



Österberg Seminare

T Ü B I N G E N

10 Jahre

10. Österberg-Seminar

zu aktuellen Fragen des Wirtschaftsrechts

**am 19. Oktober 2018
auf dem Tübinger Österberg**

Ein Gemeinschaftsprojekt der Tübinger Corps Franconia, Rhenania und Borussia

Leitung

Prof. Dr. Hans-Joachim **Priester** (außer für die Arbeitsgruppe Insolvenzrecht),
Notar a.D.

Prof. Dr. Georg **Streit** (für die Arbeitsgruppe Insolvenzrecht), Rechtsanwalt, Heuking Kühn,
Lüer Wojtek, München

Referenten und Bearbeiter der Arbeitsunterlage

Prof. Dr. Gregor **Bachmann**, LL.M. (Michigan), Humboldt-Universität, Berlin

Dr. Bero-Alexander **Lau** / Sara **Vanetta**, White & Case, Düsseldorf Prof. Dr. Jan **Lieder**, LL.M.
(Harvard), Albrecht-Ludwigs-Universität, Freiburg

Günther **Oettinger**, EU-Kommissar für Haushalt und Personal, Brüssel

Dr. Patrick **Biagosch**, Clifford Chance, München

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten **Schmidt**, Bucerius Law School, Hamburg

Prof. Dr. Ulrich **Seibert**, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin

Dr. Simone **Wernicke**, BBL Bernsau Brockdorf & Partner, Berlin

Inhaltsverzeichnis

Unternehmenssanierung durch Insolvenzverfahren - Wo bleibt das Gesellschaftsrecht? (<i>Schmidt</i>)	5
Related Party Transactions und Konzernrecht (<i>Lieder</i>)	7
Die Beweislastverteilung im Organhaftungsprozess (<i>Bachmann</i>)	28
D&O-Versicherungen in der Insolvenz – ein taugliches Mittel zur Massegenerierung (<i>Lau/Vanetta</i>)	35
Arbeitsrechtliche Aspekte bei Konzerninsolvenzen unter Einbeziehung des neuen deutschen Konzerninsolvenzrechts (<i>Wernicke</i>)	51
Neue Entwicklungen in Brüssel—Quo vadis Europa (<i>Oettinger</i>)	63
The long and Winding Road to the Online Registration of Companies (<i>Seibert</i>)	64
Die Problematik der vorvertraglichen Pflichtverletzungen beim Unternehmenskauf (<i>Biagosch</i>)	65
Annex: Beiträge zum Österberg-Seminar zum Wirtschaftsrecht 2009-2017	77
Annex: „Praxis und Lehre im Wirtschaftsrecht“ – 10 Jahre Österber Seminare	83

Unternehmenssanierung durch Insolvenzverfahren - Wo bleibt das Gesellschaftsrecht?

(Schmidt)

(dazu *Karsten Schmidt*, in: FS Österberg, S. 365 ff.)

Unternehmenssanierung durch Insolvenzverfahren

Wo bleibt das Gesellschaftsrecht?

Karsten Schmidt

- I. Der Debt-Equity-Swap als klassische Sanierungsmaßnahme**
- II. Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht im Wandel**
 - 1. Von der Konkursordnung zur Insolvenzordnung**
 - 2. Insolvenzordnung und Insolvenzplan**
 - 3. Das Insolvenzplanmodell der InsO**
 - 4. Insolvenzplanreform durch das ESUG**
- III. Von der Sanierung im Insolvenzverfahren zum präventiven Reorganisationsverfahren**
- IV. Rechtspolitische Einschätzung**
 - 1. Status quo und rechtspolitische Fragezeichen**
 - 2. Rechtspolitische Erwartungen**
 - 3. Ökonomische Effekte**
 - 4. Arbeitsteilung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht**
- V. Thesen**
 - 1. Die Sanierung von Unternehmen ist eine vielgestaltige, nur teilweise juristische Aufgabe.
 - 2. Die Bilanzbereinigung durch Debt-to-Equity Swap ist weder eine neue noch eine spezifisch insolvenzrechtliche Erfindung. Es geht um einen Sonderfall des sanierenden Kapital Schnitts mit Sacheinlage.
 - 3. Das Insolvenzverfahren war über Jahrzehnte hinweg für einen solchen Kapitalschnitt nicht gerüstet. Das hat sich seit dem ESUG von 2011 geändert.
 - 4. Das ESUG hat einen Debt-to-Equity Swap durch Insolvenzplan nicht nur ermöglicht (§ 225 a Abs. 2 und 3 InsO), sondern obendrein haftungsrechtlich privilegiert (§ 254 Abs. 4 InsO). Es hat hierdurch neue Anreize geschaffen, dies aber auf Kosten des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes.
 - 5. Die Einführung eines präventiven Restrukturierungsverfahrens ist Ausdruck einer weiteren Einmischung des Insolvenzrechts in den gesellschaftsrechtlichen Bereich und droht die Balance zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht zu stören.

Related Party Transactions und Konzernrecht

(Lieder)

Related Party Transactions und Konzernrecht

Professor Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard)

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg



UNI
FREIBURG

10. Österberg-Seminar
Tübingen, 19. Oktober 2018

Gliederung

- I. Entwicklung und Überblick
- II. Regelungsanliegen und Regelungskonzept
- III. Geschäft mit nahestehenden Personen
- IV. Ausnahmetatbestände
- V. Zustimmungsvorbehalt
- VI. Bekanntmachungspflicht
- VII. Fazit



UNI
FREIBURG

I. Entwicklung und Überblick



- *European Corporate Governance Forum*, Statement on **Related Party Transactions** for Listed Entities (2011)
- *Europäische Kommission*, **Aktionsplan**: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance, COM(2012) 740
- *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie zur **Änderung der Aktionärsrechterichtlinie**, COM(2014) 213
- Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die **Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre**, ABl. L132/1

I. Entwicklung und Überblick



- Einsetzung einer **Expertenkommission** zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie am 18.9.2017
- **Referentenentwurf** für ein **ARUG II**, veröffentlicht am 11.10.2018
- **Regierungsentwurf**
- **Umsetzungsfrist**: 10.6.2019
- **Inkrafttreten**

I. Entwicklung und Überblick



- **Know Your Shareholder**
 - **Identifizierung** und **Information** der Aktionäre
 - Gewährleistung des Informationsflusses zwischen AG und Aktionären unter Einbeziehung von **Intermediären**
- Transparenz bei **institutionellen Anlegern**, **Vermögensverwaltern** und **Stimmrechtsberatern**
 - Erweiterung der **Offenlegungspflichten**
 - Verhinderung von **Fehlanreizen** und **Interessenkonflikten**

I. Entwicklung und Überblick



- **Say on Pay**
 - Mitwirkung der **Hauptversammlung** bei der Festsetzung der Vergütung der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat
 - Abstimmung über grundsätzliche **Vergütungspolitik** bei wesentlicher Änderung, mindestens alle vier Jahre
 - Veröffentlichung eines **Vergütungsberichts** über tatsächliche Auszahlungen und Abstimmung
- **Related Party Transactions (RPT)**
 - **Zustimmung** zu wesentlichen Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen
 - **Bekanntmachung** von RPT

II. Regelungsanliegen und Regelungskonzept



- **Kernanliegen:** Verhinderung von Vermögensabflüssen an nahestehende Personen (*tunneling*), um Interessen der AG und der (Minderheits-)Aktionäre angemessen zu schützen
- (Rechts-)Ökonomisches Schrifttum betrachtet *tunneling* als größtes **Corporate Governance-Problem** unserer Zeit
- **Praxisfall:** *Parmalat S.p.A.*
 - Bilanzfälschung, um Verluste und Abschöpfung von Vermögenswerten durch kontrollierende Familie *Tanzi* zu verbergen
 - Transaktionen von mind. 2,3 Mrd. €, ua 500 Mio. € an defizitäres Reiseunternehmen *Parmatour* der *Tanzi*-Familie

II. Regelungsanliegen und Regelungskonzept



- **Rechtsvergleich** zeigt, dass westliche Industrienationen mit RPT regelungskonzeptionell sehr unterschiedlich verfahren
 - **Postventive** Sanktionierung durch **Haftung** herrschender Aktionäre nach materiellrechtlichen Standards, wie zB Deutschland, ähnlich Italien
 - Haftung **herrschender Unternehmen** nach §§ 311, 317 I AktG
 - Haftung der **Verwaltungsorgane** nach §§ 317 III, 318 I, II AktG
 - **Anspruchsverfolgung** durch außenstehende Aktionäre nach §§ 317 IV, 318 IV, 309 IV AktG

II. Regelungsanliegen und Regelungskonzept



- **Rechtsvergleich**
 - Haftung nach **allgemeinen Grundsätzen**
 - **Frankreich:** Haftung nach allgemeinem Deliktsrecht und in der Insolvenz der Gesellschaft
 - **England:** Haftung des kontrollierenden Aktionärs als *shadow director* wegen Verletzung der *duty of loyalty*
 - **Delaware:** Haftung des herrschenden Aktionärs wegen Verletzung der Loyalitätspflicht mit umfassender gerichtlicher Fairness-Prüfung

II. Regelungsanliegen und Regelungskonzept



- **Rechtsvergleich**
 - **Berichtspflichten** wiederum sehr unterschiedlich ausgestaltet
 - **Deutschland: Abhängigkeitsbericht** (§ 312 AktG), erstellt vom Vorstand der abhängigen Gesellschaft – „geheime Kommandosache“ (*Fleischer*)
 - **Präventive** Mitwirkung der Aktionäre
 - **England:** erhebliche Transaktionen und Darlehensgeschäfte mit Geschäftsführern bedürfen der **Zustimmung der Aktionäre**
 - **Frankreich, Italien:** Kompetenzverlagerung auf Hauptversammlung und Stimmverbot für *related party*

II. Regelungsanliegen und Regelungskonzept



- Aktuelles **Regelungskonzept** des **deutschen Rechts**
 - **Konzernrecht**
 - **Vertretung** der AG bei Geschäften mit Vorstand (*self dealing*) **durch Aufsichtsrat** (§ 112 AktG)
 - **Darlehensgewährung** an Vorstand und nahestehende Personen nur mit **Zustimmung des Aufsichtsrats** (§ 89 AktG)
 - **Verbot** der (verdeckten) **Einlagenrückgewähr** (§ 57 AktG); **Haftung** des Vorstands (§ 93 III Nr. 1 AktG) und des Aktionärs (§ 62 AktG)
 - **Treuepflicht** von Aktionären und Organmitgliedern
 - Allgemeine **Schadensersatzpflicht** von Aktionären (§ 117 AktG) und Organmitgliedern (§§ 116 S. 1, 93 I, II AktG)

II. Regelungsanliegen und Regelungskonzept



- ARRL zielt auf eine **einheitliche Regelung** von RPT für **börsennotierte** Gesellschaften
 - Wegen Aufwand und Kosten **keine** Übertragung auf **nicht börsennotierte** Gesellschaften
- Keine Differenzierung zwischen Geschäften mit **Organmitgliedern** oder einflussreichen **Aktionären**
- **Zustimmungspflicht** schützt die außenstehenden (Minderheits-) **Aktionäre**
- **Bekanntmachungspflicht** schützt (gegenwärtige und künftige) Aktionäre, Gläubiger, Arbeitnehmer und **sonstige Interessenträger**

III. Geschäft mit nahestehenden Personen



1. Geschäft

- Bezugspunkt des Art. 9c I ARRL ist das **einzelne** „wesentliche Geschäft“
 - Keine Definition für das Geschäft (Transaktion)
 - Str., ob Transaktion **rechtsgeschäftlicher** Natur sein muss
 - **ARUG II** wählt weite Definition (§ 111a I 1 Nr. 1 AktG): Vermögenswert muss **entgeltlich** oder **unentgeltlich** übertragen oder überlassen werden; Unterlassungen sind ausgenommen
 - Erfasst sind Anweisung oder Veranlassung von **tatsächlicher Handlung**, wie zB Herausgabe von Forschungsergebnissen oder Einstellung der Produktion zugunsten des Mehrheitsaktionärs, soweit diese zu einer Vermögensübertragung führen

III. Geschäft mit nahestehenden Personen



2. Wesentlichkeit des Geschäfts

- Mitgliedstaaten sollen Definition iFv einer oder mehreren **quantitativen Kennzahlen** festlegen
 - Kennzahlen sollen auf Einfluss des Geschäfts auf **finanzielle Lage**, Einnahmen, **Vermögen**, Kapitalisierung, einschließlich Eigenkapital, oder Umsatz der Gesellschaft basieren oder der **Art des Geschäfts** und der **Position** des nahestehenden Unternehmens oder der nahestehenden Person Rechnung tragen
 - **Unterschiedliche Kennzahlen** für Zustimmung (zB 5 % des Gesellschaftsvermögens) und Bekanntmachung (zB 1 %) möglich
 - Weites gesetzgeberisches **Ermessen**
 - **Aggregation mehrerer Geschäfte** in Geschäftsjahr

III. Geschäft mit nahestehenden Personen



2. Wesentlichkeit des Geschäfts

- Umsetzung durch **ARUG II**
 - Verhältnis zwischen **Anlage- und Umlaufvermögen** der AG und wirtschaftlichem Wert des Geschäfts muss **2,5 %** betragen (§ 111b I AktG-E)
 - Gleicher Wert **auch** für **Bekanntmachungspflicht** maßgeblich
 - Maßgeblich für AG ist letzter festgestellter **Jahresabschluss**, bei Muttergesellschaft zuletzt gebilligter **Konzernabschluss**
 - Maßgeblich für Geschäft ist **Zeitwert des Gegenstands** nach realistischer Schätzung des Aufsichtsrats
 - **Verzicht auf weitere Differenzierung** und Abstufung reduziert Komplexität, erhöht Verständlichkeit und Handhabbarkeit

III. Geschäft mit nahestehenden Personen



3. Näheverhältnis

- Kreis nahestehender Personen und Unternehmen bestimmt sich nach **internationalem Bilanzrecht** (Art. 2 lit. h ARRL)
 - **IAS 24.9: Natürliche Personen** und nahe **Familienangehörige**, die Gesellschaft **beherrschen** oder an ihrer gemeinsamen Führung beteiligt sind, maßgeblichen Einfluss darauf haben oder **Schlüsselfunktion** im Management oder in der Muttergesellschaft haben
 - **Unternehmen**, die auf Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar **Einfluss nehmen** oder ihrem Einfluss ausgesetzt sein können, alle Unternehmen derselben **Unternehmensgruppe**
 - **ARUG II** (§ 111a I 3 AktG-E) **verweist dynamisch** auf internationales Rechnungslegungsrecht (derzeit IAS 24)

IV. Ausnahmetatbestände



1. Marktübliche Geschäfte

- Einrichtung eines „**internen Verfahrens**“, um marktübliche Bedingungen durch Aufsichtsorgan regelmäßig bewerten zu können (Art. 9c V ARRL)
- Keine transaktionsbezogene Einzelbewertung, sondern ein **System der laufenden Überwachung** (ohne *related party*)
- **Marktüblichkeit** sollte iSd. Bilanzrichtlinie, umgesetzt in § 285 Nr. 21 HGB, verstanden werden: **Drittvergleich** maßgeblich
- **ZB** Leistungen zu drittvergleichskonformen Preisen im **Konzern**, marktüblich verzinste Leistungen im **Cash Pool**

IV. Ausnahmetatbestände



1. Marktübliche Geschäfte

- Umsetzung durch ARUG II
 - **Ausnahme** für marktübliche Geschäfte als *default rule*
 - AG können durch **Satzungsregelung** diese Ausnahme für nicht anwendbar erklären (*opt out*)
 - **Enge Auslegung**: Marktwert erforderlich, kein Schätzwert; nicht erfasst sind Veräußerung von Beteiligungen, Konzernumlage
 - Drittvergleich ist nicht gewahrt, wenn die **Konditionen** mit einem **unabhängigen Dritten** nicht vereinbart worden wären
 - **Keine außergewöhnlichen Geschäfte**, sondern nur ordentlicher Geschäftsgang

IV. Ausnahmetatbestände



2. Geschäfte mit Tochterunternehmen

- **Voraussetzungen** nach Art. 9c VI lit. a ARRL
 - **100 %ige** Tochtergesellschaft oder
 - **Tochtergesellschaft ohne** Beteiligung einer der (Mutter-) Gesellschaft **nahestehenden Person**, oder
 - **Angemessenes nationales Regelungssystem** zum Schutz der Interessen der AG, Tochtergesellschaft und außenstehenden Aktionäre

IV. Ausnahmetatbestände



2. Geschäfte mit Tochterunternehmen

- **Geschäfte** der börsennotierten AG mit **Mutterunternehmen**
 - **Wortlaut** bezieht sich nur auf (*downstream*) Geschäft der AG mit Tochterunternehmen (Muttergesellschaft wird privilegiert)
 - **Erstreckung** auf (*upstream*) Geschäfte der AG mit Muttergesellschaft (Tochtergesellschaft wird privilegiert) ist **str.**
 - Für analoge Anwendung **fehlt** es an **Planwidrigkeit** der Regelungslücke: Während Beratungen hat Deutschland versucht, die Formulierung zu erweitern, ist aber am Ende gescheitert
 - **Gefahr des tunneling** ist bei Geschäften *upstream* deutlicher **höher** als bei Geschäften *downstream*

2. Geschäfte mit Tochterunternehmen

- **Umsetzung** in deutsches Recht
 - Ausnahme für **100 %ige** und Tochtergesellschaft **ohne nahestehende Personen** ist unproblematisch
 - **Angemessenes Schutzsystem** für AG, Tochter und Aktionäre
 - Angemessenes Schutzniveau ist ausreichend, muss **nicht** vollständig **gleichwertig** sein
 - Schutz kann durch **Verfahrensvorschriften**, aber auch durch **materiellrechtliche Standards** gewährleistet werden

2. Geschäfte mit Tochterunternehmen

- **Vertragskonzern** ist angemessenes Schutzsystem
 - Einschränkung des Vermögensschutzes nach §§ 57 ff. AktG und umfassendes Weisungsrecht nach § 308 I AktG werden durch **Verlustausgleichspflicht** nach § 302 AktG aufgewogen
 - Schutzmechanismen bei Abschluss des Unternehmensvertrags: **Publizitätspflichten** (§§ 293a, 293f AktG); **externe Prüfung** (§§ 293b ff. AktG), **Zustimmungsbeschluss** (§ 293 II AktG)
 - Bildung besonderer gesetzlicher **Rücklagen** nach § 300 AktG
 - **Ausgleichs- und Abfindungsmechanismen** im Interesse außenstehender Aktionäre nach §§ 304, 305 AktG

IV. Ausnahmetatbestände



2. Geschäfte mit Tochterunternehmen

- **Vertragskonzern**
 - Ausnahme des angemessenen Schutzsystems erfasst **nur** Geschäfte **downstream**
 - Ausnahme für Geschäfte, die nach nationalem Recht der **Zustimmung der Hauptversammlung** bedürfen (Art. 9c VI lit. b ARRL)
 - **eA: Zustimmung** zum Abschluss des Unternehmensvertrags nach § 293 I 1 AktG **umfasst Geschäfte im Vertragskonzern**
 - **aA: Zustimmung bezieht** sich nur auf Abschluss des Unternehmensvertrags, **nicht** aber **auf** weitere **Einzelgeschäfte**

IV. Ausnahmetatbestände



2. Geschäfte mit Tochterunternehmen

- **Vertragskonzern**
 - **Konzeptionelle Disparität** zwischen Einzelgeschäftsansatz der ARRL und ganzheitlicher Verlustübernahme im Vertragskonzern
 - **Wortlaut** des Art. 9c VI lit. b ARRL umfasst schuldrechtliche und organisationsrechtliche Geschäfte, auch **Unternehmensvertrag**
 - Wenn Abschluss des Unternehmensvertrags, der nachteilige Weisungen zulässt, von Zustimmung ausgenommen werden kann, dann **gilt** dies **erst recht** für Geschäfte der AG mit Mutter
 - Beherrschungsvertrag und spätere Einzelgeschäfte bilden **Einheit**
 - **Materielles Schutzniveau** des deutschen Konzernrechts ist in Ansehung der Regelungstendenz der ARRL **hinreichend**
 - **Ausnahme** nach **ARUG II: § 111a III Nr. 3 a AktG-E**

IV. Ausnahmetatbestände



2. Geschäfte mit Tochterunternehmen

- **Faktischer Konzern** ist kein angemessenes System (str.)
 - **Verbot der Nachteilszufügung** nach § 311 I AktG, aber gestreckter Nachteilsausgleich zulässig (§ 311 II AktG) und Ausgleich bei nicht quantifizierbaren Nachteilen schwierig
 - **Obergesellschaft haftet** nach §§ 311, 317 I AktG
 - **Organmitglieder haften** nach §§ 317 III, 318 I, II AktG
 - **Anspruchsdurchsetzung** durch außenstehende Aktionäre nach §§ 317 IV, 318 IV, 309 IV AktG, aber struktureller Mangel an klagerelevanten Informationen
 - **Abhängigkeitsbericht** nach § 312 AktG wird Aktionären nicht offengelegt
 - Vorgaben von ARRL und ARUG II sind **sinnvolle Ergänzung**

IV. Ausnahmetatbestände



3. Geschäfte mit **Zustimmung der Hauptversammlung**

- Nationale Rechtsvorschriften müssen angemessene Behandlung aller Aktionäre sicherstellen und **Gesellschafts- und Aktionärsinteressen schützen** (Art. 9c VI lit. b ARRL)
 - Erfasst sind **Kapitalmaßnahmen, Umwandlungen**, etc.
- Ergänzende **Ausnahmen** (Art. 9c VI ARRL)
 - **Vergütung** der Organmitglieder (lit. c)
 - **Stabilisierungsmaßnahmen** von Kreditinstituten (lit. d) und
 - Geschäfte, die allen **Aktionären zu gleichen Bedingungen** angeboten werden (lit. e)
- Umsetzung durch **ARUG II**: § 111a III Nr. 3 AktG-E

V. Zustimmungsvorbehalt



1. Organkompetenz

- „Hauptversammlung oder das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan der Gesellschaft“ (Art. 9c IV ARRL)
- **Organadäquanz**: Hauptversammlung ungeeignet
 - Entscheidungsfindung **zu schwerfällig**, zu kostspielig, zu selten; **impraktikabel** bei eilbedürftigen Transaktionen; Angriffsfläche für Berufskläger
 - **Funktionentrennung in AG**: grundlegende Strukturmaßnahmen durch Hauptversammlung; Überwachung durch Aufsichtsrat
 - Zustimmungsvorbehalt durch **Aufsichtsrat** nach Vorbild des § 111 IV AktG
- **ARUG II: Aufsichtsrat** entscheidet nach § 111b I AktG-E

V. Zustimmungsvorbehalt



2. Stimmverbot der *related party*

- Mitglied der **Unternehmensleitung** oder **Aktionär**, der an Geschäft als nahestehende Person oder Unternehmen beteiligt ist, darf an Zustimmung **nicht teilnehmen**
- **Umsetzungsbedarf** in deutsches Recht **umstritten**
 - **eA**: keine Notwendigkeit wegen **Stimmverbot analog § 34 BGB**
 - **aA: Ausdehnung** des Stimmverbots auf alle Repräsentanten des Großaktionärs
 - Problem: **Unternehmensmitbestimmung**; Arbeitnehmervertreter entscheiden faktisch über Geschäfte mit Großaktionär

2. Stimmverbot der *related party*

- **Umsetzungsbedarf** in deutsches Recht **umstritten**
 - **aA: abstrakte Regelung** in Anlehnung an Art. 9 IV UAbs. 4 ARRL
 - Teilnahme zulässig, „sofern das nationale Recht angemessene Schutzmechanismen enthält, die vor oder während des Abstimmungsverfahrens gelten, um Interessen der Gesellschaft und der Aktionäre“ zu schützen
 - Aufsichtsrat wäre dann auf Grundlage seiner **Organisationsautonomie** dazu verpflichtet, die Einhaltung dieser Vorgaben eigenverantwortlich sicherzustellen
 - ZB durch Einrichtung von **Aufsichtsratsausschuss**

2. Stimmverbot der *related party*

- **Stellungnahme**
 - Reichweite des **Stimmverbots analog § 34 BGB** ist nach hM auf Rechtsgeschäfte mit Aufsichtsratsmitgliedern **beschränkt**
 - Nicht erfasst sind Rechtsgeschäfte mit anderem Unternehmen, dessen Verwaltungsorgan Aufsichtsratsmitglied angehört, von Familienangehörigen
 - Einzelheiten sind umstritten
 - Mit Blick auf *effet utile* ist eine **ausdrückliche Regelung** des Stimmverbots im nationalen Recht zu treffen

2. Stimmverbot der *related party*

- **Stellungnahme**
 - **Stimmverbot** der *related party* ist unumgänglich
 - Beschlussfassung durch **erledigenden Aufsichtsratsausschuss** nach § 107 III AktG, ebenso wie bei der Zustimmungserteilung nach § 111 IV 2 AktG (hM, str.)
 - Alternative: Operationelle Erleichterung durch Bildung eines **vorbereitenden Aufsichtsratsausschusses**
 - **Besetzung des Ausschusses** mit nicht an RPT beteiligten Mitgliedern und (mehrheitlich) unabhängigen Mitgliedern
 - **Ausdrückliche gesetzliche Regelung**, nicht DCGK-Empfehlung

2. Stimmverbot der *related party*

- Umsetzung durch **ARUG II**: zwei Optionen
 - **Vorbereitender Ausschuss** macht Vorschlag für Beschlussfassung (§ 107 III 3 AktG-E)
 - Besetzung mehrheitlich mit **Mitgliedern, die keine *related party*** sind und nach Einschätzung des Aufsichtsrats **keinem Interessenkonflikt** aus Beziehung zu *related party* unterliegen
 - Interessenkonflikt begründen **geschäftliche, finanzielle** oder **persönliche** Beziehung zu *related party*
 - **Einschätzungsprärogative** des Aufsichtsrats (ggf. nach Unabhängigkeitskriterien der Nr. 5.4.2 DCGK) und (eingeschränkte) gerichtliche Kontrolle der Willkürfreiheit und Vertretbarkeit
 - **Kein Stimmverbot** im Ausschuss

V. Zustimmungsvorbehalt



2. Stimmverbot der *related party*

- Umsetzung durch **ARUG II**: zwei Optionen
 - **Vorbereitender Ausschuss** macht Vorschlag für Beschlussfassung (§ 107 III 3 AktG-E)
 - Schlägt **Ausschuss Zustimmung** vor, entscheidet Aufsichtsratsplenum final über Zustimmungserteilung
 - **Stimmverbot** im Aufsichtsratsplenum (§ 111b II AktG-E)
 - **Verweigert Ausschuss** die **Zustimmung**, kann Aufsichtsratsplenum nur zustimmen, wenn Wirtschaftsprüfer Angemessenheit des Geschäfts bestätigt hat (**Fairness-Opinion**), § 111c I AktG-E

V. Zustimmungsvorbehalt



2. Stimmverbot der *related party*

- Umsetzung durch **ARUG II**: zwei Optionen
 - **Besteht kein vorbereitender Ausschuss**, entscheidet das Aufsichtsratsplenum (§ 111c II AktG-E)
 - **Stimmverbot** unterliegt nicht nur *related party*, sondern auch Mitglieder, bei denen **Besorgnis eines Interessenkonflikts** aufgrund ihrer Beziehung zu *related party* besteht
 - Aufsichtsrat hat hinsichtlich Interessenkonflikt keinen Einschätzungsspielraum
 - **Verweigert Aufsichtsrat** Zustimmung, kann **Hauptversammlung** auf Verlangen des Vorstands über Zustimmung entscheiden (§ 111b IV AktG-E); **Stimmverbot** der *related parties*

2. Stimmverbot der *related party*

- **Bewertung** des ARUG II
 - Konkrete Ausgestaltung ist von **ARRL** gedeckt
 - Ausschluss **entscheidender Ausschüsse** ist systemwidrig
 - Gleichlauf von **Interessenkonflikt** und **Unabhängigkeit** nach Nr. 5.4.2 DCGK ist wünschenswert
 - Erhebliche **Komplexität** durch mehrfache Differenzierung:
 - Ausschuss oder Plenum
 - Stimmverbot oder kein Stimmverbot
 - Stimmverbote für *related parties* oder auch für Personen mit Interessenkonflikt
 - Einschätzungsprärogative des Aufsichtsrats oder nicht
 - Fairness-Opinion oder keine Fairness-Opinion

3. Enforcement

- Maßnahmen und **Sanktionen** zur Verhinderung von Verstößen müssen „**wirksam, verhältnismäßig** und **abschreckend**“ sein
- **Keine** Notwendigkeit der **Unwirksamkeit** oder **Anfechtbarkeit** von Geschäften
- **Mängel** im Innenverhältnis **lassen** die **Vertretungsbefugnis** des Vorstands grundsätzlich **unberührt**
- Organmitglieder handeln ggf. **pflichtwidrig** und schulden uU **Schadensersatz** (§§ 116 S. 1, 93 I, II AktG)

VI. Bekanntmachungspflicht



- Gesellschaften müssen RPT spätestens bei Abschluss **öffentlich bekannt machen** (Art. 9c II ARRL)
- **Mindestinhalt**
 - Art des Näheverhältnisses
 - Name der *related party*
 - Datum und Wert des Geschäfts
 - Weitere Informationen, die zur Bewertung der Angemessenheit des Geschäfts erforderlich sind
- **Fairness Opinion** ist **optional** (Art. 9c III ARRL) und sollte durch deutschen Gesetzgeber grds. nicht umgesetzt werden

VI. Bekanntmachungspflicht



- Rechtstechnische **Umsetzungsmöglichkeiten**
 - **Gesellschaftsrechtlich** mit Bekanntmachung im Bundesanzeiger nach § 25 AktG
 - **Kapitalmarktrechtlich** mit Bekanntmachung nach WpHG, etwa in Anlehnung an Veröffentlichung von Insiderinformationen
 - **Für kapitalmarktrechtliche** Ausgestaltung spricht
 - **Zügige Offenlegung** gegenüber einem breiten Adressatenkreis; nicht nur gegenüber Aktionären, sondern auch gegenüber Gläubigern, Arbeitnehmern und Publikum
 - **Rechtsvergleich** zu England und Italien
 - **Vor Geschäftsabschluss** kommt Offenlegungspflicht nach Art. 17 I MAR (Ad-hoc-Publizität bei Insiderinformationen) in Betracht
 - **Geheimhaltungsinteresse** der Gesellschaft ist zu wahren
 - Kapitalmarktrechtliche Umsetzung durch **ARUG II** in § 48a WpHG

VI. Bekanntmachungspflicht



- Bekanntmachung von **Geschäften**, die *related parties* mit **Tochtergesellschaften** abschließen (Art. 9c VII ARRL)
 - Anwendungsbereich erfasst auch **Geschäfte der Tochtergesellschaften**
 - **Umgehungsschutz** bei RPT unter Nutzung börsenferner Tochtergesellschaften
 - **Inhalt** und **Zeitpunkt** der Bekanntmachung stehen im **Ermessen** der Mitgliedstaaten, periodische Veröffentlichung ist sinnvoll
 - **Fairness Opinion** ist **optional** und sollte durch deutschen Gesetzgeber grds. nicht umgesetzt werden

VII. Fazit



1. Umsetzung der ARRL in deutsches Recht leistet Beitrag zur **Verbesserung der Corporate Governance**
2. **Zustimmungs-** und **Bekanntmachungspflicht** sind im Grundsatz sinnvolle Neuerungen
 - Kontrolle von RPT durch **Aufsichtsrats ex ante** statt ex post
 - **Mehr Transparenz** für Aktionäre, Gläubiger und Publikum
3. **ARUG II** setzt Vorgaben der ARRL **behutsam** und **schonend** um, **Doppelungen** werden **vermieden** und alle **Ausnahmen genutzt**

Die Beweislastverteilung im Organhaftungsprozess

(Bachmann)

Die Beweislastverteilung im Organhaftungsprozess

Vortrag am 19.10.2018 auf dem 10. Österbergseminar

Vortragsgliederung

- I. Die Organhaftung und ihre Durchsetzung
- II. Die gesetzliche Regelung der Beweislast (§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG)
- III. Der Beweis der einzelnen Tatbestandsmerkmale
 1. Vorstandsmitglied
 2. Pflichtverletzung
 3. Verschulden
 4. Kausaler Schaden
- IV. Problemfälle
 1. Ausgeschiedenes Vorstandsmitglied
 2. Erbe des Vorstandsmitglieds
 3. Feststellungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB?
 4. Abtretung des Freistellungsanspruchs (D&O)
 5. Gesamtschuldausgleich
 6. Anwendung im Rahmen der ARAG-Prüfung
- V. Die Beweislast in der Insolvenz
 1. Der Anspruch aus § 93 Abs. 5 Satz 1 AktG
 2. Der Anspruch aus § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG
- VI. Beweisvereitelung



Die Beweislast im Organhaftungsprozess

Professor Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan)

Gesetzliche Grundlage

- Anspruchsgrundlage: § 93 II 1 AktG
 - Vorstandsmitglied
 - Pflichtverletzung
 - Verschulden
 - kausaler Schaden der Gesellschaft
- Beweislastumkehr (BLU): § 93 II 2 AktG
 - „Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.“
 - analog für GmbH
 - Ratio: Sachnähe

Pflichtverletzung

- **P1:** Bezieht sich BLU auf Pflichtverletzung?
 - hM: (+), arg. „Doppelfunktion“ von § 93 I 1 AktG
 - aA: (-), arg. § 93 I 2 AktG ⇔ § 280 I 2 BGB
- **P2:** Erfolgshaftung?
 - Pflichtverletzung = sehr weit (inkl. Unterlassen!)
 - Abmilderung:
 - AG muss „Möglichkeit“ der Pflichtverletzung dartun (BGHZ 152, 280; Goette, ZGR 1996, 648)
- **P3:** Gilt BLU auch für BJR (§ 93 I 2)?
 - HM: ja!

3

Pflichtverletzung 2

- **BGHZ 152, 280 (2002)**
 - AG muss nachweisen:
 - „dass der Schaden durch ein Verhalten des GF in seinem Pflichtenkreis verursacht wurde, *das als pflichtwidrig überhaupt in Betracht kommt*, sich also insofern als ‚möglicherweise‘ pflichtwidrig darstellt“
 - AG trifft „**sekundäre Darlegungslast**“
 - Pflichtverletzung ist „näher zu bezeichnen“
 - Organ muss vorgetragene Tatsachen widerlegen
 - aus Schaden darf nicht auf Pflichtverletzung geschlossen werden
 - dynamische Handhabung
 - „unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls“

4

Verschulden

- Beweislast: Organmitglied
- leichte Fahrlässigkeit für Haftung ausreichend
- Entschuldigungsgründe
 - regelmäßig nicht gegeben:
 - Unmöglichkeit/Unzumutbarkeit pflichtgem. Handelns
 - Unvorhersehbarkeit des Schadens
 - Relevant: (unvermeidbarer) **Rechtsirrtum**
 - strenge Anforderungen (BGH AG 2011, 876 - ISON)
 - P: Rechtsberater als Erfüllungsgehilfe des Vorstands?

5

Kausaler Schaden

- Beweislast: Gesellschaft
 - aber: Beweislast des Organmitglieds für
 - Verletzung der Schadensminderungspflicht
 - Vorteilsausgleichung
 - **rechtmäßiges Alternativverhalten** (BGH ZIP 2018, 1923)
- Beweiserleichterungen
 - Schadensschätzung (§ 287 ZPO)
 - Kassen- oder Warenfehlbestand
 - weitere Beweiserleichterungen?
 - Präjudiz: *Siemens/Neubürger* (LG München ZIP 2014, 570)
 - Dogmatische Begründung unklar (*Fleischer*, NZG 2014, 321, 328)
- Beweisverschärfung?
 - „soziale Aufwendungen“ – hM: nein!

6

Problemfälle 1

- **P1:** Ausgeschiedenes Vorstandsmitglied
 - hM: BLU, aber § 810 BGB analog
 - aA: teleologische Reduktion
- **P2:** Erbe des Vorstandsmitglieds
 - BLU ändert sich nicht (*Born*, a.A. hL.)
- **P3:** Feststellungswirkung des § 33 IV GWB?
 - gilt nicht für den Organhaftungsprozess
- **P4:** Abtretung des Freistellungsanspruchs (D&O)
 - hM: Beweislastumkehr gilt nicht
 - aA: BLU bleibt erhalten

7

Problemfälle 2

- **P5:** Gesamtschuldausgleich (§ 426 BGB)
 - Legalzession (§ 426 II BGB) ändert BLU nicht
 - § 426 I BGB
 - Beweislast für Anspruch aus § 93 II AktG beim Kläger
 - Aber: Möglichkeit der Streitverkündung im Erstprozess
- **P6:** Anwendung der BLU bei „ARAG“-Prüfung?
 - „ARAG“: Prüfpflicht des Aufsichtsrats (**BGHZ 135, 244**)
 - (1) Feststellung des Sachverhalts + Prozessrisikoanalyse
 - (2) Abwägung: Verfolgung (Regelfall) ⇔ Absehen von Verfolgung
 - Anwendung der BLU unklar, aber wohl (+)

8

Insolvenz

- Anspruch aus § 93 V 1 AktG
 - Entspricht § 93 II AktG (s.o.)
 - Beweislastumkehr gilt auch hier (s. Satz 2 Halbs. 2)
 - Gläubiger/Verwalter muss Insolvenztatbestand beweisen
- Anspruch aus § 93 III Nr. 6 AktG (Zahlung nach Insolvenz)
 - Erleichterung für Gesellschaft:
 - einfacherer Nachweis der Pflichtverletzung
 - kein konkreter Schadensnachweis erforderlich
 - Vorstandsmitglied muss beweisen:
 - kompensierende Gegenleistung, oder
 - Zahlung mit Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar

9

Vielen Dank!



10

D&O-Versicherungen in der Insolvenz – ein taugliches Mittel zur Massegenerierung

(Lau/Vanetta)

D&O-Versicherungen in der Insolvenz – ein taugliches Mittel zur Massegenerierung?

Sara Vanetta / Dr. Bero-Alexander Lau

10. Österbergseminar in Tübingen

19.10.2018

Agenda

- Einführung
- Struktur der D&O-Versicherung
- D&O-Versicherungen in der Krise und vor Verfahrenseröffnung
- D&O-Versicherungen nach Verfahrenseröffnung
- Ansprüche gegen Organe
- Fazit

Einführung

- Zunehmende Absicherung von Organen durch **D&O**-Versicherungen (= „**D**irectors-**a**nd-**O**fficers-Versicherung“), Prämienvolumen von rd. Mio. DM 20,0 (1998) auf rd. Mio. € 600,0 (2017) pro Jahr angewachsen.
- „Deckung schafft Haftung“ / § 64 GmbHG bzw. §§ 92 Abs. 3, 92 Abs. 2 AktG
- Rechtsprechung zu D&O-Versicherungen in der Insolvenz „rar“; aber OLG Düsseldorf v. 20.07.2018 (Az. I-4 U 93/16), ZIP 2018, 1542 ff.

2

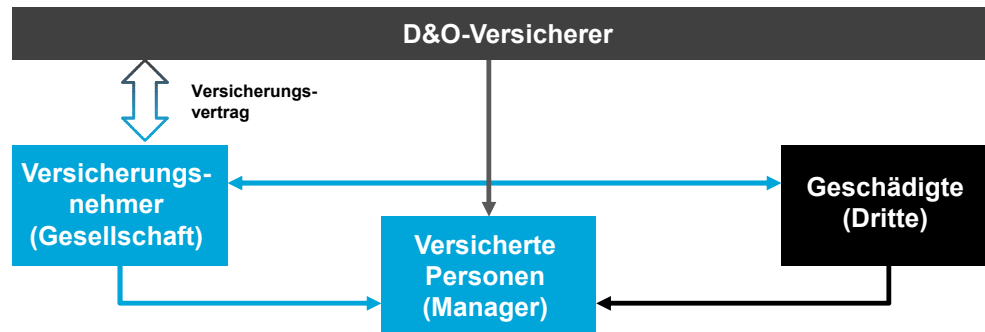
Struktur der D&O Versicherung I

- D&O Versicherung = Vermögensschadenhaftpflichtversicherung
 - Versicherungsvertrag zwischen Versicherungsnehmer (VN) und Versicherung (VS) zugunsten der versicherten Personen (vP), i.d.R. den Organmitgliedern juristischer Personen.
 - Versicherungsschutz wird für den Fall gewährt, dass vP wegen einer bei der versicherten Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen auf Ersatz eines Vermögensschadens in Anspruch genommen wird.
- D&O Versicherung als Haftpflichtversicherung (§§ 100 ff. VVG) für fremde Rechnung (§§ 43 ff. VVG); selbst gesetzlich nicht geregelt.

3

Struktur der D&O Versicherung II

- Die an der D&O-Versicherung beteiligten Personen sind



4

Struktur der D&O Versicherung III

- Zweck
 - Absicherung der vP vor Haftung gegenüber Dritten (Außenhaftung) und VN (Innenhaftung). Bei Insolvenzscenario vor allem Innenhaftung gegenüber VN bzw. Insolvenzverwalter (IV) gem. § 64 GmbHG bzw. §§ 93 Abs. 2, 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 AktG relevant.
 - Dagegen nicht: Schutz der Vermögensinteressen des VN, diese ist allenfalls ein „günstiger Reflex“, vgl. auch *Sieg*, in *Höra*, *MAWHdb VersR*, § 17 Rz. 38, *Armbrüster/Schilbach*, *ZIP* 2018, 1853, 1855; a.A. *OLG Düsseldorf v. 20.07.2018*, 4 U 93/16, *ZIP* 2018, 1542 ff.

5

Struktur der D&O Versicherung IV

□ Grundlage der D&O Versicherung

- Versicherungsvertrag bestehend aus Police und den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) des jeweiligen VS.
- Die Bedingungen sind nicht einheitlich und unterscheiden sich oftmals erheblich voneinander! Zudem Änderung der Bedingungen für jedes Versicherungsjahr möglich!

□ Anspruchserhebungsprinzip („Claims-Made-Policy“) im Gegensatz zum Verstoßprinzip.

- Versicherungsfall ist die erstmalige Geltendmachung eines Haftpflichtanspruchs gegen vP, auf den Verstoß gegen vertragliche bzw. gesetzliche Pflichten oder den Eintritt des Schadenereignisses kommt es nicht an!

6

Struktur der D&O Versicherung V

□ Claims-Made-Policy

- Claims-Made-Klauseln unterliegen der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB, sind aber nicht überraschend i.S. § 305c Abs. 1 BGB.
- Maßgeblich ist die Inanspruchnahme. Versicherungsschutz besteht demnach grds. nur für Inanspruchnahmen während der Dauer des Versicherungsvertrags für während der Versicherungszeit eingetretene Versicherungsfälle; Nachteilig aufgrund der langen Verjährungsfristen von 5 bzw. 10 Jahren (§§ 64 S. 3, 43 Abs. 4 GmbHG, § 93 Abs. 6 AktG).
- Hintergrund: Bessere Kalkulation des versicherungstechnischen Risikos als beim Verstoßprinzip.

7

Struktur der D&O Versicherung VI

- Kompensation (OLG Hamburg, Beschluss v. 08.07.2015 – 11 U 313/13; OLG München, Urt. v. 08.05.2009 – 25 U 5136/08)
 - Quasi unbegrenzte Rückwärtsdeckung betreffend Pflichtverletzungen vor Beginn des Versicherungsvertrags
 - Nachmeldefristen, d.h. nach Ablauf des Versicherungsvertrags kann dem VS der Eintritt eines Versicherungsfalls für den versicherten Zeitraum nachgemeldet werden.
 - Dauer der Nachmeldefrist ist nicht einheitlich und von der Ausgestaltung der jeweiligen AVB abhängig. OLG München v. 08.05.2009, NZG 714, 716: 1 Jahr bei einjähriger Vertragsdauer mit automatischer Verlängerung mit jedem Vertragsjahr auf max. 5 Jahre.
 - Ausschluss der Nachmeldefrist für Insolvenzantragstellung bzw. Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist unwirksam, vgl. OLG Hamburg v. 08.07.2015, NZI 2015, 851 ff. Ebenfalls unwirksam dürfte ein gänzlicher Verzicht auf Nachmeldefristen sein.
 - Umstandsmeldungen

8

Struktur der D&O Versicherung VII

- Trennungsprinzip
 - Unterscheidung zwischen Haftpflichtverhältnis (VN-vP), Deckungsverhältnis (vP-VS) und Versicherungsverhältnis (VN-VS). Aufgrund des Trennungsprinzips kein Direktanspruch von VN bzw. IV (bei Innenhaftung) bzw. eines geschädigten Dritten (bei Außenhaftung) gegen VS.
 - Abtretung des Freistellungsanspruchs im Deckungsverhältnis an VN bzw. IV und damit Umwandlung des Freistellungsanspruchs in einen direkten Zahlungsanspruch? Seit BGH v. 13.04.2016, NZG 2016, 745 ff., grds. möglich, für Insolvenzszenario aufgrund Nichtgeltung der Beweiserleichterungen (§ 93 Abs. 2 S. 2 AktG und § 64 S. 2 GmbHG) nicht empfehlenswert, vgl. auch *Brinkmann*, ZIP 2017, 301 ff; *Armbrüster*, NJW 2016, 2155 ff.
 - Ergänzung des Trennungsprinzips durch Bindungswirkung der Feststellungen des Haftpflichtprozesses für das Deckungsverhältnis.

9

Struktur der D&O Versicherung VIII

□ Funktionsweise:

- Empfehlenswert, dass sowohl VN als auch VR/IV den Versicherungsfall anzeigen
- Ersetzt werden gerichtliche und außergerichtliche Abwehrkosten sowie der Ausgleich für begründete Schadenersatzansprüche; Abwehrkosten werden im Regelfall vom VR gewährt – Prüfung des Schadenfalls erfolgt erst in einem zweiten Schritt unter (häufiger) Geltendmachung von Ausschlussstatbeständen
- Üblicherweise kein Versicherungsschutz für vorsätzliche und wissentliche Pflichtverletzungen; fahrlässige Pflichtverletzungen sind demgegenüber grundsätzlich versichert
 - Standardausschluss basierend auf dem in §§ 138, 276 II BGB abzuleitenden allgemeinen Rechtsgedanken, das einem Schuldner die Haftung für Vorsatz nicht im Voraus erlassen werden darf und der VN sich in Bezug auf das versicherte Risiko nicht sorglos verhalten darf; Dilling (VersR 2018, 332) hält Risikoausschluss wegen wissentlicher Pflichtverletzung gem. § 307 I, II BGB für unwirksam

10

Struktur der D&O-Versicherung IX

- D&O-Versicherungen enthalten standardmäßig Kostenanrechnungsklauseln
 - Diese sehen vor, dass der Versicherer die Abwehrkosten auf die Versicherungssumme anrechnet
 - Kostenanrechnungsklauseln begegnen Problem der Vervielfachung der Abwehrkosten, das daraus resultiert, dass meist nicht nur das unmittelbar verantwortliche Organmitglied, sondern auch andere Mitglieder der Geschäftsleitung in Anspruch genommen werden
- Wirksamkeit strittig wegen Vertragszweckgefährdung, Leitbildcharakter und unangemessener Benachteiligung (OLG Frankfurt v. 09.07.2009, r+s 2011, 509)

11

Struktur der D&O Versicherung X

- Abgrenzung zur Errors and Omissions Insurance
- Vermögensschadenhaftpflichtversicherung; teils kombiniert mit D&O-Deckung
- Soll die Gesellschaft vor der Inanspruchnahme durch Dritte schützen, denen ein Vermögensschaden aufgrund von Fehlern bei der Ausübung der beruflichen Tätigkeit der Gesellschaft entstanden ist
- Andere Schutzrichtung der E&O-Versicherung ggü. D&O-Versicherung:
 - D&O Versicherung dient dem Schutz des Managements;
 - E&O Versicherung dient dem Schutz des Unternehmens

12

Krisenzeitraum

- Zeitraum vor Stellung des Insolvenzantrags
 - Keine besonderen Auswirkungen auf den D&O-Versicherungsvertrag
 - Bei Prämienverzug des VN: Kündigung gem. § 38 Abs. 3 VVG bzw. bei Verzug mit Erstprämie Rücktritt gem. § 37 Abs. 1 VVG möglich.
 - § 38 Abs. 1 VVG: Qualifizierte Mahnung, Zahlungsfrist von „mindestens zwei Wochen“. Voraussetzungen der qualifizierten Mahnung werden in § 38 Abs. 1 S. 2 VVG genannt.
 - § 38 Abs. 3 S. 1 VVG: Nach Fristablauf der in der qualifizierten Mahnung aufgeführten Frist: Kündigungsmöglichkeit, sofern VN nach wie vor mit Prämienzahlung im Verzug ist. Achtung: Die Kündigung des Versicherungsvertrags kann gem. § 38 Abs. 3 S. 2 VVG bereits mit der Zahlungsfrist i.S. § 38 Abs. 1 VVG verbunden werden.
 - § 38 Abs. 3 S. 3 VVG: Kündigung unwirksam, wenn der VN innerhalb eines Monats nach der Kündigung, oder, wenn diese mit der Fristbestimmung i.S. § 38 Abs. 3 S. 2 VVG verbunden wird, innerhalb eines Monats nach Fristablauf die Zahlung leistet.

13

Insolvenzeröffnungsverfahren

- Stellung des Insolvenzantrags (Insolvenzeröffnungsverfahren)
 - Keine besonderen Auswirkungen auf den D&O-Versicherungsvertrag
 - Versicherungsbedingungen, die eine Aufhebung des D&O Versicherungsvertrags nach Stellung eines Insolvenzantrags vorsehen, sind als „insolvenzabhängige Lösungsklauseln“ unwirksam (§ 119 InsO).
 - Sonderrechte der §§ 103 ff. InsO greifen (noch) nicht ein, sondern erst nach Verfahrenseröffnung.
 - Bei Prämienverzug des VN: § 38 Abs. 3 VVG (Folgeprämie) bzw. § 37 Abs. 1 VVG (Erstprämie); deswegen genaue Prüfung und Abwägung sinnvoll, ob Prämie bezahlt oder ggf. der Versicherungsvertrag aufgehoben wird. Ablösung durch vP gem. § 34 VVG möglich.

14

Insolvenzverfahren I

- Mit Verfahrenseröffnung Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den IV (§ 80 Abs. 1 InsO)
- Kein außerordentliches Kündigungsrecht des VS, Recht zur ordentlichen Kündigung wird allerdings nicht berührt.
- Keine „automatische Beendigung“ des Versicherungsvertrags. Klauseln, welche dies vorsehen, sind als „insolvenzabhängige Lösungsklauseln“ unwirksam (vgl. § 119 InsO).
- Problem: Anwendung der §§ 37, 38 VVG nach Verfahrenseröffnung?
 - Umstritten, nach h.L. werden diese Regelungen durch § 103 Abs. 1 InsO verdrängt.

15

Insolvenzverfahren II

□ Auswirkungen der §§ 103 ff. InsO:

- „Suspensivtheorie“: Verträge bleiben unverändert bestehen, allerdings kann keine Vertragspartei ihre noch offenen (!) Ansprüche gegenüber der anderen aufgrund der Einrede des § 320 BGB durchsetzen.
- § 103 InsO betrifft nur gegenseitige nicht oder nicht vollständig erfüllte Verträge. D.H. keine Anwendung des § 103 InsO, wenn Versicherungsvertrag von VN oder VS bereits erfüllt ist.
- Wahlrecht des IV bzw. Möglichkeit der Aufforderung zur Wahlrechtsausübung durch den VS.
- Vertrag mit Versicherungsmakler endet automatisch, §§ 115 Abs. 1, 116 S. 1 InsO!

16

Insolvenzverfahren III

□ Vertrag bei Verfahrenseröffnung vollständig durch VN erfüllt:

- D.H. Prämie für den Zeitraum vor Verfahrenseröffnung voll bezahlt: für bezahlten Versicherungszeitraum ist die Regelung des § 103 InsO nicht einschlägig.
- Sofern die Versicherung länger benötigt wird, sind nach Ablauf des Versicherungszeitraums Erfüllungswahl und Zahlung der Prämie durch IV sinnvoll, um sich ggf. einen „unverbrauchten Versicherungszeitraum“ oder eine längere Nachmeldefrist zu erkaufen.

□ Vertrag bei Verfahrenseröffnung nicht (vollständig) durch VN erfüllt:

- D.H. Prämie bei Verfahrenseröffnung nicht bzw. teilweise nicht bezahlt. Zunächst Prüfung, für welchen Zeitraum die Prämie nicht bezahlt wurde und wie lange die Nachmeldefrist ist. Ferner Prüfung, ob ggf. Prämienzahlung sinnvoll ist, um einen „unverbrauchten Versicherungszeitraum“ zu erhalten. Anschließend ggf. Ausübung des Wahlrechts.

17

Insolvenzverfahren IV

- Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber Organen gem. § 60 Abs. 1 InsO bei Nichterfüllungswahl? Lt. BGH vom 14.04.2016 (IX ZR 161/15, NZI 2016, 580 ff., so auch BGH vom 10.01.2017, II ZR 94/15, DB 2017, 536) kein Anspruch der Organe gegenüber IV auf Aufrechterhaltung der D&O Versicherung. Den IV treffen ausschließlich Versicherungspflichten im Interesse des Schuldners und seiner Gläubiger. Wichtig aber Hinweispflicht auf § 34 VVG!
- Haftung des IV gegenüber Gläubigern gem. § 60 Abs. 1 InsO für Quotenschaden möglich!

18

Ansprüche gegen Organe I

- Aufarbeitung von Ansprüchen gegenüber Organen
 - Schadenersatzansprüche gem. § 43 Abs. 2 GmbHG (Verjährung: 5 Jahre, § 43 Abs. 4 GmbHG) bzw. gem. § 93 Abs. 2 und 3 AktG (Verjährung: 5 bzw. bei börsennotierten Gesellschaften 10 Jahre, § 93 Abs. 6 AktG).
 - Häufig: Innenhaftungsansprüche für Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) o. Überschuldung (§ 19 InsO), § 64 S. 1 GmbHG; §§ 93 Abs. 2, 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 AktG.
 - Beachtung der Versicherungsbedingungen: ggf. sind Klauseln vorhanden, wonach für „Haftungsansprüche wegen Verletzung von insolvenzrechtlichen Pflichten“ oder für „Haftpflichtansprüche, die im Fall der Insolvenz des VN von einem IV geltend gemacht, werden“ kein Versicherungsschutz gewährt wird. AGB-Prüfung (§ 307 Abs. 1 und 2 BGB) notwendig!

19

Ansprüche gegen Organe II

□ Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber Organen

- Beachtung des Claims-Made-Prinzips und der Nachmeldefrist: Schadenersatzanspruch ist spätestens innerhalb der Nachmeldefrist von IV gegenüber vP geltend zu machen.
- Nach Geltendmachung des Anspruchs gegenüber vP i.d.R. umfassende und zeitaufwendige Ermittlungstätigkeit des VS sowie Einschaltung externer Anwälte. Kosten hierfür werden von der Versicherungssumme abgezogen!
- Damit korrespondierend: Umfangreiche Obliegenheitspflicht des IV, weil dieser Zugriff auf die Vertrags- und Buchhaltungsunterlagen des VN hat (§§ 80 Abs. 1, 148 InsO).

20

Ansprüche gegen Organe III

□ Einwände des VS:

- Vorsätzliche Pflichtverletzung, vgl. § 103 VVG. Vorsatz (bedingter Vorsatz reicht aus) betreffend Pflichtverletzung und Schaden notwendig.
- Wissentliche Pflichtverletzung. Ausreichend ist lediglich ein wissentlich begangener Verstoß der vP gegen ihre Pflichten (bedingter Vorsatz reicht nicht aus). Eintritt des Schadens muss nicht vom Vorsatz erfasst werden.
- Beweisbelastet für Ausschlussstatbestände ist VS.
- Aber Beweiserleichterungen durch Indizienbeweis betreffend wissentliche Pflichtverletzungen bei Verletzung von Kardinalpflichten, d.h. solcher Pflichten, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden könne, vgl. BGH v. 17.12.2014, VersR 2015, 181 f.

21

Ansprüche gegen Organe IV

- BGH v. 27.05.2015, VersR 2015, 1156 zu Vermögensschadenpflichtversicherung:
„Deckungsausschluss für Schadenverursachung durch wissentliche Pflichtverletzung greift auch dann, wenn derselbe Schaden nicht nur durch eine wissentliche Pflichtverletzung, sondern (möglicherweise) auch durch weitere, nicht wissentliche Pflichtverletzungen mitverursacht worden ist. Der Versicherungsnehmer wird den Leistungsausschluss deshalb dahin verstehen, dass er schon dann Versicherungsleistungen ausschließt, wenn ein Schaden durch eine wissentliche Pflichtverletzung mitverursacht ist.“
 - Langheid, VersR 2017, 1365 vertritt Übertragbarkeit auch auf D&O-Versicherungen mit Ausnahme des Abwehrenspruchs: Anwendbarkeit des Modells der gestörten Gesamtschuld bei Zusammentreffen fahrlässig und vorsätzlich handelnder vP
- In Bezug auf § 64 GmbHG bzw. §§ 93 Abs. 2, 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 AktG Verweis auf die Rechtsprechung des OLG Celle v. 01.04.2016 (8 W 20/16) und OLG Düsseldorf v. 20.07.2018 (I-4 U 93/16) – dazu sogleich.

22

Ansprüche gegen Organe V

- OLG Düsseldorf v. 20.07.2018, Az.: 4 U 93/16, ZIP 2018, 1542
 - Kein D&O-Versicherungsschutz für die Rückforderungsansprüche des Insolvenzverwalters gem. § 64 GmbHG
 - § 64 S. 1 GmbHG = „Ersatzanspruch eigener Art“ und damit kein „Schadenersatzanspruch“ i.S. der AVB

23

Ansprüche gegen Organe VI

- Inhalt der Entscheidung bzgl. § 64 GmbHG
 - Versicherungsschutz wurde „für den Fall“, gewährt, „dass vP [...] wegen einer [...] Pflichtverletzung [...] für einen Vermögensschaden von VN oder einen Dritten (hierzu zählt auch der IV) auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird [...]“.
 - Für den versicherten – kaufmännisch tätigen Personenkreis – sei bei angemessenem Studium der Bedingungen erkennbar, dass eine Ersatzpflicht nach § 64 S.1 GmbHG nicht vom Versicherungsschutz der D&O-Versicherung umfasst sei.

24

Ansprüche gegen Organe VII

- Inhalt der Entscheidung bzgl. § 64 GmbHG – Fortsetzung
 - § 64 S. 1 GmbHG sei keinem Schadensersatzanspruch i.S. der AVB gleichzustellen, weil es an einem „auch im Tatsächlichen schadensersatzähnlichem Charakter der Norm“ fehle. § 64 GmbHG diene allein dem Interesse der Gläubigergesamtheit und schädige nicht die Gesellschaft. Gegen eine Vergleichbarkeit mit einem Schadensersatzanspruch spreche auch die Tatsache, dass einem Anspruch aus § 64 S. 1 GmbHG keine Einwendungen entgegengehalten werden könnten.

25

Ansprüche gegen Organe VIII

□ Stellungnahme:

- Die Entscheidung des OLG Düsseldorf überzeugt nicht:
 - AVB sind so auszulegen, wie ein durchschnittlicher VN sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss. Es kommt auf die Verständnismöglichkeit und Interessen eines VN ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse an.
 - Die Anforderungen des OLG an die Erkennbarkeit für den fiktiven VN bzw. die vP sind überspannt und höhlen den Auslegungsmaßstab bis zur Bedeutungslosigkeit aus.
- Bei verständiger Würdigung des Maßstabes des „fiktiven Versicherungsnehmers“ ist vielmehr davon auszugehen, dass dieser Bedingungen insoweit im Hinblick auf den Ausschluss von Insolvenzrisiken durchsehen wird (und auch durchsehen muss).

26

Ansprüche gegen Organe IX

- Wenn der Versicherer derartige Risiken nicht eindeutig ausschließt, müssen fiktiver VN und besonders die fiktiven vP davon ausgehen dürfen, dass diese auch mitumfasst sind
- Die vom OLG zitierte Grundsatzentscheidung des BGH (Urteil v. 15. März 2011, II ZR 204/09, NZI 2011, 542) ist nicht im Zusammenhang mit versicherungsrechtlichen Fragen ergangen. Von daher ist sie im Hinblick auf Auslegungsfragen zu Versicherungsbedingungen unergiebig.
- Auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des BGH vom 04.07.2018 (IV ZR 121/17, NJW 2018, 2958) bezüglich der unzulässigen Überforderung von VN bei der Auslegung von Versicherungsbedingungen erscheint die Ansicht des OLG nicht haltbar.
- Versicherer haben jahrelang Ansprüche aus § 64 GmbHG reguliert
- Es ist auch vor diesem Hintergrund nicht begründbar, wie Ausschluss für VN und vP erkennbar gewesen sein soll.

27

Ansprüche gegen Organe X

- Im Ergebnis verlangt das OLG Düsseldorf vertiefte rechtliche Spezialkenntnisse von VN bzw. den vP.
- Das ist in der Konsequenz tatsächlich eine Aufgabe der gefestigten höchstrichterlichen Auslegungsgrundsätze von Versicherungsbedingungen.
- Die Nichtzulassung der Revision ist deshalb fragwürdig und erscheint unverständlich.

28

Fazit

- D&O Versicherungen können ein taugliches Mittel zur Massengenerierung darstellen.
- Wichtig hierzu: Zahlung der Prämien, Beachtung der Nachmeldefristen und Obliegenheitspflichten sowie konstruktiver Kontakt zu den Vertretern der D&O Versicherungen
- I.d.R. Abschluss eines Vergleichs zur Vermeidung hoher Gerichts- und Anwaltskosten

29

**Arbeitsrechtliche Aspekte bei Konzerninsolvenzen unter Einbeziehung des neuen
deutschen Konzerninsolvenzrechts**

(Wernicke)

Arbeitsrechtliche Aspekte bei Konzerninsolvenzen unter Einbeziehung des neuen deutschen Konzerninsolvenzrechts

Tübingen, 19. Oktober 2018

I. „Konzern“ und „Konzernarbeitsrecht“

Keine allgemeingültige Definition eines Konzerns im Arbeitsrecht –
Verweis nur in § 54 Abs.1 S.1 BetrVG auf § 18 Abs.1 AktG:

- nur Unterordnungskonzerne, d.h.
 - ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen (s. § 17 AktG),
 - die unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind
- rechtsformneutral, also auch GmbHs, Personengesellschaften oder Unternehmensgruppen mit natürlichen Personen an der Spitze der Unternehmensgruppe

I. „Konzern“ und „Konzernarbeitsrecht“

„Konzernarbeitsrecht“ ?

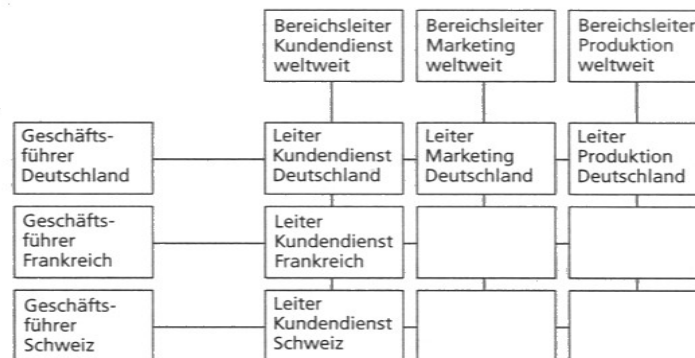
- Keine gesetzliche Sonderregelung für Konzernsachverhalte, mit Ausnahme der §§ 54 ff. BetrVG über den Konzernbetriebsrat
- Lösung von Problemstellungen nach den allgemeinen Regeln

Aber: hohe praktische Bedeutung, insbesondere

- Konzerne mit „Matrixstrukturen“
- Konzerne mit operativer, finanzieller und wirtschaftlicher Verflechtung und diversen Abhängigkeiten

I. „Konzern“ und „Konzernarbeitsrecht“

Bsp. Matrixstrukturen im Konzern:



II. Einführung des neuen deutschen “Konzerninsolvenzrechts”

Am 21.04.2018 ist das Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen (KInsErlG) als nationales Konzerninsolvenzrecht in Kraft getreten.

Ziel:

Hilfestellung bei der Bewältigung von Insolvenzen konzernangehöriger Unternehmen, u.a. durch

- Einführung eines Gruppengerichtsstands, § 3 a InsO
- div. Auskunfts- und Mitteilungspflichten betr. die Insolvenzverwalter und die Gerichte, § § 269 a , 269 b InsO
- Einführung eines Gruppengläubigerausschusses, § 269 c InsO
- Einführung eines Koordinationsverfahrens m. Verfahrenskoordinator, § § 269 d ff. InsO

II. Einführung des neuen deutschen “Konzerninsolvenzrechts”

„Konzern“ i.S.d. neuen, deutschen Konzerninsolvenzrechts:

§ 3 e InsO – Unternehmensgruppe:

- mehrere rechtlich selbständige Unternehmen,
- Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen ist im Inland,
- mittelbar od. unmittelbar miteinander verbunden durch d. Möglichkeit der Ausübung eines beherrschenden Einflusses od. eine Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung,
- rechtsformneutral, Muttergesellschaft muss keine Kapitalgesellschaft sein, bezieht auch die Kapitalgesellschaft & Co KG ein
- nicht an den § § 17, 18 AktG orientiert, sondern an § 290 HGB, damit weiter (= arbeitsrechtlicher Konzern im Inland ist auch Konzern i.S.d. § 3 e InsO)

III. Arbeitsrechtliche Implikationen ?

1. Zahl der Arbeitnehmer als Zuständigkeitskriterium – “beschäftigte Arbeitnehmer”

- Bestimmung des Gruppengerichtsstands (u.a.) nach der *“Zahl der vom Schuldner beschäftigten Arbeitnehmer”* - im Jahresdurchschnitt d. letzten abgeschlossenen Gj. > als 15 %, § 3 a Abs.1 S.2 InsO
- Bei mehreren zeitgleichen Anträgen: der Antrag des Schuldners ist maßgeblich, der im Jahresdurchschnitt d. letzten abgeschlossenen Gj. *“die meisten Arbeitnehmer beschäftigt hat”*, § 3 a Abs.1 S.3 InsO
- Erfüllt kein Schuldner die Voraussetzungen, ist der gruppenangehörige Schuldner maßgeblich, der im Jahresdurchschnitt d. letzten abgeschlossenen Gj. *“die meisten Arbeitnehmer beschäftigt hat”*

III. Arbeitsrechtliche Implikationen ?

2. Zahl der Arbeitnehmer als Bestandteil des Insolvenzantrages

- Antrag zur Begründung des Gruppengerichtsstands: anzugeben ist die *“durchschnittliche Zahl der Arbeitnehmer des letzten Geschäftsjahres”* der anderen Unternehmen, § 13 a Abs.1 Nr. 1 InsO

Frage: was sind “beschäftigte Arbeitnehmer” / ist die “durchschnittliche Zahl der Arbeitnehmer” ??

III. Arbeitsrechtliche Implikationen ?

1./2. Zahl der Arbeitnehmer als Zuständigkeitskriterium / im Insolvenzantrag

Berücksichtigung von

- Leiharbeitnehmern (z.B. in § 14 Abs. 2 S.4 AÜG: "... sind Leiharbeitnehmer auch im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen"; S. 5 AÜG: " ... sind Leiharbeitnehmer im Entleiherunternehmen nur zu berücksichtigen, wenn die Einsatzdauer 6 Monate übersteigt" - Reform des AÜG v. 01.04.2017) ?
- ruhenden Arbeitsverhältnissen (Elternzeitler, Langzeiterkrankte, Erwerbsgeminderte) ?
- freigestellten Mitarbeitern ?

III. Arbeitsrechtliche Implikationen ?

1./2. Zahl der Arbeitnehmer als Zuständigkeitskriterium / im Insolvenzantrag

Berücksichtigung von

- Altersteilzeitlern und Betriebsrentnern ?
- befristeten Arbeitsverhältnissen von kurzer Dauer ?
- Arbeitnehmern aus anderen Unternehmen bei Gemeinschaftsbetrieben i.S.d. § 1 Abs.1 S.2 BetrVG - insbesondere bei Matrixstrukturen ?
- abweichenden Organisationseinheiten nach § 3 BetrVG (z.B. Spartenorganisationen) ?

III. Arbeitsrechtliche Implikationen ?

1./2. Zahl der Arbeitnehmer: Lösung anhand der Zweckrichtung des Schwellenwertes ?

“Ziel ist es, den Betriebsstandorten und den dort bestehenden Arbeitsplätzen gegenüber den Größen der Bilanzsumme und des Umsatzes ein größeres Gewicht einzuräumen”- BT – Drucks. 18/11436, S.21.

- abzustellen ist auf die Beschäftigtenzahl, die für den Betrieb im allgemeinen kennzeichnend ist, d.h., die Mitarbeiter des vorangegangenen Geschäftsjahres, die mind. 6 Monate dort eingesetzt waren (auch Leiharbeitnehmer), und / oder
- deren Arbeitsverhältnis mit dem Schuldner länger als 6 Monate bestand (inkl. ruhende Arbeitsverhältnisse, freigestellte Mitarbeiter, Altersteilzeitler)

III. Arbeitsrechtliche Implikationen ?

3. Bildung des Gruppengläubigerausschusses – ein Mitglied “aus dem Kreis der Vertreter der Arbeitnehmer “?

Frage: wer gehört zum „Kreis der Vertreter der Arbeitnehmer“?

- örtlicher Betriebsrat / Gesamtbetriebsrat / Konzernbetriebsrat
- Sprecherausschuss/Gesamtsprecherausschuss/Konzernsprecher-ausschuss?
- Vertreter von besond. Arbeitnehmergruppen, z.B. Jugend- u. Auszubildendenvertretung od. Schwerbehindertenvertretung?
- Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ?
- Gewerkschaften?

III. Arbeitsrechtliche Implikationen ?

3. Bildung des Gruppengläubigerausschusses – ein Mitglied “aus dem Kreis der Vertreter der Arbeitnehmer “ ?

- abzustellen ist auf ein Mitglied einer direkt, bzw. mittelbar gewählten Arbeitnehmerversammlung, der die Arbeitnehmer als Gläubigergruppe vertritt, d.h., Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat, Konzernbetriebsrat
- keine Vertreter von Partikularinteressen, z.B. Schwerbehindertenvertretung
- keine „fremden Dritten“, z.B. Gewerkschaftssekretäre
- keine Mitglieder (entmachteter) Organe (z.B. Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat)

III. Arbeitsrechtliche Implikationen ?

4. Erhalt der “Konzernleitungsmacht” durch Bestellung eines Verfahrenskoordinators / einheitlichen Verwalters – “Rekonzernierung”?

Problemstellung:

- die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkt nach bislang h.M. das Ende der einheitlichen Leitungsmacht durch Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, § 80 InsO, bzw. Einschränkung der gesellschaftsrechtlichen Leitungsbefugnis, § 276 a InsO = “Entkonzernierung”,
- die Sanierung erfolgt grds. rechtsträgerbezogen

III. Arbeitsrechtliche Implikationen ?

4. Einleitung eines Koordinationsverfahrens und Bestellung eines Verfahrenskordinators / einheitlichen Verwalters – “Rekonzernierung”?

Folgen:

- Auflösung rechtsträgerübergreifender Strukturen („Entflechtung“)
- Suspendierung, bzw. fehlende Durchsetzbarkeit von gegenseitigen Rechten und Pflichten innerhalb des Konzerns, § § 103 ff. InsO
- automatische Beendigung / Suspendierung v. Rechtsverhältnissen (Bsp.: steuerliche Organschaft)
- arbeitsrechtliche Konstrukte, die das Bestehen einer Konzernleitungsmacht voraussetzen, werden zumindest “in Frage gestellt” (Gemeinschaftsbetriebe, Matrixstrukturen, Konzernbetriebsräte)

III. Arbeitsrechtliche Implikationen ?

4. Einleitung eines Koordinationsverfahrens und Bestellung eines Verfahrenskordinators / eines einheitlichen Verwalters – “Rekonzernierung”?

Frage: Erhalt der “einheitlichen Leitungsmacht” durch

- Bestellung eines Verfahrenskordinators (§ § 269 e ff. InsO) od.
- eines einheitlichen Verwalters für die gesamte Unternehmensgruppe(§ 56 b InsO) ?

III. Arbeitsrechtliche Implikationen ?

4. Einleitung eines Koordinationsverfahrens und Bestellung eines Verfahrenskoordinators / eines einheitlichen Verwalters – “Rekonzernierung”?

- Keine ausdrückliche Regelung in der InsO
- Argumente dafür:
 - notwendiger “Beherrschungsbezug” ist durch einheitliche Person gegeben, bei einheitl. Verwalter ggfs. Bestellung von Sonderinsolvenzverwaltern möglich
 - bessere Koordinierung der Verfahren einschl. Mediation möglich, höhere Informationsdichte
 - Fortbestehen einer überörtlichen Interessenvertretung der Arbeitnehmer dann gerechtfertigt (Konzernbetriebsrat !)

III. Arbeitsrechtliche Implikationen ?

4. Einleitung eines Koordinationsverfahrens und Bestellung eines Verfahrenskoordinators / eines einheitlichen Verwalters – “Rekonzernierung”?

- Argumente dafür:
 - Bewältigung von rechtsträgerübergreifenden Strukturen (Spartenbetriebe / Gemeinschaftsbetriebe) einfacher möglich
 - damit Beendigung / Neuverhandlung von überörtlichen Betriebsvereinbarungen möglich, § 120 InsO
 - damit Anfechtung / Widerruf von KonzernBV / Konzernsozialplänen möglich, § § 124, 129 ff. InsO
 - damit konzernweiter Erhalt von Arbeitsplätzen möglich, etwa durch Verlagerungen / konzernweite Sanierungen !

III. Arbeitsrechtliche Implikationen ?

Fazit:

- Das neue Konzerninsolvenzrecht lässt gerade im Hinblick auf arbeitsrechtliche Sachverhalte in Konzernen viele Punkte offen, etwa
 - zur relevanten Zahl der Arbeitnehmer bei Begründung des Gruppengerichtstands
 - zur Beteiligung der Arbeitnehmervertreter im Gruppengläubigerausschuss
 - zur Lösung von Konzernsachverhalten angesichts des bisher angenommenen Endes der einheitlichen Leitungsmacht (Arg: Fortbestehen des Konzernbetriebsrats / Behandlung von Konzernbetriebsvereinbarungen !)
- Weitere Entwicklung / Rechtsfortbildung bleibt abzuwarten !

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !

Rechtsanwältin Dr. Simone Wernicke
Fachanwältin Für Arbeitsrecht

Zeilweg 42
60439 Frankfurt am Main, Germany
Telefon +49 69 963761-131 und -136
Telefax +49 69 963761-140
www.bbl-law.de



Neue Entwicklungen in Brüssel—Quo vadis Europa

(Oettinger)

The long and Winding Road to the Online Registration of Companies

(Seibert)

Dazu den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/De/TXT/?uri=celex:52018PC0239>

Die Problematik der vorvertraglichen Pflichtverletzungen beim Unternehmenskauf

(Biagosch)

(dazu noch *Biagosch*, in: FS Österberg, S. 21 ff.)

**DIE PROBLEMATIK DER VORVERTRAGLICHEN PFLICHTVERLETZUNGEN BEIM
UNTERNEHMENSKAUF**

ÖSTERBERG-SEMINAR 2018

DR. PATRICK BIAGOSCH
RECHTSANWALT, STEUERBERATER,
PARTNER BEI CLIFFORD CHANCE DEUTSCHLAND LLP

GLIEDERUNG

- I. Einführung
 1. Relevanz für die Praxis
 2. Grundgedanke der c.i.c. Regelung gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB in Bezug auf den Unternehmenskauf
- II. Dispositionsbefugnis der Parteien
- III. Pflichtverletzung bis zum Zeitpunkt des Vollzugs des Vertrags
 1. Haftung der Parteien bis zum Signing
 2. Haftung der Parteien zwischen Signing und Closing
- IV. Ausschluss / Verzicht von Ansprüchen
 1. Ausschluss von Ansprüchen
 2. Verzicht von Ansprüchen
 3. Zusammenfassung

EINFÜHRUNG

- Ein Unternehmenskauf ist ein komplexer Unterfangen mit vorgelagertem Due Diligence Prozess
- Risiken aus einer vorvertraglichen Pflichtverletzung:
 - Können für den Verkäufer bzgl. des Zeitraums vor Unterzeichnung des Vertrags entstehen
 - Resultiert grundsätzlich aus dem zur Verfügungstellen (oder eben nicht ausreichend zur Verfügungstellen) von Informationen an den Käufer
 - Bei falschen Angaben oder Verschweigen von bestimmten wertbildenden Informationen
 - Ansprüche gegen den Verkäufer können aus §§ 280, 311 BGB („culpa in contrahendo“) entstehen

CLIFFORD CHANCE | 3

RELEVANZ FÜR DIE PRAXIS

Interessenlage bzgl. des Due Diligence Prozesses und des Informationsflusses

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none">• <u>Aus Sicht des Käufers:</u><ul style="list-style-type: none">– Umfassende Analyse des Unternehmens in kurzer Zeit– Gebunden an die Informationen des Verkäufers– Angewiesen auf Richtigkeit der Angaben des Verkäufers– Will das Unternehmen umfassend durchleuchten– Wunsch nach umfänglicher Absicherung | <ul style="list-style-type: none">• <u>Aus Sicht des Verkäufers:</u><ul style="list-style-type: none">– Zeichnung eines möglichst positiven Bildes seines Unternehmens– Umfassende Zurverfügungstellung von Informationen, um Kenntnis des Käufers zu vergrößern– Ausschluss möglichst vieler Haftungsrisiken– Nur für bestimmte Risiken in die Haftung gehen |
|--|--|

CLIFFORD CHANCE | 4

GRUNDGEDANKE DER C.I.C. REGELUNG IN BEZUG AUF DEN UNTERNEHMENSVERKAUF

- Tatbestand der culpa in contrahendo („c.i.c.“) gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB
 - Entstehung eines vorvertraglichen, aber vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses
 - Verpflichtung zur Sorgfalt gegenüber dem Geschäftspartner
 - Entstehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses
 - I.d.R. durch Vertragsverhandlungen oder aber mit Abschluss eines Letter of Intent, Memorandum of Understanding, Term Sheets oder eines ähnlichen Dokuments
- Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht entsteht durch Tun oder Unterlassen:
 - Falsche Angaben über das Unternehmen (z.B. Umsatz, Ertrag, Schulden, Risiken, etc.)
 - Nichterfüllung einer bestehenden Aufklärungspflicht (insbesondere Umstände, die für den Entschluss des Kaufinteressenten von Bedeutung ist)

CLIFFORD CHANCE | 5

GRUNDGEDANKE DER C.I.C. REGELUNG IN BEZUG AUF DEN UNTERNEHMENSVERKAUF

- Pflichtverletzung ist immer eine Einfallbetrachtung (nicht zuletzt in der Rechtsprechung)
- Schwierig ist Kategorisierung verallgemeinerungswürdiger Aussagen, wann eine
 - Pflichtverletzung begangen wurde oder
 - Aufklärungspflicht unterlassen wurde

CLIFFORD CHANCE | 6

BEWEISLASTVERTEILUNG ZWISCHEN KÄUFER UND VERKÄUFER

- Beweislast des Käufers:
 - Darlegung und Beweis des vorvertraglichen Schuldverhältnisses und der Pflichtverletzung
 - Nachweis des Schadens und der Schadenskausalität
 - Annahme in der Rechtsprechung: → bei korrekter Aufklärung hätte der Käufer den Vertrag nicht oder nicht so abgeschlossen
- Beweislast des Verkäufers:
 - Obliegenheit sich zu exkulpieren (durch § 280 Abs. 2 S. 1 BGB)
 - Ggf. Entkräftigung der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens
 - Z.B. durch Nachweis über Unerheblichkeit der fehlenden oder fehlerhaften Information für die Kaufentscheidung

CLIFFORD CHANCE | 7

PROBLEMATIK DER GESETZLICHEN RECHTSFOLGEN

- Bei Verletzung der Aufklärungspflicht durch Verkäufer
 - Schadensersatzansprüche gemäß § 280 BGB
- Geschützt ist das negative Interesse des Käufers
- Käufer kann bei Ansprüchen aus c.i.c. seinen Vertrauensschaden liquidieren
- Ein Anspruch aus c.i.c. kann insbesondere solche Fälle erfassen, bei denen der Käufer nicht pflichtgemäß aufgeklärt wurde oder es zu einem Vertragsschluss aufgrund falscher Informationen kam und der Käufer den Vertrag mit den richtigen Informationen so nicht oder nie geschlossen hätten
- Nach seiner Wahl
 - Im zuviel bezahlten Kaufpreis oder
 - Im Vertragsschluss als solches
- Allein aus dieser Wahlmöglichkeit wird die Problematik der Anwendung der gesetzlichen Rechtsfolgen deutlich

CLIFFORD CHANCE | 8

PROBLEMATIK DER GESETZLICHEN RECHTSFOLGEN

- Problematik bei Anwendung der gesetzlichen Rechtsfolgen:
 - Möglichkeit der Rückabwicklung des gesamten Vertrags (Naturalrestitution gemäß § 249 BGB) selbst bei kleinsten Pflichtverletzungen
 - Vollzug gewisser Teile des Kaufes manchmal bereits direkt nach Signing des Kaufvertrages
 - Weitere Teilnahme des Unternehmens am Wirtschaftsleben und dadurch tägliche Veränderungen im Unternehmen
 - Manchmal erfolgen gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen bei oder unmittelbar nach Closing (Verschmelzung, Umwandlung, etc.)
 - Warten auf Ausübung des Wahlrechts des Käufers und Vollzug der Rückabwicklung kann komplex und schwierig sein
 - Berechnung der genauen Schäden → zeitaufwendig und komplex

CLIFFORD CHANCE | 9

ENTWURF EINES EIGENEN HAFTUNGSSYSTEMS

- Frühzeitiges Ausschließen dieser Komplikationen durch:
 - Entwurf eines eigenen vertraglichen Haftungssystems
 - Außerkraftsetzung der gesetzlichen Haftungsregelungen
 - Klärung der grundlegenden Haftungsfragen durch Vertragsverhandlungen
 - Keine Schutzlosigkeit des Käufers, da Absicherung der Parteien (Garantien/Freistellungen im Vertrag ggf. von beiden Seiten), die grundsätzlich den Interessen der Parteien geregelt werden
- Zu beachten bei Entwurf eines eigenen Haftungssystems:
 - Bei M&A Transaktionen wird der Kaufgegenstand vom Käufer genau geprüft
 - Erstellung eines detaillierten Bildes über das Unternehmen (Due Diligence)
- „Ausschluss“ von vorvertraglicher Haftung:
 - nur bei ausdrücklicher Regelung im Unternehmenskaufvertrag möglich
 - präzise und sorgfältige Verankerung nötig, da sonst ggf. Rückkehr zur gesetzlichen c.i.c.

CLIFFORD CHANCE | 10

HAFTUNG DER PARTEIEN BIS ZUM SIGNING

Haftung der Parteien bis zum Signing

- Due-Diligence-Prozess (Risikoprüfung durch Käufer und dessen Berater)
- Gestattung der Durchführung einer Due Diligence allein hat keine Auswirkungen auf Erfüllung von Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten des Verkäufers
- Durchführung der Due Diligence hat keine Auswirkungen auf Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten des Verkäufers
- Käufer führt Due Diligence zu seinem eigenen Schutz durch
- Es würde zu weit gehen, dem Käufer bei nicht ausreichender Prüfung eine Mitschuld an der Pflichtverletzung des Verkäufers zu geben
- Oft hat der Käufer nur engen Zeiträumen und ist abhängig von der Informationswilligkeit des Verkäufers
- Weitere Teilnahme am Wirtschaftsverkehr und Aussetzung von ständige Veränderungen
 - großes Interesse Transaktionen schnell abzuschließen

CLIFFORD CHANCE | 11

HAFTUNG DER PARTEIEN ZWISCHEN SIGNING UND CLOSING

Closing als Gefahrenübergang:

- Entsprechend § 446 BGB erfolgt Gefahrenübergang iSd § 434 Abs. 1 S.1 BGB
 - sobald für den Käufer Möglichkeit zur Ausübung der Leitungsmacht besteht
- Bis zum Gefahrenübergang
 - gilt das allgemeine Leistungsstörungenrecht (außer es ist vertraglich etwas anderes festgelegt, was zu empfehlen ist)
- Ab Gefahrenübergang
 - würden die speziellen Regelungen des Gewährleistungsrechts gelten (die aber üblicherweise auch ausgeschlossen werden)
- Bei Unternehmenskauftransaktionen:
 - regelmäßige Vereinbarung eines eigenständigen vertraglichen Haftungsregimes (Garantien, Freistellungen, etc.)

CLIFFORD CHANCE | 12

HAFTUNG DER PARTEIEN ZWISCHEN SIGNING UND CLOSING

Anfechtungsmöglichkeiten

- Anfechtung des Rechtsgeschäfts wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften gem. § 119 Abs. 2 BGB (ausgeschlossen bei Gewährleistungsrechten aus denselben Gründen)
- Regelmäßige Ausschließung von Anfechtungsmöglichkeiten zur Absicherung des Verkäufers üblich
→ Regelung durch Garantien/Freistellungen
- Ausschluss der Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung nicht wirksam möglich
→ Käufer hat Möglichkeit auf Rückabwicklung des Vertrags gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB
- Eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Unternehmenskaufs gestaltet sich jedoch immens schwierig, denn es können bereits erhebliche Änderungen eingetreten sein

CLIFFORD CHANCE | 13

HAFTUNG DER PARTEIEN

Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer

- Ausschluss der gesetzlichen Haftung (gerade auch bzgl. c.i.c. Ansprüchen) und Ersetzung durch ein vertraglich vereinbartes Haftungsregime (Garantiekatalog/Freistellungskatalog) sind als abschließend und angemessen zu sehen
- Festlegung des Garantie-/Freistellungskatalogs im Vertrag i.d.R. nach langwierigen Verhandlungen und gegenseitigem Austausch
→ Käufer ist somit nicht schutzlos ausgeliefert

CLIFFORD CHANCE | 14

AUSSCHLUSS VON ANSPRÜCHEN AUS C.I.C.

Ausschluss von Ansprüchen

- Gemäß Grundsatz der Vertragsfreiheit
 - Ausschluss von Ansprüchen aus c.i.c. möglich
- Ausschluss betrifft zukünftige c.i.c. Ansprüche (Vereinbarung z.B. in einem Letter of Intent möglich)
- Ausnahmen:
 - Ausschluss von Haftung für Vorsatz (§ 276 Abs. 3 BGB)
 - Ggf. Einschränkungen der §§ 307 ff BGB bei Verwendung von AGBs

CLIFFORD CHANCE | 15

VERZICHT VON ANSPRÜCHEN

„Verzicht“ von Ansprüchen

- Ein Haftungsausschluss kommt denkllogisch und rechtstechnisch nicht mehr in Betracht, wenn der Anspruch aus c.i.c. ggf. schon entstanden ist
 - Aber Möglichkeit des „Verzichts“ auf etwaige Ansprüche durch Erlassvertrag (§ 297 BGB)
- Erlass wird meistens an die Vereinbarung eines Garantie- oder Freistellungskataloges geknüpft
- Erlass ist ein zweiseitiger Vertrag (Angebot und Annahme)
- Ein einseitiger Verzicht ist im deutschen Recht nicht vorgesehen
- Wichtig ist die Eindeutigkeit des Verzichts → unmissverständlicher, rechtsgeschäftlicher Wille nötig
- Maßgeblich hierbei der objektive Empfängerhorizont
- Oft vorkommender „Fehler“: missglückter „Haftungsausschluss“
 - Vereinbarung eines Haftungsausschlusses statt eines Erlassvertrages
 - Es ist umstritten, ob durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) oder Umdeutung (§ 140 BGB) der missglückte Haftungsausschluss in einen Erlassvertrag/Verzicht umgedeutet werden kann (Einzelfallbetrachtung)

CLIFFORD CHANCE | 16

VERZICHT VON ANSPRÜCHEN, DIE AUF VORSATZ BERUHEN

„Verzicht“ auf Ansprüche, die auf Vorsatz beruhen

- Anders als bei einem Haftungsausschluss, der im Voraus vereinbart wird, können auch Ansprüche, die auf Vorsatz beruhen, erlassen werden
- § 276 Abs. 3 BGB findet keine Anwendung
- Falls kein ausdrücklicher Wortlaut des Verzichts auf Ansprüche vorliegt, die auf Vorsatz beruhen
 - Ermittlung des Willens der Parteien durch Auslegung
- Je nach Interessenlage (§ 157 BGB) ist bei Transaktionen, bei denen das gesetzliche Haftungsregime durch ein vertragliches Haftungsregime ersetzt wird, meist davon auszugehen, dass ein Erlass auch hinsichtlich der Vorsatzhaftung gewollt wurde

CLIFFORD CHANCE | 17

VERZICHT BEI UNBEKANNTEN ANSPRÜCHEN

„Verzicht“ auf unbekannte Ansprüche

- Problematisch ist die Frage, ob die Parteien auf zum Zeitpunkt des Signings zwar entstandene, aber ihnen noch unbekannte, Ansprüche verzichten wollten
- Praktisch sind oftmals alle c.i.c. Ansprüche i.d.R. vor Signing unbekannt
- Bei ausdrücklicher Erklärung des Verzichts auf unbekannte Ansprüche im Erlassvertrag
 - Generalerlass „aller Ansprüche“; diese Verfügung ist ausreichend bestimmbar
- Bei nicht ausdrücklicher Regelung
 - Ermittlung des Willens durch Auslegung
 - Abstellen auf den objektiven Empfängerhorizont
 - Es kann also auch Erlass zu bejahen sein, wenn der Erklärende subjektiv keinen Erlasswillen hatte
 - Da der Käufer im Vorfeld des Vertragsschlusses eine umfassende Due Diligence vorgenommen hat und ggf. die Restrisiken durch Garantien sich hat absichern lassen, wird i.d.R. von einem Erlasswillen auszugehen sein
 - Mechanismus des eigenen Haftungsregimes würde leerlaufen, wenn nicht auch die unbekanntenen Ansprüche vom Erlass erfasst wären

CLIFFORD CHANCE | 18

ZUSAMMENFASSUNG

- Unternehmenskauf und der dazugehörige Kaufvertrag ist geprägt durch Entscheidungshoheit der Parteien
- Käufer hat umfassende Prüfungsmöglichkeit
- Käufer stützt seine Kaufentscheidung i.d.R. auf seine Due Diligence Prüfung und gleichzeitig auf das verhandelte vertragliche Haftungsregime
- Ausschluss der gesetzlichen Haftungssysteme und Verzicht auf die Haftung aus c.i.c im Kaufvertrag durch Erlassvertrag üblich
- Verwendung eines „Stand-Alone“ Haftungskonzepts wie im Vertrag verhandelt (Garantien/Freistellungen)
- Verzicht (im Wege des Erlassvertrages) auf Ansprüche (bekannt/unbekannt, fahrlässig/vorsätzlich) grundsätzlich zulässig
- Wenn nicht der Erlass auch die unbekanntten Ansprüche erfassen würde, würde der Mechanismus des eigenen Haftungsregimes ins Leere laufen
- Erlass auch der unbekanntten Ansprüche schein nicht unangemessen

CLIFFORD CHANCE | 19

DR. PATRICK BIAGOSCH MÜNCHEN



Partner
T +49 89 21632 8516
M +49 171 2278451
E patrick.biagosch@cliffordchance.com

Rechtsanwalt und Steuerberater, Partner bei Clifford Chance
Deutschland LLP

CLIFFORD CHANCE | 20

**C L I F F O R D
C H A N C E**

Clifford Chance, Lenbachplatz 1, 80333 München
© Clifford Chance 2018

Clifford Chance Deutschland LLP ist eine Limited Liability Partnership mit Sitz in 10 Upper Bank Street, London E14 5JJ, registriert in England und Wales unter OC393460. Die Gesellschaft ist mit einer Zweigniederlassung im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt am Main unter PR 2189 eingetragen. Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen finden Sie unter: www.cliffordchance.com/de/regulatory

WWW.CLIFFORDCHANCE.COM

[118765-3-20754](https://www.kvz.de/118765-3-20754)

Beiträge zum Österberg-Seminar zum Wirtschaftsrecht 2009-2017

Altmeppen, Holger	Aufsteigende Sicherheiten im Konzern
Andrejewski, Kai	Ausschüttungsfähigkeit von Kapitalgesellschaften aufgrund von normalisierten Ergebnissen
Backes, Markus	Einführung eines europäischen Konzerninsolvenzrechts? - Änderungen der EuInsVO
Backhaus, Richard (mit Hansjörg Hepe)	Zur Unabhängigkeit der Mitglieder von Kontrollorganen nach deutschem und amerikanischem Recht
Bauer, Jobs-Hubertus	Der Deutsche Kündigungsschutz: Weder modern noch sozial, sondern Schulbeispiel für Rechtsunsicherheit!
Becker, Christian	Restrukturierung von Unternehmensanleihen
Behrends, Johannes	Hackerangriffe und Datenverluste—Welche rechtlichen Konsequenzen haben Cyber Risiken für Unternehmen?
Behrendt, Michael	Die Schifffahrt, Rückgrat des Welthandels—Wird diese Industrie endlich vernünftig?
Berg, Cai	Grundlagen der Unternehmensbewertung
Biagosch, Patrick	Steuern beim Unternehmenskauf – Grundlagen und aktuelle Entwicklungen
Bonnenberg, Heinrich (im Gespräch mit Matthew Miller)	Europa ist mehr als EU
Ekkenga, Jens	Mitbestimmung der Aktionäre über erfolgsorientierte Vergütungssysteme für Angestellte (veröffentlicht in Aufsatzform in AG 2017, 89)
Esser, Philipp	Finanzierung von Betriebsfortführungen in der Insolvenz

Falkenhausen , Joachim Frhr. v.	Ausscheiden, Abfindung, Pension und Wettbewerbsverbote—Gefährliche Klauseln in Sozietätsverträgen
Foertsch , Uwe	Neue Impulse aus Brüssel - Alternative Investment Funds Manager Directive, MiFID II und deren Umsetzung in Deutschland
Geck , Hans-Ulrich (mit Hansjörg Heppe)	Der lange Arm des amerikanischen Rechts: FATCA, FCPA und <i>Conflict Minerals</i>
Geldermann , Jutta	Nachhaltigkeitsgedanken in der Rechnungslegung – die Ökobilanz
Goll , Ulrich	Bleiben wir im Denken zukunftsfähig
Grunewald , Barbara	Grenzen der Vertragsfreiheit in Familiengesellschaften
Gutberlet , Kurt-Ludwig	Wachstumsperspektiven in Europa
Hemeling , Peter	Die kulturellen und organisatorischen Herausforderungen einer Rechts- und Compliance-Funktion
Heppe , Hansjörg	<i>Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act</i> – Ein Überblick
Heppe , Hansjörg	New US Partnership Audit Rules—BBA
Heppe , Hansjörg	Die 2008 Bankruptcy of Literacy—Lehren aus dem Absturz der Finanzmärkte.
Heppe , Hansjörg	Zugangserleichterungen zum US Kapitalmarkt aufgrund des JOBS Act
Heppe , Hansjörg	Grundlagen der Unternehmensbewertung
Heppe , Hansjörg (mit Hans-Ulrich Geck)	Der lange Arm des amerikanischen Rechts: FATCA, FCPA und <i>Conflict Minerals</i>
Heppe , Hansjörg (mit Jörgen Tielmann)	Minderheitenschutz beim Unternehmensverkauf und Squeeze-out nach deutschem und amerikanischem Recht

Heppe , Hansjörg (mit Richard Backhaus)	Zur Unabhängigkeit der Mitglieder von Kontrollorganen nach deutschem und amerikanischem Recht
Hommelhoff , Peter	Die Genesis europäischen Unternehmensrechts als Herausforderung in Deutschland (veröffentlicht in Aufsatzform in NZG 2015, 1329)
Hornung , Marc-Philippe	Erfahrungen aus fünf Jahren ESUG—Grundsätze ordnungsgemäßer Eigenverwaltung
Kallmorgen , Jan-Friedrich (mit Hanns-Eberhard Schleyer)	Berlin nach der Wahl
Kehbel , Jan Gerrit (mit Georg Streit)	Eine Zwischenbilanz zum ESUG und Diskussionen zum neuen Konzerninsolvenzrecht
Krieger , Gerd	Abberufung eines Vorstandsmitglieds aufgrund Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung
Lösler , Thomas	Compliance als elementarer Bestandteil guter <i>Corporate Governance – Anything new?</i>
Lüer , Hans-Jochem	Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen im Insolvenzplanverfahren – Kommt jetzt das <i>U.S. Chapter 11?</i>
Marotzke , Wolfgang	Besicherte Gesellschafterdarlehen im Fokus des Insolvenzrechts (veröffentlicht in Aufsatzform in DB 2015, 2431 (Teil 1) und DB 2015, 2495 (Teil 2))
Melot de Beauregard , Paul	Nutzen und Grenzen der D&O-Versicherung für das Handeln des Vorstands
Müller-Henneberg , Gunnar	Organ- und Beraterhaftung in der Krise und Insolvenz
Naraschewski , Alexander	Aktuelle Entwicklungen im Insolvenzrecht - Auswirkungen auf das Gesellschaftsrecht

Naraschweski, Alexander	Gesellschaftsrechtliche Treupflichten in der Sanierung und Insolvenz
Paul, Günter	Landesverfassungsgerichte - Die unbekanntenen Staatsorgane
Pohle, Klaus	Aufsichtsratsstätigkeit nach der Krise – sollte man davon abraten?
Pohle, Klaus	Strategieänderungen in der Pharmaindustrie
Polley, Notker	Grenzen der Business Judgement Rule bei dem Eingehen von existenzbedrohenden Risiken?
Rieble, Volker	<i>Corporate Governance</i> und Mitbestimmung
Riesenkampff, Alexander	Astronomische Kartellbußgelder nach europäischem und deutschem Recht
Römer, Max W.	Nachfolgeregelung in Familienunternehmen — Es ist niemals zu früh und nur manchmal zu spät ...
Schleyer, Hanns-Eberhard (mit Jan-Friedrich Kallmorgen)	Berlin nach der Wahl
Schmaltz, Daniel	Wie die US GAAP den Anfang der Krise verschleiert haben—Gegenüberstellung US GAAP/HGB
Schmidt, Thorsten	Bilanzierung nach IFRS – Die wesentlichen Unterschiede zum HGB
Schmidt-Jortzig, Edzard	<i>Compliance</i> – Ethik in der Wirtschaft
Schneider, Steffen	Trends in Restrukturierung & Insolvenz: das außergerichtliche Sanierungsverfahren
Schröder, Jan	Der Umgang mit Pensionsverpflichtungen im Rahmen von Unternehmensübertragungen
Schulte-Noelle, Henning	Die unternehmerische Verantwortung nach der Finanzkrise
Schürnbrand, Jan	Das neue Recht der Abschlussprüfung

Schwesinger, Kathrin	Die Business Judgment Rule - ein transatlantisches Missverständnis
Seibert, Ulrich	Aktuelles zum Gesellschaftsrecht aus Berlin und Brüssel
Seibert, Ulrich	Finanzmarktkrise, Corporate Governance, Aufsichtsrat
Steeg, Caterina (mit Eberhard Vetter)	Missbräuchliche Anfechtungsklage – ein Streitgespräch
Streit, Georg	Heilmittel oder Placebo - Wie wirken die staatlichen Hilfen in der juristischen Sanierungspraxis?
Streit, Georg (mit Jan Gerrit Kehbel)	Eine Zwischenbilanz zum ESUG und Diskussionen zum neuen Konzerninsolvenzrecht
Thiäner, Frank	<i>Upstream</i> Sicherheiten im Rahmen von <i>Leveraged Buy-Outs</i>
Thole, Christoph	Bedeutung und Reform der Insolvenzanfechtung
Thomas, Stefan	Managerhaftung in Kartellfällen
Tielmann, Jörgen	Die AG und ihre Hauptversammlung in der Krise
Tielmann, Jörgen	Zur Fusion von Dresdner Bank und Commerzbank – Trotz <i>Gelatine</i> , <i>holzmüllert</i> es wieder?
Tielmann, Jörgen	Interessenkollisionen im Aufsichtsrat
Tielmann, Jörgen	Kauf aus und in den Konzern unter besonderer Berücksichtigung des <i>Squeeze-Out</i>
Tielmann, Jörgen (mit Hansjörg Heppe)	Minderheitenschutz beim Unternehmensverkauf und Squeeze-out nach deutschem und amerikanischem Recht
Turner, James	Internationale Schiedsgerichtverfahren in London - Übersicht und Aktuelles
Vetter, Eberhard (mit Caterina Steeg)	Missbräuchliche Anfechtungsklage – ein Streitgespräch
Westermann, Harm-Peter	Schiedsgerichtsbarkeit und

Kapitalgesellschaftsrecht

(veröffentlicht in Aufsatzform in ZGR 2017, 89)

- Westermann, Kathrin** Aktuelle Entwicklungen bei der Durchsetzung und Abwehr von Kartellschadensersatzansprüchen
- Widder, Stefan** Das *Spector*-Urteil des EuGH zum Insiderrecht – *Public M&A* auf dem Prüfstand?
- Winter, Gerhard** Die Erbschaftsteuerreform im Fokus - Stand der Diskussion und Fahrplan
- Winter, Gerhard** Unternehmensnachfolge im mittelständischen Bereich – Steuerrechtliche Wertungen und Fallstricke
- Winter, Gerhard** Wege aus der Krise – Steuergesetzgebung als Hilfsmittel oder Stolperstein

Praxis und Lehre im Wirtschaftsrecht

10 Jahre Österberg Seminare

Hrsg. v. Hans-Joachim Priester, Hansjörg Heppe u. Harm Peter Westermann



2018. X, 511 Seiten.
erscheint im Oktober

ISBN 978-3-16-156604-2
Leinen 94,00 €

ISBN 978-3-16-156631-8
eBook PDF 94,00 €

Der vorliegende Band versammelt 30 Aufsätze zu aktuellen wirtschaftsrechtlichen Themen mit Schwerpunkten im Gesellschafts- und Insolvenzrecht, daneben im Kauf-, Arbeits- und Steuerrecht. Im Gesellschaftsrecht finden sich zudem gegenwärtige Beobachtungen zur Corporate Governance und Compliance. Aber auch der Blick über den Zaun wird nicht gescheut. Die Beiträge, die sowohl von herausragenden Praktikern als auch bedeutenden Wissenschaftlern stammen, spiegeln einen regen symbiotischen Austausch von Praxis und Lehre wider. Das Werk ist dem 10. Jubiläum des Tübinger Österberg Seminars gewidmet.

Inhaltsübersicht

I. Blick über den Zaun

Edzard Schmidt-Jortzig: Karl Marx als Jurastudent – *Ulrich Seibert*: Gleichberechtigung und Rollengleichheit. Eine Literaturlauswertung

II. Kaufrecht

Patrick Biagosch: Die Problematik der vorvertraglichen Pflichtverletzungen beim Unternehmenskauf – *Jan Schröder*: Die Übernahme von Lebensversicherungsgeschäft im Run-off – *Harm Peter Westermann*: Neuere Probleme des Gewährleistungsausschlusses beim Grundstückskauf

III. Gesellschaftsrecht

Gregor Bachmann: Siemens v. Neubürger revisited. Reflektionen zu Compliance-Verantwortung und Organhaftung – *Richard Backhaus*: Kommunikative Diversitätsherausforderungen in Kapitalgesellschaftsorganen – *Joachim Freiherr v. Falkenhausen*: Ausscheiden, Abfindung, Pension und Wettbewerbsverbote. Problematische Klauseln in Sozietätsverträgen – *Jutta Geldermann/Christina Scharpenberg*: Ökologische Unternehmensbewertung im Kontext der Nachhaltigkeitsberichterstattung – *Peter Hemeling*: Der beaufsichtigte Aufsichtsrat. Erfahrungen aus dem regulierten Unternehmen – *Hansjörg Heppe*: Zu Regelverstößen deutscher Unternehmen in den USA – *Peter Hommelhoff*: Von der Erklärung zur Unternehmensführung zum Corporate Governance Bericht – *Hans-Joachim Priester*: Streitfragen der Umgestaltung von Unternehmensverträgen. Änderung der Laufzeit, der Vertragsart, Herrschaftswechsel – *Achim E. Rottnauer*: Hauptversammlungsbedürftigkeit bei gravierenden Strukturveränderungen durch Unternehmenserwerb. Nachlese zur »Dresdner Bank«-Übernahme – *Jörgen Tielmann/Rolf Aschermann*: Keine Neueinführung einer Drittelbeteiligung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat bei Alt-Aktiengesellschaften mit bis zu 500 Mitarbeitern – *Eberhard Vetter/Marc Peters*: Praktische Fragen der Korrektur der Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG – *Stefan Widder/Maximilian Berenbrok*: Der Formwechsel der überschuldeten AG in die GmbH

IV. Insolvenzrecht

Friedrich Bacmeister: Zur Freigabe wertauserschöpfend belasteten Grundbesitzes. Rückgabe immer obligationsgemäß? – *Dean Didovic/Stefan Schwindl*: Die umsatzsteuerrechtliche Organschaft in der Insolvenz des Organträgers – *Marc-Philippe Hornung*: Das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung. Grundlagen, Missbrauchspotential und Reformbedarf – *Gunnar Müller-Henneberg*: Gläubigerschutz und sein Missbrauch in der Unternehmenskrise – *Alexander Naraschewski*: Kapitalmaßnahmen im Insolvenzplan. Besonderheiten des Debt-

Equity-Swap – *Karsten Schmidt*: Unternehmenssanierung durch Insolvenzverfahren. Wo bleibt das Gesellschaftsrecht? – *Steffen Schneider*: Zur Entkonzernierung und Rekonzernierung in der Konzerninsolvenz (und zur Fortentwicklung des Insolvenz zwecks) – *Georg Streit/Fabian Bürk*: Vorbehaltene Anfechtungsansprüche in der Folgeinsolvenz der plansanierten Gesellschaft – *Jörn Weitzmann*: Der Insolvenzverwalter als Geschäftsleiter

V. Arbeitsrecht

Jobst-Hubertus Bauer: Warum der Kündigungsschutz reformiert werden sollte – *Paul Melot de Beauregard*: Die vertragliche Erweiterung der Arbeitnehmerhaftung

VI. Steuerrecht

Torsten Schmidt: Die US Steuerreform. Fluch oder Segen für deutsche Konzerne? – *Gerhard Winter*: Die (Unternehmens-)Erbsteuer nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17.12.2014 (1 BvL 21/12)

Hans-Joachim Priester 1974 bis 2007 Notar in Hamburg (Notariat Ballindamm); 1988 Honorarprofessor an der Universität Hamburg; 2000 Mitglied der Gründungskommission der Bucerius Law School in Hamburg, 2000–07 Vizepräsident der Hamburgischen Notarkammer.

Hansjörg Heppe Fachanwalt für Steuerrecht; seit 2007 in einer Rechtsanwaltssozietät in Dallas, Texas.

Harm Peter Westermann Ordentlicher Professor an der Universität Bielefeld 1970–1984, an der Freien Universität Berlin 1984–1989 und an der Universität Tübingen 1989–2006 (Emeritierung).

Jetzt bestellen:

<https://www.mohrsiebeck.com/buch/praxis-und-lehre-im-wirtschaftsrecht-9783161566042>
order@mohrsiebeck.com

Telefon: +49 (0)7071-923-17

Telefax: +49 (0)7071-51104

Die Organisatoren des Österberg-Seminars sind erreichbar unter:

Dr. Richard **Backhaus**, LL.M. (Edin.)
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
c/o Gollasch & Partner
Hafenstraße 33, 23568 Lübeck
richard.backhaus[A t}gollasch.org

Dr. Jürgen **Tielmann**, LL.M. (Manchester)
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Gänsemarkt 45, 20354 Hamburg
joergen.tielmann[A t}luther-lawfirm.com

* * * * *

Logo by Brand& (www.brandand.de)