

# Newsletter

## Gesellschaftsrecht und Steuern, Mergers & Acquisitions

AUSGABE 02 | 2011

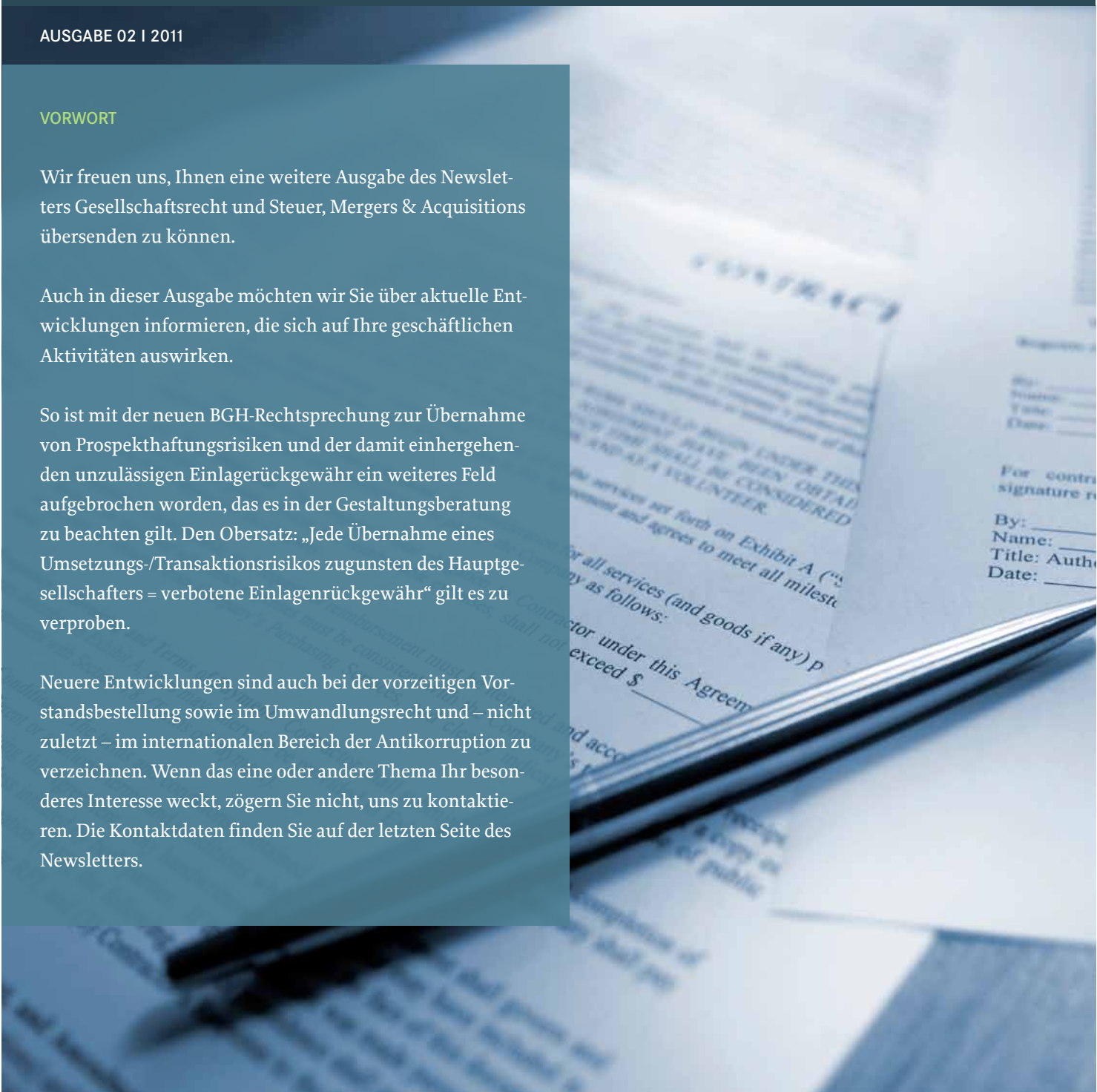
### VORWORT

Wir freuen uns, Ihnen eine weitere Ausgabe des Newsletters Gesellschaftsrecht und Steuer, Mergers & Acquisitions übersenden zu können.

Auch in dieser Ausgabe möchten wir Sie über aktuelle Entwicklungen informieren, die sich auf Ihre geschäftlichen Aktivitäten auswirken.

So ist mit der neuen BGH-Rechtsprechung zur Übernahme von Prospekthaftungsrisiken und der damit einhergehenden unzulässigen Einlagerückgewähr ein weiteres Feld aufgebrochen worden, das es in der Gestaltungsberatung zu beachten gilt. Den Obersatz: „Jede Übernahme eines Umsetzungs-/Transaktionsrisikos zugunsten des Hauptgesellschafters = verbotene Einlagerückgewähr“ gilt es zu verproben.

Neuere Entwicklungen sind auch bei der vorzeitigen Vorstandsbestellung sowie im Umwandlungsrecht und – nicht zuletzt – im internationalen Bereich der Antikorrupcion zu verzeichnen. Wenn das eine oder andere Thema Ihr besonderes Interesse weckt, zögern Sie nicht, uns zu kontaktieren. Die Kontaktdaten finden Sie auf der letzten Seite des Newsletters.



## Prospekthaftung im Spannungsfeld von Unternehmenswohl und unzulässiger Einlagenrückgewähr – Zur Telekom/KfW-Entscheidung des BGH

1. Der „dritte Börsengang“ der Deutsche Telekom AG – an der die Bundesrepublik Deutschland (Bund) zu diesem Zeitpunkt direkt und indirekt über die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) mehrheitlich beteiligt war – sah die Veräußerung von Aktien der KfW in den USA vor. Die AG gab mit dem von ihr erstellten Verkaufsprospekt die nach US-amerikanischem Recht erforderlichen Erklärungen ab und übernahm die Verantwortung für deren Inhalt. In der Folge sah sie sich in den USA einer Sammelklage von Aktionären ausgesetzt, die insbesondere auf dem Vorwurf fehlerhafter Prospektangaben gründete. Aufgrund eines zur Streitbeilegung geschlossenen Vergleiches zahlte sie an die Kläger ca. EUR 95 Mio. Sie verlangte nunmehr von ihren Aktionären, dem Bund und der KfW, die Erstattung des Vergleichsbetrages zuzüglich der Rechtsverteidigungskosten von ca. EUR 17 Mio. Der Bund und die KfW hatten zuvor bereits dem Verlangen der AG, diese im Innenverhältnis von der Prospekthaftung freizustellen, nicht entsprochen. Auf die Revision hin hob der BGH mit Urteil vom 31. Mai 2011 das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück (BGH, Urteil vom 31.05.2011, II ZR 141/09).

2. Der BGH schließt sich in seiner Entscheidung der im Schrifttum h.M. an, wonach die Übernahme des Prospekthaftungsrisikos durch die AG bei Platzierung von Altaktien eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellt, wenn der hiervon begünstigte Aktionär die AG nicht von der Prospekthaftung freistellt (zum Meinungsstand Schmidt/Lutter/Fleischer, AktG, § 57 Rn. 25).

Dass die AG nach US-amerikanischem Recht die notwendigen Erklärungen allein abzugeben hatte und selbst der Prospekthaftung unterlag, hindere nicht die Annahme einer Leistung an den Aktionär. Denn die haftungsrelevante Übernahme eines Risikos, welches wirtschaftlich ein Anderer zu tragen habe, stelle nach der maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtung eine Leistung an diesen dar. Wirtschaftlich treffe das Risiko der Umplatzierung der Aktien aber den hiervon profi-

tierenden Altaktionär. Daran ändere sich auch dann nichts, wenn die AG selbst die Prospekthaftung durch Fehlangaben verursacht habe. Denn dem Altaktionär stünde weder ein Anspruch auf Übernahme des Prospektrisikos zu, noch seien Mitverschulden oder Mitverursachung der AG im Rahmen des Anspruches nach §§ 57, 62 AktG beachtlich.

Als taugliche Kompensation einer Leistung i.S.v. § 57 AktG hätten bilanziell nicht bezifferbare Vorteile, wie etwa ein Gesellschaftsinteresse an der Umplatzierung, auszuscheiden. Die verbotene Zuwendung entfalle allein, wenn sie durch eine vollwertige Gegenleistung des Aktionärs ausgeglichen wird, was im Falle einer Haftungsübernahme durch die AG grundsätzlich durch eine Freistellungsverpflichtung des Aktionärs geschehen könne.

3. Die Entscheidung löst einen Konflikt im Spannungsfeld zwischen aktienrechtlicher Kapitalerhaltung und kapitalmarktrechtlicher Prospektverantwortung zutreffend zugunsten des Gläubigerschutzes auf.

Die Übernahme des Prospekthaftungsrisikos im Rahmen einer Zweitplatzierung ist als Einlagenrückgewähr greifbar. Zur Durchsetzung des hinter § 57 AktG stehenden Gläubigerschutzes ist die Norm stets extensiv ausgelegt worden. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise, die der BGH den kritischen Stimmen (u.a. Schlitt, CFL 2010, 304, 309) entgegenhält, ist insoweit konsequent. Dass hier die Prospekterstellung und Haftungsübernahme den Altaktionären zu Gute kommt, lässt sich kaum bezweifeln. Mit der für die Veräußerer wirtschaftlich vorteilhaften Eröffnung eines breiten Marktzugangs, den ihnen die AG qua Haftungsübernahme ermöglicht, korrespondiert das Haftungsrisiko für Falschinformationen. Die Parallele zur Sicherheitenbestellung zugunsten eines Aktionärs zeigt dabei, dass die Unmittelbarkeit

der Zuwendung aus dem Gesellschaftsvermögen keine notwendige eigenkapitalersatzrechtliche Kategorie ist.

Der BGH erachtet zu Recht nicht bilanziell messbare Vorteile für untauglich, einen Nachteil der AG zu kompensieren. Eine abweichende Auffassung lässt sich mit dem durch das MoMiG neu gefassten § 57 Abs. 1 S. 3 AktG kaum mehr vereinbaren. Die vorgebrachten Eigeninteressen der AG an einer Umplatzierung, wie etwa die breitere Streuung der Aktien oder die Präsenz am US-Kapitalmarkt, verdeutlichen, wie wenig messbar derartige Vorteile sind. Hier stattdessen mit einer Verschiebung der Beweislast zu Lasten der veräußernden Aktionäre helfen zu wollen, (vgl. Fleischer, ZIP 2007, 1969, 1975) geht auf Kosten der Rechtssicherheit. Ein Anspruch gegen den abgebenden Aktionär auf Freihaltung indes erlaubt den Beteiligten in angemessener Risikoverteilung eine Umplatzierung vorzunehmen.

Was im Rahmen dieser Entscheidung kaum in Frage stand, mag bei Beteiligung von Aktionären geringerer Bonität virulent werden: Der Freihalteanspruch muss vollwertig sein. Für die AG kann es daher geboten sein, sich Teile des zu erwartenden Veräußerungserlöses aus der Umplatzierung im Voraus abtreten zu lassen. Für die abgebenden Aktionäre wird es darum gehen, das Risiko abzumildern, dass die Prospekterstellung von der AG unrichtig vorgenommen wird. Sie können sich hierzu ihrerseits etwaige Ansprüche der AG gegen Dritte und gegen Organmitglieder abtreten lassen. Die im Ernstfall erfolgende Haftungsverlagerung ließe diese Ansprüche nicht entfallen – das Haftungskarussell dreht sich dann in die von § 57 AktG vorgegebene (richtige) Richtung.

Dr. Roland Hoffmann-Theinert,  
Dr. Jan Dembski



## Zulässigkeit der vorzeitigen Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern (OLG Zweibrücken, Urteil vom 03.02.2011, 4 U 76/10, NZG 2011, S. 433)

### 1. Einführung

Nach § 84 Abs. 1 S. 3 AktG dürfen Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit durch den Aufsichtsrat wiederholt bestellt werden und dass jeweils nur für höchstens weitere fünf Jahre.

Weit verbreitet ist freilich die Praxis, die Amtszeit vorzeitig zu verlängern. Hierbei wird schon vor Beginn des letzten Jahres der ursprünglichen Amtszeit einvernehmlich die Bestellung des betreffenden Vorstandsmitglieds durch Beschluss des Aufsichtsrats aufgehoben und dieses sogleich für eine weitere Amtszeit von bis zu fünf Jahren wieder zum Mitglied des Vorstands bestellt. Geschieht dies im Zusammenhang mit erwarteten Veränderungen im Aufsichtsrat, die eine Wiederbestellung im Fall des regulären Ablaufs der Amtszeit zweifelhaft erscheinen lassen, oder gar in einer Übernahmesituation, stoßen diese Beschlüsse zunehmend auch in der Öffentlichkeit auf harsche Kritik.

### 2. Rechtsgrundlagen

Der Wortlaut des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG steht der beschriebenen Praxis nicht ohne Weiteres entgegen. Denn durch die vorzeitige Verlängerung bis zu wiederum höchstens fünf Jahren wird die durch § 84 AktG beschränkte Höchstdauer der Bestellung nicht überschritten. Im Gegenteil: Die Amtszeit wird auf diese Weise zunächst verkürzt und sodann wieder durch Aufsichtsratsbeschluss unter Beachtung der gesetzlichen Höchstdauer erneuert. Durch die sofortige Aufhebung der ursprünglichen Bestellung wird auch die Jahresfrist des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG nicht überschritten. Denn die ursprüngliche Bestellung endet spätestens zeitgleich mit dem Beschluss über die Wiederbestellung.

Für börsennotierte Aktiengesellschaften sieht Ziff. 5.1.2 des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) lediglich vor, dass eine vorzeitige Wiederbestellung des Vorstands nur bei Vorliegen besonderer Umstände erfolgen soll. Diese Regelung unterstellt somit die grundsätzliche Zulässigkeit der vorzeitigen Neubestellung.

### 3. Literatur

Das Bild in der Literatur ist unentschieden. Die neuere Literatur kommt wohl überwiegend zu dem Ergebnis, dass jedenfalls bei Vorliegen besonderer Umstände die vorzeitige Neubestellung mit § 84 AktG vereinbar sei. Die Regelung in Ziff. 5.1.2 DCGK beruht auf dieser Auffassung.

### 4. Rechtsprechung

Obwohl die nunmehr durch das OLG Zweibrücken (nachfolgend „OLG“) entschiedene Frage von großer praktischer Bedeutung ist, bestand bisher kaum Gelegenheit, sie gerichtlich klären zu lassen. Das OLG Hamm hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1991 die Zulässigkeit der vorzeitigen Verlängerung der Amtszeit ausdrücklich offen gelassen, zeigte hierfür aber durchaus Sympathien. Dem entgegen hat das AG Duisburg (NZI 2008, 621, 622) die vorzeitige Neubestellung als unzulässige vorsätzliche Umgehung des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG gewertet. Mit der Entscheidung des OLG Zweibrücken liegt nunmehr – soweit ersichtlich – die erste Berufungsentscheidung zu dieser Frage vor. Wie zuvor bereits das AG Duisburg gelangt das OLG zur Nichtigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses über die vorzeitige Neubestellung des Vorstands gem. § 134 BGB wegen Umgehung des gesetzlichen Verbotes des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Einen Tag vor der Hauptversammlung, in der der Aufsichtsrat neu gewählt werden sollte, beschloss der alte Aufsichtsrat die noch ca. drei bzw. vier Jahre laufende Amtszeit zweier Vorstände einvernehmlich aufzuheben und diese Vorstände erneut für die Dauer von fünf Jahren zu bestellen. Das OLG stellte die Nichtigkeit wegen Gesetzesumgehung fest, wobei es auf das Vorliegen besonderer Umstände entsprechend Ziff. 5.1.2 DCGK nicht ankäme. Das OLG stützt sich insbesondere darauf, dass eine verantwortliche Prüfung des Aufsichtsrats vor der Verlängerung der Amtszeit eines Vorstandsmitglieds voraussetze, dass dieses sich über einen gewissen Zeitraum bewährt habe. Damit – so das OLG – sei es unvereinbar, dass der Aufsichtsrat nach Belieben den Zeitpunkt der Neubestellung vorverlegen könne. Des Weiteren sieht das OLG die Gefahr, dass der nur einen Tag später gewählte neue Aufsichtsrat durch „vollendete Tatsachen“ gebunden werden sollte. Eine mögliche Ausnahme sieht das OLG nur für den Fall der Neubestellung bereits langjährig bewährter Vorstandsmitglieder. Da dies im entschiedenen Fall nicht so war, ließ das Gericht die Einzelheiten offen.

## 5. Kritik an der Entscheidung des OLG Zweibrücken

Es darf bezweifelt werden, dass mit der Entscheidung des OLG die offenen rechtlichen Fragen nunmehr geklärt sind. Die Begründung der Entscheidung wird in der Literatur angegriffen. Soweit das Gericht eine pflichtgemäße Entscheidung des Aufsichtsrats über die Neubestellung deswegen als gefährdet betrachtet, weil zur sachgerechten Beurteilung eine „Bewährungszeit“ für das Vorstandsmitglied zu verlangen sei, lässt sich das kaum aus § 84 AktG ableiten. Nach allgemeiner Auffassung regelt diese Vorschrift nur die Höchstdauer von fünf bzw. sechs Jahren, aber keine Mindestamtszeit. Offen blieb zudem, ob die Nichtigkeit nur den Beschluss über die (vorzeitige) Wiederbestellung erfasst oder entsprechend § 139 BGB auch

den Beschluss über die sofortige Aufhebung der laufenden Bestellung. In der ersten Alternative würde das Vorstandsmitglied ungewollt sofort aus dem Amt ausschieden. Das OLG scheint aber ohne weitere Begründung von der Gesamtnichtigkeit auszugehen. Damit bliebe zumindest die ursprüngliche Amtszeit trotz ihrer Aufhebung unangetastet.

Grundsätzlich stellt sich daher die Frage, ob die vom OLG angeführten Überlegungen zur generellen Unzulässigkeit wegen Umgehung des § 84 AktG führen können. Richtig erscheint es vielmehr, den von dem OLG zu Recht gesehenen Gefahren im Rahmen des pflichtgemäßen Verhaltens der Aufsichtsratsmitglieder zu begegnen. Beruht der Beschluss zur vorzeitigen Verlängerung der Amtszeit auf sachwidrigen, nicht im Interesse der Gesellschaft liegenden Erwägungen, kommt die Schadensersatzpflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats gem. §§ 116, 93 AktG in Frage. Über eine Schadensersatzpflicht hinaus könnte der Bestellungsbeschluss sodann unter dem Gesichtspunkt des rechtsmißbräuchlichen Verhaltens unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nichtig sein.

Praktische Bedeutung würde dies auch im Hinblick auf die Beweislastverteilung gewinnen. Danach müssten sich die Mitglieder des Aufsichtsrats zur Vermeidung einer Schadensersatzpflicht entlasten und nachweisen, dass sie die vorzeitige Neubestellung pflichtgemäß im Interesse der Gesellschaft beschlossen haben. Hierdurch alleine würde jedoch die Wirksamkeit des Bestellungsbeschlusses nicht berührt. Für die Frage, ob der Beschluss des Aufsichtsrats über die vorzeitige Neubestellung wegen rechtsmißbräuchlichen Verhaltens nichtig ist, wäre sodann der jeweilige Kläger, der sich auf die Rechtsmißbräuchlichkeit beruft, darlegungs- und beweispflichtig.

## 6. Praxishinweis

Bis zur endgültigen Entscheidung des BGH ist der Praxis zu raten, sich an der Entscheidung des OLG Zweibrücken zu orientieren. Von vorzeitigen Neubestellungen sollte daher vorsorglich generell Abstand genommen werden. Allenfalls bei der Verlängerung der Amtszeit langjährig bewährter Vorstandsmitglieder könnte bei Vorliegen besonderer Umstände im Interesse der Gesellschaft etwas Anderes gelten. In jedem Fall sollte der Aufsichtsrat aus Nachweisgründen die besonderen Umstände, auf denen eine etwaige vorzeitige Neubestellung gründet, belegen und in seinen Beschluss aufnehmen.

Dr. Joern Christian Nissen

## Aktuelle Änderungen im Umwandlungsrecht

Am 15. Juli 2011 trat das Dritte Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 11. Juli 2011 in Kraft (BGBl I, 2011, 1338 ff.). Es dient der Umsetzung einer EU-Richtlinie von 2009 (RL 2009/109/EG), die Neuregelungen für die Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen unter Beteiligung von Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung erfasst. Das deutsche Änderungsgesetz schafft im Wesentlichen formelle Erleichterungen bei der Umwandlung von Unternehmen. Aus Sicht der Beratungspraxis sind vor allem nachfolgende Änderungen von besonderer Bedeutung.

### 1. Wegfall von Berichts- und Beschlusspflichten

Das Änderungsgesetz schafft insbesondere Erleichterungen im Bereich der Berichts- und Beschlusspflichten bei der Verschmelzung und Spaltung von Gesellschaften. Entsprechend den europarechtlichen Vorgaben hat bei Aktiengesellschaften die Unterrichtung über die Veränderungen der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft, die seit dem Abschluss des Verschmelzungsvertrages eingetreten sind, in der Hauptversammlung zu erfolgen, vgl. § 64 Abs. 1 UmwG. Dies gilt nach der Verweisung in § 125 Satz 1 UmwG ebenso für Spaltungen. Der Bericht über die Vermögensveränderungen ist nicht erforderlich, wenn alle Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger auf seine Erstattung verzichten oder sich alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden, vgl. § 64 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. § 8 Abs. 3 UmwG.

Auch das Erfordernis eines Verschmelzungsbeschlusses des Anteilsinhabers entfällt, wenn das gesamte Stamm- oder Grundkapital einer übertragenden Kapitalgesellschaft in der Hand einer übernehmenden Aktiengesellschaft ist, vgl. § 62 Abs. 4 Satz 1 UmwG. In dieser Konstellation ist auch ein Verschmelzungsbericht entbeh-

lich. Nach bisherigem Recht stellte sich insbesondere der Verschmelzungsbericht des Alleingeschafters oftmals als reine Förmlichkeit dar. Der Ablauf wird damit erheblich vereinfacht.

### 2. Elektronische Informations- und Kommunikationsmöglichkeiten

Eine Erleichterung erfolgte ebenso im Hinblick auf mögliche Informations- und Kommunikationsformen. Mit dem Änderungsgesetz ergänzt der deutsche Gesetzgeber die schon mit dem Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) (BGBl I, 2009, 2479. eingeführte Möglichkeit bestimmte Unterlagen über das Internet abrufen zu können. Bei einer Konzernverschmelzung können Unterlagen mit Einwilligung des Aktionärs künftig auch in elektronischer Form eines druckfähigen Dateiformats als Anhang einer E-Mail versandt werden, vgl. § 62 Abs. 3 Satz 7, § 63 Abs. 3 Satz 2 UmwG. Dies gilt über den Verweis in § 125 Satz 1 UmwG auch bei der Spaltung unter Beteiligung von Aktiengesellschaften.

Letztlich wird auch eine weitere Erleichterung bei der Unterrichtung der Aktionäre geschaffen, indem § 230 Abs. 2 Satz 3 UmwG nunmehr vorsieht, dass auch der Umwandlungsbericht dem Aktionär und dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen persönlich haftenden Gesellschafter mit Einwilligung auf dem Wege elektronischer Kommunikation übermittelt werden kann. Diese Änderungen ermöglichen sowohl eine vereinfachte Vorbereitung der Hauptverhandlung durch Beschleunigung der Kommunikationsprozesse als auch die Vermeidung damit einhergehender Kosten.

### 3. Einlagenprüfung durch Verschmelzungsprüfer möglich

Einsparungen sind künftig auch im Bereich der Einlagenprüfung möglich. Die Verschmelzung kann mit einer Kapitalerhöhung gemäß § 69 UmwG verbunden sein. Besondere Risiken bestehen bei einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen. Nunmehr kann der Verschmelzungsprüfer auch zum Prüfer hinsichtlich der Sacheinlage bestellt werden, wenn die Gründung der Aktiengesellschaft oder die Kapitalerhöhung im Zusammenhang mit der Verschmelzung oder Spaltung stehen, vgl. § 69 Abs. 1 Satz 4 und § 75 Abs. 1 Satz 2 UmwG. Diese Neuregelung ermöglicht eine erhebliche Kostenreduzierung und Effizienzsteigerung.

### 4. Vereinfachung sonstiger Formvorschriften

Eine weitere Maßnahmen zur Vereinfachung der Vorbereitung der Hauptversammlung enthält der neue § 63 Abs. 2 UmwG, der künftig die Notwendigkeit der Aufstellung einer Zwischenbilanz entfallen lässt, wenn die Gesellschaft einen Halbjahresfinanzbericht gem. § 37 w des Wertpapierhandelsgesetzes veröffentlicht hat. Der Halbjahresfinanzbericht tritt zum Zwecke der Vorbereitung der Hauptversammlung an die Stelle der Zwischenbilanz. Hierdurch können ebenso Kosten gespart werden.

Im Zuge der Änderungen des Umwandlungsgesetzes wurde auch die infolge des neuen § 40 GmbHG überflüssig gewordene Formvorschrift des § 52 Abs. 2 UmwG gestrichen. Bei einer Verschmelzung obliegt die Aktualisierung der Gesellschafterliste somit dem Notar und begründet keine zusätzliche Pflicht des Geschäftsführers.

### 5. Verschmelzungsrechtlicher Squeeze-out

Eine wesentliche Änderung erfolgte im Hinblick auf den sog. Squeeze-out bei Konzernverschmelzungen. Dieser bezeichnet die für Mehrheitsaktionäre bestehende Möglichkeit, Minderheitsaktionäre mittels einer Barabfindung aus der Gesellschaft auszuschließen. Dies ist in Deutschland grundsätzlich ab einer Mehrheitsbeteiligung von 95 Prozent möglich, vgl. § 327 a AktG. Nach § 62 Abs. 5 UmwG können Minderheitsaktionäre nunmehr bereits bei einer Verschmelzung der 90-prozentigen Tochter auf die Muttergesellschaft ausgeschlossen werden, wenn der Squeeze-out in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Verschmelzung erfolgt. Von einer grundsätzlichen Abstufung der notwendigen Beteiligungsquote auf 90 Prozent wurde jedoch abgesehen. Der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf müssen gemäß § 62 Abs. 5 Satz 5 UmwG einen Hinweis über den beabsichtigten Ausschluss enthalten und neben den in § 327 a Abs. 1 Satz 1 AktG genannten Unterlagen zur Hauptversammlung ausgelegt werden. Der Squeeze-out-Beschluss muss innerhalb von drei Monaten nach Abschluss des Verschmelzungsvertrags gefasst werden.

Eine Möglichkeit für das Registergericht zu überprüfen, ob die dem Squeeze-out-Beschluss nachfolgende Verschmelzung tatsächlich zur Eintragung kommt gibt es jedoch nicht. Fälle, in denen ein Verschmelzungsvertrag nur zum Schein geschlossen wird, um einen Squeeze-out bereits bei einer Beteiligungsquote der Muttergesellschaft von 90 Prozent zu erreichen, können mithin nicht erfasst werden. § 62 Abs. 7 UmwG sieht daher eine registerrechtliche Lösung vor, um Missbrauch zu vermeiden: Der Übertragungsbeschluss muss mit einem Vermerk eingetragen werden, wonach der Ausschluss der Minderheitsaktionäre erst mit der Eintragung der Verschmelzung im Register des Sitzes der übernehmenden Aktiengesellschaft erfolgt. Mit der Eintragung wird die Verschmelzung wirksam und alle Aktien der Minderheitsaktionäre gehen auf die



übernehmende Aktiengesellschaft über. Die Eintragung des Squeeze-out hat somit bis zur letzten erforderlichen Eintragung nur eine Warnfunktion und eröffnet noch nicht den Anwendungsbereich von Vorschriften, die bei Vorliegen einer 100-prozentigen Beteiligung bestimmte Erleichterungen vorsehen (so beispielsweise § 5 Abs. 2, § 8 Abs. 3, § 9 Abs. 2, § 122 c Abs. 3, § 122 g Abs. 2 UmwG).

Soweit der Ausschluss der Minderheitsaktionäre nach den besonderen Voraussetzungen des § 62 Abs. 5 UmwG beschlossen und der Beschluss mit einem entsprechenden Hinweisvermerk eingetragen wurde, entfällt auch das Erfordernis eines Zustimmungsbeschlusses der Tochtergesellschaft zu der erfolgten Verschmelzung, vgl. § 62 Abs. 4 Satz 3 UmwG.

## Fazit

Der bisher mit Konzernverschmelzungen und -spaltungen verbundene Verwaltungsaufwand wurde häufig als umständlich und aufwendig empfunden. Die durch Entwicklungen des europäischen Rechts veranlassten Neuerungen des Umwandlungsgesetzes eröffnen interessante Gestaltungsmöglichkeiten für betroffene Unternehmen. Mit dem Änderungsgesetz ist der deutsche Gesetzgeber kurz nach Ablauf der Umsetzungsfrist zum 30. Juni 2011 dem Ziel der Änderungsrichtlinie gerecht geworden, die Verwaltungslasten der in der Europäischen Union ansässigen Unternehmen zu reduzieren. Unternehmen werden von einigen bürokratischen Hürden befreit, wodurch sich der Aufwand und die Kosten einer Umwandlung in bestimmten Fällen verringern. Zugleich bleiben die Informationsinteressen der von einer Umwandlung betroffenen Parteien geschützt.

Dr. Thomas Winkemann



## Literaturhinweise:

Neye/Kraft, „Neuigkeiten beim Umwandlungsrecht“, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 18/20011, Satz 681 ff.

Ausmann, „Der verschmelzungsrechtliche Squeeze-out nach dem 3. UmwÄndG 2011“, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 18/20011, Satz 684 ff.

Schmittmann, „Drittes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes“, in: Wirtschafts- und Steuerrecht, Ausgabe 005/2011.

## Compliance Handlungsbedarf durch den UK Bribery Act?

Zum 1. Juli 2011 ist der UK Bribery Act 2010 („Bribery Act“), das wohl schärfste Antikorruptionsgesetz der Welt, in Kraft getreten. Aufgrund des weiten extritorialen Anwendungsbereichs des Bribery Acts sind auch deutsche Unternehmen aufgefordert, ihr Compliance-Management zu überprüfen und gegebenenfalls an die Anforderungen des Bribery Acts anzupassen.

Der Bribery Act enthält Regelungen zur Haftung von natürlichen Personen und einen gesonderten Haftungsbestand für Unternehmen. Nach dem Bribery Act kann ein Unternehmen mit einer Geldbuße in unbegrenzter Höhe belegt werden, wenn es eine aktive Bestechung einer mit ihr assoziierten Person (associated person) nicht verhindert hat. Der Begriff der assoziierten Person wird sehr weit ausgelegt und beschränkt sich nicht nur auf Mitarbeiter des Unternehmens. Grundsätzlich kann jede natürliche oder juristische Person, die Dienste für oder im Namen des Unternehmens erbringt, zum Kreis der assoziierten Personen gehören. Für eine Haftung ist es ausreichend, wenn das Unternehmen zumindest auch eine geschäftliche Beziehung zu Großbritannien hat. Nach dem Wortlaut des Bribery Acts ist es dagegen nicht erforderlich, dass die Bestechung selbst einen Bezug zu Großbritannien aufweist.

Als einzige Entlastungsmöglichkeit für das Unternehmen sieht der Bribery Act vor, dass das Unternehmen angemessene Maßnahmen („adequate procedures“) zur Korruptionsprävention getroffen hat. Das Unternehmen muss nachweisen, dass es sich bei dem Bestechungsfall um einen Ausreißer handelt, der trotz eines angemessenen und effektiven Compliance-Managements im Unternehmen nicht verhindert werden konnte.

Aus diesem Anlass soll kurz erörtert werden, was sich hinter dem Begriff Compliance verbirgt, wen sie betrifft und welche grundsätzlichen Schritte zur Errichtung eines effektiven Compliance-Managements erforderlich sind.

### Was ist Compliance?

Der Begriff Compliance wurde aus der angelsächsischen Rechtsterminologie in das deutsche Wirtschaftsrecht übernommen. Compliance bedeutet nicht mehr und nicht weniger als die Einhaltung von gesetzlichen Pflichten (Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht), vertraglichen Pflichten (sämtliche Verträge mit Dritten, Gesellschaftsverträge) und unternehmensinternen Richtlinien. Unter dem Schlagwort Compliance wird im Schwerpunkt die Frage diskutiert, wie die Einhaltung dieser Regelungen im Unternehmen in angemessener und effektiver Weise sichergestellt werden kann.

Compliance betrifft somit nicht nur Fälle von Korruption. Neben dem Korruptionsrecht spielt das Kartellrecht aufgrund der hohen Strafen für die Unternehmen eine herausgehobene Rolle in der Compliance Diskussion. So haben beispielsweise die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt allein im Jahr 2010 wegen Kartellrechtsverstößen Bußgelder gegen Unternehmen in Höhe von EUR 3 Mrd. bzw. EUR 265 Mio. verhängt. Aber auch in anderen Bereichen wie zum Beispiel IT-Sicherheit/Datenschutz, Arbeitsrecht, Insolvenzrecht, Gesellschaftsrecht und Steuerrecht können Rechtsverstöße zu enormen Schäden für das Unternehmen und die Mitarbeiter führen. Hinzu kommen je nach Tätigkeitsgebiet des Unternehmens Bereiche wie Börsen- und Kapitalmarktrecht, Produkthaftung, Lebensmittel- oder Medizinrecht.

Compliance erfüllt keinen Selbstzweck, sondern dient der Vermeidung von Schäden für das Unternehmen und seine Mitarbeiter.

### Wen betrifft Compliance?

Compliance betrifft nicht nur Konzerne und börsennotierte Unternehmen, sondern sämtliche Teilnehmer am

Wirtschaftsverkehr und somit auch den Mittelstand, kleine Unternehmen und Unternehmen der öffentlichen Hand. In Deutschland gibt es keine gesonderte ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung für ein Unternehmen, ein Compliance-Management einzurichten. Aufgrund der hohen – teilweise existenzgefährdenden – Sanktionen von Rechtsverstößen, kann es sich jedoch kein Unternehmen leisten, gänzlich auf ein Compliance-Management zu verzichten. Konzerne und Großunternehmen haben nicht nur eigene Compliance-Standards entwickelt, sondern prüfen auch die Compliance-Standards ihrer Vertragspartner (z. B. von Zulieferunternehmen). Dies wird sich durch den Bribery Act und die weitgehende Haftung für assoziierte Personen noch verstärken.

## Was ist zu tun?

Der erste und entscheidende Schritt Schäden wegen Compliance-Verstößen zu vermeiden, ist die Identifikation und Bewertung der wesentlichen Risiken für das Unternehmen und die Mitarbeiter. Bei der Risikoanalyse sind die Risiken in Bezug auf ihre Eintrittswahrscheinlichkeit und ihre möglichen Folgen zu bewerten. Im Zusammenspiel mit der Identifizierung der Risiken sind die Ziele des Compliance-Managements festzulegen. Die Risikoanalyse sollte unter Einbeziehung von Experten aus den jeweiligen Rechtsgebieten erfolgen. Für die Identifizierung und Bewertung von Risiken ist es meist zweckmäßig, Mitarbeiterbefragungen und/oder unternehmensinterne Audits durchzuführen.

In einem zweiten Schritt sind anhand der ermittelten Risiken und festgelegten Compliance-Ziele eine effiziente Compliance-Organisation und ein Compliance-Programm zu erstellen und zu implementieren. Das Programm und die Organisation sind auf die individuellen Risiken und Ziele des Unternehmens zuzuschneiden und können auf bestimmte Rechtsgebiete, Länder

oder Betriebseinheiten (z.B. Einkauf oder Vertrieb) fokussiert werden.

Eine für alle Unternehmen passende Compliance-Organisation gibt es nicht. Jedoch sind bestimmte Grundelemente für den Erfolg eines jeden Compliance-Managements unverzichtbar: Entscheidend für die Wirksamkeit eines Compliance-Managements ist die Compliance-Kultur in einem Unternehmen. Der wesentliche Einflussfaktor ist hier die Grundeinstellung und die Verhaltensweisen des Managements („Tone from the Top“). Wesentlicher Bestandteil eines Compliance-Management-Systems ist ferner eine effektive Kommunikation. Die Mitarbeiter müssen über die Risiken von Verstößen und über das Compliance-Management-System informiert sein sowie die Verantwortlichkeiten kennen. Mit welchen Mitteln (Mitarbeiterschulungen, Online-Trainingsprogramme, Leitfäden etc.) die Informationsvermittlung am effizientesten erfolgt, ist vom Einzelfall abhängig. Ferner müssen die Berichtswege für Compliance-Risiken und für Hinweise auf Regelverstöße festgelegt werden.

Jedenfalls bei größeren Unternehmen gehört die Einrichtung einer Whistleblower-Hotline als Kommunikationsweg zur Standardeinrichtung eines effektiven Compliance-Managements. Die Grundprinzipien eines Compliance-Managements sind in einer Vielzahl von Publikationen erörtert und beschrieben. Hier soll lediglich auf den im April 2011 veröffentlichten Prüfungsstandard des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) zur Überprüfung von Compliance-Management-Systemen (IDW PS 980) und auf die Leitlinien des englischen Justizministeriums zum Bribery Act (abrufbar unter: [www.justice.gov.uk/guidance/docs/bribery-act-2010-guidance.pdf](http://www.justice.gov.uk/guidance/docs/bribery-act-2010-guidance.pdf)) verwiesen werden.

Schließlich ist in einem dritten Schritt das Compliance-Management zu überwachen und laufend auf Angemessenheit und Wirksamkeit zu überprüfen. Voraussetzung

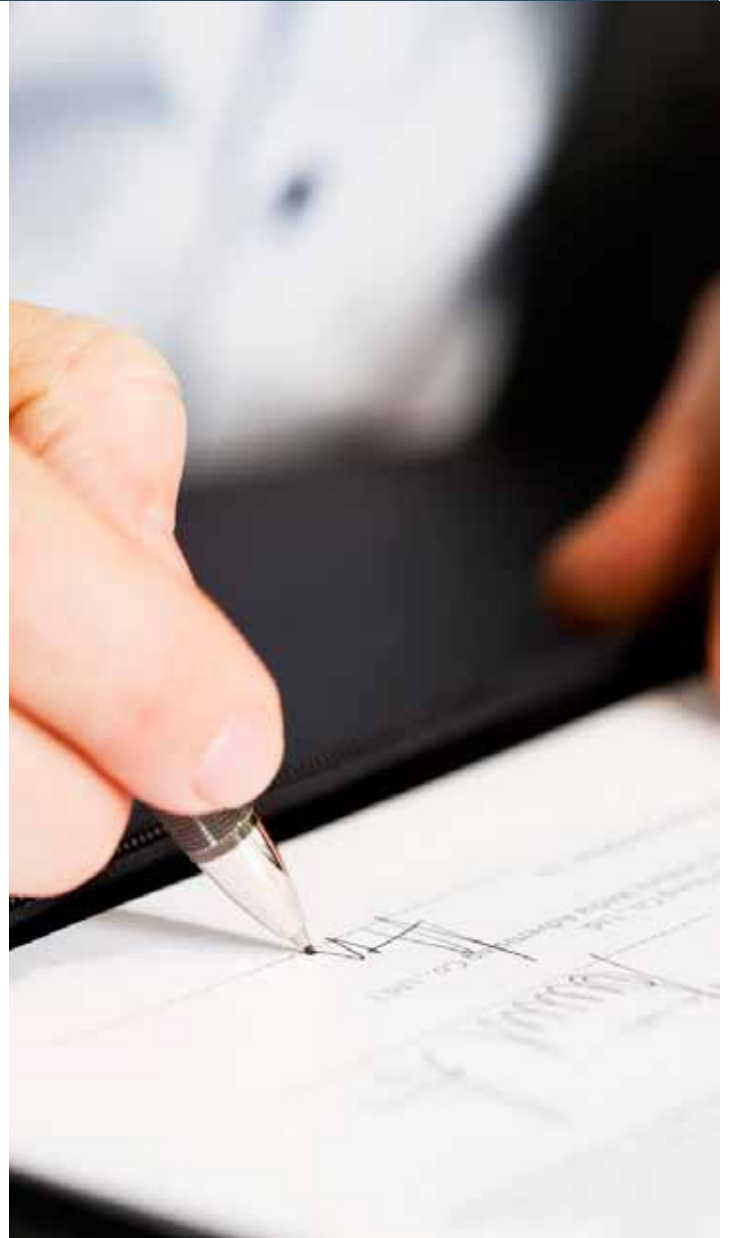
hierfür ist eine ausreichende Dokumentation sowie die Berichterstattung von Schwachstellen und Verstößen. Das Management des Unternehmens trägt die Verantwortung für die Compliance-Überwachung und die ständige Verbesserung des Compliance-Managements.

## Fazit

Compliance ist keine Modeerscheinung. Ein effizientes Compliance-Management führt zur Risikominimierung und kann dazu beitragen, erhebliche Schäden von dem Unternehmen und seinen Mitarbeiter abzuwenden. Der wesentliche Schritt zu Einführung eines effektiven Compliance-Managements ist die Identifizierung und Bewertung der Risiken.

Der Bribery Act wird die Tendenz verstärken, dass internationale Unternehmen von ihren Geschäftspartnern den Nachweis über Compliance Maßnahmen in deren Unternehmen verlangen. Ein Compliance-Management dient daher nicht nur zur Verhinderung von Risiken, sondern es kann auch als Marketing Instrument eingesetzt werden.

Dr. Christian Bürger



**Compliance ist keine  
Modeerscheinung.  
Ein effizientes Compliance-  
Management führt zur  
Risikominimierung und  
kann dazu beitragen,  
erhebliche Schäden von  
dem Unternehmen  
und seinen Mitarbeiter  
abzuwenden**

## Inhaltsverzeichnis

- 2 Prospekthaftung im Spannungsfeld von Unternehmenswohl und unzulässiger Einlagenrückgewähr  
– Zur Telekom/KfW-Entscheidung des BGH
- 4 Zulässigkeit der vorzeitigen Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern (OLG Zweibrücken, Urteil vom  
03.02.2011, 4 U 76/10, NZG 2011, S. 433)
- 7 Aktuelle Änderungen im Umwandlungsrecht
- 10 Compliance – Handlungsbedarf durch den UK Bribery Act?

Dieser Newsletter wurde nach bestem Wissen und Gewissen, jedoch als generelle Leitlinie erstellt und kann nicht die Beratung im Einzelfall ersetzen. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden. Sollten Sie den Bezug dieses Newsletters nicht mehr wünschen, bitten wir um entsprechende Mitteilung per E-Mail an [klang@goerg.de](mailto:klang@goerg.de).

## Unsere Standorte und Ansprechpartner

### GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten

#### BERLIN

Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin

- Dr. Roland Hoffmann-Theinert, [rhoffmann-theinert@goerg.de](mailto:rhoffmann-theinert@goerg.de) / Tel +49 30 884503-112
- Dr. Thomas Winkemann, [twinkemann@goerg.de](mailto:twinkemann@goerg.de) / Tel +49 30 884503-180

#### ESSEN

Alfredstraße 220, 45131 Essen

- Dr. Joern Christian Nissen, [jnissen@goerg.de](mailto:jnissen@goerg.de) / Tel +49 201 38444-341

#### FRANKFURT AM MAIN

Neue Mainzer Straße 69–75, 60311 Frankfurt am Main

- Dr. Werner Mielke, [wmielke@goerg.de](mailto:wmielke@goerg.de) / Tel +49 69 170000-190

#### KÖLN

Sachsenring 81, 50677 Köln

- Dr. Oliver Wilken, [owilken@goerg.de](mailto:owilken@goerg.de) / Tel +49 221 33660-674
- Dr. Christian Bürger, [cbuerger@goerg.de](mailto:cbuerger@goerg.de) / Tel +49 221 33660-608

#### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München

- Dr. Christian Becker, [cbecker@goerg.de](mailto:cbecker@goerg.de) / Tel +49 89 3090667-39