

Inhalt

Sozialversicherungspflicht für Mitglieder des board of directors einer US-Kapitalgesellschaft	S. 2
Status des Directors einer Limited & Co. KG und Lager-Theorie	S. 5
Zu weit gefasstes Wettbewerbsverbot im GmbH-Gesellschaftsvertrag ist nichtig	S. 7
Haftung des Geschäftsführers einer GmbH für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife?	S. 9
„Umfirmierung“ von einer UG (haftungsbeschränkt) in eine GmbH	S. 11
Schadensersatzpflicht von Vorstand und Aufsichtsrat einer AG	S. 13
Beratungs- und Aufklärungspflichten einer Bank im Zusammenhang mit dem Abschluss von Zinssatz-Swap-Verträgen	S. 15
Kurz- und mittelfristig anstehende Gesetzesänderungen im Kapitalmarktrecht	S. 18

Sozialversicherungspflicht für Mitglieder des board of directors einer US-Kapitalgesellschaft**Bundessozialgericht, Urteil vom 12.01.2011, Az.: B 12 KR 17/09R**

Die Mitglieder des board of directors einer US-Kapitalgesellschaft sind nicht von der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung befreit. Vorschriften über die Sozialversicherungsfreiheit für deutsche AG-Vorstände sind nicht entsprechend auf Vorstände ausländischer Nicht-EU-Kapitalgesellschaften anzuwenden. Diese Nichtanwendung verletzt auch kein internationales Recht.

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall hatten mehrere deutsche Mitglieder des board of directors der Restaurantkette McDonald's gegen ihre Pflichtmitgliedschaft in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung geklagt. Sie hatten sich im wesentlichen darauf berufen, dass gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III bzw. § 1 Satz 4 SGB VI Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft nach deutschem Recht nicht der Sozialversicherungspflicht unterfallen würden. Die Kläger hatten für sich reklamiert, dass ihre Stellung als Mitglieder des board of directors einer Incorporated nach dem Recht des Staates Delaware/USA (mit Zweigniederlassung in München) derjenigen von Vorstandsmitgliedern einer deutschen Aktiengesellschaft vergleichbar sei. Insbesondere aufgrund Struktur und wirtschaftlichen Stärke der Gesellschaft seien sie sozial ebenso wenig schutzbedürftig wie AG-Vorstände. Überdies würde eine Versicherungspflicht das im Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag Deutschland-USA aus dem Jahr 1954 enthaltene Diskriminierungsverbot verletzen und die in Art. VII dieses Vertrages gewährte Niederlassungsfreiheit beeinträchtigen.

Mit dieser Argumentation waren die Kläger bereits in der Vorinstanz unterlegen. Das Bundessozialgericht (BSG) schloss sich der Auffassung des Landessozialgerichtes an und bestätigte die bereits bestehende Linie der Rechtsprechung,

wonach die Ausnahmenvorschriften für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft grundsätzlich nicht auf andere Rechtsformen anwendbar seien. Ein entsprechendes Gebot der Freistellung konnten die Richter auch nicht aus den Vorschriften des Freundschaftsvertrages Deutschland-USA entnehmen. Schließlich stellten die Richter noch fest, dass es auch die Niederlassungsfreiheit nach EU-Recht, auch unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, nicht gebieten würde, Gesellschaften aus Drittstaaten genauso wie EU-Gesellschaften zu behandeln.

In der Vorinstanz hatte das Landessozialgericht Bayern überdies darauf hingewiesen, dass auch die Incorporation nach dem Recht des Staates Delaware nicht per se unbedingt mit einer deutschen AG vergleichbar ist. Neben Unterschieden in der Struktur wie Mindestkapitalausstattung, Unterscheidung in Vorstände und Aufsichtsrat und die Nichtgeltung von § 1 MitbestG für die Incorporated wiesen die Münchener Richter insbesondere darauf hin, dass auch die Mitglieder des board of directors nicht der strengen Haftung nach § 75 AktG unterlägen. Das Mitglied eines board of directors könne demgemäß, so die Münchener Richter sinngemäß, nicht die für den Vorstand einer Aktiengesellschaft geltenden Vorteile in Kauf nehmen, ohne die Nachteile tragen zu müssen.

Praxishinweis:

Es ist nunmehr höchstrichterlich festgestellt, dass auch die Stellung eines Mitglieds eines board of directors über eine deutsche Niederlassung einer „Aktiengesellschaft“ nach US-amerikanischem Recht nicht zur Befreiung von der Sozialversicherungspflicht führt. Für Verwaltungsratsmitglieder einer schweizerischen AG war diese Frage bereits im selben Sinne entschieden (BSG, Urteil vom 06.10.2010).

Im Hinblick auf Kapitalgesellschaften, die dem Recht eines EU-Mitgliedstaates unterliegen und in Deutschland tätig sind, ist zu unterscheiden. Hier hatte das Bundessozialgericht im Jahr 2008 im Fall einer irischen Private Ltd. Company

entschieden, dass diese Gesellschaftsform der deutschen GmbH vergleichbar sei und daher eine Befreiung von der Sozialversicherungspflicht für einen director einer solchen Gesellschaft nicht in Frage käme. Entsprechendes gilt wohl für die Rechtsformen der französischen S.A.R.L., der niederländischen BV sowie der spanischen S.L.

Der deutschen AG vergleichbar seien hingegen die französische SA, die niederländische NV sowie die britische public company limited by shares. Für die letztgenannten Gesellschaften kann grundsätzlich auch eine Befreiung von der Sozialversicherungspflicht für in Deutschland tätige Organe in Frage kommen.

Dr. Georg Anders, Rechtsanwalt

Status des Directors einer Limited & Co. KG und Lager-Theorie**Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 12. Dezember 2010,
Az.: 6 Ta 11/09****Der ‚Director‘ einer Limited & Co. KG ist grundsätzlich kein Arbeitnehmer**

In dem eingangs bezeichneten Beschluss entschied das Landesarbeitsgericht (LAG) Baden-Württemberg, dass der Director einer in Deutschland ansässigen Limited & Co. KG grundsätzlich kein Arbeitnehmer im Sinne des deutschen Arbeitsrechts (§ 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG) ist.

Der Kläger und die in Deutschland ansässige XY-Limited & Co. KG hatten einen Anstellungsvertrag geschlossen. Gleichzeitig war der Kläger durch Gesellschafterbeschluss zum Director der persönlich haftenden Gesellschafterin (der XY-Limited) mit eingetragenem Sitz in London bestellt worden. Später wurde der Anstellungsvertrag zwischen dem Kläger und der XY-Limited & Co. KG gekündigt. In dem Rechtsstreit zwischen den Parteien ging es um die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zur Entscheidung über die Rechtswirksamkeit der Kündigung. Die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit setzte allerdings voraus, dass der Anstellungsvertrag des Klägers ein Arbeitsverhältnis (im Gegensatz zu einem Dienstverhältnis) mit der XY-Limited & Co. KG begründet hat.

Das LAG Baden-Württemberg hat den Director einer englischen Limited (vergleichbar einer deutschen GmbH) nicht als Arbeitnehmer angesehen. Zur Begründung seiner Auffassung stellte das LAG auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zum Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG ab. Danach sind in Übereinstimmung mit § 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG Personen, die in Betrieben von juristischen Personen kraft Gesetzes oder Satzung zur Vertretung der juristischen Person berufen sind, keine Arbeitnehmer, unabhängig davon, ob das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis eine freies Dienstverhältnis oder ein Arbeitsverhältnis ist. Nach Sinn und Zweck der zitierten Vorschrift sollen die Arbeitsgerichte für „Hausstreitigkeiten“ im Arbeitgeberbereich nicht zuständig sein. Der Streit zwischen dem Kläger als Director der englischen XY-Limited und der KG sei ein solcher Streit im Arbeitgeberlager, da

die XY-Limited die persönlich haftende Gesellschafterin der XY-Limited & Co. KG sei und diese durch ihren Director vertreten werde.

Das LAG hat wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage die Rechtsbeschwerde zum BAG zugelassen. Somit bleibt der Ausgang des Verfahrens spannend. Die Übertragung der bisherigen Rechtsprechung deutscher Gerichte zum Status des Repräsentationsorgans einer GmbH & Co. KG auf die Limited & Co. KG ist nämlich nicht zwingend geboten. Während der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH nach deutschem Recht grundsätzlich keinen Arbeitnehmerstatus hat, genießt ein Director einer englischen Limited nach englischem Arbeitsrecht durchaus Arbeitnehmer-Schutzrechte.

Praxishinweis:

Betroffene Directors von in Deutschland ansässigen Limited & Co. KGs sollten ihren gerichtlich festgestellten Status aufmerksam verfolgen, um im Streitfall, insbesondere bei Kündigungsschutzverfahren, unmittelbar und ohne Zeitverlust das zuständige Arbeits-gericht oder Landgericht anrufen zu können.

Ute Bilger-Jung, Rechtsanwältin

Zu weit gefasstes Wettbewerbsverbot im GmbH-Gesellschaftsvertrag ist nichtig**OLG München, Urteil vom 11. November 2010, Az.: U (K) 2143/10**

Geht ein im Gesellschaftsvertrag einer GmbH festgelegtes Wettbewerbsverbot in gegenständlicher Hinsicht über die schützenswerten Interessen der Gesellschaft hinaus und beschränkt es den betroffenen Gesellschafter übermäßig, ist es nichtig. Es kann auch nicht durch eine weitere Regelung im Gesellschaftsvertrag, wonach durch Gesellschafterbeschluss Befreiung vom Wettbewerbsverbot erteilt werden kann, gerechtfertigt werden.

In dem vom OLG München entschiedenen Fall war im Gesellschaftsvertrag einer Holding-GmbH ein Wettbewerbsverbot verankert, nach dem den Gesellschaftern zum einen jegliche Tätigkeit in einem Betrieb, der mit demjenigen einer Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft der GmbH in Wettbewerb steht, untersagt war, zum anderen darüber hinausgehend auch jegliche Tätigkeit in einem Betrieb, der dem Betrieb einer Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft gleichartig ist oder mit diesem in Wettbewerb stehen könnte oder in wesentlichem Umfang Geschäftsbeziehungen mit einer Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft unterhält. Für einen Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot war eine Vertragsstrafe festgelegt.

Wegen eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot verlangte die die GmbH von einem Gesellschafter, der 20% des Stammkapitals hält, die Vertragsstrafe.

Grundsätzlich unterliegen Gesellschafter einer GmbH keinem Wettbewerbsverbot. In der Praxis besteht jedoch oft ein Bedürfnis, Gesellschaftern, die selbst Unternehmer bzw. Unternehmen sind, konkurrierende Tätigkeiten zu untersagen, um die Geschäftschancen der GmbH zu schützen. Solche Wettbewerbsverbote werden in der Regel im Gesellschaftsvertrag der GmbH vereinbart.

Das Gericht erachtete im entschiedenen Fall das ausgedehnte Wettbewerbsverbot im Gesellschaftsvertrag der GmbH für nicht gerechtfertigt und daher zusammen mit der Vertragsstrafenregelung für nichtig, da die über das zum Schutz der Interessen der GmbH erforderliche Maß hinausgehe.

Auch der Umstand, dass dem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag Befreiung von dem Wettbewerbsverbot hätte erteilt werden können, ändere hieran nichts, da der Gesellschafter keinen Anspruch auf eine solche Befreiung habe, er vielmehr gegen einen ablehnenden Beschluss wiederum klagen müsse und hierbei dann bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung gehindert sei, wie von ihm beabsichtigt tätig zu werden.

Praxishinweis:

Unverhältnismäßige Wettbewerbsverbote sind regelmäßig nichtig. So ist z.B. ein Verbot, in einer bestimmten Branche überhaupt tätig zu sein, grundsätzlich nicht zulässig, da dies einem Berufsverbot gleichkommt.

Zulässig ist nach ständiger Rechtsprechung ein gesellschaftsvertragliches Wettbewerbsverbot nur, wenn es nach Ort, Zeit und Gegenstand nicht über die schützenswerten Interessen des durch das Verbot Begünstigten hinausgeht und den Verpflichteten nicht übermäßig beschränkt. Im Einzelfall sind also unter Berücksichtigung der konkreten Umstände, insbesondere des mit dem Wettbewerbsverbot beabsichtigten Zwecks, die beiderseitigen Interessen abzuwägen.

Bei der Formulierung eines Wettbewerbsverbots ist daher unter Berücksichtigung der beidseitigen Interessenlage genau darauf zu achten, dass das zulässige Maß der Beschränkung in gegenständlicher sowie räumlicher Hinsicht nicht überschritten wird, da dies die Nichtigkeit des gesamten Verbots zur Folge hätte. Wird lediglich das zeitlich zulässige Maß überschritten, wird die Dauer des Verbots auf das zulässige Maß reduziert.

Dringend sollten zur Vermeidung eventueller Probleme auch bestehende Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen von GmbHs überprüft werden, da davon auszugehen ist, dass viele solcher Wettbewerbsverbote zu weit gefasst und damit nichtig sind.

Dr. Volker Schwarz, Rechtsanwalt

Haftung des Geschäftsführers einer GmbH für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife?**Bundesgerichtshof, Urteil vom 25. Januar 2011, Az.: II ZR 196/09****Der Geschäftsführer einer GmbH haftet nicht nach § 64 Satz 1 GmbH-Gesetz, wenn er nach Eintritt der Insolvenzreife rückständige Umsatz- und Lohnsteuern an das Finanzamt und rückständige Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung an die Einzugsstelle zahlt.**

In dem eingangs bezeichneten Urteil entschied der Bundesgerichtshof (BGH), dass der Geschäftsführer einer GmbH auch nach Eintritt der Insolvenzreife rückständige Umsatz- und Lohnsteuern und rückständige Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung ausgleichen dürfe; diese gesetzlich gebotenen Zahlungen seien mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftleiters im Sinne des § 64 Satz 2 GmbH-Gesetz vereinbar und daher privilegiert.

Der Grund liegt nach Ansicht des BGH darin, dass der Geschäftsführer auch nach Eintritt der Insolvenzreife fällige Umsatzsteuer und Umsatzsteuervorauszahlungen, ebenso wie einbehaltene Lohnsteuer, abführen müsse, um die Begehung einer steuerlichen Ordnungswidrigkeit und die persönliche Haftung gemäß §§ 69, 34 Abs. 1 AO zu vermeiden.

Hieraus ergebe sich eine Pflichtenkollision, die den BGH veranlasst, die Zahlung von Umsatz- oder Lohnsteuer durch den Geschäftsführer als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar anzusehen. Es könne dem Geschäftsführer nicht zugemutet werden, wegen des Zahlungsverbots gem. § 64 Satz 1 GmbH-Gesetz darauf zu verzichten, die Voraussetzungen für eine Einstellung des Ordnungswidrigkeitenverfahrens bzw. für die Verhängung einer geringeren Geldbuße zu schaffen und sich von der persönlichen Haftung für die Steuerschuld zu befreien. Dasselbe gelte für rückständige Arbeitnehmeranteile an der Sozialversicherung. Denn nur das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen ist in § 266a StGB unter Strafe gestellt und begründet eine Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB. In Bezug auf Arbeitgeberanteile fehle es dagegen an einem Interessenkonflikt und damit an einem Grund, den

Anwendungsbereich des Zahlungsverbots gem. § 64 Satz 1 GmbH-Gesetz einzuschränken.

Praxishinweis: In der Krise hat der Geschäftsführer sorgfältig zu dokumentieren, ob und inwieweit es sich bei Zahlungen von rückständigen Sozialversicherungsbeiträgen um Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberanteile handelt.

Jan-F. Schubert, Rechtsanwalt

„Umfirmierung“ von einer UG (haftungsbeschränkt) in eine GmbH**OLG München, Beschluss vom 23. September 2010, Az.: 31 Wx 149/10****Eine UG (haftungsbeschränkt) kann erst dann in eine „reguläre“ GmbH „umfirmieren“, wenn das Stammkapital von mindestens 25.000 € voll eingezahlt ist.**

Gemäß § 5a GmbHG kann eine GmbH auch mit einem Stammkapital von weniger als dem gesetzlichen Mindeststammkapital von 25.000 € gegründet werden. Diese Gesellschaft muss in ihrer Firmierung die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen. Sie unterliegt der Pflicht zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage.

Nach dem Gesetzeswortlaut darf die Anmeldung einer UG (haftungsbeschränkt) zum Handelsregister erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt ist. Demgegenüber genügt es, wenn bei einer „regulären“ GmbH zum Zeitpunkt der Anmeldung die Hälfte des Stammkapitals eingezahlt ist, im Falle des gesetzlichen Mindeststammkapitals somit ein Betrag von 12.500 €. Nicht eindeutig sah die Fachliteratur die Frage, wie bei einer Kapitalerhöhung bei einer UG (haftungsbeschränkt) auf das gesetzliche Mindeststammkapital bzw. darüber hinaus zu verfahren ist, d.h. ob hier entsprechend der Regelung zur UG (haftungsbeschränkt) die Volleinzahlung erforderlich sei oder ob in analoger Anwendung der entsprechenden Regelung zur Voll-GmbH die Erbringung der Hälfte des Stammkapitals ausreiche.

In dem vom OLG München entschiedenen Fall hatte die Gesellschafterversammlung einer UG (haftungsbeschränkt) mit einem Stammkapital von ursprünglich 2.000 € eine Kapitalerhöhung um 23.000 € auf 25.000 € und gleichzeitig die Änderung der Firma dahingehend, dass der Rechtsformzusatz „UG (haftungsbeschränkt)“ durch „GmbH“ ersetzt werde, beschlossen. Dies wurde zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, wobei auf den Erhöhungsbetrag lediglich 11.500 €, also zusammen mit dem ursprünglichen Betrag des Stammkapitals ein Betrag von 13.500 € eingezahlt worden waren.

Nach Ansicht des Gerichts können weder die Erhöhung des Stammkapitals noch die Änderung der Firma der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden. Die Beschränkungen der UG (haftungsbeschränkt) fallen danach erst dann weg, wenn zumindest das gesetzliche Mindeststammkapital von 25.000 € in voller Höhe in bar eingezahlt ist. Die Bestimmungen über die „reguläre“ GmbH können erst danach angewandt werden, so dass es für den „Übergang“ von der UG (haftungsbeschränkt)“ in eine „reguläre“ GmbH nicht ausreicht, wenn im Rahmen einer Kapitalerhöhung die Hälfte des gesetzlichen Mindeststammkapitals eingezahlt wurde.

Praxishinweis:

Auch vor dem Hintergrund dieser Entscheidung sollten Gründer einer Gesellschaft genau überlegen, ob sie nicht von Anfang an eine reguläre GmbH statt einer UG (haftungsbeschränkt) gründen sollten. Zum Einen wird in weiten Kreisen die GmbH als kreditwürdiger erachtet, zum Anderen löst die spätere „Umfirmierung“ wieder Notar- und Registerkosten aus. Zu beachten ist allerdings auch, dass die Gründer persönlich für die noch nicht erbrachten Teile des Stammkapitals haften.

Dr. Volker Schwarz, Rechtsanwalt

Schadensersatzpflicht von Vorstand und Aufsichtsrat einer AG**OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 18. November 2010, Az.: 5 U 110/08**

Schließt eine Aktiengesellschaft (gem. § 112 AktG vertreten durch den Aufsichtsrat) mit dem Vorstand einen Vertrag, der nicht einem Drittvergleich standhält, so haften der Vorstand und der Aufsichtsrat der Gesellschaft auf Ersatz des entstandenen Schadens.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Vorstandsvorsitzende einer Aktiengesellschaft von dieser ein Wohngebäude zu einem für ihn sehr günstigen Mietzins für die Dauer von 30 Jahren angemietet, wobei eine Wert-sicherungsklausel vereinbart war, die nicht einmal einen vollständigen Inflations-ausgleich erlaubte. Die Gesellschaft wurde beim Abschluss des Vertrags ordnungsgemäß durch den Aufsichtsrat vertreten.

Nachdem der Vorstandsvorsitzende die Gesellschaft verlassen hatte, verkaufte diese die vermietete Immobilie. Der erzielte Kaufpreis lag aufgrund der lang-fristigen Vermietung zu dem günstigen Mietzins deutlich unter dem Marktwert, der sich bei einem üblichen Mietvertrag ergeben hätte. Die Gesellschaft verlangte diese Differenz als Schadensersatz vom vormaligen Vorstandsvorsitzenden sowie von Mitgliedern des Aufsichtsrats.

Das OLG Frankfurt verurteilte sowohl den vormaligen Vorstandsvorsitzenden als auch die Mitglieder des Aufsichtsrats zur Zahlung der Differenz als Schadensersatz.

Das Gericht führte aus, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft ähnlich wie ein Treuhänder fremdem Vermögen, nämlich demjenigen der Gesellschaft, verpflichtet sei und deswegen nicht alle vom BGB eingeräumten Möglichkeiten der Rechtsgestaltung nutzen könne. Die Treuepflicht gebiete es, dass er insbesondere dann, wenn er persönlich Geschäfte mit der Gesellschaft mache, seine eigenen Interessen hinter denen der Gesellschaft zurückstelle. Zwar lasse das Gesetz Mietverträge über 30 Jahre zu, jedoch verstoße der Abschluss eines solchen Vertrages gegen die ihm als Vorstand gegenüber der Gesellschaft obliegenden Pflichten, da die Verwertungschancen einer Wohnimmobilie durch

eine derart lange Laufzeit vermindert wären, was im konkreten Fall zu dem als Schaden eingeklagten Mindererlös geführt habe. Das Gericht führt weiter aus, bei pflichtgemäßem Verhalten hätten Vorstand und Aufsichtsrat einen Vertrag mit deutlich kürzerer Laufzeit und angemessenen Mietanpassungsmöglichkeiten abgeschlossen. Konsequenterweise wurden auch die Mitglieder des Aufsichtsrats zur Zahlung des eingeklagten Schadensersatzes verurteilt.

Praxishinweis:

Die Anforderungen, die die Rechtsprechung an pflichtgemäßes Handeln von Organen einer Aktiengesellschaft stellt, sind hoch. Der Vorstand hat grundsätzlich die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft zu wahren und es insbesondere zu unterlassen, dem Aufsichtsrat einen für ihn persönlich günstigen Vertrag vorzulegen. Der Aufsichtsrat wiederum darf sich nicht darauf verlassen, dass ein ihm vom Vorstand in dessen eigenen Angelegenheiten vorgelegter Vertrag in Ordnung sei, ihn trifft vielmehr eine eigenständige Prüfungspflicht. Das OLG Frankfurt formuliert hierzu unter Verweis auf die in Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs: „Jedes Aufsichtsratsmitglied muss die Mindestkenntnis und Fähigkeit besitzen oder sich aneignen, die zum Verständnis oder zur Beurteilung aller normalen Geschäftsvorfälle erforderlich sind.“

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass für Vorstände, die gleichzeitig Aktionäre sind, eine nicht einem Drittvergleich standhaltende Vertragsgestaltung gleichzeitig einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gem. § 57 AktG darstellen kann, woraus sich ebenfalls eine Rückzahlungspflicht ergibt. Daneben kann in einem solchen Fall in steuerlicher Hinsicht auch eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen.

Im Falle des Abschlusses von Verträgen zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstands sollten daher in allen nicht völlig eindeutigen Fällen Vorstand und Aufsichtsrat unbedingt weitere Angebote, Gutachten, etc. einholen, um ggf. belegen und im Streitfall nachweisen zu können, dass ein abzuschließender Vertrag einem Drittvergleich standhält.

Dr. Volker Schwarz, Rechtsanwalt

Beratungs- und Aufklärungspflichten einer Bank im Zusammenhang mit dem Abschluss von Zinssatz-Swap-Verträgen**Bundesgerichtshof, Urteil vom 22. März 2011, Az.: XI ZR 33/10**

Insbesondere Kommunen und kommunale Betriebe, aber auch mittelständische Unternehmen und vermögende Privatpersonen haben in der Vergangenheit durch den Abschluss sog. Zinssatz-Swap-Verträge versucht, ihre Haushalts- und Kassenlage zu verbessern. Bei den von Banken angebotenen Zinssatz-Swap-Verträgen schließen die Parteien eine Wette auf die Entwicklung verschiedener Zinssätze. Die Parteien vereinbaren den „Tausch“ (englisch: swap) von Zinszahlungen, von denen sich zumindest eine nach einem variablen Zinssatz, z.B. dem EURIBOR, bemisst. Rechtlich betrachtet handelt es sich um einen bilateralen Vertrag, bei dem der Gewinn der einen Seite der spiegelbildliche Verlust der anderen Seite ist. In wirtschaftlicher Hinsicht werden derartige Verträge von den Banken jedoch regelmäßig durch sog. „Hedge-Geschäfte“ gedeckt, mit denen sie ihre Risiken und Chancen an andere Marktteilnehmer weitergeben. Zu diesem Zweck wird in den Zinssatz-Swap-Vertrag ein sog. negativer Marktwert zu Lasten des Bankkunden einstrukturiert. Den entsprechenden Vorteil realisiert die Bank bei Abschluss des „Hedge-Geschäftes“.

Die Beratungs- und Aufklärungspflichten der Bank bei Abschluss derartiger Zinssatz-Swap-Verträge wurden von der Rechtsprechung verschiedener Oberlandesgerichte sehr unterschiedlich beurteilt. Mit seiner Entscheidung vom 22. März 2011 hat der Bundesgerichtshof (BGH) der Ansicht, bei Abschluss derartiger Finanztermingeschäfte begegneten die Spezialisten der Bank den Spezialisten der Kunden, eine deutliche Abfuhr erteilt und die Interessen der Bankkunden massiv gestärkt, indem er hohe Anforderungen an die Beratungs- und Aufklärungspflichten der Banken stellt:

Zunächst stellt der BGH nochmals klar, dass eine Bank ihre Verpflichtung zur anlegergerechten Beratung nur dann nachkommt, wenn sie die Risikobereitschaft des Anlegers ermittelt. Eine dahingehende Erkundigungspflicht entfällt auch dann nicht, wenn der Anleger bei den Beratungen durch beruflich hoch qualifiziertes Personal vertreten wird, da zum einen die Kenntnis der spezifischen Risiken

eines Swaps nicht unterstellt werden dürfen und zum anderen aus vorhandenen Vorkenntnissen des Kunden nicht auf seine Risikobereitschaft geschlossen werden darf.

Weiterhin stellt der BGH in Bezug auf die gebotene Darstellung der Risiken fest, dass es nicht ausreichend ist, wenn die Bank das Verlustrisiko des Kunden als „theoretisch unbegrenzt“ bezeichnet. Vielmehr muss dem Kunden in verständlicher und nicht verharmlosender Art und Weise klar vor Augen geführt werden, dass das unbegrenzte Verlustrisiko nicht nur ein „theoretisches“ ist, sondern real und ruinös sein kann. In diesem Zusammenhang muss die Bank auch offen legen, dass sie selbst ihr Verlustrisiko unabhängig von „Hedge-Geschäften“ begrenzt hat. Die beratende Bank muss im Hinblick auf das Risiko des Geschäfts sicherstellen, dass ihr Kunde den gleichen Kenntnis- und Wissensstand hat wie sie selbst, weil nur so eine eigenverantwortliche Entscheidung möglich ist.

Entscheidend war in dem vom BGH zu beurteilenden Fall jedoch der Umstand, dass die Bank einen negativen Marktwert in den Zinssatz-Swap-Vertrag einstrukturiert hat, ohne ihren Kunden darüber aufzuklären. Ausdrücklich stellt der BGH fest, dass der Pflicht zur Aufklärung über den negativen Anfangswert des Vertrages nicht entgegensteht, dass eine Bank grundsätzlich nicht verpflichtet ist, über ihre Gewinnerzielungsabsicht aufzuklären, da ein insoweit bestehender Interessenkonflikt offenkundig ist. Eine Aufklärungspflicht besteht jedoch dann, wenn besondere Umstände hinzutreten. Diese sieht der BGH dann als gegeben an, wenn die Bank die Risikostruktur des Anlagegeschäfts bewusst zu Lasten des Anlegers gestaltet, damit sie das vom Kunden aufgrund ihrer Beratungsleistung übernommene Risiko anschließend gewinnbringend verkaufen kann.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes beendet die divergierende Rechtsprechung verschiedener Oberlandesgerichte und schafft Klarheit über die bei Abschluss von Zinssatz-Swap-Verträgen bestehenden Beratungs- und Aufklärungspflichten der Banken. Sie wird wirtschaftlich erhebliche Bedeutung erlangen, da viele Anleger - insbesondere auch Kommunen und kommunale Betriebe - die nahezu immer unzureichende Risikoaufklärung zum Anlass nehmen werden, die ihnen aus den Zinssatz-Swap-Geschäften erwachsenen Verluste bei den Banken im Wege des Schadensersatzes geltend zu machen.

Praxishinweis: Wer Verluste aus Zinssatz-Swap-Geschäften erlitten hat, sollte die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadensersatz gegenüber der Bank prüfen. Hierbei ist auch zu prüfen, ob nicht bereits Verjährung eingetreten ist. Insofern wird in vielen Fällen Eile geboten sein.

Norbert Pahl, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Kurz- und mittelfristig anstehende Gesetzesänderungen im Kapitalmarktrecht

Finanzdienstleister in Deutschland stehen aktuell vor der Herausforderung, spürbare Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen meistern zu müssen, welche kurz- und mittelfristig bevorstehen. Die vom deutschen und europäischen Gesetzgeber initiierten Gesetzesänderungen beschränken sich dabei nicht nur auf den regulierten bzw. staatlich kontrollierten Teil des Kapitalmarkts, vielmehr wird auch das Regulierungsniveau des sog. „Grauen Kapitalmarkt“ angehoben. Ziel der Gesetzesvorhaben ist die Stärkung des Vertrauens der Marktteilnehmer und insbesondere der Gesamtbevölkerung in funktionsfähige Märkte und ein faires, kundenorientiertes Finanzdienstleistungsangebot. Dieser Beitrag gibt einen kurzen Überblick über den Stand und Inhalt der bevorstehenden Gesetzesänderungen.

Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz

Das Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz (vgl. Gesetzentwurf BT-Drs. 17/3628; Beschlussempfehlung BT-Drs. 17/4710) wurde am 11.02.2011 vom Deutschen Bundestag verabschiedet und wird in den nächsten Wochen in Kraft treten.

Enthalten sind dort im Überblick nachfolgende neue Regelungen im Finanzdienstleistungsbereich (ohne Grauen Kapitalmarkt):

- erstens die Erhöhung der Beteiligungstransparenz beim Anschleichen bei Übernahmetransaktionen,
- zweitens die Verbesserung bei der Produktinformation,
- drittens eine verstärkte Kontrolle der Anlageberater zur Vermeidung von Falschberatung und
- viertens ein Konzept für die Erhaltung der offenen Immobilienfonds.

Ziel und Inhalt der neuen Regelungen sind nach der Gesetzesbegründung im Einzelnen wie folgt:

Erhöhung der Beteiligungstransparenz: Zur Verbesserung der Kapitalmarkttransparenz werden neue Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten für bislang nicht erfasste Transaktionen eingeführt. Damit wird verhindert, dass unbemerkt größere Stimmrechtspositionen aufgebaut werden können, beispielsweise im Rahmen von Übernahmetransaktionen. Die neuen Meldevorschriften erstrecken sich insbesondere auf Finanzinstrumente, die lediglich einen Zahlungsausgleich jedoch kein Recht auf den Erwerb von Aktien vorsehen. Erfasst werden auch

Stillhalterpositionen von Verkaufsoptionen, Rückforderungsansprüche des Darlehensgebers eines Wertpapierdarlehens und Geschäfte mit Rückkaufvereinbarungen (Repo-Geschäfte).

Produktinformationsblatt: Um Anleger besser über Finanzprodukte zu informieren, soll in Zukunft ein kurzes und leicht verständliches Dokument die Anleger über die wesentlichen Merkmale eines Finanzinstruments informieren (sog. „Beipackzettel“).

Verstärkte Kontrolle von Anlageberatern: Zukünftig sind Mitarbeiter in der Anlageberatung, Vertriebsverantwortliche und Compliance-Beauftragte bei der BaFin zu registrieren. Die Registrierung richtet den Aufsichtsfokus auf die einzelnen Personen, die beraten, auf Personen, die Einfluss auf diesen Prozess und insbesondere Vertriebsvorgaben ausüben können, sowie auf diejenigen Personen, die rechtskonformes Verhalten überwachen. Erforderlich ist nunmehr, dass die vorstehenden Personen sachkundig sind und über die für ihre Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit verfügen. Die konkreten Anforderungen an Qualifikation und Zuverlässigkeit werden im Verordnungswege durch das Bundesministerium der Finanzen bestimmt werden.

Offene Immobilienfonds: Die Gesetzesänderungen zielen dort darauf ab, ein nachhaltiges Offenhalten der Sondervermögen – ein Wesensmerkmal des offenen Fondstyps – sicherzustellen. Insbesondere durch die neu eingeführte Mindesthaltefrist soll Anlegern schon beim Erwerb von Anteilen an einem Immobilien-Sondervermögen bewusst werden, dass eine Investition in Immobilien langfristig angelegt sein muss. Die Neuregelung erlaubt für die Zukunft eine angemessene Liquiditätssteuerung durch die verwaltenden Kapitalanlagegesellschaften. Zukünftig gilt eine Mindesthaltefrist von zwei Jahren, die für bestehende Anleger als erfüllt gilt. Daran schließen sich zwei weitere Jahre mit Halteanreizen an: ausstiegswillige Anleger müssen im dritten Jahr einen Abschlag von zehn Prozent auf den Anteilwert hinnehmen, im vierten Jahr fünf Prozent. Ab dem fünften Jahr ist eine abschlagsfreie Rückgabe möglich. Der Abschlagsbetrag verbleibt im Fondsvermögen und kommt den im Fonds verbleibenden Anlegern zugute. Mindesthaltefrist und Rücknahmeabschläge erfassen nur Rückzahlungen, die über 5.000 Euro pro Monat hinausgehen. Damit bleibt der typische laufende Bedarf eines Privatanlegers von den genannten Einschränkungen unbeeinträchtigt. Im Ergebnis ist eine jederzeitige Rückgabe der Anteile an offenen Immobilienfonds auf Basis des aktuellen Anteilswertes nunmehr nicht länger möglich.

Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenänderungsgesetz

Eine wesentliche Anhebung des Regulierungsniveaus des Grauen Kapitalmarkts wird in absehbarer Zeit durch das Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts bewirkt werden. Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie haben gemeinsam einen Diskussionsentwurf zur Stärkung des Anlegerschutzes im Bereich des Grauen Kapitalmarkts erarbeitet. Der Diskussionsentwurf soll nach Abschluss des nun eingeleiteten Konsultationsverfahrens zeitnah durch das Bundeskabinett beschlossen werden. Mit einem Inkrafttreten des Gesetzes wird Anfang 2012 gerechnet.

Nach der Begründung des Diskussionsentwurfs sollen Pflichten, die im regulierten Bereich bereits Standard sind, auf den bisherigen Graumarktbereich ausgedehnt werden. Hierzu gehören das aufsichtsrechtliche Gebot, anlegergerecht zu beraten, Provisionen offen zu legen und über ein Beratungsgespräch ein Protokoll zu führen und dem Anleger zur Verfügung zu stellen. Zudem sollen strengere Anforderungen an Inhalt und Prüfung von Verkaufsprospekten für Vermögensanlagen eingeführt und Anbieter von Vermögensanlagen verpflichtet werden, maximal drei DIN-A4-Seiten umfassende Kurzinformativblätter zu erstellen, um die Anleger in kurzer und verständlicher Form über die von ihnen angebotenen Vermögensanlagen zu informieren. Für Emittenten von Vermögensanlagen sollen strengere Rechnungslegungspflichten eingeführt werden, die sich an denen großer Kapitalgesellschaften orientieren. Daneben sollen die kurzen Sonderverjährungsfristen im Prospekthaftungsrecht gestrichen und die Haftungsvoraussetzungen im Bereich der Prospekthaftung für Vermögensanlagen erleichtert werden.

Im Bereich der gewerblichen Finanzanlagenvermittlung und -beratung soll der Anlegerschutz durch die Einführung eines Sachkundenachweises und einer Berufshaftpflichtversicherung bzw. einer entsprechenden Kapitalausstattung als neue Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis für den gewerblichen Vertrieb von Finanzanlagen und für die Finanzanlagenberatung gestärkt werden. Darüber hinaus sollen die Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten des sechsten Abschnitts des Wertpapierhandelsgesetzes auf gewerbliche Finanzanlagenvermittler und -berater übertragen werden.

Die genauen inhaltlichen Anforderungen an den zukünftig erforderlichen Sachkundenachweis sind derzeit noch ungeklärt. Ebenso offen ist die Frage, ob

und welche Berufsqualifikationen zukünftig automatisch als Sachkundenachweis anerkannt werden. Klarheit wird insoweit erst die im Gesetz vorgesehene ministerielle Rechtsverordnung bringen. Denkbar erscheint auch, dass die Erfordernisse an die erforderliche Sachkunde in einer für sämtliche Bereiche des Kapitalmarkts geltenden Rechtsverordnung einheitlich zusammengefasst werden.

AIFM-Richtlinie

Eine weitere deutliche Anhebung des Regulierungsniveaus des Grauen Kapitalmarkts wird mittelfristig durch die Umsetzung der sog. AIFM-Richtlinie der Europäischen Union (Richtlinie über die Manager alternativer Investmentfonds) erfolgen. Das Europäische Parlament hat der Richtlinie bereits im November 2010 zugestimmt, mit einem Inkrafttreten wird bis Mitte 2011 gerechnet. Die Richtlinie ist sodann innerhalb von zwei Jahren vom deutschen Gesetzgeber in nationales Recht umzusetzen. Mit dem Inkrafttreten der nationalen Vorschriften ist also Mitte 2013 zu rechnen.

Der Anwendungsbereich der AIFM-Richtlinie ist grundsätzlich sehr weit und bezweckt die Regulierung aller bislang unregulierten Fonds, also auch geschlossener Fonds. Die Regulierung betrifft allerdings nicht unmittelbar die Fonds, die AIFM-Richtlinie regelt vielmehr Pflichten für die die Fonds verwaltenden Personen. Die Tätigkeit als AIF-Manager wird zukünftig einer staatlichen Zulassung bedürfen, die nur bei hinreichender Qualifikation und Zuverlässigkeit erteilt wird. Die AIFM-Richtlinie normiert dementsprechend Voraussetzungen für die Ausübung der Tätigkeit als AIF-Manager. AIF-Manager unterliegen bestimmten Wohlverhaltensregeln, wie beispielsweise der Verpflichtung, ihrer Tätigkeit stets ehrlich, mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit und mit Fairness nachzugehen. AIF-Manager haben angemessene Maßnahmen zu treffen, um Interessenkonflikte mit den Anlegern zu verhindern oder zumindest offen zu legen. Der AIF-Manager hat sicherzustellen, dass die Funktionen Risikomanagement und Portfoliomanagement voneinander getrennt sind und gesonderten Prüfungen unterliegen. Ferner ist ein angemessenes Liquiditätsmanagementsystem zu implementieren. Neben den Wohlverhaltensregeln enthält die AIFM-Richtlinie Vorschriften zu Eigenkapitalanforderungen sowie organisatorischen Anforderungen des AIF-Managers. Schließlich enthält die AIFM-Richtlinie umfangreiche Transparenzanforderungen.

Die Umsetzung der AIFM-Richtlinie wird voraussichtlich zu spürbaren Änderungen der Regulierung des Grauen Kapitalmarkts führen. Zu

berücksichtigen ist allerdings, dass ein Teil der Regulierungsvorschriften der AIFM-Richtlinie bereits durch das Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts umgesetzt werden wird.

Ausblick

Die Branche wird durch die bevorstehenden Neuregelungen vor vielfältige Aufgaben gestellt. Wir informieren Sie regelmäßig über die weitere Rechtsentwicklung und beraten Sie gerne bei der Herausforderung, die neuen Regulierungsanforderungen in Ihrem Unternehmen umzusetzen.

*Dr. Christof Schmidt, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht
Dr. Thomas Griebel, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht*

Über diesen Newsletter

Die Autoren dieser Ausgabe sind in der Praxisgruppe Gesellschaftsrecht und Umstrukturierungen unserer Kanzlei tätig.

Mit unserem Newsletter möchten wir unsere Mandanten und interessierte Dritte über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur informieren. Sollten Sie an diesen Informationen nicht interessiert sein, bitten wir Sie, uns dies per E-Mail mitzuteilen.

Sofern Sie zu bestimmten Themen oder zum Newsletter insgesamt Fragen oder Anregungen haben, können Sie sich jederzeit gerne an die Ihnen bekannten Ansprechpartner wenden. Gerne greifen wir auch Ihre Ideen für künftige Beiträge oder weitere Empfänger des Newsletters auf. Bitte wenden Sie sich an: volker.schwarz@heussen-law.de oder jan.schubert@heussen-law.de (Büro Stuttgart).

Weitere Informationen

Besuchen Sie auch unsere Homepage unter der URL <http://www.heussen-law.de>

Herausgeber

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524

Geschäftsführung:

RA Christoph Hamm

Verantwortlich i.S.d. MDSStV und des Presserechts:

RA Dr. Volker Schwarz

Ansprechpartner:

Büro Stuttgart:

Dr. Volker Schwarz
Jan-F. Schubert
Friedrichstraße 14
70174 Stuttgart
Telefon: +49 (0) 711 22840-141
Telefax: + 49 (0) 711 22840-111

Büro München:

Dr. Christof Schmidt
Dr. Georg Anders
Dr. Thomas Griebel
Briennerstraße 9 / Amiraplatz
80333 München
Telefon: +49 (0) 89 29097-0
Telefax: + 49 (0) 89 29097-200

Büro Frankfurt:

Georg-René Lubinski
Norbert Pahl
Platz der Einheit 2
60327 Frankfurt am Main
Telefon: +49 (0) 69 15242-089 29097-0
Telefax: + 49 (0) 69 15242-111

Büro Berlin:

Dr. Lutz Steffen
Lise-Meitner-Straße 1
10589 Berlin
Telefon: +49 (0) 30 7009 49-10
Telefax: + 49 (0) 30 7009 49-89

Haftungsausschluss

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen im Überblick dar und ersetzt nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall. Wir bitten um Ihr Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Angaben trotz sorgfältiger Recherche keine Haftung übernehmen.