



Österberg Seminare

T Ü B I N G E N

11. Österberg-Seminar

zu aktuellen Fragen des Wirtschaftsrechts

**am 18. Oktober 2019
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

Dr. Tobias **Bomsdorf**, CMS Hasche Sigle, Frankfurt

Dr. Kai Uwe **Büchler**, Heuking Kühn, Lüer Wojtek, München

Prof. Dr. Joachim **Hennrichs**, Universität zu Köln, Köln

Jan-Friedrich **Kallmorgen**, Berlin Global Advisors GmbH, Berlin

Prof. Dr. Jens **Koch**, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn

Dr. Alexander **Kiefner**, White & Case LLP, Frankfurt

Dr. Sascha **Pres**, SKW Schwarz, Berlin

Prof. Dr. Christoph H. **Seibt**, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Hamburg

Viktor v. **Websky**, MBA, Reimer Rechtsanwälte, Hamburg

Inhaltsverzeichnis

Öffentlich-rechtliche Informationsrechte versus aktienrechtliche Verschwiegenheitspflichten (<i>Koch</i>)	5
Einlagen oder Darlehen? - Zur haftungs- und bilanzrechtlichen Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital bei Personenunternehmen (<i>Hennrichs</i>)	15
Konzernkoordinationsvertrag (<i>Relationship Agreement</i>): Vertragliche Ausgestaltung des faktischen Konzerns (<i>Seibt</i>)	33
Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren (<i>v. Websky</i>)	51
Durchfinanzierung, Notwendigkeiten und mögliche Folgen aus Sicht der Kapitalgeber (<i>Büchler</i>)	65
Aktuelle geopolitische Entwicklungen und deren Auswirkungen auf Transaktionen und Investitionen (<i>Kallmorgen</i>)	73
Deutsche Unternehmen im Haftungsrisiko - Menschenrechts- und Compliance-Verstöße im Ausland - Im Fokus deutscher Gerichte (<i>Bomsdorf</i>)	75
Unternehmensleitung und künstliche Intelligenz aus Sicht des Gesellschaftsrechts (<i>Kiefner</i>)	87
Geheimnisschutz im Unternehmen seit GeschGehG – vom Stief- zum Sorgenkind? (<i>Pres</i>)	110
Annex: Beiträge zum Österberg-Seminar zum Wirtschaftsrecht 2009-2018	123
Annex: Praxis und Lehre im Wirtschaftsrecht – 10 Jahre Österberg Seminare	129

**Öffentlich-rechtliche Informationsrechte versus aktienrechtliche Verschwiegenheits-
pflichten**

(Koch)

ÖFFENTLICH-RECHTLICHE INFORMATIONSRECHTE VERSUS AKTIENRECHTLICHE VERSCHWIEGENHEITSPFLICHTEN



1

GESETZLICHE GRUNDKONZEPTION

1. **Gedanklicher Ausgangspunkt:** Die Gesellschaft darf und muss ihre Geschäftsgeheimnisse schützen → Verschwiegenheitspflicht von Vorstand und AR.
2. **Öffentlich-rechtliche Gegenkräfte:** Hoheitsträger muss die Verwendung öffentlicher Mittel kontrollieren.
3. **Folge:** Verschwiegenheitspflicht der AR-Mitglieder des Hoheitsträgers wird gelockert und Bericht an der Beteiligungsverwaltung gestattet (§ 394 AktG).
4. **Ausgleich:** Die Berichtsempfänger selbst werden der Verschwiegenheitspflicht unterworfen (§ 395 AktG).

2

2

DEMARKATIONSSTREITIGKEITEN

1. **Grundproblem:** Verhältnismäßig klare aktienrechtliche Regelung kann an Grenzen stoßen, und zwar:
 - a) **an praktische Grenzen**, wo Mehrheitsmacht ihre Grenzen nicht respektiert,
 - b) **an rechtliche Grenzen**, wo es zu Kollisionen mit öffentl.-rechtl. Vorgaben kommt.

2. **Neuere Entwicklung:** Paradigmenwechsel des öffentlichen Rechts zu mehr Transparenz und Demokratie hat in den letzten Jahren potenzielle Normkonflikte erhöht und verschärft.

BEREICHSSPEZIFISCHE POSTULATE

1. **Öffentliches Recht:** Träger hoheitlicher Gewalt kann sich seiner Pflichten nicht durch Wahl der Organisationsform entziehen (keine Flucht in das Privatrecht).

2. **Gesellschaftsrecht:** Wenn öffentliche Hand sich für private Rechtsform entscheidet, muss sie diese so hinnehmen, wie das Zivilrecht sie ausgestaltet hat.

3. **Auflösung des Konflikts:** Ingerenzverantwortung – Hoheitsträger muss im Rahmen vorgeschalteter Eingangskontrolle sicherstellen, dass er seinen öffentlich-rechtlichen Pflichten in dieser Gesellschaftsform gerecht werden kann.

Deutsche Bahn-Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 147, 50)

1. **Sachverhalt:** parlamentarischer Informationsanspruch (Art. 38 I 2, 20 II 2 GG) hinsichtlich Stuttgart 21, Netzinvestitionen, Gewinnerwartungen von Tochtergesellschaften, Zugverspätungen.
2. **Reaktion der Regierung:** verweigert Auskunft unter Hinweis auf Verschwiegenheitspflichten.
3. **Kernaussagen des BVerfG:**
 - Da sich die Deutsche Bahn AG vollständig in der Hand des Bundes befindet, unterfällt sie seinem Verantwortungsbereich und ist damit Gegenstand des parlamentarischen Informationsanspruchs.
 - Eine einfachgesetzliche Verschwiegenheitsregelung ist für sich genommen nicht geeignet, das verfassungsrechtliche Informationsrecht zu beschränken.
 - Selbst wo die Rechtsform keine Einwirkung gestattet, ist die Regierung trotzdem nicht von ihrer Informationspflicht befreit, sondern ihre parlamentarische Verantwortung ist auch bei einer defizitären Legitimationskette gegeben.

- „Die Wahl privater Unternehmensformen für die Wahrnehmung öffentl. Aufgaben kann zu einem Kontroll-, Steuerungs- und Legitimationsdefizit führen. Dies bedeutet aber nicht, dass das Gesellschaftsrecht an die Steuerungsbedürfnisse des Staates als Anteilseigner anzupassen ist, sondern dass dieser selbst die Rechtsform für die ihm obliegende Aufgabenwahrnehmung zu wählen hat, die die erforderlichen Einwirkungsmöglichkeiten gewährleistet.“
- „Reichen die gesellschaftsrechtl. Einwirkungsrechte nicht aus, (...), beschränkt sich der verfassungsrechtl. Verantwortungsbereich der Regierung nicht etwa auf die Ausübung der gesellschaftsrechtl. Befugnisse. Wo die Möglichkeiten der Einflussnahme hinter dem fachaufsichtlichen Instrumentarium zurückbleiben, kann sich die Regierung nicht ihrer Verantwortung begeben.“

ZUTREFFENDES VERSTÄNDNIS

1. Gericht hatte allein über verfassungsrechtliche Pflicht der Regierung zu entscheiden.
2. Dieser Pflicht kann sich die Regierung nicht durch eine Flucht in das Privatrecht entziehen; die Informationspflicht besteht.
3. Über die praktischen Schwierigkeiten trifft das BVerfG keine Aussage.
4. Es macht aber eine Einschränkung: Die Regierung kann nicht erwarten, dass das Aktienrecht öffentlich-rechtlich überwölbt wird, um Informationsbeschaffung zu ermöglichen.
5. Folge: Verpflichtung der Regierung, selbstverschuldete Konfliktlage aufzulösen.

7

7

FOLGERUNG FÜR DAS UNTERNEHMEN

1. **Inhalt der Entscheidung:** Keinerlei Aussage der BVerfG für das Unternehmen; Unternehmen ist Gegenstand, nicht Adressat des Auskunftsanspruchs.
2. **Konsequenz:** Keine verfassungsrechtliche „Überwölbung“ des Aktienrechts, insbesondere keinerlei Durchbrechung des aktienrechtlichen Pflichtenkanons auf Organebene.
3. **Mittelbare Folge:** Wachsender Druck des Haupteigentümers wird in faktischen Druck der Gesellschaftsorgane münden.
4. **Zentrale Praxisfrage:** nicht „Was muss ich tun?“, sondern: „Was darf ich tun?“

8

8

MÖGLICHKEIT DES ENTGEGENKOMMENS

1. **Möglichkeiten der AR-Mitglieder:** Weitergabe von Informationen untersagt, wenn Mitglieder der Beteiligungsverwaltung Geheimhaltung nicht gewährleisten können. Bei Verstoß: Haftungs- und Strafbarkeitsrisiko.
2. **Vorzugswürdige Lösung:** Informationsfreigabe durch den Vorstand, weil er als „Herr der Geschäftsgeheimnisse“ in gewisser Weise darüber disponieren kann:
 - a) **Verschwiegenheitspflicht:** nur wenn im Unternehmensinteresse, in das aber Interesse des Hauptaktionärs einfließt (insb. bei 100%-Beteiligung).
 - b) **Herkömmliche Auslegung:** nur wenn herrschendes Unternehmen Geheimhaltung sicherstellen kann.
 - c) **Weitere Ausnahme:** wenn herrschendes Unternehmen Information benötigt, um gesetzlichen Publizitätsvorgaben zu genügen.
 - d) **Konsequenz:** Jedenfalls bei 100%-Beteiligung wohl meist unproblematisch.
 - e) **Erweiterung:** Vorstand kann auch AR-Mitglieder zur Informationsweitergabe ermächtigen.
 - f) **Restrisiken:** Ausrichtung an Unternehmensinteresse verdunkelt Rechtslage → Haftungsrisiken

9

9

HAFTUNGSRISIKEN

1. **Haftungsrisiko des Vorstands:** bei Informationsweitergabe, die von Unternehmensinteresse nicht gedeckt ist.
2. **Haftungsrisiko des Aufsichtsrats:** bei ungenehmigter Informationsweitergabe, wenn Geheimhaltung durch Berichtsempfänger nicht gewährleistet ist.
3. **Haftungsrisiko des Hoheitsträgers:**
 - a) **Bislang hM:** (-), da mitgliedschaftliche Pflichten verfassungsrechtlich überlagert werden.
 - b) **Neuere Auffassung (Kersting, WPg 2018, 392; Koch, ZHR 183 [2019], 7):** Haftung möglich, insb. bei Veranlassung nach §§ 311 ff. AktG, sonst wegen Verletzung der Verschwiegenheitspflicht, sofern nicht vom Vorstand genehmigt.
 - c) **Praxisfolge:** Haftungsszenario aber eher theoretischer als praktischer Natur.

10

10

NORMKONFLIKT 2: INFORMATIONSFREIHEITSGESETZE

1. **Gesetzesaussage:** Anspruch ggü. Behörden auf Zugang zu amtlichen Informationen.
2. **Erweiterung:** Juristische Person des Privatrechts steht Behörde gleich, soweit sich die Behörde ihrer zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben bedient.
3. **Öffentliche Aufgabe?**
 - a) Lit.: Nur wenn öffentlich Hand unter Verwendung öffentl. Mittel oder Handlungsformen des öffentl. Rechts tätig wird oder zur Wahrnehmung der Aufgabe verpflichtet ist.
 - b) OVG Koblenz (BeckRS 2016, 48854): Es genügt, dass sich Tätigkeit als Wahrnehmung einer im öffentlichen Recht wurzelnden Verwaltungsaufgabe darstellt: (+) für Energieversorgung.
4. **Verbleibende Einschränkung des OVG Koblenz:** Informationsversorgung aber nur, wenn aktienrechtlich zulässig.
5. **Unterschied zur verfassungsrechtlichen Kollision:** Auch Eigentümer darf sich auf aktienrechtliche Verschwiegenheitspflichten berufen, so dass Kollisionslage schon auf dieser Ebene nicht besteht (vgl. etwa § 6 S. 2 IFG Bund).

NORMKONFLIKT 3: PRESSEGESETZE

1. **BGH NJW 2017, 3153:** AG selbst ist Behörde iSd presserechtl. Auskunftsanspruchs gem. § 4 I PresseG NRW, wenn sie von der öffentl. Hand zur Erfüllung öffentl. Aufgaben eingesetzt wird.
2. **Unterschied zu IFG:** Anspruch unmittelbar gegen AG, nicht gegen Behörde.
3. **Folgerung des BGH:** Aktienrechtliche Verschwiegenheitspflichten nicht einschlägig, da diese nur für Organe nicht für AG selbst gelten (deshalb auch kein Art. 31 GG).
4. **Verbleibender Schutz:** nur sehr eingeschränkt über § 4 II Nr. 2 PresseG NRW: Bestimmungen zum Schutz öffentlicher Geheimnisse.

Ungeklärte Frage: Verhältnis aktienrechtlicher Verschwiegenheitspflichten zu landesverfassungsrechtlichen Informationsrechten:

1. **BayVerfGH:** kein Vorrang des Aktienrechts nach Art. 31 GG, da das Erfordernis parlamentarischer Kontrolle auf Landesebene über Art. 28 I GG auch bundesverfassungsrechtlich vorausgesetzt wird.
2. **HbgVerfG:** Vorrang höherrangigen Bundes(aktien)rechts.
3. **Ähnliche ausdrückliche Vorgaben** in Art. 40 III 1 MVVerf, Art. 51 II SächsVerf; Art. 67 III 1 Nr. 1 ThürVerf.

1. Je mehr der Transparenzgedanke das öffentliche Recht durchzieht, desto stärker sind die Geschäftsgeheimnisse der AG bedroht.
2. Die Pflichten der Unternehmensorgane bleiben zwar unberührt, aber der Druck auf den Eigentümer wächst und wird an die Organe weitergegeben.
3. Mit zunehmend größerem Argumentationsaufwand lässt sich die Zulässigkeit freiwilliger Kooperation begründen.
4. Die Grenzen dieser Kooperation sind aber derart undeutlich gezogen, dass Akteure mit einer Rechtsunsicherheit belastet werden, die ihnen gerade mit Blick auf Haftungs- und Strafbarkeitsrisiken nicht zugemutet werden sollte.
5. Mit zunehmender öffentlich-rechtlicher Normendichte müssen klare Regeln geschaffen werden, um Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Professor Dr. Jens Koch
Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
Adenauerallee 24 – 42
53113 Bonn
E-Mail: jens.koch@jura.uni-bonn.de
Tel.: 0228/73-9110

Einlagen oder Darlehen? - Zur haftungs- und bilanzrechtlichen Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital bei Personenunternehmen

(Henrichs)

Einlagen oder Darlehen? – Zur haftungs- und bilanzrechtlichen Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital bei Personenunternehmen

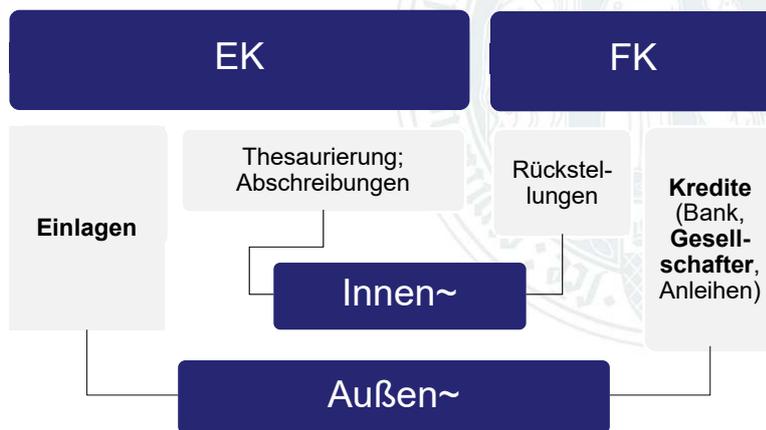
Prof. Dr. *Joachim Hennrichs*
Institut für Gesellschaftsrecht / Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bilanz- und Steuerrecht
Universität zu Köln

Universität zu Köln



1

Finanzierungsformen und Finanzierungsfreiheit



Prof. Dr. Joachim Hennrichs

Universität zu Köln



2

2

Agenda

- **Gewollte Finanzierungsform: Fremdkapital (stille Einlage) – abweichende rechtliche Würdigung als „materielles Eigenkapital“?**
- Gewollte Finanzierungsform: Eigenkapital (Einlage des Einzelkaufmanns) – abweichende rechtliche Würdigung als funktionales Fremdkapital bei kreditfinanzierter Einlage?
- Unklarer Finanzierungswille: sog. Liquiditätsausschüttungen auf Gesellschafter-„Darlehenskonten“ bei (Publikums-)KG ohne nähere Spezifizierungen der „Darlehens“bedingungen



3

Stille Einlagen – Grundlagen

- Rückzahlungsanspruch des Stillen bei Auflösung der Gesellschaft (§ 235 Abs. 1 HGB).
- Insolvenzforderung des Stillen wegen der Einlage, soweit sie den Betrag der Verlustbeteiligung übersteigt (§ 236 Abs. 1 HGB).
- Verlustbeteiligung des Stillen, laufend und bei Auflösung / Insolvenz (§§ 231, 232 Abs. 2, 235 Abs. 2 S. 2, 236 Abs. 2 HGB); dispositiv (§ 231 Abs. 2 HGB).



4

Beispiel

*S beteiligt sich mit 100 T€ als stiller Gesellschafter an der P-KG. S ist an der Beschlussfassung über die Feststellung des Jahresabschlusses, der Wahl der Geschäftsführer sowie der Entscheidung über ungewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen beteiligt. Bei Auseinandersetzung soll er den anteiligen Geschäfts- oder Firmenwert erhalten. **Die Verlustbeteiligung ist laut Gesellschaftsvertrag (GV) auf den Betrag der eingezahlten Einlage begrenzt.** Im GV werden Kommanditeinlage und stille Einlage unter dem Begriff des „Gesellschaftskapitals“ zusammengefasst und in Werbematerialien zusammen als „Eigenkapital“ der Gesellschaft bezeichnet. S hat auf seine Einlage 20 T€ eingezahlt. Die KG wird insolvent. Der Insolvenzverwalter fordert von S die rückständige Einlage. Kann S dies unter Hinweis darauf abwehren, dass seine Verlustbeteiligung auf den Betrag der eingezahlten Einlage begrenzt sei?*



5

§ 236 Abs. 2 HGB

- „Ist die Einlage rückständig, so hat sie der stille Gesellschafter **bis zu dem Betrag, welcher zur Deckung seines Anteils am Verlust erforderlich ist**, zur Insolvenzmasse einzuzahlen.“
- **I.v.F.:** Verlusttragung nur i.H. der „**eingezahlten** Einlage“! → Keine Nachzahlung nach § 236 Abs. 2 HGB! → Bevorzugt den Gesellschafter, der noch nicht geleistet hat.



6

Atypisch stille Einlage als „materielles EK“ (1)

- BGH II ZR 145/78 (s. auch II ZR 36/84; II ZR 46/88; II ZR 284/15): stille Einlagen können unter bestimmten Voraussetzungen gesellschaftsrechtlich als „**Haftkapital**“ **vereinbart** sein („**materielles EK**“), das dem (formellen) EK gleichgestellt wird →
- **Einzahlungspflicht** in der Insolvenz (über § 236 Abs. 2 HGB hinaus!), soweit rückständig und zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich (wie Kommanditeinlage)!
- Frage der **Vertragsauslegung** (Charakter der stillen Einlage als materielles EK könne sich „aus dem GV“ ergeben).



Atypisch stille Einlage als materielles EK (2)

- BGH II ZR 145/78 (s. auch II ZR 36/84; II ZR 46/88; II ZR 284/15): stille Einlagen zählen **gesellschaftsrechtlich vereinbarungsgemäß** zum **Haftkapital**, wenn
 - die **stille Einlage von einem Kommanditisten übernommen** ist (**gesplittete Einlage**; stille Einlage sei dann „notwendiger Bestandteil der Beitragspflicht des Kommanditisten“);
 - die stille Einlage die **Funktion von EK** hat (weil die Mittel zur Erreichung des Gesellschaftszwecks „unerlässlich“ sind);
 - die stille Einlage offen **als Teil des EK bezeichnet** wird (z.B. in **Prospekten** oder im GV); oder
 - der **Stille vereinbarungsgemäß eine Rechtsstellung hat, die der eines Kommanditisten vergleichbar ist.**



Atypisch stille Einlage als materielles EK (3)

- **Gleichstellung der Rechtsstellung des Stillen mit der eines Kommanditisten**, wenn
 - der Stille die Geschicke der Gesellschaft in ähnlicher Weise mitbestimmt (**Mitverwaltungsrechte**) und (**oder?**)
 - an Vermögen und Ertrag schuldrechtlich beteiligt ist (**Vermögensrechte**).
- Eine vereinbarungsgemäß **begrenzte oder ausgeschlossene Verlustteilnahme** der stillen Einlagen schließt die Würdigung als materielles EK nicht aus, **betreffe nur das Innenverhältnis (!!)**.



9

Kritische Würdigung (1)

- **Schluss von der „Funktion von EK“ auf die Beurteilung „wie EK“** → Geringschätzung der Form; Spannungsverhältnis zur Finanzierungsfreiheit.
- Dogmatische Herleitung mittels **Vertragsauslegung** überzeugt nicht; **Fiktion**:
 - Gewollte **Beschränkung der Verlustteilnahme** spricht deutlich gegen „Auslegung“ des BGH;
 - Annahme, die Verlustbeschränkung sei nur im Innenverhältnis gewollt, ist zynisch, weil die **ganze Vereinbarung nur im Innenverhältnis gewollt ist**.



10

Kritische Würdigung (2)

- **Von Vereinbarungen zum Innenverhältnis (stille Gesellschaft) auf eine im Außenverhältnis gewollte Haftung („gewolltes Haftkapital“) schließen zu wollen, ist unschlüssig.**
- **Relevanz von Mitverwaltungsrechten für die materielle EK-Qualifikation nicht plausibel.**



Kritische Würdigung (3)

- **Sonderfall:** die „offene“ stille Gesellschaft (*Schön*, ZGR 1990, 220 (234 ff.))
 - Charakteristikum der stillen Gesellschaft (im Unterschied zur KG): keine öffentliche Verlautbarung einer Hafteinlage des Stillen.
 - Wird die stille Einlage demgegenüber in zurechenbarer Weise öffentlich als Haftkapital verlautbart (z.B. in Werbeprospekten als „EK“ o.ä. bezeichnet), dann muss sich der „Stille“ daran festhalten lassen (handelsrechtlicher Vertrauensschutz).



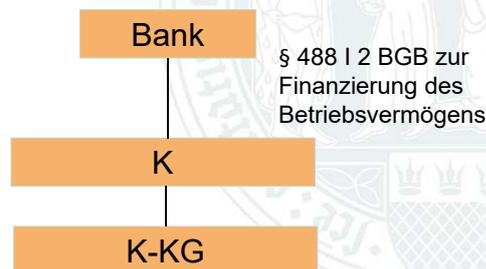
Agenda

- Gewollte Finanzierungsform: Fremdkapital (stille Einlage) – abweichende rechtliche Würdigung als „materielles Eigenkapital“?
- **Gewollte Finanzierungsform: Eigenkapital (Einlage des Einzelkaufmanns) – abweichende rechtliche Würdigung als funktionales Fremdkapital bei kreditfinanzierter Einlage?**
- Unklarer Finanzierungswille: sog. Liquiditätsausschüttungen auf Gesellschafter-„Darlehenskonten“ bei (Publikums-)KG ohne nähere Spezifizierungen der „Darlehens“bedingungen



Abgrenzung Betriebsschulden vs. EK bei Personengesellschaft

Sachverhalt:

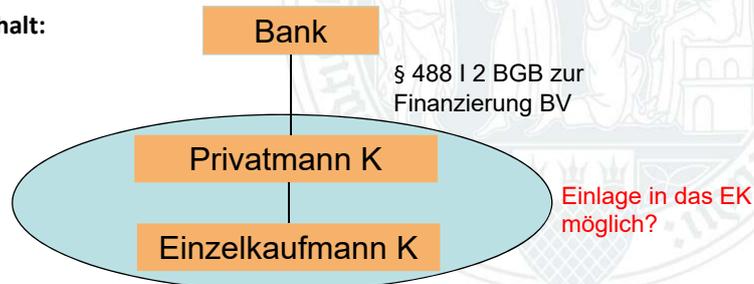


- *Darlehensvertrag Bank – K; Darlehensmittel dienen der Finanzierung von Gesellschaftsvermögen der K-KG.*



Abgrenzung Betriebsschulden vs. EK beim Einzelkaufmann

Sachverhalt:



- Darlehensvertrag Bank – K; Darlehensmittel dienen der Finanzierung von Geschäftsvermögen des K.



15

Relevanz und Meinungsstand

- **Relevanz** der Abgrenzung: **Strafbarkeit** (des Kaufmanns) wg. **unrichtiger Darstellung** (§ 17 PublG) und (des Abschlussprüfers) wg. falscher **Berichterstattung** (§ 18 PublG)!
- **Handelsrechtliche** Abgrenzung – **h.M.:**
 - **Betriebsschuld**, wenn Darlehen
 - als betriebliche Verbindlichkeit eingegangen (→ §§ 343, 344 HGB; (+) bei **Vertragsschluss unter kaufmännischer Firma**); oder
 - wenn Mittel **funktional für betriebliche Zwecke** verwendet (**funktionale Betrachtung**: was wird mit dem Darlehen finanziert?);
 - ADS; IDW, WPH u.a.: „Private“ Kreditaufnahmen zur Finanzierung einer Einlage „sollten“ in der Handelsbilanz „i.d.R. als **Betriebsschuld** angesetzt“ werden.



16

Kritische Würdigung

- **Eingeschränkte Finanzierungsfreiheit** beim Einzelkaufmann?
- **Vergleich** zur Bilanzierung bei **Personenhandelsgesellschaft** und Bilanzierung nach **wirtschaftlichem Gehalt**?
- **Teleologie**: Relevanz bilanzieller Kennzahlen (wie Verschuldungsgrad) für **Gläubigerschutz beim Einzelkaufmann**?
- **Praktikabilität: Neu-Qualifikation von privaten Alt-Darlehen** in Betriebsschulden, wenn die Mittel später für betriebliche Investitionen genutzt werden?
- Spannungsverhältnis zu **IDW HFA 1/1994** (danach EK-Ausweis, wenn Verlustteilnahme, Nachrang und Längerfristigkeit der Kapitalüberlassung).



Exkurs: Zum bilanziellen Fehlerbegriff (1)

- Wann sind Bilanzen in Fällen unklarer, auslegungsbedürftiger Vorschriften oder Standards, in denen sich ggf. strittige Bilanzrechtsfragen stellen, fehlerhaft (z.B. i.S. der §§ 256 AktG (analog); 109 I WpHG (ex § 37q I WpHG a.F.); 322 HGB; 17, 18 PubiG; 283 I Nr. 7a StGB;)?
- Bisher h.M.: normativ-subjektiver Fehlerbegriff → kein Fehler im Rechtssinne bei späterer besserer Rechtserkenntnis, wenn die Bilanzierung aus Sicht eines sorgfältigen Kaufmanns am Stichtag der damals geltenden herrschenden oder bei offenen Fragen einer vertretbaren Rechtsauffassung entsprach.



Exkurs: Zum bilanziellen Fehlerbegriff (2)

- OLG Frankfurt a.M. v. 4.2.2019 (WpÜG 3+4/16): Die BaFin kann im Enforcement-Verfahren eine Bilanz des Unternehmens auch dann als fehlerhaft i.S. des § 109 I WpHG beanstanden, wenn die Rechnungslegung auf einer Rechtsansicht des Unternehmens beruht, die nachvollziehbar und vertretbar ist. **„Für die Frage der Fehlerhaftigkeit der Rechnungslegung hat sie (sc. die BaFin) grundsätzlich die objektiv richtige Rechtslage zugrunde zu legen [...]. Im Ausnahmefall kann sich unter Berücksichtigung der erforderlichen Wesentlichkeit des Fehlers etwas anderes ergeben.“**
- Dazu (teils krit.) Pöschke, WPg 2019, 872; Böcking u.a., DK 2019, 341; s. auch Schulze-Osterloh, ZHR 179 (2013), 9.



Agenda

- Gewollte Finanzierungsform: Fremdkapital (stille Einlage) – abweichende rechtliche Würdigung als „materielles Eigenkapital“?
- Gewollte Finanzierungsform: Eigenkapital (Einlage des Einzelkaufmanns) – abweichende rechtliche Würdigung als funktionales Fremdkapital bei kreditfinanzierter Einlage?
- **Unklarer Finanzierungswille: sog. Liquiditätsaus-schüttungen auf Gesellschafter-„Darlehenskonten“ bei (Publikums-)KG ohne nähere Spezifizierungen der „Darlehens“bedingungen**



Gewinnunabhängige Auszahlungen an Kommanditisten

Ausgangssituation:

Aktiva		Passiva	
Sachanlagen	30.000	Kapitalkonto A	-
Bank	20.000	Kapitalkonto B	15.000
		Kapitalkonto C	15.000
		Verbindlichkeiten	20.000
Bilanzsumme	50.000	Bilanzsumme	50.000



21

Gewinnunabhängige Auszahlungen an Kommanditisten

- **Sachverhalt:** Auszahlungen an drei Kommanditisten i.H.v. je 5 T€ gewinnunabhängig nach der Liquiditätslage der Gesellschaft. Nach dem Gesellschaftsvertrag erfolgt die „Verbuchung der Auszahlung auf Darlehenskonto“.
- → Der Haben-Teil der Buchung ist klar: „[?!]... an Bank“.
- Was aber ist die Soll-Buchung? →



22

Gewinnunabhängige Auszahlungen an Kommanditisten

Denkbare bilanzielle Auswirkungen (1):

Aktiva		Passiva	
Sachanlagen	30.000	Kapitalkonto A	-
Bank	5.000	Kapitalkonto B	15.000
Forderungen	15.000	Kapitalkonto C	15.000
		Verbindlichkeiten	20.000
Bilanzsumme	50.000	Bilanzsumme	50.000

Prof. Dr. Joachim Hennrichs

23

Universität zu Köln



23

Gewinnunabhängige Auszahlungen an Kommanditisten

Denkbare bilanzielle Auswirkungen (2):

Aktiva		Passiva	
Sachanlagen	30.000	Kapitalkonto A	-5.000
Bank	5.000	Kapitalkonto B	10.000
		Kapitalkonto C	10.000
		Verbindlichkeiten	20.000
Bilanzsumme	35.000	Bilanzsumme	35.000

Prof. Dr. Joachim Hennrichs

24

Universität zu Köln



24

Problemstellung

- Über die **Soll-Buchung** entscheidet das **Gesellschaftsrecht**:
 - Was ist der **materielle Gehalt des zu verbuchenden Geschäftsvorfalles**?
 - **Was wurde vereinbart**?
 - Besteht eine **aktivierungspflichtige Rückzahlungsforderung**?



BGH v. 12.3.2013, II ZR 73/11

- „1. ... ist der Kommanditist **nur dann zur Rückzahlung** an die Gesellschaft verpflichtet, **wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht**.
- 2. Allein der Bestimmung im Gesellschaftsvertrag einer Publikumpersonengesellschaft, dass eine solche *Ausschüttung 'auf Darlehenskonto gebucht wird'* [...], lässt sich nicht **mit der aus der Sicht eines beitretenden Gesellschafters erforderlichen Klarheit entnehmen, dass die Ausschüttung unter dem Vorbehalt der Rückforderung steht.**“



BGH v. 12.3.2016, II ZR 348/14

- „Die Bestimmung im Gesellschaftsvertrag einer Publikumspersonengesellschaft, dass **Ausschüttungen** von Liquiditätsüberschüssen den Kommanditisten **als unverzinsliche Darlehen gewährt werden**, sofern die Ausschüttungen nicht durch Guthaben auf den Gesellschafterkonten gedeckt sind, **genügt den Anforderungen an eine klare und unmissverständliche Regelung der Rückzahlungspflicht der Kommanditisten nicht**, wenn unklar ist, ob und wie nach einem Beschluss der Gesellschafterversammlung, Liquiditätsüberschüsse auszuschütten, entstandene Entnahmeansprüche der Kommanditisten auf den Gesellschafterkonten gebucht werden müssen.“

Universität zu Köln



27

Tragende Gründe

- **Publikums-KG!** → **Objektive Auslegung der Gesellschaftsverträge** entsprechend den für **AGB** geltenden Grundsätzen zu **Unklarheiten**.
- **Detaillierte Regelungen zu den Darlehensabreden fehlten**. BGH: Ein verständiger Publikumspersonengesellschafter würde Regelungen erwarten.
- **Anlegerschutz**.

Universität zu Köln



28

Kritische Würdigung

- Verbuchung auf „Darlehenskonto“ auch für Anleger an sich hinreichend klar.
- Würdigung als Darlehen auch nicht unangemessen, da Anleger-Gesellschafter ausreichend geschützt sind (arg. § 488 III BGB, gesellschaftsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz und Treupflicht).
- *von Falkenhausen*, EWiR 2016, 227; *C. Schäfer*, NZG 2016, 543; *Pöschke/Steenbreker*, NZG 2016, 841; *Pöschke*, NZG 2018, 454.



BGH v. 10.10.2017, II ZR 353/15 (1)

- **Sachverhalt:** *Regelung im GV vergleichbar zu BGH v. 12.3.2013, II ZR 73/11, d.h. Ausschüttung wurde „auf Darlehenskonto“ gebucht.*
- *Kommanditist zahlte auf Aufforderung der Gesellschaft das „Darlehen“ zurück.*
- *In der folgenden Insolvenz meldete er dann allerdings einen Anspruch auf Rückgewähr des zurückgezahlten Betrags als Insolvenzforderung an, da er ihn rechtsgrundlos an die Gesellschaft geleistet habe, weil der vermeintliche Darlehensrückzahlungsanspruch der Gesellschaft mangels ausreichend klarer Regelungen im GV nicht bestanden habe!*



BGH v. 10.10.2017, II ZR 353/15 (2)

- **Auslegung des GV:** Zwar war **Liquiditätsauszahlung kein Darlehen**.
- Aber: Auszahlung **dann Rückzahlung der Einlage** (unter dem Vorbehalt der Wiedereinforderung).
- Folglich: Erneute Zahlung des Kommanditisten (hier: vermeintliche Darlehensrückzahlung) = **Wiedereinzahlung der Einlage!** → Keine Insolvenzforderung!
- → „Ausreichend [hierfür] ist [...] eine **mindestens konkludente Übereinstimmung zwischen der Gesellschaft und dem Kommanditisten, der Gesellschaft Eigenkapital zuzuführen ...**“. Dazu krit. etwa *Zeising*, DZWIR 2018, 117, 119 f.



Zusammenhang zwischen Bilanzrecht und Gesellschaftsrecht

- Besteht ein **unbedingter und werthaltiger Rückzahlungsanspruch** der Gesellschaft → Aktivierung („Per Forderung an Bank“) → Kapitalkonto ändert sich nicht → (insoweit) kein § 172 Abs. 4 HGB.
- Falls **kein oder nur bedingter Rückzahlungsanspruch** besteht →
 - Auszahlung dann zulasten des Kapitalkontos („Per Kapitalkonto an Bank“) → ggf. **Wiederaufleben der Haftung** gem. § 172 Abs. 4 HGB.
 - Bei späterem Bedingungseintritt oder Zahlung seitens des Kommanditisten: Aktivierung und insoweit Wiederauffüllen des Kapitalkontos (soweit vollwertig) → Haftung erlischt wieder. (zum Ganzen *Pöschke*, NZG 2018, 454, 455.)



Kontakt



- Prof. Dr. *Joachim Hennrichs*
Institut für Gesellschaftsrecht / Lehrstuhl
für Bürgerliches Recht, Bilanz- und
Steuerrecht
Universität zu Köln
Albertus-Magnus-Platz
50923 Köln
- Tel.: 0221-470 2700
- Email: joachim.hennrichs@uni-koeln.de
- Web: www.bilanzrecht.uni-koeln.de

Prof. Dr. Joachim Hennrichs

33

Universität zu Köln



**Konzernkoordinationsvertrag (*Relationship Agreement*):
Vertragliche Ausgestaltung des faktischen Konzerns**

(Seibt)

Konzernkoordinationsverträge (Relationship Agreement) Vertragliche Ausgestaltung des faktischen Konzerns

11. Österbergseminar, Tübingen
18. Oktober 2019

Prof. Dr. Christoph H. Seibt, LL.M (Yale)



Freshfields Bruckhaus Deringer

DAC33648971

1

A. Ausgangslage und Herausforderungen



Freshfields Bruckhaus Deringer

2

A. Ausgangslage und Herausforderungen

Ausgangslage: AG als Konzerngesellschaft

	<ul style="list-style-type: none"> Mehrheitsaktionär (>50%) bei börsennotierter AG 	<p>Praxisfälle: Busch/Pfeiffer Vacuum; Porsche Holding/VW</p>
	<ul style="list-style-type: none"> Sonderfall: Equity Carve Out mit Teil-IPO des Tochterunternehmens 	<p>Praxisfälle: Siemens/Osram; Siemens/Siemens Healthineers; Deutsche Bank/DWS; RWE/innogy; VW/Traton</p>
	<ul style="list-style-type: none"> Börsennotierte Konzernholding mit verselbstständigten Geschäftssparten (Teilkonzernspitzen in AG-Rechtsform) 	<p>Praxisfälle: Continental-Konzern</p>

A. Ausgangslage und Herausforderungen

Herausforderungen

#1 Pflicht der Obergesellschaft zum konzernweiten Risikomanagement und zur konzernweiten Compliance (Legalitätskontrollpflicht)

- Rechtsprechung (insbesondere LG München I – Siemens/Neubürger; LG Stuttgart – Porsche/VW; siehe S. 5)
- Ziffern 4.1.3 und 4.1.4 DCGK; Grundsätze 4 und 5 sowie Empfehlung A.2 Satz 1 DCGK 2019; Literatur
- Unionsrecht-Konzept der „wirtschaftlichen Einheit“
 - Kartellrecht
 - Datenschutzrecht
- Entwicklung zum Verbandsstrafrecht

#2 Pflicht der Obergesellschaft zur (erweiterten) Konzernrechnungslegung, zu konzernweiten Berichten und zu konzernweiten (Steuer-)Erklärungen

#3a Beiderseitiges Interesse an Synergienutzung (z.B. R&D, Einkauf, Vertrieb, IT) und Benchmark-Optimierung

#3b Beiderseitiges Interesse an Nutzung des kartellrechtlichen Konzernprivilegs

#3c (Beiderseitiges) Interesse an „Brand-Alignment“

- Corporate Reputation
- Corporate Social Responsibility

#4 Interesse der Obergesellschaft an Wertsicherung und Investitionskontrolle (über Aktionärsrechte hinaus)

#5 Interesse an Unabhängigkeit, Agilität und (Kapital-) Marktnähe (sowie Kapitalmarktakzeptanz) der Tochter-AG

- VUCA-Umfeld
- Derzeitig: Hohe Konglomeratsabschläge am Kapitalmarkt

A. Ausgangslage und Herausforderungen

Rechtsprechung zur konzernweiten Compliance (Legalitätskontrollpflicht)

LG Stuttgart, Urteil vom 24.10.2018 – 22 O 101/16 (Porsche/VW) Rn. 413-415

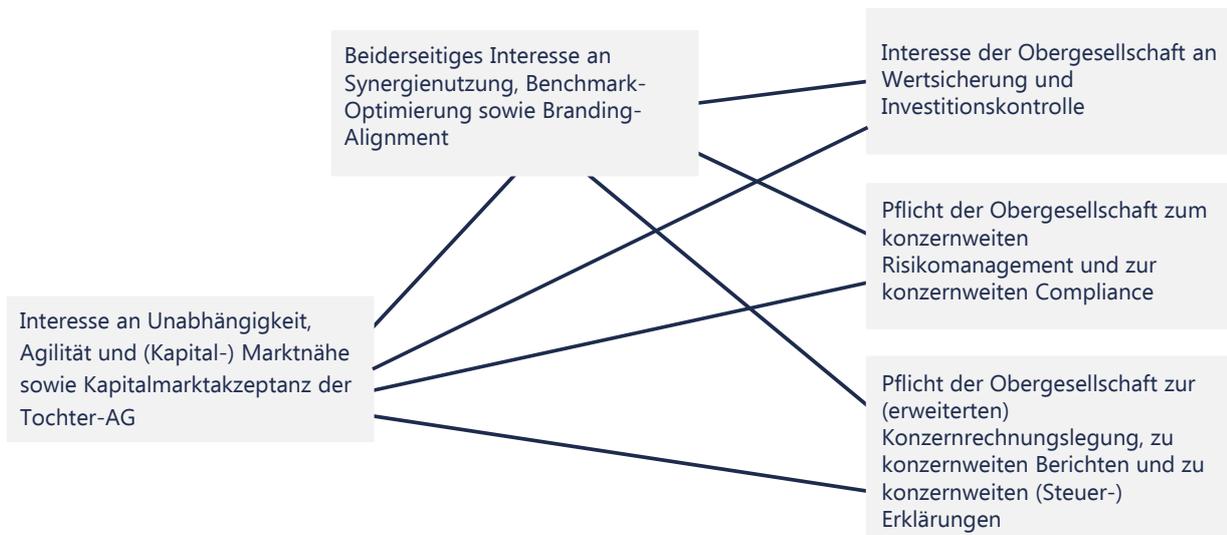
[413] Im Rahmen eines Konzernverhältnisses trifft den Vorstandsvorsitzenden einer Konzernobergesellschaft zwar keine umfassende Konzernleitungspflicht nach dem Standard des § 76 Abs. 1 AktG gegenüber der Konzernuntergesellschaft. Gleichwohl ist die Leitungsaufgabe eines Vorstands der Konzernobergesellschaft als konzerndimensional zu charakterisieren (Habersack AG 2014, 1 [3]). Gemäß Ziff. 4.1.3 DCGK hat der Vorstand für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmung und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken.

[414] Eine konzernweite Legalitätskontrolle in Erfüllung einer der Obergesellschaft aufgegebenen Rechtspflicht findet sich explizit im Aufsichtsrecht, insbesondere in § 25a KWG, demzufolge die Obergesellschaft eines Bankkonzerns konzernweit für eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation und damit auch für die Einhaltung der Gesetze zu sorgen hat. Die Kammer hat in ihrem Vorlagebeschluss vom 28. Februar 2017 (Az. 22 AR 1/17 Kap Rdn. 195) der Beklagten einen unionsrechtlichen Informationsanspruch gegen die Volkswagen AG zugebilligt, um eine genuine emittentenbezogene Pflicht zur Ad-hoc-Publizität aufgrund von in der Sphäre des Beteiligungsunternehmens auftretenden Insiderinformationen erfüllen zu können. Diese grundsätzlich bedeutende, bisher ungeklärte Rechtsfrage war letztlich nicht entscheidungserheblich.

[415] Ungeachtet aller Streitfragen um die Reichweite der Konzernleitungspflicht und in Anerkennung des Trennungsprinzips zwischen der Konzernober- und Untergesellschaft **wird gleichwohl eine konzernweite Pflicht zur Legalitätskontrolle dann ausgelöst, wenn sich die Compliance-Risiken der abhängigen Gesellschaft insgesamt nachteilig auf die herrschende Gesellschaft auswirken und damit auf diese durchschlagen können** (Seibt in: Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl. § 76 Rdn. 28; Verse ZHR 175 (2011), 401 [413]). Grundsätzlich berührt ein Produktthema bei der Volkswagen AG nicht die Finanz- und Ertragslage der Beklagten. Anders verhält es sich jedoch bei Vorliegen von bestandsgefährdenden Risiken, wie sie sich bereits ab dem 23. Mai 2014 auf der Ebene der Volkswagen AG für W. klar abzeichneten. Aufgrund des der Motorsteuerungssoftware von Dieselaggregaten inhärenten Problems, NOx-Emissionen im realen Fahrbetrieb nicht innerhalb der zulässigen Grenzwerte zu gewährleisten, war nicht nur der US-Markt, sondern alle von der Volkswagen AG belieferten Absatzmärkte betroffen.

A. Ausgangslage und Herausforderungen

Herausforderungen – „Magisches Konfliktfünfeck“



B. Lösung: Relationship Agreement

B. Lösung: Relationship Agreement

Definition

- Relationship Agreements (oder Konzernkoordinationsverträge) sind
 - schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen einem herrschenden Anteilseigner einerseits und der abhängigen Gesellschaft andererseits,
 - die bestimmte Aspekte ihres faktischen Konzernverhältnisses
 - gleichgeordnet mit gegenseitiger Bindungswirkung regeln,
 - ohne hierbei einen Vertragskonzern (mit strenger Über- und Unterordnung) zu schaffen.

Praxisvorkommen

- Equity Carve Outs
 - RWE/innogy
 - Deutsche Bank/DWS
 - Siemens/Siemens Healthineers
 - VW/Traton
- Übernahmen
 - Busch/Pfeiffer Vacuum

Typische Inhalte

- Teil A: Allgemeine Koordinationsprinzipien
- Teil B: Corporate Governance und Schlüsselfunktionen des Risikomanagements und der Konzern-Compliance
 - Übernahme von Konzernrichtlinien; Verfahren bei Änderung von Konzernrichtlinien
 - Obergesellschaft als Matrixmanager für Schlüsselfunktionen
 - Einheitliches Branding, Policies für Corporate Reputation und CSR
- Teil C: Synergie- und Benchmarking-Bereiche
 - Mitwirkung bei wesentlichen Entscheidungen (z.B. über Gremien mit Comply-or-Explain-Mechanismus und Vorlagepflicht von AR bei Ablehnung der Empfehlungen durch Tochter-AG-Vorstand)
 - Koordination, Kooperation und Anlehnungspflichten bei bestimmten Geschäftsfunktionen (z.B. R&D und Produktentwicklung; Einkauf; Vertrieb; IT; HR)
 - Berichtspflichten und Informationsrechte
 - Kooperationspflichten (z.B. Rating, Behördenkommunikation, Krisenmanagement)
- Teil D: Allgemeine Regelungen
 - Laufzeit; Kündigungsrechte
 - Streitbeilegung

B. Lösung: Relationship Agreement

Formen der Integration/Einflussnahme zwischen Unternehmen

Eingliederung	100%
Beherrschungsvertrag / Vertragskonzern	> 75%
Konzernkoordinationsvertrag („wirtschaftliche Einheit“; „kartellrechtliches Konzernprivileg“)	> 50%
Faktischer Konzern (Gesetzesstatut)	> 30%
Strategisches Investment („wirtschaftlich relevanter Einfluss“)	> 15/20%

B. Lösung: Relationship Agreement

Konfliktlinien zum Aktienrecht

Ausgangspunkt

- Zulässigkeit der faktischen Konzernleitung, System des Einzelausgleichs (§§ 311 ff. AktG)

Spannungsverhältnis zur Leitungsautonomie

- § 76 Abs. 1 AktG: „Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten“
- Prinzipien der Leitungspflicht, der Weisungsfreiheit und des Delegationsverbots
- Kein absolutes Verbot („Vertragsfreiheit“); Vertragsabschluss ist Ausübung der Leitungsautonomie, wenn im Unternehmensinteresse gerechtfertigt

Spannungsverhältnis zur Überwachungskompetenz des Aufsichtsrats

- § 111 Abs. 1 AktG: „Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen“
- § 111 Abs. 6 AktG: „Die Aufsichtsratsmitglieder können ihre Aufgaben nicht wahrnehmen lassen“
- Prinzipien der ausschließlichen Überwachungskompetenz, der höchstpersönlichen und weisungsfreien Funktionswahrnehmung

Abgrenzung zum „verdeckten (bzw. atypischen) Beherrschungsvertrag“

- Weisungsrechte (nicht nur bei Einzelfragen)
- Umfassende Zustimmungsvorbehalte, die faktisch initiativen Entscheidungsrechten gleichkommen

B. Lösung: Relationship Agreement

Durchmusterung einzelner Regelungstopics

Weisungsrechte des Vorstands der Obergesellschaft	x
Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Geschäftsleitungsorgane der Obergesellschaft	x/✓
Empfehlungsrechte gegenüber dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft	✓
Empfehlungsrechte gegenüber dem Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft	✓
Gemeinsame Gremien mit Empfehlungsrechten, Vorlagepflicht an AR bei Nichtbefolgung und Comply-or-Explain-Mechanismen	✓
Konzerninteressenbefolgungspflicht bei BJR-Entscheidungen	✓
Übernahme von Konzernrichtlinien	✓
Synergieerzeugung durch Koordinationsverträge (Fremdvergleich)	✓
Berichtspflichten und Informationsrechte	✓

Achtung

- Gesamtblick auf alle Regelungen
- Fiduciary Out (z.B. in Eilfällen)
- Laufzeit und Kündigung

B. Lösung: Relationship Agreement

Konfliktlinien zum Aktienrecht

Zuständigkeit zum Abschluss

- Obergesellschaft
 - Kein Hauptversammlungserfordernis
 - Geschäftsleitung
- Abhängige Gesellschaft (AG)
 - Kein Hauptversammlungserfordernis
 - Vorstand
 - Aufsichtsrat (i.d.R.: Pflicht-Zustimmungsvorbehalt, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG)

Geltung der Related Party Transactions (RPT)-Regelungen (ARUG II)

- RPT-Regime auch auf faktischen Konzern anwendbar (vgl. § 311 Abs. 3 AktG-E)
- Abschluss des Relationship Agreement ist i.d.R. RPT (nicht aber auf seiner Basis vorgenommene Einzelmaßnahmen)

- Zustimmungsvorbehalt und Veröffentlichungspflicht (§§ 111b, 111c AktG-E)
 - ab Schwellenwert von 2,5% der Summe des in der Bilanz ausgewiesenen Anlage- und Umlaufvermögens
 - Schwierigkeit der monetären Betragsfeststellung bei vielfältigen Regelungen des Relationship Agreements
- Ausnahme für Geschäfte im „im ordentlichen Geschäftsgang“ und „zu marktüblichen Bedingungen“
 - Relationship Agreement nach „*Inhalt, Umfang und Häufigkeit*“ bzw. „*aufgrund [seiner] besonderen Bedeutung für die Gesellschaft*“ i.d.R. nicht mehr im ordentlichen Geschäftsgang (vgl. Begr. RegE zu § 111a Abs. 2 AktG-E)
- Ausnahme für Geschäfte mit börsennotierter Tochtergesellschaft mit EU-Sitz (gilt nicht für börsennotierte Tochtergesellschaft selbst!)
- Veröffentlichungspflicht: alle wesentlichen Informationen zur Bewertung der Angemessenheit (Maßstab bisheriger Praxis für Widergabe in Wertpapierprospekten?)

B. Lösung: Relationship Agreement

Konfliktlinien zum Aktienrecht

Pflicht zur Etablierung von Relationship Agreements?

- Pflicht zur Konfliktlösung („ob“)
- Ermessen bei Umsetzung („wie“)
 - Beherrschungsvertrag
 - Rechtsformwechsel
 - Relationship Agreement
 - Personalidentität der Geschäftsleitungen
 - Ad hoc-Regelungen

Anforderungen an Entscheidung

- Business Judgement Rule-Entscheidung
- Angemessene Informationsbasis
- Vor-/Nachteile-Abwägung
- Vertretbarkeit der Entscheidung

Kontaktdaten



Prof. Dr. Christoph H. Seibt, LL.M. (Yale)
Partner | Global Co-Head Listed Companies

T: +49 (40) 369 06 160
M: +49 (172) 541 17 19
E: christoph.seibt@freshfields.com

Christoph H. Seibt ist Partner und berät vor allem börsennotierte Unternehmen in den Bereichen M&A und Kapitalmarkttransaktionen, Krisenmanagement, Restrukturierung und Refinanzierung sowie Corporate Governance. Er ist Honorarprofessor an der Bucerius Law School, Hamburg.

models⁵ erhöht werden, ohne dass allerdings die positiven Verbundeffekte in der Unternehmensgruppe verloren gehen (sog. „Flotterwerb-Konzern“⁶). Als Beispiele solcher *equity carve-out*-Strukturen können die Verabschiedung samt Börsengang der Mediatech-Sparte der Siemens AG (Siemens Healthineers AG) und der Vermögensverwaltung-Sparte der Deutsche Bank AG (DWS Group GmbH & Co. KGaA) im März 2018 angeführt werden; in beiden Fällen wurden *Relationship Agreements* abgeschlossen.⁷ Ferner hat die Volkswagen AG mitgeteilt zu erwägen, die Nutzfahrzeugsparte TRATON an die Börse zu bringen und einen Minderheitsanteil an Drittinvestoren abzugeben,⁸ und Daimler schafft in Bezug auf seine Nutzfahrzeugsparte durch seine neue divisionale Struktur⁹ objektiv die Voraussetzungen hierfür. Auch die Continental AG hat ihre Absicht veröffentlicht, die Antriebssparte „Powertrain“ zu verabschieden, voraussichtlich ab Mitte 2019 an die Börse zu bringen und eine Minderheitsbeteiligung von etwa 25 % zu veräußern.¹⁰

Allerdings ist der Anwendungsbereich von *Relationship Agreements* nicht zwingend auf *equity carve-out*-Strukturen beschränkt, sondern sie können wegen der Umstände (1) und (2) auch zur rechtsichernden Konturierung eines sonstigen faktischen Konzernverhältnisses genutzt werden, um ohne Etablierung eines Vertragskonzepts die Beziehung zwischen herrschendem und abhängigem Unternehmen näher zu regeln¹¹. Mit dem *Relationship Agreement*

view mit J. Herr, Börsen-Zeitung v. 2. 6. 2018, S. B1: „Wenn alles bis zum Siemens-Vorstand geht, sind die Wettbewerber viel schneller“, „geht darum, Flexibilität und Optionen zu schaffen“.

⁵ Zum Corporate Resilience Management Selbst DB 2016, 1978ff.

⁶ Vgl. Joe Kaiser (Vorstandsvorsitzender der Siemens AG), Interview mit S. Bauer/L. Vogel, Büro am Sonntag vom 20. 2. 2017 (abrufbar unter www.finanzen.net). „Kaiser: Dieses Modell der indirekten Führung, bei dem wir als aktiver Aktionär über den Aufsichtsrat Einfluss nehmen, aber dem Management vielmehr operative Freiheiten geben als innerhalb der engen Konzernstruktur, hat viele Vorteile. Es ist nur eine andere Art, seine Geschäfte zu führen: indirekt statt direkt, aber fokussiert, statt alles über einen Kamm zu scheeren.“ – Frage: Warum gehen die Überlegungen dahin? – Kaiser: Die Geschwindigkeit der Veränderungen nimmt rasant zu. Die Zeitspannen, in denen sich Geschäftsmodelle anpassen müssen, werden rasant kürzer. Und da es eine wichtige Frage, welche Führungsstrategie man für solche Zeiten braucht. Wir benötigen mehr dezentrale Verantwortung und Flexibilität. Ohne mehr Freiraum wird es ebenfalls nicht gehen. (...) – Frage: Das klingt erst einmal nach einem Führungsthema – aber müssen Sie dafür nicht auch die Organisationsstruktur grundlegend verändern? – Kaiser: Es ist vor allem auch ein Thema der Unternehmenskultur und mit welchen Werten wir unsere Managementteams ausstatten. Und ja, die Frage der richtigen Organisationsstruktur für den Konzern der Zukunft wird immer wichtiger, wenn wir in die Jahre 2025 und folgend denken, wie groß kann ein einzelnes Unternehmen noch sein, wenn es erfolgreich sein will – und vor allem wie breit? Heute sind wir ein einzelner Thinker, wir müssen zu einem koordinierten und leistungsfähigen Flottenverband werden“, fast wortgleich zum letzten Satz *Hebert Dies* (Vorstandsvorsitzender der Volkswagen AG), Pressekonzert nach Vorstandsbestellung am 13. 4. 2018 (Zusammenfassung abrufbar unter www.manager-magazin.de).

⁷ Wertpapierprospekt der Siemens Healthineers AG v. 5. 3. 2018, S. 259f.; Wertpapierprospekt der DWS Group GmbH & Co. KGaA v. 13. 3. 2018, S. 180ff.

⁸ *Autofax Reiseller* (Vorstandsvorsitzender), Interview mit C. Steevens, Börsen-Zeitung v. 20. 9. 2018, S. 9; vorerst, jedoch nicht weiter verfügl., s. Ad hoc-Mitteilung der Volkswagen AG v. 13. 3. 2019, abrufbar unter <https://dgap.de/dgap/News/adhoc/volkswagen-tration-boersengang/> newsID=1133703.

⁹ Ad hoc-Mitteilung der Daimler AG v. 16. 10. 2017, abrufbar unter <http://dgap.de/dgap/News/adhoc/daimler-daimler-vorstand-beschliesse-erste-schritte-zur-sterkung-der-dwisionalen-struktur/> newsID=1031829.

¹⁰ Ad hoc-Mitteilung der Continental AG v. 18. 7. 2018, abrufbar unter <http://www.dgap.de/dgap/News/adhoc/continental-stellt-sich-fuer-mobilitaet-der-zukunft-neu-auf/> newsID=1085135; *Elmar Digital*, Interview mit S. Ashauer/M. Grop/C. Müllers, FAZ v. 12. 10. 2018, S. 22.

¹¹ Siehe Busch, SF, Pressemitteilung v. 5. 11. 2018, abrufbar unter www.buschvacuum.com/de/de/news/busch-group-pfeifer-vacuum-strategie-cooperation.

CHRISTOPH H. SEIBT

Relationship Agreements: Vertragliche Ausgestaltung des faktischen Konzerns durch Konzernkoordinationsverträge

I. Begriffskonturierung und rechtsstatistischer Hintergrund von Relationship Agreements

Zu Ehren von *Karsten Schmidt* widmet sich dieser Beitrag einem erst seit kurzem in der Unternehmenspraxis auftretenden Vertragstyp: *Relationship Agreements*¹ (oder Konzernkoordinationsverträge) sind schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen einem herrschenden Anteilseigner einerseits und der abhängigen Gesellschaft andererseits, die bestimmte Aspekte ihres faktischen Konzernverhältnisses gleichgeordnet mit gegenseitiger Bindungswirkung regeln, ohne hierbei einen Vertragskonzern zu schaffen. Hintergrund dieser *Relationship Agreements* sind primär drei Umstände: (1) Es gibt einen internationalen Trend, auch in (nur) faktischen Konzernverhältnissen eine Compliance-Verantwortung und Haftung des herrschenden Unternehmens für Konzernunternehmen anzunehmen. Dabei stellt das deutsche Aktienrecht bei abhängigen Unternehmen in der Rechtsform der AG außerhalb des Vertragskonzerns keine rechtlich abgesicherten Instrumentarien zur Verfügung, um diese konzerntweite Compliance-Verantwortung sorgfältig ausüben zu können. (2) Stehen herrschendes und abhängiges Unternehmen (mit anstehenden Aktionären bei der Untergesellschaft) in einem potentiellen Wettbewerbsverhältnis, so weicht jedenfalls bei abhängigen Unternehmen in der Rechtsform der AG eine Beherrschungsunfähigkeit qua einfacher Stimmrechtsmacht in der Hauptversammlung und Vertretung im Aufsichtsrat nicht mit hinreichender Rechtssicherheit aus, um den beteiligten Unternehmen das kantonale Konzernprivileg zugutekommen zu lassen. Hierzu bedarf es vorzuschaltender einer rechtlich ausgestalteten Konzernleitungsanweisung in bestimmten operativen Bereichen, wobei allerdings die Etablierung eines Vertragskonzerns gerade nicht zwingend gefordert ist. (3) Es gibt zudem einen Trend in der Unternehmensorganisation, insbesondere vor dem Hintergrund der derzeitigen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, die durch die vier Kernbegriffe Volatility, Uncertainty, Complexity und Ambiguity („VUCA“) gekennzeichnet sind², bestimmte Geschäftsbereiche zu selbstständigen und mit einem eigenständigen Kapitalzugang versehen (sog. *equity carve-outs*). Damit soll einerseits die Unternehmensbewertung der Gesamtgruppe gesäht und andererseits die Flexibilität und Agilität der Unternehmensführung des selbstständigen Geschäftsbereichs³ sowie die Widerstandsfähigkeit des Geschäfts-

¹ Begriff der *Relationship Agreement* genutzt von Deutsche Bank/DWS, vgl. Wertpapierprospekt der DWS Group GmbH & Co. KGaA v. 13. 3. 2018, S. 180. Äquivalente Vereinbarungen werden teilweise auch „Agreement on Basic Principles“ oder „Master Agreement on Key Principles“ genannt.

² Hierzu ausf. Seibt DB 2016, 1978ff.; Seibt DB 2018, 237ff.

³ Vgl. zum Begriff *Kernbereich* ZBGR 52 (2000), 537 (540f.).

⁴ Vgl. zum Börsengang der Siemens Healthineers AG: *Rechtliche* (Finanzvorstand der Siemens AG), Interview mit M. Füllig, Börsen-Zeitung v. 4. 8. 2018, S. 8; „mehr unternehmerische Freiheit für unsere Geschäfte“, v. Qualität per se, sich Möglichkeiten aufzume zu erschließen“, *Mittelstand* (Vorstand der Siemens AG und Aufsichtsratsvorsitzender der Siemens Healthineers AG), Inter-

Konzerngesellschaften, sodass hieraus eine konzernweite Compliance-Verantwortung folgt.¹⁷ Zum anderen wird in mehreren durch das Unionsrecht geprägten Rechtsgebieten die gesellschaftsrechtliche Trennung von Konzerngesellschaften ignoriert. So wird der Normadressat „Unternehmen“ im europäischen Kartellrecht in ständiger litGH-Rechtsprechung als „wirtschaftliche Einheit“¹⁸ verstanden.¹⁹ Bei fehlendem autonomen Marktverhalten kann eine Gesellschaft mit ihrer Mehrheitsgesellschafterin eine solche bilden;²⁰ dies wird ab einer gewissen Kapitalbeteiligung (ab 50%)²⁰ sogar vermutet.²¹ In einem solchen Fall kann die Kommission Geldbußen an die Konzernmuttergesellschaft richten, ohne dass deren persönliche Beteiligung an der Zuwiderhandlung nachzuweisen ist.²² Es spricht vieles dafür anzunehmen, dass die Auslegung des Unternehmensbegriffs in der EU-Datenschutzgrundverordnung (Art. 83 DSGVO) parallel zum Kartellrecht verläuft.²³ In Anbetracht der Haftungsrisiken für das herrschende Unternehmen, die sich in beiden Rechtsgebieten vor allem aus der Orientierung der Geldbußen am konzernweiten Jahresumsatz ergeben,²⁴ verdient sich die allgemeine Pflicht zur konzernweiten Compliance-Organisation²⁵ jedenfalls hinsichtlich dieser Rechtsgebiete auf eine intensiviertere, tatsächlich auch effektiv ausgetübte Kontrolle beim abhängigen Börsenunternehmen.

2. Erzielung von Synergieeffekten im Konzern

Zudem wird es im Verhältnis zwischen herrschendem und abhängigem Unternehmen betriebswirtschaftliches Ziel sein, positive Skalen- und Verbundeffekte (insbesondere in den Bereichen Forschung und Entwicklung, Produkt- und Serviceausgestaltung, IT-System, Einkauf und Vertrieb) zu nutzen. Regelmäßig wird die abhängige Gesellschaft auch von der Reputation des Gesamtkonzerns profitieren wollen; insbesondere der Kundenstamm, die Firma²⁶ und der Markenauftritt sowie weitere immaterielle (Vermögens-)Positionen eines etablierten (ggf. börsennotierten) Unternehmens können für ihre Geschäftstätigkeit von Mehrwert sein.²⁷ Inwieweit zudem Funktionen im Konzern zusammengelegt werden oder (nur) eine verstärkte, den Austausch wettbewerblich sensibler Daten einschließende operative Kooperation vereinbart wird, hängt von den individuellen Gegebenheiten ab. In jedem Fall gilt der Fremdvergleichsgrundsatz, bezogen auf die Gesamtregelungen.

Ein hohes Synergiepotenzial ergibt sich regelmäßig, wenn sich beide Gesellschaften in einem (potenziellen) Wettbewerbsverhältnis befinden. Dann ist es allerdings erstrebenswert, Informationsaustausch und Kooperation im Rahmen des kartellrechtlichen Konzernprivats zu erwägen.

¹⁷ Selb in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, AktG § 76 Rn. 28; *Fließler* CCZ 2008, 1 (5); *Neue ZHR* 175 (2011), 401 (443); *Koch* in Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 76 Rn. 21 ff.
¹⁸ S. 111 ff. in: *BGH* Slg. 1991, I-1979 Rn. 21; *BGH* Slg. 1995, I-4013 Rn. 14.
¹⁹ *BGH* Slg. 2011, I-1 Rn. 37; *BGH* Slg. 2009, I-8237 Rn. 58; *Geme/Nyberg* in *Loewen-Heinr/Wessend/Näckenkampff/Kessing/Meyus-Lindemann*, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 165.

²⁰ So auch *Fließler* AG 1997, 491 (499).
²¹ *BGH* Slg. 2000, I-9925 Rn. 29; *BGH* Slg. 2009, I-8237 Rn. 60; *Gießler* NZKart 2018, 390 (397).
²² *BGH* NZKart 2016, 325 Rn. 27; hierzu auch *Gießler* NZKart 2018, 390 (397); *Kostling* ZHR 182 (2018), 8 (14ff.).

²³ Vgl. Erwägungsgrund (150) VO (EU) 2016/679; so auch *Uebels* EuZW 2018, 440 (446).
²⁴ Vgl. Art. 23 Abs. 1, 2, 4 VO (EG) 1/2003; Art. 83 Abs. 4, 5, 6 DSGVO.

²⁵ *Selb* DB 2018, 237 (246); *Neue ZHR* 175 (2011), 401, 407ff.; *Lutter* FS Goette 2011, 289 (292ff.); *Fließler* CCZ 2008, 1 (4f); *Koch* in Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 76 Rn. 21 ff.

²⁶ So führt z. B. Siemens Healthineers die Firma der Konzernmutter in ihrer Firmenbeschreibung fort. Umgekehrt kann das Fehlen des Konzernnamens in der Tochterfirma gerade ein Signal der Unabhängigkeit senden, so in Bezug auf die VW-Nutzfahrzeugholding TRATON *Andreas Reuschle* (Vorstandsmitglied), Interview mit C. Stevens, Börsen-Zeitung v. 20.9.2018, S. 9.
²⁷ Vgl. Wertpapierprospekt der DWS Group GmbH & Co. KGaA v. 13.3.2018, S. 180.

sof dann einerseits die Einhaltung einer konzernweiten Compliance Verantwortung des herrschenden Unternehmens sowie die Erlangung des kartellrechtlichen Konzernprivilegs erreicht, andererseits aber auch die kapitalmarkttechnische Selbstständigkeit und auch die Eigenverantwortlichkeit, Flexibilität und Agilität der Unternehmensführung des abhängigen Unternehmens beibehalten werden; die Leistungsbeziehungen zwischen den Parteien entsprechen dem Fremdvergleichsgrundsatz (*arm's length principle*), *Relationship Agreements* weisen insoweit eine strukturelle Ähnlichkeit mit Investorenvereinbarungen (*Investment Agreements*)¹² und Zusammenschlussvereinbarungen (*Business Combination Agreements*)¹³ auf, dass sie alle mit im wohlverstandenen Unternehmensinteresse (!) die Leistungsautonomie des Vorstands des Zielunternehmens (§ 76 Abs. 1 AktG) durch schuldrechtlichen Vertrag beschränken.¹⁴ Das *Relationship Agreement* befasst sich spezifisch mit der punktuellen Ausgestaltung eines faktischen Konzernverhältnisses in wirtschaftlich operativer Hinsicht und ist tendenziell weniger transaktionsprozessbezogen ausgerichtet als ein *Investment Agreement* oder *Business Combination Agreement*.

Ziel dieses Beitrags ist es, diesen neu entwickelten Vertragstyp in die wissenschaftliche Diskussion einzuführen und einer ersten aktien- und konzernrechtlichen Analyse zu unterziehen.¹⁵ Hierzu sollen dessen Determinanten untersucht (→ II.) und erläutert werden, wieso es zur Zielerreichung gerade eines schuldrechtlichen Koordinationsvertrags (und keines Beherrschungsvertrags) bedarf (→ III.). Anschließend werden typische Inhalte von *Relationship Agreements* dargestellt (→ IV.), um hiernach bestimmte rechtliche Grenzen typischer Klauselausgestaltung zu beleuchten (→ V.).

II. Determinanten von Relationship Agreements

Die verschiedenen Regelungsfelder und Ausgestaltungsvarianten für *Relationship Agreements* ergeben sich aus den folgenden prägenden Faktoren bei der Ausgestaltung eines faktischen Konzernverhältnisses:

1. Pflicht zur konzernweiten Compliance-Organisation

Elementarer Bestandteil eines *Relationship Agreement* ist die Implementierung eines konzernweiten Compliance Systems, das auch abhängige Unternehmen in der Rechtsform der AG erfasst. Für die Gewährleistung der Compliance im faktischen Konzern sind zwei verschiedene Aspekte zu beachten: Zum einen ergibt sich aus der Leitungsverantwortung des Vorstands, dass er über seine eigene Legalitätspflicht hinaus dazu verpflichtet ist, sicherzustellen, dass der rechtliche Handlungsrahmen auf allen Unternehmensebenen eingehalten wird (sog. Legalitätskontrollpflicht).¹⁶ Dies bezieht sich im Innenverhältnis auch auf

¹² S. die Musterentwürfe in Selb, Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, 3. Aufl. 2018, E. II.1. (S. 926ff.); zudem auf: zu Investorenvereinbarungen Selb/Winnig/Dee Konzern 2009, 195ff.; *Stöhrer*, Sicherung der Interessen der Zielgesellschaft mittels einer Investorenvereinbarung, 2013.

¹³ S. den Musterentwurf in Selb, Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, 3. Aufl. 2018, R. II.2. (S. 180ff.); auf: zu Zusammenschlussvereinbarungen *Arens*, Vertragliche Einflüsse auf die Geschäftsführung des Vorstands durch ein Business Combination Agreement, 2014.

¹⁴ Zur Abgrenzung von Investorenvereinbarungen und Zusammenschlussvereinbarungen vgl. Selb in *Kämmerer/Weh*, Übernahme- und Kapitalmarktrecht in der Reformdiskussion, 2013, S. 105ff.

¹⁵ Siehe bereits knapp Selb, Börsen-Zeitung v. 10.11.2018, S. 9.

¹⁶ LG München I NZG 2014, 345 – *Siemens/Neubürger*; Selb in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, AktG § 76 Rn. 10; *Grigebit/Tomasic* in *Grigoletti*, 1. Aufl. 2013, AktG § 93 Rn. 23; *Arnold* ZGR 2014, 76 (79); *Neue ZHR* 175 (2011), 401 (402).

der Muttergesellschaft,³⁹ gemeinsames Auftreten im Außenverhältnis.⁴⁰ Ausgehend von einer Mehrheitsbeteiligung der Konzernmutter an und einer Vertretung im Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft kann mithin durch ein hinzuzusetzendes *Relationship Agreement*, welches die gemeinsame Koordination in operativen wie strategischen Fragen und die Zusammenlegung gewisser Funktionen vorsieht, das kartellrechtliche Konzernprivileg erreicht werden.

3. *Agile und dezentrale Konzernstruktur*

Des Weiteren soll das *Relationship Agreement* die einheitliche Leitung im faktischen Konzern im Sinne einer auf die VUCA-Rahmenbedingungen abgestellten agilen und dezentralen Struktur regeln und gleichzeitig Rückhalt für Form und Intensität der künftigen Einflussnahme des herrschenden auf das abhängige Unternehmen schaffen. Diese Ausgestaltung bewegt sich hierbei in einem Zielkonflikt zwischen Einflussmaximierung und -minimierung:

Für eine Einflussmaximierung spricht zunächst die Risikominimierung aus Compliance-Verletzungen des abhängigen Unternehmens sowie das Ziel einer möglichst umfassenden Synergiezielsetzung (ggf. unter Nutzung des kartellrechtlichen Konzernprivilegs). Darüber hinaus folgt aus der regelmäßig wesentlichen finanziellen Beteiligung⁴¹ des herrschenden Unternehmens eine bedeutende Korrelation zwischen dem geschäftlichen Erfolg des abhängigen Unternehmens mit demjenigen seines Mehrheitsgesellschafters. Deswegen wird für das herrschende Unternehmen das Bedürfnis bestehen, ein gewisses Maß an Kontrolle zu erhalten bzw. behalten, um verminderten Fehleentwicklungen auch außerhalb von Hauptversammlungen entgegenzutreten zu können. Für die Existenz eines solchen Interesses spricht zusätzlich der Befund, dass im Zuge der jüngsten *equity carve-outs* in einem ersten Schritt maximal 25% der Anteile abgegeben wurden, sodass Strukturmaßnahmen in der Hauptversammlung (aber potentiell auch Gesamtverkäufe an Dritte⁴²) immer noch ohne Fremdabstimmung umgesetzt werden können.

Gegen eine Einflussmaximierung streitet hingegen, dass unter den derzeitigen VUCA-Rahmenbedingungen häufig gerade keine strikte Konzernleitung qua Wesungserteilung wie in einem Verlagskonzern, sondern eine losere Koordinationsstruktur geschaffen werden soll⁴³. Insbesondere der *equity carve-out* ist eine Entflechtungsmaßnahme zwecks Unternehmensversteigerung der (börsennotierten) Konzernmutter durch eine Reduzierung des Konglomeratschlags.⁴⁴ Dieser Bewertungsbeschlag liegt dann vor, wenn die einzelnen Konzerngeschäftsbereiche zusammen mehr wert als die Gesamtkonzern sind, d. h. die Summe der Bewertung der Einzelteile (*sum of the parts*) die Marktkapitalisierung der Konzernmutter übersteigt. Durch die Börseneinführung soll die Tochtergesellschaft als eigenständiges

³⁹ KOM, COMP/39.396, Rn. 236, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39396/39396_2009_5.pdf.

⁴⁰ Vgl. EuGH Slg. 2000, I-9225 Rn. 29.

⁴¹ Z. B. beträgt die Marktkapitalisierung der Siemens Healthineers AG knapp 40 Mrd. EUR, sodass die Beteiligung der Siemens AG mehr als 30 Mrd. Euro wert ist (Stand: September 2018).

⁴² Instrukтив hierzu *Aimera/Fallon/Coedhart*, Do carve-outs make sense?, McKinsey Strategy & Corporate Finance, Sept. 2001 (empirische Studie von 200 *carve-out* Transaktionen 1990–2000). Nach 5 Jahren sind 39% an Dritte verkauft, bei 31% ist Beteiligung unter 25% reduziert, abrufbar unter <https://www.mckinsey.com/business-functions/strategy-and-corporate-finance/care-outs/gbs/do-carve-outs-make-sense>.

⁴³ Hierzu Seifl DB 2018, 237 (245) (These 19); Seifl, Audit Committee Quarterly III/2018, S. 57 (60).

⁴⁴ Vgl. *Bayer/Opik*, Journal of Financial Economics 37 (1995), 39ff.; zu den Vorteilen einer Holdingsstruktur mit börsennotierten Tochtergesellschaften *Aminin von Falckenhoy* (Deutschland-Chef der Bank of America ML), Interview mit K. Böhmert, Börsen-Zeitung v. 5.6.2018, S. 3.

legg durchführen zu können. Maßgeblich hierfür ist – neben einer fusionskontrollrechtlichen Freigabe der Kontrolleanzugung – wiederum, dass die Konzernmutter und das abhängige Unternehmen eine „wirtschaftliche Einheit“ bilden.“²⁸ Ob hierfür – indes das gleiche Maß an fehlender Autonomie des abhängigen Unternehmens wie bei der Konzernaufteilung erforderlich ist, d. h. ob die Auslegung der Rechtsfigur der „wirtschaftlichen Einheit“ im Rahmen von Konzernaufteilung und Konzernprivileg anderssets exakt kongruent ist, ist bislang noch nicht zweifelsfrei geklärt.²⁹ Verbreitet werden in der Praxis wegen der Sanktionsintensität scheinbar für das Konzernprivileg höhere Anforderungen angenommen, womit auch der hier anders gelagerten Beweislast Rechnung getragen wird. Nach ständiger Rechtsprechung setzt die wirtschaftliche Einheit jedenfalls voraus, dass die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom, sondern in Abstimmung mit dem herrschenden Unternehmen bestimmt,³⁰ die tatsächliche Ausübung bestimmenden Einflusses durch die Konzernmutter ist nach zutreffender Ansicht erforderlich.³¹ Während jedenfalls die *Möglichkeit* hierzu in einem faktischen Konzernverhältnis schon im Hinblick auf § 17 AktG gegeben ist, muss die *tatsächliche Ausübung* stets in einer Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung sämtlicher wirtschaftlicher, organisatorischer und rechtlicher Verbindungen zwischen beiden Gesellschaften geprüft werden.³² Einzelne Aspekte sind hierbei Indizien, die aber einzeln weder hinreichend noch notwendig sind, sondern nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zur Bestätigung einer tatsächlichen, bestimmenden Einflussnahme führen können. Relevante Gesichtspunkte sind neben der Höhe der Kapitalbeteiligung Wesungsrechte und Zustimmungsvorbehalte;³³ die tatsächliche Ausübung von Personalkompetenzen (insbesondere auch personelle Verdecklungen);³⁴ die Konsolidierung von Umsätzen der Tochter- bei der Muttergesellschaft;³⁵ der Einfluss der Muttergesellschaft auf die Preispolitik und die Herstellungs- und Vertriebsaktivitäten;³⁶ umfassende und regelmäßige Berichterstattung an die Muttergesellschaft;³⁷ Verpflichtungen beim Einsatz von Arbeitnehmern;³⁸ Festsetzung der wirtschaftlichen Strategie durch die Geschäftsführung

²⁸ S. nur EuGH Slg. 1988, 2479 Rn. 19; EuGH Slg. 1996, I-5457 Rn. 15ff.; *Pachke* in MStKölnWehrB, 2. Aufl. 2015, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 21, 23.

²⁹ Zweifel an der Kongruenz ergeben sich aus der jüngeren Rechtsprechungspraxis zu Gemeinschaftsunternehmen, vgl. EuGH BeckRS 2013, 82069 Rn. 52f, 58; EuGH NZKart 2013, 504 Rn. 41, s. hierzu *Giese/Nyberg* in Loewenheim/Messen/Riesenkampf/Kesting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 183ff., 193.

³⁰ EuGH Slg. 2011, I-1 Rn. 37; EuGH Slg. 2009, I-9237 Rn. 58; *Giese/Nyberg* in Loewenheim/Messen/Riesenkampf/Kesting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 165; *Hünemlich* in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 51.

³¹ *Giese/Nyberg* in Loewenheim/Messen/Riesenkampf/Kesting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 165; *Pachke* in MStKölnWehrB, 2. Aufl. 2015, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 22.

³² *Giese/Nyberg* in Loewenheim/Messen/Riesenkampf/Kesting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 166; s. auch EuGH Slg. 2010, I-6371 Rn. 100, 39; EuGH Slg. 2006, II-3085, Rn. 136; KOM, COMP/39.396/39396_2009_5.pdf, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39396/39396_2009_5.pdf.

³³ KOM, COMP/F/38.443, Rn. 260, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38443/38443_319_1.pdf; KOM, COMP/F/38.899, Rn. 400, 454, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38899/38899_1536_4.pdf.

³⁴ EuGH Slg. 2008, II-338 Rn. 66.

³⁵ EuGH Slg. 1972, 619 Rn. 137; EuGH Slg. 1974, 223 Rn. 39ff.; EuGH Slg. 2007, II-3085 Rn. 136.

³⁶ KOM, COMP/39.396 (Fn. 33), Rn. 229, 264; KOM, COMP/F/38.443, Rn. 260, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38443/38443_319_1.pdf.

³⁷ KOM, IV/330.907, Rn. 3, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=Celex:31985D007&from=DE>.

III. Unzulänglichkeit sonstiger Rechtsinstrumente

Die Vorschriften der §§ 311 ff. AktG erkennen zwar die Möglichkeit der faktischen Konzernherrschaft an, gewähren aber dem herrschenden Unternehmen *per se* keine spezifischen Aktionärsrechte gegenüber der abhängigen Gesellschaft. Insbesondere folgt aus dem Abhängigkeitsverhältnis gemäß § 17 AktG kein Informationsrecht⁵⁰, sondern erlaubt dem Vorstand des abhängigen Unternehmens nur eine privilegierte Informationsversorgung der Konzernmutter⁵¹. Die rechtssichere Einrichtung zumindest eines Informationsystems, das gleichzeitig Bestandteil und Voraussetzung für eine Konzernweite Compliance-Organisation ist, erfordert folglich aus Sicht der Konzernmutter eine rechtesichernde Vereinbarung. Das Gleiche gilt für solche Konsultations- und Einflussrechte, die vor allem zur Erzielung konzernweiter Verbundvorteile bei Bestehen des kartellrechtlichen Konzernprivilegs notwendig sind. Der Abschluss eines Beherrschungsvertrags (§ 291 AktG) würde, jedoch den Zielen eines *equity carve-out*, der Geschäftsparität einen eigenen Zugang zum Kapitalmarkt zu gewähren sowie den Komplementärsbeitrag durch eine agile und dezentrale Konzernstruktur zu verringern, widersprechen. Es ist augenscheinlich, dass in diesen Fällen, und vor dem Hintergrund bestehender und im Entstehen begriffener konzernweiter Verantwortlichkeiten der Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens für sämtliche abhängigen Unternehmen gleich welcher Rechtsform sowie unter den derzeitigen VUCA-Rahmenbedingungen, die bloße Ausübung von Aktionärsrechten in der Hauptversammlung zur Kontrollausübung unzureichend und andererseits die Schaffung eines Vertragskonzerns qua Beherrschungsvertrag nicht zielfähig ist. Ein die beidseitigen Interessen fördernder, Mittelweg ist die schuldrechtliche Vereinbarung zur Geschäftskoordination von abhängigen und herrschenden Unternehmen unter dem Leitgedanken eines gemeinsamen (Konzern-)Interesses, das der Vorstand des abhängigen Unternehmens im Rahmen seiner autonomen Leitungspflicht (§ 76 Abs. 1 AktG) zu berücksichtigen hat. Aus diesen Perspektive kann zwischen direkten (z. B. eigene Kostenreduktion durch Skaleneffekte beim Einkauf) und indirekten Vorteilen – auch bei der Formulierung der jeweiligen Vertragsklausel – unterschieden werden, wobei letztere typischerweise dem herrschenden Unternehmen zufließen, dessen Wohlfelgenen als besonders wichtiger *stakeholder* wiederum ins Unternehmensinteresse einfließt.

IV. Typische Inhalte von Relationship Agreements

Nach Erfahrungen aus der Beratungspraxis sind typische Regelungsinhalte von *Relationship Agreements* (i) die Übernahme von Konzernrichtlinien, (ii) die Bestimmung der Konzernmutter als *Matrixmanager* für bestimmte Schlüsselfunktionen, (iii) die Festlegung von Mitwirkungsrechten der Konzernmutter bei wesentlichen Entscheidungen und die Pflicht zur Berücksichtigung von Konzerninteressen im Rahmen der Geschäftsführungsgeschäften des abhängigen Unternehmens, (iv) Berichtspflichten gegenüber und Informationsrechte des herrschenden Unternehmens sowie (v) bestimmte weitere Kooperationspflichten.

⁵⁰ *Allmeyer* in MülKoAktG, 4. Aufl. 2015, § 311 Rn. 424; *Merrens/Cohn* in KölnKommAktG, 3. Aufl. 2009, § 90 Rn. 42f.; *Koch* in Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, ARK § 90 Rn. 7a; *Seibt/Kulenkamp* AG 2018, 549 (553); wohl aa *Krieger/Sailer-Cocconi* in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, AktG § 90 Rn. 32 ff.

⁵¹ *Seibt/Kulenkamp* AG 2018, 549 (553f.) mwN.

dige Gesellschaft ihr volles Wertpotenzial ausschöpfen können, nämlich durch Agilität und Flexibilität bei der Unternehmensführung, den Wegfall von Entscheidungsstufen sowie die Verringerung konzernbrokurafter Organisationskosten (z. B. Startheit, Konzernweiter Rückhalt; sog. *lean thinking*).⁴⁶ Schließlich könnte bei einem starken Einfluss des herrschenden Unternehmens die Befürchtung entstehen, dass es sich zu deren Lasten verbundene Vorteile von der Tochtergesellschaft verschaffen will (sog. *mining*), dies führt zur geringeren Marktbewertung des abhängigen Unternehmens und erhöhten Kapitalbeschaffungskosten. Dies führt auch dazu, dass die Tochtergesellschaft im Regelfall als Teilkonzernsitzte einen sog. Konzern im Konzern im mitbestimmungsrechtlichen Sinne bilden wird, mit der Folge, dass bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen (insbes. Arbeitnehmerzahl) die Tochtergesellschaft einen mitbestimmten Aufsichtsrat zu bilden hat.⁴⁷

4. Kompetenzverschlebung innerhalb der Konzernmutter

In der Sonderkonstellation des *equity carve-out* kommt es zu Kompetenz- und Machtverschiebungen auf der Ebene der Konzernmutter, insbesondere im Regelfall einer Holding-Konzernmutter zu einer Einflussverwässerung des dortigen Aufsichtsrats. Denn im Vertragskonzern oder bei (personenvorlichtenen) 100%-Beteiligungsgesellschaften konnte der Aufsichtsrat den Vorstand im Hinblick auf die zur Ausgliederung stehende Geschäftsparität überweisen und die diesen Bereich treffenden Rechtsgeschäfte und Maßnahmen Zustimmungsvorhalten nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG unterwerfen. Nach einem *equity carve-out* besteht jedoch nur noch ein faktischer Konzern mit Minderheitsaktionären, in dem solche Konzernweite Zustimmungsvorhalte nicht ebenso durchgesetzt werden können⁴⁸. Außerdem nimmt der Vorstand des herrschenden Unternehmens die Aktionärsrechte gegenüber dem abhängigen Unternehmen wahr und wird in der Regel (zusammen mit weiteren leitenden Angestellten des herrschenden Unternehmens) als Anteilseignervertreter in den Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens gewählt und nimmt dann anstelle der Aufsichtsratsmitglieder im herrschenden Unternehmen die Überwachungsfunktion ein.⁴⁹ Insbesondere in den Fällen, in denen es auch maßgebliche Aktionäre bei der Konzernmutter gibt, die ihren dortigen Einfluss auch über eine Vertretung im Aufsichtsrat gewährleisten, wird in der Regel der Abschluss eines *Relationship Agreements* über einen Zustimmungsvorbehalt im Sinne von § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG davon faktisch abhängig gemacht, dass diese strukturelle Kompetenzverschiebung zugunsten des Vorstands der Konzernmutter durch bestimmte Vertragsregelungen kompensiert wird.

⁴⁶ Vgl. *Amin* von Falkenberg, Interview mit K. Böhmert, Börsen-Zeitung v. 5. 6. 2018, S. 3; *Christini/Kottas* (Deutschland-Chef Investment Banking J.P. Morgan), Gespräch mit W. Becker, Börsen-Zeitung v. 21. 11. 2017, S. 1f.; *Jo/Koester*, Interview mit S. Bauer/L. Vogel, Euro am Sonntag vom 20. 2. 2017 (abrufbar unter: www.finanzen.net).

⁴⁷ Begriffsprägend: *Johnson/La Porta/Lopez-de-Silanes/Schleifer*, American Economic Review 90 (2000), 229f.; vgl. auch *Alonso/Blick/Citotello*, Journal of Corporation Law 37 (2011), 1ff.

⁴⁸ Zum Konzern im Konzern nach Mitbestimmungsrecht z. B. Seibt in *Heinzier/Willemssen/Kalb*, 8. Aufl. 2018, MitBestG § 5 Rn. 8; siehe aber auch in der Praxis: *Siemens Healthineers* (keine Unternehmensmitbestimmung in der börsennotierten Obergesellschaft), Wertpapierprospekt v. 5. 3. 2018, S. 246f.

⁴⁹ Zur Durchsetzung konzernweiter Zustimmungsvorbehalte vgl. *Drygala* in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, AktG § 111 Rn. 67f.; *Hilbersack* in MülKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 137ff. ⁵⁰ Praxisbeispiel: Bei Siemens Healthineers kommen 5 von 9 Aufsichtsratsmitgliedern (keine Unternehmensmitbestimmung) von der Konzernmutter (zwei Vorstandsmitglieder, ein Aufsichtsratsmitglied und zwei leitende Angestellte).

1. Übernahme von Konzernrichtlinien

a) Einsetzung mit Konzernrichtlinien

Je nach erstrebtem Integrationsgrad zwischen der Konzernmutter und dem abhängigen Unternehmen wird regelmäßig vereinbart, dass und in welchem Umfang das abhängige Unternehmen interne Konzernrichtlinien (Corporate Policies) übernimmt. Da es ein Ziel des equity carve-outs (oder der sonstigen Schaffung einer agilen und dezentralen Konzernstruktur) ist, Konzernbürokratie zu mindern und auch Experimentierfelder zu schaffen, wird selten eine eins-zu-eins-Richtlinienumsetzung erfolgen. Umgekehrt wird in praktisch jedem Relationship Agreement vorgesehen sein, dass die Konzernrichtlinien Beachtung finden müssen, die für ein konzernweit geltendes Risiko- und Compliance Management System notwendig sind. Damit kommt der Vorstand des herrschenden Unternehmens auch der Empfehlung aus Ziffer 4.1.3 DCCG nach, der zufolge er für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmenseigenen Richtlinien zu sorgen und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken hat. In aller Regel werden auch alle rechnungslegungsbezogenen Konzernrichtlinien verpflichtend implementiert, damit das herrschende Unternehmen ihrer Verpflichtung zur Aufstellung eines Konzernabschluss (§ 290 Abs. 1 HGB) standweil nachkommen kann.⁵² In diesem Zusammenhang wird dann auch häufig die Übernahme von Richtlinien zur Ermöglichung konzernweiter Geschäfts- und Budgetplanung, Controlling und interner Revision geregelt. Ausdruck einer intensiveren Unternehmenskoordination ist die Übernahme von Konzernrichtlinien, die operative Geschäftsfunktionen betreffen und für die Synergiezielsetzung sowie den Schutz der Reputation der Konzernmutter von erheblicher Bedeutung sind, z. B. Richtlinien für Einkauf und Lieferanten, Qualitätssicherung und Key Account Management. Unmittelbar dem Reputationsschutz der Konzernmutter⁵³ dient die Richtlinienübernahme zu Aspekten der Corporate Social Responsibility (z. B. Umweltschutz und Ressourcenminimierung, Arbeitsbedingungen)⁵⁴ sowie zur Marktentführung und externen (Krisen-)Kommunikation.

b) Verfahren bei Richtlinienänderungen

Neben der Übernahme bestehender Konzernrichtlinien ist es zweckmäßig, auch für künftige Richtlinien(änderungen) eine dynamische Implementierungsregel vorzusehen. Hierbei konfiguriert das Konzerninteresse an einer einheitlichen Handhabung mit dem Interesse der Übergeordnetenseite, nicht an jede Neuerung ohne Verortbarkeit gebunden zu sein. In der Praxis wurde zweifeln, bei der Implementierungspflicht danach differenziert, ob die Richtlinienänderung rechtmäßig notwendig ist (z. B. Rechnungslegung) oder lediglich sonstige Gründe hat: Nur in der ersten Variante ist die abhängige Gesellschaft zu einer dynamischen Übernahme verpflichtet; bei sonstigen Änderungen ist sie bloß einem Konsultationsprozess samt eines comply-or-explain-Mechanismus (schriftliche Begründung der Empfehlungsablehnung) unterworfen.⁵⁵

2. Konzernmutter als Matrixmanager für Schlüsselfunktionen

Schlüsselfunktionen (key business functions) wie interne Revision, Risiko- und Compliance-Management, Controlling, Finanzen, Rechte, IP-Verwaltung oder Steuern, aber

⁵² Vgl. Wertpapierprospekt der innoogy SE v. 23.9.2016, S. 449; Wertpapierprospekt der DWS Group GmbH & Co. KGaA v. 13.3.2018, S. 181; Wertpapierprospekt der Siemens Healthineers AG v. 5.3.2018, S. 259.

⁵³ Hierzu ausführlich Seibr/DB 2015, 171ff.

⁵⁴ Aus der Praxis: Wertpapierprospekt der innoogy SE v. 23.9.2016, S. 450; Wertpapierprospekt der Siemens Healthineers AG v. 5.3.2018, S. 259.

⁵⁵ Vgl. Wertpapierprospekt der DWS Group GmbH & Co. KGaA v. 13.3.2018, S. 181.

auch operative Geschäftsfunktionen wie Einkauf, Forschung und Entwicklung oder Key Account Management können zudem im Sinne einer funktionalen Trennungs-Matrixstruktur bei der Konzernmutter angesiedelt werden.⁵⁷ Damit werden diese Funktionen sachlich an die Konzernmutter qua Delegation des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts (im Wege der Erteilung von Vollmachten des abhängigen Unternehmens an die betreffenden Funktionsträger in der Konzernmutter) übertragen, und die Konzernmutter nimmt die fachlichen Direktionsbefugnisse auch gegenüber den weiter bei dem abhängigen Unternehmen beschäftigten Personen wahr; die primäre Leitungsverantwortung des Vorstands des abhängigen Unternehmens wandelt sich insoweit in eine sekundäre Überwachungsverpflichtung um.⁵⁸ Diese Matrixstrukturimplimentierung geht zusammen mit einer sachlich kongruenten Implementierung von Konzernrichtlinien (→ IV.1) und dient vor allem der effektiven Durchsetzung eines konzernweiten Risiko- und Compliance Management Systems, der konzernweiten Reduzierung von Haftungs- und Reputationsrisiken, aber andererseits auch der Realisierung von Kostensynergien durch effiziente Ressourcenallokation und Skaleneffekte sowie einem gemeinsamen Marktauftritt gegenüber Lieferanten und Kunden (Indiz für das kartellrechtliche Konzernprivileg).

3. Mitwirkung bei wesentlichen Entscheidungen und Gewöhnungsvorweisung von Konzerninteressen bei Geschäftsführungsentscheidungen

Die Konzernmutter wird in der Regel ein Interesse an einer über die Aufsichtsratsberwachung hinausgehende „aktive Werkkontrolle“ im Hinblick auf außergewöhnliche, mit einer erheblichen Risikoexposition für den Gesamtkonzern verbundene Leitungs- und Geschäftsführungsmaßnahmen haben. Solche verträglich abgesicherten Mitwirkungsrechte, die über die Beteiligung des Vorstands des abhängigen Unternehmens hinaus gehen, führen in der Regel mit dem Großaktionär in Fällen der Marktsondierung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 MAR sowie sonstigen grundlegenden Strategieentscheidungen durchzuführen,⁵⁹ ist auch ein wichtiges Indiz für die zulässige Inanspruchnahme des kartellrechtlichen Konzernprivilegs. Da umgekehrt gerade die Schaffung einer agilen und dezentralen Konzernstruktur mit weniger Hierarchieebenen und marktnahen Entscheidungsgremien Kernstrukturziel ist, wird zum einen der sachliche Anwendungsbereich solcher Mitwirkungsrechte sehr beschränkt sein (und z. B. regelmäßig ein engeres Anwendungsfeld als nach dem Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte zugunsten des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft haben) und zum anderen einflussreichere Instrumente als Weisungs- oder Vetorechte beinhalten. Regelungsinstrument der Praxis ist daher häufig die Pflicht des Vorstands des abhängigen Unternehmens, eine außerordentliche Leitungs- oder Geschäftsführungsmaßnahme (z. B. insbesondere Großinvestitionen, wesentliche Veränderungen der Kapitalstruktur) vorab dem Vorstand des herrschenden Unternehmens oder einem gemischt-besetzten Arbeitskreis (z. B. Group Business Decision Committee) mit Detailinformationen vorzustellen und eine Handlungsempfehlung dieses Gremiums einzuholen. Dabei ist der Vorstand des abhängigen Unternehmens frei, dieser Handlungsempfehlung nicht zu folgen, muss dann allerdings in dieser Variante nach häufiger Praxisgewohnheit seine Entscheidung (schriftlich) begründen und den Vorgang transparent dem Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens

⁵⁶ Zur Wirkweise und den rechtlichen Rahmenbedingungen auf: Seibr/Wollenshäger AG 2013, 229ff.; vgl. auch Hanbarth FS Bergmann 2018, 243ff.; Wriemel, VGR Jahresagung 2010, Bd. 16, 2011, S. 91ff.

⁵⁷ In Bezug auf den faktischen Konzern anders noch Seibr in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, AktG § 76 Rn. 21; Seibr/Wollenshäger AG 2013, 229ff.

⁵⁸ So jetzt auch eingehend Hanbarth FS Bergmann 2018, 243 (251ff.).
⁵⁹ Hierzu v. B. Seibr, 1. Jahr MAR aus Praxis, Bankrechtstag 2017, 2018, S. 81 (112ff.); Brelwold in Klöber, Marktmissbrauchsverordnung, 1. Aufl. 2018, MAR Art. 11 Rn. 20 (23ff.); Poelzig NZG 2016, 528 (534f.).

6. Sonstige konzernbezogene Regelungen

In *Relationship Agreements* finden sich häufig weitere konzernbezogene Regelungen, z. B. (i) interne Konfliktlösungsverfahren als zwingende Vorstufe zur (schiedsgerichtlichen) Streitlösung, (ii) Abhängigkeit der (unmissverständlich auf 5 Jahre befristeten) Laufzeit vom Fortbestehen der Abhängigkeit nach § 17 Abs. 1 AktG (ggf. auch unter fester 50%-Schwelle) sowie (iii) Vereinbarungen zwecks eines intern durchlässigen Arbeitsmarkts, d. h. interner Ausschreibungen sind jeweils auch Arbeitnehmern der anderen Gesellschaft zugänglich, gemeinsame Fortbildungen etc.

V. Rechtliche Schranken

1. Zulässigkeit der faktischen Konzernleitung

Im Abhängigkeitsverhältnis nach § 17 AktG ist eine „faktische Konzernherrschaft“⁶⁷ zulässig, solange die Grenzen von § 311 ff. AktG eingehalten werden. In der Praxis manifestiert sich diese faktische Konzernherrschaft vor allem über die Stimmrechtsmacht in der Hauptversammlung und durch die Wahl eigener Vertreter in den Aufsichtsrat. Über die Mitentscheidungskompetenzen des Aufsichtsrats (insbes. den Zustimmungskatalog zu seinen Gunsten), kombiniert mit einer angemessenen Informationsordnung⁶⁸, sowie vor allem mit dessen Personalkompetenz über den Vorstand kann so auch im operativen Bereich indirekte Kontrolle (und faktische Führung) ausgeübt werden. Obgleich anders als im Vertragskonzern kein Weisungsrecht besteht, ist dadurch im faktischen Konzern aber eine auf Koordination basierende dezentrale Konzernleitung möglich.⁶⁹

2. System des Einzelanzugleichs im faktischen Konzern

Diese Konzernleitungspotentialität wird durch die §§ 311 ff. AktG nur rudimentär geregelt. § 311 AktG setzt das allgemeine Verbot nachträglicher Einflussnahme unter der Voraussetzung außer Kraft, dass die Nachteile ausgeglichen werden.⁷⁰ Als Nachteil gilt dabei jede Minderung oder konkrete Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage der Gesellschaft, soweit sie auf die Abhängigkeit zurückzuführen ist.⁷¹ Deshalb fehlt es an einem Nachteil, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer einer unabhängigen Gesellschaft sich ebenso verhalten hätte wie der Vorstand der abhängigen Gesellschaft.⁷²

Der Abschluss des *Relationship Agreements* selbst ist in aller Regel kein solcher Nachteil. Zum einen ist hinsichtlich der der Konzernmutter eingeräumten Rechte schon vielfach mangels konkreter Interessengefährdung des abhängigen Unternehmens nicht von einem Nachteil auszugehen. Dies gilt z. B. für Informationsrechte, jedenfalls dann, wenn die Konzernmutter dazu verpflichtet wird, übersandte Informationen ausschließlich zu Zwecken der Konzernkontrolle und -leitung, aber nicht zur Förderung eigener unternehmerischer Interessen zu nutzen.⁷³ Zum anderen wird die Tochtergesellschaft insbesondere durch

⁶⁷ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 960.

⁶⁸ Hierzu z. B. Seifert, HGB Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, 391 (417f.).

⁶⁹ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 960f.; Habersack in Emmerich/Habersack,

8. Aufl. 2016, AktG § 311 Rn. 8f.

⁷⁰ Habersack in Emmerich/Habersack, 8. Aufl. 2016, AktG § 311 Rn. 5; Koch in Hüffer/Koch,

13. Aufl. 2018, AktG § 311 Rn. 37.

⁷¹ BGHZ 141, 79, 84; Habersack in Emmerich/Habersack, 8. Aufl. 2016, AktG § 311 Rn. 39.

⁷² BGHZ 175, 365 Rn. 9, 11; BGHZ 179, 71 Rn. 9f.; Habersack in Emmerich/Habersack,

8. Aufl. 2016, AktG § 311 Rn. 40 mwN.

⁷³ Vgl. Seifert/Kritikcamp AG 2018, 549 (653f.); Venz ZHR 175 (2011), 401 (420); Koch in Hüf-

fer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 311 Rn. 36; Habersack in Emmerich/Habersack, 8. Aufl. 2016,

vorliegen (*cooperly or explain*-Mechanismus). Durch dieses Verfahren ist einseitig sichergestellt, dass der Vorstand des abhängigen Unternehmens seine Leitungsverpflichtung autonom wahrnehmen kann. (§ 76 Abs. 1 AktG), andererseits der Vorstand des herrschenden Unternehmens eine ausreichende Konzernleitung ausübt.

Darüber hinaus wird in aller Regel im *Relationship Agreement* festgelegt, dass der Vorstand des abhängigen Unternehmens bei seinen Leitungs- und Geschäftsführungsmaßnahmen, soweit gesetzlich zulässig, auch Gesamtkonzerninteressen zu berücksichtigen hat⁶⁴. Pestehen aus Sicht des Vorstands mehrere rechtlich zulässig und wirtschaftlich gleichwertige Handlungsoptionen, soll er sich für die Variante entscheiden, die den Gesamtkonzerninteressen am besten entspricht, wobei die Gesamtkonzerninteressen vom Vorstand des herrschenden Unternehmens dargelegt werden. Denn wegen der (wenn gleich schwachen) Integration des abhängigen in das herrschende Unternehmen und der wechselseitigen Schicksalsgemeinschaft in Reputationsangelegenheiten liegt es durchaus im Unternehmensinteresse des abhängigen Unternehmens, auf die so definierten Gesamtkonzerninteressen Rücksicht zu nehmen.

4. Berichtspflichten und Informationsrechte

Neben den in den übernommenen Konzernrichtlinien (→ IV.1) integrierten Berichtspflichten des abhängigen Unternehmens und Informationsrechte der Konzernmutter werden häufig solche Pflichten und Rechte auch gesondert geregelt, um einen der rechtlichen Pflichtenerfüllung des Vorstands des herrschenden Unternehmens entsprechenden, effektiven Informationsfluss im Konzern zu etablieren. Dies wird z. B. in der Regel für solche wesentliche Vorgänge gelten, (i) die nicht nur für das abhängige, sondern auch für das herrschende Unternehmen eine *Ad hoc*-Publizitätspflicht (Art. 17 Abs. 1 MAR⁶⁵) auslösen können⁶⁶ oder (ii) durch die eine signifikante Verschlechterung in der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage oder in der Reputation des abhängigen Unternehmens einzureisen droht.

5. Weitere Kooperationspflichten

Des Weiteren finden sich in *Relationship Agreements* häufig konzernspezifische Kooperationspflichten in Finanzfeldern, z. B. zwecks Erfüllung behördlicher oder gerichtlicher Aufträge⁶⁷, zwecks konzernweiter Synergieeffekte⁶⁸ und Ratingverbände⁶⁹ oder zur Erzielung von Synergieeffekten (z. B. alternativ zur Matrixstrukturimplementierung durch enge Kooperation beim Einkauf oder beim Key Account Management).⁷⁰ Dabei wird in der Vertragspraxis, je nach Sachgegenstand und den Einzelfallumständen differenziert zwischen der Pflicht zur Konsultation (*„consult“*), zur gleichgeordneten Abstimmung (*„coordinate“*, *„cooperate“*) und zur inhaltlichen Orientierung bzw. Anpassung (*„align“*, ggf. abgeschwächt durch sog. *„flexibility out“*-Klauseln) (Reihenfolge in aufsteigender Pflichtenintensität).

⁶⁴ Aus der Praxis z. B. Wertpapierprospekt der DWS Group GmbH & Co. KGaA v. 13.3.2018, S. 181f.

⁶⁵ Verordnung (EU) Nr. 596/2014.

⁶⁶ Vgl. LG Stuttgart BeckRS 2017, 118702 Rn. 175 – Porsche Automobil Holding, *Klöhn* in

Klöhn, Marktmissbrauchsverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 17 MAR Rn. 100.

⁶⁷ Aus der Praxis z. B. Wertpapierprospekt der innogy SE v. 23.9.2016, S. 451; Wertpapierpro-

spekt der DWS Group GmbH & Co. KGaA v. 13.3.2018, S. 182.

⁶⁸ Aus der Praxis z. B. Wertpapierprospekt der DWS Group GmbH & Co. KGaA v. 13.3.2018,

S. 181.

⁶⁹ Aus der Praxis z. B. Wertpapierprospekt der innogy SE v. 23.9.2016, S. 451.

⁷⁰ Aus der Praxis z. B. Wertpapierprospekt der DWS Group GmbH & Co. KGaA v. 13.3.2018,

S. 182.

(i) die Bereitstellung der Konzerninfrastruktur im operativen Bereich, (ii) die Partizipation an der Reputation und *good will* des Gesamtkonzerns sowie (iii) Skalen- und Verbundeffekte von bedeutenden Geschäftsleistungen profitieren. Des Weiteren würde sich in der Regel auch ein unabhängiger Geschäftsführer insbesondere in der Sondernormenstellung einer *equity agreement*, in der die Tochtergesellschaft gewisse Funktionen überhaupt noch nicht aufgab hat, zur Auslagerung solcher und zur Aufnahme von Kooperationen entscheiden. Ob nach dem Vertragsabschluss (und beim *equity agreement*: nach dem Börsengang der Tochter) – ggf. unter konkreter Nutzung der der Mehrheitsaktionärin durch das *Relationship Agreement* gewährten Rechte – Nachbesserungsanfragen erfolgen, ist stets im Einzelfall zu prüfen und im Abhängigkeitsbericht offenzulegen.

3. Pflichtenbindung der Geschäftsleitungsorgane der abhängigen Gesellschaft

Im faktischen Konzern sind die Geschäftsleitungsorgane des abhängigen Unternehmens keinen Weisungen unterworfen. Zwar werden die allgemeinen Haftungsnormen durch § 311 AktG dahingehend überlagert, dass im Konzerninteresse nachteilige Maßnahmen durch den Vorstand unter den dortigen Voraussetzungen ohne Binnenhaftung vorgenommen werden dürfen.⁷⁴ Ansonsten haben die Organe des abhängigen Unternehmens allerdings ihre Tätigkeit weiterhin am Gesellschaftswohl auszurichten; die §§ 76, 111 AktG behalten ihre Geltung.⁷⁵ Anhand dieser Maßstäbe ist die Zulässigkeit der Einzelregelungen im *Relationship Agreement* zu prüfen.

a) Zustimmungsvorbehalte gegenüber Organen der abhängigen Gesellschaft

Wenngleich auch Zustimmungsvorbehalte und Vetorechte zu Gunsten der Geschäftsleitungsorgane der Konzernmutter von dem Hintergrund der erstrebten agilen und dezentralen Konzernstruktur in der Praxis selten im *Relationship Agreement* verankert werden, kommen diese *prima facie* (für sehr ausgewählte Regelungen) in Betracht. Unabhängig von der sich dann stellenden Frage nach einer Qualifikation des *Relationship Agreement* als verdeckter Beherrschungsvertrag (→ V.4) ist die aktenrechtliche Vereinbarkeit von Zustimmungsvorhalten bezogen auf Entscheidungen des Vorstands (→ aa)) und des Aufsichtsrats des abhängigen Unternehmens (→ bb)) zu untersuchen:

aa) Vereinbarkeit mit § 76 Abs. 1 AktG

Auch im faktischen Konzern bleibt der Vorstand des abhängigen Unternehmens an seinen Leitungsauftrag (§ 76 Abs. 1 AktG) gebunden,⁷⁶ d. h. er unterliegt dem Pflichtrecht, die Gesellschaft eigenverantwortlich im Gesellschaftsinteresse zu leiten.⁷⁷ Aus dieser Leitungssouveränität soll folgen, dass strenge Zustimmungsvorbehalte zugunsten des herrschenden Unternehmens in der Satzung oder einer Vorstandsgeschäftsordnung mit § 76 Abs. 1 AktG unvereinbar sind.⁷⁸ Andererseits gibt es kein umfassendes Verbot der Vorwegbindung des

AktG § 311 Rn. 51a; Hoffe, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, 2014, S. 139f.

⁷⁴ Habersack in Emmertich/Habersack, 8. Aufl. 2016, AktG § 311 Rn. 78; Koch in Hüffner/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 311 Rn. 48.

⁷⁵ Habersack in Emmertich/Habersack, 8. Aufl. 2016, AktG § 311 Rn. 78, 81.

⁷⁶ Fleischer in Spindler/Silz, 4. Aufl. 2019, AktG § 76 Rn. 102; Habersack in Emmertich/Habersack, 8. Aufl. 2016, AktG § 311 Rn. 78, 81.

⁷⁷ Silz in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, AktG § 76 Rn. 8; ausf. hierzu Fleischer ZIP 2003, 1ff.; Silz FS K. Schmidt 2009, 1463 (1466ff.).

⁷⁸ Fleischer in Spindler/Silz, 4. Aufl. 2019, AktG § 76 Rn. 98; Alhneppen in MitKoAktG, 4. Aufl. 2015, § 311 Rn. 409.

Vorstandsmessens als eine prinzipielle Grenze der Vertragsfreiheit der Aktiengesellschaft.⁷⁹ Maßstab ist hier wiederum das Unternehmensinteresse.⁸⁰ Die schuldrechtliche Einräumung von Zustimmungsvorhalten kann folglich – entgegen der verfehlten Rechtsprechung des IGH München I und des OLG München im Fall „WET“-⁸¹ – insoweit zulässig sein, als diese den Leitungsspielraum des Vorstands in Ansehung des Unternehmensinteresses nicht in unverhältnismäßiger Weise einschränken.⁸² Diese Grenze ist im Einzelfall auszuloten.

bb) Unverletzlichkeit mit § 111 Abs. 6 AktG

Um der strukturellen Kompetenzverschiebung zu Lasten des Aufsichtsrats der Konzernmutter (→ II.4.) entgegenzuwirken, wird zuweilen überlegt, den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft Zustimmungsvorhalten zu Gunsten des Konzernmutter-Aufsichtsrats zu unterwerfen. Hierdurch würde nämlich bewirkt, dass jener so gestellt ist, als wäre der Geschäftsbereich der Tochtergesellschaft noch in der Konzernmutter selbst angesiedelt. Allerdings gebietet § 111 Abs. 6 AktG die grundsätzlich höchstpersönliche und weisungsfreie⁸³ Amtswahrnehmung.⁸⁴ Obgleich damit eine rein faktische Einflussnahme in den Grenzen der §§ 117, 311, 317 AktG nicht ausgeschlossen wird,⁸⁵ ist die Freiheit von *pflichtlichen* Zwängen gefordert;⁸⁶ verbindliche Zustimmungsvorbehalte sind daher unzulässig.⁸⁷ Hiervon unberührt bleibt allerdings die zulässige Einräumung konzernbezogener Zustimmungsvorbehalte auf Ebene der Konzernmuttergesellschaft.⁸⁸

b) Empfehlungsvorbehalte gegenüber Organen der abhängigen Gesellschaft

Zur agilen und dezentralen Konzernstruktur passt es anstelle von Weisungsrechten oder Zustimmungsvorhalten bzw. Vetorechten zu Gunsten der Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens diesen lediglich unverbindliche Empfehlungsvorbehalte gegenüber dem Vorstand bzw. Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens einzuräumen. Solche Empfehlungsvorbehalte könnten entweder dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat der Konzernmutter, aber – in der Praxis gar nicht selten – auch einem *Group Business Decision Committee* (→ IV.3.) zu-

⁷⁹ Silz in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, AktG § 76 Rn. 21; Merrens/Cahn in Köhler/KommAktG, 3. Aufl. 2009, § 76 Rn. 53f.; enger: Koch in Hüffner/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 76 Rn. 27, 41a; Fleischer in Spindler/Silz, 4. Aufl. 2019, AktG § 76 Rn. 79.

⁸⁰ Silz ZIP 2013, 1597 (1601f.); Prognos NZG 2012, 1142 (1143).

⁸¹ IGH München I NZG 2012, 1152 (1153f.); OLG München NZG 2013, 459 (462).

⁸² Silz in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, AktG § 76 Rn. 21; Prognos NZG 2012, 1142 (1143); ähnlich Reuber ZGR 2015, 1 (23); Köfiger ZHR 178 (2014), 547 (598); aA Alhneppen in MitKoAktG, 4. Aufl. 2015, § 311 Rn. 409; wohl auch abnehmend Fleischer in Spindler/Silz, 4. Aufl. 2019, AktG § 76 Rn. 98.

⁸³ Vgl. nur Koch in Hüffner/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 111 Rn. 60 mwN aus der Rechtsprechung.

⁸⁴ BGH BKR 2006, 496 (498); Habersack in MitKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 156f.

⁸⁵ Habersack in MitKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 162; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, 1. Aufl. 2013, AktG § 111 Rn. 64.

⁸⁶ Koch in Hüffner/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 111 Rn. 60; Habersack in MitKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 163; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, 1. Aufl. 2013, AktG § 111 Rn. 64.

⁸⁷ Habersack in MitKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 139, 163; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, 1. Aufl. 2013, § 111 Rn. 64; Merrens/Cahn in Köhler/KommAktG, 3. Aufl. 2009, § 111 Rn. 117.

⁸⁸ Hierbei ist der Vorstand des herrschenden Unternehmens dazu verpflichtet, auf die Tochtergesellschaft denart einzuzwirken, dass zustimmungspflichtige Maßnahmen nicht ohne seine Mitwirkung vorgenommen werden. Dies soll bei Doppelmandaten auch für Entscheidungen in Organen der Tochtergesellschaft gelten, wobei sich die Grenzen aus § 311 AktG ergeben, vgl. Habersack in MitKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 139; Koch in Hüffner/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 111 Rn. 54; Merrens/Cahn in Köhler/KommAktG, 3. Aufl. 2009, § 111 Rn. 93ff.; Flogl/Reiff in GroßKommAktG, 5. Aufl. 2018, § 111 Rn. 740ff.

kommen. Dem Empfehlungrecht korrespondiert eine Konsultationspflicht des Vorstands der Tochtergesellschaft, in der Regel geht ihm eine Berichtspflicht voraus und folgt ein *comply or explain*-Mechanismus (→ IV.3.) nach.

aa) *Empfehlungsrechte gegenüber dem Vorstand*

Handlungsempfehlungen der Geschäftsführung der Konzernmutter sind nicht mehr und auch nicht weniger als (fachkundige) Empfehlungen Dritter, sie binden den Vorstand des abhängigen Unternehmens nicht von einer eigenverantwortlichen Entscheidungsfindung. Die Handlungsempfehlungen, insbesondere im Hinblick auf die Konturierung des Konzerninteresses, bilden allerdings einen wichtigen Bestandteil der „angemessenen Informationsgrundlagen“, die für Leitungs- und Geschäftsführungsentscheidungen nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bestehen muss. Eine Entäußerung der Leitungsverantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG) ist damit nicht verbunden.

bb) *Empfehlungsrechte gegenüber dem Aufsichtsrat*

Nur den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft schließt § 111 Abs. 6 AktG keine rein faktische Einflussnahme auf die Willensbildung der Aufsichtsratsmitglieder aus,⁸⁹ sodass Empfehlungswerte nicht mit dem Grundsatz der Weisungsunabhängigkeit unversöhnlich konfigrieren. Vielmehr ist auch eine fachliche Beratung des Aufsichtsrats durch Dritte grundsätzlich zulässig.⁹⁰ Allerdings sind hierbei die „Herzic“-Grundsätze des BGH⁹¹ zu beachten, denen zufolge vor dem Hintergrund von § 111 Abs. 6 AktG eine generelle Abwälzung der Funktionen des Aufsichtsrats unzulässig ist.⁹² Der Aufsichtsrat könne weder seine Aufgaben (oder einen wesentlichen Teil davon) laufend einem Dritten zur selbständigen Erledigung übertragen noch bei ihrer Wahrnehmung jeweils einen ständigen Berater einschalten;⁹³ eine externe Beratung müsse im Unternehmensinteresse erforderlich sein und auf konkrete, durch den Einzelfall veranlasste Fragestellungen begrenzt werden.⁹⁴ Teilweise wird aus diesen Grundsatzen geschlossen, dass (nur) eine ständige Beratung durch Dritte unzulässig sei, nicht aber eine sachlich und/oder zeitlich eingeschränkte.⁹⁵ Umgekehrt wird teilweise betont, dass gerade die Verfügung über unabhängige Berater eine Voraussetzung für eine effektive Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe nach § 111 Abs. 1 AktG darstellt⁹⁶; die Hinzuziehung von Dritten müsse daher im Ermessen des Aufsichtsrats stehen, was auch die längerfristige Inanspruchnahme fremder Hilfe bedeuten könne.⁹⁷ Angesichts des fortschreitenden Kompetenzwachstums des Aufsichtsrats (vor allem in den letzten drei Dekaden⁹⁸), der Komplexität der sich im Umfeld einer börsennotierten Gesellschaft ergebenden Fragen und derzeitigen VUCA-Rahmenbedingungen können die Herzie-Grundsätze aus dem Jahr 1982 nicht (mehr) als striktes Verbot einer ständigen Beratung verstanden werden. Es geht vielmehr alleine um die Verhinderung einer Aushöhlung der Organstellung der Aufsichtsratsmitglieder

⁸⁹ Habersack in MHKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 162; Koch in Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 111 Rn. 60; Grigoleit/Dornate in Grigoleit, 1. Aufl. 2015, AktG § 111 Rn. 64.
⁹⁰ BGHZ 64, 325 (331); BGHZ 85, 293 (296); Hopf/Roth in GroßKommAktG, 5. Aufl. 2018, § 111 Rn. 796.
⁹¹ BGHZ 85, 293.
⁹² BGHZ 85, 293 (296).
⁹³ BGHZ 85, 293 (296).
⁹⁴ BGHZ 85, 293 (300).
⁹⁵ Habersack in MHKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 87, 159; Lutter/Krieger DB 1995, 257 (259f); Schitt DB 2005 (2007, 2009).
⁹⁶ Hopf/Roth in GroßKommAktG, 5. Aufl. 2018, § 111 Rn. 801.
⁹⁷ Hopf/Roth in GroßKommAktG, 5. Aufl. 2018, § 111 Rn. 801.
⁹⁸ Vgl. Rubner/Fisch NZG 2015, 782; Lieder, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, S. 796f.; jüngst zur Beratung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat Seibt/Bulgin AG 2018, 117.

der als Letztentscheider. Diese Organstellung wird indes nicht gefährdet, wenn im Rahmen eines *Relationship Agreement* in einem klar bestimmten Themenfeld die Konzernkoordination der Konzernmutter-Geschäftsführung durch Empfehlungswerte gestärkt werden soll. Daher sollte sich im Regelfall aus § 111 Abs. 6 AktG keine Unzulässigkeit von vertraglichen Empfehlungswerten gegenüber dem Aufsichtsrat einer Tochtergesellschaft ergeben.

4. „Verdeckter“ Beherrschungsvertrag

Die beteiligten Konzernunternehmen sind typischerweise aus drei Gründen beschränkt, dass ein *Relationship Agreement* nicht als Beherrschungsvertrag qualifiziert: (1) Es ist eine flexible Interessenskoordination und kein starres Weisungsverhältnis gewollt; Weisungsrechte konfigurieren mit den Zielen einer agilen und dezentralen Konzernstruktur im Allgemeinen und den Wertsteigerungszielen eines *equity carve-out* im Besonderen. (2) Der Vertrag bedürfte dann zur Wirksamkeit einer Hauptversammlungszustimmung (§ 293 Abs. 1 AktG) mit einer 75%-Mehrheit.⁹⁹ (3) Auch die gesetzlich angeordneten Minderheitschutzregeln eines Beherrschungsvertrags sind weder gewollt noch passend. Insbesondere entspricht die jährliche Ausgleichsleistung (dann Rentenpapier ohne Wertsteigerungspotenzial) nicht dem wohlverstandenen Minderheitsinteresse; die Nachteilsausgleichspflicht gemäß § 311 AktG ist interessenadäquat.

Vor diesem Hintergrund ist in der Praxis sorgfältig zu prüfen, welche Vertragsinhalte im *Relationship Agreement* zu vermeiden sind, um nicht ungewollt eine Qualifikation als (verdeckter oder auysscher)¹⁰⁰ Beherrschungsvertrag im Sinne von § 291 Abs. 1 AktG auszulösen. Im Wechselblick ist allerdings auch darauf Acht zu geben, dass die vertraglichen Regelungen insgesamt (und im Zusammenwirken mit anderen Kriterien wie Beteiligungsquote, Vertretung im Aufsichtsrat und personelle Verflechtungen der Geschäftsleitungsorgane, Vollkonsolidierung, etc.) das kartellrechtliche Konzernprivileg sicherstellen. Die unterschiedlichen Normzwecke des europäischen Kartellrechts mit dem wettbewerbschützenden Konzept der *wirtschaftlichen Einheit* einerseits und dem nationalstaatlichen Konzernprivileg andererseits durch Beherrschungsvertrag erlauben Vertragsgestaltungen, mit denen einseitig das kartellrechtliche Konzernprivileg erreicht wird, ohne andererseits die Grenze zum verdeckten Beherrschungsvertrag zu überschreiten. Umgekehrt ergibt sich aus den unterschiedlichen Normzwecken eben auch eine kartellrechtliche Konzernhaftung des herrschenden Unternehmens, ohne dass hierfür ein Beherrschungsvertrag vorausgesetzt ist. Für diese Beurteilung ist es auch nicht entscheidend, ob Minderheitsaktione einem Unternehmen (im Rahmen eines Börsengangs) beitreten, das bereits zuvor durch ein *Relationship Agreement* mit der Konzernmutter verbunden ist, oder ob der Abschluss des *Relationship Agreement* bereits „im Bestand“, also zu Zeiten bereits beteiligter Minderheitsaktionäre, erfolgt.

a) *Weisungsrechte*

Die Vereinbarung von Weisungsrechten zugunsten der Unternehmensorgane der Konzernmutter gegenüber dem Vorstand der Tochtergesellschaft bedeutet eine Leitungsunterstellung im Sinne von § 291 Abs. 1 AktG mit der Folge einer Qualifikation als Beherrschungsvertrag.¹⁰¹ Nach herrschender Meinung soll zwar die Beherrschung nur einzelner

⁹⁹ Habersack in Emmerich/Habersack, 8. Aufl. 2016, AktG § 291 Rn. 24c; Koch in Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 291 Rn. 144; Schönk in Bürgers/Köber, 4. Aufl. 2017, AktG § 291 Rn. 12; zur Rechtsfolge der Nichtigkeit s. außerdem OLG München ZIP 2008, 1330.
¹⁰⁰ Zur uneinheitlichen Terminologie und Methodik vgl. Koch in Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 291 Rn. 14 mwN.
¹⁰¹ S. nur Koch in Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 291 Rn. 11.

Betriebsanteile keine Leistungsunterstellung sein,¹⁰² aber auch ein Vertrag, bei dem sich das Weisungsrecht nur auf einzelne Leistungsfunktionen oder auf einzelne Betriebe beschränkt, kann infolge der Durchsetzungsmöglichkeit einer einheitlichen Leitung ein Beherrschungsvertrag sein.¹⁰³ In der Praxis sollte daher von der Vereinbarung von (sowieso konzipierten) Weisungsrechten abgesehen werden.

b) Zustimmungsvorbehalte

Die Frage, ob und ggf. unter welchen Umständen Zustimmungsvorbehalte zu Gunsten der Unternehmensorgane der Konzernmutter¹⁰⁴ zur Qualifikation als verdeckter Beherrschungsvertrag führen, wird sehr uneinheitlich beantwortet. Im Ausgangspunkt besteht Einigkeit, dass bloße Zustimmung- bzw. Vetorechte einem Weisungsrecht nicht *per se* gleich kommen, insbesondere wenn es sich nur um einzelne, auf bestimmte Sachverhalte beschränkte Zustimmungsvorbehalte handelt; dies reicht für eine einen Vertragskonzern entsprechende Leistungsunterstellung nicht aus.¹⁰⁵ Besonders weitgehend vertritt insbesondere aber *Veil* die Ansicht, dass eine „umfassende Regelung von Zustimmungsvorhalten“ eine atypische Form des Beherrschungsvertrags begründe, der in Konzernsachverhalten generell unzulässig sei, da andernfalls eine Umgehung der gesetzlichen Konzeption des Vertragskonzerns (§§ 291ff. AktG) drohe.¹⁰⁶ Die andere Seite des Meinungspektrums bildet die Ansicht, dass ein verdeckter Beherrschungsvertrag nur bei Existenz von Initiativen, durchsetzbaren Einflüssen oder Vetorechten¹⁰⁷, angenommen werden darf, auf bloß verändernde Zustimmungsvorbehalte wären die §§ 291 ff. AktG anwendbar.¹⁰⁸ Zwischen diesen Polen finden sich differenzierende Ansichten, die unter bestimmten Voraussetzungen die Regelung von Zustimmungsvorhalten ausreichen lassen, um den Vertrag als verdeckten Beherrschungsvertrag zu qualifizieren: So wird dies teilweise dann angenommen, wenn sich das abhängige Unternehmen dem Einfluss des herrschenden Unternehmens aufgrund schwerer, existenzbedrohender Nachteile tatsächlich nicht zu entziehen vermag, d. h. wenn faktisch ein verbindliches Weisungsrecht bestehe.¹⁰⁹ Andere sehen die Grenze zum verdeckten Beherrschungsvertrag dann überschritten, wenn der Einflussgrad des herrschenden Unternehmens dem Niveau von Weisungsrechten „angemäher“ ist¹¹⁰, manche ergänzen, dass hierfür ein „Befolungsanspruch“ nicht zwingend vorausgesetzt wäre, vielmehr reichen „Bestimmungsrechte“ des herrschenden Unternehmens, um die einheitliche Unternehmensleitung herzustellen.¹¹¹ In ähnlicher Weise soll die Grenze zum verdeckten Beherrschungsvertrag dann überschritten sein, wenn durch die Verweigerung der erforderlichen Zustimmung

¹⁰² *Möllert* in GroßKommAktG, 4. Aufl. 2012, § 291 Rn. 97; *Koch* in Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 291 Rn. 15; vgl. *Allmippen* in MüKoAktG, 4. Aufl. 2015, § 291 Rn. 105; *Großleder* DStR 2002, 1953 (1954f.).

¹⁰³ *Emmerich* in Emmerich/Habersack, 8. Aufl. 2016, AktG § 291 Rn. 21; *Koch* in Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 291 Rn. 15; *Schlimmrad* ZHR, 169 (2005), 35 (45).

¹⁰⁴ In der Literatur finden sich Betrachtungen zu Zustimmungsvorbehalten zu Gunsten des Vorstands der Konzernmutter, aber auch solche zu Gunsten des Aufsichtsrats der Konzernmutter sind wegen des gleichzeitigen notwendigen Aufsichtsratschutzes in den Blick zu nehmen.

¹⁰⁵ Vgl. nur *Emmerich* in Emmerich/Habersack, 8. Aufl. 2016, AktG § 291 Rn. 24a.

¹⁰⁶ Vgl. *Veil*, Unternehmensverträge, 2003, S. 243f., so auch *Veil* in Spindler/Stitz, 4. Aufl. 2019, AktG § 291 Rn. 28.

¹⁰⁷ *Langenbinder* in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, AktG § 291 Rn. 33; wohl ebenso *Pecher* in Hensler/Strohriem, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, AktG § 291 Rn. 15.

¹⁰⁸ *Langenbinder* in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, AktG § 291 Rn. 33; *Dallmann* in Hübner, 3. Aufl. 2017, AktG § 291 Rn. 32.

¹⁰⁹ *Emmerich* in Emmerich/Habersack, 8. Aufl. 2016, AktG § 291 Rn. 24b.

¹¹⁰ *Koch* in Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 291 Rn. 14a.

¹¹¹ *Möllert* in GroßKommAktG, 4. Aufl. 2012, § 291 Rn. 122 mwN und Rn. 126.

die Konzernmutter das abhängige Unternehmen lähmen und durch dieses Druckmittel umfänglich beherrschen kann.¹¹²

Ohne an dieser Stelle die Streitfrage zu klären versuchen, ist aus Praktikert Sicht zu konzedieren, dass das nach § 291 Abs. 1 AktG relevante Kriterium der Leistungsunterstellung eine faktisch orientierte Betrachtung erlaubt (bzw. sogar gebietet) und daher auch Zustimmungsvorbehalte (nicht nur explizite Weisungsrechte) eine Qualifikation als verdeckten Beherrschungsvertrag mit dessen Minderheitschutzkonzept auslösen können. Innerhalb ist die Zustimmungsvorbehalte im Rahmen von entsprechenden Vorbehalten wesentlich mit auf einem Unternehmen gerichtete Weisung (sog. wesensgleiches Minus)¹¹³. Allerdings kann dies erst dann gelten, wenn in der Gesamtschau die Zustimmungsvorbehalte dazu führen, dass das abhängige Unternehmen in wesentlichen Bereichen nicht mehr eigenständig handlungsfähig ist, z. B. wenn deren Unternehmensorgane auch für die laufende Geschäftsführung (und nicht nur für außerordentliche Strategie- oder Großrisikoverscheidungen) der Zustimmung durch die Konzernmutter bedürfen¹¹⁴. Danach gilt für die Praxis aus Vorsichtsrund den: Auch Zustimmungsvorbehalte zu Gunsten von Unternehmensorganen des herrschenden Unternehmens sind – ähnlich wie bei *negative covenants* in Kreditverträgen¹¹⁵ – auf wenige, außerordentliche Sachverhalte zu begrenzen; der Bereich der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit sollte keinen Zustimmungsvorbehalten unterliegen.

c) Sonstige Mitwirkungsrechte

Sonstige Mitwirkungsrechte wie z. B. Empfehlungsrechte (oder korrespondierend: Konzeptionspflichten) können nicht zur Qualifikation als (verdeckter) Beherrschungsvertrag führen; sie sind nicht funktionales Äquivalent zur Weisungsbefugnis.

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. In jüngster Zeit nutzt die Unternehmenspraxis *Relationship Agreements* (Konzernkoordinationsverträge), um auf schuldrechtlicher Austauschbasis unterhalb der Schwelle des Beherrschungsvertrags das faktische Konzernverhältnis zwischen einem herrschenden Anteilseigner und einer abhängigen Gesellschaft näher auszugestalten. Phänomenologisch werden solche Verträge vor allem bei den *Teil-Börsengängen* von Geschäftsbereichen börsennotierter Unternehmen (sog. *equity carve-outs*) genutzt, aber die Verwendung ist kategorial auf diese Fälle nicht beschränkt.
2. Mit den *Relationship Agreements* kann der herrschende Anteilseigner seine konzernweite Compliance-Verantwortung sicherstellen. Sie edelichern positive Verbundeffekte zwischen herrschendem und abhängigen Unternehmen im beidseitigen Interesse zu realisieren, ohne dabei die aktien- und kapitalmarktrechtliche Selbstständigkeit der abhängigen Gesellschaft und ihrer Geschäftsleitungsgremien aufzugeben oder deren eigenständige, flexible und agile Geschäftsführung zu kompromittieren. Sie können zudem – neben Mehrheitsbeteiligung, Vollkonsolidierung und Vertretung im Aufsichtsrat – die Nutzung des kartellrechtlichen Konzernprivilegs ermöglichen.

¹¹² Vgl. *Schenk* in Bittgers/Körber, 4. Aufl. 2017, AktG § 291 Rn. 12; *Schlimmrad* ZHR, 169 (2005), 35 (45); ähnlich *Bachmann/Veil* ZIP 1999, 348 (354); *Möllert* in GroßKommAktG, 4. Aufl. 2012, § 291 Rn. 127; *Emmerich* FS Hüffer 2010, 179 (181).

¹¹³ *Dallmann*/Veil ZIP 1999, 348 (354); *Kleinle*, Verdeckte Beherrschungsverträge im Aktienrecht, 2010, S. 92f.

¹¹⁴ *Dallmann*/Veil ZIP 1999, 348 (354); *Kleinle*, Verdeckte Beherrschungsverträge im Aktienrecht, 2010, S. 98f.

¹¹⁵ Hierzu *Seifert* in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, AktG § 76 Rn. 21 mwN.

3. In Fällen der *equity carve-outs* wird die Geschäftsleitung des herrschenden Anteilseigners in der Regel zur Erfüllung ihrer konzernweiten Compliance-Vpflichtungen und zur Wertsicherung verpflichtet sein, vor Abgabe der Minderheitsbeteiligung an Dritte ein *Relationship Agreement* abzuschließen.
4. Der herrschende Anteilseigner unterliegt beim Abschluss eines *Relationship Agreements* in der Regel einem Zielkonflikt aus Einflussmaximierung und -minimierung. Die Praxis löst diesen Zielkonflikt durch Regelung (i) einer Übernahme bestimmter Konzernrichtlinien, (ii) der Einführung einer Matrixstruktur bezogen auf bestimmte Schlüsselfunktionen, (iii) Einpfählungsrechten unterhalb der Schwelle von Weisungsrechten und Zustimmungsvorbehalten sowie (iv) Berichtspflichten, Informationsrechten sowie weiteren Koordinationspflichten auf.
5. Die Regelungen im *Relationship Agreement* haben die aktenrechtlichen Kardinalnormen der §§ 76, 111, 291ff. AktG zu beachten. Daher sind solche Vereinbarungen zu Lasten der Unternehmensorgane der abhängigen Gesellschaft unzulässig, die deren eigenständige Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben ausschließt oder unverhältnismäßig erschwert. Dies kann bei weitgehenden Zustimmungsvorbehalten zugunsten der Geschäftsleitung des herrschenden Anteilseigners im Einzelfall der Fall sein. Die in der Praxis verankerten verbindlichen Mechanismen zur Konsultation mit dem herrschenden Anteilseigner bzw. zur angemessenen Berücksichtigung der Gesamtkonzerninteressen bei Entscheidungen der abhängigen Gesellschaft, unterliegen hingegen keinen rechtlichen Bedenken.

Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren

(v. Websky)



Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren

Viktor von Websky, M.B.A.
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht
REIMER Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft, Gänsemarkt 45, 20354 Hamburg www.reimer-rae.de

1

1



I. Zielsetzung der Betriebsfortführung

II. Fortführungsentscheidung des (vorl.) Insolvenzverwalters

III. Finanzierungskreislauf / Liquiditätsbeschaffung

IV. Umgang mit fortführungsrelevanten Stakeholdern

- 1. Kunden**
- 2. Lieferanten**
- 3. Banken**

REIMER Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft
Gänsemarkt 45, 20354 Hamburg
www.reimer-rae.de

2

2

Zielsetzung der Betriebsfortführung

- ➔ Schaffung von Insolvenzmasse für eine bestmögliche Gläubigerbefriedigung.
- ➔ Erhalt einer Möglichkeit der nachhaltigen Sanierung.

3

Sanierungs- und Abwicklungsszenarien

- Kurzfristige Fortführung bis zur Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens durch die Gläubigerversammlung im **Berichtstermin**, § 157 Abs. 1 InsO;
- Fortführung zur Vorbereitung einer Übertragung des Geschäftsbetriebes auf neuen Unternehmensträger durch **übertragende Sanierung** und der Liquidation des alten Unternehmensträgers;
- Dauerhafte Fortführung zur Aufrechterhaltung der wesentlichen Unternehmenstätigkeit mit dem bestehenden Unternehmensträger im Rahmen eines Insolvenzplans - **fortführende Sanierung**;
- Fortführung zum Zwecke der **Ausproduktion** bzw. des Ausverkaufs mit anschließender Einzelliquidation;

4

Fortführungsentscheidung im vorläufigen Verfahren

- Starker vorläufiger Insolvenzverwalter: Anordnung des Insolvenzgerichts, § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO
- Schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter: allgemeine Sicherungspflicht, Pflicht zur Mitwirkung an Betriebsfortführung und Betriebserhalt.

Ausnahme: Betriebsstilllegung

- faktisch
- mit Zustimmung Insolvenzgericht, Vermeidung einer erheblichen Verminderung des Vermögens, § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO (analog)

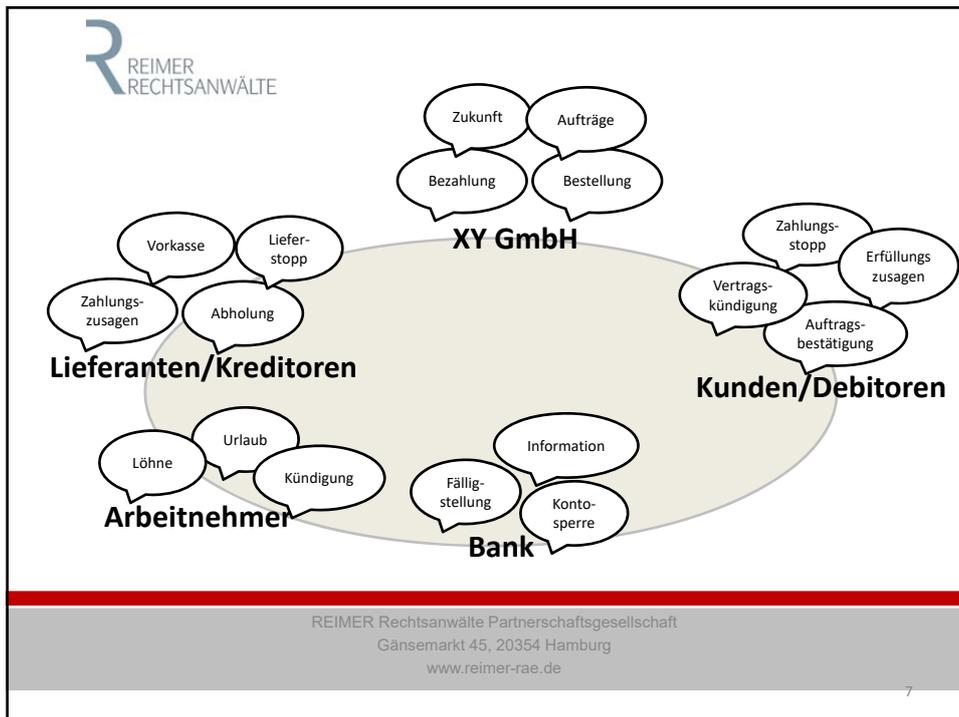
5

Fortführungsentscheidung im eröffneten Verfahren

	Konkrete Sanierungsaussichten	Keine/unklare Sanierungsaussichten
Betrieb rentabel (Finanzplan)	Fortführung	Fortführung/Ausproduktion
Betrieb defizitär (Finanzplan)	Fortführung/Stilllegung	Stilllegung/Ausproduktion

- Entscheidung der Gläubigerversammlung im Berichtstermin, § 157 InsO
- Stilllegung vor Berichtstermin, Zustimmung Gläubigerversammlung, § 158 Abs. 1 InsO
- Untersagung der Stilllegung durch das Gericht, § 158 Abs. 2 InsO

6



7

R REIMER RECHTSANWÄLTE

Liquiditätsbeschaffung/ -sicherung

I. Ebene: Mittelzufluss

Vorfällige Zahlungen / Vorkasse der Kunden
Konsequentes Debitorenmanagement
Verkauf „nicht betriebsnotwendigen“ Vermögens: Verwertungstätigkeit (mit gerichtlicher Zustimmung)
Reduzierung der Bestände: Vorräte und fertige Erzeugnisse

REIMER Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft
Gänsemarkt 45, 20354 Hamburg
www.reimer-rae.de

8

8

Liquiditätsbeschaffung/ -sicherung

II. Ebene: Mittelabfluss

Zahlungsziel mit Lieferanten
Einzelermächtigung / persönliche Haftungsübernahme
Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes
„Ausnutzung“ der Dauerschuldverhältnisse

9

Liquiditätsbeschaffung/ -sicherung

III. Ebene: Massekredite

Unechter Massekredit, insb. bei Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt.
Sicherheitentausch.
Echter Massekredit

10

Umgang mit fortführungsrelevanten Stakeholdern

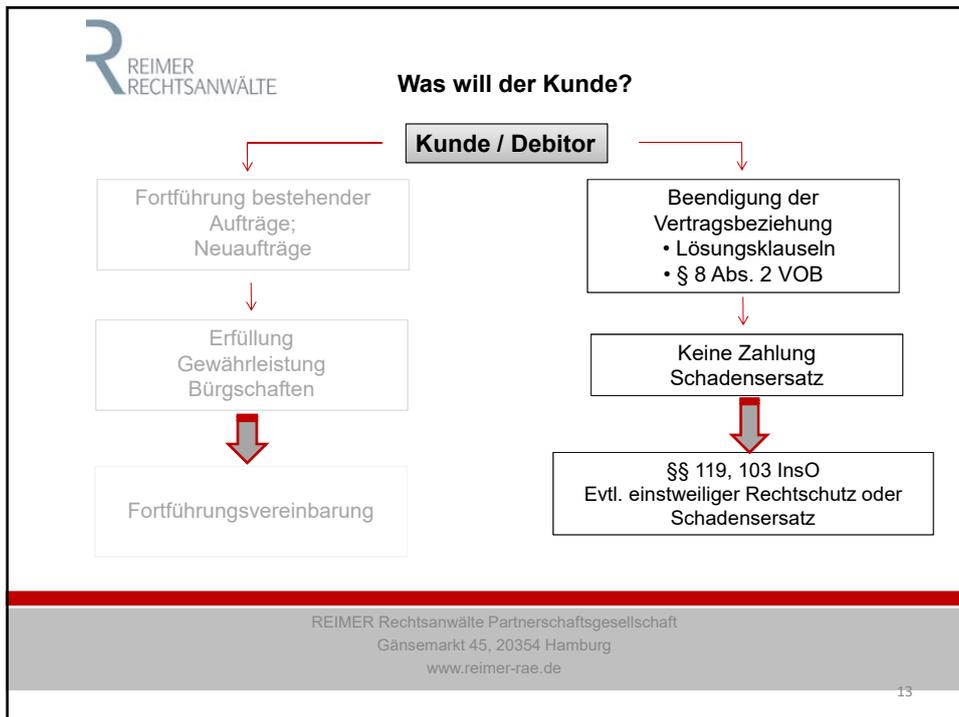
1. Kunden (Auftraggeber)
2. Lieferanten (Auftragnehmer)
3. Banken (Kreditgeber)

11

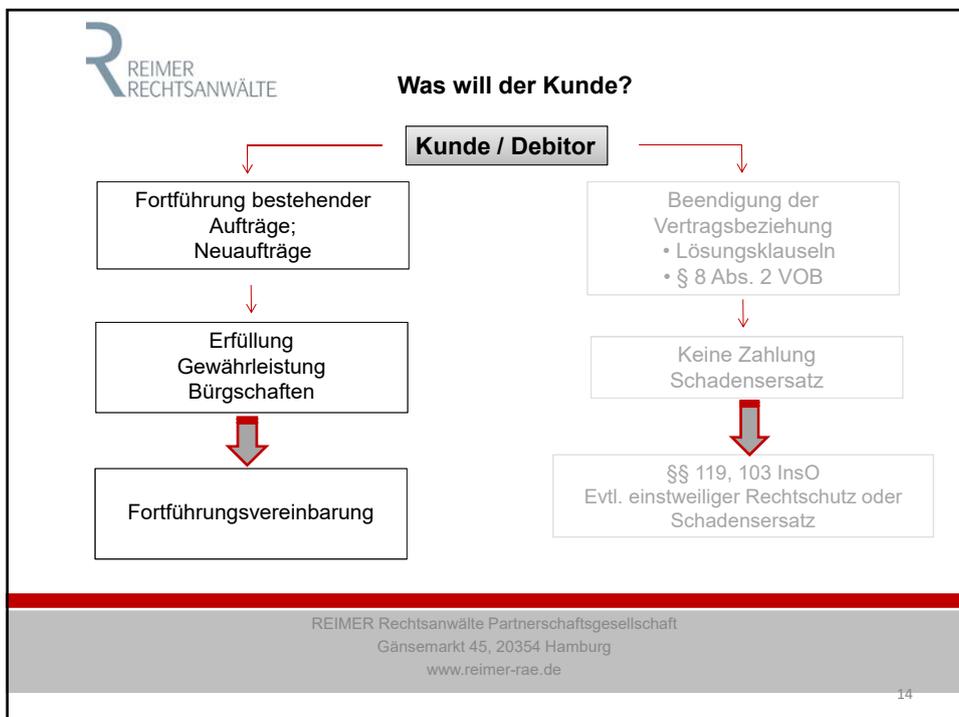
Was will der Verwalter vom Kunden?

- Erhalt der (guten) Kundenbeziehungen - Der Kunde ist König.
- Aufrechnungsverbot
- Abschlagszahlungen

12



13



14

Umgang mit Kunden

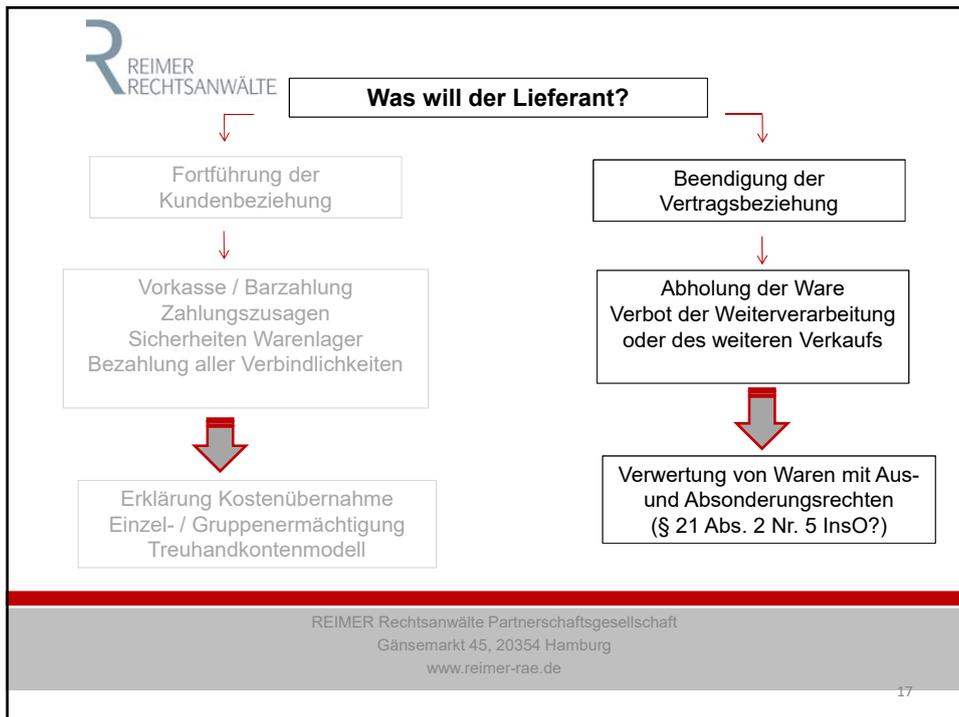
Kunde	Gefährdung	Maßnahmen
Anonymer Massenkunde	Keine persönliche Bindung	Werbung
Bekannter größerer Kundenkreis	Abwerbung durch Konkurrenten	Kundenansreiben mit Fortführungsperspektiven, Sonderaktionen, telefonische oder persönliche Ansprache
Großkunden	Leistungs-/Lieferungs- und Qualitätsstörung	Persönliche Besprechung mit Verwalter, Sonderbehandlung/Sonderkonditionen, Erfüllungs- oder Gewährleistungsgarantien
Spezialkunden (Lizenzgeber, öffentliche Auftraggeber)	Lösungsklauseln den insolventen Betrieb ausschließende Verwaltungsvorschriften	Persönliche Besprechung, evtl. einstweiliger Rechtsschutz analog §§ 112, 119 InsO

15

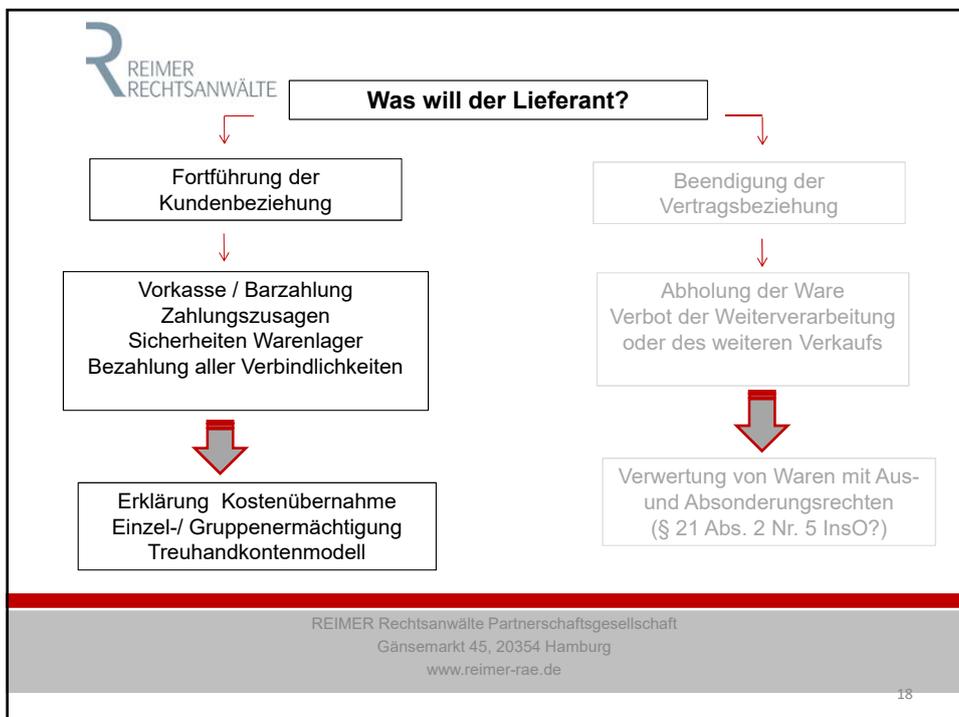
Was will der Verwalter vom betriebsnotwendigen Lieferanten?

- **Fortsetzung der Belieferung**
- **Zahlung auf Ziel**
- **Verbrauch von EV-Ware**

16



17



18

Einzelermächtigung § 22 Abs. 2 InsO

BGH ZInsO 2002, S. 819 ff.

- Nur auf Antrag des (schwachen) vorläufigen Insolvenzverwalters.
- Zwischenbericht über Verfahrensgang und Betriebsfortführung.
- Konkrete Antragsformulierung mit genauer Bezeichnung der Beteiligten.
- Erforderlichkeit u. Angemessenheit der einzugehenden Verpflichtung begründen.
- Liquiditätsplan als Nachweis der Deckung; Haftungsexkulpation, § 61 InsO.
- Nur auf zukünftige Verpflichtungen gerichtet, streitig.
- Projekt- / Gruppenermächtigung; Angaben zum vorauss. Gesamtvolumen.

Treuhandkontenmodell

BGH ZIP 1989, S. 1466 ff.

- Schutz der Weiterlieferanten bei (drohender) Masseunzulänglichkeit.
- Separierte Gelder sind nicht Bestandteil der Insolvenzmasse.

Voraussetzungen:

- Einrichtung eines Treuhandkontos durch den vorläufigen Insolvenzverwalter als natürliche Person oder Dritten.
- Doppeltreuhand für Insolvenzschuldner und Lieferanten.
- Kontospeisung aus Masse oder Zahlungsanweisung an Kunden.
- Anzeige an das Insolvenzgericht (vereinzelt wird Zustimmung des Insolvenzgerichts gefordert).
- Rechnungslegung durch vorläufigen Insolvenzverwalter.
- Treuhandvereinbarung begründet Aus- oder Absonderungsrecht

Verkauf und Verarbeitung von Warenbeständen, Betriebsmitteln und Rohstoffen

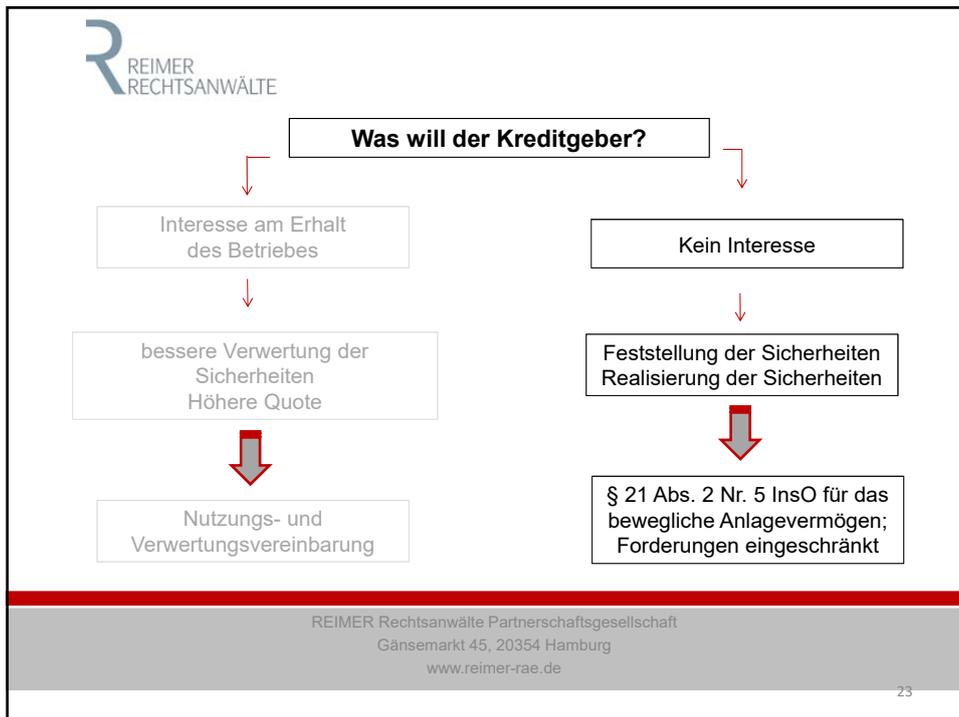
- Verkauf von Waren und Verarbeitung von Rohstoffen grundsätzlich zulässig.
- Einfacher Eigentumsvorbehalt: bei Weiterveräußerung Ersatzaussonderung an dem Kaufpreis gemäß § 48 InsO; bei Verarbeitung kompensationsloser Untergang des Eigentumsrechts.
- Verlängerter Eigentumsvorbehalt: Absonderungsrecht an Kaufpreisforderung bei Vorausabtretungsklausel; Absonderungsrecht an neu hergestellter Sache bei Verarbeitungsklausel .
- Bei Weiterverarbeitungsverbot droht persönliche Haftung des Verwalters.
- Keine Wechselwirkung zwischen Anordnung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO und einfachen Eigentumsvorbehaltsrechten und Weiterverarbeitungsverbot (str.)

21

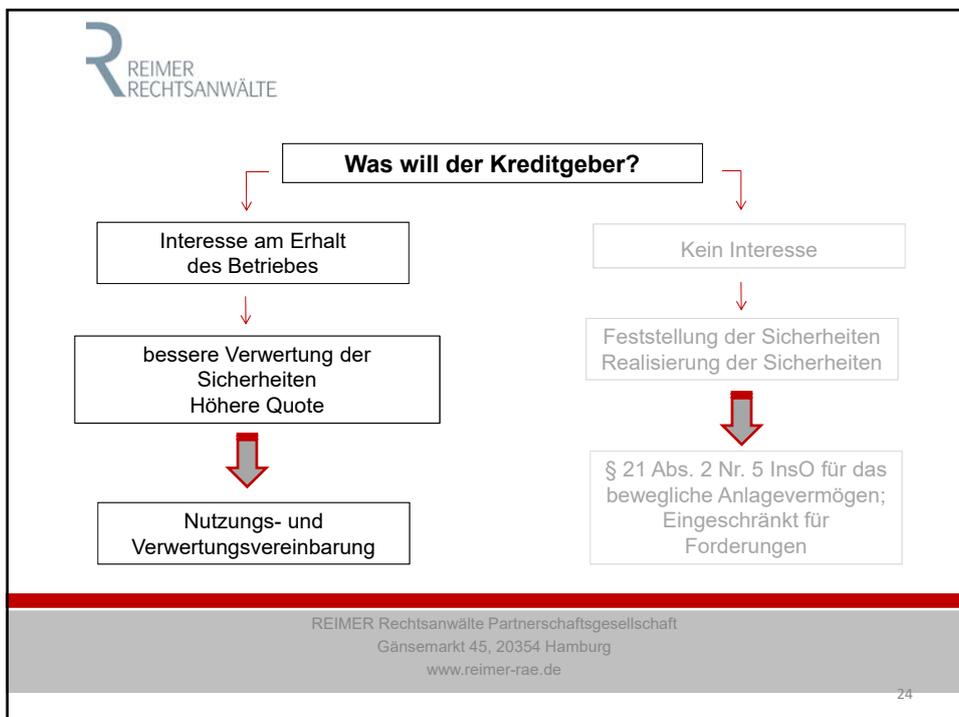
Was will der Insolvenzverwalter vom Kreditgeber?

(unechter) Massekredit
Nutzungsrechte
Freigabe von Sicherheiten
Freigabe anfechtbarer Erlöse

22



23



24

**Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit!**

Viktor von Websky, M.B.A.
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht

Durchfinanzierung, Notwendigkeiten und mögliche Folgen aus Sicht der Kapitalgeber

(Büchler)



Durchfinanzierung –

Notwendigkeiten und mögliche Folgen aus Sicht der Kapitalgeber

RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER

1



18.10.2019 • Heuking Kühn Lüer Wojtek • Dr. Kai Uwe Büchler - Durchfinanzierung

2

2

Mögliche Folgen einer fehlenden Durchfinanzierung aus Sicht der Kapitalgeber

- **Insolvenzanfechtung:**
 - Darlehensrückzahlungen,
 - Sicherheitenbestellungen.
- **„Verlängerung des Todeskampfes“:**
 - **Darlehensvertrag** sittenwidrig und **nichtig** (§ 138 BGB);
 - **Schadensersatzansprüche** von Gläubigern (§ 826 BGB).
- **Zivilrechtliche Schadensersatzhaftung bei Ausreichung neuer Finanzierung:**
Pflichtverletzung des Vorstands/Geschäftsführers/Mitarbeiters zu Lasten seines Arbeitgebers = Kapitalgebers (§ 43 GmbHG; § 93 AktG; Business Judgement Rule).
- **Strafbarkeit:** Anstiftung / Beihilfe zur **Insolvenzverschleppung** (§§ 15a InsO, 26, 27 StGB); Untreue (§ 266 StGB).

3

Notwendigkeit einer planerischen Durchfinanzierung zur Vermeidung einer insolvenzrechtlichen Überschuldung (§ 19 InsO)

- **Überschuldung:**
 - **„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich“** (§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO).
- **Fortführungsprognose:**
 - **„Überwiegend wahrscheinlich“:** Mehr als 50%. „*More likely than not*“.
 - **Subjektiv: Fortführungswille.**
 - **Objektiv: Dokumentiertes aussagekräftiges Unternehmenskonzept** (Ertrags- und Finanzplan).
 - **Durchfinanzierung:** Fähigkeit, alle fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen.
 - **Prognosezeitraum:** Regelmäßig **laufendes und folgendes Geschäftsjahr**. Im Einzelfall auch kürzer oder länger.

4

Planannahmen

- Es handelt sich um eine **planerische** Durchfinanzierung.
- **IDW S 6 Sanierungskonzept** rechtlich **nicht zwingend**; aber sinnvoll.
- Nicht erforderlich ist eine 100%ige Sicherheit, dass sich die Situation später genauso entwickeln wird wie angenommen.
- Einzelne Planungsgrundlagen können der **Einschätzungsprärogative und einem Beurteilungsspielraum der Geschäftsführung** unterliegen, **in folgender Grenze**:
 - Die Einschätzung der Geschäftsführung **muss nachvollziehbar sein**.
 - Rechtlich **erforderlich ist „überwiegend wahrscheinlich“**: Mehr als 50%.
 - Es muss objektiv mehr für als gegen die Planannahme sprechen.
- Sinnvoll daher: **Konkrete Anzeichen, Dokumentation** (Beweislast).
- **Auskömmliche** Finanzierung. Nicht „zu wenig“ finanzieren.

5

Finanzierungsbeiträge

- Erfüllt das Unternehmen die **Marktkonditionen für eine Fremdkapitalfinanzierung**, so ist keine rechtsverbindliche Zusage erforderlich (Mock, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 19 Rn. 222).
- **Finanzierungsbeiträge Dritter, die noch nicht fest zugesagt sind**:
 - Wenn plausibel und Umsetzung **überwiegend wahrscheinlich**.
 - Annahme zulässig, dass die Beteiligten sich **wirtschaftlich vernünftig verhalten werden**, sofern keine anderweitigen Hinweise vorliegen (Schröder, in: Hamburger Kommentar zur InsO, 7. Aufl. 2019, § 19 Rn. 23).
 - Um Verhalten Dritter prognostizieren zu können: **Darstellung der Optionen mit finanziellen Auswirkungen** (Andersch/Philipp, NZI 2017, 782, 783 mit weiteren Nachweisen).
 - **Dokumentation sinnvoll** aus Beweislastgründen.

6

Finanzierungsbeiträge

- Bei beabsichtigter **weiterer Eigenkapitalfinanzierung** ist streitig, ob diese nur berücksichtigt werden darf, wenn sie bereits rechtsverbindlich fixiert wurde (so Mock, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 19 Rn. 222).
- Gegen das Erfordernis einer rechtsverbindlichen Fixierung sprechen die besseren Gründe. Denn für die Fortführungsprognose kommt es auf die **überwiegende Wahrscheinlichkeit der Liquiditätszufuhr** an; so auch IDW S 11, Rn. 64:
 - *„Soll zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit Liquidität zugeführt werden, können auch eingeleitete oder beabsichtigte Maßnahmen, z.B. Gesellschafterdarlehen, Zuzahlungen in das Eigenkapital, Kapitalerhöhungen, **Aufnahme von (Sanierungs-)Krediten etc.**, mit ihren erwarteten Auswirkungen **in den Finanzplan einbezogen werden, wenn diese Maßnahmen hinreichend konkretisiert sind.**“*
 - So auch Fischer, NZI 2016, 665, 672; Goette, DStR 2016, 1752, 1755 f.

7

Spätere Abweichungen

- Die Situation ist auch nach Erstellung eines IDW S 6 Sanierungskonzepts **weiterhin laufend zu überwachen**.
- Die Frage der **Durchfinanzierung ist später neu zu bewerten**, wenn
 - im IDW S 6 Sanierungskonzept genannte **Vorgaben später nicht umgesetzt** werden oder
 - im IDW S 6 Sanierungskonzept genannte **Bedingungen später nicht eintreten** oder
 - **Planannahmen sich später anders** entwickeln oder
 - **nachträglich bessere Erkenntnisse** eintreten oder
 - sich das **Marktgeschehen** ändert.
- Ggf. ist das IDW S 6 Sanierungskonzept zu aktualisieren bzw. fortzuschreiben.
- Die **Fortführungsprognose** kann auch später wieder **wegfallen**.
- **Eingeschränkte Kündbarkeit** eines Überbrückungs-/Sanierungskredits.
- **Milestones** vereinbaren, die Kündbarkeit erlauben.

8

Unsere Praxisgruppen

- Arbeitsrecht
- Banking & Finance
- Energie
- Gesellschaftsrecht/M&A
- Health Care, Pharma & Life Sciences
- Immobilien & Bau
- Investmentfonds
- IP, Media & Technology
- Kapitalmarktrecht
- Kartellrecht
- Öffentlicher Sektor und Vergabe
- Private Clients
- Private Equity/Venture Capital
- Prozessführung/Schiedsgerichtsbarkeit
- Restrukturierung**
- Steuerrecht
- Transport, Verkehr & Infrastruktur
- Versicherungsrecht/Rückversicherungsrecht
- Vertriebsrecht
- Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Kai Uwe Büchler



Dr. Kai Uwe Büchler
Salaried Partner

Prinzregentenstraße 48
80538 München
T +49 89 540 31 227
F +49 89 540 31 527
k.buechler@heuking.de

Tätigkeitsbereiche

- Insolvenzrecht
- Restrukturierung
- Corporate / M&A

Ausbildung und frühere Tätigkeiten

- Rechtsanwalt in einer Kanzlei mit Schwerpunkt Wirtschaftsstrafrecht (2012-2013)
- Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Universität Mannheim in den Bereichen Zivilrecht, Zivilverfahrensrecht, Internationales Privatrecht sowie Medizinrecht (2007-2012)
- Referendariat am OLG Zweibrücken
- Studium in Mannheim (1999-2004)

Sonstiges

- Lehrbeauftragter an der Universität Mannheim (Studiengang Unternehmensjurist/in)

Unsere Standorte



11

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

www.heuking.de

Berlin

Kurfürstendamm 32
10719 Berlin
T +49 30 88 00 97-0
F +49 30 88 00 97-99

Düsseldorf

Georg-Glock-Straße 4
40474 Düsseldorf
T +49 211 600 55-00
F +49 211 600 55-050

Hamburg

Neuer Wall 63
20354 Hamburg
T +49 40 35 52 80-0
F +49 40 35 52 80-80

München

Prinzregentenstraße 48
80538 München
T +49 89 540 31-0
F +49 89 540 31-540

Brüssel

Rue Froissart 95
1040 Brüssel/Belgien
T +32 2 646 20-00
F +32 2 646 20-40

Chemnitz

Weststraße 16
09112 Chemnitz
T +49 371 38 203-0
F +49 371 38 203-100

Frankfurt

Goetheplatz 5-7
60313 Frankfurt am Main
T +49 69 975 61-415
F +49 69 975 61-200

Köln

Magnusstraße 13
50672 Köln
T +49 221 20 52-0
F +49 221 20 52-1

Stuttgart

Augustenstraße 1
70178 Stuttgart
T +49 711 22 04 579-0
F +49 711 22 04 579-44

Zürich

Bahnhofstrasse 69
8001 Zürich/Schweiz
T +41 44 200 71-00
F +41 44 200 71-01

12

Aktuelle geopolitische Entwicklungen und deren Auswirkungen auf Transaktionen und Investitionen

(Kallmorgen)

**Deutsche Unternehmen im Haftungsrisiko
- Menschenrechts- und Compliance-Verstöße im Ausland -
Im Fokus deutscher Gerichte**

(Bomsdorf)



Deutsche Unternehmen im Haftungsrisiko –
Menschenrechts- und Compliance-Verstöße
im Ausland – Im Fokus deutscher Gerichte

11. Österberg-Seminar – Tübingen, 18.10.2019

Dr. Tobias Bomsdorf, CMS Hasche Sigle

1

1

Inhalt

- I. Einführung**
- II. Hintergrund für Klagen vor ausländischen Gerichten und bisherige Praxis
- III. Die Haftung vor deutschen Gerichten
 - 1. Überblick über die Anspruchskonstellationen
 - 2. Zuständigkeit deutscher Gerichte
 - 3. Das anwendbare Recht
 - 4. Die Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen
- IV. Entwicklungen
- V. Präventive Maßnahmen zur Haftungsvermeidung

2

2

I. Einführung



Schuldenerbebt nicht über die Strafen
Shell zahlt 70 Millionen Euro an Bauern im Niger-Delta
500.000 Bauern ist versprochen das Niger-Delta, nun muss Shell zahlen. Das werden sich erweckende der Energiekonzern betreffende Bauern und Fischer.



Deutsche Firmen missachten Menschenrechte im Ausland
US in Mexiko, Kolumbien oder Kenia: Wenn deutsche Konzerne im Ausland Geschäfte machen, missachten sie häufig die Menschenrechte. Das zeigt eine neue Studie.

Schmerzensgeldansprüche gegen Kik verjährt



Bei einem Brand in einer Textilfabrik im pakistanischen Karachi starben 2012 288 Menschen. Der Discounter Kik hat dort Jeans hergeig. Einige Ansprüche Überlebender und Angehöriger sind jedoch auch nach Einschätzung des OLG Hamm verjährt.

3

I. Einführung

Frankreich

Wer Menschenrechte verletzt, soll büßen

Frankreich macht Unternehmen haftbar für unverantwortliche Geschäftspraktiken im Ausland – als erstes Land in Europa. Die deutsche Regierung könnte ebenso mutig sein.

Ein Gastbeitrag von Philipp Wesche

28. Februar 2017, 16:36 Uhr | 22 Kommentare



Eine Arbeiterin, für die Eltern die kleine Pinar-Gebäude überlebt hat, in einem Fabrikarbeiterinnen (Arbeitskräfte) © Andrew Jones/Reuters

Fabrikeinsturz zwingt H&M und Zara zu Zugeständnissen

Mehr als 1100 Menschen starben bei einem Fabrikeinsturz in Bangladesch, das Unglück verurteilte Textil-Konzern unter H&M, H&M und Zara wollen nun sich plötzlich um die Arbeiter.

NEUES GÜTESIEGEL

Der „Grüne Knopf“ stößt in der Textilbranche auf Skepsis

Entwicklungsminister Müller will sozial und ökologisch korrekte Kleidung mit einem neuen Siegel adeln. Doch die Branche sieht Verbesserungsbedarf.

Explosion in Bangladesch: Berstender Dampfkessel tötet Textilarbeiter

Ein gewaltiger Donnerschlag erschüttert die Millionenmetropole Dhaka: In einer Textilfabrik in Bangladesch hält ein Dampfkessel dem Druck nicht mehr stand. Dach und Außenwände der Firma, die auch für Aldi produziert, stürzen ein.

4

Inhalt

- I. Einführung
- II. Hintergrund für Klagen vor ausländischen Gerichten und bisherige Praxis**
- III. Die Haftung vor deutschen Gerichten
 1. Überblick über die Anspruchskonstellationen
 2. Zuständigkeit deutscher Gerichte
 3. Das anwendbare Recht
 4. Die Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen
- IV. Entwicklungen
- V. Präventive Maßnahmen zur Haftungsvermeidung

5

II. Hintergrund für Klagen vor deutschen Gerichten und bisherige Praxis

- Globale Liefer- und Wertschöpfungskette: Verlagerung und Auslagerung der Produktionsstätten deutscher Unternehmen in Niedriglohnländer
- Im Schadensfall wollen die Geschädigten (Arbeitnehmer u.a.) jedoch nicht (nur) gegen das "unmittelbar" verantwortliche Unternehmen im eigenen Land vorgehen:
 - Instabilität der heimischen Rechtssysteme und kaum Rechtssicherheit
 - Mangelnde Solvenz der unmittelbar Verantwortlichen
 - Geltendmachung der Ansprüche durch NGOs, die durch Klagen vor den Gerichten der Industriestaaten auch politisch und moralisch Aufmerksamkeit schaffen wollen
- Bisher Erhebung derartiger Klagen vorwiegend in den USA auf Basis des Alien Tort Claims Act (ATCA), aber: starke Einschränkung des Anwendungsbereiches des Gesetzes durch den US Supreme Court in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* (2013).
- Folge: Kläger suchen neue Gerichtsstände

6

Inhalt

- I. Einführung
- II. Hintergrund für Klagen vor ausländischen Gerichten und bisherige Praxis
- III. Die Haftung vor deutschen Gerichten**
 1. Überblick über die Anspruchskonstellationen
 2. Zuständigkeit deutscher Gerichte
 3. Das anwendbare Recht
 4. Die Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen
- IV. Entwicklungen
- V. Präventive Maßnahmen zur Haftungsvermeidung

7

III. Die Haftung vor deutschen Gerichten

- Überblick über die Anspruchskonstellationen



- Anknüpfungspunkte für eine Haftung des deutschen Unternehmens:
 - Haftung aus eigenem Verschulden: Eigene Pflichtverletzung durch aktives Handeln oder Unterlassen
 - Durchgriffshaftung: Einstehenmüssen für Rechtsgutsverletzung des Verursachers

8

III. Die Haftung vor deutschen Gerichten

- **Zuständigkeit der deutschen Gerichte**
 - Das verklagte Unternehmen hat seinen Sitz in Deutschland
 - Zuständigkeit regelmäßig gegeben, da Gesellschaften und juristische Personen stets vor den Gerichten des Staates verklagt werden können, in dem sie ihren satzungsmäßigen Sitz haben (Art. 4 Abs. 1, 63 Abs. 1 lit. a EuGVVO)
 - Das verklagte Unternehmen hat seinen Sitz außerhalb der EU
 - Zuständigkeit deutscher Gerichte nur ausnahmsweise: Gemäß § 23 ZPO kann die Gesellschaft vor deutschen Gerichten verklagt werden, wenn sie über Vermögen in Deutschland verfügt und ein hinreichender Inlandsbezug vorhanden ist (selten der Fall)
 - Außerdem: § 32 ZPO, soweit im Fall deliktischer Handlungen Deutschland wahlweise als Handlungs- oder Erfolgsort in Betracht kommt

III. Die Haftung vor deutschen Gerichten

- **Anwendbares Recht**
 - In der Regel kein vertragliches Verhältnis zwischen den Geschädigten (z.B. Arbeitnehmer des ausländischen Unternehmens) und dem dt. Unternehmen
 - Relevant sind deliktsrechtliche Ansprüche: Gemäß Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO ist deshalb das Recht des Staates anwendbar, in dem der Schaden eingetreten ist
 - Nur im Ausnahmefall Anwendung deutschen Rechts
 - "Ausweichklausel" in Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO ("offensichtlich engeren Verbindung")
 - Bereichsausnahme für Umweltschäden in Art. 7 Rom II-VO
 - Art. 26 Rom II-VO ("*ordre public*-Klausel"), wenn ausländisches Sachrecht gegen elementare Grundsätze der deutschen Rechtsordnung verstößt und der Sachverhalt einen hinreichenden Inlandsbezug aufweist
 - Konsequenz: Vor den deutschen Gerichten ist regelmäßig nach ausländischem Recht zu entscheiden. Einführung in das Verfahren durch Sachverständigen-Gutachten (im KiK-Verfahren wurde z.B. ein Gutachten zum pakistanischen Recht eingeholt. Ergebnis: Anspruch verjährt)

III. Die Haftung vor deutschen Gerichten

- Die Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen
 - Nationale Deliktsrechte sind nicht identisch, aber allgemeine Kategorien der deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit identifizierbar
 - Keine unmittelbare Haftung der Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen, denn völkerrechtliche Pflichten zur Achtung und zum Schutz der Menschenrechte binden in der Regel nur die Staaten
 - Für Unternehmen existiert völkerrechtliches "*soft law*": nicht rechtsverbindlich, Einhaltung erfolgt nur auf Grundlage einer freiwilligen Selbstverpflichtung
 - Beispiel: **UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte**



III. Die Haftung vor deutschen Gerichten

- In Randbereichen auch für Unternehmen verbindliche Regelungen; Beispiel: CSR-Richtlinie der EU 2014/95/EU vom 22. Oktober 2014
 - Anwendungsbereich: "Große Unternehmen von öffentlichem Interesse"
 - Inhalt: Verpflichtung zur Abgabe einer nichtfinanziellen Erklärung über Nachhaltigkeitsbelange (erforderlich: Angaben zu Umwelt-, Sozial- und Arbeitnehmerbelangen, zur Achtung der Menschenrechte und Bekämpfung von Korruption und Bestechung; auch im Hinblick auf die Geschäftsbeziehungen der Unternehmen)
 - Rechtsnatur: rechtsverbindlich; fehlerhafte Erklärung führt mangels Außenwirkung aber nicht zu Schadensersatzansprüchen
 - Im Endeffekt also Verpflichtung zur menschenrechtlichen Risikoanalyse des Geschäftsmodells, aber keine "harte" Verpflichtung zur Achtung der Menschenrechte, die rechtlich durchsetzbar wäre

III. Die Haftung vor deutschen Gerichten

- § 823 BGB: Deliktische Generalklausel ("Analoge" Gedanken)
 - Geschützte Rechtsgüter: Nicht Menschenrechte an sich, konkrete Verletzung der absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 erforderlich (hier insbesondere Leib, Leben und Eigentum)
 - Eigene Sorgfaltspflichtverletzung des verklagten Unternehmens erforderlich
 - Unternehmensorganisationspflicht: Pflicht, zur Schaffung einer betrieblichen Organisation, die die Verletzung absoluter Rechte weitestgehend ausschließt; aber: grds. Beschränkung auf die Sphäre des eigenen Unternehmens
 - Pflicht zur Kontrolle einer Gefahrenquelle: Entsprechende Auswahl und Kontrolle des Zulieferers bzw. der Tochtergesellschaft erforderlich?
 - Aber: Vertrauensgrundsatz → bei Wahl des eigenen Sorgfaltsniveaus darf grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass sich alle anderen sorgfaltsgemäß verhalten (gilt nicht unbeschränkt, Fähigkeit zum eigenverantwortlichen Handeln vorausgesetzt)
 - Keine allgemeine Rechtspflicht, andere vor Schäden zu bewahren
 - Begründung einer Verkehrspflicht über die Schaffung einer Gefahrenquelle, bei der Produktion im Ausland schafft allein das produzierende ausländische Unternehmen die Gefahrenquelle
 - Höchstens bei Tochterunternehmen wegen bestehender Einflussmöglichkeiten begründbar (vgl. *Chandler v. Cape* (2012))
 - Haftung durch freiwillige Selbstverpflichtungen (Beispiel: Code of Conduct), aber: Außenwirkung?

13

III. Die Haftung vor deutschen Gerichten

- § 831 BGB: Haftung für den Verrichtungsgehilfen (= das ausländische Unternehmen)
 - Kriterien für die Verrichtungsgehilfeneigenschaft: Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit
 - Ausländisches Unternehmen ist rechtlich selbstständig, eine Weisungsgebundenheit kommt höchstens bei Tochtergesellschaften in Betracht
 - Möglicherweise faktische Abhängigkeit über einen großen Einfluss der dt. Unternehmen begründbar (dt. Unternehmen als Hauptkunden, arbeiten hauptsächlich für sie)
 - In großen Unternehmen: Exkulpation durch dezentralen Entlastungsbeweis möglich
- Fazit zur Haftungswahrscheinlichkeit
 - Bisher ist das Haftungsrisiko bei "Konzernklagen" höher einzuschätzen als bei "Zuliefererklagen", da die Muttergesellschaft in der Regel mehr Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft hat, als ein Abnehmer auf seinen Zulieferer
 - Aktuelle Tendenzen zur Verrechtlichung und somit Ausformung und Konkretisierung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten der Unternehmen in Bezug auf das Verhalten Dritter durch staatliche Gesetze, die im Rahmen der Erfüllung der völkerrechtlichen Schutzpflicht erlassen werden, machen eine Haftung immer wahrscheinlicher

14

Inhalt

- I. Einführung
- II. Hintergrund für Klagen vor ausländischen Gerichten und bisherige Praxis
- III. Die Haftung vor deutschen Gerichten
 1. Überblick über die Anspruchskonstellationen
 2. Zuständigkeit deutscher Gerichte
 3. Das anwendbare Recht
 4. Die Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen
- IV. Entwicklungen**
- V. Präventive Maßnahmen zur Haftungsvermeidung

15

IV. Entwicklungen

- Vermehrte Einbindung von NGOs zur Prozessfinanzierung und Prozessorganisation, was Klagen in den Industriestaaten überhaupt erst möglich machen
- Erstarbung einer Klageindustrie finanziert durch Hedge-Fonds
- Gezielte Hetzkampagnen gegen Unternehmen unter dem Deckmantel der Gemeinnützigkeit ("Bahlsen-Fall")
- Nationaler Aktionsplan "Wirtschaft und Menschenrechte" der Bundesregierung zur Umsetzung der UN-Leitprinzipien
- Mögliche Hindernisse:
 - Kein Sammelklageverfahren
 - Beweiserlangungsschwierigkeiten für Kläger (keine "Discovery")
 - Kläger aus dem Nicht-EU-Ausland müssen auf Verlangen Prozesskostensicherheit leisten

16

IV. Entwicklungen

- Entwicklungen in anderen Ländern:
 - Frankreich: "Gesetz über die Sorgfaltspflicht der Muttergesellschaften und der auftraggebenden Unternehmen"
 - Vereinigtes Königreich: Modern Slavery Act
 - Schweiz: Gesetzesentwurf der Konzernverantwortungsinitiative
 - Einführung einer Unternehmensstrafbarkeit (Spanien, Österreich, Schweiz)

17

Inhalt

- I. Einführung
- II. Hintergrund für Klagen vor ausländischen Gerichten und bisherige Praxis
- III. Die Haftung vor deutschen Gerichten
 1. Überblick über die Anspruchskonstellationen
 2. Zuständigkeit deutscher Gerichte
 3. Das anwendbare Recht
 4. Die Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen
- IV. Entwicklungen
- V. Präventive Maßnahmen zur Haftungsvermeidung**

18

V. Präventive Maßnahmen zur Haftungsvermeidung

- Ziel sollte sein: Einhaltung von Mindeststandard ("No-Gos")
 - Einhaltung "europäischer Standards" nicht erforderlich
 - Kontrollmöglichkeiten durch lange Lieferketten faktisch begrenzt
- Mögliche Maßnahmen
 - Zunehmende freiwillige Umsetzung "europäischer Standards"
 - Verpflichtung der Zulieferer zur Einhaltung von Verhaltenskodizes
 - Einschaltung von Zertifizierungsunternehmen zur Überprüfung der Einhaltung der Standards ("Audits")
 - "Null-Toleranz"-Politik gegenüber Zulieferern, die entsprechende Mindeststandards nicht einhalten
- Wichtig: Immer nur Verpflichtung zu solchen Kontrollen eingehen, die tatsächlich eingehalten werden können
- Die von Unternehmen geforderten Maßnahmen zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen werden sich in den nächsten Jahren ständig weiter konkretisieren ("fließender Prozess")

19

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!



Dr. Tobias Bomsdorf
Rechtsanwalt | Partner

CMS Hasche Sigle
Neue Mainzer Straße 2 - 4
60311 Frankfurt am Main

T +49 69 71 701 119
F +49 69 71 701 40443
E tobias.bomsdorf@cms-hs.com

20



Law-Tax
Ihr kostenloser juristischer Online-Informationssdienst.

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu
vollständigen juristischen Themen.
cms-lawnow.com



Law-Tax
Ihre juristische Online-Bibliothek.

Profunde internationale Fachrecherche
und juristisches Expertenwissen nach Maß.
e-guides.cmlegal.com

Dieses Dokument stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen
anzusprechen. Es erhebt keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit und die in ihm enthaltenen In-
formationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der
hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren
Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind
in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Hongkong, Moskau, Peking und Shanghai
für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen
wirtschaftlichen Interessensvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS EEIG ist
nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jewei-
ligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige
Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen.
CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozialitäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und
Unterlassungen. Der Markenname „CMS“ und die Bezeichnung „Sozialität“ können sich auf einzelne oder alle
Mitgliedssozialitäten oder deren Büros beziehen.

CMS-Standorte:

Abschere, Alger, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brüssel,
Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Funchal, Genf, Glasgow,
Hamburg, Hongkong, Istanbul, Kiew, Köln, Lissabon, Lima, Lissabon, Ljubljana, London, Luanda, Luxemburg,
Lyon, Madrid, Mailand, Manchester, Manila, Mexiko-Stadt, Moskau, München, Paris, Peking,
Prag, Reading, Rio de Janeiro, Rom, Santiago de Chile, Saragossa, Sevilla, Shanghai,
Sheffield, Singapur, Skopje, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Wanchau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, IAG Charlottenburg,
PR 316 B, Linde der Partner: s. Website.

cms.law

© CMS Hasche Sigle

Unternehmensleitung und künstliche Intelligenz aus Sicht des Gesellschaftsrechts

(Kiefner)

Unternehmensleitung und künstliche Intelligenz aus Sicht des Gesellschaftsrechts **Herausforderungen und Chancen**

Österberg-Seminar in Tübingen am 18. Oktober 2019

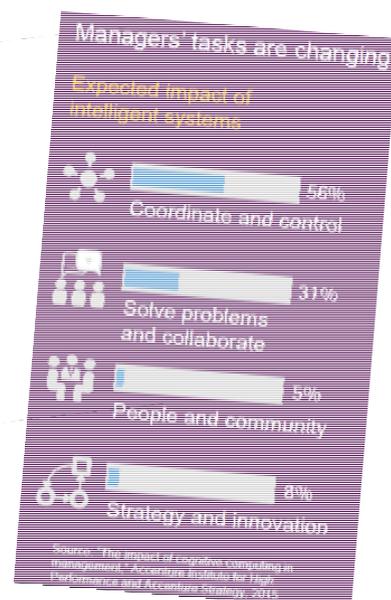
Dr. Alexander Kiefner

0

Zukunftsmusik oder baldige Realität?

Investmentfirma in Hong Kong beruft erstmals Roboter in den Vorstand

Leider stand das frisch berufene
Vorstandsmitglied trotz seines erfreulichen
Karrieresprungs nicht für Interviews zur
Verfügung.



1

Digitalisierung und Gesellschaftsrecht

Elektronische Kommunikation
als Herausforderung für
den Gesetzgeber –
EU Company Law Package

Digitalisierung als
neue Risikoquelle und
Compliance-Aufgabe
(Cyber-Risk-Management
und -compliance)

Thema heute:
Big Data & Artificial Intelligence (Künstliche Intelligenz)
(„BDAI“)
und Entscheidungsprozesse im Unternehmen

2

2

Zwei Universitätsprofessoren im persönlichen Gespräch

*„Alter Wein in
neuen Schläuchen“*

*„Auf lange Sicht
wird die KI auch
das GesR
grundlegend
verändern“*

3

3

Anwendungsbeispiele für BDAI

4

Anwendungsbeispiele BDAI (1/2)

- Sicherheit/Überwachung/Militär
 - „Robocop“ – ein autonomer Polizeiroboter der Polizei Dubai
 - „predictive policing“ – Kriminalitätsprognosen zur Erhöhung der Sicherheit in öffentlichen Räumen
 - Drohnen zur Überwachung und als militärische Waffe
- Ressourcen-/Mitarbeitereinsatz
 - Automatisierte Steuerung der Administration von Arbeitsaufträgen an Mitarbeiter
 - Vorausschauende Wartung von Maschinen im Einsatz bei Kunden
 - Automatisierte Beurteilung von Schadensfällen in der Versicherungswirtschaft

5

5

Anwendungsbeispiele BDAI (2/2)

- Mobilität/Transport
 - Autonome Fahrzeuge und Fahrassistenzsysteme
 - Lieferdrohnen
- Kommunikation
 - Automatisierte Erfassung/Verarbeitung von Kundenkorrespondenz
 - Intelligente Bildverarbeitung zur Verkaufsunterstützung
 - Recruiting und Kundenkommunikation mithilfe von Chatbots

6

6

Was ist AI/KI?

“Since unambiguity is one of the pillars of any legislation, the first aspect policymakers need to address when regulating any new field is definitions. This aspect becomes an actual issue with AI, a term that itself contains ambiguities:

What is intelligence?”

(Pesapane/Volonté et al., Insights Imaging 9 [2018], 745, 746; siehe auch Schuett, Working Paper Goethe University Frankfurt, 2019)

7

7

Begrifflichkeiten

- „Intelligenz ist die Fähigkeit, gesetzte Ziele zu erreichen. **Künstliche Intelligenz** referenziert demnach die Entwicklung von artifiziellen Akteuren, die auch über diese Fähigkeit verfügen.“ (Armour/Eidenmüller, ZHR 183 [2019], 169, 172 in Anlehnung an McCarthy, Stanford University 2007)
- „**Artificial Intelligence** means an intelligent agent. *Agent* means a software system which perceives its environment through sensors and acts upon that environment through actuators. *Intelligence* means the ability to select an action that is expected to maximize a performance measure.“ (Russell/Norvig, Pearson Education, 3rd edition, 2009)

s

8

8

Begrifflichkeiten

- “**Artificial intelligence** is the ability of a digital computer or computer-controlled robot to perform tasks commonly associated with intelligent beings” (Encyclopedia Britannica)
- “**Artificial intelligence** is the theory and development of computer systems able to perform tasks normally requiring human intelligence, such as visual perception, speech recognition, decision-making, and translation between languages.” (Oxford Living Dictionary)
- Weitere häufig fallende Begriffe: Reinforcement Learning, Supervised and Unsupervised Learning, Artificial Neural Networks

9

9

Training von KI-Systemen

- Der Trainingsprozess umfasst grundsätzlich drei Schritte:
 - Training – “Schulung” des Computermodells durch die Einspeisung eines Satzes von “Trainingsdaten”; ggf. Anpassung einzelner Parameter zur Verbesserung der Funktionsgenauigkeit
 - Validierung – Der Algorithmus des trainierten Modells wird durch die Ausführung eines Satzes von Validierungsdaten verifiziert; ggf. Anpassung des Modells zur Verbesserung des Algorithmus
 - Test des KI-Systems mit realen Daten

10

10

Training von KI-Systemen

- (Technische) Voraussetzungen:
 - Akkurate Datensätze
 - leistungsstarke Grafikverarbeitungshardware / spezielle machine-learning Software
 - KI-Programmierer / Entwickler



11

BDAI und Corporate Governance

12

Überblick

1. BDAI als **Entscheidungsgrundlage**
2. BDAI und **Entscheidungsverlagerung**
3. BDAI als rechtlich selbständiger **Entscheidungsträger**
4. Blick in die Glaskugel – (R)Evolution des KapitalGesR?

13

13

BDAI als Entscheidungsgrundlage

14

BDAI & Business Judgement Rule (1/3)

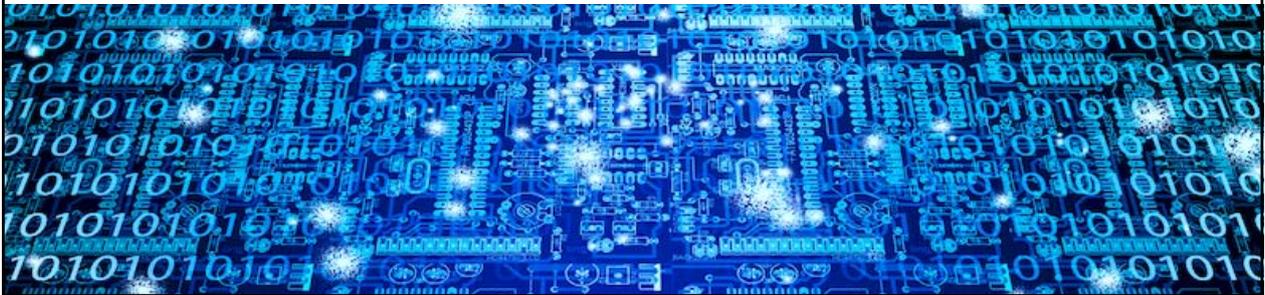
- § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG: Unternehmerische Entscheidungen **auf der Grundlage angemessener Information**
 - **Recht** zur Einbeziehung von Big Data, Algorithmen und künstlicher Intelligenz bei der Informationsbeschaffung
 - Problem: Korrespondierende **Nutzungspflicht?**
 - Im Grundsatz auch insofern **unternehmerisches Ermessen**: Kosten/Nutzen-Abwägung einer ausgiebigen Tatsachenermittlung → abhängig von „konkreter Entscheidungssituation“
 - **Aber**: Je einfacher der Zugriff auf Information, je umfangreicher die zur Verfügung stehenden Daten, desto höher die Anforderungen an einen Verzicht auf Big Data und künstliche Intelligenz

15

15

BDAI & Business Judgement Rule (2/3)

- Gewährleistung der Datenqualität
- Evaluation und Überwachung der Algorithmen / Modelle



16

BDAI & Business Judgement Rule (3/3)

- Verwendung geeigneter Prüfverfahren
 - Problem: **Pflicht zur Plausibilisierung** der durch Big Data & künstliche Intelligenz gewonnenen Informationsgrundlage?
 - Übertragung der ISON-Kriterien? (vgl. BGH, Urteil v. 20.09.2011 – Az. II ZR 234/09)
 - Transparenz und Erklärbarkeit
 - Jedenfalls **kein „blindes Vertrauen“** in die Ergebnisse von Algorithmen
 - Stichprobenartige Kontrollen ↔ Kritische Würdigung im Einzelfall

17

BDAI und Entscheidungsverlagerung

18

Entscheidungsverlagerung

- Verlagerung einzelner Geschäftsführungsentscheidungen auf Algorithmen
- Anwendungsbeispiel:
 - Hochfrequenzhandel & „*Algorithmic Trading*“
 - Ratenkreditvergabe in einer Bank



19

Die arbeitsteilige Unternehmensorganisation Allgemeine Grundsätze (1/2)

- Aufgabenverteilung aufgrund begrenzter Leitungskapazität schlichtweg unumgänglich, aber keine „Flucht“ aus der **Leitungsverantwortung**
- Vorstand kann grds. die ihm zugewiesenen **Geschäftsführungsaufgaben** auf nachgeordnete Hierarchieebenen delegieren (sog. **vertikale Delegation**)
- Keine Delegation von Leitungsentscheidungen



20

Die arbeitsteilige Unternehmensorganisation Allgemeine Grundsätze (2/2)

- **Letztentscheidungskompetenz** verbleibt aber beim Leitungsorgan; grundlegende Leitungsentscheidungen müssen auch zwingend dort getroffen werden
 - Fähigkeit, die Eigenlogik der Algorithmenentscheidung zumindest in Grundzügen zu begreifen („**Algorithmenbeherrschung**“) → Modelle dürfen **keine Blackbox** darstellen → nur so bleibt Vorstand „Herr des Verfahrens“
- **Umfassende Auswahl- und Überwachungspflicht** (Unentrinnbarkeit der Gesamtverantwortung)
- Übergang von der Verantwortung für eigene Entscheidungen zu einer Organisationsverantwortung

21

21

Entscheidungsverlagerung und Organisationsverantwortung (1/2)

- Sorgfaltsmaßstab im Hinblick auf die Organisationsvorkehrungen zur Vermeidung fehlerhafter Algorithmenentscheidungen? (vgl. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG)
- Von Gesetzgebung und Rechtsprechung bislang ungeklärte Frage → weiter Ermessensspielraum bei der Ausfüllung von Organisationspflichten?



22

Entscheidungsverlagerung und Organisationsverantwortung (2/2)

- § 80 Abs. 2 Sätze 3-5 WpHG (zu algorithmischem Wertpapierhandel) analog?
 - Notfallvorkehrungen für technische Störungen
 - Vorbeugung von Missbrauch und unzulässiger Einflussnahme Dritter
 - Dokumentation und Offenlegung
- Aus der Organisationsverantwortung für digitale Technologien folgt umfassende Wissenszurechnung (OLG Hamm, Urteil v. 08.09.2011 – Az. 27 U 36/11)

23

23

Organisationsverantwortung – Beispiel Hochfrequenzhandel

§ 80 Abs. 2 WpHG

[...]

³Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das algorithmischen Handel betreibt, muss über **Systeme und Risikokontrollen verfügen, die sicherstellen, dass**

1. seine Handelssysteme belastbar sind, über ausreichende Kapazitäten verfügen und angemessenen Handelsschwellen und Handelsobergrenzen unterliegen;
2. die Übermittlung von fehlerhaften Aufträgen oder eine Funktionsweise des Systems vermieden wird, durch die Störungen auf dem Markt verursacht oder ein Beitrag zu diesen geleistet werden könnten;
3. **seine Handelssysteme nicht für einen Zweck verwendet werden können, der gegen die europäischen und nationalen Vorschriften gegen Marktmissbrauch oder die Vorschriften des Handelsplatzes verstößt**, mit dem es verbunden ist.

⁴Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das algorithmischen Handel betreibt, muss ferner über wirksame **Notfallvorkehrungen** verfügen, um mit vorgesehenen Störungen in seinen Handelssystemen umzugehen, und sicherstellen, dass seine Systeme vollständig geprüft sind und ordnungsgemäß überwacht werden.

⁵Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen **zeigt** der Bundesanstalt und den zuständigen Behörden des Handelsplatzes, dessen Mitglied oder Teilnehmer es ist, **an, dass es algorithmischen Handel betreibt**.

24

24

Innenhaftung der Unternehmensführung

- Vorstand haftet gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG bei schuldhafter Verletzung der Sorgfaltspflichten im Umgang mit Big Data & AI, z.B. bei:
 - Unzureichender Plausibilitätskontrolle der durch Big Data & AI gewonnenen Informationsgrundlage („blindes Vertrauen“ in deren Arbeitsergebnisse)
 - Verlagerung einer grundlegenden, nicht delegierbaren Leitungsentscheidung auf KI
 - Missachtung der Organisations- und Überwachungspflichten (vgl. § 80 Abs. 2 Sätze 3-5 WpHG) im Umgang mit Big Data & AI

25

25

Außenhaftung des Unternehmens für Fehlentscheidungen?

- **Verschuldenszurechnung** für technisches Versagen gemäß/analog §§ 278, 31 BGB (-), Arg.: keine Verschuldensfähigkeit von Maschinen
- **Gefährdungshaftung** derzeit nur in Einzelbereichen; aber rechtspolitische Diskussion im Gang; bis dahin ggf. § 833 BGB (Tierhalterhaftung) analog?
- WpHG-Organisationspflichten kein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB; Arg.: rein öff.-rechtlicher Natur, bezwecken nicht den Schutz des Einzelnen
- Entwicklung einer „**digitalen Verkehrssicherungspflicht**“?

Außenhaftung des Unternehmens nur nach allgemeinen vertrags- und deliktsrechtlichen Vorschriften bei individuellem Verschulden der menschlichen Akteure und Vorliegen eines Zurechnungstatbestands (§§ 278, 31 BGB)

26

BDAl als rechtlich selbständiger Entscheidungsträger?

27

Zukunftsmusik oder baldige Realität?

Investmentfirma in Hong Kong beruft erstmals Roboter in den Vorstand

Leider stand das frisch berufene
Vorstandsmitglied trotz seines erfreulichen
Karrieresprungs nicht für Interviews zur
Verfügung.

„Ich habe an meinem Vorstandstisch einen leeren Stuhl für Einstein reserviert“

erzählt Konzernchef Marc Benioff (Salesforce.com). Einstein ist ein virtueller Manager. Er nimmt an Vorstandssitzungen teil und ist mit seiner künstlichen Intelligenz in der Lage, riesige Datenmengen aus dem Zehn-Milliarden-Dollar-Konzern zu analysieren.

28

28

BDAI – der „künstliche“ Vorstand?

- § 76 Abs. 3 Satz 1 AktG: **de lege lata** nur natürliche Personen
- Künstliche Intelligenz weder Rechts- noch Haftungssubjekt
 - “The European Parliament calls on the Commission [...] to explore, analyse and consider the implications of all possible legal solutions, such as [...] creating a specific legal status for robots on the long run“ (Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik, 2015/2103 (INL) – zuletzt auch Europäisches Parlament 2019/0081, Nr. 114)
 - „Die Anwendung in der realen Welt kann allein durch den Menschen erfolgen“
BaFin Studie: Big Data trifft auf künstliche Intelligenz, Juni 2018, S. 33

29

29

Blick in die Glaskugel – (R)Evolution des KapitalGesR?

30

Überblick

- Macht die BDAI unser Leben „besser“?
 - Studie zur automatisierten Auswertung von Röntgenaufnahmen Erwachsener mithilfe von künstlichen neuronalen Netzwerken (Annarumma/Withey/Bakewell et.al., Radiology 2019, 291, 196-202)
 - Ein System der künstlichen Intelligenz, das auf der Grundlage eines Datensatzes von 470.388 Röntgenaufnahmen der Brust Erwachsener entwickelt wurde, ist in der Lage, abnormale Röntgenaufnahmen mit kritischen oder dringenden Befunden in Echtzeit zu interpretieren und zu priorisieren.
 - Auswirkungen auf die Patientenversorgung: Abnormale Röntgenaufnahmen mit kritischen Befunden werden im Vergleich zu der derzeitigen Praxis früher (durchschnittlich 2,7 vs. 11,2 Tage) durch einen humanen Radiologen begutachtet.

31

31

Corporate Governance

- Wird die Qualität der Corporate Governance durch BDAI „verbessert“?
 - KI unterliegt keinen „eigenständigen“ Interessenkonflikten
 - Horizontal: Mehrheit-Minderheit
 - Vertikal: Agent-Prinzipal
 - **Aber:** Wer achtet auf die Einhaltung von ethischen Mindeststandards?
 - Siehe hierzu auch Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI, von der Expertengruppe für KI, eingesetzt von der Europäischen Kommission Juni 2018 vom April 2019
 - Amazon: KI zur Bewerbungsprüfung benachteiligte Frauen
 - Vereinbarkeit mit dem deutschen Verständnis des „Unternehmensinteresses“
 - Würde eine KI den Verwaltungssitz nicht in eine Steueroase und die Produktion in ein Niedriglohnland verlegen? Noch Spenden tätigen? „Good corporate citizenship“?
 - Nur Shareholder Value vs Stakeholder Value im neuen Kleid?

32

32

Corporate Governance

- Übermäßige rechtliche Beschränkung des Einsatzes von BDAI?
 - Nach h.M. stetige Plausibilisierung der KI erforderlich
 - KI darf keine Blackbox darstellen
- Grenzen des „Plausibilisierungsmodells“
 - Technisch: Plausibilisierung gar nicht mehr möglich
 - Verzicht/Erschwerung von Einsatzmöglichkeiten bedeutet auch Beschränkung des wohlfahrtstiftenden Nutzens von BDAI
 - Fortentwicklung (auch) des Gesellschaftsrechts als „enabling law“?

33

33

Denkanstöße / Lösungsansätze

- Aufweichen des „anthropozentrischen Leitbilds“?
 - Wer tritt an die Stelle des menschlichem Steuerungselement bei einem Einsatz von KI?
 - Zwar geringere Fehleranfälligkeit – aber keine 100% Sicherheit (z.B. Unfall mit selbstfahrendem Auto)
- „Gesellschaftsrechtliche“ oder „regulatorische“ Lösung?
 - Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts und der Governance?
 - (nur) Regulierung konkreter Formen von BDAI (Zertifizierung/Zulassung, Mindeststandards, Differenzierung nach Einsatzgebieten etc.)?
- Wann schränkt Regulierung durch Gesetzgeber Einsatz von BDAI zu sehr ein?
 - Stichworte: Wettbewerb der Rechtsordnungen; volkswirtschaftlicher Nutzen

34

34

„Selbstfahrende Kapitalgesellschaft“ als Zukunftsvision?

- Wie fern ist die „selbstfahrende Kapitalgesellschaft“? Eidenmüller ZHR 183 (2019) 169, 182
- Fiktive Anwendungsbeispiele:
 - selbstfahrende Taxiflotte im Rechtskleid einer Kapitalgesellschaft
 - Lieferdienst nur durch Drohnen
 - Automatische Ratenkreditvergabe bei Banken
- Mögliche Lösungsansätze:
 - Gefährdungshaftung der Gesellschafter?
 - Diese womöglich sogar verbunden mit einer Pflichtversicherung

35

35

Grenzen des Konzepts „Kapitalgesellschaft“?

- Passt für vorherige Beispiele das Konzept der Kapitalgesellschaft noch?
 - Eigenständiges Rechtssubjekt; Haftungsabschottung; Fremdorganschaft
- Hauptgründe für „Erfindung“ der Kapitalgesellschaft
 - Unternehmerisches Engagement fördern bei zeitgleicher Verhaltenssteuerung über die Haftung der Geschäftsleiter
 - **Bislang:** menschliche Handeln als Anknüpfungspunkt für eine Haftung
 - Folge: auch bei Einsatz von künstlicher Intelligenz stets Plausibilisierung erforderlich
 - **Daneben:** Risikoabschottung für Investoren
 - Anreiz setzen, unternehmerisch tätig zu werden

36

36

Fragen?

37

Vielen Dank!

38

Ihr Kontakt



Dr. Alexander Kiefner

Partner, Frankfurt

T +49 69 29994 0

E akiefner@whitecase.com

39

Geheimnisschutz im Unternehmen seit GeschGehG – vom Stief- zum Sorgenkind

(Pres)

Geheimnisschutz im Unternehmen seit GeschGehG – vom Stief- zum Sorgenkind?

11. Österberg-Seminar
Tübingen, 18.10.2019

1

Agenda

- | | | |
|----|--|--------------------------------------|
| 01 | Know-how und Gefährdungslage | Risikoanalyse im Unternehmen / Fazit |
| 02 | Der Schutz geheimer Informationen
durch das GeschGehG | |

2

01

Know-how-Schutz und
Gefährdungslage

3

Was ist Know-how?

Technisches Wissen

- Konstruktionen
- Materialien, Rezepturen
- Forschungsansätze und -ergebnisse
- Nicht patentierbare oder noch nicht patentierte Erfindungen, technische Verbesserungsvorschläge
- Produktionsprozesse, Fertigungsmethoden
- Software
- Prototypen, Modelle

Kaufmännisches Wissen

- Kundendateien und sonstige Kundeninformationen
- Marketing- und Vertriebskonzepte
- Geschäftsmethoden /-strategien
- Businesspläne
- Interne Kostenstrukturen
- Zuliefererinformationen, Warenbezugsquellen
- Ideen für Produktnamen
- Kosten-/Preisinformationen, Kalkulationslisten

nicht:

Veröffentlichte Designs, Patente,
Gebrauchsmuster

4

Know-how-Schutz vs. Geistiges Eigentum

Know-how-Schutz

Vorteile

- Schutz von nicht als Sonderrechte schutzfähigen Arbeitsergebnissen
- Keine Offenlegung notwendig
- Zeitlich unbegrenzter Schutz

Nachteile

- Sofortiger Schutzverlust bei Offenkundigwerden
- Kein Schutz gegenüber unabhängigen Erfindern
- Kein umfassender Einsatz in Unternehmensfinanzierung möglich
- NEU: Kein Schutz gegen Reverse Engineering !

Traditionelles Geistiges Eigentum

(Patente, Marken, Designs)

- Absolutes Recht, das gegenüber jedermann, auch unabhängigen Erfindern, durchgesetzt werden kann
- Einfache Lizenzierung und Besicherung

- Zeitliche Begrenzung des Schutzes, danach von Dritten kopierbar
- Schon während Schutzdauer von Dritten einsehbar (und jedenfalls für Weiterentwicklungen verwendbar)

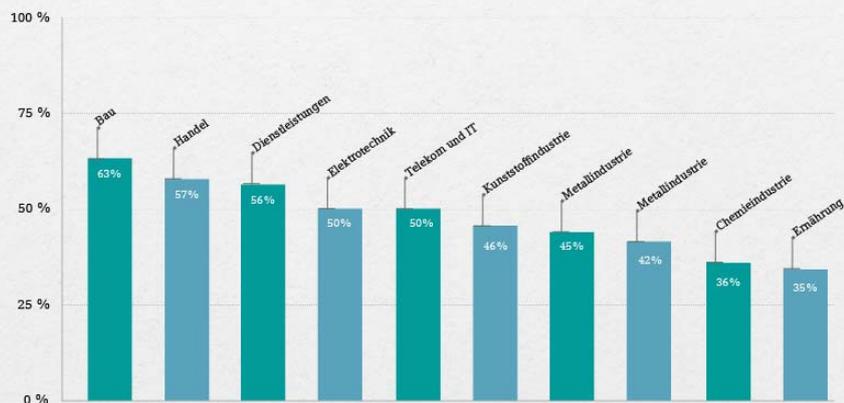
SKW
Schwarz

www.skwschwarz.de
Berlin Düsseldorf Frankfurt/Main Hamburg München

5

Diese Branchen sind besonders von Wirtschaftsspionage betroffen

Innerhalb der letzten fünf Jahre gab es in zwei von drei Baubetrieben mindestens einen entsprechenden Verdachtsfall



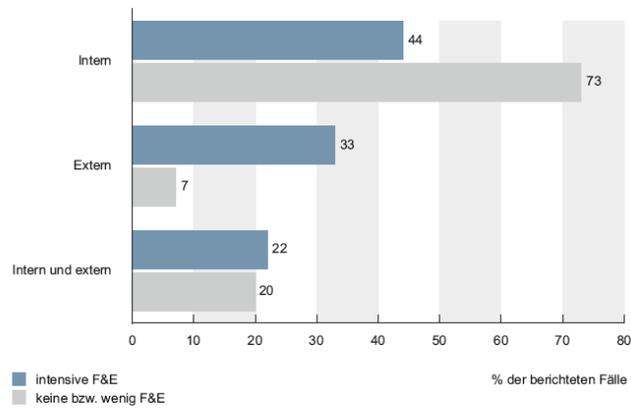
Quelle: Fraunhofer ISI

© 2018 TRIALOG Unternehmerblog |
Weitere Themen unter www.trialog-unternehmerblog.de

SKW
Schwarz

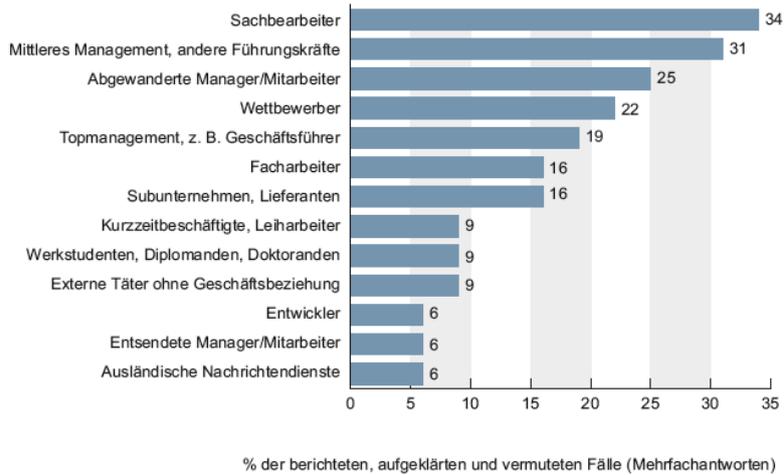
www.skwschwarz.de
Berlin Düsseldorf Frankfurt/Main Hamburg München

6



Quelle: SIFo-Studie 2009/2010 – Know-how-Schutz in Baden-Württemberg

Abbildung 19: Beziehung der Täter zum Unternehmen



Quelle: SIFo-Studie 2009/2010 – Know-how-Schutz in Baden-Württemberg

Abbildung 20: Position des Täters

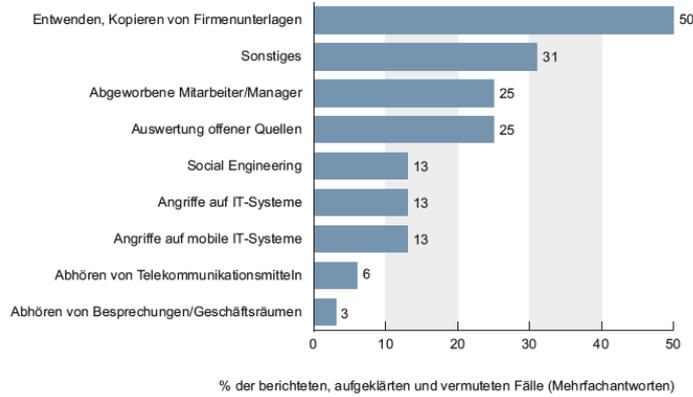


Abbildung 17: Art der Tatbegehung bei Fällen von Spionage

Quelle: SIFo-Studie 2009/2010 – Know-how-Schutz in Baden-Württemberg

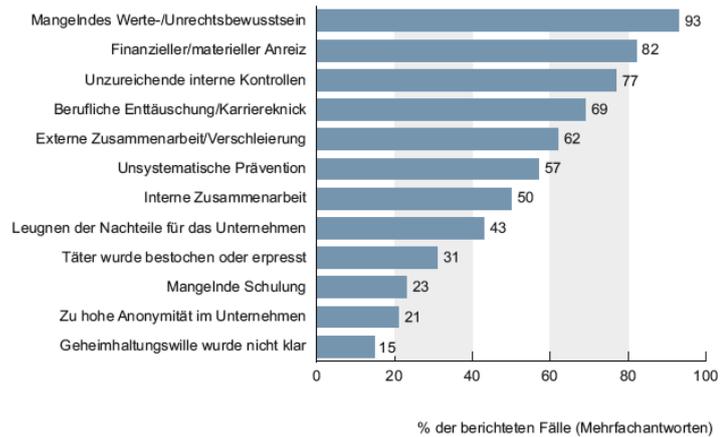


Abbildung 21: Tatgründe der internen Täter

Quelle: SIFo-Studie 2009/2010 – Know-how-Schutz in Baden-Württemberg



11

, 2 Nr. 1 GeschGehG – Was ist ein Geschäftsgeheimnis ?

1. Geschäftsgeheimnis eine Information,

b) die Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist

Welche Arten von Geheimhaltungsmaßnahmen konkret erfolgen müssen, hängt von der Art des Geschäftsgeheimnisses im Einzelnen und den konkreten Umständen der Nutzung ab. In Betracht kommen sowohl physische Zugangsbeschränkungen und Vorkehrungen wie auch vertragliche Sicherungsmechanismen. (BT-Drs. 19/4724, S. 24)

12

Angemessene Maßnahmen

- *Es ist nicht erforderlich, jede geheim zu haltende Information gesondert zu kennzeichnen, sondern es können grundsätzlich Maßnahmen für bestimmte Kategorien von Informationen ergriffen werden (zum Beispiel technische Zugangshürden) oder durch allgemeine interne Richtlinien und Anweisungen oder auch in Arbeitsverträgen vorgegeben werden.*
- *Bei der Wertung der Angemessenheit der Schutzmaßnahmen können insbesondere berücksichtigt werden: der Wert des Geschäftsgeheimnisses und dessen Entwicklungskosten, die Natur der Informationen, die Bedeutung für das Unternehmen, die Größe des Unternehmens, die üblichen Geheimhaltungsmaßnahmen in dem Unternehmen, die Art der Kennzeichnung der Informationen und vereinbarte vertragliche Regelungen mit Arbeitnehmern und Geschäftspartnern. Die Pflicht zu den Umständen angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen trifft auch Lizenznehmer, die ebenfalls Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses sein können. (Bt-Drs. 19/4724, S. 25).*

Angemessene Maßnahmen

Was können angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen sein?

Organisatorisch

- Sensible Informationen verschlossen aufbewahrt
- Zutritt zum Werksgelände nur mit Werksausweis möglich
- Einführung des need-to-know-Prinzips
- Dokumentation der Know-how-Übergabe

Technisch (IT)

- elektronische Zugangssperren, abgesicherte Netzwerkarchitektur
- Firewall, Überwachung von Gateways
- Gewährung Zugang nach „least privilege principle“
- Verbot Speicherung privater Daten auf dem Dienst-PC

Rechtlich

- Wettbewerbsverbote
- Verschwiegenheitsklauseln
- tatsächlich gelebte Vertragspraxis (!)
- Dokumentation der Geheimhaltungsmaßnahmen

Umsetzung angemessener – technisch/organisatorischer – Maßnahmen

Kategorisierung

Kategorie 1	<ul style="list-style-type: none">• allgemein wettbewerbsrelevante Information• Schutzmaßnahmen X, Y, Z
Kategorie 2	<ul style="list-style-type: none">• für Unternehmensstrategie bedeutsame Information• Schutzmaßnahmen U, V, W, X, Y, Z
Kategorie 3	<ul style="list-style-type: none">• „Kronjuwelen“• Schutzmaßnahmen A - Z

Umsetzung angemessener – rechtlicher – Maßnahmen

Arbeitsverträge

Catch-All-Klauseln sind unwirksam:

„Ich verpflichte mich hiermit, alle mir während meiner Tätigkeit bei der Firma (...) bekannt werdenden Geschäftsvorfälle, betrieblichen und finanziellen Verhältnisse, technischen Neuerungen, Verbesserungen und Erfindungen streng geheim zu halten.“

Umsetzung angemessener – rechtlicher – Maßnahmen Arbeitsverträge

Catch-All-Klauseln sind unwirksam:

„Ich verpflichte mich hiermit, alle mir während meiner Tätigkeit bei der Firma (...) bekannt werdenden Geschäftsvorfälle, betrieblichen und finanziellen Verhältnisse, technischen Neuerungen, Verbesserungen und Erfindungen streng geheim zu halten.“

Umsetzung angemessener – rechtlicher – Maßnahmen Arbeitsverträge

Besser:

- präzise Beschreibung des Know-hows zwischen Erfahrungswissen und Geheimniswissen unterscheiden
- Anpassung des laufenden Vertrages bei neu entwickelte Know-how (einseitige dynamische Regelung unwirksam!)
- Gelebte Praxis und Kennzeichnung der geheim zu haltenden Information

Umsetzung angemessener – rechtlicher – Maßnahmen

Kooperationsvereinbarungen

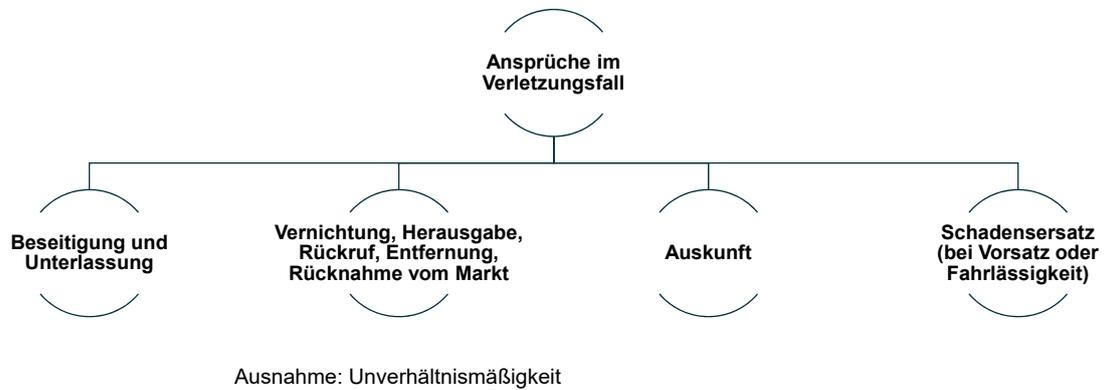
- Konkreten Umfang und Ausnahmen der Geheimhaltungsverpflichtung festlegen
- Vertragspartner werden verpflichtet, ein gewisses Niveau an IT-Sicherheit etc. zu erhalten, um Geheimnisse des anderen Teils angemessen zu schützen
- Definition des einbezogenen Personenkreises
- Vertragsstrafe (angemessen) festlegen, trägt der Voraussetzung der Ernsthaftigkeit der Maßnahme nach Art. 2 der Richtlinie Rechnung
- Reverse Engineering möglichst vertraglich ausschließen
- Umgang mit Foreground Knowledge regeln

Umsetzung angemessener – rechtlicher – Maßnahmen

Allgemeine Geschäftsbedingungen

- Wechselseitige Verpflichtung vereinbaren
- Eindeutigen Ausnahmenkatalog für Geheimhaltungsverpflichtung formulieren
- Definition des einbezogenen Personenkreises.
- Vertragsstrafe angemessen ausgestalten

Rechtsfolgen (, , 6 – 8 GeschGehG) analog Enforcement-RL:



Risikoanalyse im Unternehmen

- ✓ Verfügen Sie über ein zentrales Know-how- Management? Sind Ihnen die verantwortlichen Know-how-Träger bekannt?
- ✓ Wer klassifiziert oder identifiziert Know-how im Tagesgeschäft? Gibt es zuständige Know-how-Verantwortliche?
- ✓ Wie wird das Know-how systematisch erfasst? Gibt es eine spezielle Kategorisierung neben den klassischen Sonderschutzrechten?
- ✓ Kennzeichnen Sie vertrauliche Informationen? Wird dies konsistent gelebt?
- ✓ Haben Sie festgelegte Abläufe für den Umgang mit geheimen Informationen? Gibt es spezielle Verhaltensregeln (und Schulungen) für betriebsinterne und -externe Kommunikation?
- ✓ Gibt es differenzierte Abstufungen von Geheimhaltungsebenen mit unterschiedlichen Zugangsberechtigungen?
- ✓ Werden Know-how Übergabe, Zugriffsberechtigung und dessen Entzug bei Ausscheiden aus dem Unternehmen / einem Projekt dokumentiert?
- ✓ Sind Ihre Geheimnisschutzklauseln umfassend oder konkret-individuell auf das betroffene Know-how zugeschnitten? Gibt es Vereinbarungen zu Arbeitsergebnissen Ihrer Mitarbeiter? Dokumentieren Sie Geheimhaltungsmaßnahmen?
- ✓ Wie verfahren Sie bei Gesprächen mit Vertragspartnern im Umgang mit Know-how, bevor es zu einem Vertragsabschluss kommt? Wie sehen die Geheimhaltungsbestimmungen in Liefer- und Kooperationsverträgen aus?

Fazit

Stiefkind?

- **GeschGehG bietet Rechteinhabern IP-gleichen Schutz mit breitem Angriffsportfolio**
- **dem Litigator eine „Spielwiese“ zur Sachverhaltsschlacht**

Sorgenkind?

- **Rechteinhaber müssen sich „anstrengen“, um in breiten Schutz zu erhalten**

Kontakt



Dr. Sascha Pres

Rechtsanwalt

Kurfürstendamm 21
10719 Berlin

T +49 30 889 26 50 30

F +49 30 889 26 50 10

E-Mail s.pres@skwschwarz.de

Beiträge zum Österberg-Seminar zum Wirtschaftsrecht 2009-2019

Altmeyden, Holger	Aufsteigende Sicherheiten im Konzern
Andrejewski, Kai	Ausschüttungsfähigkeit von Kapitalgesellschaften aufgrund von normalisierten Ergebnissen
Bachmann, Gregor	Die Beweislastverteilung im Organhaftungsprozess
Backes, Markus	Einführung eines europäischen Konzerninsolvenzrechts? - Änderungen der EuInsVO
Backhaus, Richard (mit Hansjörg Hepp)	Zur Unabhängigkeit der Mitglieder von Kontrollorganen nach deutschem und amerikanischem Recht
Bauer, Jobst-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
Biagosch, Patrick	Die Problematik der vorvertraglichen Pflichtverletzungen beim Unternehmenskauf
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 Hepe)	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
Hepe, Hansjörg	<i>Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act</i> – Ein Überblick
Hepe, Hansjörg	New US Partnership Audit Rules—BBA
Hepe, Hansjörg	Die 2008 Bankruptcy of Literacy—Lehren aus dem Absturz der Finanzmärkte.
Hepe, Hansjörg	Zugangserleichterungen zum US Kapitalmarkt aufgrund des JOBS Act
Hepe, Hansjörg	Grundlagen der Unternehmensbewertung
Hepe, 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
pe, 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
Lau, Bero-Alexander (mit Sara Vanetta)	D&O-Versicherungen in der Insolvenz – ein taugliches Mittel zur Massegenerierung
Lieder, Jan	Related Party Transactions und Konzernrecht
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
Oettinger, Günther	Neue Entwicklungen in Brüssel - Quo vadis Europa
Paul, Günter	Landesverfassungsgerichte - Die unbekanntesten 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, Karsten	Unternehmenssanierung durch Insolvenzverfahren - Wo bleibt das Gesellschaftsrecht?
Schmidt-Jortzig, Edzard	<i>Compliance</i> – Ethik in der Wirtschaft

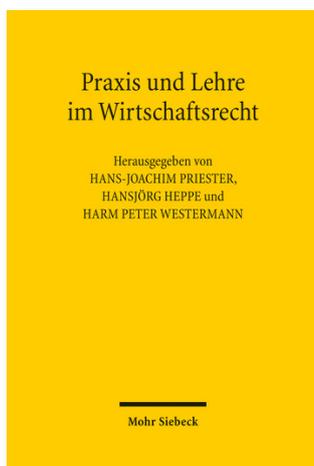
Schneider, Steffen	Trends in Restrukturierung & Insolvenz: das außergerichtliche Sanierungsverfahren
Schröder, Jan	Der Umgang mit Pensionsverpflichtungen im Rahmen von Unternehmensübertragungen
Schulte-Noelle, Henning	Die unternehmerische Verantwortung nach der Finanzkrise
Schürnbrand, Jan	Das neue Recht 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
Seibert, Ulrich	The long and Winding Road to the Online Registration of Companies
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>holz</i> müllert 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
Vanetta, Sara (mit Bero-Alexander Lau)	D&O-Versicherungen in der Insolvenz – ein taugliches Mittel zur Massegenerierung
Vetter, Eberhard (mit Caterina Steeg)	Missbräuchliche Anfechtungsklage – ein Streitgespräch
Wernicke, Simone	Arbeitsrechtliche Aspekte bei Konzerninsolvenzen unter Einbeziehung des neuen deutschen Konzerninsolvenzrechts
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 <i>Spector</i> -Urteil des EuGH zum Insiderrecht – <i>Public M&A</i> 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.

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 Literaturoberrückmeldung

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. Rottbauer*: 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 Insolvenzrechts) – *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 Beaugard*: 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?](https://www.mohrsiebeck.com/buch/praxis-und-lehre-im-wirtschaftsrecht-9783161566042?no_cache=1&cHash=d5c19d5be9aa4d0f04b458bae3363fae)

[no_cache=1&cHash=d5c19d5be9aa4d0f04b458bae3363fae](https://www.mohrsiebeck.com/buch/praxis-und-lehre-im-wirtschaftsrecht-9783161566042?no_cache=1&cHash=d5c19d5be9aa4d0f04b458bae3363fae)

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. Jörgen **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)