

Februar 2007

Corporate Newsletter

In dieser Ausgabe

- 2 Anpassungsbedarf bei Angaben in geschäftlichen E-Mails ab 1. Januar 2007
- 4 Europäische Aktiengesellschaft - Erfahrungen der Praxis
- 7 Haftungsrisiken aus Patronatserklärungen in der Insolvenz der Tochtergesellschaft
- 10 Neuerungen des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister (EHUG)
- 15 Der Umfang der Unterrichtungspflichten beim Betriebsübergang
- 17 Offenlegung von „Change of Control“-Klauseln im Konzern- und Jahresabschluss
- 21 Kein abgestimmtes Verhalten bei der Wahl eines Aufsichtsratsvorsitzenden

Der Lovells Corporate Newsletter informiert in kompakter Form über Trends und aktuelle Ereignisse in allen Bereichen des Gesellschaftsrechts und M&A.

Dieser Newsletter ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Für Ihre konkreten Fälle dürfen Sie sich nicht auf die hier enthaltenen Angaben verlassen, da wir insoweit keine Haftung übernehmen.

Wenn Sie nähere Informationen zu den behandelten Fragen benötigen, so erhalten Sie diese von Ihrem Lovells-Anwalt, der Sie berät, oder bei den auf der letzten Seite genannten Ansprechpartnern.

Wenn Sie uns noch nicht kennen: Testen Sie uns!
Wir freuen uns auf Sie.

Ihre Corporate-Redaktion
CorporateNewsletterGermany@lovells.com

Der Corporate Newsletter ist auch als E-Mail-Newsletter erhältlich. Falls Sie den Newsletter nicht mehr erhalten möchten, teilen Sie uns dies bitte mit.

Der Corporate Newsletter wird herausgegeben von
Lovells, Praxisgruppe Corporate Deutschland.
Praxisgruppenleiter:
Dr. Michael Witzel,
München
Redaktion und Vi.S.d.P.:
Dr. Michael Witzel,
Lovells München
Karl-Scharnagl-Ring 5, 80539 München
Produktion: Tramsen Media - www.tramsen.de

Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

die geschäftliche Korrespondenz wird mehr und mehr elektronisch durchgeführt. Dementsprechend hat der Gesetzgeber ab dem 1. Januar 2007 die für „normale“ Geschäftsbriefe erforderlichen Angaben auch für geschäftliche E-Mails verbindlich vorgeschrieben. Bei der Frage, ob bei Ihnen im Hause insofern Handlungsbedarf besteht, hilft Ihnen sicher der diesbezügliche Artikel in unserem aktuellen Newsletter.

Der Beitrag unseres Partners Dr. Philipp Grzimek zieht ein Resümee zur Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea, SE) seit Einführung dieser Rechtsform und stellt anhand von Praxisbeispielen die Beweggründe für die Gründung einer SE dar.

Wie aktuelle Vorgänge zeigen, kann auf die Belehrung von Mitarbeitern im Rahmen von Asset Deals nicht genug Sorgfalt verwandt werden. Unsere Kollegin Dr. Kerstin Schmidt bringt Sie mit Ihrem Artikel auf den aktuellen Stand der Diskussion.

Daneben gibt es wieder eine Reihe von aktuellen Urteilsbesprechungen, die sicher auch Ihr Interesse finden.

Sofern Sie an weiteren, kostenlosen e-Newslettern zu Arbeitsrecht, Intellectual Property (IP), Immobilienrecht, E-Commerce, IT und Medien von Lovells interessiert sind, finden Sie ein entsprechendes Anforderungsformular auf Seite 23.

Wir wünschen eine anregende Lektüre.

Ihr Lovells Corporate Team

Anpassungsbedarf bei Angaben in geschäftlichen E-Mails ab 1. Januar 2007

Seit dem 1. Januar 2007 müssen die für „normale“ Geschäftsbriefe erforderlichen Angaben wie Rechtsform, Sitz, Registergericht und Handelsregisternummer auch in geschäftlichen E-Mails einer AG, GmbH und GmbH & Co KG enthalten sein.

Dies wurde durch Art. 10 Nr. 3, Art. 9 Nr. 5 des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) klargestellt. Diese Vorschriften ergänzen § 35 a des GmbH-Gesetzes (GmbHG) und § 80 des Aktiengesetzes (AktG) dahingehend, dass die dort genannten Angaben auf allen „Geschäftsbriefen, gleichviel welcher Form“ enthalten sein müssen. Nach Auffassung von Teilen der Literatur wurde bereits die alte Fassung des § 35 a GmbHG und § 80 AktG so verstanden, dass die Angaben auch in E-Mails enthalten sein müssen. Mit der Ergänzung des Wortlauts ist die Rechtslage jetzt eindeutig.

„Geschäftsbriefe“ umfassen den gesamten externen Schriftverkehr mit individuellen Adressaten, und zwar auch solche an verbundene Unternehmen. Auch Rundmails fallen hierunter, wenn diese nicht anonym erfolgen, sondern individuell adressiert sind. Letzteres dürfte bei E-Mails schon deshalb der Fall sein, weil sie an bestimmte Empfängeradressen gerichtet sind. Keine Geschäftsbriefe stellen etwa interner Schriftwechsel zwischen einzelnen Abteilungen, ferner Schriftverkehr mit Gesellschaftern, der nur die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen betrifft, dar.

Im Ergebnis ist daher zu empfehlen, die Signaturen in geschäftlichen E-Mails generell entsprechend anzupassen. Die nunmehr auch in E-Mails erforderlichen Angaben ergeben sich aus § 35 a GmbHG bzw.

§ 80 AktG und umfassen:

- die Rechtsform und Sitz der Gesellschaft,
- das Registergericht des Sitzes der Gesellschaft und die Nummer, unter der die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist.

Bei GmbHs sind zusätzlich anzugeben:

- alle Geschäftsführer und
- sofern die Gesellschaft einen Aufsichtsrat gebildet und dieser einen Vorsitzenden hat, der Vorsitzende des Aufsichtsrats mit dem Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen.

Bei AGs verlangen die Vorschriften zusätzlich:

- die Vorstandsmitglieder und
- der Vorsitzende des Aufsichtsrats mit dem Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen. Der Vorsitzende des Vorstands ist als solcher zu bezeichnen.

Ähnliche Bestimmungen wie für die GmbH und AG gelten auch für E-Mails von Kaufleuten, Personenhandlungsgesellschaften, Genossenschaften oder der Societas Europaea. Auch hier hat das EHUG eine Klarstellung vorgenommen.

Die Angaben müssen so dargestellt sein, dass sie leicht erkennbar sind. Schriftgröße und Farbe dürfen nicht so gewählt werden, dass man den Text am Bildschirm nicht mehr lesen kann. Auch sollten die Angaben in der E-Mail selbst enthalten und nicht in Anhängen – z.B. einer beigefügten Visitenkarte (z.B. vCard in Microsoft Outlook) – versteckt sein.

Sollten die Angaben in E-Mails fehlen, droht im schlimmsten Fall eine Rechtsscheinhaftung. Hat etwa der kontrahierende Vertragspartner die wahren gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse nicht gekannt und auch nicht kennen müssen und seine Leistung daher im Vertrauen auf eine unbeschränkte Haftung der Gesellschafter erbracht hat, so besteht die Gefahr, dass sich die Gesellschaft und ihre Gesellschafter daran festhalten lassen müssen. Dies kann etwa zur Folge haben, dass die Haftungsprivilegierung der Kapitalgesellschaft nicht zur Anwendung kommt und die Gesellschafter persönlich und unbeschränkt haften.

Befolgen Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglieder die Angabepflicht nicht, drohen zudem Bußgelder von bis zu € 5.000,-.

Entwarnung dürfte dagegen in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht gegeben werden können. Da § 35 a GmbH, § 80 AktG als reine Ordnungsvorschriften angesehen werden, liegt bei fehlenden Angaben wohl keine unlautere Wettbewerbshandlung im Sinne des § 3 UWG vor, gegen die Konkurrenten vorgehen könnten. Dennoch können Verstöße (unberechtigte) Abmahnungen zur Folge haben, die Kapazitäten binden und dem Ansehen des Unternehmens schaden können.



Thomas Helbing
thomas.helbing@lovells.com

Bei Fragen zur E-Mail-Policy, zu rechtlichen Aspekten der Website-Gestaltung oder anderen IT-rechtlichen oder Internet-bezogener Problemstellungen steht Ihnen unsere TMT (Technologie - Medien - Telekommunikation) Praxisgruppe gerne zur Verfügung.

*Kontakt: Dr. Wolfgang Büchner, München,
wolfgang.buechner@lovells.com.*

Europäische Aktiengesellschaft – Erfahrungen der Praxis

Seit Herbst 2004 steht Unternehmen in sämtlichen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraums die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea, SE) zur Verfügung. Der Durchbruch im europäischen Gesetzgebungsverfahren im Jahr 2000 wurde zunächst noch euphorisch kommentiert („Wunder von Nizza“), weil erstmals eine rechtliche Gestaltungsmöglichkeit geschaffen wurde, die grenzüberschreitende Strukturmaßnahmen wie Verschmelzungen und Sitzverlegungen zuließ. Jedoch wurde schon im Vorfeld des Inkrafttretens der entsprechenden Regelungen auf europäischer und einzelstaatlicher Ebene deutlich, dass die neue Rechtsform eine Reihe von Merkmalen aufweist, welche den Unternehmen sowohl bei konzerninternen Restrukturierungen als auch bei Unternehmenszusammenschlüssen - jedenfalls auf den ersten Blick - den Schritt zur SE nicht gerade erleichtern.

Schnell wurde dabei klar: Einen Erfolg für die SE konnte und kann es nur dann geben, wenn durch den Einsatz dieser Rechtsform greifbare rechtliche und/oder betriebswirtschaftliche Vorteile für die Unternehmen entstehen, die den Aufwand im Zusammenhang mit der Gründung der SE rechtfertigen. Der Marketingaspekt einer transnationalen Rechtsform, die etwa bestehende nationale Befindlichkeiten europaweit agierender Konzerne ebnen könnte, reichte den Unternehmen hierfür jedenfalls nicht aus.

Diese Vorteile können unter anderem in der Vereinfachung der Struktur der Unternehmensleitung (Größe und Besetzung des Aufsichtsrates, Wechsel vom dualistischen Verwaltungssystem mit Vorstand und Aufsichtsrat hin zum so genannten „monistischen“ Board System) bestehen oder auch in den vielfältigen Möglichkeiten zu einer flexibleren Gestaltung der Arbeitnehmerbeteiligung auf Betriebs- und Unternehmensebene. Hinzu kommt, dass Verschmelzungen von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsordnungen

ohnein erstmals mit Schaffung der supranationalen Rechtsform „Europäische Aktiengesellschaft“ möglich waren. Dieser letztgenannte Aspekt wird allerdings mittelfristig als Argument für die SE entfallen, sobald die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften bis spätestens Ende 2007 europaweit umgesetzt sein wird, und damit auch die Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften oder GmbHs ohne Gründung einer SE möglich sein wird.

Bislang haben in Deutschland vier börsennotierte Unternehmen den Weg einer SE-Gründung beschritten, entweder selbst als Konzernobergesellschaft oder in Bezug auf einen Teilkonzern. Nachfolgend beleuchten wir kurz, welche Gründe dabei jeweils eine Rolle gespielt haben:

ALLIANZ

Das bislang bekannteste Unternehmen – und einziges aus dem EuroStoxx 50 Index –, welches den Schritt zur Gründung einer SE unternommen hat, ist die Allianz. Am 11. September 2005 teilte die Allianz AG mit, mit ihrer italienischen Tochtergesellschaft Riunione Adriatica di Sicurtà S.p.A. (RAS) zu verschmelzen und dabei die neue Rechtsform der SE anzunehmen.

Einer der Hauptgründe für diese Verschmelzung war die Vereinfachung der Konzernstruktur durch die vollständige Integration der RAS. Nur durch die Gründung einer SE ist derzeit innerhalb Europas die Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zweier Gesellschaften verschiedener Rechtsordnungen möglich. Dies führte auch dazu, dass eine Reihe von Beteiligungsgesellschaften der RAS in wichtigen europäischen Kernmärkten wie Österreich, Schweiz und Spanien nunmehr direkt der Allianz untergeordnet sind, eine Zwischenebene im Konzern also entfällt. Gleichzeitig stellt sich die Allianz nach eigener Aussage auf diese Weise als einer der führenden Finanzdienstleister Europas auf und untermauert diese Position

auch auf den Kurszetteln sichtbar durch die Ersetzung des nationalen Rechtsformzusatzes „AG“ durch die übernationale „SE“.

Die wesentlichen Verwaltungsstrukturen der Allianz als Aktiengesellschaft nach deutschem Recht, nämlich das zweistufige System der Unternehmensleitung (Vorstand, Aufsichtsrat) und die paritätische Besetzung des Aufsichtsrates mit Vertretern der Arbeitnehmer sind bei der Gründung der Allianz SE nicht berührt worden. Eine Gestaltungsmöglichkeit, derer sich die Allianz bedient hat, ist jedoch die Verkleinerung dieses Organs. Das vor der Verschmelzung auf die Allianz AG anwendbare deutsche Mitbestimmungsrecht schreibt eine Besetzung des Aufsichtsrats mit zwanzig Mitgliedern vor, von denen zehn Vertreter der Arbeitnehmer sind. Der Aufsichtsrat der Allianz SE ist demgegenüber auf zwölf Mitglieder reduziert worden mit sechs Arbeitnehmervertretern. Diese Reduzierung ist möglich, da die Größe des Aufsichts- und des Leitungsorgans in der Satzung innerhalb der Grenzen des deutschen SE-Ausführungsgesetzes festgelegt werden kann. Für das Aufsichtsorgan sind dort lediglich die Mindestanzahl von drei Mitgliedern und vom Grundkapital abhängige Höchstgrenzen festgelegt worden. Von der Reduzierung der Mitgliederzahl verspricht man sich insbesondere eine größere Effizienz der Arbeit des Aufsichtsrats.

Eine weitere Änderung im Aufsichtsrat betrifft die Besetzung der Arbeitnehmerbank, auf die nunmehr auch Vertreter der außerhalb Deutschlands beschäftigten Arbeitnehmer gewählt wurden.

Der zeitliche Ablauf der SE-Gründung war nicht nur durch die gesellschaftsrechtliche Restrukturierung, sondern auch durch diverse parallel durchgeführte interne Strukturmaßnahmen in der Allianz-Gruppe bestimmt. Im Februar 2006 stimmten die Aktionäre der RAS und der Allianz auf ihren jeweiligen Hauptversammlungen dem Verschmelzungsplan zu. Parallel dazu fanden die Verhandlungen mit den Arbeitnehmern über die Mitarbeiterbeteiligung auf Unternehmens- und Betriebsebene statt. Die Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister konnte schließlich am 13. Oktober 2006 erfolgen, so dass die Allianz AG nunmehr die Rechtsform der Europäischen Gesellschaft angenommen hat und unter dem Namen Allianz SE firmiert.

MAN B & W DIESEL

Der Münchener MAN-Konzern hat seine Tochtergesellschaft MAN B & W Diesel AG Anfang 2006 in die MAN Diesel SE umgewandelt. Auf diesem Weg sollte das Unternehmen internationaler ausgerichtet und zugleich die Integration der europäischen Standorte beschleunigt werden, um die Wettbewerbsfähigkeit weiter zu verbessern.

Auch bei der MAN Diesel SE bleibt das zweistufige System in der Unternehmensleitung bestehen und es wird an der paritätischen Mitbestimmung im Aufsichtsorgan festgehalten. Eine weitere Parallele zur Allianz SE ist die Verkleinerung des Aufsichtsrates, dessen Mitgliederzahl von bisher zwölf auf künftig zehn Mitglieder (davon fünf Arbeitnehmervertreter) reduziert wurde.

MENSCH UND MASCHINE SOFTWARE

Die Umwandlung der Mensch und Maschine Software AG (MuM), eines im Prime Standard der Deutsche Börse AG gelisteten Unternehmens, in eine SE ist im Jahr 2006 im Schatten der größeren Konzerne von-statten gegangen.

Als Grund für die Umwandlung in eine SE wurde von der Unternehmensleitung der in Deutschland bislang (jedenfalls bei den größeren SE-Gründungen) einzigartige Wechsel in das einstufige Board System kommuniziert. Gesellschaften wie MuM, in denen neben dem Streubesitz noch eine größere Beteiligung des „Unternehmers“ selbst besteht, der etwa zugleich auch Vorstand ist, sind für diese Gestaltungsform geradezu prädestiniert, da die Mediatisierung des Verhältnisses von Aktionären zur Unternehmensleitung, welche der Aufsichtsrat gewährleistet, mit dem Wechsel zum einstufigen Board System aufgehoben wird.

MuM hatte vor der Umwandlung keinen mitbestimmten Aufsichtsrat (und hat dies auch danach nicht), da die Mitbestimmungsschwelle von 500 Arbeitnehmern nach dem Drittelbeteiligungsgesetz nicht erreicht war. Bei solchen Konstellationen kann die Umwandlung in eine SE auch zu dem Zweck genutzt werden, die (noch) fehlende Mitbestimmung auf Unternehmensebene festzuschreiben; auch für den Fall des Wachstums der Gesellschaft. Das mit den Arbeitnehmervertretern im Verhandlungswege festgeschriebene Mitbestimmungsregime ersetzt

vollständig die gesetzlichen mitbestimmungsrechtlichen Regeln (Drittelbeteiligungsgesetz, Mitbestimmungsgesetz 1976), so dass ein organisches Wachstum der Arbeitnehmerzahl über die relevanten Schwellen von 500 bzw. 2000 Mitarbeitern hinaus grundsätzlich ohne Folge für die Besetzung des Aufsichtsrates bleibt. Inwieweit diese Überlegungen im konkreten Fall MuM eine Rolle gespielt haben, kann indes nicht beurteilt werden.

FRESENIUS

Vorerst letztes Beispiel eines deutschen Konzerns, der den Schritt in die SE unternimmt, ist die aktuelle Umwandlung der Fresenius AG in eine SE. Am 10. Oktober 2006 gab die Unternehmensleitung bekannt, die Fresenius AG in eine europäische Aktiengesellschaft umzuwandeln, und zwar zugleich mit einer Neueinteilung des Grundkapitals (Aktiensplit). Diesem Vorhaben haben die Aktionäre in der Hauptversammlung vom 4. Dezember 2006 zugestimmt, mit einem Abschluss des Gründungsverfahrens ist im Sommer 2007 zu rechnen.

Auch bei Fresenius wird das dualistische System der Unternehmensleitung fortgeführt. Der Aufsichtsrat wird zwar wie bisher aus zwölf Mitgliedern bestehen, dies führt jedoch, wenn schon nicht zu einer Verkleinerung, so doch zur Vermeidung einer Vergrößerung dieses Organs auf zwanzig Mitglieder, die mit der derzeitigen Expansion und der damit verbundenen gestiegenen Mitarbeiterzahl in Deutschland einhergehen würde. Mit der Umwandlung in eine SE kann die Größe von zwölf Mitgliedern nun in der Satzung unabhängig von den Vorgaben des Mitbestimmungsgesetzes festgelegt werden. Die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat wird beibehalten.

Wie die Allianz betont auch Fresenius ausdrücklich, dass der paritätisch besetzte Aufsichtsrat der SE künftig nicht nur aus Vertretern der deutschen Arbeitnehmer bestehen solle, sondern aufgrund des gestiegenen Umsatzbeitrages aus den anderen EU- und EWR-Staaten international besetzt werden soll.

FAZIT

Die in der Öffentlichkeit wahrnehmbaren Beispiele für deutsche Unternehmen, die sich der Rechtsform der SE bedienen, sind bisher rar gestreut. Grund hierfür ist wohl vor allem der nicht unerhebliche Aufwand

an unternehmensinternen Ressourcen, der mit der Restrukturierung einhergeht. Sämtliche Gesellschaften betonen das Signal, welches die Gründung einer SE für den europaweiten Auftritt des Unternehmens sendet. Es darf indes bezweifelt werden, dass dieser Aspekt, so sehr er für sich genommen berechtigt ist, alleine ausschlaggebend für die Gründung einer SE sein kann; sonst müsste die Zahl Europäischer Aktiengesellschaften deutlich höher liegen.

Die Verschmelzung zweier Gesellschaften aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten ist – bis zur Umsetzung der Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – nur über eine SE-Gründung möglich. Hierin ist jedenfalls bei der Allianz der Anlass für diese Maßnahme im Rahmen einer weit reichenden Restrukturierung diverser Geschäftsbereiche zu sehen. In diesem Zusammenhang steht auch die mögliche Kostenersparnis durch eine Vereinfachung der Konzernstrukturen.

Vorteile bestehen für die Unternehmen - dies ergeben jedenfalls die aufgeführten Beispiele - vor allem in der individuellen Gestaltung der Unternehmensorgane, allen voran des Aufsichtsrates. Die Reduzierung des bestehenden Anteils der Arbeitnehmervertreter hat dabei keiner der Konzerne vorgenommen, wobei die Frage offen bleibt, inwieweit dies im Verhandlungswege durchzusetzen gewesen wäre, da die Arbeitnehmer jedenfalls im Grundsatz einen Anspruch darauf haben, dass ihre Mitbestimmungsrechte im Zuge der SE-Gründung nicht geschmälert werden. Vorteile werden aber offenbar in einer Reduzierung der Gesamtzahl der Mitglieder des Aufsichtsgremiums gesehen. Für Gesellschaften mit bestimmter Aktionärsstruktur (z.B. Familiengesellschaften) kann auch der Weg in das einstufige Board System sinnvoll sein, in dem an Stelle von Vorstand und Aufsichtsrat das Unternehmen von einem Verwaltungsrat geleitet wird.



Dr. Philipp Grzimek
philipp.grzimek@lovells.com

Haftungsrisiken aus Patronats- erklärungen in der Insolvenz der Tochtergesellschaft

Die Haftung von Gesellschaftern wegen erbrachter Finanzierungsleistungen in der wirtschaftlichen Krise ihrer Tochtergesellschaft ist ein Dauerbrenner in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und des Bundesgerichtshofs. Insbesondere die Haftungsvoraussetzungen und der Haftungsumfang von Patronatserklärungen werden in der Rechtsprechung kontrovers diskutiert. Ein Urteil des BGH vom 8. Mai 2006 – II ZR 94/05 hat zuletzt Fragen nach der Formbedürftigkeit der Patronatserklärungen und des Fortbestandes der Haftung trotz Insolvenz der Tochter angesprochen. Daneben haben in jüngerer Vergangenheit insbesondere die sich widersprechenden Urteile des OLG München vom 22. Juli 2004 – 19 U 1867/04 und des OLG Celle vom 28. Juni 2000 – 9 U 54/00 für Aufmerksamkeit gesorgt.

In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte sich Boris Becker als Gesellschafter der Sportgate AG verpflichtet, Verluste der Sportgate AG bis zu einer gewissen Höhe und für einen bestimmten Zeitraum auszugleichen sowie die Versorgung der Gesellschaft mit flüssigen Mitteln sicher zu stellen. Nachdem die Sportgate AG Insolvenz angemeldet hatte, machte deren Insolvenzverwalter Ansprüche gegen Boris Becker auf Grundlage dieser Patronatserklärung geltend. Während das Landgericht München I (Urteil vom 18. Dezember 2003 – 12 O 13994/02) die Klage mit der Begründung abwies, dass der Anspruch nach Eintritt der Insolvenz untergegangen sei, wies das Oberlandesgericht München (Urteil vom 18. Januar 2005 – 18 U 1887/04) die Klage wegen Formunwirksamkeit der Patronatserklärung ab. Mit Urteil vom 8. Mai 2006 hob der BGH das oberlandesgerichtliche Urteil auf und wies den Rechtsstreit an das OLG München zurück.

PATRONATSERKLÄRUNG NICHT FORMBEDÜRFTIG

In seinem Urteil vom 8. Mai 2006 stellte der BGH

klar, dass weder die Formvorschriften des Bürgschaftsrechts noch des Schenkungsrechts auf Patronatserklärungen in Gestalt einer Verlustübernahmeverpflichtung Anwendung finden. Während das OLG München noch von der Formunwirksamkeit des Vertrages gemäß §§ 125, 518 Abs. 1 Satz 2 BGB ausging, urteilte der BGH, dass ein Gesellschafter bei der Erbringung von Leistungen zu Sanierungszwecken, eine Leistung causa societatis erbringe und zwar gerade auch dann, wenn er diese Leistungen nicht aufgrund satzungsmäßiger Verpflichtung, sondern freiwillig tätige. Eine schenkweise eingegangene selbständige Schuldverpflichtung, die gemäß § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB der notariellen Beurkundung bedürfe, liege nicht vor. Die Patronatserklärung von Boris Becker sei vielmehr formwirksam, eine Abweisung der Klage auf dieser Grundlage also rechtsfehlerhaft.

Der BGH setzte sich sodann mit der Urteilsbegründung des Landgerichts München I auseinander, wonach eine Haftung aus der Patronatserklärung mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Tochtergesellschaft untergehe. Mangels Entscheidungserheblichkeit nahm der BGH zu dieser Rechtsfrage jedoch inhaltlich nicht Stellung. Eine Klärung dieser zwischen dem OLG Celle und dem OLG München unterschiedlich bewerteten Frage wäre indes wünschenswert gewesen.

PATRONATSERKLÄRUNG IN DER INSOLVENZ DER TOCHTER

Das OLG Celle hatte im Jahr 2000 nämlich entschieden, dass eine vom Gesellschafter der Gesellschaft – und nicht den Gläubigern der Gesellschaft – gegenüber abgegebene Patronatserklärung nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens keine Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter begründet. In dem Verfahren klagte der Insolvenzverwalter der Tochtergesellschaft gegen den Minderheitsgesellschafter auf Erfüllung der internen Patronatserklärung.

Das OLG Celle hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass der mit der Erklärung verbundene Zweck, die Gesellschaft lebensfähig zu erhalten, mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr erreicht werden könne und aus diesem Grund die Verpflichtung zur weiteren Stützung der Gesellschaft nicht fortbestehe. Das Landgericht München I hatte sich dieser Auffassung im Verfahren gegen Boris Becker angeschlossen.

Mit Urteil vom 22. Juli 2004 – 19 U 1867/04 widersprach das OLG München der Ansicht des OLG Celle: der Sinn und Zweck einer Patronatserklärung als Sicherungs- und Kapitalersatzmittel werde in Frage gestellt, wenn eine Haftungsbefreiung des Patrons nach Insolvenzeröffnung eintreten würde. Folge wäre nämlich, dass die Nichterfüllung der Pflichten aus der Patronatserklärung letztlich durch eine „Enthftung“ nach Insolvenz belohnt würde. Das OLG München hatte mit Blick auf die divergierende Rechtsauffassung des OLG Celle und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Revision zum BGH zwar zugelassen, der Revisionsführer hat die Revision letztlich aber zurückgenommen.

Im Einklang mit der herrschenden Literaturlauffassung ist zu erwarten, dass sich die Auffassung des OLG München durchsetzen wird. Es scheint kaum vertretbar, einer Patronatserklärung einerseits die allgemein unbestrittene Wirkung beizumessen, die Überschuldung der begünstigten Gesellschaft zu beseitigen, ihr andererseits aber, nach Insolvenzantragstellung, einen wirtschaftlichen Wert abzuspochen. Andernfalls wäre einer missbräuchlichen Verwendung von internen Patronatserklärungen Tür und Tor geöffnet, ohne dass der Patron Konsequenzen aus seiner gegenüber der Tochtergesellschaft eingegangenen Verpflichtung fürchten müsste. Eine Muttergesellschaft könnte eine Tochtergesellschaft künstlich am Leben erhalten, ohne nach pflichtwidriger Nichterfüllung der Patronatserklärung mit zivilrechtlichen Konsequenzen rechnen zu müssen.

ANFECHTUNG DER KÜNDIGUNG / AUFHEBUNG DES PATRONATS DURCH VERWALTER

Im Blickpunkt des Urteils des OLG München vom 22. Juli 2004 stand ferner auch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich der Patron von der Haftung aus der Patronatserklärung während fortbestehender wirtschaftlicher Krise der Tochtergesellschaft wieder lösen kann. Konkret stellte sich

die Frage, ob einer Beendigung der Haftung aus der Patronatserklärung nicht das Eigenkapitalersatzrecht entgegensteht. Nach der Grundwertung des Eigenkapitalersatzrechts werden Leistungen eines Gesellschafters, die wie Patronatserklärungen formal in der Form einer echten Fremdleistung erbracht werden, während einer wirtschaftlichen Krise der Tochter nämlich faktisch wie Eigenkapital behandelt. Sie unterliegen insbesondere den §§ 32a, b GmbHG und dem Anfechtungstatbestand des § 135 InsO.

Das OLG München hat in seinem Urteil vom 22. Juli 2004 einer Aufhebung der Verpflichtungen aus der Patronatserklärung einen Riegel vorgeschoben. Es vertritt die Auffassung, dass Patronatserklärungen einer Darlehensgewährung im Sinne des Eigenkapitalersatzrechts gleichzustellen sind, behandelt also die bloße Verpflichtung zur Darlehensgewährung gleich der tatsächlichen Auszahlung und Rückforderung der Darlehensvaluta. Patronatserklärungen unterliegen danach den Eigenkapitalersatzregeln, mit der Folge, dass einem Insolvenzverwalter grundsätzlich die Anfechtung der Aufhebung oder Kündigung der Patronatserklärung gemäß § 135 InsO möglich ist.

Die Rechtsprechung des OLG München scheint indes korrekturbedürftig. Die Kapitalersatzregeln dienen nicht dem Zweck, einen Gesellschafter zur fortlaufenden Finanzierung und Bestandsschutzsicherung des Tochterunternehmens zu zwingen. Zentrale Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts ist vielmehr zu verhindern, dass der Gesellschafter das Unternehmensrisiko der Tochtergesellschaft nicht den übrigen Gläubigern aufbürdet, indem er durch Finanzspritzen den Anschein weckt, die Gesellschaft könne sich aus eigener Kraft im Wirtschaftsleben behaupten. Im Falle einer Kündigung oder Aufhebung einer Patronatserklärung tritt eine solche Risikoverlagerung auf die Gläubiger aber gerade nicht ein. Die Haftung aus der Patronatserklärung erfasst nämlich unstreitig alle Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft, die bis zur Kündigung des Patronats entstanden sind; die Kündigung wirkt nur für die Zukunft. Da also gewährleistet ist, dass sämtliche Insolvenzgläubiger, die bis zur Aufhebung des Patronats Ansprüche gegen das Tochterunternehmen begründet hatten, über das Patronat befriedigt werden, ist der Gesetzeszweck des Eigenkapitalersatzrechts hinreichend erfüllt und verlangt nicht nach einer quasi uneingeschränkten Haftung des Gesellschafters. Die Rechtsprechung des OLG München geht also zu weit.

FAZIT

Patronatserklärungen sind ein verlockendes Sanierungsinstrument, weil sie zunächst ohne Liquiditätsabfluss und ohne besondere formelle Voraussetzungen rasch die Überschuldung und wohl auch Zahlungsunfähigkeit der Tochter zu verhindern vermögen. Gleichzeitig muss sich der Gesellschafter aber im Klaren sein, dass er ganz erhebliche Haftungsrisiken eingeht, wenn die Sanierung der Gesellschaft letztlich scheitert.

Obgleich höchstrichterlich noch nicht entschieden ist, ob die Insolvenz der Tochtergesellschaft die Haftung des Patrons unberührt lässt, sollte sich ein Gesellschafter nicht auf den Fortbestand der Rechtsprechung des OLG Celle verlassen und auf eine „Enthftung“ nach Insolvenz der Tochter vertrauen.

Da die Aufhebung einer Patronatserklärung während der Krise der Gesellschaft nach der Rechtsprechung des OLG München (Urteil vom 22. Juli 2004 – 19 U 1867/04) anfechtbar ist, sollten Patronatserklärungen nur zeitlich befristet abgegeben werden; dabei muss die Geltungsdauer in Abstimmung mit den Wirtschaftsprüfern aber so bemessen sein, dass sie jedenfalls die Erteilung einer positiven Fortführungsprognose erlaubt. Gleiches gilt bei Aufnahme eines Haftungshöchstbetrages in die Patronatserklärung. Solche Beschränkungen können nämlich dazu führen, dass die Patronatserklärung die Überschuldung nicht mehr rechtssicher verhindert.



Dr. Christian Zerr
christian.zerr@lovells.com

Neuerungen des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister (EHUG)

Mit dem Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister (EHUG) wurden Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister auf den elektronischen Betrieb umgestellt. Darüber hinaus wurde ein nationales Internetportal für die wesentlichen Unternehmensdaten, das sog. Unternehmensregister, eingeführt. Dieses wurde vom Bundesministerium der Justiz unter dem Domainnamen www.unternehmensregister.de eingerichtet. Ferner wurden die Sanktionen für Verstöße gegen Pflichten zur Offenlegung von Jahresabschlüssen und Konzernabschlüssen verschärft.

UMSTELLUNG DES HANDELS-, GENOSSENSCHAFTS- UND PARTNERSCHAFTSREGISTERS AUF ELEKTRONISCHE FORM

Das EHUG setzt die EU-Richtlinie 2003/58/EG betreffend die Offenlegung von Gesellschaften sowie Teile der Transparenzrichtlinie 2004/109/EG und Beschlüsse der Regierungskommission Corporate Governance um. Das EHUG ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten und sieht vor, dass das Handelsregister ab diesem Zeitpunkt ausschließlich elektronisch geführt wird. Damit die einzureichenden Unterlagen in Papierform nicht kostenaufwändig von den Registergerichten digitalisiert werden müssen, haben sämtliche Einreichungen zum Register elektronisch zu erfolgen. Bei privatschriftlichen Unterlagen, beispielsweise der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, genügt die „Übermittlung einer elektronischen Aufzeichnung“. Es ist also nicht erforderlich, dass das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen wird. Die Einreichung hat über das „Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach“ (EGVP) zu erfolgen. Zu den technischen und sonstigen Voraussetzungen der elektronischen Einreichung finden sich Informationen auf www.egvp.de.

Soweit allerdings notarielle Urkunden oder beglaubigte Abschriften, also insbesondere Handelsregisteranmeldungen, einzureichen sind, muss ein Notar das zu übermittelnde Dokument mit einem einfachen elektronischen Zeugnis, d.h. mit einer qualifizierten elektronischen Signatur, versehen. Das bedeutet, dass z.B. eine im Ausland notariell beglaubigte Handelsregisteranmeldung nicht mehr von dem das Mandat betreuenden, deutschen Anwalt beim Handelsregister eingereicht werden kann. Vielmehr muss ein deutscher Notar eingeschaltet werden. Ein eigener Gebührentatbestand für die bloße Einreichung einer Handelsregisteranmeldung fehlt bislang, doch dürfte mit einer entsprechenden Regelung in Kürze zu rechnen sein.

Die Bundesländer haben die Möglichkeit, durch Rechtsverordnung die Einreichung von Dokumenten bis 2009 auch in Papierform zuzulassen. Nach derzeitigem Kenntnisstand wollen die Bundesländer von dieser Möglichkeit nur teilweise bzw. nur für wenige Monate Gebrauch machen. Der aktuelle Stand hinsichtlich der Übergangsfristen für die Einreichung in Papierform ist über die Website der Bundesnotarkammer (www.bnotk.de) abrufbar.

Registereintragen sollen ab 2009 ausschließlich elektronisch bekannt gemacht werden. Bis Ende 2008 hat das Gericht zusätzlich zu der Bekanntmachung in dem von der Landesjustizverwaltung bestimmten elektronischen Informations- und Kommunikationssystem die Eintragung auch in einer Tageszeitung oder einem sonstigen Blatt bekannt zu machen. .

UNTERNEHMENSREGISTER ALS ZENTRALE INFORMATIONSQLLE

Bislang fanden sich wesentliche Unternehmensdaten verstreut im Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister, im gedruckten und elektronischen Bundesanzeiger, in den Gesellschaftsblättern oder in der Beteiligungsdatenbank der Bundesanstalt für

Finanzdienstleistungsaufsicht. Durch das Unternehmensregister wird die Zersplitterung der Unternehmensdaten in Deutschland überwunden. Das Unternehmensregister als zentrales Internetportal ermöglicht insbesondere den Abruf folgender Inhalte:

- Alle Eintragungen im Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister, deren Bekanntmachungen und sonstige zu den Registern eingereichte Dokumente
- Jahres- und Konzernabschlüsse von Kapitalgesellschaften
- Gesellschaftsrechtliche Bekanntmachungen im Bundesanzeiger
- Mitteilungen im Aktionärsforum nach § 127 a AktG
- Kapitalmarktrechtliche Mitteilungen (wie etwa Ad-hoc-Mitteilungen, Directors-Dealings-Meldungen oder Meldungen über Stimmrechtsänderungen) nach WpHG und WpÜG sowie Veröffentlichungen nach der Börsenzulassungsverordnung im elektronischen Bundesanzeiger
- Bekanntmachungen der Insolvenzgerichte über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Die Einsichtnahme in das Unternehmensregister wird weiterhin jedem zu Informationszwecken gestattet sein. Sind die beim Handelsregister eingereichten Unterlagen aber nur in Papierform vorhanden, kann deren elektronische Übermittlung nur verlangt werden, wenn diese weniger als 10 Jahre vor dem Zeitpunkt der Antragstellung auf Einsichtnahme zum Handelsregister eingereicht wurden. Die bloße Einsichtnahme des Unternehmensregisters im Internet oder in der Geschäftsstelle des Amtsgerichts ist kostenlos. Für einen Handelsregisterauszug in elektronischer Form wird jedoch eine Gebühr von EUR 4,50 je Registerblatt erhoben. Die Kosten für das Einscannen und Versenden sonstiger Unterlagen beträgt EUR 2 pro angefangene Seite, jedoch mindestens EUR 25.

OFFENLEGUNG VON JAHRESABSCHLÜSSEN

Jahresabschlüsse und Konzernabschlüsse von Kapitalgesellschaften (einschließlich der Kapitalgesellschaft & Co.) sind statt wie bisher bei den Registergerichten nunmehr in elektronischer Form bei dem Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers einzureichen; ferner ist deren Veröffentlichung unverzüglich zu veranlassen. Anders als nach geltendem Recht, wonach das Registergericht nur auf Antrag die unterlassene oder

unzureichende Offenlegung der Rechnungslegungsunterlagen verfolgt, wird nunmehr die nicht richtige, nicht vollständige oder nicht rechtzeitige Offenlegung von Amts wegen verfolgt. Zu diesem Zweck prüft der Betreiber des Bundesanzeigers von sich aus, ob die Offenlegungspflichten eingehalten wurden und meldet Verstöße in der Regel dem neu geschaffenen Bundesamt für Justiz, welches die Ordnungswidrigkeit mit einem Ordnungsgeld von bis zu EUR 25.000 ahnden kann.

FAZIT

Das EHUG erleichtert die Beschaffung von Informationen über deutsche Unternehmen, indem die relevanten Unternehmensdaten gebündelt über ein Internetportal verfügbar werden und zeitnah sowie ortsunabhängig abgerufen werden können. Vor allem Unternehmenstransaktionen und die Durchführung von rechtlichen Due Diligence-Prüfungen gestalten sich dadurch einfacher.

Es ist zu erwarten, dass Registervorgänge in Zukunft sehr viel zügiger vollzogen werden können. Das dürfte insbesondere bei einfachen Registervorgängen der Fall sein, wenn der Notar künftig bei der Anmeldung das von der Bundesnotarkammer gemeinsam mit den Landesjustizverwaltungen entwickelte standardisierte Anmeldeverfahren „XNotar“ beachtet und die Eintragsdaten bereits in strukturierter Form an das Registergericht übermittelt. Dadurch wird der Erfassungsaufwand beim Registergericht erheblich minimiert. Angesichts der zu erwartenden Beschleunigung des Registerverfahrens könnte sich der in der Regel durch transaktionsbedingten Zeitmangel getriebene Erwerb von Vorratsgesellschaften in Zukunft möglicherweise erübrigen und eine „maßgeschneiderte“ Gründung zeitgerecht möglich sein. Zumindest in der Anfangszeit sind allerdings technische Schwierigkeiten bei der Umsetzung des EHUG nicht auszuschließen.

Bekanntermaßen verletzt derzeit eine beträchtliche Zahl zumeist kleinerer Kapitalgesellschaften (und Kapitalgesellschaften & Co.s) ihre Pflicht zur ordnungsgemäßen Veröffentlichung ihrer Rechnungslegungsunterlagen. Angesichts der nunmehr flächendeckenden Überprüfung der Einhaltung der Publizitätspflichten sowie der Verfolgung entsprechender Verstöße von Amts wegen werden sich jedoch zahlreiche Unternehmen zur Offenlegung durchringen müssen, um ein Ordnungsgeld zu vermeiden.



Dr. Felix von Bredow
felix.vonbredow@lovells.com

Der Umfang der Unterrichtungspflichten beim Betriebsübergang (§ 613a BGB)

Dass die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer über die näheren Umstände des Betriebsübergangs und dessen Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse unterrichtet werden müssen, ist nicht neu. Welchen Umfang und Detaillierungsgrad die Unterrichtung durch den Veräußerer oder Erwerber haben muss, war dagegen bislang weitgehend unklar. Das Bundesarbeitsgericht hat in zwei aktuellen Entscheidungen zu dieser Frage Stellung genommen.

Seit dem 1. April 2002 bestimmt § 613a Abs. 5 BGB, dass der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Betriebsübergang in Textform über den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen zu unterrichten hat. Daran anknüpfend steht dem Arbeitnehmer gemäß § 613a Abs. 6 BGB innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung ein Widerspruchsrecht gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber zu. Ein rechtzeitig erklärter schriftlicher Widerspruch verhindert den Arbeitgeberwechsel; stattdessen besteht das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber fort.

RECHTSFOLGEN EINER NICHT ORDNUNGSGEMÄSSEN UNTERRICHTUNG

Schon im Jahr 2005 hatte sich das Bundesarbeitsgericht mit den Rechtsfolgen einer unterbliebenen oder nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung auseinandergesetzt (BAG Urt. v. 24. Mai 2005 - 8 AZR 398/04 - NZA 2005, 1302). Ein Kündigungsverbot lässt sich aus dem Verstoß gegen § 613a Abs. 5 BGB zwar nicht herleiten, wohl aber eine Schadenersatzpflicht, falls der betroffene Arbeitnehmer nachweisen kann, dass ihm durch die unzureichende Unterrichtung konkrete Schäden entstanden sind.

In der Praxis weitaus schwerer wiegt jedoch - wie vom Bundesarbeitsgericht ebenfalls bestätigt -, dass eine ungenügende Unterrichtung des Arbeitnehmers den Lauf der einmonatigen Widerspruchsfrist nicht in Gang setzt. Das Widerspruchsrecht unterliegt dann nur der Verwirkung mit der Folge, dass der Arbeitnehmer den Widerspruch noch Monate nach dem Vollzug des Betriebsübergangs wirksam erklären kann. In einer Entscheidung vom Juli 2006 hatte das Bundesarbeitsgericht sogar einen Widerspruch, der fast ein Jahr nach Vollzug des Betriebsübergangs erklärt worden war, als noch nicht verwirkt angesehen (BAG Urt. v. 13. Juli 2006 - 8 AZR 382/05 - NJW 2007, 250).

Gerade wenn sich nach dem Übergang der Arbeitsverhältnisse eine wirtschaftliche Krise beim Erwerber abzeichnet, werden Arbeitnehmer versucht sein, ihren Arbeitsplatzverlust durch „Rückkehr“ zum bisherigen Arbeitgeber zu vermeiden. Prominente Beispiele für derartige Versuche aus der jüngsten Vergangenheit sind BenQ Mobile und AgfaPhoto. Zumindest im letztgenannten Fall mit Erfolg: Der Tagespresse war kürzlich zu entnehmen, dass das Landesarbeitsgericht Düsseldorf Klagen von Mitarbeitern gegen deren ehemalige Arbeitgeberin, die Agfa-Gevaert AG, stattgegeben und diese zur Erfüllung von Zahlungsansprüchen aus Vorruhestands- und Altersteilzeitvereinbarungen verpflichtet hat. Zur Begründung hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, dass die Widersprüche der Mitarbeiter (die nicht in die neu gegründete Transfergesellschaft gewechselt waren) in Anbetracht der nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung auch noch Monate nach dem Betriebsübergang wirksam erklärt werden konnten. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis seien daher von der bisherigen Arbeitgeberin zu erfüllen.

AKTUELLE RECHTSSPRECHUNG ZUM UMFANG DER UNTERRICHTUNGSPFLICHTEN

Die Bedeutung einer ordnungsgemäßen Unterrichtung über den Betriebsübergang ist also erheblich, während

die Voraussetzungen, unter denen die Unterrichtung als ausreichend angesehen werden kann, bislang weitgehend unklar waren. In zwei aktuellen Entscheidungen zu dieser Frage hat das Bundesarbeitsgericht die sich aus dem Gesetz ergebenden Anforderungen erstmals präzisiert (BAG, Urt. v. 13. Juli 2006 - 8 AZR 303/05 - NZA 2006, 1273; Urt. v. 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - NZA 2006, 1268). Mit der Präzisierung geht leider auch einher, dass die Messlatte für ordnungsgemäße Unterrichtungen künftig recht hoch angelegt wird.

Rein formal soll es nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts unschädlich sein, wenn es sich bei dem Unterrichtungsschreiben um ein Standardschreiben handelt. Seine Aussage, dass kein Anspruch des Arbeitnehmers auf eine individuelle Unterrichtung bestehe, entkräftet das Gericht allerdings gleich selbst wieder, indem es fordert, dass eine standardisierte Unterrichtung „etwaige Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses“ erfassen müsse. In jedem Fall erforderlich sei eine betriebsbezogene Darstellung in einer für juristische Laien verständlichen Sprache.

Sinn und Zweck der Unterrichtung sei es, den Arbeitnehmer so zu informieren, dass er sich ein Bild über die Person des Erwerbers und über die in § 613a Abs. 5 BGB genannten Umstände machen und darauf basierend seine Entscheidung über Ausübung oder Nichtausübung des Widerspruchsrechts treffen könne. Daher müsse der Erwerber in der Unterrichtung mit Firmenbezeichnung, Firmensitz und Anschrift (nicht aber zwingend mit der Handelsregisternummer) genannt werden. Dies wird in der Praxis eine noch erfüllbare Forderung sein. Welche „Blüten“ die Unterrichtungspflicht aber womöglich in Zukunft treiben wird, zeigt sich daran, dass das Bundesarbeitsgericht „noch dahingestellt“ gelassen hat, ob schon die fehlerhafte Bezeichnung des Vornamens des Geschäftsführers der Erwerberin (Jochen/Joachim) einer ordnungsgemäßen Unterrichtung entgegensteht.

Als Grund für den Betriebsübergang (§ 613a Abs. 5 Nr. 2 BGB) ist künftig nicht nur der Rechtsgrund (Kaufvertrag, Pachtvertrag, Umwandlung etc.) anzugeben. Vielmehr sind zusätzlich - zumindest schlagwortartig - auch die zum Übergang führenden unternehmerischen Erwägungen darzulegen. Im konkret entschiedenen Fall reichte dazu der Hinweis, dass sich der Veräußerer aus wirtschaftlichen Gründen entschlossen habe, den Betrieb stillzulegen und an den Erwerber zu

verpachten. Weitere Anforderungen (z.B. die Nennung konkreter Unternehmensdaten) stellte das Bundesarbeitsgericht nicht.

Im Hinblick auf die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs (§ 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB) müssen dessen unmittelbare Konsequenzen für die Arbeitnehmer geschildert werden, d. h. der Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB), die Gesamtschuldnerschaft von Erwerber und Veräußerer nach § 613a Abs. 2 BGB und, falls Kündigungen im Raum stehen, die kündigungsrechtliche Situation nach § 613a Abs. 4 BGB. Hinzu kommt die Anwendbarkeit von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen. Diese müssen zwar nicht im Einzelnen bezeichnet werden; notwendig ist aber der Hinweis darauf, ob sie kollektiv- oder individualrechtlich fortgelten.

Für die Praxis ist anzuraten, schon bei der Wiedergabe des Gesetzeswortlauts größtmögliche Sorgfalt anzuwenden. So hat das Bundesarbeitsgericht etwa eine Formulierung als problematisch angesehen, nach der der Erwerber sich „verpflichtet habe, alle vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten zu übernehmen“. Der unveränderte Übergang der Arbeitsverhältnisse ergibt sich aber bereits unmittelbar aus dem Gesetz, ohne dass es hierzu einer (freiwilligen) Übernahme bedarf. Durch die im Unterrichtungsschreiben gewählte Formulierung kann nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts beim Arbeitnehmer der falsche Eindruck entstehen, dass die Fortgeltung der Vertragsbedingungen im Belieben des Erwerbers stehen könnte. Auch die unrichtige Wiedergabe der Voraussetzungen für die Gesamtschuldnerschaft von Veräußerer und Erwerber (§ 613a Abs. 2 BGB) wurde vom Gericht bemängelt. Deshalb ist für die Praxis von „kreativen“ Formulierungen dringend abzuraten; stattdessen sollten die relevanten Bestimmungen des § 613a BGB genau zitiert werden.

Alle Ausführungen zu den rechtlichen Folgen des konkreten Betriebsübergangs müssen präzise und juristisch fehlerfrei sein. Diese auf den ersten Blick einleuchtende Forderung stellt den Unterrichtungsverpflichteten in der Praxis zum Teil vor erhebliche Schwierigkeiten. Mag die Benennung des status quo z. B. im Hinblick auf Tarifbindung und betriebsverfassungsrechtliche Strukturen beim Veräußerer einerseits und beim Erwerber andererseits noch gelingen, ist spätestens bei

der Frage, welche kollektivrechtlichen Normen nach dem Betriebsübergang in welcher Form fortgelten, eine fundierte juristische Beratung unumgänglich. Hinzu kommt, dass die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs höchstrichterlich noch gar nicht bis in alle Einzelheiten geklärt sind, z. B. bei der Fortgeltung von Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen im Falle von Teilbetriebsübergängen. Hier ist dem Unterrichtungsverpflichteten anzuraten, die rechtlichen Unsicherheiten offen zu benennen und unter Zugrundelegung der herrschenden Ansicht zu beantworten.

Schließlich muss auch über mittelbare wirtschaftliche und soziale Folgen des Betriebsübergangs unterrichtet werden, wenn dies für die Entscheidung des Arbeitnehmers über die Ausübung seines Widerspruchsrechts erheblich sein kann. Damit hat das Bundesarbeitsgericht eine bislang in der arbeitsrechtlichen Literatur umstrittene Frage zugunsten einer weit reichenden Unterrichtung der Arbeitnehmer beantwortet. Konkret ging es in dem entschiedenen Fall um Ansprüche aus einem (freiwilligen) Sozialplan, die dem klagenden Arbeitnehmer bei Ausübung seines Widerspruchsrechts und nachfolgender Kündigung durch den Veräußerer zugestanden hätten und die dementsprechend dessen Willensbildung über den Widerspruch beeinflussen konnten. Die Unterrichtungspflicht wurde im konkreten Fall allerdings verneint, weil der Sozialplan zum Zeitpunkt der Unterrichtung noch nicht abgeschlossen und dessen Zustandekommen auch noch nicht absehbar war. Entscheidend ist nämlich der Kenntnisstand des Unterrichtungspflichtigen zum Zeitpunkt der Unterrichtung. Dies gilt auch für die hinsichtlich der Arbeitnehmer geplanten Maßnahmen (§ 613a Abs. 5 Nr. 4 BGB), die mitgeteilt werden müssen, wenn zum Zeitpunkt der Unterrichtung zumindest ein konkretes Planungsstadium erreicht ist. Ein Anspruch auf ergänzende Aufklärung über später neu hinzutretende Umstände kann sich allenfalls dann ergeben, wenn es sich nicht mehr um denselben Betriebsübergang handelt, z. B. weil der Betrieb auf einen anderen Erwerber als ursprünglich geplant übergeht.

KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Für die Zukunft bleibt dem Veräußerer und Erwerber nur zu raten, das Unterrichtungsschreiben mit größtmöglicher Sorgfalt anzufertigen. Die richtige

Darstellung der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten unterliegt einer umfassenden gerichtlichen Überprüfung, wobei die Darlegungs- und Beweislast hierfür grundsätzlich beim Unterrichtungsverpflichteten liegt. Nur wenn die Unterrichtung zunächst formal den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB genügt und nicht offensichtlich fehlerhaft ist, soll es Sache des Arbeitnehmers sein, die Mängel näher darzulegen, bevor die Unterrichtungsverpflichteten diese Einwände entkräften müssen.

Darüber hinaus wird künftig mit Wissensdefiziten auf Veräußerer- und Erwerberseite schon in den Vertragsverhandlungen sensibler umzugehen sein. So mag der Veräußerer einerseits nicht wissen, welche konkreten Maßnahmen der Erwerber nach dem Betriebsübergang plant. Dem Erwerber andererseits fehlt möglicherweise der Einblick in die betrieblichen Besonderheiten beim Veräußerer. Die (bewusste oder unbewusste) Unkenntnis derartiger Umstände wird den jeweiligen Unterrichtungsverpflichteten bei der gerichtlichen Beurteilung des Unterrichtungsschreibens sicherlich nicht entschuldigen können. In den Verhandlungen zwischen Veräußerer und Erwerber wird daher in Zukunft besonderes Augenmerk auf die Regelung der Unterrichtungspflichten nach § 613a Abs. 5 BGB gelegt werden müssen. Dazu gehört nicht nur die Festlegung, wer die betroffenen Arbeitnehmer überhaupt unterrichten soll (Veräußerer, Erwerber oder beide gemeinsam), sondern auch, wie der wechselseitige Informationsaustausch zwischen den Vertragsparteien im Vorfeld der Unterrichtung sichergestellt wird. Flankierend ist die Haftung für eine unrichtige Information der jeweils anderen Vertragspartei und für die Folgen darauf basierender späterer Widersprüche der Arbeitnehmer im Detail zu regeln.

Der Verkäufer eines Betriebs(-teils) mag zudem bislang ein relativ geringes Interesse daran gehabt haben, wie das weitere Unternehmens- und Finanzierungskonzept des Erwerbers genau aussieht. Auch hier ist zukünftig Vorsicht geboten, wie das Beispiel BenQ Mobile zeigt. Noch steht zwar nicht fest, ob sich die Arbeitsgerichte tatsächlich mit den nachträglichen Widersprüchen von Mitarbeitern gegen den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf BenQ Mobile auseinandersetzen werden oder ob die bereits anhängigen Rechtsstreite auf anderem Wege erledigt werden. Argumentiert wurde in den bekannt gewordenen, von Gewerkschaftsseite vorbereiteten Standardwiderspruchsschreiben aber gerade damit, dass BenQ Mobile faktisch eine GmbH

ohne Eigenkapital gewesen sei, so dass die Zusagen zur Standort- und Beschäftigungssicherung - für den Veräußerer erkennbar - von vornherein unerfüllbar gewesen seien. Ausdrücklich heißt es dort, dass der Arbeitnehmer schon zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges im September 2005 widersprochen hätte, wenn er damals „von der offensichtlichen Unzuverlässigkeit des Erwerbers ... gewusst“ hätte. Dies muss für zukünftige Unterrichtungen zumindest als Warnung dienen, solange noch nicht feststeht, wo die Unterrichtungspflicht im Hinblick auf die Person des Erwerbers und die mittelbaren Folgen des Betriebsübergangs endet und wie weit die rechtliche Verantwortung des Veräußerers insoweit reicht.



Dr. Kerstin Schmidt

kerstin.schmidt@lovells.com

Offenlegung von „Change of Control“-Klauseln im Konzern- und Jahresabschluss

Für das zurückliegende Geschäftsjahr haben börsennotierte Gesellschaften erstmals im Jahres- und Konzernabschluss vertragliche Vereinbarungen mit Vorstandsmitgliedern, Arbeitnehmern und Dritten offen zu legen, die bestimmte Rechtsfolgen an einen Kontrollwechsel („change of control“) oder an ein Übernahmeangebot knüpfen. Die maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen werfen in der praktischen Anwendung zahlreiche Fragen auf.

ÜBERBLICK

Börsennotierte Gesellschaften haben im Lagebericht ihrer Jahres- und Konzernabschlüsse für 2006 erstmals bestimmte Offenlegungspflichten zu erfüllen, die einen potenziellen Bieter in die Lage versetzen sollen, sich vor der Abgabe eines Übernahmeangebots ein umfassendes Bild über die Zielgesellschaft und etwaige Übernahmehindernisse zu machen (vgl. §§ 289 Abs. 4, 315 Abs. 4 HGB). Diese neuen Offenlegungspflichten sind mit dem Übernahmerichtlinie-Umsetzungsgesetz in das deutsche Recht übernommen worden, das am 8. Juli 2006 in Kraft getreten ist, und finden erstmals Anwendung auf Jahres- und Konzernabschlüsse für nach dem 31. Dezember 2005 beginnende Geschäftsjahre.

Neben diversen Übernahmehindernissen, die die Verbandsverfassung der Zielgesellschaft betreffen (z.B. Stimmrechtsbeschränkungen oder die Vinkulierung von Aktien) gelten diese Offenlegungspflichten für wesentliche Verträge, die im Fall eines Wechsels der Gesellschafterkontrolle („change of control“) besondere Rechtsfolgen vorsehen. Ferner sind Vereinbarungen der Gesellschaft mit Vorständen und Arbeitnehmern erfasst, die für den Fall eines Übernahmeangebots bestimmte Leistungen an diesen Personenkreis vorsehen. Beide Arten von Vereinbarungen hat der Vorstand im Lagebericht bzw. Konzernlagebericht anzugeben (§§ 289 Abs. 4 Nr. 8 und 9, 315 Abs. 4 Nr. 8 und 9 HGB). Der Aufsichtsrat hat diese Angaben in seinem

schriftlichen Bericht zum Jahres- bzw. Konzernabschluss gegenüber der Hauptversammlung zu erläutern (§ 171 Abs. 2 Satz 2 AktG).

Diese neuen Offenlegungspflichten treten neben die bereits kurze Zeit zuvor durch das Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz (VorstOG) eingeführte Pflicht zur Offenlegung im Anhang bzw. Konzernanhang von Leistungen, die einem Vorstandsmitglied für den Fall der Beendigung seiner Tätigkeit zugesagt worden sind (§§ 285 Satz 1 Nr. 9 lit. a Satz 6, 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a Satz 6 HGB). Diese Bestimmungen gelten ebenfalls erstmals für nach dem 31. Dezember 2005 beginnende Geschäftsjahre.

„CHANGE OF CONTROL“-KLAUSELN IN WESENTLICHEN VEREINBARUNGEN

Der neuen Offenlegungspflicht unterliegen wesentliche Vereinbarungen der Gesellschaft, die unter der Bedingung eines Kontrollwechsels infolge eines Übernahmeangebots stehen.

Was unter „wesentlichen Vereinbarungen der Gesellschaft“ zu verstehen ist, wird weder im Gesetz noch in der Regierungsbegründung näher definiert. Dementsprechend besteht Unsicherheit darüber, welche Verträge so wesentlich sind, dass sie im Lagebericht anzugeben sind. Nach Auffassung der Literatur ist die Wesentlichkeit unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Offenlegungspflichten aus der Sicht eines potentiellen Bieters zu beurteilen. Nach richtiger Ansicht dürfte die Schwelle der Relevanz dabei eher hoch anzusetzen sein. Folglich muss die betreffende Vereinbarung für die Gesellschaft insgesamt oder für wesentliche Geschäftsbereiche von Bedeutung sein.

Unklar ist die Gesetzesformulierung, wonach die Vereinbarungen „unter der Bedingung eines Kontrollwechsels“ stehen müssen. Sicherlich erfasst sind danach echte aufschiebende oder auflösende

Bedingungen auf den Kontrollwechsel, die automatisch mit Eintritt der Bedingung bestimmte Rechtsfolgen in Bezug auf eine wesentliche Vereinbarung auslösen. Häufig sehen „Change of Control“-Klauseln allerdings nur Kündigungs-, Aufhebungs-, Rücktritts-, Änderungsrechte oder sonstige Gestaltungsrechte vor, die nach dem Wortlaut von § 289 Abs. 4 Nr. 8 HGB n.F. nicht erfasst wären. Nach der zugrunde liegenden EU-Richtlinie sind alle bedeutenden Vereinbarungen offenkundigspflichtig, die „bei einem Kontrollwechsel infolge eines Übernahmeangebots wirksam werden, sich ändern oder enden“. Auch die Übernahmerichtlinie scheint also von einem Automatismus auszugehen, so dass Gestaltungsrechte (d.h. Kündigungs- oder Anpassungsrechte im Fall des Kontrollwechsels) nicht offenkundigspflichtig wären. Diese Auslegung würde allerdings eine relativ leichte Umgehung der Offenkundigpflichten ermöglichen und ist unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Offenkundigpflichten abzulehnen. Auch Gestaltungsrechte, die für den Fall des Kontrollwechsels bestehen, sind daher offen zu legen.

Auch die Formulierung „infolge eines Übernahmeangebots“ dürfte zu eng geraten sein. Denn im Fall des Pflichtangebots gemäß § 35 WpÜG tritt der Kontrollerwerb nicht „infolge eines Übernahmeangebots“ ein, sondern ist die Kontrollerlangung (z.B. aufgrund eines Paketerwerbs) dem Pflichtangebot zeitlich vorgelagert. Bei einer am Gesetzeszweck orientierten Auslegung dürfte die Formulierung „infolge eines Übernahmeangebots“ daher auch den Fall der Kontrollerlangung erfassen, die zu einem Pflichtangebot gemäß § 35 WpÜG verpflichtet.

Vor diesem Hintergrund ist auch der Begriff des „Kontrollwechsels“ zu verstehen. Die Voraussetzung, dass es sich um einen Kontrollwechsel „infolge eines Übernahmeangebots“ handelt, legt nahe, dass der Begriff des Kontrollwechsels im Sinne von § 29 Abs. 2 WpÜG und nicht im Sinne der „Beherrschung“ gemäß § 17 AktG zu verstehen ist. Damit reicht es aus, dass die betreffende Vereinbarung die o.a. Rechtsfolgen an den Erwerb von 30% der Stimmrechte der Gesellschaft knüpft.

Nach dem Gesetzeswortlaut sind die „Vereinbarungen“ und „die hieraus folgenden Wirkungen“ im Lagebericht anzugeben. Insofern genügt es nicht, nur die relevanten Verträge zu identifizieren und aufzulisten. Der potenzielle Bieter muss in die Lage versetzt

werden, sich ein Bild von den wirtschaftlichen Folgen der Ausübung des „Change of Control“-Rechts machen zu können. Daher ist im Einklang mit der herrschenden Literaturansicht zu verlangen, dass mindestens (i) der Gegenstand der Vereinbarung, (ii) das Vertragsvolumen, (iii) die Voraussetzungen, unter denen die „Change of Control“-Klausel eingreift, und (iv) ihre Wirkung und Rechtsfolgen im Lagebericht dargestellt werden. Eine Offenlegung des Vertragspartners wird vom Gesetzeszweck jedoch nicht zwingend erfordert.

Gemäß §§ 289 Abs. 4 Nr. 8, 315 Abs. 4 Nr. 8 HGB kann die Offenlegung unterbleiben, soweit sie geeignet ist, der Gesellschaft einen erheblichen Nachteil zuzufügen. Für die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals kann auf die Rechtsprechung und Literatur zur ähnlichen Regelung zum Auskunftsrechtsrechts des Aktionärs zurückgegriffen werden (vgl. § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG). Danach reicht es für ein Unterlassen der Offenlegung nicht bereits aus, dass die betreffende Vereinbarung eine Vertraulichkeitsvereinbarung enthält, welche die Offenlegung der „Change of Control“-Klausel vertraglich verbietet. Ansonsten ließe sich die gesetzliche Offenkundigspflicht zu einfach aushebeln. Daher darf die Offenlegung nur dann und insoweit unterbleiben, wie der Gesellschaft durch die Offenlegung ein konkreter wesentlicher Nachteil drohen würde. Insofern ist auch die Möglichkeit einer nur teilweisen Offenlegung der oben beschriebenen Vertragsangaben in Betracht zu ziehen.

ENTSCHÄDIGUNGSVEREINBARUNGEN MIT VORSTANDSMITGLIEDERN ODER ARBEITNEHMERN

Vor dem Hintergrund des Mannesmann-Prozesses sehen Vergütungsvereinbarungen für Vorstandsmitglieder deutscher Aktiengesellschaften zunehmend „Change of Control“-Klauseln vor, die für den Fall der Übernahme der Gesellschaft eine Abfindung zuzahlen. Gemäß §§ 289 Abs. 4 Nr. 9, 315 Abs. 4 Nr. 9 HGB n.F. sind derartige Entschädigungsvereinbarungen der Gesellschaft, die für den Fall eines Übernahmeangebots mit Vorstandsmitgliedern oder mit Arbeitnehmern getroffen werden, im (Konzern-) Lagebericht offen zu legen.

§§ 289 Abs. 4 Nr. 9, 315 Abs. 4 Nr. 9 HGB n.F. sollen die Regelung in Artikel 10 Abs. 1 lit. k der Übernahmerichtlinie umsetzen, wonach die

Offenlegungspflicht für Vereinbarungen zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern des Leitungs- bzw. Verwaltungsorgans oder Arbeitnehmern gilt, die eine Entschädigung für den Fall vorsehen, dass diese wegen eines öffentlichen Übernahmeangebots kündigen oder ohne triftigen Grund entlassen werden oder ihr Arbeitsverhältnis endet. Bei richtlinienkonformer Auslegung umfasst der Begriff „Entschädigungsvereinbarungen“ somit auch Abfindungen, die nicht unmittelbar im Fall der Abgabe eines Übernahmeangebots zu zahlen sind, sondern durch die Ausübung eines Kündigungsrechts des Abfindungsberechtigten bei Abgabe eines Übernahmeangebots oder durch eine Kündigung seitens der Gesellschaft infolge der Übernahme ohne triftigen Grund ausgelöst werden.

Unklar ist, ob nur Abfindungen im Fall der Beendigung des jeweiligen Dienst- oder Anstellungsvertrages erfasst sein sollen oder auch Entschädigungsleistungen im Fall einer Fortsetzung der Tätigkeit für die Zielgesellschaft (z.B. eine Entschädigung für die mit der Übernahme verbundene außergewöhnliche Belastung). Der Wortlaut sowie Sinn und Zweck der §§ 289 Abs. 4 Nr. 9, 315 Abs. 4 Nr. 9 HGB n.F. dürften auch solche Klauseln umfassen, auch wenn dies über den Wortlaut des zugrunde liegenden Artikel 10 Abs. 1 lit. k der Übernahmerichtlinie hinausgeht.

Die Offenlegungspflicht der §§ 289 Abs. 4 Nr. 9, 315 Abs. 4 Nr. 9 HGB n.F. knüpft vom Wortlaut her allein an ein Übernahmeangebot an und scheint sonstige Fälle des Kontrollerwerbs (z.B. aufgrund eines Paketerwerbs) nicht zu erfassen. Sinn und Zweck der Offenlegungspflicht sprächen jedoch dafür, die Offenlegungspflicht auch auf die letztgenannten Fälle zu erstrecken. Jedenfalls wird eine Offenlegungspflicht zumindest dann bestehen, wenn die jeweilige Klausel zumindest auch im Falle eines Übernahmeangebots zur Anwendung kommt.

Die gesetzliche Offenlegungspflicht gilt nur für Vereinbarungen mit Vorstandsmitgliedern und Arbeitnehmern. Für Vereinbarungen mit Aufsichtsratsmitgliedern gilt lediglich die allgemeine Offenlegungsempfehlung gemäß Ziffer 5.4.7 des Deutschen Corporate Governance Kodex.

Eine Ausnahme von der Offenlegungspflicht sehen weder § 289 Abs. 4 Nr. 9 HGB noch die zugrunde liegende Regelung der Übernahmerichtlinie vor. Anders als bei „wesentlichen Vereinbarungen“ mit Dritten

sind entsprechende Vereinbarungen mit Vorstandsmitgliedern und Arbeitnehmern daher auch bei gegebenenfalls drohenden Nachteilen für die Gesellschaft offen zu legen.

Für Inhalt und Umfang der Offenlegungspflicht gelten die oben zu „wesentlichen Vereinbarungen“ dargestellten Grundsätze entsprechend. Ob die Angaben individualisiert, also in Bezug auf die einzelnen Begünstigten, zu erfolgen haben, ist nicht geregelt. Der Schutzzweck der Norm, also die Information über Übernahmehindernisse, fordert keine individualisierte Offenlegung. Zudem wäre, wenn die Offenlegung individualisiert zu erfolgen hätte, die Möglichkeit eines „opt-out“ kraft Hauptversammlungsbeschlusses in Bezug auf eine individualisierte Offenlegung von Vorstandsgehältern gemäß §§ 286 Abs. 5, 314 Abs. 2 Satz 2 HGB entwertet.

VERHÄLTNIS ZU OFFENLEGUNGSPFLICHTEN VON VORSTANDSVERGÜTUNGEN

Spätestens an diesem Punkt wird der Zusammenhang deutlich, der zwischen den zur Umsetzung der Übernahmerichtlinie geschaffenen Offenlegungspflichten der §§ 289 Abs. 4 Nr. 9, 315 Abs. 4 Nr. 9 HGB n.F. und der bereits durch das Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen (VorstOG), das am 11. August 2005 in Kraft getreten ist, begründeten Pflicht zur individualisierten Offenlegung der Vorstandsbezüge börsennotierter Aktiengesellschaften besteht.

Die Offenlegungspflicht gemäß VorstOG umfasst unter anderem sämtliche Leistungen, die einem Vorstandsmitglied für den Fall der (ordentlichen oder außerordentlichen) Beendigung seiner Tätigkeit zugesagt worden sind. Sie umfasst z.B. Pensions- oder Abfindungsansprüche und dabei insbesondere auch für Abfindungen im Fall des Kontrollwechsels. Die Anwendungsbereiche beider Offenlegungspflichten überschneiden sich bei Vorstandsmitgliedern damit weitgehend, so dass die Neuregelungen in §§ 289 Abs. 4 Nr. 9, 315 Abs. 4 Nr. 9 HGB n.F. zur Umsetzung der Übernahmerichtlinie insoweit keine wesentliche inhaltliche Neuerung darstellen.

Der wichtigste Unterschied beider Offenlegungspflichten besteht darin, dass die Regelungen des VostOG grundsätzlich eine individualisierte Offenlegung für die einzelnen Vorstandsmitglieder verlangen, es jedoch gestatten, dass die Hauptversammlung

mit einer Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals für einen Zeitraum von 5 Jahren beschließt, dass die individualisierte Offenlegung der Leistungen unterbleibt.

Ein weiterer Unterschied besteht hinsichtlich des Ortes der Offenlegung: Während die übernahmerechtlichen Offenlegungen gemäß 289 Abs. 4 Nr. 9, 315 Abs. 4 Nr. 9 HGB n.F. im Lagebericht zu erfolgen haben, ordnet das VorstOG eine Offenlegung der Vorstandsbezüge im Anhang des Jahres- bzw. Konzernabschlusses an (vgl. §§ 285 Satz 1 Nr. 9 lit. a Satz 6, 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a Satz 6 HGB). Ausweislich der Regierungsbegründung ging der Gesetzgeber offenbar von einer doppelten Offenlegung im Anhang und im Lagebericht aus. Nach zutreffender Literaturansicht reicht dagegen die Veröffentlichung im Lagebericht aus. Insoweit kann man sich auf eine – zumindest analoge – Anwendung der §§ 289 Abs. 2 Nr. 5, 315 Abs. 2 Nr. 4 HGB stützen, wonach eine individualisierte Offenlegung der Vorstandsvergütung im Anhang unterbleiben kann, sofern diese Darstellung im Lagebericht erfolgt.

FAZIT

Aufgrund der neuen Offenlegungspflichten im Jahresabschluss und/oder Lagebericht börsennotierter Gesellschaften werden Risiken aus „Change of Control“-Klauseln für Bieter künftig transparenter sein. Der in verschiedener Hinsicht unklare Gesetzeswortlaut der neuen Bestimmungen sowie der nicht klar geregelte Zusammenhang mit den Bestimmungen des VorstOG wirft jedoch für die praktische Anwendung zahlreiche Fragen auf. Die vorstehende Zusammenfassung enthält hierfür einige erste Lösungsvorschläge, die sich allerdings in der zukünftigen Praxis noch bewähren müssen.



Dr. Tim Oliver Brandi
tim.brandi@lovells.com



Dr. Felix von Bredow
felix.vonbredow@lovells.com

Kein abgestimmtes Verhalten bei der Wahl eines Aufsichtsratsvorsitzenden

Der BGH hat in seinem mit Spannung erwarteten Urteil vom 18. September 2006 (II ZR 137/05) die Voraussetzungen präzisiert, unter denen eine Vereinbarung über eine Verhaltensabstimmung im Sinne von § 30 Abs. 2 Satz 1 WpÜG (sog. „acting in concert“) vorliegt. Diese Frage ist von großer Bedeutung für die übernahmerechtliche Praxis, da eine Verhaltensabstimmung zwischen Aktionären einer Aktiengesellschaft, deren Aktien zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen sind, zu einer (wechselseitigen) Zurechnung der Stimmrechte führt. Dies hat zur Konsequenz, dass sämtliche an der Abstimmung beteiligten Aktionäre zur Abgabe eines Pflichtangebots (§ 35 WpÜG) verpflichtet sind, wenn sie zusammengerechnet mindestens 30 Prozent der Stimmrechte an der Zielgesellschaft halten. In seinem Urteil legt der BGH § 30 Abs. 2 Satz 1 WpÜG restriktiv aus und stellt klar, dass nach dieser Gesetzesnorm nur solche Vereinbarungen zur Stimmrechtszurechnung führen, die eine Abstimmung über die Ausübung von Stimmrechten aus Aktien in der Hauptversammlung der Zielgesellschaft zum Gegenstand haben.

SACHVERHALT

Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt hatte einen Streit zwischen Großaktionären des Haushaltswarenherstellers WMF AG zum Gegenstand. Die Klägerin verlangte von der Beklagten Zahlung von Zinsen (§ 38 WpÜG), weil die Beklagte – aus Sicht der Klägerin – pflichtwidrig kein Pflichtangebot (§ 35 WpÜG) für die Aktien der WMF AG abgegeben hatte. Die Klägerin begründete ihre Klage damit, dass die Beklagte und deren zwei Streithelferinnen, die zusammengerechnet 51 Prozent der Stimmrechte an der WMF AG hielten, im Jahr 2003 ihr Verhalten im Hinblick auf die WMF AG im Sinne von § 30 Abs. 2 Satz 1 WpÜG abgestimmt hätten.

Eine solche Verhaltensabstimmung sah die Klägerin darin, dass sich die Beklagte und ihre beiden

Streithelferinnen in Bezug auf die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden der WMF AG verständigt und unter Beteiligung, aber gegen die Interessen der Klägerin eine diesbezügliche Vereinbarung getroffen hatten. Zudem behauptete die Klägerin, die Beklagte und ihre Streithelferinnen hätten im Vorfeld dieser Verständigung eine sog. stand-still-Vereinbarung geschlossen, nach der sie ihre Stimmrechtsanteile an der WMF AG weder erhöhen noch über diese verfügen durften. Die Klägerin vertrat die Auffassung, dass sich die Beklagte aufgrund der vorgenannten Verhaltensabstimmungen die Stimmrechte der beiden Streithelferinnen zurechnen lassen müsste und deswegen angebotspflichtig (§ 35 WpÜG) gewesen sei. Der BGH wies die Klage ab.

URTEILSBEGRÜNDUNG

Der BGH verneinte eine Anspruchsberechtigung der Klägerin aus § 38 WpÜG, weil die Klägerin an der Vereinbarung über die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden selbst beteiligt gewesen sei. Auf die vorgenannte Bestimmung – so der BGH – könnten sich nicht solche Aktionäre der Zielgesellschaft berufen, deren Stimmrechte einem Bieter nach § 30 Abs. 2 Satz 1 WpÜG dergestalt zuzurechnen sind, dass sie selbst als Bieter anzusehen und damit ihrerseits angebotspflichtig sind. Den Einwand der Klägerin, bei der Beteiligung an der Vereinbarung nicht gänzlich freiwillig gehandelt, sondern sich dem Druck der Beklagten und der beiden Streithelferinnen gebeugt zu haben, erachtete der BGH als nicht überzeugend. Nach seiner Auffassung war die Auseinandersetzung um die Kandidaten für den Aufsichtsratsvorsitz Teil des in der Praxis üblichen Machtkampfes zwischen Aktionärsgruppen und hatte daher nicht den Charakter einer widerrechtlichen Drohung (§ 123 BGB).

Des Weiteren führte der BGH aus, dass eine abgestimmte Wahl eines Aufsichtsratsvorsitzenden nicht den Zurechnungstatbestand des § 30 Abs. 2 Satz

1 WpÜG erfüllt. Diese Vorschrift erfasst – so der BGH – nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur solche Vereinbarungen, die sich auf die Ausübung von Stimmrechten aus Aktien der Zielgesellschaft, d.h. nur die Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung, beziehen. Diese Sicht, mit der der BGH die gegenteilige, vorinstanzlich vom OLG München eingenommene Position ablehnt, begründet der BGH mit der Wortlautgrenze und dem Zweck von § 30 Abs. 2 Satz 1 WpÜG. Zudem verweist der BGH zur Begründung auf die im AktG angelegte Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder, nach der diese allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind und im Rahmen der ihnen obliegenden Amtsführung keinen Weisungen unterliegen.

Zudem stellt der BGH klar, dass selbst bei Bejahung einer Verhaltensabstimmung die in Rede stehende Abstimmung über die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden ein abgestimmtes Verhalten „im Einzelfall“ im Sinne des § 30 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 WpÜG darstellen würde, die für eine übernahmerechtliche Stimmrechtszurechnung nicht genügt. Die in der Literatur höchst umstrittene Frage, unter welchen Voraussetzungen eine abgestimmte Verhaltensweise „im Einzelfall“ im vorgenannten Sinne vorliegt, lässt der BGH unentschieden. Er weist darauf hin, dass die verschiedenen hierzu vertretenen Auffassungen bei richtiger Würdigung des zu beurteilenden Sachverhalts zu demselben Ergebnis kommen würden und ein abgestimmtes Verhalten „im Einzelfall“ bejahen müssten. Dies gelte sowohl für die Stimmen im Schrifttum, die das Vorliegen einer Abstimmung „im Einzelfall“ primär formal, d.h. unter Betonung des Kriteriums der Dauerhaftigkeit der abgestimmten Einflussnahme beantworten, als auch die Gegenauffassung, die auf materielle Kriterien, nämlich Gewicht und Zielrichtung der Abstimmung abstellt. Zuletzt führt der BGH aus, dass die von der Klägerin behauptete stand-still-Vereinbarung zwischen der Beklagten und deren Streithelferinnen ebenfalls keine Absprache darstellt, die eine Zurechnung von Stimmrechten nach § 30 Abs. 2 S. 1 Halbs. 1 WpÜG rechtfertigen kann.

FAZIT

Die Entscheidung des BGH überzeugt. Dies gilt insbesondere für dessen Ausführungen zur Beschränkung des Anwendungsbereichs der Zurechnungsnorm des § 30 Abs. 2 Satz 1 WpÜG auf Vereinbarungen, die sich auf die Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung beziehen. Diese Sicht, die entsprechend für

Verhaltensabstimmungen in „sonstiger Weise“ (vgl. § 30 Abs. 2 Satz 1, Halbs. 1 WpÜG) gelten muss, berücksichtigt zutreffend die für bußgeldbewehrte Gesetzesnormen geltenden Auslegungsgrundsätze und trägt der aktienrechtlichen Unabhängigkeit des Aufsichtsrats gebührend Rechnung.

Bedauerlich, aber auf Grundlage des vom BGH gewählten Begründungsweges nachvollziehbar ist, dass der BGH die Kontroverse in Judikatur und Schrifttum über den Ausnahmetatbestand der Abstimmung „im Einzelfall“ (§ 30 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 WpÜG) unentschieden lässt. Der Meinungsstand hierzu stellt sich gegenwärtig wie folgt dar: Die einen formalen Prüfungsmaßstab wählende herrschende Auffassung bejaht grundsätzlich eine Abstimmung „im Einzelfall“, wenn die Abstimmung über die Stimmrechtsausübung nur vereinzelt bzw. punktuell und ohne Fortsetzungszusammenhang erfolgt. Nach der einer materiellen Betrachtungsweise zuneigenden Gegenauffassung kann auch eine nur einmalige und damit nicht dauerhafte Abstimmung eine Zurechnung rechtfertigen, wenn diese Abstimmung nachhaltig ist, d.h. nicht unerhebliches Gewicht hat und auf die Herrschaftsstrukturen der Zielgesellschaft abzielt.

Zwar spricht einiges dafür, dass man die Ausführungen des BGH in dem Sinne deuten kann, dass er die herrschende Meinung für überzeugender hält. Letzte Sicherheit wird hier aber erst herrschen, wenn auch diese Streitfrage höchstrichterlich geklärt ist. Bis dies der Fall ist, sollten (Groß-)Aktionäre, die sich in Bezug auf ihr Stimmverhalten in einer Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, deren Aktien zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen sind, abzustimmen beabsichtigen, weiterhin mit großer Vorsicht agieren. Zur Vermeidung des Risikos eines Pflichtangebots sollten sie darauf achten, durch ihre Berater die intendierte Abstimmung unter Berücksichtigung dieser (noch) unklaren Rechtslage sorgfältig prüfen zu lassen.



Jens Uhlendorf
jens.uhlendorf@lovells.com

e-Newsletter

Lovells
Janek Weigl

Telefax: +49 (0) 89 29012 222
janek.weigl@lovells.com

Wenn Sie oder Mitarbeiter anderer Fachabteilungen an weiteren, kostenlosen e-Newslettern von Lovells interessiert sind, bitten wir unter Nutzung dieses Formulars um kurze Mitteilung oder einen Hinweis per Mail an janek.weigl@lovells.com.

Bitte senden Sie mir den e-Newsletter*

- Arbeitsrecht
- Medien
- Intellectual Property (IP)
- Immobilienrecht
- E-Commerce
- IT

in Zukunft per E-Mail an:

Firma _____

Name _____

Position _____

Straße _____

PLZ/Ort _____

E-Mail (zwingend) _____ @ _____

*Diese e-Newsletter von Lovells erscheinen kostenlos in regelmäßigen Abständen per E-Mail in deutscher Sprache. Wenn Sie am Weiterbezug eines e-Newsletters nicht mehr interessiert sein sollten, können Sie jederzeit eine E-Mail an Ihren Ansprechpartner bei Lovells oder die Absenderadresse des jeweiligen Newsletterversenders schicken. Sie werden dann umgehend aus den Verteilerlisten genommen.

Ihre Ansprechpartner

DÜSSELDORF

Kennedydamm 17

40476 Düsseldorf

Tel: +49 (0) 211 13 68-0

Fax: +49 (0) 211 13 68-100

Kontakt: Dr. Christoph Louven

Email: christoph.louven@lovells.com

FRANKFURT

Untermainanlage 1

60329 Frankfurt am Main

Tel: +49 (0) 69 962 36-0

Fax: +49 (0) 69 962 36-100

Kontakt: Dr. Tim Brandi

Email: tim.brandi@lovells.com

HAMBURG

Warburgstrasse 50

20354 Hamburg

Tel: +49 (0) 40 419 93-0

Fax: +49 (0) 40 419 93-200

Kontakt: Dr. Andreas H. Meyer

Email: andreas.meyer@lovells.com

MÜNCHEN

Karl-Scharnagl-Ring 5

80539 München

Tel: +49 (0) 89 290 12-0

Fax: +49 (0) 89 290 12-222

Kontakt: Dr. Michael Witzel

Email: michael.witzel@lovells.com

Lovells Büros weltweit

ALICANTE

Bilbao 1, 5° Piso
03001 Alicante
Tel: +34 96 514 41 05
Fax: +34 96 514 43 03

AMSTERDAM

Frederiksplein 42
1017 XN Amsterdam
Postbus 545
1000 AM Amsterdam
Tel: +31 (0) 20 55 33 600
Fax: +31 (0) 20 55 33 777

BRÜSSEL

Avenue Louise 523
1050 Brüssel
Tel: +32 (0) 2 647 06 60
Fax: +32 (0) 2 647 11 24

BUDAPEST*

Andrássy út 2
1061 Budapest
Tel: +36 1 474 2080
Fax: +36 1 474 2081

CHICAGO

One IBM Plaza
330 N. Wabash Avenue
Suite 1900
Chicago IL 60611
Tel: +1 312 832 4400
Fax: +1 312 832 4444

DÜSSELDORF

Kennedydamm 17
40476 Düsseldorf
Tel: +49 (0) 211 13 68 0
Fax: +49 (0) 211 13 68 100

FRANKFURT AM MAIN

Untermainanlage 1
60329 Frankfurt am Main
Tel: +49 (0) 69 962 36 0
Fax: +49 (0) 69 962 36 100

HAMBURG

Warburgstrasse 50
20354 Hamburg
Tel: +49 (0) 40 419 93-0
Fax: +49 (0) 40 419 93-200

HO-CHI-MINH-STADT

10th Floor
OSIC Building
8 Nguyen Hue Street
District 1
Ho-Chi-Minh-Stadt
Tel: +84 8 829 5100
Fax: +84 8 829 5101

HONGKONG

23rd Floor,
Cheung Kong Center
2 Queen's Road Central
Hongkong
Tel: +852 2219 0888
Fax: +852 2219 0222

LONDON

Atlantic House
Holborn Viaduct
London EC1A 2FG
Tel: +44 (0) 20 7296 2000
Fax: +44 (0) 20 7296 2001

MADRID

Paseo de la Castellana, 51
Planta 6a
28046 Madrid
Tel: +34 91 349 82 00
Fax: +34 91 349 82 01

MAILAND

Via Fratelli Gabba 3
20121 Mailand
Tel: +39 02 7202521
Fax: +39 02 72025252

MOSKAU

5th Floor Usadba Centre
22 Voznesensky Pereulok
Moskau 125009
Tel: +7 495 933 3000
Fax: +7 495 933 3001

MÜNCHEN

Karl-Scharnagl-Ring 5
80539 München
Tel: +49 (0) 89 290 12 0
Fax: +49 (0) 89 290 12 222

NEW YORK

590 Madison Avenue
New York NY 10022
Tel: +1 212 909 0600
Fax: +1 212 909 0666

PARIS

6 avenue Kléber
75116 Paris
Tel: +33 1 53 67 47 47
Fax: +33 1 53 67 47 48

PEKING

Level 2, Office Tower C2
The Towers, Oriental Plaza
No.1 East Chang An Avenue
Dongcheng District
Peking 100738
Tel: +86 10 8518 4000
Fax: +86 10 8518 1656

PRAG

Slovanský dům
Na Pøíkopi 22
110 00 Prag 1
Tel: +420 221 411 700
Fax: +420 224 210 004

ROM

Via dei Due Macelli 66
00187 Rom
Tel: +39 06 6758231
Fax: +39 06 67582323

SCHANGHAI

11th Floor,
Shanghai Kerry Centre
1515 Nanjing West Road
Schanghai 200040
Tel: +86 21 6279 3155
Fax: +86 21 6279 2695

SINGAPUR**

80 Raffles Place
#54-01 UOB Plaza 1
Singapur 048624
Tel: +65 6538 0900
Fax: +65 6538 7077

TOKIO

15th Floor Daido Seimei Kasu-
migaseki Building
1-4-2 Kasumigaseki
Chiyoda-ku
Tokio 100-0013
Tel: +81 3 5157 8200
Fax: +81 3 5157 8210

WARSCHAU

ul. Nowogrodzka 50
00695 Warschau
Tel: +48 (0) 22 529 29 00
Fax: +48 (0) 22 529 29 01

ZAGREB*

Miramarska 24
10000 Zagreb
Tel: +385 (0) 1 600 56 56
Fax: +385 (0) 1 600 56 57

* Kooperationsbüros

** Lovells Lee & Lee

www.lovells.com

