vorteile. Nachdem die Gesellschaft bei dem grenzüberschreitenden Formwechsel ihre Identität beibehält, ist diese Form der Migration im Gegensatz zur grenzüberschreitenden Verschmelzung grunderwerbsteuerlich neutral. Darüber hinaus erleichtert der grenzüberschreitende Formwechsel auch die Integration von ausländischen Gruppengesellschaften in eine deutsche ertragsteuerliche Organschaft.

Vor dem Hintergrund seiner Kosten- und Zeiteffizienz wird sich diese neue Gestaltungsvariante als neue Form der Migration auch gegenüber der sog. „SE-Lösung“ durchsetzen. Dabei wird das Ziel der identitätswahrenden Migration über die Grenze (und der damit verbundenen grunderwerbsteuerlichen Neutralität) über den zeit- und kostenaufwendigen Weg des Formwechsels in eine SE im Herkunftsstaat mit grenzüberschreitender Sitzverlegung nach Deutschland und ggf. anschließendem Rechtsformwechsel in die finale deutsche Rechtsform (zumeist einer GmbH) erreicht. Mit dem grenzüberschreitenden Formwechsel lässt sich dasselbe Ziel in nur einem einzigen Schritt und damit deutlich weniger Aufwand erreichen. ||

Autoren

Dr. Achim Grothaus, LL.M.

Rechtsanwalt
Ernst & Young Law GmbH, Berlin
Telefon +49 30 25471 21195
achim.grothaus@de.ey.com

Jens Hoffmann

Rechtsanwalt | Europajurist
Ernst & Young Law GmbH, Berlin
Telefon +49 30 25471 15634
jens.hoffmann@de.ey.com



Legal Compliance Ecke

Geschäftsführer haftet auch bei ex ante für die Gesellschaft nützlich erscheinendem Gesetzesverstoß

OLG Karlsruhe, Urteil vom 31.07.2013 - Az.: 7 U 184/12

„Eine gesetzwidrige Tätigkeit begründet auch dann eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers, wenn der Gesetzesverstoß subjektiv ex ante zum Nutzen der Gesellschaft erfolgte, ihr aber hieraus ein Schaden erwächst.“

Sachverhalt

Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG leugnete u. a. wahrheitswidrig, Waren im Wert von EUR 2,8 Millionen bei einem Lieferanten bestellt zu haben. Der Lieferant verklagte die GmbH & Co. KG. Im Prozess blieb der Geschäftsführer bei seiner Aussage, dass die GmbH & Co. KG nichts beim Lieferanten bestellt habe. Vor allem wegen der hohen Prozesskosten verlor die GmbH & Co. KG schließlich mehr Geld, als wenn der Geschäftsführer von Anfang an die Wahrheit gesagt hätte.

Pflicht zum gesetzmäßigen Handeln geht dem Handeln nach Interesse der Gesellschaft vor

Warum musste der Geschäftsführer gegenüber der GmbH & Co. KG haften? Manche mögen meinen, er habe im Interesse der Gesellschaft gehandelt; denn er habe doch nur versucht, im Prozess das „Beste für die Gesellschaft herauszuholen“. Im Gewande einer - unzutreffenden - juristischen Begründung: Der Geschäftsführer muss entsprechend den Wertungen des „Business Judgement Rule“ nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG („BJR“) nicht gegenüber der Gesellschaft haften, weil und wenn seine „Taktik“ im Vorhinein erfolgsversprechend erscheint.

Diese Meinung, die ausschließlich auf das - ex ante zu beurteilende - Wohl der Gesellschaft abstellt, kann allerdings nur bei Verstößen gegen vertragliche Pflichten gelten. Anders ist die Situation bei gesetzlichen Pflichten. Diese gehen immer und ausnahmslos vor.

Obwohl dies relativ trivial klingt, ist diese Einschränkung der BJR durch den Vorrang der gesetzlichen Pflichten für viele vermutlich weniger klar als es auf den ersten Blick scheint.

Zwar erscheint dieser Vorrang intuitiv plausibel, wenn man den oben dargestellten Sachverhalt vollständig darstellt und um folgende, oben zunächst weggelassene Sachverhaltselemente ergänzt: In casu hatte der Geschäftsführer im Zivilprozess das Faxjournal gefälscht, um zu „beweisen“, dass die GmbH & Co. KG nichts beim Lieferanten bestellt. Wegen seiner wahrheitswidrigen Aussage wurde er in einem separaten Strafprozess zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten auf Bewährung verurteilt. Für die Beurteilung vieler mag ausschlaggebend sein, dass der Geschäftsführer „aktiv“ und „schriftlich“ das Faxjournal gefälscht hat. Aber ebenso strafbewehrt ist die Pflicht, im Zivilprozess nicht die Unwahrheit zu sagen, um das Gericht zu einem für die Gesellschaft günstigen Urteil zu bewegen. Die Prozesstaktik im Interesse des Unternehmens ist begrenzt durch das strafrechtlich bewehrte Verbot des Prozessbetrugs. Wegen Beweisproblemen der Staatsanwaltschaften, aber auch wegen der Neigung von Zivilrichtern, „ihren“ Prozess nicht mit strafrechtlichen Ermittlungen zu befrachten, wurden derlei Fälle bisher selten von der Staatsanwaltschaft aufgegriffen. Feststellen lässt sich aber, dass die in den letzten Jahren verstärkt aufgerüsteten Schwerpunktsstaatsanwaltschaften für Wirtschaftsstrafrecht - angestachelt durch das fiskalische Interesse an hohen Bußgeldern und das Vorbild der Münchener Staatsanwaltschaft - auch bei schwachem Anfangsverdacht offensiver ermitteln. Angesichts dieser verstärkten Ermittlungstätigkeit erscheint es nicht mehr auf reinem Zufall zu beruhen, wenn die Staatsanwaltschaften bei ihren Ermittlungen gegen die Deutsche Bank wegen versuchten Prozessbetrugs und Falschaussage im Zivilprozess gegen die Kirch-Erben „zufällig“ auf Akten mit der Aufschrift „Kirch“ gestoßen sind, als sie bei der Bank eine Razzia wegen Steuerbetrugs beim Emissionshandel durchführten (vgl. Süddeutsche Zeitung vom 20. November 2013).

Im Hinblick auf das genannte fiskalische Interesse dürfte es für die Staatsanwaltschaften häufig sekundär sein, ob die Beweise am Ende wirklich für ein Urteil reichen, wenn Unternehmen der Einstellung des Verfahrens gegen Zahlung von hohen Geldsummen zustimmen.

Folgerungen für die allgemeine Bewertung von Compliance-Risiken

Wie lässt sich das Urteil in die allgemeine Diskussion um „Compliance“ einordnen? Die hier referierte Kernaussage, dass die organisatorische Sicherstellung der Gesetzestreue („Compliance“) stets Vorrang vor dem unmittelbar ökonomischen Interesse der Gesellschaft hat, bezieht sich zwar auf die Innenhaftung des Geschäftsführers gegenüber „seiner“ Gesellschaft. Diese Rechtsprechung zur Innenhaftung geht jedoch Hand in Hand mit verstärkter Aktivität der Verfolgungsbehörden und der strafrechtlichen „Außenhaftung“. Der Vorrang der gesetzlichen Pflichten mag für das Kartell- und Korruptionsstrafrecht mittlerweile trivial sein; für viele andere gesetzliche Bestimmungen (Arbeitszeitgesetz, Datenschutz usw.) bedarf es wahrscheinlich erst verstärkter Verfolgungstätigkeit der Behörden, damit sie in der Abwägung mit dem Unternehmensinteresse stärker zur Geltung kommen.

Dementsprechend sollten vorausschauend agierende Unternehmen die Lektion vom Vorrang der gesetzlichen Pflichten bei der Bewertung und Hierarchisierung von Compliance-Risiken berücksichtigen. Zum Beispiel mögen beharrliche Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz durchaus im kurzfristigen und (wenn ex ante nicht allzu viele Burn-Out-Fälle zu erwarten sind) auch im langfristigen Unternehmensinteresse liegen. Nach den Wertungen des Zivilrechts kann sich die Risikobewertung (= niedrig) und die darauf basierende Steuerung der Compliance-Maßnahmen (= keine) aus dem Interesse des Unternehmens an „maßvoller“ Mehrarbeit ableiten. Dies darf angesichts der Strafandrohung des § 23 ArbZG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bei der Bewertung dieses Compliance-Risikos aber keine Rolle spielen. Danach muss das Risiko, gegen das Verbot, beharrlich gegen das Arbeitszeitgesetz zu verstoßen, anhand der Bedeutung des Rechtsguts für die Allgemeinheit und des Strafrahmens der Vorschrift bewertet werden. Andere Beispiele, in denen das ex ante bestimmte Unternehmensinteresse dem gesetzlich definierten Interesse der Allgemeinheit zuwiderlaufen kann, bieten unter anderem das Kartellrecht, die Gesetzgebung zur Korruptionsbekämpfung, aber auch das Steuer- und Umweltrecht. Trotz der scheinbar allgegenwärtigen Strafandrohungen und der potentiellen Kriminalisierung vieler „normaler“ Geschäftstätigkeiten gilt es, mit den betroffenen Mitarbeitern und Führungskräften offen die Risiken zu analysieren und – soweit möglich – pragmatische und mit dem Geschäft verträgliche Compliance-Lösungen zur Risikoreduzierung einzusetzen. Dies verlangt Fingerspitzengefühl und eine Kombination der juristischen und betriebswirtschaftlichen Perspektiven. ||

Fazit

Der Geschäftsführer darf in seinem Handeln für die Gesellschaft nie gegen gesetzliche Pflichten verstoßen, auch wenn dies für die Gesellschaft (vordergründig) nützlich erscheint. Andererseits darf der Geschäftsführer gegen das Unternehmen betreffende vertragliche Pflichten verstoßen, soweit diese Vertragsverletzung im wohlverstandenen Interesse des Unternehmens liegt. Die Unterscheidung klingt trivial, ist aber wichtig – zum einen, um bei Wahl der Prozesstaktik nicht in Konflikt mit dem Strafrecht zu kommen und zum anderen – auf grundsätzlicherer Ebene – für die Bewertung von Compliance-Risiken und Aufbau eines Compliance Management Systems.

Autor

Dr. Oliver Hein

Rechtsanwalt | Solicitor
Ernst & Young Law GmbH, Frankfurt
Telefon +49 6196 996 17379
oliver.hein@de.ey.com





Legal Compliance Ecke

Verbandsstrafgesetzbuch (VerbStrG-E) - Neue Anreize zur Vermeidung von Wirtschaftskriminalität in Unternehmen

Einleitung

Das nordrhein-westfälische Justizministerium hat im September letzten Jahres einen „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“ (VerbStrG-E) veröffentlicht. In der Justizministerkonferenz am 14.11.2013 haben die Landesjustizminister den Entwurf allgemein begrüßt und betont: „In der Beratung wird (...) eine Rolle spielen, ob ein Unternehmensstrafrecht geeignet wäre, interne Kontrollsysteme in Unternehmen zu stärken und damit zur Vermeidung von Wirtschaftskriminalität beizutragen“. Auf Bundesebene führen CDU und SPD im Koalitionsvertrag vom 27.11.2013 (S. 145) zu dem Thema Folgendes aus: „Mit Blick auf strafbares Verhalten im Unternehmensbereich bauen wir das Ordnungswidrigkeitenrecht aus. Wir brauchen konkrete und nachvollziehbare Zumessungsregeln für Unternehmensbußen. Wir prüfen ein Unternehmensstrafrecht für multinationale Konzerne.“ Angesichts des hier verwendeten Begriffs „prüfen“ und Berichten über Skepsis in der CDU erscheint es unsicher, ob der Entwurf des VerbStrG tatsächlich Gesetz wird. Einig scheinen sich die Koalitionäre hingegen in dem rechtspolitischen Ziel zu sein, bei der Weiterentwicklung der Unternehmensbußen gesetzliche Anreize für Compliance-Maßnahmen zu setzen. Daher wollen wir uns vorliegend - nach einer kurzen Vorstellung der Eckpunkte des VerbStrG-E - auf die Vorschläge zu diesen Anreizen konzentrieren.

Wesentliche Eckpunkte des VerbStrG-E

Nach derzeitiger Gesetzeslage haften Unternehmen nach § 30 OWiG, wenn ihre Leitungsverantwortlichen gegen öffentlich-rechtliche Pflichten des Unternehmens (sog. betriebsbezogene Pflichten) verstoßen und für Gesetzesverstöße „einfacher“ Mitarbeiter nach §§ 130, 30 OWiG, wenn deren Zuwiderhandlungen nicht durch „gehörige Aufsicht“ verhindert oder wesentlich erschwert worden sind. Der Entwurf des VerbStrG ändert an diesem Zurechnungsmechanismus des OWiG im Kern nichts. Das VerbStrG soll allerdings nur dann gelten, wenn die Anknüpfungstat des Mitarbei-

ters eine Straftat darstellt: der Verband soll bestraft werden, soweit entweder „Entscheidungsträger“ Straftaten begehen und dabei Pflichten des Unternehmens verletzen oder betriebsbezogene Straftaten einfacher Mitarbeiter durch nicht angemessene Aufsichtsmaßnahmen ermöglicht wurden. Die Vorschriften §§ 30, 130 OWiG sollen fortgelten, soweit Leitungsverantwortliche oder Mitarbeiter gegen andere, nicht strafbewehrte öffentlich-rechtliche Pflichten des Unternehmens (wie dies weitgehend im Kartellrecht der Fall ist) verstoßen.

Im OWiG gilt das Opportunitätsprinzip. Danach liegt es im pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörden, ob sie Verstöße gegen das OWiG verfolgen oder nicht. Der für den VerbStrG-E verantwortliche nordrhein-westfälische Justizminister Kutschaty hat eine empirische Studie zu der Frage durchführen lassen, wie häufig Staatsanwaltschaften wegen Verstößen im Zusammenhang mit den §§ 30, 130 OWiG ermitteln, und festgestellt, dass die Verfolgungsbehörden ihr „... Opportunitäts Ermessen von Landgerichtsbezirk zu Landgerichtsbezirk augenscheinlich sehr unterschiedlich ausgeübt...“ (ZRP 2013 S. 74) hätten. Deshalb soll für Straftaten nach dem VerbStrG-E das Legalitätsprinzip gelten, wonach die Staatsanwaltschaft bei einem Anfangsverdacht immer und ausnahmslos ein Ermittlungsverfahren einleiten muss.

§§ 130, 30 OWiG sehen Bußgelder bis EUR 10 Millionen vor. Stattdessen kann schon jetzt auch der Verfall des Umsatzes angeordnet werden, der durch den Gesetzesverstoß ermöglicht wurde, § 29a Abs. 1 OWiG. Diese Sanktionen zur „Bestrafung“ von Unternehmen sollen erweitert und verschärft werden. Der VerbStrG-E sieht sechs Sanktionen vor. Darunter finden sich völlig neue Sanktionsinstrumente wie die Verbandsauflösung, die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung und die Verbandsverwarnung mit Strafvorbehalt. Der Ausschluss von Subventionen sowie von der Vergabe öffentlicher Aufträge soll erweitert werden. Das ordnungswidrigkeitenrechtliche Bußgeld soll teilweise abgelöst werden

durch eine Verbandsgeldstrafe, deren Höhe durch ein Tagessatzsystem berechnet wird. Wie im Kartellrecht sollen Höchststrafen bis zu 10 % des Konzernumsatzes möglich werden. Wirtschaftsverbände, Handelskammer und Anwälte haben den Entwurf des VerbStrG scharf kritisiert, da diese sehr hohen Strafen - ohne Rücksicht auf das verfassungsrechtlich verbürgte Schuldprinzip - „unschuldige“ Mitarbeiter und Anteilseigner in Mitleidenschaft ziehen könnten.

Anreize zur Vermeidung von Wirtschaftskriminalität sollen gesetzt werden, indem Unternehmen dafür belohnt werden, wenn sie in Compliance-Maßnahmen investieren. Bestimmte „zukunftsbezogene Investitionen in Compliance“ (Begründung VerbStrG-E, S. 54) sollen dadurch honoriert werden, dass von der Strafe ganz abgesehen oder „nur“ eine Verbandswarnung mit Strafvorbehalt ausgesprochen werden kann. Wie im Folgenden ausgeführt wird, werden nach Auffassung des Autors allerdings eher vergangenheits- als zukunftsbezogene Compliance-Investitionen belohnt.

Absehen von Strafe als Belohnung für Compliance-Investitionen

Das Absehen von Strafe setzt nach § 5 Abs. 1 VerbStrG-E voraus, dass (1) „*der Verband ausreichende ... Maßnahmen getroffen hat, um vergleichbare Verbandsstraftaten in Zukunft zu vermeiden, und ... (2) ein bedeutender Schaden nicht entstanden oder dieser zum überwiegenden Teil wieder gut gemacht ist.*“

Der VerbStrG-E beschränkt die Belohnung auf solche Maßnahmen, die geeignet sind, künftig vergleichbare Taten zu vermeiden. Dadurch dürfte sich eine Tendenz verstärken, die besonders aus Sicht des Compliance-Beraters schon heute spürbar ist: Unternehmen, gegen die gerade ermittelt wird, wollen den „Schlamassel“ möglichst schnell hinter sich lassen und sind daher kurzfristig ohne Weiteres bereit, hohe Summen in die präventive Compliance im Bereich der Zuwiderhandlung zu investieren. Dagegen sind nur wenige Unternehmen bereit, in die vergleichsweise günstigere rechtsgebietsübergreifende und systematische Erfassung von Risiken zu investieren, um auf breiter Basis geeignete präventive Compliance-Maßnahmen einzuleiten. Dagegen erscheint es für den übergeordneten gesetzgeberischen Zweck, die Vermeidung von Wirtschaftskriminalität, wichtiger, dass Unternehmen dort Compliance-Maßnahmen ergreifen, wo sie nach einer Bewertung aller rechtlichen Risikogebiete am nötigsten sind. Zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels wäre es effektiver und effizienter, Unternehmen nicht nur zur Vermeidung von solchen Straftaten zu motivieren, die zufälligerweise gerade geschehen sind, sondern zur Vermeidung von „Wirtschaftsstraftaten“ (zur Definition siehe § 74c GVG) überhaupt. Damit der damit verbundene Aufwand für Unternehmen zumutbar bleibt, muss es entsprechend der Rechtsfigur des „erlaubten Risikos“ gestattet sein, Compliance-Maß-

nahmen dort zu konzentrieren, wo sie für die Allgemeinheit wesentliche Risiken reduzieren (vgl. Beitrag des Autors in Ausgabe 4, 2013 des Corporate Law Newsletter). Damit wäre auch ein Anreiz dafür gesetzt, dass Unternehmen die Compliance-Risikoanalyse regelmäßig dokumentieren und ihre Compliance-Maßnahmen entsprechend der aktuellen Risikolage fortlaufend nachjustieren. Die Honorierung eines umfassenden Compliance Management Systems entkoppelt den Taterfolg von der Strafzumessung allerdings in einer Art und Weise, wie dies in einem rechtsstaatlichen Strafrecht nicht zulässig wäre. Daher müsste der Gesetzgeber ein solches Instrument in das Recht der Ordnungswidrigkeiten integrieren; ein Verbandsstrafgesetzbuch wäre dazu nicht geeignet.

Die zweite Voraussetzung für das Absehen von Strafe nach § 5 VerbStrG-E besteht darin, dass ein „*bedeutender Schaden nicht entstanden oder dieser zum überwiegenden Teil wieder gut gemacht ist*“. Nach Erfahrung des Autors mit Workshops zu Compliance-Risiken in Unternehmen schätzen die Workshop-Teilnehmer die „Bedeutung“ eines Schadens zumeist intuitiv nur anhand der finanziellen Folgeschäden für das Unternehmen ein, die an einen entdeckten Compliance-Verstoß knüpfen. Deshalb sollte immer wieder betont werden, dass Compliance-Risiken auch nach möglichen Reputationsschäden und vor allem nach der Bedeutung der potentiellen Rechtsgutsverletzung zu bewerten sind. Die Bedeutung des Rechtsguts für die Allgemeinheit kann anhand des Strafrahmens ermittelt werden, den die Strafvorschrift vorsieht, der die Verbandsangehörigen zuwidergehandelt haben. Ein Gesetzgeber, der Wirtschaftsdelikte ohne direkte Opfer (z. B. Korruption oder Verletzung von Insider-Vorschriften) vermeiden will, müsste Unternehmen anhalten, ihre Compliance-Maßnahmen hier genauso zu stärken wie hinsichtlich der Delikte mit messbaren finanziellen Schäden.

§ 5 Abs. 2 VerbStrG-E sieht eine weitere Möglichkeit zur Strafbefreiung vor, wenn der Verband geeignete Maßnahmen ergreift, um vergleichbare Straftaten in Zukunft zu vermeiden und, zusätzlich, „*durch freiwilliges Offenbaren wesentlich dazu ... (beiträgt), dass eine Verbandsstraftat aufgedeckt werden konnte und den Ermittlungsbehörden Beweismittel zur Verfügung stellt, die geeignet sind, die Tat nachzuweisen*“. Dabei soll Gegenstand des Offenbarens nicht die schädigende Zuwiderhandlung des Mitarbeiters oder Entscheidungsträgers sein, sondern die „Tat“, d.h. das Unterlassen derjenigen Aufsichtsmaßnahmen, die sich nachträglich als erforderlich herausgestellt haben. Wenn der Gesetzgeber hier den Begriff „offenbaren“ verwendet, legt dies nahe, es sei regelmäßig völlig klar, welche Aufsichtsmaßnahmen hätten eingerichtet sein müssen und was genau die „Tat“ (= die unterlassenen Aufsichtsmaßnahmen) gewesen ist. Der unbestimmte Rechtsbegriff „unterlassene Aufsichtsmaßnahmen“ wäre jedoch nicht eindeutig. ►

Rechtsprechung aktuell

Verbandsstrafgesetzbuch (VerbStrG-E) - Neue Anreize zur Vermeidung von Wirtschaftskriminalität in Unternehmen

► Fortsetzung

Unternehmen und deren Berater würden viel Zeit und Aufwand darauf verwenden, um zu antizipieren, welche die Ermittlungsbehörde als die angemessene(n) Aufsichtsmaßnahme(n) ansieht. Dies scheint aber entgegen dieser Bedenken sogar gewollt; denn nach der Gesetzesbegründung (Begründung VerbStrG-E, S. 56) soll so verhindert werden, dass das Unternehmen den einzelnen Mitarbeiter, der die zu Grunde liegende Zuwiderhandlung bzw. Anknüpfungstat begangen hat, als „*Bauernopfer*“ anzeigt. Zumindest in dem Fall, dass der Verstoß des Mitarbeiters einen „Ausreißer“ darstellt, also trotz guter Compliance-Maßnahmen passiert ist, wäre das Anzeigen des Mitarbeiters weniger „Bauernopfer“ als berechnete Wahrnehmung von Unternehmensinteressen. Demgegenüber setzt der Entwurf des VerbStrG die Anreize so, dass sich die Unternehmen einseitig auf die (fehlenden) Compliance-Maßnahmen konzentrieren und die Aufklärung der durch den Mitarbeiter begangenen (Anknüpfungs-)Straftat vernachlässigen. Der Geschäftsleiter müsste demnach zunächst dem möglicherweise nachlässigen Compliance Officer kündigen und erst danach - wenn überhaupt - dem verdächtigen Mitarbeiter.

Verbandswarnung mit Strafvorbehalt als Belohnung für Compliance-Investitionen

Anders als beim Absehen von Strafe nach § 5 VerbStrG-E können nach § 7 VerbStrG-E Investitionen in alle Verbandsstraftaten belohnt werden. Allerdings kann das Gericht nach § 7 VerbStrG-E die Strafe nur auf „Bewährung“ aussetzen und muss daneben eine Verwarnung aussprechen. Voraussetzung dafür ist, dass nach Prognose des Gerichts „*durch die Verhängung von Auflagen oder Weisungen Verbandsstraftaten in Zukunft vermieden werden ...*“.

Das System der Belohnungen, das der Entwurf des VerbStrG für die Einrichtung von Compliance-Programmen vorsieht, erscheint inkonsistent und widersprüchlich. Ist schon vor Tatbegehung ein Compliance-Programm zur Vermeidung von (allen) Verbandsstraftaten vorhanden gewesen, wird dies allein dadurch belohnt, dass „nur“ eine Verwarnung ausgesprochen und die Strafe ansonsten auf Bewährung ausgesetzt wird (§ 7 VerbStrG-E). Wenn dagegen ein punktuell Compliance-Programm erst nach der Tat eingerichtet wird, kann dies zum vollständigen Absehen von Strafe nach § 5 VerbStrG-E führen. Ein weiterer finanziell immens wichtiger Punkt: Die Verwarnung nach § 7 VerbStrG-E kann mit der Anordnung des Verfalls verbunden werden, das Absehen von Strafe nach § 5 VerbStrG-E hingegen nicht.



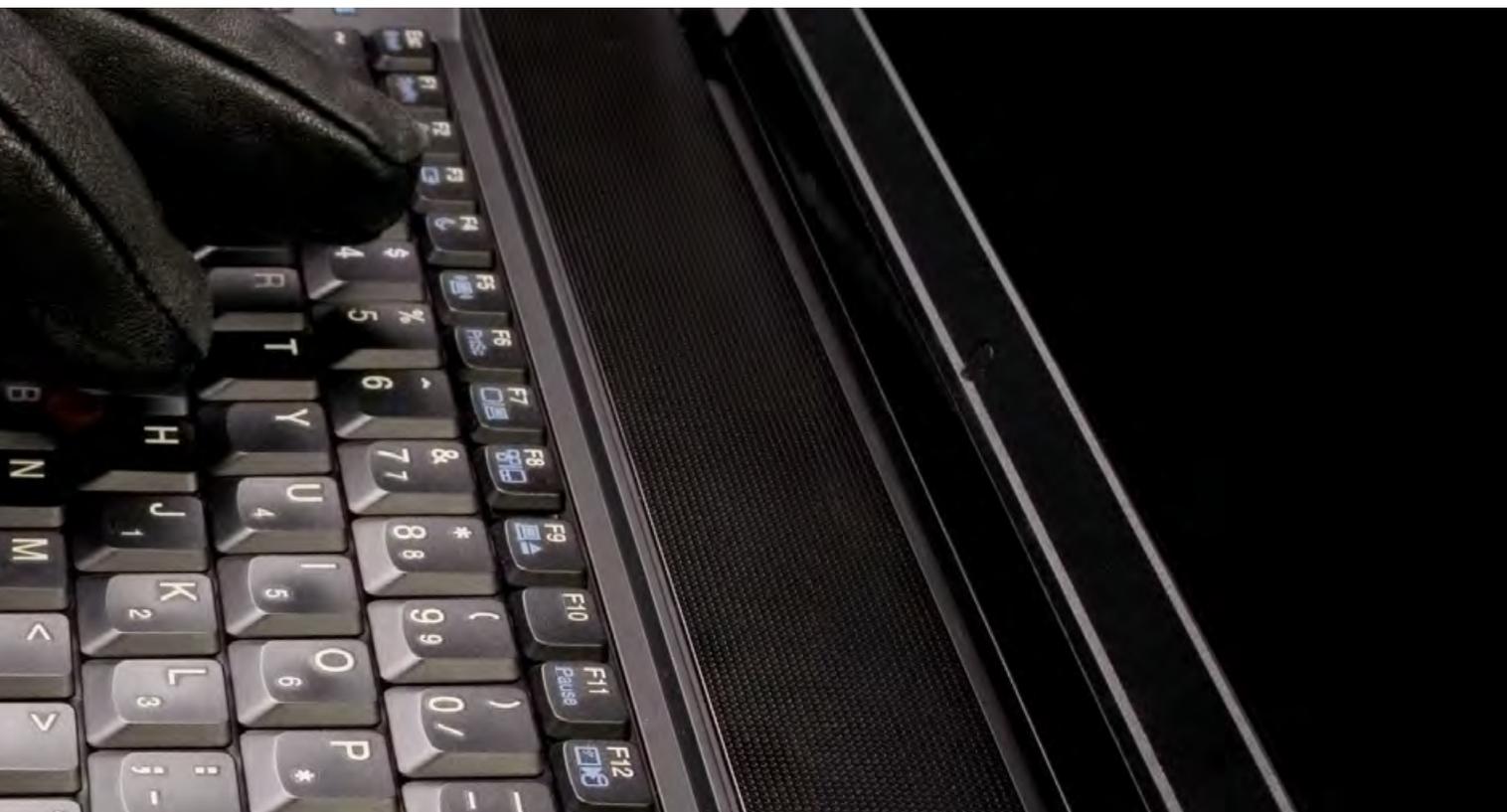
Nach der Gesetzesbegründung (Begründung VerbStrG-E, S. 59) kann von Strafe nicht mehr gemäß § 5 VerbStrG-E abgesehen werden, wenn „*zwar im Grundsatz geeignete Aufsichts- und Überwachungsmaßnahmen vorhanden waren, diese aber mit krimineller Energie umgangen werden konnten.*“ Dies steht im Widerspruch zur gesamten Gesetzessystematik - denn mehr als „*im Grundsatz geeignete Maßnahmen*“ dürfen ohnehin nicht verlangt werden. Dies gilt allein schon deshalb, weil von niemand Unmögliches verlangt werden darf. Zutreffend wird dazu im IDW Prüfungsstandard PS 980 ausgeführt: „... *Auch ein ansonsten wirksames CMS unterliegt systemimmanenten Grenzen, sodass möglicherweise auch wesentliche Regelverstöße auftreten können, ohne systemseitig verhindert oder aufgedeckt zu werden.*“ Erkennt der Gesetzgeber dies nicht an, würde ein negativer Anreiz gesetzt, durch den statt Wirtschaftskriminalität die Compliance-Investitionen der Unternehmen verhindert werden: Unternehmen würden teilweise auf „präventive“ Compliance-Kontrollen verzichten, weil sie auch dann bestraft werden, wenn diese Kontrollen durch kriminelle Energie umgangen werden. ||

Fazit

Der Entwurf des Verbandsstrafgesetzbuchs sieht - neben neuen Sanktionen und Verfahrensgrundsätzen - bisher in Deutschland unbekannte Anreize zur Einrichtung von Compliance Management Systemen (CMS) vor. Compliance-Maßnahmen können mit dem Absehen von Strafe und einer Verwarnung mit Strafvorbehalt „belohnt“ werden. Belohnt werden allerdings eher kurzfristige und isolierte Maßnahmen. Das Ziel der Vermeidung von Wirtschaftskriminalität würde besser erreicht, wenn der Gesetzgeber ein umfassendes CMS honorierte. Dieses umfassende CMS sollte auf einer breiten, spezifisch auf Compliance-Verstöße ausgerichteten Risikoanalyse beruhen.

Autor

Dr. Oliver Hein
Rechtsanwalt | Solicitor
Ernst & Young Law GmbH, Frankfurt
Telefon +49 6196 996 17379
oliver.hein@de.ey.com



Aktuelle Meldungen

BAFIN vereinheitlicht Sanktionspraxis

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFIN) hat im November 2013 Bußgeldleitlinien veröffentlicht, die anhand von Regelfällen die wichtigsten Verstöße gegen kapitalmarktrechtliche Vorschriften behandeln. Die Unternehmen werden dabei anhand von Größenmerkmalen in verschiedene Kategorien eingeteilt – anhand der Umstände der Tat und dem Verhalten nach der Entdeckung wird dann ein Bußgeld gebildet, das auf den ersten Blick deutlich über den derzeit aus dem Markt bekannten Größenordnungen liegen dürfte. Angesichts dieses Umstands ist zu erwarten, dass sich Unternehmen künftig häufiger gerichtlich gegen Bußgelder wehren werden. Bemerkenswert ist dabei, dass das Bestehen einer Compliance Organisation strafmildernde Wirkung haben kann. ||

Vgl. hierzu

BAFIN WpHG-Bußgeldleitlinien Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen bei Verstößen gegen Vorschriften des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) Stand November 2013
www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Leitfaden/WA/dl_bussgeldleitlinien_2013.pdf?__blob=publicationFile&v=6

BAFIN Merkblatt zu den WpHG-Bußgeldleitlinien vom 23.11.2013
www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/WA/mb_131129_wphg-bussgeldleitlinien.html

Auslandsbeurkundung auch nach MoMiG zulässig - Der BGH hat entschieden

Die für die Praxis bei Unternehmenskäufen wichtige Frage, ob Auslandsbeurkundungen auch nach Inkrafttreten der Reform des GmbH-Rechts zulässig sind, wurde nun vom Bundesgerichtshof in einem kürzlich veröffentlichten Beschluss bejaht. Ausgangsverfahren war der Beschluss des OLG München vom 06.02.2013 - Az.: 31 Wx 8/13, dem ausländischen Notar im Falle einer Auslandsbeurkundung einer Geschäftsanteilsabtretung die Befugnis zur Aufstellung einer neuen Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG abgesprochen hatte. Das Gericht beschloss, dass in diesen Fällen allein die Geschäftsführer zur Aufstellung der Liste berechtigt seien. Das OLG München widersprach dabei dem OLG Düsseldorf, das mit Beschluss vom 02.03.2011 - Az.: I-3 Wx 236/10 - bei der Auslandsbeurkundung die Befugnis hierzu bei dem ausländischen Notar gesehen hatte. Der BGH hat nun ausdrücklich klargestellt,

dass auch ausländische Notare Gesellschafterlisten einreichen können. Er stellt damit fest, dass sich an der Wirksamkeit der Auslandsbeurkundung durch das MoMiG nichts geändert hat. Demnach kann eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung auch nach dem Inkrafttreten MoMiG durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist. ||

Vgl. hierzu

BGH, Beschluss vom 17.12.2013 - Az.: II ZB 6/13

Keine Einsicht in Aufsichtsratsprotokolle von Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft

Die Vorschrift des § 3 Nr. 4 des Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (IFG) schließt nach zutreffender Ansicht des VG Berlin den Informationszugang zu Aufsichtsratsprotokollen und Vorbereitungsunterlagen für Aufsichtsratssitzungen aus, die nach den Vorschriften des Aktiengesetzes vertraulich zu behandeln sind. Dies gilt auch, soweit Aufsichtsratsmitglieder von einer öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft entsandt sind. Aus § 395 AktG lässt sich ableiten, dass auch die Berichte nur an ihrerseits zur Verschwiegenheit verpflichtete Empfänger weitergegeben werden dürften. Im entschiedenen Fall war der Anwendungsbereich der die Vertraulichkeit von Aufsichtsratssitzungen regelnden Vor-

schriften des Aktiengesetzes auf eine GmbH in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft durch das Drittelbeteiligungsgesetz eröffnet (§§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbetG, 109, 116 S. 2 AktG). Diese Entscheidung unterstreicht die Bedeutung der Regelungen über die Vertraulichkeit im Aufsichtsrat bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen von Unternehmen der öffentlichen Hand. Insbesondere bei nicht mitbestimmten GmbHs ist damit eine ausdrückliche Verweisung auf die aktienrechtlichen Vorschriften zur Vertraulichkeit im Aufsichtsrat geboten, da § 3 Nr. 4 IFG ausdrücklich auf Rechtsvorschriften verweist. ||

Vgl. hierzu

VG Berlin, 2. Kammer vom 13.11.2013, Az.: 2 K 293.12

Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Auszug)

§ 1 Grundsatz

(1) Jeder hat nach Maßgabe dieses Gesetzes gegenüber den Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen. Für sonstige Bundesorgane und -einrichtungen gilt dieses Gesetz, soweit sie öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen. Einer Behörde im Sinne dieser Vorschrift

steht eine natürliche Person oder juristische Person des Privatrechts gleich, soweit eine Behörde sich dieser Person zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben bedient.

.....

§ 3 Schutz von besonderen öffentlichen Belangen

Der Anspruch auf Informationszugang besteht nicht,

.....

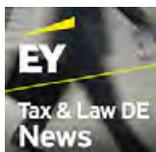
4. wenn die Information einer durch Rechtsvorschrift oder durch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum materiellen und organisatorischen Schutz von Verschlussachen geregelten Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflicht oder einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis unterliegt.



Ihre Ansprechpartner bei der Ernst & Young Law GmbH

Berlin Dr. Cornelius Grossmann Rechtsanwalt Ernst & Young Law GmbH, Berlin Telefon +49 30 25471 25050 cornelius.grossmann@de.ey.com	Frankfurt Heike Jagfeld Rechtsanwältin Ernst & Young Law GmbH, Frankfurt Telefon +49 6196 996 28035 heike.jagfeld@de.ey.com	München Dr. Claus Elfring Rechtsanwalt Ernst & Young Law GmbH, München Telefon +49 89 14331 28905 claus.elfring@de.ey.com
Düsseldorf Dr. Nicole Franke Rechtsanwältin Ernst & Young Law GmbH, Düsseldorf Telefon +49 211 9352 23800 nicole.franke@de.ey.com	Hamburg Ilja Schneider Rechtsanwalt Ernst & Young Law GmbH, Hamburg Telefon +49 40 36132 25778 ilja.schneider@de.ey.com	Nürnberg Jörg Leißner Rechtsanwalt, Steuerberater Ernst & Young Law GmbH, Nürnberg Telefon +49 911 3958 28369 joerg.leissner@de.ey.com
Dr. Maximilian Koch Rechtsanwalt, Diplom-Kaufmann Ernst & Young Law GmbH, Düsseldorf Telefon +49 211 9352 17886 maximilian.koch@de.ey.com	Hannover Frank Schäfer, LL.M. Rechtsanwalt Ernst & Young Law GmbH, Hannover Telefon +49 511 8508 23755 frank.h.schaefer@de.ey.com	Stuttgart Dr. Christian Bosse Rechtsanwalt Ernst & Young Law GmbH, Stuttgart Telefon +49 711 9881 25772 christian.f.bosse@de.ey.com
Essen Egbert von Holtum Rechtsanwalt Ernst & Young Law GmbH, Essen Telefon +49 201 2421 21890 egbert.holtum@de.ey.com		

Die „EY Tax & Law DE News“ App ist verfügbar für iPhone und Android und bietet Ihnen unseren eNewsletter bequem auf Ihrem Smartphone - aktuell und kompakt für unterwegs.



Scannen Sie nebenstehenden QR-Code für weitere Informationen oder kontaktieren Sie uns per E-Mail an eNewsletter@de.ey.com.



Die globale EY-Organisation im Überblick

Die globale EY-Organisation ist einer der Marktführer in der Wirtschaftsprüfung, Steuerberatung, Transaktionsberatung und Managementberatung. Mit unserer Erfahrung, unserem Wissen und unseren Leistungen stärken wir weltweit das Vertrauen in die Wirtschaft und die Finanzmärkte. Dafür sind wir bestens gerüstet: mit hervorragend ausgebildeten Mitarbeitern, starken Teams, exzellenten Leistungen und einem sprichwörtlichen Kundenservice. Unser Ziel ist es, Dinge voranzubringen und entscheidend besser zu machen – für unsere Mitarbeiter, unsere Mandanten und die Gesellschaft, in der wir leben. Dafür steht unser weltweiter Anspruch „Building a better working world“.

Die globale EY-Organisation besteht aus den Mitgliedsunternehmen von Ernst & Young Global Limited (EYG). Jedes EYG-Mitgliedsunternehmen ist rechtlich selbstständig und unabhängig und haftet nicht für das Handeln und Unterlassen der jeweils anderen Mitgliedsunternehmen. Ernst & Young Global Limited ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach englischem Recht und erbringt keine Leistungen für Mandanten. Weitere Informationen finden Sie unter www.ey.com.

In Deutschland ist EY an 22 Standorten präsent. „EY“ und „wir“ beziehen sich in dieser Publikation auf alle deutschen Mitgliedsunternehmen von Ernst & Young Global Limited.

© 2014

Ernst & Young Law GmbH
Rechtsanwalts-gesellschaft
Steuerberatungsgesellschaft
All Rights Reserved.

BKR 0214-205
ED 0615

Bildquellen: Corbis, Getty Images, Thinkstock.

Ernst & Young Law GmbH

Die Ernst & Young Law GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft Steuerberatungsgesellschaft (EY Law) berät als Full Service-Kanzlei in allen wirtschaftsrechtlichen Fragestellungen. Interdisziplinäres Arbeiten ist aufgrund der Zugehörigkeit zur EY-Gruppe eine Selbstverständlichkeit. Sie arbeitet eng mit anderen Spezialisten aus den Bereichen Corporate Finance, Steuerberatung, Transaction Services und Wirtschaftsprüfung zusammen. Durch die Präsenz an elf deutschen Standorten gewährleistet sie Mandantennähe, denn kurze und direkte Wege können für eine zeitnahe und effiziente Umsetzung von Projekten entscheidend sein. In Deutschland finden Sie sie daher in allen großen Ballungsräumen, um Sie bei Bedarf schnell und unkompliziert unterstützen zu können. Zugleich steht den Mandanten für jedes konkrete Mandat das spezialisierte Know-how der entsprechenden Praxisgruppen standortübergreifend zur Verfügung.

Bei grenzüberschreitenden Transaktionen und Fragestellungen arbeiten wir mit über 850 Rechtsanwälten von EY in 24 Jurisdiktionen in Europa zusammen.

Diese Publikation ist lediglich als allgemeine, unverbindliche Information gedacht und kann daher nicht als Ersatz für eine detaillierte Recherche oder eine fachkundige Beratung oder Auskunft dienen. Obwohl sie mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität; insbesondere kann diese Publikation nicht den besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen. Eine Verwendung liegt damit in der eigenen Verantwortung des Lesers. Jegliche Haftung seitens der Ernst & Young Law GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft Steuerberatungsgesellschaft und/oder anderer Mitgliedsunternehmen der globalen EY-Organisation wird ausgeschlossen. Bei jedem spezifischen Anliegen sollte ein geeigneter Berater zurate gezogen werden.

www.de.ey.com