



6. Österberg-Seminar

zu aktuellen Fragen des Wirtschaftsrechts

**am 24. Oktober 2014
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., Aufsichtsratsmitglied der Fielmann AG

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

Referenten und Bearbeiter der Arbeitsunterlage

Prof. Dr. Kai **Andrejewski**, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, KPMG
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Düsseldorf

Dr. Philipp **Esser**, Rechtsanwalt, Attorney-at-Law (New York), Schultze & Braun, Achern

Prof. Dr. Barbara **Grunewald**, Universitätsprofessorin, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und
Wirtschaftsrecht, Universität Köln

Dr. sc. pol. Kurt-Ludwig **Gutberlet**, Vorsitzender der Geschäftsführung der BSH Bosch
Siemens Hausgeräte GmbH a.D., Holzkirchen

Dr. Hansjörg **Heppe**, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Attorney-at-Law
(New York und Texas), Locke Lord, Dallas

Prof. Dr. Jan **Schürnbrand**, Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Handels- und Gesellschaftsrecht, Rechtsvergleichung, Universität Tübingen

Prof. Dr. Ulrich **Seibert**, Ministerialrat, Leiter des Referats für Gesellschaftsrecht,
Unternehmensverfassung und Corporate Governance im Bundesministerium der Justiz, Berlin

Prof. Dr. Christoph **Thole**, Dipl.-Kfm., Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Bürgerliches
Recht, Zivilprozessrecht, Europäisches und Internationales Privat- und Verfahrensrecht,
Universität Tübingen

Dr. Jörgen **Tielmann**, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht,
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft, Hamburg

* * * * *

Inhaltsverzeichnis

Minderheitenschutz beim Unternehmensverkauf und <i>Squeeze-out</i> nach deutschem und amerikanischem Recht (<i>Tielmann/Heppe</i>)	6
Anhang – Auszug aus dem Delaware General Corporation Law	16
Zum Squeeze-out des Aktionärs nach dem Recht von Delaware (<i>Heppe/Glatz</i>)	20
Das neue Recht der Abschlussprüfung (<i>Schiirnbrand</i>)	35
VERORDNUNG (EU) Nr. 537/2014 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 16. April 2014 über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission	40
Aktuelles zum Gesellschaftsrecht aus Berlin und Brüssel (<i>Seibert</i>)	76
Gastkommentar Gesellschaftsrecht in der 18. Wahlperiode (<i>Seibert</i>)	91
SUP – Der Vorschlag der EU-Kommission zur Harmonisierung der Einpersonen Gesellschaft (<i>Seibert</i>)	92
Finanzierung von Betriebsfortführungen in der Insolvenz (<i>Esser</i>)	94
Bedeutung und Reform der Insolvenzanfechtung (<i>Thole</i>)	108
Vorsatzanfechtung - Aktuelle Brennpunkte und Stand der Reformdiskussion (<i>Streit</i>)	119
Wachstumsperspektiven in Europa (<i>Gutberlet</i>)	214
Unternehmerische Freiheit und Minderheitenschutz - Gestaltungschancen und Gestaltungsgrenzen gesellschaftsvertraglicher Regelungen (<i>Grunewald</i>)	217
Unternehmerische Freiheit und Minderheitenschutz (<i>Grunewald</i>)	234
Ausschüttungsfähigkeit von Kapitalgesellschaften aufgrund von normalisierten Ergebnissen (<i>Andrejewski</i>)	246

* * * * *

**Minderheitenschutz beim Unternehmensverkauf und *Squeeze-out* nach deutschem und
amerikanischem Recht**

(Tielmann/Heppe)

Minderheitenschutz

beim Unternehmenskauf und *Squeeze-out*
nach deutschem und amerikanischem Recht

Dr. Jörgen Tielmann, LL.M.

Dr. Hansjörg Heppe, LL.M.

6. Praktikerseminar auf dem Österberg—Aktuelle Fragen des Wirtschaftsrechts
Tübingen, 24. Oktober 2014

I. Einführung

□ **Squeeze-Out Begriff nach deutschem Recht:**

Der erzwungene Kauf

- Ausschluss von Minderheitsaktionären durch Hauptaktionär nach 90% bzw. 95%-Beteiligungserwerb gegen Gewährung einer Barabfindung im Wege eines Übertragungsbeschluss
(bei übernahmerechtl. Squeeze-Out: Übertragung der Aktien durch Gerichtsbeschluss des LG Frankfurt a.M.)
 - **Mitgliedschaftsinteresse** eines Aktionärs kann umso niedriger bewertet werden, je geringer dessen Anteil an der Gesellschaft ausfällt
 - **Vermögensinteresse** bleibt durch angemessene Abfindung gewahrt (BVerfG, NJW 2007, 3268 ff.)
 - Ermöglichung der Ausschließung kleiner Aktionärsminderheiten im Interesse einer **effizienten Unternehmensführung**; Kostenersparnis „*Kaltes Delisting*“

I. Einführung

□ Arten: Deutsches Recht

- **aktienrechtlicher** Squeeze-Out (§§ 327 a ff. AktG)
seit 1.1.2002
- **übernahmerechtlicher** Squeeze-Out (§§ 39a ff. WpÜG)
seit 14.7.2006
- Sonderregelung zu Gunsten **SoFFin** (§ 12 Abs. 4 FMStBG)
seit 18.10.2008
- **umwandlungsrechtlicher** Squeeze-Out (§ 62 Abs. 5 UmwG)
seit 15.7.2011

3

I. Einführung

□ **Squeeze-Out** Begriff nach amerikanischem Recht:

- **Arten des amerikanischen Squeeze-out**
 - Hinweis: es ist stets eine Transaktion erforderlich
 - Einstufiger Squeeze-out
 - ✓ (privates) Kaufangebot
 - ✓ (*long-form*) merger
 - Zweistufiger Squeeze-out
 - ✓ 1. Schritt: *tender-offer*
 - ✓ 2. Schritt: gesetzlich geregelter *short-form merger*
- **Why Delaware?**

4

I. Einführung

□ **Corporate Governance einer Corporation**

- *Executive Officers*
- *Board of Directors*
- *Shareholders*

□ **Fiduciary Duties**

- **Adressat: Gesellschaft und Anteilshaber**
- *duty of loyalty*
- *duty of care*

„I know it when I see it.“

5

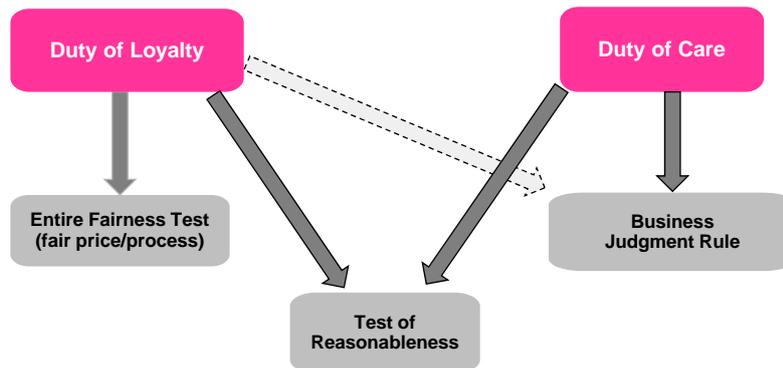
I. Einführung

□ **Vermutungen, Maßstäbe und Beweislast**

- *Business Judgment Rule*
- *Entire Fairness Test*
 - *fair process*
 - *fair price*
- *Test of Reasonableness*

I. Einführung

□ Vermutungen, Maßstäbe und Beweislast



II. Voraussetzungen des Squeeze Outs: Überblick nach deutschem Recht

	Aktienrecht	Umwandlungsrecht	Übernahmerecht
Gesetzl. Regelung	§§ 327 a ff. AktG	§ 62 Abs. 5 UmwG i.V.m. §§ 327 a ff. AktG	§§ 39a ff. WpÜG
Beteiligungsschwelle	95% des Grundkapitals	90% des Grundkapitals	95% des stimmberechtigten Grundkapitals
Rechtsform Gesellschaft/ Hauptaktionär	AG/beliebig	jeweils AG (bzw. SE oder KGaA)	AG/beliebig
HV-Beschluss erforderlich?	ja (einfache Stimmenmehrheit)	<ul style="list-style-type: none"> ja (einfache Stimmenmehrheit) Verschmelzungsbeschluss sowohl bei Mutter- (§ 62 Abs. 1 Satz 1 UmwG) als auch Tochter-gesellschaft (§ 62 Abs. 4 Satz 2 UmwG) entbehrlich 	nein; Übertragung der Aktien erfolgt durch Gerichtsbeschluss des LG Frankfurt a.M.

II. Voraussetzungen des Squeeze Out: Überblick nach amerikanischem Recht

	<i>short-form merger</i> (klassisch)	<i>short-form merger</i> (Neuregelung)
Gesetzl. Regelung	DGCL § 253	DGCL § 251(h)
Beteiligungsschwelle	Muttergesellschaft hält 90 % aller stimmberechtigten Aktien	Nach Durchführung tender offer: Ggf. einfache Mehrheit ausreichend (Mehrheitsaktionär hält mind. ausreichend stimmberechtigte Aktien, um merger in Hauptversammlung beschließen zu können)
Rechtsform Gesellschaft/ Hauptaktionär	Mutter oder Tochter ist Delaware corporation	target ist Delaware corporation und börsennotiert (oder mind. 2.000 Aktionäre).
HV-Beschluss erforderlich?	Nein	Nein
Sonstiges	Formerforderniss des DGCL § 103 und Angaben zur Abfindung der Minderheitsaktionäre	<ul style="list-style-type: none"> • Kein Ausschluss des <i>short form merger</i> durch <i>certificate of incorporation</i> • Merger-Vertrag sieht Anwendung des DGCL § 251(h) auf <i>tender offer</i> „as soon as practicable“ vor

9

III. Minderheitenschutz nach deutschem Recht

☐ Sachliche Rechtfertigung und Rechtsmissbrauch

- **Keine sachliche Rechtfertigung erforderlich, keine materielle Rechtmäßigkeitskontrolle**
 - keine Pflicht des Hauptaktionärs zur Rechtfertigung des Minderheitsausschlusses, ohne die der Squeeze-out rechtsmissbräuchlich wäre; Squeeze Out „trägt seine Rechtfertigung in sich“ (BGH, AG 2009, 441f. - Lindner, LG Stuttgart DB 2005, 327f.)
 - Auch Rechtsformwechsel der Mutter in Vorbereitung von umwandlungsrechtlichem Squeeze Out unbedenklich (OLG Hamburg, BB 2012, 2073 - Procon)
- **Rechtsmissbrauch**
 - grds. enge Grenzen: Nur bei eklatant treuwidrigem Verhalten, z.B.:
 - ✓ Erreichen der 90%/95%-Schwelle durch **Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss** (§ 186 Abs. 3 S. 4 AktG);
aber: Bestandskraft des HV-Kapitalerhöhungsbeschlusses lässt Rechtmäßigkeit des Squeeze Out-Beschlusses unberührt
(Ausnahme: Keine Möglichkeit der Anfechtung des Kapitalerhöhungsbeschlusses mangels Offenlegung der Squeeze Out-Absicht)

10

III. Minderheitenschutz nach deutschem Recht (2)

□ Barabfindung der Minderheitsgesellschafter

- **Vermögensausgleich für Verlust der Mitgliedschaftsrechte**
 - Abfindungsschuldner ist Hauptaktionär, nicht Gesellschaft
 - Angemessene Höhe der Abfindung „unter Berücksichtigung der Verhältnisse der Gesellschaft“, § 327b AktG
- **Angemessenheit der Barabfindung**
 - Maßgeblich für Abfindungshöhe ist voller Wert des Unternehmens; Bestimmung durch Ertragswert i.S.v. anteiligem Unternehmenswert;
 - ✓ **Berechnung nach IDW S. 1:**
Den Anteilseignern zukünftig zufließende Erträge sind mit Kapitalisierungszinssatz zu diskontieren, um Barwert zu erhalten.
Kapitalisierungszinssatz: Risikoloser Basiszinssatz zzgl. Risikozuschlag.

11

III. Minderheitenschutz nach deutschem Recht (3)

▪ Angemessenheit der Abfindung (Forts.)

- **Börsennotierte AG:**
Börsenwert der Aktie ist grds. gemäß nach Umsatz gewichteten Durchschnittskurses innerhalb einer drei-monatigen Referenzperiode vor der Bekanntmachung der Strukturmaßnahme zu ermitteln
(BGH NJW 2010, 2657ff. „STOLLWERCK“)
- **Bei übernahmerechtlichem Squeeze Out:**
entsprechend vorhergehendem Übernahme- oder Pflichtangebot (§ 39a Abs. 3 WpÜG).

12

III. Minderheitenschutz nach deutschem Recht (4)

- **Gerichtliche Überprüfung der Angemessenheit, § 327f. AktG**
 - Keine Anfechtung des Übertragungsbeschlusses wg. abfindungsbedingter und hierauf bezogener Informationsmängel
 - Stattdessen: Bestimmung im Spruchverfahren, §§ 2 ff. SpruchG

- **Gewährleistung eines Kreditinstituts, § 327b Abs. 3 AktG**
 - Absicherung der Abfindungsverpflichtung durch Bankgarantie, Schuldbeitritt o. Bürgschaftsvertrag eines Kreditinstituts
 - Durch Hauptaktionär an Vorstand zu übermitteln
 - Schutz der Minderheitsaktionäre, die durch Übertragung in Vorleistung gehen

13

IV. Minderheitenschutz nach amerikanischem Recht

- **Die *Fiduciary Duties* in der Rechtsprechung**
 - Weinberger v. UOP (Del. 1983)
 - Smith v. Van Gorkom (Del. 1985)
 - Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co. (Del. 1985)
 - Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holding, Inc. (Del. 1986)
 - Kahn v. Lynch Communication (Del. 1994)
 - In Re Siliconix, Inc. Shareholders Litigation (Del. Ch. 2001)
 - Kahn v. M&F Worldwide Corporation (Del. 2014)

14

IV. Minderheitenschutz nach amerikanischem Recht (2)

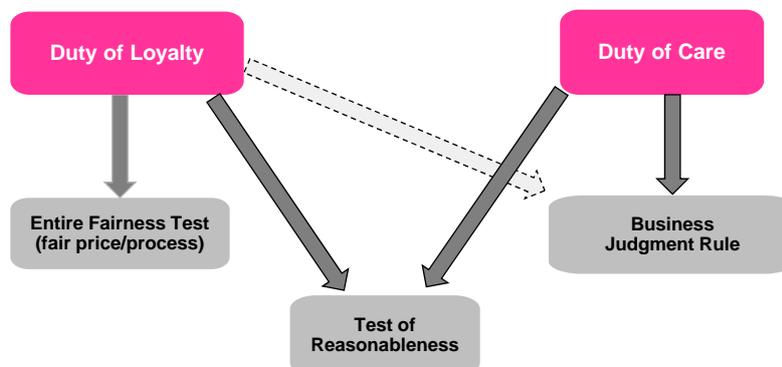
Die *Fiduciary Duties* in der Rechtsprechung

	Entire Fairness Test	Test of Reasonableness	Business Judgment Rule
1983	Weinberger v. UOP (merger)		
1985		Unocal v. Mesa (hostile takeover)	Smith v. Van Gorkom (merger)
1986		Revlon v. MacAndrews & ... (merger)	
1994	Kahn v. Lynch Communications (merger)		
2001			In Re Siliconix (tender offer)
2014			Kahn v. M&F (merger)

15

IV. Minderheitenschutz nach amerikanischem Recht (3)

□ Vermutungen, Maßstäbe und Beweislast



16

IV. Minderheitenschutz nach amerikanischem Recht (3)

▪ Zwischenfazit

- *fair process* – Indizfunktion
- Interessenkollision/*independent committees*
- Echtes Wahlrecht der Anteilshaber/*majority of the minority*
- *at arm's length*/Marktbedingungen
- Beteiligungsgrenzen
- *duty to go shop*

17

VI. Fazit

□ Wesentliche Unterschiede bei Squeeze Out-Verfahren nach deutschem und amerikanischem Recht

- Im amerikanischen Recht zwingender Zusammenhang zur Transaktion; in Deutschland außer bei WpÜG nur Schwellen entscheidend, wenn auch faktisch oft Nähe
- Bis zur Schwelle in Deutschland höherer Stellenwert der Mitgliedschaft als solcher, danach Unternehmensinteresse untergeordnet
- Im amerikanischen Recht höheres Vertrauen auf die Verhandlungsergebnisse des *boards* bzw. die Kräfte des Marktes bei der Bemessung der Abfindung

18

Anhang – Auszug aus dem Delaware General Corporation Law

§ 253 Merger of parent corporation and subsidiary or subsidiaries.

(a) In any case in which **at least 90% of the outstanding shares of each class** of the stock of a corporation or corporations (other than a corporation which has in its certificate of incorporation the provision required by § 251(g)(7)(i) of this title), of which class there are outstanding shares that, absent this subsection, would be entitled to vote on such merger, **is owned by another corporation and 1 of the corporations is a corporation of this State** and the other or others are corporations of this State, or any other state or states, or the District of Columbia and the laws of the other state or states, or the District permit a corporation of such jurisdiction to merge with a corporation of another jurisdiction, the corporation having such stock ownership **may either merge the other corporation or corporations into itself and assume all of its or their obligations, or merge itself, or itself and 1 or more of such other corporations, into 1 of the other corporations by executing, acknowledging and filing, in accordance with § 103 of this title, a certificate of such ownership and merger** setting forth a copy of the resolution of its board of directors to so merge and the date of the adoption; provided, however, that in case the parent corporation shall not own all the outstanding stock of all the subsidiary corporations, parties to a merger as aforesaid, the resolution of the board of directors of the parent corporation shall **state the terms and conditions of the merger, including the securities, cash, property, or rights to be issued, paid, delivered or granted by the surviving corporation upon surrender of each share** of the subsidiary corporation or corporations not owned by the parent corporation, or the cancellation of some or all of such shares. Any of the terms of the resolution of the board of directors to so merge may be made dependent upon facts ascertainable outside of such resolution, provided that the manner in which such facts shall operate upon the terms of the resolution is clearly and expressly set forth in the resolution. The term "facts," as used in the preceding sentence, includes, but is not limited to, the occurrence of any event, including a determination or action by any person or body, including the corporation. If the parent corporation be not the surviving corporation, the resolution shall include provision for the pro rata issuance of stock of the surviving corporation to the holders of the stock of the parent corporation on surrender of any certificates therefor, and the certificate of ownership and merger shall state that the proposed merger has been approved by a majority of the outstanding stock of the parent corporation entitled to vote thereon at a meeting duly called and held after 20 days' notice of the purpose of the meeting mailed to each such stockholder at the stockholder's address as it appears on the records of the corporation if the parent corporation is a corporation of this State or state that the proposed merger has been adopted, approved, certified, executed and acknowledged by the parent corporation in accordance with the laws under which it is organized if the parent corporation is not a corporation of this State. If the surviving corporation exists under the laws of the District of Columbia or any state or jurisdiction other than this State:

(1) Section 252(d) of this title or § 258(c) of this title, as applicable, shall also apply to a merger under this section; and

(2) The terms and conditions of the merger shall obligate the surviving corporation to provide the agreement, and take the actions, required by § 252(d) of this title or § 258(c) of this title, as applicable.

(b) If the surviving corporation is a Delaware corporation, it may change its corporate name by the inclusion of a provision to that effect in the resolution of merger adopted by the directors of the parent corporation and set forth in the certificate of ownership and merger, and upon the effective date of the merger, the name of the corporation shall be so changed.

(c) Section § 251(d) of this title shall apply to a merger under this section, and § 251(e) of this title shall apply to a merger under this section in which the surviving corporation is the subsidiary corporation and is a corporation of this State. References to "agreement of merger" in § 251(d) and (e) of this title shall mean for purposes of this subsection the resolution of merger adopted by the board of directors of the parent corporation. Any merger which effects any changes other than those authorized by this section or made applicable by this subsection shall be accomplished under § 251, § 252, § 257, or § 258 of this title. Section 262 of this title shall not apply to any merger effected under this section, except as provided in subsection (d) of this section.

(d) In the event all of the stock of a subsidiary Delaware corporation party to a merger effected under this section is not owned by the parent corporation immediately prior to the merger, the stockholders of the subsidiary Delaware corporation party to the merger shall have appraisal rights as set forth in § 262 of this title.

(e) A merger may be effected under this section although 1 or more of the corporations parties to the merger is a **corporation organized under the laws of a jurisdiction other than 1 of the United States**; provided that the laws of such jurisdiction permit a corporation of such jurisdiction to merge with a corporation of another jurisdiction.

(f) This section shall apply to nonstock corporations if the parent corporation is such a corporation and is the surviving corporation of the merger; provided, however, that references to the directors of the parent corporation shall be deemed to be references to members of the governing body of the parent corporation, and references to the board of directors of the parent corporation shall be deemed to be references to the governing body of the parent corporation.

(g) Nothing in this section shall be deemed to authorize the merger of a corporation with a charitable nonstock corporation, if the charitable status of such charitable nonstock corporation would thereby be lost or impaired.

§ 251 Merger or consolidation of domestic corporations.

[...] **(h)** Notwithstanding the requirements of subsection (c) of this section, **unless expressly required by its certificate of incorporation, no vote of stockholders** of a constituent corporation whose shares are listed on a national securities exchange or held of record by more than 2,000 holders immediately prior to the execution of the agreement of merger by such constituent corporation **shall be necessary to authorize a merger if:**

- (1) The agreement of merger, which must be entered into on or after August 1, 2013, **expressly provides that such merger shall be governed by this subsection and shall be effected as soon as practicable following the consummation of the offer** referred to in paragraph (h)(2) of this section;
- (2) A corporation consummates a **tender or exchange offer for any and all of the outstanding stock** of such constituent corporation on the terms provided in such agreement of merger that, absent this subsection, **would be entitled to vote on the adoption or rejection of the agreement of merger;**
- (3) Following the consummation of such offer, the consummating corporation **owns at least such percentage of the stock**, and of each class or series thereof, of such constituent corporation **that, absent this subsection, would be required to adopt the agreement of merger** by this chapter and by the certificate of incorporation of such constituent corporation;
- (4) At the time such constituent corporation's board of directors approves the agreement of merger, **no other party to such agreement is an "interested stockholder"** (as defined in § 203(c) of this title) of such constituent corporation;
- (5) The corporation consummating the offer described in paragraph (h)(2) of this section **merges with or into such constituent corporation** pursuant to such agreement; and
- (6) **The outstanding shares** of each class or series of stock of the constituent corporation not to be canceled in the merger **are to be converted** in such merger into, or into the right to receive, the **same amount and kind of cash, property, rights or securities paid for shares** of such class or series of stock of such constituent corporation **upon consummation of the offer referred to in paragraph (h)(2)** of this section.

If an agreement of merger is adopted without the vote of stockholders of a corporation pursuant to this subsection, the secretary or assistant secretary of the surviving corporation shall certify on the agreement that the agreement has been adopted pursuant to this subsection and that the conditions specified in this subsection (other than the condition listed in paragraph (h)(5) of this section) have been satisfied; provided that such certification on the agreement shall not be required if a certificate of merger is filed in lieu of filing the agreement. The agreement so adopted and certified shall then be filed and shall become effective, in accordance with § 103 of this title. Such filing shall constitute a representation by the person who executes the agreement that the facts stated in the certificate remain true immediately prior to such filing.

§ 203 Business combinations with interested stockholders.

[...] (c) As used in this section only, the term:

(5) **"Interested stockholder" means any person** (other than the corporation and any direct or indirect majority-owned subsidiary of the corporation) **that (i) is the owner of 15% or more of the outstanding voting stock of the corporation, or (ii) is an affiliate or associate of the corporation and was the owner of 15% or more of the outstanding voting stock of the corporation at any time within the 3-year period immediately prior to the date on which it is sought to be determined whether such person is an interested stockholder,** and the affiliates and associates of such person; provided, *however*, that the term "interested stockholder" shall **not** include (x) any person who (A) owned shares in excess of the 15% limitation set forth herein as of, or acquired such shares pursuant to a tender offer commenced prior to, December 23, 1987, or pursuant to an exchange offer announced prior to the aforesaid date and commenced within 90 days thereafter and either (I) continued to own shares in excess of such 15% limitation or would have but for action by the corporation or (II) is an affiliate or associate of the corporation and so continued (or so would have continued but for action by the corporation) to be the owner of 15% or more of the outstanding voting stock of the corporation at any time within the 3-year period immediately prior to the date on which it is sought to be determined whether such a person is an interested stockholder or (B) acquired said shares from a person described in item (A) of this paragraph by gift, inheritance or in a transaction in which no consideration was exchanged; or (y) any person whose ownership of shares in excess of the 15% limitation set forth herein is the result of action taken solely by the corporation; **provided that such person shall be an interested stockholder if thereafter such person acquires additional shares of voting stock of the corporation,** except as a result of further corporate action not caused, directly or indirectly, by such person. For the purpose of determining whether a person is an interested stockholder, the voting stock of the corporation deemed to be outstanding shall include stock deemed to be owned by the person through application of paragraph (9) of this subsection but shall not include any other unissued stock of such corporation which may be issuable pursuant to any agreement, arrangement or understanding, or upon exercise of conversion rights, warrants or options, or otherwise.

Zum Squeeze-out des Aktionärs nach dem Recht von Delaware

Von Dr. Hansjörg Heppe, *Attorney-at-Law* (New York/Texas) in Dallas, Texas
und Solvejg Glatz, LL.B., Rechtsreferendarin am OLG Hamburg

Inhalt

I.	Einleitung	1
II.	Der Squeeze-out Begriff.....	2
III.	Why Delaware?	2
IV.	Grundformen des Squeeze-out	3
1.	Einstufige Squeeze-Out-Transaktionen	3
a.	Private Kaufangebote.....	3
b.	Long-Form Merger	3
2.	Zweistufige Squeeze-out-Transaktionen—Tender Offer und Short Form Merger.....	4
a.	DGCL § 253.....	4
b.	DGCL § 251(h).....	5
V.	Zwischenfazit—Unterschiedliches Verständnis von Minderheit	5
VI.	Schutz der Minderheitsaktionäre	6
1.	Fiduciary Duties—Ein Überblick	6
a.	Duty of Loyalty.....	7
b.	Duty of Care.....	7
2.	Vermutungen, Maßstäbe und Beweislast.....	7
a.	Business Judgment Rule	7
b.	Entire Fairness Test.....	8
c.	Test of Reasonableness	9
3.	Die Fiduciary Duties im Lichte des Minderheitenschutzes	9
a.	Weinberger v. UOP (Del. 1983)	9
b.	Smith v. Van Gorkom (Del. 1985).....	9
c.	Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co. (Del. 1985).....	10
d.	Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holding, Inc. (Del. 1986).....	10
e.	Kahn v. Lynch Communication (Del. 1994).....	10
f.	In Re Siliconix, Inc. Shareholders Litigation (Del. Ch. 2001).....	11
g.	Kahn v. M&F Worldwide Corporation (Del. 2014).....	12
4.	Zwischenfazit.....	12
VII.	Rechtsschutzmöglichkeiten	13
VIII.	Fazit.....	13

I. Einleitung

Das in den USA stark verbreitete Aktienrecht des Bundeslandes Delaware weist hinsichtlich des Squeeze-out-Verfahrens mancherlei Gemeinsamkeiten mit dem deutschen Recht auf. Es gibt aber auch wesentliche Unterschiede zwischen den beiden Rechtssystemen; diese beruhen auf einem unterschiedlichen Minderheitenverständnis sowie dem damit einhergehenden rechtlichen Minderheitenschutz. Wesentliche Änderungen im kodifizierten Recht sowie in der Rechtsprechungspraxis des *Delaware Court of Chancery* und *Delaware Supreme Court* in 2013/14 geben Anlass, sich die dortige Squeeze-out-Praxis vor Augen zu führen.

II. Der Squeeze-out Begriff

Als Squeeze-out¹ bezeichnet man die Strategie eines (Mehrheits-)Aktionärs an einer Gesellschaft (also des „Bieters“), die Minderheitsaktionäre der Gesellschaft gegen Abfindung (meist in Geld) aus der Gesellschaft zu drängen. Der Bieter strebt damit an, alleiniger Aktionär der Gesellschaft (und damit des „target“) zu werden. Er kann das *target* dann einem *going private* unterziehen, so ein *management-buyout* durchführen oder konzernrechtliche Umstrukturierungen einleiten. Ursprünglich setzte ein Squeeze-out in den USA voraus, dass ein bestimmter Unternehmenszweck über den Ausschluss der Minderheit hinaus bestand.² Obwohl diese Voraussetzung in der Zwischenzeit abgeschafft wurde,³ stellt insbesondere das Recht von Delaware strenge Anforderungen an ein Squeeze-out-Verfahren.

Im Folgenden werden dessen Grundzüge dargestellt. Da das Gesellschaftsrecht in den USA in die Gesetzgebungshoheit der Bundesländer fällt, wird exemplarisch das Aktienrecht von Delaware zugrunde gelegt.

III. Why Delaware?

Das Gesellschaftsrecht von Delaware gilt als eines der liberalsten der USA. Mehr als 1 Millionen Unternehmen, darunter mehr als 50% aller in den USA börsennotierten Gesellschaften sowie 64% der Fortune 500 Unternehmen sind in Delaware inkorporiert.⁴ Diese quantitative Vorreiterrolle von Delaware führt zu einer erheblichen Rechtssicherheit in gesellschaftsrechtlichen Fragen, so dass Delaware neben dem im *Delaware General Corporation Law* (DGCL) kodifizierten Aktienrecht ein umfassendes durch den *Delaware Courts of Chancery*⁵ stetig fortentwickeltes Fallrecht besitzt, welches Unternehmern ein für amerikanische Verhältnisse hohes Maß an Planungssicherheit bietet.

Dabei liegt dem DGCL, sowie der das Gesetz ausgestaltenden Rechtsprechung, die Annahme des ‚*rational handelnden Geschäftsmanns*‘ zugrunde. Danach ist das Tun (oder Unterlassen) der maßgeblich Handelnden einer AG grundsätzlich wirtschaftlich motiviert und erfolgt zum Wohle der Gesellschaft.⁶ Damit geben das DGCL und der *Court of Chancery* Aktionären erhebliche Freiheitsrechte bei der konkreten Gestaltung ihrer AGs und stellen das Handeln der Leitungsorgane, vorbehaltlich Unehrlichkeit oder grober Fahrlässigkeit⁷, nicht im Nachhinein

¹ Gerade in der amerikanischen Literatur wird der *squeeze-out* häufig auch als *freeze-out* bezeichnet.

² Der durch die Entscheidung *Singer v. Magnavox Co.* (380 A.2d 969; Del. 1977) eingeführte sog. *business purpose test* wurde durch die Entscheidung *Weinberger v. UOP, Inc.* (457 A.2d 701; Del. 1983) wieder verworfen.

³ *Id.*

⁴ Vgl. *The State of Delaware, Department of State, Division of Corporations*, <http://www.corp.delaware.gov/aboutagency.shtml>.

⁵ Der *Delaware Court of Chancery* ist ein sog. *court of equity*. Diese Gerichtsform geht auf das englische Common Law zurück und ergänzt die Auslegung des geltenden Rechts um eine billigkeitsrechtliche Komponente, nach der einem Beklagten ein Tun oder Unterlassen (und nicht nur Schadensersatz wie in den *courts of law*) auferlegen kann. Daneben verhandelt der *Delaware Court of Chancery* ohne Geschworene, die im angelsächsischen Rechtskreis grundsätzlich nicht nur in Straf-, sondern auch in Zivilprozessen eingesetzt werden.

⁶ Vgl. z.B. „[D]irectors performing their functions are honest and well-meaning, and their decisions are informed and rationally undertaken.“ *Palmiter, Corporations*, 6th Edition, 2009, S. 231.

⁷ Bzw. Vorsatz.

in Frage („*no second-guessing by hindsight*“). Das Gesellschaftsrecht des Bundeslandes Delaware wird daher als grundsätzlich managementfreundlich angesehen.⁸

IV. Grundformen des Squeeze-out

Aus Gründen der Übersichtlichkeit beschränkt sich die vorliegende Betrachtung auf die Grundzüge des Squeeze-out-Verfahrens. Erster wesentlicher Unterschied zum deutschen Recht ist dabei das Erfordernis einer Transaktion. Während der aktienrechtliche Squeeze-out nach §§ 327a ff. AktG auf entsprechenden Antrag des Hauptaktionärs, der seinen 90% bzw. 95%-Anteilsbesitz nachzuweisen hat, von der Hauptversammlung jederzeit ohne äußeren Anlass beschlossen werden kann und mit Eintragung ins Handelsregister von Gesetzeswegen wirksam wird, bedarf es nach amerikanischem Recht stets einer „*transaction*“. In der Praxis sind Squeeze-out-Transaktionen entweder einstufig oder zweistufig aufgebaut:

1. Einstufige Squeeze-Out-Transaktionen

Es gibt zwei Möglichkeiten, Aktionäre unmittelbar aus einer AG zu drängen: Einmal kann dies durch ein direktes Kaufangebot des Bieters an die Aktionäre geschehen; zum anderen ist es durch Hauptversammlungsbeschluss im Rahmen eines *merger* möglich.

a. Private Kaufangebote

Gerade im Fall von nicht an der Börse notierten (Familien-)Unternehmen vollzieht sich ein Squeeze-out häufig über ein „*privates*“ Kaufangebot des Mehrheitsaktionärs für die ausstehenden Anteile der Minderheitsaktionäre. Das Kaufangebot, das im Gegensatz zu einem *tender offer* kaum kapitalmarktrechtlichen Regeln unterliegt, wird zwischen dem *board of directors*⁹ und dem Mehrheitsaktionär ausgehandelt. Dabei hat das *board of directors* besondere Sorgfaltspflichten zu wahren.¹⁰

b. Long-Form Merger

Daneben gibt es den einstufigen Squeeze-out in Form eines sog. *long-form merger*. Dieser kommt in der Regel bei börsennotierten Unternehmen vor; dabei wird die AG, aus der die Aktionäre herausgedrängt werden sollen („*target*“), mit einer Tochtergesellschaft des Bieters verschmolzen. Dazu ist ein zustimmender Beschluss der Aktionäre des *target* erforderlich. Da dieser Aktionärsbeschluss in aller Regel durch ein zahlreichen Offenlegungspflichten unterliegendes (Hauptversammlungs-)Verfahren herbeizuführen ist, ist der *long-form merger* ausgesprochen kosten- und zeitintensiv.¹¹ Wird als Gegenleistung Geld geboten, spricht man

⁸ Vgl. dazu auch Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 2013, Rn. 24 f.

⁹ Das *board of directors* ist (bzw. die *directors* bilden) das Leitungs- und Kontrollorgan der *corporation*. Es führt die Gesellschaft in eigener Verantwortung und ist grundsätzlich nicht weisungsgebunden. Die Aktionäre können jedoch mittels sog. *shareholder resolutions* versuchen, auf die Unternehmensführung Einfluss zu nehmen; vgl. Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 2013, Rn. 617 ff. Im Übrigen steht es den Aktionären frei im Rahmen einer Hauptversammlung andere *directors* zu wählen. Sie können dieses über eine sog. *proxy battle* zu erreichen suchen.

¹⁰ Vgl. dazu nachfolgend unter VI.1. Fiduciary Duties – ein Überblick und VI.2.b. Entire Fairness Test.

¹¹ So muss beispielsweise bei der *Securities Exchange Commission* (SEC) ein sog. *proxy statement* eingereicht werden, das dann an alle Aktionäre verteilt wird. Weitere Besonderheiten können sich ergeben, wenn die Minderheitsaktionäre keine Barabfindung, sondern eine Abfindung in Aktien erhalten (*exchange offer*).

von einem *cash-out merger*; sollen die *target*-Aktionäre am Bieter beteiligt werden, nennt man das eine *exchange offer*.

2. Zweistufige Squeeze-out-Transaktionen —Tender Offer und Short Form Merger

Bei zweistufigen Squeeze-outs wird ein *tender offer* mit einem sog. *short-form merger* kombiniert. Der bis 2013 ausschließlich in DGCL § 253¹² geregelte *short-form merger* gestattet ab Überschreiten einer bestimmten Beteiligungsgrenze (90%) das Herausdrängen der Minderheitsaktionäre ohne deren Zustimmung (und somit auch gegen deren Willen). Vor diesem Hintergrund bezweckt der erste Schritt der zweistufigen Transaktion, die Beteiligung des Bieters im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots derart zu erhöhen, dass dieser die für den *short-form merger* gesetzlich erforderliche Beteiligungsgrenze erreicht. Die Kombination von *tender offer* und *short-form merger* weist eine gewisse Ähnlichkeit mit dem übernahmerechtlichen Squeeze-out der §§ 39a ff. WpÜG auf.

Gegenüber dem *long-form merger*, bei dem der Mehrheitsaktionär in aller Regel den zu fassenden Aktionärsbeschluss bestimmt, hat der zweistufige Squeeze-out den Nachteil, dass der Ausgang des *tender offer* ungewiss ist. Für den Fall, dass die für den *short-form merger* in DGCL § 253 vorgeschriebene Beteiligungsgrenze nicht mit Hilfe des *tender offer* erreicht wird, hat die Praxis daher verschiedene Hilfsmechanismen entwickelt.¹³ Greifen auch diese nicht, muss der Bieter letztlich doch auf den zeitintensiveren *long-form merger* zurückzugreifen. Seit 2013 sieht das DGCL daher mit § 251(h)¹⁴ eine weitere Variante des *short-form merger* vor, bei dem die Grenze weit niedriger als mit 90% angesetzt sein kann:

a. DGCL § 253

DGCL § 253 regelt den Squeeze-out von Minderheitsaktionären im Rahmen einer Verschmelzung (*merger*) von Mutter- und Tochtergesellschaft. Hierbei ist unerheblich, ob die Verschmelzung durch Aufnahme der Tochter- oder der Muttergesellschaft erfolgt. Unter folgenden Voraussetzungen ist ein *squeeze-out-merger* ohne die Zustimmung der Minderheitsaktionäre des *targets* zulässig:

- entweder die Mutter- oder die Tochtergesellschaft ist nach dem Recht von Delaware inkorporiert und das Recht des anderen Bundeslandes schließt einen *merger* mit einer Delaware AG nicht aus;
- die Muttergesellschaft hält mindestens 90% aller stimmberechtigten Aktien (aller jeweils ausgegebenen Aktiengattungen); und

¹² Die Vorschrift ist im Anhang – Auszug aus dem Delaware General Corporation Law abgedruckt.

¹³ So kann der *tender offer* eine sog. *top-up option* enthalten, die dem Bieter im Rahmen einer Kapitalerhöhung den Erwerb neu auszugebender Aktien zusichert und ihm die Möglichkeit zur Erhöhung seines Anteils gibt. Allerdings ist die Ausgabe neuer Aktien vielfach mengenmäßig durch das *certificate of incorporation* beschränkt, so dass die *top-up option* nur geringe Differenzen zu überbrücken vermag. Ebenfalls sehr verbreitet ist die sog. *dual track structure*. Diese initiiert neben dem *tender offer* im Rahmen des zweistufigen Squeeze-out-Verfahrens auch das Verfahren für den einstufigen *long-form merger*, zu dem übergegangen wird, falls sich die erforderliche Grenze weder mittels *tender offer* noch *top-up option* erreichen lässt.

¹⁴ Die Vorschrift in ihrer ursprünglichen 2013-Fassung und ihre zum 1. August 2014 vorgesehenen Änderungen sind im Anhang – Auszug aus dem Delaware General Corporation Law abgedruckt.

- die im Rahmen des Merger beim *Secretary of State* einzureichenden Unterlagen genügen den Formvorschriften des DGCL § 103 und enthalten Angaben zu der Abfindung der Minderheitsaktionäre.

Dabei ist es möglich, den *merger* unter eine hinreichend bestimmte aufschiebende Bedingung zu stellen. Gerade für *going private* Transaktionen hatte sich die Kombination aus *tender offer* und *short-form merger* gemäß DGCL § 253 somit bisher angeboten.

b. DGCL § 251(h)

Mit Wirkung zum 1. August 2013 wurde das kodifizierte Aktienrecht von Delaware um eine zweite Variante des *short-form merger* in DGCL § 251(h) ergänzt. Diese wurde zum 1. August 2014 weiter liberalisiert und gestattet nunmehr einen *merger* im Anschluss an ein *tender offer* unter folgenden Voraussetzungen auch dann, wenn der Bieter weniger als 90 % der Aktien hält:

- das *target* ist nach dem Recht von Delaware inkorporiert, börsennotiert (oder hat mindestens 2.000 Aktionäre) unmittelbar vor Durchführung des *short-form merger*¹⁵ und sein *certificate of incorporation* schließt einen *short-form merger* nicht aus¹⁶;
- der Bieter unterbreitet ein *tender offer*, das sich auf alle ausstehenden, hinsichtlich eines *merger* stimmberechtigten Aktiengattungen erstreckt;
- nach Durchführung des *tender offer* gehören dem Bieter mindestens so viele Aktien, wie er zur Fassung eines *merger*-Beschlusses im Rahmen einer Hauptversammlung benötigen würde;¹⁷ und
- der *merger*-Vertrag sieht die Anwendung von DGCL § 251(h) auf den der *tender offer* folgenden *merger* „as soon as practicable“ vor.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann der zweistufige Squeeze-out gegen den Willen der auszuschließenden Aktionäre durchgeführt werden. Der beide Schritte enthaltende *merger*-Vertrag wird dabei zwischen dem Bieter und dem *board of directors* des *targets* abgeschlossen. Die Abfindung, die die im Rahmen des zweiten Schritts (*short-form merger*) ausgeschlossenen (Minderheits-)Aktionäre erhalten, entspricht dem (Kauf-)Preis im Rahmen des vorangegangenen *tender offer*. Gerade für Kontrollerwerbe durch außenstehende Dritte (wie beispielsweise strategische Käufer) bietet die Norm daher wesentliche Erleichterungen.

V. Zwischenfazit—Unterschiedliches Verständnis von Minderheit

Die für deutsche Begriffe sehr niedrige Beteiligungsgrenze des DGCL § 251(h), der je nach *certificate of incorporation* meist schon einer einfachen Mehrheit den Squeeze-out der verbleibenden (Minderheits-)Aktionäre gestattet, verdeutlicht sehr anschaulich, dass das Aktienrecht von Delaware einen grundlegend anderen Minderheitenbegriff pflegt als das deutsche

¹⁵ Durch diese Voraussetzung fällt die Transaktion zugleich unter den kapitalmarktrechtlichen Williams Act von 1968, der verschiedene Informationspflichten und Verfahrensanforderungen im Rahmen eines *tender offer* vorschreibt.

¹⁶ Auch darf DGCL § 251(h) nicht angewandt werden, um sog. *supermajority vote* oder *separate class vote* Vereinbarungen zu umgehen.

¹⁷ Je nach Inhalt des *certificate of incorporation* genügt hierfür meist bereits eine einfache Mehrheit.

Recht. Dies hat Folgen für den mit dem Squeeze-out einhergehenden Schutz von (Minderheits-)Aktionären. Gleichzeitig kann es aber auch dazu führen, dass Mehrheitsentscheidungen (wie zum Beispiel beim einstufigen Squeeze-out) eine geringere Legitimationswirkung als nach deutschem Recht entfalten bzw. das *board of directors* besonderen Sorgfaltspflichten unterliegt.

VI. Schutz der Minderheitsaktionäre

Der Schutz von Minderheitsaktionären nach delawareschem Recht steht in engem Zusammenhang mit den sog. *fiduciary duties*, denen die maßgeblich Handelnden einer Gesellschaft unterliegen. Für den Nachweis, dass diese Treuepflichten eingehalten wurden, kennt das Recht von Delaware verschiedene Vermutungen, Maßstäbe und Regelungen zur Beweislast. Um deren Anwendung in der Praxis zu verstehen, vollziehen wir die delawaresche Rechtsprechung der vergangenen 30 Jahre in Grundzügen nach.

1. Fiduciary Duties—Ein Überblick

Fiduciary duties bilden das Gegengewicht zu den großen Gestaltungsmöglichkeiten, die DGCL und Rechtsprechung den maßgeblich Handelnden im Rahmen der relativ liberalen und wenig regulierten Gesellschaftsform der *corporation* bieten. Dabei entscheidet das Kriterium der *control*, wer Treuepflichten unterliegt. Grundsätzlich gilt: wer die Geschäfte einer AG auch nur faktisch lenkt,¹⁸ unterliegt *fiduciary duties*; das sind neben dem *board of directors*, die *executive officers* und ein *controlling stockholder*¹⁹.

Interessant ist dabei auch der Schutzadressat der *fiduciary duties*. Zwar besteht Einigkeit, dass Treuepflichten grundsätzlich zum Wohle der Gesellschaft ausgeübt werden müssen; die AG ist somit ihr unmittelbarer Adressat. Dabei wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass, was für die Gesellschaft gut ist, auch für den Aktionär gut ist; der Aktionär ist damit mittelbar geschützt.²⁰ Ist das Ende der AG jedoch, zum Beispiel im Rahmen eines bevorstehenden *merger*, absehbar²¹, wird der Aktionär zum unmittelbaren Adressat. Sofern die Interessen der AG also nicht mehr mit denen ihrer Aktionäre einhergehen, hat das *board of directors* unter vornehmlicher Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre zu handeln.²²

Ogleich *fiduciary duties* mannigfaltige Ausprägungen annehmen, hat sie die Rechtsprechung in zwei Hauptpflichten unterteilt: die *duty of loyalty* sowie die *duty of care*.²³ Dabei ist zu beachten, dass die *duty of loyalty* und die *duty of care* eine Synthese bilden, die kaum klare,

¹⁸ Auch eine wesentliche Beteiligung unterhalb der 50%-Grenze kann dem entsprechenden Aktionär daher unter gewissen Umständen eine faktische Kontrollstellung vermitteln, vgl. Kahn v. Lynch Communications Systems, Inc. (638 A.2d 1110; Del. 1994).

¹⁹ Also Mehrheitsaktionäre, die aktiv in der Unternehmensführung mitwirken.

²⁰ *Directors are expected to use their own business judgment to advance the interests of the corporation and its stockholders, and may take good faith actions that they believe will benefit stockholders, even if they realize that the stockholders do not agree with them.* Radin, *The Business Judgment Rule—Fiduciary Duties of Corporate Directors*, 6. Auflage 2009, S. 416 mit weiterführenden Nachweisen.

²¹ Wird den Aktionären also aufgrund einer unmittelbar bevorstehenden Barabfindung die Möglichkeit genommen, in Zukunft an einem *going concern* beteiligt zu sein.

²² Vgl. dazu nachfolgend unter VI.3.d. Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holding, Inc. (Del. 1986).

²³ Radin, *The Business Judgment Rule—Fiduciary Duties of Corporate Directors*, 6. Auflage 2009, S. 1.

eindeutig formulierte Verhaltensanforderungen gibt.²⁴ Das Recht in diesem Bereich ist vielmehr Richterrecht, das von Fall zu Fall entwickelt und damit flexibel geformt wird.²⁵

a. Duty of Loyalty

Die *duty of loyalty* beinhaltet die Pflicht, stets im Sinne der Gesellschaft zu handeln. *A self-dealing transaction most tests a fiduciary's loyalty to the corporation.*²⁶ Sie umfasst damit insbesondere die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten.²⁷ In Squeeze-out-Konstellationen wird die *duty of loyalty* relevant, wenn das *board of directors* den eigenen Kontrollverlusts im Rahmen einer Übernahme zu vermeiden versucht²⁸ oder wenn der (Mehrheits-)Aktionär mittels faktisch von ihm kontrollierten *directors* die Abfindungshöhe für die Minderheitsaktionäre (bzw. Aktien im Streubesitz) verhandelt.²⁹

b. Duty of Care

Die *duty of care* verpflichtet zu sorgfältigem Handeln. *In performing their functions, directors (and senior executives) are subject to both statutory and common-law standards of care.*³⁰ Danach müssen diese bei der Erfüllung ihrer Aufgaben jene Sorgfalt walten lassen, die ein vernünftig Handelnder unter gleichen Umständen an den Tag legen würde.³¹ Die *duty of care* ist also keine Pflicht zu optimalem Handeln, sondern lediglich zu rational nachvollziehbarem Handeln. Durch diese relativ starke Einschränkung kommt das liberale gesellschaftsrechtliche Verständnis von Delaware im Sinne einer ‚Politik der Nichteinmischung‘ in die Unternehmensführung deutlich zum Ausdruck.³²

2. Vermutungen, Maßstäbe und Beweislast

Für den Nachweis, dass ein maßgeblich Handelnder den ihm obliegenden *fiduciary duties* in hinreichendem Maße nachgekommen ist, kennt das Recht von Delaware heute drei verschiedene Maßstäbe. Obgleich es auch dabei Unschärfe und Überschneidungen gibt, korrelieren die einzelnen Maßstäbe mit den oben dargestellten *fiduciary duties*.

a. Business Judgment Rule

Die bekannteste und zugleich mildeste Regel für Handlungen nach dem Recht von Delaware ist die *business judgment rule*. *The business judgment rule is a rebuttable presumption that*

²⁴ Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 2013, Rn. 898.

²⁵ *Id.*

²⁶ Palmiter, Corporations, 6th Edition, 2009, S. 261. *[T]he duty of loyalty mandates that the best interest of the corporation and its shareholders takes precedence over any interest possessed by a director, officer or controlling shareholder and not shared by the stockholders generally.* Cede & Co. v. Technicolor, Inc. (634 A.2d 345, 361; Del. 1993), zitiert In re The Walt Disney Co. Derivative Litig. (907 A.2d 693, 751; Del. Ch. 2005).

²⁷ Paradebeispiel für derartige Interessenkonflikte sind also Eigengeschäfte (*self-dealing transactions*) der maßgeblich Handelnden, vgl. Palmiter, Corporations, 6th Edition, 2009, S. 261 ff.

²⁸ Vgl. Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co. (493 A.2d 946; Del. 1985); Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc. (506 A.2d 173; Del. 1986); Paramount Communications, Inc. v. Time, Inc. (571 A.2d 1140, 565 A.2d 280; Del. 1989); Paramount Communications, Inc. v. QVC Network, Inc. (637 A.2d 34; Del. 1994).

²⁹ Vgl. Kahn. v. Lynch Communications Systems, Inc. (638 A.2d 1110; Del. 1994); Kahn v. M&F Worldwide Corp., 88 A.3d 635; Del. 2014).

³⁰ Palmiter, Corporations, 6th Edition, 2009, S. 229.

³¹ Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 2013, Rn. 904.

³² Dazu auch vorstehend unter III. Why Delaware?

*directors in performing their functions are honest and well-meaning, and that their decisions are informed and rationally undertaken.*³³ Die *business judgment rule* ist damit kein „Maßstab“ sondern die Annahme, dass das *board of directors* grundsätzlich beabsichtigt, zum Wohle der AG zu handeln; ihr wird solange Rechnung getragen, wie deren Handlungen rational nachvollziehbar sind.

Eine Verletzung der *duty of care* liegt demnach erst vor, wenn ein rational handelnder Geschäftsmann die in Rede stehende Handlung mit Rücksicht auf die Interessen der AG und ihrer Aktionäre nicht vorgenommen hätte und das zu beurteilende Verhalten als wenigstens grob fahrlässig einzustufen ist. Dies enthält implizit die Voraussetzung, zum Beispiel ausschließlich auf Basis hinreichender Informationen tätig zu werden. Das Gericht soll seine „*ex post*“-Perspektive (*hindsight bias*) nicht anstelle der „*ex ante*“-Perspektive des *board of directors* setzen, da eine derartige Bewertungspraxis die *directors* aus Sorge vor rechtlichen Konsequenzen zu übermäßiger Vorsicht anhalten würde. Derartige Vorsicht behindert die unternehmerische Entfaltung der Gesellschaft und kann – so das Verständnis nach delawareschem Recht – deswegen nicht im Sinne der Gesellschaft (und damit seiner Aktionäre) sein.

Aufgrund dieser Annahme (*presumption*)³⁴ liegt die Beweislast für den Nachweis pflichtwidrigen Verhaltens seitens der *directors* bei den klagenden Aktionären. Während sich die *business judgment rule* ursprünglich gänzlich auf die *duty of care* bezog, gilt die Vermutung der *business judgment rule* heute auch grundsätzlich für die *duty of loyalty*.³⁵

b. Entire Fairness Test

Am anderen Ende des Regelspektrums befindet sich der sog. *entire fairness test*, der in aller Regel die Einhaltung der *duty of loyalty* sicher stellen soll. Da die *duty of loyalty* insbesondere die Vermeidung von Interessenkonflikten bezweckt,³⁶ legt der *entire fairness test* ein besonderes Augenmerk auf den Prozess der Entscheidungsfindung; ein nachweislich faires Verfahren kann bei transaktionsimmanenten Interessenkollisionen Grundlage zur „Exkulpation“ sein. Aber auch das Ergebnis muss einer Fairnessprüfung standhalten. Ursprünglich entwickelt für die Beurteilung der Abfindungshöhe für die (Minderheits-)Aktionäre im Rahmen eines *merger*,³⁷ enthält der *entire fairness test* daher neben der verfahrensorientierten Komponente (*fair process*) auch eine ergebnisorientierte Komponente (*fair price*).

Wegen transaktionsimmanenten Interessenkollisionen liegt die Beweislast für die Einhaltung der *duty of loyalty* unter dem *entire fairness test* grundsätzlich beim Handelnden, hier also

³³ Palmiter, Corporations, 6th Edition, 2009, S. 231.

³⁴ Dass sich *directors* grundsätzlich pflichtgemäß verhalten.

³⁵ *The relationship between the business judgment rule and the duty of loyalty is similar to the relationship between the business judgment rule and the duty of care. A shareholder plaintiff seeking to establish a breach of the duty of loyalty by directors first must establish facts sufficient to rebut the business judgment rule presumption that the directors are disinterested, act independently and act in good faith.* Radin, The Business Judgment Rule—Fiduciary Duties of Corporate Directors, 6. Auflage 2009, S. 794 ff. mit weiterführenden Nachweisen.

³⁶ In der Entscheidung Kahn v. M&F Worldwide Corp. (88 A.3d 635; Del. 2014) führt der Delaware Supreme Court hierzu sehr anschaulich aus: „[T]he entire fairness standard is the highest standard of review in corporate law. It is applied in the controller merger context as a substitute for the dual statutory protection of disinterested board and stockholder approval, because both protections are potentially undermined by the influence of the controller.“

³⁷ Vgl. Weinberger v. UOP, Inc. (457 A.2d 701; Del. 1983).

dem *board of directors*. Unter bestimmten Umständen kann es jedoch zu einer Beweislastumkehr kommen.³⁸

c. Test of Reasonableness

Der sog. *test of reasonableness* ist bezüglich seiner Vermutung und Strenge seines Prüfungsmaßstabs zwischen der *business judgment rule* und dem *entire fairness test* anzusiedeln. Er unterwirft das Handeln für die AG in bestimmten Situationen³⁹ gewissen (durch die Rechtsprechung entwickelten über die *business judgment rule* hinausgehenden) Nachvollziehbarkeits- und Verhältnismäßigkeitskriterien.⁴⁰ Im Gegensatz zu dem *entire fairness test*, der auch das Ergebnis der Handlung einer Überprüfung unterzieht, beschränkt sich der *test of reasonableness* im Wesentlichen auf eine Überprüfung des Verfahrens (*fair process*).

3. Die Fiduciary Duties im Lichte des Minderheitenschutzes

Die delawaresche Rechtsprechung hat die soeben beschriebenen Regeln zum Squeeze-out im Laufe der vergangenen 30 Jahre entwickelt. Im Folgenden zeichnen wir diese Entwicklung überblicksartig in chronologischer Reihenfolge und ohne Anspruch auf Vollständigkeit nach.

a. Weinberger v. UOP (Del. 1983)

Als erste für das Squeeze-out-Recht zentrale Entscheidung ist *Weinberger v. UOP*⁴¹ hervorzuheben. Der Kläger war Minderheitsaktionär von UOP und machte geltend, dass der Mehrheitsaktionär von UOP im Squeeze-out-Verfahren seine *duty of loyalty* gegenüber den Minderheitsaktionären verletzt habe, indem er ihnen relevante Informationen vorenthalten hätte. Die Klage wurde abgewiesen. Das Gericht entschied, dass die Transaktion einem *entire fairness test* zu unterziehen war, dem sie genüge. Der Squeeze-out gegen Barabfindung war zulässig, da die Transaktion insgesamt zu Marktbedingungen (*at arm's length*⁴²) erfolgte. Sowohl die Preisfindung (*process*) als auch die Abfindungshöhe (*price*) wurden als ‚fair‘ eingestuft. Auf einen Informationsnachteil der Minderheitsaktionäre kam es damit nicht an.

b. Smith v. Van Gorkom (Del. 1985)

Der Fall *Smith v. Van Gorkom*⁴³ konkretisierte die Anwendbarkeit der *business judgment rule* auf einen *leveraged buy-out merger*.⁴⁴ Die Kläger wendeten sich gegen die Beschluss des *board of directors*, das Angebot der Bieter anzunehmen, ohne vorher jedwede Informationen dazu eingeholt zu haben, wie der Preis dieses Angebots zustande gekommen war (bzw. ob dieser ‚fair‘ war). Das Gericht beurteilte das Verhalten des *board of directors* als grob fahrlässig.

Zur Beweislast entschied das Gericht ferner, dass gemäß der *business judgment rule* grundsätzlich die Annahme gelte, dass die *directors* auf hinreichender Informationsgrundlage ent-

³⁸ Vgl. *Kahn v. Lynch Communications Systems, Inc.* (638 A.2d 1110; Del. 1994), nachfolgend unter VI.3.e.

³⁹ Vor allen solche, in denen sich eine Übernahme der *corporation* durch *change of control* andeutet oder sicher bevorsteht.

⁴⁰ Zum Beispiel hinsichtlich der Unabhängigkeit und Informationslage der Handelnden.

⁴¹ 457 A.2d 701 ff.; Del. 1983.

⁴² Und damit *disinterested* bzw. bestimmte Parteien nicht bevorzugend.

⁴³ 488 A.2d 858 ff.; Del. 1985.

⁴⁴ Bei dem der Aktionär also nach dessen Ausführung nicht mehr an einem *going concern* beteiligt ist.

schieden habe. Die Kläger erbrachten somit den Gegenbeweis, dass deren Entscheidung ‚auf unzureichender Informationsgrundlage ergangen‘ war.⁴⁵ Auf die Frage, ob die Transaktion dem *entire fairness test* genügt hätte, kam es somit nicht mehr an.

c. Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co. (Del. 1985)

In dieser Entscheidung⁴⁶ widmete sich das Gericht der Zulässigkeit von Abwehrmaßnahmen im Rahmen einer (feindlichen) Übernahme.⁴⁷ Bis dato wurden diese ohne weitere Voraussetzungen der *business judgment rule* unterstellt. Das Gericht entschied jedoch, dass das *board of directors* fortan nur dann in den Genuss dieser managementfreundlichen Annahme kommen würde, sofern es nachweise, dass das Übernahmeangebot eine Gefahr für die Gesellschaft darstelle und die Abwehrmaßnahme zu dieser Gefahr in angemessener Relation gestanden habe. Die Beurteilung anhand dieses *test of reasonableness* war nach Ansicht des Gerichts erforderlich, um dem einer Übernahme inhärenten Interessenkonflikt Rechnung zu tragen, der dadurch gegeben sei, dass die *directors* bei Zustimmung zum Übernahmeangebot im Zuge der Übernahme einen Kontrollverlust über das *target* erlitten hätten.

d. Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holding, Inc. (Del. 1986)

Revlon⁴⁸ setzte die Unocal-Entscheidung fort und arbeitete die *fiduciary duties* im Fall eines (drohenden) *change of control* weiter aus. Demnach ändern sich die *fiduciary duties* ab dem Moment, in dem der Kontrollverlust über die AG unausweichlich sei: fortan gelten die Pflichten des *board of directors* nicht mehr der Verteidigung der Gesellschaft⁴⁹, sondern allein dem Interesse der Aktionäre, ihre Anteile so vorteilhaft wie möglich veräußern zu können.

Statt der *business judgment rule* sei daher der *test of reasonableness* unter Berücksichtigung der Gesamtumstände anzuwenden. Im Fall eines bevorstehenden *change of control*, muss durch geeignete Maßnahmen⁵⁰ der höchste Bieter für die Gesellschaft gefunden werden. Heute bezeichnet man diese Pflichten allgemein als *Revlon duties*.⁵¹

e. Kahn v. Lynch Communication (Del. 1994)

In der Entscheidung Kahn v. Lynch Communication Systems⁵² entwickelte das Gericht den in der Weinberger-Entscheidung eingeführten *entire fairness test* weiter. Der Entscheidung lag ein Angebot eines bietenden Aktionärs im Rahmen eines *cash-out merger* zugrunde, das ein eigens eingesetzter unabhängiger Ausschuss (*independent committee*) als zu niedrig eingestuft hatte. Daraufhin hatte der Bieter angekündigt, bei Nichtannahme des Angebots eine feindliche Übernahme zu einem erheblich niedrigeren Preis durchzuführen; das *independent com-*

⁴⁵ Smith v. Van Gorkom (488 A.2d 858, 872.; Del. 1985).

⁴⁶ Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co. (493 A.2d 946 ff.; Del. 1985).

⁴⁷ Es ging also um einen *tender offer*.

⁴⁸ Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holding, Inc. (506 A.2d 173 ff.; Del. 1986).

⁴⁹ Selbst wenn das Übernahmeangebot für die AG eine Gefahr darstellt.

⁵⁰ Nach Ansicht des Gerichts ist die Durchführung eines Bieterverfahrens nicht zwingend erforderlich, solange die gewählte Abwehrreaktion nicht die Möglichkeit des *board of directors* einschränkt, mit anderen potentiellen Bietern ein für die Aktionäre vorteilhafteres Angebot zu verhandeln.

⁵¹ Zur vertiefenden Lektüre, wie die delawaresche Rechtsprechung die Unocal- und Revlon-Pflichten weiter konkretisiert und zueinander in Beziehung gesetzt hat, vgl. Paramount Communications v. Time (571 A.2d 1140, 565 A.2d 280; Del. 1989) sowie Paramount Communications v. QVC Networks, Inc. (637 A.2d 828, 637 A.2d 34; Del. 1994).

⁵² 638 A.2d 1110; Del 1994.

mittee empfahl daraufhin die Annahme des ursprünglich von ihm als zu niedrig eingestuften Angebots.

Das Gericht stellte fest, dass die Existenz eines unabhängigen Ausschusses zur Bewertung der angebotenen Abfindungshöhe als Beweis für ein faires Verfahren (*fair process*) gelte, wobei es die Anforderungen an die Unabhängigkeit der *directors* näher konkretisierte.⁵³ Des Weiteren entschied es, dass die Beweislast im Rahmen des auf die Transaktion anzuwendenden *entire fairness test* beim bietenden (Mehrheits-)Aktionär bzw. dem (von ihm kontrollierten) *board of directors* liege.

Eine weitere Beweislastumkehr, die zurück zur *business judgment rule*-Annahme führen würde,⁵⁴ könne aber bewirkt werden, indem der Squeeze-out von einem mit umfassenden Verhandlungsrechten ausgestatteten unabhängigen Ausschuss verhandelt (*oder* die Zustimmung der Mehrheit der Minderheitsaktionäre erteilt) wird.⁵⁵ Die Lynch-Entscheidung leitete damit eine gesonderte Rechtsprechungslinie für private Kaufangebote und *cash-out mergers* bei einstufigen Squeeze-outs ein.

f. In Re Siliconix, Inc. Shareholders Litigation (Del. Ch. 2001)

Neben Lynch entstand mit In Re Siliconix, Inc. Shareholders Litigation⁵⁶ eine weitere Rechtsprechungslinie⁵⁷, die die Anforderungen an den Minderheitenschutz bei zweistufigen Squeeze-outs nach *tender offers* konkretisierte. In Abgrenzung zur Lynch-Entscheidung sei auf ein *tender offer* nicht der *entire fairness test*, sondern die *business judgment rule* anwendbar. *Fiduciary duties* seien kontextabhängig; das erforderliche Schutzniveau bei einem *tender offer*, bei dem das *target* an einer Börse notiert ist, sei niedriger als bei einem von dem *board of directors* verhandelten privaten Kaufangebot oder *merger*.

Das Gericht begründete die unterschiedlichen Schutzbedürfnisse damit, dass ein auf Basis hinreichender Informationen und ohne Ausübung von Zwang,⁵⁸ durchgeführter *tender offer* den (Minderheits-)Aktionären hinreichend Schutz biete. Diese könnten frei entscheiden, ob sie das Angebot annehmen oder ablehnen.⁵⁹ Insbesondere sei der im Rahmen eines *tender*

⁵³ So setzte das Gericht als Minimalkriterien voraus, dass der Mehrheitsaktionär die Bedingungen der Transaktion nicht diktiert und dass der unabhängige Ausschuss derart mit Verhandlungsrechten ausgestattet sei, dass er mit dem Mehrheitsaktionär auf Augenhöhe verhandeln könne, vgl. Kahn v. Lynch Communications Systems, Inc. (638 A.2d 1110; Del. 1994).

⁵⁴ Dass also die *directors* rational nachvollziehbar gehandelt haben.

⁵⁵ Die Grundsätze des Lynch-Urteils wurden eben falls in einer Reihe von Fällen fortgeführt und konkretisiert, vgl. Kahn v. Tremont Corporation (694 A.2d 422; Del. 1997), Emerald Partners v. Berlin (726 A.2d 1215; Del. 1999), Americas Mining Corporation v. Theriault (51 A.3d 1213; Del. 2012).

Ferner enthielt die Entscheidung ein (nicht entscheidungserhebliches, aber später viel diskutiertes) Diktum, dass ein herrschender Mehrheitsaktionär, der auf beiden Seiten der Squeeze-out-Transaktion (wie beispielsweise in einem Mutter/Tochter-Kontext) beteiligt sei, die „*entire fairness*“ der Transaktion beweisen müsse.

⁵⁶ 2001 WL 716787 (Del. Ch. June 19, 2001).

⁵⁷ Vgl. u.a. auch In Re Pure Resources, Inc. Shareholders Litigation (808 A.2d 421; Del. Ch. 2002); In Re Cox Communications, Inc. Shareholders Litigation (879 A.2d 604; Del. Ch. 2005).

⁵⁸ Vgl. hierzu In Re Pure Resources, Inc. Shareholders Litigation (808 A.2d 421; Del. Ch. 2002).

⁵⁹ Anders sei dies insbesondere bei Unternehmenszusammenschlüssen, die durch das *board of directors* verhandelt würden, wenn sich der Mehrheitsaktionär für den Zusammenschluss ausspricht und die Minderheitsaktionäre keinerlei Möglichkeiten haben, diesen zu verhindern. Der wesentliche Unterschied zwischen dem *tender offer* einerseits und einer *merger*-Situation andererseits liegt somit darin, dass

offer gebotene Preis keiner Fairnessprüfung (bzw. der damit einhergehenden Offenlegung von Preisbildungsmethoden) zu unterziehen, da ein *tender offer*-Bieter gerade keinen ‚*fairen*‘ Preis schulde. Der Aktionär könne vielmehr durch seine Reaktion (Annahme oder Ablehnung) selbst entscheiden, ob ihm der Preis fair erscheine.

g. Kahn v. M&F Worldwide Corporation (Del. 2014)

In Kahn v. M&F Worldwide Corporation⁶⁰ hat die delawareische Gerichtsbarkeit die durch die Lynch- und Siliconix-Entscheidungen entstandenen unterschiedlichen Betrachtungsweisen von *tender offers*, bei dem das *target* an einer Börse notiert ist, und eistufigen Squeeze-outs wieder etwas einander angeglichen. Im zugrunde liegenden Fall beabsichtigte der Mehrheitsaktionär im Wege eines Mutter/Tochter-*merger* die (Minderheits-)Aktionäre der Tochtergesellschaft herauszudrängen. Dabei knüpfte er sein an die Minderheitsaktionäre unterbreitetes Aktienkaufangebot an zwei (kumulative) Bedingungen: (1) ein unabhängiger Ausschuss sollte den *merger*-Vertrag verhandeln und diesem zustimmen, und (2) die Mehrheit der Minderheitsaktionäre sollte der so verhandelten der Verschmelzung (und damit ihrem eigenen Squeeze-out) zustimmen.⁶¹

Unter Ausgestaltung dieser zwei Bedingungen urteilte das Gericht, dass auch für einen im Wege des *merger* durchgeführten Squeeze-out die *business judgment rule* gelten kann, wenn die folgenden Voraussetzungen von Beginn der *merger*-Verhandlungen kumulativ vorliegen:

- ein unabhängiger Ausschuss, der mit umfangreichen Verhandlungsrechten (insbesondere zur Einbindung externer Berater sowie zur Ablehnung des Bieterangebots) ausgestattet ist, verhandelt den *merger*; und
- der Ausschuss übt seine *duty of care* im Hinblick auf den von ihm verhandelten fairen Preis aus; und
- die Mehrheit der Minderheitsaktionäre stimmt der Transaktion auf Basis hinreichender Informationen und frei von jeglichem Zwang zu.

Liegen diese Voraussetzungen vor, ist die Transaktion einem mit fremden Dritten zu Marktbedingungen (*at arm's length*) verhandeltem Geschäft vergleichbar, bei der das *board of directors* die *business judgment rule* für sich in Anspruch nehmen dürfe. Für den Fall aber, dass auch nur eine der vorgenannten Voraussetzung nicht erfüllt sei, bleibe es beim *entire fairness test* der Weinberger-Entscheidung (mit der gegebenenfalls anzuwendenden Beweislastumkehr und Anwendung der *business judgment rule* nach der Lynch-Entscheidung).⁶²

4. Zwischenfazit

Diese keineswegs abschließende Darstellung der delawareischen Rechtsprechung zu *fiduciary duties* verdeutlicht den hohen Stellenwert, den Wahlrecht und Vereinbarungen zu Marktbedingungen im dortigen Aktienrecht haben. Wird eine Transaktion „*at arm's length*“ durchge-

letztere die Minderheitsaktionäre auch gegen ihren Willen erfassen kann, während der *tender offer* sich gerade nicht auf diejenigen Minderheitsaktionäre erstreckt, die beschließen, das Übernahmeangebot abzulehnen.

⁶⁰ Kahn v. M&F Worldwide Corp. (88 A.3d 635 ff.; Del. 2014).

⁶¹ Damit kombinierte der Mehrheitsaktionär die alternativ geforderten Voraussetzungen aus der Lynch-Entscheidung im vorliegenden Fall in kumulativer Weise.

⁶² Vgl. vorstehend unter VI.3.a und VI.3.e.

führt, gilt sie als ‚fair‘ und das Gericht wendet die *business judgment rule* an. Dasselbe gilt, wenn der Minderheitsaktionär im Rahmen eines *tender offer* ein echtes Wahlrecht hat.

Die beschriebenen Fälle dokumentieren ferner, welche hervorgehobene Rolle die ‚saubere‘ Vorbereitung und Durchführung einer Transaktion spielt. Je umfangreicher Fairnessgesichtspunkte im Rahmen eines Squeeze-out vorgewiesen werden können, desto eher wird der *Delaware Court of Chancery* die Klage eines (Minderheits-)Aktionärs bereits im Vorverfahren auf *motion to dismiss*, ohne die Durchführung einer teuren *pretrial discovery*, ablehnen.

VII. Rechtsschutzmöglichkeiten

Macht ein Minderheitsaktionär geltend, dass er im Rahmen einer Squeeze-out-Transaktion übervorteilt wird, so stellt sich die Frage nach den ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten. Häufig wird in einstweiligen Rechtsschutzgesuchen die Aussetzung des *merger-* bzw. Squeeze-out-Verfahrens angestrebt. Gemäß der grundsätzlichen Zurückhaltung der Gerichte von Delaware, sich in gesellschaftsinterne Angelegenheiten einzumischen, wird eine solche einstweilige Verfügung aber nur in Ausnahmefällen gewährt. Viel häufiger ist somit der nachträgliche Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren.

Da eine Rückabwicklung der Transaktion in der Regel faktisch unmöglich sein wird, beschränkt sich das Rechtsschutzgesuch meist auf die Geltendmachung sekundärrechtlicher Ansprüche. Dabei ist jedoch zu beachten, dass sog. *appraisal rights* Schadensersatzansprüchen grundsätzlich als spezieller vorgehen und diese teilweise sperren.⁶³ So wurde in *Weinberger* entschieden, dass Fairnesseinwände, die die Abfindungshöhe (*fair price*) betreffen, grundsätzlich nur im Rahmen des *appraisal*-Verfahrens geltend gemacht werden können.⁶⁴ Wird hingegen vorgetragen, dass die Transaktion wegen Verstoßes gegen die *fair process*-Voraussetzung unzulässig war, so sperren die *appraisal rights* die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht. *Appraisal rights* und Schadensersatzansprüche können im Wege der kumulativen bzw. eventuellen Klagehäufung gemeinsam geltend gemacht werden.⁶⁵

Mit dem *appraisal*-Verfahren kann der herausgedrängte Aktionär sein Recht auf eine Abfindung in fairer Höhe durchsetzen. Es ist insofern mit dem Spruchverfahren nach dem SpruchG vergleichbar.

VIII. Fazit

Ähnlich wie das deutsche Recht sieht das Aktienrecht von Delaware einen Squeeze-out ohne oder gegen den Willen der Minderheitsaktionäre in Form eines *short-form merger* vor, sofern der Mehrheitsaktionär eine gewisse Beteiligungsgrenze überschritten hat. Die Größe des Anteils des Mehrheitsaktionärs bestimmt dabei die Voraussetzungen. Hinsichtlich des Minderheitenschutzes sind die *short-form mergers* nach DGCL § 253 und § 251(h) rechtlich wenig problematisch; sie sind abschließend gesetzlich kodifiziert.

⁶³ Palmiter, *Corporations*, 6th Edition, 2009, S. 706 f.

⁶⁴ *Weinberger v. UOP, Inc.* (457 A.2d 701, 714-715; Del. 1983).

⁶⁵ Vgl. *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.* (634 A.2d 345; Del. 1993).

Die gerichtliche Überprüfung in puncto Minderheitenschutz findet beim *short-form merger* im ersten Transaktionsteil (des zweistufigen Squeeze-out-Verfahrens, also im Rahmen des *tender offer*) bzw. im einstufig ausgestalteten Squeeze-out-Verfahrens hinsichtlich des privaten Kaufangebots oder des (*long-form merger*-Vertrags, statt. In allen Fällen sind die (Minderheits-)Aktionäre für ihre Entscheidungsfindung zumindest auf den Zugang zu entscheidungsrelevanten Informationen angewiesen. Bei einstufigen Transaktionen kommt hinzu, dass sie im Rahmen der durch das (meist Bieter kontrollierte) *board of directors* verhandelten Transaktion faktisch keinen Einfluss auf das Abfindungsangebot haben und deswegen besonders schutzbedürftig sind.

Long-form mergers waren daher über lange Zeit strengeren Treue- und Sorgfaltsregeln (*entire fairness test*) ausgesetzt als *tender offers* (*business judgment rule*), bei denen der (Minderheits-)Aktionär die freie Wahl zwischen Annahme oder Ablehnung des Kaufangebots hat. Bei entsprechender Strukturierung, die die Transaktion in die Nähe eines Geschäfts zu Marktbedingungen (*at arm's length*) rückt und damit eine gewisse Fairness indiziert, wendet die delawaresche Rechtsprechung nunmehr (wieder) die *business judgment rule* auf einstufige Squeeze-out-Verfahren an.⁶⁶

In Abgrenzung zum deutschen Recht fällt außerdem auf, dass der delawaresche Squeeze-out stets einer Transaktion bedarf. Ferner pflegt das dortige Aktienrecht einen anderen Begriff des Minderheitsaktionärs. Nicht so sehr seine quantitative Beteiligung, sondern vielmehr die Möglichkeit, seine Rechte als mündiger Aktionär auszuüben, stehen im Vordergrund. Berücksichtigt das *board of directors* relevante Informationen im Rahmen seiner Entscheidungsfindung nicht, werden dem Aktionär entscheidungsrelevante Informationen vorenthalten oder besteht infolge von Interessenkonflikten die Möglichkeit, dass die maßgeblich Handelnden der Gesellschaft ihn benachteiligen, trägt das delawaresche Recht diesen Umständen durch verschärfte Überprüfungsmaßstäbe und Beweislastumkehr Rechnung.

Ein Beispiel, wie die *directors* dieser besonderen Schutzbedürftigkeit Rechnung tragen können, ist die Einrichtung und Einbeziehung eines im deutschen Squeeze-out-Verfahren unbekanntem unabhängigen Ausschusses (*independent committee*); dessen Mitglieder dürfen keinerlei Verbindungen zu der den Squeeze-out anstrebenden Partei haben. Die Institution derartiger Ausschüsse verdeutlicht, dass—jedenfalls bei möglichen Interessenkollisionen—nach dem aktienrechtlichen Verständnis in Delaware von der ‚Mehrheit‘ nicht immer eine hinreichende Legitimationswirkung ausgeht. Das Interesse des Mehrheits- (oder sonst auf die AG einen wesentlichen Einfluss ausübenden) Aktionärs, insoweit er denn ein eigenes Interesse verfolgt, tritt hinter das der Gesellschaft zurück. Die Legitimationswirkung für Handlungen

⁶⁶ Hierbei ist zu beachten, dass die Rückkehr zu einer gleichlaufenden Behandlung von *merger*- und *tender offer*-Konstellationen durch die Entscheidung Kahn v. M&F Worldwide Corp. bislang nur in eine Richtung erfolgt ist. Nach dieser Entscheidung kann zwar in einem Squeeze-out über eine *merger*-Konstellation in Angleichung an die Situation bei *tender offer*-Strukturierungen die Anwendbarkeit der *business judgment rule* erreicht werden, wenn entsprechende Schutzmechanismen implementiert sind. Eine noch weitergehende Angleichung befürwortend schlug das Gericht aber in einem *dictum* in der Entscheidung In Re Cox Communications, Inc. Shareholders Litigation (879 A.2d 604; Del. Ch. 2005) vor, umgekehrt auch Squeeze-out-Strukturen mit *tender offer*-Elementen dann dem verschärften *entire fairness* Standard (wie in den *merger*-Konstellationen) zu unterwerfen, wenn sich der unabhängige Ausschuss gegen das unterbreitete Übernahmeangebot ausspricht. Inwieweit die Rechtsprechung die dort erwähnte Angleichung fortführen wird, bleibt abzuwarten.

der AG ergibt sich damit erst aus der Zustimmung der unabhängigen Mehrheit (der Mehrheit der Minderheitsaktionäre).

Auch die neue Regelung des DGCL § 251(h) und die damit geschaffene Möglichkeit, bereits als Inhaber von 50% + 1 der Stimmrechte einen Squeeze-out durchzuführen, unterstreicht diesen anders verstandenen Minderheitenschutz: nicht die quantitative Beteiligung, sondern die Legitimation *at arm's length* bzw. durch interessenskonfliktfreie Entscheidungen ist eines ihrer leitenden Kriterien.

Abschließend ist als weiterer wichtiger Unterschied zum deutschen Recht, in dem sich die Höhe des Abfindungspreis aus einer aktuellen, am Dreimonatsdurchschnittskurs nach unten begrenzten Unternehmensbewertung zwingend ergibt und diese gerichtlich im Spruchverfahren überprüft werden kann, die Pflicht der maßgeblich Handelnden zu nennen, im Fall eines unmittelbar bevorstehenden übernahmerechtlichen Squeeze-out⁶⁷ für die ausscheidenden (Minderheits-)Aktionäre einen möglichst vorteilhaften Preis auszuhandeln. Diese häufig auch als „*duty to go shop*“ bezeichnete Konkretisierung der *duty of loyalty*⁶⁸ verlangt, dass das *board of directors* aktiv ein besseres Abfindungsangebot ausfindig machen muss. Anders als im deutschen Recht werden in diesem Fall die Interessen der Aktionäre über die der Gesellschaft gestellt.

⁶⁷ Wie zum Beispiel beim *cash-out merger*.

⁶⁸ Vgl. *Revlon-duties*, vorstehend unter VI.3.d.

Das neue Recht der Abschlussprüfung

(Schürnbrand)



Das neue Recht der Abschlussprüfung

6. Österbergseminar – 24.10.2014



I. Einführung

- Gesetzgebungspaket vom 16.4.2014: Verordnung 537/2014 und Richtlinie 2014/56/EU
- **Doppelte Zielsetzung**
 - (1) Verbesserung der Qualität der Abschlussprüfung
 - (2) Korrektur der Marktstruktur
- **Regulierungskonzept:** Sonderrecht für Unternehmen von öffentlichem Interesse
 - (1) Reform der bestehenden Abschlussprüferrichtlinie
 - (2) Neu: „Verordnung über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse“



II. Neuerungen für alle Abschlussprüfungen

- I. Verbot von „Big4-only-Klauseln“ (Art. 37 Abs. 3 RL)
- II. Kodifikation der kritischen Grundhaltung (Art. 21 RL)
- III. Karenzzeit beim Wechsel des Prüfers zum Unternehmen (Art. 22a RL)
- IV. Zwingende Vorgabe der International Standards on Auditing (ISA, vgl. Art. 26 RL)
- V. Erweiterter Bestätigungsvermerk (Art. 28 RL, Art. 10 VO)



III. Sonderrecht für Unternehmen von öffentlichem Interesse

1. **Sicherung der Unabhängigkeit**
 - a) **Trennung von Prüfung und Beratung**
 - bisher Leitbild: Verbot der Selbstprüfung
 - nunmehr: Katalog per se verbotener Nichtprüfungsleistungen (Art. 5 Abs. 1 VO)
 - im Übrigen: Zustimmung des Prüfungsausschusses (Art. 5 Abs. 4 VO); Honorardeckelung (70%-Grenze; Art. 4 Abs. 2 VO)
 - Keine Schaffung reiner Prüfungsgesellschaften (pure audit firms)



III. Sonderrecht für Unternehmen von öffentlichem Interesse

1. Sicherung der Unabhängigkeit

b) Interne und externe Rotation des Prüfers

- bisher: interne Rotation (Austausch des verantwortlichen Prüfungspartners) nach spätestens 7 Jahren
- nunmehr zusätzlich: graduelles Rotationssystem (Art. 17 Abs. 7 VO)
- vor allem aber: externe Rotation nach grds. 10 Jahren (Wechsel der Prüfungsgesellschaft; Art. 17 Abs. 1 VO); Übergangsfristen (Art. 41 VO)
- Mitgliedstaatenwahlrecht (Art. 17 Abs. 4): Verlängerung der Höchstlaufzeit bei öffentlicher Ausschreibung (20 Jahre) und gemeinschaftlichen Prüfungen (24 Jahre)



III. Sonderrecht für Unternehmen von öffentlichem Interesse

2. Stärkung des Prüfungsausschusses

- weiterhin möglich: Aufsichtsrat als Prüfungsausschuss; dann keine mehrheitliche Besetzung mit unabhängigen Mitgliedern erforderlich
- weiterhin ausreichend: ein „financial expert“; in der Gesamtheit: „Vertrautsein“ mit dem Sektor, in dem Unternehmen tätig
- Schärfung des Aufgabenprofils (Art. 39 Abs. 6 RL)
- Formalisierung der Bestellung des Abschlussprüfers (Art. 16 VO)
- Zusatzbericht nach deutschem Vorbild (Art. 11 VO)



III. Sonderrecht für Unternehmen von öffentlichem Interesse

3. Funktionen der Abschlussprüfung

- Öffentliche Kontrollfunktion
- Unterstützungsfunktion gegenüber Aufsichtsrat
- Informationspflichten gegenüber Aufsichtsbehörden (Art. 12 VO)



IV. Resumee

- bedeutsame Neuerungen, in der Sache teilweise kritikwürdig, jedenfalls selten Zusammenhang zur Finanzmarktkrise deutlich
- Gefahr der Überregulierung
- Langfristige Auswirkungen des Sonderregimes für öffentliche Unternehmen auf sonstige Abschlussprüfungen nicht absehbar

VERORDNUNG (EU) Nr. 537/2014 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES**vom 16. April 2014****über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission****(Text von Bedeutung für den EWR)**

DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DER RAT DER EUROPÄISCHEN UNION —

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf Artikel 114,

auf Vorschlag der Europäischen Kommission,

nach Zuleitung des Entwurfs des Gesetzgebungsakts an die nationalen Parlamente,

nach Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses ⁽¹⁾,gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ⁽²⁾,

in Erwägung nachstehender Gründe:

- (1) Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften sind gesetzlich mit der Durchführung der Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse betraut, um das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Jahresabschlüsse und konsolidierten Abschlüsse dieser Unternehmen zu stärken. Die Funktion der Abschlussprüfung für das öffentliche Interesse erwächst aus der Tatsache, dass sich ein breiter Kreis von Personen und Einrichtungen auf die Qualität der Arbeit des Abschlussprüfers oder der Prüfungsgesellschaft verlässt. Eine gute Prüfungsqualität trägt zum ordnungsgemäßen Funktionieren der Märkte bei, indem die Integrität und Wirksamkeit der Abschlüsse erhöht wird. Abschlussprüfer erfüllen damit eine besonders wichtige gesellschaftliche Funktion.
- (2) Nach Unionsrecht, nämlich Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 86/635/EWG des Rates ⁽³⁾, Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 91/674/EWG des Rates ⁽⁴⁾, Artikel 4 Absatz 4 der Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽⁵⁾, Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽⁶⁾, Artikel 73 der Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽⁷⁾, Artikel 3 Absatz 1

⁽¹⁾ ABl. C 191 vom 29.6.2012, S. 61.

⁽²⁾ Standpunkt des Europäischen Parlaments vom 3. April 2014 (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht) und Beschluss des Rates vom 14. April 2014.

⁽³⁾ Richtlinie 86/635/EWG des Rates vom 8. Dezember 1986 über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Banken und anderen Finanzinstituten (ABl. L 372 vom 31.12.1986, S. 1).

⁽⁴⁾ Richtlinie 91/674/EWG des Rates vom 19. Dezember 1991 über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Versicherungsunternehmen (ABl. L 374 vom 31.12.1991, S. 7).

⁽⁵⁾ Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG (ABl. L 390 vom 31.12.2004, S. 38).

⁽⁶⁾ Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG (ABl. L 319 vom 5.12.2007, S. 1).

⁽⁷⁾ Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) (ABl. L 302 vom 17.11.2009, S. 32).

der Richtlinie 2009/110/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽¹⁾ und Artikel 22 Absatz 3 der Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽²⁾ müssen die Abschlüsse, d. h. Jahresabschlüsse und konsolidierte Abschlüsse, von Kreditinstituten, Versicherungsgesellschaften, Emittenten von Wertpapieren, die zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind, Zahlungsinstituten, Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), E-Geld-Instituten, alternativen Investmentfonds von einer oder mehrerer nach Unionsrecht zur Durchführung solcher Prüfungen berechtigten Personen geprüft werden. Darüber hinaus verlangt Artikel 4 Absatz 1 Nummer 1 der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽³⁾ eine Prüfung der Jahresabschlüsse von Wertpapierfirmen für den Fall, dass die Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽⁴⁾ nicht anwendbar ist.

- (3) Die Voraussetzungen für die Zulassung der für die Abschlussprüfung zuständigen Personen sowie die Mindestanforderungen an die Durchführung dieser Prüfungen sind in der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽⁵⁾ festgelegt.
- (4) Am 13. Oktober 2010 legte die Kommission das Grünbuch „Weiteres Vorgehen im Bereich der Abschlussprüfung: Lehren aus der Krise“ vor, mit dem im allgemeinen Zusammenhang mit der Finanzmarktregulierungsreform eine breite öffentliche Konsultation eingeleitet wurde, bei der es um Funktion und Umfang der Abschlussprüfung sowie um die Frage ging, wie Abschlussprüfungen gestärkt werden können, um zu erhöhter Finanzstabilität beitragen zu können. Diese Konsultation ergab, dass die Bestimmungen der Richtlinie 2006/43/EG zur gesetzlichen Prüfung der Jahresabschlüsse und konsolidierten Abschlüsse von Unternehmen von öffentlichem Interesse verbessert werden könnten. Das Europäische Parlament hat am 13. September 2011 einen Initiativbericht zu dem Grünbuch vorgelegt. Auch der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss nahm am 16. Juni 2011 einen Bericht zu diesem Grünbuch an.
- (5) Es ist wichtig, detaillierte Vorschriften festzulegen, um zu gewährleisten, dass Abschlussprüfungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse die erforderliche Qualität aufweisen und die mit diesen Prüfungen betrauten Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften strengen Anforderungen unterliegen. Ein gemeinsamer rechtlicher Ansatz dürfte die Integrität, Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Verantwortung, Transparenz und Verlässlichkeit von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, die Unternehmen von öffentlichem Interesse prüfen, stärken und so zur Qualität der Abschlussprüfung in der Europäischen Union und damit auch zu einem reibungslos funktionierenden Binnenmarkt im Sinne eines hohen Maßes an Verbraucher- und Anlegerschutz beitragen. Die Erarbeitung eines gesonderten Rechtsakts für Unternehmen von öffentlichem Interesse sollte darüber hinaus eine einheitliche Harmonisierung und einheitliche Anwendung der Vorschriften gewährleisten und damit die Funktionsweise des Binnenmarkts verbessern helfen. Diese strengen Anforderungen sollten nur insofern auf Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften anwendbar sein, als sie Abschlussprüfungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse durchführen.
- (6) Die Abschlussprüfung bei Genossenschaften und Sparkassen ist in manchen Mitgliedstaaten durch ein System gekennzeichnet, wonach diese ihren Abschlussprüfer oder ihre Prüfungsgesellschaft nicht frei wählen dürfen. Der Prüfungsverband, dem die Genossenschaft oder Sparkasse als Mitglied angehört, ist gesetzlich zur Durchführung der Abschlussprüfung verpflichtet. Diese Prüfungsverbände sind ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig und verfolgen keine wirtschaftlichen Interessen, was sich aus ihrer Rechtsnatur ergibt. Außerdem verfolgen die Organisationseinheiten dieser Verbände kein gemeinsames wirtschaftliches Interesse in der Weise, dass ihre Unabhängigkeit beeinträchtigt sein könnte. Deshalb sollten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, Genossenschaften im Sinne des Artikels 2 Nummer 14 der Richtlinie 2006/43/EG, Sparkassen oder ähnliche Unternehmen nach Artikel 45 der Richtlinie 86/635/EWG oder ihre Tochterunternehmen oder Rechtsnachfolger aus dem Geltungsbereich dieser Verordnung auszunehmen, sofern die Grundsätze der Unabhängigkeit gemäß der Richtlinie 2006/43/EG eingehalten werden.

⁽¹⁾ Richtlinie 2009/110/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, zur Änderung der Richtlinien 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2000/46/EG (ABl. L 267 vom 10.10.2009, S. 7).

⁽²⁾ Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010 (ABl. L 174 vom 1.7.2011, S. 1).

⁽³⁾ Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates (ABl. L 145 vom 30.4.2004, S. 1).

⁽⁴⁾ Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (ABl. L 182 vom 29.6.2013, S. 19).

⁽⁵⁾ Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates (ABl. L 157 vom 9.6.2006, S. 87).

- (7) Die Höhe der von einem geprüften Unternehmen gezahlten Prüfungshonorare und deren Zusammensetzung kann die Unabhängigkeit eines Abschlussprüfers oder einer Prüfungsgesellschaft gefährden. Aus diesem Grund ist es wichtig sicherzustellen, dass Prüfungshonorare in keiner Weise ergebnisabhängig sind und dass für den Fall, dass die von einem Mandanten einschließlich seiner Tochterunternehmen gezahlten Prüfungshonorare sehr hoch sind, ein spezielles Verfahren zur Gewährleistung der Prüfungsqualität eingerichtet wird, an dem der Prüfungsausschuss beteiligt wird. Wird ein Abschlussprüfer oder eine Prüfungsgesellschaft übermäßig abhängig von einem Mandanten, so sollte der Prüfungsausschuss anhand triftiger Gründe entscheiden, ob der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft die Abschlussprüfung weiterhin durchführen kann. Bei dieser Entscheidung sollte der Prüfungsausschuss unter anderem die Gefährdung der Unabhängigkeit und die Folgen seiner Entscheidung berücksichtigen.
- (8) Wenn Abschlussprüfer, Prüfungsgesellschaften oder Mitglieder ihrer Netzwerke für geprüfte Unternehmen bestimmte andere Leistungen als Prüfungsleistungen (Nichtprüfungsleistungen) erbringen, kann dies ihre Unabhängigkeit beeinträchtigen. Deshalb ist es angemessen, die Erbringung bestimmter Nichtprüfungsleistungen wie etwa spezielle Steuerberatungs- und Beratungsdienstleistungen für das geprüfte Unternehmen, dessen Muttergesellschaft und die von ihm beherrschten Unternehmen innerhalb der Union zu verbieten. Zu den Leistungen, mit denen eine Beteiligung an der Führung oder an Entscheidungen des geprüften Unternehmens verbunden ist, könnten die Verwaltung des Umlaufvermögens (Working Capital Management), die Bereitstellung von Finanzinformationen, die Optimierung von Geschäftsabläufen, die Finanzmittelverwaltung (Cash Management), die Verrechnungspreisgestaltung, die Herbeiführung von Effizienzgewinnen bei Lieferketten und Ähnliches gehören. Leistungen im Zusammenhang mit der Finanzierung, der Kapitalstruktur und -allokation sowie der Anlagestrategie des geprüften Unternehmens sollten verboten sein, mit Ausnahme der Erbringung von Leistungen wie Sorgfaltsprüfungen (Due-Diligence-Prüfungen), Erstellung von Prüfbescheinigungen (Comfort Letters) im Zusammenhang mit vom geprüften Unternehmen herausgegebenen Prospekten und sonstigen Bestätigungsleistungen.
- (9) Den Mitgliedstaaten sollte es möglich sein zu beschließen, dass die Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften bestimmte Steuerberatungs- und Bewertungsleistungen erbringen dürfen, wenn diese unwesentlich sind oder sie allein oder kumuliert keine direkten Auswirkungen auf die geprüften Abschlüsse haben. Wenn diese Leistungen aggressive Steuerplanung beinhalten, sollten sie nicht als unwesentlich angesehen werden. Daher sollte ein Abschlussprüfer oder eine Prüfungsgesellschaft dem geprüften Unternehmen keine derartigen Leistungen erbringen. Ein Abschlussprüfer oder eine Prüfungsgesellschaft sollte Nichtprüfungsleistungen, die nicht nach der vorliegenden Verordnung unzulässig sind, erbringen können, wenn der Prüfungsausschuss die Erbringung derartiger Leistungen zuvor genehmigt hat und der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft sich vergewissert hat, dass seine bzw. ihre Unabhängigkeit infolge der Erbringung derartiger Leistungen keiner Gefahr ausgesetzt wird, die sich nicht durch die Anwendung von Schutzmaßnahmen auf ein annehmbares Niveau senken ließe.
- (10) Zur Vermeidung von Interessenkonflikten ist es wichtig, dass Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften vor Annahme oder Fortsetzung eines Prüfungsmandats bei einem Unternehmen von öffentlichem Interesse beurteilen, ob die Anforderungen an ihre Unabhängigkeit erfüllt sind, und insbesondere überprüfen, ob sich aus der Beziehung zu diesem Unternehmen Gefahren für ihre Unabhängigkeit ergeben. Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften sollten gegenüber dem Prüfungsausschuss des geprüften Unternehmens jährlich ihre Unabhängigkeit bestätigen und jede Gefährdung ihrer Unabhängigkeit wie auch die zur Verminderung dieser Gefährdung eingeleiteten Maßnahmen mit dem Prüfungsausschuss erörtern.
- (11) Die Verarbeitung personenbezogener Daten, die in den Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit dieser Verordnung erfolgt, sollte der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽¹⁾ und der Aufsicht der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, insbesondere der von den Mitgliedstaaten benannten unabhängigen öffentlichen Stellen, unterliegen. Jeder Austausch und jede Weiterleitung von Informationen durch die zuständigen Behörden sollte den Bestimmungen der Richtlinie 95/46/EG zur Übermittlung personenbezogener Daten entsprechen.
- (12) Eine solide auftragsbegleitende Qualitätssicherungsprüfung der im Rahmen der einzelnen Prüfungsmandate ausgeführten Arbeiten dürfte zu einer hohen Prüfungsqualität beitragen. Aus diesem Grund sollte der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft den Bestätigungsvermerk nicht vor Abschluss dieser auftragsbegleitenden Qualitätssicherungsprüfung erteilen.
- (13) Die Ergebnisse der Abschlussprüfung bei einem Unternehmen von öffentlichem Interesse sollten den Abschlussadressaten im Bestätigungsvermerk dargelegt werden. Um deren Vertrauen in die Abschlüsse des geprüften Unternehmens zu erhöhen, ist es besonders wichtig, dass der Bestätigungsvermerk fundiert und stichhaltig begründet ist. Zusätzlich zu den nach Artikel 28 der Richtlinie 2006/43/EG erforderlichen Angaben sollte der Bestätigungsvermerk insbesondere ausreichende Informationen über die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers oder der Prüfungsgesellschaft sowie darüber enthalten, ob die Abschlussprüfung geeignet war, Unregelmäßigkeiten einschließlich Betrug aufzudecken.

⁽¹⁾ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31).

- (14) Für das geprüfte Unternehmen würde die Abschlussprüfung erheblich an Wert gewinnen, wenn die Kommunikation zwischen dem Abschlussprüfer oder der Prüfungsgesellschaft auf der einen und dem Prüfungsausschuss auf der anderen Seite verstärkt würde. Neben dem regelmäßigen Dialog bei der Durchführung der Abschlussprüfung ist es wichtig, dass der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft dem Prüfungsausschuss einen zusätzlichen detaillierteren Bericht über die Ergebnisse der Abschlussprüfung vorlegt. Dieser zusätzliche Bericht sollte dem Prüfungsausschuss nicht später als der Bestätigungsvermerk vorgelegt werden. Der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft sollte auf Verlangen zentrale Fragen, die in dem zusätzlichen Bericht genannt sind, mit dem Prüfungsausschuss erörtern. Darüber hinaus sollte es möglich sein, dass dieser zusätzliche detaillierte Bericht auf Anfrage den für Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften zuständigen Aufsichtsbehörden sowie Dritten — falls dies im einzelstaatlichen Recht vorgesehen ist — zur Verfügung gestellt wird.
- (15) Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften liefern den für Unternehmen von öffentlichem Interesse zuständigen Aufsichtsbehörden schon heute Informationen über Sachverhalte oder Entscheidungen, die einen Verstoß gegen die für das geprüfte Unternehmen geltenden Vorschriften darstellen oder die Fortführung der Unternehmenstätigkeit beeinträchtigen könnten. Es würde jedoch die Aufsichtsaufgaben erleichtern, wenn die Aufsichtsbehörden von Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen und ihre Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften zu einem wirksamen Dialog untereinander verpflichtet wären.
- (16) Mit der Verordnung (EU) Nr. 1092/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates⁽¹⁾ wurde der Europäische Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) errichtet. Die Rolle des ESRB ist es, die Entstehung von Systemrisiken in der Union zu beobachten. Da die Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften von systemrelevanten Finanzinstituten Zugang zu einschlägigen Informationen haben, könnte ihre Erfahrung die Arbeit des ESRB unterstützen. Daher sollte ein jährliches Forum für den Dialog zwischen Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften einerseits und dem ESRB andererseits auf sektorbezogener, anonymisierter Basis durch diese Verordnung erleichtert werden.
- (17) Um das Vertrauen in Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften, die Unternehmen von öffentlichem Interesse prüfen, zu erhöhen und deren Haftung zu verstärken, sollte die Transparenzberichterstattung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften verstärkt werden. Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften sollten deshalb dazu verpflichtet werden, Finanzinformationen, insbesondere ihren Gesamtumsatz offenzulegen, aufgeschlüsselt nach Prüfungshonoraren, die von Unternehmen von öffentlichem Interesse gezahlt wurden, Prüfungshonoraren, die sie von anderen Unternehmen erhalten haben, und Honoraren für andere Dienstleistungen. Auch für das Netzwerk, dem sie angehören, sollten sie Finanzinformationen offenlegen. Zusätzlich dazu sollten Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften den zuständigen Behörden ergänzende Informationen zu den Prüfungshonoraren zur Verfügung stellen, um ihnen die Aufsichtstätigkeit zu erleichtern.
- (18) Es ist wichtig, die Rolle des Prüfungsausschusses bei der Auswahl eines neuen Abschlussprüfers oder einer neuen Prüfungsgesellschaft zu stärken, damit die Aktionärshauptversammlung oder Gesellschafterversammlung des geprüften Unternehmens eine fundiertere Entscheidung treffen kann. Deshalb sollte das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan, wenn es der Versammlung einen Vorschlag unterbreitet, mitteilen, ob es damit der Präferenz des Prüfungsausschusses folgt, und wenn nicht, die Gründe für die Abweichung darlegen. Damit eine echte Wahlmöglichkeit besteht, sollte die Empfehlung des Prüfungsausschusses mindestens zwei Möglichkeiten für die Erteilung des Prüfungsmandats sowie eine gebührend begründete Präferenz für eine der Möglichkeiten enthalten. Für eine faire und angemessene Begründung seiner Empfehlung sollte der Prüfungsausschuss sich auf die Ergebnisse eines unter seiner Verantwortung durchgeführten und durch das geprüfte Unternehmen organisierten verpflichtenden Auswahlverfahrens stützen. Bei einem solchen Auswahlverfahren sollte das geprüfte Unternehmen Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften mit geringem Marktanteil nicht an der Abgabe von Angeboten hindern. Die Ausschreibungsunterlagen sollten transparente, diskriminierungsfreie Auswahlkriterien enthalten, die für die Bewertung der Bewerbungen heranzuziehen sind. Da ein solches Auswahlverfahren für Unternehmen mit geringer Marktkapitalisierung oder kleinere und mittlere Unternehmen von öffentlichem Interesse gemessen an ihrer Größe unverhältnismäßig hohe Kosten verursachen könnte, sollten diese Unternehmen von der Pflicht befreit werden, ein Verfahren für die Auswahl eines neuen Abschlussprüfers oder einer neuen Prüfungsgesellschaft durchzuführen.
- (19) Das Recht der Aktionärshauptversammlung bzw. der Gesellschafterversammlung des geprüften Unternehmens auf Wahl des Abschlussprüfers oder der Prüfungsgesellschaft wäre wertlos, wenn das geprüfte Unternehmen mit einem Dritten einen Vertrag schliesse, der diese Auswahl einschränken würde. Aus diesem Grund sollte jede mit einem Dritten vereinbarte vertragliche Klausel nichtig sein, die das geprüfte Unternehmen im Hinblick auf die Wahl eines bestimmten Abschlussprüfers oder einer bestimmten Prüfungsgesellschaft oder die Auswahlentscheidung auf bestimmte Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften beschränkt.

⁽¹⁾ Verordnung (EU) Nr. 1092/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (ABl. L 331 vom 15.12.2010, S. 1).

- (20) Würden Unternehmen von öffentlichem Interesse mehr als einen Abschlussprüfer oder mehr als eine Prüfungsgesellschaft bestellen, so würde dies die kritische Grundhaltung verstärken und zu einer Erhöhung der Prüfungsqualität beitragen. Eine solche Maßnahme kombiniert mit der Präsenz kleinerer Prüfungsgesellschaften auf dem Prüfungsmarkt würde diesen den Kapazitätsaufbau erleichtern und so dazu beitragen, dass für Unternehmen von öffentlichem Interesse eine größere Auswahl von Abschlussprüfern zur Verfügung steht. Letztere sollten deshalb durch Anreize dazu ermutigt werden, für die Durchführung der Abschlussprüfung mehr als einen Abschlussprüfer oder mehr als eine Prüfungsgesellschaft zu bestellen.
- (21) Um der Gefahr der zu großen Vertrautheit des Prüfers mit dem Unternehmen entgegen zu wirken und so die Unabhängigkeit von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften zu stärken, sollte das Prüfungsmandat eines Abschlussprüfers oder einer Prüfungsgesellschaft bei einem bestimmten Unternehmen nicht über eine bestimmte Dauer hinausgehen dürfen. Außerdem sieht diese Verordnung zur Stärkung der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers oder der Prüfungsgesellschaft, zur Verstärkung der kritischen Grundhaltung und zur Verbesserung der Prüfungsqualität folgende Alternativen für die Verlängerung der Höchstlaufzeit vor: regelmäßige und offene obligatorische Neuausschreibung der Abschlussprüfung oder die Bestellung von mehr als einem Abschlussprüfer oder mehr als einer Prüfungsgesellschaft durch Unternehmen von öffentlichem Interesse. Ferner würde die Beteiligung kleinerer Prüfungsgesellschaften daran diesen den Kapazitätsaufbau erleichtern und so dazu beitragen, dass für Unternehmen von öffentlichem Interesse eine größere Auswahl von Abschlussprüfern zur Verfügung steht. Ferner sollte für die verantwortlichen Prüfungspartner, die im Auftrag der Prüfungsgesellschaft die Abschlussprüfung durchführen, ein angemessenes graduelles Rotationssystem eingeführt werden. Auch sollte ein angemessener Zeitraum festgelegt werden, während dessen dieser Abschlussprüfer bzw. diese Prüfungsgesellschaft bei demselben Unternehmen keine Abschlussprüfung mehr durchführen darf. Zur Gewährleistung eines reibungslosen Übergangs sollte der frühere Abschlussprüfer dem neuen Abschlussprüfer eine Übergabeakte zur Verfügung stellen.
- (22) Um durch Vermeidung von Interessenkonflikten ein hohes Maß an Anleger- und Verbrauchervertrauen im Binnenmarkt zu gewährleisten, sollten Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften einer angemessenen behördlichen Aufsicht unterliegen, wobei die zuständigen Behörden vom Berufsstand der Prüfer unabhängig sein und über angemessene Kapazitäten, Fachkenntnisse und Ressourcen verfügen müssen. Den Mitgliedstaaten sollte es möglich sein, jede Aufgabe der zuständigen Behörden außer den Aufgaben, die im Zusammenhang mit dem Qualitätssicherungs-, dem Untersuchungs- und dem Disziplinarsystem stehen, an andere Behörden oder Stellen zu delegieren oder die zuständigen Behörden zu ermächtigen, sie zu delegieren. Die Mitgliedstaaten sollten jedoch beschließen können, Aufgaben, die im Zusammenhang mit dem Disziplinarsystem stehen, an andere Behörden und Stellen zu delegieren, sofern die Mehrheit der Personen, die an der Leitung der betreffenden Behörde oder Stelle beteiligt sind, vom Berufsstand der Prüfer unabhängig sind. Die zuständigen nationalen Behörden sollten über die zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsaufgaben notwendigen Befugnisse verfügen und in diesem Zusammenhang u. a. auf Daten zugreifen, Auskünfte erlangen und Inspektionen durchführen können. Sie sollten sich auf die Finanzmarkt-aufsicht, die Erfüllung von Finanzberichterstattungspflichten oder die Beaufsichtigung der Abschlussprüfung spezialisieren. Ob Unternehmen im öffentlichen Interesse die für sie geltenden Pflichten erfüllen, sollte jedoch auch von den für die Beaufsichtigung dieser Unternehmen zuständigen Behörden überwacht werden können. Die Finanzierung der zuständigen Behörden sollte frei von ungebührlicher Einflussnahme durch Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften sein.
- (23) Bei einer wirksamen Zusammenarbeit der auf nationaler Ebene für die verschiedenen Aufgaben zuständigen Behörden sollte sich die Qualität der Aufsicht verbessern. Aus diesem Grund sollten die zuständigen Behörden, die überwachen, ob bei der Prüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse alle geltenden Pflichten eingehalten werden, mit den für die Aufgaben gemäß der Richtlinie 2006/43/EG zuständigen Behörden, mit den für die Beaufsichtigung von Unternehmen von öffentlichem Interesse und mit den in der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽¹⁾ genannten zentralen Meldestellen zusammenarbeiten.
- (24) Eine externe Qualitätssicherung bei der Abschlussprüfung ist für eine hohe Prüfungsqualität von elementarer Bedeutung. Durch sie wird die Glaubwürdigkeit veröffentlichter Finanzinformationen erhöht und der Schutz von Anteilseignern, Anlegern, Gläubigern und anderen interessierten Parteien erhöht. Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften sollten deshalb unter der Verantwortung der zuständigen Behörden einem Qualitätssicherungssystem unterliegen, das Objektivität und Unabhängigkeit vom Berufsstand der Prüfer gewährleistet. Qualitätssicherungsprüfungen sollten so organisiert sein, dass alle Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften, die Unternehmen von öffentlichem Interesse prüfen, einer auf eine Risikoanalyse gestützten Qualitätssicherungsprüfung unterzogen werden. Falls sie Abschlussprüfungen bei anderen Unternehmen von öffentlichem Interesse als den

⁽¹⁾ Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (ABl. L 309 vom 25.11.2005, S. 15).

Unternehmen im Sinne des Artikels 2 Nummern 17 und 18 der Richtlinie 2006/43/EG durchführen, sollte eine solche Qualitätssicherungsprüfung mindestens alle drei Jahre vorgenommen werden, und in anderen Fällen mindestens alle sechs Jahre. Wie diese Prüfungen durchgeführt werden sollten, ist in der Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2008 zur externen Qualitätssicherung bei Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, die Unternehmen von öffentlichem Interesse prüfen ⁽¹⁾, dargelegt. Qualitätssicherungsprüfungen sollten im Hinblick auf den Umfang und die Komplexität der Geschäftstätigkeit des überprüften Abschlussprüfers oder der überprüften Prüfungsgesellschaft geeignet und angemessen sein.

- (25) Der Markt für Prüfungsdienstleistungen für Unternehmen von öffentlichem Interesse entwickelt sich weiter. Die zuständigen Behörden müssen deshalb die Marktentwicklungen — insbesondere in Bezug auf die aus einer hohen Marktkonzentration resultierenden Risiken, unter anderem in spezifischen Sektoren — sowie die Tätigkeitsergebnisse der Prüfungsausschüsse verfolgen.
- (26) Wenn die zuständigen Behörden ihre Arbeiten transparent gestalten, dürfte dies dazu beitragen, das Vertrauen von Anlegern und Verbrauchern in den Binnenmarkt zu stärken. Aus diesem Grund sollten die zuständigen Behörden dazu verpflichtet werden, regelmäßig über ihre Tätigkeiten Bericht zu erstatten und Informationen über die Erkenntnisse und Schlussfolgerungen aus den Inspektionen zu veröffentlichen, und zwar in aggregierter Form oder — falls dies in den Mitgliedstaaten vorgesehen ist — in individueller Form.
- (27) Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten kann erheblich dazu beitragen, in der Europäischen Union eine anhaltend hohe Qualität der Abschlussprüfung zu gewährleisten. Aus diesem Grund sollten die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten zusammenarbeiten, wenn sich dies für die Wahrnehmung ihrer Aufsichtspflichten bei Abschlussprüfungen als notwendig erweist. Sie sollten dem Herkunftslandprinzip folgen, d. h. es gelten die Rechtsvorschriften und Aufsichtsregeln des Mitgliedstaats, in dem der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft zugelassen ist und das geprüfte Unternehmen seinen eingetragenen Sitz hat. Die Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden sollte im Rahmen eines Ausschusses der Europäischen Aufsichtsstellen für Abschlussprüfer (im Folgenden „Ausschuss der Aufsichtsstellen“) organisiert werden, der sich aus hochrangigen Vertretern der zuständigen Behörden zusammensetzen sollte. Zur Förderung einer einheitlichen Anwendung dieser Verordnung kann der Ausschuss der Aufsichtsstellen unverbindliche Leitlinien oder Stellungnahmen annehmen. Außerdem sollte er den Informationsaustausch erleichtern, die Kommission beraten und Beiträge zu fachlichen Bewertungen und Prüfungen leisten. Für die Durchführung der fachlichen Bewertung der öffentlichen Aufsichtssysteme von Drittländern und der internationalen Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern in diesem Bereich sollte der Ausschuss der Aufsichtsstellen eine Untergruppe unter dem Vorsitz des von der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) ⁽²⁾ benannten Mitglieds einsetzen und die ESMA, die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) ⁽³⁾ oder die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung („EIOPA“ für „European Insurance and Occupational Pensions Authority“) ⁽⁴⁾ um Unterstützung ersuchen, insoweit dieses Ersuchen mit der internationalen Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern im Bereich der Abschlussprüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse, über die diese Europäischen Aufsichtsbehörden die Aufsicht führen, im Zusammenhang steht. Die Sekretariatsgeschäfte des Ausschusses der Aufsichtsstellen sollten von der Kommission wahrgenommen werden, und die Kommission sollte damit verbundene Ausgaben auf der Grundlage des vom Ausschuss der Aufsichtsstellen vereinbarten Arbeitsprogramms in ihre Voranschläge für das kommende Jahr einbeziehen.
- (28) Umfassen sollte die Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten die Zusammenarbeit bei Qualitätssicherungsprüfungen und die Unterstützung bei Untersuchungen über die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse — auch in Fällen, in denen die untersuchte Verhaltensweise keinen Verstoß gegen eine in dem betreffenden Mitgliedstaat geltende Rechtsvorschrift darstellt. Im Rahmen ihrer Zusammenarbeit können die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten Kollegien einrichten und einander Aufgaben übertragen. Bei dieser Zusammenarbeit sollte das Konzept eines Netzwerks, in dem Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften tätig sind, berücksichtigt werden. Die zuständigen Behörden sollten angemessene Regeln über die Verschwiegenheit und das Berufsgeheimnis einhalten.

⁽¹⁾ ABl. L 120 vom 7.5.2008, S. 20.

⁽²⁾ Durch die Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/77/EG der Kommission (ABl. L 331 vom 15.12.2010, S. 84) errichtete Europäische Aufsichtsbehörde.

⁽³⁾ Durch die Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission (ABl. L 331 vom 15.12.2010, S. 12) errichtete Europäische Aufsichtsbehörde.

⁽⁴⁾ Durch die Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG der Kommission (ABl. L 331 vom 15.12.2010, S. 48) errichtete Europäische Aufsichtsbehörde.

- (29) Angesichts der Verflechtung der Kapitalmärkte ist es erforderlich, die zuständigen Behörden zu ermächtigen, bei Informationsaustausch oder Qualitätssicherungsprüfungen mit Aufsichtsbehörden und -stellen aus Drittländern zusammenzuarbeiten. Betrifft die Zusammenarbeit mit Drittlandsbehörden allerdings Arbeitspapiere oder andere im Besitz von Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften befindliche Unterlagen, so sollten die Verfahren der Richtlinie 2006/43/EG gelten.
- (30) Zur Gewährleistung reibungslos funktionierender Kapitalmärkte bedarf es nachhaltiger Prüfungskapazitäten und eines wettbewerbsfähigen Markts für Abschlussprüfungsleistungen mit einer ausreichenden Anzahl an Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, die zur Durchführung der Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse in der Lage sind. Über die strukturellen Veränderungen, die diese Verordnung auf dem Prüfungsmarkt mit sich bringen wird, sollten die zuständigen Behörden und das Europäische Wettbewerbsnetz („ECN“ für „European Competition Network“) Bericht erstatten.
- (31) Die Anpassung der Verfahren zum Erlass von delegierten Rechtsakten durch die Kommission an den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere an die Artikel 290 und 291, sollte auf Einzelfallbasis erfolgen. Der Kommission sollte die Befugnis zum Erlass von Rechtsakten gemäß Artikel 290 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union übertragen werden, um den Entwicklungen im Prüfungswesen und im Berufsstand der Prüfer Rechnung zu tragen. Insbesondere müssen delegierte Rechtsakte für die Annahme der internationalen Prüfungsstandards in den Bereichen Durchführung von Prüfungen, Unabhängigkeit und interne Qualitätssicherungssysteme von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften erlassen werden. Die angenommenen internationalen Prüfungsstandards sollten die Anforderungen dieser Verordnung nicht ändern oder irgendeine dieser Anforderungen ergänzen; es sei denn, dies ist ausdrücklich festgelegt. Es ist von besonderer Bedeutung, dass die Kommission im Zuge ihrer Vorbereitungsarbeiten angemessene Konsultationen, auch auf der Ebene von Sachverständigen, durchführt.

Bei der Vorbereitung und Ausarbeitung delegierter Rechtsakte sollte die Kommission gewährleisten, dass die einschlägigen Dokumente dem Europäischen Parlament und dem Rat gleichzeitig, rechtzeitig und auf angemessene Weise übermittelt werden.

- (32) Um Rechtssicherheit und die reibungslose Umstellung auf die durch diese Verordnung geschaffene Regelung zu gewährleisten, sollte im Hinblick auf das Inkrafttreten der Pflicht zur Rotation des Abschlussprüfers oder der Prüfungsgesellschaft und der Pflicht zur Durchführung eines Verfahrens zur Auswahl eines Abschlussprüfers oder einer Prüfungsgesellschaft ein Übergangszeitraum gelten.
- (33) Bezugnahmen auf Bestimmungen der Richtlinie 2006/43/EG sollten als Bezugnahmen auf die nationalen Vorschriften zur Umsetzung dieser Bestimmungen der Richtlinie 2006/43/EG gelten. Der in dieser Verordnung und der Richtlinie 2014/56/EU des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽¹⁾ festgelegte neue europäische Prüfungsregelungsrahmen tritt an die Stelle der vorhandenen in der Richtlinie 2006/43/EG festgelegten Anforderungen und sollte ohne Bezugnahme auf vorangegangene Instrumente wie etwa im früheren Rahmen angenommene Empfehlungen der Kommission ausgelegt werden.
- (34) Da die Ziele dieser Verordnung, nämlich die Funktion der Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse klarzustellen und genauer zu definieren, die Informationen, die der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft dem geprüften Unternehmen, den Anlegern und anderen Interessengruppen zur Verfügung stellt, zu verbessern, die Kommunikationskanäle zwischen den Prüfern von Unternehmen von öffentlichem Interesse und den für diese zuständigen Aufsichtsbehörden zu verbessern, die aus Nichtprüfungsleistungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse erwachsenden Interessenkonflikte zu vermeiden, das Risiko potenzieller Interessenkonflikte, die aus dem derzeitigen System, bei dem das geprüfte Unternehmen den Abschlussprüfer auswählt und bezahlt, oder aus der Vertraulichkeit des Prüfers mit dem Unternehmen erwachsen, zu vermindern, Unternehmen von öffentlichem Interesse die Auswahl und den Wechsel des Abschlussprüfers oder der Prüfungsgesellschaft zu erleichtern, die Auswahl der für Unternehmen von öffentlichem Interesse zur Verfügung stehenden Abschlussprüfer zu erweitern und die Wirksamkeit, Unabhängigkeit und Konsistenz der Regulierung und Beaufsichtigung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, die bei Unternehmen von öffentlichem Interesse die Abschlussprüfung durchführen, auch im Hinblick auf die Zusammenarbeit auf EU-Ebene zu verbessern, auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können und daher wegen ihres Umfangs besser auf Unionsebene zu verwirklichen sind, kann die Union im Einklang mit dem in Artikel 5 des Vertrags über die Europäische Union niedergelegten Subsidiaritätsprinzip tätig werden. Entsprechend dem in demselben Artikel genannten Verhältnismäßigkeitsprinzip geht diese Verordnung nicht über das für die Erreichung dieser Ziele erforderliche Maß hinaus.

⁽¹⁾ Richtlinie 2014/56/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen (siehe Seite 196 dieses Amtsblatts).

- (35) Diese Verordnung steht im Einklang mit den Grundrechten und beachtet die Grundsätze, die insbesondere mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt wurden, namentlich dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, dem Recht auf den Schutz personenbezogener Daten und der unternehmerischen Freiheit, und ist unter Wahrung dieser Rechte und Grundsätze anzuwenden.
- (36) Der Europäische Datenschutzbeauftragte wurde gemäß Artikel 28 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽¹⁾ angehört und hat am 23. April 2012 eine Stellungnahme abgegeben ⁽²⁾.
- (37) Ein neuer rechtlicher Rahmen für Abschlussprüfungen und Jahres- und konsolidierte Abschlüsse sollte durch die vorliegende Verordnung und die Richtlinie 2014/56/EU geschaffen und der Beschluss 2005/909/EG der Kommission ⁽³⁾ daher aufgehoben werden —

HABEN FOLGENDE VERORDNUNG ERLASSEN:

TITEL I

GEGENSTAND, ANWENDUNGSBEREICH UND BEGRIFFSBESTIMMUNGEN

Artikel 1

Gegenstand

Diese Verordnung enthält Anforderungen an die Prüfung von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse, Vorschriften für die Organisation von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften und für deren Auswahl durch Unternehmen von öffentlichem Interesse mit dem Ziel, deren Unabhängigkeit und die Vermeidung von Interessenkonflikten zu fördern, sowie Vorschriften für die Überwachung der Einhaltung dieser Anforderungen durch Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften.

Artikel 2

Anwendungsbereich

- (1) Diese Verordnung gilt für
- a) Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften, die bei Unternehmen von öffentlichem Interesse die Abschlussprüfung durchführen;
 - b) Unternehmen von öffentlichem Interesse.
- (2) Die Richtlinie 2006/43/EG bleibt von dieser Verordnung unberührt.
- (3) Wenn eine Genossenschaft im Sinne des Artikels 2 Nummer 14 der Richtlinie 2006/43/EG, eine Sparkasse oder ein ähnliches Unternehmen im Sinne von Artikel 45 der Richtlinie 86/635/EWG oder ein Tochterunternehmen oder ein Rechtsnachfolger einer Genossenschaft, einer Sparkasse oder eines ähnlichen Unternehmens im Sinne von Artikel 45 der Richtlinie 86/635/EWG nach einzelstaatlichen Regelungen Mitglied einer Prüfungsorganisation ohne Gewinnerzielungsabsicht sein muss oder sein kann, kann der Mitgliedstaat beschließen, dass die Abschlussprüfung bei solchen Unternehmen vom Geltungsbereich dieser Verordnung oder bestimmter Bestimmungen dieser Verordnung ausgenommen ist, sofern der Abschlussprüfer, der die Abschlussprüfung bei einem ihrer Mitglieder durchführt, und Personen, die möglicherweise in der Lage sind, Einfluss auf die Abschlussprüfung zu nehmen, die in der Richtlinie 2006/43/EG niedergelegten Grundsätze der Unabhängigkeit einhalten.

⁽¹⁾ Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr (ABl. L 8 vom 12.1.2001, S. 1).

⁽²⁾ ABl. C 336 vom 6.11.2012, S. 4.

⁽³⁾ Beschluss 2005/909/EG der Kommission vom 14. Dezember 2005 zur Einsetzung einer Expertengruppe, die die Kommission beraten und die Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Aufsichtssystemen für Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften erleichtern soll (ABl. L 329 vom 16.12.2005, S. 38).

(4) Wenn eine Genossenschaft im Sinne des Artikels 2 Nummer 14 der Richtlinie 2006/43/EG, eine Sparkasse oder ein ähnliches Unternehmen im Sinne von Artikel 45 der Richtlinie 86/635/EWG oder ein Tochterunternehmen oder ein Rechtsnachfolger einer Genossenschaft, einer Sparkasse oder eines ähnlichen Unternehmens im Sinne von Artikel 45 der Richtlinie 86/635/EWG nach einzelstaatlichen Regelungen Mitglied einer Prüfungsorganisation ohne Gewinnerzielungsabsicht sein muss oder kann, kann ein objektiver, sachverständiger und informierter Dritter nicht zu dem Schluss gelangen, dass die Beziehung, die aufgrund der Mitgliedschaft besteht, die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers beeinträchtigen könnte, sofern ein solches Prüfungsunternehmen bei der Durchführung der Abschlussprüfung bei einem ihrer Mitglieder die Grundsätze der Unabhängigkeit auf die Abschlussprüfer, die die Abschlussprüfung durchführen, sowie auf die Personen, die gegebenenfalls in der Lage sind, Einfluss auf die Abschlussprüfung zu nehmen, anwendet.

(5) Der Mitgliedstaat setzt die Kommission und den in Artikel 30 genannten Ausschuss der Europäischen Aufsichtsstellen für Abschlussprüfer (, im Folgenden „Ausschuss der Aufsichtsstellen“) über außergewöhnliche Fälle der Nichtanwendung dieser Verordnung oder bestimmter ihrer Bestimmungen in Kenntnis. Er übermittelt der Kommission und dem Ausschuss der Aufsichtsstellen eine Aufstellung der Bestimmungen dieser Verordnung, die bei der Abschlussprüfung bei den in Absatz 3 des vorliegenden Artikels genannten Unternehmen nicht angewendet werden, und legt die Gründe für die Nichtanwendung dar.

Artikel 3

Begriffsbestimmungen

Für die Zwecke dieser Verordnung gelten mit Ausnahme der Begriffsbestimmung für „zuständige Stelle“ gemäß Artikel 20 der vorliegenden Verordnung die Begriffsbestimmungen in Artikel 2 der Richtlinie 2006/43/EG.

TITEL II

BEDINGUNGEN FÜR DIE DURCHFÜHRUNG VON ABSCHLUSSPRÜFUNGEN BEI UNTERNEHMEN VON ÖFFENTLICHEM INTERESSE

Artikel 4

Prüfungshonorare

(1) Honorare für die Durchführung von Abschlussprüfungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse dürfen nicht ergebnisabhängig sein.

Unbeschadet des Artikels 25 der Richtlinie 2006/43/EG ist für die Zwecke des Unterabsatzes 1 ein Honorar für ein Prüfungsmandat ergebnisabhängig, wenn es im Hinblick auf den Ausgang oder das Ergebnis einer Transaktion oder das Ergebnis der ausgeführten Arbeiten auf einer vorab festgelegten Basis berechnet wird. Honorare, die von einem Gericht oder einer zuständigen Behörde festgesetzt werden, sind nicht als ergebnisabhängig zu betrachten.

(2) Wenn ein Abschlussprüfer oder eine Prüfungsgesellschaft für einen Zeitraum von drei oder mehr aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren für ein geprüftes Unternehmen, dessen Muttergesellschaft oder die von diesem beherrschten Unternehmen andere als die in Artikel 5 Absatz 1 dieser Verordnung genannten Nichtprüfungsleistungen erbringt, werden die Gesamthonorare für diese Leistungen auf maximal 70 % des Durchschnitts der in den letzten drei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren für die Abschlussprüfung(en) des geprüften Unternehmens und gegebenenfalls seines Mutterunternehmens, der von ihm beherrschten Unternehmen und der konsolidierten Abschlüsse der betreffenden Unternehmensgruppe durchschnittlich gezahlten Honorare begrenzt.

Für die Zwecke der in Unterabsatz 1 genannten Beschränkungen werden andere als die in Artikel 5 Absatz 1 genannten Nichtprüfungsleistungen, die nach Unionsrecht oder nationalem Recht erforderlich sind, ausgenommen.

Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass eine zuständige Behörde auf Ersuchen des Abschlussprüfers oder der Prüfungsgesellschaft ausnahmsweise gestatten darf, dass der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft in Bezug auf ein geprüftes Unternehmen für einen Zeitraum von höchstens zwei Geschäftsjahren von den Anforderungen nach Unterabsatz 1 ausgenommen wird.

(3) Wenn die von einem Unternehmen von öffentlichem Interesse insgesamt gezahlten Honorare in jedem der letzten drei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahre über 15 % der von dem Abschlussprüfer oder der Prüfungsgesellschaft oder gegebenenfalls dem Konzernabschlussprüfer, der bzw. die die Abschlussprüfung in jedem dieser Geschäftsjahre durchgeführt hat, insgesamt vereinnahmten Honorare hinausgehen, setzt der betreffende Abschlussprüfer bzw. die betreffende Prüfungsgesellschaft bzw. gegebenenfalls der Konzernabschlussprüfer den Prüfungsausschuss darüber in Kenntnis und berät mit ihm über die Gefahren für seine bzw. ihre Unabhängigkeit wie auch über die zur Verminderung dieser Gefahren eingeleiteten Schutzmaßnahmen. Der Prüfungsausschuss erwägt, ob das Prüfungsmandat vor Erteilung des Bestätigungsvermerks einer auftragsbegleitenden Qualitätssicherungsprüfung durch einen anderen Abschlussprüfer oder eine andere Prüfungsgesellschaft unterzogen werden sollte.

Wenn die von einem solchen Unternehmen von öffentlichem Interesse gezahlten Honorare weiterhin über 15 % der insgesamt von dem Abschlussprüfer oder der Prüfungsgesellschaft oder gegebenenfalls dem Konzernabschlussprüfer vereinnahmten Honorare hinausgehen, entscheidet der Prüfungsausschuss anhand objektiver Gründe darüber, ob der der Abschlussprüfer, die Prüfungsgesellschaft oder der Konzernabschlussprüfer bei diesem Unternehmen oder dieser Unternehmensgruppe die Abschlussprüfung für einen weiteren Zeitraum, der in jedem Fall zwei Jahre nicht überschreiten darf, durchführen darf.

(4) Die Mitgliedstaaten können strengere Anforderungen als die in diesem Artikel vorgesehenen anwenden.

Artikel 5

Verbot der Erbringung von Nichtprüfungsleistungen

(1) Der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft eines Unternehmens von öffentlichem Interesse und jedes Mitglied eines Netzwerks, dem der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft angehört, darf weder direkt noch indirekt für das geprüfte Unternehmen, dessen Mutterunternehmen oder die von ihm beherrschten Unternehmen in der Union verbotene Nichtprüfungsleistungen innerhalb folgender Zeiträume erbringen:

- a) innerhalb des Zeitraums zwischen dem Beginn des Prüfungszeitraums und der Abgabe des Bestätigungsvermerks und
- b) innerhalb des Geschäftsjahrs, das dem in Buchstabe a genannten Zeitraum unmittelbar vorausgeht, in Bezug auf die in Unterabsatz 2 Buchstabe g genannten Leistungen.

Für die Zwecke dieses Artikels bezeichnet der Ausdruck „verbotene Nichtprüfungsleistungen“:

- a) die Erbringung von Steuerberatungsleistungen im Zusammenhang mit Folgendem:
 - i) Erstellung von Steuererklärungen;
 - ii) Lohnsteuer;
 - iii) Zöllen;
 - iv) Ermittlung von staatlichen Beihilfen und steuerlichen Anreizen, es sei denn, die Unterstützung durch den Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft bei solchen Leistungen ist gesetzlich vorgeschrieben;
 - v) Unterstützung hinsichtlich Steuerprüfungen durch die Steuerbehörden, es sei denn, die Unterstützung durch den Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft bei diesen Prüfungen ist gesetzlich vorgeschrieben;
 - vi) Berechnung der direkten und indirekten Steuern sowie latenter Steuern;
 - vii) Erbringung von Steuerberatungsleistungen;
- b) Leistungen, mit denen eine Teilnahme an der Führung oder an Entscheidungen des geprüften Unternehmens verbunden ist;
- c) Buchhaltung und Erstellung von Unterlagen der Rechnungslegung und von Abschlüssen;
- d) Lohn und Gehaltsabrechnung;
- e) Gestaltung und Umsetzung interner Kontroll- oder Risikomanagementverfahren, die bei der Erstellung und/oder Kontrolle von Finanzinformationen oder Finanzinformationstechnologiesystemen zum Einsatz kommen;

- f) Bewertungsleistungen, einschließlich Bewertungsleistungen in Zusammenhang mit Leistungen im Bereich der Versicherungsmathematik und der Unterstützung bei Rechtsstreitigkeiten;
- g) juristische Leistungen im Zusammenhang mit
- i) allgemeiner Beratung,
 - ii) Verhandlungen im Namen des geprüften Unternehmens und
 - iii) Vermittlungstätigkeiten in Bezug auf die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten;
- h) Leistungen im Zusammenhang mit der internen Revision des geprüften Unternehmens;
- i) Leistungen im Zusammenhang mit der Finanzierung, der Kapitalstruktur und -ausstattung sowie der Anlagestrategie des geprüften Unternehmens, ausgenommen die Erbringung von Bestätigungsleistungen im Zusammenhang mit Abschlüssen, einschließlich der Ausstellung von Prüfbescheinigungen (Comfort Letters) im Zusammenhang mit vom geprüften Unternehmen herausgegebenen Prospekten;
- j) Werbung für, Handel mit oder Zeichnung von Aktien des geprüften Unternehmens;
- k) Personaldienstleistungen in Bezug auf
- i) Mitglieder der Unternehmensleitung, die in der Position sind, erheblichen Einfluss auf die Vorbereitung der Rechnungslegungsunterlagen oder der Abschlüsse, die Gegenstand der Abschlussprüfung sind, auszuüben, wenn zu diesen Dienstleistungen Folgendes gehört:
 - Suche nach oder Auswahl von Kandidaten für solche Positionen oder
 - Überprüfung der Referenzen von Kandidaten für diese Positionen;
 - ii) Aufbau der Organisationsstruktur und
 - iii) Kostenkontrolle.
- (2) Die Mitgliedstaaten können andere als die in Absatz 1 aufgeführten Leistungen verbieten, wenn diese ihrer Ansicht nach eine Gefährdung der Unabhängigkeit darstellen könnten. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission alle Ergänzungen der Liste nach Absatz 1 mit.
- (3) Abweichend von Absatz 1 Unterabsatz 2 können die Mitgliedstaaten die Erbringung der unter Buchstabe a Ziffern i und iv bis vii und Buchstabe f genannten Leistungen zulassen, sofern die folgenden Anforderungen erfüllt werden:
- a) die Leistungen haben allein oder kumuliert keine direkten oder haben nur unwesentliche Auswirkungen auf die geprüften Abschlüsse;
 - b) die Einschätzung der Auswirkung auf die geprüften Abschlüsse ist in dem zusätzlichen Bericht an den Prüfungsausschuss gemäß Artikel 11 umfassend dokumentiert und erläutert; und
 - c) der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft erfüllt die Grundsätze der Unabhängigkeit gemäß der Richtlinie 2006/43/EG.
- (4) Ein Abschlussprüfer oder eine Prüfungsgesellschaft, der bzw. die eine Abschlussprüfung bei einem Unternehmen von öffentlichem Interesse durchführt, und — sofern der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft einem Netzwerk angehört — jedes Mitglied dieses Netzwerks darf für das geprüfte Unternehmen, dessen Muttergesellschaft oder die von diesem beherrschten Unternehmen andere als die verbotenen Nichtprüfungsleistungen nach den Absätzen 1 und 2 erbringen, wenn der Prüfungsausschuss dies nach gebührender Beurteilung der Gefährdung der Unabhängigkeit und der angewendeten Schutzmaßnahmen gemäß Artikel 22b der Richtlinie 2006/43/EG billigt. Der Prüfungsausschuss erstellt gegebenenfalls Leitlinien in Bezug auf die in Absatz 3 genannten Leistungen.

Die Mitgliedstaaten können strengere Vorschriften für die Voraussetzungen festlegen, unter denen ein Abschlussprüfer, eine Prüfungsgesellschaft oder ein Mitglied eines Netzwerks, dem der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft angehört, für das geprüfte Unternehmen, dessen Muttergesellschaft oder die von diesem beherrschten Unternehmen andere als die verbotenen prüfungsfremden Leistungen nach Absatz 1 erbringen darf.

(5) Wenn ein Mitglied des Netzwerks, dem der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft, der bzw. die die Abschlussprüfung bei einem Unternehmen von öffentlichem Interesse durchführt, angehört, für ein Unternehmen mit Sitz in einem Drittland, das von dem geprüften Unternehmen von öffentlichem Interesse beherrscht wird, Nichtprüfungsleistungen nach den Absätzen 1 und 2 erbringt, beurteilt der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft, ob dies seine bzw. ihre Unabhängigkeit beeinträchtigt.

Wird seine bzw. ihre Unabhängigkeit beeinträchtigt, so wendet der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft gegebenenfalls Schutzmaßnahmen zur Verminderung der durch diese Leistungserbringung in einem Drittland hervorgerufenen Gefahren an. Der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft darf die Abschlussprüfung bei dem Unternehmen von öffentlichem Interesse nur dann fortsetzen, wenn er/sie gemäß Artikel 6 der vorliegenden Verordnung und Artikel 22b der Richtlinie 2006/43/EG begründen kann, dass die Erbringung dieser Leistungen weder seine/ihre fachliche Einschätzung noch den Bestätigungsvermerk beeinträchtigt.

Für die Zwecke dieses Absatzes wird

- a) eine Teilnahme an den Entscheidungsprozessen des geprüften Unternehmens und die Erbringung der in Absatz 1 Unterabsatz 2 Buchstaben b, c und e genannten Leistungen auf jeden Fall als Gefährdung der Unabhängigkeit angesehen und die nicht durch Schutzmaßnahmen vermindert werden kann,
- b) bei Erbringung der in Absatz 1 Unterabsatz 2 unter den anderen Buchstaben als den Buchstaben b, c und e genannten Leistungen eine Gefährdung der Unabhängigkeit und deshalb die Notwendigkeit von Schutzmaßnahmen zur Verminderung der dadurch hervorgerufenen Gefahren angenommen.

Artikel 6

Vorbereitung auf die Abschlussprüfung und Beurteilung der Gefährdungen für die Unabhängigkeit

(1) Bevor ein Abschlussprüfer oder eine Prüfungsgesellschaft ein Mandat zur Prüfung des Abschlusses eines Unternehmens von öffentlichem Interesse annimmt oder fortsetzt, beurteilt und dokumentiert er bzw. sie zusätzlich zu den Bestimmungen des Artikels 22b der Richtlinie 2006/43/EG Folgendes:

- a) ob er bzw. sie die Anforderungen der Artikel 4 und 5 dieser Verordnung erfüllt;
- b) ob die in Artikel 17 der vorliegenden Verordnung festgelegten Bedingungen erfüllt sind;
- c) unbeschadet der Richtlinie 2005/60/EG die Integrität der Mitglieder der Aufsichts-, Verwaltungs- und Unternehmensleitungsgesellschaft des Unternehmens von öffentlichem Interesse.

(2) Ein Abschlussprüfer oder eine Prüfungsgesellschaft

- a) erklärt gegenüber dem Prüfungsausschuss jährlich schriftlich, dass der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft, Prüfungspartner und Mitglieder der höheren Führungsebene und das Leitungspersonal, die die Abschlussprüfung durchführen, unabhängig vom geprüften Unternehmen sind,
- b) erörtert mit dem Prüfungsausschuss die Gefahren für seine bzw. ihre Unabhängigkeit sowie die von ihm bzw. ihr gemäß Absatz 1 dokumentierten zur Verminderung dieser Gefahren angewendeten Schutzmaßnahmen.

Artikel 7

Unregelmäßigkeiten

Hat ein Abschlussprüfer oder eine Prüfungsgesellschaft, der bzw. die bei einem Unternehmen von öffentlichem Interesse die Abschlussprüfung durchführt, die Vermutung oder einen berechtigten Grund zu der Vermutung, dass Unregelmäßigkeiten, wie Betrug im Zusammenhang mit dem Abschluss des geprüften Unternehmens, möglicherweise eintreten oder eingetreten sind, so teilt er bzw. sie dies unbeschadet des Artikels 12 der vorliegenden Verordnung und unbeschadet der Richtlinie 2005/60/EG dem geprüften Unternehmen mit und fordert dieses auf, die Angelegenheit zu untersuchen sowie angemessene Maßnahmen zu treffen, um derartige Unregelmäßigkeiten aufzugreifen und einer Wiederholung dieser Unregelmäßigkeiten in der Zukunft vorzubeugen.

Untersucht das geprüfte Unternehmen die Angelegenheit nicht, so informiert der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft die von den Mitgliedstaaten benannten Behörden, die für die Untersuchung solcher Unregelmäßigkeiten verantwortlich sind.

Macht ein Abschlussprüfer oder eine Prüfungsgesellschaft diesen Behörden in gutem Glauben Mitteilung über eine Unregelmäßigkeit im Sinne des Unterabsatzes 1, so gilt dies nicht als Verletzung einer vertraglichen oder gesetzlichen Offenlegungsbeschränkung.

Artikel 8

Auftragsbegleitende Qualitätssicherungsprüfung

(1) Vor der Vorlage des in den Artikeln 10 und 11 genannten Vermerks bzw. Berichts findet eine auftragsbegleitende Qualitätssicherungsprüfung statt, anhand deren beurteilt werden soll, ob der Abschlussprüfer oder der verantwortliche Prüfungspartner nach vernünftigem Ermessen zu dem in dem Entwurf dieses Vermerks bzw. Berichts enthaltenen Prüfungsurteil und den darin enthaltenen Schlussfolgerungen gelangen konnte.

(2) Die auftragsbegleitende Qualitätssicherungsprüfung wird von einem Qualitätssicherungsprüfer vorgenommen. Dabei handelt es sich um einen Abschlussprüfer, der nicht an der Durchführung der Abschlussprüfung, auf die sich die auftragsbegleitende Qualitätssicherungsprüfung bezieht, beteiligt ist.

(3) Wird die Abschlussprüfung durch eine Prüfungsgesellschaft vorgenommen, bei der alle ihr angehörenden Abschlussprüfer an der Durchführung dieser Abschlussprüfung beteiligt waren, oder wird die Abschlussprüfung durch einen Abschlussprüfer vorgenommen, der nicht Partner oder Beschäftigter einer Prüfungsgesellschaft ist, so sorgt sie bzw. er abweichend von Absatz 2 dafür, dass ein anderer Abschlussprüfer die auftragsbegleitende Qualitätssicherungsprüfung vornimmt. Die Offenlegung von Unterlagen oder Informationen gegenüber dem unabhängigen Qualitätssicherungsprüfer für die Zwecke dieses Artikels gilt nicht als Verletzung des Berufsgeheimnisses. Die gegenüber dem betreffenden Qualitätssicherungsprüfer für die Zwecke dieses Artikels offengelegten Unterlagen oder Informationen unterliegen dem Berufsgeheimnis.

(4) Bei der Durchführung der auftragsbegleitenden Qualitätssicherungsprüfung hält der Qualitätssicherungsprüfer zumindest Folgendes fest:

- a) die mündlichen und schriftlichen Informationen, die er auf sein Verlangen oder unaufgefordert vom Abschlussprüfer oder verantwortlichen Prüfungspartner zur Untermauerung der wesentlichen Beurteilungen und der wichtigsten Feststellungen der durchgeführten Prüfungshandlungen und der aus diesen Feststellungen gezogenen Schlüsse erhalten hat,
- b) das Urteil des Abschlussprüfers oder verantwortlichen Prüfungspartners, wie es aus dem Entwurf der in den Artikeln 10 und 11 genannten Berichte hervorgeht.

(5) Bei der auftragsbegleitenden Qualitätssicherungsprüfung wird zumindest Folgendes beurteilt:

- a) die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers bzw. der Prüfungsgesellschaft von dem geprüften Unternehmen;
- b) die bedeutsamen Risiken, die für die Abschlussprüfung relevant sind und die der Abschlussprüfer oder verantwortliche Prüfungspartner bei Durchführung der Abschlussprüfung festgestellt hat, und die Maßnahmen, die er zur angemessenen Steuerung dieser Risiken getroffen hat;
- c) die Argumentation des Abschlussprüfers oder verantwortlichen Prüfungspartners, insbesondere im Hinblick auf den Grad der Wesentlichkeit und die unter Buchstabe b genannten bedeutsamen Risiken;
- d) jedes Ersuchen um Beratung gegenüber externen Sachverständigen und die Nutzung dieser Beratung;
- e) Art und Umfang der korrigierten und nicht korrigierten falschen Darstellungen im Abschluss, die bei Durchführung der Prüfung festgestellt wurden;
- f) die mit dem Prüfungsausschuss und der Unternehmensleitung und/oder dem Aufsichtsorgan des geprüften Unternehmens erörterten Themen;
- g) die mit den zuständigen Behörden und gegebenenfalls mit anderen Dritten erörterten Themen;
- h) ob die vom betreffenden Qualitätssicherungsprüfer aus der Akte ausgewählten Unterlagen und Informationen das vom Abschlussprüfer oder verantwortlichen Prüfungspartner im Entwurf des in den Artikeln 10 und 11 genannten Vermerks bzw. Berichts abgegebene Urteil untermauern.

(6) Der betreffende Qualitätssicherungsprüfer erörtert die Ergebnisse der auftragsbegleitenden Qualitätssicherungsprüfung mit dem Abschlussprüfer oder dem verantwortlichen Prüfungspartner. Die Prüfungsgesellschaft legt Verfahren über die Modalitäten für die Beilegung von Unstimmigkeiten zwischen dem verantwortlichen Prüfungspartner und dem betreffenden Qualitätssicherungsprüfer fest.

(7) Der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft und der betreffende Qualitätssicherungsprüfer bewahren die Ergebnisse der auftragsbegleitenden Qualitätssicherungsprüfung sowie die diesen Ergebnissen zugrunde liegenden Erwägungen auf.

Artikel 9

Internationale Prüfungsstandards

Der Kommission wird die Befugnis übertragen, im Wege delegierter Rechtsakte gemäß Artikel 39 die in Artikel 26 der Richtlinie 2006/43/EG genannten internationalen Prüfungsstandards in den Bereichen Prüfungsverfahren, Unabhängigkeit und interne Qualitätssicherungssysteme von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften zum Zwecke ihrer Anwendung innerhalb der Union anzunehmen, sofern die Standards die Anforderungen von Artikel 26 Absatz 3 Buchstaben a, b und c der Richtlinie 2006/43/EG erfüllen und keine Anforderungen dieser Verordnung ändern und keine Anforderungen dieser Verordnung mit Ausnahme der in den Artikeln 7, 8 und 18 dieser Verordnung angeführten ergänzen.

Artikel 10

Bestätigungsvermerk

(1) Der oder die Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft(en) legen die Ergebnisse der Abschlussprüfung des Unternehmens von öffentlichem Interesse in einem Bestätigungsvermerk dar.

(2) Der Bestätigungsvermerk wird gemäß Artikel 28 der Richtlinie 2006/43/EG erstellt und enthält darüber hinaus zumindest Folgendes:

- a) die Angabe, von wem oder von welchem Organ der oder die Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft(en) bestellt wurden;
- b) die Angabe des Datums der Bestellung der Abschlussprüfer bzw. der Prüfungsgesellschaften und der gesamten ununterbrochenen Mandatsdauer, einschließlich bereits erfolgter Verlängerungen und erneuter Bestellungen;
- c) eine Darlegung des Folgenden zur Untermauerung des Prüfungsurteils:
 - i) eine Beschreibung der bedeutsamsten beurteilten Risiken wesentlicher falscher Darstellungen, einschließlich der beurteilten Risiken wesentlicher falscher Darstellungen aufgrund von Betrug,
 - ii) eine Zusammenfassung der Reaktion des Prüfers auf diese Risiken und
 - iii) gegebenenfalls wichtige Feststellungen, die sich in Bezug auf diese Risiken ergeben.

Wenn es für die oben genannte im Bestätigungsvermerk enthaltene Information zu den einzelnen bedeutsamen beurteilten Risiken wesentlicher falscher Darstellungen relevant ist, ist in dem Bestätigungsvermerk deutlich auf die entsprechenden Angaben in den Abschlüssen hinzuweisen;

- d) eine Darlegung darüber, in welchem Maße die Abschlussprüfung als dazu geeignet angesehen wurde, Unregelmäßigkeiten, einschließlich Betrug, aufzudecken;
- e) die Bestätigung, dass das Prüfungsurteil mit dem in Artikel 11 genannten zusätzlichen Bericht an den Prüfungsausschuss im Einklang steht;
- f) die Erklärung, dass keine verbotenen Nichtprüfungsleistungen nach Artikel 5 Absatz 1 erbracht wurden und der oder die Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft(en) bei der Durchführung der Abschlussprüfung ihre Unabhängigkeit von dem geprüften Unternehmen gewahrt haben;
- g) die Angabe der Leistungen, die vom Abschlussprüfer oder der Prüfungsgesellschaft oder für das geprüfte Unternehmen oder das bzw. die von diesem beherrschte(n) Unternehmen zusätzlich zur Abschlussprüfung erbracht wurden und die im Lagebericht oder in den Abschlüssen nicht angegeben wurden.

Die Mitgliedstaaten können zusätzliche Anforderungen hinsichtlich des Inhalts des Bestätigungsvermerks festlegen.

(3) Der Bestätigungsvermerk enthält außer dem in Absatz 2 Buchstabe e vorgeschriebenen Verweis keinerlei Querverweise auf den in Artikel 11 genannten zusätzlichen Bericht an den Prüfungsausschuss. Der Bestätigungsvermerk ist in einer klaren und eindeutigen Sprache verfasst.

(4) Der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft verwendet den Namen einer zuständigen Behörde nicht in einer Weise, die darauf hindeuten oder nahelegen würde, dass diese Behörde den Bestätigungsvermerk übernimmt oder billigt.

Artikel 11

Zusätzlicher Bericht an den Prüfungsausschuss

(1) Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften, die bei Unternehmen von öffentlichem Interesse eine Abschlussprüfung durchführen, legen dem Prüfungsausschuss des geprüften Unternehmens einen zusätzlichen Bericht nicht später als den in Artikel 10 genannten Bestätigungsvermerk vor. Die Mitgliedstaaten können darüber hinaus verlangen, dass dieser zusätzliche Bericht dem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan des geprüften Unternehmens vorgelegt wird.

Verfügt das geprüfte Unternehmen nicht über einen Prüfungsausschuss, wird der zusätzliche Bericht dem Gremium vorgelegt, das bei dem geprüften Unternehmen vergleichbare Funktionen hat. Die Mitgliedstaaten können gestatten, dass der Prüfungsausschuss diesen Bericht gemäß ihrem nationalem Recht bestimmten Dritten gegenüber offenlegt.

(2) Der zusätzliche Bericht an den Prüfungsausschuss wird in schriftlicher Form verfasst. Er enthält eine Erläuterung der Ergebnisse der durchgeführten Abschlussprüfung und ferner zumindest Folgendes:

- a) die Erklärung über die Unabhängigkeit nach Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe a;
- b) die Angabe jedes an der Prüfung beteiligten verantwortlichen Prüfungspartners, falls die Abschlussprüfung von einer Prüfungsgesellschaft durchgeführt wurde;
- c) gegebenenfalls der Hinweis darauf, dass der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft Vorkehrungen getroffen hat, dass bestimmte seiner bzw. ihrer Tätigkeiten von einem anderen Abschlussprüfer bzw. einer anderen Prüfungsgesellschaft, der bzw. die nicht demselben Netzwerk angehört, durchgeführt werden, oder dass auf die Arbeit externer Sachverständiger zurückgegriffen wird, sowie die Bestätigung, dass der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft seitens des anderen Abschlussprüfers oder der anderen Prüfungsgesellschaft und/oder des externen Sachverständigen eine Bestätigung hinsichtlich ihrer Unabhängigkeit erhalten hat;
- d) eine Beschreibung der Art, der Häufigkeit und des Umfangs der Kommunikation mit dem Prüfungsausschuss oder dem Gremium, das bei dem geprüften Unternehmen vergleichbare Funktionen hat, dem Unternehmensleitungsorgan und dem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan des geprüften Unternehmens, einschließlich der Zeitpunkte der Zusammenkünfte mit diesen Organen;
- e) eine Beschreibung des Umfangs und des Zeitplans der Prüfung;
- f) die Beschreibung der Aufgabenverteilung zwischen den Abschlussprüfern und/oder den Prüfungsgesellschaften, sofern zwei oder mehr Prüfer oder Prüfungsgesellschaften bestellt wurden;
- g) eine Beschreibung der verwendeten Methode, u. a. dahingehend, welche Kategorien der Bilanz direkt überprüft wurden und welche Kategorien dabei System- und Zuverlässigkeitsprüfungen unterzogen wurden, einschließlich einer Erläuterung wesentlicher Veränderungen bei der Gewichtung von System- und Zuverlässigkeitsprüfungen gegenüber dem Vorjahr, selbst wenn die Abschlussprüfung im Vorjahr von anderen Abschlussprüfern oder anderen Prüfungsgesellschaften durchgeführt wurde;
- h) die Darlegung der quantitativen Wesentlichkeitsgrenze, die bei der Durchführung der Abschlussprüfung für den Abschluss als Ganzes zugrunde gelegt wurde, und gegebenenfalls der Wesentlichkeitsgrenzen für bestimmte Arten von Geschäftsvorfällen, Kontensalden oder Darlegungen zugrunde gelegt wurde, sowie Darlegung der qualitativen Faktoren, die bei der Festlegung der Wesentlichkeitsgrenze berücksichtigt wurden;
- i) die Angabe und Erläuterung von Einschätzungen zu bestimmten im Laufe der Prüfung festgestellten Ereignissen oder Gegebenheiten, die erhebliche Zweifel an der Fähigkeit des Unternehmens zur Fortführung der Unternehmenstätigkeit aufwerfen können, sowie die Angabe und Erläuterung von Einschätzungen dazu, ob diese Ereignisse oder Gegebenheiten eine wesentliche Unsicherheit darstellen; ferner eine Zusammenfassung aller Garantien, Prüfbescheinigungen (Comfort Letters), Hilfszusagen der öffentlichen Hand und anderer unterstützender Maßnahmen, die bei der Beurteilung der Fähigkeit des Unternehmens zur Fortführung seiner Tätigkeit berücksichtigt wurden;

- j) die Angabe bedeutsamer Mängel im internen Finanzkontrollsystem des geprüften Unternehmens oder — im Falle konsolidierter Abschlüsse — der Muttergesellschaft oder im Rechnungslegungssystem. Im zusätzlichen Bericht wird hinsichtlich jeder dieser bedeutsamen Mängel festgestellt, ob sie vom Management beseitigt wurde oder nicht;
- k) die Angabe von im Laufe der Prüfung festgestellten bedeutsamen Sachverhalten im Zusammenhang mit der tatsächlichen oder vermuteten Nichteinhaltung von Rechtsvorschriften oder des Gesellschaftsvertrags bzw. der Satzung der Gesellschaft, soweit sie für die Fähigkeit des Prüfungsausschusses, seine Aufgaben wahrzunehmen, als relevant betrachtet werden;
- l) die Angabe und Beurteilung der bei den verschiedenen Posten des Jahres- oder konsolidierten Abschlusses angewandten Bewertungsmethoden einschließlich etwaiger Auswirkungen von Änderungen an diesen Methoden;
- m) im Fall der Prüfung eines konsolidierten Abschlusses die Erläuterung des Umfangs der Konsolidierung und der vom geprüften Unternehmen auf etwaige nicht konsolidierte Unternehmen angewandten Ausschlusskriterien sowie die Angabe, ob die angewandten Kriterien im Einklang mit den Rechnungslegungsregelungen stehen;
- n) gegebenenfalls die Angabe, welche Prüfungsarbeiten von Prüfern aus einem Drittland, von Abschlussprüfern, von Prüfungsunternehmen aus einem Drittland oder von Prüfungsgesellschaft(en), bei denen es sich nicht um Mitglieder desselben Netzwerks wie das des Prüfers des konsolidierten Abschlusses handelt, im Zusammenhang mit der Abschlussprüfung eines konsolidierten Abschlusses ausgeführt wurden;
- o) die Angabe, ob das geprüfte Unternehmen alle verlangten Erläuterungen und Unterlagen geliefert hat;
- p) Angaben über:
 - i) etwaige bedeutsame Schwierigkeiten, die während der Abschlussprüfung aufgetreten sind,
 - ii) etwaige sich aus der Abschlussprüfung ergebende bedeutsame Sachverhalte, die besprochen wurden oder Gegenstand des Schriftverkehrs mit dem Management waren, und
 - iii) etwaige sonstige sich aus der Abschlussprüfung ergebende Sachverhalte, die nach dem fachkundigen Urteil des Prüfers für die Aufsicht über den Rechnungslegungsprozess bedeutsam sind.

Die Mitgliedstaaten können zusätzliche Anforderungen hinsichtlich des Inhalts des zusätzlichen Berichts an den Prüfungsausschuss festlegen.

Auf Verlangen eines Abschlussprüfers, einer Prüfungsgesellschaft oder des Prüfungsausschusses beraten der oder die Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft(en) mit dem Prüfungsausschuss, dem Verwaltungsorgan oder gegebenenfalls dem Aufsichtsorgan des geprüften Unternehmens über die im zusätzlichen Bericht an den Prüfungsausschuss — insbesondere unter Unterabsatz 1 Buchstabe j — genannten wichtigsten sich aus der Abschlussprüfung ergebenden Sachverhalte.

(3) Sind mehr als ein Abschlussprüfer bzw. eine Prüfungsgesellschaft gleichzeitig beauftragt worden und herrscht zwischen ihnen Uneinigkeit über Prüfungshandlungen, Rechnungslegungsvorschriften oder andere die Durchführung der Abschlussprüfung betreffende Themen, so werden im zusätzlichen Bericht an den Prüfungsausschuss die Gründe für diese Uneinigkeit dargelegt.

(4) Der zusätzliche Bericht an den Prüfungsausschuss wird unterschrieben und datiert. Wird die Abschlussprüfung von einer Prüfungsgesellschaft durchgeführt, so wird der zusätzliche Bericht an den Prüfungsausschuss von den Abschlussprüfern, die die Abschlussprüfung im Auftrag der Prüfungsgesellschaft durchgeführt haben, unterzeichnet.

(5) Die Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaften stellen den zuständigen Behörden im Sinne des Artikels 20 Absatz 1 den zusätzlichen Bericht auf Verlangen und im Einklang mit dem nationalen Recht zur Verfügung.

Artikel 12

Bericht an die für die Beaufsichtigung von Unternehmen von öffentlichem Interesse zuständigen Behörden

(1) Unbeschadet des Artikels 55 der Richtlinie 2004/39/EG, des Artikels 63 der Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽¹⁾, des Artikels 15 Absatz 4 der Richtlinie 2007/64/EG, des Artikels 106 der Richtlinie 2009/65/EG, des Artikels 3 Absatz 1 der Richtlinie 2009/110/EG und des Artikels 72 der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽²⁾ sind Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften, die bei einem Unternehmen von öffentlichem Interesse die Abschlussprüfung durchführen, dazu verpflichtet, die für die Beaufsichtigung des Unternehmens von öffentlichem Interesse zuständigen Behörden oder — soweit dies von dem betreffenden Mitgliedstaat vorgesehen ist — die für die Beaufsichtigung des Abschlussprüfers bzw. der Prüfungsgesellschaft zuständige Behörde umgehend über jede Information zu unterrichten, von der sie bei Durchführung der Abschlussprüfung Kenntnis erhalten und die eine der folgenden Konsequenzen haben kann:

- a) einen wesentlichen Verstoß gegen die Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, die — sofern relevant — die Zulassungsvoraussetzungen enthalten oder speziell die Ausübung der Tätigkeiten solcher Unternehmen von öffentlichem Interesse regeln,
- b) eine wesentliche Gefährdung oder wesentliche Bedenken hinsichtlich der Fortführung der Tätigkeit des Unternehmens von öffentlichem Interesse,
- c) eine Verweigerung der Abgabe eines Prüfungsurteils über die Abschlüsse oder die Abgabe eines versagenden oder eingeschränkten Prüfungsurteils.

Die Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaften sind ferner zur Meldung der in Unterabsatz 1 Buchstaben a, b oder c genannten Informationen verpflichtet, wenn sie von diesen bei Durchführung einer Abschlussprüfung bei Unternehmen Kenntnis erhalten, die zu dem Unternehmen von öffentlichem Interesse, bei dem sie ebenfalls die Abschlussprüfung durchführen, eine enge Verbindung haben. Für die Zwecke dieses Artikels ist der Begriff „enge Verbindung“ im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 Nummer 38 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 der Europäischen Parlaments und des Rates ⁽³⁾ zu verstehen.

Die Mitgliedstaaten können vom Abschlussprüfer oder von der Prüfungsgesellschaft zusätzliche Informationen verlangen, sofern dies für eine wirksame Finanzmarktaufsicht gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften erforderlich ist.

(2) Zwischen den für die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen zuständigen Behörden einerseits und dem bzw. den Abschlussprüfer(n) und der bzw. den Prüfungsgesellschaft(en), der bzw. die bei diesen Instituten und Unternehmen die Abschlussprüfung durchführt bzw. durchführen, andererseits wird ein wirksamer Dialog eingerichtet. Die Verantwortung für die Einhaltung dieser Anforderung tragen beide Parteien des Dialogs.

Mindestens einmal jährlich organisieren der Europäische Ausschuss für Systemrisiken („ESRB“ für „European Systemic Risk Board“) und der Ausschuss der Aufsichtsstellen ein Treffen unter Beteiligung der Abschlussprüfer und der Prüfungsgesellschaften oder Netzwerke, die Abschlussprüfungen aller in der Union zugelassener Institute durchführen, die international als global systemrelevante Finanzinstitute anerkannt sind, um den ESRB über branchenspezifische oder bedeutsame Entwicklungen in diesen systemrelevanten Finanzinstituten zu informieren.

Um die Wahrnehmung der in Unterabsatz 1 genannten Aufgaben zu erleichtern, geben die Europäische Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde — EBA) und die Europäische Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung — EIOPA) gemäß Artikel 16 der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 bzw. Artikel 16 der Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 unter Berücksichtigung derzeitiger Aufsichtspraktiken Leitlinien an die für die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen zuständigen Behörden heraus.

⁽¹⁾ Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG (ABl. L 176 vom 27.6.2013, S. 338).

⁽²⁾ Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) (ABl. L 335 vom 17.12.2009, S. 1).

⁽³⁾ Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (ABl. L 176 vom 27.6.2013, S. 1).

(3) Teilen Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften oder gegebenenfalls Netzwerke den zuständigen Behörden oder dem ESRB und dem Ausschuss der Aufsichtsstellen in gutem Glauben Informationen im Sinne des Absatzes 1 oder sich im Zuge des Dialogs nach Absatz 2 ergebende Informationen mit, so stellt dies keinen Verstoß gegen eine etwaige vertragliche oder rechtliche Beschränkung der Informationsweitergabe dar.

Artikel 13

Transparenzbericht

(1) Ein Abschlussprüfer oder eine Prüfungsgesellschaft, der bzw. die bei Unternehmen von öffentlichem Interesse Abschlussprüfungen durchführt, veröffentlicht alljährlich spätestens vier Monate nach Abschluss jedes Geschäftsjahres einen Transparenzbericht. Dieser Transparenzbericht wird auf der Website des Abschlussprüfers bzw. der Prüfungsgesellschaft veröffentlicht und bleibt dort ab dem Tag der Veröffentlichung auf der Website mindestens fünf Jahre lang verfügbar. Ist der Abschlussprüfer bei einer Prüfungsgesellschaft beschäftigt, so obliegen dieser Prüfungsgesellschaft die in diesem Artikel vorgesehenen Pflichten.

Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften dürfen einen bereits veröffentlichten jährlichen Transparenzbericht aktualisieren. In einem solchen Fall weist der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft darauf hin, dass es sich um eine aktualisierte Fassung des Berichts handelt, wobei auch die ursprüngliche Fassung weiterhin auf der Website verfügbar bleibt.

Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften teilen den zuständigen Behörden mit, dass der Transparenzbericht auf der Website des Abschlussprüfers/der Prüfungsgesellschaft veröffentlicht wurde oder — gegebenenfalls — dass er aktualisiert wurde.

2. Der jährliche Transparenzbericht umfasst zumindest Folgendes:

- a) eine Beschreibung der Rechts- und Eigentümerstruktur der Prüfungsgesellschaft;
- b) für den Fall, dass der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft Mitglied eines Netzwerks ist,
 - i) eine Beschreibung dieses Netzwerks sowie seiner rechtlichen und organisatorischen Struktur;
 - ii) den Namen jedes Abschlussprüfers, der als Prüfer in Einzelpraxis tätig ist, oder jeder Prüfungsgesellschaft, die Mitglied des Netzwerks ist;
 - iii) das Land oder die Länder, in denen jeder Abschlussprüfer, der als Prüfer in Einzelpraxis tätig ist, oder jede Prüfungsgesellschaft, die Mitglied des Netzwerks ist, die Tätigkeit als Abschlussprüfer ausüben darf oder seinen bzw. ihren eingetragenen Sitz, seine bzw. ihre Hauptverwaltung oder seine bzw. ihre Hauptniederlassung hat;
 - iv) den Gesamtumsatz, den die Abschlussprüfer, die als Prüfer in Einzelpraxis tätig sind, und die Prüfungsgesellschaften, die Mitglieder des Netzwerks sind, mit der Prüfung von Jahres- und konsolidierten Abschlüssen erzielt haben;
- c) eine Beschreibung der Leitungsstruktur der Prüfungsgesellschaft;
- d) eine Beschreibung des internen Qualitätssicherungssystems des Abschlussprüfers bzw. der Prüfungsgesellschaft und eine Erklärung des Verwaltungs- oder Leitungsorgans zu dessen Wirksamkeit;
- e) das Datum der letzten Qualitätssicherungsprüfung gemäß Artikel 26;
- f) eine Liste der Unternehmen von öffentlichem Interesse, bei denen der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft im vorangegangenen Geschäftsjahr Abschlussprüfungen durchgeführt hat;
- g) eine Erklärung darüber, mit welchen Maßnahmen der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft seine bzw. ihre Unabhängigkeit zu wahren sucht, in der auch bestätigt wird, dass eine interne Überprüfung der Einhaltung von Unabhängigkeitsanforderungen stattgefunden hat;
- h) eine Erklärung dazu, wie der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft in Bezug auf die in Artikel 13 der Richtlinie 2006/43/EG genannte kontinuierliche Fortbildung von Abschlussprüfern verfährt;

- i) Angaben darüber, wonach sich bei Prüfungsgesellschaften die Vergütung der Partner bemisst;
- j) eine Beschreibung der vom Abschlussprüfer bzw. von der Prüfungsgesellschaft verfolgten Grundsätze, nach denen bei der Rotation der verantwortlichen Prüfungspartner und Mitarbeiter gemäß Artikel 17 Absatz 7 verfahren wird;
- k) sofern sich diese Angaben nicht in seinen bzw. ihren Abschlüssen nach Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 2013/34/EU finden, Angaben zum Gesamtumsatz des Abschlussprüfers oder der Prüfungsgesellschaft, und zwar aufgeschlüsselt in
 - i) Einnahmen aus der Abschlussprüfung des Jahresabschlusses und konsolidierten Abschlusses von Unternehmen von öffentlichem Interesse und von Unternehmen einer Unternehmensgruppe, deren Muttergesellschaft ein Unternehmen von öffentlichem Interesse ist;
 - ii) Einnahmen aus der Abschlussprüfung des Jahresabschlusses und konsolidierten Abschlusses anderer Unternehmen;
 - iii) Einnahmen aus zulässigen Nichtprüfungsleistungen für Unternehmen, die vom Abschlussprüfer oder von der Prüfungsgesellschaft geprüft werden;
 - iv) Einnahmen aus Nichtprüfungsleistungen für andere Unternehmen.

Der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft kann unter außergewöhnlichen Umständen beschließen, von den in Unterabsatz 1 Buchstabe f verlangten Angaben abzusehen, soweit dies zur Verringerung einer unmittelbaren und erheblichen Gefährdung der persönlichen Sicherheit einer Person erforderlich ist. Der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft muss in der Lage sein, der zuständigen Behörde gegenüber darzulegen, dass eine solche Gefährdung tatsächlich besteht.

- (3) Der Transparenzbericht wird von dem Abschlussprüfer oder der Prüfungsgesellschaft unterzeichnet.

Artikel 14

Informationspflicht gegenüber den zuständigen Behörden

Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften legen der für sie zuständigen Behörde jährlich eine Liste der geprüften Unternehmen von öffentlichem Interesse vor, die nach den von diesen Unternehmen bezogenen Einnahmen aufgeschlüsselt ist, die in Folgendes unterteilt ist:

- a) Einnahmen aus der Abschlussprüfung;
- b) Einnahmen aus anderen Nichtprüfungsleistungen als solchen nach Artikel 5 Absatz 1, die aufgrund von Unionsrecht oder nationalem Recht erforderlich sind;
- c) Einnahmen aus anderen Nichtprüfungsleistungen als solchen nach Artikel 5 Absatz 1, die nicht aufgrund von Unionsrecht oder nationalem Recht erforderlich sind.

Artikel 15

Aufbewahrungspflichten

Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften bewahren die in Artikel 4 Absatz 3, Artikel 6, Artikel 7, Artikel 8 Absätze 4 bis 7, Artikel 10 und 11, Artikel 12 Absätze 1 und 2, Artikel 14, Artikel 16 Absätze 2, 3 und 5 dieser Verordnung sowie die in den Artikeln 22b, 24a, 24b, 27 und 28 der Richtlinie 2006/43/EG genannten Unterlagen und Informationen nach deren Erstellung mindestens fünf Jahre lang auf.

Die Mitgliedstaaten können Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften nach Maßgabe ihrer Datenschutzvorschriften und Verwaltungs- und Gerichtsverfahrensregelungen dazu verpflichten, die in Unterabsatz 1 genannten Unterlagen und Informationen für einen längeren Zeitraum aufzubewahren.

TITEL III

BESTELLUNG VON ABSCHLUSSPRÜFERN ODER PRÜFUNGSGESELLSCHAFTEN DURCH UNTERNEHMEN VON ÖFFENTLICHEM INTERESSE*Artikel 16***Bestellung von Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften**

(1) Für die Zwecke der Anwendung von Artikel 37 Absatz 1 der Richtlinie 2006/43/EG gelten für die Bestellung von Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften durch Unternehmen von öffentlichem Interesse die in den Absätzen 2 bis 5 beschriebenen Bedingungen, gegebenenfalls unter Anwendung von Absatz 7.

Gilt Artikel 37 Absatz 2 der Richtlinie 2006/43/EG, so unterrichtet das Unternehmen von öffentlichem Interesse die zuständige Behörde über die Verwendung der dort genannten alternativen Systeme oder Modalitäten. In diesem Fall finden die Absätze 2 bis 5 des vorliegenden Artikels keine Anwendung.

(2) Der Prüfungsausschuss legt dem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan des geprüften Unternehmens eine Empfehlung für die Bestellung von Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften vor.

Abgesehen vom Fall der Erneuerung eines Prüfungsmandats gemäß Artikel 17 Absätze 1 und 2 muss die Empfehlung begründet werden und mindestens zwei Vorschläge für das Prüfungsmandat enthalten, und der Prüfungsausschuss teilt unter Angabe der Gründe seine Präferenz für einen der beiden Vorschläge mit.

Der Prüfungsausschuss erklärt in seiner Empfehlung, dass diese frei von ungebührlicher Einflussnahme durch Dritte ist und ihm keine Klausel der in Absatz 6 genannten Art auferlegt wurde.

(3) Außer im Fall der Erneuerung eines Prüfungsmandats gemäß Artikel 17 Absätze 1 und 2 wird die in Absatz 2 des vorliegenden Artikels genannte Empfehlung des Prüfungsausschusses im Anschluss an ein Auswahlverfahren erstellt, das das geprüfte Unternehmen unter Berücksichtigung folgender Kriterien durchführt:

- a) Dem geprüften Unternehmen steht es frei, beliebige Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften zur Unterbreitung von Vorschlägen für die Erbringung von Abschlussprüfungsleistungen aufzufordern, sofern die Bedingungen des Artikels 17 Absatz 3 erfüllt sind und die Teilnahme von Unternehmen, die im vorausgegangenen Kalenderjahr in dem betreffenden Mitgliedstaat weniger als 15 % der von Unternehmen von öffentlichem Interesse gezahlten Gesamthonorare erhalten haben, an dem Ausschreibungsverfahren in keiner Weise ausgeschlossen wird.
- b) Das geprüfte Unternehmen erstellt für den aufgeforderten Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaften Ausschreibungsunterlagen. Diese Ausschreibungsunterlagen müssen es ermöglichen, die Geschäftstätigkeit des geprüften Unternehmens und die Art der durchzuführenden Abschlussprüfung zu erfassen. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten transparente, diskriminierungsfreie Auswahlkriterien für die Bewertung der Vorschläge der Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften durch das geprüfte Unternehmen.
- c) Das geprüfte Unternehmen kann das Auswahlverfahren frei gestalten und im Laufe des Verfahrens direkte Verhandlungen mit interessierten Bietern führen.
- d) Falls die in Artikel 20 genannten zuständigen Behörden im Einklang mit Unionsrecht oder nationalem Recht von den Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften die Erfüllung bestimmter Qualitätsstandards verlangen, so sind diese Standards in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen.
- e) Das geprüfte Unternehmen beurteilt die Vorschläge der Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften anhand der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Auswahlkriterien. Das geprüfte Unternehmen erstellt einen Bericht über die im Auswahlverfahren gezogenen Schlussfolgerungen, der vom Prüfungsausschuss validiert wird. Das geprüfte Unternehmen und der Prüfungsausschuss berücksichtigen alle Erkenntnisse oder Schlussfolgerungen der in Artikel 26 Absatz 8 genannten und von der zuständigen Behörde gemäß Artikel 28 Buchstabe d veröffentlichten Kontrollberichte über bietende Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften.

- f) Das geprüfte Unternehmen muss auf Verlangen in der Lage sein, gegenüber der in Artikel 20 genannten zuständigen Behörde darzulegen, dass das Auswahlverfahren auf faire Weise durchgeführt wurde.

Für das in Unterabsatz 1 genannte Auswahlverfahren ist der Prüfungsausschuss zuständig.

Die in Artikel 20 Absatz 1 genannte zuständige Behörde veröffentlicht für die Zwecke von Unterabsatz 1 Buchstabe a eine jährlich zu aktualisierende Liste der betreffenden Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften. Die zuständige Behörde nutzt bei den einschlägigen Berechnungen die gemäß Artikel 14 gemachten Angaben der Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften.

- (4) Unternehmen von öffentlichem Interesse, die die Kriterien nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben f und t der Richtlinie 2003/71/EG ⁽¹⁾ erfüllen, sind nicht zur Durchführung des in Absatz 3 genannten Auswahlverfahrens verpflichtet.

- (5) Der an die Gesellschafterversammlung oder Aktionärshauptversammlung des geprüften Unternehmens gerichtete Vorschlag für die Bestellung von Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften enthält die Empfehlung und Präferenz gemäß Absatz 2, die der Prüfungsausschuss oder das Gremium mit vergleichbarer Funktion ausgesprochen bzw. angegeben hat.

Falls der Vorschlag von der Präferenz des Prüfungsausschusses abweicht, sind im Vorschlag die Gründe zu nennen, weshalb der Empfehlung nicht gefolgt wird. Der oder die vom Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan empfohlenen Prüfer oder Prüfungsgesellschaften müssen jedoch an dem in Absatz 3 beschriebenen Auswahlverfahren teilgenommen haben. Dieser Unterabsatz findet keine Anwendung, wenn das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan die Funktionen des Prüfungsausschusses wahrnimmt.

- (6) Jede Klausel in einem zwischen einem Unternehmen von öffentlichem Interesse und Dritten geschlossenen Vertrag, die die Auswahlmöglichkeiten der Gesellschafterversammlung oder Aktionärshauptversammlung des betreffenden Unternehmens gemäß Artikel 37 der Richtlinie 2006/43/EG im Hinblick auf die Auswahl eines bestimmten Abschlussprüfers oder einer bestimmten Prüfungsgesellschaft für die Durchführung der Abschlussprüfung bei diesem Unternehmen auf bestimmte Kategorien oder Listen von Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften beschränkt, ist nichtig.

Das Unternehmen von öffentlichem Interesse unterrichtet die in Artikel 20 genannten zuständigen Behörden unmittelbar und unverzüglich über jeden Versuch von Dritten, eine solche Vertragsklausel durchzusetzen oder die Entscheidung der Gesellschafterversammlung oder Aktionärshauptversammlung über die Bestellung eines Abschlussprüfers oder einer Prüfungsgesellschaft anderweitig ungebührlich zu beeinflussen.

- (7) Die Mitgliedstaaten können beschließen, dass Unternehmen von öffentlichem Interesse unter bestimmten Umständen eine bestimmte Mindestanzahl von Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften bestellen, und die Modalitäten für die Beziehungen zwischen den bestellten Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften festlegen.

Wenn ein Mitgliedstaat eine solche Verpflichtung festlegt, teilt er dies der Kommission und der einschlägigen Europäischen Aufsichtsbehörde mit.

- (8) Hat das geprüfte Unternehmen einen Nominierungsausschuss, in dem die Gesellschafter oder Aktionäre über erheblichen Einfluss verfügen und dessen Aufgabe es ist, Empfehlungen für die Auswahl von Prüfern abzugeben, so kann ein Mitgliedstaat gestatten, dass der Nominierungsausschuss die in diesem Artikel festgelegten Funktionen des Prüfungsausschusses wahrnimmt, und ihn verpflichtet, der Gesellschafterversammlung oder der Aktionärshauptversammlung die in Absatz 2 genannte Empfehlung zu unterbreiten.

Artikel 17

Laufzeit des Prüfungsmandats

- (1) Unternehmen von öffentlichem Interesse bestellen einen Abschlussprüfer oder eine Prüfungsgesellschaft für ein erstes Mandat, dessen Laufzeit mindestens ein Jahr beträgt. Das Mandat kann verlängert werden.

Weder das erste Mandat eines bestimmten Abschlussprüfers oder einer bestimmten Prüfungsgesellschaft noch dieses Mandat in Kombination mit erneuerten Mandaten darf die Höchstlaufzeit von zehn Jahren überschreiten.

⁽¹⁾ Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG (ABL L 345 vom 31.12.2003, S. 64).

- (2) Abweichend von Absatz 1 können die Mitgliedstaaten
- a) verlangen, dass das in Absatz 1 genannte erste Mandat eine Laufzeit von mehr als einem Jahr hat,
 - b) eine Höchstlaufzeit von weniger als zehn Jahren für die Mandate gemäß Absatz 1 Unterabsatz 2 vorsehen.
- (3) Weder der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft noch gegebenenfalls Mitglieder seiner bzw. ihrer Netzwerke innerhalb der Union führen nach Ablauf der Höchstlaufzeiten der Mandate gemäß Absatz 1 Unterabsatz 2 oder Absatz 2 Buchstabe b oder nach Ablauf der Höchstlaufzeiten der gemäß Absatz 4 oder Absatz 6 verlängerten Mandate innerhalb des folgenden Vierjahreszeitraums die Abschlussprüfung bei demselben Unternehmen von öffentlichem Interesse durch.
- (4) Abweichend von Absatz 1 und Absatz 2 Buchstabe b können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die in Absatz 1 Unterabsatz 2 und in Absatz 2 Buchstabe b genannten Höchstlaufzeiten auf die folgenden Höchstlaufzeiten verlängert werden können:
- a) auf 20 Jahre, wenn ein öffentliches Ausschreibungsverfahren für die Abschlussprüfung im Einklang mit Artikel 16 Absätze 2 bis 5 durchgeführt wird und nach Ablauf der in Absatz 1 Unterabsatz 2 und in Absatz 2 Buchstabe b genannten Höchstlaufzeiten wirksam wird, oder
 - b) auf 24 Jahre, wenn nach Ablauf der in Absatz 1 Unterabsatz 2 und in Absatz 2 Buchstabe b genannten Höchstlaufzeiten, bei dem die einschlägige Höchstlaufzeit erreicht worden ist, mehr als ein Abschlussprüfer oder eine Prüfungsgesellschaft gleichzeitig beauftragt wurden, sofern die Abschlussprüfung zur Vorlage des gemeinsamen Bestätigungsvermerks gemäß Artikel 28 der Richtlinie 2006/43/EG führt.
- (5) Die jeweilige Höchstlaufzeit gemäß Absatz 1 Unterabsatz 2 und gemäß Absatz 2 Buchstabe b wird nur verlängert, wenn das Verwaltungs- oder das Aufsichtsorgan auf Empfehlung des Prüfungsausschusses der Gesellschafterversammlung oder Aktionärshauptversammlung im Einklang mit dem nationalen Recht vorschlägt, das Mandat zu verlängern, und wenn dieser Vorschlag angenommen wird.
- (6) Nach Ablauf der Höchstlaufzeit gemäß Absatz 1 Unterabsatz 2 bzw. Absatz 2 Buchstabe b oder Absatz 4 kann das Unternehmen von öffentlichem Interesse in Ausnahmefällen beantragen, dass die in Artikel 20 Absatz 1 genannte zuständige Behörde eine Verlängerung dahingehend gewährt, dass der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft für ein weiteres Mandat bestellt wird, sofern die Voraussetzungen in Absatz 4 Buchstabe a oder b erfüllt sind. Die Dauer dieses zusätzlichen Mandats darf zwei Jahre nicht überschreiten.
- (7) Die für die Durchführung einer Abschlussprüfung verantwortlichen Prüfungspartner beenden ihre Teilnahme an der Abschlussprüfung des geprüften Unternehmens spätestens sieben Jahre nach dem Datum ihrer Bestellung. Sie können frühestens drei Jahre nach dieser Beendigung ihrer Teilnahme wieder an der Abschlussprüfung des geprüften Unternehmens mitwirken.

Abweichend davon können die Mitgliedstaaten vorschreiben, dass die für die Durchführung einer Abschlussprüfung verantwortlichen Prüfungspartner ihre Teilnahme an der Abschlussprüfung des geprüften Unternehmens früher als sieben Jahre nach dem Datum ihrer Bestellung beenden.

Der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft führt ein angemessenes graduelles Rotationssystem für das an der Abschlussprüfung beteiligte Führungspersonal ein, das zumindest die als Abschlussprüfer geführten Personen erfasst. Diese graduelle Rotation erfolgt gestaffelt und betrifft einzelne Personen und nicht das gesamte Prüfungsteam. Sie steht in einem angemessenen Verhältnis zu Umfang und Komplexität der Tätigkeiten des Abschlussprüfers bzw. der Prüfungsgesellschaft.

Der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft muss in der Lage sein, der zuständigen Behörde gegenüber darzulegen, dass dieses System wirksam angewandt wird und dem Umfang und der Komplexität seiner bzw. ihrer Tätigkeiten angemessen ist.

- (8) Für die Zwecke dieses Artikels wird die Dauer des Prüfungsmandats vom ersten Geschäftsjahr an berechnet, das in dem Auftragsschreiben erfasst ist, in dem der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft erstmals für die Durchführung von aufeinanderfolgenden Abschlussprüfungen bei demselben Unternehmen von öffentlichem Interesse bestellt wurde.

Für die Zwecke dieses Artikels umfasst die Prüfungsgesellschaft andere Gesellschaften, die von ihr erworben wurden oder sich mit ihr zusammengeschlossen haben.

Wenn hinsichtlich des Zeitpunkts, von dem an der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft mit der Durchführung von aufeinanderfolgenden Abschlussprüfungen bei dem Unternehmen von öffentlichem Interesse begonnen hat, Ungewissheiten beispielsweise aufgrund des Zusammenschlusses oder des Erwerbs von Gesellschaften oder von Änderungen in der Eigentümerstruktur bestehen, meldet der Abschlussprüfer bzw. die Prüfungsgesellschaft diese Ungewissheiten sofort an die zuständige Behörde, die letztlich den relevanten Zeitpunkt für die Zwecke von Unterabsatz 1 bestimmen wird.

Artikel 18

Übergabeakte

Wird ein Abschlussprüfer oder eine Prüfungsgesellschaft durch einen anderen Abschlussprüfer oder eine andere Prüfungsgesellschaft ersetzt, so muss dieser Abschlussprüfer bzw. diese Prüfungsgesellschaft die Anforderungen gemäß Artikel 23 Absatz 3 der Richtlinie 2006/43/EG erfüllen.

Vorbehaltlich des Artikels 15 gewährt der frühere Abschlussprüfer oder die frühere Prüfungsgesellschaft dem neuen Abschlussprüfer oder der neuen Prüfungsgesellschaft ferner Zugang zu den in Artikel 11 genannten zusätzlichen Berichten hinsichtlich früherer Jahre sowie zu jeglichen Informationen, die den zuständigen Behörden gemäß den Artikeln 12 und 13 übermittelt werden.

Der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft des früheren Abschlusses muss in der Lage sein, der zuständigen Behörde gegenüber darzulegen, dass diese Informationen dem neuen Abschlussprüfer bzw. der neuen Prüfungsgesellschaft zur Verfügung gestellt wurden.

Artikel 19

Abberufung und Rücktritt von Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften

Unbeschadet des Artikels 38 Absatz 1 der Richtlinie 2006/43/EG leiten von einem Mitgliedstaat gemäß Artikel 20 Absatz 2 der vorliegenden Verordnung benannte zuständige Behörden die Informationen über die Abberufung oder den Rücktritt des Abschlussprüfers oder der Prüfungsgesellschaft während der Laufzeit des Mandats sowie eine angemessene Begründung hierfür an die in Artikel 20 Absatz 1 genannte zuständige Behörde weiter.

TITEL IV

BEAUFSICHTIGUNG DER TÄTIGKEIT VON ABSCHLUSSPRÜFERN UND PRÜFUNGSGESELLSCHAFTEN BEI DER DURCHFÜHRUNG EINER ABSCHLUSSPRÜFUNG BEI UNTERNEHMEN VON ÖFFENTLICHEM INTERESSE

KAPITEL I

Zuständige Behörden

Artikel 20

Benennung der zuständigen Behörden

(1) Als zuständige Behörden, die mit der Wahrnehmung der in dieser Verordnung beschriebenen Aufgaben betraut sind und die Anwendung der Bestimmungen dieser Verordnung gewährleisten, können die folgenden Behörden benannt werden:

- a) die in Artikel 24 Absatz 1 der Richtlinie 2004/109/EG genannte zuständige Behörde,
- b) die in Artikel 24 Absatz 4 Buchstabe h der Richtlinie 2004/109/EG genannte zuständige Behörde,
- c) die in Artikel 32 der Richtlinie 2006/43/EG genannte zuständige Stelle.

(2) Abweichend von Absatz 1 können Mitgliedstaaten beschließen, dass die Verantwortung für die Sicherstellung der Anwendung der Gesamtheit oder eines Teils der Bestimmungen von Titel III dieser Verordnung soweit sachdienlich den an folgenden Stellen genannten zuständigen Behörden übertragen wird:

- a) Artikel 48 der Richtlinie 2004/39/EG;
- b) Artikel 24 Absatz 1 der Richtlinie 2004/109/EG;
- c) Artikel 24 Absatz 4 Buchstabe h der Richtlinie 2004/109/EG;
- d) Artikel 20 der Richtlinie 2007/64/EG;
- e) Artikel 30 der Richtlinie 2009/138/EG;
- f) Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 2013/36/EU;

oder anderen nach dem nationalen Recht benannten Behörden.

(3) Wurde gemäß den Absätzen 1 und 2 mehr als eine zuständige Behörde benannt, so werden diese Behörden so organisiert, dass eine eindeutige Zuweisung ihrer Aufgaben gegeben ist.

(4) Die Absätze 1, 2 und 3 berühren nicht das Recht eines Mitgliedstaats, für überseeische europäische Gebiete, die mit ihm besondere Beziehungen unterhalten, gesonderte Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen.

(5) Die Mitgliedstaaten unterrichten die Kommission über die Benennung zuständiger Behörden für die Zwecke dieser Verordnung.

Die Kommission konsolidiert und veröffentlicht diese Informationen.

Artikel 21

Unabhängigkeitsanforderungen

Die zuständigen Behörden müssen von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften unabhängig sein.

Die zuständigen Behörden können Sachverständige im Sinne des Artikels 26 Absatz 1 Buchstabe c für die Zwecke der Ausführung bestimmter Aufgaben konsultieren und sich von Sachverständigen unterstützen lassen, wenn dies für die ordnungsgemäße Ausübung ihrer Aufgaben wesentlich ist. In diesen Fällen werden Sachverständige nicht in die Entscheidungsprozesse eingebunden.

Mitglied des Leitungsorgans oder verantwortlich für die Entscheidungsfindung dieser Behörden darf keine Person sein, die während ihrer Beteiligung oder im Laufe der drei vorausgegangenen Jahre

- a) Abschlussprüfungen durchgeführt hat,
- b) Stimmrechte an einer Prüfungsgesellschaft gehalten hat,
- c) Mitglied des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans einer Prüfungsgesellschaft war,
- d) ein Partner oder Angestellter einer Prüfungsgesellschaft oder anderweitig von ihr beauftragt war.

Die Finanzierung dieser Behörden muss gesichert und frei von ungebührlicher Einflussnahme durch Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften sein.

*Artikel 22***Wahrung des Berufsgeheimnisses in Bezug auf die zuständigen Behörden**

Alle Personen, die bei zuständigen Behörden oder sonstigen Behörden oder Stellen, denen gemäß Artikel 24 dieser Verordnung Aufgaben übertragen wurden, angestellt sind oder waren oder von diesen unabhängig beauftragt oder an deren Leitung beteiligt sind oder waren, sind zur Wahrung des Berufsgeheimnisses verpflichtet. Informationen, die unter das Berufsgeheimnis fallen, dürfen keiner anderen Person oder Behörde offenbart werden, es sei denn, dies ist durch Verpflichtungen aufgrund dieser Verordnung oder durch Gesetze, Vorschriften oder Verwaltungsverfahren eines Mitgliedstaats geregelt.

*Artikel 23***Befugnisse der zuständigen Behörden**

(1) Unbeschadet des Artikels 26 nehmen weder die zuständigen Behörden noch andere Behörden eines Mitgliedstaats bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben gemäß dieser Verordnung Einfluss auf den Inhalt von Bestätigungsvermerken.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Behörden mit allen Aufsichts- und Ermittlungsbefugnissen ausgestattet sind, die sie zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben gemäß dieser Verordnung im Einklang mit Kapitel VII der Richtlinie 2006/43/EG benötigen.

(3) Zu den in Absatz 2 genannten Befugnissen müssen mindestens die Befugnisse gehören,

- a) auf Daten im Zusammenhang mit der Abschlussprüfung zuzugreifen oder andere im Besitz von Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften befindliche Unterlagen aller Art einzusehen, die für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben relevant sind, und von diesen Kopien zu erhalten oder zu machen;
- b) von jeder Person Informationen mit Bezug zu der Abschlussprüfung zu erhalten;
- c) Inspektionen vor Ort bei Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften durchzuführen;
- d) Angelegenheiten zur Strafverfolgung zu übermitteln;
- e) Überprüfungen oder Untersuchungen durch Sachverständige vornehmen zu lassen;
- f) die in Artikel 30a der Richtlinie 2006/43/EG genannten Verwaltungsmaßnahmen zu ergreifen und die dort genannten Sanktionen zu verhängen.

Die zuständigen Behörden dürfen die in Unterabsatz 1 genannten Befugnisse nur ausüben gegenüber

- a) Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, die Abschlussprüfungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse durchführen;
- b) Personen, die an der Tätigkeit von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, die Abschlussprüfungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse durchführen, beteiligt sind;
- c) geprüften Unternehmen von öffentlichem Interesse, ihren Tochtergesellschaften und verbundenen Dritten;
- d) Dritten, an die Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften, die Abschlussprüfungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse durchführen, bestimmte Aufgaben oder Tätigkeiten ausgelagert haben, und
- e) Personen, die anderweitig in einer Beziehung oder Verbindung zu Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, die Abschlussprüfungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse durchführen, stehen.

(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Behörden ihre Aufsichts- und Ermittlungsbefugnisse auf einem der folgenden Wege ausüben können:

- a) unmittelbar;
- b) in Zusammenarbeit mit anderen Behörden;
- c) durch Antrag bei den zuständigen Justizbehörden.

(5) Die Aufsichts- und Ermittlungsbefugnisse der zuständigen Behörden werden in vollständiger Übereinstimmung mit den nationalen Rechtsvorschriften, insbesondere den Grundsätzen der Achtung des Rechts auf Privatleben und der Verteidigungsrechte, ausgeübt.

(6) Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Zuge der in diesem Artikel gewährten Aufsichts- und Ermittlungsbefugnisse hat in Übereinstimmung mit der Richtlinie 95/46/EG zu erfolgen.

Artikel 24

Übertragung von Aufgaben

(1) Die Mitgliedstaaten können jede der nach dieser Verordnung wahrzunehmenden Aufgaben auf andere Behörden oder Stellen, die zur Wahrnehmung dieser Aufgaben benannt oder anderweitig gesetzlich hierzu ermächtigt sind, übertragen oder die zuständigen Behörden nach Artikel 20 Absatz 1 ermächtigen, solche Aufgaben auf solche andere Behörden oder Stellen zu übertragen, jedoch mit Ausnahme der Aufgaben in Bezug auf

- a) das Qualitätssicherungssystem nach Artikel 26;
- b) Untersuchungen nach Artikel 23 dieser Verordnung und Artikel 32 der Richtlinie 2006/43/EG, die sich aus dem Qualitätssicherungssystem oder aus einer Verweisung durch eine andere Behörde ergeben, und
- c) Sanktionen und Maßnahmen, nach Kapitel VII der Richtlinie 2006/43/EG im Zusammenhang mit Qualitätssicherungsprüfungen oder Untersuchungen von Abschlussprüfungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse.

(2) Jegliche Ausführung von Aufgaben durch andere Behörden oder Stellen bedarf einer ausdrücklichen Übertragung dieser Aufgaben durch die zuständige Behörde. Bei der Übertragung sind die übertragenen Aufgaben und die Bedingungen, unter denen sie auszuführen sind, anzugeben.

Überträgt die zuständige Behörde Aufgaben auf andere Behörden oder Stellen, so kann sie diese Befugnisse im Einzelfall wieder an sich ziehen.

(3) Die Behörden oder Stellen müssen so organisiert sein, dass keine Interessenkonflikte entstehen. Die Letztverantwortung für die Überwachung der Einhaltung dieser Verordnung und der aufgrund der Verordnung erlassenen Durchführungsmaßnahmen liegt bei der übertragenden zuständigen Behörde.

Die zuständige Behörde unterrichtet die Kommission und die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten über etwaige Vorkerhungen, die sie im Hinblick auf die Übertragung von Aufgaben getroffen hat, einschließlich der genauen Bedingungen für die Festlegung dieser Aufgabenübertragung.

(4) Abweichend von Absatz 1 können die Mitgliedstaaten beschließen, die in Absatz 1 Buchstabe c genannten Aufgaben auf andere Behörden oder Stellen, die zur Wahrnehmung dieser Aufgaben benannt oder anderweitig gesetzlich hierzu ermächtigt sind, zu übertragen, wenn die Mehrheit der an der Leitung der betreffenden Behörde oder Stelle beteiligten Personen vom Berufsstand der Prüfer unabhängig ist.

Artikel 25

Zusammenarbeit mit anderen zuständigen Behörden auf nationaler Ebene

Die gemäß Artikel 20 Absatz 1 benannte zuständige Behörde und gegebenenfalls andere Behörden, an die diese zuständige Behörde Aufgaben übertragen hat, arbeiten auf nationaler Ebene zusammen mit

- a) den in Artikel 32 Absatz 4 der Richtlinie 2006/43/EG genannten zuständigen Behörden,
- b) den in Artikel 20 Absatz 2 genannten Behörden, und zwar unabhängig davon, ob diese für die Zwecke dieser Verordnung als zuständige Behörden benannt wurden oder nicht,
- c) den in den Artikeln 21 und 37 der Richtlinie 2005/60/EG genannten zentralen Meldestellen und zuständigen Behörden.

Für die Zwecke dieser Zusammenarbeit gelten die Verpflichtungen des Berufsgeheimnisses nach Artikel 22 dieser Verordnung.

KAPITEL II

Qualitätssicherung, Marktüberwachung und Transparenz der zuständigen Behörden

Artikel 26

Qualitätssicherung

- (1) Für die Zwecke dieses Artikels bezeichnet der Ausdruck
- a) „Inspektionen“ Qualitätssicherungsprüfungen bei Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, die von einem Inspektor geleitet werden und keine Untersuchung im Sinne des Artikels 32 Absatz 5 der Richtlinie 2006/43/EG darstellen,
 - b) „Inspektor“ einen Prüfer, der die Voraussetzungen von Absatz 5 Unterabsatz 1 Buchstabe a erfüllt und bei einer zuständigen Behörde angestellt oder anderweitig von ihr beauftragt ist,
 - c) „Sachverständiger“ eine natürliche Person, die besondere Fachkenntnisse auf den Gebieten Finanzmärkte, Rechnungslegung und Abschlussprüfung oder auf anderen für Inspektionen relevanten Gebieten besitzt, einschließlich als Abschlussprüfer tätiger Personen.
- (2) Die nach Artikel 20 Absatz 1 benannten zuständigen Behörden schaffen ein wirksames Qualitätssicherungssystem für Abschlussprüfungen.

Sie unterwerfen Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften, die Abschlussprüfungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse durchführen, Qualitätssicherungsprüfungen auf der Grundlage einer Risikoanalyse und

- a) im Fall von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, die Abschlussprüfungen bei solchen anderen Unternehmen von öffentlichem Interesse, die nicht unter Artikel 2 Nummern 17 und 18 der Richtlinie 2006/43/EG fallen, durchführen, mindestens alle drei Jahre und
 - b) in anderen als den unter Buchstabe a genannten Fällen mindestens alle sechs Jahre.
- (3) Die zuständige Behörde trägt die Verantwortung für folgende Tätigkeiten:

- a) Genehmigung und Änderung der Inspektionsmethodik, einschließlich Handbüchern für Inspektionen und Folgemaßnahmen, Berichtsverfahren und Programmen für regelmäßige Inspektionen;
- b) Genehmigung und Änderung von Inspektionsberichten und Berichten über Folgemaßnahmen;
- c) Genehmigung und Bestimmung der Inspektoren für jede Inspektion.

Die zuständige Behörde stellt ausreichende Ressourcen für das Qualitätssicherungssystem zur Verfügung.

- (4) Die zuständige Behörde organisiert das Qualitätssicherungssystem unabhängig von den geprüften Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften.

Die zuständige Behörde stellt sicher, dass in Bezug auf die Unabhängigkeit und Objektivität des Personals, einschließlich der Inspektoren, sowie die Verwaltung des Qualitätssicherungssystems angemessene Grundsätze und Verfahren geschaffen werden.

- (5) Die zuständige Behörde bestellt Inspektoren gemäß folgenden Kriterien:
- a) Die Inspektoren verfügen über eine angemessene fachliche Ausbildung und einschlägige Erfahrungen auf den Gebieten der Abschlussprüfung und Rechnungslegung und haben eine spezielle Ausbildung zu Qualitätssicherungsprüfungen absolviert.
 - b) Personen, die den Beruf des Abschlussprüfers ausüben oder bei einem Abschlussprüfer oder einer Prüfungsgesellschaft angestellt sind oder anderweitige Verbindungen mit ihnen haben, dürfen nicht als Inspektoren tätig sein.
 - c) Personen, die Teilhaber oder Angestellte eines Abschlussprüfers oder einer Prüfungsgesellschaft oder anderweitig mit einem Abschlussprüfer oder einer Prüfungsgesellschaft verbunden waren, dürfen frühestens drei Jahre nach Beendigung dieser Tätigkeit oder Verbindung als Inspektoren eine Inspektion dieses Abschlussprüfers bzw. dieser Prüfungsgesellschaft vornehmen.
 - d) Die Inspektoren erklären, dass zwischen ihnen und dem zu inspizierenden Abschlussprüfer bzw. der zu inspizierenden Prüfungsgesellschaft keine Interessenkonflikte bestehen.

Abweichend von Absatz 1 Buchstabe b kann die zuständige Behörde Sachverständige mit der Durchführung spezifischer Inspektionen beauftragen, wenn die Anzahl der Inspektoren in der Behörde nicht ausreichend ist. Die zuständige Behörde kann sich auch von Sachverständigen unterstützen lassen, wenn dies für eine ordnungsgemäße Durchführung der Inspektion erforderlich ist. In solchen Fällen halten die zuständigen Behörden und die Sachverständigen die Anforderungen dieses Absatzes ein. Die Sachverständigen dürfen nicht an der Leitung von Berufsverbänden und -einrichtungen beteiligt, bei ihnen angestellt oder anderweitig von diesen beauftragt sein, aber sie dürfen Mitglieder dieser Verbände oder Einrichtungen sein.

(6) Die Inspektionen erstrecken sich mindestens auf

- a) eine Bewertung des Aufbaus des internen Qualitätssicherungssystems des Abschlussprüfers oder der Prüfungsgesellschaft,
- b) eine angemessene Prüfung der Einhaltung der Qualitätssicherungsmaßnahmen in den Verfahren und eine Überprüfung der Prüfungsunterlagen von Unternehmen von öffentlichem Interesse zur Ermittlung der Wirksamkeit des internen Qualitätssicherungssystems,
- c) eine unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Inspektion gemäß den Buchstaben a und b dieses Absatzes vorgenommene Bewertung des Inhalts des aktuellsten von einem Abschlussprüfer oder einer Prüfungsgesellschaft gemäß Artikel 13 veröffentlichten jährlichen Transparenzberichts.

(7) Überprüft werden mindestens die folgenden Grundsätze und Verfahren des Abschlussprüfers/der Prüfungsgesellschaft für die interne Qualitätssicherung:

- a) Einhaltung der geltenden Prüfungs- und Qualitätssicherungsstandards sowie der Berufsgrundsätze und Unabhängigkeitsanforderungen (einschließlich der in Kapitel IV der Richtlinie 2006/43/EG und den Artikeln 4 und 5 dieser Verordnung genannten Anforderungen) und der einschlägigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats durch den Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft;
- b) Quantität und Qualität der eingesetzten Ressourcen, einschließlich der Einhaltung der Anforderungen bezüglich der kontinuierlichen Fortbildung gemäß Artikel 13 der Richtlinie 2006/43/EG;
- c) Einhaltung der Anforderungen gemäß Artikel 4 dieser Verordnung hinsichtlich der in Rechnung gestellten Prüfungshonorare.

Für die Zwecke der Überprüfung der Einhaltung von Anforderungen und Standards werden die Prüfungsakten anhand einer Analyse des Risikos einer unzureichenden Durchführung der Abschlussprüfung ausgewählt.

Die zuständigen Behörden überprüfen ferner regelmäßig die von den Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften angewandte Methodik für die Durchführung der Abschlussprüfung.

Zusätzlich zu der Inspektion gemäß Unterabsatz 1 sind die zuständigen Behörden zur Durchführung weiterer Inspektionen befugt.

(8) Erkenntnisse und Schlussfolgerungen aus Inspektionen, auf deren Grundlage Empfehlungen ausgesprochen werden, einschließlich Erkenntnissen und Schlussfolgerungen aus Transparenzberichten, werden dem inspizierten Abschlussprüfer oder der inspizierten Prüfungsgesellschaft vor Fertigstellung des Inspektionsberichts mitgeteilt und mit diesen erörtert.

Die im Rahmen von Inspektionen ausgesprochenen Empfehlungen werden von dem inspizierten Abschlussprüfer bzw. der inspizierten Prüfungsgesellschaft innerhalb einer von der zuständigen Behörde festgelegten angemessenen Frist umgesetzt. Bei Empfehlungen zum internen Qualitätssicherungssystem des Abschlussprüfers bzw. der Prüfungsgesellschaft beträgt die Dauer dieser Frist höchstens 12 Monate.

(9) Die Inspektion ist Gegenstand eines Berichts, der die wichtigsten Schlussfolgerungen und Empfehlungen der Qualitätssicherungsprüfung enthält.

*Artikel 27***Überwachung der Qualität und des Wettbewerbs auf dem Markt**

(1) Die gemäß Artikel 20 Absatz 1 benannten zuständigen Behörden und gegebenenfalls das Europäische Wettbewerbsnetz (ECN) überwachen regelmäßig die Entwicklungen auf dem Markt für die Bereitstellung von Abschlussprüfungsleistungen für Unternehmen von öffentlichem Interesse und bewerten dabei insbesondere

- a) die Risiken, dass es aufgrund des häufigen Auftretens von Qualitätsmängeln bei einem Abschlussprüfer oder einer Prüfungsgesellschaft — einschließlich systemischer Mängel im Rahmen eines Netzwerks von Prüfungsgesellschaften — zum Wegfall von Prüfungsgesellschaften, zu Störungen bei der Bereitstellung von Abschlussprüfungsleistungen in einem spezifischen Sektor oder sektorenübergreifend und zu einem weiteren Anwachsen der Risiken von Prüfungsmängeln und der Auswirkungen auf die Gesamtstabilität des Finanzsektors kommen kann;
- b) den Grad der Marktkonzentration, auch in bestimmten Sektoren;
- c) die Tätigkeitsergebnisse der Prüfungsausschüsse;
- d) die Notwendigkeit von Maßnahmen zur Verminderung der in Buchstabe a genannten Risiken.

(2) Jede zuständige Behörde und das ECN erstellen bis zum 17. Juni 2016 und danach mindestens alle drei Jahre einen Bericht über Entwicklungen auf dem Markt der Abschlussprüfungsleistungen für Unternehmen von öffentlichem Interesse und unterbreiten diesen dem Ausschuss der Aufsichtsstellen, der ESMA, der EBA, der EIOPA und der Kommission.

Die Kommission erstellt nach Anhörung des Ausschusses der Aufsichtsstellen, der ESMA, der EBA und der EIOPA auf der Grundlage dieser Berichte einen gemeinsamen Bericht über diese Entwicklungen auf Unionsebene. Dieser gemeinsame Bericht wird dem Rat, der Europäischen Zentralbank und dem Europäischen Ausschuss für Systemrisiken sowie gegebenenfalls dem Europäischen Parlament vorgelegt.

*Artikel 28***Transparenz der zuständigen Behörden**

Die zuständigen Behörden sind transparent und veröffentlichen zumindest Folgendes:

- a) jährliche Tätigkeitsberichte über ihre Aufgaben gemäß dieser Verordnung;
- b) jährliche Arbeitsprogramme über ihre Aufgaben gemäß dieser Verordnung;
- c) jährliche Berichte über die Gesamtergebnisse des Qualitätssicherungssystems. Diese Berichte enthalten Angaben zu erteilten Empfehlungen, zu Folgemaßnahmen aufgrund der Empfehlungen, zu ergriffenen Aufsichtsmaßnahmen und zu verhängten Sanktionen. Sie enthalten ferner quantitative Angaben und Angaben zu anderen zentralen Leistungsindikatoren zu Finanzressourcen und Personalausstattung sowie zu Effizienz und Effektivität des Qualitätssicherungssystems;
- d) aggregierte Informationen über die in Artikel 26 Absatz 8 Unterabsatz 1 genannten Erkenntnisse und Schlussfolgerungen aus Inspektionen. Die Mitgliedstaaten können verlangen, dass diese Erkenntnisse und Schlussfolgerungen in Bezug auf Einzelinspektionen veröffentlicht werden.

*KAPITEL III***Zusammenarbeit zwischen zuständigen Behörden und Beziehungen zu den Europäischen Aufsichtsbehörden***Artikel 29***Pflicht zur Zusammenarbeit**

Die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten arbeiten zusammen, wenn dies für die Zwecke dieser Verordnung erforderlich ist; dies gilt auch für Fälle, in denen das untersuchte Verhalten keinen Verstoß gegen geltende Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats darstellt.

Artikel 30

Einsetzung des Ausschusses der Aufsichtsstellen

- (1) Unbeschadet der Gestaltung der nationalen Aufsicht über die Abschlussprüfung wird die Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden im Rahmen eines Ausschusses der Europäischen Aufsichtsstellen für Abschlussprüfer (Ausschuss der Aufsichtsstellen) organisiert.
- (2) Der Ausschuss der Aufsichtsstellen setzt sich aus einem Mitglied je Mitgliedstaat, bei dem es sich um einen hochrangigen Vertreter der zuständigen Behörden gemäß Artikel 32 Absatz 1 der Richtlinie 2006/43/EG handelt, und aus einem von der ESMA benannten Mitglied (im Folgenden „Mitglieder“) zusammen.
- (3) Die EBA und die EIOPA werden zu den Sitzungen des Ausschusses der Aufsichtsstellen als Beobachter eingeladen.
- (4) Der Ausschuss der Aufsichtsstellen tritt in regelmäßigen Abständen zusammen sowie erforderlichenfalls auf Ersuchen der Kommission oder eines Mitgliedstaats.
- (5) Jedes Mitglied des Ausschusses der Aufsichtsstellen hat eine Stimme, mit Ausnahme des von der ESMA benannten Mitglieds, das kein Stimmrecht erhält. Sofern nichts anderes bestimmt ist, trifft der Ausschuss der Aufsichtsstellen seine Entscheidungen mit der einfachen Mehrheit seiner Mitglieder.
- (6) Der Vorsitz des Ausschusses der Aufsichtsstellen wird aus einer Liste von Bewerbern, die die zuständigen Behörden gemäß Artikel 32 Absatz 1 der Richtlinie 2006/43/EG vertreten, mit Zweidrittelmehrheit seiner Mitglieder gewählt bzw. abberufen. Der Vorsitz wird für eine Amtszeit von vier Jahren gewählt. Der Vorsitz darf in dieser Position nicht länger als eine Amtszeit tätig sein, kann aber nach einer Auszeit von vier Jahren erneut gewählt werden.

Der stellvertretende Vorsitz wird von der Kommission ernannt bzw. abberufen.

Der Vorsitz und der stellvertretende Vorsitz erhalten kein Stimmrecht.

In dem Fall, dass der Vorsitz vor dem Ende seiner Amtszeit ausscheidet oder abberufen wird, nimmt der stellvertretende Vorsitz die Amtsgeschäfte des Vorsitzes bis zur nächsten Sitzung des Ausschusses der Aufsichtsstellen wahr, der einen Vorsitz für die noch verbleibende Amtszeit wählt.

- (7) Dem Ausschuss der Aufsichtsstellen obliegt Folgendes:
 - a) Er erleichtert den Austausch von Informationen, Fachwissen und bewährten Verfahren im Hinblick auf die Umsetzung dieser Verordnung und der Richtlinie 2006/43/EG.
 - b) Er erteilt der Kommission sowie den zuständigen Behörden auf deren Verlangen fachkundige Beratung zu Fragen im Zusammenhang mit der Umsetzung dieser Verordnung und der Richtlinie 2006/43/EG.
 - c) Er trägt zur fachlichen Beurteilung der öffentlichen Aufsichtssysteme von Drittländern sowie zur internationalen Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern in diesem Bereich gemäß Artikel 46 Absatz 2 und Artikel 47 Absatz 3 der Richtlinie 2006/43/EG bei.
 - d) Er trägt zur fachlichen Prüfung der internationalen Prüfungsstandards, einschließlich der Verfahren zu ihrer Erstellung, im Hinblick auf ihre Annahme auf Unionsebene bei.
 - e) Er trägt zur Verbesserung der Mechanismen der Zusammenarbeit hinsichtlich der Aufsicht über Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften, die Abschlussprüfungen bei Unternehmen von öffentlichem Interesse durchführen, oder der Netzwerke, denen sie angehören, bei.
 - f) Er nimmt Koordinierungsaufgaben in den in dieser Verordnung oder der Richtlinie 2006/43/EG vorgesehenen Fällen wahr.
- (8) Zur Wahrnehmung seiner Aufgaben nach Absatz 7 Buchstabe c ersucht der Ausschuss der Aufsichtsstellen die ESMA, die EBA oder die EIOPA um Unterstützung, insoweit sein Ersuchen mit der internationalen Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern im Bereich der Abschlussprüfung von Unternehmen von öffentlichem Interesse, über die diese Europäischen Aufsichtsbehörden die Aufsicht führen, im Zusammenhang steht. Wird um diese Unterstützung nachgesucht, so leisten die ESMA, die EBA oder die EIOPA dem Ausschuss der Aufsichtsstellen Unterstützung bei der betreffenden Aufgabe.
- (9) Zur Wahrnehmung seiner Aufgaben kann der Ausschuss der Aufsichtsstellen unverbindliche Leitlinien oder Stellungnahmen verabschieden.

Die Kommission veröffentlicht die vom Ausschuss der Aufsichtsstellen verabschiedeten Leitlinien und Stellungnahmen.

(10) Der Ausschuss der Aufsichtsstellen nimmt, soweit relevant, alle bestehenden und laufenden Aufgaben der mit dem Beschluss 2005/909/EG der Kommission gegründeten Europäischen Gruppe aus Vertretern der Aufsichtsgremien für Abschlussprüfer („EGAÖB“ für „European Group of Audit Oversight Bodies“) wahr.

(11) Der Ausschuss der Aufsichtsstellen kann Untergruppen auf ständiger oder Ad-hoc-Basis zur Prüfung bestimmter Fragen auf der Grundlage eines von ihm festgelegten Auftrags einsetzen. Die Teilnahme an den Beratungen der Untergruppen kann auf zuständige Behörden aus den Ländern des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) im Bereich der Aufsicht über die Abschlussprüfung oder im Einzelfall nach Einladung auf zuständige Behörden aus Nicht-EU/EWR-Ländern vorbehaltlich der Zustimmung der Mitglieder des Ausschusses der Aufsichtsstellen ausgedehnt werden. Die Teilnahme von zuständigen Behörden aus Nicht-EU/EWR-Ländern kann zeitlich begrenzt werden.

(12) Der Ausschuss der Aufsichtsstellen setzt eine Untergruppe zur Wahrnehmung der in Absatz 7 Buchstabe c genannten Aufgaben ein. In dieser Untergruppe führt das von der ESMA gemäß Absatz 2 benannte Mitglied den Vorsitz.

(13) Soweit dies als zweckmäßig und/oder notwendig erachtet wird, kann der Vorsitz des Ausschusses der Aufsichtsstellen auf Verlangen von mindestens drei Mitgliedern oder von sich aus Sachverständige, einschließlich von als Abschlussprüfer tätigen Personen, mit besonderer Fachkompetenz in einem Themenbereich der Tagesordnung dazu einladen, als Beobachter an den Beratungen des Ausschusses der Aufsichtsstellen oder seiner Untergruppen teilzunehmen. Der Ausschuss der Aufsichtsstellen kann Vertreter zuständiger Behörden aus Drittländern, die im Bereich der Aufsicht über Abschlussprüfungen zuständig sind, dazu einladen, als Beobachter an den Beratungen des Ausschusses der Aufsichtsstellen oder seiner Untergruppen teilzunehmen.

(14) Die Sekretariatsgeschäfte des Ausschusses der Aufsichtsstellen werden von der Kommission wahrgenommen. Die Ausgaben des Ausschusses der Aufsichtsstellen werden in die Voranschläge der Kommission einbezogen.

(15) Der Vorsitz stellt die vorläufige Tagesordnung für jede Sitzung des Ausschusses der Aufsichtsstellen auf, wobei er schriftliche Beiträge der Mitglieder gebührend berücksichtigt.

(16) Der Vorsitz oder — in seiner Abwesenheit — der stellvertretende Vorsitz teilen die Ansichten oder Standpunkte des Ausschusses der Aufsichtsstellen nur nach Zustimmung der Mitglieder mit.

(17) Die Beratungen des Ausschusses der Aufsichtsstellen sind nicht öffentlich.

(18) Der Ausschuss der Aufsichtsstellen gibt sich eine Geschäftsordnung.

Artikel 31

Zusammenarbeit bei Qualitätssicherungsprüfungen, Untersuchungen und Inspektionen vor Ort

(1) Die zuständigen Behörden sorgen bei Qualitätssicherungsprüfungen für eine wirksame Zusammenarbeit auf Unionsebene.

(2) Die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats kann die Amtshilfe der zuständigen Behörde eines anderen Mitgliedstaats beantragen, wenn sie Qualitätssicherungsprüfungen bei Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften vornimmt, die einem Netzwerk angehören, das in dem ersuchten Mitgliedstaat wesentliche Tätigkeiten ausübt.

(3) Geht bei einer zuständigen Behörde ein Antrag einer zuständigen Behörde aus einem anderen Mitgliedstaat auf Mitwirkung bei der Qualitätssicherungsprüfung bei einem Abschlussprüfer oder einer Prüfungsgesellschaft ein, der bzw. die einem Netzwerk angehört, das in dem betreffenden Mitgliedstaat wesentliche Tätigkeiten ausübt, so erlaubt sie der beantragenden zuständigen Behörde die Mitwirkung bei der Qualitätssicherungsprüfung.

Die beantragende zuständige Behörde hat nicht das Recht auf Zugang zu Informationen, wenn dies nationale Sicherheitsregeln verletzen oder die Souveränität, die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung des ersuchten Mitgliedstaats beeinträchtigen könnte.

(4) Gelangt eine zuständige Behörde zu der Überzeugung, dass im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats gegen die Bestimmungen dieser Verordnung verstoßen wird oder verstoßen wurde, so teilt sie dies der zuständigen Behörde des anderen Mitgliedstaats so genau wie möglich mit. Die zuständige Behörde des anderen Mitgliedstaats ergreift geeignete Maßnahmen. Sie informiert die mitteilende zuständige Behörde über das Endergebnis und soweit möglich über wesentliche Zwischenergebnisse.

(5) Die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats kann die zuständige Behörde eines anderen Mitgliedstaats ersuchen, in dessen Hoheitsgebiet eine Untersuchung durchzuführen.

Sie kann darüber hinaus darum ersuchen, dass einige ihrer Mitarbeiter die Erlaubnis erhalten, die Mitarbeiter der zuständigen Behörde des anderen Mitgliedstaats im Laufe der Untersuchung, einschließlich bei Inspektionen vor Ort, zu begleiten.

Die Untersuchung oder Inspektion unterliegt durchgehend der Gesamtaufsicht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet sie durchgeführt wird.

(6) Die ersuchte zuständige Behörde kann sich weigern, einem nach Absatz 5 Unterabsatz 1 ergangenen Ersuchen um Durchführung einer Untersuchung oder einem nach Absatz 5 Unterabsatz 2 ergangenen Ersuchen, die eigenen Mitarbeiter von Mitarbeitern der zuständigen Behörde eines anderen Mitgliedstaats begleiten zu lassen, nachzukommen, wenn

- a) eine solche Untersuchung oder Inspektion vor Ort nationale Sicherheitsregeln verletzen oder die Souveränität, die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung des ersuchten Mitgliedstaats beeinträchtigen könnte;
- b) gegen dieselben Personen aufgrund derselben Handlungen in dem ersuchten Mitgliedstaat bereits ein Justizverfahren anhängig ist;
- c) gegen dieselben Personen aufgrund derselben Handlungen in dem ersuchten Mitgliedstaat bereits ein endgültiges Urteil der Behörden des ersuchten Mitgliedstaats ergangen ist.

(7) Bei einer Qualitätssicherungsprüfung oder einer Untersuchung mit grenzüberschreitender Wirkung können die zuständigen Behörden der betreffenden Mitgliedstaaten an den Ausschuss der Aufsichtsstellen ein gemeinsames Ersuchen um Koordinierung der jeweiligen Prüfung oder Untersuchung richten.

Artikel 32

Kollegien zuständiger Behörden

(1) Um die Wahrnehmung der in Artikel 26 und Artikel 31 Absätze 4 bis 6 dieser Verordnung und Artikel 30 der Richtlinie 2006/43/EG genannten Aufgaben im Hinblick auf einzelne Abschlussprüfer, Prüfungsgesellschaften oder ihre Netzwerke zu vereinfachen, können mit Beteiligung der zuständigen Behörde des Herkunftsmitgliedstaats und jeder anderen zuständigen Behörde Kollegien geschaffen werden, sofern

- a) der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft für Unternehmen von öffentlichem Interesse im Hoheitsgebiet der betreffenden Mitgliedstaaten Dienstleistungen für Abschlussprüfungen erbringt oder
- b) eine Zweigniederlassung, die Teil der Prüfungsgesellschaft ist, im Hoheitsgebiet der betreffenden Mitgliedstaaten niedergelassen ist.

(2) Im Fall einzelner Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften fungiert die zuständige Behörde des Herkunftsmitgliedstaats als Moderator.

(3) Im Hinblick auf einzelne Netzwerke können zuständige Behörden der Mitgliedstaaten, in denen das Netzwerk im großen Umfang tätig ist, den Ausschuss der Aufsichtsstellen um Einsetzung eines Kollegiums mit Beteiligung der ersuchenden zuständigen Behörden ersuchen.

(4) Die Mitglieder des Kollegiums zuständiger Behörden für einzelne Netzwerke wählen innerhalb von 15 Arbeitstagen nach Einsetzung des Kollegiums einen Moderator. Wird keine Einigung erzielt, so ernennt der Ausschuss der Aufsichtsstellen aus dem Kreis der Mitglieder des Kollegiums einen Moderator.

Die Mitglieder des Kollegiums überprüfen die Auswahl des Moderators mindestens alle fünf Jahre, um sicherzustellen, dass der ausgewählte Moderator weiterhin die am besten geeignete Person für diese Aufgabe ist.

(5) Der Moderator führt den Vorsitz in den Sitzungen des Kollegiums, koordiniert dessen Arbeiten und gewährleistet einen effizienten Informationsaustausch zwischen den Mitgliedern des Kollegiums.

(6) Der Moderator erstellt innerhalb von zehn Arbeitstagen nach seiner Wahl schriftliche Koordinierungsvereinbarungen für das Kollegium im Hinblick auf folgende Angelegenheiten:

- a) Informationen, die zwischen den zuständigen Behörden ausgetauscht werden können;
- b) Fälle, in denen sich die zuständigen Behörden zu konsultieren haben;
- c) Fälle, in denen die zuständigen Behörden Aufsichtsaufgaben gemäß Artikel 33 delegieren können.

(7) Bei Uneinigkeit über die schriftlichen Koordinierungsvereinbarungen nach Absatz 6 kann jedes Mitglied des Kollegiums den Ausschuss der Aufsichtsstellen mit der Angelegenheit befassen. Der Moderator berücksichtigt vor Festlegung des endgültigen Wortlauts der schriftlichen Koordinierungsvereinbarungen in gebührendem Maße einschlägige Empfehlungen des Ausschusses der Aufsichtsstellen. Die schriftlichen Koordinierungsvereinbarungen sind in einem Dokument zusammengefasst, das eine umfassende Begründung aller wesentlichen Abweichungen von der Empfehlung des Ausschusses der Aufsichtsstellen enthält. Der Moderator leitet die schriftlichen Koordinierungsvereinbarungen an die Mitglieder des Kollegiums und den Ausschuss der Aufsichtsstellen weiter.

Artikel 33

Übertragung von Aufgaben

Die zuständige Behörde des Herkunftsmitgliedstaats kann der zuständigen Behörde eines anderen Mitgliedstaats jede ihrer Aufgaben übertragen, sofern diese Behörde damit einverstanden ist. Die Übertragung von Aufgaben berührt nicht die Verantwortlichkeit der zuständigen Behörde, die die Aufgaben überträgt.

Artikel 34

Vertraulichkeit und Berufsgeheimnis in Bezug auf die Zusammenarbeit zwischen zuständigen Behörden

(1) Alle Personen, die bei Stellen tätig sind oder tätig waren, die in den in Artikel 30 genannten Rahmen der Zusammenarbeit zwischen zuständigen Behörden eingebunden sind, sind zur Wahrung des Berufsgeheimnisses verpflichtet. Die unter das Berufsgeheimnis fallenden Informationen werden keiner anderen Person oder Behörde bekanntgegeben, es sei denn, die Offenlegung ist für gerichtliche Ermittlungen erforderlich oder nach Unionsrecht oder nationalem Recht vorgeschrieben.

(2) Artikel 22 steht dem Austausch vertraulicher Informationen zwischen den Stellen, die in den in Artikel 30 genannten Rahmen der Zusammenarbeit zwischen zuständigen Behörden eingebunden sind, und den zuständigen Behörden nicht entgegen. So ausgetauschte Informationen werden von der Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses erfasst, der Personen unterliegen, die von zuständigen Behörden beschäftigt sind oder waren.

(3) Alle zwischen den Stellen, die in den in Artikel 30 genannten Rahmen der Zusammenarbeit zwischen zuständigen Behörden eingebunden sind, und den zuständigen Behörden oder anderen Behörden oder Stellen ausgetauschten Informationen werden als vertraulich behandelt, außer wenn ihre Offenlegung nach Unionsrecht oder nationalem Recht vorgeschrieben ist.

Artikel 35

Schutz personenbezogener Daten

(1) Die Mitgliedstaaten wenden bei der Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung in den Mitgliedstaaten die Bestimmungen der Richtlinie 95/46/EG an.

(2) Die Verordnung (EG) Nr. 45/2001 gilt für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen dieser Verordnung und der Richtlinie 2006/43/EG durch den Ausschuss der Aufsichtsstellen, die ESMA, die EBA und die EIOPA.

KAPITEL IV

Zusammenarbeit mit Behörden aus Drittländern und mit internationalen Organisationen und Stellen

Artikel 36

Vereinbarung über Informationsaustausch

(1) Die zuständigen Behörden können mit den zuständigen Behörden von Drittländern Kooperationsvereinbarungen, die den Austausch von Informationen vorsehen, nur insoweit treffen, als der Schutz des Berufsgeheimnisses hinsichtlich der mitgeteilten Informationen in den betreffenden Drittländern mindestens ebenso gut gewährleistet ist wie nach den Artikeln 22 und 34 gefordert. Die zuständigen Behörden unterrichten den Ausschuss der Aufsichtsstellen und die Kommission unverzüglich über diese Vereinbarungen.

Ein Informationsaustausch im Rahmen dieses Artikels findet nur statt, wenn er für die Wahrnehmung der Aufgaben der zuständigen Behörden im Rahmen dieser Verordnung erforderlich ist.

Umfasst ein solcher Informationsaustausch die Übermittlung personenbezogener Daten in ein Drittland, so wenden die Mitgliedstaaten die Richtlinie 95/46/EG und der Ausschuss der Aufsichtsstellen die Verordnung (EG) Nr. 45/2001 an.

(2) Die zuständigen Behörden arbeiten bei Qualitätssicherungsprüfungen und Untersuchungen von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften mit den zuständigen Behörden oder anderen relevanten Stellen von Drittländern zusammen. Auf Verlangen einer zuständigen Behörde trägt der Ausschuss der Aufsichtsstellen zu dieser Zusammenarbeit und zur Konvergenz der Aufsichtspraktiken mit Drittländern bei.

(3) Betreffen die Zusammenarbeit oder der Informationsaustausch Prüfungsarbeitspapiere oder andere im Besitz von Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften befindliche Unterlagen, so gilt Artikel 47 der Richtlinie 2006/43/EG.

(4) Der Ausschuss der Aufsichtsstellen erstellt Leitlinien über den Inhalt der Kooperationsvereinbarungen und des Informationsaustauschs gemäß dem vorliegenden Artikel.

Artikel 37

Offenlegung von Informationen aus Drittländern

Die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats darf die von der zuständigen Behörde eines Drittlandes erhaltenen vertraulichen Informationen, soweit dies in einer Kooperationsvereinbarung vorgesehen ist, nur mit ausdrücklicher Zustimmung der zuständigen Behörde, die die Informationen übermittelt hat, und gegebenenfalls nur für die Zwecke, für die diese zuständige Behörde ihre Zustimmung erteilt hat, oder dann bekanntgeben, wenn die Bekanntgabe nach Unionsrecht oder nationalem Recht vorgeschrieben ist.

Artikel 38

Offenlegung von Informationen gegenüber Drittländern

Die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats verlangt, dass vertrauliche Informationen, die sie einer zuständigen Behörde eines Drittlands übermittelt hat, von dieser zuständigen Behörde nur mit ausdrücklicher vorheriger Zustimmung der zuständigen Behörde, die die Informationen übermittelt hat, im Einklang mit dem geltenden nationalen Recht und nur für die Zwecke, für die die zuständige Behörde des Mitgliedstaats ihre Zustimmung erteilt hat, oder dann bekanntgegeben werden dürfen, wenn die Bekanntgabe nach Unionsrecht oder nationalem Recht vorgeschrieben ist oder für ein gerichtliches Verfahren in dem betreffenden Drittland erforderlich ist.

Artikel 39

Ausübung der Befugnisübertragung

- (1) Die Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte wird der Kommission unter den in diesem Artikel festgelegten Bedingungen übertragen.
- (2) Die Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte gemäß Artikel 9 wird der Kommission für einen Zeitraum von fünf Jahren ab dem 16. Juni 2014 übertragen. Die Kommission erstellt spätestens neun Monate vor Ablauf des Zeitraums von fünf Jahren einen Bericht über die Befugnisübertragung. Die Befugnisübertragung verlängert sich stillschweigend um Zeiträume gleicher Länge, es sei denn, das Europäische Parlament oder der Rat widersprechen einer solchen Verlängerung spätestens drei Monate vor Ablauf des jeweiligen Zeitraums.
- (3) Die Befugnisübertragung gemäß Artikel 9 kann vom Europäischen Parlament oder vom Rat jederzeit widerrufen werden. Der Beschluss über den Widerruf beendet die Übertragung der in diesem Beschluss angegebenen Befugnis. Er wird am Tag nach seiner Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union* oder zu einem im Beschluss über den Widerruf angegebenen späteren Zeitpunkt wirksam. Die Gültigkeit von delegierten Rechtsakten, die bereits in Kraft sind, wird von dem Beschluss über den Widerruf nicht berührt.
- (4) Sobald die Kommission einen delegierten Rechtsakt erlässt, übermittelt sie ihn gleichzeitig dem Europäischen Parlament und dem Rat.
- (5) Ein delegierter Rechtsakt, der gemäß Artikel 9 erlassen wurde, tritt nur in Kraft, wenn weder das Europäische Parlament noch der Rat innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Übermittlung dieses Rechtsakts an das Europäische Parlament und den Rat Einwände erhoben haben oder wenn vor Ablauf dieser Frist das Europäische Parlament und der Rat beide der Kommission mitgeteilt haben, dass sie keine Einwände erheben werden. Auf Initiative des Europäischen Parlaments oder des Rates wird diese Frist um zwei Monate verlängert.

Artikel 40

Überprüfung und Berichterstattung

- (1) Die Kommission überprüft die Tätigkeit und die Wirksamkeit des Systems der Zusammenarbeit zwischen zuständigen Behörden im Rahmen des Ausschusses der Aufsichtsstellen gemäß Artikel 30, insbesondere im Hinblick auf die Wahrnehmung der Aufgaben des Ausschusses der Aufsichtsstellen gemäß Artikel 30 Absatz 7, und erstattet Bericht darüber.
- (2) Bei der Überprüfung werden internationale Entwicklungen berücksichtigt, wobei insbesondere die Verstärkung der Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden von Drittländern und der Beitrag zur Verbesserung der Mechanismen der Zusammenarbeit hinsichtlich der Aufsicht über Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften von Unternehmen von öffentlichem Interesse, die zu internationalen Prüfungsnetzwerken gehören, gebührend zu berücksichtigen sind. Die Kommission schließt ihre Überprüfung bis zum 17. Juni 2019 ab.
- (3) Der Bericht wird dem Europäischen Parlament und dem Rat gegebenenfalls zusammen mit einem Gesetzgebungsvorschlag unterbreitet. Dieser Bericht beleuchtet die Fortschritte im Bereich der Zusammenarbeit zwischen zuständigen Behörden im Rahmen des Ausschusses der Aufsichtsstellen ab dem Beginn der Anwendung dieses Rahmens und schlägt weitere Maßnahmen zur Förderung der Wirksamkeit der Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten vor.
- (4) Die Kommission legt dem Europäischen Parlament und dem Rat bis zum 17. Juni 2028 einen Bericht über die Anwendung dieser Verordnung vor.

Artikel 41

Übergangsbestimmungen

- (1) Ab dem 17. Juni 2020 erteilt oder erneuert ein Unternehmen von öffentlichem Interesse kein Prüfungsmandat mit einem bestimmten Abschlussprüfer oder einer bestimmten Prüfungsgesellschaft, wenn dieser Abschlussprüfer oder diese Prüfungsgesellschaft diesem Unternehmen von öffentlichem Interesse zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung während 20 und mehr aufeinanderfolgenden Jahren Prüfungsleistungen erbracht hat.

(2) Ab dem 17. Juni 2023 erteilt oder erneuert ein Unternehmen von öffentlichem Interesse kein Prüfungsmandat mit einem bestimmten Abschlussprüfer oder einer bestimmten Prüfungsgesellschaft, wenn dieser Abschlussprüfer oder diese Prüfungsgesellschaft diesem Unternehmen von öffentlichem Interesse zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung während elf und mehr, aber weniger als 20 aufeinanderfolgenden Jahren Prüfungsleistungen erbracht hat.

(3) Unbeschadet der Absätze 1 und 2 können die Prüfungsmandate, die vor dem 16. Juni 2014 erteilt wurden und die zum 17. Juni 2016 noch bestehen, bis zum Ablauf der in Artikel 17 Absatz 1 Unterabsatz 2 oder in Artikel 17 Absatz 2 Buchstabe b genannten Höchstlaufzeit wahrgenommen werden. Artikel 17 Absatz 4 findet Anwendung.

(4) Artikel 16 Absatz 3 gilt für Prüfungsmandate nur nach Ablauf des Zeitraums gemäß Artikel 17 Absatz 1 Unterabsatz 2.

Artikel 42

Einzelstaatliche Vorkehrungen

Die Mitgliedstaaten treffen alle geeigneten Vorkehrungen, um die wirksame Anwendung dieser Verordnung zu gewährleisten.

Artikel 43

Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG

Der Beschluss 2005/909EG wird aufgehoben.

Artikel 44

Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union* in Kraft.

Sie gilt ab dem 17. Juni 2016.

Artikel 16 Absatz 6 gilt jedoch ab dem 17. Juni 2017.

Diese Verordnung ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

Geschehen zu Straßburg am 16. April 2014.

Im Namen des Europäischen Parlaments

Der Präsident

M. SCHULZ

Im Namen des Rates

Der Präsident

D. KOURKOULAS

Aktuelles zum Gesellschaftsrecht aus Berlin und Brüssel

(Seibert)

6. Österbergseminar
Fragen des Wirtschaftsrechts
24. Oktober 2014,
auf dem Corpshaus der Borussia,

Aktuelle Gesetzgebung im
Gesellschaftsrecht

Ulrich Seibert

Themen der 18. WP

- **Frauenquote**
- Aktienrechtsnovelle 2014ff.
- Vorstandsvergütung und Koalitionsvertrag
- Reform des Beschlussmängelrechts
- Organhaftung und DJT Hannover
- Änderung der Aktionärsrechte-RL
- Empfehlung zur Entsprechenserklärung - DCGK
- Harmonisierung Einpersonengesellschaft mbH

Frauenförderung Europa

Proposal for a Directive on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures (COM(2012) 614/5)

- RL-E gilt nur für Aufsichtsräte (größerer?) börsennotierter Unternehmen.
- Zielquote für Frauenanteil ist 40%.
- MS müssen **Verfahren** einführen, damit die Ernennung von Aufsichtsräten **auf der Grundlage vorher formulierter, klarer und neutraler Kriterien erfolgt mit dem Ziel, die Quote von 40% bis 2020 zu erreichen**. Bei gleicher Eignung soll dem Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts Vorzug gegeben werden. Die **Unternehmen tragen die Beweislast**, dass der zurückgewiesene Kandidat nicht gleich geeignet war. MS müssen spürbare Sanktionen einführen, für den Fall, dass ein Unternehmen die Verfahrensregeln missachtet, z.B. Unwirksamkeit der Wahl.
- MS, die bereits **gleichwertige Verfahren** zur Erhöhung des Frauenanteils installiert haben, können von der Umsetzung der RL absehen.

Probleme

- Rechtsgrundlage (Art. 157 AEUV?)
- Sperrminorität ohne DEU
- Vereinbarkeit mit dem deutschen Quotenansatz

Koalitionsvertrag 18. WP zur Frauenquote

„Aufsichtsräte von **vollmitbestimmungspflichtigen** und **börsennotierten** Unternehmen, die ab dem Jahr 2016 neu besetzt werden, sollen eine **Geschlechterquote von mindestens 30 %** aufweisen.

Wir werden eine Regelung erarbeiten, dass bei Nichterreichen dieser Quote die für das unterrepräsentierte Geschlecht vorgesehenen **Stühle frei bleiben**.

Wir werden **börsennotierte oder mitbestimmungspflichtige** Unternehmen gesetzlich verpflichten, ab 2015 **verbindliche Zielgrößen** für die Erhöhung des Frauenanteils im Aufsichtsrat, Vorstand und in den obersten Management-Ebenen festzulegen und zu veröffentlichen und hierüber transparent zu berichten. Die ersten Zielgrößen müssen innerhalb der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages erreicht werden und dürfen nicht nachträglich nach unten berichtet werden.“

Min Maas und Min Schwesig vorrangiges Projekt – gemeinsame Zuständigkeit



Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

Bundesministerium
für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend

*Entwurf : „Gesetz für die
gleichberechtigte Teilhabe von Frauen
und Männern an Führungspositionen in
der Privatwirtschaft und im Öffentlichen
Dienst“*



Fixe Quote: ca. 100 Gesellschaften
betroffen (plus ca. 8 SE)

Flexible Quote: ca 3.500 Gesellschaften
betroffen

Einzelfragen:

- Leerer Stuhl?
- Sollvorschrift für die europäische Aktiengesellschaft
- Fixe Quote auf der Arbeitnehmerbank bei drei Gruppen
- Entsendungsrechte
- Ersatzmitglieder
- Härteregelung für Familiengesellschaften und Belegschaften mit wenig Frauen
- Verbot der Herabsetzung?

Beratungsstand:

- Referentenentwurf wurde am 9. September 2014 an Länder und Verbände versandt,
Stellungnahmefrist: 7. Oktober 2014
Kabinetterm hoffentlich November 2014

Themen der 18. WP

- Frauenquote
- **Aktienrechtsnovelle 2014ff.**
- Vorstandsvergütung und Koalitionsvertrag
- Reform des Beschlussmängelrechts
- Organhaftung und DJT Hannover
- Änderung der Aktionärsrechte-RL
- Empfehlung zur Entsprechenserklärung - DCGK
- Harmonisierung Einpersonengesellschaft mbH

Aktienrechtsnovelle 2012/3/4 **neu eingebracht**

- Inhaberaktie bei der nicht börsennotierten AG
- Liberalisierung der Vorzugsaktie
- Umgekehrte Wandelschuldverschreibung
- (Nichtigkeitsklage relative Befristung??)
- Diverse Korrekturen

Änderungen an der Novelle?

- Record Date bei der Namensaktie (21 Tage)
- Umwandlungsrecht?
- Beschleunigung Spruchverfahren?
(DAV: erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte in Spruchverfahren)
- Abmilderung Cooling-off Periode?
- G8 Umsetzung – beneficial ownership?

Koalitionsvertrag 18. WP zur Vorstandsvergütung

„Transparenz bei Managergehältern
Um Transparenz bei der Feststellung von Managergehältern herzustellen, wird über die Vorstandsvergütung künftig die Hauptversammlung auf Vorschlag des Aufsichtsrats entscheiden.“

Aktienrechtsnovelle 2014

Diverse Erleichterungen, Klarstellungen und sonstige kleinere Änderungen (Katalog könnte noch erweitert werden)

- a) Elektronischer Bundesanzeiger als einziges Gesellschaftsblatt für Pflichtveröffentlichungen (§ 25 AktG-E)
- b) Pflicht zur Führung eines Aktienregisters auch dann, wenn Aktien nicht verbrieft wurden (§ 67 AktG-E)
- c) Klarstellung des Anwendungsbereichs der Pflicht zur EU-weiten Verbreitung von Bekanntmachungen (§ 121 AktG-E)
- d) Klarstellung und Neuregelung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für Minderheitsverlangen auf Einberufung einer Hauptversammlung oder Ergänzung der Tagesordnung (§ 122 AktG-E)
- e) Klarstellung zur Dauer der Einberufungsfrist im Falle eines Anmeldeerfordernisses (§ 123 AktG-E)
- f) Erleichterung bei der Angabe über Bindung der Hauptversammlung an Wahlvorschläge (§ 124 AktG-E)
- g) Klarstellung zur Angabe des Stimmrechtsanteils am eingetragenen Grundkapital bei der Beschlussfeststellung (§ 130 AktG-E)
- h) Vereinfachung der Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift zum Handelsregister (§ 108 HGB-E)
- i) Behebung von Redaktionsversehen, insbesondere aus dem ARUG und BilMoG (§§ 90, 127, 131, 175, 195, 399 AktG, 255, 264, 277 HGB)

Themen der 18. WP

- Frauenquote
- Aktienrechtsnovelle 2014ff.
- Vorstandsvergütung und Koalitionsvertrag
- **Reform des Beschlussmängelrechts**
- Organhaftung und DJT Hannover
- Änderung der Aktionärsrechte-RL
- Harmonisierung Einpersonengesellschaft mbH

Beschlussmängelrecht

Rechtstatsächliche Untersuchung zur Dauer von Freigabeverfahren

**„Auswirkung der Zuweisung der erstinstanzlichen
Zuständigkeit im Freigabeverfahren an die
Oberlandesgerichte im Auftrag des
Bundesministeriums der Justiz“**

Stand: 02.12.2011 (Endfassung)

Prof. Dr. Walter Bayer
Dipl.-Kfm. Thomas Hoffmann
Tobias Sawada, Ref. jur.

Themen der 18. WP

- Frauenquote
- Aktienrechtsnovelle 2014ff.
- Vorstandsvergütung und Koalitionsvertrag
- Reform des Beschlussmängelrechts
- **Organhaftung und DJT Hannover**
- Änderung der Aktionärsrechte-RL
- Harmonisierung Einpersonengesellschaft mbH

70. DJT 2014 – Hannover

16. bis 19. September 2014

Abteilung Wirtschaftsrecht

„Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen“

Gutachter Prof. Bachmann

Themen der 18. WP

- Frauenquote
- Aktienrechtsnovelle 2014ff.
- Vorstandsvergütung und Koalitionsvertrag
- Reform des Beschlussmängelrechts
- Organhaftung und DJT Hannover
- **DCGK**
EU-Empfehlung zur Entsprechenserklärung
- Änderung der Aktionärsrechte-RL
- Harmonisierung Einpersonengesellschaft mbH

DCGK

Neue Mitglieder der Kodex-Kommission

- Dr. Joachim **Faber**, AR-Vorsitzender Deutsche Börse AG
- Dr. Thomas **Kremer** (Vorstand Recht und Compliance, Deutsche Telekom AG und BDI-Rechtsausschuss)
- Dr.-Ing. Michael **Mertin**, Vorstandsvorsitzender der Jenoptik AG

Ausgeschieden 2012: Prof. Kagermann,
2013 Max-Dietrich Kley

Vorsitzender Müller Herbst 2013 ausgeschieden

Dr. Manfred Gentz neuer Vorsitzender

DAI hat Kosten und Organisation übernommen

Aktuell 14 Mitglieder, drei Frauen
(Weber-Rey, Weder di Mauro, Achleitner)

DCGK

Letzte Kodexänderungen und Sitzungen

30.09.13 Plenumssitzung mit Vorsitzübergabe

5. Februar 2014 letzte Plenumssitzung

Beschlüsse: Geschäftsordnung

keine Änderungen am Kodex in 2014

30.09.2014: Neubekanntmachung mit
marginalen Korrekturen an den
Vergütungsformularen

Themen der 18. WP

- Frauenquote
- Aktienrechtsnovelle 2014ff.
- Vorstandsvergütung und Koalitionsvertrag
- Reform des Beschlussmängelrechts
- Organhaftung und DJT Hannover
- **EU-Vorhaben:**
Änderung der Aktionärsrechte-RL
Harmonisierung Einpersonengesellschaft mbH



Brüssel, den 9.4.2014
COM(2014) 213 final
2014/0121 (COD)

Vorschlag für eine

RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES

zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der Richtlinie 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung

(Text von Bedeutung für den EWR)

{SWD(2014) 126 final}
{SWD(2014) 127 final}
{SWD(2014) 128 final}

Von der EPG zur SUP?
(Single Member Company - Societas Unius
Personae)



Brüssel, den 9.4.2014
COM(2014) 212 final
2014/0120 (COD)

Vorschlag für eine
RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES
über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter

(Text von Bedeutung für den EWR)

{SWD(2014) 123 final}
{SWD(2014) 124 final}
{SWD(2014) 125 final}



Ende

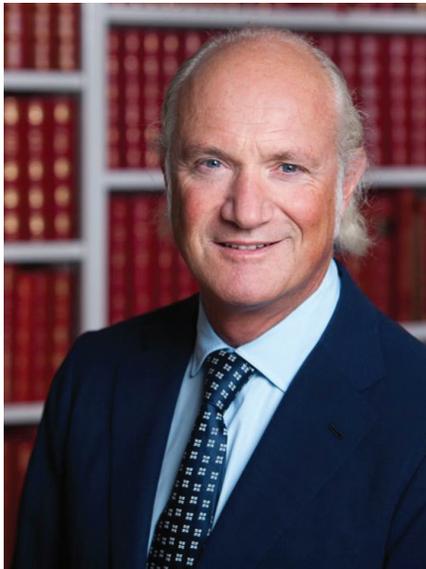
Gesellschaftsrecht in der 18. Wahlperiode

Nachdem man einige Zeit benötigt hatte, um sich nach der Bundestagswahl am 22. 9. 2013 zu sortieren, hat die neue Regierung jetzt Fahrt aufgenommen. Was kommt im Gesellschaftsrecht?

Der Koalitionsvertrag sagt nicht viel dazu. Aber was er zur Frauenquote sagt, ist recht eindeutig: Es wird eine zwingende gesetzliche Quote von 30% für die Aufsichtsräte der Aktiengesellschaften kommen, die zugleich börsennotiert UND paritätisch mitbestimmt sind. Das dürfte nach Schätzungen 120 Unternehmen betreffen. Es wird ferner eine gesetzliche Pflicht zur Einführung einer Zielvorgabe für Aufsichtsrat, Vorstand und die (vermutlich 2) Managementebenen unterhalb des Vorstandes geben. Dies betrifft alle Unternehmen, die entweder börsennotiert ODER einfach mitbestimmt sind. Das dürften ca. 2.500–2.600 Unternehmen sein. Über die Zielvorgabe und Erreichen oder Nichterreichen der Ziele ist transparent zu berichten. Das Vorhaben wird von Ministerin *Schwesig* (BMFSFJ) und Minister *Maas* (BMJV) in gemeinsamer Federführung betrieben. Es hat hohe Priorität, und erste Eckpunkte und Entwürfe sollen möglichst rasch vorliegen. Man sollte nun nicht überrascht über diese Pläne sein; die jetzigen Regierungsparteien waren beide mit Quotenvorstellungen in den Wahlkampf gegangen. Das Verhältnis der nationalen Quotenregelung zu dem Richtlinienentwurf der EU-Kommission (Kommissarin Reding) ist freilich schwierig. Es handelt sich um völlig unterschiedliche Lösungskonzepte, zum einen fixe und flexible Quoten, zum anderen Verfahrensregelungen. Es wird versucht werden, diesen Konflikt in Gesprächen mit der EU-Kommission zugunsten des deutschen Konzepts aufzulösen.

Vorstandsvergütung und Änderung der Aktionärsrechterichtlinie

Was die Vorstandsvergütung betrifft, enthält der Koalitionsvertrag ebenfalls eine klare Absichtserklärung, die auf ein zwingendes „Say-on-pay“ der Hauptversammlung hinausläuft. Das hatte man so schon einmal gehört, nämlich in der Aktienrechtsnovelle 2013, die genau deshalb auf Einspruch des Bundesrates unter



Ministerialrat Prof. Dr. Ulrich Seibert,
Berlin

Anführung der SPD-geführten Länder gescheitert ist.

Weder Gewerkschaften noch Vorstände und die Wirtschaftsverbände goutieren eine Stärkung der Hauptversammlung in diesem (und vermutlich auch in keinem anderen) Punkt. Die Lage wird zusätzlich dadurch kompliziert, dass die EU-Kommission beabsichtigt, einen Vorschlag zur Änderung der Aktionärsrechterichtlinie vorzulegen, der genau in dieselbe Kerbe schlägt: zwingendes Say-on-pay über das Vergütungssystem – und zusätzlich noch über den Vergütungsbericht. Damit aber nicht genug: Wie man hört, werden auch umfangreiche inhaltliche Anforderungen an das System und den Bericht gestellt. Dagegen ist der Koalitionsvertrag ein echter Deregulierungsbeitrag. Was kommt am Ende heraus? Das wird längere Verhandlungen in Brüssel erfordern. Dieser Richtlinienvorschlag wird sich dem Vernehmen nach auch noch mit Transparenzpflichten von Investmentfonds und Proxy Advisors befassen und will den „Know-your-shareholder-Gedanken“ durchsetzen. Die Gesellschaften sollen einen Anspruch gegen die Verwahrbanken auf Auskunft über ihre Aktionäre haben. Das wäre ein Durchbruch – zu besserer Kommunikation mit den Aktionären, stärkerer Verantwortlichkeit der Aktionäre und zu höheren Hauptversammlungspräsenzen.

Richtlinienvorschlag zur Ein-Personen-Gesellschaft

Aus Brüssel soll aber noch ein Projekt kommen: ein Richtlinienvorschlag zur Ein-Personen-Gesellschaft. Hier geht es offenbar um eine weitreichende Harmonisierung des GmbH-Rechts mit dem Ziel, europaweit rechtlich gleichförmige Konzerntöchter zu generieren. Das erinnert an die EPG, das große Projekt der Europäischen Privatgesellschaft. Obwohl der Koalitionsvertrag sich vornimmt, dieses Projekt zu befördern, wird es gerade in Brüssel geschreddert und soll durch die Ein-Personen-Gesellschaft, die als SUP firmieren soll, ersetzt werden. Ein Durcheinander, das demnächst entwirrt werden muss.

Aktienrechtsnovelle

Damit nicht genug: Die Aktienrechtsnovelle 2013, die zwei Tage vor der Wahl gescheitert war (man lernt daraus, ein Gesetz nicht so kurz vor der Wahl in den Bundesrat gehen zu lassen, dass ein Einspruch der Länderkammer vom Bundestag nicht mehr überstimmt werden kann), muss wieder eingebracht werden. Sie enthält vieles, was in der letzten Wahlperiode breit diskutiert worden und unstreitig ist (u. a. zur umgekehrten Wandelanleihe, zur Vorzugsaktie etc., aber auch Regelungen zur Inhaberaktie, die internationalem Druck von FATF und G8 zur Bekämpfung von Geldwäsche nachkommen). Diese Novelle wird als Referentenentwurf erneut vorgelegt werden und sicher wird es wieder viele Wünsche geben, was man noch alles zusätzlich aufnehmen sollte. Dazu könnte auch ein Record Date für Namensaktien in Deutschland gehören. Das wird also kein Selbstläufer. Mit der Vorstandsvergütung wird man diese unscheinbare kleine Novelle vielleicht nicht erneut belasten. Im weiteren Feld erkennt man noch die bevorstehende Diskussion des Deutschen Juristentages zur Organhaftung, ein stetes Nachdenken über unser Beschlussmängelrecht und vor allem die Anfechtung von Wahlbeschlüssen und die Beschleunigung des Spruchverfahrens.

Stillstand ist bekanntlich Rückschritt; man kann zum Trost jetzt schon reichlich Bewegung in Aussicht stellen.

MR Prof. Dr. Ulrich Seibert, Berlin*

SUP – Der Vorschlag der EU-Kommission zur Harmonisierung der Einpersonen-Gesellschaft

I. Die SUP – ihr Anwendungsbereich und ihre Beweggründe

Am 9.4.2014 hat die Kommission (KOM) den *Vorschlag für eine Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter* beschlossen – auch Single-member private limited liability company (SMC) oder Societas Unius Personae (SUP) genannt. Die KOM möchte Unternehmen die grenzüberschreitende Gründung von Tochtergesellschaften (das sind eben Einpersonen-Gesellschaften) erleichtern, und zwar auf zwei Weisen: Erstens soll eine Gründung aus dem Heimatland heraus online möglich sein; keinesfalls soll man gezwungen sein, in das Zielland zu fahren, um dort die Gründung persönlich vor irgendeiner staatlichen Stelle auf den Weg zu bringen. Zweitens sollen vor allem der Gläubigerschutz und die Haftung soweit harmonisiert werden, dass man Auslandstöchter gründen kann, ohne sich umständlich über das Recht von 27 anderen Mitgliedstaaten informieren zu müssen. Das leuchtet absolut ein und erscheint unterstützenswert! Dieser Ansatz zeigt: Es geht nicht so sehr um KMU, sondern um mittlere und große Konzerne, denen man die grenzüberschreitende Tätigkeit mit uniformen Tochtergesellschaften deutlich erleichtern will. Gut! Aber das war ja auch schon der Ansatz der EPG (Europäische Privatgesellschaft, auch SEP genannt), die gescheitert ist. Und Deutschland war immer sehr für die EPG gewesen – allerdings kam dann das „ABER...“ welches das Registerrecht, Mitbestimmungsrecht, die Sitzaufspaltung und weitere betraf.

II. Nationale Harmonisierung statt supranationalem Gesellschaftsrecht

Die KOM geht jetzt einen gesetzestechnisch ganz anderen Weg: Während die EPG eine neugeschaffene supranationale Rechtsform sein sollte, also eine kleine Schwester der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), die über den nationalen Gesellschaftsrechten schweben würde, soll die SUP Harmonisierung nationalen Gesellschaftsrechts sein. Es würde also 28 nationale SUPs geben. Während die EPG grundsätzlich alles komplett regeln musste, was eine Gesellschaft braucht, dann aber durch zunehmende Verweisung auf nationale Rechte unübersichtlich wurde, ist die SUP bereits eine natio-

nale Rechtsform; EU-rechtlich zu regeln ist also nur das, was als Harmonisierungsminimum angestrebt wird. Von unterschiedlichen Enden herkommend, ist das Ergebnis also vermutlich dasselbe: 28 unterschiedliche EPGs bzw. SUPs mit einem Kernbestand, der europarechtlich festgelegt ist.

III. Die SUP als GmbH-Unter-Variante

Wir würden wahrscheinlich die SUP nicht als neue nationale Gesellschaftsform neben der GmbH etablieren, sondern als Untervariante der GmbH, als „SUP-Variante“ könnte man sagen, ebenso wie es die UG (haftungsbeschränkt) schon heute ist. Und wir würden vermutlich nicht jede Einpersonen-GmbH ins SUP-Regime zwingen, sondern eine zusätzliche SUP-Option eröffnen. Der Wechsel von der SUP in die GmbH wäre dann also keine Umwandlung, sondern eine Umfirmierung.

IV. Stehen die Sterne der SUP nun günstiger?

Mit der Wahl der Harmonisierungsstrategie verbindet sich ein entscheidender Vorteil für die KOM: Während die EPG der Einstimmigkeit im Rat bedurfte, reicht für eine Harmonisierungs-RL wie für die SUP eine qualifizierte Mehrheit. Nachdem die EPG Einstimmigkeit nicht erzielen konnte, ist das ein trickreicher oder wenn man will verzweifelter Ausweg der Kommission, zum annähernd selben Ziel zu kommen.

Im Abstimmungsverfahren mit qualifizierter Mehrheit sind die Chancen natürlich deutlich besser, denn Deutschland kann alleine das Vorhaben nicht verhindern, es braucht schon mehrere gewichtige Mitgliedstaaten. Ob diese zu finden sind, ist abzuwarten. Freilich ist der Weg der KOM nicht unumstritten, und es steht gegenwärtig noch ein Gutachten des Rechtsdiensts des Rates aus, welches auf Anregung mehrerer kritischer Mitgliedstaaten zur Geeignetheit der gewählten Rechtsgrundlage Stellung beziehen wird.

V. Wie sollte Deutschland zu dem Entwurf stehen?

Das Grundanliegen ist wie gesagt positiv zu bewerten. Aber schon jetzt formiert sich teils massive Kritik, die sich vor allem auf drei Punkte bezieht, die für die SUP allerdings wesentlich sind – und es sind ziemlich dieselben Problempunkte wie bei der EPG:

- die Online-Registrierung,
- der Gläubigerschutz,
- die Mitbestimmung.

* Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Berlin, Honorarprofessor an der Universität Düsseldorf.

Beurskens handelt dazu in dieser Ausgabe (GmbHR 2014, 738ff.) schon vieles gründlich ab – daher hier nur ein paar Stichworte.

VI. Online-Registrierung

Hier können wir nicht von unserem hohen Standard der Identitätsprüfung bei der Gründung von Gesellschaften abgehen – das würde auch völlig dem massiven Druck, der von G8, G20, FATF und der KOM selbst bei der Überarbeitung der EU-Geldwäsche-RL in Richtung Beteiligungstransparenz zur Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorfinanzierung und Steuerhinterziehung ausgeht, widersprechen. Da die Bundesländer vermutlich keine neuen Stellen im Registerbereich aufbauen wollen, werden sie darauf dringen, dass der deutsche Notar als Vorprüfstelle bestehen bleibt. Wenn die Eintragung also online aus dem Ausland heraus über den deutschen Notar mit gesicherter Identitätsfeststellung laufen könnte – dann könnte man dem Ganzen zustimmen. Dabei reicht natürlich nicht ein Mechanismus aus, der für andere Mitgliedsstaaten im Verhältnis zu Deutschland helfen würde, sondern wir benötigen ein Verfahren, das für jeden einzelnen Mitgliedsstaat im Verhältnis zu den jeweils anderen 27 Mitgliedsstaaten anwendbar wäre. Wir wüssten gerne, wie das gehen soll.

VII. Haftkapitalsystem und Solvency-Test

Was den Gläubigerschutz betrifft, bietet der SUP-Entwurf ganz etwas Neues: statt Haftkapitalsystem einen Bilanzausweis und einen Solvenzttest. Die Briten haben in der Vergangenheit immer wieder versucht, ihren Solvenzttest in Europa zu verkaufen. Sie haben seit jeher Probleme mit dem kontinentalen Haftkapitalsystem. Ist die SUP nun eine neu aufgepflanzte Speerspitze dieser Bemühungen? Nun, so weit unterscheidet sich das von der SUP vorgeschlagene Gläubigerschutzsystem für die Ausschüttungen jeder Art im Ergebnis nicht von dem, was unser Recht bietet. Und tatsächlich findet sich dem Solvenzttest Ähnliches in unserem § 64 Abs.3 GmbHG (i.d.F. des *MoMiG*), zu dem *Karsten Schmidt* sagte: „Unverkennbar kokettiert hier der Gesetzgeber mit dem Gedanken des Solvency Test“ (ZIP 2006, 1925 [1933]). Auch haben beide Systeme ihre Pro's und Con's, und man kann im Ergebnis nicht sagen, dass unser System eindeutig überlegen sei. Aber rechtssystematisch wird hier doch für einen sehr kleinen Effekt ein sehr erheblicher Pfadwechsel vollzogen – und man muss sich fragen, ob das Harmonisierungsziel der SUP eine solche grundlegende Intrusion in unser gewachsenes System rechtfertigt.

VIII. Mitbestimmung

Es gibt schon jetzt massive Befürchtungen, dass durch die SUP ein Unterlaufen der Arbeitnehmermitbestimmung droht. Da die SUP nur die Harmonisierung des nationalen Gesellschaftsrechts anstrebt, äußert sich der RL-Entwurf zur Mitbestimmung überhaupt nicht: es gilt das jeweils nationale Regime des Staates des Sitzes der Gesellschaft – bei uns also das für die GmbH geltende Mitbestimmungsrecht.

Ein gewisses Missbrauchspotenzial ist dennoch denkbar, da der RL-Vorschlag ausdrücklich anordnet, dass innerhalb der

EU Satzungs- und Verwaltungssitz auseinanderfallen dürfen. Es handelt sich hierbei jedoch um kein originär der SUP anzulastendes Problem, da ein Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz auch bei der „klassischen“ GmbH, möglich ist und das nach der Rechtsprechung des EuGH auch Gesellschaften aus anderen Mitgliedsstaaten erlaubt ist; dies betrifft z.B. die Britische Limited Liability Company, die in England registriert sein kann, in Deutschland jedoch ihre Geschäfte betreibt, und damit der deutschen Mitbestimmung nicht unterfällt. Eine systematische Flucht aus der deutschen Arbeitnehmermitbestimmung in Folge dieser Möglichkeit ist bislang allerdings nicht bekannt geworden. Im Übrigen hat der EuGH mittlerweile in mehreren Entscheidungen festgestellt, dass den Schutz der Niederlassungsfreiheit nicht genießt, wer in einem Niederlassungsstaat (am Satzungssitz) keinerlei wirtschaftliche Betätigung entfalten will. Damit sollte problematischen Verhaltensweisen auch bei der SUP ein Riegel vorgeschoben werden können.

IX. Wie sehen die anderen Mitgliedstaaten den Entwurf?

Für die Frage, ob im Verfahren des qualifizierten Mehrheitsentscheids auf Ratsebene eine Ablehnungsfront zusammenkäme, kann man sich auf die frühen und meist unter Vorbehalt geäußerten Bewertungen der anderen Mitgliedsstaaten in den ersten Ratsarbeitsgruppensitzungen in Brüssel nicht fest verlassen – aber dennoch: In einzelnen Mitgliedsstaaten bezweifelt man laut die Tauglichkeit der gewählten Rechtsgrundlage, weitere halten die Harmonisierung für eine hier gänzlich ungeeignete Vorgehensweise. Die Mehrheit der Mitgliedsstaaten äußert sich indes grundsätzlich positiv und ist an Diskussionen im Detail interessiert. Es geht in diesem Stadium darum, die Unterschiede zum jeweiligen nationalen Recht genau auszuloten und ggf. auf Veränderungen des Vorschlags hinzuwirken. Die Kernthemen der Diskussion entsprechen weitgehend denen, die auch in Deutschland Anlass zur Sorge bereiten. Ein großer Graben verläuft jedoch zwischen den Mitgliedsstaaten, die bereits ein eigenes System der Online-Gründung von Gesellschaften aufgesetzt haben (immerhin ca. 10 Mitgliedsstaaten), und denen, die dieses nicht kennen. Während erstere durchweg von positiven Erfahrungen mit ihren Systemen zu berichten wissen, sind letztere überaus kritisch, nicht nur was den rechtlichen Rahmen und die Verlässlichkeit der erfassten Daten angeht, sondern insbesondere auch hinsichtlich der technischen Umsetzung.

X. Verfahrensstand

Die Ratsarbeitsgruppe „Company Law“ hat bisher am 22.5. (allg. Vorstellung), am 16.6. (Diskussion Art.1 bis 15) und am 2.7.2014 (Diskussion Art.16 bis 33) getagt. Während des Erscheinens dieser Ausgabe will sich der Bundesrat am 11.7.2014 mit der RL befassen und wird voraussichtlich eine sehr negative Stellungnahme dazu beschließen. Das BMJV hat den Entwurf den beteiligten Kreisen versandt und um Stellungnahme gebeten. Input wird derzeit noch dankbar gesammelt.

Finanzierung von Betriebsfortführungen in der Insolvenz

(Esser)



Finanzierung der Betriebsfortführung in der Insolvenz

Oder: *Ohne Moos (auch im Insolvenzverfahren) nichts los!*

6. Österbergsseminar
Arbeitsgruppe Insolvenzrecht
24. Oktober 2014

Dr. H. Philipp Esser LL.M. | Schultze & Braun

Agenda

- ▶ Restrukturierung, Going Concern und Liquidität
- ▶ Klassische Formen der Massefinanzierung
- ▶ Neue Formen der Massefinanzierung
- ▶ Insolvenzrechtlicher Rahmen

Agenda

- ▶ **Restrukturierung, Going Concern und Liquidität**
- ▶ Klassische Formen der Massefinanzierung
- ▶ Neue Formen der Massefinanzierung
- ▶ Insolvenzrechtlicher Rahmen

Einführung

Restrukturierung, Going Concern, Liquidität

Ziel der Unternehmensrestrukturierung

Wahrung der wirtschaftlichen Organisationseinheit für profitable Geschäftsbereiche eines Unternehmens in der Krise bei Neuaufstellung insbesondere der rechtlichen und finanziellen Unternehmensstruktur

Going Concern-Unternehmenswert

Erhalt profitabler Unternehmenseinheiten bietet typischerweise bessere Befriedigungsaussichten für Gläubiger als Verwertung nach Zerschlagungswerten

Befriedigung aus Umsatzerlösen oder Verwertung des Unternehmens im Ganzen oder in Teilen, durch Übertragung oder durch Umstrukturierung des Rechtsträgers

Einführung

Restrukturierung, Going Concern, Liquidität

Ohne **Liquidität** droht Betriebsstillstand aus vielen Richtungen

- Warenlieferanten stellen um auf Vorauszahlung
- Unentbehrliche Dienstleistungen drohen zu entfallen: Versorger, IT, Hausmeister, etc.
- Gehälter: größtenteils durch Insolvenzgeldvorfinanzierung gedeckt
- Insolvenzantragspflicht bei Tochterunternehmen im In- und Ausland?
- Vorübergehende Maßnahmen zur Stilllegung von Betriebsteilen erforderlich?
- Kostenintensive Verkaufs- oder Umstrukturierungsmaßnahmen notwendig?
- Verfahrensbeteiligte verlangen Berichte über Liquiditätsplanrechnung

Liquiditätsbedarf ohne dauerhafte **Unternehmensfortführung** auch erheblich (z.B. Ausproduktion) oder zur Massesicherung (z.B. Rechtsstreitigkeiten)

Agenda

- ▶ Restrukturierung, Going Concern und Liquidität
- ▶ **Klassische Formen der Massefinanzierung**
- ▶ Neue Formen der Massefinanzierung
- ▶ Insolvenzrechtlicher Rahmen

Klassische Formen der Massefinanzierung

Finanzierungsinstrumente

- **Insolvenzgeldvorfinanzierung:** Ankauf der Insolvenzgeldansprüche der Arbeitnehmer durch Kreditinstitute im Eröffnungsverfahren – schafft nur begrenzt freie Liquidität
- **Unechter Massekredit** mit bisheriger Bank als gesichertem Gläubiger

Weitere Finanzierungseffekte

- Warenlieferanten: Aufschub der Zahlungsziele, verl. Eigentumsvorbehalt
- Kunden: Vereinbarung von Anzahlungen
- Keine Zahlungen für nicht fortführungsrelevante Vertragspartner (§ 38 InsO)
- Schnelle Vergleiche in Anfechtungssachverhalten
- Kosten des Insolvenzverfahrens werden erst am Ende des Verfahrens beglichen

Klassische Formen der Massefinanzierung

Unechter Massekredit

- Vereinbarung zwischen Bank und – i.d.R. vorläufigem – Insolvenzverwalter über Einziehung sicherungszedierter Forderungen und Verkauf sicherungsübertragener Waren durch Insolvenzverwaltung
- Enger Verwendungszweck: zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs
- Liquiditätszufluss (nur) durch Verwertung des der Bank zustehenden Sicherungsguts durch die Insolvenzverwaltung
- Deckelung auf Höchstbetrag der Sicherheitenverwertung
- Finanzierungs- / Verwertungsvereinbarung tritt neben Alt-Darlehensvertrag, Inanspruchnahme des Unechten Massekredits reduziert Alt-Darlehensvaluta

**Keine direkte Zuführung „frischer Liquidität“
an Insolvenzmasse durch Bank ⇔ echter Massekredit**

Klassische Formen der Massefinanzierung

Unechter Massekredit

- Sicherheit für Kreditgeber: Neu-Forderungen und Neu-Umlaufvermögen
- Unechter Massekredit idR entgeltlich – Zins/Festentgelt, Bearbeitungsgebühr
- Bei Abschluss des Insolvenzverfahrens: Spätere Abrechnung der verwerteten Sicherungsgegenstände, abzgl. Erlösbeteiligung der Insolvenzmasse

Hintergrund

Unechter Massekredit reicht weit über **§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO** hinaus:
Bei erheblicher Bedeutung für die Unternehmenseinheit kann das Insolvenzgericht den vorläufigen Insolvenzverwalter (nur) ermächtigen, bestimmte Gegenstände mit Absonderungs- oder Aussonderungsrechten weiterhin zur Betriebsfortführung einzusetzen bzw. Forderungen einzuziehen

Aber: kein Nutzungsrecht am Erlös aus eingezogenen Forderungen
§ 170 Abs. 1 S. 2 InsO: Erlös ist unverzüglich herauszugeben
Verarbeitung und Veräußerung von Umlaufvermögen erlaubt? **str.**

Agenda

- ▶ Restrukturierung, Going Concern und Liquidität
- ▶ Klassische Formen der Massefinanzierung
- ▶ **Neue Formen der Massefinanzierung**
- ▶ Insolvenzrechtlicher Rahmen

Neue Formen der Massefinanzierung

Echter Massekredit – Neue Erscheinung?

- *Nein*. Aber bis zum ESUG von Seltenheitswert!
- Seit ESUG: Mehr Unternehmen wagen die Restrukturierung im Insolvenzverfahren, insbesondere unter dem sog. Schutzschirm (§ 270b InsO)
 - ➔ mehr Betriebsfortführungen in der Insolvenz
 - ➔ mehr Nachfrage nach Massefinanzierung
- Insolvenzen im Bereich Neue Energien: viele insolvente Projektentwickler mit schlechten Verwertungsaussichten für anentwickelte, „halbfertige“ Projekte
- Echte Massekreditgeber i.d.R. bereits bei insolventem Unternehmen engagiert
- Konzerninsolvenz: Insolventes Unternehmen garantiert für Massekredit einer nicht-insolventen Tochtergesellschaft
- Zinsen / Entgelte: 8 - 15 % p.a., z.T. als Einmalzahlung

Neue Formen der Massefinanzierung

Echter Massekredit – weitere Vertragsinhalte

- Grds. „normaler“ Darlehensvertrag (§§ 488 ff. BGB)
- Enger Verwendungszweck
- Auszahlungsvoraussetzungen: z.B. Gerichtliche Ermächtigung gem. § 55 Abs. 2 InsO, Insolvenzgeldvorfinanzierung; Abgrenzungsvereinbarung mit anderem Gläubiger; Bestellung von Sicherheiten, Zustimmungen Dritter (z.B. Sachwalter bei Eigenverwaltung, § 275 InsO)
- Kündigungsrechte: z.B. wenn Insolvenzverfahren mangels Masse etc. nicht eröffnet wird
- Informationspflichten: laufendes Reporting

Blick in die USA

- Breiter Markt des *Debtor-in-Possession-Financing (DIP Financing)*
- Div. Anbieter: Banken und Finanzinvestoren – „DIP Lender“
- z.T. mit Recht auf *non-cash-bid* oder auf Beteiligung am Gesamtverwertungserlös

Neue Formen der Massefinanzierung

Sonderfall: Mittelstandsanleihe

- Viele Mittelständler haben börsennotierte Corporate Bonds (§ 793 BGB) emittiert und Bankenfinanzierungen zurückgefahren
- Typischerweise breit gestreute (Klein-)Anlegerstruktur für echte Massefinanzierung – *Fresh Money* – nicht erreichbar
- SchVG sieht Gemeinsamen Vertreter (§§ 7, 8 SchVG) und Mehrheitsbeschluss vor, aber Bondholder können nicht zu Massefinanzierung gezwungen werden
- Ausnahme: Distressed Debt Investoren erscheinen auf Primär-/Sekundärmarkt – reges Interesse insbesondere ausländischer Investoren zu verzeichnen
- Bestellung von Sicherheiten für börsennotierte Bonds an sich unüblich, aber über Sicherheitentreuhänder und/oder Gemeinsamen Vertreter möglich

Agenda

- ▶ Restrukturierung, Going Concern und Liquidität
- ▶ Klassische Formen der Massefinanzierung
- ▶ Neue Formen der Massefinanzierung
- ▶ **Insolvenzrechtlicher Rahmen**

Insolvenzrechtlicher Rahmen

Der Insolvenzverwalter als Vertragspartner

- vorläufiger ⇔ endgültiger Insolvenzverwalter
- schwacher ⇔ starker ⇔ halbstarker vorläufiger Insolvenzverwalter
- Insolvenzverwalter ⇔ Eigenverwalter und Sachwalter
- Schutzschirmverfahren ⇔ Insolvenz(eröffnungs)verfahren in Eigenverwaltung

Problem: Massefinanzierung bereits im Eröffnungsverfahren notwendig
Vereinbarungen im Eröffnungsverfahren → grds. Insolvenzforderungen
Wie entstehen Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 2 InsO?

Insolvenzrechtlicher Rahmen

Befugnisse des Insolvenzverwalters

- **„Starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter**
§§ 22 Abs. 1 S. 1, 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 InsO – Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis: er begründet Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 2 S. 1 InsO), ggf. persönliche Haftung (§ 61 InsO) – eher selten weil hohe Kosten für Masse
- **„Schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter**
§§ 22 Abs. 2 S. 1, 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO – nur Vorbehalt der Zustimmung für Verfügungen des Schuldners – in der Praxis der Regelfall
kein allgemeiner rechtsgeschäftlicher Vertreter des Schuldners
→ Ermächtigung des Insolvenzgerichts im Einzelfall erforderlich
- **„Halbstarker“ vorläufiger Insolvenzverwalter**
§ 22 Abs. 2 S. 1, 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO: vorläufiger schwacher Insolvenzverwalter mit konkreter Einzelermächtigung des Insolvenzgerichts
§ 55 Abs. 2 S. 1 InsO gilt insoweit analog

Insolvenzrechtlicher Rahmen

Speziell: Eröffnungsverfahren bei Eigenverwaltung

- Kann Insolvenzgericht Ermächtigung für Begründung von Masseverbindlichkeiten erteilen? Vgl. § 270b Abs. 3 InsO für Schutzschirmverfahren
- AG Fulda (2012): nein, Ermächtigung gesetzlich ausdrücklich nicht vorgesehen
- BGH (2013): Sofortige Beschwerde gegen AG Fulda (2012) unzulässig, Streitfrage offen!
- AG Hamburg (2012): § 270a Abs. 1 S. 2 InsO: anstelle des vorläufigen Insolvenzverwalters darf entsprechend der vorläufige Sachwalter ermächtigt werden
aber: Wertungswiderspruch, das kann nicht einmal der *endgültige* Sachwalter!
- AG Köln (2012): Einzelermächtigung an Schuldner möglich
Argument: Generalklausel § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO
ähnlich AG München (2012) und LG Duisburg (2012)
- Richtig: § 270b Abs. 3 InsO ist Sondernorm wg. Ermessensreduktion („hat“) ohne weitergehende Auswirkungen jenseits des Schutzschirms

Insolvenzrechtlicher Rahmen

Befugnisse des Insolvenzverwalters

Beispieltext für einen gerichtlichen Ermächtigungsbeschluss:

„...der vorläufige Insolvenzverwalter [wird] gemäß §§ 21 Abs. 1 und 2, 22 Abs. 2 InsO ermächtigt, einen Massekredit zur Finanzierung der Betriebsfortführung bei der ... [Name Bank] in Höhe von bis zu ... € aufzunehmen und in diesem Zusammenhang Masseverbindlichkeiten zu begründen.“

Restrisiko?

- Masseunzulänglichkeit, §§ 208, 209 InsO: Masseverbindlichkeiten vor Anzeige durch Insolvenzverwalter werden nur anteilig befriedigt
- Einstellung mangels verfahrenskostendeckender Masse, § 207 InsO:
Gar keine Befriedigung der Massegläubiger in einem Insolvenzverfahren

Insolvenzrechtlicher Rahmen

Sicherheiten

- Massekreditgeber verlangen typischerweise Sicherheiten
- Ist Vermögen des insolventen Unternehmens wertausschöpfend belastet?
- Insolvenzverwalter kann bestehende Sicherheiten nicht übertrumpfen
Keine Super-Priority-Liens im deutschen Insolvenzrecht ⇔ USA u.a.
- Aber: neu entstehende Sicherheiten nach Insolvenzantrag sind verfügbar
Forderungen (aus LuL oder aus Unternehmensverkauf) und sonstiges Umlaufvermögen
neue Sicherungsbestellungen notwendig
- Ggf. Abgrenzungsvereinbarung mit Lieferanten(pool) zu treffen
- Persönliche Zusicherung oder Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters?
Zweifelhaft mit Blick auf die Unabhängigkeit des Verwalters

Insolvenzrechtlicher Rahmen

Anfechtung

- Bargeschäft (§ 142 InsO) möglich, wenn Sicherheitenbestellung unmittelbar und gleichwertig gegenüber der Darlehensgewährung (d.h. nicht für Altdarlehen)
- Handlungen des starken (oder halbstarken) vorläufigen Insolvenzverwalters im Eröffnungsverfahren nach Verfahrenseröffnung grundsätzlich nicht anfechtbar
- Handlungen des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters im Eröffnungsverfahren, soweit von gerichtlicher Ermächtigung gedeckt, sind nach Verfahrenseröffnung ebenfalls nicht anfechtbar – BGH: *verwalterunabhängiger Vertrauenstatbestand*
- Eigenverwaltung: Kompetenz zur Anfechtung beim Sachwalter, § 280 InsO –
Kann Schuldner als Eigenverwalter und Vertragspartei des Massekredits
Vertrauenstatbestand der Unanfechtbarkeit begründen? **Str.**
Kritisch: *Pape* und *Trowski*: Handlungen der Eigenverwaltung nicht per se unanfechtbar
Aber: Handlungen per Ermächtigung gerichtlich gebilligt, § 270b Abs. 3 InsO
Praxishilfe: Erklärung des vorläufigen Sachwalters zu evt. Anfechtungssachverhalten

Insolvenzrechtlicher Rahmen

Streitpunkt: Person des Insolvenzverwalters

- **Problem:** *Kreditgeber* will Sicherheit über Person des Insolvenzverwalters
Insolvenzgericht hat „von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person“ zu bestellen
- Massekreditverträge – **Change of Control-Klauseln:**
Auszahlungsbedingungen, Fälligkeitsbestimmungen, Kündigungsklauseln knüpfen an Person des Insolvenzverwalters oder Sachwalters an

Meinungsstand

- beachtliche kritische Stimmen, z.B. *Ganter*, Vors. RiBGH a.D. / *Pape* RiBGH:
Druck auf Gericht zugunsten ungeeigneter Insolvenzverwalter ist unzulässig
➔ Kündigungsklauseln etc. dadurch unwirksam; ggf. Haftung der Beteiligten?
- Gegenauffassung: entsprechende Klauseln außerinsolvenzlich üblich, höheres Sicherheitsbedürfnis des Massekreditgebers sachlich gerechtfertigt

Insolvenzrechtlicher Rahmen

Streitpunkt: Person des Insolvenzverwalters

Stellungnahme

- Bezugnahme auf Insolvenzverwalter in Verträgen grds. üblich und zulässig
Gesetzgeber wollte mit ESUG Mitwirkungsrechte der Gläubiger stärken
somit haben Verfahrensbeteiligte ein Recht auf Planungssicherheit
- Aber Unabhängigkeit als zwingende persönliche Eignungsvoraussetzung
für Insolvenzverwalter durch ESUG nicht angetastet
- **Problem:** Insolvenzverwalter, die sich mit Berufsgläubigern „zusammentun“,
dauerhafte „besondere Zusammenarbeit“ wird unterhalten oder angestrebt
„ständige Geschäftsbeziehung“? – nur *Besorgnis* der Ungeeignetheit reicht nicht
- **Angemessenheitsschwelle:** unwesentliche, gewöhnliche Verbindungen
dürfen keine Rolle spielen, z.B. vorherige Zusammenarbeit, Kontenbeziehungen,
Kanzleikredite, gemeinsame Vorträge – Unabhängigkeit als Charakterfrage

Insolvenzrechtlicher Rahmen

Weitere (insolvenz)rechtliche Vorgaben

- Zustimmung durch Gläubigerausschuss oder Gläubigerversammlung notwendig, aber keine Nichtigkeit bei Verstoß, §§ 160 Abs. 2 Nr. 2, 164 InsO
- Kreditgewährung ist erlaubnispflichtiges Bankgeschäft, § 1 Ab. 1 Nr. 2 KWG problematisch für Hedge Fonds und sonstige Investoren ohne Banklizenz
- Geht Darlehensgewährung über Finanzierung hinaus und vermittelt gesellschaftsrechtliche Rechtsposition?

Besonderheiten bei Insolvenzplan

- Kreditrahmen gem. § 264 InsO – Kreditgewährung: weitere Rangklasse
- Anreiz für Kreditgeber durch Privilegierung in Folgeinsolvenz
- Grenze: Summe des Aktivvermögens

FAZIT

Ohne Massefinanzierung keine Restrukturierung in der Insolvenz

1. Komplexe Restrukturierungsfälle bedürfen professioneller Finanzierungskonzepte
2. Deutsche Insolvenzen sind von Ad Hoc Finanzierungslösungen durch Verfahrensparteien geprägt, nicht durch neu hinzugekommene externe Dritte als Massekreditgeber
3. Für Dritte als Massekreditgeber besteht noch viel Entwicklungspotential
4. Die Reform der Eigenverwaltung und die Einführung des Schutzschirmverfahrens durch das ESUG hat neue Dynamik für insolvente Unternehmen entfaltet und diverse neue Rechtsfragen hervorgebracht, die auf eine eindeutige Klärung weiterhin warten.
5. Ohne Unabhängigkeit des Verwalters keine Gläubigergleichbehandlung und kein Insolvenzverfahren
6. Risikominimierung durch Sicherheiten üblich und unbedingt empfehlenswert

Fundstellen speziell zum Themenkreis (Auswahl)

Zeitschriftenbeiträge

H. Huber, NZI 2014, 439
Trowski, WM 2014, 1257
Ganter, ZIP 2013, 597
Pape, ZInsO 2013, 2129
Pape, ZIP 2013, 2285
Schmidtman/Dannemann, ZIP 2013, 760
Fölsing, ZInsO 2012, 2272
Oppermann/Smid, ZInsO 2012, 862
Undritz, BB 2012, 1551
Wuschek, ZInsO 2012, 1294
Knof, ZInsO 2010, 1999

Gerichtsentscheidungen

AG Fulda, Beschl. v. 28.3.2012 - 91 IN 9/12 (ZIP 2012, 1471)
AG Hamburg, Beschl. v. 4.4.2012 - 67 g IN 74/12 (ZIP 2012, 787)
AG Köln, Beschl. v. 26.3.2012 - 73 IN 125/12 (ZIP 2012, 788)
AG München, Beschl. v. 27.6.2012 - 1506 IN 1851/12 (ZIP 2012, 1470)
AG Stendal, Beschl. v. 31.8.2012 - 7 IN 164/12 (ZIP 2012, 1875)
AG Stendal, Beschl. v. 1.10.2012 - 7 IN 164/12 (ZIP 2012, 2030)
LG Stendal, Beschl. v. 22.10.2012 - 25 T 184/12 (ZInsO 2012, 2208)
LG Duisburg, Beschl. v. 29.11.2012 - 7 T 185/12 (NZI 2013, 91)
BGH, Beschl. v. 7.2.2013 - IX ZB 43/12 (ZInsO 2013, 460)
BGH, Urt. v. 10.1.2013 - IX ZR 161/11 (NZI 2013, 298)

Sowie diverse Kommentare und Handbücher, u.a.

Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis (8. Aufl. 2011), S. 909 ff.

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

Ich wünsche gute Gespräche!

Dr. H. Philipp Esser LL.M.
Rechtsanwalt und Attorney at law (New York)

Schultze & Braun GmbH
Rechtsanwalts-gesellschaft
Eisenbahnstr. 19-23
77855 Achern

+49-7841-708-235
pesser@schubra.de

6. Österbergseminar - 24. Oktober 2014

Bedeutung und Reform der Insolvenzanfechtung

(Thole)



Bedeutung und Reform der Insolvenzanfechtung

Österberg-Seminar, 24.10.2014



Überblick

- I. Funktion der Anfechtung
- II. Die Rechtsprechung des BGH zur Vorsatzanfechtung
- III. Die Reformdiskussion

Funktionen der Insolvenzanfechtung

- Schutz der Gläubigergleichbehandlung
- Schutz vor Haftungsvermeidung
- Präventionsfunktion
- Mittelbar: Anreiz zur Antragstellung

Die Rechtsprechung des BGH zur Vorsatzanfechtung

- Benachteiligungsvorsatz des Schuldners – Eventualvorsatz reicht
- Frage von Indizien und Beweisanzeichen
- Rechtsprechung verlangt eine „Gesamtwürdigung“
- Entsprechende Geltung dieser Beweisanzeichen für die Kenntnis des Anfechtungsgegners

Indizien in der Rechtsprechung des BGH

- Indiz #1: Inkongruenz der Deckung, wenn Deckung bei zweifelhafter Liquiditätslage erfolgt (Hintergrund: Verdächtig, wenn der Schuldner dem Gläubiger etwas anderes gibt als geschuldet)

Indizien in der Rechtsprechung des BGH

- Indiz #2: Kenntnis des Schuldners von seiner Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder drohender Zahlungsunfähigkeit (iSd § 18 InsO) (Hintergrund: wer in dieser Situation einem Gläubiger volle Deckung gewährt, weiß, dass er die anderen Gläubiger benachteiligt)
- Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit wiederum kann aus den Umständen des Falls hergeleitet werden, zB schleppendes Abtragen von Zahlungsrückständen; Operieren am wirtschaftlichen Abgrund, Stundungsbitten etc., Nichteinhaltung von Ratenzahlungsvereinbarungen

Die Vermutungskaskade

1. Vom Bewusstsein der Gläubigerbenachteiligung Schluss auf den darauf gerichteten Willen
2. Bewusstsein der Gläubigerbenachteiligung, wenn Schuldner die (drohende) Zahlungsunfähigkeit kennt
3. Zahlungsunfähigkeit kennt, wer die Umstände kennt, die zwingend darauf schließen lassen

Indizien in der Rechtsprechung des BGH

Gegenläufige Indizien:

- Ernsthafter Sanierungsversuch auf der Grundlage eines schlüssigen Konzepts
- Bargeschäftsähnliche Lage und Kongruenz

Ratenzahlungsvereinbarungen in der Rechtsprechung des BGH

- Ratenzahlungsvereinbarungen kann mit einer Stundung verbunden sein (muss aber nicht OLG Hamburg ZInsO 2014, 891, 894) → dann ist die jeweilige Forderungen nicht bei Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen oder Zahlungseinstellung entfällt (wenn Zahlungen im Allgemeinen wieder aufgenommen werden) → dann keine Indizwirkung (anders wenn Vereinbarung von vornherein utopisch erscheint, BGH IX ZR 95/13 vom 22.5.2014)
- Aber: wenn Ratenzahlungsvereinbarung nicht eingehalten wird, dann neue Zahlungsunfähigkeit
- So insbesondere auch im Urteil des BGH vom 6.12.2012 (s. nächste Folie)

Ratenzahlungsvereinbarungen in der Rechtsprechung des BGH

- BGH vom 6.12.2012 (IX ZR 3/12):
Die Kenntnis des Gläubigers von einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit (konkret: von einer Zahlungseinstellung) entfällt nicht durch den Abschluss einer von dem Schuldner vereinbarungsgemäß bedienten Ratenzahlungsvereinbarung, wenn bei dem gewerblich tätigen Schuldner mit weiteren Gläubigern zu rechnen ist, die keinen vergleichbaren Druck zur Eintreibung ihrer Forderungen ausüben

Ratenzahlungsvereinbarungen in der Rechtsprechung des BGH

- Sachverhalt war wie folgt:
- Ende 2003 Ratenzahlungsvereinbarung vereinbart – zunächst bedient, aber Schlussrate nicht erbracht
- Dann neue Ratenzahlungsvereinbarung, die wieder nicht eingehalten wurde

Ratenzahlungsvereinbarungen in der Rechtsprechung des BGH

- Kernaussagen des BGH:
 - Zahlungsunfähigkeit entfällt meist nur dann, wenn sichergestellt ist, dass der Schuldner allgemein wieder die Zahlungen an alle Gläubiger aufnimmt (Gleichbehandlungsgedanke)
 - Einzelner Gläubiger soll sich keinen Sondervorteil verschaffen
 - Wer bei Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners den Schuldner faktisch durchschleppt und damit letztlich zu Lasten der Gläubigergesamtheit zur Insolvenzverschleppung beiträgt, muss das Anfechtungsrisiko tragen

Ratenzahlungsvereinbarungen in der Rechtsprechung des BGH

- Kernaussagen des BGH:
 - Bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners soll ein Insolvenzantrag gestellt werden → ggf. dann Sanierung im Insolvenzverfahren möglich, Auslesefunktion des Insolvenzrechts
 - Jeweils Umstände des Einzelfalls → Zahlungsunfähigkeit nur als Indiz!
 - Indizien gelten entsprechend für Kenntnis des Anfechtungsgegners

Reformüberlegungen

- Einflussfaktoren:
 - Lobbygruppen bzw. Verbände
 - Fiskus
 - Rechtsprechung BAG (Rechtswegspaltung)
 - Insolvenzverwalter mit Serienbriefen in Einzelfällen

Ansatzpunkte einer Reform

- Verkürzung der Anfechtungsfrist
- Streichung „drohende Zahlungsunfähigkeit“
- Unlauterkeit oder Absicht statt Vorsatz
- Freistellung bestimmter Deckungen
- Kongruenz von Zwangsvollstreckungen?
- Verzinsung des Anfechtungsanspruchs

Das Eckpunktepapier von September 2014

- Noch keine abgestimmte Fassung des BMJV
- Stammt gerüchteweise aus dem Finanzministerium
- Unlauterkeit statt Vorsatz
- Abschließende (!) Aufzählung der Fälle einer Unlauterkeit
- Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit
- Bargeschäfts- und Sanierungsprivileg auch bei § 133 InsO

Das Eckpunktepapier von September 2014

- Positive Kenntnis aller Unlauterkeitsmerkmale und auch des Fehlens privilegierender Umstände
 - Freistellung der Anfechtung von Arbeitnehmerlohn bis zu drei Monate vor dem Antrag (Rechtsprechung BAG)
 - Zwangsvollstreckungen kongruent
- Umsetzung wäre der Tod für das Anfechtungsrecht!

Wie sollte man es machen?

- Beste Lösung: nichts ändern
- Second best: maßvolle Korrekturen
 - Streichung drohende Zahlungsunfähigkeit in § 133 Abs. 1 S. 2 InsO: dogmatisch nicht erforderlich, hätte aber gewissen Effekt
 - Änderung Verzinsungszeitpunkt tragbar
 - Erweiterung Bargeschäft auf § 133 InsO
 - Festschreibung Sanierungsprivileg: vielleicht



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Zivilprozess- und Insolvenzrecht,
Europäisches und Internationales Privat- und
Verfahrensrecht

Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen

Telefon: +49 7071 29-72557

Telefax: +49 7071 29-5944

christoph.thole@uni-tuebingen.de

Vorsatzanfechtung - Aktuelle Brennpunkte und Stand der Reformdiskussion

(Streit)



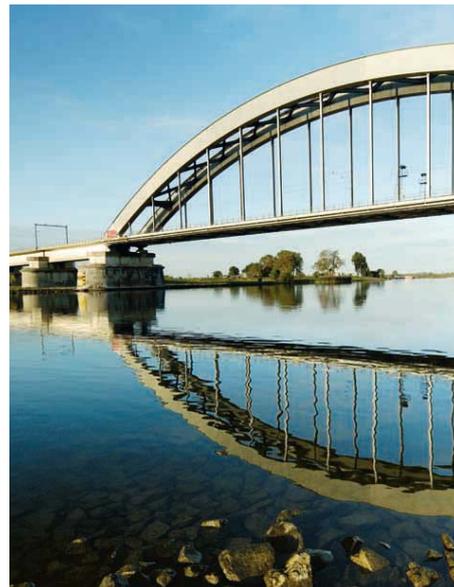
Vorsatzanfechtung

- Aktuelle Brennpunkte und Stand der Reformdiskussion -

Prof. Dr. Georg Streit, Rechtsanwalt

Vortrag beim X. HSBC Insolvenzverwalterforum
am 25.09.2014

A. Aktuelle Brennpunkte



BGH- und BAG-Entscheidungen zur Vorsatzanfechtung aus 2014

- BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13 (OLG Schleswig)
- BGH, Urt. v. 10.07.2014, Az. IX ZR 280/13 (LG Ingolstadt)
- BGH, Urt. v. 10.07.2014, Az. IX ZR 192/13 (LG Siegen)
- BAG, Urt. v. 19.06.2014, Az. 6 AZR 465/12 (LAG Niedersachsen)
- BGH, Urt. v. 22.05.2014, Az. IX ZR 95/13 (OLG Brandenburg)
- BAG, Urt. v. 27.02.2014, Az. 6 AZR 367/13 (LAG Berlin-Brandenburg)
- BGH, Beschl. v. 06.02.2014, Az. IX ZR 148/13 (OLG Hamburg)
- BGH, Beschl. v. 06.02.2014, Az. IX ZR 221/11 (OLG Köln)
- BAG, Urt. v. 29.01.2014, Az. 345/12 (LAG Kiel)
- BGH, Urt. v. 16.01.2014, Az. IX ZR 31/12 (OLG Düsseldorf)

BGH- und BAG-Entscheidungen zur Vorsatzanfechtung aus 2013

- BGH, Urt. v. 05.12.2013, Az. IX ZR 93/11 (OLG Hamburg)
- BGH, Urt. v. 21.11.2013, Az. IX ZR 128/13 (OLG Dresden)
- BGH, Urt. v. 07.11.2013, Az. IX ZR 248/12 (OLG Stuttgart)
- BGH, Urt. v. 07.11.2013, Az. IX ZR 49/13 (OLG Koblenz)
- BGH, Urt. v. 24.10.2013, Az. IX ZR 104/13 (OLG Dresden)
- BGH, Urt. v. 19.09.2013, Az. IX ZR 4/13 (LG Berlin)
- BAG, Urt. v. 12.09.2013, Az. 6 AZR 980/11 (LAG München)
- BGH, Urt. v. 13.06.2013, Az. IX ZR 259/12 (OLG München)
- BGH, Urt. v. 07.05.2013, Az. IX ZR 113/10 (OLG Düsseldorf)
- BGH, Urt. v. 25.04.2013, Az. IX ZR 235/2 (LG Stuttgart)

BGH- und BAG-Entscheidungen zur Vorsatzanfechtung aus 2013

- BGH, Urt. v. 14.02.2013, Az. IX ZR 115/12 (OLG Hamburg)
 - BGH, Urt. v. 24.01.2013, Az. IX ZR 11/12 (OLG Stuttgart)
 - BGH, Urt. v. 10.01.2013, Az. IX ZR 13/12 (LG München I)
- Die **Vielzahl der aktuellen Entscheidungen** zur Vorsatzanfechtung zeigt deren **aktuelle Bedeutung**.
- Der Vortrag behandelt nicht alle aktuellen Entscheidungen, sondern setzt sinnvolle **Schwerpunkte**.

Sinn und Zweck des Insolvenzanfechtungsrechts

- **Zielrichtung des Insolvenzanfechtungsrechts** ist die **Gleichbehandlung aller Gläubiger**.
- Die Insolvenzanfechtung sieht einen kraft Gesetzes bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen bestehenden **Rückgewähranspruch der Masse** vor, der durch den Insolvenzverwalter geltend zu machen ist (h.M., schuldrechtliche Theorie, vgl. § 143 InsO, a.A.: „Haftungsrechtliche Theorie“, „Dinglichkeitstheorie“, vgl. MK-InsO vor § 129 Rz. 13 ff.).

Allgemeine Voraussetzungen jeder Anfechtbarkeit

- **Allgemeine Voraussetzungen** jeder Anfechtbarkeit sind nach der Grundnorm des § 129 InsO (die selbst kein Anfechtungstatbestand ist) das Vorliegen
 - einer **Rechtshandlung** und
 - deren **Nachteilhaftigkeit für die Insolvenzgläubiger**.
- Die Grundnorm des **§ 129 InsO** lautet:

*„Grundsatz. (1) **Rechtshandlungen**, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind **und die Insolvenzgläubiger benachteiligen**, kann der Insolvenzverwalter nach Maßgabe der §§ 130 bis 146 anfechten.*

*(2) Eine **Unterlassung** steht einer Rechtshandlung gleich.“*

Vorsatzanfechtung

- Der Anfechtungstatbestand der Vorsatzanfechtung gem. § 133 Abs. 1 InsO lautet:

*„**Vorsätzliche Benachteiligung**. Anfechtbar ist eine **Rechtshandlung**, die der Schuldner **in den letzten zehn Jahren** vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag **mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen**, vorgenommen hat, **wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte**. **Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wußte**, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und daß die Handlung die Gläubiger benachteiligte.“*

Wichtige Punkte bei der Vorsatzanfechtung

- **Rechtshandlung des Schuldners.**
- **Frist: Bis zehn Jahre zurück, gerechnet vom Eröffnungsantrag.**
- **Nachteil** für die Insolvenzgläubiger (Bargeschäft gem. § 142 InsO nicht anwendbar).
- **Mittelbarer Nachteil genügt („Verflüchtigung“).**
- Hierauf bezogener **Vorsatz des Schuldners**, Eventualvorsatz ausreichend.
- **Kenntnis** des Anfechtungsgegners hiervon.
- Gesetzliche Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO.

Rechtshandlung

- **Weite Auslegung des Begriffs der Rechtshandlung:**
 - Jedes Handeln mit rechtlicher Wirkung, nicht nur Rechtsgeschäfte.
 - Zahlungen.
 - Sicherheitenbestellungen.
 - Willenserklärungen.
 - Geschäftsähnliche Handlungen.
 - Die Folgen müssen nicht stets gewollt sein.
 - Unterlassen steht aktivem Tun gleich, § 129 Abs. 2 InsO, z.B. Unterlassung der Einlegung von Rechtsmitteln gegen gerichtliche Entscheidungen oder Vollstreckungsmaßnahmen.

BGH, Urt. v. 19.09.2013, Az. IX ZR 4/13 – Rechtshandlung bei „Auffüllen“ des eigenen Bankkontos

■ **Sachverhalt:**

- Die Beklagte, ein Sozialversicherer, hat titulierte Ansprüche gegenüber der Schuldnerin.
- Die Beklagte **pfändete – zunächst erfolglos – ein Bankkonto** der Schuldnerin.
- Fremdsolvenz Antrag der Beklagten gegen die Schuldnerin.
- **Die Schuldnerin zahlt Geld auf ihr Konto ein.**
- Das Bankinstitut überweist an die Beklagte.
- Die Beklagte erklärt den Insolvenzantrag für erledigt.
- 1,5 Jahre später wird das Insolvenzverfahren auf neuen Antrag eröffnet.
- Der Insolvenzverwalter ficht die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge an und verlangt die Rückzahlung von der Beklagten.

BGH, Urt. v. 19.09.2013, Az. IX ZR 4/13 – Rechtshandlung bei „Auffüllen“ des eigenen Bankkontos

■ **Entscheidung: Eine Rechtshandlung liegt vor:**

- Die **Zahlung beruhte zwar letztlich auf der Pfändung** als Zwangsvollstreckungsmaßnahme.
- **„Auffüllen“ des eigenen Bankkontos** durch die Schuldnerin aber **mitursächlich** für die Zahlung und als Rechtshandlung ausreichend.
- Schuldnerhandlung ist die **Förderung der Vollstreckungsmaßnahme** durch den Schuldner. Eine **mitwirkende Handlung** reicht aus.
- **Ähnlich bereits** BGH, Urt. v. 03.02.2011, Az. IX ZR 213/09, NZI 2011, 249:
*„Pfändet ein Gläubiger den Kassenbestand des Schuldners oder wendet der Schuldner eine sonst unvermeidliche Kassenpfändung durch Zahlung an den anwesenden Vollziehungsbeamten ab, **liegt eine Rechtshandlung des Schuldners vor, wenn er zuvor die Kasse in Erwartung des Vollstreckungsversuchs gezielt aufgefüllt hat, um eine Befriedigung des Gläubigers zu ermöglichen.**“*

BGH, Urt. v. 14.06.2012, Az. IX ZR 145/09 – Rechtshandlung bei Scheckübergabe an Vollziehungsbeamten

■ **Sachverhalt:**

- Der Schuldner stellte einen Scheck aus und übergab ihn dem Vollziehungsbeamten des beklagten Landes. Der Scheck wurde eingelöst. Insolvenzantragstellung erfolgte erst nach mehr als drei Monaten. Der spätere Insolvenzverwalter verlangt die Rückzahlung.

■ **Entscheidung:**

- Eine **Rechtshandlung** des Schuldners liegt vor.
- Eine durch **Zwangsvollstreckungsmaßnahmen** des Gläubigers erlangte Zahlung unterliegt der Vorsatzanfechtung nur dann, wenn eine **Schuldnerhandlung** oder eine dieser gleichgestellte Unterlassung zum Erfolg der Vollstreckungsmaßnahme beigetragen hat (ständige Rechtsprechung).

BGH, Urt. v. 14.06.2012, Az. IX ZR 145/09 – Rechtshandlung bei Scheckübergabe an Vollziehungsbeamten

- Einer durch Zwangsvollstreckung erlangten Befriedigung steht die Zahlung des Schuldners an eine **anwesende, vollstreckungsbereite Vollziehungsperson** gleich, wenn der Schuldner nur noch die Wahl hat, die geforderte Zahlung zu leisten oder die Zwangsvollstreckung zu dulden (**keine willensgeleitete Entscheidung mehr möglich**).
- Übergibt der Schuldner Bargeld, Wertpapiere oder sonstige Wertgegenstände, deren sofortige Pfändung er andernfalls hinnehmen müsste, so bleibt die Entscheidung des Schuldners, die Pfändung durch eigene Leistung abzuwenden, im Ergebnis bedeutungslos (**keine Schuldnerhandlung**).

BGH, Urt. v. 14.06.2012, Az. IX ZR 145/09 – Rechtshandlung bei Scheckübergabe an Vollziehungsbeamten

- Einer **Leistung im bargeldlosen Zahlungsverkehr** ist auch dann eine **willensgeleitete Entscheidung (Schuldnerhandlung)**, wenn hierdurch erfolgsversprechende Pfändungsmaßnahmen abgewendet werden:
 - Der Schuldner ermöglicht dem Gläubiger einen Zahlungsweg, den der Vollziehungsbeamte nicht hätte durchsetzen können.
 - Die Scheckzahlung setzt wie die Banküberweisung voraus, dass der Schuldner über sein Konto noch selbst verfügen kann.
 - Dem Schuldner bleibt gegenüber dem Insolvenzverwalter „**Restwahlmöglichkeit**“.

Rechtshandlung bei Zwangsvollstreckung

- Gem. § 802b Abs. 1 ZPO **soll der Gerichtsvollzieher** in jeder Lage des Verfahrens **auf eine gütliche Einigung bedacht sein**.
- Ein **Mitwirken des Schuldners** kann allerdings zu einer **Rechtshandlung** und damit zur Anfechtbarkeit führen.
- **Praxistipp: Zwangsvollstreckung mit kompromissloser Härte betreiben**, um eine Rechtshandlung des Schuldners möglichst zu vermeiden.
Hierzu Jensen, NZI 2011, 798: „**Vollstreckt gnadenlos!**“.

BGH, Urt. v. 24.10.2013, Az. IX ZR 104/13 – Leistung über Zahlungsmittler, Rechtshandlung, Kenntnis vom Vorsatz

■ **Leitsatz:**

*„Bewirkt der Schuldner eine Überweisung, indem er eigene Mittel über das Konto seines Vaters einem Gläubiger zuwendet, so kann sich dieser als Anfechtungsgegner **nicht der Möglichkeit verschließen**, dass die Zahlung auf einer **Rechtshandlung** des Schuldners beruht und die Gläubigergesamtheit benachteiligt.“*

BGH, Urt. v. 24.10.2013, Az. IX ZR 104/13 – Leistung über Zahlungsmittler, Rechtshandlung, Kenntnis vom Vorsatz

- Bei mehr oder weniger wahrscheinlichen **Zahlungsalternativen**, die eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung teils beinhalten, teils ausschließen, geht der Zahlungsempfänger ohne Kenntnis über den konkreten Zahlungsfluss **im Zweifel** davon aus, dass er seine Befriedigung nicht dem uneigennütigen Dazwischentreten eines Dritten verdankt.
- Die **Kenntnis fehlt nur, wenn** er nach seinem Kenntnisstand eine gläubigerbenachteiligende **Rechtshandlung des Schuldners zuverlässig ausschließen darf**.

BGH, Urt. v. 16.01.2014, Az. IX ZR 31/12 – Keine Rechtshandlung bei Unterlassen einer Kontoeröffnung nach Kontopfändung

■ Sachverhalt:

- Wegen titulierter Mietschulden pfändete die Beklagte die debitorischen Geschäftskonten des Schuldners bei zwei Banken.
- Die Beklagte erhielt hieraus außerhalb des „Dreimonatszeitraums“ insgesamt EUR 21.191,90, weil Kunden weiterhin auf diese Konten zahlten.
- Der Geschäftsführer des Schuldners erklärte, **die Kunden aufgefordert zu haben, weiterhin auf die bekannten (wenn auch gepfändeten) Konten zu überweisen**. Er habe alles dafür tun wollen, dass die Mietschulden bezahlt werden.

BGH, Urt. v. 16.01.2014, Az. IX ZR 31/12 – Keine Rechtshandlung bei Unterlassen einer Kontoeröffnung nach Kontopfändung

■ Entscheidung: Es liegt **keine Rechtshandlung durch aktives Tun** vor:

- **Keine Mitwirkung des Schuldners** an der Erlangung des werthaltigen Pfändungspfandrechts durch die Beklagte.
- Die von den Kunden eingezahlten Beträge sind der Beklagten **allein aufgrund der Pfändung zugeflossen**.
- Der Schuldner hat keinen für den Vollstreckungserfolg wenigstens mitursächlichen Beitrag geleistet.
- Mangels anderweitiger, kreditorischer Konten lag in der Aufforderung an die Kunden, weiterhin auf die bekannten Konten zu zahlen, lediglich die Hinnahme des bereits bestehenden Zahlungswegs.

BGH, Urt. v. 16.01.2014, Az. IX ZR 31/12 – Keine Rechtshandlung bei Unterlassen einer Kontoeröffnung nach Kontopfändung

- Es liegt auch **keine Rechtshandlung durch Unterlassen (§ 129 Abs. 2 InsO)** vor:
 - Einer **Rechtshandlung nicht gleichgestellt** werden können:
 - Das **Unterlassen der Eröffnung eines Guthabenkontos**.
 - Die **fehlende Aufforderung an die Kunden, Barzahlungen zu leisten**.
 - Das **Nichtvorgehen gegen die Kontopfändung im prozessualen Wege**, wenn – wie hier – keine Gründe bestehen, auf die eine Erinnerung erfolgreich hätte gestützt werden können. Wenn ein von vorneherein **aussichtsloser** Rechtsbehelf nicht ergriffen wird, kann dies eine Vermögensverlagerung zugunsten des vollstreckenden Gläubigers nicht gefördert haben.

BGH, Urt. v. 16.01.2014, Az. IX ZR 31/12 – Keine Rechtshandlung bei Unterlassen einer Kontoeröffnung nach Kontopfändung

- Das **Unterlassen muss bewusst und gewollt erfolgen**:
 - Die gebotene Handlung muss bewusst und wenigstens unter Inkaufnahme der Gläubigerbenachteiligung unterlassen werden.
 - Bei hingenommenen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen muss dies in der Vorstellung und mit dem Willen geschehen sein, dass durch das Unterlassen einer möglichen Handlung die anstehende Vermögensverlagerung gefördert wird.
 - **Bloßes Geschehenlassen der Bevorzugung einzelner Gläubiger reicht nicht**.

BGH, Urt. v. 16.01.2014, Az. IX ZR 31/12 – Keine Rechtshandlung bei Unterlassen einer Kontoeröffnung nach Kontopfändung

- Nach dem Schutzzweck des Insolvenzanfechtungsrechts **unerheblich** ist auch eine im Gesellschaftsrecht (v.a. Verbot der Zahlung nach Insolvenzreife, § 64 Satz 1 GmbHG) wurzelnde **Pflicht, ein Guthabenkonto zu eröffnen** und den Kunden die neuen Bankverbindungsdaten mitzuteilen:
 - Das Insolvenzanfechtungsrecht soll nicht die Rechtswidrigkeit des Tuns oder Unterlassens sanktionieren, sondern den gläubigerbenachteiligenden Erfolg.
 - Außerhalb des Dreimonatszeitraums geht es nur um die **Wahrung der prinzipiell gleichen Befriedigungschancen** der Gläubiger.
 - Dies begründet **keine Garantienpflicht** des Schuldners.
 - Der Prioritätsgrundsatz der Einzelzwangsvollstreckung gilt.

Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, keine Absicht

- Dr. Godehard Kayser (Vorsitzender Richter am IX. BGH-Senat), NJW 2014, 422, 426:

„[Der] Wortlaut des § 133 InsO [verlangt] nur den Vorsatz und nicht mehr [...]. Die Norm ist im Übrigen zu einem Zeitpunkt Gesetz geworden, als sich die höchstrichterliche Rechtsprechung bereits längst von der „Absicht“ als einer gesteigerten Form des Vorsatzes verabschiedet hatte, und zwar entgegen des Wortlauts des damaligen § 31 KO.“

Gesetzliche Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO

- Die **gesetzliche Vermutung** des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO („Diese Kenntnis wird vermutet“) verlangt, dass
 - der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte **und**
 - dass die Handlung
 - die Gläubiger
 - benachteiligte.

Beweisbarkeit, Beweisanzeichen

- **Beweisbarkeit** der subjektiven Voraussetzungen („*Handelnde geben es nie zu*“).
- BGH: „*Die Anforderungen an die subjektiven Voraussetzungen der Vorschrift dürfen nicht überspannt werden*“.
- Praktisch bedeutsamste **Beweisanzeichen**:
 - **Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit.**
 - **Inkongruente Deckung**: Wenn der Gläubiger eine Befriedigung oder Sicherung erhalten hat, die er nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.

Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit aus Umständen

- „Der **Kenntnis von der zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners stehen die Umstände gleich, aus denen diese zwingend folgt.**“

(vgl. § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 130 Abs. 2 InsO, § 286 ZPO, BGH, Urt. v. 17.07.2003, Az. IX ZR 272/02; Kayser, NJW 2014, 422, 424).

BGH, Urt. v. 07.11.2013, Az. IX ZR 49/13 – Beweisanzeichen der drohenden Zahlungsunfähigkeit, Sozialversicherungsträger

- **Beweisanzeichen der zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit:**
 - Tilgt der Schuldner **Sozialversicherungsbeiträge über einen Zeitraum von zehn Monaten jeweils mit einer Verspätung von drei bis vier Wochen**, kann das Tatgericht zu der Würdigung gelangen, dass der Sozialversicherungsträger allein aus diesem Umstand **nicht auf eine Zahlungseinstellung** des Schuldners schließen musste.

BGH, Urt. v. 05.12.2013, Az. IX ZR 93/11 – Beweisanzeichen der drohenden Zahlungsunfähigkeit, Kündigungsandrohung

■ Sachverhalt:

- Die Hausbank hatte mehrfach die Kündigung der Kredite angedroht.
- Die Schuldnerin zahlte Mieten.
- Der Vermieterin waren aufgrund Personenidentität alle Vorgänge bekannt.

■ Entscheidung:

- Die auf Rückzahlung der Mieten gerichtete **Anfechtungsklage** des Insolvenzverwalters **hatte Erfolg**.
- Drohende Zahlungsunfähigkeit ist ein starkes Beweisanzeichen **auch in Kongruenzfällen**.
- Ausnahme: Aussicht auf baldige Überwindung der Krise. Es bedarf konkreter Umstände, dass die Krise abgewendet werden kann.

- **Praxistipp: Keine Kündigung androhen**, um das Beweisanzeichen der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit zu vermeiden.

Vermutung, dass der Schuldner weitere Gläubiger hat

- Dass ein Schuldner **weitere Gläubiger** hat, wird bei gewerblich tätigen Schuldnern **vermutet**.
- *„Ist der Schuldner unternehmerisch tätig, **muss der Gläubiger damit rechnen, dass** jedenfalls Arbeitnehmer, Sozialversicherungsträger bzw. Finanzämter als **weitere Gläubiger vorhanden sind**.“*

(BGH, Urt. v. 13.08.2009, Az. IX ZR 159/06; BGH, Urt. v. 25.10.2012, Az. IX ZR 117/11).

„Doppelte Vermutungsregelung“

■ „Doppelte Vermutungsregelung“:

*„Beweist der Insolvenzverwalter, dass der Anfechtungsgegner Umstände kannte, die zwingend auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit hindeuteten, greift § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO ebenfalls ein. Von einem Gläubiger, der solche Umstände kennt, ist - widerleglich - zu vermuten, dass er auch die drohende Zahlungsunfähigkeit **und die Benachteiligung der Gläubiger kennt**“.*

(BGH, Urt. v. 13.05.2004, Az. IX ZR 190/03; BGH, Urt. v. 17.02.2004, Az. IX ZR 318/01).

Praktisch kommt es nur noch auf die Umstände an, aus denen die drohende Zahlungsunfähigkeit folgt

■ Kayser, NJW 2014, 422, 424:

*„Wenn andere Gläubiger im Raum stehen – und dies wird bei gewerblich tätigen Schuldnern wiederum vermutet [...] – **kommt es bei § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO praktisch nur auf den ersten Teil der Vermutungsvoraussetzungen an, nämlich die Kenntnis von der zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners [...].**“*

Praktisch kommt es nur noch auf die Umstände an, aus denen die drohende Zahlungsunfähigkeit folgt

- Kayser, NJW 2014, 422, 425:

*„Die Augen sollten jedoch nicht vor folgender **wirklich naheliegender Erkenntnis** verschlossen werden:*

Der zweite Teil der Vermutungsgrundlage folgt bei lebensnaher Betrachtung regelmäßig aus dem ersten, wenn – was allerdings positiv festzustellen ist – der Schuldner gewerblich tätig ist.

Bei einem gewerblich tätigen, bekanntermaßen zahlungsunfähigen Schuldner ist nämlich bei der gebotenen lebensnahen Betrachtung mit weiteren Gläubigern mit ungedeckten Ansprüchen zu rechnen.“

Inkongruenz als Beweisanzeichen

- **Inkongruenz ist ein Beweisanzeichen für das Vorliegen des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes und der entsprechenden Kenntnis des Anfechtungsgegners**, soweit dieser die Inkongruenz erkannt hat.
- **Inkongruenz liegt vor, wenn** der Gläubiger eine Befriedigung oder Sicherung erhalten hat, die er
 - **nicht,**
 - **nicht in der Art oder**
 - **nicht zu der Zeit**zu beanspruchen hatte.

Inkongruenz als Beweisanzeichen

- BGH, Urt. v. 30.01.1997, Az. IX ZR 89/96, zu § 31 KO:

*„Der Grund dafür, dass Rechtsprechung und Rechtslehre die Gewährung einer inkongruenten Deckung nahezu einhellig als Beweisanzeichen [...] verstehen [...], liegt darin, dass **nach allgemeiner Erfahrung im Geschäftsverkehr Schuldner regelmäßig nicht bereit sind, anderes oder gar mehr zu leisten als sie schulden.***

Tun sie das dennoch, so müssen dafür im allgemeinen besondere Beweggründe vorliegen.

*Dies weiß auch der Leistungsempfänger; **eine solche Begünstigung muss in ihm den entsprechenden Verdacht wecken.***

Zugleich liegt es auf der Hand, dass** wegen der Bevorzugung einzelner Gläubiger über das Maß des ihnen von Rechts wegen Zustehenden hinaus **für andere Gläubiger entsprechend weniger übrigbleibt.“

Inkongruenz als Beweisanzeichen

- BGH, Urt. v. 30.01.1997, Az. IX ZR 89/96, zu § 31 KO:

*„Die Gewährung einer **inkongruenten Deckung ist ein Beweisanzeichen für die Gläubigerbenachteiligungsabsicht sowie deren Kenntnis** unabhängig davon, ob die Deckung schon vor einer drohenden Zahlungseinstellung gewährt wird.“*

- BGH, Urt. v. 30.09.1993, Az. IX ZR 227/92, zu § 31 KO:

*„Die Gewährung einer **inkongruenten Deckung deutet regelmäßig auf eine Benachteiligungsabsicht** des Gemeinschuldners hin.“*

- BGH, Urt. v. 26.03.1984, Az. II ZR 171/83:

*„Vielmehr liegt in der Tatsache, dass der Schuldner dem Gläubiger eine **inkongruente Deckung** verschafft hat, im allgemeinen ein **starkes Beweisanzeichen** für das Bewusstsein und den Willen, andere Gläubiger zu benachteiligen.“*

Inkongruenz als Beweisanzeichen, Stärke der Indizwirkung

- Die Stärke der Indizwirkung hängt von Art und Ausmaß der Inkongruenz ab (BGH, Urt. v. 18.12.2003, Az. IX ZR 199/02, NJW 2004, 1385).
- „Je geringer das Ausmaß der Inkongruenz ist, desto mehr tritt ihre Bedeutung als Beweisanzeichen zurück.“
(Kayser, NJW 2014, 422, 428).

Inkongruenz als Beweisanzeichen nur bei zweifelhafter Liquiditätslage

- „Typisierend wirkt die Inkongruenz nur dann, wenn sich der Schuldner zumindest in einer Liquiditätskrise befindet.“
- *Handelt der Schuldner in der durch objektive Tatsachen gestützten Überzeugung, alle seine Gläubiger in absehbarer Zeit befriedigen zu können, weil er im maßgeblichen Zeitpunkt (§ 140 InsO) zweifelsfrei liquide sei, so erregt eine abweichende Art der Befriedigung grds. keinen Verdacht.*
- *Ein Benachteiligungsvorsatz kann dann hieraus – jedenfalls allein – nicht abgeleitet werden.“*

(Kayser, NJW 2014, 422, 425; vgl. BGH, Urt. v. 25.10.2012, Az. IX ZR 117/11).

BGH, Urt. v. 07.11.2013, Az. IX ZR 248/12 – Inkongruenz als Beweisanzeichen nur bei zweifelhafter Liquiditätslage

■ **Sachverhalt:**

- Die Schuldnerin gewährte dem Kläger, ihrem Gesellschafter-Geschäftsführer, eine Pensionszusage.
- Zur Sicherung der Pensionszusage verpfändete die Schuldnerin anschließend Versicherungen, die ihr zustanden.
- Die Versicherungen liefen ab.
- Der Kläger übertrug seine Geschäftsanteile u.a. auf seinen Sohn.
- Die Schuldnerin bestellte dem Kläger dabei zur Sicherung seiner Pensionsansprüche eine Grundschuld an ihrem Grundstück.
- Der Kläger macht gegenüber dem Insolvenzverwalter ein Absonderungsrecht geltend.

BGH, Urt. v. 07.11.2013, Az. IX ZR 248/12 – Inkongruenz als Beweisanzeichen nur bei zweifelhafter Liquiditätslage

■ **Entscheidung:**

- Der BGH hat das Bestehen eines Absonderungsrechts bejaht.
- Die Grundschuldbestellung ist nicht wegen Vorsatzanfechtung anfechtbar.
- Das **Beweisanzeichen der Inkongruenz greift nicht ein:**
 - Die Grundschuld war an die Stelle der ausgelaufenen ersten Sicherheit getreten. Schon diese war inkongruent, denn sie war nachträglich gewährt worden, ohne dass darauf ein Anspruch bestand.
 - **Ein Beweisanzeichen stellt die Inkongruenz nur dar, wenn die Wirkungen der Rechtshandlung zu einem Zeitpunkt eintreten (§ 140 InsO), als zumindest aus der Sicht des Empfängers der Leistung Anlass bestand, an der Liquidität des Schuldners zu zweifeln.**

BGH, Urt. v. 07.11.2013, Az. IX ZR 248/12 – Inkongruenz als Beweisanzeichen nur bei zweifelhafter Liquiditätslage

- Der auslösende Umstand für die **Indizwirkung der Inkongruenz** liegt in der **ernsthaften Besorgnis bevorstehender Zahlungskürzungen** oder -stockungen (= ernsthafte Zweifel an der Liquiditätslage), weil sich damit die Gefährdung anderer, nicht in gleicher Weise begünstigter Gläubiger aufdrängt.
- Nur dann greift (im Sinne der Begründung der Indizwirkung der Inkongruenz) der **Erfahrungssatz, dass nach allgemeiner Erfahrung im Geschäftsverkehr Schuldner regelmäßig nicht bereit sind, anderes oder gar mehr zu leisten als sie schulden.**

BGH, Urt. v. 07.11.2013, Az. IX ZR 248/12 – Inkongruenz als Beweisanzeichen nur bei zweifelhafter Liquiditätslage

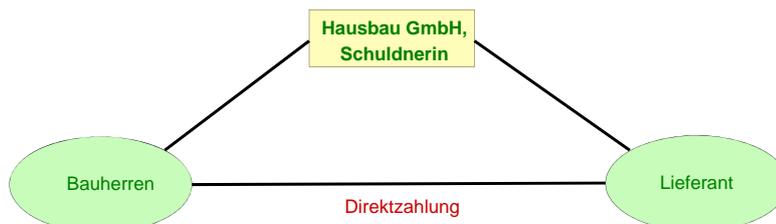
- Auch das **Beweisanzeichen der gezielten Gewährung eines Sondervorteils greift nicht ein:**
 - Indizwirkung hat die gezielte Gewährung eines Sondervorteils nur, wenn eine besondere Sicherung aufschiebend bedingt gerade für den Fall der Insolvenz vereinbart wird, um das Sicherungsgut für diesen Fall zu entziehen.
 - Die Erkenntnis, dass auch die sofort wirksame Sicherheit erst in der Krise wirtschaftlich bedeutsam werden wird, reicht nicht aus.

Inkongruenz als Beweisanzeichen auch bei Drohung mit Insolvenzantragstellung

- **„Inkongruent ist die Zahlung zur Abwendung eines gestellten oder unmittelbar angedrohten Insolvenzantrags. [...] Die Inkongruenz ergibt sich hier aus dem Missbrauchsgedanken. Wer das Instrument des Insolvenzantrags zur Durchsetzung von eigenen Ansprüchen „missbraucht“, erhält eine Leistung, die ihm nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung auf diesem Wege nicht zukommen soll.“**
 (Kayser, NJW 2014, 422, 426; BGH, Urt. v. 18.12.2003, Az. IX ZR 199/02, NJW 2004, 1385).
- **Praxistipp: Keine Insolvenzantragstellung androhen, um das Beweisanzeichen der Inkongruenz zu vermeiden.**

BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13 – Direktzahlung ausnahmsweise als kongruente Deckung

- **„Trifft ein zahlungsunfähiger Schuldner mit seinem Auftraggeber (Bauherrn) und seinem Lieferanten vor der Fälligkeit der nächsten Werklohnrate die Vereinbarung, dass der Kaufpreis für die von dem Lieferanten zu liefernden Bauteile von dem Auftraggeber vor der Lieferung direkt gezahlt werde, kann in der vom Schuldner veranlassten Direktzahlung eine kongruente Deckung liegen und der Schuldner trotz erkannter Zahlungsunfähigkeit ohne Benachteiligungsvorsatz handeln.“**
 (BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13, Leitsatz).



BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13 – Direktzahlung ausnahmsweise als kongruente Deckung

- **Gläubigerbenachteiligung liegt vor:**
 - Die Masse ist durch die Zahlungen der Bauherren an den Lieferanten verkürzt worden.
 - Grund: Die Direktzahlung ist mit Einwilligung der Schuldnerin erfolgt.
 - Dadurch sind die Werklohnforderungen der Schuldnerin gegenüber dem Lieferanten erloschen.
 - Ob der Lieferant ohne Vereinbarung der Direktzahlung die Lieferung hätte verweigern können, ist unerheblich. Für hypothetische, nur gedachte Kausalverläufe ist kein Raum.

BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13 – Direktzahlung ausnahmsweise als kongruente Deckung

- **Keine Inkongruenzanfechtung** gem. § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO (und aus ähnlichen Gründen auch keine Vorsatzanfechtung gem. § 133 InsO):
 - Die Direktzahlungen sind zwar im letzten Monat vor Antragstellung erfolgt.
 - Die Direktzahlungen sind aber **kongruente** Rechtshandlungen.
 - **Grundsätzlich ist eine Direktzahlung allerdings inkongruent**
 - **Lieferanten/Subunternehmer haben regelmäßig keinen Anspruch gegen den Schuldner auf Zahlung des Kaufpreises/Werklohns durch den Bauherrn.**

Hierzu BGH, Urt. v. 20.01.2011, Az. IX ZR 58/10, NJW-RR 2011, 630, Leitsatz:

„Die auf Anweisung des zahlungsunfähigen Zwischenmieters erfolgte Direktzahlung des Endmieters an den Vermieter gewährt diesem eine inkongruente Deckung, welche die Gläubiger des Zwischenmieters objektiv benachteiligt.“

BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13 – Direktzahlung ausnahmsweise als kongruente Deckung

- Im aktuellen Fall BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13 haben die Schuldnerin, die Bauherren und der beklagte Lieferant aber **die ursprünglichen Verträge abgeändert**.
- Sie haben **in einer dreiseitigen Vereinbarung** geregelt, dass die Bauherren **Direktzahlung** vornehmen.
- **Nach dieser Vereinbarung** waren die Direktzahlungen der Bauherren **kongruent, weil** sie von der Schuldnerin in dieser Weise **geschuldet** waren.

BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13 – Direktzahlung ausnahmsweise als kongruente Deckung

- Ein **Abänderungsvertrag** ist zwar **keine wirksame Kongruenzvereinbarung, wenn er seinerseits anfechtbar ist**.

Hierzu BGH, Urt. v. 07.05.2013, Az. IX ZR 113/10, NZI 2013, 888:

*„Der **Abänderungsvertrag** stellt jedoch **keine wirksame Kongruenzvereinbarung für die spätere Zahlung** dar, wenn die Schuldnerin zum Zeitpunkt ihrer Vereinbarung bereits zahlungsunfähig und deshalb die Abänderungsvereinbarung selbst gem. § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar war. [...].*

Die Abänderungsvereinbarung war selbst inkongruent, weil die Beklagte ihren Abschluss nicht verlangen konnte.“

BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13 – Direktzahlung ausnahmsweise als kongruente Deckung

- Der dreiseitige **Abänderungsvertrag ist im aktuellen Fall** BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13 **aber nicht anfechtbar**.
- Der dreiseitige Abänderungsvertrag ist nicht gem. §§ 130, 131 InsO anfechtbar, weil er **keine Deckungshandlung** darstellt.
- Vertragsparteien **können den Inhalt ihrer Vereinbarungen noch abändern, ohne den Charakter der Bardeckung zu gefährden, wenn sie die Abänderungsvereinbarung treffen, bevor die erste Leistung eines Vertragsteils erbracht worden ist**.

Hierzu BGH, Urt. v. 10.05.2007, Az. IX ZR 146/05, NZI 2007, 456, Rn. 14:

„Maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen eines Bargeschäfts ist derjenige, in dem die zeitlich erste Leistung eines Vertragsteils erbracht wird. Bis dahin können die Beteiligten den Inhalt ihrer Vereinbarungen noch abändern, ohne den Charakter der Bardeckung zu gefährden.“

BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13 – Direktzahlung ausnahmsweise als kongruente Deckung

- Diese Voraussetzungen waren im **aktuellen Fall** BGH v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13 **erfüllt**.
- Der dreiseitige **Abänderungsvertrag wurde geschlossen, bevor** der Lieferant an die Schuldnerin geliefert und bevor die Schuldnerin an den Lieferanten gezahlt hatte.
- Der dreiseitige Abänderungsvertrag hatte Bardeckungen gem. § 142 InsO zum Ziel.

Gesamtwürdigung

- **Das Vorliegen von Beweisanzeichen** (Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit, Inkongruenz) führt **nicht automatisch zur Vorsatzanfechtung**.
- Vielmehr ist eine **Gesamtwürdigung erforderlich**.
- Kayser, NJW 2014, 422, 424:

*„Gleichwohl **können anfechtungswürdige von anfechtungsrechtlich unbedenklichen Fällen getrennt und kann die von der Gläubigerseite mit Recht eingeforderte Balance gewahrt werden.***

*Die vom BGH nunmehr in ständiger Rechtsprechung eingeforderte **Gesamtwürdigung ermöglicht es dem Anfechtungsgegner etwa, bei geschäftsüblichen Zahlungen auf erhaltene Lieferungen und Leistungen im laufenden Geschäftsbetrieb entlastende Indizien aus seiner Sphäre vorzutragen und notfalls zu beweisen.***“

Gesamtwürdigung, Probleme

- **Probleme bei der Gesamtwürdigung:**
 - **Manche Instanzgerichte scheinen mit der Gesamtwürdigung etwas überfordert zu sein und scheinen die Beweisregeln schematisch anzuwenden.**
 - **Manchem Anfechtungsgegner mutet es durchaus erstaunlich an, was er in Folge der Beweisregeln alles angeblich gewusst haben soll.**
 - **Praktisch läuft die Möglichkeit, entlastende Indizien vorzutragen, angesichts der weitreichenden Beweisregeln und angesichts des teilweise fehlenden Einblicks in die finanziellen Verhältnisse des Schuldners teilweise leer.**
 - Im praktischen Ergebnis läuft es teilweise auf einen **Negativbeweis** hinaus. **Einen Negativbeweis zu führen, fällt naturgemäß schwer.**

Gesamtwürdigung

- Kayser, NJW 2014, 422, 427:

*„Die **Notwendigkeit einer Gesamtwürdigung** war bei ständiger Betonung der Indizwirkungen durch den BGH in den Hintergrund getreten.*

Im Blick hierauf sah der IX. Zivilsenat vor einigen Jahren Veranlassung, das sich zunehmend ausbreitende Missverständnis auszuräumen.“

Gesamtwürdigung

- Hierzu **BGH**, Urt. v. 13.08.2009, Az. IX ZR 159/06 m.w.N.:

*„Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass solche Tatsachen nur mehr oder weniger gewichtige Beweisanzeichen darstellen, die eine **Gesamtwürdigung nicht entbehrlich machen und nicht schematisch** im Sinne einer vom anderen Teil zu widerlegenden Vermutung angewandt werden dürfen.*

Die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung hat der Tatrichter gem. § 286 ZPO unter Würdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage des Gesamtergebnisses der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme zu prüfen [...].

Soweit frühere Entscheidungen des Senats anders verstanden werden könnten, wird daran nicht festgehalten.“

Gesamtwürdigung, Entkräftung des Vermutungstatbestandes

- Entkräftung des Vermutungstatbestands und Widerlegung der Vermutung sind insbesondere möglich durch:
 - Bargeschäftsähnliche Lage.
 - Ernsthaftes Sanierungskonzept.
 - Zeitlicher Abstand zwischen Leistung und Insolvenzantrag.

Entkräftung des Vermutungstatbestands durch bargeschäftsähnliche Lage

- Kayser, NJW 2014, 422, 427 (ähnlich Kayser, WM 2013, 293):

*„Der Anfechtungsgegner kann sich auch im Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung darauf berufen, die angefochtene Leistung sei von ihm **in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit einer gleichwertigen Gegenleistung** an die künftige Masse erlangt worden. [...]*

Alltägliche Warenlieferungen oder Geschäfte geraten daher entgegen der Befürchtungen der Verbände in ihrem Positionspapier nicht zwangsläufig in den Anfechtungsfokus. [...]

Begleitet der Schuldner hingegen aufgelaufene Zahlungsrückstände, fehlt es an einem vertraglichen Austauschverhältnis oder ist die in die spätere Masse fließende Leistung nicht in etwa gleichwertig und fehlend andere gegen den Vorsatz sprechende Indizien, **setzen sich etwaige starke Beweisanzeichen im Rahmen der Beweiswürdigung durch.**

Bargeschäft, § 142 InsO

- **Nochmals: Kein gesetzlicher Bargeschäftseinwand bei der Vorsatzanfechtung.**
- **Dennoch: Bargeschäft ist Indiz für Fehlen der subjektiven Voraussetzungen.**
- **§ 142 InsO kodifiziert** den schon früher geltenden Grundsatz, dass **Bargeschäfte keine Benachteiligung** der Insolvenzgläubiger darstellen:
 - Leistung und Gegenleistung bleiben für die Beurteilung der Nachteiligkeit verknüpft (bzw. insoweit **greift eben doch Vorteilsausgleichung ein**):
„Die Benachteiligung durch die Leistung des Schuldners bleibt hier außer Betracht, da sie durch die Gegenleistung wieder ausgeglichen wird.“

(Uhlenbruck § 142 Rz. 3; RGZ 100, 62, 64; BGH ZIP 1993, 1653).

Bargeschäft, § 142 InsO – Voraussetzung von Bargeschäften

- **Voraussetzung von Bargeschäften** gem. § 142 InsO:
 - **Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung** (Wortlaut: „...für die ...“) → Kein Bargeschäft bei abweichender Leistung ohne vorherige Änderung der Parteivereinbarung (BGH ZIP 1992, 778, 780).
 - **Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung** („Klassiker“: Ausgewogener Kaufvertrag, z.B. aber auch bei Sanierungs-Darlehen gegen angemessene Sicherheit (Uhlenbruck § 142 Rn. 9 f.), kein Bargeschäft dagegen bei deutlicher Übersicherung).
 - **Austausch gleichwertiger Leistungen Zug um Zug oder mit nur geringer zeitlicher Differenz** → ein bis zwei Wochen (BGH NJW 2001, 1650 zu Saldierungen im Kontokorrent: Bargeschäft, wenn die Bank den Kredit zurückführende Eingänge auf debitorischem Konto verrechnet und dabei im zeitlichen Zusammenhang Verfügungen, die die Valutierung wieder erhöhen, in gleichem Umfang zulässt).

Bargeschäft, § 142 InsO – Mittelbare Gläubigerbenachteiligung

- Bei Vorsatzanfechtungen reicht **mittelbare Gläubigerbenachteiligung** aus, die auch nach Austausch gleichwertiger Leistungen noch eintreten kann („**Verflüchtigung**“).
- Daher greift keine Privilegierung ein, wenn trotz Bargeschäfts Vorsatz bzgl. der Gläubigerbenachteiligung vorliegt.
- Gläubigerbenachteiligung schwer nachweisbar bei gleichwertigen Leistungen (Uhlenbruck, § 142 Rn. 3; BGH, Urt. v. 10.07.1997, Az. IX ZR 234/96).

BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13 – Leistungsaustausch ähnlich Bargeschäft

- Dreiseitiger Abänderungsvertrag vor Leistungserbringung.
- Das **Beweisanzeichen der Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit greift nicht ein.**
- **Keine gesetzlicher Bargeschäftseinwand** bei der Vorsatzanfechtung.
- **§ 142 InsO, Bargeschäft:**

„Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 gegeben sind.“

**BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13 – Leistungsaustausch
ähnlich Bargeschäft**

- Dennoch gilt im Rahmen der Vorsatzanfechtung:
 - Soweit eine **Bardeckung** vorliegt, bildet sie **ein Indiz für das Fehlen der subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung.**
 - **Hierdurch wird dem anfechtenden Insolvenzverwalter der Beweis** des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes und der Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon **erschwert.**
- **„Ein Schuldner handelt in der Regel nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wenn er eine kongruente Gegenleistung für die von ihm empfangene Leistung erbringt, welche zur Fortführung seines eigenen Unternehmens nötig ist und damit den Gläubigern im allgemeinen nützt.“**

(BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13; BGH, Urt. v. 10.07.2014, Az. IX ZR 192/13; BGH, Urt. v. 10.07.2014, Az. IX ZR 280/13, Rn. 24; BGH, Urt. v. 10.07.1997, Az. IX ZR 234/96; BGH, Urt. v. 16.07.2009, Az. IX ZR 28/07).

**BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13 – Leistungsaustausch
ähnlich Bargeschäft**

- **„Der subjektive Tatbestand kann mithin entfallen, wenn im unmittelbaren Zusammenhang mit den potentiell anfechtbaren Rechtshandlungen eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, also ein Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft stattfindet.“**

(BGH, Urt. v. 17.07.2014, Az. IX ZR 240/13, Rn. 29).

**BAG, Urt. v. 06.10.2011, Az. 6 AZR 262/10 –
Bargeschäftseinwand für Lohnzahlungen**

- **Leitsatz 1:** „Zahl der Arbeitgeber in der Krise **Arbeitsentgelt für vom Arbeitnehmer in den vorhergehenden drei Monaten erbrachte Arbeitsleistungen**, liegt grds. ein Bargeschäft im Sinne von § 142 InsO vor.“
- Rn. 16: „Bei verspäteten Entgeltzahlungen des Arbeitgebers **überzeugt** für die Frage eines Bargeschäfts auch die Heranziehung der in § 286 Abs. 3 Satz 1 BGB geregelten **Verzugsfrist von 30 Tagen nicht**.“
- Rn. 17: Als „**rechtstatsächliches Argument**“ spricht für eine längere **Frist**, „dass in nicht wenigen Branchen eine **verzögerte Zahlung der Vergütung schon fast die Regel ist**.“
- Rn. 17: „**Nach der Verkehrsanschauung [sind] Entgeltzahlungen von Arbeitgebern in den letzten drei Monaten [...] noch Leistungen im engen zeitlichen Zusammenhang**.“
 - **Argument:** Arbeitnehmer sehen diese im Hinblick auf den in § 138 Abs. 1 Satz 1 SGB III festgesetzten **Insolvenzgeldzeitraum** zumeist als abgesichert an.

**BAG, Urt. v. 29.01.2014, Az. 6 AZR 345/12 –
Bargeschäftseinwand für Lohnzahlungen**

- Die Revision des Insolvenzverwalters war **nicht** begründet.
- Rn. 17: „**Der Gesetzgeber [der InsO] hat bei der Abschaffung des Arbeitnehmerprivilegs** möglicherweise das aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG folgende Grundrecht auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen **Existenzminimums nicht berücksichtigt**.
Das könnte es i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG bei kongruenten Deckungen, zumal bei Zahlungen im Rahmen eines Bargeschäfts oder in bargeschäftsähnlicher Lage, gebieten, das Existenzminimum vom Zugriff des Insolvenzverwalters freizustellen [...].“
- Rn. 40: Der **Arbeitnehmer kann dem Anfechtungsrisiko letztlich nicht ausweichen**.

**BAG, Urt. v. 27.02.2014, Az. 6 AZR 367/13 –
Bargeschäftseinwand für Lohnzahlungen**

- Die Revision des Insolvenzverwalters war **begründet**.
- Rn. 9: Der Rückforderungsanspruch begegnet **keinen verfassungsrechtlichen Bedenken**.
- Rn. 12, 16: Der Beklagte hat eine **inkongruente Deckung** erlangt. Die Schuldnerin hat erst auf **Druck der Zwangsvollstreckung** gezahlt.
- Rn. 31: Bei den hier bestehenden Lohnrückständen **hätte der Beklagte kündigen und Arbeitslosengeld beanspruchen können**.

**BGH, Urt. v. 10.07.2014, Az. IX ZR 192/13 –
Bargeschäftseinwand für Lohnzahlungen**

■ **Leitsätze 1 und 2:**

*„Ist der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig, genießen **Lohnzahlungen** seines insolventen Arbeitgebers, die **binnen 30 Tagen nach Fälligkeit** bewirkt werden, das **Bargeschäftsprivileg**.*

*Die einen Benachteiligungsvorsatz und seine Kenntnis nahelegenden **Beweisanzeichen können zurücktreten**, wenn der Schuldner eine **kongruente Leistung Zug um Zug** gegen eine zur Fortführung seines eigenen Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht hat, die den Gläubigern im allgemeinen nützt. **Zu den für die Unternehmensfortführung unverzichtbaren Gegenleistungen gehört auch die Tätigkeit der Arbeitnehmer.**“*

BGH, Urt. v. 10.07.2014, Az. IX ZR 192/13 – Bargeschäftseinwand für Lohnzahlungen

■ Sachverhalt:

- Die Lohnzahlungen waren am 10. des Folgemonats fällig.
- Der Arbeitnehmer = Anfechtungsgegner hat im November und Dezember 2010 gearbeitet, aber erst am 05.01.2011 eine Teilzahlung von EUR 2.000,00 erhalten.

■ Entscheidung:

- Die Revision des Insolvenzverwalters war nicht begründet.
- Rn. 34:

*„Diese aus § 286 Abs. 3 BGB für die Annahme eines Bargeschäfts bei der Zahlung der Anwaltsvergütung hergeleiteten Grundsätze können mit der Modifizierung, dass die **Frist von 30 Tagen nicht ab Beginn der Tätigkeit, sondern ab Fälligkeit der Vergütung** zu berechnen ist, auf die Gewährung von Arbeitsentgelten bei monatlicher Lohnzahlung übertragen werden.“*

BGH, Urt. v. 10.07.2014, Az. IX ZR 192/13 – Bargeschäftseinwand für Lohnzahlungen

- Als **obiter dictum (nicht entscheidungserheblich)** finden sich in BGH, Urt. v. 10.07.2014, Az. IX ZR 192/13 **Erläuterungen, warum die Rechtsprechung des BAG** (Urt. v. 06.10.2011, Az. 6 AZR 262/10) **unzutreffend sei**, welche ein Bargeschäft bejaht, wenn der Arbeitgeber in der Krise Arbeitsentgelt für Arbeitsleistungen zahlt, die der Arbeitnehmer in den vorhergehenden drei Monaten erbracht hat. Denn, so der BGH:
 - **Verzögerte Lohnzahlungen** in bestimmten Branchen seien **nicht der Maßstab** für ein Bargeschäft.
 - **Arbeitnehmer genießen keine Vorrechte** ggü. anderen Gläubigern.
 - **Sozialpolitische Gründe erlauben** dem BAG **keine Bevorzugung** von Arbeitnehmern.

BGH, Urt. v. 10.07.2014, Az. IX ZR 192/13 – Bargeschäftseinwand für Lohnzahlungen

- Das Urteil des BGH vom 10.07.2014, Az. IX ZR 192/13 ist tendenziell **anfechtungsfeindlich**, indem es für die 30 Tage **nicht an den Beginn der Arbeitstätigkeit anknüpft, sondern an die Fälligkeit der Lohnzahlung**.
- Der BGH musste den **Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe** des Bundes (vgl. Art. 95 Abs. 3 GG) **nicht anrufen**. Dazu wäre er nur verpflichtet gewesen, wenn er in einer Rechtsfrage von einer Entscheidung des BAG abweichen möchte.
- **Die Frage** der von BGH und BAG unterschiedlich bewerteten Anfechtungsfrist war im Urteil des BGH vom 10.07.2014, Az. IX ZR 192/13 aber **nicht entscheidungserheblich**.
- **Auch unter Zugrundelegung der Ansicht des BAG wäre die Revision unbegründet gewesen**.

BGH, Urt. v. 10.07.2014, Az. IX ZR 192/13 – Bargeschäftseinwand für Lohnzahlungen

- Hierzu Stephan Ries, EWiR 2014 (noch nicht veröffentlicht):
 - **Zu hinterfragen ist**, ob die Zahlung der späteren Masse wenigstens per Saldo ein gleichwertiges Substrat erbrachte.
 - Haben Arbeitnehmer zwar außerhalb des Bargeschäftszeitraums Lohnzahlungen erhalten, jedoch allein deshalb [weiter gearbeitet], so war die **Lohnzahlung im Zweifel nicht nachteilig**.
 - **Der gewiefte Arbeitgeber wird** von der gesetzlichen Tilgungsreihenfolge abweichen und **bargeschäftsgleich nur auf neue Schulden zahlen**.
 - Dagegen **reißt der Arbeitgeber, der zuerst die alten Schulden zahlt, die Arbeitnehmer in die Anfechtung**.

Sanierungsvergleich kann Vorsatzanfechtung ausschließen

- Kayser, NJW 2014, 422, 424:

*„Nicht per se verdachtsauslösend ist der Abschluss eines **seriösen Sanierungsvergleichs** mit Gläubigern, die dann auf gesicherter Grundlage Leistungen erhalten sollen, die nicht der Vorsatzanfechtung unterliegen, weil die Beteiligten mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit rechnen durften.“*

BGH, Urt. v. 08.12.2011, Az. IX ZR 145/09 – Inkongruenz als Beweisanzeichen nicht bei ernsthaftem Sanierungskonzept

- Sachverhalt:

- Die Schuldnerin war insolvenzreif. Sie versuchte mit Hilfe eines Unternehmensberaters, bei den Gläubigerbanken einen teilweisen Forderungsverzicht zu erreichen. Die Schuldnerin verpflichtete sich gegenüber der beklagten Bank, 16% des Darlehens zzgl. Zinsrückständen zu bezahlen. Der Rest sollte erlassen werden. Der Vergleich stand unter dem Vorbehalt, dass die Schuldnerin mit keiner anderen Bank einen günstigeren Vergleich abschließt. Die Schuldnerin zahlte den Vergleichsbetrag am 20.04. **Zu einem Vergleich mit anderen Banken kam es nicht mehr.** Am 08.11. stellte die Schuldnerin Insolvenzantrag.
- Der Insolvenzverwalter verlangt die Rückzahlung.
- BGH: **Das Berufungsgericht hätte die auf Vorsatzanfechtung gestützte Klage nicht abweisen dürfen.** Die Sache war jedoch noch nicht zur Endentscheidung reif.

BGH, Urt. v. 08.12.2011, Az. IX ZR 145/09 – Inkongruenz als Beweisanzeichen nicht bei ernsthaftem Sanierungskonzept

- Der Vorsatz als subjektives Tatbestandsmerkmal kann regelmäßig nur mittelbar aus objektiven Tatsachen (Beweisanzeichen) hergeleitet werden.
- Eines der erheblichen **Beweisanzeichen ist die Inkongruenz.**
- Die Zahlungsverpflichtung der Schuldnerin war inkongruent, weil die Bank **aus dem ungekündigten Darlehen keine Zahlung** verlangen konnte.
- Die **Indizwirkung der Inkongruenz kann durch die Umstände des Einzelfalles ausgeschlossen sein:**
 - Die **angefochtene Rechtshandlung kann von einem anderen, anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet sein**, bei dem das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger in den Hintergrund tritt.
 - Hierzu gehört insbesondere die **Gewährung einer inkongruenten Befriedigung als Bestandteil eines ernsthaften, letztlich aber fehlgeschlagenen Sanierungsversuchs.**

BGH, Urt. v. 08.12.2011, Az. IX ZR 145/09 – Inkongruenz als Beweisanzeichen nicht bei ernsthaftem Sanierungskonzept

- Anforderungen an den Sanierungsversuch:
 - Die **bloße Hoffnung des Schuldners auf eine Sanierung räumt den Vorsatz nicht aus**, wenn die Bemühungen über die Entwicklung von Plänen und die Erörterung von Hilfsmöglichkeiten nicht hinausgekommen sind.
 - Es muss ein **schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept** vorliegen. Dieses muss
 - in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden sein und
 - die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigen.
 - Der Sanierungsversuch **kann auch aussichtsreich sein, wenn sich die beabsichtigte Maßnahme nicht auf alle Gläubiger erstreckt.** Das ist z.B. der Fall, wenn umfangreiche Forderungsverzichte der Banken dem Schuldner neue Liquidität verschaffen sollen, um die übrigen Gläubiger vollständig zu befriedigen.

BGH, Urt. v. 08.12.2011, Az. IX ZR 145/09 – Inkongruenz als Beweisanzeichen nicht bei ernsthaftem Sanierungskonzept

- Im konkreten Streitfall **scheiterte die Entkräftung der Indizwirkung an Folgendem:**
 - Weder die wesentlichen Grundlagen noch der wesentliche Inhalt des Sanierungskonzepts waren festgestellt.
 - Es war unklar, ob selbst bei Realisierung des Sanierungskonzepts die übrigen Gläubiger vollständig befriedigt werden können.
 - **Für die begründete Erwartung**, dass die vorgesehenen Vereinbarungen mit den übrigen Banken zustande kämen und erfüllt werden könnten, **war nichts festgestellt.**

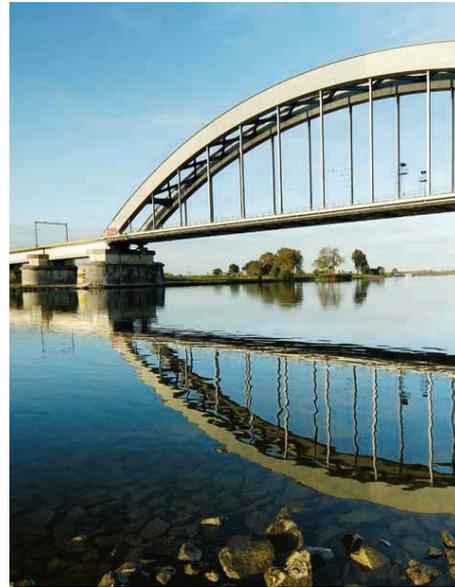
Inkongruenz als Beweisanzeichen nicht bei zeitlichem Abstand zwischen Leistung und Insolvenzantrag

- **Die Indizwirkung einer inkongruenten Deckung fällt umso weniger ins Gewicht, je länger die Handlung vor der Verfahrenseröffnung liegt.**

(Kayser, NJW 2014, 422, 428; BGH, Urt. v. 18.12.2003, Az. IX ZR 199/02, NJW 2004, 1385; BAG, Urt. v. 12.09.2013, Az. 6 AZR 980/11, Rn. 56).
- **Es spricht viel für die Annahme, dass sich das Indiz der Inkongruenz durch den längeren Fortbestand des Unternehmens praktisch von selbst widerlegt** (vgl. Kayser, NJW 2014, 422, 428).
- *„Die Wirkungen der Inkongruenz entfallen sogar ganz, wenn die Handlung bereits zu einer Zeit vorgenommen wird, in welcher noch keine ernsthaften Zweifel an der Liquidität des Schuldners bestehen oder aus Sicht des Zahlungsempfängers zu bestehen scheinen.“*

(Kayser, NJW 2014, 422, 428; BGH, Urt. v. 18.12.2003, Az. IX ZR 199/02, NJW 2004, 1385; BAG, Urt. v. 12.09.2013, Az. 6 AZR 980/11, Rn. 56).

B. Stand der Reformdiskussion



Koalitionsvertrag vom 16.12.2013

DEUTSCHLANDS ZUKUNFT GESTALTEN

KOALITIONSVERTRAG ZWISCHEN CDU, CSU UND SPD

■ Koalitionsvertrag vom 16.12.2013, S. 19, „Rechtsrahmen“:

„[...] Zudem werden wir **das Insolvenzanfechtungsrecht im Interesse der Planungssicherheit des Geschäftsverkehrs sowie des Vertrauens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in ausgezahlte Löhne auf den Prüfstand stellen.**“

Bundesjustizminister, Interview im INDAT Report 02/2014

INDAT-REPORT

RESTRUKTURIERUNG_SANIERUNG_INSOLVENZ



Nutzen mehrten und Schaden abwenden: Bereit zu Korrekturen im Anfechtungsrecht

Titel

→ Interview mit Bundesjustizminister Heiko Maas zur Vorsatzanfechtung und zu weiteren Plänen im Insolvenzrecht

Berater & Kanzleien

RA Prof. Dr. Georg Streit (Heuking Kühn Lüer Wojtek)

Standpunkt von RAin Dr. Helena Melnikov (BGA e.V.)

Entwicklung der Vorsatzanfechtung schädigt deutsche Wirtschaft

RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER

Berlin Brüssel Chemnitz Düsseldorf Frankfurt Hamburg Köln München Zürich

Bundesjustizminister, Interview im INDAT Report 02/2014

■ Bundesjustizminister Heiko Maas:

„Fest steht, dass die Anwendung des Insolvenzanfechtungsrechts in der Praxis zumindest in einigen Fallkonstellationen zu Ergebnissen führt, bei denen man sich fragen kann, ob den legitimen Erwartungen und Interessen der in Anspruch genommenen Beteiligten noch hinreichend Rechnung getragen wird.

Das müssen wir ernst nehmen, da wir den Rechtsverkehr nicht mit Unsicherheiten belasten wollen, die sich aus der Zielsetzung des Insolvenzanfechtungsrechts heraus nicht fechtfertigen lassen.“

RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER

Berlin Brüssel Chemnitz Düsseldorf Frankfurt Hamburg Köln München Zürich

Bundesjustizminister, Interview im INDAT Report 02/2014

*„Klar ist aber auch, dass das **Anfechtungsrecht ein integraler und unverzichtbarer Bestandteil unseres Insolvenzrechts ist, der als solcher nicht zur Disposition stehen darf**: Ohne das Instrument der Insolvenzanfechtung ließe sich der **Anspruch des Insolvenzrechts, alle Gläubiger gleich zu behandeln**, in der Praxis nicht einlösen.*

*Es muss deshalb darum gehen, dass **das Anfechtungsrecht in seiner konkreten gesetzlichen Ausgestaltung und in seiner praktischen Anwendung einen angemessenen Ausgleich** zwischen den Interessen der Betroffenen leistet.“*

Bundesjustizminister, Interview im INDAT Report 02/2014

„Die maßgeblichen Wertungsgesichtspunkte sind dabei im geltenden Recht angelegt:

- *Je weiter der zeitliche Abstand der angefochtenen Handlung zu dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens,*
- *je weniger der Schuldner eine Benachteiligung seiner Gläubiger gewollt oder zu ihr beigetragen hat,*
- *je geringer das Wissen des Leistungsempfängers von der finanziellen Schieflage des Schuldners sowie der Gläubigerbenachteiligung gewesen ist und*
- *je stärker die empfangene Leistung im Zusammenhang mit einer an den Schuldner erbrachten Gegenleistung gestanden hat,*

desto schutzwürdiger ist der Leistungsempfänger und desto strenger sind die Voraussetzungen für eine Insolvenzanfechtung zu fassen.“

Bundesjustizminister, Interview im INDAT Report 02/2014

„Ziel der Überprüfung des Anfechtungsrechts ist es, diese Wertungsgesichtspunkte regelungstechnisch in kohärenter Weise umzusetzen und damit zu verhindern, dass das Anfechtungsrecht zu unbilligen Ergebnissen führt.“

Bundesjustizminister, Rede beim Insolvenzrechtstag

- Bundesjustizminister Heiko Maas, Rede beim 11. Deutschen Insolvenzrechtstag am 03.04.2014, ZInsO 2014, 819:

*„Wir müssen auch die Geschäftsleute vor unkalkulierbaren Risiken schützen. **Wer heute seinem Geschäftspartner einen Zahlungsaufschub gewährt, der soll nicht fünf Jahre später dafür mit einer Insolvenzanfechtung büßen müssen. [...]***

*Gerade weil diese Materie eine so hohe wirtschaftliche Bedeutung für die Beteiligten hat, brauchen wir eine sorgfältige Analyse und eine **Gesamtlösung, deren Wertungen sich in das Insolvenzrecht systematisch einfügen.** Daran werden wir jetzt arbeiten. Gründlich, aber ohne das auf die lange Bank zu schieben.“*

Eckpunktepapier des BMJV vom 10.09.2014 zum Anfechtungsrecht

- Das Eckpunktepapier formuliert keine Paragraphen, sondern Regelungsvorschläge:
 - Kodifizierung der Rechtsprechung des BAG zum Bargeschäft: Lohnzahlungen als Bargeschäft, wenn die damit entgeltene Arbeitsleistung nicht länger als drei Monate zurück liegt.
 - Vollständige Neufassung des § 133 InsO:
 - Grundtatbestand soll die „unlautere Benachteiligung“ sein.
 - Unlauterkeit soll in Fallgruppen konkretisiert werden:

Eckpunktepapier des BMJV vom 10.09.2014 zum Anfechtungsrecht

- Drei Fallgruppen für die Unlauterkeit:
 - Erste Fallgruppe für die Unlauterkeit:
 - Bei (kongruenten und inkongruenten) Deckungen liegt Unlauterkeit (nur) vor, wenn der Schuldner die Deckung gewährt hat
 - In Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit
 - Außerhalb eines ernsthaften Sanierungsversuchs
 - Ohne dass eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt wäre, die zur Fortführung seines Unternehmens oder zur Sicherung seines Lebensbedarfs erforderlich war,
 - und der Anfechtungsgegner alle diese Unlauterkeitsmerkmale positiv gekannt hat.

Eckpunktepapier des BMJV vom 10.09.2014 zum Anfechtungsrecht

- **Zweite Fallgruppe für die Unlauterkeit:**
 - **Bei anderen Schuldnerhandlungen als Deckungen soll es bei der Vorsatzanfechtung (bisheriger § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO) bleiben, jetzt aber als zweiter Unlauterkeitstatbestand.**
- **Dritte Fallgruppe für die Unlauterkeit:**
 - **Der mit einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung verbundene entgeltliche Vertrag mit einer nahestehenden Person (bisheriger § 133 Abs. 2 InsO).**

Eckpunktepapier des BMJV vom 10.09.2014 zum Anfechtungsrecht

- **Zwangsvollstreckungsbefriedigungen sollen als kongruent definiert und damit in den (ansonsten unveränderten) § 130 InsO verschoben werden.**
- **Die Fälligkeit aller Anfechtungsansprüche soll an die Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter gekoppelt werden, so dass diese auch erst ab diesem Zeitpunkt verzinst werden müssen.**

Rechtspolitische Forderungen, Stellungnahmen

- **Große Wirtschaftsverbände** hatten eine **Ausuferung der Insolvenzanfechtung beklagt** und führen das auf die neuere BGH-Rechtsprechung zurück.
- Zudem liegen
 - ein **Reformvorschlag des Gravenbrucher Kreises**,
 - **Stellungnahmen von BGH-Richtern** und
 - **Stellungnahmen aus der Wissenschaft** vor.

Positionspapier des Bundesverbands der Deutschen Industrie e.V. und des Zentralverbands des Deutschen Handwerks v. 14.10.2013



BDI-D0612

POSITIONSPAPIER

des Bundesverbandes der Deutschen Industrie (BDI) und
des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks (ZDH)

**Ausufernder Anwendungsbereich der insolvenzrechtlichen
Vorsatzanfechtung lähmt Unternehmenspraxis**

Positionspapier des Bundesverbands der Deutschen Industrie e.V. und des Zentralverbands des Deutschen Handwerks

- „In den letzten Jahren ist die Anwendung der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung **aus der Balance geraten.**“
- „Die Praxis klagt über eine zunehmend extensive Auslegung des § 133 Abs. 1 InsO durch die höchstrichterliche Rechtsprechung.“
- „Insbesondere die **Aneinanderreihung subjektiver Merkmale** um Kenntnis und Kenntnisvermutung hinsichtlich Beweisanzeichen und Anknüpfungstatsachen für das Vorliegen einer (drohenden) Zahlungsunfähigkeit bzw. Gläubigerbenachteiligung führen zu einem **zu weiten Anwendungsbereich** der Norm.“

Positionspapier des Bundesverbands der Deutschen Industrie e.V. und des Zentralverbands des Deutschen Handwerks

- „Verbunden mit den vom BGH herausgearbeiteten Beweisanzeichen sollen etwa **bereits**
 - **schleppende Zahlungen oder**
 - **Ratenzahlungsvereinbarungen**zu einer
 - (vermuteten) Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit und damit zu einer
 - (vermuteten) Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzesführen.
Andere Tatbestandsvoraussetzungen wie der Benachteiligungsvorsatz werden dann ohne größere Anforderungen „mitvermutet“.

Positionspapier des Bundesverbands der Deutschen Industrie e.V. und des Zentralverbands des Deutschen Handwerks

- „Es ist **realitätsfern, dem Vertragspartner zu unterstellen**, er wäre jederzeit in der Lage gewesen, den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz zu erkennen“.
- „Der **flexible Einsatz unterstützender Maßnahmen unter Vertragspartnern ist gängige Praxis** – weitab von einer vorsätzlichen Benachteiligung der Gläubigersamtheit.“
- „**Entgegen der früheren Rechtsprechung wird nicht mehr auf die unlautere oder betrügerische Erfüllung einer Rechtspflicht abgestellt.**“
- „**Vielmehr sind nun bereits Zahlungen auf alltägliche Warenlieferungen oder Geschäfte in den Anfechtungsfokus geraten**, die in gleicher Weise durch den vorläufigen Sach- oder Insolvenzverwalter befürwortet oder getätigt würden, um die Produktion aufrecht zu erhalten und hierdurch für neuen Zufluss zur Masse zu sorgen.“
- „Als Konsequenz erkennen wir eine **erhebliche Rechtsunsicherheit.**“

Positionspapier des Bundesverbands der Deutschen Industrie e.V. und des Zentralverbands des Deutschen Handwerks

- „Hinzu kommt, dass sich unerwartete Forderungen – gerade für kleine und mittelständische Betriebe – **auch auf Gläubigerseite existenzgefährdend** auswirken können.“
- „Es gilt, mit **Augenmaß auch einen effektiven Lieferantenschutz** zu berücksichtigen und zu gewährleisten.“

Positionspapier des Bundesverbands der Deutschen Industrie e.V. und des Zentralverbands des Deutschen Handwerks

- „Das scharfe Schwert der zehnjährig einsetzbaren Vorsatzanfechtung muss auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in denen die hiermit verbundene Sanktion angemessen ist.“
- „Daher schlagen wir vor, in § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO künftig eine zielgerichtete „Absicht“ des Schuldners zu verlangen, „seine Gläubiger zu benachteiligen.“
- Ziel sollte sein, dass **Ratenzahlungs-, Stundungs- und Verzichtvereinbarungen** von der Vorsatzanfechtung im Regelfall nicht erfasst werden.

Erklärung der Verbände zur Insolvenzanfechtung vom 08.07.2014 (Vorläuferfassungen vom 02.04.2014 und 01.11.2013)



Gemeinsame Erklärung der Verbände zur Insolvenzanfechtung:

„Notwendige gesetzgeberische Korrekturen im Recht der
Insolvenzanfechtung nach §§ 133, 142 InsO“

Erklärung der Verbände zur Insolvenzanfechtung

- „Die **aktuelle Auslegung der Insolvenzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO** führt zu **untragbaren Ergebnissen für die deutsche Wirtschaft.**“
- „Das Wissen der Zahlungsunfähigkeit leitet der BGH u.a. aus Teilzahlungsvereinbarungen und veränderten Zahlungszielen ab.“
- „**Im Einzelfall richtige Entscheidungen werden zur gefestigten Rechtsprechung in den nachfolgenden Instanzen bei anderen Sachverhalten.**“
- „Die **Wiedererlangung der allgemeinen Zahlungsfähigkeit** muss der Anfechtungsgegner **beweisen**, was in der Praxis nur in seltenen Fällen möglich ist.“
- „Außer Acht bleibt dabei, dass die **Refinanzierungsfunktion der Kunden** in vielen Branchen zum Dienstleistungsangebot im geschäftlichen Verkehr gehört und gerade für den Mittelstand ein **wichtiges Finanzierungsinstrument** darstellt.“

Erklärung der Verbände zur Insolvenzanfechtung

- **Reformvorschlag zu § 133 Abs. 1 InsO (Vorsatzanfechtung):**
 - „Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, **die dem Gläubiger eine inkongruente Deckung gewährt und** die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass **der Schuldner zahlungsunfähig war** und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte. **Eine Rechtshandlung, die dem Gläubiger eine kongruente Deckung gewährt, ist nur dann innerhalb derselben Frist anfechtbar, wenn sie der Schuldner mit der Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen.**“
- **Reformvorschlag zu § 142 InsO (Bargeschäft):**
 - „Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, **ist nicht anfechtbar.**“

Forderungspapier des Mittelstandsverbunds vom 12.12.2013

DER MITTELSTANDSVERBUND



FORDERUNGSPAPIER

des MITTELSTANDSVERBUNDS – ZGV e.V.

zum Problem der Insolvenzanfechtung nach § 133 InsO

Forderungspapier des Mittelstandsverbunds

■ Reformvorschlag:

- „Die Anfechtungsvoraussetzungen müssen **konkretisiert werden.**“
- „Die Kriterien sollten klar zum Ausdruck bringen, dass es sich um die **Sanktion eines kriminellen Verhaltens** handelt.“
- „Dazu gehört unseres Erachtens zwingend die Reduzierung der **Anfechtungsfrist auf ein angemessenes Maß von 3 Jahren.**“
- „Die Finanzierung von Unternehmen durch **Ratenzahlungs-, Stundungs- und Verichtsvereinbarungen muss privilegiert** werden.“

Forderungspapier des Mittelstandsverbunds

■ Reformvorschlag:

- „Bzgl. der Prüfung der Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit wäre ein **nicht abschließender Katalog an Indizien** einzufügen, die in einer **Gesamtschau** als Kenntnis iSv § 133 Abs. 1 S. 2 InsO bewertet werden könnten:
 - Kenntnis von Abzahlungsvereinbarungen mit mindestens zwei weiteren Gläubigern, wenn eine Gläubigergruppe vorhanden ist;
 - mehrfache, kurz hintereinandergeschaltete Nichtzahlung von nicht unerheblichen, fälligen Forderungen;
 - Entzug einer jahrelang gewährten Einzugsermächtigung ohne erkennbaren Grund;
 - Mitteilung eines Gesamtstatus offener Forderungen durch den Schuldner;
 - Kenntnis, dass bei anderen Gläubigern angefragte Darlehen/Stundung nicht gewährt wurden.“

Forderungspapier des Mittelstandsverbunds

■ Reformvorschlag zum Bargeschäft:

- „Darüber hinaus sollte auch im Bereich der Vorsatzanfechtung eine Privilegierung der Bargeschäfte nach § 142 InsO erfolgen.“
- „Der diesbezügliche Vorbehalt in § 142 InsO ist zu streichen.“

Bundesverband Großhandel, INDAT 02/2014

INDAT-REPORT

RESTRUKTURIERUNG · SANIERUNG · INSOLVENZ



Nutzen mehrten und Schaden abwenden: Bereit zu Korrekturen im Anfechtungsrecht

Titel

Interview mit Bundesjustizminister Heiko Maas zur Vorsatzanfechtung und zu weiteren Plänen im Insolvenzrecht

Berater & Kanzleien

RA Prof. Dr. Georg Streit (Heuking Kühn Lüer Wojtek)

Standpunkt von RAin Dr. Helena Melnikov (BGA e.V.)



Entwicklung der Vorsatzanfechtung schädigt deutsche Wirtschaft

RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER

Berlin Brüssel Chemnitz Düsseldorf Frankfurt Hamburg Köln München Zürich

Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen (BGA) e.V., INDAT 02/2014

- **Dr. Helena Melnikov, Abteilungsleiterin Recht und Wettbewerb, Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen (BGA) e.V., INDAT 02/2014:**
 - „Nach Überzeugung unseres Verbandes und auch der Fachleute, mit denen wir laufend in der Diskussion sind, hat der BGH die dem Anwendungsbereich von § 133 InsO unterfallenden Fälle zutreffend und **richtig entschieden**. Seine abgewogene und sehr sorgsam am Einzelfall orientierte Rechtsprechung **scheint aber die unteren Instanzen zu überfordern**.“
 - „Man wird ohne eine **Änderung von § 133 InsO** nicht auskommen. [...] Die Rechtsprechung des BGH [...] muss vom Gesetzgeber auf das beschränkt werden, was sie meint: **Begründete Einzelfälle statt Massenanfechtungen bei Ratenzahlungen**.“

RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER

Berlin Brüssel Chemnitz Düsseldorf Frankfurt Hamburg Köln München Zürich

Stellungnahme IG Metall vom 02.04.2014

- **Andrej Wroblewski, IG Metall, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Erleichterung von Konzerninsolvenzen:**
 - *„Dringend regelungsbedürftig ist die **gesetzliche Beseitigung der Insolvenzanfechtung von Arbeitsentgeltzahlungen.**“*
 - *„Hierbei geht es [...] um einen sozialpolitisch im Sinne des Arbeitnehmerschutzprinzips erforderlichen **generellen Anfechtungsausschluss, soweit es um Arbeitsentgelt geht.**“*
 - *„**Entgeltanfechtungen sind ein unsoziales Sonderopfer, das Arbeitnehmern auferlegt wird, die ihren Lohn nicht ordnungsgemäß erhalten** und damit regelmäßig bereits eine starke Verunsicherung ihrer Existenzgrundlage in der Unternehmenskrise erlitten haben.“*

Stellungnahme IG Metall

- *„**Die Insolvenzanfechtung von Arbeitsentgelt schadet** indessen auch dem wohlverstandenen **Interesse der Gläubiger** und wirkt sich **sanierungsfeindlich** aus, indem sie die Fortführung der Arbeit des Unternehmens bereits in seiner Krise behindert.“*
- *„Sie **zwingt die Arbeitnehmer zur Zurückhaltung der Arbeitskraft (§ 273 BGB), damit sie wenigstens Arbeitslosengeld** im Wege der „Gleichwohlgewährung“ erhalten können, das später nicht zurückzahlen ist.“*
- *„Nach der Insolvenzeröffnung **vergiftet die Entgeltanfechtung** das für die Unternehmensfortführung existenziell bedeutsame Verhältnis **des Verwalters zur Belegschaft.**“*
- *„Dem steht regelmäßig eine **lediglich geringfügige Masseanreicherung** [...] gegenüber [...].“*

Stellungnahme von Wirtschaftsprüferkammer und Steuerberaterkammer vom 10.06.2014



Gemeinsame Stellungnahme von WPK und BStBK zu notwendigen Korrekturen an der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung

Stellungnahme von Wirtschaftsprüferkammer und Steuerberaterkammer

- „Für Steuerberater, Wirtschaftsprüfer/vereidigte Buchprüfer und Unternehmen entstehen durch die derzeitige Ausübung der insolvenzrechtlichen Möglichkeiten zur Vorsatzanfechtung durch den Insolvenzverwalter **enorme finanzielle Risiken.**“
- „Es wird **verkannt, dass die prompte Zahlung durch einen Schuldner im Geschäftsverkehr keine grundsätzlich zwingende Regel ist.** Vielmehr sind **schleppende Zahlungen, Ratenzahlungsvereinbarungen und auch tatsächliche Nichtzahlung regelmäßig anzutreffen.**“
- „Wenn aber gerade **diese alltäglichen Ereignisse Indizien** für die Kenntnis des Anfechtungsgegners sind, und **wird nun dieser seinerseits „indizpflichtig“ gemacht,** wird die **Darlegungslast** in unzulässiger Weise auf den Anfechtungsgegner überwält.“

Stellungnahme von Wirtschaftsprüferkammer und Steuerberaterkammer

- „Durch die Rechtsprechung des BGH hat sich die Vorsatzanfechtung soweit vorverlagert, dass auch die Gläubiger der Gefahr der Insolvenzanfechtung ausgesetzt sind, **die nicht unlauter begünstigt wurden.**“
- „Die Rechtsprechung hat sich **von der Intention des Gesetzgebers, dass nur unlauter erlangte Zahlungen zurückgefordert werden können, weit entfernt.**“
- „Gerade Unternehmen, die sich einem Insolvenzrisiko ausgesetzt sehen, sind **darauf angewiesen, weiter am Geschäftsverkehr teilzunehmen, um sich aus der Krise herauszuarbeiten.** Dies macht es **notwendig**, dass Geschäftspartner **Teilzahlungsvereinbarungen** tätigen oder die Zahlungsziele verändern können.“

Stellungnahme von Wirtschaftsprüferkammer und Steuerberaterkammer

- Reformvorschlag:
 - „Die Vorsatzanfechtung sollte nur noch ermöglicht werden, wenn
 - eine **zielgerichtete Absicht****und damit**
 - **ein unlauteres Verhalten**vorliegt.“
- „Dies ermöglicht es den Unternehmen und den Wirtschaftsberatern, notleidenden Unternehmen **aus der Krise zu helfen.**“

**Positionspapier des Gesamtverbandes der Deutschen
Versicherungswirtschaft vom 25.06.2014**



Positionspapier

des **Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft**

ID-Nummer 6437280268-55

zur Reform der Insolvenzanfechtung

**Positionspapier des Gesamtverbandes der Deutschen
Versicherungswirtschaft**

- *„Geschäftsübliches und im Sinne einer Sanierung wünschenswertes Verhalten, einem Abnehmer durch eine **Ratenzahlungsvereinbarung** oder einen Zahlungsaufschub Kredit zu gewähren, **unterliegt in zunehmendem Maße einem Anfechtungsrisiko.**“*
- *„Die Versicherungswirtschaft sieht in Übereinstimmung mit zahlreichen Wirtschaftsverbänden **Bedarf für eine gesetzgeberische Korrektur** des zu offenen Wortlauts des § 133 InsO.“*
- *„Die Versicherungswirtschaft ist insbesondere in Bezug auf die Geschäftstätigkeit der **Kreditversicherer** von der Entwicklung der insolvenzrechtlichen Anfechtungspraxis **betroffen.**“*

Positionspapier des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft

- „Die von der Rechtsprechung entwickelten **entlastenden Indizien aus der Sphäre der Gläubiger sind regelmäßig nicht geeignet**, die die Anfechtung stützenden Beweisanzeichen im Rahmen der Gesamtabwägung **zu entkräften**.“
- „Will der Gläubiger das Anfechtungsrisiko sicher vermeiden, bleibt ihm mangels klarer gesetzlicher Regelung nur, den **Wunsch des Schuldners nach Sanierungsbeiträgen wie Vergleichen, Ratenzahlungen oder Stundungen zurückzuweisen**.“

Positionspapier des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft

- **Reformvorschlag:**
 - § 133 InsO sollte inhaltlich so beschränkt werden, dass
 - „der Beitrag von Gläubigern zur Überbrückung wirtschaftlicher Krisen (z.B. **Ratenzahlungs-, Stundungs- und Verichtsvereinbarungen**) vom Anwendungsbereich der Norm weitgehend ausgenommen wird.
 - Des Weiteren ist eine **spürbare Verkürzung der Anfechtungsfrist** des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO geboten.“

Stellungnahme Interessenverband „Die Familienunternehmer“

Formulierungsvorschlag

1. § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO bleibt unverändert (entspricht unserem bisherigen Vorschlag).
2. Die bisherige Vermutungsregelung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO wird komplett gestrichen (entspricht unserem bisherigen Vorschlag).
3. § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO enthält folgende, komplett andere Fassung (entspricht unserem bisherigen Vorschlag):

„Lag ein qualifiziertes Sanierungskonzept vor und ist hiernach die angefochtene Handlung nicht sanierungswidrig, wird widerlegbar vermutet, dass der Benachteiligungsvorsatz fehlte.“

4. Darüber hinaus wird an § 133 Abs. 1 InsO folgender Satz 3 angehängt (**neu/ergänzende Anregung**):

„War es vor einer Deckung entsprechend § 130 InsO, insbesondere bei fortlaufenden Deckungen im Rahmen einer dauerhaften Geschäftsverbindung, dem Anfechtungsgegner nicht zumutbar, die Leistung einzustellen oder einen Insolvenzantrag zu stellen, wird widerlegbar vermutet, dass die Kenntnis i. S. d. Satzes 1 fehlte.“

Darstellung der rechtspolitischen Reformvorschläge

■ Reformvorschlag:

■ Neuer § 130 Abs. 1 Satz 3 InsO (Kongruente Deckung):

„Die Sicherung oder Befriedigung von Ansprüchen auf Arbeitslohn gilt als kongruente Deckung, soweit sie sich auf Arbeitslohn bezieht, der nicht mehr als drei Monate rückständig ist und dessen monatlicher Betrag die Beitragsbemessungsgrenze nicht übersteigt.“

Darstellung der rechtspolitischen Reformvorschläge

■ Reformvorschlag:

■ § 133 Abs. 1 Satz 3 InsO (Vorsatzanfechtung):

- „Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten **vier** Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass **der Schuldner zahlungsunfähig war** und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.“

Darstellung der rechtspolitischen Reformvorschläge

■ Reformvorschlag:

■ § 133 Abs. 1 Satz 3 InsO (Vorsatzanfechtung):

- „Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, **die dem Gläubiger eine inkongruente Deckung gewährt** und die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass der Schuldner **zahlungsunfähig war** und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte. **Eine Rechtshandlung, die dem Gläubiger eine kongruente Deckung gewährt, ist nur dann innerhalb derselben Frist anfechtbar, wenn sie der Schuldner mit der Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen.**“

Darstellung der rechtspolitischen Reformvorschläge

■ Reformvorschlag:

■ § 142 InsO (Bargeschäft):

- „Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 **oder des § 135 Abs. 1** gegeben sind.“

Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises vom Juli 2014



Vorschlag des Gravenbrucher Kreises zur Reform des Anfechtungsrechts, Stand Juli 2014

Reformvorschlag des Gravenbrucher Kreises zur Anfechtungsfrist und zu Unredlichkeit

- Vorschlag des Gravenbrucher Kreises zur Reform des Anfechtungsrechts, Stand Juli 2014.
- Reformvorschlag zu § 133 InsO (Vorsatzanfechtung):
 - Kürzung der Anfechtungsfrist des § 133 Abs. 1 InsO von zehn auf **drei Jahre**.
 - Bei Unredlichkeit Anfechtungsfrist weiterhin zehn Jahre, § 133 Abs. 3 InsO-E:

„War der andere Teil im Zeitpunkt der Rechtshandlung unredlich oder war er zur Zeit der Handlung eine nahestehende Person (§ 138), verlängert sich die Anfechtungsfrist des Absatzes 1 von drei auf zehn Jahre.“

Begründung für Reformvorschlag des Gravenbrucher Kreises

- „An einer **seriösen empirischen Grundlage** für die Kritik an den derzeitigen Anfechtungsregeln **fehlt es vollständig**.“
- „Eingriffe [...] ohne die Erhebung und Auswertung empirischer Daten können das **fein austarierte System der Insolvenzordnung aus der Balance** bringen.“
- „Schon vor diesem Hintergrund sollte unbedingt **von übereilten „Korrekturen“ abgesehen werden**.““

Begründung für Reformvorschlag des Gravenbrucher Kreises

- „Sämtliche ungesicherten Gläubiger [profitieren] von den Anfechtungsvorschriften, also auch diejenigen, die nun Kritik [...] üben.“
- „Jede Schwächung der Anfechtungsvorschriften führt dazu, dass die ungesicherten Gläubiger, zu denen beispielsweise auch die Arbeitnehmer oder die Finanzverwaltung und andere öffentliche Stellen gehören, eine schlechtere Quote erhalten.“
- „Insbesondere muss verhindert werden, dass Vorrechte für bestimmte Gläubigergruppen eingeführt werden.“
- „Solche Vorrechte, die es unter der Konkursordnung noch gab und die erhebliche Verteilungungerechtigkeiten nach sich zogen, führten damals dazu, dass ein Großteil der beantragten Insolvenzverfahren mangels Masse gar nicht erst eröffnet werden konnten.“

Begründung für Reformvorschlag des Gravenbrucher Kreises zur Anfechtung von Lohnzahlungen

- „Kein gesonderter Regelungsbedarf bzgl. Arbeitnehmern:
Angesichts der jüngsten Rechtsprechung des BAG (vgl. nur BAG Urt. v. 29.01.2014, 6 AZR 345/12, NZA 2014, 372; Urt. v. 27.02.2014, 6 AZR 367/13, NZA 2014, 681), das strenge Maßstäbe an die Anfechtung gegenüber Arbeitnehmern stellt, gibt es aus Sicht des Gravenbrucher Kreises an dieser Stelle keinen Regelungsbedarf.
Ohnehin stellt die Anfechtung gegenüber Arbeitnehmern eine eher seltene Ausnahme in Insolvenzfällen dar.“
- Das Urteil des BGH vom 10.07.2014 (Az. IX ZR 192/13) zum Bargeschäftseinwand für Lohnzahlungen lag der Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises noch nicht zugrunde. Im Ergebnis dürfte es nichts ändern:
 - Dieses BGH-Urteil ist tendenziell anfechtungsfeindlich.
 - Es knüpft für die 30 Tage Frist an die Fälligkeit der Lohnzahlung an, nicht an den Beginn der Tätigkeit.

Begründung für Reformvorschlag des Gravenbrucher Kreises für Anfechtungsfrist

■ Anfechtungsfrist:

- **Regelmäßig wird die 10-jährige Anfechtungsfrist** in ihrer jetzigen Form nach den Erfahrungen der Mitglieder des Gravenbrucher Kreises **nur für Rechtshandlungen in den letzten ein oder zwei Jahren vor Antragstellung relevant.**
- Andererseits ist **nachvollziehbar, dass für Unternehmen das Drohrisiko einer Anfechtung, die zehn Jahre in die Vergangenheit zurückreicht, nur schwer kalkulierbar ist.**
- Die **Begrenzung des Anfechtungszeitraums auf drei Jahre** führt zu einer **deutlichen Risikoverringerung** für die betroffenen Unternehmen.
- **Es gibt aber auch Fälle, in denen die Verkürzung der Anfechtungsfrist kaum sachgerecht sein kann.**

Begründung für Reformvorschlag des Gravenbrucher Kreises für Unredlichkeit

■ Unredlichkeit:

- *„Der **Begriff der Unredlichkeit** erlaubt, da insoweit das **Kriterium sozialmissbilligenswerten Verhaltens impliziert ist, punktuell diejenigen Rechtshandlungen zu sondieren**, deren Anfechtung auch von den Kritikern des Anfechtungsrechts nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden kann, ohne dass der Kreis möglicher Anfechtungsgegner vorab unangemessen eingeschränkt wird.“*

Reformvorschlag des Gravenbrucher Kreises zum Bargeschäftseinwand

■ Reformvorschlag zum Bargeschäft (§ 142 InsO):

*„Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 gegeben sind **und der andere Teil im Zeitpunkt der Rechtshandlung unredlich war oder es sich bei dem anderen Teil um eine nahestehende Person (§ 138) handelte.**“*

Begründung für Reformvorschlag des Gravenbrucher Kreises zum Bargeschäftseinwand

■ Bargeschäftseinwand:

- Der Gravenbrucher Kreis greift den Vorschlag, die **Vorsatzanfechtung im Falle eines Bargeschäfts auszuschließen**, auf, regt aber **gleichwohl** an, die **Vorsatzanfechtung in bestimmten Sonderfällen auch bei Bargeschäften** zuzulassen.
- Auch hier bietet sich an, auf die **Redlichkeit des Anfechtungsgegners** abzustellen.

Reformvorschlag des Gravenbrucher Kreises zu den Rechtsfolgen (Zinsen)

■ Reformvorschlag zu den Rechtsfolgen (§ 143 InsO):

„(1) bis (3) unverändert.

(4) Im Falle der §§ 134 und 135 InsO schuldet der Empfänger einer Geldleistung die Verzugszinsen ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Dies gilt bei allen anderen Anfechtungen auch dann, wenn der Empfänger im Zeitpunkt der Rechtshandlung unredlich oder eine nahestehende Person (§ 138) war. In allen übrigen Fällen wird der Anfechtungsanspruch erst mit Verzug des Empfängers mit seiner Verpflichtung zur Rückgewähr verzinst.“

Begründung für Reformvorschlag des Gravenbrucher Kreises, keine Absicht statt Vorsatz

- **Der Gravenbrucher Kreis rät dringend davon ab, den im Rahmen der Vorsatzanfechtung geforderten **Vorsatz** durch eine **entsprechende Absicht** zu ersetzen.**
- Ein in diesem Sinne **zielgerichteter Wille des Schuldners**, seine Gläubiger zu benachteiligen, wird sich **nur höchst selten nachweisen lassen.**

Begründung für Reformvorschlag des Gravenbrucher Kreises, keine Anpassung der gesetzlichen Vermutungsregel

- **Der Gravenbrucher Kreis rät davon ab**, die gesetzliche Vermutungsregel des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO zu
 - streichen oder
 - auf Fälle zu beschränken, in denen der Anfechtungsgegner die **eingetretene** Zahlungsunfähigkeit kannte.

Begründung für Reformvorschlag des Gravenbrucher Kreises, Behandlung kongruenter Deckungen

- **Der Gravenbrucher Kreis rät davon ab, kongruente Deckungen** generell aus dem Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung **auszuklammern**, da hiervon auch
 - Fälle des kollusiven Zusammenwirkens sowie
 - **böswillige Gläubiger** erfasst wären.
- Dies ginge zu Lasten der Gläubigergesamtheit.
- Der Behandlung kongruenter Deckungen wird durch die vorgeschlagene Verjährungsverkürzung angemessen Rechnung getragen.

**Bundesverband der ESUG-Berater, Pressemitteilung vom
12.08.2014**

- „Die Vorschläge des Gravenbrucher Kreises sind unzureichend.“
- „Die Auslegung des Kriteriums der **Unredlichkeit** wird
 - sämtliche Instanzen der **Gerichtbarkeit beschäftigen**,
 - **erheblichen Beratungsbedarf** verursachen und
 - Insolvenzverwalter weiterhin **zu unberechtigten Anfechtungsklagen animieren.**“
- „In der Vergangenheit hat sich das Anfechtungsrecht zu einem **Instrument der Insolvenzverwaltervergütung** entwickelt.“
- „Die Reform muss wieder die Interessen der **redlichen Unternehmen in den Mittelpunkt** rücken.“

Dr. Godehard Kayser (Vorsitzender Richter am IX. BGH-Senat)

- Dr. Godehard Kayser (Vorsitzender Richter am IX. BGH-Senat), NJW 2014, 422, 426:

*„Die Norm [des § 133 InsO] kann im Übrigen die ihr obliegende **Masseschutzaufgabe nicht wirksam erfüllen, wenn von ihr nur unlauteres oder in sonstigem Sinne verwerfliches Handeln erfasst wird, was im juristischen Alltag kaum nachweisbar sein wird.***

Zurückzuweisen ist deshalb auch der von interessierten Kreisen an den Gesetzgeber gerichtete Appell, die Vorsatzanfechtung – schon objektiv – soweit zurückzuschneiden, dass ihr nur noch ein schmaler Bereich überlassen wird, der nicht zugleich von §§ 138, 826 BGB abgedeckt ist.

Da schon vom derzeitigen Ansatz her, wenn die Grundsätze nicht überspitzt angewendet werden, angemessene Ergebnisse erzielt werden können, besteht hierfür auch kein Anlass.“

Dr. Godehard Kayser

- Dr. Godehard Kayser, NJW 2014, 422, 428:

*„Die zehnjährige Anfechtungsfrist wird allerdings wie bei § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO **gebraucht**, um langfristig angelegte missbräuchliche Praktiken zu Gunsten eines Gläubigers anfechtungsrechtlich erfassen zu können.“*

Dr. Godehard Kayser

- Dr. Godehard Kayser, NJW 2014, 422, 428:

„Die [...] Vorsatzanfechtung [führt] bei Handhabung mit Augenmaß weiterhin zu durchweg angemessenen Ergebnissen.“

Prof. Dr. Markus Gehrlein (Richter am IX. BGH-Senat), NZI 2014, 481

- Prof. Dr. Markus Gehrlein (Richter am IX. BGH-Senat), Anfechtungsrecht in der Insolvenz – Praxiserfahrung und Reformbedarf, NZI 2014, 481:
 - Ein stimmiges und effektiv durchsetzbares Anfechtungsrecht bildet die **Voraussetzung eines geordneten Insolvenzverfahrens und sichert die Gleichbehandlung aller Gläubiger.**
 - Es ist **„davor zu warnen, auf Druck von Interessengruppen voreilig in gesetzgeberischen Aktionismus zu verfallen.“**
 - **„Immerhin wird zwischenzeitlich von Verbandsseite eingeräumt, dass die BGH-Fälle „zutreffend und richtig“ entschieden wurden, die „abgewogene und sehr sorgsam am Einzelfall orientierte Rechtsprechung aber die Rechtsanwendung in den unteren Instanzen“ zu überfordern scheine [Melnikov, INDAT 02/2014].“**
 - **„Sämtliche Entscheidungen betrafen Gestaltungen, in denen der Schuldner – auch für den Anfechtungsgegner erkennbar – am Rande des finanzwirtschaftlichen Abgrunds operierte.“**

Prof. Dr. Markus Gehrlein, NZI 2014, 481

- **„Unberechtigt ist der Vorwurf, die neuere Rechtsprechung unterwerfe zwecks Sanierung eines Unternehmens vereinbarte Ratenzahlungen der Vorsatzanfechtung.“**
- **„Eine eingetretene Zahlungseinstellung kann entfallen, wenn der Schuldner sämtliche geschuldeten Zahlungen wieder aufnimmt.“**
- Dazu kann die Ratenzahlungsvereinbarung hilfreich sein.
- **Die Zahlungseinstellung entfällt, wenn der Schuldner die vereinbarten Raten und seine sonstigen Zahlungspflichten erfüllt.**

Dr. Gerhart Kreft, Vorsitzender Richter am BGH a.D.

- Dr. Gerhart Kreft, Vorsitzender Richter am BGH a.D., **Frühzeitiger Eröffnungsantrag und professionelle Sanierung statt Änderung des Insolvenzanfechtungsrechts!**, ZInsO 2014, 1121:

- „Insolvenzschuldner, aber auch Insolvenzgläubiger [...] **nutzten die Möglichkeit frühzeitiger Stellung eines Antrags** auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens **nicht** hinreichend aus.

*Vielmehr versuchten und versuchen sie nicht selten, durch Stundung fälliger Forderungen, jedoch ohne ein professionelles Sanierungskonzept, auf eigene Faust zu „sanieren“, **und wundern sich, wenn die spätere Erfüllung ihrer Forderungen im Wege der Anfechtung rückgängig gemacht wird.**“*

- „Bei Wahrnehmung der Möglichkeiten [der frühzeitigen professionellen Sanierung auch mit Hilfe des ESUG] erledigten sich die **fast durchweg substanzlosen Klagen über ein zu rigores Anfechtungsrecht** von selbst.“

Prof. Dr. Heribert Hirte, MdB

- Prof. Dr. Heribert Hirte, MdB, Interview im INDAT-Report 01/2014:

- „Es ist nicht Ziel der Vorsatzanfechtung, dem Gläubiger einen Unredlichkeitsvorwurf zu machen. Das wird häufig missverstanden.“
- „Die Insolvenzanfechtung dient vielmehr dem obersten Gebot des Insolvenzrechts, nämlich der Gleichbehandlung aller Gläubiger.“
- „Ob es ratsam ist, einzelne Sachverhalte aus Gründen der Rechtsklarheit in Gesetzesform zu gießen, muss sorgfältig geprüft werden.“
- „Sicher denkbar ist aber ein Blick auf die (lange) Frist des § 133 InsO.“

- Prof. Dr. Heribert Hirte, MdB, Rede im Deutschen Bundestag am 14.02.2014, Plenarprotokoll 18/15, S. 1143:

- „Die lange Frist von zehn Jahren gehört auf den Prüfstand; denn irgendwann einmal muss sich ein Unternehmer darauf verlassen, dass er Unterlagen nicht mehr aufbewahren muss.“

Prof. Dr. Wolfgang Marotzke

- Prof. Dr. Wolfgang Marotzke, Vertrauensschutz kontra Gläubigerinteresse, ZInsO 2014, 417; **Formulierungsvorschläge für eine „kleine“ Reform des Insolvenzanfechtungsrechts:**

- **Reformvorschlag für § 133 InsO (Vorsatzanfechtung):**

„[Absatz 1 bleibt unverändert.]

(2) In Ansehung des ersten Absatzes steht die Rechtshandlung eines Dritten, insbesondere eines Anfechtungsgegners, einer Rechtshandlung des Schuldners gleich. Ein auf Benachteiligung der Gläubiger des Schuldners gerichteter Vorsatz des Anfechtungsgegners steht einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners gleich.“

Prof. Dr. Wolfgang Marotzke

- **Reformvorschlag für § 133 InsO (Vorsatzanfechtung):**

„(3) Eine Rechtshandlung des Schuldners oder eines Dritten, durch die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht wurde, kann nur dann nach Absatz 1 oder Absatz 2 angefochten werden, wenn der Gläubiger zurzeit der Rechtshandlung den Vorsatz hatte, die anderen Gläubiger des Schuldners zu benachteiligen, und dem Gläubiger zurzeit der Rechtshandlung das Recht zustand, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners zu beantragen. Auch wenn diese Voraussetzungen vorliegen, ist eine Anfechtung ausgeschlossen, wenn dem Gläubiger nach Lage des Falles weder die Ausübung seines Antragsrechts noch die Rücksichtnahme auf andere Gläubiger zugemutet werden konnte.“

Prof. Dr. Wolfgang Marotzke

■ Reformvorschlag für § 133 InsO (Vorsatzanfechtung):

„(4) Eine Rechtshandlung, die vorgenommen wurde, um einen bestehenden oder drohenden Eröffnungsgrund dauerhaft abzuwenden, ist nicht anfechtbar, wenn die Beteiligten Grund zu der Annahme hatten, dass der Erfolgseintritt überwiegend wahrscheinlich sein würde.“

„[Absatz 5 = bisheriger Absatz 2.]

Prof. Dr. Wolfgang Marotzke

■ Reformvorschlag für § 142 InsO (Bargeschäft):

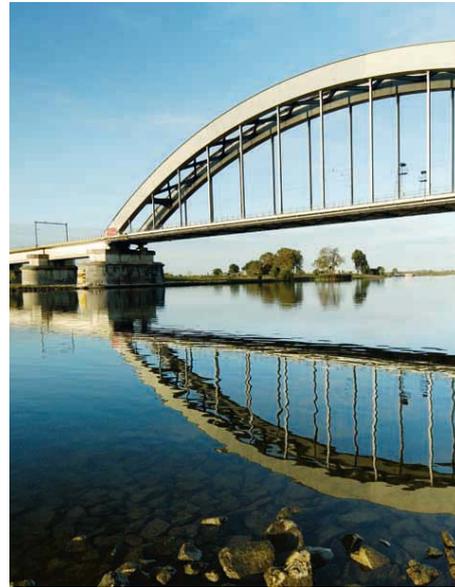
*„Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, **kann nur dann nach den Vorschriften dieses Gesetzes angefochten werden, wenn der Empfänger Grund zu der Annahme hatte, dass der Leistungsaustausch nach dem Plan des Schuldners oder aus einem anderen Grund zu einer Benachteiligung der übrigen Gläubiger führen würde.**“*

Dr. Oliver Fawczy, Dr. Marcel Köchling

- Dr. Oliver Fawczy, Dr. Marcel Köchling, Die Reform der Vorsatzanfechtung, oder: die größte Baustelle des Insolvenzrechts?, ZInsO 2014, 1073:
 - Es ist **nicht erforderlich, das Anfechtungsrecht zu einer** weiteren deutschen „**Großbaustelle**“ werden zu lassen.
 - Durch eine **Eingrenzung der Vermutungsregel** des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO **auf inkongruente Deckungen** können Anfechtungsrisiken minimiert werden.

Prof. Dr. Reinhard Bork

- Prof. Dr. Reinhard Bork, Insolvenzrecht: Reform des Anfechtungsrechts? Warum der Prüfauftrag im Koalitionsvertrag rechtspolitisch ohne Wirkung bleiben sollte, AnwBl 06/2014, 513:
 - Es besteht „**kein Anlass, über Reformen nachzudenken.**“
 - **Es genügen „Randkorrekturen, die durch die Rechtsprechung freilich besser geleistet werden können als durch den Gesetzgeber.“**
 - Man sollte sich „**der Erkenntnis stellen, dass Deutschland im Prinzip ein gut strukturiertes, ausdifferenziertes und praktisch handhabbares Anfechtungsrecht von hoher Effizienz hat.**“
- Prof. Dr. Reinhard Bork, Anfechtung als Kernstück der Gläubigergleichbehandlung, ZIP 2014, 797:
 - „**Unser Anfechtungsrecht ist in sich stimmig und funktioniert. Es mag einiger Randkorrekturen bedürfen.**“



C. Rechtsgeschichte

Rechtsgeschichte der Insolvenzanfechtung

- Die aktuelle Reformdiskussion wird vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung des Insolvenzanfechtungsrechts noch besser verständlich.
- Die angeblich aktuellen Themen sind weit über 2.000 Jahre alt.
- Das Insolvenzanfechtungsrecht orientiert sich, ebenso wie das Bürgerliche Gesetzbuch, grundsätzlich am **römischen Recht** der Digesten.
- **Von Bedeutung ist auch die Gesetzesbegründung zur InsO:**
 - **Stärkung des Anfechtungsrechts, um mehr Verfahrenseröffnungen zu ermöglichen;**
 - **Streichung der Konkursvorrechte.**

Römisches Recht, Actio Pauliana

■ Digesten 42.8.1:

VIII.¹
 QUAE IN FRAUDEM CREDITORUM FACTA SUNT
 UT RESTITUANTUR.

1 *ULPIANUS libro sexagesimo sexto ad edictum*
 Ait praetor: 'Quae fraudationis causa gesta erunt
 'cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curator
 'bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare³ oportebit,
 'actionem dabo. idque etiam adversus ipsum, qui
 1 'fraudem fecit, servabo'. Necessario praetor hoc
 edictum proposuit, quo edicto consulit creditoribus
 revocando ea, quaecumque in fraudem eorum alie-
 2 nata sunt. Ait ergo praetor 'quae fraudationis

Römisches Recht, Actio Pauliana

■ Digesten 42.8.1, Übersetzung:

**„VOM ERSATZ DESSEN, WORIN DIE GLÄUBIGER
 BETRÜGLICHERWEISE BENACHTEILIGT WERDEN.**

*ULPIAN (lib. LXVI. ad Ed.) – Der Prätor sagt: Was in betrügerlicher
 Absicht mit einem, dem der Betrug nicht unbekannt ist, gehandelt
 worden, deshalb will ich dem Gütervertreter [...] eine Klage gestatten [...].*

*Aus Notwendigkeit hat der Prätor dieses Edikt aufgestellt; durch dasselbe
 hat er für die Gläubiger gesorgt, durch Widerrufung aller in der
 Absicht, sie zu hintergehen, unternommenen Veräußerungen.“*

- „In fraudem creditorum“ -> Gläubigerbetrug/-benachteiligung. Heute: Gläubigerbenachteiligungsvorsatz.
- „[...] qui fraudem non ignoraverit“: Der Erwerber musste den Schädigungsvorsatz kennen (Grevesmühl, Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischem Recht, 2003, S. 124). Heute: Kenntnis.

Römisches Recht, Rechtshandlung

■ Digesten 42.8.1.2:

2 nata sunt. → *At ergo praetor 'quae fraudationis 'causa gesta erunt'. haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcumque contractum. quod-*

■ Digesten 42.8.1.2, Übersetzung:

*„Der Prätor sagt also: Was in betrügerischer Absicht gehandelt worden. Diese Worte sind allgemein, und umfassen **alle und jede zur Hintergehung unternommene Veräußerung** oder sonstige Verhandlung. [...]"*

➤ Heute ebenfalls weite Auslegung des Begriffs der Rechtshandlung.

Römisches Recht, Rechtshandlung

■ Weitere Beispiele:

- Digesten 42.8.1.2: *„Alles **also, was in betrügerischer Absicht geschehen ist**, [...] es mag sein, was immer es will; denn diese Worte umfassen viel. Möge der Schuldner also eine **Sache veräußert** oder durch Quittung oder Vertrag jemandem seiner Verbindlichkeit enthoben haben.“*
- Digesten 42.8.2: *„[...] Auch wenn er **Pfänder losgibt**, oder zur Hintergehung seiner Gläubiger **einen anderen vorzieht** [etwa einen Gläubiger, dessen Forderung noch nicht fällig oder bedingt ist].“*
- Digesten 42.8.3: *„Oder ihm eine Ausflucht an die Hand gibt, oder eine Verbindlichkeit eingeht, oder Geld auszahlt, oder sonst etwas zur Hintergehung seiner Gläubiger unternimmt.“*

Römisches Recht, Rechtshandlung

■ Weitere Beispiele:

- Digesten 42.8.3.1: „[...] *auch, wenn er etwa absichtlich im Gericht ausbleibt, oder einen Prozess liegen und dadurch verloren gehen lässt, oder einen Schuldner nicht belangt, damit derselbe durch den Zeitablauf befreit werde [...].*“
- Digesten 42.8.3.2: „**Wer irgendetwas getan hat, um etwas, das er hatte, nicht mehr zu haben, den geht dieses Edikt an.**“
- Digesten 42.8.4: „**Betrüglich handelnd ist auch der zu nennen, der nicht tut, was er tun sollte.**“
- Heute: § 129 Abs. 2 InsO: „**Eine Unterlassung steht einer Rechtshandlung gleich.**“

Römisches Recht, Rechtshandlung

■ Weitere Beispiele:

- Digesten 42.8.6: „**Wenn aber einer, da er etwas erwerben kann, nicht sucht, es zu erwerben, so ist dieses Edikt nicht anzuwenden; denn es betrifft solche, die ihr Vermögen verringern, nicht aber solche, die so handeln, dass sie sich nicht bereichern.**“

Römisches Recht, Anfechtungsfrist

■ **Digesten 42.8.6.7 (Satz 1):**

7 ponit, ut puta pignora venditionesque. → Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. qui vero post bona possessa debitum suum

■ **Digesten 42.8.6.7 (Satz 1), Übersetzung:**

„Wohl zu merken: Julian schreibt und es entspricht geltendem Recht, dass derjenige **dieses Edikt nicht zu fürchten hat, der Geld, das er zu fordern hatte, angenommen hat, ehe das Vermögen des Schuldners in Beschlag genommen wurde, selbst wenn er genau weiß, dass der Schuldner nicht zahlungsfähig ist; denn er hat für sein eigenes Bestes gehandelt.**“

➤ Nach heutigem Recht gesetzliche Anfechtungsfristen sowie § 91 InsO.

Römisches Recht, Gläubigergleichbehandlung

■ **Digesten 42.8.6.7 (Satz 2):**

vigilavit. → qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset. Hoc edictum

■ **Digesten 42.8.6.7 (Satz 2), Übersetzung:**

„Wer aber **nach der Beschlagnahme des Vermögens [des Schuldners] seine Forderung einzieht, der muss auf seinen Anteil verwiesen und den übrigen Gläubigern gleichgestellt werden; denn nach der Beschlagnahme durfte er den Übrigen nichts entziehen, da dann alle Gläubiger in gleiche Lage gesetzt sind.**“

➤ Gläubigergleichbehandlung („par condicio omnium creditorum“) nach römischem Recht erst ab Vermögensbeschlagnahme.

Römisches Recht, Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

- „*consilium fraudis*“ (vgl. D. 42.81.1 „*fraudationis causa gestum*“, D. 42.8.1 „*fraudandi causa [...] fecit*“):
 - „*Nach der heute herrschenden Ansicht [zum klassischen römischen Recht] muss der Gemeinschuldner um seine eigene Insolvenz gewusst haben*“ (vgl. Grevesmühl, a.a.O., S. 112).
 - „*Wenn in den Quellen von „solvendo non esse“ die Rede ist, dann ist damit der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gemeint*“ (Grevesmühl, a.a.O., S. 112).
 - „*Das Wissen um die Insolvenz impliziert die Vorstellung, dass man seine Verbindlichkeiten nicht erfüllen und dadurch seine Gläubiger schädigen könnte*“ (vgl. Grevesmühl, a.a.O., S. 112).
 - „*Wer sein Vermögen verringert, obwohl er weiß, insolvent zu sein oder es zu werden, der weiß auch, dass seinen Gläubigern daraus ein Schaden erwachsen kann*“ (vgl. Grevesmühl, a.a.O., S. 113).

Römisches Recht, Kenntnis Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

- **Digesten 42.8.6.8:**

§ dicio omnium creditorum facta esset. → Hoc edictum eum coercet, qui sciens eum in fraudem creditorum hoc facere suscepit, quod in fraudem creditorum fiebat: quare si quid in fraudem creditorum factum sit, si tamen is qui cepit ignoravit, cessare videntur 9 verba edicti. Praeterea illud sciendum est eum,
- **Digesten 42.8.6.8, Übersetzung:**

„*Dieses Edikt bedroht den, welcher, wissend, dass der andere zur Hintergehung seiner Gläubiger das, was zum Zwecke dieser Hintergehung geschah, vorgenommen hat; wenn daher auch etwas in der Absicht, die Gläubiger zu betrügen, geschehen ist, jedoch der, welcher deshalb etwas angenommen, nichts davon wusste, so erscheinen die Worte dieses Edikts unanwendbar.*“
- **Heute: Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes, § 133 InsO.**

Römisches Recht

■ Digesten 42.8.10 (vor 1):

10 *ULPIANUS libro septuagesimo tertio ad edictum* Ait praetor: 'Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re³ agitur, fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei⁴, si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. interdum causa cognita et si scientia non sit, in factum actionem 1 'permittam'. Ita demum revocatur, quod frau-

■ Digesten 42.8.10 (vor 1), Übersetzung:

„ULPIAN (lib. LXVI. ad Ed.) – Der Prätor sagt: Was Lucius Titius **in betrügerlicher Absicht, unter Deiner Mitwissenschaft**, mit dem in Rede stehenden Vermögen vorgenommen hat, **deshalb sollst Du** ihnen [den Gläubigern] [...] **Ersatz leisten. Bisweilen und nach Befinden der Umstände werde ich, wenn auch keine Mitwissenschaft vorliegt, doch eine Klage wegen des Geschehenen (in factum) gestatten.**“

Römisches Recht

■ Digesten 42.8.10.2:

2 Quod ait praetor 'sciente', sic accipimus 'te con-scio et fraudem participante': non enim si simpliciter scio illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum teneri eum in factum actione, sed si 3 particeps fraudis est. Si quis particeps quidem

■ Digesten 42.8.10.2, Übersetzung:

„Die Worte des Prätors „**unter Deiner Mitwissenschaft**“ werden so verstanden: So **dass Du um den Betrug [= die Gläubigerbenachteiligung] wissest und daran Teil nimmst**; denn nicht, dass ich bloß wisse, es habe der andere Gläubiger, reicht hin, die Zulässigkeit der Klage aus dem Geschehenen (in factum) gegen mich zu behaupten, sondern **nur dass ich Teilnehmer des Betrugs bin.**“

■ Mittäterschaftliche Verkürzung, der Erwerber musste teilnehmen

(Grevesmühl, a.a.O., S. 125 f.).

Römisches Recht, Kenntnis Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, Bargeschäftseinwand

■ Digesten 42.8.10.4:

4 conventus testato perseverat. → Alias autem qui scit aliquem creditores habere, si cum eo contrahat simpliciter sine fraudis conscientia, non videtur hac actione teneri.

■ Digesten 42.8.10.4, Übersetzung:

„Außerdem aber erscheint jemand, der da weiß, dass der andere Gläubiger habe, und **mit ihm rein, ohne Mitwissen um einen Betrug, kontrahiert, nicht mit dieser Klage belangbar.**“

➤ Heute: Kenntnis Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, Bargeschäftseinwand.

Römisches Recht, Kenntnis Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

- Grevesmühl, a.a.O., S. 124: „Die „scientia fraudis“ [fraudandi causa sciente, D. 42.8.10 (vor 1)] war nach klassischer Lehre also die **Kenntnis des Beklagten** davon, dass der Schuldner vorsätzlich zur Benachteiligung der Gläubiger handelte.“
- „Wie beim Schuldner wurde auch beim Beklagten **nicht nach den Motiven gefragt.**“
- Grevesmühl, a.a.O., S. 130: „Die **Prokulianer**, deren Auffassungen sich [...] in den meisten Fragen durchsetzten, **bestimmten die Anfechtungsvoraussetzungen präzise in Gestalt allgemeingültiger Regeln** und gaben dem Tatbestand der Gläubigerbenachteiligung dadurch **klare Konturen.**“
- „Die **Sabinianer fragten demgegenüber nach der Vorwerfbarkeit des Verhaltens des Beklagten**“ (Grevesmühl, a.a.O., S. 128, 131).

Römisches Recht, Inkongruenz

■ Digesten 42.8.10.12:

Si, cum in diem ¹⁴
deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit
in eo, quod sensi commodum in repraesentatione, in
factum actioni locum fore: nam praetor fraudem in-
13 tellegit etiam in tempore fieri. Si cui solutum

■ Digesten 42.8.10.12, Übersetzung:

„Wenn der betrügerische Schuldner mir augenblicklich bezahlt hat, was ich erst in einer Frist zu fordern hatte, so wird wegen des Vorteils, den ich durch die Beschleunigung genossen habe, die Klage aus dem Geschehenen (in factum) zulässig erachtet werden müssen; denn der Prätor meint, dass auch in Beziehung auf die Zeit Betrug vorfallen könne“.

➤ Inkongruenz wegen verfrühter Zahlung.

Preußische Konkursordnung von 1855, Motive

■ Die Motive zur preußischen Konkursordnung vom 08.05.1855

beschreiben die sich im **Anfechtungsrecht** begegnenden **widerstreitenden Interessen** in geradezu klassischer Weise:

*„Auf der einen Seite kommt es darauf an, solchen **betrüglischen**, den Schein der Wahrheit und Gesetzlichkeit annehmenden, in vielartiger Gestaltung und Verschleierung erscheinenden **Dispositionen der Schuldner entgegenzuwirken**, und auf der anderen Seite muss die rechtliche Grenze gefunden werden, damit die Freiheit des Eigentums nicht zu sehr beschränkt, den **Rechten redlicher Personen nicht zu nahe getreten wird** und störende Eingriffe in den Privatverkehr vermieden werden.*

Die Wünsche und Vorschläge gehen denn auch in dieser Materie weit auseinander.

Preußische Konkursordnung von 1855, Motive

Während die einen es überhaupt für ein vergebliches Bemühen der Gesetzgebung halten, hier mit Erfolg und ohne Benachteiligung des Verkehrs vorzuschreiten, stellen andere so weitgehende Forderungen, dass danach die allgemeine gesetzliche Vermutung für die Redlichkeit und Wahrhaftigkeit des Besitzes und der Verträge geradezu ausgehoben werden würde.

*Es muss anerkannt werden, dass es **der Gesetzgebung unmöglich ist, den Betrug in allen seinen verschiedenen Formen zu erfassen**; deshalb darf aber doch das Streben, ihn, soweit es möglich ist, unmöglich zu machen, niemals aufgegeben werden.*

Von entscheidender Wichtigkeit bleibt dabei immer die Beweisführung; eine angemessene Erleichterung derselben ohne Gefährdung wohlbegründeter Rechte, wird das kräftigste Schutzmittel der Gläubiger bilden.

Konkursordnung (KO) von 1877

■ § 31 Konkursordnung (KO), **Absichtsanfechtung**:

■ Anfechtbar sind:

*„1. Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Teile bekannten **Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen**, vorgenommen hat;*

[...].“

Insolvenzordnung (InsO) vom 05.10.1994, Inkrafttreten am 01.01.1999, Gesetzesbegründung

- Mit Einführung der Insolvenzordnung wurde eine **Steigerung der Effektivität des Insolvenzanfechtungsrechts** angestrebt.
- Entwurf Insolvenzordnung, BT Drucks. 12/2443, S. 2: **Verschärfung des Anfechtungsrechts:**

Das Anfechtungsrecht wird verschärft, damit Vermögensverschiebungen im Vorfeld des Insolvenzverfahrens besser als bisher rückgängig gemacht werden können.

Insolvenzordnung (InsO), Gesetzesbegründung

- Entwurf Insolvenzordnung, BT Drucks. 12/2443, S. 82: **Massearmut von Konkursverfahren wegen vorinsolvenzlicher Vermögensverschiebungen:**

Die Massearmut der heutigen Konkursverfahren geht zu einem erheblichen Teil darauf zurück, daß Schuldner im Vorfeld einer herannahenden, oftmals geradezu geplanten, Insolvenz erhebliche Vermögenswerte auf Dritte übertragen und so ihren Gläubigern entziehen.

Insolvenzordnung (InsO), Gesetzesbegründung

- Entwurf Insolvenzordnung, BT Drucks. 12/2443, S. 82: **Verschärfung des Anfechtungsrechts führt zu Erleichterung der Verfahrenseröffnung:**

Die Tatbestände des Anfechtungsrechts sollen deshalb so ausgestaltet werden, daß die Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen wesentlich erleichtert wird, soweit nicht Erfordernisse der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes entgegenstehen. Von der Verschärfung des Anfechtungsrechts sind eine wesentliche Anreicherung der Insolvenzmassen und damit auch eine Erleichterung der Verfahrenseröffnung zu erwarten.

Insolvenzordnung (InsO), Gesetzesbegründung

- Entwurf Insolvenzordnung, BT Drucks. 12/2443, S. 160:
Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, keine Absicht:

Zu § 148 Vorsätzliche Benachteiligung

Die Vorschrift entspricht im wesentlichen der Absichtsanfechtung nach § 31 KO und § 10 Abs. 1 Nr. 1, 2 GesO. Die neue Bezeichnung „vorsätzliche Benachteiligung“ beruht darauf, daß in Absatz 1 der irreführende Ausdruck „Absicht“ durch den Begriff „Vorsatz“ ersetzt wird. Diese Berichtigung des Gesetzeswortlauts bedeutet keine Änderung des geltenden Rechtszustandes. Rechtsprechung und Schrifttum zur Konkursanfechtung sind sich schon bisher einig, daß der Ausdruck „Absicht“ weit ausgelegt werden muß.

Insolvenzordnung (InsO), Gesetzesbegründung

- Entwurf Insolvenzordnung, BT Drucks. 12/2443, S. 160: **Kürzung der Anfechtungsfrist von 30 auf 10 Jahre:**

In Absatz 1 ist anstelle des Dreißigjahreszeitraums des § 41 Abs. 1 Satz 3 KO eine Frist von zehn Jahren vorgesehen, die allerdings nicht an die Ausübung des Anfechtungsrechts, sondern an den Eröffnungsantrag anknüpft. Eine längere Frist kann nicht mehr als zeitgemäß angesehen werden.

Insolvenzordnung (InsO), Gesetzesbegründung

- Entwurf Insolvenzordnung, BT Drucks. 12/2443, S. 160: **Zur gesetzlichen Vermutung des § 148 Abs. 1 Satz 2 InsO-E (= § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO):**

Wegen der gleichwohl noch weiten zeitlichen Erstreckung der Anfechtbarkeit ist es geboten, die engen materiellen Voraussetzungen des § 31 Nr. 1 KO (und des § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO) beizubehalten. Die Neufassung beschränkt sich daher darauf, dem Insolvenzverwalter die schwierige Beweisführung und damit die praktische Durchsetzung des Anfechtungsanspruchs zu erleichtern.

Insolvenzordnung (InsO), Gesetzesbegründung

- Entwurf Insolvenzordnung, BT Drucks. 12/2443, S. 90:

d) Abschaffung der allgemeinen Konkursvorrechte

Die herkömmlichen Vorrechte lassen sich nur einheitlich beseitigen.
[...].

Durch den Abbau der Konkursvorrechte wird maßgeblich dazu beigetragen, daß sich die durchschnittlichen Quoten der einfachen Insolvenzgläubiger gegenüber dem gegenwärtigen Rechtszustand erhöhen und daß diese Gläubiger wieder stärker am Ablauf des Insolvenzverfahrens interessiert werden.

Insolvenzordnung (InsO), Gesetzesbegründung

- Entwurf Insolvenzordnung, BT Drucks. 12/2443, S. 90: **Abschaffung der Konkursvorrechte:**

Aus allen diesen Gründen wird vorgeschlagen, die Konkursvorrechte des § 61 Abs. 1 KO und vergleichbare Vorrechte in anderen gesetzlichen Vorschriften ersatzlos zu streichen. Dies betrifft namentlich die Vorrechte des Fiskus, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit sowie die bevorzugte Rechtsstellung der Arbeitnehmer wegen rückständiger Arbeitsentgelte.

Insolvenzordnung (InsO), Gesetzesbegründung

- **Das Arbeitnehmerprivileg** des § 59 Abs. 1 Nr. 3a KO, wonach Lohnforderungen aus den letzten sechs Monaten vor Verfahrenseröffnung Masseschulden waren, **wurde nicht in die InsO übernommen** (BAG, Urt. v. 29.01.2014, Az. 6 AZR 345/12, Rn. 16).

Gescheitertes Reformvorhaben zur Einschränkung der Vorsatzanfechtung im Jahr 2006

- „Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur **Anpassung der Vorsatzanfechtung**“ vom 09.03.2006 (BT-Drucks. 16/886):
 - Einschränkung der Vorsatzanfechtung bei kongruenten Deckungen.
 - Dies sollte erreicht werden durch Verschärfung des subjektiven Tatbestands:
 - Unlauteres Verhalten,
 - Ausschluss der Vermutung.

Gescheitertes Reformvorhaben zur Einschränkung der Vorsatzanfechtung im Jahr 2006

■ **Vorbemerkung** (BT-Drucks. 16/886, S. 1):

*„Die Insolvenzanfechtung wurde durch die neuere Rechtsprechung des BGH für den Insolvenzverwalter deutlich erleichtert. Hierdurch sind **insbesondere die öffentlich-rechtlichen Gläubiger benachteiligt**. Bei den Sozialversicherungsträgern beispielsweise wird ein Beitragsausfall von bis zu 800 Mio. Euro jährlich befürchtet.“*

■ **Lösung** (BT-Drucks. 16/886, S. 1):

*„Um einerseits **dem Interesse der öffentlich-rechtlichen Gläubiger** Rechnung zu tragen, andererseits nicht den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zu verletzen, wird u.a. die Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung mit einer allgemeinen Regelung **auf Fälle unlauteren Verhaltens beschränkt**.“*

Gescheitertes Reformvorhaben zur Einschränkung der Vorsatzanfechtung im Jahr 2006

■ **Gesetzentwurf** (BT-Drucks. 16/886, S. 5):

„§ 133 Abs. 1 Satz 2 wird durch folgende Sätze ersetzt:

*Bei einer Rechtshandlung, die nicht eine nach § 130 Abs. 1 ist, wird diese Kenntnis vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass diese Handlung die Gläubiger benachteiligte. Eine Rechtshandlung nach § 130 Abs. 1 kann nach Satz 1 nur angefochten werden, wenn ein **unlauteres Verhalten** des Schuldners vorliegt.“*

Gescheitertes Reformvorhaben zur Einschränkung der Vorsatzanfechtung im Jahr 2006

- **Gesetzesbegründung** (BT-Drucks. 16/886, S. 9):

*„Eine Regelung für die Sozialversicherungsträger und auch den Fiskus, die diese nahezu vollständig von einer Insolvenzanfechtung freistellen würde, hätte indessen einen erheblichen Eingriff in eine wesentliche Errungenschaft der Insolvenzrechtsreform, den **Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung**, zur Folge. **Der Gesetzentwurf sieht deshalb allgemeine Regelungen vor, die allen Insolvenzgläubigern zugute kommen.** Durch aufeinander abgestimmte Änderungen der Insolvenzordnung wird ein **vorsichtiges Zurückschneiden des Anfechtungsrechts** angestrebt, wie es in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seinen Niederschlag gefunden hat.“*

Gescheitertes Reformvorhaben zur Einschränkung der Vorsatzanfechtung im Jahr 2006

- Der Gesetzentwurf (BT-Drucks. 16/886) ist im Bundestag **von allen Fraktionen einstimmig abgelehnt** worden.

Unsere Standorte



Wir verfügen über Praxisgruppen in den Bereichen

- Arbeitsrecht
- Banking & Finance
- Energie
- Gesellschaftsrecht / M&A
- Health Care
- Immobilien – Bau – Vergabe
- Investment Fonds
- IP, Media & Technology
- Kapitalmarktrecht
- Kartellrecht
- Private Clients
- Private Equity / Venture Capital
- Prozessführung / Schiedsgerichtbarkeit
- Public Sector
- **Restrukturierung**
- Steuerrecht
- Transport – Schifffahrt – Logistik – Verkehr
- Umweltrecht – Environment, Health, Safety
- Versicherungsrecht - Rückversicherungsrecht
- Vertriebsrecht
- Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Restrukturierung

Die Experten von Heuking Kühn Lüer Wojtek unterstützen Sie aktiv dabei, Ihre Ziele als Unternehmen, Unternehmer oder Geschäftspartner durchzusetzen, wenn sich ein Unternehmen in der Krise befindet. Die beste Lösung einer solchen Krise ist in der Regel eine erfolgreiche Restrukturierung. Dabei geht unsere Beratung ganz bewusst weit über die Suche nach „fresh money“ hinaus.

Gemeinsam mit Ihnen und unserem erfahrenen Netzwerk an Wirtschaftsprüfern und Unternehmensberatern erarbeiten wir eine umfassende Strategie für eine erfolgreiche Restrukturierung und setzen diese um.



Restrukturierung – Was andere über uns sagen

- JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien 2013/2014, S. 563:

„Die für Restrukturierungen häufig empfohlene Kanzlei hat die Marktspitze fest im Blick. Bester Beleg dafür ist das komplexe Mandat zur Rettung des Autozulieferers Neumayer Tekfor, mit dem sich auch Wettbewerber gerne geschmückt hätten. Weitere Fälle im Zusammenhang mit Insolvenzplänen zeigen, dass Heuking die Sanierungsmöglichkeiten nach der ESUG-Reform versteht und umsetzen kann. Von Insolvenzverwaltern wird die Kanzlei zudem für ihre prozessuale Tätigkeit geschätzt, die eine große fachliche Reichweite hat.“



Restrukturierung – Was andere über uns sagen

- JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien 2013/2014, S. 181:

„Heuking Kühn Lüer Wojtek, München: Eine Stärke vor Ort ist die insolvenzrechtliche Beratung mit dem von Wettbewerbern als „konstruktiver Verhandler“ gelobten Prof. Dr. Georg Streit.“

- JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien 2013/2014, S. 399:

„Heuking Kühn Lüer Wojtek: Häufig empfohlen: Prof. Dr. Georg Streit („fachlich gut“, Mandant).“



Restrukturierung – Was andere über uns sagen: JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien 2013/2014, S. 561:

Führende Namen im Bereich Restrukturierung/Sanierung

Dr. Helmut Balthasar	» Görg
Kolja von Bismarck	» Linklaters
Frank Grell	» Latham & Watkins
Alfred Hagebusch	» Wellensiek
Peter Hoegen	» Allen & Overy
Dr. Leo Plank	» Kirkland & Ellis
Dr. Stefan Sax	» Clifford Chance
Dr. Sven Schelo	» Linklaters
Dr. Andreas Spahlinger	» Gleiss Lutz
Dr. Martin Stockhausen	» Görg
➔ Prof. Dr. Georg Streit	» Heuking Kühn Lüer Wojtek
Dr. Lars Westpfahl	» Freshfields Bruckhaus Deringer
Andreas Ziegenhagen	» Dentons

Die hier getroffene Auswahl der Personen ist das Ergebnis der auf zahlreichen Interviews basierenden Recherche der JUVE-Redaktion (siehe S. 16). Sie ist in zweierlei Hinsicht subjektiv: Sämtliche Aussagen der von JUVE-Redakteuren befragten Quellen sind subjektiv u. spiegeln deren eigene Wahrnehmungen, Erfahrungen u. Einschätzungen wider. Die Rechercheergebnisse werden von der JUVE-Redaktion unter Einbeziehung ihrer eigenen Marktkenntnis analysiert u. zusammengefasst. Der JUVE Verlag beabsichtigt mit dieser Tabelle keine allgemein gültige oder objektiv nachprüfbar Bewertung. Es ist möglich, dass eine andere Recherchemethode zu anderen Ergebnissen führen würde.



Prof. Dr. Georg Streit
Rechtsanwalt, Partner und Leiter
der Praxisgruppe Restrukturierung

Heuking Kühn Lüer Wojtek
Prinzregentenstraße 48
80538 München

Tel.: 0049 (0) 89 / 540 31 227

Fax: 0049 (0) 89 / 540 31 527

E-Mail: g.streit@heuking.de

Prof. Dr. Georg Streit ist Equity Partner, Rechtsanwalt und Leiter der Praxisgruppe Restrukturierung bei Heuking Kühn Lüer Wojtek. Prof. Dr. Streit ist umfassend beratend und forensisch in allen Bereichen tätig, die durch den Themenkreis Krise/Sanierung/Insolvenz in juristischer Hinsicht angesprochen sind. Prof. Dr. Streit berät und vertritt Investoren beim Kauf von in der Krise befindlichen oder aus Insolvenzverfahren heraus zu übernehmenden Unternehmen, Unternehmen in der Krise, Gesellschafter beziehungsweise das Management bei Transaktionen zur Krisenüberwindung bzw. Insolvenzvermeidung (Restrukturierung der Passivseite, Debt-Equity Swap, Treuhandmodelle etc.) bzw. im Schutzschirm- und Insolvenzplanverfahren, Gläubiger in der Krise und Insolvenz des Schuldners, Vorstände und Geschäftsführer zur Vermeidung und Abwehr von straf- und haftungsrechtlichen Risiken sowie Private Equity Häuser bei der Krise von Portfolio-Gesellschaften (insbesondere Maßnahmen zur Restrukturierung der Passivseite). Prof. Dr. Streit ist Dozent für Insolvenzrecht und Sanierung an der Universität Mannheim (seit 2003). Prof. Dr. Streit ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen zu insolvenzrechtlichen Themen.



Berlin
 Unter den Linden 10 · 10117 Berlin
 T +49 30 88 00 97-0 · F +49 30 88 00 97-99
 berlin@heuking.de



Brüssel
 Rue Froissart 95 · 1040 Brüssel · Belgien
 T +32 2 646 20-00 · F +32 2 646 20-40
 brussels@heuking.de



Chemnitz
 Weststraße 16 · 09112 Chemnitz
 T +49 371 382 03-0 · F +49 371 382 03-100
 chemnitz@heuking.de



Düsseldorf
 Georg-Glock-Straße 4 · 40474 Düsseldorf
 T +49 211 600 55-00 · F +49 211 600 55-050
 duesseldorf@heuking.de



Frankfurt
 Goetheplatz 5-7 · 60313 Frankfurt am Main
 T +49 69 975 61-0 · F +49 69 975 61-200
 frankfurt@heuking.de



Hamburg
 Neuer Wall 63 · 20354 Hamburg
 T +49 40 35 52 80-0 · F +49 40 35 52 80-80
 hamburg@heuking.de



Köln
 Magnusstraße 13 · 50672 Köln
 T +49 221 20 52-0 · F +49 221 20 52-1
 koeln@heuking.de



München
 Prinzregentenstraße 48 · 80538 München
 T +49 89 540 31-0 · F +49 89 540 31-540
 muenchen@heuking.de



Zürich
 Bahnhofstrasse 3 · 8001 Zürich · Schweiz
 T +41 44 200 71-00 · F +41 44 200 71-01
 zuerich@heuking.ch

Wachstumsperspektiven in Europa

(Gutberlet)

Dr. Kurt-Ludwig Gutberlet „Wachstumsperspektiven in Europa“

(Kurzfassung)

1. Europa und EU befinden sich aktuell in einer Wachstumskrise

- Seit 2008 schwere Finanz-, Währungs- und Wachstumskrise
- Anhaltend hohe Arbeitslosigkeit (12%), besonders unter Jugendlichen
- Staatsschuldenkrisen einiger Eurostaaten
- Reformstau in Frankreich und Italien
- Währungsunion : Trotz der inzwischen erreichten Beruhigung ist die Eurozone nach wie vor im Ausnahmezustand und sehr fragil
- Wachstum im Euroraum hinkt deutlich hinter Wachstum der Weltwirtschaft zurück
- Europa hat mit 50% Staatsanteil an der Wirtschaft – bedingt vor allem durch die ausgreifenden Sozialsysteme und vielen Rentenbezieher – einen systematischen Wachstumsnachteil gegenüber anderen Regionen
- Zunehmende Überalterung der europäischen Gesellschaft
- Zugleich tut sich Europa schwer mit einer „Einwanderungspolitik im eigenen Interesse“
- Trotzdem ist Europa verglichen mit vielen Regionen der Welt nach wie vor eine attraktive Region.

2. Was wäre so schlecht daran, wenn Europas Wirtschaft langsamer als der Rest der Welt wächst?

- Finanzierbarkeit der Sozialsysteme
- Hohe Arbeitslosigkeit birgt sozialen und politischen Sprengstoff
- Weltpolitisch werden Europa bzw. EU heute als „wirtschaftlicher Riese und politischer Zwerg“ eingestuft – und das bei abnehmender weltwirtschaftlicher Bedeutung

3. Welche Rezepte werden diskutiert, um Europa wieder zu mehr Wachstum zu verhelfen?

- Klassische Konjunkturpolitik wird nicht helfen : Die Eurostaaten haben „ihr Pulver“ für eine Ankurbelung der Wirtschaft verschossen
- Maxime für die EU-Institutionen sollte sein: Subsidiarität statt Zentralität. Tatsächlich liegt der Hauptteil der EU-Regulierungen und der EU-Ausgaben aber in Bereichen, die sinnvoller auf nationaler oder sogar regionaler Ebene zu regeln wären
- Das Institut für Weltwirtschaft/Kiel hat zur sozialverträglichen Lösung der Eurokrise 2013 einen sehr interessanten Vorschlag gemacht, der aber leider bislang wenig Resonanz gefunden hat
- Die europäische Politik überlässt es lieber der EZB, mit vertragswidrigen Anleihekäufen und anderen Mitteln einer extrem inflatorischen Geldpolitik, um die lahrende Wirtschaft in der Eurozone zu bekämpfen.
- Schlimmer noch : Auch im wirtschaftlich prosperierenden Deutschland werden die Reformerfolge der Agenda 2010 „verfrühstückt“ – und einem wirtschaftsfeindlichen Interventionismus geopfert

4. Wie kann unter diesen Umständen Europa wieder zu einer Phase dynamischen Wachstums kommen ?

- a) EU muss sich entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip auf die Aufgaben beschränken, die am besten zentral zu lösen sind – und die Regelungswut in vielen Bereichen beenden.
- b) Die Konsolidierung der Staatsfinanzen – basierend auf verbindlichen nationalen Fiskalregeln – muss in allen EU-Ländern angepackt und durchgehalten werden.

- c) Die EZB muss sich wieder – vertragskonform – auf ihre Aufgaben der inneren und äußeren Geldwert-Stabilität zurückziehen und darf nicht mehr den „Ausputzer“ für fehlende Strukturreformen der nationalen und europäischen Politik spielen.
- d) Der Interventionismus muss beendet, dem Wettbewerb wieder mehr Chancen gegeben werden.
- e) Wenn zentrale Forschungspolitik Sinn macht, dann in der Förderung der Grundlagenforschung in Megatrend-Technologien (Digitalisierung, Kommunikationstechnik etc.), nicht in marktnaher F&E.
- f) Alle Regionen in Europa müssen sich im Standortwettbewerb um ein eigenes Wachstumsprogramm bemühen, das ihren Stärken entspricht : Wachstum durch Wettbewerb
- g) Europa braucht für ein höheres Wachstum eine Energiepolitik, die Krisenfestigkeit (sprich Versorgungssicherheit) mit Bezahlbarkeit kombiniert
- h) Ein massiver Hebel – vielleicht der wichtigste – zur Förderung des Wachstums in Europa ist der Ausbau des Erwerbepersonen-Potentials
 - Durch ein stufenweises Heraufsetzen des Renten-Eintrittsalters
 - Wir müssen mehr arbeitswillige und möglichst qualifizierte oder qualifizierbare Menschen nach Europa kommen lassen.
 - Das sehr erfolgreiche deutsche System der dualen Ausbildung sollte mit Hochdruck in allen europäischen Ländern in der Breite eingeführt werden

5. Warum soll Deutschland seine Erfolgsrezepte mit anderen europäischen Ländern teilen?

- Zum einen lässt sich das duale Bildungssystem in keinem Land flächendeckend sehr schnell ausrollen
- Der gemeinsame Euro-Währungsraum kann nur stabil gedeihen, wenn ein Gleichgewicht in den Leistungsbilanzen und in den Wachstumsperspektiven der Mitgliedsländer erreicht wird

**Unternehmerische Freiheit und Minderheitenschutz - Gestaltungschancen und
Gestaltungsgrenzen gesellschaftsvertraglicher Regelungen**

(Grunewald)



Unternehmerische Freiheit und Minderheitenschutz – Gestaltungschancen und Gestaltungsgrenzen gesellschaftsvertraglicher Regelungen

12.10.2014

1



- A. Die maßgeblichen Kriterien**
- B. Beiräte**
 - I. Arten von Beiräten
 - II. Rechtslagen in der Kommanditgesellschaft
 - 1. Beratende Beiräte
 - 2. Beiräte mit Kompetenzen im Bereich der Geschäftsführung
 - III. Rechtslage in der GmbH
 - 1. Beratende Beiräte
 - 2. Beiräte mit Kompetenzen im Bereich der Geschäftsführung
- C. Ausschluss von Gesellschaften**
 - I. Verfahren
 - II. Wechselseitige Ausschlussbegehren
- D. Sonderrechte**
 - I. Rechtslage in der GmbH
 - II. Rechtslage in der KG
- E. Nachschüsse**
- F. Zusammenfassung**

12.10.2014

2



A. Die maßgeblichen Kriterien

Die Grenzen der Vertragsfreiheit bei der Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge von GmbH und KG ergeben sich aus:

- § 138 Abs. 1, § 134 BGB
- Dem Grundsatz der Verbandssouveränität
- Dem Grundsatz der Selbstorganschaft und der Kernbereichslehre (nur bei der KG)

12.10.2014

3



B. Beiräte

Beiräte unterscheiden sich unter vielen Gesichtspunkten.

- Zugewiesene Aufgaben (Beratung, Kontrolle, Weisungsrechte)
- Die Zusammensetzung der Beiratsmitglieder (Gesellschafter oder Gesellschaftsexterne)
- Die rechtliche Basis des Beirats (Satzung/Gesellschaftsvertrag oder Vertrag mit der Gesellschaft)

12.10.2014

4



Beiräte bei der Kommanditgesellschaft

- Beratende Beiräte sind problemlos möglich.
- Beiräte mit Überwachungsfunktion können die unabdingbaren Überwachungsrechte der Gesellschafter nicht ausschließen (§166 HGB).

12.10.2014

5



Beiräte mit Weisungsrecht in der Kommanditgesellschaft

- Bei Beteiligung Gesellschaftsexterner könnte darin ein Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstorganschaft liegen.
- Es bleibt allerdings stets die Rückholkompetenz der Gesellschafter.
- Sollte Komplementär eine natürliche Person sein, so muss ihr eine Blockademöglichkeit eingeräumt werden.

12.10.2014

6



- Beiräte, denen Zustimmungsvorbehalte eingeräumt werden, sollten problemlos möglich sein. Dies gilt auch, wenn Komplementär eine natürliche Person ist.

12.10.2014

7



Beiräte in der GmbH

- Beratende Beiräte und Beiräte mit Zustimmungsvorbehalt sind problemlos möglich.
- Beiräte mit Kontrollfunktion sind möglich, können aber die unabdingbaren Gesellschafterrechte nicht verdrängen (§ 51 a GmbHG).

12.10.2014

8



Beiräte in der GmbH

- Nach herrschender Meinung sind Weisungsrechte zwar weitgehend, aber nicht gänzlich auf einen Beirat übertragbar.
- Meines Erachtens sollte auch die vollständige Übertragung des Weisungsrechts zulässig sein. Den Gesellschaftern bleibt die Rückholkompetenz.

12.10.2014

9



C. Ausschluss von Gesellschaftern

- Sowohl in der KG wie in der GmbH besteht die Möglichkeit zum Ausschluss von Gesellschaftern aus wichtigem Grund auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag dies nicht ausdrücklich regelt.

12.10.2014

10



Ausschluss von Gesellschaftern

- Schwierig ist die Feststellung, wann ein wichtiger Grund vorliegt.
- Wenn ein tiefgreifendes Zerwürfnis zwischen den Gesellschaftern besteht, geht die Judikatur davon aus, dass ein in der Person eines Gesellschafters liegender wichtiger Grund gegeben ist, wenn diese Person das Zerwürfnis überwiegend verursacht hat und in der Person der die Ausschließung betreibenden Gesellschafter keine Umstände vorliegen, die deren Ausschluss rechtfertigen.

12.10.2014

11



In dem Fall BGH GmbHR 2013, 1315 war der Kläger mit drei weiteren Gesellschaftern Gründer der beklagten GmbH, die ein Kino betreibt. Alle Gesellschafter waren mit 25 % beteiligt und allein vertretungsberechtigte Geschäftsführer. Nachdem die persönliche Beziehung des Klägers mit der Mitgesellschafterin L gescheitert war, kam es zu Spannungen zwischen den Gesellschaftern. Dem Kläger wurde die Verletzung seiner Pflichten als Gesellschafter vorgeworfen.

In einer Gesellschafterversammlung einigten sich die Gesellschafter darauf, dass der Kläger bis auf Weiteres Urlaub nehmen und sich während dieser Zeit jeder Geschäftsführertätigkeit enthalten sollte. Hieran hielt er sich nicht. In einer Gesellschafterversammlung beschlossen die Gesellschafter sodann in Abwesenheit des Klägers einstimmig, dessen Geschäftsanteil aus wichtigem Grund einzuziehen und den Kläger auszuschließen. Der Kläger hat beantragt, diesen Beschluss für nichtig zu erklären.

12.10.2014

12



Das Oberlandesgericht hatte der Klage stattgegeben. Es hatte ausgeführt, dass in erster Linie die Zerrüttung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zwischen dem Kläger und der Mitgeschafterin L das Verhältnis der Mitgeschafter der Beklagten belastet und damit die wesentliche Ursache für die Zerrüttung des Gesellschaftsverhältnisses gesetzt habe.

- Wer das Scheitern der Lebensgemeinschaft zu vertreten habe, könne der Senat nicht beurteilen.
- Die darüber hinaus von dem Kläger in Fortsetzung dieser in die Gesellschaft hineingetragenen Auseinandersetzung begangenen Pflichtverletzungen stünden allerdings außer Frage.

12.10.2014

13



Der BGH hat die Klage abgewiesen. Zwar liege ein wichtiger Grund in dem tiefgreifenden Zerwürfnis zwischen den Gesellschaftern. Dies führe zum Ausschluss desjenigen, der das Zerwürfnis überwiegend verursacht habe.

- Dies gelte allerdings nur dann, wenn in der Person der ausschließenden Gesellschafter keine Umstände vorliegen, die ihre Ausschließung rechtfertigen.
- Hier habe der Kläger das persönliche Zerwürfnis mit der Mitgeschafterin in die Gesellschaft hineingetragen. Dies sei ihm anzulasten, dazu kämen weitere Pflichtverletzungen.

12.10.2014

14



Die Judikatur akzeptiert den Ausschluss ohne wichtigen Grund nur in Ausnahmefällen.

- Ausschluss der Erben eines Gesellschafters
- Treuhandähnliche Verhältnisse
- Erprobung von Gesellschaftern in freiberuflichen Gesellschaften
- Manager-/Mitarbeitermodelle



In einem Fall des OLG Nürnberg hatte eine GmbH & Co. KG zwei Kommanditisten (A und C) mit gleicher Beteiligungsquote. Der Gesellschaftsvertrag enthielt folgende Klausel:

Solange ausschließlich die Herren A und C Kommanditisten sind, gilt folgendes: Jeder Kommanditist ist berechtigt, dem anderen seinen Kommanditeil unter Nennung eines bestimmten Preises zum Ankauf anzubieten. Lehnt der Angebotsempfänger die Annahme ab, so ist er verpflichtet, seinen Kommanditeil dem Anbietenden unverzüglich zum entsprechend gleichen Preis zu verkaufen und abzutreten. Mit Zahlung des Kaufpreises sind auch sämtliche weitere Anstellungsverhältnisse des ausscheidenden Kommanditisten aufgehoben.



Das OLG hält die Klausel für wirksam. Die Entscheidung betont, dass der Zweck der Regelung (Vermeidung einer Selbstblockade der Gesellschaft) die Verwendung einer derartigen Klausel rechtfertigt.



D. Sonderrechte

- Von maßgeblicher Bedeutung ist eine klare Formulierung im Gesellschaftsvertrag. Es muss deutlich werden, wie weit das Sonderrecht (also ein Recht, das nur durch Satzungsänderung und nur mit Zustimmung des Berechtigten wieder beseitigt werden kann) gehen soll.



D. Sonderrechte

I. Sonderrechte in der GmbH

- Verstärktes Stimmrecht
- Veto-Recht
- Recht zur Erteilung von Weisungen
- Recht, den Geschäftsführer zu bestimmen

12.10.2014

19



Im Fall OLG Saarbrücken GmbH 2005, 546 waren 10 Personen Gesellschafter der beklagten GmbH, die sich auf zwei paritätisch beteiligte Familienstämme (Stamm A und Stamm B) verteilten. Nach § 5 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags hatte jeder Stamm das Recht, einen Geschäftsführer zu benennen. Nach § 6 Abs. 3 waren zur Bestellung von Geschäftsführern alle zur Abstimmung berechtigten Stimmen erforderlich. Die Gesellschafter des Stammes A hatten sich zur einheitlichen Wahrnehmung ihrer Gesellschafterrechte in der GmbH zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammengeschlossen. Nach dem Gesellschaftsvertrag dieser GbR waren deren Gesellschafter verpflichtet, in der Gesellschafterversammlung der Beklagten jeweils entsprechend einem zuvor in der Gesellschafterversammlung der GbR gefassten Beschluss abzustimmen. In der Gesellschafterversammlung der GbR wurde beschlossen, den von Stamm A benannten Geschäftsführer J abzuberufen. Weiter wurde mit gleicher Stimmenmehrheit beschlossen, den Gesellschafter T als Geschäftsführer der Beklagten zu benennen.

In der Gesellschafterversammlung der beklagten GmbH wurde der Antrag auf Abberufung des Geschäftsführers J mit 6:4 Stimmen abgelehnt. Ebenfalls wurde der Antrag auf Bestellung von T zum Geschäftsführer abgelehnt. Dabei stimmten neben den Mitgliedern des Stammes B auch ein Gesellschafter des Stammes A (nämlich J) gegen den Antrag.

Mit der Klage ficht die Klägerin, Mitglied des Stammes A, die ablehnenden Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung an und begehrt die Feststellung, dass beschlossen worden sei, J als Geschäftsführer abzuberufen und T zum neuen Geschäftsführer zu bestellen.

12.10.2014

20



Das OLG hat der Klage nicht stattgegeben. Es stellt fest, dass die Abberufung von J nicht einstimmig erfolgt sei, obwohl dies in der Satzung vorgesehen sei.

- Zwar könne es sein, dass die Mitglieder des Stammes B der Abberufung zustimmen müssten. Dies könne aber nur gelten, wenn der Stamm A einstimmig sein Präsentationsrecht ausgeübt hätte. Dies aber sei gerade nicht erfolgt.
- Allerdings seien die Gesellschafter des Stammes A einen Stimmbindungsvertrag eingegangen. Dies betreffe aber nicht die GmbH sondern eben nur die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die aus den Gesellschaftern des Stammes A besteht.
- Gleiches gelte in Bezug auf den Antrag, T zum Geschäftsführer zu bestellen. Auch hier sei der Stamm B nur verpflichtet, dem Wunsch des Stammes A nachzukommen, wenn dieser einstimmig getroffen worden sei.

12.10.2014

21



II. Sonderrechte in der KG

- Auch in der Kommanditgesellschaft kann einem Gesellschafter das Recht eingeräumt werden, einen Komplementär vorzuschlagen.
- Allerdings wird die Zustimmung eines bereits vorhandenen Komplementärs, sofern er eine natürliche Person ist, zu verlangen sein, da die unbeschränkte persönliche Haftung nur akzeptabel ist, wenn der Komplementär, über die Auswahl der Person, die ihn entsprechend verpflichten kann, auch mitbestimmen kann.

12.10.2014

22



E. Nachschüsse

- Im GmbHG wird in § 26 der Nachschuss angesprochen. In der Praxis wird statt § 26 GmbHG die Nebenleistungspflicht im Sinne von § 3 Abs. 2 GmbHG gewählt.
- Verpflichtungen zum Nachschuss müssen bestimmt und der Höhe nach begrenzt sein.



In dem Fall BGH NZG 2008, 148 enthielt der Gesellschaftsvertrag einer GmbH eine Regelung, nach der im Verhältnis der Geschäftsanteile zueinander entstehende Verluste von den Gesellschaftern übernommen wurden. Umstritten war, ob auf Grund dieser Klausel den Gesellschaftern der Verlust angelastet werden konnte.



Der BGH hat in einem Hinweisbeschluss entschieden, dass in dieser Regelung kein Verlustausgleichsanspruch zu sehen sei, da eine solche Verpflichtung zur Verlustübernahme unwirksam wäre, weil sie unbestimmt und in der Höhe nicht begrenzt ist.

12.10.2014

25



- In der Kommanditgesellschaft kommen Nachschusspflichten häufig vor.
- § 707 BGB ist dispositiv.
- Die Verpflichtungen müssen bestimmt und der Höhe nach begrenzt sein.

12.10.2014

26



F. Zusammenfassung

- I. Die Vertragsfreiheit wird in GmbH und KG durch § 138 Abs. 1 BGB und durch den Grundsatz der Verbandssouveränität begrenzt. In der KG tritt der Grundsatz der Selbstorganschaft und die Kernbereichslehre hinzu.
- II. Beiräte können ganz unterschiedliche Aufgaben haben (z.B. Beratung, Kontrolle, Weisungsrechte). Sie können aus Gesellschaftern oder Dritten zusammengesetzt sein. Die herrschende Meinung hält je nach Zusammensetzung des Beirats und der ihm übertragenen Aufgaben manche Beiräte für zulässig, andere für unzulässig.

12.10.2014

27



1. Beratende Beiräte sind stets zulässig.
2. Beiräte in der GmbH, die Weisungsrechte gegenüber den Geschäftsführern haben, sind zulässig. Dies gilt auch für Beiräte mit externen Dritten. Die Gesellschafter können die Satzung ändern oder im Einzelfall durchbrechen. Darin liegt ihre Absicherung.
3. Auch in der KG kann ein Beirat dem Komplementär Weisungen erteilen. Auch hier ist eine Besetzung des Beirats mit Gesellschaftsexternen zulässig. Erneut gilt, dass die Gesellschafter über die beschriebene Rückholkompetenz abgesichert sind. Sollte allerdings der Komplementär eine natürliche Person sein, so muss ihm eine Blockade eines Weisungsbeschlusses möglich sein.

12.10.2014

28



III. Sowohl in der GmbH wie in der KG ist der Ausschluss eines Gesellschafters bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich, auch wenn die Satzung/der Gesellschaftsvertrag dies nicht ausdrücklich vorsehen.

Besteht ein tiefgreifendes Zerwürfnis zwischen den Gesellschaftern, liegt der wichtige Grund in der Person, die das Zerwürfnis überwiegend verursacht hat. Persönliche Streitigkeiten werden dem Gesellschafter angelastet, der sie in die Gesellschaft hineinträgt.



IV. Sonderrechte (also Rechte, die nur durch Satzungsänderung und nur mit Zustimmung des Berechtigten beseitigt werden können) können sowohl in der GmbH wie auch in der KG vorgesehen werden. Unabdingbar ist eine klare Formulierung, damit deutlich wird, wie weit die Berechtigung geht.

V. Nachschüsse können sowohl in der GmbH wie auch in der KG verlangt werden. Voraussetzung ist stets, dass der Gesellschaftsvertrag/die Satzung eindeutig formuliert ist und eine Obergrenze enthält.



Universität zu Köln
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht
Prof. Dr. Barbara Grunewald



Vielen Dank!

12.10.2014

31

Unternehmerische Freiheit und Minderheitenschutz – Gestaltungschancen und Gestaltungsgrenzen gesellschaftsvertraglicher Regelungen

Prof. Dr. Barbara Grunewald
Universität zu Köln

A. Die maßgeblichen Kriterien

Familiengesellschaften sind regelmäßig entweder als GmbH oder als Kommanditgesellschaft (auch in der Form der GmbH & Co. KG) organisiert. Beide Rechtsformen unterliegen weitgehend der Vertragsfreiheit. Die Gestaltungsgrenzen ergeben sich einmal aus Gründen des Gläubigerschutzes – darum soll es im Weiteren aber nicht gehen, da insoweit in Familiengesellschaften keine Besonderheiten bestehen. Gestaltungsgrenzen ergeben sich darüber hinaus aber auch unter anderen Aspekten. Hierzu zählt § 138 Abs. 1 BGB, aber auch – spezifisch gesellschaftsrechtlich – der Grundsatz der Verbandssouveränität und der Selbstorganschaft sowie Regeln zum Schutz der Minderheit.

Regeln zum Schutz der Minderheit und der Grundsatz der Verbandssouveränität gelten sowohl für die GmbH wie für die KG. Letzterer soll einer Selbstentmündigung der Gesellschafter vorbeugen und beschränkt deshalb den Fremdeinfluss. Begründet wird dies damit, dass zwischen den Gesellschaftern auf Grund der gemeinsamen Mitgliedschaft im Gesellschaftsverband eine Parallelität der Interessen gegeben sei, während ein Nichtgesellschafter keinen vergleichbaren, rechtlichen und psychologischen Unterbindungen unterliege¹.

Für Personengesellschaften gilt darüber hinaus der Grundsatz Selbstorganschaft. Was darunter genau zu verstehen ist, ist allerdings nicht ganz klar. Nach allgemeiner Meinung besagt der Grundsatz, dass die Übertragung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht auf Gesellschaftsexterne nicht in einem beliebigen Ausmaß möglich ist².

Eine besondere Ausprägung des Minderheitenschutzes findet sich im Personengesellschaftsrecht auch durch die sogenannte Kernbereichslehre. Diese besagt, dass eine Änderung des Gesellschaftsvertrags in dem für die Ausprägung der Gesellschafterstellung maßgeblichen Bereich (z.B. Stimmrecht, Stimmeteiligung) nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters erfolgen kann³.

¹ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, 2004 § 7 II 1 b; Schilderung auch bei *Weber*, Privatautonomie und Außeneinfluss im Gesellschaftsrecht 2000 S. 48.

² *Weber* (s.o. Fn. 1) S. 76; *Wiedemann* (s.o. Fn. 1) IV 1 a; *Windbichler* Gesellschaftsrecht 23. Aufl. § 8 Rn. 1; zu Recht kritisch gegenüber diesem Grundsatz *Westermann* in FS Lutter 2000 S. 955.

³ *Grunewald* Gesellschaftsrecht 9 Aufl. § 1 Rn. 86.

B. Beiräte

I. Arten von Beiräten

Unter dem Oberbegriff Beirat werden unterschiedliche Gremien zusammengefasst. Sowohl im Bereich der dem Beirat zugewiesenen Aufgaben (etwa Beratung oder Kontrolle der Geschäftsführung, Weisungsrechte) wie auch der Zusammensetzung der Beiratsmitglieder (Gesellschafter oder Gesellschaftsexterne) und der rechtlichen Basis der Beiratstätigkeit (Verankerung im Gesellschaftsvertrag oder Vertrag mit der Gesellschaft) finden sich zahllose Varianten. Ausgehend von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ist es im Prinzip möglich, dem Beirat beliebige Zuständigkeiten zuzuweisen. Je nach Zusammensetzung des Beirats und der Art der Zuständigkeit können aber auch die Grenzen der Privatautonomie überschritten werden.

II. Rechtslagen in der Kommanditgesellschaft

1. Beratende Beiräte

Sofern der Beirat nur beratend und nicht mitentscheidend tätig ist, sind Zuständigkeiten im Bereich der Geschäftsführung unproblematisch. Dies gilt auch für einen Beirat, der lediglich auf schuldrechtlicher Basis tätig ist, und auch für einen Beirat, der mit Gesellschaftsexternen besetzt ist. Es gehört zu den üblichen Entscheidungskompetenzen der geschäftsführenden Gesellschafter auch darüber zu befinden, ob und von wem sie sich beraten lassen wollen⁴.

2. Beiräte mit Kompetenzen im Bereich der Geschäftsführung

Die Übertragung von Geschäftsführungsbefugnissen und Weisungsrechten auf Beiräte unter Beteiligung von Nichtgesellschaftern wird unter Berufung auf den Grundsatz der Selbstorganschaft als problematisch angesehen⁵. Anderen meinen demgegenüber, dass dem Grundsatz der Selbstorganschaft wie auch dem Grundsatz der Verbandssouveränität hinreichend Rechnung getragen sei, wenn durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags alle Befugnisse des Beirates jederzeit wieder von den Gesellschaftern zurückgeholt werden können⁶. Ergänzt wird diese Argumentation durch den Hinweis, dass unter den Voraussetzungen, unter denen eine

⁴ MünchKomm HGB *Grunewald* 3. Aufl. § 161 Rn. 158.

⁵ *Schürnbrand* Organschaft im Recht der privaten Verbände 2007 S. 262; *Werner* ZEV 2010, 619, 621.

⁶ *Grunewald* in Gedächtnisschrift Ulrich Hübner 2012 S. 485, 486; *Weber* (s.o. Fn. 1) S. 337; wohl auch *Wälzholz* DStR 2003, 511, 513.

Vertragsänderung möglich ist, auch eine Durchbrechung des Vertrages im Einzelfall auf Grund eines entsprechenden Beschlusses der Gesellschafter geschehen könne⁷.

Die Grenzen der Vertragsfreiheit wird man allerdings enger ziehen müssen, wenn der Komplementär eine natürliche Person ist. Denn dann steht auch zur Debatte, dass die unbeschränkte persönliche Haftung für eine natürliche Person nur tragbar ist, wenn sie ein Geschäft, für das sie haftet, auch unterbinden kann. Sollten mehrere natürliche Personen Komplementär sein, müssen sie das Geschäft zumindest dann verhindern können, wenn sie sich einig sind⁸. Diese Grenze kann auch durch das einem Beirat eingeräumten Weisungsrecht nicht übersprungen werden.

Meines Erachtens ist es demgegenüber nicht maßgeblich, ob der Beirat mit Gesellschaftern oder anderen Personen besetzt ist. Auch Kommanditisten sind üblicher Weise am Risiko der KG nicht maßgeblich beteiligt. Daher verschlechtert sich die Position des Komplementärs nicht gravierend, wenn statt Kommanditisten Dritte in den Beirat berufen werden. Vielmehr dient es durchaus dem Schutz der Komplementäre, wenn Gesellschaftsexterne ebenfalls berufen werden können, da dann das Spektrum berufbarer Personen verbreitert wird⁹.

Zustimmungsvorbehalte, die einem Beirat eingeräumt werden, sind auch akzeptabel, wenn der Komplementär eine natürliche Person ist¹⁰. Denn bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen Komplementär und Beirat muss das Geschäft dann zwar unterbleiben. Aber der damit verbundene Verlust einer Gewinnchance ist für die Komplementäre eher hinnehmbar als die Übernahme eines zusätzlichen Haftungsrisikos.

III. Rechtslage in der GmbH

1. Beratende Beiräte

Wie in der KG so sind auch in der GmbH Beiräte, die lediglich eine Beratungskompetenz haben, unproblematisch¹¹.

⁷ *Grunewald* ZEV 2011, 283, 284; *Mutter* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 2 3. Aufl. § 8 Rn. 13.

⁸ Siehe *Grunewald* (s.o. Fn. 5) S. 485, 487; enger *Wertenbruch* in Handbuch der Personengesellschaften 57. Lieferung Rn. 249 b: kein Weisungsrecht gegenüber Komplementär möglich.

⁹ Siehe dazu *Grunewald* (s.o. Fn. 5) S. 485, 487.

¹⁰ *Mutter* (s.o. Fn. 6) § 8 Rn. 23.

¹¹ *Seibt* in Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht 3. Aufl. § 2 Rn. 158.

2. Beiräte mit Kompetenzen im Bereich der Geschäftsführung

Oftmals sollen Beiräte die Geschäftsführung überwachen. Dies ist unproblematisch möglich. Die Kontrollrechte, die den Gesellschaftern zustehen (§ 51 a GmbHG), bleiben aber bestehen, da diese Norm gemäß § 51 a Abs. 3 GmbHG zwingend ist.

Auch in der GmbH ist nicht abschließend geklärt, welche Befugnisse auf einen Beirat übertragen werden können. Nach der gesetzlichen Regel ist die Gesellschafterversammlung gegenüber dem Geschäftsführer weisungsbefugt. Nach herrschender Meinung kann diese Befugnis zwar weitgehend, aber nicht gänzlich auf einen Beirat übertragen werden. Vielmehr muss eine konkurrierende Überwachungsbefugnis¹² bestehen und eine Befugnis zur Anweisung jedenfalls in manchen Fällen erhalten bleiben¹³. Die Gegenmeinung verweist die Gesellschafter auf die Möglichkeit der Vertragsänderung und die ihnen damit jederzeit offen stehende Möglichkeit ihre Autonomie wieder zu gewinnen¹⁴.

Der Grundsatz der Verbandssouveränität ist durch die Einräumung eines Weisungsrechts an einen Beirat nicht verletzt. Denn die durch die Möglichkeit der Satzungsänderung oder der einzelfallbezogenen Abweichung von der Satzung mit satzungsändernder Mehrheit begründete Rückholkompetenz der Gesellschafter trägt diesen Grundsatz genauso wie in der KG auch in der GmbH hinreichend Rechnung. Diese Rückholkompetenz lässt es zugleich auch zulässig erscheinen, dass ein Beirat mit Gesellschaftsexternen besetzt wird. Dies zeigt auch ein Blick darauf, dass auch Geschäftsführer keine Gesellschafter sein müssen. Da somit die Geschäftsführung unstreitig gänzlich auf Nichtgesellschafter übertragen werden kann, steht der Besetzung eines Beirats, der der Geschäftsführung Weisungen erteilt, mit Nichtgesellschaftern m.E. nichts im Wege.

¹² Baumbach/Hueck/Zöllner GmbH-Gesetz 20. Aufl. § 46 Rn. 94.

¹³ Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbH-Gesetz 18. § 46 Rn. 31; Scholz-K.Schmidt GmbHG 11. Aufl. § 46 Rn. 113: Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes besteht ein Weisungsrecht der Gesellschafter.

¹⁴ Beuthin/Gätsch ZHR 157 (1993) S. 483, 498; Grunewald (s.o. Fn. 5) S. 485, 489; Weber (s.o. Fn. 1) S. 335.

C. Ausschluss von Gesellschaftern

I. Verfahren

In der KG erfolgt der Ausschluss eines Kommanditisten nach der gesetzlichen Regelung durch Gestaltungs-klage (§§ 161 Abs. 2, 140 Abs. 1 HGB). Diese Regelung wird üblicher Weise abbedungen. Vorgesehen wird ein Ausschluss durch Beschluss der Gesellschafter. In der GmbH fehlt eine gesetzliche Regelung für den Ausschluss. Nach allgemeiner Meinung müssen die übrigen Gesellschafter mit 3/4 Mehrheit über den Ausschluss beschließen, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart ist¹⁵. In Anlehnung an § 140 HGB verlangt die Judikatur im Anschluss an die Beschlussfassung die Erhebung einer Ausschlussklage¹⁶.

II. Wechselseitige Ausschlussbegehren

In der Praxis geht es weniger um das einzuhaltende Verfahren als um die materiellen Voraussetzungen eines Ausschlusses. Der Ausschluss ist regelmäßig möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Sofern ein tiefgreifendes Zerwürfnis zwischen den Gesellschaftern besteht, nimmt die Judikatur an, dass ein in der Person eines Gesellschaftern liegender wichtiger Grund gegeben ist, wenn diese Person das Zerwürfnis überwiegend verursacht hat¹⁷ und in der Person der die Ausschließung betreibenden Gesellschafter keine Umstände vorliegen, die deren Ausschließung oder die Auflösung der Gesellschaft rechtfertigen. Es muss sich also feststellen lassen, dass der auszuschließende Gesellschafter den Ausschlussgrund überwiegend verursacht hat. Außerhalb der Gesellschaft liegende, persönliche Zerwürfnisse der Gesellschafter spielen nur eine Rolle, wenn sie in die Gesellschaft hineingetragen werden. Sie werden demjenigen Gesellschafter angelastet, der sie in die Gesellschaft in diesem Sinne hineingetragen hat¹⁸.

Beispiel

In dem Fall BGH GmbHR 2013, 1315 war der Kläger mit drei weiteren Gesellschaftern Gründer der beklagten GmbH, die ein Kino betreibt. Alle Gesellschafter waren mit 25 % beteiligt und allein vertretungsberechtigte Geschäftsführer. Nachdem die persönliche Beziehung des Klägers mit der Mitgesellschafterin L gescheitert war, kam es zu Spannungen zwischen den Gesellschaftern. Dem Kläger wurde die Verletzung seiner Pflichten als Gesellschafter vorgeworfen.

¹⁵ BGH ZIP 2003, 395, 396.

¹⁶ BGH ZIP 2003, 395, 396.

¹⁷ BGH GmbHR 2013, 1315, 1316; BGH ZIP 2003, 795, 761; Böttcher NZG 2013, 177, 178.

¹⁸ BGH GmbHR 2013, 1315, 1317.

In einer Gesellschafterversammlung einigten sich die Gesellschafter darauf, dass der Kläger bis auf Weiteres Urlaub nehmen und sich während dieser Zeit jeder Geschäftsführertätigkeit enthalten sollte. Hieran hielt er sich nicht. In einer Gesellschafterversammlung beschlossen die Gesellschafter sodann in Abwesenheit des Klägers einstimmig, dessen Geschäftsanteil aus wichtigem Grund einzuziehen und den Kläger auszuschließen. Der Kläger hat beantragt, diesen Beschluss für nichtig zu erklären.

Das Oberlandesgericht hatte der Klage stattgegeben. Es hatte ausgeführt, dass in erster Linie die Zerrüttung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zwischen dem Kläger und der Mitgesellschafterin L das Verhältnis der Mitgesellschafter der Beklagten belastet und damit die wesentliche Ursache für die Zerrüttung des Gesellschaftsverhältnisses gesetzt habe. Wer das Scheitern der Lebensgemeinschaft zu vertreten habe, könne der Senat nicht beurteilen. Die darüber hinaus von dem Kläger in Fortsetzung dieser in die Gesellschaft hineingetragenen Auseinandersetzung begangenen Pflichtverletzungen stünden allerdings außer Frage.

Der BGH hat die Klage abgewiesen. Zwar liege ein wichtiger Grund in dem tiefgreifenden Zerwürfnis zwischen den Gesellschaftern. Dies führe zum Ausschluss desjenigen, der das Zerwürfnis überwiegend verursacht habe. Dies gelte allerdings nur dann, wenn in der Person der ausschließenden Gesellschafter keine Umstände vorliegen, die ihre Ausschließung rechtfertigen. Hier habe der Kläger das persönliche Zerwürfnis mit der Mitgesellschafterin in die Gesellschaft hineingetragen. Dies sei ihm anzulasten, dazu kämen weitere Pflichtverletzungen.

Vorbeugen kann man den mit dieser Judikatur verbundenen praktischen Schwierigkeiten kaum. Denkbar wäre, ein Recht eines Gesellschafters oder einer Gesellschaftergruppe zum Ausschluss anderer Gesellschafter ohne Vorliegen besonderer Gründe vorzusehen. Das ist aber bekanntermaßen nach Ansicht der Judikatur im Regelfall nicht möglich¹⁹.

Ein Urteil des OLG Nürnberg könnte Bewegung in diese festgefahrene Judikatur bringen.

In einem Fall des OLG Nürnberg²⁰ hatte eine GmbH & Co. KG zwei Kommanditisten (A und C) mit gleicher Beteiligungsquote. Der Gesellschaftsvertrag enthielt folgende Klausel:

Solange ausschließlich die Herren A und C Kommanditisten sind, gilt Folgendes: Jeder Kommanditist ist berechtigt, dem anderen seinen Kommanditanteil unter Nennung eines bestimmten Preises zum Ankauf anzubieten. Lehnt der Angebotsempfänger die Annahme ab, so ist er verpflichtet, seinen Kommanditanteil dem Anbietenden unverzüglich zum entsprechend gleichen Preis zu verkaufen und abzutreten. Mit Zahlung des Kaufpreises sind auch sämtliche weitere Anstellungsverhältnisse des ausscheidenden Kommanditisten aufgehoben.

¹⁹ Überblick über mögliche Ausnahmen bei *Habersack/Verse* ZGR 2005, 451, 456; *Henssler* FS Konzen 2006 S. 267; *Pelzer* ZGR 2006, 702.

²⁰ NZG 2014, 223.

Das OLG hielt die Klausel für wirksam²¹. Dabei betont die Entscheidung, dass der Zweck der Regelung (Vermeidung einer Selbstblockade der Gesellschaft durch zwei gleich hoch beteiligte Gesellschafter) die Verwendung einer derartigen Klausel rechtfertige. Ein möglicher Missbrauch der Regelung (etwa wenn ein Gesellschafter ein Erwerbsangebot von Anfang an oder später nicht finanzieren kann) führe nicht zur Nichtigkeit. Da das Urteil damit entscheidend darauf abstellt, dass es sich um eine 2-Personen-Gesellschaft mit gleicher Beteiligung handelt, müsste in Gesellschaften diesen Zuschnitts eigentlich jede Ausschlussklausel mit fairer Abfindung einer Überprüfung anhand von § 138 BGB standhalten. Denn zwar weiß man bei der Klausel, die das OLG zu beurteilen hatte, im Unterschied zu einem sonstigen Ausschlussrecht nicht, wer seine Beteiligung letztendlich verlieren wird²². Aber ob das für die Grundüberlegung des BGH (bei freiem Ausschlussrecht würden die Gesellschafter zu sehr eingeschüchtert) entscheidend ist, ist immerhin fraglich.

²¹ Ebenso *Schmolke* ZIP 2014, 897; *Schroeder/Welpot* NZG 2014, 609; auch *Wilms/Bicker* BB 2014, 1347, 1350; *Schaper* DB 2014, 821, die aber dazu raten, die Klausel nur zur Auflösung von Selbstblockaden vorzusehen.

²² Das betonen *Scharper* DB 2014, 821, 823 und *Schroeder/Welpot* NZG 2014, 609, 615.

D. Sonderrechte

I. Rechtslage in der GmbH

Sowohl in der KG wie auch in der GmbH können Gesellschafter ein Interesse daran haben, sich Sonderrechte einräumen zu lassen. Insbesondere in der GmbH liegt der Schwerpunkt in dem Recht, einen Geschäftsführer vorzuschlagen.

Von maßgeblicher Bedeutung ist eine klare Formulierung im Gesellschaftsvertrag. Es muss deutlich werden, dass es sich um ein Sonderrecht handelt, also um ein Recht, das nur durch Satzungsänderung und nur mit Zustimmung des Berechtigten wieder beseitigt werden kann (eine Ausnahme besteht allerdings bei Vorliegen eines wichtigen Grundes)²³. Die Bestellung zum Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag reicht beispielsweise für die Bejahung eines Sonderrechts nicht aus²⁴. Klar muss auch der Inhalt des Sonderrechts sein. Soll etwa nur ein unverbindliches Vorschlagsrecht begründet werden oder soll die Gesellschafterversammlung den Vorschlag des Bevorrechtigten nur ablehnen dürfen, wenn ein sachlicher oder vielleicht sogar nur wenn ein wichtiger Grund dem entgegensteht²⁵? Soll das Sonderrecht an den Geschäftsanteil gebunden werden oder an die Person des Gesellschafters?

Inhalt eines solchen Sonderrechts kann nach allgemeiner Meinung in der GmbH z.B. ein verstärktes Stimmrecht oder auch ein Veto-Recht gegenüber Mehrheitsbeschlüssen sein²⁶. Ebenfalls zulässig ist ein Recht, dem Geschäftsführer Weisungen zu erteilen oder – wie schon erwähnt – den Geschäftsführer zu bestimmen (allerdings können die Mitgesellschafter den so bestimmten Geschäftsführer auf jeden Fall aus wichtigem Grund wieder abberufen²⁷). Gleiches gilt in Bezug auf ein Recht zur Bestimmung von Beiratsmitgliedern²⁸.

Beispiel

Im Fall OLG Saarbrücken GmbHR 2005, 546 waren 10 Personen Gesellschafter der beklagten GmbH, die sich auf zwei paritätisch beteiligte Familienstämme (Stamm A und Stamm B) verteilten. Nach § 5 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags hatte jeder Stamm das Recht, einen Geschäftsführer zu benennen. Nach § 6 Abs. 3 waren zur Bestellung von Geschäftsführern alle zur Abstimmung berechtigten Stimmen erforderlich. Die Gesellschafter des Stammes A hatten sich zur einheitlichen Wahrnehmung

²³ MünchKomm GmbHG Reichert/Weller § 14 Rn. 110.

²⁴ BGH GmbHR 1982, 126, 130; MünchKomm GmbHG Reichert/Weller § 14 Rn. 105 f.

²⁵ Siehe OLG Hamm ZIP 1986, 1188, 1194.

²⁶ MünchKomm GmbHG Reichert/Weller § 14 Rn. 99.

²⁷ MünchKomm GmbHG Reichert/Weller § 14 Rn. 100; OLG Hamm ZIP 1986, 1188, 1194.

²⁸ MünchKomm GmbHG Reichert/Weller § 14 Rn. 100.

ihrer Gesellschafterrechte in der GmbH zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammengeschlossen. Nach dem Gesellschaftsvertrag dieser GbR waren deren Gesellschafter verpflichtet, in der Gesellschafterversammlung der Beklagten jeweils entsprechend einem zuvor in der Gesellschafterversammlung der GbR gefassten Beschluss abzustimmen. In der Gesellschafterversammlung der GbR wurde beschlossen, den von Stamm A benannten Geschäftsführer J abuberufen. Weiter wurde mit gleicher Stimmenmehrheit beschlossen, den Gesellschafter T als Geschäftsführer der Beklagten zu benennen.

In der Gesellschafterversammlung der beklagten GmbH wurde der Antrag auf Abberufung des Geschäftsführers J mit 6:4 Stimmen abgelehnt. Ebenfalls wurde der Antrag auf Bestellung von T zum Geschäftsführer abgelehnt. Dabei stimmten neben den Mitgliedern des Stammes B auch ein Gesellschafter des Stammes A (nämlich J) gegen den Antrag.

Mit der Klage ficht die Klägerin, Mitglied des Stammes A, die ablehnenden Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung der GmbH an und begehrt die Feststellung, dass beschlossen worden sei, J als Geschäftsführer abuberufen und T zum neuen Geschäftsführer zu bestellen.

Das OLG hat der Klage nicht stattgegeben. Es stellt fest, dass die Abberufung von J nicht einstimmig erfolgt sei, obwohl dies in der Satzung vorgesehen sei. Zwar könne es sein, dass die Mitglieder des Stammes B der Abberufung zustimmen müssten. Dies könne aber nur gelten, wenn der Stamm A einstimmig sein Präsentationsrecht ausgeübt hätte. Dies aber sei gerade nicht erfolgt. Allerdings seien die Gesellschafter des Stammes A einen Stimmbindungsvertrag eingegangen. Dies betreffe aber nicht die GmbH sondern eben nur die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die aus den Gesellschaftern des Stammes A besteht.

Gleiches gelte in Bezug auf den Antrag, T zum Geschäftsführer zu bestellen. Auch hier sei der Stamm B nur verpflichtet, dem Wunsch des Stammes A nachzukommen, wenn dieser einstimmig getroffen worden sei.

II. Rechtslage in der KG

In der KG ist die Rechtslage vergleichbar. Sonderrechte sind möglich. Wer Komplementär ist, bestimmt allerdings der Gesellschaftsvertrag. Ein Vorschlagsrecht für Kommanditisten ist wie in der GmbH problemlos. Auch ein Präsentationsrecht in dem beschriebenen Umfang (Zurückweisung nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes) sollte meines Erachtens akzeptabel sein. Voraussetzung muss allerdings sein, dass der Komplementär dem zustimmt. Von ihm kann nicht erwartet werden, dass er unbeschränkt persönlich für Schulden haftet, die letztlich auf das Handeln einer Person zurückgehen, auf deren Auswahl er keinerlei Einfluss hat. Ansonsten aber erscheint aber ein solches Recht akzeptabel. Denn die Kommanditisten tragen nur ein geringfügig größeres Risiko als GmbH Gesellschafter. Daher sind ihre Interessen durch das Ablehnungsrecht bei Vorliegen eines sachlichen Grundes hinreichend gewahrt.

E. Nachschüsse

Weder das Recht der KG noch das der GmbH sieht Nachschüsse also Zahlungen der Gesellschafter auf Anforderung der Geschäftsführer als dispositive Regelung vor.

Beispiel

In § 26 GmbHG ist allerdings gesagt, dass Nachschüsse im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden können. In der Praxis kommt dies so gut wie nicht vor. Anstelle der Nachschüsse sind Nebenleistungspflichten im Sinne von § 3 Abs. 2 GmbHG getreten. Der Vorteil der Nebenleistungspflichten gegenüber Nachschüssen liegt darin, dass sie unmittelbar durch die Satzung begründet werden und daher nicht von einem Gesellschafterbeschluss abhängen (so aber zwingend für Nachschüsse § 26 Abs. 1 GmbHG).²⁹ Verpflichtungen zum Nachschuss müssen bestimmt und der Höhe nach begrenzt sein.³⁰

In dem Fall BGH NZG 2008, 148 enthielt der Gesellschaftsvertrag einer GmbH eine Regelung, nach der im Verhältnis der Geschäftsanteile zueinander entstehende Verluste von den Gesellschaftern übernommen wurden. Umstritten war, ob auf Grund dieser Klausel den Gesellschaftern der Verlust angelastet werden konnte.

Der BGH hat in einem Hinweisbeschluss entschieden, dass in dieser Regelung kein Verlustausgleichsanspruch zu sehen sei, da eine solche Verpflichtung zur Verlustübernahme unwirksam wäre, weil sie unbestimmt und in der Höhe nicht begrenzt ist.

In der KG kommt demgegenüber die Vereinbarung von Nachschüssen häufig vor. Nach § 707 BGB ist ein Gesellschafter zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags nicht verpflichtet. Diese Bestimmung ist allerdings dispositiv. Es kann also im Gesellschaftsvertrag auch vorgesehen werden, dass eine Beitragserhöhung durch Mehrheitsbeschluss erfolgen kann. Eine solche Klausel berechtigt zwar die Gesellschafter, nach einem entsprechenden Beschluss ihre Beiträge zu erhöhen, reicht aber nicht aus, um den einzelnen Gesellschafter zur Übernahme einer neuen Einlage zu verpflichten³¹. Dies setzt vielmehr eine eindeutige Regelung – in der gewissermaßen eine antizipierte Zustimmung gibt³² – sowie die Festlegung einer Obergrenze oder sonstiger Kriterien, die das Risiko begrenzen, voraus³³.

²⁹ MünchKomm GmbHG Schütz § 26 Rn. 32: Es besteht insbesondere keine Pflicht zur Fassung eines solchen Beschlusses, auch nicht gegenüber dem Insolvenzverwalter; MünchKomm GmbHG Schütz § 26 Rn. 62.

³⁰ MünchKomm GmbHG Wicke § 3 Rn. 68.

³¹ BGH NJW 1983, 164.

³² BGH ZIP 2009, 864, 865; BGH ZIP 2009, 1373, 1375; Armbrüster ZGR 2009, 1, 8 ff.

³³ Wilde NZG 2012, 215.

F. Zusammenfassung

- I. Die Vertragsfreiheit wird in GmbH und KG durch § 138 Abs. 1 BGB und durch den Grundsatz der Verbandssouveränität begrenzt. In der KG tritt der Grundsatz der Selbstorganschaft hinzu.
- II. Beiräte können ganz unterschiedliche Aufgaben haben (z.B. Beratung, Kontrolle, Weisungsrechte). Sie können aus Gesellschaftern oder Dritten zusammengesetzt sein. Die herrschende Meinung hält je nach Zusammensetzung des Beirats und ihm übertragenen Aufgaben manche Beiräte für zulässig, andere für unzulässig.
 1. Beratende Beiräte sind stets zulässig.
 2. Beiräte in der GmbH, die Weisungsrechte gegenüber den Geschäftsführern haben, sind zulässig. Dies gilt auch für Beiräte mit externen Dritten. Die Gesellschafter können die Satzung ändern oder im Einzelfall durchbrechen. Darin liegt ihre Absicherung.
 3. Auch in der KG kann ein Beirat dem Komplementär Weisungen erteilen. Auch hier ist eine Besetzung des Beirats mit Gesellschaftsexternen zulässig. Erneut gilt, dass die Gesellschafter über die beschriebene Rückholkompetenz abgesichert sind. Sollte allerdings der Komplementär eine natürliche Person sein, so muss ihm eine Blockade eines Weisungsbeschlusses möglich sein.
- III. Sowohl in der GmbH wie in der KG ist der Ausschluss eines Gesellschafters bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich, auch wenn die Satzung/der Gesellschaftsvertrag dies nicht ausdrücklich vorsehen.

Besteht ein tiefgreifendes Zerwürfnis zwischen den Gesellschaftern, liegt der wichtige Grund in der Person, die das Zerwürfnis überwiegend verursacht hat. Persönliche Streitigkeiten werden dem Gesellschafter angelastet, der sie in die Gesellschaft hineinträgt.

Ein Ausschlussrecht nach freiem Ermessen akzeptiert die Judikatur nur in wenigen Fällen. Ob dies auch dann gilt, wenn in einer zweigliedrigen Gesellschaft das Ausschlussrecht nach Art einer Russisch Roulette Klausel ausgestaltet ist, ist allerdings offen.
- IV. Sonderrechte (also Rechte, die nur durch Satzungsänderung und nur mit Zustimmung des Berechtigten beseitigt werden können) können sowohl in der GmbH wie auch in der KG vorgesehen werden. Unabdingbar ist eine klare Formulierung, damit deutlich wird, wie weit die Berechtigung geht.
- V. Nachschüsse können sowohl in der GmbH wie auch in der KG verlangt werden. Voraussetzung ist stets, dass der Gesellschaftsvertrag/die Satzung eindeutig formuliert ist und eine Obergrenze enthält.

**Ausschüttungsfähigkeit von Kapitalgesellschaften aufgrund von
normalisierten Ergebnissen**

(Andrejewski)

Ausschüttungsfähigkeit von Kapitalgesellschaften aufgrund von normalisierten Ergebnissen. - Eine Benchmarkstudie -

WP StB Prof. Dr. Kai C. Andrejewski

Tübingen 24. Oktober 2014

Ausgangssituation

Dividendenpolitik der DAX30-Unternehmen

- Derzeit sind keine speziellen Regeln und Vorgaben für die Dividendenpolitik in Deutschland beobachtbar. Vielmehr orientiert sich die Dividendenpolitik am Spannungsfeld zwischen der Erwartungshaltung der Aktionäre (strategische Investoren / Finanzinvestoren / Ankerinvestoren vs. Privatinvestoren), des aktuellen Kapitalmarktumfelds (Krisen- oder Niedrigzinsphasen, Wachstums- oder Hochzinsphasen) und der unternehmensindividuellen Situation (Ergebnissituation, Verschuldungsgrad, Investitionsprogramme).



Vielgestaltigkeit der Dividendenpolitik der DAX30-Unternehmen

- Die Dividendenpolitik der DAX30-Unternehmen basiert auf Bezugsgrößen zur Dividendenberechnung, die zum einen individuell von jedem Unternehmen fest-gelegt werden und zum anderen teilweise bereinigte Managementkennziffern und teilweise unbereinigte, rechnungslegungsbezogene Ergebnisgrößen darstellen.
- Das handelsrechtliche Jahresergebnis des Einzelabschlusses als gesetzlich definierte Bemessungsgrundlage fungiert in diesen Fällen als Nebenbedingung bei der Ermittlung des ausschüttbaren, absoluten Betrags.
- Im Rahmen dieser Markt-recherche haben wir auf Basis der DAX30-Unternehmen ausschließlich die Dividendenpolitik betrachtet. Aus Investorensicht ist diese jedoch grundsätzlich immer im Gesamtzusammenhang z.B. mit der Entwicklung des Aktienkurses, Aktienrückkaufprogrammen und Gratisaktien zu betrachten.

Ausgangsfragestellung

- Sofern bereinigte Sondereinflüsse sowohl im Konzern- als auch im Einzelabschluss wirksam sind, wird es bei steigenden Impairments/ Restrukturierungen verstärkt zu einem Auseinanderfallen des erzielten Ergebnisses und der Bemessungsgrundlage für die Ausschüttung kommen. Dies führt bei einer Dividendenpolitik, die auf den Konzernabschluss ausgerichtet ist, zu Ausschüttungen oberhalb des handelsrechtlichen Jahresergebnisses im Einzelabschluss.

Rechercheumfang und Methodik

Untersuchungsgegenstand

Herangehensweise und Informationsquellen

- Fokussierung auf Unternehmen des DAX30
- Untersuchungsbasis: Geschäftsberichte der Unternehmen, ergänzende Berichterstattung für Analysten (Calls, Präsentationen, etc.), Finanzdienstleister (S&P Capital IQ oder Bloomberg).
- Analysezeitraum: Jeweils die letzten 5 Geschäftsjahre (ausgehend von Bilanzstichtagen bis einschließlich 31. Dezember 2013)
 - ▶ **Ziel:** Identifikation von Gemeinsamkeiten, Unterschieden und Trends in der Dividendenpolitik der DAX30-Unternehmen
 - ▶ **Fokus:** Qualitative individuelle Auswertung, keine Massendatenabfrage.
- Wir weisen darauf hin, dass aus den Ergebnissen für die untersuchte Stichprobe keine hinreichende statistische Signifikanz abgeleitet werden kann. Außerdem weisen wir darauf hin, dass unsere Auswertungen ausschließlich auf öffentlich verfügbaren Informationen basieren.

Ausgewählte Fragestellungen

- Wie stellt sich die Entwicklung der Sonderaufwendungen während der letzten 5 Geschäftsjahre sowie die Entwicklung der Dividenden je Aktie dar? Ist diesbezüglich ein Zusammenhang erkennbar?
- Wird die Bezugsgröße für die Dividendenberechnung genannt?
- Wird die Bezugsgröße für die Dividendenberechnung im Zeitablauf methodisch stetig angewendet?
- Wie sieht die kommunizierte, tatsächliche Dividendenpolitik aus? Werden konkrete Zielgrößen für Dividenden je Aktie, Ausschüttungsquote oder subjektive Kriterien genannt?
- Dient in der Investorenkommunikation das Konzern- / oder das Einzelergebnis bzw. eine bereinigte oder eine unbereinigte Größe als Bezugsgröße der Dividendenberechnung?
- Wie haben sich die tatsächlichen Ausschüttungen, Ausschüttungsquoten und die Dividenden je Aktie im Zeitablauf entwickelt?
- Lassen sich Trends in der Dividendenpolitik identifizieren?
- Wie verhält sich die Entwicklung der Dividende je Aktie zur Entwicklung des Eigenkapitals und des Konzernergebnisses?

Zusammenfassung wesentlicher Analyseergebnisse (1/2)

Wesentliche Erkenntnisse hinsichtlich der Dividendenpolitik der untersuchten Stichprobe (1/2)

- Die Dividendenpolitik des überwiegenden Teils der untersuchten Unternehmen ist entweder aufgrund einer erläuterten Ermittlungsmethodik oder im Voraus angekündigter Zielgrößen objektiv nachvollziehbar (rd. 77%).
- Trotz verstärkt auftretender Sondereffekte sinken die Dividenden je Aktie nicht erkennbar. Stattdessen sind für die Unternehmen des DAX30 tendenziell steigende Dividenden je Aktie erkennbar (Veränderung der Dividende = „heißes Eisen“).
- In den untersuchten 5 Geschäftsjahren haben 2 Unternehmen die Methodik ihrer Dividendenpolitik verändert¹⁾. In beiden Fällen beobachten wir eine Aufgabe der Stetigkeit in der Bezugsgröße vom Geschäftsjahr 2011 auf das Geschäftsjahr 2012 in Folge einer Umstellung auf eine bereinigte Bezugsgröße. Die Aufgabe der Stetigkeit führte in beiden Fällen zu einer höheren Dividendensumme bzw. einer höheren Dividende je Aktie.
- Bei den Unternehmen, die eine Bezugsbasis für ihre Dividendenpolitik definieren, ist die häufigste Bezugsgröße das Konzernergebnis (21 Unternehmen). Der Einzelabschluss dient nur selten als Bezugsgröße (4 Unternehmen), obwohl im deutschen Recht handelsrechtliche Ausschüttungssperren bestehen (Gläubigerschutz).
- Die Auswertung zeigt bei den Unternehmen, die ihre Dividendenpolitik stetig anwenden, eine Tendenz hin zu einer unbereinigten Bezugsgröße (15 Unternehmen) vs. einer bereinigten Bezugsgröße (9 Unternehmen) als Ausschüttungsgrundlage.
- Es zeigt sich, dass die Bereinigungen der Ergebnisgröße in den von uns analysierten Informationsquellen im überwiegenden Teil der Fälle nicht detailliert (d.h. wörtlich und / oder im Rechenschema beschrieben) erläutert werden. Weiterhin wird deutlich, dass im Regelfall abschreibungsbezogene Bereinigungen tendenziell als „Abschreibungen aller Art“ bezeichnet und nicht explizit nach Goodwill / Asset Impairments klassifiziert werden.

¹⁾ Unternehmen, die sich einmal festgelegt haben, bleiben in der Regel bei ihrer Vorgehensweise

Zusammenfassung wesentlicher Analyseergebnisse (2/2)

Wesentliche Erkenntnisse hinsichtlich der Dividendenpolitik der untersuchten Stichprobe (2/2)

- Für diejenigen Unternehmen, die eine bereinigte Ergebnisgröße als Bezugsgröße für die Dividendenberechnung anwendeten, ergaben sich in den letzten Jahren fast durchweg positive Bereinigungen, d.h. die Bereinigungen resultierten in einer höheren Bezugsgröße für die Dividendenberechnung als die unbereinigte Ergebnisgröße.
- Eine stetige Anwendung der Bereinigungen im Zeitablauf kann bei denjenigen, die eine generische und nur allgemeine Beschreibung dazu abgeben, nicht nachvollzogen werden.
- Ein eindeutiger zeitlicher Zusammenhang (phasengleich / phasenverschoben) zwischen der Anpassung der Dividende je Aktie und beobachtbaren Sondereffekten ist nicht erkennbar (unterschiedliche „Schmerzgrenzen“ der Unternehmen).
- 15 der untersuchten Unternehmen (zzgl. Eon) arbeiten im Vorfeld der Dividendenankündigung mit einer Zielausschüttungsquote, 13 der untersuchten Unternehmen legen sich nicht faktisch im Vorfeld fest⁽²⁾ (offene Dividende) und nur ein Unternehmen hat im Vorfeld eine Zieldividende verkündet. Von den 13 nicht faktisch festgelegten kann man jedoch bei 10 von einer impliziten Festlegung (Soft-Commitment) ausgehen.
- Die Vergleichbarkeit der einzelnen Ausschüttungsquoten zueinander ist eingeschränkt, da jedes Unternehmen eine individuelle Ausschüttungsquote definiert. Um eine Vergleichbarkeit herzustellen (z. B. branchentypische Ausschüttungsquote) müsste bei allen Unternehmen eine Transformation auf eine unbereinigte Bezugsgröße erfolgen.
- Es ist davon auszugehen, dass die Art und der Grad der Festlegung im Zusammenhang mit der Investorenstruktur der Unternehmen (strategische Investoren / Finanzinvestoren / Ankerinvestoren / Privatinvestoren) und deren individuellen Präferenzen (Kurs-/Wertsteigerungen vs. verlässliche Dividendenpolitik) steht.

²⁾ „Faktisch“ festgelegt sind Unternehmen, die Zielausschüttungsquoten und / oder Zieldividenden ankündigen.

© 2014 KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International Cooperative („KPMG International“), einer juristischen Person schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten.

4

Analysierte Fragestellungen zur Dividendenpolitik

Entwicklung Dividende je Aktie und Sondereffekte während der letzten 5 Geschäftsjahre

Unternehmen	Dividende je Aktie in EUR ⁽¹⁾					Tren- nung	Konzernergebnis in EUR Mio. ⁽²⁾					Sondereffekte in EUR Mio. ⁽³⁾					Summe
	GJ 2009	GJ 2010	GJ 2011	GJ 2012	GJ 2013		GJ 2009	GJ 2010	GJ 2011	GJ 2012	GJ 2013	GJ 2009	GJ 2010	GJ 2011	GJ 2012	GJ 2013	
Adidas AG	0,35	0,80	1,00	1,35	1,50	↑	245	567	671	526	787	35	14	-	288	54	371
Allianz SE	4,10	4,50	4,50	4,50	5,30	↑	4.297	5.053	2.545	5.169	5.996	251	271	505	357	269	1.650
BAWAG SE	1,70	2,20	2,50	2,60	2,70	↑	1.410	4.557	6.186	4.979	4.942	349	370	349	462	437	1.957
Bayler AG	1,40	1,50	1,65	1,90	2,10	↑	1.359	1.301	2.470	2.446	3.189	386	897	-	699	585	2.567
Beiersdorf AG	0,70	0,70	0,70	0,70	0,70	=	374	318	250	442	534	53	115	252	74	19	513
BMW AG	0,30	1,30	2,30	2,50	2,60	↑	204	3.218	4.881	5.096	5.314	171	-	-	-	-	1.711
Commerzbank AG	-	-	-	-	-	n/a	(4.537)	1.430	638	6	78	2.415	116	35	61	510	3.137
Continental AG	-	-	1,50	2,25	2,50	↑	(1.649)	576	1.242	1.884	1.923	1.563	133	20	64	127	1.907
Dairier AG	-	1,85	2,20	2,20	2,25	↑	(2.640)	4.498	5.667	6.095	6.842	340	122	-	155	148	765
Deutsche Bank AG	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	=	4.973	2.310	4.132	297	966	629	29	-	2.465	786	3.849
Deutsche Börse AG	2,10	2,10	2,30	2,10	2,10	=	496	418	849	845	478	436	566	7	14	63	1.088
Deutsche Lufthansa AG	-	0,60	0,25	-	0,45	↑↓	(34)	1.131	(13)	990	313	74	29	53	268	372	796
Deutsche Post AG	0,60	0,65	0,70	0,70	0,80	↑	644	2.541	1.163	1.658	2.091	264	58	50	28	38	438
Deutsche Telekom AG	0,78	0,70	0,70	0,70	0,80	↓	353	1.695	357	(5.255)	930	2.345	680	3.451	11.708	838	18.422
E.ON SE	1,50	1,50	1,00	1,10	0,60	↓	8.420	5.853	(2.210)	2.217	2.142	237	2.605	3.991	1.588	1.816	10.270
Freemove Medical Care AG & Co. KGaA	0,61	0,65	0,69	0,75	0,77	↑	638	742	776	920	811	-	-	-	-	-	-
Freemove SE & Co. KGaA	0,75	0,86	0,95	1,10	1,25	↑	476	619	678	930	988	-	-	-	2	43	45
HeidelbergCement AG	0,12	0,25	0,35	0,47	0,60	↑	43	343	348	301	745	549	96	133	299	241	1.318
Hertel AG & Co. KGaA	0,53	0,72	0,80	0,95	1,22	↑	602	1.118	1.253	1.510	1.589	205	190	249	135	217	696
Infinion Technologies AG	-	0,10	0,12	0,12	0,12	=	(623)	669	1.119	427	272	-	12	-	28	37	77
K+S AG	0,20	1,00	1,30	1,40	0,25	↓	96	449	564	668	413	1	13	6	1	12	32
LANXESS AG	0,50	0,70	0,85	1,00	0,50	↓	40	379	506	514	(158)	41	12	42	41	390	526
Linde AG	1,80	2,20	2,50	2,70	3,00	↑	591	1.005	1.174	1.250	1.317	83	-	-	-	-	83
Merck KGaA	1,00	1,25	1,50	1,70	1,90	↑	366	632	618	567	1.202	92	77	384	582	352	1.487
Münchener Rückversicherungs Gesellschaft AG	5,75	6,25	6,25	7,00	7,25	↑	2.521	2.422	702	3.195	3.313	524	364	280	411	210	1.789
RWE AG	3,50	3,50	2,80	2,80	1,60	↓	3.571	3.308	1.856	1.836	(2.728)	457	1.107	1.436	2.084	4.768	9.669
SAP AG	0,50	0,60	1,10	0,85	1,00	↑	1.748	1.811	3.438	2.823	3.325	198	-	4	8	70	290
Siemens AG	1,60	2,70	3,00	3,00	3,00	=	2.292	3.899	6.145	4.458	4.284	267	1.145	128	65	174	1.799
ThyssenKrupp AG	0,30	0,42	0,45	-	-	↓	(1.857)	824	(1.291)	(4.688)	(1.399)	449	8	3.102	4.391	345	8.295
Volkswagen AG	1,80	2,20	3,00	3,50	4,00	↑	960	6.835	15.409	21.717	9.066	591	1.361	651	51	193	2.787

Anmerkung:

GJ = Geschäftsjahr

(1) definiert als Cash Dividende, ohne Sonder- oder Scrip-Dividenden; (2) Konzernergebnis nach Minderheiten; (3) definiert als Asset-, Goodwill-Impairment & Restrukturierungsaufwand

Quelle: S&P Capital IQ, Geschäftsberichte der Unternehmen (ohne Berücksichtigung von Restatements)

© 2014 KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International Cooperative („KPMG International“), einer juristischen Person schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten.

5

Ausgewählte analysierte Fragestellungen zur Dividendenpolitik (1/2)

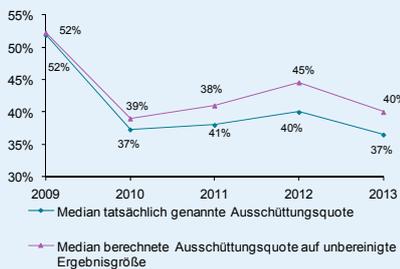
Faktische Festlegung der Dividendenpolitik

Unternehmen mit festgelegter Dividendenpolitik			
Unternehmen	Zielquote	Zieldividende	Zielquote und -dividende
Adidas AG	✓		
Allianz AG	✓		
Bayer AG	✓		
Daimler AG	✓		
Deutsche Börse AG	✓		
Deutsche Lufthansa AG	✓		
Deutsche Post AG	✓		
Deutsche Telekom AG		✓	
E.ON SE			✓
HeidelbergCement AG	✓		
Henkel AG & Co KGaA	✓		
K+S AG	✓		
Münchener Rückversicherungs Gesellschaft AG	✓		
RWE AG	✓		
SAP AG	✓		
Siemens AG	✓		
Volkswagen AG	✓		

- 17 von 30 Unternehmen kommunizieren im Vorfeld Leitlinien für ihre Dividendenkommunikation, deren Einhaltung in den Folgejahren nachprüfbar ist.
- Davon nennen 15 Unternehmen eine Zielausschüttungsquote, Deutsche Telekom AG eine Zieldividende und E.ON SE sowohl Zielausschüttungsquote als auch Zieldividende für 2010 und 2011
- Seit dem Geschäftsjahr 2012 veröffentlicht E.ON SE ausschließlich eine Zielausschüttungsquote und keine Zieldividende je Aktie mehr.

Entwicklung der tatsächlichen Ausschüttungsquoten

Entwicklung der genannten tatsächlichen Ausschüttungsquoten in den letzten 5 Geschäftsjahren



- 18 von 30 Unternehmen nennen regelmäßig die sich im Zeitverlauf ergebende **tatsächliche** Ausschüttungsquote. Auf Basis des Medians lässt sich im Beobachtungszeitraum ein rückläufiger Trend der tatsächlichen Ausschüttungsquoten über alle DAX30-Unternehmen beobachten.
- Die Vergleichbarkeit der einzelnen Ausschüttungsquoten zueinander ist jedoch eingeschränkt, da jedes Unternehmen eine individuelle Ausschüttungsquote definiert. Um eine Vergleichbarkeit zu erzielen (z.B. branchentypische Ausschüttungsquote), müsste bei allen Unternehmen eine Transformation auf eine **unbereinigte** Ergebnisgröße erfolgen.
- Da die Bereinigungen dieser Unternehmen im Wesentlichen positiv waren, ergibt sich in Folge eine höhere Ausschüttungsquote (identische Dividendensumme bezogen auf eine niedrigere Basis).

Stellschrauben der Dividendenpolitik in wirtschaftlich schwierigen Zeiten

Zusammenfassung der beobachtbaren Einflussgrößen und mögliche Reaktionen der DAX30-Unternehmen

Veränderung der Bezugsgröße als Basis für die Dividendenberechnung (Konzern- / Einzelabschluss, bereinigt / unbereinigt)

Weiter oder enger gefasste Definition vorzunehmender Bereinigungen im Zeitablauf

Ergänzende Nennung tatsächlicher Ausschüttungsquoten zu Informationszwecken (These: „In guten Zeiten ein Verkaufsargument“)

Keine weitere Nennung von Zielausschüttungsquoten / Zieldividenden

Definition der individuellen Ausschüttungsfähigkeit in Abhängigkeit operativer Faktoren (Finanzielle Flexibilität, Verschuldungsgrad, Entwicklung des operativen Ergebnisses, Investitionen, langfristige Wachstumsmöglichkeiten, Kapitalbedarf, Free Cash Flow) bzw. übergreifender allgemeiner Rahmenbedingungen (wirtschaftliche Unsicherheiten)

Anpassung der Bandbreite der Zielausschüttungsquote

Herabsetzen der tatsächlichen Ausschüttungsquote

Herabsetzen der Zieldividende

Bei vorheriger Nennung zweier Zielgrößen (Zieldividende und Zielausschüttungsquote) Verringerung auf eine Größe

Verringerung der Detailtiefe in der Kommunikation über die Dividendenberechnung (z.B. „angemessene Dividende“, „Augenmaß“)

Reduzierung der aktuellen Dividende im Vorgriff auf zukünftig durchzuführende Investitionsmaßnahmen oder wg. andauernder Marktunsicherheiten

Zusammenfassung der Festlegung der Dividendenkommunikation

Zusammenfassung der Recherche-Ergebnisse

Kommunikation einer Zielausschüttungsquote

- bietet dem Aktionär keine volle Sicherheit hinsichtlich der Dividende je Aktie. In Abhängigkeit von der Bezugsgröße (Einzelergebnis- oder Konzernergebnis, Bereinigung ja / nein) kann es auch bei dieser Variante aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse mit wirtschaftlich negativer Wirkung zu Ausschüttungen aus der „Substanz“ kommen.
 - ▶ Aus dem DAX 30 wählen **15 Unternehmen** diese Art der Dividendenpolitik. Zudem nennt **E.ON SE** in den Geschäftsjahren 2010 und 2011 Zielausschüttungsquote und Zieldividende. Die Kommunikation einer Zielausschüttungsquote stellt die häufigste Dividendenpolitik dar.
 - ▶ Die Kommunikation einer Zielausschüttungsquote begrenzt in wirtschaftlich schwierigen Zeiten bei bereinigten Bezugsgrößen den finanziellen Spielraum, sodass Abweichungen im Hinblick auf die Einhaltung der Zielausschüttungsquote oftmals nur mit temporär negativer öffentlicher Wahrnehmung möglich sind.
 - ▶ Rückwirkend betrachtet ist – mit Ausnahme eines Unternehmens, für das erst ab dem Geschäftsjahr 2011 eine Zielausschüttungsquote genannt wird – die konstante Kommunikation einer Zielausschüttungsquote im Zeitablauf erkennbar.

Kommunikation einer offenen Dividende (in Abhängigkeit kommunizierter allgemeiner und generischer Rahmenbedingungen)

- bietet dem Unternehmen situativen Spielraum, um auf unvorhergesehene Ergebnisse zu reagieren, dem Aktionär jedoch keine Plansicherheit.
 - ▶ Aus dem DAX 30 wählen **13 Unternehmen** diese Art der Dividendenpolitik. Die Kommunikation einer offenen Dividende ist die zweithäufigste Dividendenpolitik.
 - ▶ Diese Art der Kommunikation ermöglicht den Unternehmen, flexibel auf unvorhergesehene Ereignisse zu reagieren. Hingegen kann sich bei Aktionären aufgrund vergangener Dividendenzahlungen eine implizite Erwartungshaltung für zukünftige Dividenden bilden („soft commitment“). Bei 7 der 13 Unternehmen könnte man eine implizite Festlegung auf steigende, bei weiteren 3 Unternehmen eine implizite Festlegung auf eine konstante Dividende je Aktie vermuten. Die verbleibenden 3 Unternehmen haben in den untersuchten Geschäftsjahren entweder sinkende oder keine Dividende je Aktie gezahlt.
 - ▶ Rückwirkend betrachtet ist eine leicht steigende Tendenz für den Wechsel hin zu einer Kommunikation mit offenem Ergebnis erkennbar.

Kommunikation einer Zieldividende:

- legt ein Unternehmen sich hinsichtlich der Dividende je Aktie fest, bedeutet diese Festlegung höchste Sicherheit für den Aktionär und „zwingt“ das Unternehmen bei unvorhergesehenen Ereignissen mit wirtschaftlich negativer Wirkung zu einer Ausschüttung aus der „Substanz“.
 - ▶ Aus dem DAX 30 wählt ausschließlich die Deutsche Telekom AG diese Art der Dividendenpolitik.
 - ▶ Die Kommunikation einer Zieldividende schließt finanziellen Spielraum grundsätzlich aus, sodass Abweichungen im Hinblick auf die Einhaltung der Zieldividende oftmals nur mit temporär negativer öffentlicher Wahrnehmung möglich sind.

Themen und Aussagen im Zusammenhang mit der Dividendenpolitik

Interessante Aussagen

„Interessant wie viele Unternehmen trotz Krise weiter ausschütten, teilweise auch aus der Substanz.“

„Wie verhalten sich die anderen Unternehmen bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten? Wer traut sich zu, die Dividende anzupassen?“

„Warum stellen so viele Unternehmen nicht auf den Cashflow ab, machen wir was falsch?“

„Wieso sollte ich den Aktionär durch dividenderhöhende Bereinigungen vom unternehmerischen Risiko seines Investments freistellen?“

„Wie wirken die Bonus / Tantiemzahlungen auf die Dividendenpolitik sowie die Ausgestaltung der variablen Managementvergütung?“

„Unsere Dividendenpolitik stammt noch aus einer anderen „heilen“ Welt (ursprünglich wollte man mit den Bereinigungen erreichen, dass man die Buchgewinne aus den lukrativen Veräußerungen nicht mit den Aktionären teilt).“

„Wichtig ist immer auch, die unternehmensspezifische Aktionärsstruktur und deren Einflüsse auf und Erwartungen an die Dividendenpolitik im Auge zu behalten. Unser Großaktionär legt Wert auf eine verlässliche Dividendenausschüttung“

„Es ist ein schmaler Grat zwischen vertrauensschaffender weil vorhersehbarer Dividendenkommunikation einerseits und ökonomischer Zwangsjacke andererseits.“

„Interessant sind die Beispiele zu allgemeinen Aussagen zur Dividendenpolitik anderer Unternehmen.“

Anlagen

Anlage Analytierte Fragestellungen zur Dividendenpolitik (1/8)

Entwicklung Dividende je Aktie und Sondereffekte während der letzten 5 Geschäftsjahre

Unternehmen	Dividende je Aktie in EUR ⁽¹⁾					Konzernergebnis in EUR Mio. ⁽²⁾					Sondereffekte in EUR Mio. ⁽³⁾					KPMG Einschätzung zum zeitlichen Zusammenhang Dividende je Aktie / Sondereffekte	
	GJ	GJ	GJ	GJ	GJ	GJ	GJ	GJ	GJ	GJ	GJ	GJ	GJ	GJ	GJ		
	2009	2010	2011	2012	2013	2009	2010	2011	2012	2013	2009	2010	2011	2012	2013		
Bayer AG	1,40	1,50	1,65	1,90	2,10	1.359	1.301	2.470	2.446	3.189	386	697	-	699	565	2.567	keine Tendenz erkennbar
Commerzbank AG	-	-	-	-	-	(4.537)	1.430	638	6	78	2.415	116	35	61	510	3.137	keine Tendenz erkennbar
Deutsche Bank AG	0,75	0,75	0,75	0,75	0,75	4.973	2.310	4.132	237	666	629	29	-	2.408	786	3.849	keine Tendenz erkennbar
Deutsche Telekom AG	0,78	0,70	0,70	0,70	0,60	353	1.695	97	(5.255)	930	2.345	690	3.451	11.108	638	18.422	keine Tendenz erkennbar
E.ON SE	1,50	1,50	1,00	1,10	0,60	8.420	5.853	(2.219)	2.217	2.142	237	2.629	3.991	1.598	1.816	10.270	phasenverschobene Dividendenanpassung
RWE AG	3,50	3,50	2,00	2,00	1,00	3.571	3.308	1.806	1.306	(2.737)	457	1.107	1.436	2.080	4.789	9.869	phasenverschobene Dividendenanpassung
ThyssenKrupp AG	0,30	0,45	-	-	-	(1.857)	824	(1.281)	(4.899)	(1.399)	449	8	3.102	4.391	345	8.295	phasenverschobene Dividendenanpassung
Vollswagen AG	1,60	2,90	3,00	3,50	4,00	960	6.835	15.409	21.717	9.098	691	1.301	651	51	193	2.787	keine Tendenz erkennbar

Anmerkung:

GJ = Geschäftsjahr

(1) definiert als Cash Dividende, ohne Sonder- oder Scrip-Dividenden

(2) Konzernergebnis nach Minderheiten

(3) definiert als Asset-, Goodwill-Impairment & Restrukturierungsaufwand

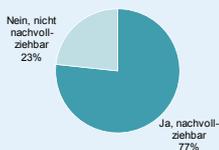
Quelle: S&P Capital IQ, Geschäftsberichte der Unternehmen (ohne Berücksichtigung von Restatements)

Wir haben die 8 Unternehmen, welche von materiellen Sondereffekten (mehr als EUR 2 Mrd.) betroffen waren, im Hinblick auf den zeitlichen Zusammenhang zwischen der Ausschüttung und den Sondereffekten analysiert.

- Die Darstellung der Dividende je Aktie für ein Geschäftsjahr erfolgt grundsätzlich auf Basis einer wirtschaftlichen Zuordnung, d.h. die Dividende, die in 2013 für 2012 beschlossen wurde, wird für Analyse Zwecke dem Geschäftsjahr 2012 zugeordnet.
- Ein eindeutiger Zusammenhang (phasengleich / phasenverschoben) zwischen der Anpassung der Dividende je Aktie und beobachtbaren Sondereffekten ist nicht erkennbar. Die individuelle Auswirkung auf die Dividende hängt von der Art der Sondereffekte und deren zeitlichen Auftreten ab (Triggering Event vs. jährliche Anschreibung).

Anlage Analytierte Fragestellungen zur Dividendenpolitik (2/8)

Objektive Nachvollziehbarkeit der Dividendenpolitik in den letzten 5 Geschäftsjahren



Die Dividendenpolitik gilt als objektiv **nachvollziehbar**, wenn die Ermittlungsmethodik der Ausschüttung im Jahr der Ausschüttung transparent kommuniziert wird (z.B. Angabe der Bezugsgröße für die Dividendenberechnung und tatsächlicher, nachprüfbarer Ausschüttungsquote bzw. Einhaltung der im Vorjahr angekündigten Zieldividende).

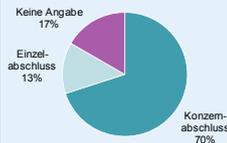
Die Dividendenpolitik gilt als **nicht nachvollziehbar**, wenn die Ermittlungsmethodik der Ausschüttung an subjektiven Kriterien festgemacht wird oder im Vorfeld keine Angaben zu nachprüfbaren Zielparametern und / oder Leitlinien erfolgen.

Von den 30 untersuchten Unternehmen zeigen:

- 23 der Unternehmen eine nachvollziehbare Dividendenpolitik,
- 7 der Unternehmen eine nicht nachvollziehbare Dividendenpolitik.

Anlage Analytierte Fragestellungen zur Dividendenpolitik (3/8)

Zusammenhang zwischen Rechnungslegung und Dividendenkommunikation



- 21 von 30 Unternehmen verweisen im Zusammenhang mit der Dividendenkommunikation auf den Konzernabschluss.
- 4 von 30 Unternehmen verweisen im Zusammenhang mit der Dividendenkommunikation auf den Einzelabschluss.
- 5 von 30 Unternehmen machen keine entsprechende Angabe.

Anlage Analytierte Fragestellungen zur Dividendenpolitik (4/8)

Anwendung einer im Zeitablauf stetigen Methodik zur Ermittlung der Bezugsgröße für die Dividendenberechnung



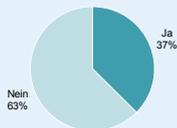
- 22 von 30 Unternehmen wenden eine genannte Bezugsgröße für die Dividendenberechnung im untersuchten Zeitraum stetig an.
- 2 von 30 Unternehmen wenden eine genannte Bezugsgröße nicht stetig an. In beiden Fällen erfolgte die Aufgabe der Stetigkeit in der Bezugsgröße von Geschäftsjahr 2011 auf Geschäftsjahr 2012 (siehe nachfolgende Erläuterungen).
- Für 6 von 30 Unternehmen kann hinsichtlich der Anwendung einer stetigen Methodik zur Ermittlung der Bezugsgröße für die Dividendenberechnung keine allgemeine Aussage getroffen werden. Für diese Unternehmen wird in allen 5 untersuchten Geschäftsjahren keine Bezugsgröße angegeben.

■ Fokus: Aufgabe der Stetigkeit für 2 Unternehmen innerhalb des Untersuchungszeitraums

- Anpassung der Bezugsgröße „Auf die Anteilseigner entfallender Konzerngewinn“ im Geschäftsjahr 2011 zur Bezugsgröße „Auf die Anteilseigner entfallender Konzerngewinn ohne Wertminderung der Geschäfts- oder Firmenwerte“ im Geschäftsjahr 2012 (Adidas AG)
- Anpassung der Bezugsgröße „Konzernergebnis“ (nach Minderheiten) im Geschäftsjahr 2011 zur Bezugsgröße (Konzern-) „Ergebnis vor Sondereinflüssen“ im Geschäftsjahr 2012 (Fresenius SE & Co. KGaA)
- In beiden Fällen führte die Aufgabe der Stetigkeit zu einer höheren Dividendensumme bzw. einer höheren Dividende je Aktie.
 - Adidas AG: Erhöhung der Ausschüttungsquote in Höhe von 31% im Geschäftsjahr 2011 (Bezugsgröße „Auf die Anteilseigner entfallender Konzerngewinn“) auf eine Ausschüttungsquote in Höhe von 35,7% im Geschäftsjahr 2012 (Bezugsgröße „Auf die Anteilseigner entfallender Konzerngewinn ohne Wertminderung der Geschäfts- oder Firmenwerte“)
 - Fresenius SE & Co. KGaA: Keine Angaben zur Ausschüttungsquote (jedoch Anstieg der Dividendensumme und Dividende je Aktie)

Anlage Analytierte Fragestellungen zur Dividendenpolitik (7/8)

Ergebnisbereinigungen*



22 Unternehmen mit stetiger Anwendung der Bezugsgröße für die Dividendenberechnung nennen das Konzern- / Jahresergebnis als eindeutige Bezugsgröße für die Dividendenberechnung in den letzten 5 Geschäftsjahren. Bei 2 weiteren Unternehmen, Adidas AG und Fresenius SE & Co. KGaA, beobachten wir ab dem Geschäftsjahr 2012 eine Berechnung der Dividende auf Basis einer bereinigten Ergebnisgröße. Auf dieser Basis lassen sich Aussagen zu den erfolgten Bereinigungen treffen:

- 9 von 24 Unternehmen berechnen die Dividende auf Basis einer **bereinigten Ergebnisgröße**, die jeweils individuell definiert wird.
- 15 von 24 Unternehmen berechnen die Dividende auf Basis einer **unbereinigten Ergebnisgröße**, die sich jeweils aus dem Konzern- bzw. Einzelabschluss ergibt.

Zu beobachtende Begriffsvielfalt für die Benennungen der Bereinigungen...

... mit Bezug zu Abschreibungen aller Art

"Auf die Anteilseigner entfallender Konzerngewinn ohne Wertminderung der Geschäfts- oder Firmenwerte"

Adidas AG, GB 2012

"Sondereinflüsse (ohne Abschreibungen)", "sämtliche Abschreibungen auf immaterielle Vermögenswerte", "außerplanmäßige Abschreibungen auf Sachanlagen", "Sondereinflüsse auf das EBITDA sowie darauf bezogene Steuereffekte"

Bayer AG, GB 2009-12

"Außerplanmäßige Abschreibungen"

Deutsche Lufthansa AG, GB 2009-12

"sonstige nicht operative Aufwendungen und Erträge mit einmaligem beziehungsweise seltenem Charakter"

E.ON SE, GB 2009-12

"Restrukturierungsaufwendungen", "einmalige Erträge", "einmalige Aufwendungen"

Henkel AG & Co. KGaA, GB 2009-12

Das der Ergebnisverteilung zugrunde liegende Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit angepasst um die Gewerbesteuer und das außerordentliche Ergebnis der Merck KGaA betrug [...]"

Merck KGaA, GB 2012

"Maßgeblich für die Höhe unserer Dividende ist das um Sondereinflüsse bereinigte, nachhaltige Nettoergebnis. Darin nicht enthalten ist das neutrale Ergebnis, einschließlich der darauf entfallenden Steuern. Auch wesentliche Einmaleffekte im Finanzergebnis und bei den Ertragsteuern bleiben hier unberücksichtigt."

RWE AG, GB 2012

... ohne Bezug zu Abschreibungen aller Art

"Kosten für Fusionen und Übernahmen", "Effizienzprogramme"

Deutsche Börse AG, GB 2009-12

"Sonstiger Beteiligungsertrag", "Sonstiges Finanzergebnis", "Einmalkosten im Zusammenhang mit dem Angebot an die Aktionäre der RHÖN-Klinikum AG"

Fresenius SE & Co. KGaA, GB 2012

"Ertrag (-)/Aufwand (+) aus Marktschwankungen der noch ausstehenden operativen, antizipativen Sicherungsgeschäfte", "Neutralisierung der in Vorperioden erfassten Marktschwankungen von realisierten operativen, antizipativen Sicherungsgeschäften", "Eliminierung daraus resultierender latenter bzw. zahlungswirksamer Steuern"

K+S AG, GB 2009-12

* Ergebnis vor und nach Minderheiten; betrifft die tatsächliche Bezugsgröße für die Dividendenausschüttung in der zuletzt verfügbaren Berichtsperiode

© 2014 KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International Cooperative ("KPMG International"), einer juristischen Person schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten.

16

Anlage Analytierte Fragestellungen zur Dividendenpolitik (8/8)

Ergebnisbereinigungen*

Analyse der Ergebnisbereinigungen in den letzten 5 Geschäftsjahren

- Für alle 9 Unternehmen mit bereinigter Ergebnisgröße als Basis für die Dividendenberechnung beobachten wir im Geschäftsjahr 2013 positive Bereinigungen.
- Die bereinigte Ergebnisgröße resultierte in einer höheren Bezugsgröße für die Dividendenberechnung als die unbereinigte Ergebnisgröße. Die Bereinigung erfolgte somit zugunsten der Aktionäre.
- Bei 4 von diesen 9 Unternehmen lassen sich im Geschäftsjahr 2013 steigende, absolute Bereinigungen erkennen im Vergleich zum Vorjahr erkennen, da sich die Differenz zwischen unbereinigter und bereinigter Ergebnisgröße vergrößert hat. Ein identischer Trend war – mit Ausnahme von 2 Unternehmen – in den Geschäftsjahren 2009 bis 2010 zu beobachten.

* Ergebnis vor und nach Minderheiten; betrifft die tatsächliche Bezugsgröße für die Dividendenausschüttung in der zuletzt verfügbaren Berichtsperiode

© 2014 KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International Cooperative ("KPMG International"), einer juristischen Person schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten.

17

Anlage Begriffsvielfalt im Hinblick auf die Benennung der Bezugsgröße

Beispiele für die Begriffsvielfalt im Hinblick auf die Benennung der Bezugsgröße für die Dividendenberechnung (Neben der sehr unterschiedlichen Bezeichnung wird hierbei auch das Thema vor oder nach Minderheiten unterschiedlich gehandhabt)

Benennung einer...

...unbereinigten Bezugsgröße
im Einzelabschluss

**"Bilanzgewinn/-verlust
(Jahresüberschuss/-fehlbetrag
+ Entnahme-/Einstellung Kapitalrücklage
+ Entnahme-/Einstellung Gewinnrücklage
+ Gewinnvortrag aus Vj.)"**
ThyssenKrupp AG, GB 2010-13

**"Gem. AktG: Bilanzgewinn der
Muttergesellschaft nach HGB"**
Infineon Technologies AG, GB 2010-13

**"Bilanzgewinn im Einzelabschluss
nach HGB"**
Commerzbank AG, GB 2009-12

...unbereinigten Bezugsgröße
im Konzernabschluss

"Auf die Anteilseigner entfallender Konzerngewinn"
Adidas AG, GB 2009-11

"Jahresüberschuss, auf Anteilseigner entfallend"
Allianz SE, GB 2009-12

**"Jahresüberschuss nach Anteilen anderer
Gesellschafter"**
BASF SE, GB 2009-12

"Ergebnisanteile der Aktionäre der BMW AG"
BMW AG, GB 2009-12

"Konzernergebnis den Anteilseignern zuzurechnen"
Continental AG, GB 2009-12

"Auf die Aktionäre entfallendes Konzernergebnis"
Daimler AG, GB 2010-12

**"Konzernergebnis, das auf die Aktionäre der
Deutsche Post AG entfällt"**
Deutsche Post AG, GB 2009-12

"Jahresüberschuss, davon Anteil der Gruppe"
HeidelbergCement AG, GB 2010-12

**"Ergebnis nach Steuern, davon Anteil der
Aktionäre der Linde AG"**
Linde AG, GB 2010-12

**"Konzernergebnis nach Minderheiten und
Kapitalbedarf"**
Münchener Rückversicherungs Gesellschaft AG, GB
2009-12

"Konzernergebnis nach Steuern"
SAP AG, GB 2009-12

"Konzernergebnis vor Minderheiten"
Siemens AG, GB 2009-12

**"Konzernergebnis nach Steuern, das auf Aktionäre
der AG entfällt"**
Volkswagen AG, GB 2011-12

© 2014 KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International Cooperative ("KPMG International"), einer juristischen Person schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten.

18

Anlage Beispiele für allgemeine Aussagen zur Dividendenpolitik

Beispielhafte allgemeine Aussagen zur Dividendenpolitik

- „Angesichts der verbesserten, aber noch nicht ausreichenden operativen Ertragskraft und insbesondere der bilanziellen Belastungen des Konzerns schließen wir uns der Auffassung des Vorstands an, dass eine **Dividendenzahlung für das abgelaufene Geschäftsjahr - trotz der formalen Ausschüttungsfähigkeit - wirtschaftlich nicht vertretbar** ist.“ (ThyssenKrupp AG, GB 2012/13, Bericht des Aufsichtsrats)
- „Aus den beschriebenen Gründen orientiert sich die Dividendenpolitik von Infineon nicht an der Entwicklung des Konzernjahresüberschusses und das Unternehmen gibt keine Ausschüttungsquote im Verhältnis zu diesem an. Ziel des Unternehmens ist es vielmehr, einerseits die **Aktionäre über die Dividende angemessen am Ergebniswachstum zu beteiligen**, andererseits auch **in Zeiten stagnierender oder rückläufiger Ergebnisse beziehungsweise eines negativen Free-Cash-Flows eine zumindest konstante Dividende ausschütten** zu können.“ (Infineon Technologies AG, GB 2013, S.138)
- „Die Dividendenpolitik der Lufthansa Group sieht eine Auszahlung von 30 bis 40 Prozent des operativen Gewinns als Dividende vor, insofern die Möglichkeit einer Dividendenzahlung aus dem Jahresüberschuss des HGB Einzelabschlusses der Deutschen Lufthansa AG besteht. Im Geschäftsjahr 2012 wurden alle Voraussetzungen für die Ausschüttung einer Dividende erreicht. Dennoch haben sich Vorstand und Aufsichtsrat entschlossen, der Hauptversammlung - **auch im Hinblick auf die erläuterten Änderungen in der Pensionsbilanzierung sowie das laufende Investitionsprogramm - das Aussetzen der Dividendenausschüttung vorzuschlagen**.“ (Deutsche Lufthansa AG, GB 2012, S.36)
- „Generell wollen wir weiterhin in der Lage sein, durch die Ausschüttung jährlicher Dividenden und den Rückkauf von Aktien überschüssige Liquidität an unsere Aktionäre zurückzugeben. Der Betrag der **künftigen Dividenden und der Umfang der künftigen Aktienrückkäufe werden eng auf die Entwicklung unseres Liquiditätsbestands und die weitere Liquiditätsplanung abgestimmt**.“ (SAP AG, GB 2012, S.105)
- „**Kontinuität und Augenmaß** werden auch zukünftig die wichtigsten Kriterien für die Dividendenpolitik von Linde bleiben. Wie in den Jahren zuvor, wird das Unternehmen auch für das **Geschäftsjahr 2013 die Höhe der Dividende an der Entwicklung des operativen Ergebnisses ausrichten und dabei die weitere gesamtwirtschaftliche Entwicklung berücksichtigen**.“ (Linde AG, GB 2013, S.106)
- „**Angesichts der erheblichen weltwirtschaftlichen Unsicherheiten** halten wir auch zukünftig ein schrittweises, aber stetiges Vorgehen mit Vorrang für die weitere Rückführung unserer Verschuldung für die **bessere Wahl im Sinne des Unternehmens und unserer Aktionäre**.“ (HeidelbergCement AG, GB 2012, S.19); „Wie im Jahr 2012 werden wir auch in den kommenden beiden Jahren die **Höhe der Dividende an der Entwicklung des Verschuldungsgrads und des Cashflows** des HeidelbergCement Konzerns ausrichten und dabei die weitere gesamtwirtschaftliche Entwicklung berücksichtigen. Mittelfristig streben wir eine branchentypische Ausschüttungsquote von 30% bis 35% bezogen auf den Anteil der Gruppe am Jahresüberschuss an.“ (HeidelbergCement AG, GB 2012, S.115)

Viele Unternehmen betreiben Erwartungsmanagement und verbinden im Rahmen ihrer Dividendenpolitik übergreifende allgemeine Rahmenbedingungen mit individuellen operativen Zielen.

© 2014 KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International Cooperative ("KPMG International"), einer juristischen Person schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten.

19

Anlage Zukunftsbezogene Aussagen

Zukunftsbezogene Aussagen zur Dividendenpolitik

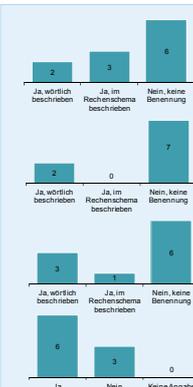
Beispielhafte Aussagen für Unternehmen mit nicht festgelegter Dividendenpolitik:

- "Die BASF gehört dem **Aktienindex DivDAX** an, der die 15 Unternehmen mit den höchsten Dividendenrenditen im DAX 30 enthält. Wir streben auch weiterhin an, die **Dividende jährlich zu steigern, sie zumindest aber auf dem Niveau des jeweiligen Vorjahres zu halten.**" (BASF SE, GB 2013, S. 13)
- "Der Beiersdorf Konzern verfolgt das Ziel, die **Eigenkapitalbasis nachhaltig zu sichern und eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital zu erwirtschaften.**" (Beiersdorf AG, GB 2013, S. 65)
- "Wer in die BMW Group investiert, erwartet **langfristige Wertsteigerung**. Unsere Aktionäre können darauf vertrauen, dass wir profitabel wachsen – und das trotz hoher Volatilität und einiger Herausforderungen im Umfeld. Dafür investieren wir weiter in unsere Zukunft – und zwar auf allen Feldern der individuellen Mobilität. Innovationen und unternehmerischer Mut sind für uns als Premiumhersteller der Schlüssel, um uns kontinuierlich weiterzuentwickeln und immer wieder Trends zu setzen." (BMW AG, GB 2013, S. 15)
- "LANXESS verfolgt eine kontinuierliche Dividendenpolitik. Bei künftigen Dividendenvorschlägen werden wir, wie bereits in der Vergangenheit, die **wirtschaftliche Entwicklung des zurückliegenden Geschäftsjahres, die Finanzierungsziele des Konzerns sowie sich abzeichnende Entwicklungen im neuen Geschäftsjahr berücksichtigen.**" (Lanxess AG, GB 2013, S. 65)
- "Für die nächsten Jahre – basierend auf den getroffenen Annahmen zur Gesamtwirtschaft und dem künftigen Geschäftsverlauf sowie vorbehaltlich der Zustimmung durch die Hauptversammlung – strebt Merck eine **Dividende an, die in absoluten Zahlen im Vergleich zu 2011 mindestens stabil ist.**" (Merck KGaA, GB 2012, S. 36)

Unternehmen ohne Festlegung auf eine Dividendenpolitik verweisen insbesondere auf den externen Faktor der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung als auch auf den internen Faktor der Stärkung der Eigenkapitalbasis.

Anlage Detailtiefe der vorgenommenen Bereinigungen

Übersicht der eindeutigen und unmissverständlichen Bereinigungen um Restrukturierungsaufwendungen, Goodwill Impairments und Asset Impairments für die 7 bereinigenden Unternehmen (vgl. S. 13)



Restrukturierungsaufwendungen (Mehrfachnennung möglich)

- 6 von 9 Unternehmen weisen Restrukturierungsaufwendungen **nicht explizit** in den durchgeführten Bereinigungen aus.
- Bereinigungen um Restrukturierungsaufwendungen werden von 2 Unternehmen vorgenommen und sowohl wörtlich als auch anhand eines Rechenschemas erläutert. Daneben gibt es 1 weiteres Unternehmen, das ebenfalls eine Bereinigung um Restrukturierungsaufwendungen vornimmt, diese jedoch ausschließlich im Rechenschema erläutert.

Goodwill Impairments (Mehrfachnennung möglich)

- 7 von 9 Unternehmen weisen Goodwill Impairments **nicht explizit** in den durchgeführten Bereinigungen aus.
- Bereinigungen um Goodwill Impairments werden von 2 Unternehmen vorgenommen und ausschließlich wörtlich erläutert.

Asset Impairments (Mehrfachnennung möglich)

- 6 von 9 Unternehmen weisen Asset Impairments **nicht explizit** in den durchgeführten Bereinigungen aus.
- Bereinigungen um Asset Impairments erfolgen bei 3 Unternehmen. Davon führen 2 Unternehmen diese Bereinigungen ausschließlich im Rechenschema auf, 1 Unternehmen erläutert die Bereinigungen zusätzlich wörtlich im Geschäftsbericht.

Abschreibungen aller Art*

- 6 von 9 Unternehmen, die ihre Bezugsgröße basierend auf einer bereinigten Ergebnisgröße definieren, nehmen darin Abschreibungen auf, die zwar unseres Erachtens nach Goodwill und Asset Impairments umfassen, jedoch nicht explizit als solche genannt werden (z.B. „Außerplanmäßige Abschreibungen“). Drei Unternehmen machen hierzu keine Angaben.

- Im Ergebnis ist auffällig, dass die Bereinigungen der Ergebnisgröße in den von uns analysierten Informationsquellen tendenziell nicht detailliert (d.h. wörtlich und / oder im Rechenschema beschrieben) erläutert werden. Darüber hinaus wird deutlich, dass im Regelfall abschreibungsbezogene Bereinigung eher allgemein als „Abschreibungen aller Art“ bezeichnet und nicht explizit nach Goodwill / Asset Impairments klassifiziert werden.

* Bezeichnet auch nicht wörtlich genannte Abschreibungen, in denen unserer Auffassung nach auch Goodwill und / oder Asset Impairments erfasst sind.

Anlage Ergebnisse Datenbank-Screening DAX30 (1/3)

Unternehmen	Letzter berücksichtigter Bilanzstichtag	Marktkapitalisierung zum letzten Bilanzstichtag in € Mio.	Konzernergebnis in € Mio.					Buchwert des Eigenkapitals in € Mio.					Sondereffekte in € Mio.					Summe Sondereffekte	Summe in % der Marktkapitalisierung
			GJ 2009	GJ 2010	GJ 2011	GJ 2012	GJ 2013	GJ 2009	GJ 2010	GJ 2011	GJ 2012	GJ 2013	GJ 2009	GJ 2010	GJ 2011	GJ 2012	GJ 2013		
			Adidas AG	31.12.2013	19.372	245	597	671	526	797	3.776	4.623	5.128	5.201	5.481	35	14		
Allianz SE	31.12.2013	59.161	4.297	5.053	2.545	5.169	5.996	42.229	46.562	47.253	52.963	52.849	251	271	505	357	266	1.650	3%
BASF SE	31.12.2013	71.329	1.410	4.557	6.188	4.879	4.842	18.609	22.657	25.385	25.621	27.789	349	370	349	462	437	1.967	3%
Beiersdorf AG	31.12.2013	84.431	1.359	1.301	2.470	2.446	3.189	19.029	18.963	19.332	18.551	20.853	386	497	-	699	585	2.607	3%
BMW AG	31.12.2013	16.730	374	318	250	442	534	2.636	2.920	3.016	3.143	3.405	53	115	252	74	19	513	3%
Commerzbank AG	31.12.2013	54.840	204	3.218	4.881	5.096	5.314	19.915	23.920	27.103	30.608	35.843	171	-	-	-	-	1.771	0%
Continental AG	31.12.2013	13.343	(4.577)	1.430	638	6	78	26.576	28.558	24.803	26.250	26.508	2.415	116	35	61	510	3.137	24%
Daimler AG	31.12.2013	31.921	(1.645)	576	1.242	1.884	1.923	4.062	6.203	7.543	8.156	9.322	1.563	133	20	64	127	1.907	6%
Deutsche Bank AG	31.12.2013	67.286	(2.640)	4.498	5.667	6.095	6.842	31.827	37.953	41.337	39.330	43.363	340	122	-	155	148	765	1%
Deutsche Börse AG	31.12.2013	35.342	4.973	2.310	4.132	237	666	37.969	50.368	54.660	54.240	54.966	629	29	-	2.405	786	3.849	11%
Deutsche Lufthansa AG	31.12.2013	11.084	496	418	849	845	478	3.339	3.410	3.133	3.170	3.268	426	668	7	14	63	1.086	10%
Deutsche Post AG	31.12.2013	7.134	(34)	1.131	(13)	990	313	6.202	8.340	8.044	4.839	6.108	74	29	53	268	372	796	11%
Deutsche Telekom AG	31.12.2013	32.039	644	2.541	1.163	1.658	2.091	8.273	10.696	11.199	9.228	10.048	284	58	50	28	38	438	1%
E.ON SE	31.12.2013	55.240	353	1.095	557	(2.255)	930	41.537	43.028	40.032	30.551	32.063	2.545	680	3.451	#####	838	18.422	33%
Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA	31.12.2013	25.627	8.420	5.853	(2.219)	2.217	2.142	43.986	45.585	39.613	38.820	36.385	237	2.609	3.991	1.598	1.815	10.270	40%
Fresenius SE & Co. KGaA	31.12.2013	22.003	636	742	776	620	811	7.030	7.804	8.472	9.731	10.133	-	-	-	-	-	0%	
HeidelbergCement AG	31.12.2013	20.110	476	619	678	930	968	7.652	9.053	10.894	13.149	13.595	-	-	-	2	43	45	0%
Henkel AG & Co. KGaA	31.12.2013	10.354	43	343	349	301	745	11.003	12.864	13.569	13.708	12.952	549	96	133	259	241	1.318	13%
Infinion Technologies AG	30.09.2013	34.373	602	1.118	1.253	1.510	1.589	6.544	7.960	8.670	9.511	10.158	205	190	249	135	217	996	3%
K+S AG	31.12.2013	7.950	(623)	659	1.119	427	272	2.093	2.625	3.355	3.975	3.776	-	12	-	28	37	77	1%
LANXESS AG	31.12.2013	4.283	96	448	584	668	413	2.095	2.652	3.085	3.394	3.397	1	13	8	1	12	32	1%
Linde AG	31.12.2013	4.033	40	379	506	514	(159)	1.445	1.761	2.074	2.330	1.900	41	12	42	41	390	526	13%
Merck KGaA	31.12.2013	28.306	591	1.005	1.174	1.250	1.317	9.187	11.362	12.144	13.658	13.586	83	-	-	-	-	83	0%
Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	31.12.2013	28.242	386	632	618	567	1.202	9.514	10.372	10.494	10.415	11.069	92	77	384	562	352	1.487	5%
RWE AG	31.12.2013	28.823	2.521	2.422	702	3.195	3.313	22.278	23.028	23.309	27.439	26.228	524	384	280	411	210	1.789	6%
SAP AG	31.12.2013	16.271	3.571	3.306	1.806	1.306	(2.757)	13.717	17.417	17.082	16.489	12.137	457	1.107	1.436	2.080	4.789	9.869	61%
Siemens AG	31.12.2013	74.654	1.748	1.811	3.438	2.823	3.326	8.491	9.824	12.707	14.133	16.048	198	-	4	8	70	280	0%
ThyssenKrupp AG	30.09.2013	75.173	2.292	3.899	6.145	4.458	4.284	27.287	29.096	32.159	31.424	29.625	207	1.145	128	55	174	1.799	2%
Volkswagen AG	31.12.2013	92.868	906	6.835	15.409	21.717	9.068	37.430	48.712	63.354	81.995	90.037	591	1.301	651	51	193	2.787	3%

Anmerkung:
GJ = Geschäftsjahr
(1) Die Sondereffekte bei ThyssenKrupp AG in den Geschäftsjahren 2010/11 und 2011/12 beinhalten teilweise in den Discontinued Operations erfasste Wertminderungen der Segmente Stainless Global sowie Steel Americas (manuelle Zuordnung)
Quelle: S&P Capital IQ, Geschäftsberichte der Unternehmen (ohne Berücksichtigung von Restatements der Konzernergebnisse)

Anlage Ergebnisse Datenbank-Screening DAX30 (2/3)

Unternehmen	Letzter berücksichtigter Bilanzstichtag	Marktkapitalisierung zum letzten Bilanzstichtag in € Mio.	Goodwill Impairment in € Mio.					Asset Impairment in € Mio.					Restrukturierungsaufwand in € Mio.					Summe Sondereffekte	Summe in % der Marktkapitalisierung	
			GJ 2009	GJ 2010	GJ 2011	GJ 2012	GJ 2013	GJ 2009	GJ 2010	GJ 2011	GJ 2012	GJ 2013	GJ 2009	GJ 2010	GJ 2011	GJ 2012	GJ 2013			
			Adidas AG	31.12.2013	19.372	-	-	265	62	35	14	n/a	3	2	-	-	-			-
Allianz SE	31.12.2013	59.161	53	-	337	89	96	-	-	-	-	-	-	198	271	168	268	170	1.650	3%
BASF SE	31.12.2013	71.329	-	-	11	-	-	-	167	262	264	142	349	203	76	198	295	1.967	3%	
Beiersdorf AG	31.12.2013	84.431	-	-	-	-	-	32	836	n/a	303	151	354	62	-	396	434	2.667	3%	
BMW AG	31.12.2013	16.730	11	58	101	15	-	-	23	33	7	-	52	36	118	52	19	513	3%	
Commerzbank AG	31.12.2013	54.840	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	171	-	-	-	-	1.771	0%	
Continental AG	31.12.2013	13.343	788	-	-	-	-	26	83	35	18	17	1.621	33	-	43	493	3.137	24%	
Daimler AG	31.12.2013	31.921	876	-	n/a	64	68	117	44	20	n/a	59	570	89	n/a	-	-	1.907	6%	
Deutsche Bank AG	31.12.2013	67.286	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	340	122	-	155	148	765	1%	
Deutsche Börse AG	31.12.2013	35.342	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	29	-	2.011	387	629	-	-	394	589	9.849	11%	
Deutsche Lufthansa AG	31.12.2013	11.084	-	3	-	-	-	436	462	-	-	1	n/a	102	7	14	63	1.086	10%	
Deutsche Post AG	31.12.2013	7.134	n/a	n/a	n/a	-	-	74	29	53	108	127	-	-	-	180	245	796	11%	
Deutsche Telekom AG	31.12.2013	32.039	-	-	n/a	n/a	-	254	58	50	28	38	n/a	-	n/a	-	n/a	438	1%	
E.ON SE	31.12.2013	55.240	2.346	395	3.100	2.965	605	-	295	351	8.143	233	-	-	-	-	-	18.422	33%	
Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA	31.12.2013	25.627	-	1.067	-	328	138	237	1.562	3.190	882	1.304	-	-	801	388	373	10.270	40%	
Fresenius SE & Co. KGaA	31.12.2013	22.003	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0%		
HeidelbergCement AG	31.12.2013	20.110	-	-	-	-	-	-	-	-	2	43	-	-	-	-	-	45	0%	
Henkel AG & Co. KGaA	31.12.2013	10.354	421	24	28	110	115	-	70	25	67	-	-	58	47	48	180	1.318	13%	
Infinion Technologies AG	30.09.2013	34.373	46	6	-	-	-	-	n/a	n/a	22	11	43	159	184	227	124	174	996	3%
K+S AG	31.12.2013	7.950	-	-	-	-	-	-	12	n/a	28	19	-	-	-	-	-	18	77	1%
LANXESS AG	31.12.2013	4.283	-	-	-	n/a	-	1	13	6	1	8	-	-	-	-	-	32	1%	
Linde AG	31.12.2013	4.033	-	-	2	-	11	-	1	11	4	268	41	11	29	37	111	526	13%	
Merck KGaA	31.12.2013	28.306	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	83	-	-	-	-	83	0%	
Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	31.12.2013	28.242	-	-	-	-	-	17	38	66	384	44	169	54	11	-	538	1.687	5%	
RWE AG	31.12.2013	28.823	117	109	25	140	29	269	255	255	271	181	138	-	-	-	-	1.789	6%	
SAP AG	31.12.2013	16.271	-	-	-	-	-	1.404	457	1.107	1.436	2.080	3.385	-	-	-	-	9.869	61%	
Siemens AG	31.12.2013	74.654	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	168	n/a	4	8	70	280	0%
ThyssenKrupp AG	30.09.2013	75.173	32	1.145	128	85	70	-	-	-	-	-	235	-	-	-	104	1.799	2%	
Volkswagen AG	31.12.2013	92.868	906	6.835	15.409	21.717	9.068	444	8	3.054	4.056	8	-	-	-	290	337	8.295	91%	

Anlage Ergebnisse Datenbank-Screening DAX30 (3/3)

Übersicht Verschuldungsgrad

Unternehmen	Verschuldungsgrad in % ⁽¹⁾					Durchschnitt
	GJ 2009	GJ 2010	GJ 2011	GJ 2012	GJ 2013	
Adidas AG	13,0%	3,4%	0,7%	-1,6%	-0,4%	3,0%
Allianz SE	25,2%	29,9%	32,3%	35,1%	31,4%	30,8%
BASF SE	38,1%	27,7%	27,3%	23,9%	21,7%	27,8%
Bayer AG	34,8%	33,1%	40,4%	27,1%	15,1%	30,1%
Beiersdorf AG	-14,4%	-15,6%	-15,1%	-10,5%	-8,6%	-12,8%
BMW AG	288,6%	140,2%	174,7%	127,1%	107,6%	163,7%
Commerzbank AG	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
Continental AG	168,5%	77,0%	88,9%	48,6%	22,0%	81,0%
Daimler AG	131,1%	86,2%	152,2%	167,0%	107,4%	128,8%
Deutsche Bank AG	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
Deutsche Börse AG	13,7%	5,8%	7,3%	17,4%	8,8%	10,6%
Deutsche Lufthansa AG	95,4%	59,2%	106,6%	117,1%	89,2%	92,7%
Deutsche Post AG	49,8%	55,9%	42,4%	41,5%	23,5%	42,6%
Deutsche Telekom AG	115,8%	128,7%	127,0%	133,6%	94,0%	119,8%
E.ON SE	62,6%	64,2%	83,6%	92,6%	78,4%	76,3%
Freienius Medical Care AG & Co. KGaA	24,3%	23,9%	26,6%	29,0%	26,9%	26,2%
Freienius SE & Co. KGaA	117,7%	88,3%	83,9%	69,5%	62,3%	84,3%
HeidelbergCement AG	103,0%	103,1%	140,5%	94,5%	81,2%	104,4%
Henkel AG & Co KGaA	26,7%	15,1%	14,2%	5,0%	-0,1%	12,2%
Infineon Technologies AG	-13,4%	-21,5%	-36,5%	-30,9%	-21,8%	-24,8%
K+S AG	14,1%	2,1%	1,6%	9,9%	11,7%	7,9%
LANXESS AG	64,2%	31,7%	67,5%	44,1%	67,6%	55,0%
Linde AG	51,2%	33,1%	34,0%	39,6%	33,0%	38,2%
Merck KGaA	11,5%	46,5%	32,3%	15,5%	4,5%	22,0%
Münchener Rückversicherungs Gesellschaft AG	15,5%	24,3%	23,0%	11,8%	5,8%	16,1%
RWE AG	47,4%	63,5%	122,1%	113,9%	113,0%	92,0%
SAP AG	-2,9%	2,0%	-2,7%	3,5%	2,1%	0,4%
Siemens AG	26,1%	19,5%	18,6%	27,2%	25,0%	23,3%
ThyssenKrupp AG	84,6%	107,7%	121,0%	151,0%	138,8%	120,6%
Volkswagen AG	173,5%	97,3%	130,9%	121,4%	97,3%	124,1%

Anmerkung:

GJ = Geschäftsjahr

(1) Definiert als Nettofinanzposition (inkl. Pensionsrückstellungen) in Relation zur Marktkapitalisierung zum Bilanzstichtag, ohne Ausweis Deutsche Bank AG und Commerzbank AG

Quelle: S&P Capital IQ, Geschäftsberichte der Unternehmen

© 2014 KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International Cooperative ("KPMG International"), einer juristischen Person schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten.

24



© 2014 KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International Cooperative ("KPMG International"), einer juristischen Person schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten.

Der Name KPMG, das Logo und „cutting through complexity“ sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.