



November 2012

IN DIESER AUSGABE

Intro	S. 1
OLG Düsseldorf: Satzungsregelung vereinfacht Formalitäten bei Abberufung und Kündigung eines Vorstandsmitglieds	S. 1
OLG Frankfurt zur Schwellenwertberechnung beim übernahmerechtlichen Squeeze-out	S. 2
LG München I zur Unwirksamkeit eines BCA wegen Verstoßes gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung	S. 4
Geschäftsführerhaftung in der Krise – Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung	S. 5
Wachsende Bedeutung des Exportkontrollrechts im Rahmen von M&A-Transaktionen	S. 6
Integrity Due Diligence – Ein wirksames Instrument zur Vermeidung von Reputationsrisiken	S. 7
Update Aktienrechtsnovelle 2012: Stillstand des Gesetzgebungsverfahrens aufgrund ungelöster Fragen des Umwandlungsrechts	S. 9
Fondsbranche im Umbruch – Die Umsetzung der AIFM-Richtlinie	S. 10
FG Köln: Kein steuerpflichtiger Gewinn als Folge von im Rahmen einer Liquidation verbleibenden Verbindlichkeiten	S. 11
Ihre Ansprechpartner	S. 13

Sehr geehrte Damen und Herren,

auch mit der Herbstausgabe unseres Newsletters möchten wir Sie wieder über aktuelle Entwicklungen und praxisrelevante Entscheidungen im Bereich M&A und Gesellschaftsrecht informieren. Den thematischen Schwerpunkt dieser Ausgabe bildet das weite Feld der Pflichtverletzungen von Organmitgliedern und die damit verbundenen Rechtsfolgen.

Hervorheben möchte ich zunächst die Entscheidung des OLG Düsseldorf zu den Formalitäten bei Abberufung und Kündigung eines Vorstandsmitglieds. Des Weiteren werden in dieser Ausgabe aktuelle Aspekte der Geschäftsführerschaft in der Krise der GmbH näher beleuchtet. Brisanz verspricht daneben der Beitrag zur wachsenden Bedeutung des Exportkontrollrechts (Stichwort: Iran-Sanktionen) im Rahmen von M&A-Transaktionen. Hinweisen möchte ich Sie schließlich auf die sog. Integrity Due Diligence, die ein wirksames Instrument zur Vermeidung von Reputationsrisiken im Transaktionskontext darstellt.

In der Hoffnung, dass auch die aktuelle Ausgabe unseres Newsletters Ihr Interesse findet,

verbleibe ich mit den besten Grüßen

Ihr Dr. Markus Rieder



OLG Düsseldorf: Satzungsregelung vereinfacht Formalitäten bei Abberufung und Kündigung eines Vorstandsmitglieds

Das OLG Düsseldorf hat mit Urteil vom 24. Februar 2012 (Az.: I-16 U 177/10) entschieden, dass eine AG bei der Abberufung und Kündigung eines Vorstandsmitglieds vom Aufsichtsratsvorsitzenden vertreten werden kann. Ist dieser satzungsgemäß zur Abgabe von Erklärungen im Namen des Aufsichtsrats bevollmächtigt, erübrigt sich die Beifügung einer Vollmacht i.S.d. § 174 Satz 1 BGB im Kündigungsschreiben.

Sachverhalt

Der Kläger war seit Juni 2007 als Vorstandsmitglied bei der beklagten AG beschäftigt. Am 6. Oktober 2009 beschloss der Aufsichtsrat der Beklagten aufgrund fortgesetzter Meinungsverschiedenheiten und beleidigenden Äußerungen gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden die sofortige Abberufung des Klägers und die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages. Der Aufsichtsratsvorsitzende teilte dem Kläger die Abberufung und Kündigung durch zwei separate Schreiben mit. Der Kläger hielt die Kündigung mangels Beifügung einer Vollmachtsurkunde i.S.d. § 174 Satz 1 BGB für unwirksam. Er beantragte beim LG Wuppertal, festzustellen, dass das Anstellungsverhältnis durch die Kündigung nicht wirksam aufgelöst worden sei und der Widerruf der Bestellung zum Vorstand unwirksam gewesen sei. Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und begründete dies u.a. damit, sie habe im Laufe des Verfah-

rens davon Kenntnis erhalten, dass der Kläger zwei Mitarbeiter dazu veranlasst hatte, ein Edelstahltor für sein Privathaus in ihrer Arbeitszeit anzufertigen. Das LG wies die Klage hinsichtlich der Feststellungsanträge ab.

Grundaussagen des OLG

Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. Nach der Überzeugung des OLG Düsseldorf ist das Anstellungsverhältnis durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 6. Oktober 2009 mit sofortiger Wirkung beendet worden. In formeller Hinsicht sei die Beifügung einer Vollmachtsurkunde i.S.d. § 174 Satz 1 BGB hierfür nicht erforderlich gewesen, da der Aufsichtsratsvorsitzende satzungsgemäß zur Abgabe der Kündigungserklärung im Namen des Aufsichtsrats ausdrücklich bevollmächtigt war. Insoweit stellte das OLG klar, dass rechtsdogmatisch zwei Möglichkeiten bestünden, sich eines Mittlers zu bedienen, der dem Vorstandsmitglied den Beschluss des Aufsichtsrats über Kündigung und/oder Abberufung zur Kenntnis bringt. Zum einen könne die Gesellschaft den entsprechenden Beschluss fassen und ein Mitglied – so wie hier den Aufsichtsratsvorsitzenden – zum Ausspruch der Kündigung oder Abberufung bevollmächtigen. Alternativ könne der Aufsichtsrat auch selbst die Kündigung oder Abberufung erklären und durch einen Boten übermitteln lassen. Für diesen Fall werde allerdings vereinzelt vertreten, dass der Beschluss, sofern die Vertragsparteien Schrift-

form für die Kündigung vorsehen, schriftlich abgefasst und von allen Parteien unterzeichnet sein müsse, oder aber zumindest ein Protokoll übermittelt werden müsse. Hingegen sei bei Einschaltung eines bevollmächtigten Vertreters nach einhelliger Ansicht keine schriftliche Beschlussfassung erforderlich. Im Übrigen hänge die Wirksamkeit der Kündigungserklärung aufgrund des sog. Trennungsprinzips (vgl. § 84 Abs. 3 Satz 5 AktG) nicht von einer gleichzeitigen oder früheren Mitteilung der Abberufung ab.

In materieller Hinsicht ließ der Senat keinen Zweifel, dass die Anweisung des Klägers an Mitarbeiter der Beklagten, ihm ein Edelstahltor für sein Privathaus anzufertigen, einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB zur fristlosen Kündigung darstellte. Mit seinem Verhalten habe der Kläger die mit seiner Führungsposition einhergehenden Treuepflichten in grobem Maße verletzt. Infolgedessen sei die Beklagte nach § 84 Abs. 3 AktG auch zum Widerruf der Bestellung berechtigt gewesen. Dass der Kündigungsgrund "Edelstahltor" im Prozess nachgeschoben wurde, sei nicht zu beanstanden. Insbesondere hätte es insoweit keines gesonderten Aufsichtsratsbeschlusses bedurft. Entgegen teilweise vertretener Ansicht sei das Nachschieben von Widerrufsgründen ebenfalls ohne entsprechenden Beschluss möglich.



Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung des OLG ist insoweit äußerst praxisrelevant, als darin Wege aufgezeigt werden, wie sich Fallstricke bei Abberufung und Kündigung von Vorstandsmitgliedern vermeiden lassen. Empfehlenswert ist danach vor allem die Aufnahme einer Satzungsregelung, wonach der Aufsichtsratsvorsitzende zur Abgabe der Abberufungs- und Kündigungserklärung ausdrücklich bevollmächtigt ist. Hierdurch wird die Gefahr gebannt, dass die Kündigungserklärung vom Empfänger mit Hinweis auf die fehlende Vollmachtsurkunde nach § 174 Satz 1 BGB zurückgewiesen wird. Zugleich hat die Abgabe der Kündigungserklärung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden als Vertreter den positiven Begleiteffekt, dass die Vorlage eines schriftlichen, von allen Aufsichtsratsmitgliedern unterzeichneten Beschlusses dann – anders als dies teilweise für die Übermittlung durch einen Boten vertreten wird – nicht erforderlich ist.

OLG Frankfurt zur Schwellenwertberechnung beim übernahmerechtlichen Squeeze-out

Das OLG Frankfurt hat in seiner Entscheidung vom 21. Mai 2012 (Az.: WpÜG 10/11) grundlegende Fragen des übernahmerechtlichen Squeeze-out nach §§ 39a, 39b WpÜG erörtert. Neben der Bestimmung des Mindestbeschwerdewerts lag der Fokus dabei vor allem auf den Modalitäten der Schwellenwertberechnung.

Sachverhalt

Die Antragstellerin, ein Gemeinschaftsunternehmen, hatte im Vorfeld des übernahmerechtlichen Squeeze-out den Aktionären einer AG ein freiwilliges öffentliches Übernahmeangebot unterbreitet, das für 92,65% aller Aktien angenommen wurde. Dabei stammte ein Teil der Aktien von Vorstandsmitgliedern der AG. Während der Annahmefrist erwarb die Antragstellerin über die Börse weitere 1,52%. Nachdem die Antragstellerin den Erwerb über die Börse auch nach Ablauf der weiteren Annahmefrist fortgesetzt hatte, hielt sie bei Stellung des Squeeze-out-Antrags ca. 96,75%. Antragsgemäß übertrug ihr das LG Frankfurt die übrigen Aktien durch Beschluss. Dagegen legten einige

Aktionäre Beschwerde ein mit der Begründung, die Schwellenwerte des § 39a WpÜG seien nicht erreicht worden. So hätte die Antragstellerin nach Ablauf der weiteren Annahmefrist nicht die erforderlichen 95%, sondern nur 94,17% der Anteile gehalten. Nacherwerbe seien nicht hinzuzurechnen. Zudem dürften bei der 90%-Schwelle des § 39a Abs. 3 Satz 3 WpÜG über die Börse getätigte Parallelerwerbe ebenso wenig angerechnet werden wie die von den Vorstandsmitgliedern der AG angedienten Aktien.

Kernaussagen des OLG

Das OLG hat seine Entscheidung insbesondere auf folgenden Aussagen gestützt:

Mindestbeschwerdewert richtet sich nach § 61 FamFG

Das OLG Frankfurt hat die Beschwerden zum überwiegenden Teil als unzulässig verworfen, da die Beteiligten den Mindestbeschwerdewert nicht nachgewiesen hatten. § 39b Abs. 1 WpÜG sieht für das Ausschlussverfahren die Anwendung des FamFG vor, soweit sich aus Abs. 2 bis 5

nichts anderes ergibt. Mangels Sonderregelungen hielt der Senat § 61 FamFG, wonach eine Beschwerde nur zulässig ist, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes EUR 600 übersteigt, für uneingeschränkt anwendbar. Der Beschwerdewert richte sich allein nach den vermögenswerten Interessen des Beschwerdeführers. Die Bindungswirkung der Entscheidung für andere Beteiligte habe daher keine Erhöhung des Beschwerdewerts zur Folge.

Drei-Monatsfrist des § 39a Abs. 4 WpÜG für Erreichen der 95%-Schwelle maßgeblich

Die übrigen Beschwerden wies das OLG als unbegründet zurück. Zum einen habe die Antragstellerin die 95%-Schwelle des § 39a Abs. 1 Satz 1 WpÜG überschritten. Entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht komme es insoweit nicht darauf an, dass die 95%-Schwelle innerhalb der Annahmefrist, zumindest aber in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Angebot erreicht werden müsse. Entscheidend sei vielmehr das Erreichen der 95%-Schwelle innerhalb der für den Squeeze-out-Antrag nach § 39a Abs. 4 Satz 1 WpÜG geltenden Frist, also innerhalb von drei Monaten nach Ablauf der Annahmefrist. Der Senat sah keinen Anlass, vor die Fristenregelung für den Squeeze-out-Antrag eine weitere Frist zu setzen.

Parallelerwerbe bei Berechnung der 90%-Schwelle zu berücksichtigen

Darüber hinaus habe die Antragstellerin innerhalb der weiteren Annahmefrist auch die 90%-Schwelle des § 39a Abs. 3 Satz 3 WpÜG, bei der die Vermutung für die Angemessenheit der Abfindung greift, erreicht. Bei der Berechnung der 90%-Schwelle seien auch die Parallelerwerbe über die Börse zu berücksichtigen. Für eine kausale Verknüpfung dieser Parallelerwerbe mit dem Angebot spreche, dass die Antragstellerin die Aktien ohne das Angebot nicht erworben hätte. Anrechenbar seien zudem die von den Vorstandsmitgliedern der AG angekauften Aktien. Anhaltspunkte dafür, dass den Vorstandsmitgliedern hierdurch ein mit Blick auf § 33d oder § 31 WpÜG relevanter geldwerter Vorteil zugewachsen ist, fand das OLG nicht.

Bewertung unter Berücksichtigung der aktuellen BVerfG-Rechtsprechung

Die Entscheidung des OLG unterstreicht die Praktikabilität des übernahmerechtlichen Squeeze-out-Verfahrens, sofern – wie hier – die Angemessenheitsvermutung greift. Der wesentliche Vorteil gegenüber dem aktienrechtlichen Verfahren nach §§ 327a ff. AktG besteht darin, dass beim übernahmerechtlichen Squeeze-out langjährige Prozesse infolge der Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen vermieden werden können. Die Entscheidung vermag



aber auch inhaltlich zu überzeugen. Insbesondere wird man sich der Auffassung des OLG anschließen können, wonach die Überschreitung der 95%-Schwelle erst nach Ablauf der Annahmefrist unerheblich sei. Der Wortlaut des § 39a Abs. 1 Satz 1 WpÜG lässt jedenfalls keinen Raum für weitere zeitliche Einschränkungen. Ob die Argumentation des OLG Bestand haben wird, bleibt jedoch abzuwarten: Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen.

Ergänzend ist mit Blick auf die Verfassungsmäßigkeit des übernahmerechtlichen Squeeze-out hinzuweisen auf die aktuelle Entscheidung des BVerfG vom 16. Mai 2012 (Az.: 1 BvR 96/09, 1 BvR 117/09, 1 BvR 118/09 und 1 BvR 128/09). Danach ist nun geklärt, dass die nach den Vorgaben der §§ 39a, 39b WpÜG i.V.m. § 31 WpÜG, §§ 3 – 6 WpÜG-AngebotsVO ermittelte und überprüfbare Abfindung den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Insbesondere sei durch das für die Angemessenheitsvermutung geltende Akzeptanzquorum in Höhe von 90% hinreichend sichergestellt, dass der ermittelte Angebotspreis dem Verkehrswert der Aktien entspreche. Zudem sei es mit Blick auf die aus Art. 14 Abs. 1 GG abgeleitete Forderung nach effektivem Rechtsschutz lediglich geboten, überhaupt eine Überprüfbarkeit für die Angemessenheit der Abfindung zu schaffen. Die Entscheidung, welches Verfahren hierfür vorgesehen wird, stehe dem Gesetzgeber frei. Er sei nicht gehalten gewesen, zur Überprüfung der Voraussetzungen des "Markttests" ein Spruchverfahren vorzusehen.

Nach wie vor ungeklärt ist jedoch, ob die Angemessenheitsvermutung des § 39a Abs. 3 Satz 3 WpÜG widerleglich ist oder nicht. Diese in Rechtsprechung und Schrifttum äußerst umstrittene Frage konnte mangels Entscheidungserheblichkeit vom BVerfG – ebenso wie übrigens auch vom OLG Frankfurt – offen gelassen werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre eine Klarstellung hier wünschenswert gewesen.

LG München I zur Unwirksamkeit eines BCA wegen Verstoßes gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung

Das LG München I hat mit Urteil vom 5. April 2012 (Az.: 5 HK O 20488/11) entschieden, dass ein Zustimmungsbeschluss zu einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag ("BGAV") anfechtbar ist, wenn ein mit diesem BGAV eng verknüpftes Business Combination Agreement ("BCA") Verstöße gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung enthält.

Sachverhalt

Zur Vorbereitung der Übernahme einer börsennotierten AG ("Zielgesellschaft") schloss diese mit dem Bieter und dessen Muttergesellschaft ein BCA. Um die Transaktion zu fördern und zu unterstützen, verpflichtete sich der Vorstand der Zielgesellschaft im BCA dazu, ohne Zustimmung des Bieters weder genehmigtes Kapital auszunutzen noch eigene Aktien zu veräußern oder neue eigene Aktien zu erwerben. Daneben sah das BCA den späteren Abschluss eines BGAV vor. Des Weiteren wurde im BCA vereinbart, dass die gegenwärtige Zusammensetzung des Vorstands beibehalten werden sollte. Das BCA sollte mit Inkrafttreten des BGAV enden.

Vereinbarungsgemäß wurde im Anschluss an das erfolgreiche Übernahmeangebot der BGAV geschlossen und die Hauptversammlung der Zielgesellschaft erteilte hierzu mit qualifizierter Mehrheit ihre Zustimmung. Eine börsennotierte Beteiligungsgesellschaft, die rd. 12% an der Zielgesellschaft hielt, erhob Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen den Zustimmungsbeschluss zum BGAV sowie gegen die Beschlüsse über die Entlastung der Organmitglieder.

Grundaussagen des Gerichts

Das LG München I hat in seiner Entscheidung folgende Grundaussagen getroffen:

BCA verstößt gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung

Das LG München I hat den Zustimmungsbeschluss zum BGAV auf die Anfechtungsklage hin wegen Gesetzesverletzung i.S.d. § 243 Abs. 1 AktG für nichtig erklärt. Der vorgelegte BGAV sei in seinem Inhalt wegen der Abhängigkeit vom BCA nicht mit aktienrechtlichen Vorgaben vereinbar. Die im BCA vom Vorstand der Zielgesellschaft übernommene Verpflichtung, ohne Zustimmung des Bieters weder genehmigtes Kapital auszunutzen noch eigene Aktien zu veräußern oder neue eigene Aktien zu erwerben, verstoße gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung und den Grundsatz der eigenverantwortlichen Leitung



einer AG durch den Vorstand. Die entsprechende Regelung im BCA sei mit der Aufgabenverteilung zwischen Vorstand und Aktionär unvereinbar. Mittels einer vertraglichen Vereinbarung könne keine Zustimmungspflicht eines Aktionärs – hier also des Bieters – begründet werden. In der Regelung liege eine unzulässige Selbstbindung des Vorstands.

Nichtigkeit des BCA erfasst auch den BGAV (rechtliche Einheit i.S.d. § 139 BGB)

Der Verstoß gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung führte nach Ansicht des LG München I nicht nur gem. § 134 BGB zur Nichtigkeit des BCA, sondern zugleich auch zur Nichtigkeit des BGAV, da beide Verträge eine rechtliche Einheit i.S.d. § 139 BGB bildeten. Aus den Gesamtumständen und dem Inhalt der beiden Verträge in ihrem Verhältnis zueinander sei zu folgern, dass die äußerlich getrennten Verträge miteinander stehen und fallen sollten. Der Abschluss des BCA diene dazu, bereits im Vorfeld der Hauptversammlung die für die Zustimmung zum BGAV erforderliche Mehrheit von mindestens 75% des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals (vgl. § 293 Abs. 1 AktG) abzusichern. Für die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts i.S.d. § 139 BGB spreche auch, dass die gegenwärtige Zusammensetzung des Vorstands nach Abschluss des BGAV für die Laufzeit der Anstellungsverträge unverändert bleiben sollte. Schließlich zeige die Beendigung des BCA mit Inkrafttreten des BGAV die Abhängigkeit der beiden Verträge voneinander.

Keine Anfechtbarkeit der Entlastungsbeschlüsse

Die Anfechtung der Entlastungsbeschlüsse wies das LG München I – ungeachtet der Gesetzeswidrigkeit des BCA – ab. Insoweit könnte den Organmitgliedern nicht der Vorwurf gemacht werden, sich über eine zweifelsfreie Rechtslage hinweggesetzt zu haben. Denn über die Zulässigkeit der hier im Streit stehenden Vereinbarungen des BCA sei bislang weder höchstrichterlich entschieden worden, noch ließe sich in der Literatur hierzu eine einheitliche Linie feststellen. >>

Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung des LG München I vermag im Hinblick auf die Annahme einer rechtlichen Einheit zwischen dem BCA und dem BGAV i.S.d. § 139 BGB nicht ohne Weiteres zu überzeugen. Zwar verweist das Gericht zutreffend auf die höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach auch zwei äußerlich getrennte Vereinbarungen dann eine rechtliche Einheit bilden können, wenn sie miteinander stehen und fallen sollen. Wenn man aber bedenkt, dass im BCA nur vereinzelte eindeutige Bezugnahmen auf den nachfolgenden BGAV zu finden sind, ist der hieraus vom LG gezogene Schluss, wonach sich aus dem Inhalt der beiden Vereinbarungen ergebe, dass diese miteinander stehen und fallen sollen, keineswegs zwingend. Dies gilt umso mehr, als ein Bieter auch dann ein gesteigertes Interesse an einer Konzernierung der Zielgesellschaft im Wege eines BGAV haben dürfte, wenn im Vorfeld kein BCA geschlossen

wird. Allerdings ist die Entscheidung des LG München I noch nicht rechtskräftig; die Berufung gegen das Urteil ist beim OLG München (Az.: 7 U 1805/12) anhängig.

Unabhängig davon wird sich die Praxis aufgrund der Entscheidung des LG München I wohl darauf einstellen müssen, dass der Inhalt von BCAs, die einem öffentlichen Übernahmeangebot oder dem Abschluss eines Unternehmensvertrags vorausgehen und mit diesen verknüpft sind, zukünftig verstärkt zum Gegenstand von Anfechtungsklagen gemacht werden wird. Sofern geplant ist, den Erfolg einer Unternehmenstransaktion mit Hilfe eines BCA abzusichern, sollte daher bei der Gestaltung der Vereinbarungen in jedem Fall besonderes Augenmerk auf die Wahrung der aktienrechtlichen Kompetenzordnung gelegt werden. So lässt sich das Anfechtungsrisiko minimieren.



Geschäftsführerhaftung in der Krise – Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung

Im Krisenfall ist der Geschäftsführer eines Unternehmens besonders gefordert. Insbesondere sieht er sich gesteigerten Pflichten ausgesetzt, deren Verletzung stark haftungsträchtig und teilweise sogar strafbewehrt ist. Dazu gehört insbesondere, dass er prüfen muss, ob sein Unternehmen bereits insolvenzreif ist und er noch Zahlungen an Gläubiger leisten darf.

Die Rechtsprechung zu den Pflichten des Geschäftsführers in der Krise wird immer ausdifferenzierter. Es wird für Geschäftsführer daher immer wichtiger, sich einen genauen Überblick über die von der Rechtsprechung gestellten hohen Anforderungen zu verschaffen.

Beispielfälle aus der jüngeren BGH-Rechtsprechung

In seiner im März diesen Jahres gefällten Entscheidung (Az. II ZR 171/10) hat der BGH ein klares Pflichtenheft für Geschäftsführer formuliert, das für die Praxis große Bedeutung hat. Demnach muss ein Geschäftsführer, der nicht über eigene hinreichende Sachkunde zur Prüfung der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft verfügt, bei Anzeichen einer Krise unverzüglich fachlich qualifizierten Rat einholen. Er darf sich allerdings nur dann auf eine externe Prüfung verlassen, wenn er den Berater sorgfältig ausgewählt und die Durchführung des Prüfungsauftrages überwacht hat. Außerdem muss er auch auf die kurzfristige Vorlage des Prüfungsergebnisses hinwirken. Die Entschei-

dung steht im Einklang mit der jüngeren höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung, nach der externer Rat zwar grundsätzlich geeignet sein kann, ein Organmitglied zu exkulpiert, aber nur dann, wenn der externe Rat von fachkundiger Seite und unter umfassender und rechtzeitiger Darlegung des Sachverhalts eingeholt sowie anschließend einer Plausibilitätskontrolle unterzogen wird. (Siehe dazu schon unseren Newsletter 04 vom März 2012, S. 3 http://www.shearman.com/de/newsletter_m_und_a_und_gesellschaftsrecht_maerz_2012/)

In einer weiteren Entscheidung (Az. II ZR 243/11) hat der BGH in Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung klargestellt, dass ein Geschäftsführer jederzeit in der Lage sein muss, sich eine Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft zu verschaffen. Gelingt ihm dies nicht aus eigener Anschauung, muss er für eine Organisation sorgen, die ihm den zur Wahrnehmung seiner Pflichten erforderlichen Einblick jederzeit ermöglicht. Im Prozess obliegt es dem Geschäftsführer darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass ihm die Insolvenzureife der Gesellschaft nicht erkennbar war.

Fazit

Die Entscheidungen machen deutlich, dass Unkenntnis über die Sach- und Rechtslage den Geschäftsführer nicht vor einer persönlichen Haftung schützt. Geschäftsführer sind daher in Krisensituationen verstärkt angehalten, sich über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft zu informieren und ggf. nach Maßgabe der vorstehenden Entscheidungen fachlich qualifizierten Rat einzuholen.

Wachsende Bedeutung des Exportkontrollrechts im Rahmen von M&A-Transaktionen

In M&A-Transaktionen nehmen Sanktionsthemen zunehmend einen immer größeren Raum ein. Fragen zum Exportkontrollmanagement im Unternehmen, zu Kundenlisten oder zur Produktklassifizierung gehören nunmehr zum Standardrepertoire. Bei der Umstrukturierung von Gesellschaften können Genehmigungspflichten aus Embargo-Verordnungen ausschlaggebendes Moment für die Wahl der einen oder anderen Alternative sein. Erheblichen Beratungsbedarf kann weiter die Neuregelung von Vertragsbeziehungen erfordern, wenn Handelspartner in sanktionierten Staaten im Spiel sind. Im Folgenden wird am Beispiel der in der Beratungspraxis am häufigsten virulent werdenden EU-Iran-Sanktionen ein holzschnittartiger Überblick über Regelungskonzept und Funktionsweise der EU-Sanktionstatbestände gegeben. Gerade die stetig verschärften Sanktionen gegen den Iran lösen in der Praxis einen erheblichen Beratungsbedarf aus.



Ausgangspunkt: Verordnung (EU) Nr. 267/2012

Zentrale Grundlage der aktuellen EU-Sanktionsregelung bildet (noch) die Verordnung (EU) Nr. 267/2012 des Rates vom 23. März 2012, die ihrerseits auf entsprechende Entschlüsse im Ratsbeschluss 2012/35/GASP vom 23. Januar 2012 gestützt ist. Die Sanktionsbestimmungen der Verordnung finden unmittelbar auf natürliche und juristische Personen Anwendung, ohne dass sie einer Umsetzung in nationales Recht bedürften. Dies gilt allerdings nicht für die Ahndung bzw. Bestrafung von Sanktionsverstößen, die die Verordnung der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten vorbehält. Nach dem deutschen Außenwirtschaftsgesetz erfordert insbesondere die Strafbewehrung eine Veröffentlichung der EU-Bestimmungen im Bundesanzeiger. Dies ist für die zentralen Sanktionsnormen der Verordnung Nr. 267/2012 erfolgt.

Inhaltlich enthält die Verordnung im Wesentlichen güter-, dienstleistungs- und empfängerbezogene Verbote sowie Genehmigungspflichten im Waren-, Kapital- und Zahlungsverkehr. So bestehen etwa Ausfuhrverbote für Dual-Use-Güter, für Güter, die für die Entwicklung von Atomwaffen von Bedeutung sein könnten sowie für Schlüsselausrüstung für die iranische Erdöl- und Erdgas- sowie petrochemische Industrie. Auch mit diesen Gütern im Zusammenhang stehende Dienstleistungen sind untersagt. Erkennbar zielen diese Bestimmungen darauf, die Ausstattung des Iran mit Rüstungsgütern und nuklearrelevanten Ressourcen zu verhindern sowie zentrale iranische Industriezweige zu schwächen, aus dem das Regime wirtschaftliche Mittel für solche Vorhaben schöpfen könnte. Einfuhrverbote bestehen entsprechend in Bezug auf Erdöl-, Erdölprodukte, petrochemische Produkte sowie für Gold, Edelmetalle und Diamanten. Neben Finanzierungsbeschränkungen für bestimmte iranische Unternehmen, verbietet die Verordnung bestimmten, in den Anhängen zur Verordnung gelisteten natürlichen und juristischen Personen wirtschaftliche Ressourcen zu Verfügung zu stellen.

Beschluss 2012/635/GASP: Grundlage für die Verschärfung der Iran-Sanktionen

Im Beschluss 2012/635/GASP vom 15. Oktober 2012 bringt der Rat seine Intention zum Ausdruck die bestehenden Iran-Sanktionen zu erweitern. Die güterbezogenen Beschränkungen sollen unter anderem auf bestimmte Grafite, Rohmetalle oder Metallhalberzeugnisse, Software für industrielle Prozesse sowie auf wesentliche Schiffs-ausrüstung und -technologie für den Bau, die Instandhaltung oder die Umrüstung von Schiffen sowie auf Schiffe zur Beförderung von Öl ausgedehnt werden. Die Importverbote werden fortan auch iranisches Erdgas erfassen. Weiter ist bezweckt, Finanztransaktionen unter Beteiligung iranischer Banken und Finanzinstitute noch stärker als bisher zu kontrollieren. Dazu wird das Genehmigungserfordernis für Geldtransfers auf den Wert von über EUR 10.000 abgesenkt und der Anwendungsbereich der bestehenden Ausnahmevorschriften reduziert.

Umsetzung des Beschlusses 2012/635/GASP durch Durchführungsverordnungen

Zudem sollen weitere juristische und natürliche Personen gelistet werden, insbesondere solche die in der Öl- und Gasindustrie aktiv sind. Entsprechend wurde – ebenfalls am 15. Oktober 2012 – die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 945/2012 erlassen, die die bisherige in Anhang IX der VO Nr. 267/2012 enthaltene Liste um mehr als 30

"Ein stetiges Follow-up im Sanktionsrecht ist unerlässlich, um Risiken in Transaktionen identifizieren und minimieren zu können."

Joachim Grittmann



weitere Personen ergänzt. Dabei handelt es sich vor allem um die National Iranian Oil Company sowie die National Iranian Gas Company einschließlich ihrer Tochtergesellschaften. Diese Entitäten waren bereits kurz zuvor in die US Specially Designated Nationals (SDN)-List aufgenommen worden. Dies zeigt die bestehenden Interdependen-

Integrity Due Diligence – Ein wirksames Instrument zur Vermeidung von Reputationsrisiken

Die Reputation eines Unternehmens am Markt und in der Gesellschaft ist ein wirtschaftlicher Erfolgsfaktor, der gerade in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen hat. Hierzu haben nicht zuletzt die öffentliche Diskussion um ethisch "richtiges" Verhalten im Wirtschaftsleben sowie die zahlreichen Fälle von Wirtschaftskriminalität der jüngeren und jüngsten Vergangenheit beigetragen.

Reputationsverlust birgt signifikante wirtschaftliche Nachteile

In vielen dieser Fälle resultierte der durch das Bekanntwerden der Verstöße entstandene Reputationsverlust in kurz- und mittelfristig signifikanten wirtschaftlichen Nachteilen für die betroffenen Unternehmen. Neben Strafzahlungen und öffentlich- oder zivilrechtlichen Folgen treten in diesen Fällen auch Reaktionen von Geschäftspartnern, deren eigene ethische Grundsätze die Beendigung der Geschäftsbeziehung mit dem betroffenen Unternehmen erfordern, ohne dass dies rechtlich geboten gewesen wäre.

zen zwischen dem US- und EU-Sanktionsregime auf, die einerseits durch Anlehnung, andererseits durch eine bewusste Abkehr von den oftmals sehr weitgehenden, zum Teil extraterritoriale Wirkung entfaltenden US-Sanktionen geprägt sind.

In Bezug auf die nichtempfängerbezogenen Sanktionsbestände steht die Umsetzung in unmittelbar geltendes EU-Recht noch aus, wobei sowohl der Erlass einer neuen, die VO Nr. 267/2012 ersetzenden VO als auch von Änderungsverordnungen denkbar sind.

Fazit

Die vorstehend dargestellten exportkontrollrechtlichen Bestimmungen sollten auch und gerade im Rahmen von M&A-Transaktionen strikt beachtet werden. Dies gilt in besonderem Maße für die verschärften Iran-Sanktionen. Denn im Falle von Verstößen gegen das entsprechende Sanktionsregime besteht nicht nur ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko für Organmitglieder, sondern drohen auch Unternehmensgeldbußen in empfindlicher Höhe.



Integrity Due Diligence zur Überprüfung der Integrität eines Zielunternehmens

Auch im Transaktionskontext gewinnen Überlegungen zur Unternehmensreputation verstärkt an Bedeutung. "Eingekaufte" Reputationsrisiken können nicht nur das Investment an sich beeinträchtigen, sondern sich zu signifikanten Problemen für sämtliche Unternehmensbereiche

des Käufers ausweiten. Um dem entgegenzuwirken, werden die klassischen Bereiche einer Transaktions-Due Diligence zunehmend durch eine sog. Integrity Due Diligence ergänzt, deren Ziel die Überprüfung der Integrität des Zielunternehmens und seiner Stakeholder sowie die Aufdeckung entsprechender Risiken ist. Als Stakeholder sind regelmäßig die Gesellschafter der Zielgesellschaft, ihre Organe, Führungskräfte und wesentliche Geschäftspartner anzusehen.

Abgrenzung zur Compliance Due Diligence

Anders als die in Transaktionsprozessen bereits fest verankerte Compliance Due Diligence, die auf die Aufdeckung von Risiken aus Rechtsverstößen etwa in den Bereichen Anti-Korruptionsvorschriften, Betrug/Fraud oder Exportkontrolle ausgelegt ist, nimmt die Integrity Due Diligence (auch) diejenigen Risiken in den Blick, die sich außerhalb des Bereichs der Rechtsverstöße für ein Unternehmen ergeben. Gleichwohl bestehen, wie die nachfolgend dargestellten Inhalte einer Integrity Due Diligence zeigen, Schnittstellen zur Compliance Due Diligence etwa im Bereich der Zusammenarbeit mit staatlich gehaltenen oder staatsnahen Geschäftspartnern, die eine enge Verzahnung der beiden Prüfungen sowie einen regelmäßigen Austausch zwischen den Teams erfordern, um eine effiziente Durchführung der Due Diligence zu ermöglichen.

Inhalte einer Integrity Due Diligence

Die Inhalte einer Integrity Due Diligence orientieren sich am Risikoprofil der Zielgesellschaft und beziehen sich im Regelfall auf die folgenden Bereiche:

Hintergrundinformationen zu wesentlichen Stakeholdern, insbesondere im Hinblick auf (i) deren beruflichen Hintergrund bzw. deren Unternehmenshistorie, (ii) relevante (Branchen)Expertise und (iii) Verwicklung insbesondere in strafrechtliche Verfahren. Bei unternehmensexternen Stakeholdern kommen weitere Aspekte wie (iv) Eigentümerstruktur und (v) persönliche oder finanzielle Verbindungen zum Zielunternehmen oder staatlichen Stellen hinzu.

Qualitative Analyse der Strukturen/Prozesse des Zielunternehmens, insbesondere im Hinblick auf (i) interne Kontrollmechanismen, (ii) ein ggf. existierendes Compliance Programm und dessen Implementierungsgrad, sowie (iii) ausgewählter Risikobereiche, etwa Bargeldtransaktionen, Spesen- und Reiseabrechnungen.

Quantitative Analyse der Geschäftsbeziehungen des Zielunternehmens auf Basis der Hintergrundrecherchen sowie weiterer wirtschaftlicher Daten zum Zielunternehmen sowie seinen Geschäftspartnern. Regelmäßige Analysebereiche sind (i) Geschäftsbeziehungen zu Vertriebsmittlern (geographische Aufstellung, erbrachte Dienstleistungen, Vergütung), (ii) Kunden- bzw. Lieferantenstruktur (Herkunftsland, Privatunternehmen vs. (teil)staatliche Unternehmen, Umsätze), sowie (iii) Auftragsstruktur (Lieferland, private vs. staatliche Kunden, Umsätze pro Land).

Ablauf einer Integrity Due Diligence

Der typische Ablauf einer Integrity Due Diligence lässt sich in drei Phasen einteilen:

Phase I: Vorbereitung der eigentlichen Due Diligence durch eine Analyse des wirtschaftlichen Umfelds des Unternehmens auf Basis öffentlich verfügbarer Informationen. Wesentlich in diesem Stadium ist die Einbindung in die Planung der gesamten Due Diligence, um eine effiziente und umfassende Vorbereitung zu gewährleisten.

Phase II: Erweiterung der Phase I Analyse durch Hintergrundrecherchen. Ziel ist ein besseres Verständnis über das Zielunternehmen und seine Stakeholder sowie Weiterentwicklung und Vertiefung der Risikoanalyse.

Phase III: Detailanalysen insbesondere unter Nutzung von unternehmensinternen Daten, Rückfragen im Rahmen eines Q&A Prozesses sowie Gespräche im Rahmen von Management-Calls/Treffen zur Vertiefung und Validierung der gewonnenen Erkenntnisse.

Während aller drei Phasen ist die Rückkopplung zu den anderen Bereichen der Due Diligence essentiell, um die jeweils gewonnenen Erkenntnisse gegenseitig berücksichtigen zu können.

Fazit

Festzuhalten ist, dass die Integrity Due Diligence einen wichtigen Beitrag zur Sicherstellung des nachhaltigen Erfolgs einer Transaktion leisten kann. Sie dient dabei nicht nur der Identifikation und Mitigation von Reputationsrisiken. Von den Erkenntnissen der Integrity Due Diligence zu den entsprechenden Risikofeldern des Unternehmens können auch die anderen Bereiche der Due Diligence, insbesondere die Compliance Due Diligence, profitieren.

Update Aktienrechtsnovelle 2012: Stillstand des Gesetzgebungsverfahrens aufgrund ungelöster Fragen des Umwandlungsrechts

Obwohl seit der Verabschiedung des Regierungsentwurfs zur Aktienrechtsnovelle 2012 am 20. Dezember 2011 bald ein Jahr vergangen ist, besteht keine Klarheit, wann das Reformwerk in Kraft treten wird. Zwar hat der Bundesrat bereits im Februar 2012 zum Regierungsentwurf Stellung genommen. Ein Termin für die 1. Lesung der Aktienrechtsnovelle 2012 im Bundestag ist jedoch bis heute nicht angesetzt worden.

Forscht man nach den Ursachen für die Verzögerung des Gesetzgebungsverfahrens, wird schnell deutlich, dass diese nicht im Aktienrecht zu finden sind. Vielmehr geht der Stillstand auf umwandlungsrechtliche Fragen zurück, die im Rahmen der letzten Reform durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 11. Juli 2011 ungelöst geblieben sind. So wird seit Kurzem die Umsetzung weiterer Schritte zur Reform des Umwandlungsrechts im Rahmen der Aktienrechtsnovelle 2012 von zwei Abgeordneten der Koalitionsfraktionen, die zugleich Mitglieder des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages sind, vorangetrieben.

Vieles spricht dafür, dass das Gesetzgebungsverfahren zur Aktienrechtsnovelle 2012 erst dann fortgesetzt wird, wenn eine Einigung über den umwandlungsrechtlichen Reformbedarf erzielt wird. Entscheidend dafür wird wiederum sein, dass Lösungen für die drei folgenden umwandlungsrechtlichen Fragen gefunden werden, über die bereits auf dem 24. Parteitag der CDU im November 2011 Beschlüsse gefasst wurden:

Gleichbehandlung der Anteilshaber bei Rüge des Umtauschverhältnisses

Der erste Parteitagsbeschluss zielt auf eine Änderung des § 14 Abs. 2 UmwG dahingehend ab, dass auch die Anteilshaber des *übernehmenden* Rechtsträgers für Bewertungsstreitigkeiten zukünftig auf das Spruchverfahren verwiesen und Anfechtungsklagen insoweit ausgeschlossen werden sollten. Die derzeitige Fassung des § 14 Abs. 2 UmwG betrifft nur die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers. Die damit verbundene Ungleichbehandlung der Anteilshaber des übernehmenden Rechtsträgers wird seit Inkrafttreten des UmwG als rechtspolitisch verfehlt kritisiert. Als Argument für eine Gleichbehandlung *de lege ferenda* wird nicht zuletzt angeführt, dass die Anteilshaber des übernehmenden Rechtsträgers nach derzeitiger Rechtslage bei Bewertungsstreitigkeiten



gezwungen sind, die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses auch dann anzufechten, wenn sie grundsätzlich mit der Umwandlungsmaßnahme einverstanden sind.

Anteilsgewährung bei zu niedriger Bemessung des Umtauschverhältnisses

Der zweite Beschluss des CDU-Parteitags beinhaltet die Forderung, es Unternehmen zu ermöglichen, Ausgleichszahlungen bei zu niedriger Bemessung des Umtauschverhältnisses durch die Gewährung von Anteilen vorzunehmen. Demgegenüber ist nach § 15 Abs. 1 Satz 1 UmwG derzeit bei einer Fehlbewertung des Umtauschverhältnisses im Spruchverfahren die Festsetzung einer baren Zuzahlung vorgesehen. Für das verschmolzene Unternehmen kann daraus eine erhebliche Liquiditätsbelastung resultieren. Erschwerend kommt hinzu, dass sich das Risiko der Festsetzung einer baren Zuzahlung auch bei sorgfältiger Vorbereitung nicht ausschalten lässt, da die Ermittlung der Verschmelzungswertrelation stets mit Unsicherheiten behaftet ist. Rechtspolitisch erscheint die Möglichkeit der Anteilsgewährung als Ausgleich daher sachgerecht.

Beseitigung des Zustimmungserfordernisses bei Bagatell-Ausgliederungen

Der dritte Beschluss betrifft die Beseitigung des Zustimmungserfordernisses bei Bagatell-Ausgliederungen. Demgegenüber erfordert eine Ausgliederung nach derzeitiger Rechtslage die Zustimmung der Gesellschafterversammlung des ausgliedernden Rechtsträgers (vgl. §§ 125, 135 Abs. 1 i.V.m. §§ 13, 65 UmwG). Zwar enthielt der Diskussionsentwurf zum UmwG aus dem Jahre 1988 mit Blick auf das Zustimmungserfordernis noch eine Bagatellausnahme für Ausgliederungsmaßnahmen, die weni-

ger als 10% des Reinvermögens bzw. des Grundkapitals betrafen. Indes wurde von dem damaligen Regelungsvorschlag wieder Abstand genommen, da über die konkreten Abgrenzungs- und Größenmerkmale keine Einigung erzielt werden konnte. Aus diesen Erwägungen dürfte ein Verzicht auf das Zustimmungserfordernis bei Bagatell-Ausgliederungen *de lege ferenda* auch aus heutiger Sicht nicht unproblematisch sein.

Ausblick

Festzuhalten ist, dass erst dann mit einer Fortsetzung des Gesetzgebungsverfahrens zur Aktienrechtsnovelle 2012 zu rechnen ist, wenn die vorstehend erläuterten Fragen, die im Rahmen der letzten Reform des Umwandlungsgesetzes keine Berücksichtigung fanden, gelöst sind. Auch wenn der genaue Zeitpunkt nicht feststeht, wird sich die Praxis darauf einstellen müssen, dass die Aktienrechtsnovelle erst 2013 in Kraft tritt.



Fondsbranche im Umbruch – Die Umsetzung der AIFM-Richtlinie

Bereits im Sommer hat das Bundesministerium der Finanzen (BMF) den von der Branche gespannt erwarteten Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz) veröffentlicht. Der Regierungsentwurf soll Ende November 2012 im Kabinett beschlossen werden. Gegenüber dem Diskussionsentwurf wird es dabei noch einmal zu umfassenden Änderungen kommen. Die Vorbereitungen zur notwendigen Anpassung der steuerlichen Regelungen sind gegenüber den ursprünglichen Planungen dagegen in Verzug geraten. Wie aus dem BMF zu hören ist, wird hierzu erst im Dezember mit der Veröffentlichung eines Gesetzesentwurfes gerechnet, der im Januar 2013 dann im Bundeskabinett beschlossen werden soll.

Umfassende Regulierung von OGAW-Fonds und alternativen Investmentfonds

Wie schon dem Titel des Gesetzesentwurfes unschwer zu entnehmen ist, dient das geplante Gesetz der Umsetzung der AIFM-Richtlinie in nationales Recht. Die AIFM-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, Verwalter alterna-

tiver Investmentfonds (z.B. geschlossene Fonds, Immobilienfonds, Private Equity- und Hedge Fonds) einer umfassenden Regulierung nach dem Vorbild der OGAW-Richtlinie und damit den bereits heute für Investmentfonds nach dem Investmentgesetz geltenden Regelungen zu unterwerfen. Der deutsche Gesetzgeber nimmt die Umsetzung der AIFM-Richtlinie zum Anlass, das bisherige Investmentgesetz aufzuheben und das gesamte Investmentrecht umfassend in einem Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) zu kodifizieren. Der Anwendungsbereich des KAGB wird daher sowohl OGAW-Fonds wie auch geschlossene Fonds und sonstige alternative Investmentfonds umfassen. Im Einklang mit der Umsetzungsfrist in der AIFM-Richtlinie wird das KAGB voraussichtlich bis zum 22. Juli 2013 in Kraft treten.

Wie durch die AIFM-Richtlinie vorgegeben, unterwirft das KAGB die bisher weitgehend unregulierten Verwalter geschlossener Fonds, Private Equity Fonds, Hedge Fonds und sonstiger alternativer Fonds einer umfassenden Beaufsichtigung durch die BaFin. Verwalter dieser Fonds benötigen künftig eine Erlaubnis der BaFin und unterliegen umfassenden Vorgaben zum Risikomanagement und zur inneren Organisation. Dies beinhaltet auch die Pflicht zur Hinzuziehung einer Verwahrstelle für die Vermögensgegenstände des Fonds, ähnlich der bereits aus dem Investmentgesetz bekannten Depotbank.

Geschäftsleiter von Verwaltern alternativer Investmentfonds müssen künftig der BaFin gegenüber ihre Zuverlässigkeit nachweisen. Ferner gibt es der Institutsvergütungsverordnung vergleichbare Vorgaben zur Regulierung der Entgeltsysteme für Führungspersonen. Für Private Equity-Unternehmen wird das so genannte Asset Stripping erschwert und neue Informations- und Offenlegungspflichten etabliert.

Ursprünglich vorgesehene Verbot für neue offene Immobilienfonds vom Tisch

Der deutsche Gesetzgeber begnügt sich jedoch nicht nur mit der Umsetzung der AIFM-Richtlinie, sondern nimmt diese zum Anlass, das deutsche Investmentrecht umfassend zu reformieren. Dabei sind allerdings einige grundsätzliche Fragen noch offen. So hat z.B. das im Diskussionsentwurf ursprünglich vorgesehene Verbot der Neuauflage offener Immobilienfonds weitreichende Kritik aus der Branche erfahren und dürfte in der finalen Fassung wieder wegfallen. Das Anlageuniversum geschlossener Fonds wird eingeschränkt und einem Typenzwang unterworfen, wobei auch hier noch Änderungen im Vergleich zum Diskussionsentwurf zu erwarten sind. Der Vertrieb ausländischer alternativer Investmentfonds sollte nach dem Diskussionsentwurf ursprünglich über die Bestimmungen der AIFM-Richtlinie hinaus zusätzlich erschwert werden. Auch diese wurde von Branchenvertretern zu recht heftig kritisiert.

Erhebliche Konsolidierung der Fondsbranche zu erwarten

Dies ist nur eine Auswahl der zu erwartenden bzw. möglichen Neuerungen. Die Bedeutung des Gesetzesvorhabens – nicht nur für die Fondsbranche selbst – kann kaum überschätzt werden. Bereits jetzt zeichnet sich ab, dass die neuen aufsichtsrechtlichen Hürden zu einer erheblichen Konsolidierung der Branche und zum Ausscheiden kleinerer Anbieter führen dürften. Auf der Anlegerseite droht eine Erschwerung des Zugangs von Investoren zu alternativen Fonds. Manche der etablierten Fondsstrukturen stehen künftig nicht mehr zur Verfügung. Viele der geplanten Regelungen, insbesondere soweit sie nicht bereits durch die AIFM-Richtlinie vorgegeben sind oder über diese hinausgehen, sind nach wie vor politisch kont-

rovers. Es zeichnet sich bereits jetzt ab, dass auch der Regierungsentwurf im Laufe des parlamentarischen Verfahrens in einzelnen Punkten noch kontrovers diskutiert werden dürfte und Gegenstand weiterer Änderungen sein könnte. Es bleibt ferner abzuwarten, welche steuerlichen Veränderungen das KAGB nach sich ziehen wird und ob steuerliche Unklarheiten und die damit verbundene Rechtsunsicherheit durch den Gesetzgeber vermieden werden können.

In vielen der betroffenen Unternehmen laufen die Auswirkungenanalysen und Vorbereitungen auf die neue Rechtslage bereits seit Monaten auf Hochtouren. Die Unklarheiten hinsichtlich der Einzelheiten der nationalen Umsetzung und noch ausstehender Durchführungsakte auf europäischer Ebene setzten den Planungen und deren Umsetzung aber zumeist Grenzen. Mit dem voraussichtlich Ende November vorliegenden Regierungsentwurf wird die Anzahl offener Fragen hinsichtlich des künftigen Aufsichtsrahmens für die Fondsbranche weiter reduziert. Vor dem Hintergrund des Stichtags 22. Juli 2013 bleibt der Branche jedenfalls gar nichts anderes übrig, als auf dieser Basis die notwendigen Veränderungen und Anpassungen anzugehen.

Eine Übersicht über die AIFM-Richtlinie bietet unsere Mandanteninformation <http://www.shearman.com/european-regulation-of-fund-managers-aifm-directive-agreed-and-adopted-11-12-2010/>.

Der Diskussionsentwurf für ein AIFM-Umsetzungsgesetz ist abrufbar unter <http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Referentenentwuerfe/2012-07-20-aifm.html>.

FG Köln: Kein steuerpflichtiger Gewinn als Folge von im Rahmen einer Liquidation verbleibenden Verbindlichkeiten

Mit dem Urteil des FG Köln vom 6. März 2012 (Az.: 13 K 3006/11) hat erstmals ein Gericht in einem Standardfall der Restrukturierungspraxis entschieden, dass im Rahmen einer Liquidation nicht zurückgeführte Verbindlichkeiten nicht zu einem steuerpflichtigen Gewinn führen.

Sachverhalt

Eine Kapitalgesellschaft, die Verbindlichkeiten gegenüber ihren Gesellschaftern hat, die mangels ausreichender Vermögensgegenstände nicht mehr beglichen werden können, soll liquidiert werden. Dadurch soll insbesondere die



Konzernstruktur bereinigt und Kosten für die weitere Unterhaltung gespart werden (z.B. für die Erstellung des Jahresabschlusses). Eine Insolvenz soll abgewendet werden, um einen Reputationsverlust zu vermeiden. Die Verbindlichkeiten sind aufgrund eines Rangrücktritts in der Überschuldungsbilanz nicht zu berücksichtigen (§ 19 Abs. 2 Satz 2 InsO).

Die Gesellschaft wollte im Rahmen einer verbindlichen Auskunft durch das Finanzamt absichern, dass weder "während", noch "bei Beendigung" der Liquidation ein steuerpflichtiger Gewinn erzielt wird. Ein derartiger steuerpflichtiger Gewinn hätte sich dann ergeben können, wenn die entsprechenden Verbindlichkeiten in der Liquidationsschlussbilanz oder später erfolgserhöhend ausgebucht hätten werden müssen. Das Finanzamt lehnte eine entsprechende verbindliche Auskunft ab.

Entscheidung des FG Köln

Das FG Köln hob die negative verbindliche Auskunft auf und verpflichtete das Finanzamt, den Antrag auf verbindliche Auskunft neu zu bescheiden. Nach Ansicht des FG Köln ist ein steuerpflichtiger Gewinn aufgrund einer Ausbuchung des Gesellschafterdarlehens im Rahmen der Liquidation abzulehnen, da die Gesellschaft "zu diesem Zeitpunkt nicht mehr existieren wird". Die Frage der Steuerrechtsfähigkeit der gelöschten Gesellschaft hat das FG offen gelassen mit der Begründung, dass die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt "keinen gesetzlichen Vertreter mehr hat und eine Steuerfestsetzung regelmäßig mangels der Möglichkeit einer wirksamen Bekanntgabe und auch wegen fehlender Möglichkeit der Realisation unterbleibt". Ebenso lehnte das FG einen steuerpflichtigen Gewinn während der Liquidation ab.

Beurteilung und Konsequenzen für die Praxis

Der Entscheidung des FG ist im Ergebnis zuzustimmen: Die Liquidation einer Kapitalgesellschaft, bei der ausschließlich nicht befriedigte (Gesellschafter-)Verbindlichkeiten bestehen bleiben, führt nicht zu einem steuerpflichtigen Gewinn. Dies ergibt sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen zur Bilanzierung von Verbindlichkeiten (vgl. *Frey/Mückl*, GmbHR 2012, 980). Eine Verbindlichkeit ist erst dann auszubuchen, wenn die Verbindlichkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht erfüllt zu werden braucht oder mit einer Einrede (z.B. Verjährung) zu rechnen ist. Auch nach Löschung der Gesellschaft ist indes nicht ausgeschlossen, dass Gläubiger der Gesellschaft auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen. Dies zeigt bereits die Möglichkeit der Nachtragsliquidation. Ergibt sich nach Löschung der Gesellschaft, dass noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, kann eine Nachtragsliquidation stattfinden, um die Gläubiger zusätzlich zu befriedigen.

Mit dem nun beim BFH (Az.: I R 34/12) anhängigen Urteil des FG Köln liegt erstmalig eine finanzgerichtliche Stellungnahme zu der in der Praxis häufig vorkommenden Frage der Liquidation bei bestehenden Verbindlichkeiten vor. Aufgrund der verbleibenden Rechtsunsicherheit wird wohl auch künftig oftmals die "kalte" Liquidation im Wege der Verschmelzung gewählt werden. Dies erspart zudem das einjährige Sperrjahr (§ 73 GmbHG). Bei einer Liquidation stellt sich in der Praxis stets die Frage, ob nicht eine entsprechende Steuerrückstellung einzubuchen wäre, so dass eine Insolvenzantragspflicht entsteht. In gleicher Weise könnten sich in diesem Zusammenhang Haftungsfragen der Liquidatoren für die Steuern der Gesellschaft stellen. Im Ergebnis bleibt daher zu hoffen, dass die zu erwartende Revisions-Entscheidung des BFH Rechtssicherheit bringt.

Als Ansprechpartner stehen Ihnen gerne zur Verfügung:



Dr. Bodo Bender
+49.69.9711.1660
bbender@shearman.com



Winfried Carli
+49.89.23888.2607
wcarli@shearman.com



Dr. Hans Diekmann
+49.211.17888.818
hdiekmann@shearman.com



Dr. Andrea Eggenstein
+49.69.9711.1619
aeggenstein@shearman.com



Dr. Esther Jansen
+49.69.9711.1621
ejansen@shearman.com



Dr. Roger Kiem
+49.69.9711.1672
rkiem@shearman.com



Dr. Thomas König
+49.69.9711.1618
tkoenig@shearman.com



Dr. Alfred Kossmann
+49.211.17888.719
akossmann@shearman.com



Dr. Martin Neuhaus
+49.211.17888.903
mneuhaus@shearman.com



Marc O. Plepelits
+49.69.9711.1620
mplepelits@shearman.com



Dr. Markus S. Rieder
+49.89.23888.2615
mrieder@shearman.com



Dr. Harald Selzner
+49.211.17888.909
hselzner@shearman.com



Reinhard Stockum
+49.69.9711.1652
rstockum@shearman.com



Georg F. Thoma
+49.211.17888.819
gthoma@shearman.com



Rainer Wilke
+49.211.17888.717
rwilke@shearman.com

..... WWW.SHEARMAN.COM

Diese Publikation dient lediglich der allgemeinen Information und ersetzt keine rechtliche oder steuerliche Beratung.

Gerne stellen wir Ihnen weitere Informationen zur Verfügung oder beraten Sie in konkreten Situationen.

Copyright © 2012 Shearman & Sterling LLP. Shearman & Sterling LLP ist eine in den Vereinigten Staaten von Amerika nach dem Recht des Staates Delaware gegründete Limited Liability Partnership. Nach dem Recht des Staates Delaware ist die persönliche Haftung der einzelnen Partner beschränkt.