



# FORUM JURIS

03/2011

**Raupach  
& Wollert-Elmendorff**

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Berlin Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg Hannover München Stuttgart



## Das Recht kommt zu Ihnen.

Sehr geehrte Damen und Herren,  
liebe Mandanten,

wir freuen uns, Ihnen die dritte Ausgabe unserer Mandanteninformation *Forum Juris* im Jahr 2011 zu übersenden, in der wir die neuesten Entwicklungen aus Gesetzgebung und Rechtsprechung für Sie zusammengestellt haben.

Im Rahmen eines Unternehmenskaufes ist die Durchführung einer Due Diligence heute ein unerlässlicher Bestandteil des Prozesses. Die Durchführung einer Due Diligence stößt in der Regel nicht auf Ablehnung soweit alle Anteile an einer Gesellschaft verkauft werden oder die Zielgesellschaft lediglich von einem Gesellschafter gehalten wird. Anders kann dies jedoch sein, wenn lediglich eine Minderheitsbeteiligung Ziel der Transaktion ist. Der erste Beitrag dieser Ausgabe beleuchtet Probleme, die sich in dieser Konstellation ergeben können.

Außerdem möchten wir Ihnen das Instrument der Unternehmensanleihe als Finanzierungsalternative vorstellen. Insbesondere für mittelständische Unternehmen kann die Unternehmensanleihe als Fremdkapitalinstrument eine attraktive Möglichkeit der Finanzierung sein. Als Kapitalmarktpartner der Börse Düsseldorf begleiten wir Sie bei der Vorbereitung einer Anleiheemission.

Der Wechsel von Mitgliedern des Vorstandes in den Aufsichtsrat börsennotierter Gesellschaften sorgt immer wieder für Schlagzeilen. Einer unserer Beiträge erläutert die seit 2009 vorgesehene Karenzzeit von zwei Jahren für einen Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat sowie die Ausnahmeregelungen hierzu.

Weitere Themen dieser Ausgabe sind u. a.:

- Freistellung während der Kündigungsfrist
- Auslandsbeurkundungen – nach OLG Düsseldorf nunmehr unbedenklich möglich?
- Patronatserklärung die Zweite – BGH schafft weitere Rechtsklarheit
- Kein Ausgleichsanspruch aus Unternehmensvertrag für den Minderheitenaktionär infolge eines Squeeze-out
- Zuwendung eines Unternehmens im Wege „vorweggenommener Erbfolge unentgeltlich“
- Abschied vom Verkaufsprospektgesetz – Der Entwurf des Gesetzes über Vermögensanlagen
- ICANN macht den Weg frei für neue (Firmen-) Top-Level-Domains
- Korruptionsprävention in der Pharmaindustrie – unter besonderer Fokussierung auf den Arzneimittelmarkt

In unserer Rubrik *Raupach intern* stellen wir Ihnen in dieser Ausgabe die Service Line Corporate vor.

Wir hoffen, interessante Themen für Sie ausgewählt zu haben. Für Rückfragen und Anmerkungen oder gerne auch Anregungen zu unserer Mandanteninformation *Forum Juris* stehen Ihnen die Redaktion oder Ihre bekannten Ansprechpartner selbstverständlich gerne zur Verfügung.

# Verzeichnis der Beiträge und Autoren

<b>Forum Juris aktuell</b>	Seite	4
<b>Weigerung der Mitgesellschafter zur Mitwirkung an einer den Verkaufsprozess vorbereitenden Due Diligence</b> <i>Rechtsanwalt Peter <b>Homborg</b> und Rechtsanwältin Dr. Stefanie <b>Greifeneder</b>, Frankfurt am Main</i>	Seite	6
<b>Auslandsbeurkundungen – nach OLG Düsseldorf nunmehr unbedenklich möglich?</b> <i>Rechtsanwalt Heiko <b>Ramcke</b>, Hannover</i>	Seite	8
<b>Patronatserklärung die Zweite – BGH schafft weitere Rechtsklarheit</b> <i>Rechtsanwältin Dr. Sabine <b>Pittrof</b>, LL.B. (Univ. N.S.W.) und Rechtsanwältin Julia <b>Dolleschel</b>, LL.M. (Univ. N.S.W.), Frankfurt am Main</i>	Seite	10
<b>Kein Ausgleichsanspruch aus Unternehmensvertrag für den Minderheitenaktionär infolge eines Squeeze-out</b> <i>Rechtsanwalt Dr. Tim <b>Luthra</b> und Rechtsanwältin Rebecca <b>Finster</b>, München</i>	Seite	12
<b>Zuwendung eines Unternehmens im Wege „vorweggenommener Erbfolge unentgeltlich“</b> <i>Rechtsanwalt Eckhard <b>von Voigt</b>, MBA, Berlin</i>	Seite	14
<b>Anleihen – Finanzierungsalternative für den Mittelstand</b> <i>Rechtsanwalt Dr. Dr. Boris <b>Schilmar</b> und Rechtsanwalt Niko <b>Jakovou</b>, LL.M., Düsseldorf</i>	Seite	16
<b>Abschied vom Verkaufsprospektgesetz – Der Entwurf des Gesetzes über Vermögensanlagen</b> <i>Rechtsanwältin Dr. Carmen <b>Heermann</b>, Hannover</i>	Seite	18
<b>Freistellung während der Kündigungsfrist: Anrechnung von Urlaubstagen ist eindeutig zu formulieren</b> <i>Rechtsanwältin Frauke <b>Heudtlaß</b>, Düsseldorf</i>	Seite	20
<b>Direkter Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft</b> <i>Rechtsanwalt Dr. Peter <b>Maser</b>, Stuttgart</i>	Seite	21
<b>„Whistleblowing“ als Kündigungsgrund – Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 21. Juli 2011</b> <i>Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Markus <b>Wolferseder</b>, Stuttgart</i>	Seite	23
<b>ICANN macht den Weg frei für neue (Firmen-) Top-Level-Domains</b> <i>Rechtsanwalt Stefan H. V. <b>Wilke</b>, Düsseldorf</i>	Seite	26
<b>Korruptionsprävention in der Pharmaindustrie – unter besonderer Fokussierung auf den Arzneimittelmarkt</b> <i>Rechtsanwalt Peter <b>Homborg</b> und Rechtsanwältin Andrea <b>Veh</b>, Frankfurt am Main</i>	Seite	27
<b>Raupach intern</b>	Seite	29
<b>Redaktion</b> <i>Rechtsanwalt Andreas <b>Jentgens</b>, Rechtsanwältin Vanessa Julia <b>Nieporte</b>, Düsseldorf</i>		

### **Zur Vorlagepflicht der Geschäftsführer hinsichtlich der geprüften Jahresabschlüsse.**

Gem. § 42 Abs. 1 und 2 GmbHG hat der Geschäftsführer dafür Sorge zu tragen, dass der geprüfte Jahresabschluss den Gesellschaftern innerhalb der Frist des § 42 Abs. 2 GmbHG zur Feststellung vorgelegt wird. Unterlässt der Geschäftsführer dies, begeht er eine gravierende Pflichtverletzung, welche einen wichtigen Grund für den Widerruf der Bestellung zum Geschäftsführer darstellt. Für einen Widerruf der Bestellung zum Geschäftsführer aus wichtigem Grund genügt im Hinblick auf die zwingende Regelung des § 38 Abs. 2 GmbHG die einfache Mehrheit in der Gesellschafterversammlung. Entgegenstehende Satzungsregelungen sind unwirksam.  
*Quelle: KG Berlin 11. August 2011, 23 U 114/11*

### **Die Kündigung eines Beherrschungsvertrages durch die abhängige Gesellschaft ist bei der GmbH der Entscheidung durch die Gesellschafterversammlung zugewiesen. Bei der entsprechenden Beschlussfassung besteht kein Stimmverbot des herrschenden Unternehmens.**

Die beklagte GmbH schloss als abhängige Gesellschaft im Jahr 1999 einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag mit ihrer Mehrheitsgesellschafterin ab. Die Klägerin ist Minderheitsgesellschafterin der GmbH. Sie beantragte in der Gesellschafterversammlung der GmbH vom 22. November 2007 die ordentliche Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages zum nächstmöglichen Termin zu beschließen. Der Antrag wurde mit den Stimmen der Mehrheitsgesellschafterin abgelehnt. Hiergegen richtete sich die im Ergebnis erfolglose Klage.

Die Gesellschafterversammlung habe die ordentliche Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags nicht mit Mehrheit beschlossen. Die Stimmen der Mehrheitsgesellschafterin seien mitzuzählen, da sie keinem Stimmverbot unterliege. Nach § 47 Absatz 4 Satz 2 GmbHG habe ein Gesellschafter bei einer Beschlussfassung, die die Vornahme eines Rechtsgeschäfts ihm gegenüber betrifft, kein Stimmrecht. Von diesem Stimmverbot ausgenommen seien aber körperchaftliche Sozialakte, bei denen der Gesellschafter sein Mitgliedsrecht ausübe und die die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft betreffen. In diesen Fällen könne ein Stimmverbot nicht schon dann greifen, wenn der Beschlussinhalt zugleich auf den persönlichen Rechtskreis des betreffenden Gesellschafters einwirke. Der Beschluss über die ordentliche Kündi-

gung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags gegenüber dem herrschenden Gesellschafter betrifft nicht nur das Verhältnis der abhängigen Gesellschaft zu ihrem herrschenden Gesellschafter, sondern auch die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft und verändert ihre Organisationsstruktur, so dass dem herrschenden Gesellschafter seine Mitwirkung nicht versagt werden kann. Ebenso wie der Abschluss des Unternehmensvertrages hat auch seine Kündigung nicht nur schuldrechtliche, sondern organisationsrechtliche Wirkungen. Daher ist die Kündigung keine den Geschäftsführern der GmbH zugewiesene Geschäftsführungsmaßnahme.

*Quelle: NJW Spezial, BGH, Urteil 31. Mai 2011 – II ZR 109/10*

### **Prüfung der Kapitalaufbringung durch das Registergericht**

#### **Auch bei verschärften Regelungen im Gesellschaftsvertrag einer GmbH i.G. über die Einzahlungspflichten der Gesellschafter darf das Registergericht nur die Erfüllung der gesetzlichen Mindesteinlagepflichten prüfen.**

Die Antragsteller meldeten bei dem Registergericht die Errichtung einer GmbH zur Eintragung in das Handelsregister an. Die Anmeldung enthielt auch die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG, dass das gesetzlich vorgeschriebene Mindeststammkapital eingezahlt ist und sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. Im Gesellschaftsvertrag der GmbH war geregelt, dass „die Geschäftsanteile“ sofort in voller Höhe zu leisten seien. Das Registergericht wies die Eintragung mit der Begründung zurück, die gesellschaftsvertraglichen Regelungen müssten vor der Eintragung dahingehend angepasst werden, dass sie mit der tatsächlich stattgefundenen Leistung nur des Mindeststammkapitals übereinstimmen. Das OLG Stuttgart gab der hiergegen gerichteten Beschwerde statt. Die Prüfung des Registergerichts nach § 9c GmbHG bei Eintragung einer GmbH darf sich nur auf die gesetzlichen Mindestanforderungen beschränken. Ob eine darüber hinausgehende, verschärfende Regelung im Gesellschaftsvertrag gegeben sei, habe das Registergericht weder zu prüfen noch – bei Nichterfüllung der durch den Gesellschaftsvertrag festgelegten Verpflichtungen – die Eintragung zu verweigern.  
*Quelle: OLG Stuttgart, Beschluss vom 13. Juli 2011 – 8 W 252/11, BeckRS 2011, BECKRS Jahr 19282*

## Kein Stimmverbot in Ein-Mann-AG

**Der Alleinaktionär unterliegt in der Hauptversammlung der Gesellschaft keinem Stimmverbot nach § 136 Abs. 1 AktG, da ein Interessengegensatz zwischen ihm und der Gesellschaftergesamtheit ausscheidet.**

Im Juni 2007 bestellte die Hauptversammlung der Hypo-Vereinsbank AG (HVB) gem. § 147 Abs. 2 AktG einen besonderen Vertreter, der angebliche Schadensersatzansprüche der HVB gegen ihre damalige Mehrheits- und jetzige Alleinaktionärin UniCredit S.p.A. (UniCredit) geltend machen sollte. Nach zwischenzeitlich ins Handelsregister eingetragener Squeeze-out fasste die Alleinaktionärin UniCredit im November 2008 im Rahmen einer außerordentlichen Hauptversammlung der HVB den Beschluss, den besonderen Vertreter wieder abzurufen. Gegen diesen Beschluss hat der besondere Vertreter Anfechtungsklage erhoben. Nachdem das Landgericht der Klage stattgegeben hatte, hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Die Nichtzulassungsbeschwerde des besonderen Vertreters hatte keinen Erfolg.

Kern des Rechtsstreits ist die Frage, ob § 136 Abs. 1 AktG der Alleinaktionärin UniCredit ein Stimmverbot auferlegt. Die Norm schließt einen Aktionär u.a. dann von der Stimmrechtsausübung aus, wenn darüber Beschluss gefasst wird, ob die Gesellschaft gegen ihn einen Anspruch geltend machen soll. Darunter fällt grundsätzlich auch die Entscheidung über die Bestellung oder Abberufung eines besonderen Vertreters, wenn dieser gegen den betreffenden Aktionär (hier: UniCredit) vorgehen soll. Vorliegend stellte sich die Frage, ob § 136 Abs. 1 AktG teleologisch dahin zu reduzieren ist, dass das Stimmverbot für einen Alleinaktionär nicht gilt. Der BGH hält diese Frage nicht für klärungsbedürftig. Entsprechend seiner Rechtsprechung zu § 47 Abs. 4 GmbHG zur Ein-Mann-GmbH vertritt der BGH die Auffassung, dass diese Vorschrift nur den Schutz des Gesellschaftsvermögens gegenüber einzelnen Gesellschaftern bezwecke und zu Gunsten der Gesamtheit der Gesellschafter wirke, nicht aber zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger. Ein Stimmverbot in der Ein-Mann-GmbH scheidet daher grundsätzlich aus, weil dort ein solcher Interessengegensatz gerade nicht bestehe. Für die Ein-Mann-AG könne nichts anderes gelten.  
*Quelle: BGH, Beschluss vom 12. Juli 2011 – II ZR 58/10, BeckRS 2011, BECKRS Jahr 19374*

## Keine Vertragsbeendigung durch Anwachsung

**Ist eine oHG als Handelsvertreterin tätig und geht ihr Vermögen im Wege der Anwachsung auf den letzten verbleibenden Gesellschafter über, so führt dies weder zu einer automatischen Beendigung des Handelsvertretervertrages noch ist der andere Vertragsteil zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.**

Eine oHG schloss 2001 als Handelsvertreterin einen Handelsvertretervertrag mit der Beklagten. Die an der oHG von den Herren H und M gehaltenen Beteiligungen wurden 2008 bzw.



Anfang 2009 von der Klägerin, einer GmbH, erworben, so dass es in Folge der Anteilsvereinigung zu einer Anwachsung bei der Klägerin kam. Die Klägerin teilte daraufhin der Beklagten mit, dass der Handelsvertretervertrag unverändert weiterbestehe. Dem widersprach die Beklagte mit Schreiben vom 15. Juni 2009. Am 30. September 2009 forderte die Beklagte die Klägerin auf, keine weiteren Aktivitäten als Handelsvertreterin mehr für sie zu entfalten. Die Klägerin erwiderte, dass sie das Schreiben als fristgerechte ordentliche Kündigung werte und macht nun einen Handelsvertreterausgleichsanspruch gem. § 89b HGB in Höhe von knapp EUR 180.000 geltend. LG und OLG haben der Klage stattgegeben.

Durch den Erwerb sämtlicher oHG-Anteile durch die Klägerin ist das Vermögen der oHG im Wege der Anwachsung auf die Klägerin übergegangen. Dies umfasse auch den Handelsvertretervertrag mit der Beklagten. Durch den Übergang des Handelsvertretervertrages entstand auch kein außerordentliches Kündigungsrecht der Beklagten. Eine Kündigung aus wichtigem Grund hätte vorausgesetzt, dass für die Beklagte die Zusammenarbeit mit der Klägerin infolge Vertrauensverlusts in einem Maße gestört worden wäre, dass der Beklagten ein Zuwarten bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist (sechs Monate) nicht hätte zugemutet werden können. Das Schreiben der Beklagten wurde daher nicht als außerordentliche Kündigung gesehen und führte mangels wichtigen Grundes nicht zur fristlosen Beendigung des Handelsvertretervertrages. In dem Schreiben lag nach Auffassung des Gerichts indes eine ordentliche Kündigung, so dass ein Handelsvertreterausgleichsanspruch gem. § 89b HGB entstanden ist.  
*Quelle: OLG Stuttgart, Urteil vom 30. Mai 2011 – 5 U 189/10, BeckRS 2011, BECKRS Jahr 16755*

# Weigerung der Mitgesellschafter zur Mitwirkung an einer den Verkaufsprozess vorbereitenden Due Diligence

Den meisten Unternehmenskäufen ist heute eine Due Diligence-Prüfung vorgelagert. Dies gilt sowohl für den Erwerb von Geschäftsanteilen („Share Deal“) als auch für den Erwerb eines überwiegenden Teils des Betriebsvermögens („Asset Deal“). Der aus dem US-amerikanischen Kapitalmarktrecht stammende Begriff „Due Diligence“ bedeutet wörtlich „die gebotene Sorgfalt“. Dabei werden dem Käufer des Unternehmens detaillierte und ausführliche Informationen über das Unternehmen zur Vorbereitung des Unternehmenskaufs zur Verfügung gestellt. Der Übernehmer wird nach dieser Analyse der Betriebs- und Geschäftsdaten sodann die Werthaltigkeit des Unternehmens als auch mögliche Risiken bewerten und in das Kaufpreisangebot einfließen lassen.

Handelt es sich bei dem Zielunternehmen um eine Gesellschaft mit mehreren Gesellschaftern, entstehen keine Probleme, soweit sich alle Gesellschafter über die Einleitung eines Verkaufsprozesses einig sind. Rechtlich problematisch wird jedoch die Konstellation, wenn nur ein Teil der Gesellschafter – möglicherweise auch nur ihre Minderheitsgesellschaftsanteile an der Zielgesellschaft – an einen Dritten veräußern will. Da ein potentieller Erwerber auch bei dem Erwerb von Minderheitsanteilen in aller Regel zumindest eine eingeschränkte Due Diligence durchführen möchte, stellt sich die Frage der Mitwirkungspflicht der Geschäftsführung und der übrigen Gesellschafter bei der Vorbereitung und Durchführung eines derartigen Due Diligence-Prozesses.

Grundsätzlich haben alle Gesellschafter (auch Minderheitsgesellschafter) ein Informationsrecht gem. § 51a GmbHG. Demnach hat der Geschäftsführer jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben und dem jeweiligen Gesellschafter die Einsichtnahme in entsprechende Dokumente der Gesellschaft zu gestatten. Diesem Informationsrecht der Gesellschafter kann

die Geschäftsführung nur widersprechen, soweit die Befürchtung besteht, dass der anfragende Gesellschafter diese Information zu gesellschaftsfremden Zwecken verwendet und damit der Gesellschaft ein nicht unerheblicher Nachteil zugefügt wird. Die Verweigerung bedarf aber grundsätzlich des Beschlusses der Gesellschafter. Die Geschäftsführung der Zielgesellschaft unterliegt darüber hinaus Geheimhaltungsverpflichtungen, die insbesondere dann greifen, wenn ein Wettbewerber Geschäftsanteile an der Zielgesellschaft erwerben möchte.

Dieses Spannungsverhältnis zwischen den Geheimhaltungspflichten der Geschäftsführung und dem Wunsch einzelner Gesellschafter nach Durchführung eines Due Diligence-Prozesses durch einen potentiellen Erwerber kann durch einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss entschärft werden. Sind sich alle Gesellschafter darüber einig, unabhängig davon, ob sie an dem Verkaufsprozess teilnehmen möchten oder nicht, kann durch einen entsprechenden einstimmigen Gesellschafterbeschluss die Durchführung der Due Diligence beschlossen und der Geschäftsführung eine entsprechende Weisung zur Vorbereitung und Durchführung dieses Prozesses erteilt werden.

Problematisch ist jedoch die Fallkonstellation, wenn sich die Gesellschafter über die Einleitung eines Verkaufsprozesses uneinig sind. Da vielfach die Meinung vertreten wird, dass bei einem Beschluss der Gesellschafterversammlung die verkaufswilligen Gesellschafter bei der Abstimmung nicht stimmberechtigt sind, kann die Gesellschafterversammlung der Durchführung des Due Diligence-Prozesses widersprechen. Dies führt in aller Regel unweigerlich zu einem Abbruch der Transaktion und kann für die verkaufswilligen Gesellschafter zu nicht unerheblichen Nachteilen führen.

Um diese nachteilige Situation zu verhindern, sollten bereits frühzeitig in einem Gesellschaftsvertrag zwischen den einzelnen Gesellschaftern der Zielgesellschaft Regelungen über die Durchführung eines derartigen Prozesses getroffen werden.

Vielfach enthalten die Gesellschafterverträge detailliert Mechanismen über Vorkaufsrechte der nicht am Verkauf beteiligten Gesellschafter, Mitverkaufsrechte sowie andere Regelungen, die bei einem Verkauf von Geschäftsanteilen zu berücksichtigen sind.

Häufig wird jedoch die hier geschilderte Situation der Mitwirkung an einem dem Verkauf vorgelagerten Due Diligence-Prozess nicht oder in nur ungenügender Weise aufgenommen, so dass die verkaufswilligen Gesellschafter nur über die Einleitung eines zeitraubenden gerichtlichen Verfahrens mit ungewissem Ausgang möglicherweise die Mitwirkung der Geschäftsführung bzw. der übrigen Gesellschafter an einem derartigen Due Diligence-Prozess erzwingen können. Dies kann in einem Verkaufsprozess ein erhebliches Hindernis sein und sollte deshalb besser vorab in einem Gesellschaftsvertrag geregelt werden.

Soweit die Mitwirkungspflichten der nicht verkaufswilligen Gesellschafter bei einem Due Diligence-Prozess nicht bereits in einem Vertrag zwischen den Gesellschaftern geregelt sind, können für verkaufswillige Gesellschafter erhebliche Schwierigkeiten schon bei der Durchführung eines derartigen Due Diligence-Prozesses auftreten. Insoweit sollten die Gesellschafter hier bereits im Vorfeld Regelungen treffen, um einen etwaigen Verkaufsprozess nicht zu gefährden.

*Rechtsanwalt Peter Homberg und  
Rechtsanwältin Dr. Stefanie Greifeneder, Frankfurt am Main*



# Auslandsbeurkundungen – nach OLG Düsseldorf nunmehr unbedenklich möglich?

Beurkundungen im Gesellschaftsrecht, insbesondere im Zusammenhang mit der Abtretung von GmbH-Anteilen im Rahmen von Unternehmenstransaktionen, werden bei Kaufpreisen im Millionenbereich häufig in der Schweiz durch dort ansässige Notare vorgenommen. Hintergrund ist die freie Aushandelbarkeit der Gebühren durch die Schweizer Notare im Gegensatz zu der starren deutschen Gebührenordnung, nach der sich die Gebühren der deutschen Notare (zwingend) richten. So lassen sich – trotz einer für Beurkundungen in Deutschland geltenden wertmäßigen Obergrenze von EUR 60 Mio. – durch die Beurkundung in der Schweiz die Transaktionskosten nicht selten signifikant senken. Dies führte in der Vergangenheit zu einem regelrechten Beurkundungstourismus.

## Gleichwertigkeit zur deutschen Beurkundung

Im Kern der Diskussion im Gesellschaftsrecht steht jedoch die heftig umstrittene Frage, ob eine Auslandsbeurkundung den deutschen Anforderungen einer Beurkundungspflicht bei der Übertragung von Geschäftsanteilen (§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG) gerecht werden würde oder ob solche Abtretungen vielmehr den deutschen Notaren vorbehalten blieben. Die Rechtsprechung hatte für das frühere Recht, also dem Rechtsstand vor Inkrafttreten des MoMiG (GmbH-Reformgesetz) im November 2008 entschieden, dass die Beurkundungsform des deutschen Rechts durch eine Auslandsbeurkundung im Falle einer Gleichwertigkeit zur deutschen Beurkundung erfüllt werde. Sowohl Stellung und Funktion der Urkundsperson als auch ihre Beurkundungs- und Beglaubigungshandlung müssen im Wesentlichen den im deutschen Recht aufgestellten Bedingungen entsprechen; eine völlige Identität wird indes nicht verlangt.

Solche Gleichwertigkeit ist in der Rechtsprechung allerdings bislang nur in Einzelfallentscheidungen für die Beurkundung durch Notare in einigen Kantonen der Schweiz angenommen worden. Dabei handelt es sich um die Kantone Basel-Stadt, Zug und Zürich. Nach der Literatur gilt dies beispielsweise auch für Beurkundungen in Österreich. Keine Gleichwertigkeit liegt dagegen beim amerikanischen *notary public* oder dem dänischen *Notarial Kontoret* vor.



Nach der GmbH-Reform in 2008 wurden zunächst in der Literatur Zweifel geäußert, ob Auslandsbeurkundungen vor dem Hintergrund der mit einer Beurkundung einhergehenden Pflichten (z. B. Einreichung von Gesellschafterlisten durch den Notar) überhaupt noch in der bisher geübten Praxis aufrecht erhalten werden können.

## Irritationen durch das LG Frankfurt

Das LG Frankfurt hat in einem Urteil vom 7. Oktober 2009 die in der Literatur geäußerten Bedenken in einem obiter dictum zum Anlass genommen, aus einigen Neuregelungen des GmbH-Gesetzes durch das MoMiG eine generelle Unzulässigkeit der Auslandsbeurkundung von GmbH-Anteilsabtretungen herzuleiten. Hinzu kam eine Neufassung des schweizerischen Obligationenrechts in 2008 dahingehend, dass eine Anteilsabtretung nur noch der einfachen Schriftform bedarf. Hauptargument des LG Frankfurt war jedoch, dass sich die Verpflichtung in § 40 Abs. 2 GmbHG, nach einer Anteilsabtretung eine neue Gesellschafterliste nebst Notarbescheinigung zum Handelsregister einzureichen, ausschließlich an deutsche, dem GmbH-Gesetz unterliegende Notare richten könne und nicht an ausländische Notare und deshalb sei die Beurkundung einer Anteilsabtretung selbst durch einen ausländischen Notar ausgeschlossen.

Die Praxis zeigte sich durch die kritischen Stimmen in der Literatur und der Entscheidung des LG Frankfurt irritiert und ließ in der Folgezeit Anteilsabtretungen weitestgehend nur noch durch deutsche Notare beurkunden.

### Klarstellung durch das OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf hat durch Beschluss vom 2. März 2011 entschieden, dass weder das Inkrafttreten des MoMiG noch eine Änderung des schweizerischen Obligatorenrechts Auswirkungen auf die Frage haben, ob eine Beurkundung einer Anteilsabtretung in der Schweiz wirksam ist.

Das OLG Düsseldorf weist in seiner Entscheidung zutreffend darauf hin, dass nach Art. 11 EGBGB ein Rechtsgeschäft dann formgültig ist, wenn es die Formerfordernisse des Rechts, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist (Geschäftsform) oder des Rechts des Staates erfüllt, in dem es vorgenommen wird (Ortsform). Auch wenn das OLG Düsseldorf es nicht ausdrücklich benennt, scheint es im Ansatz davon auszugehen, dass für die Wirksamkeit einer in der Schweiz beurkundeten Anteilsabtretung die Geschäftsform, also das vom deutschen Recht vorgeschriebene Beurkundungserfordernis, eingehalten werden muss. Und diese Voraussetzung sieht es bei der Beurkundung in der Schweiz als erfüllt an. Im Übrigen wird damit auch der Argumentation des LG Frankfurt zur Änderung des schweizerischen Obligatorenrechts entgegengetreten, denn am schweizerischen Notars- und Beurkundungsrecht selbst hat sich nichts geändert, so dass die Frage der Gleichwertigkeit der in der Schweiz erfolgten Beurkundung nicht anders zu beurteilen ist als vor Änderung des dortigen Obligatorenrechts.

Auch das Hauptargument im Rahmen des *obiter dictum* des LG Frankfurt wird in der Entscheidung des OLG Düsseldorf widerlegt. Es sei zwar richtig, dass der Notar, der bei Veränderungen der Gesellschafterstellung mitgewirkt habe, nach § 40 Abs. 2 GmbHG anstelle der Geschäftsführer zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet sei und dass diese (öffentlich-rechtliche) Pflicht nur den deutschen Notar treffen könne. Allerdings sei die Regelung zur Zuständigkeit für die Einreichung der Liste von der eigentlichen Beurkundung streng zu trennen, so dass ein ausländischer Notar gleichwohl wirksam beurkunden könne, auch wenn er nicht mitteilungsspflichtig im Sinne des § 40 Abs. 2 GmbHG ist.

Dennoch schießt das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung über das Ziel hinaus, indem es dem ausländischen Notar die Einreichung der neuen Gesellschafterliste erlaubt, selbst wenn diesen keine entsprechende Pflicht trifft. Dieser durchaus pragmatische Ansatz verkennt, dass § 40 Abs. 2 GmbHG insgesamt für den ausländischen Notar nicht zur Anwendung kommt und es insofern bei der originären Verpflichtung der Geschäftsführer zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste bleibt.

Noch nicht geklärt ist, welche rechtliche Qualität die vom (an sich unzuständigen) ausländischen Notar eingereichte und im Handelsregister aufgenommene neue Gesellschafterliste hat. Dabei ist das Haftungsrisiko vor dem Hintergrund der relativen Gesellschafterstellung der in der Liste neu ausgewiesenen Gesellschafter (§ 16 Abs. 1 GmbHG) oder die Funktion der Gesellschafterliste für einen gutgläubigen Erwerb (§ 16 Abs. 3 GmbHG) erheblich.

### Fazit

Das OLG Düsseldorf hat nun wieder für etwas Klarheit bei der Auslandsbeurkundung von Anteilsabtretungen gesorgt und den kritischen Stimmen in der Literatur Einhalt geboten.

Dennoch bleibt festzuhalten, dass es nach wie vor an einer gesicherten Rechtslage fehlt, denn die Zulässigkeit der Beurkundung von GmbH-Anteilsabtretungen im Ausland ist gesetzlich bislang nicht geregelt (Vorschlag einer Kodifikation des Internationalen Gesellschaftsrechts liegt im Referentenentwurf von Anfang 2008 vor).

Neben dem Aspekt der fehlenden völligen Rechtssicherheit ist zu berücksichtigen, dass bei Auslandsbeurkundungen in der Schweiz neben den originären Notargebühren noch weitere Kosten (Beraterhonorare für die Begleitung zur Beurkundung, Flugkosten in die Schweiz, Unterbringung etc.) hinzukommen, die nicht unerheblich sein können, so dass sich für eine durchaus beträchtliche Zahl von Fällen der bislang geübte Beurkundungstourismus gar nicht lohnt.

*Rechtsanwalt Heiko Ramcke, Hannover*

# Patronatserklärung die Zweite

## – BGH schafft weitere Rechtsklarheit

Gerade in Zeiten der Krise sind Patronatserklärungen ein häufig verwendetes Mittel, um eine Insolvenz von Gesellschaften abzuwenden. Obwohl in der Praxis häufig verwendet, sind Patronatserklärungen jedoch gesetzlich nicht geregelt. Daher ist es umso begrüßenswerter, dass der Bundesgerichtshof in jüngerer Zeit in verschiedenen Entscheidungen Zweifelsfragen höchststrichterlich geklärt hat. Nach seiner viel beachteten Entscheidung zur Kündigungsmöglichkeit von Patronatserklärungen in der Krise der Tochtergesellschaft (BGH vom 20. September 2010, AZ: II ZR 296/08 – Besprechung in Ausgabe 01/2011 *Forum Juris*) hat der BGH kürzlich ein weiteres Urteil im Zusammenhang mit Patronatserklärungen erlassen. In der Entscheidung vom 19. Mai 2011 (Az: IX ZR 9/10) ging es dabei um die Geeignetheit einer Patronatserklärung zur Abwendung der Insolvenzreife der Tochtergesellschaft.

### I. Sachverhalt

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt klagte der Insolvenzverwalter gegen eine Bank, bei der die Schuldnerin und ihre Tochtergesellschaften in einem Cash Pool zusammengefasste Kontokorrentkonten unterhielten. In diesem Zusammenhang wurde der Schuldnerin und ihren Tochtergesellschaften eine Kreditlinie eingeräumt. Als Zweifel über die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin aufkamen, erteilte die indirekte Gesellschafterin der Schuldnerin der beklagten Bank am 25. März 2002 eine harte Patronatserklärung. Am 26. April 2002 wurde die Kreditlinie teilweise zurückgeführt durch Verrechnung mit Zahlungseingängen. Am 29. April 2002 schließlich kündigte die Beklagte die Kreditlinie, woraufhin die Schuldnerin am 30. April 2002 Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellte. Der Insolvenzverwalter verlangte nun im Wege der Insolvenzanfechtung Erstattung des am 26. April 2002 verrechneten Betrages.

### II. Entscheidung

Patronatserklärungen bestehen typischerweise aus einer Erklärung des Patrons bzw. der Patronin (in der Regel die Muttergesellschaft oder Großmuttergesellschaft) mit dem Inhalt, die Tochtergesellschaft finanziell zu unterstützen. Wie vom BGH in seiner neuen Entscheidung zusammengefasst, unterscheidet die Praxis dabei sowohl zwischen „harten“ und „weichen“ als auch zwischen „internen“ und „externen“ Patronatserklärungen. Während eine „weiche“ Patronatserklärung keinen rechtsgeschäftlich bindenden Charakter hat, sondern allenfalls eine moralische Absichtserklärung darstellt, handelt es sich bei einer sogenannten „harten“ Patronatserklärung um eine rechtliche Verpflichtung, die Tochtergesellschaft stets in der Weise finanziell auszustatten, dass sie in der Lage ist, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Nur letztere Art der Patronatserklärung kann im Überschuldungsfall eine Insolvenz abwenden.

In seiner jüngsten Entscheidung stellt der BGH nunmehr klar, dass neben der Qualifikation als „harte“ Patronatserklärung im Regelfall noch die Einstufung „interne“ hinzukommen muss, um die Insolvenz abwenden zu können. Eine externe Patronatserklärung kann dies, wie der BGH entschieden hat, nur im Ausnahmefall. Eine externe Patronatserklärung wird nicht gegenüber der Tochtergesellschaft, sondern gegenüber einem externen Gläubiger abgegeben und begründet daher im Gegensatz zur internen Patronatserklärung keinen eigenen Anspruch der Tochtergesellschaft auf finanzielle Ausstattung.



Vielmehr verwandelt sich eine externe Patronatserklärung in der Insolvenz der Tochtergesellschaft in eine Pflicht zur Direktzahlung an den externen Gläubiger der Tochtergesellschaft. Der BGH entschied in seinem Urteil, dass eine externe Patronatserklärung daher lediglich dann eine Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft vermeiden kann, wenn der Patron seinen gegenüber den externen Gläubigern eingegangenen Verpflichtungen durch eine tatsächliche Liquiditätsausstattung der Tochtergesellschaft nachkommt. Allein die Erteilung der harten Patronatserklärung an einen außenstehenden Gläubiger sei hingegen nicht geeignet, die Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft zu beseitigen.

Damit bejaht der BGH das Fortbestehen der auf die Zahlungsunfähigkeit hindeutenden Umstände und die Möglichkeit der Anfechtung der Verrechnung seitens der Beklagten. Eine Entscheidung in der Sache ist mangels Entscheidungsreife nicht erfolgt, vielmehr hat der BGH den Fall zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

### III. Auswirkungen auf die Praxis

Der BGH trägt mit seinem neuen Urteil zur weiteren Klärung von offenen Rechtsfragen auf diesem in der Praxis äußerst wichtigen Gebiet bei. Mitgliedern der Geschäftsführung, die durch eine Patronatserklärung die Überschuldung und damit Insolvenzreife ihrer Gesellschaft beseitigen wollen, ist anzuraten, künftig bei externen harten Patronatserklärungen darauf zu achten, dass neben dem Drittgläubiger zusätzlich auch der Gesellschaft selbst ein Anspruch auf Liquiditätsausstattung eingeräumt wird. Im Regelfall wird man daher künftig auf einer internen Patronatserklärung bestehen müssen, auch wenn das meist für Gläubiger eher unbefriedigend ist, können sie doch daraus keinen eigenen Anspruch gegen die Muttergesellschaft ableiten.

Es bleibt abzuwarten, wie sich das Urteil auf das Verhalten von Drittgläubigern auswirkt und ob künftig vermehrt interne Patronatserklärungen durch Drittgläubiger akzeptiert werden. Begrüßenswert ist aber in jedem Fall, dass durch das Urteil ein weiteres Stück Rechtsklarheit geschaffen wird, auch wenn das Ergebnis in der Praxis nicht nur Zustimmung finden wird.

*Rechtsanwältin Dr. Sabine Pittrof, LL.B. (Univ. N.S.W.) und  
Rechtsanwältin Julia Dolleschel, LL.M. (Univ. N.S.W.),  
Frankfurt am Main*

# Kein Ausgleichsanspruch aus Unternehmensvertrag für den Minderheitenaktionär infolge eines Squeeze-out

In einem im April dieses Jahres ergangenen Urteil des Bundesgerichtshofes hat dieser nunmehr entschieden, dass mit Eintragung des Beschlusses ins Handelsregister, die vom Minderheitsaktionär gehaltenen Aktien auf den Hauptaktionär zu übertragen, ein Anspruch des Minderheitsaktionärs auf Zahlung eines festen, unternehmensvertraglichen Ausgleichs nach § 304 Abs. 1 S. 1 AktG weder ganz noch teilweise entsteht (BGH, Urteil vom 19. April 2011, Az.: II ZR 237/09).

## I. Sachverhalt

Im Jahr 2004 hatte die Beklagte als herrschendes Unternehmen einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag mit einer weiteren Aktiengesellschaft geschlossen. Die Beklagte ist zudem Hauptaktionärin dieser Aktiengesellschaft.

Der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag verpflichtete die Beklagte zu einer jährlichen Ausgleichszahlung nach Körperschaftsteuerbelastung in Höhe von EUR 3,83 je Vorzugsaktie. In § 4 Abs. 2 Satz 4 des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages wurde das Fälligkeitsdatum des Anspruches auf Ausgleichszahlung auf den Folgetag der ordentlichen Hauptversammlung festgelegt.

Zudem hatten die Vertragsparteien einen zeitanteiligen Ausgleichszahlungsanspruch vereinbart für den Fall, dass der Vertrag während eines Geschäftsjahres der Aktiengesellschaft endete bzw. für den Fall eines weniger als 12 Monate andauernden Geschäftsjahres. In der Hauptversammlung des Jahres 2005 beantragte die Hauptaktionärin, die von den übrigen Aktionären gehaltenen Aktien gegen Zahlung einer Barabfindung auf den Hauptaktionär zu übertragen. Die Barabfindung sollte EUR 80,37 pro Vorzugsaktie betragen. Der Übertragungsbeschluss wurde am 5. November 2007 ins Handelsregister eingetragen, nachdem in zweiter Instanz das Oberlandesgericht Frankfurt/Main dem Freigabeantrag schließlich stattgegeben hatte.

Der Kläger verlangte über die Barabfindung hinaus von der Beklagten die Zahlung des Ausgleichs für das Geschäftsjahr 2006/2007 und anteilig für das Geschäftsjahr 2007/2008.



## II. Entscheidungsgründe des BGH

Der BGH hat unter Zugrundelegung mehrerer rechtlicher Aspekte einen entsprechenden Anspruch gegen die Beklagte abgelehnt.

Der Anspruch auf Zahlung eines festen jährlichen Ausgleichs entstehe als regelmäßig wiederkehrender Anspruch jedes Jahr neu. Der BGH betont in diesem Kontext, dass der Anspruch aber vor allem originär in der Person desjenigen entsteht, der zum Zeitpunkt des Entstehens des Anspruches Minderheitsgesellschafter war, unabhängig davon, ob dieser dies bereits zum Zeitpunkt der Eintragung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages, mithin zum Zeitpunkt der vertraglichen Festlegung des Anspruches, gewesen ist. Der Anspruch solle nämlich vor allem einen Ausgleich für die Einschränkung der Herrschaftsrechte und Dividendenauszahlung darstellen.

Der Kläger hatte seine Aktionärsstellung durch Eintragung des Übertragungsbeschlusses ins Handelsregister verloren noch bevor der Ausgleichsanspruch entstanden war, so dass ihm nach Ansicht des BGH bereits schon deshalb kein entsprechender Anspruch zustand.

Der BGH führt in der Entscheidung aus, dass ein Anspruch auch nicht bereits mit der Feststellung des Jahresabschlusses begründet ist, selbst wenn dies den Anspruch des herrschenden Unternehmens auf die Gewinnabführung zur Entstehung bringt, weil eine Gleichsetzung nicht geboten ist. Schließlich komme es nicht in jedem Fall zu einem Jahresgewinn und ein Verlustausgleichsanspruch der Organgesellschaft werde noch früher fällig, nämlich bereits zum Bilanzstichtag.

Soweit ein Beherrschungs- und Gewinnausschüttungsvertrag nichts Gegenteiliges zu Gunsten der außenstehenden Aktionäre bestimme, entstünde der Ausgleichsanspruch nach Beendigung der auf das Ende des Geschäftsjahres folgenden ordentlichen Hauptversammlung.

Auch das Bestehen eines weiteren anteiligen Ausgleichszahlungsanspruches des Klägers für das Geschäftsjahr 2007/2008 lehnte das Gericht ab. Eine zwangsweise Übertragung der Aktien auf das herrschende Unternehmen stelle keine Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages, wie aber nach § 4 Abs. 3 S. 2 des Vertrages für einen anteiligen Ausgleichsanspruch erforderlich, dar. Eine ergänzende Vertragsauslegung lehnte das Gericht ab.

Zudem stünde dem Kläger auch kein Anspruch auf einen Ausgleich gegen die Beklagte als Hauptaktionärin nach § 101 Nr. 2 HS 2. BGB in direkter oder entsprechender Anwendung zu. Nach Ansicht des BGH entsteht nämlich ein Ausgleichsanspruch nach dieser Vorschrift nicht, wenn schon gar kein Fruchtziehungsrecht besteht, was aufgrund der fehlenden Aktionärsstellung zum Zeitpunkt der auf das Geschäftsjahr 2006/2007 folgenden HV aber der Fall war.

Einen anteiligen Ausgleichsanspruch des Klägers aufgrund einer sog. „Verzinsungslücke“ lehnte der BGH ebenfalls ab: Zur Berechnung der an die Minderheitsaktionäre zu zahlenden Abfindung, die im vorliegenden Fall nach der Ertragswertmethode als Barwert der künftigen Erträge ermittelt wurde, ist bei der Berechnung auf den Zeitpunkt der die Übertragung beschließenden HV abzustellen. Zu zahlen aber ist die Abfindung erst mit Eintragung des Übertragungsbeschlusses.

Ergeben sich folglich Abweichungen in der Ermittlungsberechnung nach erfolgter HV, sind mögliche Differenzbeträge nicht einforderbar, zudem wird der Anspruch auf Abfindung auch erst ab dem Eintragungszeitpunkt verzinst.

Der BGH stellt nunmehr klar, dass es sich bei der Festlegung des Verzinsungsbeginns um eine ausdrückliche Entscheidung des Gesetzgebers handelt, die in § 327b Abs. 2 AktG ihren Niederschlag findet. Es handle sich bei der oben dargestellten Möglichkeit etwaiger Differenzbeträge nicht um eine Verzinsungslücke, die sich aufgrund einer zu schließenden Gesetzeslücke ergeben würde. Diese Lücke ist nach Ansicht des BGH nicht zu schließen, weil nicht das Verhältnis Minderheitsaktionär und herrschendes Unternehmen betroffen sei, sondern vielmehr das zwischen Minderheits- und Hauptaktionär. Werde nämlich der Übertragungsbeschluss erst nach der nächsten ordentlichen HV eingetragen, erhielten die Minderheitsaktionäre den festen Ausgleich durch das herrschende Unternehmen.

Durch die Barabfindung sind die ausscheidenden Aktionäre nach Ansicht des BGH hinreichend entschädigt, ein zusätzlicher gesonderter Ausgleich für den Verlust künftiger Ausgleichsansprüche würde zu einer nicht zumutbaren Zahlungsverpflichtung des herrschenden Unternehmens führen.

### III. Fazit

Durch die Eintragung des Übertragungsbeschlusses geht die Aktionärsstellung verloren und mit ihr der Ausgleichsanspruch. Diese Leitentscheidung des BGH schafft Rechtssicherheit in einer Rechtsfrage, die wirtschaftlich wie praktisch von großer Tragweite ist.

Von bis zur Eintragung des Übertragungsbeschlusses erfolgenden zeitanteiligen Ausgleichszahlungen, um lästigen Aktionärsklagen aus dem Weg zu gehen, können betroffene Unternehmen im Normalfall nunmehr absehen. Eine Rechtsgrundlage hierfür existiert nach dieser Entscheidung des BGH nicht.

*Rechtsanwalt Dr. Tim Luthra und  
Rechtsanwältin Rebecca Finster, München*

# Zuwendung eines Unternehmens im Wege „vorweggenommener Erbfolge unentgeltlich“

## I. Einleitung

Eine Entscheidung des BGH [BGH IV ZR 91/09] vom 27. Januar 2011 belegt, welches Konfliktpotential in der dem Erblasser nachfolgenden Generation dadurch entstehen kann, dass in einem Überlassungsvertrag eine mehrdeutige Regelung enthalten ist. Die Übertragung des elterlichen Unternehmens erfolgte ausweislich des dem Fall zugrunde liegenden Überlassungsvertrages „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich“. Diese Klausel ist nach Ansicht des BGH entgegen der Ansicht der Vorinstanzen mehrdeutig und damit auslegungsbedürftig. Da die Vorinstanzen in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der bisherigen Rechtsprechung die Formulierung als eindeutig ansahen und daher aus ihrer (rechtsfehlerhaften) Sicht folgerichtig keine Feststellungen dazu getroffen haben, wie die vom Erblasser und Kläger im Übergabevertrag vereinbarte, Jahrzehnte zurückliegende unentgeltliche Betriebsübergabe „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge“ gemeint gewesen ist, konnte der BGH die Sache nicht selbst entscheiden und musste diese daher an das OLG zurückverweisen.

Unabhängig davon, wie das OLG die zurückverwiesene Sache entscheiden wird, ist schon jetzt festzuhalten, dass wesentliche, üblicherweise mit Überlassungsverträgen verbundene Ziele nicht erreicht worden sind. So ist es nicht gelungen, den Familienfrieden zu wahren und einen langjährigen Prozess mit unbestimmtem Ausgang zu vermeiden. Sofern „lebende“ Unternehmen übertragen werden, kann die damit verbundene Rechtsunsicherheit und eine etwaige Belastung mit vom Erblasser nicht gewollten Pflichtteilsansprüchen im Einzelfall zu einer Gefährdung des Unternehmensbestandes führen.

## II. Sachverhalt

Der BGH-Entscheidung lag ein alltäglicher Sachverhalt zugrunde: Im Jahre 1981 übertrug die Erblasserin (Mutter der Parteien) dem Kläger in einem Überlassungsvertrag „im Wege vorweggenommener Erbfolge unentgeltlich“ ein bisher von ihr geführtes Unternehmen. Weitere erbrechtliche Regelungen enthielt der Vertrag nicht. Durch ein späteres Testament setzte die Mutter die Schwester des Klägers sowie deren Kinder als Erben ein. Der Kläger selbst wurde nicht bedacht; er machte gegen seine Schwester und deren Kinder einen Pflichtteilsanspruch nach seiner verstorbenen Mutter geltend.

## III. Entscheidungsgründe

Für das Bestehen eines Pflichtteilsanspruchs des Klägers war entscheidend, wie sich die Zuwendung des Unternehmens nach den §§ 2315 f. BGB auswirkte. Mangels eindeutiger vertraglicher Regelung konnte die Erblasserin eine der drei folgenden Varianten gewollt haben:

Entweder ist

- (1) die Zuwendung auf den Pflichtteil gem. § 2315 BGB anzurechnen oder
- (2) die Zuwendung ist zur Ausgleichung auf den Erbteil gem. § 2316 i.V.m. § 2050 Abs. 3 BGB zu bringen oder aber
- (3) es ist eine gleichzeitige Anordnung der Anrechnung und Ausgleichung nach § 2316 Abs. 4 BGB anzunehmen.

Die Verwendung des Begriffs der „vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich“ führt nach der Ansicht des BGH nicht automatisch zu der Annahme, dass der Erblasser von einer Ausgleichung nach § 2316 Abs. 1 i.V.m. § 2050 Abs. 3 BGB ausgegangen sei. § 2316 BGB bestimmt für den Fall, dass mehrere Kinder vorhanden sind, wie sich im Verhältnis der Kinder untereinander die vorab erfolgte Zuwendung an eines der Kinder auswirkt. Die Ausgleichung führt in der Regel zu einer Umverteilung der Pflichtteile. Hingegen werden insgesamt keine zusätzlichen Pflichtteile begründet. Zwar spräche nach Ansicht des BGH die Übertragung von Vermögenswerten im

Hinblick auf den Wortlaut „vorweggenommene Erbfolge“ als mit Rücksicht auf das künftige Erbrecht für (nur) eine Anordnung gegenüber den Pflichtteilsberechtigten, die Zuwendung unter Berücksichtigung der bei gesetzlicher Erbfolge geltenden Vorschriften auszugleichen. Nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls könnte der Wille des Erblassers aber auch so zu verstehen sein, dass die Zuwendung ganz allgemein von allem abgezogen werden sollte, was der Empfänger aus dem Nachlass zu erhalten habe, d. h. auch von dem Pflichtteil.

Bei der Ermittlung des Willens des Erblassers sei daher entscheidend, ob mit der Zuwendung zugleich auch eine Enterbung mit bloßer Pflichtteilsberechtigung gewollt war. Ist auch erkennbar, dass eine Kürzung der dem Empfänger am Nachlass zustehenden Pflichtteilrechte stattfinden sollte, sei eine Anrechnung auf den Pflichtteil gem. § 2315 BGB anzunehmen. Wollte der Erblasser hingegen, dass der Empfänger das, was er an sich erst mit seinem Tod erhalten sollte, schon zu Lebzeiten bekommt, sich aber seine erbrechtliche Stellung durch die Zuwendung nicht ändern sollte, sei von einer Ausgleichsordnung auszugehen. Das läge darin begründet, dass ein Erblasser sich (häufig) zum Zeitpunkt der Übertragung seines Betriebes an einen seiner Abkömmlinge keine Gedanken über dessen Enterbung und damit an eine mögliche Anrechnung auf den Pflichtteil mache. Für die Annahme der Anrechnung müsste der Wille des Erblassers in der Hinsicht erkennbar sein, dass er mit der Zuwendung den Abkömmling endgültig abfinden wolle.

Im Rahmen der Auslegung des Willens des Erblassers habe die Berücksichtigung aller relevanten Umstände, insbesondere der Vermögensgegenstand und dessen wirtschaftliche Nutzbarkeit, durch den Empfänger vor dem Erbfall sowie die zeitlichen Zusammenhänge zwischen der Zuwendung und der Testamenterrichtung zu erfolgen.

Die verschiedenen Auslegungen wirken sich unterschiedlich auf die Pflichtteilsberechnung aus. Dies wird auch in dem vorliegenden Fall deutlich. Danach hätte der Kläger nur dann einen Pflichtteilsanspruch, wenn die Formulierung „im Wege



vorweggenommener Erbfolge unentgeltlich“ (nur) als Anordnung der Ausgleichung verstanden wird. Nur bei einer Ausgleichung verbliebe nach den Umständen dieses Einzelfalles ein positiver Ausgleichungspflichtteil.

#### IV. Praxistipp

Die verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten der gebräuchlichen Formulierung mit ihren unterschiedlichen Rechtsfolgen zeigen, wie wichtig die präzise Formulierung des Willens des Erblassers in Überlassungsverträgen ist.

Es sollte schon zu Lebzeiten des Erblassers geprüft werden, ob sich in älteren notariellen Überlassungsverträgen diese Formulierung wiederfindet. Problematisch ist sie, wenn sie verwendet worden ist, ohne dass ergänzende erbrechtliche Regelungen getroffen worden sind.

Bei der Gestaltung noch abzuschließender Überlassungsverträge sollten die drei möglichen Auslegungsvarianten beachtet und eine klare abschließende Regelung angestrebt werden. Dabei ist zu beachten, dass nachträglich weder eine einseitige Anrechnungsbestimmung noch eine einseitige Ausgleichsordnung möglich ist.

*Rechtsanwalt Eckhard von Voigt, MBA, Berlin*

# Anleihen – Finanzierungsalternative für den Mittelstand

In der Vergangenheit haben mittelständische Unternehmen ihren Kapitalbedarf regelmäßig durch klassische Eigen- oder Fremdkapitalinstrumente gedeckt, wie z. B. durch Gesellschafterdarlehen oder Bankkredit. Kapitalmarktbasierende Finanzierungsformen wurden hingegen nur selten in Betracht gezogen. Dies lag u. a. daran, dass der Finanzierungsbedarf mittelständischer Unternehmen an das für die Platzierung eines Wertpapiers am Kapitalmarkt erforderliche kritische Volumen im dreistelligen Millionenbereich zumeist nicht heranreichte. Auch war die kapitalmarktferne Finanzierung „bequemer“, da sie nicht mit einer Veröffentlichung der Unternehmensverhältnisse verbunden war.

Als Folge der Finanzkrise und der damit einhergehenden Zurückhaltung der Banken bei der Vergabe von Kreditmitteln sind in den letzten beiden Jahren bankenunabhängige Finanzierungsformen stärker in den Fokus gerückt. Verschiedene Börsen, darunter die Börse Düsseldorf („*mittelstandsmarkt*“) und die Börse Stuttgart („*Bondm*“), haben z. B. spezielle Handelssegmente für die Emission mittelständischer Unternehmensanleihen eingerichtet, die eine Platzierung bereits ab einem Volumen von EUR 10 Mio. (Düsseldorf) bzw. EUR 25 Mio. (Stuttgart) möglich machen. Diese abgesenkten Eintrittsschwellen zum Kapitalmarkt haben das Interesse institutioneller sowie privater Anleger geweckt und so ein insgesamt günstiges Marktumfeld für Anleihen geschaffen. Aus Sicht des Mittelstands entwickelt sich die börsennotierte Unternehmensanleihe damit zunehmend zu einer echten Finanzierungsalternative. Insbesondere für Unternehmen mit einem hohen Bekanntheitsgrad und einer guten Bonität – beides begründet notwendiges Vertrauen in die Kapitaldienstfähigkeit der Gesellschaft – kann die Unternehmensanleihe einen wichtigen Baustein zur Deckung des mittelständischen Finanzierungsbedarfs liefern.

## Wesentliche Charakteristika der Unternehmensanleihe

Die Unternehmensanleihe (in der Praxis auch als *Corporate Bond* bezeichnet) ist eine verzinsliche Schuldverschreibung, die am Kapitalmarkt platziert und während ihrer Laufzeit gehandelt wird. Der Emittent verspricht dem Anleger Rückzahlung und Verzinsung des Anlagebetrages zu im Voraus festgelegten Konditionen. Die hieraus resultierende Forderung des Anlegers wird in einem Wertpapier verbrieft.



Die Begebung einer Unternehmensanleihe lässt die Gesellschafterstruktur unangetastet. Insoweit handelt es sich beim Corporate Bond um ein typisches Fremdkapitalinstrument, dessen Einsatz im Ermessen der Geschäftsführung steht und regelmäßig keinen Beschluss der Haupt- oder Gesellschafterversammlung voraussetzt. Im Einzelfall ist aber zu prüfen, ob die Zustimmung des Aufsichtsrats oder eines fakultativ eingesetzten Beirats erforderlich ist.

Als Fremdkapitalgeber können die Anleihegläubiger keinen unmittelbaren Einfluss auf die Unternehmensführung nehmen. Die Rechte der Gläubiger werden aber – ebenso wie die Rechte und Pflichten des Anleiheschuldners – in den Anleihebedingungen festgehalten, die auch Bestandteil der Schuldverschreibungsurkunde sind. Die Anleihebedingungen enthalten insbesondere Angaben zur Laufzeit der Anleihe und zur Höhe der Verzinsung sowie zu den Auszahlungsmodalitäten. Darüber hinaus sehen die Anleihebedingungen vielfach ein Sonderkündigungsrecht des Anleihegläubigers für den Fall vor, dass sich die Gesellschafterstruktur des Emittenten innerhalb der Laufzeit wesentlich verändert (sog. *Change of Control*).

Anders als im Rahmen des klassischen Bankkredits enthalten die Anleihebedingungen nur selten Festlegungen der Unternehmensführung bezüglich der Einhaltung bzw. Beibehaltung bestimmter Finanzkennzahlen (sog. *Financial Covenants*). Stattdessen ist der Emittent aber verpflichtet, seine finanziellen Verhältnisse gegenüber dem Publikum offenzulegen, und so dem Kapitalmarkt eine höhere Transparenz im Rahmen der periodischen Finanzberichterstattung zu gewähren.

### **Einbeziehungsvoraussetzungen – insb. Wertpapierprospekt und Rating**

Die Einbeziehung einer Anleihe in den Börsenhandel sowie die Notierung in einem besonderen Handelssegment für Anleihen mittelständischer Unternehmen ist an einige wichtigen Voraussetzungen geknüpft. Letztere variieren zwar je nach Handelsplatz; regelmäßig muss der Emittent aber zumindest einen von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) gebilligten Wertpapierprospekt sowie ein Unternehmensrating vorweisen.

Die Erstellung des Wertpapierprospekts erfordert eine große Sorgfalt, denn er bildet die Grundlage für die Information der Anleger. Dennoch ist der Prospekt seiner Funktion nach kein Werbeinstrument, denn gleichzeitig bildet er die wesentliche Haftungsgrundlage für mögliche Schadensersatzansprüche der Anleger gegen den Emittenten. Dieser haftet nach den Grundsätzen der Prospekthaftung, wenn wesentliche Angaben im Prospekt unrichtig oder unvollständig sind.

Der Wertpapierprospekt enthält sämtliche Angaben, die erforderlich sind, um dem Publikum ein zutreffendes Urteil über die Zukunftsaussichten des Emittenten sowie über die mit den Wertpapieren verbundenen Rechte zu ermöglichen. Hierzu gehören insbesondere Angaben betreffend die allgemeine Geschäftstätigkeit des Emittenten sowie Informationen über Vermögenswerte, Verbindlichkeiten, Gewinne und Verluste. Eine besondere Aufmerksamkeit verdient dabei die Beschreibung der Risikofaktoren, denn diese können unmittelbare Auswirkungen auf die Fähigkeit des Emittenten haben, zukünftig seinen Verpflichtungen als Anleiheschuldner nachzukommen.

Regelmäßig werden im Rahmen der Prospekterstellung die Ergebnisse einer zuvor durchgeführten Due Diligence herangezogen. Im Zuge dieser Due Diligence werden die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Emittenten eingehend geprüft und die hieraus resultierenden Risiken dann in einem Bericht zusammengefasst.

Die Regelwerke der einzelnen Mittelstandssegmente setzen mehrheitlich auch die Vorlage eines aktuellen Unternehmensratings voraus und unterstreichen damit den qualitätsorientierten und nachhaltigen Ansatz der Börsen. Die Einbeziehung in den

„mittelstandsmarkt“ der Börse Düsseldorf erfordert z. B. ein Mindestrating von BB. Die vom Emittenten beauftragte Ratingagentur prüft u. a. die Gewinn- und Verschuldungssituation, die Finanzsituation, die Produkte sowie die Kunden- und Lieferantenbeziehungen und vergibt auf dieser Basis ein hierzu korrespondierendes Unternehmensrating.

### **Folgepflichten**

Der Emittent hat während der Dauer der Börsennotierung eine Reihe von wichtigen Folgepflichten zu beachten, die je nach Börsenstandort leicht variieren. Zu den wichtigsten Folgepflichten einer Einbeziehung in den „mittelstandsmarkt“ der Börse Düsseldorf gehört beispielsweise die Transparenz der Finanzberichterstattung. Der Emittent muss spätestens sechs Monate nach Ende des Geschäftsjahres einen testierten Jahresabschluss sowie spätestens drei Monate nach Ende des Geschäftsjahres einen Halbjahresbericht veröffentlichen. Darüber hinaus sind jährlich ein Folgerating sowie ein Unternehmenskalender mit Angaben über die wichtigsten Termine zu Emittent und Anleihe zu veröffentlichen.

Während der Laufzeit der Anleihe hat der Emittent zudem die ebenfalls in den Geschäftsbedingungen der Börsen enthaltene Quasi-Ad-hoc-Publizitätspflicht zu beachten. Diese ist nach dem Vorbild des § 15 Wertpapierhandelsgesetz gestaltet und verpflichtet die Emittenten, konkrete nicht öffentlich bekannte Informationen, die geeignet sind, den Börsenpreis der Anleihe erheblich zu beeinflussen, unverzüglich zu veröffentlichen.

### **Kapitalmarktpartner**

Am Börsenplatz Düsseldorf werden die mittelständischen Emittenten bei der Vorbereitung der Anleiheemission durch ausgewählte Kapitalmarktpartner begleitet. Diese können auf Wunsch des Emittenten neben den rechtlichen Aspekten das gesamte Transaktionsmanagement übernehmen. *Raupach & Wollert-Elmendorff* gehört zu den Gründungspartnern des Düsseldorfer „mittelstandsmarktes“.

*Rechtsanwalt Dr. Dr. Boris Schilmar und  
Rechtsanwalt Niko Jakovou, LL.M., Düsseldorf*

# Abschied vom Verkaufsprospektgesetz – Der Entwurf des Gesetzes über Vermögensanlagen

## I. Einleitung

Am 6. April 2011 hat das Bundeskabinett den Entwurf des Gesetzes zur „Novellierung des Finanzanlagevermittler- und Vermögensanlagerecht (sog. „Graumarkt-Gesetz-Entwurf“) verabschiedet. Dem Gesetzgeber zu Folge waren finanzielle Schäden der Anleger in der Vergangenheit eine Konsequenz des vergleichsweise geringen Regulierungsniveaus im Graumarktbereich. Derartige Vermögensanlagen sollen nunmehr stärker reguliert werden (BT Drucksache 17/6051, Seite 1).

Eine bedeutende Neuerung des Graumarkt-Gesetz-E liegt darin, dass „Vermögensanlagen“ nunmehr ausdrücklich als Finanzinstrumente i. S. d. Kreditwesengesetz (KWG) und Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) qualifiziert werden. Zudem sind durch das Graumarkt-Gesetz-E Anpassungen der Gewerbeordnung (GewO) derart geplant, dass z. B. für Vermittler geschlossener Fonds, die nicht einer Regulierung nach KWG oder WpHG unterfallen, ein verschärftes Regelungswerk innerhalb der GewO durch verschiedene Maßnahmen (Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung, Nachweis der Sachkunde) geschaffen wird.

Kernstück des Graumarkt-Gesetz-E ist das Gesetz über Vermögensanlagen (Vermögensanlagengesetz, VermAnlG). Dieses soll für Vermögensanlagen gelten, die der Gesetzgeber dem „Grauen Kapitalmarkt“ zurechnet. Hierunter werden Unternehmensbeteiligungen, insb. Anteile an geschlossenen Fonds, verstanden, welche nicht in Wertpapieren im Sinne des Wertpapierprospektgesetzes verbrieft sind. Für derartige Vermögensanlagen gilt bislang das Verkaufsprospektgesetz (VerkProspG), welches durch Artikel 2 des Graumarkt-Gesetz-E aufgehoben und durch das VermAnlG ersetzt wird. Inhaltlich finden sich die Regelungen des jetzigen VerkProspG in großen Teilen im VermAnlG-E wieder, jedoch geht dessen Inhalt an diversen Stellen über den bisherigen Regelungsgehalt des VerkProspG hinaus.

## II. Wesentliche Neuerungen des VermAnlG-E

### 1. Anwendungsbereich

Erfasst werden vom neuen VermAnlG-E Anteile, die eine Beteiligung am Ergebnis eines Unternehmens gewähren, Treuhandvermögen, Anteile an sonstigen geschlossenen Fonds, Genussrechte (dies ist neu) und Namensschuldverschreibungen. Die Vermögensanlagen müssen im Inland öffentlich angeboten werden. Vermögensanlagen, die in Wertpapieren i. S. d. Wertpapierprospektgesetzes verbrieft sind, werden hingegen vom Anwendungsbereich des VermAnlG-E ausgenommen.

### 2. Prüfung der Kohärenz des Verkaufsprospektes durch die BaFin

Wie bisher das VerkProspG enthält das neue VermAnlG-E die Vorgabe, dass in den Verkaufsprospekt an hervorgehobener Stelle ein ausdrücklicher Hinweis aufzunehmen ist, dass die inhaltliche Richtigkeit der Angaben des Prospektes von der BaFin nicht geprüft wurde. Neu ist jedoch, dass die BaFin über die Billigung des Prospektes nach Abschluss der Vollständigkeitsprüfung des Verkaufsprospektes einschließlich der Prüfung der Kohärenz und Verständlichkeit seines Inhalts entscheidet. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll der Anleger durch diesen erweiterten Prüfungsumfang „besser vor unseriösen Angeboten von Vermögensanlagen geschützt“ werden, „da die Bundesanstalt auch die innere Widerspruchsfreiheit der zwingenden Prospektangaben prüft“ (BT Drucksache 17/6051, Seite 33).

Die Entscheidung der BaFin über die Billigung des Prospektes wird dem Anbieter – wie bisher – innerhalb von 20 Werktagen mitgeteilt, wobei die Frist nunmehr erst bei Einreichung des vollständigen Verkaufsprospektes beginnt und die Einreichung von Austauschseiten die Frist (erneut) in Gang setzt.

### 3. Vermögensanlagen-Informationsblatt

Auch für den Grauen Kapitalmarkt ist nun in Anlehnung an § 31 Abs. 3a WpHG ein Vermögensanlagen-Informationsblatt erforderlich (siehe hierzu den Artikel von RA Schneider zum AnsFuG in der *Forum Juris* – Ausgabe 2/2011). Der Gesetzesentwurf nennt aufzählend zwingende materielle und formelle

Angaben, deren Nennung drei DIN-A4-Seiten nicht überschreiten darf. Ziel dieses Informationsblattes sei es, so die Gesetzesbegründung, dem Anleger die wesentlichen Informationen über die Vermögensanlagen in kurzer und verständlicher Weise darzustellen. Zudem soll es dem Anleger ermöglicht werden, unterschiedliche Vermögensanlagen miteinander zu vergleichen.

Strittig wird in der Literatur die Sinnigkeit eines solchen Informationsblattes diskutiert, da der Verkaufsprospekt in der Praxis meist ohnehin eine Kurzdarstellung (z. B. „Das Angebot im Überblick“) enthalte; der Gesetzgeber hätte stattdessen vorsehen sollen, eine solche Zusammenfassung zu den Pflichtangaben des Prospekts hinzuzufügen. Zudem werden Zweifel angemeldet, ob es gelingen wird, sämtliche vom Gesetzentwurf verlangte Informationen auf drei Seiten übersichtlich darzustellen.

Der Anbieter muss das Informationsblatt der BaFin als Hinterlegungsstelle zusätzlich zum Verkaufsprospekt übermitteln und während der Dauer des Angebots aktualisieren. Anders als der Verkaufsprospekt unterliegt das Informationsblatt allerdings keiner Prüfung und keinem Billigungsverfahren durch die BaFin.

#### 4. Prospekthaftung

Ausdrücklich wird im VermAnIG-E die Haftung bei fehlerhaften und fehlenden Prospekten bzw. unrichtigem Vermögensanlagen-Informationsblatt geregelt. Hierbei wurde das bislang bei fehlerhaften Verkaufsprospekten für Vermögensanlagen nach § 13 VerkProspG i. V. m. § 44 ff. Börsengesetz geltende Haftungsregime mit geringfügigen Ausnahmen übernommen.

Die bislang geltende Ausschlussfrist für Haftungsansprüche von sechs Monaten ab dem ersten öffentlichen Angebot wird auf eine Frist von zwei Jahren verlängert, d. h. der Anspruch gelangt zur Entstehung, wenn die Vermögensanlagen innerhalb von zwei Jahren nach dem ersten öffentlichen Angebot erworben wurden. Grundsätzlich kann der Anleger im Falle eines fehlerhaften Prospektes die Übernahme der Vermögensanlage gegen Erstattung des Erwerbspreises und der mit dem Erwerb verbundenen üblichen Kosten verlangen. Eine Vereinbarung, durch die der Anspruch des Anlegers im Voraus ermäßigt oder erlassen wird, soll unwirksam sein.



### III. Ausblick und Fazit

Der Bundesrat hat den Graumarkt-Gesetz-Entwurf am 9. Juni 2011 in einer ersten Lesung beraten und ihn in die diversen Ausschüsse überwiesen. Am 6. Juli 2011 fand eine öffentliche Anhörung des Finanzausschusses statt. Wann und in welcher Form das Gesetz verabschiedet wird, bleibt abzuwarten, wobei derzeit davon ausgegangen wird, dass dies noch in diesem Jahr erfolgt.

Im Vergleich zum VerkProspG bringt das VermAnIG-E einige wesentliche Neuerungen, auf die sich die Praxis wird rasch einstellen müssen. Ob der gestiegene Regulierungsgrad im Bereich der Prospektierung und Prospekthaftung dem Anleger einen verbesserten Schutz vor finanziellen Schäden bietet, muss dabei abgewartet werden.

*Rechtsanwältin Dr. Carmen Heermann, Hannover*

# Freistellung während der Kündigungsfrist: Anrechnung von Urlaubstagen ist eindeutig zu formulieren



## I. Ausgangslage

Es ist üblich, in Kündigungsschreiben, Aufhebungsverträgen oder arbeitsgerichtlichen Vergleichsregelungen aufzunehmen, da ansonsten eine Anrechnung der Freistellungszeit auf den Jahresurlaub nicht zulässig ist. In der Regel wird eine Formulierung wie: *„Bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellen wir Sie unter Fortzahlung der regelmäßigen Bezüge und unter Anrechnung Ihres Resturlaubsanspruchs unwiderruflich von Ihrer Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei“* gewählt. Nach einer Entscheidung des BAG vom 17. Mai 2011 sind an diese Freistellungserklärung nunmehr höhere Anforderungen zu stellen.

## II. Sachverhalt

In dem zugrunde liegenden Sachverhalt war der klagende Arbeitnehmer bei einem Bankunternehmen angestellt. Unter dem 13. November 2006 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. März 2007. Gleichzeitig stellte die Beklagte den Kläger unverzüglich unter *Anrechnung der Urlaubstage* und unter Fortzahlung der Bezüge von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. Im anschließenden Kündigungsschutzprozess wurde rechtskräftig festgestellt, dass die Kündigung unwirksam war. Der Kläger machte daraufhin in einem weiteren Prozess Urlaubsansprüche i.H.v. 22 Tagen für das Jahr 2007 geltend.

## III. Entscheidung

Das BAG gab der Klage mit der Folge statt, dass das Bankunternehmen dem Kläger noch 22 Tage Urlaub bzw. einen Urlaubs-(Abgeltungs-)Anspruch i.H.v. 22 Tagen zu gewähren hatte.

Die mit der Freistellungserklärung dem Arbeitnehmer gegenüber abgegebene Festlegung des Urlaubs sei als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Arbeitgebers nach §§ 133, 157 BGB aus Sicht des Arbeitnehmers auszulegen. Eine solche Urlaubsgewährungs-/Freistellungserklärung des Arbeitgebers muss für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennen lassen, in welchem Umfang der Arbeitgeber die Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers erfüllen möchte. Nach diesen Grundsätzen war die Freistellungserklärung nicht hinreichend eindeutig. So hatte das Bankunternehmen nicht erkennen lassen, ob es den Arbeitnehmer unter Anrechnung des Urlaubsanspruches für den Zeitraum bis zum Kündigungsfristende (hier: 31. März 2007) oder unter Anrechnung des vollen Urlaubsanspruches für das Jahr 2007 freistellen wollte.

## IV. Praktische Konsequenzen

Freistellungserklärungen sind zukünftig präziser zu formulieren.

Soll – bei einem Beendigungstermin des Arbeitsverhältnisses im ersten Halbjahr eines Jahres – der volle Jahresurlaubsanspruch des betreffenden Jahres und nicht nur der Teilurlaubsanspruch nach § 5 Abs. 1 lit. c Bundesurlaubsgesetz angerechnet werden, ist dies in die Freistellungserklärung aufzunehmen. Nur durch eine solch präzise Formulierung können weitere Urlaubs-(Abgeltungs-)Ansprüche vermieden werden.

*Rechtsanwältin Frauke Heudtlaß, Düsseldorf*

# Direkter Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft

## 1. Einführung

Mit dem Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) wurde eine Regelung in das Aktiengesetz aufgenommen, die einen direkten Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat bei börsennotierten Gesellschaften untersagt. Gemäß § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG dürfen demnach Vorstände für die Dauer von zwei Jahren nach ihrem Ausscheiden aus dem Vorstand (sog. „Abkühlungsperiode“ bzw. Karenzzeit) nicht dem Aufsichtsrat ihrer Gesellschaft angehören. Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) wurde entsprechend in Ziff. 5.4.4 angepasst. Hintergrund dieser Neu-Regelung ist die Vermeidung etwaiger Interessenskonflikte bei der Ausübung des Aufsichtsratsmandats sowie die Sorge, ein ehemaliges Vorstandsmitglied – insbesondere die/der Vorstandsvorsitzende – könne als Aufsichtsratsmitglied einen notwendigen Kurswechsel oder auch die Aufdeckung eigener Fehler verhindern. In der Praxis wird die Neu-Regelung vielfach kritisiert: Neben einem unerwünschten Eingriff des Gesetzgebers in die Personalhoheit der Gesellschaften wird auch der Verlust von wichtigem Wissen beklagt.

Der zweijährigen Karenzzeit bedarf es ausnahmsweise nicht, wenn die Wahl des ehemaligen Vorstandsmitglieds zum neuen Aufsichtsratsmitglied aufgrund des Vorschlags von einem oder mehreren Aktionären mit mehr als 25% der Stimmrechte erfolgt. Der Gesetzgeber sieht in einem derart hohen Stimmenanteil eine hinreichende Kontrolle bei der Besetzung des Aufsichtsratsgremiums durch die Aktionäre. Zugleich können auf diese Weise Know-how und Erfahrungen im Unternehmen gehalten werden.



## 2. Ausgangslage

Früher war der direkte Wechsel vom Vorstandsvorsitz in den Aufsichtsrat, und dort meist als Vorsitzender, mehr die Regel, denn die Ausnahme. In jüngerer Zeit ist zunehmend festzustellen, dass die durchaus erfolgreichen Vorstandsvorsitzenden, wie z. B. der Lufthansa, der BASF und Bayer, nicht (mehr) nach dem Ende ihrer operativen Tätigkeit in den Aufsichtsrat ihrer Gesellschaften wechseln. Von der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmeregelung wurde bislang selten Gebrauch gemacht. Nach neueren Presseberichten plant allerdings die Deutsche Bank für ihren derzeitigen Vorstandsvorsitzenden, Herrn Dr. Josef Ackermann, diesen Weg zu gehen.

In den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, die bekanntlich die Grundsätze guter Unternehmensführung darstellen, war bis zur Gesetzesänderung keine derartige Abkühlungsperiode vorgesehen. In Ziffer 5.4.4 DCGK wurde allerdings formuliert, dass ein Wechsel aus dem Vorstand in den Aufsichtsratsvorsitz oder den Vorsitz eines Aufsichtsratsausschusses nicht die Regel sein sollte. Sofern eine entsprechende Absicht bestand, sollte dies gegenüber der Hauptversammlung besonders begründet werden.

### 3. Ausnahmen vom Verbot des direkten Wechsels

Der direkte Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat ist auch vor Ablauf der Zweijahresfrist nicht verboten. Die Wahl eines Vorstandes innerhalb dieser Karenzzeit in den Aufsichtsrat ist ausnahmsweise zulässig, wenn sie auf „Vorschlag“ von Aktionären erfolgt, die mehr als 25 % der vorhandenen Stimmrechte halten. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass wesentliche Anteilseigner „auf die Kenntnisse und Fähigkeiten eines verdienten Vorstandes“ nicht verzichten müssen. Wichtig in diesem Zusammenhang ist, dass der Wahlvorschlag der Aktionäre getrennt von der eigentlichen Wahl durch die Hauptversammlung zu erfolgen hat. Es sind dazu insbesondere folgende Wege denkbar:

Im Vorfeld der Hauptversammlung wird durch einen oder mehrere Aktionäre ein formeller Vorschlag zur Wahl eines ehemaligen Vorstandsmitgliedes unterbreitet, den sich der Aufsichtsrat zu Eigen macht. Der Aufsichtsrat schlägt daraufhin in der Tagesordnung das Vorstandsmitglied unter Hinweis auf den Vorschlag des oder der Großaktionäre zur Wahl vor. Der frühere Vorstand ist damit „wählbar“, eine gesonderte Vorabstimmung in der Hauptversammlung ist nicht mehr erforderlich. Soweit sich mehrere Aktionäre auf einen entsprechen Vorschlag verständigen, stellt dies alleine noch kein koordiniertes Vorgehen („acting in concert“) dar, wodurch sonst aufgrund des Wertpapierhandelsgesetzes für diese Aktionäre besondere Pflichten entstehen würden. Voraussetzung dafür wäre eine Strategie zur dauerhaften und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung der Gesellschaft. Die Wahl eines früheren Vorstandsmitglieds stellt aber in der Regel gerade keine Änderung der unternehmerischen Ausrichtung der Gesellschaft dar. Auch liegt in einer einmaligen Absprache offensichtlich kein dauerhaftes gemeinsames Vorgehen.

Ferner kann bei Gesellschaften ohne Großaktionäre der Aufsichtsrat seinerseits ein ehemaliges Vorstandsmitglied zur Wahl vorschlagen. Der Wahl in der Hauptversammlung ist dann allerdings ein Vorschlagsverfahren der Aktionäre vorzuschalten. Dazu kann beispielsweise im Rahmen des Tagesordnungs-

punktes „Aufsichtsratswahlen“ zunächst eine Abstimmung über das 25 %-Quorum stattfinden. Wird dieses erreicht, kann der Kandidat dann mit einfacher Stimmenmehrheit in der darauf folgenden eigentlichen Wahl zum Aufsichtsrat gewählt werden. Sofern das 25 %-Quorum nicht erreicht wird, muss ein anderer Kandidat gewählt werden. Dieser „Ersatz“ sollte bereits in dem Vorschlag des Aufsichtsrates zur Wahl in den Aufsichtsrat benannt werden.

Die dritte Möglichkeit ist, dass die Hauptversammlung aus ihrer Mitte einen entsprechenden Vorschlag unterbreitet. Damit dieser Kandidat wählbar ist, muss zunächst das Erreichen des Quorums festgestellt werden. Dies kann der Versammlungsleiter durch eine entsprechende Abstimmung vor der eigentlichen Aufsichtsratswahl, wie zuvor dargestellt, herbeiführen.

Weitere Möglichkeiten sind ein Tagesordnungserweiterungsantrag eines oder mehrerer Aktionäre unter den Voraussetzungen des § 122 Abs. 2 AktG oder ein Gegenantrag nach den §§ 127 i. V. m. 126 AktG. Soweit dem in der Hauptversammlung unterbreiteten Gegenantrag das 25 %-Quorum fehlt und dessen Erreichen nicht völlig ausgeschlossen erscheint, wird der Versammlungsleiter dem Antragsteller die Möglichkeit geben, weitere Aktionäre für seinen Vorschlag zu gewinnen.

### 4. Fazit

Durch die Einführung der Karenzzeit ist der direkte Wechsel eines Vorstandsmitgliedes in den Aufsichtsrat erschwert worden. Keinesfalls aber ist ein Gremienwechsel, z. B. des Vorstandsvorsitzenden der Deutschen Bank in den Aufsichtsrat, illegal oder nur durch „cleveres Ausnutzen einer Gesetzeslücke“ möglich, wie teilweise der Presse zu entnehmen war. Der Gesetzgeber hat vielmehr erkannt, dass es weiterhin in vielen Fällen sinnvoll ist, das über Jahre gewachsene Wissen eines Vorstandsmitgliedes auch für den Aufsichtsrat zu nutzen. Gerade bei erfolgreichen Vorstandsvorsitzenden wird es in der Regel im Interesse der Gesellschaft liegen, wenn diese nach Ausscheiden aus dem Vorstand nunmehr unmittelbar dem Aufsichtsrat angehören. Dieses Interesse muss in den ersten zwei Jahren nach dem Ende der Vorstandstätigkeit nunmehr allerdings von einem Mindest-Quorum der Anteilseigner bekundet werden.

*Rechtsanwalt Dr. Peter Maser, Stuttgart*

# „Whistleblowing“ als Kündigungsgrund – Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 21. Juli 2011

## I. Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin (Bf.) war bei der Berliner vivantes GmbH, einem staatlichen Unternehmen der Altenpflege, als Altenpflegerin beschäftigt. Zwischen Januar 2003 und Oktober 2004 wies die Bf. ihre Arbeitgeberin auf Mängel in ihrer Arbeitsstätte hin. Das Pflegepersonal sei überlastet, es bestünden Mängel bei den Pflegestandards und die Pflegeleistungen würden nicht zutreffend dokumentiert. Die Angaben der Bf. wurden vom Medizinischen Dienst im November 2003 bestätigt. Die Arbeitgeberin wies die Vorwürfe zurück.

Die Bf. erstattete im Dezember 2004 Strafanzeige wegen besonders schweren Betrugs gemäß § 263 Abs. 3 StGB. Die Staatsanwaltschaft Berlin stellte die gegen die Arbeitgeberin begonnenen Ermittlungen bereits im Januar 2005 wieder ein.

Aufgrund verschiedener krankheitsbedingter Fehlzeiten (90 Tage im Jahr 2004) kündigte die Arbeitgeberin das mit der Bf. bestehende Arbeitsverhältnis am 19. Januar 2005 ordentlich zum 31. März 2005.

Am 27. Januar 2005 verteilte die Bf. mit Unterstützung der Gewerkschaft ver.di ein Flugblatt, in dem u.a. auf die von der Bf. erstattete Strafanzeige wegen schweren Betruges hingewiesen wurde. Die Arbeitgeberin erfuhr durch das Flugblatt erstmals von der Strafanzeige und kündigte darauf am 9. Februar 2005 das Arbeitsverhältnis mit der Bf. nochmals, diesmal außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich fristgerecht.

Die beim Arbeitsgericht Berlin eingelegte Kündigungsschutzklage war erfolgreich. Das Landesarbeitsgericht hob jedoch das Urteil des Arbeitsgerichts im März 2006 auf. Die von der Bf. erstattete Strafanzeige stelle einen wichtigen Grund dar, der



eine fristlose Beendigung des Anstellungsverhältnisses rechtfertige. Sie sei auch nicht durch das Recht auf Meinungsfreiheit geschützt. Das Bundesarbeitsgericht hat die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen. Das Bundesverfassungsgericht hat die hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Die Bf. rief daraufhin den EGMR an und rügte einen Verstoß gegen Artikel 10 (Freiheit der Meinungsäußerung) der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK).

## II. Entscheidung

Der EGMR entschied, dass die Kündigung des Anstellungsverhältnisses und die Entscheidungen der deutschen Gerichte eine Verletzung des Artikels 10 der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) darstellen. Die Bundesrepublik Deutschland wurde verpflichtet, an die Bf. EUR 10.000,00 für den erlittenen immateriellen Schaden und weitere EUR 5.000,00 für die entstandenen Kosten zu bezahlen.

Nach Auffassung des EMRK stellt die von der Bf. erstattete Strafanzeige ein in den Anwendungsbereich des Artikel 10 EMRK fallendes „Whistleblowing“, also die Offenlegung von Missständen in Unternehmen oder Institutionen durch einen Arbeitnehmer, dar. Die ausgesprochene fristlose Kündigung und die hierüber ergangenen Entscheidungen der deutschen Gerichte sind ein Eingriff in die durch Artikel 10 EMRK gewährte Freiheit der Meinungsäußerung.

Dieser Eingriff ist jedoch im Sinne des Artikel 10 Abs. 2 EMRK „gesetzlich vorgesehen“, da die deutsche Bestimmung des § 626 BGB die Beendigung eines Dienstverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist ermöglicht, wenn aus „wichtigem Grund“ die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Kündigenden nicht zugemutet werden kann. Eine Strafanzeige gegen einen Arbeitgeber kann einen „wichtigen Grund“ im Sinne des § 626 BGB darstellen, wenn eine erhebliche Verletzung der Loyalitätspflicht vorliegt. Dann verfolgt die Kündigung den legitimen Zweck, den Ruf und die Interessen des Arbeitgebers zu schützen.

Zur Beantwortung der Frage, ob eine Kündigung wegen „Whistleblowing“ gegen Artikel 10 EMRK verstößt, ist eine Abwägung zwischen den Interessen der Arbeitgeberin, dem Recht der Bf. auf freie Meinungsäußerung sowie dem öffentlichen Interesse an der Information über die vermeintlichen Missstände an der Arbeitsstätte vorzunehmen.

Der EGMR stellt dabei fest, dass ein öffentliches Interesse hinsichtlich der Informationen über die mutmaßlichen Mängel besteht, vor allem deshalb, weil die betroffenen Patienten nicht in der Lage sind, auf die Missstände aufmerksam zu machen.

Die Bf. hatte die zugrunde liegenden Missstände und Unkorrektheiten der Dokumentation bereits vor der Strafanzeige ihrer Arbeitgeberin gegenüber erfolglos offengelegt. Im Hinblick auf das Verhalten der Arbeitgeberin seien weitere innerbetriebliche Beschwerden sinnlos gewesen. Dann ist es nach Ansicht des EGMR nicht schädlich, dass die rechtliche Bewertung des Handelns der Arbeitgeberin als besonders schwerer Betrug erstmals in der Strafanzeige erwähnt wird.

Die Bf. habe weder wissentlich noch leichtfertig falsche Angaben gemacht. Denn die von ihr geäußerten Bedenken wurden durch die Kritik des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen bestätigt. Zwar habe die Staatsanwaltschaft die strafrechtlichen Ermittlungen gegen die Arbeitgeberin eingestellt, doch könne von einer Person, die Strafanzeige erstatte, nicht verlangt werden voranzusehen, ob die Ermittlungen zu einer Anklage führen oder eingestellt werden. Der EGMR stellt ferner fest, dass die Bf. im guten Glauben gehandelt hatte. Ihr habe angesichts der regelmäßigen Kontrollen des Medizinischen Dienstes nicht klar sein müssen, dass die Strafanzeige unnötig oder überflüssig gewesen sei. Denn auch die Beschwerden des Medizinischen Dienstes hatten nicht zu einer Verbesserung der Pflegesituation bei der Arbeitgeberin geführt.

Der EGMR stellt fest, dass die von der Bf. geäußerten Vorwürfe eine schädigende Wirkung auf den Ruf und die Geschäftsinteressen der Arbeitgeberin hatten. Doch ist nach Auffassung des EGMR in einer demokratischen Gesellschaft das öffentliche Interesse an Informationen über Mängel in der institutionellen Altenpflege in einem staatlichen Unternehmen so wichtig, dass es das Interesse des Unternehmens am Schutz seines Rufes und seiner Geschäftsinteressen überwiege.

Die ausgesprochene fristlose außerordentliche Kündigung ist die härteste denkbare arbeitsrechtliche Sanktion. Diese habe nicht nur negative Folgen für die berufliche Laufbahn der Bf., sondern entfalte auch abschreckende Wirkung auf andere Mitarbeiter der Arbeitgeberin. Selbst auf andere Arbeitnehmer in der Pflegebranche könne die Sanktion aufgrund der Medienberichterstattung eine abschreckende Wirkung besitzen.



### III. Praktische Konsequenzen

Die Entscheidung des EGMR führt nicht dazu, dass Arbeitnehmer nunmehr gefahrlos gegen ihren Arbeitgeber Strafanzeigen erstatten können. Bei der Arbeitgeberin handelt es sich um eine Gesellschaft, an der das Land Berlin beteiligt ist. Das die Entscheidung tragende bestehende öffentliche Interesse an der Information dürfte nur in Sonderfällen wie dem vorliegenden einer institutionellen Altenpflege eines Arbeitgebers mit staatlicher Beteiligung im Rahmen einer Interessenabwägung zu berücksichtigen sein. Besteht ein solches öffentliches Interesse nicht, gilt die bisherige Rechtsprechung des BAG zur Erstattung von Strafanzeigen gegen den Arbeitgeber (vgl. BAG 3. Juli 2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427).

Arbeitgeber sollten Vorwürfe der Arbeitnehmer stets ernst nehmen und eine interne Klärung suchen. Eine auf „Whistle-blowing“ gestützte Kündigung ist riskant.

Arbeitnehmer können nur davor gewarnt werden, sich ohne eine interne Klärung direkt an Behörden oder die Öffentlichkeit zu wenden.

Im vorliegenden Fall kann die Bf. gemäß § 580 Nr. 8 ZPO die Wiederaufnahme des Kündigungsschutzprozesses verlangen mit der Folge, dass die Arbeitgeberin u. U. erhebliche finanzielle Lasten aufgrund Annahmeverzugs bestehender Vergütungsansprüche zu tragen hat.

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für  
Arbeitsrecht Markus Wolferseder, Stuttgart*

Die deutschen Gerichte haben daher nach Auffassung des EGMR keinen angemessenen Ausgleich zwischen der Notwendigkeit, den Ruf des Arbeitgebers zu schützen und dem Schutz des Rechts der Bf. auf Freiheit der Meinungsäußerung herbeigeführt.

Damit liegt eine Verletzung von Artikel 10 EMRK vor. Die Erstattung der Strafanzeige war daher nach Auffassung des EGMR durch Artikel 10 EMRK geschützt.

# ICANN macht den Weg frei für neue (Firmen-) Top-Level-Domains

Die häufig als „Internetbehörde“ bezeichnete ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) hat unlängst beschlossen, zahlreiche neue Endungen für Web-Adressen, die sogenannten *generic Top-Level-Domains (gTLD)*, zuzulassen. Künftig können daher anstatt der aktuell geläufigsten Endungen „.de“, „.com“, „.net“, „.org“ oder „.eu“ insbesondere Firmennamen oder beispielsweise auch geographische Angaben als gTLD genutzt werden. Insoweit dürften künftig gTLDs wie zum Beispiel „.vw“, „.fifa“, „.apple“ oder „.berlin“ an der Tagesordnung sein.

Für das Anmeldeverfahren der neuen gTLDs hat die ICANN ein umfassendes Regelwerk aufgesetzt. Das 352 Seiten starke „gTLD Applicant Guidebook“ beinhaltet weitreichende Regeln und Vorgaben zur Bewerbung um eine solche neue gTLD. Berechtigter zur Bewerbung sind demnach lediglich öffentlich oder privat organisierte Unternehmen. Für das Bewerbungsverfahren hat die ICANN ein enges Zeitfenster vorgesehen. Dieses öffnet am 12. Januar 2012 und schließt am 12. April 2012.

Dem Guidebook sind ferner explizite Vorgaben zum Prüfungsverfahren der ICANN zu entnehmen, das sich unmittelbar an das Bewerbungsverfahren anschließt und nach Schätzungen der ICANN zwischen 8 und 18 Monaten in Anspruch nehmen wird. Schließlich sind in dem Guidebook Verfahrensregeln (sogenannten *String Contention Procedure*) dargestellt, die im Falle von rechtlichen Auseinandersetzungen zwischen Bewerbern mit gleich oder zumindest sehr ähnlich lautender gTLD greifen. Darüber hinaus enthält das Guidebook bereits besondere Verfahrensregeln (sogenannte *Dispute Resolution Procedure*), die für den Fall gelten, dass Dritte Einwendungen gegen die Berechtigung des Anmelders zur Verwendung bestimmter in der gTLD enthaltener Namen oder Bezeichnungen erheben. Dies dürfte insbesondere der Fall sein, wenn Inhaber einer neuen gTLD mit Dritten aufgrund deren bestehenden (identischen oder ähnlich lautenden) Marken- oder Kennzeichenrechten im Streit stehen.

Die mit der Bewerbung und Anmeldung einer gTLD verbundenen Kosten und Gebühren belaufen sich nach Angaben der ICANN auf mindestens USD 185.000,00. Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass sich dieser Betrag bei



Durchführung von String Contention Proceedings noch beträchtlich erhöht. Entsprechend dürften weitere Kosten bei Durchführung der Dispute Resolution Proceedings anfallen. Es erscheint insoweit sehr empfehlenswert, bereits vor Bewerbung um eine neue gTLD umfangreich rechtlich überprüfen zu lassen, ob mögliche Konflikte, insbesondere marken- und kennzeichenrechtlicher Natur, der Bewerbung um die gewünschte gTLD entgegenstehen könnten.

*Rechtsanwalt Stefan H. V. Wilke, Düsseldorf*

# Korruptionsprävention in der Pharmaindustrie – unter besonderer Fokussierung auf den Arzneimittelmarkt

Die Thematik „Korruption“ und „Korruptionsprävention/ Compliance“ wird gegenwärtig auch in den Medien heftig diskutiert. Neben Vorwürfen gegen Krankenkassen und Ärzte stehen dabei insbesondere Ermittlungen und Korruptionsvorwürfe im komplexen Bereich des Arzneimittelmarktes verstärkt im Mittelpunkt. Durch eine wachsende Globalisierung beschränken sich die durch die Medien bekannt gewordenen Fälle dabei oftmals nicht auf Deutschland bzw. ein einzelnes Land. Vielmehr handelt es sich meistens um Fälle mit internationaler Dimension.

## I. Der Arzneimittelmarkt als von Korruption besonders betroffener Sektor

In der medialen Betrachtung erscheint der Arzneimittelmarkt dabei als ein von Korruption besonders betroffener Sektor. So handelt es sich um einen Sektor, der sowohl rechtlich als auch in seiner tatsächlichen Ausgestaltung sehr komplex ist. Gerade bei der Marktplatzierung eines Arzneimittels sind von der Entwicklung bis zur tatsächlichen Abgabe an Endverbraucher im Regelfall eine Vielzahl verschiedener Akteure – oftmals in verschiedenen Ländern – beteiligt. So ist neben den Herstellern mit ihren möglichen Unterauftragnehmern auch an weitere Leistungserbringer wie Ärzte und Apotheker, Krankenkassen, Krankenhäuser, Patientenorganisationen und nicht zuletzt an die Patienten als Leistungsempfänger zu denken.

## II. Erscheinungsformen von Korruption

In dieser langen Lieferkette vom Wirkstoff bis zum Endprodukt beim Endverbraucher/Patienten zeigen sich vielfältige Erscheinungsformen von Korruption. Dabei treten unter anderem die folgenden Handlungsweisen in Erscheinung: Denkbar sind beispielsweise Geldzahlungen in Form von Bestechungsgeldern oder großzügigen Rabatten, Geschenke oder Gutscheine

sowohl für die direkt beteiligten Personen als auch für deren Familienangehörige. Der Übergang von einer bloßen (oftmals straflosen) Gefälligkeit zur strafbaren Korruption ist dabei fließend. Korruption beginnt auch im Bereich des (internationalen) Arzneimittelmarktes fast immer in sehr kleinem Umfang – oftmals durch „Antesten“ des (potentiellen) Geschäftspartners auf dessen Annahmefähigkeit bzw. Unterstützungsbereitschaft in spezifischen Einzelfällen. In der Folge kommt es dann bei positiver Reaktion auf das „Antesten“ zunächst häufig zur Zuwendung weiterer kleiner Gefälligkeiten, bis nach und nach ein immer größerer Umfang erreicht wird.

## III. Folgen von Korruption im Arzneimittelmarkt

Zu der generellen Komplexität des Arzneimittelsektors treten bei Korruption im Pharma-Bereich Besonderheiten hinzu, die eine Korruptionsprävention besonders essentiell machen. Während Korruption in vielen anderen Sektoren zunächst allein zu materiellen Schäden führt, entsteht durch Korruption im Arzneimittelsektor zusätzlich ein Gesundheitsrisiko für Patienten. Denn Arzneimittel werden zur direkten Anwendung beim Menschen hergestellt. Sobald sich die Korruption direkt auf die Qualität eines spezifischen Arzneimittels auswirkt, sei es auf die Qualität des Produkts oder auf die Art und Weise der Anwendung, konkretisiert sich dieses Gefährdungspotential. Zu denken ist hierbei beispielsweise an Manipulationen bei der Durchführung und Dokumentation klinischer Studien und die daraus möglicherweise resultierenden fatalen Folgen.

Unter globaler Betrachtungsweise einer Korruptionsprävention im Arzneimittelmarkt stellen daher insbesondere Arzneimittel-fälschungen eine besondere Herausforderung für Arzneimittelhersteller, Gesundheitsbehörden und Strafverfolgungsbehörden dar. Denn Fälschungen von Arzneimitteln sind einerseits deutlich schwieriger zu entdecken als Fälschungen von Produkten in anderen Sektoren. Andererseits können die Auswirkungen von unerkannt in den Vertrieb gelangten Fälschungen schlimmstenfalls zum Tod von Menschen führen. Während eine Fälschung auch in anderen Sektoren immer auch mit einer Verletzung der gewerblichen Schutzrechte des Schutzrechtsinhabers einhergeht, ergibt sich für den Arzneimittelmarkt die Besonderheit, dass gerade die forschende Pharmaindustrie nahezu

ausschließlich von Innovationen und der Nutzung von Intellectual Property lebt. Eine Verletzung von Schutzrechten führt so in der Folge zur Zerstörung der Basis für eine erfolgreiche (globale) wirtschaftliche Betätigung des betroffenen Unternehmens. Verstärkt wird dieser schädliche Effekt zusätzlich durch die Zerstörung langfristiger erfolgreicher Kooperationen in allen Bereichen der Produkt- und Lieferkette.

#### IV. Hürden bei der Korruptionsprävention

Korruption ist auch im Bereich des Arzneimittelmarktes besonders schwer zu bekämpfen, da sie sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene stattfindet und damit nur bedingt in rechtlicher sowie in tatsächlicher Hinsicht greifbar ist. Das Zusammenspiel verschiedener Akteure in der Produkt- und Lieferkette ist oftmals nur schwer zu ermitteln – auch aufgrund einer großen Komplexität aller Gesundheitssysteme.

Umso wichtiger ist es, dass Arzneimittelunternehmen ihre Bemühungen fortsetzen bzw. intensivieren, durch eine Einführung bzw. Erweiterung von Ethik- und Kontrollsystemen Korruption soweit als möglich entgegenzuwirken. Diese Ethik- und Kontrollsysteme müssen dabei aufgrund der vorgenannten Besonderheiten mehr als in anderen Bereichen auf Sektorspezifika ausgerichtet sein. Daneben sollten auch Kooperationspartner des jeweiligen Pharmaunternehmens (beispielsweise Clinical Research Organisationen, Lohnhersteller, Etikettierer, Vertriebsunternehmen) durch vertragliche Vereinbarungen soweit als möglich in ein Kontrollsystem des jeweiligen Pharmaunternehmens eingebunden sein. Es muss gewährleistet sein, dass bei jedem Einzelschritt der Produkt- und Lieferkette identische Standards zur Anwendung kommen, die Korruption soweit als möglich ausschließen.

In der tatsächlichen Ausgestaltung muss ein Korruptionspräventionssystem unabdingbar auf ein solides Wertemanagement innerhalb des gesamten Unternehmens (inkl. aller Tochtergesellschaften) bzw. innerhalb der gesamten Produkt- und Lieferkette gestützt sein. Denn Korruption entsteht auch im Bereich der Arzneimittelversorgung vorrangig aufgrund finanzieller Interessen. Soweit dieser Anreiz abgemildert wird, ist auch mit einer Reduzierung von Korruption zu rechnen.



#### V. Ausblick

Bereits jetzt verfügen Pharmaunternehmen über wirksame interne und externe Methoden zur Korruptionsprävention. Für eine wirksame Korruptionsprävention müssen die bestehenden Systeme allerdings kontinuierlich an aktuelle internationale und nationale Entwicklungen angepasst werden. Allerdings ist auch das beste und aktuellste Korruptionspräventionssystem bzw. die strengste Gesetzgebung nur bei einer umfassenden Kontrolle der Einhaltung und einer kompromisslosen Ahndung von Verstößen bei deren Bekanntwerden wirksam – sei es auf nationaler als auch auf internationaler Ebene.

*Rechtsanwalt Peter Homberg und  
Rechtsanwältin Andrea Veh, Frankfurt am Main*

## Die Service Line Corporate bei Raupach

Im Rahmen der Präsentation der bei Raupach bestehenden nationalen Service Lines stellen wir in dieser Ausgabe die Service Line *Corporate* vor:

### Vielfalt in der Beratung

Im Rahmen der Service Line *Corporate* bieten wir unseren Mandanten die gesamte Bandbreite gesellschaftsrechtlicher Beratung. Dies umfasst sowohl die Gründung und laufende gesellschaftsrechtliche Betreuung von Kapital- und Personengesellschaften als auch die Beratung hinsichtlich Spezialthemen, wie Corporate Governance (Rechte und Pflichten von Vorstand/Geschäftsführung, Aufsichtsrat), Abschluss/Beendigung von Unternehmensverträgen (Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträgen, Betriebsführungsverträgen etc.), Kapitalschutz/Cash Pooling etc.

Hierbei profitieren unsere Mandanten von unserem reichhaltigen Erfahrungsschatz bei der Beratung und Begleitung von Dauermandaten sowie komplexen Projekten, insbesondere für national und weltweit tätige Konzerne.

Unser Anliegen ist es, dabei die unternehmerischen Vorgaben und Fragestellungen unserer Mandanten bestmöglich in die maßgeblichen gesellschaftsrechtlichen Strukturen einzuordnen.

Ein weiterer Tätigkeitsschwerpunkt liegt in der Restrukturierungsberatung sowie in der Beratung von komplexen Umstrukturierungen und – auch grenzüberschreitenden – Umwandlungsvorgängen, auch unter Errichtung einer Societas Europaea (SE).

Ebenfalls zu erwähnen ist die Beratung bei der langfristigen Unternehmensnachfolge unter gleichzeitiger erbrechtlicher und erbschaftsteuerlicher Gestaltung sowie Einbeziehung familienrechtlicher Aspekte. Dies kann sowohl die klassische Unternehmensnachfolge durch Kinder umfassen als auch die Einführung einer speziellen Stiftungskonstruktion, die Beratung bei einem Unternehmensverkauf im Rahmen unserer M&A-Expertise mit der Service Line M&A oder die Begleitung bei der Suche nach einem strategischen Partner/Investor.

## 50 Anwälte an sieben Standorten

Mit insgesamt 50 Anwälten an sieben Standorten ist die Service Line *Corporate* die größte Service Line bei Raupach und personell für umfangreiche Projekte gerüstet. Die Service Line *Corporate* wird von Dr. Harald Stang und Sandra Laves, beide Hannover, geleitet. Unter den 50 Kolleginnen und Kollegen befinden sich Berufsträger aller Senioritätsstufen, so dass jederzeit schlagkräftige Teams – auch standortübergreifend – entsprechend den Bedürfnissen des Mandanten und den Anforderungen des Projekts zusammengestellt werden können.

### Kooperation mit Deloitte

Die Service Line *Corporate* kooperiert sehr eng mit den verschiedenen Funktionen und Service Lines von Deloitte und bietet damit den Mandanten auch in diesem Bereich den besonderen multidisziplinären Beratungsansatz. Gerade auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts zeigt sich, dass die komplexen Gestaltungen des modernen Wirtschaftslebens neben einer rechtlichen auch eine steuerliche oder bilanzielle Ebene aufweisen und Auswirkungen auf verschiedene Bereiche haben. Unsere Mandanten profitieren dabei von dem Verständnis unserer Berufsträger hinsichtlich dieser Wechselwirkungen.

### Einbindung in das internationale Netzwerk

Raupach ist eingebunden in ein internationales Netzwerk von mehr als 3.200 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten in über 40 Ländern. Die nationalen Service Lines haben jeweils ein Pendant auf internationaler Ebene. Die Service Line *Corporate* bei Raupach ist damit Teil der internationalen Service Line *Corporate*. Diese enge Verbindung ermöglicht es, innerhalb von kürzester Zeit dem Mandanten rechtliche Ansprechpartner in allen wesentlichen Jurisdiktionen der Welt zur Verfügung zu stellen. Regelmäßig übernehmen die Mitglieder der Service Line bei großen multinationalen Projekten die Koordination und Steuerung der Kollegen in den jeweiligen

Ländern, um so dem Mandanten ein einheitliches und qualitativ hochwertiges Ergebnis zu präsentieren. Darüber hinaus eröffnet uns die Einbindung in das internationale Netzwerk die Möglichkeit, innerhalb kürzester Zeit rechtsvergleichende Betrachtungen zu erstellen, die Mandanten als Entscheidungsgrundlage dienen können.

### Praxisrelevante Veranstaltungen

Neben der Beratung bei aktuellen Fragestellungen informieren wir unsere Mandanten und interessierte Teilnehmer – oftmals gemeinsam mit unserem Kooperationspartner Deloitte – regelmäßig im Zuge unserer hausinternen Vortragsveranstaltungen über Entwicklungen in der aktuellen Rechtsprechung und Gesetzgebung sowie über aktuelle Thematiken von Interesse.

### Weitere Informationen

Eine weiterführende Darstellung der Service Line *Corporate* und ihrer Mitglieder stellen wir Ihnen gerne als Broschüre oder in elektronischer Form zur Verfügung.

Sprechen Sie uns gerne an!

Rechtsanwalt Dr. Harald **Stang**  
Tel: 0511 307579-3  
E-Mail: hstang@raupach.de

Rechtsanwältin Sandra **Laves**  
Tel: 0511 307559-3  
E-Mail: slaves@raupach.de

### Raupach-Partner wird zum Professor ernannt

Dr. Dr. Christoph Stumpf, Partner im Hamburger Büro der Kanzlei, wurde durch den Rektor der Universität Halle-Wittenberg zum außerplanmäßigen Professor aufgrund seiner Bewährung in Forschung und Lehre berufen.

Prof. Dr. Dr. Stumpf hat in Jura an der Universität München und in Theologie an der University of Oxford promoviert und wurde an der Universität Halle-Wittenberg im öffentlichen Recht habilitiert. Seit 2007 ist er Partner bei Raupach, berät hier Mandanten im öffentlichen Wirtschafts- und Vergaberecht, im gewerblichen Rechtsschutz und im Stiftungsrecht. Zu seinen Mandanten gehören mittelständische und große Unternehmen aus dem In- und Ausland, sowie öffentlich-rechtliche Institutionen. So hat Prof. Dr. Dr. Stumpf beispielsweise im Jahre 2011 die Gründung der KIC InnoEnergy SE, die als Knowledge and Innovation Centre des Europäischen Instituts für Innovation und Technologie (EIT) als erste europäische Public Private Partnership in der Rechtsform der europäischen Aktiengesellschaft federführend begleitet. Prof. Dr. Dr. Stumpf ist Autor zahlreicher

Fachpublikationen, so zum Beispiel auch des in Kürze bei C. H. Beck erscheinenden Kommentars zum Stiftungsrecht von *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*.

### Veranstaltungen

Wir freuen uns, auch in diesem Jahr gemeinsam mit Deloitte wieder das

### Japanese Client Seminar Recent legal, tax and accounting developments

veranstalten zu können.

Die speziell auf unsere japanischen Mandanten zugeschnittene Veranstaltung findet statt:

**Düsseldorf** – Dienstag, 18. Oktober 2011  
**Frankfurt** – Dienstag, 25. Oktober 2011  
**München** – Donnerstag, 10. November 2011 und  
**Hamburg** – Dienstag, 15. November 2011

jeweils ab 14.00 Uhr bis 18.00 Uhr in den örtlichen Raupach-/Deloitte-Niederlassungen.

In der Veranstaltung, die nunmehr bereits im sechsten Jahr in Folge stattfindet, werden aktuelle rechtliche, steuerliche und handelsrechtliche Themen in englischer Sprache mit japanischen Übersetzungen und Zusammenfassungen vorgestellt.

Weitere Informationen erhalten Sie gerne über unser *Japan Desk*:

Rechtsanwalt Andreas **Jentgens**  
Tel: 0211 8772-2227  
E-Mail: ajentgens@raupach.de

Rechtsanwältin Vanessa **Nieporte**  
Tel: 0211 8772-2501  
E-Mail: vnieporte@raupach.de

Rechtsanwalt Peter **Homberg**  
Tel: 069 7191884-19  
E-Mail: phomberg@raupach.de

# Alles Wesentliche steht auf diesem Blatt.

**Raupach ist Ihr Partner im nationalen und internationalen Wirtschaftsrecht:**

- 100 Anwälte in sieben Büros in Deutschland
- Global Legal Network mit über 2.000 Anwälten weltweit
- Deutscher Kooperationspartner von Deloitte
- Individuell auf Ihre Projekte zugeschnittene Berater-Teams
- Multidisziplinäre Beratung, Kostentransparenz, hohe Responsiveness



**Raupach & Wollert-Elmendorff –  
Perspektiven im Wirtschaftsrecht.**

[www.raupach.de](http://www.raupach.de)

**Raupach  
& Wollert-Elmendorff**

Rechtsanwaltsengesellschaft mbH

Berlin · Düsseldorf · Frankfurt/Main · Hamburg  
Hannover · München · Stuttgart



# Ansprechpartner

## Büro Berlin

Neues Kranzler Eck  
Kurfürstendamm 23  
10719 Berlin  
Tel: +49 30 25468-04  
Fax: +49 30 25468-136

*Ansprechpartner:*  
RA/Notar Torsten Bloch  
E-Mail: [tbloch@raupach.de](mailto:tbloch@raupach.de)

## Büro Düsseldorf

Schwannstraße 6  
40476 Düsseldorf  
Tel: +49 211 8772-04  
Fax: +49 211 8772-2537

*Ansprechpartner:*  
RA Andreas Karpenstein  
E-Mail: [akarpenstein@raupach.de](mailto:akarpenstein@raupach.de)

## Büro Frankfurt am Main

Franklinstraße 48  
60486 Frankfurt am Main  
Tel: +49 69 7191884-0  
Fax: +49 69 7191884-4

*Ansprechpartner:*  
RA Peter Homberg  
E-Mail: [pomberg@raupach.de](mailto:pomberg@raupach.de)

## Büro Hamburg

Hanse-Forum  
Axel-Springer-Platz 3  
20355 Hamburg  
Tel: +49 40 378538-0  
Fax: +49 40 378538-11

*Ansprechpartner:*  
RA Dr. Matthias Mielke  
E-Mail: [mmielke@raupach.de](mailto:mmielke@raupach.de)

## Büro Hannover

Georgstraße 52  
30159 Hannover  
Tel: +49 511 307559-3  
Fax: +49 511 307559-50

*Ansprechpartner:*  
RA/StB Dr. Harald Stang  
E-Mail: [hstang@raupach.de](mailto:hstang@raupach.de)

## Büro München

Rosenheimer Platz 6  
81669 München  
Tel: +49 89 2903689-01  
Fax: +49 89 2903689-11

*Ansprechpartner:*  
RA/StB Dr. Ulrich Hartel  
E-Mail: [uhartel@raupach.de](mailto:uhartel@raupach.de)  
  
RA Dr. Martin Imbeck  
E-Mail: [mimbeck@raupach.de](mailto:mimbeck@raupach.de)

## Büro Stuttgart

Löffelstraße 42  
70597 Stuttgart  
Tel: 49 711 66962-0  
Fax: 49 711 66962-62

*Ansprechpartner:*  
RA Dr. Peter Maser  
E-Mail: [pmaser@raupach.de](mailto:pmaser@raupach.de)

[www.raupach.de](http://www.raupach.de)

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Die Mandanteninformation ist insbesondere nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen.

