

IWRZ

Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht

1/2015



HERAUSGEBER:

Arbeitsgemeinschaft Internationales Wirtschaftsrecht
im Deutschen Anwaltverein

SCHRIFTLEITUNG:

RA Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, RA in Dr. Malaika Ahlers,
RA Thomas Krümmel, Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer

AUS DEM INHALT

Editorial 1 | **JAN CURSCHMANN** Start der IWRZ

Gesellschaftsrecht 3 | **CASPAR BEHME** Geschäftsleiterhaftung und alternative Streitbeilegung
18 | **MICHAEL PUCHER** Verträge zwischen ausländischer Muttergesellschaft und österreichischer Tochtergesellschaft
29 | **BGH:** Aufhebung eines Unternehmensvertrags mit einer abhängigen GmbH nur zum Ende eines Geschäftsjahres

Schiedsgerichtsbarkeit 9 | **PIERRE A. KARRER** Gibt es bei (internationalen) Schiedsverfahren eine besondere Streitkultur?
15 | **AXEL REEG** The New Arb-Med-Arb Protocol of the Singapore International Arbitration Centre
31 | **OLG München:** Neutralitätspflicht einer Schiedsgerichtsorganisation

Wirtschaftsrecht 27 | **EuGH:** Auskunftspflicht von Banken bei Schutzrechtsverletzungen

Internationales Zivilverfahrensrecht 33 | **EuGH:** Zuständigkeit für Klagen wegen Kartellschäden
35 | **EuGH:** Fehlerhafte Beurteilung einer Markenrechtsverletzung

Ausländisches Recht 39 | **US Court of Appeals for the Ninth Circuit:** Lizenzgebühr zu FRAND-Konditionen

Seiten 1–48 | 6. November 2015

Handels- und Gesellschaftsrecht PLUS | PREMIUM | OPTIMUM



Handels- und Gesellschaftsrecht PLUS

Baumbach/Hopt, HGB; Baumbach/Hueck, GmbHG und Huffer, Aktiengesetz: Diese wichtigen Standardwerke stehen Ihnen auch online zur Verfügung. Dazu Rechtsprechung in Hülle und Fülle sowie führende Zeitschriften wie **NZG**. Damit macht sich dieses umfassende Informationspaket schnell bezahlt.

Infos: www.beck-shop.de/brcr

► schon ab € 62,25/Monat
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

4 Wochen kostenlos testen

Handels- und Gesellschaftsrecht PREMIUM

Manchmal muss es eben etwas mehr sein. Das Aufbaumodul Handels- und Gesellschaftsrecht PREMIUM bietet weitere renommierte Nachschlagewerke wie **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch** und zum **Aktiengesetz** sowie die Praxiszeitschrift **GWR**.

Infos: www.beck-shop.de/brcs

► schon ab € 131,25/Monat
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

Handels- und Gesellschaftsrecht OPTIMUM

Für alle, die »on Top« sein müssen, bietet das Aufbaumodul Handels- und Gesellschaftsrecht OPTIMUM renommierte Standardwerke wie **Münchener Kommentar zum GmbHG** und **Beck'sches Handbuch der AG** sowie **Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz**. Damit bleiben keine Wünsche offen.

Infos: www.beck-shop.de/wfstm

► schon ab € 180,-/Monat
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

 facebook.com/beckonline |  twitter.com/beckonlinede

IWRZ

Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht

1/2015 | Seiten 1–48

INHALT

Editorial

1 | JAN CURSCHMANN Start der IWRZ

Beiträge

3 | CASPAR BEHME Geschäftsleiterhaftung und alternative Streitbeilegung. Zulässigkeit von Mediationsverfahren vor dem Hintergrund von § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG

9 | PIERRE A. KARRER Gibt es bei (internationalen) Schiedsverfahren eine besondere Streitkultur? Gemeinsamkeiten und Unterschiede

15 | AXEL REEG The New Arb-Med-Arb Protocol of the Singapore International Arbitration Centre. Can it help overcome the settlement dilemma in cross-cultural arbitration cases?

18 | MICHAEL PUCHER Verträge zwischen ausländischer Muttergesellschaft und österreichischer Tochtergesellschaft. Gesellschafts- und steuerrechtliche Fragen

Rechtsprechung

Wirtschaftsrecht **27 | EuGH:** Auskunftspflicht von Banken bei Schutzrechtsverletzungen – m. Anm. **Schönknecht**

Urteil vom 16.7.2015 – C-580/13 – Coty Germany GmbH gegen Stadtsparkasse Magdeburg

Gesellschaftsrecht **29 | BGH:** Aufhebung eines Unternehmensvertrags mit einer abhängigen GmbH nur zum Ende eines Geschäftsjahres – m. Anm. **Vetter**

Urteil vom 16.6.2015 – II ZR 384/13

30 | OLG München: Nicht-Entlastung wegen unentschuldigter Pflichtverletzungen der Geschäftsführung – m. Anm. **Mayer/Martens**

Endurteil vom 22.7.2015 – 7 U 2980/12

Schiedsgerichtsbarkeit **31 | OLG München:** Neutralitätspflicht einer Schiedsgerichtsorganisation – m. Anm. **Salger**

Beschluss vom 18.12. 2014 – 34 SchH 3/14

- Zivilrecht** 32 | **OLG Hamm:** Wirksame Einbeziehung von AGB im kaufmännischen Verkehr – m. Anm. **Krümmel**
Urteil vom 19.5.2015 – 7 U 26/15
- Internationales Zivilverfahrensrecht** 33 | **EuGH:** Zuständigkeit für Klagen wegen Kartellschäden – m. Anm. **Dohrn**
Urteil vom 21.5.2015 – C-352/13 – Cartel Damage Claims
- 35 | **EuGH:** Fehlerhafte Beurteilung der Voraussetzungen einer Markenverletzung – Diageo/Simiramida – m. Anm. **Lemke**
Urteil vom 16.7.2015 – C-681/13
- 37 | **OLG München:** Gerichtsstand des Vermögens
Endurteil vom 29.4.2015 – 7 U 185/15
- Ausländisches Recht** 39 | **United States Court of Appeals for the Ninth Circuit:** Lizenzgebühr zu FRAND-Konditionen – Microsoft Corporation v. Motorola Inc. – m. Anm. **Tilman**
Entscheidung vom 30.7.2015 – No. 14-35393

Magazin

- 41 | **Fachanwalt**
41 | **Menschenrechte**
43 | **Law – Made in Germany**
45 | **Länderberichte**
48 | **Veranstaltungen/Termine**

ISSN 2365-2004

IMPRESSUM

IWRZ

Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht

Schriftleitung:

RA Prof. Dr. Graf Friedrich von Westphalen, (v.i.S.d.P.)
RAin Dr. Malaika Ahlers, LL.M.
RA Thomas Krümmel, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer

Redaktion IWRZ:

E-Mail: iwrz@beck.de

Redakteurin:

Smilja Atanackovic

Manuskripte: Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag C.H.BECK an seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung,

das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Anzeigenabteilung:

Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München,
Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München.
Media-Beratung: Telefon (0 89) 3 81 89-687,
Telefax (0 89) 3 81 89-589.
Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: Telefon (0 89) 3 81 89-603, Telefax (0 89) 3 81 89-599, E-Mail anzeigen@beck.de
Verantwortlich für den Anzeigenteil: Bertram Götz.

Verlag:

Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon:(0 89) 3 81 89-0, Telefax: (0 89) 3 81 89-398, Postbank München: Nr. 6229-802, BLZ 700 100 80.

Erscheinungsweise:

zweimonatlich.

Bezugspreise 2016:

Abopreise: jährlich (inkl. Datenbank IWRZDirekt für einen Nutzer) € 189,- (darin € 15,29 MwSt.), Einzelheft: € 35,- (darin € 2,29 MwSt.). Versandkosten jeweils zuzüglich. Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag.

KundenServiceCenter:

Telefon: (0 89) 3 81 89-750,
Telefax: (0 89) 3 81 89-358.
E-Mail: bestellung@beck.de

Abbestellungen:

6 Wochen vor Jahresschluss.

Adressenänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienste-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

Druck: NOMOS Druckhaus, In den Lissen 12, 76547 Sinzheim.

IWRZ

Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht

1/2015 | Seiten 1–48

EDITORIAL

HERAUSGEBER:

Arbeitsgemeinschaft Internationales
Wirtschaftsrecht im Deutschen Anwaltverein

SCHRIFTLEITUNG:

RA Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen
Friedrich Graf von Westphalen & Partner
Rechtsanwälte, Köln

RAin Dr. Malaika Ahlers, LL.M.,
Becker Büttner Held Rechtsanwälte
Wirtschaftsprüfer Steuerberater, Berlin
RA Thomas Krümmel, LL.M., Meyer-Köring
Rechtsanwälte Steuerberater, Berlin
Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer, Institut für
ausländisches und internationales Privat-
und Wirtschaftsrecht, Universität Heidelberg

HERAUSGEBERBEIRAT:

Prof. Dr. Holger Altmeppen, Lehrstuhl für
Bürgerliches Recht, Handels- und
Wirtschaftsrecht, Universität Passau

RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M.,
Gleiss Lutz, Stuttgart

RA Prof. Dr. Hanns-Christian Salger, LL.M.,
Attorney-at-Law, Salger Rechtsanwälte,
Frankfurt/M.

RAin Prof. Dr. Renate Dendorfer-Ditges, LL.M.,
MBA, Attorney-at-Law, Ditges Rechtsanwälte
Wirtschaftsprüfer Steuerberater, Bonn

Start der IWRZ

Liebe Leser,

vor Ihnen liegt die erste Ausgabe der IWRZ, der „Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht“!

Wir sind stolz, Ihnen diese „Nullnummer“ rechtzeitig zum „1. Internationalen Wirtschaftsrechtstag“ vorlegen zu können, der am 6. und 7. November 2015 in Berlin stattfindet. „Nullnummer“ deshalb, weil die IWRZ erst Mitte Februar 2016 mit Heft 1 des ersten Jahrgangs in ihr richtiges Leben starten wird.

Wir – das ist der Geschäftsführende Ausschuss der *Arbeitsgemeinschaft Internationales Wirtschaftsrecht im Deutschen Anwaltverein* (DAV-ARGE IWR, www.dav-iwr.de), die Herausgeberin der IWRZ ist. Über die im Frühsommer des Jahres getroffene Entscheidung, das Projekt dieser neuen Fachzeitschrift in Angriff zu nehmen, sind wir sehr froh. Vorangegangen war eine Zeit mit manchen Zweifeln, vor allem aber mit vielen konstruktiven Überlegungen, guten Gesprächen und intensiven Verhandlungen. Es ging dabei in erster Linie um inhaltliche, aber auch um gestalterische und natürlich nicht zuletzt um wirtschaftliche Fragen: Gibt es einen Leserkreis, der groß genug ist, um das Erscheinen der IWRZ zu rechtfertigen?

Wir sind zuversichtlich, dass dies der Fall ist. Der *C.H. Beck-Verlag*, der das Projekt von Beginn an mit großem Nachdruck befürwortet hat und dem ich an dieser Stelle für seine großartige Unterstützung danke, hat uns die Entscheidung sehr erleichtert. Die IWRZ soll eine im deutschen Zeitschriftenmarkt bisher bestehende Lücke schließen. Ihr Fokus wird auf dem international harmonisierten Gesellschafts- und Handelsrecht sowie auf dem Recht internationaler Schiedsverfahren liegen. Weitere Schwerpunkte werden das Kollisionsrecht und Beiträge zum ausländischen Recht sein, ferner Compliance-Themen und das europäische Wettbewerbsrecht. Mit dieser besonderen, auf das Curriculum des „Fachanwalts für internationales Wirtschaftsrecht“ abgestimmten Ausrichtung deckt die IWRZ exakt die Themen und Fragestellungen ab, die für alle im internationalen Wirtschaftsrecht tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte relevant sind, ob freiberuflich tätig oder in Unternehmen als Syndikusanwälte.

Wir sind die Kooperation mit dem *C.H. Beck-Verlag* eingegangen, um unsere bisherigen Publikationen – das waren das zweimal jährlich in Printversion erscheinende Mitteilungsblatt und der monatlich erscheinende elektronische Newsletter – in einer neuen, jährlich erscheinenden hochwertigen Fachzeitschrift aufzuwerten und zu bündeln. Eben der IWRZ, für deren Inhalt exakt diejenigen Redaktionsmitglieder verantwortlich sein werden, die in der Vergangenheit so erfolgreich das Mitteilungsblatt und den Newsletter betreut haben: Rechtsanwalt Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen / Köln, Prof. Dr. Thomas Pfeiffer / Universität Heidelberg sowie Rechtsanwältin Dr. Malaika Ahlers, Rechtsanwalt Thomas Krümmel und Smilja Atanackovic,



Dr. Jan Curschmann

alle Berlin. Die Mitglieder der Redaktion werden in den Editorials der kommenden Ausgaben der IWRZ nacheinander selbst zu Wort kommen und sich Ihnen vorstellen. Unterstützt werden sie von einem Herausgeberbeirat, zu dem Prof. Dr. Holger Altmeyen / Universität Passau, Rechtsanwältin Prof. Dr. Renate Dendorfer-Ditges / Bonn, Rechtsanwalt Prof. Dr. Hanns-Christian Salger / Frankfurt und Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerhard Wegen / Stuttgart gehören.

Die IWRZ ist aber nicht die einzige Neuerung bei der DAV-ARGE IWR, die im Jahre 1989 gegründet wurde und bis 2014 *Arbeitsgemeinschaft Internationaler Rechtsverkehr* hieß. Wir fanden, dass nach 25 Jahren der Zeitpunkt gekommen war für eine grundlegende Modernisierung. Eine Modernisierung, die in der Umbenennung der Arbeitsgemeinschaft ihren Ausdruck findet und in der Sache wie folgt geprägt ist:

Seit 2011 hatte der Geschäftsführende Ausschuss der DAV-ARGE IWR sich energisch für die Einführung der neuen Fachanwaltsbezeichnung „Internationales Wirtschaftsrecht“ eingesetzt. Die meisten von Ihnen werden wissen, dass unser Einsatz erfolgreich war: Die Satzungsversammlung hat die Einführung dieser Fachanwaltsbezeichnung am 6. Dezember 2013 beschlossen. Die ersten „Fachanwälte für internationales Wirtschaftsrecht“ wurden daraufhin bereits im Jahre 2014 zugelassen, mit stetem Anstieg der Zulassungszahlen seit Beginn dieses Jahres. Die von der *Deutschen AnwaltAkademie* angebotenen Fachanwaltskurse sind gut besucht. Das verwundert nicht. Denn für viele Kolleginnen und Kollegen, die über internationalrechtliche Erfahrungen und Kenntnisse verfügen, ist der Erwerb dieser Fachanwaltsbezeichnung hochinteressant.

Gemäß § 15 der Fachanwaltsordnung (FAO) sind alle Fachanwälte zur Fortbildung verpflichtet. Die Fortbildungsverpflichtung umfasst 15 Zeitstunden pro Kalenderjahr, von denen 5 Zeitstunden im Selbststudium abgeleistet werden können. Um den „Fachanwälten für internationales Wirtschaftsrecht“ die Möglichkeit zu eröffnen, ihrer Fortbildungsverpflichtung kompakt durch den Besuch einer einzigen Veranstaltung nachzukommen, hat die DAV-ARGE IWR das Veranstaltungsformat „Internationaler Wirtschaftsrechtstag“ mit einem Umfang von jeweils 10 Zeitstunden geschaffen. Die sehr erfolgreiche Auftaktveranstaltung hat im November 2014 stattgefunden. In diesem Jahr folgt nun der „1. Internationale Wirtschaftsrechtstag“. Mitglieder der DAV-ARGE IWR zahlen einen reduzierten Teilnahmebeitrag.

Die DAV-ARGE IWR hat für ihre Mitglieder mit der Deutschen AnwaltAkademie (DAA) eine Vereinbarung getroffen, die Fachanwälten ermöglicht, die gemäß § 15 Abs. 4 FAO im Selbststudium ableistbaren 5 Zeitstunden ihrer Fortbildungsverpflichtung online im Fernstudium wahrzunehmen. Das geschieht unter Einsatz eines Online-Moduls der DAA, über das Fachanwälte für internationales Wirtschaftsrecht Verständnisfragen zu ausgesuchten, in der IWRZ veröffentlichten Beiträgen beantworten können. Studium der Beiträge und (richtige) Beantwortung der Verständnisfragen gelten als erfolgreiches Selbststudium im Sinne der FAO und werden von der DAA auf der Grundlage vorgegebener Zeittakte den Nutzern bestätigt.

Mit diesem Angebot – und insbesondere der IWRZ – scheint uns die DAV-ARGE IWR gut für die Zukunft gerüstet. Viele positive Reaktionen in der letzten Zeit haben uns dies bestätigt. Der Beitritt lohnt sich mehr denn je: Die Mitgliedschaft in der DAV-ARGE IWR mit einem jährlichen Mitgliedsbeitrag von derzeit 170 Euro schließt den kostenlosen Bezug der neuen IWRZ ein. Allein der Bezug der IWRZ im freien Verkauf (Jahresabonnement) kommt Sie teurer zu stehen!

Für einen Beitritt sprechen aber noch manche weitere Argumente. Die Leistungen, welche die DAV-ARGE IWR ihren Mitgliedern bietet, sind in der vorstehenden Auflistung (freier Bezug der IWRZ, reduzierter Teilnahmebeitrag beim „Internationalen Wirtschaftsrechtstag“, Zugang zum DAA-online-Modul für die Fortbildung im Selbststudium) noch keineswegs vollständig dargestellt. Geboten werden ferner regelmäßig stattfindende weitere Seminare, teils in Kooperation mit anderen Arbeitsgemeinschaften. Dazu gehören bilaterale Konferenzen wie beispielsweise das jährliche „Deutsch-Französische Seminar“, das „Niederländisch-Deutsche Rechtsanwaltsymposium“ und das „Deutsch-Italienische Seminar“. Auch für „Law – Made in Germany“ hat die DAV-ARGE IWR sich von Beginn an maßgeblich eingesetzt: Veranstaltungen zu diesem Thema gehören ständig zu unserem Programm.

Abschließend möchte ich Sie um Folgendes bitten: Der Erfolg einer Zeitschrift hängt letztlich entscheidend von ihren Lesern ab. Sie dürfen also gerne und jederzeit Anregungen und Verbesserungsvorschläge machen, uns kritisieren oder loben. Auch von Ihnen verfasste Fachbeiträge und Hinweise auf interessante Rechtsprechung sind willkommen. Nur mit Ihrem Feedback können wir uns verbessern. Und das möchten wir in Ihrem und in unserem Interesse. Sie erreichen die Redaktion unter iwrz@beck.de.

Mit besten Grüßen

Ihr



Dr. Jan Curschmann

Dr. Jan Curschmann

ist Vorsitzender des Geschäftsführenden Ausschusses der DAV-Arbeitsgemeinschaft Internationales Wirtschaftsrecht. Er ist Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei Taylor Wessing in Hamburg.

BEITRÄGE

Dr. Caspar Behme*

Geschäftsleiterhaftung und alternative Streitbeilegung

Zulässigkeit von Mediationsverfahren vor dem Hintergrund von § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG

Verfahren über Haftungsansprüche gegen Geschäftsleiter vor staatlichen Gerichten haben aus Sicht aller Beteiligten verschiedene Nachteile; insbesondere gelangen Informationen über Interna der Gesellschaft an die Öffentlichkeit. Daher bieten sich alternative Formen der Streitbeilegung an, wobei eine erfolgreiche Mediation einem Schiedsverfahren in Bezug auf die Verfahrensdauer und die Verfahrenskosten deutlich überlegen ist. Der nachfolgende Beitrag untersucht, welche Grenzen insbesondere § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG der Mediationsfähigkeit von Organhaftungsansprüchen setzt, und geht auf einige Besonderheiten ein, die sich mit Blick auf die Durchführung solcher Mediationsverfahren stellen.

I. Einleitung

In der einschlägigen Literatur zur alternativen Streitbeilegung wird immer wieder betont, welches Potential insbesondere die Mediation zur Konfliktlösung in ganz unterschiedlich gearteten – auch und gerade wirtschaftsrechtlich geprägten – Streitigkeiten haben kann.¹ Dies gilt für Streitigkeiten im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen² oder Kreditfinanzierungen³ ebenso wie für genuin gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten: So wird die Mediationseignung etwa bejaht für Gesellschafterstreitigkeiten⁴, auch Beschlussmängelstreitigkeiten⁵ und Spruchverfahren⁶, Streitigkeiten zwischen Gesellschaftsorganen⁷ und innerhalb von Gesellschaftsorganen sowie Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Ausscheiden und der Nachfolge von Gesellschaftern.⁸

Auffällig ist, dass in der Literatur die Frage der Mediationseignung von Konflikten betreffend die (Innen-)Haftung von Geschäftsleitern ggü. ihrer Gesellschaft für Pflichtverletzungen – soweit ersichtlich – nicht erörtert wird. Selbst eine 2013 erschienene Dissertation zur „Mediation im Aktienrecht“ geht darauf mit keinem Wort ein.⁹ Ist der Gedanke an eine Mediation über derartige Streitigkeiten so fernliegend? Oder wird stillschweigend vorausgesetzt, dass sich derartige Konflikte für ein Mediationsverfahren eignen und dieses auch rechtlich zulässig ist? Das Schweigen der Literatur ist umso erstaunlicher, als – gerade in jüngerer Zeit – eine Vielzahl von Beiträgen erschienen ist, die sich mit Fragen der Schiedsfähigkeit von Organhaftungsansprüchen und der Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zwischen einer Gesellschaft und ihren Organen¹⁰ befassen. Die Chancen und rechtlichen Probleme, die damit verbunden sein können, Organhaftungsstreitigkeiten anders als vor staatlichen Gerichten auszutragen, sind also durchaus präsent.

Der nachfolgende Beitrag geht der Frage nach, welche Vorteile und Nachteile ein Mediationsverfahren zur Beilegung von

Organhaftungsstreitigkeiten bietet (unter II.), und unter welchen Voraussetzungen ein solches Verfahren überhaupt zulässig ist (unter III.). Am Ende sollen einige Fragen behandelt werden, die sich mit Blick auf die praktische Durchführung von Mediationsverfahren über Organhaftungsansprüche stellen (unter IV.).

II. Vorteile und Nachteile alternativer Streitbeilegungsverfahren bei Geschäftsleiterhaftung

Es kann viele Gründe dafür geben, Geschäftsleiter für pflichtwidriges Handeln nicht gerichtlich zur Verantwortung zu ziehen: Von einer möglichen Belastung der häufig guten persönlichen Beziehungen der (ehemaligen und amtierenden) Mitglieder der Gesellschaftsorgane einmal abgesehen, verursacht ein Haftungsprozess, der sich über mehrere Jahre und Instanzen hinzieht, erhebliche Kosten, denen – nicht zuletzt auf Grund der offenen gesetzlichen Formulierung der Geschäftsleiterpflichten – häufig nur ungewisse Erfolgsaussichten gegenüberstehen. Hinzu kommt, dass Unternehmensinterna an die Öffentlichkeit gelangen und die Reputation der Gesellschaft¹¹ Schaden nehmen kann. Zumindest im Aktienrecht wird allerdings der zur Geltendmachung des Anspruchs aus § 93 Abs. 2 AktG gegen Vorstandsmitglieder berufene Aufsichtsrat durch die Rechtsprechung des BGH geradezu „zum Jagen getragen“: Nach der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung hat der Aufsichtsrat die Pflicht, das Bestehen von Schadensersatz-

* Dr. Caspar Behme ist Wissenschaftlicher Assistent und Akademischer Rat a. Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Unternehmensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

1 S. statt vieler Eidenmüller/Wagner, in: dies. (Hrsg.), Mediationsrecht, 2015, Kap. 1, Rdnr. 80 ff.

2 Behme, DB 2014, 881.

3 Knief, DStR 2010, 888.

4 Dendorfer/Krebs, MittBayNot 2005, 85.

5 Casper/Risse, ZIP 2000, 437; Dendorfer/Krebs, MittBayNot 2005, 91; monografisch Lehmann, Mediation in Beschlussmängelstreitigkeiten, 2013.

6 Kruse, Mediation im Gesellschaftsrecht, 2013, S. 154; zur Beendigung von Spruchverfahren durch Vergleich s. Zimmer/Meese, NZG 2004, 201.

7 Z.B. mit Blick auf den Informationsanspruch des Aufsichtsrats gem. § 90 AktG, s. dazu Kruse, Mediation im Gesellschaftsrecht, 2013, S. 133 ff.

8 Heckschen, NotBZ 2002, 203.

9 Kruse, Mediation im Gesellschaftsrecht, 2013; genannt werden als Anwendungsfelder der Mediation lediglich Konflikte zwischen Vorstandsmitgliedern und der Gesellschaft im Zusammenhang mit dem Anstellungsverhältnis, z. B. Höhe des Gehalts oder Reichweite eines Wettbewerbsverbots (S. 153).

10 Dazu mit unterschiedlichen Ergebnissen Bauer/Arnold/Kramer, AG 2014, 679 ff.; Herresthal, ZIP 2014, 347 ff.; Werner, ZWH 2015, 131; von Westphalen, ZIP 2013, 2184.

11 S. zum Topos der Unternehmensreputation jüngst Klöhn/Schmolke, NZG 2015, 689.

ansprüchen der AG ggü. Vorstandsmitgliedern eigenverantwortlich zu prüfen; kommt er dabei zu dem Ergebnis, dass der AG durchsetzbare Schadensersatzansprüche zustehen, hat der Aufsichtsrat diese Ansprüche grds. zu verfolgen.¹²

Aus Sicht des Aufsichtsrats einer AG stellt sich damit die Frage, was er tun kann, um sowohl die durch die Geltendmachung entstehenden Kosten als auch mögliche Reputationsverluste für die Gesellschaft zu minimieren. Dieselbe Frage stellt sich aber auch für die Gesellschafterversammlung einer GmbH, wenn sie über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer entscheidet (§ 46 Nr. 8 GmbHG), und für Gesellschafter von Personengesellschaften, die darüber nachdenken, die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter wegen Pflichtverletzungen (§ 280 Abs. 1 BGB) in Regress zu nehmen.

Dabei drängt sich zunächst der Gedanke auf, die Ansprüche statt im Rahmen eines öffentlichen Verfahrens vor einem staatlichen Gericht (§ 169 GVG) vor einem privaten Schiedsgericht geltend zu machen. Denn Schiedsverfahren sind nicht öffentlich und – schon allein deshalb, weil es (abgesehen von der Aufhebung gem. § 1059 ZPO) keine Rechtsmittel gegen den Schiedsspruch gibt – regelmäßig schneller und kostengünstiger als staatliche Gerichtsverfahren.¹³ Die gute Nachricht für Aufsichtsräte und Gesellschafterversammlungen lautet dabei: Die Schiedsfähigkeit von Haftungsansprüchen gegen Geschäftsleiter ist inzwischen unbestritten. Es handelt sich ohne Weiteres um vermögensrechtliche Streitigkeiten i. S. v. § 1030 Abs. 1 ZPO.¹⁴ Auch der Gesetzgeber geht ausdrücklich davon aus, dass Vorschriften über Vergleichs- oder Verzichtverbote, wie sie im Kontext der Organhaftung etwa im Rahmen von § 43 Abs. 3 S. 2 i. V. m. § 9 b GmbHG bestehen, die Schiedsfähigkeit der zu Grunde liegenden Ansprüche nicht ausschließen.¹⁵ Für bloße Vergleichs- und Verzichtbeschränkungen, wie sie § 93 Abs. 4 AktG statuiert, gilt dies erst recht. Die schlechte Nachricht lautet: Schiedsvereinbarungen, die Gesellschaften mit Mitgliedern ihrer Geschäftsleitungsorgane abschließen, bergen ein erhebliches Risiko, als Allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert und in unionsrechtskonformer Auslegung von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB als unwirksam angesehen zu werden.¹⁶

Es liegt aus Aufsichtsrats-Perspektive daher nahe, eine streitige Auseinandersetzung über Haftungsansprüche gegen Geschäftsleiter möglichst ganz zu vermeiden. Dies kann durch den Einsatz „alternativer“ Streitbeilegungsmechanismen, namentlich der Mediation, geschehen. Unter Mediation versteht man die Vermittlung im Konflikt durch einen neutralen Dritten, der keine Entscheidungskompetenz besitzt.¹⁷ Dieser neutrale Dritte, der Mediator, unterstützt die Parteien dabei, in ihren Verhandlungen selbstbestimmt und unter Berücksichtigung der vorhandenen Einigungsoptionen und Nichteinigungsalternativen eine zufriedenstellende Abschlussvereinbarung (häufig ein rechtsverbindlicher Mediationsvergleich i. S. v. § 779 BGB)¹⁸ zu erzielen, der den allseitigen Interessen entspricht. In der fehlenden Entscheidungskompetenz des Mediators und der Fokussierung auf die (langfristigen) Interessen der Parteien anstatt auf reine Rechtsfragen liegt der entscheidende Unterschied des Mediationsverfahrens zu Verfahren vor staatlichen Gerichten oder Schiedsgerichten, die jeweils

zur Entscheidung des Konflikts unter Anwendung von Rechtsnormen berufen sind. Das Mediationsverfahren teilt mit dem Schiedsverfahren im Grundsatz¹⁹ den Vorzug der Vertraulichkeit; es kann ebenso wie ein Schiedsverfahren im Hinblick auf wesentliche Parameter (z.B. Verhandlungstermine, Verhandlungsteilnehmer, Verhandlungsorte und Verhandlungssprache) flexibel ausgestaltet werden. Deutlich überlegen ist die Mediation einem Prozess vor staatlichen Gerichten oder Schiedsgerichten ferner in Bezug auf die Verfahrensdauer²⁰ und die Verfahrenskosten.²¹

III. Mediationsfähigkeit von Haftungsansprüchen gegen Geschäftsleiter

Bei der Untersuchung der Mediationsfähigkeit von Haftungsansprüchen gegen Geschäftsleiter ist zu differenzieren nach der Rechtsform der Gesellschaft.

1. Aktiengesellschaft

Bei der Aktiengesellschaft regelt § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG, unter welchen Voraussetzungen ein Vergleich über Haftungsansprüche der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder rechtlich zulässig ist: Danach kann die Gesellschaft sich (i) erst drei Jahre nach der Entstehung des Anspruchs und (ii) nur dann über Ersatzansprüche vergleichen, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt. § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG statuiert somit formale Wirksamkeitsvoraussetzungen für einen Vergleich, steht aber einem Vergleich – und damit einer Mediation, die auf einen Vergleich abzielt – nicht per se entgegen. Dies gilt auch in den Fällen von § 93 Abs. 3 AktG.²²

¹² BGHZ 1997, 135, 244 = NJW 1997, 1926; s. dazu zuletzt *Faßbender*, NZG 2015, 501.

¹³ Allgemein zu den Vorteilen und Nachteilen der Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen der Geschäftsleiterhaftung *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 683 f.; *Herresthal*, ZIP 2014, 345 f.; *Leuering*, NJW 2014, 657; *Thümmel*, FS Geimer, 2002, S. 1333 ff.; *Werner*, ZWH 2015, 129 f.

¹⁴ *Habersack*, in: *MüKoAktG*, 4. Aufl. 2014, § 116 Rdnr. 4; *Herresthal*, ZIP 2014, 346; *Hölters*, in: *ders.*, AktG, 2. Aufl. 2014, § 93 Rdnr. 342; *Voit*, in: *Musielak*, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 1030 Rdnr. 2 (zu § 43 GmbHG); *Werner*, ZWH 2015, 130; rechtsvergleichend *Papmehl*, Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten, 2001, S. 123.

¹⁵ BT-Drs. 13/5274, S. 34.

¹⁶ Ausführlich von *Westphalen*, ZIP 2013, 2184.

¹⁷ *Behme*, DB 2014, 881; *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 2001, S. 1; ausführlicher *Duве/Eidenmüller/Hacke*, Mediation in der Wirtschaft, 2. Aufl. 2011, S. 63; *Hopt/Steffek*, in: *dies.* (Hrsg.), Mediation, 2008, S. 12 ff.

¹⁸ Zum Begriff des Mediationsvergleichs s. *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 2001, S. 43; zur Rechtsnatur der Abschlussvereinbarung ferner *Lörcher/Lörcher*, in: *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 2. Aufl. 2009, § 45 Rdnr. 1; *Unberath*, in: *Greger/Unberath*, MediationsG, 2012, § 2 Rdnr. 278.

¹⁹ Ein Unterschied besteht insoweit für die AG, weil dort der Mediationsvergleich (anders als ein Schiedsspruch) wegen § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG jedenfalls der Hauptversammlung offenzulegen ist.

²⁰ *Duве/Eidenmüller/Hacke*, Mediation in der Wirtschaft, 2. Aufl. 2011, S. 64.

²¹ S. den Kostenvergleich im *Academicum* ADR-Report, S. 19; danach kommen die Kostenvorteile der Mediation insbesondere bei hohen Streitwerten zum Tragen (wovon bei Organhaftungsansprüchen häufig auszugehen sein wird).

²² Anders *Dendorfer/Krebs*, MittBayNot 2005, 91: Es seien „sämtliche, der Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals dienenden Vorschriften einer Einigung im Wege einer Mediation unzugänglich“.

Ein (Mediations-)Vergleich, der vor Ablauf der Dreijahresfrist des § 93 Abs. 4 Satz 3 geschlossen wird, ist nichtig;²³ ein (Mediations-)Vergleich, der nach Ablauf der Dreijahresfrist geschlossen wird, ist bis zur Erteilung der Zustimmung durch die Hauptversammlung schwebend unwirksam.²⁴ Entscheidend ist, dass der Mediationsvergleich erst nach Ablauf der Dreijahresfrist geschlossen wird; die Vergleichsverhandlungen und damit auch ein Mediationsverfahren, dass auf einen Vergleich abzielt, können freilich schon früher beginnen.²⁵ Ein Mediator, der sich der Voraussetzungen von § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG nicht bewusst ist und sich etwa auf ein Mediationsverfahren einlässt, das zum Abschluss eines (nichtigen) Mediationsvergleichs vor Ablauf der Dreijahresfrist führt, setzt sich dem Risiko der Haftung ggü. den Parteien gem. § 280 Abs. 1 BGB aus.²⁶

Praktische Relevanz haben Mediationsverfahren über Organhaftungsansprüche bei der AG demnach vor allem nach Ablauf der Dreijahresfrist. Dabei wird man davon ausgehen können, dass die Einbeziehung eines Mediators als eines neutralen Dritten in Vergleichsverhandlungen, die nach Ablauf dieser Frist stattfinden, die Akzeptanz des Vergleichsergebnisses durch die Hauptversammlung und damit die Chancen einer Zustimmung der Hauptversammlung deutlich erhöhen wird.

Denkbar ist aber auch, dass ein Mediationsverfahren bereits deutlich früher eingeleitet wird, ohne dass dabei von den Parteien angestrebt wird, bereits in diesem Verfahren einen Vergleich abzuschließen, in dem eine konkrete Zahlung des in Anspruch genommenen Vorstandsmitglieds an die Gesellschaft vereinbart wird. Je nachdem, wie das Mediationsverfahren ausgestaltet ist,²⁷ kann es nämlich auch die Funktion haben, in erster Linie eine Befriedung auf persönlicher Ebene herbeizuführen und mit Unterstützung des rechtlich versierten Mediators eine gemeinsame Einschätzung der Rechtslage zu gewinnen und damit spätere Vergleichsverhandlungen nach Ablauf der Dreijahresfrist (ggf. auch im Rahmen eines dann stattfindenden neuen Mediationsverfahrens) vorzubereiten. Zu beachten ist, dass im Rahmen eines solchen Mediationsverfahrens vor Ablauf der Dreijahresfrist die Gesellschaft ggü. dem Vorstandsmitglied keine Zusagen bzgl. seiner Inanspruchnahme machen darf, die ihrerseits gegen § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG verstoßen und damit unwirksam sind. Dies wäre nach herrschender, aber nicht zweifelsfreier Ansicht etwa dann der Fall, wenn sie sich zu einer Stundung des Anspruchs bis zum Ablauf der Dreijahresfrist verpflichten würde.²⁸

Einen Anwendungsbereich kann die Mediation schließlich in den Fällen haben, in denen die AG ihre Haftungsansprüche – wirksam²⁹ – an einen Dritten abtritt, der den Einschränkungen des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG nicht unterworfen ist. Denkbar ist sowohl, dass das Mediationsverfahren vor der Abtretung durchgeführt wird und der Zessionar bereits in das Mediationsverfahren eingebunden wird (praktisch insbesondere bei D&O-Versicherungen relevant)³⁰; denkbar ist aber auch, dass der Zessionar nach erfolgter Abtretung seinerseits mit dem betroffenen Vorstandsmitglied Vergleichsverhandlungen unter Einbeziehung eines Mediators führt.

2. Exkurs: Umgehung von § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG durch einen Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut?

Zu erwägen ist, ob sich die Vergleichsbeschränkungen des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG dadurch umgehen lassen, dass die im Wege der Mediation gefundene Einigung nachträglich in einen Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut (§ 1053 Abs. 1 Satz 2 ZPO) transformiert wird. Dieses Verfahren wird in der Literatur häufig empfohlen, um den im Wege der Mediation erzielten Mediationsvergleich (international) vollstreckbar zu machen, ohne dass die Beteiligten während des Mediationsverfahrens bereits den formalen Zwängen eines Schiedsverfahrens unterworfen wären.³¹ Die grundsätzliche Zulässigkeit eines solchen Vorgehens einmal unterstellt,³² ließe sich auf diese Weise auch ein vor Ablauf der Dreijahresfrist geschlossener Vergleich „legalisieren“. Denn ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut ist kein „Vergleich“ i. S. v. § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG mehr, sondern ein vollwertiger Schiedsspruch: Gem. § 1053 Abs. 2 Satz 2 ZPO hat er „dieselbe Wirkung wie jeder andere Schiedsspruch zur Sache.“ Auf den Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut findet somit die Dreijahresfrist keine Anwendung und der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf er auch nicht.³³ Etwaige Mängel des zu Grunde liegenden Vergleichs (hier: Verstoß gegen § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG) wirken sich auf die Rechtskraft des Schiedsspruchs nicht aus.³⁴

²³ Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 93 Rdnr. 288; Spindler, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 93 Rdnr. 254.

²⁴ Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 93 Rdnr. 288.

²⁵ Vgl. auch Fleischer, AG 2015, 139: Unverbindliche Vergleichsgespräche vor Ablauf der Dreijahresfrist sind unschädlich.

²⁶ S. allgemein zur Haftung des Mediators Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner (Hrsg.), Mediationsrecht, 2015, Kap. 4, Rdnr. 90 ff.; Jost, ZKM 2011, 165.

²⁷ S. zu den verschiedenen Ausprägungen von Mediationsverfahren Eidenmüller/Wagner, in: dies. (Hrsg.), Mediationsrecht, 2015, Kap. 1, Rdnr. 62 ff.

²⁸ OLG Düsseldorf AG 1989, 315; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 93 Rdnr. 287; Spindler, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 93 Rdnr. 261.

²⁹ Die Unwirksamkeit der Abtretung wird primär unter dem Aspekt der Gesetzesumgehung erörtert; wirksam soll die Abtretung nur dann sein, wenn die Gesellschaft eine „vollwertige“ Gegenleistung erhält, s. Fleischer, AG 2015, 139; Habersack, FS Hommelhoff, 2012, S. 303 (315 f.); Hölters, in: ders., AktG, 2. Aufl. 2012, § 93 Rdnr. 319; Spindler, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 93 Rdnr. 263. Für die uneingeschränkte rechtliche Zulässigkeit der Abtretung von Organhaftungsansprüchen vor dem Hintergrund von § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG neuerdings Wansleben, in: Behme/Fries/Stark (Hrsg.), Versicherungsmechanismen im Recht, 2015, im Erscheinen.

³⁰ S. zur Abtretung des Haftungsanspruchs an die D&O-Versicherung eingehend Wansleben, in: Behme/Fries/Stark (Hrsg.), Versicherungsmechanismen im Recht, 2015, im Erscheinen; ferner Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2014, § 19 Rdnr. 56.

³¹ Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 2001, S. 48 f.; Hacke, in: Eidenmüller/Wagner (Hrsg.), Mediationsrecht, 2015, Kap. 6, Rdnr. 176 ff.; Lörcher/Lörcher, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Aufl. 2009, § 45 Rdnr. 27 ff.; Voit, in: Musielak, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 1053 Rdnr. 3; vgl. aus der amerikanischen Mediationspraxis Moore, The Mediation Process, 3. Aufl. 2003, S. 363.

³² Kritisch gesehen wird insbesondere, dass nach Abschluss des Mediationsverfahrens keine „Streitigkeit“ zwischen den Parteien i. S. v. § 1029 Abs. 1 ZPO mehr besteht und dass der Vergleichsschluss nicht i. S. v. § 1053 Abs. 1 Satz 1 ZPO „während des schiedsrichterlichen Verfahrens“ erfolgt; s. Engel, in: Eidenmüller/Wagner (Hrsg.), Mediationsrecht, 2015, Kap. 11, Rdnr. 34. Krit. auch Berger, RIW 2001, 16; Unberath, in: ders., MediationsG, 2012, § 2 Rdnr. 333 („rechtsmissbräuchlich“).

³³ Zutreffend Scholz/Weiß, AG 2015, 524, die auch eine analoge Anwendung von § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG ablehnen (525).

³⁴ Saenger, in: ders., ZPO, 6. Aufl. 2015, § 1053 Rdnr. 5.

Der einzige rechtliche Ansatzpunkt, um eine derartige Umgehungsstrategie zu verhindern, besteht in der Einstufung eines solchen Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut als ordre public-widrig i. S. v. § 1053 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Zum einen ist aber sehr zweifelhaft, ob § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG zum ordre public zählt.³⁵ Der Begriff ist eng auszulegen; es kann längst nicht jeder Verstoß gegen eine zwingende Norm des materiellen Rechts die ordre public-Widrigkeit des Schiedsspruchs begründen.³⁶ Zum anderen hätte die Annahme der ordre public-Widrigkeit nicht die Unwirksamkeit des Schiedsspruchs, sondern lediglich seine Aufhebbarkeit gem. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO zur Folge. Eine solche Aufhebung müsste überdies von den Parteien beantragt werden, und zwar gem. § 1059 Abs. 3 Satz 1 ZPO innerhalb einer Frist von drei Monaten. Die Parteien sind aber zugleich die Parteien des Mediationsverfahrens und des Mediationsvergleichs; dass sie es sich drei Monate später anders überlegen und einen Aufhebungsantrag stellen, ist wenig wahrscheinlich.³⁷ Allenfalls erscheint dies denkbar, wenn innerhalb der Dreimonatsfrist ein neuer Aufsichtsrat gewählt wurde und dieser mit der durch den Schiedsspruch formalisierten Einigung nicht einverstanden ist.

Gleichwohl besteht für die Praxis ein gewisses Risiko, dass der Schiedsspruch gem. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO aufgehoben wird; daneben besteht auch das Risiko der Aufhebung des Schiedsspruchs im Rahmen eines etwaigen Vollstreckungsverfahrens gem. § 1060 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Gegen die Umgehung des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG durch einen Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut spricht aber insbesondere, dass sich der Aufsichtsrat durch ein solches Vorgehen seinerseits dem Risiko der Haftung aus §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 AktG³⁸ aussetzen würde – vorausgesetzt, der Gesellschaft entsteht hierdurch ein nachweisbarer Schaden.

3. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Bei der GmbH stoßen Mediationsverfahren über Haftungsansprüche gegen Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 2 GmbHG nicht auf vergleichbare rechtliche Hürden; eine Parallelregelung zu § 93 Abs. 4 AktG existiert nicht. Insbesondere steht in den Fällen des § 43 Abs. 3 GmbHG die Vorschrift des § 9 b Abs. 1 GmbHG der Vergleichs- bzw. Mediationsfähigkeit des Haftungsanspruchs nicht entgegen, sondern führt lediglich zur aufschiebenden Bedingtheit der Wirksamkeit des (Mediations-) Vergleichs.³⁹

Allerdings muss auch bei der GmbH ein Mediationsvergleich von einem Beschluss der Gesellschafterversammlung gedeckt sein; § 46 Nr. 8 GmbHG gilt nach einhelliger Auffassung auch für die Herbeiführung einer „Erledigung“ der Auseinandersetzung über den Haftungsanspruch durch Vergleich.⁴⁰

4. Ausländische Kapitalgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz

Da § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG jedenfalls mittelbar auch den Vermögensinteressen der Gesellschaft dient, könnte man (ebenso wie bei anderen vermögens- und bestandsschützenden Rechtsinstituten des deutschen Gesellschaftsrechts) erwägen, die Vorschrift auch auf Gesellschaften ausländischer Rechts-

form mit inländischem Verwaltungssitz anzuwenden, die funktional der deutschen AG entsprechen (etwa eine britische Public Limited Company). Dies ist jedoch abzulehnen. Die Vergleichsbeschränkung des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG ist Teil des für die Aktiengesellschaft maßgeblichen Gesellschaftsstatuts. Ihre Anwendung auf ausländische Aktiengesellschaften würde daher im Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV; inhaltsgleich: Art. 31 EWR-Abkommen⁴¹) gegen das aus dieser Grundfreiheit abzuleitende Gebot verstoßen, die ausländische Rechtsform als solche anzuerkennen.⁴² Ähnliches gilt für US-amerikanische Gesellschaften, für deren kollisionsrechtliche Behandlung qua staatsvertraglicher Vereinbarung die Gründungstheorie gilt.⁴³ Da § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG nicht zum deutschen ordre public zählt, ist er auch nicht als Eingriffsnorm zu qualifizieren, die kollisionsrechtlich im Wege der Sonderanknüpfung auf ausländische Gesellschaften unabhängig von ihrem Gesellschaftsstatut angewandt werden könnte;⁴⁴ die im Anwendungsbereich des AEUV bzw. des EWR-Abkommens mit einer derartigen Sonderanknüpfung verbundene Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ließe sich nicht durch zwingende Allgemeininteressen rechtfertigen.

Für ausländische Aktiengesellschaften aus nicht privilegierten Drittstaaten stellt sich die Frage nicht, da auf diese in Deutsch-

³⁵ Dafür im Ergebnis *Scholz/Weiß*, AG 2015, 525 f.; zum selben Ergebnis wird gelangen, wer davon ausgeht, dass ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut generell unzulässig ist, wenn den Parteien die materiell-rechtliche Vergleichsbefugnis fehlt; so *Voit*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 1053 Rdnr. 1, 4.

³⁶ Vgl. *BGH NJW* 2009, 1215: Die ordre public-Widrigkeit setzt danach voraus, „dass die Entscheidung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, das heißt wenn der Schiedsspruch eine Norm verletzt, die die Grundlagen des staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens regelt, oder wenn er zu deutschen Gerechtigkeitsvorstellungen in einem untragbaren Widerspruch steht; der Schiedsspruch muss mithin die elementaren Grundlagen der Rechtsordnung verletzen.“ Zum Begriff des ordre public s. ferner *Münch*, in: *MüKoZPO*, 4. Aufl. 2013, § 1059 Rdnr. 41; *Saenger*, in: *ders.*, ZPO, 6. Aufl. 2015, § 1059 Rdnr. 30.

³⁷ Die D&O-Versicherung ist im Rahmen des Aufhebungsverfahrens gem. § 1059 ZPO nicht antragsbefugt, da sie nicht beschwert ist (s. zur Beschwerde als Voraussetzung der Antragsbefugnis *Münch*, in: *MüKoZPO*, 4. Aufl. 2013, § 1059 Rdnr. 55; großzügiger offenbar *Saenger*, in: *ders.*, ZPO, 6. Aufl. 2015, § 1059 Rdnr. 36: Rechtsschutzbedürfnis genügt).

³⁸ Anders als *Scholz/Weiß*, AG 2015, 526 meinen, geht es dabei aber nicht um eine Haftung nach den Grundsätzen der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung, da nicht das „ob“, sondern das „wie“ der Anspruchsgeltendmachung betroffen ist, vgl. *Wansleben*, in: *Behme/Fries/Stark* (Hrsg.), *Versicherungsmechanismen im Recht*, 2015, im Erscheinen. Die Business Judgement Rule ist nicht anwendbar, da es sich bei der Einhaltung von § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG nicht um eine unternehmerische Entscheidung handelt.

³⁹ *Herrler*, in: *MüKoGmbHG*, 2. Aufl. 2015, § 9 b Rdnr. 10; *Roth*, in: *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 9 b Rdnr. 3.

⁴⁰ *OLG Frankfurt/M. NZG* 1999, 768; *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 1. Aufl. 2012, § 46 Rdnr. 244; *Roth*, in: *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 46 Rdnr. 63.

⁴¹ Auf Grund des Homogenitätsgebots ist die Niederlassungsfreiheit nach Art. 31 EWR-Abkommen entsprechend der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV auszulegen, s. *EuGH*, U. v. 23.9.2003 – C-452/01, Rdnr. 29 – *Ospelt und Schlössle Weissenberg*; *BGHZ* 164, 148.

⁴² *EuGH*, U. v. 5.11.2002 – C-208/00 – *Überseering*; *EuGH*, U. v. 30.9.2003 – C-167/01 – *Inspire Art*; s. zur dogmatischen Begründung und näheren Ausformung dieser Anerkennungspflicht ausführlich *Behme*, *Rechtsformwählende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze*, 2015, S. 87 ff., S. 112 ff.

⁴³ Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags (BGBl. II 1956, 500); dazu ausführlich *Dammann*, *RabelsZ* Nr. 68, 2004, 607.

⁴⁴ S. dazu näher *Ebke*, *FS Hellwig*, S. 138.

land kollisionsrechtlich die Sitztheorie angewandt wird, mit der Konsequenz, dass sie auf Ebene des kollisionsrechtlich zur Anwendung berufenen deutschen Gesellschaftsrechts in eine Personengesellschaft deutschen Rechts umqualifiziert werden.⁴⁵

5. Personengesellschaften

Bei Personengesellschaften bestehen schließlich keinerlei Einschränkungen von Vergleichsmöglichkeiten über Ansprüche der Gesellschaft gem. § 280 Abs. 1 BGB gegen die zur Geschäftsführung befugten Gesellschafter. Derartige Streitigkeiten können daher uneingeschränkt im Rahmen von Mediationsverfahren beigelegt werden. In Anbetracht der bei Personengesellschaften typischerweise besonders stark ausgeprägten persönlichen Bindung der Gesellschafter untereinander erscheint hier die Mediation in Anbetracht ihrer vorrangigen Fokussierung auf die (langfristigen) Interessen der Medianten anstatt auf Rechtspositionen als Konfliktlösungsmechanismus besonders geeignet.

IV. Durchführung des Mediationsverfahrens

Da Mediationsverfahren über Organhaftungsansprüche gesetzlich nicht vorgesehen sind, setzen sie eine entsprechende Einigung zwischen den Beteiligten voraus.

1. Fakultatives Mediationsverfahren

Ein Mediationsverfahren kann stets ohne Weiteres dadurch eingeleitet werden, dass sich die Gesellschaft (d.h. bei der AG: der Aufsichtsrat, der die Gesellschaft gem. § 112 AktG ggü. dem in Anspruch genommenen Vorstandsmitglied vertritt; bei der GmbH: die Gesellschafterversammlung, bei Personengesellschaften: der geschäfts- und vertretungsbefugte Gesellschafter, der den Anspruch der Gesellschaft durchsetzt) ad hoc⁴⁶ mit dem in Anspruch genommenen Geschäftsleiter auf die Durchführung eines Mediationsverfahrens verständigt.

Mit Blick auf die AG sei insoweit auf Folgendes hingewiesen: Der BGH verpflichtet in ARAG/Garmenbeck den Aufsichtsrat zwar, bestehende Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder durchzusetzen; die Entscheidung des Aufsichtsrats über das „Ob“ der Geltendmachung ist m. a. W. gerichtlich voll überprüfbar. Die Entscheidung über das „Wie“ der Anspruchsdurchsetzung und insbesondere über die Wahl der konkreten Art der Streitbeilegung im Einzelfall (staatliches Gerichtsverfahren, Schiedsverfahren oder Mediationsverfahren) ist jedoch nicht am Maßstab von ARAG/Garmenbeck zu überprüfen, sondern am Maßstab der §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 AktG mit der Konsequenz, dass insoweit die Business Judgement Rule gilt und der Aufsichtsrat einen weitreichenden Ermessensspielraum genießt.⁴⁷

2. Obligatorisches Mediationsverfahren

Häufig wird die Einleitung eines Mediationsverfahrens aber nicht auf einer spontanen Verständigung der Parteien beruhen, sondern auf einer entsprechenden Verpflichtung der Parteien im Rahmen einer Mediationsvereinbarung. Eine solche

Mediationsvereinbarung wird abgeschlossen, lange bevor der Vorwurf einer konkreten Pflichtwidrigkeit des Geschäftsleiters im Raum steht. Das in § 1 Abs. 1 MediationsG zum Ausdruck kommende Prinzip der Freiwilligkeit der Mediation steht dem Abschluss verbindlicher und durchsetzbarer Mediationsvereinbarungen nicht entgegen.⁴⁸

In der Literatur ist im Grundsatz anerkannt, dass die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts für Haftungsansprüche gegen Geschäftsleiter sowohl durch eine in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag enthaltene Schiedsklausel als auch durch eine Schiedsklausel im Anstellungsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem jeweiligen Geschäftsleiter begründet sein kann.⁴⁹ Derartige Schiedsklauseln werfen gleichwohl eine Vielzahl von Fragen auf: Können statutarische Schiedsklauseln Haftungsansprüche gegen die Geschäftsleiter überhaupt erfassen?⁵⁰ Sind Geschäftsleiter beim Abschluss ihres Anstellungsvertrags als Verbraucher anzusehen,⁵¹ mit der Konsequenz, dass eine Schiedsklausel im Anstellungsvertrag dem Formerfordernis des § 1031 Abs. 5 ZPO genügen muss und möglicherweise sogar – sofern nicht der Nachweis des individuellen Aushandelns i. S. v. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB gelingt – in unionsrechtskonformer Auslegung von § 307 Abs. 1 Satz BGB als unwirksam anzusehen ist?⁵²

Diesen Fragen kann hier nicht nachgegangen werden. Es soll vielmehr der Hinweis genügen, dass sie sich für Mediationsklauseln nicht in vergleichbarer Weise stellen. Enthält die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag eine Mediationsklausel, unterwerfen sich Geschäftsleiter dieser freiwillig durch Begründung ihrer Organstellung. Diese Argumentation liegt schon für Schiedsklauseln nahe,⁵³ muss aber erst recht für Mediationsklauseln Geltung beanspruchen, da für Geschäftsleiter als Anspruchsgegner eines Haftungsanspruchs mit einer Pflicht zur Mediation keinerlei Verkürzung ihrer Rechte

⁴⁵ S. bereits BGHZ 151, 204; ferner BGHZ 178, 192 zu einer schweizerischen Aktiengesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland und BGH ZIP 2009, 2385 zu einer in Singapur gegründeten Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland; s. zu dieser „Umqualifizierung“ ausführlich Behme, Rechtsformwählende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze, 2015, S. 210 ff.

⁴⁶ Ebenso wie im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit wird allerdings nach gängiger, aber unglücklicher Terminologie als „Ad hoc-Verfahren“ ein Verfahren bezeichnet, das ohne Unterstützung einer Schieds- bzw. Mediationsinstitution durchgeführt wird; krit. auch Eidenmüller/Wagner, in: dies. (Hrsg.), Mediationsrecht, 2015, Kap. 1, Rdnr. 55.

⁴⁷ Wie hier Wansleben, in: Behme/Fries/Stark (Hrsg.), Versicherungsmechanismen im Recht, 2015, im Erscheinen.

⁴⁸ Eidenmüller/Wagner, in: dies. (Hrsg.), Mediationsrecht, 2015, Kap. 1, Rdnr. 18; Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, 2012, § 1 Rdnr. 32.

⁴⁹ Bauer/Arnold/Kramer, AG 2014, 681.

⁵⁰ Bejahend Herresthal, ZIP 2014, 347; Hölters, in: ders., AktG, 2. Aufl. 2014, § 93 Rdnr. 345; Umbeck, SchiedsVZ 2009, 145 ff.; Werner, ZWH 2015, 132 f.; a. A. Münch, in: MüKoZPO, 4. Aufl. 2013, § 1066 Rdnr. 19; Thümmel, FS Geimer, 2002, S. 1337. Zweifel werden gestützt durch die Formulierung in BGH NJW 2004, 2227: Danach können einem Schiedsgericht durch Vereinssatzung „auf das Mitgliedschaftsverhältnis bezogene Streitigkeiten zwischen einem Vereinsmitglied und dem Verein oder zwischen Vereinsmitgliedern“ zugewiesen werden; Streitigkeiten über die Haftung von Geschäftsleitern sind aber nicht „auf das Mitgliedschaftsverhältnis bezogen“.

⁵¹ So BAG NZA 2010, 940 f. m. w. Nw. für GmbH-Geschäftsführer; OLG Hamm AG 2007, 910 für Vorstandsmitglieder; zustimmend Bauer/Arnold/Kramer, AG 2014, 678 f.

⁵² So von Westphalen, ZIP 2013, 2184; a. A. Bauer/Arnold/Kramer, AG 2014, 679 ff.; Herresthal, ZIP 2014, 347 ff.; Werner, ZWH 2015, 131.

⁵³ Hölters, in: ders., AktG, 2. Aufl. 2014, § 93 Rdnr. 345.

verbunden ist (der mit einer Mediationsklausel verbundene dilatorische Klageverzicht⁵⁴ wirkt sich nur zu Lasten der Gesellschaft als Inhaberin des Anspruchs aus). Mit Blick auf Mediationsklauseln in Anstellungsverträgen zwischen der Gesellschaft und ihren Geschäftsleitern gilt, dass auch dann, wenn man diese beim Abschluss ihres Anstellungsvertrages als Verbraucher ansieht, jedenfalls das Formerfordernis des § 1031 Abs. 5 ZPO für Mediationsklauseln nach ganz herrschender Auffassung keine (analoge) Anwendung findet.⁵⁵ Die (unionsrechtlichen) Erwägungen, aus denen heraus ein Verstoß von Schiedsklauseln in Anstellungsverträgen mit Geschäftsleitern gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB bejaht wird, lassen sich auf Mediationsklauseln ebenfalls nicht übertragen, da eine Mediationsklausel dem Verbraucher (= Geschäftsleiter) nicht i. S. v. Nr. 1 lit. q des Anhangs zu Art. 3 Abs. 3 der Klauselrichtlinie⁵⁶ die Möglichkeit nimmt, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel⁵⁷ zu ergreifen.⁵⁸

3. Mediationsvereinbarung als dilatorischer Klageverzicht und § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG

Eine Mediationsvereinbarung hat grds. die Wirkung eines dilatorischen Klageverzichts.⁵⁹ Zu erwägen ist, ob bei der AG die ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung des BGH (grundsätzliche Pflicht des Aufsichtsrats zur Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen)⁶⁰ in Verbindung mit § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG (Unwirksamkeit von Vergleichen vor Ablauf der Dreijahresfrist) der Auslegung einer Mediationsklausel in der Satzung oder im Anstellungsvertrag als dilatorischer Klageverzicht entgegensteht.

Die Frage wird in der Literatur bislang nicht behandelt. Sie wird lediglich für die ähnlich gelagerte Problematik prozesualer Ausschlussfristen (z. B. § 4 KSchG, § 246 Abs. 1 AktG) diskutiert. Dort wird teilweise vertreten, Klage und Mediation seien (anfänglich) parallel zu betreiben; das gerichtliche Verfahren sei jedoch bis zum Ende der Mediation ruhen zu lassen.⁶¹ Diese vermag schon bei Ausschlussfristen kaum zu überzeugen; richtigerweise ist vielmehr in solchen Fällen von der Unwirksamkeit der Mediationsklausel auszugehen.⁶² Mit Blick auf aktienrechtliche Organhaftungsansprüche gegen Vorstandsmitglieder besteht für ein Nebeneinander von Mediationsverfahren und gerichtlichem Verfahren erst recht kein Bedarf. Vielmehr ist die Mediationsklausel so auszulegen, dass der mit ihr verbundene dilatorische Klageverzicht erst nach Ablauf der Dreijahresfrist des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG Wirkung entfaltet. Vor Ablauf der Dreijahresfrist kann eine Mediationsklausel der Erhebung einer Klage nicht entgegenstehen, wenn der Aufsichtsrat eine solche für zweckmäßig hält.

4. Beteiligte des Mediationsverfahrens

Mehr noch als bei einem Schiedsverfahren, in dem über Haftungsansprüche gegen Geschäftsleiter verhandelt wird, besteht bei einem Mediationsverfahren ein Bedürfnis danach, sämtliche Geschäftsleiter, gegen die sich der Vorwurf pflichtwidrigen Handels richtet und die dementsprechend als Gesamtschuldner haften,⁶³ in das Mediationsverfahren einzubeziehen. Während bei Schiedsverfahren unklar ist, ob bereits der bloße Verweis auf die Regelungen der Verfahrensordnun-

gen der bedeutenden Schiedsinstitutionen für Mehrparteienverfahren ausreicht, um von einem Einverständnis der betroffenen Geschäftsleiter mit einem Mehrparteienverfahren auszugehen,⁶⁴ stellt sich diese Frage bei Mediationsverfahren nicht: Die Mediationsordnungen der Mediationsinstitutionen enthalten keine entsprechende Regelung für Mehrparteien-Mediationen. Es sollte also bereits bei Gestaltung der Mediationsklausel darauf geachtet werden, dass diese eine Regelung über die Beteiligten des Mediationsverfahrens und die Benennung des Mediators im Falle einer Mehrparteien-Mediation enthält.⁶⁵

Zweckmäßigerweise wird in das Mediationsverfahren neben den in Anspruch genommenen Geschäftsleitern auch deren D&O-Versicherung eingebunden.⁶⁶ Die Einigungschancen in der Mediation hängen nämlich maßgeblich davon ab, inwieweit der Mediationsvergleich auch von der D&O-Versicherung akzeptiert, also zur Grundlage ihrer eigenen Leistung ggü. dem Geschäftsleiter gemacht wird. Für eine solche Einbeziehung der D&O-Versicherung bedarf es nicht zwingend einer eigenen Mediationsklausel im D&O-Versicherungsvertrag. Gleichwohl ist es praktisch empfehlenswert, eine Mediationsklausel im Anstellungsvertrag des Geschäftsleiters mit einer Mediationsklausel im D&O-Versicherungsvertrag zu verzahnen.⁶⁷

⁵⁴ S. dazu sogleich.

⁵⁵ Behme, in: Wollersheim/Welpe (Hrsg.), Forum Mergers and Acquisitions 2014, 2015, S. 172; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 2001, S. 10 f.; Friedrich, SchiedsVZ 2007, 31; Tochtermann, ZKM 2008, 58; Töben, RNotZ 2013, 324; Unberath, NJW 2011, 1322; a.A. Risse, Wirtschaftsmediation, 2003, § 3 Rdnr. 14.

⁵⁶ RL 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. Nr. L 95 v. 21.4.1993, S. 29.

⁵⁷ Zur Auslegung der Begriffe „Rechtsbehelf“ und „Beschwerdemittel“ s. von Westphalen, ZIP 2013, 2188.

⁵⁸ S. zur Überprüfung von Mediationsklauseln am Maßstab von § 307 Abs. 1 BGB i. Ü. Behme, in: Wollersheim/Welpe (Hrsg.), Forum Mergers and Acquisitions 2014, 2015, S. 172 f.; Unberath, NJW 2011, 1323.

⁵⁹ S. ausführlich Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Köln 2001, S. 12 ff.; ferner Unberath, in: Greger/Unberath, MediationsG, 2012, § 2 Rdnr. 252.

⁶⁰ BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926.

⁶¹ Unberath, NJW 2011, 1322.

⁶² Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Köln 2001, S. 15.

⁶³ BGH NZG 2008, 105; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 93 Rdnr. 262 f.; Hölters, in: ders., AktG, 2. Aufl. 2014, § 93 Rdnr. 245 ff.

⁶⁴ So Hölters, in: ders., AktG, 2. Aufl. 2014, § 93 Rdnr. 347; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2008, Rdnr. 2809; krit. Umbeck, SchiedsVZ 2009, 148.

⁶⁵ Ggf. kann hier die Unterstützung durch eine Mediationsinstitution sinnvoll sein; zur Funktion und Bedeutung administrierter Mediationsverfahren s. Behme/Probst, ZKM 2014, 8 f. Generell zur Gestaltung von Mediationsklauseln im Gesellschaftsvertrag einer GmbH Schröder, GmbHR 2014, 960.

⁶⁶ Zur Einbeziehung der D&O-Versicherung in Schiedsverfahren, welche die Haftung von Geschäftsleitern betreffen, s. ausführlich Werner, VersR 2015, 1086 f.

⁶⁷ S. das Formulierungsbeispiel bei Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2014, § 14 Rdnr. 145: „Liegt eine Inanspruchnahme gemäß Ziff. I.1. vor, kann mit Zustimmung des Versicherers ein Mediator zur freiwilligen außergerichtlichen Streitbeilegung der Parteien (Anspruchsteller und versicherter Personen) eingeschaltet werden. Der Versicherer vermittelt der versicherten Person einen Mediator zur Durchführung des Mediationsverfahrens in Deutschland und trägt dessen Kosten. Diese Kosten sind mit einem Sublimit von 10 % der Versicherungssumme des Vertrages, maximal 250.000 Euro je Versicherungsperiode begrenzt.“ Eine derartige Klausel sollte ggf. um Regeln betreffend die Einbeziehung von Vertretern der D&O-Versicherung in das Mediationsverfahren ergänzt werden.

V. Summary

Bringing liability claims against managing directors of a company in national courts has various disadvantages for all parties involved, particularly where it results in internal information becoming publicly available. Alternative forms of dispute resolution are available, with a successful mediation being more advantageous than arbitration in terms of both the length and costs of the proceedings.

An agreement between the company and the managing director to first conduct a mediation in the case of a dispute concerning a liability claim may be set out in either the articles of association or the managing director's employment contract. The problems identified in the literature relating to the effectiveness of arbitration clauses in this context, do not arise with mediation clauses. In the case of a public limited company, the mediation clause is to be interpreted in such a way that the inherent temporary waiver of the right to institute

legal proceedings does not take effect until the end of the three year period set out in the third sentence of § 93(4) of the Stock Corporation Act. Before the expiry of this period, a mediation clause cannot prevent an action being brought against the director if the supervisory board deems this appropriate. In wording a mediation clause, care should be taken to ensure that it includes all board members against whom a liability claim may be brought, as well as their D&O liability insurance.



Dr. Caspar Behme

Der Verfasser dankt Prof. Dr. Horst Eidenmüller, LL. M. (Cantab.) und Till Wansleben für wertvolle Hinweise und Anregungen.

Dr. Pierre A. Karrer, LL. M. (Yale)*

Gibt es bei (internationalen) Schiedsverfahren eine besondere Streitkultur?

Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Internationale Schiedsgerichte entscheiden, sie schlichten nur selten. Vor einem staatlichen Gericht haben die meisten Beteiligten eine standardisierte Ausbildung. In einem Schiedsverfahren übernimmt häufig ein neues Team die Vertretung. Wer vor Vertragsabschluss gut beraten war, gewinnt häufig. Der Vertragstext und der Sachverhalt bringen den Erfolg. Ein Schiedsgericht wird die deutsche Relationstechnik nicht anwenden. Leute, die beteiligt waren, sagen auf der Grundlage eines schriftlichen Witness Statements aus. Schachursystem. Die Zeugen werden nicht isoliert. Kreuzverhör und Wortprotokoll helfen, lügenhafte Zeugenaussagen zu identifizieren. In gleicher Weise sagen parteiernannte Sachverständige aus. Die juristische Argumentation kommt zuletzt. Schiedsgerichte beraten informell.

I. Einleitung

Um zunächst ein häufiges Missverständnis auszuräumen: Schiedsverfahren sind keine Schlichtungsverfahren (Zu diesem Missverständnis führt auch der Name, *International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*); genau wie Verfahren vor staatlichen Gerichten führen Schiedsverfahren zu einer für die Parteien verbindlichen Streitentscheidung. Diese wird auch im Ausland wie ein lokales Gerichtsurteil vollstreckbar, und damit je nach Land sogar leichter vollstreckbar als ein Gerichtsurteil aus dem Sitzland des Schiedsgerichts.

Viele behaupten, internationale Schiedsverfahren endeten viel häufiger in einem Vergleich als Verfahren vor staatlichen Gerichten, wegen der zivilisierteren Streitkultur. In der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist dies nicht so. Das Schiedsverfahren ist ultima ratio.

Heißt dies aber nun, dass ein Verfahren vor einem internationalen Schiedsgericht gleich abläuft wie eines vor einem staatlichen Gericht? Wird in gleicher Art gestritten? Dies ist unsere Frage nach einer allfälligen besonderen Streitkultur.

II. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zur staatlichen Gerichtsbarkeit

Beginnen wir mit dem Gemeinsamen. Vor einem Schiedsgericht und vor einem staatlichen Gericht geht es zunächst um die Feststellung des Sachverhaltes. Was ist geschehen? Als dann geht es darum, das auf diesen Sachverhalt anwendbare Recht in seinem Inhalt festzustellen. Endlich geht es darum, den Inhalt dieses Rechtes auf den festgestellten Sachverhalt anzuwenden und daraus die sich für die Rechtsbegehren der Parteien ergebenden Schlüsse zu ziehen. Ein schlichter Syllogismus.

* Dr. Pierre A. Karrer, LL. M. (Yale) ist Rechtsanwalt in eigener Kanzlei in Zürich. Er war Professor in Tulane und hat umfangreich zu Themen der internationalen Handels- und Schiedsgerichtsbarkeit publiziert.

1. Markante Unterschiede in der Streitkultur

Die Unterschiede oder, wenn Sie es vorziehen, die Besonderheiten eines internationalen Schiedsverfahrens und ihre Auswirkungen auf die Streitkultur, sind dennoch nicht unerheblich.

a) Handelnde Personen

Die Unterschiede kommen in erster Linie von den Personen. In den staatlichen Gerichten sitzen Juristen, die alle aus dem gleichen Land kommen und einen standardisierten Werdegang haben. Vor ihnen erscheinen Anwälte, die ebenfalls aus dem gleichen Land kommen und ebenfalls einen standardisierten Werdegang haben. Sie haben alle die gleichen staatlichen Prüfungen bestanden und viele arbeiten zeitlebens im gleichen Land in der eigenen Sprache. Sie sehen einander zum Teil täglich.

Anders in der Schiedsgerichtsbarkeit. Die Schiedsrichter kommen aus den verschiedensten Ländern, und ihr Werdegang ist für alle verschieden. Die Anwälte kommen ebenfalls aus verschiedenen Ländern und arbeiten unterschiedlich. Die Parteivertreter haben viele Fragen zu beantworten:

- Welches Schiedsrecht ist anwendbar?
- Wie soll der Sachverhalt vorgetragen werden, und wie soll er bewiesen werden?
- Wie soll der Zivilprozess vor dem Schiedsgericht ausgestaltet werden?
- Welche IPR-Regeln sollen angewendet werden?
- Nach welchen Regeln bestimmt sich, ob das Schiedsgericht richtig konstituiert ist?
- Nach welchen Regeln bestimmt sich, ob es überhaupt zuständig ist, und inwieweit?
- Welches ist das Verhältnis zu allfälligen Parallelprozessen?
- Und wie soll das anwendbare Recht festgestellt werden und angewendet werden?

Man könnte meinen, beim Abschluss einer Schiedsvereinbarung bearbeiteten die Parteien all diese Fragen sogleich oder fragten Spezialisten des Schiedsverfahrens. Die Erfahrung lehrt indessen, dass die Parteien bei Abschluss der Schiedsvereinbarung all diese Fragen vernachlässigen. Vielleicht weil dies Fragen sind, die sich selten in solcher Weise und in solcher Häufung vor einem staatlichen Gericht stellen.

So kann es nicht erstaunen, dass sich das Team, das eine Partei schließlich im Schiedsverfahren vertritt, – endlich, möchte man sagen, im Idealfall aus Spezialisten verschiedener Rechtsgebiete zusammensetzt. Im seltenen Idealfall, denn sehr häufig sind die Teams unvernünftig zusammengesetzt, ohne Leitung, und vor allem aus zu vielen Leuten, die gerne reisen, aber nichts mitbringen und beitragen. So werden auch die psychologischen Probleme innerhalb des Teams und im Verhältnis zum Schiedsgericht wichtig.

Es ist erstaunlich, dass die Hauptbeteiligten eines Schiedsverfahrens spät, aber immerhin, viel Gemeinsames suchen und finden und einander gut verstehen können. Es sind alles Juristen und Praktiker. Dies prägt uns mehr als wir meinen. Die interkulturellen Unterschiede sind häufig leichter zu überwinden als die interdisziplinären.

b) Flexibilität

Im Vergleich zum Verfahren vor staatlichen Gerichten ist ein Schiedsverfahren flexibel. Man kann überspitzt sagen, alle machten Mäntel, die staatlichen Gerichte aber eher Konfektion, die Schiedsgerichte Maßschneiderei.

Dies erlaubt es in Schiedsverfahren erfahrenen Anwälten, auf ein Verfahren hinzuwirken, das es ihnen ermöglicht, die Interessen ihrer Klientschaft optimal zu wahren. Aber bitte, verstehen Sie mich richtig: Es geht nicht darum, bei einer Gegenpartei aus dem Common Law-Bereich auf ein Verfahren hinzuwirken, das jenem vor unseren eigenen staatlichen Gerichten entspricht. Man wird in einer solchen Situation um ein hybrides Verfahren nicht herumkommen. Aber eben, ein hybrides Verfahren, nicht ein reines Common Law-Verfahren.

2. Unterschiede im Verfahren

Lassen Sie uns jetzt sehen, inwiefern sich die drei Stufen unseres Dreisatzes vor staatlichen Gerichten und vor Schiedsgerichten unterscheiden.

a) Anwendbares Verfahrensrecht

In der staatlichen Gerichtsbarkeit sind die Parteien und die Gerichte an das in der ZPO festgelegte Verfahren gebunden. In der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist nicht etwa das Zivilprozessrecht des Sitzes anwendbar, wie viele meinen.

Es ist ebenfalls ein Missverständnis, dass die „Rules of Arbitration“, wenn gewählt, wie ihr häufiger Name „Schiedsverfahrensregeln“ nahelegt, pfannenfertige Zivilprozessregeln enthalten. Die Schiedsordnungen sagen vielmehr schlicht, was ohne sie auch schon gilt: Die Parteien können das Verfahren vor Schiedsgericht in den rechtsstaatlichen Schranken selbst frei gestalten. Soweit sich die Parteien über das Verfahren nicht einigen, wird vor einem Schiedsgericht auch nicht etwa ersatzweise die ZPO des Schiedssitzes anwendbar, sondern das Schiedsgericht legt alsdann das Verfahren selbst fest.

Die Parteien oder das Schiedsgericht könnten freilich selbst irgendeine staatliche Zivilprozessordnung als für das Verfahren vor Schiedsgericht verbindlich erklären. Erfahrungsgemäß tun sie das kaum je.

Mit gutem Grund. Schon bei Vertragsabschluss mag eine Partei zwar durch Anwälte vertreten sein, die mit einer bestimmten Zivilprozessordnung bestens vertraut sind. Selbst wenn diese Anwälte die Anwendung des heimischen Zivilprozessrechtes gerne vorsähen, wird im internationalen Verhältnis die andere Partei damit aber nicht einverstanden sein, denn sie befürchtet einen Nachteil. Sie wird auch schon der Vereinbarung eines Schiedssitzes im Lande der anderen Partei – in der Höhle des Löwen – nicht zustimmen wollen.

In einem internationalen Schiedsgericht sitzen in aller Regel drei Schiedsrichter, wovon der eine oder die eine, die von einer Partei ernannt worden ist, mit jenem Zivilprozessrecht deutlich besser vertraut ist, das die ernennende Partei am

besten kennt. Würde dieses Zivilprozessrecht im Schiedsverfahren anwendbar, erhielte der oder die betreffende Schiedsrichter oder Schiedsrichterin ein größeres Gewicht in prozessualen Fragen im Rahmen des Schiedsgerichts. Dies will die andere Partei regelmäßig vermeiden.

Die gleichen Überlegungen führen dazu, dass auch ein von der anderen Partei möglicherweise bevorzugtes Zivilprozessrecht nicht für das Schiedsverfahren verbindlich gemacht wird. Natürlich könnte man daran denken, ein drittes, neutrales Zivilprozessrecht zu vereinbaren, doch kommt es nicht dazu, weil beide Parteien sich nicht auf ein unbekanntes Zivilprozessrecht einlassen wollen.

Die Parteien erkennen außerdem, dass jedes staatliche Zivilprozessrecht mit den lokalen Verhältnissen zusammenhängt, die nicht nur der Gegenpartei, sondern auch der Mehrheit des Schiedsgerichts unvertraut sind, womit das Risiko einer falschen Anwendung des Zivilprozessrechts steigt. Dieses Risiko werden beide Parteien vermeiden wollen.

Vor allem aber taugen die Zivilprozessordnungen der verschiedenen Länder für die Zivilprozesse vor den staatlichen Gerichten dieser Länder, nicht aber für ein internationales Schiedsverfahren mit Parteien, Anwälten, und Schiedsrichtern aus verschiedenen Ländern und wirtschaftlichen Verhältnissen, die länderübergreifend sind. Ein Schiedsgericht nach Richterart ist nicht bekömmlich.

b) Bedeutung der Schiedssprache

Die Parteien könnten aber auch die meisten Fragen dem Schiedsgericht überlassen, jedoch gewisse Einzelaspekte des Verfahrens vor Schiedsgericht ausdrücklich regeln. Indessen geschieht dies einigermaßen regelmäßig nur für die Schiedssprache.

Man könnte meinen, die Sprache eines Verfahrens sei für dessen Ausgang irrelevant. Es ist natürlich nicht so, dass nur englische Anwälte Englisch können. Es ist auch nicht so, dass, wenn auf Englisch gestritten wird, englisches Zivilprozessrecht anwendbar sein sollte oder englisches materielles Recht. Und es stimmt natürlich auch nicht, dass, wenn die Schiedssprache Englisch ist, alle Zeugen Englisch sprechen müssen, ob sie die Sprache nun beherrschen oder nicht.

Prestigeüberlegungen der Klienten sind schädlich und teuer. Nicht nur hier werden die Parteivertreter auf ihre Klienten einwirken müssen.

Die Ängste der Klienten reduzieren sich gelegentlich darauf, dass sie meinen, wenn das Verfahren in ihrer eigenen Sprache geführt werde, könnten sie ihm besser folgen als auf Englisch. In Tat und Wahrheit ist es aber für nicht juristische Klienten immer schwierig, einem juristischen Verfahren zu folgen, auch wenn sie die Sprache beherrschen.

Es ist besser, die Schiedssprache ausdrücklich festzulegen. Sonst entbrennt zu Beginn eines Schiedsverfahrens ein unnötiger Streit, bei welchem notwendigerweise eine Partei klar unterliegen wird. Kein guter Start. Einigt man sich auf beide Sprachen, entsteht für beide Parteien ein Nachteil.

c) Mühsames Auffinden der entscheidenden Fakten

aa) Suche nach guten Anwälten?

Man fragt mich häufig: „Wer gewinnt eigentlich in der Schiedsgerichtsbarkeit, die Partei mit dem besseren Fall oder die Partei mit den besseren Anwälten?“ Meine kurze Antwort ist: „Die Partei mit dem besseren Fall.“ Der Fall, sind das die Fakten oder das Recht? Natürlich beides, aber meist gewinnt man mit den Fakten.

Man muss aber etwas differenzieren. In der Schiedsgerichtsbarkeit liegt der Fall, um den es geht, häufig Jahre zurück. Es ist darum nicht selten, dass auch die damaligen Anwälte nicht mehr jene sind, die in der Schiedsgerichtsbarkeit auftreten. Diejenigen von damals kannten das materielle Recht, jene von heute sind eher Schiedsgerichtsspezialisten.

Waren die damaligen Anwälte gut, haben sie den Vertrag und die Streiterledigung so strukturiert, dass der Fall für ihre Klientschaft am Schluss gut liegt. Gute Anwälte sind vielleicht auch vor dem Schiedsgericht gut, sind aber sicher in der Lage, im Team rechtzeitig gute Schiedsgerichtsspezialisten einzuschalten. Rechtzeitig. Auch im Vorfeld eines Schiedsverfahrens lässt sich möglicherweise noch allerlei ausrichten. Dann ist es wirklich so, dass die Partei mit dem besseren Fall gewinnt, vielleicht ist sie aber gleichzeitig auch durch die besseren Anwälte vor Schiedsgericht vertreten.

Wurde der Fall aber von Anfang an verfuhrwerkt, indem beispielsweise schon der Vertrag schlecht ausgehandelt wurde, können auch die besten Anwälte den Fall vor Schiedsgericht nicht besser machen als er ist.

bb) Preisfrage: Gute Anwälte oder „gute“ Fakten?

Gute Anwälte werden der Klientschaft vielleicht auch abraten, ein Schiedsverfahren durchzuführen, das wohl im Fiasko enden wird. Sie kennen alle die Situation: Wer seinen Klienten abrät, vor Gericht und erst recht vor ein Schiedsgericht zu gehen, dem kann passieren, dass die Klientschaft sagt: „Wir wollen Anwälte, die an unseren Fall glauben.“ Nach meiner Erfahrung lassen sich solche Anwälte leicht finden, auch prominente. Nach Ablauf von viel Zeit und Abfluss von viel Geld in die Taschen der Anwälte geht der Fall am Schluss doch verloren. Die unterlegenen Anwälte werden natürlich sagen, die Schiedsrichter oder, wenn der Fall auch noch vor die staatlichen Richter gegangen ist, die staatlichen Richter, hätten nicht getaugt. Die Klientschaft wird das vielleicht glauben.

Dies erklärt, warum ein Fall, der von Anfang an schlecht geführt worden ist, nicht selten in den Händen schlechter Anwälte in Schiedssachen landet, und von diesen schlechten Anwälten vor Schiedsgericht verloren geht. Ein schlechter Fall in den Händen schlechter Anwälte.

Jetzt noch eine Zusatzfrage: „Was ist wichtiger, einen guten Fall zu haben oder gute Anwälte?“ Ich glaube, die Antwort muss sein, beides, vor allem zu Beginn, denn in der Schiedsgerichtsbarkeit bemüht sich das Schiedsgericht sehr, herauszufinden, was wirklich passiert ist. Dafür hat es die Zeit und auch das Geld, denn es arbeitet mit dem Geld der Parteien

und letztlich der unterliegenden Partei, nicht mit dem Geld des Steuerzahlers.

d) Bedeutung der Beweiserhebung – Zeugen und Urkunden aa) Anglo-amerikanische Entwicklungen

Im Schiedsverfahren werden fast immer Zeugen und parteiernannte Experten gehört. Ich kann mich nur an ein Verfahren von hunderten erinnern, an denen ich beteiligt war, das documents only geführt wurde. Warum so häufig, wenn doch in staatlichen Verfahren Zeugen selten gehört werden?

Die Fälle sind eben anders. Die zu entscheidenden tatsächlichen Streitfragen sind in einem internationalen Schiedsverfahren häufig viel komplexer als vor den staatlichen Gerichten, und die Parteien haben den Sachverhalt, wir würden sagen, anfangs ungenügend ausgearbeitet. Sie müssen ihn zum Teil erst selbst erarbeiten. Denn aus der Sicht der Parteivertreter ergibt sich der zu beweisende Sachverhalt aus den Rechtsnormen, deren Anwendung man anstrebt, und der Sachverhalt liegt in aller Regel nicht schon unbestritten da, sondern die Parteien sind beide dabei, ihren Parteistandpunkt zu entwickeln.

Es gibt auch wichtige, psychologische, Gründe, warum internationale Schiedsgerichte in aller Regel Zeugen und parteiernannte Experten einvernehmen. Ich halte dies nicht für einen unnötigen anglo-amerikanischen Einfluss, sondern für den effizientesten Weg für ein Schiedsgericht, herauszufinden, was höchstwahrscheinlich geschehen ist. Gewiss, einige Parteien nehmen die Idee des rechtlichen Gehörs allzu wörtlich. Häufig hängt dies mit der anglo-amerikanischen Rechtstradition zusammen, wo historisch auch in Zivilfällen der Sachverhalt durch eine Jury von Laien festzustellen war, die des Lesens unkundig waren. Dies wirkt bis heute nach.

Psychologie: Eine Partei, meist aber auch die andere, beide möchten dem Schiedsgericht ihre Sicht der Dinge erklären.

Effizienz: In komplexen Fällen erweist sich die Einvernahme von Zeugen als hilfreich, auch vor einem Schiedsgericht, das aus erfahrenen internationalen Juristen besteht. Die Akten sind sehr umfangreich. Die Zeugen können dem Schiedsgericht helfen, den Sachverhalt richtig festzustellen.

bb) Frage nach der Beweislast

„Aber dafür haben wir doch die Beweislast.“ In den deutschsprachigen Ländern ist das Zivilprozessrecht gemeinrechtlich geprägt. Auch in der Deutschschweiz haben wir gelernt, die Behauptungen der einen oder anderen Partei in einem Spreadsheet festzuhalten – die Engländer nennen dies eine Scott Schedule – um diejenigen Behauptungen zu identifizieren, die fallentscheidend sind. Nur diese werden zum Beweis gestellt, und zwar zum Beweis durch jene Partei, die dafür die Beweislast trägt, während der Gegenpartei der Gegenbeweis offen steht. Wir nennen dies „Relationstechnik“. Wir finden dies überaus effizient.

Viele Juristen, vor allem aus Deutschland, empfehlen diese Technik den Schiedsgerichten in aller Welt. Aber ohne jeden Erfolg. Nicht nur aus psychologischen Gründen, sondern auch, weil die Behauptungen der einen und anderen Partei erst im Laufe eines Schiedsverfahrens konkretisiert werden und auch

erst im Laufe des Schiedsverfahrens klar wird, welche strittig sind, und was das anwendbare Recht ist, das erst die Beweislast festlegt.

Dazu kommt, dass ein Schiedsgericht nur ungern auf der Grundlage der Beweislast entscheidet. Ein Schiedsgericht nimmt die Aufgabe ernst, den Sachverhalt festzustellen. Es kann dies auch, weil es auf Kosten der Parteien, und nicht etwa des Steuerzahlers, den Tatsachen auf den Grund gehen kann. Hier helfen Zeugenaussagen und wenn nötig, Expertenberichte, die wiederum Grundlage von Expertenbefragung werden. Die Situation, für welche die Beweislast geschaffen ist, wird daher nur selten auftreten, nämlich die Situation, wo eine fallentscheidende Tatsache nicht bewiesen ist, aber auch nicht ihr Gegenteil – oder eine Tatsache, die die behauptete Tatsache ausschließt. Die Beweislast regelt den seltenen Fall der Beweislosigkeit. Ein Schiedsgericht wird diesen seltenen Fall möglichst meiden.

Natürlich kann das Schiedsgericht aus psychologischen Gründen in seinem Schiedsspruch auf die Beweislast zurückgreifen, um zu vermeiden, zu schreiben, es glaube einem bestimmten Zeugen oder Experten nicht.

cc) Anhörung von Sachverständigen

Eine Zwischenbemerkung zu den Experten: Staatliche Gerichte werden gerne von Experten Berichte einholen, die sie selbst ernannt haben. Dies ist auch vor dem Schiedsgericht möglich, doch sind die Komplexität des Sachverhaltes und der Zeitbedarf häufig so groß, dass es wesentlich einfacher ist, mit parteiernenannten Experten zu arbeiten. Natürlich werden diese teilweise unterschiedliche Meinungen haben, aber die Ansichten von gerichtsbestellten Experten bleiben auch nicht immer unwidersprochen.

e) Prozessuale „Wahrheit“

Welches ist aber vor einem Schiedsgericht das Beweismaß oder -erfordernis? Wann ist eine Tatsache bewiesen? Dies ist die entscheidende zivilprozessrechtliche Frage, die von den Parteien beantwortet werden könnte, sonst aber vom Schiedsgericht selbst. In aller Regel werden internationale Schiedsgerichte nach der überwiegenden Wahrscheinlichkeit entscheiden, wie immer sie dies formulieren. Damit ist aber noch nicht viel gesagt.

Einige werden einwenden, das Schiedsgericht könne ja seiner Fragepflicht nachkommen. Wo aber die Fragepflicht beginnt und vor allem, wo sie endet, ist in komplexen Schiedsverfahren nicht leicht zu sagen. Darum werden viele Schiedsgerichte während der Einvernahme eines Zeugen durch die Parteivertreter durchaus Fragen stellen, die der Klärung der Aussagen dienen, ihre eigenen Fragen aber erst gegen Schluss der Zeugeneinvernahme einbringen.

aa) Zeugenbeweis

Der Zeugenbeweis vor einem Schiedsgericht ist nun aber vom Zeugenbeweis vor unseren staatlichen Gerichten in mehrerer Hinsicht fundamental verschieden. Zunächst sind die Zeugen in Streitigkeiten aus Verträgen, und darum geht es in der Schiedsgerichtsbarkeit in aller Regel, notwendigerweise die auf beiden Seiten beim Abschluss und bei der Vertragserfüllung, oder eben Nichterfüllung, beteiligten Individuen. Sie sind

also eben gerade nicht unbefangene Dritte, die zufällig auf einer Unglücksstelle zugegen waren.

Außerdem ist für alle Beteiligten klar, und im Schiedsverfahren zum Nutzen gerade der Nichtangloamerikaner durchaus erlaubt, dass die Zeugenaussagen mit den Anwälten der beweisführenden Partei besprochen werden und schriftlich in Form von Witness Statements ausgearbeitet werden. Diese sind Zeugenaussagenentwürfe, die zunächst bestätigt werden und damit zur Zeugenaussage werden. Es besteht natürlich die Grenze, dass die Zeugen nicht dazu angehalten werden dürfen, zu lügen.

Wie genau die Zeugen vorbereitet worden sind, kann das Schiedsgericht ohne Weiteres fragen. Es sollte dies fragen. Vorbereitete Zeugen – dies ist gar nicht schlimm. Sie kommen ins Kreuzverhör. Erfahrungsgemäß sind bewusst lügende Zeugen relativ selten. Gleichwohl sagen die Zeugen häufig nicht die Wahrheit oder nicht die ganze Wahrheit. Dies heißt aber nicht, dass sie lügen. Eine Lüge liegt nämlich nur dann vor, wenn jemand sich an etwas erinnert, oder auch an nichts, aber vorgibt, sich an etwas bestimmtes anderes zu erinnern und alles tut, damit man ihm glaubt. Man kann nicht unbewusst lügen. Deutsche Strafrechtler haben zur Aussagenpsychologie Wesentliches beigetragen.

In internationalen Schiedsverfahren werden die Zeugen häufig in Gegenwart anderer Zeugen gehört, die noch nicht ausgesagt haben. Schrecklich, werden einige sagen, da kann eine Zeugin oder ein Zeuge die eigene Zeugenaussage entsprechend frisieren. Interessanterweise sind vor allem die deutschen Parteivertreter von dieser Idee überzeugt. In der restlichen Welt herrscht die Meinung vor, es sei für einen Zeugen schwierig, seine Zeugenaussage spontan anzupassen. Es sei schon schwierig genug, zu versuchen, die Wahrheit zu sagen.

In vielen internationalen Schiedsverfahren, jedenfalls der großen Mehrheit jener, die ich erlebt habe, werden den Parteien Zeitvorgaben gegeben, die sie mit ihren Zeugen einhalten müssen. Dies nennt man das Schach-Uhr-System.

bb) Witness Statements

Heißt dies nun, dass ein Schiedsgericht nur auf der Grundlage der Zeugenaussagen entscheidet? Mitnichten. Es bleibt dabei, dass die Dokumente das Skelett liefern. Ein papierenes Skelett. Vor allem die Dokumente aus der Zeit, da die Parteien noch nicht im Streit standen. Die Zeugenaussagen helfen dem Schiedsgericht, zu verstehen, was in den Dokumenten steht, und welches die kommerziellen Ziele der Parteien waren, die sie mit diesen Dokumenten zu erreichen suchten. Die Zeugenaussagen liefern gewissermaßen das Fleisch um die papierenen Knochen des Dinosauriers, den das Schiedsgericht zu rekonstruieren sucht.

cc) Große Bedeutung des Wortprotokolls

Ein grundlegender Unterschied besteht auch in der Protokollierung der Schiedsgerichtssitzungen. Der Verfahrensablauf wird in aller Regel wortwörtlich protokolliert. Jedes Wort. Das System, das man in vielen staatlichen Gerichten im deutschen Sprachraum noch immer sieht, wonach der vorsitzende Richter aufgrund der Befragung eines Zeugen dessen

Aussagen zusammenfassend ins Protokoll diktiert, ist aus Sicht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit katastrophal, oder bestenfalls amüsant. Ich kann mich an einen österreichischen Schiedsrichter erinnern, der eine in feinstem hanseatischen Deutsch vorgetragene Zeugenaussage in zugegebenermaßen auf seine Art ebenfalls sehr schönem Wienerisch zusammenfasste. Von einem sprachlichen Gesichtspunkt war dies interessant, aber das Verfahren wurde dadurch nicht gefördert.

In der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – ja, auch in den selten gewordenen Verfahren auf Deutsch oder Französisch – ist ein Wortprotokoll mit Court Reportern nach englischer und amerikanischer Art möglich und häufig. Dies ist gut investiertes Geld. Der oder die Vorsitzende wird von der Protokollführung entlastet. Man spart Zeit, und die Zeit vieler Leute. Die Qualität des Wortprotokolls ist wesentlich höher als jene einer noch so gut gemeinten Zusammenfassung des angeblich Wesentlichen.

Es lässt sich anhand der Struktur einer wortgetreuen Zeugenaussage auch wesentlich besser feststellen, welche Aussage auf ehrlicher Erinnerung beruht, und welche allenfalls angelernt und eingeübt ist, um den Ausgang des Verfahrens zu beeinflussen. Die meisten lügenden Zeugen lügen ungern und zögerlich, was im Wortprotokoll ersichtlich wird.

Wichtig ist für die Parteivertreter das Prinzip, dass allfällige Verfahrensfehler sofort zu rügen sind, nicht erst nachträglich mit dem Schiedsspruch. In einem Verfahren, an welchem eine deutsche Partei mit fast so vielen Anwälten vertreten war, wie hier sitzen (aber ohne Chef), übersah die deutsche Partei die Obliegenheit der sofortigen Rüge. Darauf sagte das Schweizerische Bundesgericht, nicht rechtzeitig gerügt bewirke Verwirkung. Es ging dort um Milliarden.

Nun noch zur eigentlichen Streitkultur. Ein Schiedsverfahren vermeidet die großen Worte und das große Drama, wie wir es aus der Oper kennen. Für einmal müssen auch französische Anwälte auf ihre „effets de manche“ verzichten. Unsere staatlichen Gerichte legen wenig Wert auf anwaltliches Getöse; ein Schiedsgericht spricht erst recht auf eine subtile Präsentation an. Das Schiedsverfahren ist Kammermusik, wo leise Töne große Wirkung entfalten können.

3. Unterschiede beim anwendbaren Recht

Erst jetzt kommen wir zum zweiten Schritt in unserem Syllogismus, zur Feststellung des anwendbaren Rechts. Auch unsere staatlichen Gerichte werden durch unser IPR immer wieder dazu geführt, ein anderes Recht anzuwenden als unser lokales, das wir am besten kennen. Die lex arbitri am Sitz des Schiedsverfahrens enthält häufig ein eigenes, spezifisch schiedsrechtliches IPR, das vom Schiedsgericht anzuwenden ist. Je nach Schiedssitz haben die Schiedsgerichte eine größere Freiheit in der Bestimmung des anwendbaren Rechts.

Wie die staatlichen Gerichte können die Schiedsgerichte die Hilfe der Parteien beanspruchen, und sie tun dies regelmäßig. Es ist aber nicht so, dass die Parteien vor Schiedsgericht den Inhalt des anwendbaren Rechts wie eine Tatsache beweisen

müssen. Es ist darum selten hilfreich, wenn die Parteien Expertenberichte über das anwendbare Recht von parteiernannten Rechtsexperten einreichen. Die Entscheidung, welches das anwendbare Recht auf welche Frage ist, und was dessen Inhalt ist, ist vor jedem Schiedsgericht eine komplexe Aufgabe.

Es ist auch nicht so, dass ein Schiedsgericht auf das lokale bürgerliche Recht zurückgreifen kann, wenn der Inhalt des anwendbaren Rechts unbewiesen bleibt.

Dies führt dazu, dass der Arbeitsprozess vor Schiedsgericht ein anderer ist als vor den staatlichen Gerichten. Dort wird in der Relationstechnik zuerst festgestellt, was das Recht ist, und anschließend, wer was beweisen muss. Vor einem Schiedsgericht wird zunächst festgestellt, was geschehen ist, und erst nachher das auf den so festgestellten Sachverhalt anwendbare Recht ermittelt und angewendet.

4. Unterschiede bei der Urteilsfindung

Nun noch die dritte Stufe, jene der Entscheidung. Im Rahmen eines Schiedsgerichtes wird sich der oder die Vorsitzende von Anfang an bemühen, aus den drei Schiedsrichtern, die aus verschiedenen Ländern, ja häufig auch von verschiedenen Kontinenten, herkommen, ein Team zu bilden, das nach außen einheitlich auftritt, und innerhalb dessen alle Beteiligten versuchen, konstruktiv ihre Ideen einzubringen; dies im Interesse einer höheren Qualität der Prozessleitung, der Tatsachenfeststellung, der rechtlichen Argumentation, und schließlich des Schiedsspruches. Man sollte zusammen essen oder gar in die Oper. Dort ist der Text häufig unwichtig und unverständlich. Die Musik ist wichtig.

a) Informelle Überlegungen

Bei der Sachentscheidung sind die Unterschiede doch recht erheblich. Die staatlichen Gerichte arbeiten häufig auf Grundlage eines Urteilsentwurfes, der von einem der Richter, häufig aber von einer Hilfskraft, stammt. Im Zirkulationsverfahren wird der Entwurf zum definitiven Urteil und hernach ausgefertigt.

Ein Schiedsgericht arbeitet normalerweise völlig anders. Die Schiedsrichter tauschen sich beim Essen informell aus, von Anfang an und besonders während der Sitzungstage – vier, fünf Sitzungstage – selten mehr. Sie beraten anschließend formell. Erst dann wird zur Sachentscheidung ein Entwurf des Schiedsspruchs ausgearbeitet, zu dem idealerweise alle etwas beitragen.

b) Bedeutung der Prozessgeschichte

Die Prozessgeschichte ist freilich von einem Schiedsgericht häufig schon früher ausführlich ausgearbeitet worden, um die eigentliche Urteilsberatung nicht damit auch noch zu belasten.

Warum ist das so? Weil innerhalb des Schiedsgerichts für die längste Zeit die Streitkultur darin besteht, den Streit zu vermeiden oder zumindest hinauszuschieben. Sobald der Ausgang des Verfahrens feststeht, kann ein Vorsitzender oder eine Vorsitzende nämlich die Mitarbeit der Mitschiedsrichter oder jedenfalls eines der Mitschiedsrichter nicht erwarten und ohnehin nicht erzwingen. Der oder die gewiefte Vorsitzende wird

daher die Schiedsrichter frühzeitig zur Mitarbeit animieren, um nicht die ganze Arbeit allein machen zu müssen. Anders als staatliche Richter können Schiedsrichter andere nur mit Charme überzeugen, mit Schlaueit überlisten, ihnen Angst einflößen oder sie beschämen. Aber sie haben keine Zwangsmittel.

c) Dissenting Vote

Und erst recht wird der oder die Vorsitzende versuchen, eine allfällige dissenting opinion (die gibt es bei den staatlichen Gerichten kaum) in Grenzen und ungiftig zu halten. Vor den Parteien wird ein Schiedsgericht sich ohnehin bedeckt halten, damit keine Partei in Versuchung kommt, darauf hinzuwirken, dass einzelne Schiedsrichter wegen Besorgnis der Befangenheit abberufen und durch ihr gewogenere Personen ersetzt werden.

Darum wird ein Schiedsgericht nur mit großer Sorgfalt und nicht allzu früh auf einen Vergleich hinwirken, auch wenn ein Vergleich durchaus erwünscht ist.

III. Fazit

Gibt es bei internationalen Schiedsverfahren eine besondere Streitkultur? Ich würde antworten: Ja, aber es sind viele verschiedene Streitkulturen.

IV. Summary

Arbitration has nothing to do with mediation, and settlements are not particularly frequent in international arbitration. Procedure before an Arbitral Tribunal is different from State Court procedure mostly because of the people involved. Before a State Court, most participants come from the same country and have a standardized training. In arbitration, many unusual questions arise right from the start. When an arbitration clause is made, the parties should think through the entire process. In reality, they do not. This explains why in arbitration often a different team takes over. A party that was well advised when the contract was made often also has a well-chosen team in the arbitration, and often that team wins. An Arbitral Tribunal will not use the German Relationstechnik based on an early analysis of the law and the burden of the proof. The Arbitral Tribunal will work hard to find first what happened. "Get the facts before the facts get you." There is nothing wrong with people involved in the case itself testifying on the basis of written witness statements. German lawyers have unwarranted fears. They regularly insist on witness purdah. Cross-questioning and a verbatim transcript is essential to spot lying witnesses. Party-appointed experts testify. One normally uses the chess-clock. Legal argument comes late, and the role of the applicable law is often minimal. Arbitral Tribunals normally deliberate in an informal way. Dissenting opinions are possible. In sum, Arbitral Tribunals have a different culture. Rather, different cultures.

Dr. Pierre A. Karrer, LL. M. (Yale)

Bei diesem Beitrag handelt es sich um einen Vortrag vom 11.6.2015 auf dem DAT in Hamburg. Die mündliche Form wurde beibehalten.



Dr. Axel Reeg*

The New Arb-Med-Arb Protocol of the Singapore International Arbitration Centre

Can it help overcome the settlement dilemma in cross-cultural arbitration cases?

Often the parties of an arbitration dispute may be interested in reaching a settlement. While the Common law approach to the role of the arbitral tribunal does not allow the arbitrators to engage in the facilitation of settlements, in the Civil law world, above all in Germany, arbitrators often assist the parties in finding an amicable solution. In Germany, civil procedure laws and the Rules of the German Arbitration Institution (DIS) even establish a duty of tribunals to promote a settlement. In other words: The approaches to settlements in arbitration in the two legal worlds are juxtaposed. This creates problems in cross-cultural arbitration matters. While the new Arb-Med-Arb Protocol of the Singapore International Arbitration Centre cannot eliminate this dilemma, it may help ameliorate it.

I. Introduction

Common law trained practitioners and their counterparts originating from civil law jurisdictions have very different approaches towards dispute resolution before state courts and in arbitration. When these different approaches are compared in the international arbitration community, often the different ways of taking evidence and the also very different understanding of the role of the tribunal and of Counsel in the dispute resolution process are being highlighted and discussed. Yet there is another issue where the common practice in the two systems is juxtaposed: Should the dispute resolution process allow, facilitate or even encourage a settlement of the dispute? In the common law world, the answer has traditionally been negative, while, in the civil law hemisphere¹, there is, at least, no such harsh opposition, but rather, in some jurisdictions, above all in the German one, a very settlement-friendly environment. While this has been described as “the German problem”, others, earlier on, have praised it as “the German advantage”².

A number of important efforts towards compromise have been made with reference to some of the confronting approaches of the civil law and the common law arbitration practices. These initiatives have, like in the case of the taking of evidence³, achieved some success in the sense of a convergence of the systems. On the issue of arbitration tribunals facilitating a settlement, however, the respective positions seem to be completely irreconcilable.

This is quite a deplorable diagnosis in the context of users complaining of arbitration proceedings no longer being cost and time efficient. Users want solutions and they want them quickly and at a reasonable expense. Hence, a settlement may often be the better solution. While in any arbitration involving common law participants, any mention of features of the civil law, or more concretely, the German approach to settlements, by an arbitrator may endanger the integrity of the whole

arbitral process, the newly launched Arbitration-Mediation-Arbitration-Protocol (AMA) of the *Singapore International Mediation Centre (SIMC)* and the *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)* may offer a solution for a way out of this dilemma in arbitrations with civil law participants.

This article will briefly highlight the different approaches to settlements in arbitration both in the common law world (part II.1 below) and in civil law jurisdictions, above all in Germany (part II.2 below) and then present the main features of the AMA approach (part IV) concluding with an evaluation of the new protocol in terms of its potential success in the world of international arbitration (part V).

II. Settlement facilitation in arbitration – a no-go or: yes, please?

1. The strict position of common law: no mention of settlement

Would any judge, any arbitrator trained or working in a common law jurisdiction ever introduce the term “settlement” to the proceedings, he⁴ would immediately give rise to the suspicion of being pre-determined or biased. It would undermine his authority and credibility and jeopardize the arbitration as a whole.

Why is that so? In the common law world, an arbitrator sees his paramount duty in the rendering of a judgment or an arbitral award, following, of course, a series of proceedings

* Dr. Axel Reeg is the founding partner of REEG RECHTSANWÄLTE in Mannheim. He is admitted to the Bars in Germany and Spain and lectures International Commercial Arbitration at the University of Heidelberg. The author is grateful for the assistance of cand. iur. Sven Lohmann in gathering the existing publications on the AMA protocol.

1 “Hemisphere” may be a somewhat euphemistic expression in this context since civil law jurisdictions make up very large parts of the world: Continental Europe, Latin America, Japan, China, Korea, Indonesia, Thailand, Vietnam, Russia, many countries of Africa and the Middle East as well as parts of Canada and even the US. At times, this tends to be forgotten.

2 Quoted from a statement made by John Beechey QC, then President of the ICC International Court of Arbitration, at a panel discussion within the programme of an ICC Conference held in Costa Rica in February 2013: „At the ICC, we have the German problem: German arbitrators tend to change their hat from arbitrator to mediator while they should focus on issuing an award.” Vid. John Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, in: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 52 (1985), No. 4, p. 823-866; see also John Langbein, *Trashing the German Advantage in Civil Procedure*, in: *The North Western University Law Review*, Vol. 82 (1988), No. 3, p. 763-784; Klaus-A. Gerstenmaier, *The “German Advantage” – Myth or Model?*, in: *SchiedsVZ* 2010, p. 21-23 and Siegfried Elsing, *Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds*, in: *SchiedsVZ* 2011, 114-123.

3 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, 2nd and revised edition (2010); available at www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_30June_2010_Enews_Taking_of_Evidence_new_rules.aspx.

4 The use of masculine pronouns in relation to judges or arbitrators is not intended to indicate any preference of the author of male judges and arbitrators over female judges or arbitrators.

which culminate in an extensive oral evidentiary hearing during which the arbitrator or judge has acted as a stalwart of procedural rights of either party with as little intervention in the action as possible. Such an arbitrator or judge is not to engage in a discussion on the merits of the case, he rather has to sit and hear what Counsel and the witnesses have to say. Would he want to discuss the terms of a settlement with the parties, he would almost inevitably have to reveal at least part of his initial legal assessment of the merits. The place and the moment for this are, however, reserved to the rendering of the award. Any attempt to do so at an earlier stage is, in principle, a no-go. Hence, common law trained arbitrators shy away from the mention of a settlement and common law trained Counsel do not wish any arbitrator to start a discussion of a settlement.

Following this tradition, parties in common law jurisdictions share the expectation that the tribunal would intervene as little as possible in the proceedings and would certainly not promote a settlement of the matter before rendering an award. They would be taken by surprise if an arbitrator were to do so and would at least wonder whether he is pre-determined in his assessment if not consider challenging the appointment of such an arbitrator.

While the London-based *Center for Effective Dispute Resolution (CEDR)*, in 2009, has published “Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration”⁵ and while these Rules have adopted some features of the German approach towards settlements in arbitration, such as the idea of the tribunal providing the parties early on with its views on the issues in dispute⁶, the idea that an arbitration tribunal may or even should offer the parties its active assistance in reaching a settlement of their dispute⁷, is still far from penetrating the common law part of the International Arbitration Community.⁸

2. Settlements as a natural element of arbitration in many civil law jurisdictions

In the civil law world, especially when we look at Germany and other German speaking countries, the situation is all so different. Judges and, likewise, arbitrators, are much more actively involved in the proceedings as compared to their common law counterparts. They are pro-actively controlling and not only supervising the action. They will, after reading the statement of claim, and again, after reading the statement of defense, start evaluating the merits of the case and they will constantly do so all the way through the proceedings. They will do so applying an ongoing relevance test⁹ weighing all the facts as presented by the parties against statutory law and leading cases decided on by higher courts. This will allow them to identify the decisive issues of the case, shortlist these and decide whether there is a need for a taking of evidence at all and, if so, which evidence on which decisive and disputed issues needs to be taken. They will, ideally, be on the top of things from the beginning all through the end of the proceedings. This will allow them to have what best would be described as a learned discussion on the merits of the case among the members of the tribunal or, as the case may require, with the other participants of the dispute, i. e. the parties and their Counsel. This, of course, makes fully fledged statements of

claim and of defense compulsory – the parties will have to put all their cards on the table early on. With these ingredients, a constant evaluation of the merits is not perceived as a sign of pre-determination or bias but rather as a preliminary and temporary assessment based on what has been said and demonstrated so far in the sense of a working paper. Judges and arbitrators are, therefore in a position to articulate their views, share them with the parties and generate (common) focus on what really matters for the resolution of the dispute.

On this basis, German judges are encouraged and even obliged by the law to actively facilitate a settlement of the matter. Section 278 of the German Civil Procedure Code (ZPO) obliges the court, inter alia, to facilitate a settlement of the matter without, however, forcing it on the parties¹⁰. The court may also submit to the parties a written settlement proposal which the parties may or may not accept.¹¹

Similarly, the 1998 Arbitration Rules of the *German Institution for Arbitration (DIS)*, applicable also for international arbitration disputes, establish in their Section 32.1:

“At every stage of the proceedings, the arbitral tribunal should seek to encourage an amicable settlement of the dispute or of individual issues in dispute.”

This may explain the existence of a settlement culture among German arbitrators and arbitration users. Settling a dispute within an arbitration and not in a separate mediation process is perceived as normal. Hence, parties originating from a civil law jurisdiction, especially from Germany, would generally expect having a settlement discussion with the arbitral tribunal. They are, often and depending on the case, even likely to be disappointed when a tribunal would not approach the issue of settling the matter. For them, this is part of the normal course of the process.

3. The settlement dilemma in cross-cultural arbitration disputes

In other words: The settlement issue is perceived by German arbitration practitioners exactly the opposite way as compared to their counterparts in the common law world: For one part of the legal world settling a matter within the proceedings of an arbitration and with the active assistance of the arbitration

⁵ http://www.cedr.com/about_us/arbitration_commission/Rules.pdf

⁶ Vid. Article 5.1.1 of the CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration.

⁷ For a similar suggestion see *Raesche-Kessler*, The Arbitrator as Settlement Facilitator, in: *Arbitration International*, Vol. 21 (2005), p. 523-536.

⁸ Even the *International Court of Arbitration (ICC)* contemplates the facilitation of a settlement in the context of an ongoing arbitration as something to be dealt with separately in another type of proceeding and not within the arbitration. This can be concluded from Sections 41 and 42 of the ICC Report on “Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration”, published in 2012 and available at: <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2012/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Techniques-for-Controlling-Time-and-Costs-in-Arbitration/>; It should, however, be noted that the 2012 version of the report, in contrast to its first edition published in 2009, contains (in the second phrase of its new section 42) at least a timid approximation towards the idea of a tribunal intervening (at the request of the parties) in the facilitation of a settlement.

⁹ In German called „Relationstechnik“.

¹⁰ The court must not be overbearing in its settlement facilitation efforts if the prospects for a settlement are bleak (see Sec. 278 subsec. 2 ZPO).

¹¹ See Sec. 278 subsec. 6 ZPO.

tribunal, is a natural part of this method of dispute resolution, while the other part of the legal world is antagonized and often repelled by this idea. As a consequence, in any arbitration dispute with participants originating not only from one of these two worlds, there is a substantial risk that the settlement issue may bring about problems and irritations. This creates a predicament for parties and arbitrators who are used to discussing a settlement in an arbitration: If they ask the tribunal to assist them in finding a settlement, they will be perceived as weak and if an arbitrator volunteers to assist the parties with a settlement, he is likely to be challenged.

III. Hybrid clauses and their limited reach

1. The difficult quest for a solution overcoming the systematic differences of the ADR systems

There is, however, a global consensus in the dispute resolution community that many disputes are not necessarily best dealt with by a tribunal rendering an award but rather by an amicable settlement. As a consequence, mediation and conciliation techniques and corresponding rules have been developed to offer alternatives to arbitration on a consensus-based approach. It soon became obvious that such approaches were suffering from an important downside: the parties needed to reach a consensus, an agreement to finally resolve the dispute. If, for whatever reason, this target was not reached, the dispute was still open.

2. Hybrid clauses do not offer satisfactory solutions

As a result, hybrid clauses were evolving, the combination of an attempt to resolve the dispute by mediation and a subsequent arbitration (Med-Arb)¹² being the most widespread of them. These hybrid clauses, again, were confronted with an array of conflictive issues. To name only a few of them:

- It was unclear whether a person who had (unsuccessfully) acted as mediator in a dispute should be able to subsequently act as an arbitrator in the same matter. While this would imply the advantage of the mediator-become-arbitrator already knowing the issues at stake, it would entail the danger of pre-determination and of a lack of the protection of privilege and of the confidentiality of the unilateral discussions held between the mediator and the respective parties. Substituting the person acting as mediator by another one who will act as arbitrator may solve this problem but entails a duplication of paperwork and the need to tell the story over and again.
- The enforceability of an agreement reached between the parties through mediation remains, in many jurisdictions, to be an open question. It soon became clear that the application of these hybrid clauses presented more problems rather than offering the solutions for which they were conceived.¹³

IV. The new Arb-Med-Arb-Protocol (AMA) of the SIMC and the SIAC

In November 2014, the well-established *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)* and the *Singapore International Media-*

tion Centre (SIMC), a newly created body associated with the SIAC, have launched the new AMA-Protocol¹⁴. Contrary to the med-arb approach it contains a third element in that after an unsuccessful mediation attempt, a case automatically drops back into the arbitration proceedings its resolution had started with. It therefore avoids both the uncertainty as to what will happen to the matter if it is not resolved through mediation as well as the disadvantages linked to having the same person mediating a dispute and subsequently arbitrating it.

Like in the case of all good ideas, the underlying idea of the AMA Protocol is a simple one:

The resolution of a dispute is started, by virtue of an arbitration clause referring it to arbitration under the SIAC Arbitration Rules¹⁵, by the filing of an Arbitration Notice with SIAC. The relevant arbitration clause may already contain a reference to the AMA-Protocol or the parties may later amend it by such a reference. After the arbitration process has started, the arbitration tribunal is validly constituted and both the Notice of arbitration as well as the Response to the Notice of arbitration have been submitted, the matter will automatically be referred to mediation under the SIMC Mediation Rules and the arbitration proceedings be stayed. The mediation shall be conducted during a period of eight weeks after the transfer of the matter to the SIMC being such period extendable by SIAC in consultation with SIMC. The mediator(s) shall not be identical with the arbitrators of the arbitration tribunal in place, such that the impartiality of all dispute resolvers engaged in the matter is conserved. If the mediation is successful, the parties may request the arbitration tribunal already in place to issue an award by consent following the terms of the mediated agreement and making it enforceable under the 1958 New York UN-Convention. If the mediation is not or not entirely successful, the parties can ask the matter to be re-transferred to the arbitration tribunal already in place in order to resolve the matter by rendering an award.

This simple formula is complemented by two important features:

- Both institutions, SIAC and SIMC are closely linked and are operating in the same building¹⁶ thus allowing seamless processing of the file;
- There is a single filing fee for matters brought before the SIAC under the AMA Protocol.

The AMA Protocol is a fairly short document containing only 15 Rules, nine of which are dealing with procedural and the remaining six with financial issues. The Rules are self-explanatory, clear and unlikely to create misunderstandings, in short: they are user-friendly.

The Singaporean AMA-Protocol constitutes an innovative and unique approach in the dispute resolution world since it com-

¹² Or, in fewer cases, a court litigation.

¹³ For a report on the development of hybrid clauses see: Eunice Chua Hui Han, *The Future of International Mediated Settlement Agreements: Of Conventions, Challenges and Choices*, in: Tan Pan Journal 2015 (printing).

¹⁴ <http://simc.com.sg/siac-simc-arb-med-arb-protocol>.

¹⁵ Or the UNCITRAL Arbitration Rules combined with an agreement that the SIAC shall administer the arbitration.

¹⁶ At Maxwell Chambers in Singapore.

bines the advantages of both dispute resolution systems and, at the same time, eliminates the disadvantages and pitfalls of the combinations of these systems hitherto known. The SIAC and the new SIMC have already received widespread applause for the AMA Protocol¹⁷ and are important elements in Singapore's drive to become the leading dispute resolution hub in Asia.¹⁸

V. The impact of the AMA Protocol for the resolution of cross-cultural disputes

Apart from such positive reactions of a more general nature, the new AMA Protocol of SIAC and SIMC deserves to be specifically praised for its contribution to the solution of the settlement dilemma in cross-cultural arbitrations. As extensively discussed in parts I and II above, the question whether an arbitration tribunal should (pro-)actively engage in any kind of facilitation of a settlement of disputes within the arbitration process, is answered in very different and controversial ways both in the common law and in the civil law world. The participants in a cross-cultural arbitration case are likely to have very different expectations as to the role of the tribunal in terms of settlement facilitation. An incongruence of expectations is rather the rule than the exception.

In providing the AMA-Protocol, SIAC and SIMC are not eliminating this problem but they are offering a solution which helps ameliorate the problem in the sense that, from now on, settlements of cross-cultural disputes are becoming a conceivable result in arbitrations administered by SIAC, albeit not directly within the proper limits of the arbitration process but, at least, in a broader sense, within the context of such an arbitration.

For parties and arbitrators coming from the civil law world this is certainly good news. While this feature of the AMA-Protocol may not have been part of the intentions of SIAC and SIMC when they were designing the AMA-Protocol, it is definitely not only an achievement that deserves to be praised by civil

law arbitration practitioners but, also and even more, that deserves to be known by them.

VI. Zusammenfassung

Häufig möchten die Parteien eines Schiedsverfahrens einen Vergleich abschließen. Während es das Verständnis der Rolle des Schiedsgerichts im Common Law den Schiedsrichtern gemeinhin nicht erlaubt, bei der Suche nach Vergleichsmöglichkeiten behilflich zu sein, wirken Schiedsrichter im kontinental-europäischen Rechtsraum oft auf Vergleichsabschlüsse hin. In Deutschland sehen die Zivilprozessordnung und die Regeln der *Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* gar eine Verpflichtung des Schiedsgerichts zur Vergleichsförderung vor. Dieser diametrale Gegensatz der Rechtsordnungen führt in internationalen Schiedsverfahren mit Beteiligten in verschiedenen Rechtskreisen zu Problemen. Das neue Arb-Med-Arb Protokoll des *Singapore International Arbitration Center* kann das damit verbundene Dilemma nicht beseitigen. Es ist aber geeignet, das Problem deutlich zu entschärfen.



Dr. Axel Reeg

This article is dedicated to Prof. Dr. Siegfried Elsing on the occasion of his 65th birthday. Siegfried Elsing, despite having his professional origin in Germany, is well versed in common law systems and a protagonist of the attempts to build bridges between the two systems, especially in arbitration.

¹⁷ Vid., *inter alia*, Christopher Boag, The new SIAC/SIMC AMA-Protocol: A Seamless Multi-tiered Dispute Resolution Process Tailored to the User's Needs, in: Asian Dispute Review 2015, p. 91-96; Josephine Hadikusumo and Eunice Chua, Recent Developments in International Mediation: Singapore's Unique Approach (printing).

¹⁸ Another one is the creation of the Singapore International Commercial Court.

Dr. Michael Pucher, LL. M. (Harvard)*

Verträge zwischen ausländischer Muttergesellschaft und österreichischer Tochtergesellschaft

Gesellschafts- und steuerrechtliche Fragen

Österreichische Unternehmen werden häufig von der Tochtergesellschaft einer ausländischen Muttergesellschaft betrieben. In der Regel gibt es zwischen diesen auch vertragliche Beziehungen. Viel häufiger kommt es zu bloß schuldrechtlichen Verträgen zwischen Tochtergesellschaft und Muttergesellschaft. Solche bringen die Gefahr, dass Letztere ggü. Ersterer höhere Gegenleistungen verlangt, als ein nicht konzernmäßig verbundenes Unternehmen zu erbringen bereit wäre. Die sich daraus allen voran ergebende Rechtsfrage ist, welche gesellschaftsrechtlichen Folgen solche Verträge

verursachen können. Des Weiteren ist die diesbezügliche Verantwortung der Leitungsorganmitglieder der Tochtergesellschaft darzustellen. Berücksichtigung verdient schließlich die steuerliche Dimension. Überhöhte Gegenleistungen an Muttergesellschaften führen nämlich zu einer Reduktion des steuerpflichtigen Einkommens.

* MMag. Dr. Michael Pucher, LL. M. (Harvard) ist für Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte tätig und gleichzeitig externer Lehrbeauftragter der Wirtschaftsuniversität Wien.

I. Konzernrechtliche Grundlagen

Die österreichische Rechtsordnung regelt Rechtsfragen betreffend Konzerne nur punktuell. An einem kodifizierten Konzernrecht fehlt es. Damit, dass ein solches in absehbarer Zeit geschaffen wird, ist nicht zu rechnen.¹

Eine sehr allgemeine Definition von Konzern und Konzernunternehmen ergibt sich aus § 15 AktG² und § 115 GmbHG³. Danach bilden rechtlich selbständige zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasste Unternehmen – präziser wäre gewesen, auf den dahinterstehenden Rechtsträger abzustellen⁴ – einen Konzern; die einzelnen Unternehmen werden als Konzernunternehmen bezeichnet (§ 15 Abs. 1 AktG und § 115 Abs. 1 GmbHG). Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen (§ 15 Abs. 2 AktG und § 115 Abs. 2 GmbHG). Diese Definition erkennt den faktischen Konzern sowie den auch in § 238 AktG⁵ sehr rudimentär umschriebenen Vertragskonzern an. Konkrete Rechtsfolgen ergeben sich aus § 15 AktG und § 115 GmbHG nicht.⁶

Weitreichende rechtliche sowie auch praktische Bedeutung genießt der Konzern im Zusammenhang mit der Rechnungslegung. § 198a Z. 8 UGB⁷ beschreibt verbundene Unternehmen als solche, die in den Konzernabschluss eines – auch ausländischen – Mutterunternehmens einzubeziehen sind. Die Pflicht zu dessen Aufstellung ordnet § 244 UGB an. Angeknüpft wird dabei an einheitliche Leitung⁸ oder an bestimmte Control-Tatbestände.⁹ Bilanzrecht erfasst insofern nur den Unterordnungskonzern – das gemeinsame Mutterunternehmen hat den Konzernabschluss aufzustellen – und nicht den Gleichordnungskonzern.¹⁰

Darüber hinaus lassen sich quer durch das Unternehmens- und Wirtschaftsrecht Regelungen mit konzernrechtlicher Dimension feststellen. Solche finden sich zu kapitalmarktrechtlichen oder arbeitsrechtlichen Sachverhalten, betreffen das im Krisenfall relevante Eigenkapitalersatzrecht und können auch nur bestimmte Sparten (z.B. Bankwesen) erfassen.¹¹ Die Masse dieser Bestimmungen sind Gegenstand langjähriger nationaler Diskussion und mittlerweile auch unionsrechtlicher Vorgaben.¹² Übrig bleiben konzernrechtliche Fragen, für die keine Sonderregeln normiert sind. Deren Beantwortung hat nach allgemeinem Unternehmens- und Gesellschaftsrecht zu erfolgen.¹³

II. Unternehmensverträge

1. Im Bereich des AktG

Die Bezeichnung Unternehmensvertrag bringt zum Ausdruck, dass sich dadurch typischerweise die Struktur des von der verpflichteten Gesellschaft getragenen Unternehmens ändert. Der Abschluss eines solchen modifiziert das bisher von der Gesellschaft verfolgte, auf das eigene Unternehmen und ihre Aktionäre bezogene Interesse insofern, als es durch jenes des Vertragspartners zumindest teilweise überlagert wird.¹⁴ Unternehmensverträge bestimmen entweder vorwiegend die organisatorischen Grundlagen der abschließenden Gesellschaften

oder sie entsprechen eher – aber niemals ausschließlich – schuldrechtlichen Austauschverträgen.¹⁵ In Deutschland wurden durch die Aktienrechtsnovelle von 1965 diesbezügliche Regelungen für Abschluss, Änderung und Beendigung gegenseitlicher Verträge sowie Sicherungsmechanismen für Gesellschaft, Gläubiger und außenstehende Aktionäre geschaffen.¹⁶

§ 238 AktG enthält demgegenüber nur rudimentäre Regelungen zu Unternehmensverträgen und ist in mehrerlei Hinsicht problematisch. Dies beginnt bereits bei der zu engen und irreführenden Überschrift „Gewinngemeinschaft“ sowie einem in weiterer Folge unpräzisen Wortlaut und der Nichtbeantwortung einer Reihe von Rechtsfragen. Obgleich Unternehmensverträge in einem Spannungsfeld zu vielen gesellschafts-

¹ Nowotny, in: FS Koppensteiner, 2007, S. 75 ff.; Doralt/Diregger, in: MÜKöAktG, Österreichisches Konzernrecht, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 11.

² § 15 (1) Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. (2) Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen.

³ § 115. (1) Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. (2) Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen.

⁴ Jabornegg, in: Jabornegg/Strasser, AktG, 5. Aufl. 2011, § 15 Rdnr. 1, 11; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, 3. Aufl. 2007, § 115 Rdnr. 7.

⁵ § 238. (1) Ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft verpflichtet, an eine andere Person ihren Gewinn ganz oder teilweise abzuführen, bedarf zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung, wenn die Gesellschaft nach diesem Vertrag allein oder in Zusammenhang mit anderen Verträgen mehr als drei Viertel ihres gesamten Gewinns abzuführen hat. (2) Der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf auch ein Vertrag, durch den eine Aktiengesellschaft einem anderen den Betrieb ihres Unternehmens verpachtet oder sonst überlässt oder in dem sie ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen zu führen übernimmt. (3) Die Beschlüsse bedürfen einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasst. Die Satzung kann diese Mehrheit durch eine größere Kapitalmehrheit ersetzen und noch andere Erfordernisse aufstellen...

⁶ Kalss, ZVGRWiss 113, 291; Diregger, in: Gruber/Harrer, GmbHG, 2014, § 115 Rdnr. 3.

⁷ § 189a. Für das Dritte Buch gelten folgende Begriffsbestimmungen: 8. verbundene Unternehmen: zwei oder mehrere Unternehmen innerhalb der in den Konsolidierungskreis jenes Mutterunternehmens einbezogenen Tochterunternehmen, das den am weitestgehenden Konzernabschluss aufzustellen hat, auch wenn die Aufstellung unterbleibt...

⁸ Dies erfordert das Vorliegen einer mindestens 20 %igen Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft oder eine solche als unbeschränkt haftender Gesellschafter an einer Personengesellschaft (§ 244 Abs 1 UGB).

⁹ Sie sind gegeben, wenn einem Mutterunternehmen ggü. dem Tochterunternehmen die Mehrheit der Stimmrechte, das Recht zur Organbestellung oder das Recht auf Ausübung von beherrschendem Einfluss zusteht sowie, wenn ein entsprechender Stimmbindungsvertrag vorliegt (§ 244 Abs. 2 UGB).

¹⁰ Janschek, in: Hirschler, Bilanzrecht – Einzelabschluss, 2010, § 244 Rdnr. 40; Vanas, in: Zib/Dellinger, UGB 2013, § 228 Rdnr. 45.

¹¹ Kalss (o. Fn. 6), 291; Doralt/Diregger (o. Fn. 1), Rdnr. 8 ff.

¹² Nowotny (o. Fn. 1), 95.

¹³ Kalss (o. Fn. 6), 291; Doralt/Diregger, in: Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, 2. Aufl. 2012, § 15 Rdnr. 2 f.

¹⁴ Altmeyden, in: MÜKöAktG, 3. Aufl. 2010, vor § 291 Rdnr. 2.

¹⁵ Ausgegangen wird von einem numerus clausus der Unternehmensverträge. Die Möglichkeit der analogen Anwendung der diesbezüglichen Regelungen soll bestehen.

¹⁶ Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, vor § 291 Rdnr. 1 ff.

rechtlichen Normen und Grundsätzen stehen, beschränkt sich die Rechtsfolge auf das in § 238 Abs. 3 AktG normierte Genehmigungserfordernis der Hauptversammlung – diesbezügliche Beschlüsse bedürfen einer Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Kapitals – als verbandsrechtliches Wirksamkeitserfordernis.

Fehlt dieses, dann sind Unternehmensverträge (schwebend) unwirksam. Klargestellt sei an dieser Stelle allerdings, dass sich § 238 AktG nicht ausschließlich auf Konzernsachverhalte beziehen muss.¹⁷ Nach neuerer Auffassung besteht für Unternehmensverträge das Erfordernis der Schriftform.¹⁸ Obgleich durch solche die Satzung materiell überlagert wird, bedarf es weder einer formellen Änderung letzterer noch einer Eintragung im Firmenbuch.¹⁹ Die Beendigung von Unternehmensverträgen hat nach den allgemeinen Grundsätzen für Dauerschuldverhältnisse zu erfolgen. Dabei hat auch – ebenso wie im Zuge einer Änderung – die Befassung der Hauptversammlung zu erfolgen.²⁰

§ 238 Abs. 1 AktG nennt Verträge, durch die sich eine Aktiengesellschaft verpflichtet, ihren Gewinn an eine andere Person ganz oder teilweise abzuführen. Zu ihrer Wirksamkeit bedürfen solche der Zustimmung der Hauptversammlung, wenn mehr als drei Viertel des gesamten Gewinns betroffen sind. Sinngemäßes gilt nach § 238 Abs. 2 AktG für Verträge, mit welchen eine Aktiengesellschaft den Betrieb ihres Unternehmens verpachtet oder sonst überlässt sowie für einen Unternehmensführungsvertrag. Einer Zustimmung der Hauptversammlung bedarf es dann nicht, wenn der wesentliche Unternehmenskern beim ihm bisher zurechenbaren Rechtsträger verbleibt.²¹

Damit regelt § 238 Abs. 1 AktG neben dem Gewinnabführungsvertrag auch den Teilgewinnabführungsvertrag und die – ohne sie außerhalb der Überschrift zu erwähnen – Gewinngemeinschaft. Seit der Einführung der Gruppenbesteuerung 2005 hat die Bedeutung all dieser Verträge stark abgenommen. Davor war aus steuerlichen Gründen empfehlenswert, einen Ergebnisabführungsvertrag, der neben der Gewinnabführung auch einen Verlustausgleich anordnete, sowie einen Beherrschungsvertrag abzuschließen. Kurz gesagt, musste eine Organschaft vorliegen. Ob die in § 238 Abs. 1 AktG geregelten Verträge grds. auch eine Verlustübernahmepflicht enthalten müssen, ist strittig. Während derartiges zum Schutz von Gläubigern – hier würde ohnedies Kapitalerhaltungsrecht greifen – eher nicht notwendig sein soll, wird Bedarf zum Schutz von Aktionären durch Dividendengarantie oder Austrittsrecht gesehen.²² Nach Rechnungslegungsrecht haben in der Gewinn- und Verlustrechnung (§ 232 Abs. 3 UGB²³) sowie im Anhang (§ 238 Abs. 1 Z 20 UGB²⁴) Angaben betreffend Ergebnisabführung zu erfolgen.

§ 238 Abs. 2 AktG knüpft an Betriebspachtverträge, Betriebsüberlassungsverträge und Unternehmensführungsverträge an. Durch Betriebspachtvertrag verpachtet eine AG den Betrieb ihres Unternehmens einem anderen. Der Betriebsüberlassungsvertrag dient dazu, einem anderen den Betrieb ihres Unternehmens sonst zu überlassen.²⁵ Mit einem Unternehmensführungsvertrag verpflichtet sich die AG, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen zu führen. Einordnungsschwierigkeiten sowie generelle Zweifel über deren Zulässig-

keit bestehen betreffend einem zivilrechtlichen Auftrag nahekommende Managementverträgen, bei denen der Betrieb der AG im eigenen Namen und auf eigene Rechnung geführt wird. Das Eigentum einer AG am vertragsgegenständlichen Unternehmen bleibt zwar bei Abschluss dieser Verträge erhalten, ihre wirtschaftliche Selbstständigkeit wird aber unmittelbar berührt. Der Vorstand muss daher eine angemessene Gegenleistung verlangen. Kontrahiert er mit einem Aktionär, kommt auch das Kapitalerhaltungsrecht zur Anwendung. Je nach Ausgestaltung weisen gegenständliche Unternehmensverträge mehr oder weniger deutliche Parallelen zum Gewinnabführungsvertrag auf. Mit ersteren verbundene Eingriffe in die Geschäftsführung werden im Verhältnis zu letztgenanntem häufig ein noch größeres Gefahrenpotential für Aktionäre bringen, womit sich zu deren Schutz eher Austrittsrechte als bloße Dividendengarantien gebieten.²⁶

Beherrschungsverträge erwähnt § 238 AktG nicht. Deren Zulässigkeit ist insbesondere wegen § 70 AktG²⁷, der die Leitung durch den Vorstand unter eigener Verantwortung vorsieht, sowie dem Kapitalerhaltungsrecht fraglich. Die mehrheitliche Auffassung lässt solche aber zumindest innerhalb enger Grenzen zu.²⁸

Der wesentlichste Unterschied zur deutschen Rechtslage liegt darin, dass Unternehmensverträge nach österreichischem Recht generell dem Recht der Kapitalerhaltung unterliegen. Es gilt das Verbot der Einlagenrückgewähr (s. sogleich unten III.).

2. Im Bereich des GmbH-Rechts

Das österreichische GmbH-Recht enthält keine Regelung betreffend Unternehmensverträge. Ihre Zulässigkeit ist aber einheitlich anerkannt. Nennenswerte Abweichungen zum ohnedies sehr knappen § 238 AktG bestehen insofern, als Änderungen des Unternehmensgegenstands nach § 50 Abs. 3 GmbHG²⁹

¹⁷ Gall, in: Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, 2. Aufl. 2010, § 238 Rdnr. 1 ff.; Szep, in: Jabornegg/Strasser, AktG, 5. Aufl. 2010, § 238 Rdnr. 1 ff.

¹⁸ Rüdfler, Lücken im Umgründungsrecht, 2002, S. 108 ff., S. 126 ff.

¹⁹ OGH GesRZ. 2000, 35.

²⁰ Gall (o. Fn. 17), § 238 Rdnr. 39; Szep (o. Fn. 17), § 238 Rdnr. 7.

²¹ Gall (o. Fn. 17), § 238 Rdnr. 20; Szep (o. Fn. 17), § 238 Rdnr. 16.

²² Gall (o. Fn. 17), § 238 Rdnr. 5 ff.; Szep (o. Fn. 17), § 238 Rdnr. 8 ff.

²³ § 232. (3) Ist die Gesellschaft vertraglich verpflichtet, ihren Gewinn oder Verlust ganz oder teilweise an andere Personen zu überrechnen, so ist der überrechnete Betrag unter entsprechender Bezeichnung vor dem Posten gemäß § 231 Abs. 2 Z 25 oder § 231 Abs. 3 Z 24 gesondert auszuweisen.

²⁴ § 238. (1) Mittelgroße und große Gesellschaften haben im Anhang zusätzlich anzugeben: 20. die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen; hierbei ist auch über Verträge zu berichten, die die Gesellschaft verpflichten, ihren Gewinn oder Verlust ganz oder teilweise an andere Personen zu überrechnen oder einen solchen von anderen Personen zu übernehmen ...

²⁵ Als derartiges kann die sog. Innenpacht, wo der Pächter das Unternehmen zwar auf eigene Rechnung, aber im Namen der AG führt, gesehen werden. Ein weiterer Fall der sonstigen Überlassung ist der Fruchtgenuss.

²⁶ Gall (o. Fn. 17), § 238 Rdnr. 18 ff.; Szep (o. Fn. 17), § 238 Rdnr. 16 ff.

²⁷ § 70. (1) Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert. (2) Der Vorstand kann aus einer oder mehreren Personen bestehen. Ist ein Vorstandsmitglied zum Vorsitzenden des Vorstands ernannt, so gibt, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt, seine Stimme bei Stimmengleichheit den Ausschlag.

²⁸ Gall (o. Fn. 17), § 238 Rdnr. 17 ff.; Szep (o. Fn. 17), § 238 Rdnr. 29.

²⁹ § 50. (3) Eine Abänderung des im Gesellschaftsvertrage bezeichneten Gegenstandes des Unternehmens bedarf eines einstimmigen Beschlusses, wenn im Gesellschaftsvertrage nichts anderes festgesetzt ist.

Einstimmigkeit erfordern. Fragen betreffend Minderheitenschutz stellen sich daher nicht. Weitere Abweichungen ergeben sich bloß aus grundsätzlichen Unterschieden zwischen GmbH-Recht und Aktienrecht sowie Verschiedenheiten in der Terminologie. Wegen der Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer gelten Beherrschungsverträge als weniger problematisch.³⁰

III. Pflichten der Mutter- gegenüber der Tochtergesellschaft

1. Kapitalerhaltung

a) Grundzüge

Gesellschafter können nach § 52 AktG³¹ und § 82 Abs. 1 GmbHG³² ihre Einlagen nicht zurückzufordern. Solange die Gesellschaft besteht, haben sie nur Anspruch auf Bilanzgewinn, sofern dieser nicht auf gesetzlicher oder gesellschaftsrechtlicher Grundlage von der Verteilung ausgeschlossen ist. Der Zweck beider Regelungen liegt in der wertmäßigen Erhaltung des Gesellschaftsvermögens.³³ Sie dienen in erster Linie dem Schutz von Gläubigern. Auch dass sie Schutz der Gesellschafter sowie der Gesellschaft vermitteln, wird ins Treffen geführt. Inwieweit letztgenannte Aspekte eine Rolle spielen, gilt aber als noch nicht endgültig geklärt.³⁴

Beim Verbot der Einlagenrückgewähr handelt es sich um zwingendes Recht. Verluste auf Grund wirtschaftlichen Misserfolgs werden durch dieses nicht erfasst. Gleiches gilt für zusätzlich zum Gewinnanspruch durch gesetzliches Gesellschaftsrecht gedeckte Zahlungen (z.B. im Zuge der Liquidation oder Kapitalherabsetzung). Das Verbot der Einlagenrückgewähr bezieht sich auf Gesellschafter und diesen zurechenbare Rechtssubjekte. An die Gesellschaft und selbige vertretende Organe richtet es sich insofern, als diese keine ihm zuwiderlaufenden Leistungen vornehmen dürfen. Letztgenannter Begriff bringt zum Ausdruck, dass von gegenständlichem Verbot nicht bloß Einlagen, sondern sämtliches – vorbehaltlich eines anderen rechtskonformen genehmigenden Beschlusses – an Gesellschafter fließendes Kapital erfasst. Eben dieses gilt es zu erhalten und nicht an Gesellschafter rückzuführen. Treffenderweise ist gelegentlich vom Begriff Vermögensbindung die Rede.³⁵

Unterschieden werden offene und verdeckte Leistungen. Erstgenannter Begriff beschreibt einseitige Zuwendungen durch die Gesellschaft an Gesellschafter. Unter verdeckte Leistungen fallen sämtliche den äußeren Anschein eines Umsatzgeschäfts erweckende Vermögenstransfers an Gesellschafter, die selbigen auf Grund seiner Stellung über den Bilanzgewinn hinaus bevorzugen. Um nicht unter das Verbot der Einlagenrückgewähr zu fallen, ist daher erforderlich, dass sämtliche Transaktionen zu aus objektiver Sicht marktüblichen Konditionen erfolgen.³⁶

Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nach § 879 Abs. 1 ABGB³⁷ nichtig. Offener Einlagenrückgewähr kommt absolute Nichtigkeit zu. Dies wird aus § 83 Abs. 1 GmbHG³⁸ abgeleitet, der für das Aktienrecht analog gilt. Verdeckte Einlagenrückgewähr soll sich entsprechend dem Verbotszweck – der wertmäßigen Erhaltung des Gesell-

schaftsvermögens – entweder als gesamt- oder teilnichtig erweisen.³⁹ Ob letzteres tatsächlich mit dem Kapitalerhaltungsrecht vereinbar ist, darf bezweifelt werden.⁴⁰ Der OGH⁴¹ stellt auf den hypothetischen Parteiwillen ab. Dies wird aber angesichts der dadurch entstehenden Rechtsunsicherheit und dem vermeintlichen Unterlaufen des Verbotszwecks kritisch gesehen.⁴² Teilnichtigkeit dürfte nach Auffassung des OGH vorliegen, wenn beide Teile den Abschluss des Rechtsgeschäfts auch zu anderen Konditionen beabsichtigt hätten, wobei dann den Gesellschafter eine Pflicht zur wertausgleichenden Aufzahlung trifft. Gleiches gilt bei Fahrlässigkeit des Gesellschafters und entsprechendem hypothetischen Willen der Gesellschaft; auf jenem von ersterem kommt es dann nicht an. Zu Gesamtnichtigkeit kommt es, wenn beide Parteien den Abschluss des Rechtsgeschäfts nicht vorgenommen hätten oder Kollusion vorlag.⁴³ Unlängst hat der BGH⁴⁴ bei einem Verstoß ggü. einer § 52 AktG entsprechenden Norm unter sinngemäßen Rekurs auf § 56 AktG⁴⁵ die Nichtigkeits-

³⁰ Driegger (o. Fn. 6), § 115 Rdnr. 27 ff.; Milchrahm/Rauter, in: Straube, GmbHG, § 50 Rdnr. 91 ff.; Koppensteiner/Rüffler (o. Fn. 4), § 49 Rdnr. 18 ff.

³¹ § 52. Den Aktionären dürfen die Einlagen nicht zurückgewährt werden; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Bilanzgewinn, der sich aus der Jahresbilanz ergibt, soweit er nicht nach Gesetz oder Satzung von der Verteilung ausgeschlossen ist. Als Rückgewähr von Einlagen gilt nicht die Zahlung des Erwerbspreises beim zulässigen Erwerb eigener Aktien (§§ 65, 66).

³² § 82. (1) Die Gesellschafter können ihre Stammeinlage nicht zurückfordern; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss als Überschuss der Aktiven über die Passiven sich ergebenden Bilanzgewinn, soweit dieser nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluss der Gesellschafter von der Verteilung ausgeschlossen ist.

³³ OGH GesRZ 2015, 17; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts, 2004, S. 86 ff.; Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 2003, S. 149 f.

³⁴ Auer, in: Gruber/Harrer, GmbHG, § 82 Rdnr. 3; Bauer/Zehetner, in: Straube, GmbHG, § 82 Rdnr. 3 ff.; Koppensteiner/Rüffler (o. Fn. 4), § 82 Rdnr. 3; Saurer, in: Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, 2. Aufl. 2012, § 52 Rdnr. 1 ff.; Artmann, in: Jabornegg/Strasser, AktG, 5. Aufl. 2011, § 52 Rdnr. 1 ff.

³⁵ Kalss/Eckert (o. Fn. 33), 86 ff.; Karollus, in: Leitner, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung, 2. Aufl. 2014, S. 86 f.

³⁶ Auer (o. Fn. 34), § 82 Rdnr. 33 ff.; Bauer/Zehetner (o. Fn. 34), § 82 Rdnr. 48 ff.; Koppensteiner/Rüffler (o. Fn. 4), § 82 Rdnr. 12 ff.; Saurer (o. Fn. 34), § 52 Rdnr. 22 ff.; Artmann (o. Fn. 34), § 52 Rdnr. 9 ff.

³⁷ § 879. (1) Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

³⁸ § 83. (1) Gesellschafter, zu deren Gunsten gegen die Vorschriften dieses Gesetzes, gegen die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages oder entgegen einem Gesellschaftsbeschlusse Zahlungen von der Gesellschaft geleistet worden sind, sind der Gesellschaft zum Rückersatz verpflichtet. Was ein Gesellschafter in gutem Glauben als Gewinnanteil bezogen hat, kann er jedoch in keinem Falle zurückzahlen verhalten werden.

³⁹ Artmann (o. Fn. 34), § 52 Rdnr. 72.

⁴⁰ Koppensteiner, in: FS Reich-Rohrwig, 2014, S. 117 ff.

⁴¹ OGH GesRZ 2011, 47 (Rüffler); OGH GesRZ 2013, 38 (U. Torggler).

⁴² U. Torggler, in: Kalss/U. Torggler, Einlagenrückgewähr, 2014, 95 f.

⁴³ Bollenberger, RdW 2008, 7 ff.

⁴⁴ BGHZ 2013, 196, 312.

⁴⁵ § 56. (1) Die Aktionäre haften den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, soweit sie entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben. Dies gilt nicht, soweit sie Beträge in gutem Glauben als Gewinnanteile bezogen haben. (2) Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, so übt während dessen Dauer der Masse- oder Sanierungsverwalter das Recht der Gesellschaftsgläubiger gegen die Aktionäre (Abs. 1) aus. (3) Die Gesellschaft kann Beträge nicht zurückfordern, die Aktionäre in gutem Glauben als Gewinnanteile bezogen haben. (4) Die Ansprüche nach diesen Vorschriften verjähren in fünf Jahren seit dem Empfang der Zahlung.

sanktion abgelehnt.⁴⁶ Die österreichische Lehre ist dem bislang nicht gefolgt.⁴⁷

In gutem Glauben bezogene Leistungen sind vom Verbot der Einlagenrückgewähr ausgenommen (§ 83 Abs. 1 GmbHG; § 56 Abs. 1 und 3 AktG). Unterschiede zwischen AG und GmbH bestehen insofern als § 56 Abs. 1 AktG eine Haftung der Aktionäre, die verbotene Leistungen empfangen haben, ggü. Gläubigern anordnet. Demgegenüber ergibt sich aus § 83 Abs. 2 bis 4 GmbHG⁴⁸ eine nicht erlassbare Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter ggü. der Gesellschaft. Allgemein kommt auch ein Haftungsdurchgriff – die rechtliche Selbständigkeit einer Gesellschaft wird im Zuge dessen beiseite geschoben, um auf die dahinter stehenden Personen durchgreifen zu können – wegen faktischer Geschäftsführung oder Beherrschung der Gesellschaft sowie wegen existenzvernichtenden Eingriffs in Betracht.⁴⁹ Die Verjährung für sämtliche dieser Ansprüche tritt binnen fünf Jahren ein (§ 83 Abs. 5 GmbHG⁵⁰; § 56 Abs. 4 AktG).

b) Konzernrechtliche Fragen

Das an Gesellschafter gerichtete Verbot nach § 52 AktG und § 82 Abs. 1 GmbHG, ihre Einlagen zurückzufordern, gilt auch ggü. Konzernmutterunternehmen. Eine gesetzliche Ausnahme hiervon besteht nicht und ein Berufen auf das allgemeine Konzerninteresse reicht nicht, um gegenständliche Bestimmungen außer Kraft zu setzen. Im Rahmen des Konzernverbunds genießen einzelne Unternehmen zwar häufig Vorteile durch Know-How, Marktstellung oder Geschäftskontakte etc., die sie bei einem isolierten Auftritt am Markt nicht haben würden. Besondere Konditionen können sich aber auch bei fehlender Verbundenheit ergeben. All dies ist aus Sicht abhängiger Gesellschaften zu berücksichtigen.⁵¹ Das Zufügen von Nachteilen für selbige gilt es jedenfalls zu vermeiden. Sollte es doch zu solchen kommen, sind selbige unverzüglich auszugleichen. Ebenfalls als unzulässig gilt die Kompensation bloß positiver Verbundeffekte (z.B. günstigere Bankkonditionen). Die sich für die abhängige Gesellschaft ergebenden Vorteile müssen konkret sein.⁵² Das Recht der Kapitalerhaltung tut sich aber schwer, sämtliche Nachteile zu erfassen, die einer Tochtergesellschaft durch Handlungen der Muttergesellschaft erwachsen können (z.B. Erfüllung bestimmter Aufgaben, Rechtsgeschäfte mit Dritten).⁵³

Der Begriff Konzernumlage beschreibt Zahlungen einer abhängigen an die übergeordnete Gesellschaft zur Abgeltung von Leistungen (z.B. Beratung, Marketing, Rechnungslegung etc.). Solche verstoßen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, wenn sie nicht marktüblichen Standards entsprechen. In diesem Zusammenhang ist die Abführung von Konzernumlagen in Form von Pauschalbeträgen oder Prozentsätzen besonders problematisch. Diese werden sich nämlich selten mit den tatsächlich angefallenen Leistungen decken. Keinesfalls rechtes ist die Umlage von shareholder activities (z.B. Beteiligungsverwaltung, Konzernleitung).⁵⁴

Ähnliches gilt für Umsatzgeschäfte zu unangemessenen Konditionen. Dabei kann es sich entweder um zu teuren Verkauf an oder zu billigen Ankauf von der abhängigen Gesellschaft handeln.⁵⁵ Mit Konzernverrechnungspreisen wird versucht, den konzerninternen Austausch von Waren und die Erbrin-

gung von Dienstleistungen zu steuern. Dies ist unzulässig, wenn Leistung und Gegenleistung aus objektiver Sicht einander nicht entsprechen.⁵⁶ Kreditgewährungen können – wenn sich die Tochtergesellschaft in der Krise befindet – außerdem nach § 14 Eigenkapitalersatz-Gesetz⁵⁷, kurz EKEG, eine vorläufige Rückzahlungssperre auslösen.

Als nicht weniger problematisch werden Lieferung und Leistungen an die Tochtergesellschaft zu angemessenen Konditionen, die letzterer jedoch keinen Nutzen bringen, erachtet. Die neuere Auffassung wertet solche als mit dem Verbot nach § 52 AktG und § 82 Abs. 1 GmbHG nicht vereinbar. Für Verkäufe betriebsnotwendiger Vermögensgegenstände zu einem angemessenen Preis ist Derartiges schwerer argumentierbar.⁵⁸ Teilweise wird versucht, derartigen Fällen einen weiten Vermögensbegriff zu Grunde zu legen und das Kapitalerhaltungsrecht sinngemäß anzuwenden.⁵⁹

2. Treuepflichten

Gesellschafter einer GmbH haben dieser ggü. im Verhältnis zu anderen Rechtssubjekten ein höheres Maß an Treue entgegenzubringen. Umfasst sind die Förderung des Gesellschaftszwecks, die Unterlassung gesellschaftsschädigender Handlungen sowie die entsprechende Rücksichtnahme auf Gesellschafts- und Mitgesellschafterinteressen. Die Intensität dieser Treuepflicht hängt stark von der Realstruktur der Gesell-

⁴⁶ K. Schmidt, in: Kalss/U. Torggler, Einlagenrückgewähr, 2014, S. 10 ff.

⁴⁷ Kalss/Winzer, GesRZ 2013, 195; Koppenteiner, in: Kalss/U. Torggler, Einlagenrückgewähr, 2014, S. 62.

⁴⁸ § 83. (2) Ist die Erstattung weder von dem Empfänger noch von den Geschäftsführern zu erlangen, so haften, insoweit durch die Zahlung das Stammkapital vermindert ist, für den Abgang am Stammkapitale die Gesellschafter nach Verhältnis ihrer Stammeinlagen. (3) Beiträge, die von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen sind, werden nach dem bezeichneten Verhältnisse auf die übrigen verteilt. (4) Zahlungen, die auf Grund der vorstehenden Bestimmungen zu leisten sind, können den Verpflichteten weder ganz noch teilweise erlassen werden.

⁴⁹ Harrer, in: Gruber/Harrer, GmbHG, § 63 Rdnr. 68 ff.; kritisch U. Torggler, JBl 2006, 85 ff.

⁵⁰ § 83. (5) Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren, sofern sie nicht beweist, dass der Ersatzpflichtige die Widerrechtlichkeit der Zahlung kannte.

⁵¹ Artmann (o. Fn. 34), § 52 Rdnr. 26; Auer (o. Fn. 34), § 82 Rdnr. 55.

⁵² Koppenteiner (o. Fn. 47) 60 f.

⁵³ Rüffler, in: FS Nowotny, 2015, S. 406.

⁵⁴ Saurer (o. Fn. 34), § 52 Rdnr. 77; Karollus (o. Fn. 35), 86 f.

⁵⁵ Karollus (o. Fn. 35), 81 f.

⁵⁶ Artmann (o. Fn. 34), § 52 Rdnr. 27; Auer (o. Fn. 34), § 82 Rdnr. 56.

⁵⁷ § 14. (1) Der Gesellschafter kann einen Eigenkapital ersetzenden Kredit samt den darauf entfallenden Zinsen nicht zurückfordern, solange die Gesellschaft nicht saniert ist und, wenn das Insolvenzverfahren nach einem bestätigten Sanierungsplan aufgehoben ist, soweit der Rückzahlungsanspruch die Sanierungsplanquote übersteigt; die Gesellschaft ist nicht saniert, solange sie zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder Reorganisationsbedarf besteht oder einer dieser Umstände durch Rückzahlung des Eigenkapital ersetzenden Kredits eintreten würde. Dennoch geleistete Zahlungen hat der Gesellschafter der Gesellschaft rückzuerstatten. Dasselbe gilt, wenn sich der Gesellschafter durch Aufrechnung, Pfandverwertung oder in anderer Weise Befriedigung verschafft. (2) Im Rahmen eines Kontokorrentverhältnisses besteht der Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft nur in Höhe des Differenzbetrags zwischen dem aushaftenden Kreditsaldo und dem höchsten Tagesaldo während der Dauer der Rückzahlungssperre, zuzüglich der geleisteten Zinsen, soweit sie in diesem Saldo nicht aufscheinen. (3) Der Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft verjährt in fünf Jahren ab Zahlung oder sonstiger Befriedigung, wenn sie nicht beweist, dass der Ersatzpflichtige die Widerrechtlichkeit der Zahlung kannte.

⁵⁸ Karollus (o. Fn. 35), 82.

⁵⁹ Koppenteiner, GesRZ 2014, 6.

schaft ab und nimmt bei einem höheren Grad an personalistischer Ausprägung tendenziell zu. Sie entfaltet auch eher Wirkungen auf fremdnützige Gesellschafterrechte, die den Interessen der Gesellschaft dienen sollen, als auf eigennützige Gesellschafterrechte, die auch gegen deren Interessen ausgeübt werden können.⁶⁰ All dies gilt sinngemäß auch für AGs.⁶¹

Alleingesellschafter treffen grds. keine Treuepflichten ggü. ihrer Gesellschaft. Der OGH hat dies aber betreffend eine AG abgelehnt, wenn diese Alleinaktionärin eine Aktiengesellschaft mit einer Mehrheit von Aktionären ist und es an einer Einwilligung all dieser Aktionäre zu einer Selbstschädigung mangelt.⁶² In der Lehre wurde erhebliche Kritik⁶³ an dieser Rechtsprechung geübt. Die diesbezügliche strafrechtliche Gesetzgebung wurde im Zuge des Strafrechtsänderungsgesetzes 2015 präzisiert.

Die Verletzung von Treuepflichten kann zu Schadenersatzansprüchen einer Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter führen. Aus § 100 AktG⁶⁴, wonach nur derjenige, der zur Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile Organmitglieder vorsätzlich dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln, den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen hat, ergeben sich diesbezüglich keine Einschränkungen.⁶⁵ Insgesamt bietet die Treuepflicht eine sehr breite Grundlage für Ansprüche. Neben Verträgen einschließlich des Ankaufs von für die Tochtergesellschaft betriebsnotwendigen Vermögensgegenständen zu marktüblichen Konditionen kann sie sich auf Abwerben von Mitarbeitern, Kündigung von Lizenzen, Auflösung von Rücklagen etc. beziehen. Die Schadenberechnung kann erhebliche praktische Probleme bereiten. Überlegt wird, den Jahresverlust als Mindestschaden anzuerkennen.⁶⁶

Dass es seitens der Gesellschafter auch ggü. Gläubigern zu einer Haftung kommen kann, sei abschließend erwähnt. Als Grundlagen dienen hauptsächlich der Verstoß gegen insolvenzrechtliche oder diesbezüglich strafrechtlich relevante Bestimmungen sowie ein Haftungsdurchgriff. Daneben kann eine Haftung durch Rechtsgeschäft vereinbart werden. Bloßes Konzernvertrauen dürfte zur Begründung einer solchen allenfalls in Ausnahmefällen ausreichen.⁶⁷

3. Haftung aus Auftragsverhältnis?

Nach § 1014 ABGB⁶⁸ ist der Gewaltgeber verbunden, die notwendigen oder nützlich gemachten Aufwendungen des Gewalthabers zu ersetzen sowie sämtliche bei der Erfüllung des Auftrages entstandene Schäden zu vergüten. Teile der Lehre⁶⁹ wollen diese Bestimmungen analog auf das Verhältnis von Mutter- und Tochtergesellschaft anwenden. Andere⁷⁰ hegen diesbezüglich Zweifel. Am ehesten lässt sich die Anwendung von § 1014 ABGB hinsichtlich des Vertragskonzerns argumentieren. Davon, dass durch diesen neben Minderheitsgesellschaften auch Gläubiger geschützt werden, ist nicht auszugehen.

4. Nachteilsausgleichspflicht?

Eine allgemeine Regelung zum Nachteilsausgleich im Konzern fehlt in Österreich.⁷¹ Teilweise⁷² wird versucht, eine

diesbezügliche Analogie aus § 9 EKEG⁷³ abzuleiten. Dieser gewährt einer Tochtergesellschaft, die auf Weisung der Muttergesellschaft einen konzerninternen Kredit vergibt, einen Anspruch auf Rückerstattung. Die Tatsache, dass das Eigenkapitalersatzrecht ausschließlich im Fall der Krise eines Unternehmens greift, spricht aber gegen eine so weitreichende Analogie.⁷⁴

5. Dokumentation bei Insichgeschäften

Nach § 18 Abs. 5 GmbHG⁷⁵ ist über Rechtsgeschäfte, die der einzige Gesellschafter – für bloße Mehrheitsgesellschafter gilt die Norm keinesfalls – sowohl im eigenem Namen als auch im

⁶⁰ Winkler/Gruber, in: Gruber/Harrer, GmbHG § 61 Rdnr. 31; Aicher/Kraus, in: Straube, GmbHG, § 61 Rdnr. 29; Koppensteiner/Rüffler (o. Fn. 4), § 61 Rdnr. 9.

⁶¹ Winner, in: Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, 2. Aufl. 2012, § 47 a Rdnr. 26 ff.

⁶² OGH GesRZ 2014, 351.

⁶³ Kalss, eolex 2014, 496.

⁶⁴ § 100. (1) Wer zu dem Zwecke, für sich oder einen anderen gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erlangen, vorsätzlich unter Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Neben ihm haften als Gesamtschuldner die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats, wenn sie unter Verletzung ihrer Pflichten (§§ 84, 99) gehandelt haben. Sollte der gesellschaftsfremde Sondervorteil für einen anderen erreicht werden, so haftet auch dieser als Gesamtschuldner, wenn er die Beeinflussung vorsätzlich veranlaßt hat. (3) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Einfluß benutzt wird, um einen Vorteil zu erlangen, der schutzwürdigen Interessen dient. (4) Für die Aufhebung der Ersatzpflicht ggü. der Gesellschaft gilt sinngemäß § 84 Abs. 4 Satz 3 und 4.

⁶⁵ Winner (o. Fn. 61), § 47 a Rdnr. 47 ff.; Koppensteiner (o. Fn. 47), 64 f.

⁶⁶ Koppensteiner (o. Fn. 47), 65 f.

⁶⁷ Winkler/Gruber (o. Fn. 60), § 61 Rdnr. 47 ff.; Aicher/Kraus (o. Fn. 60), § 61 Rdnr. 47 ff.; Koppensteiner/Rüffler (o. Fn. 4), § 61 Rdnr. 31; U. Torggler, GesRZ 2013, 15 ff.

⁶⁸ § 1014. Der Gewaltgeber ist verbunden, dem Gewalthaber allen zur Besorgung des Geschäftes nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand, selbst bei fehlgeschlagenem Erfolge, zu ersetzen, und ihm auf Verlangen zur Bestreitung der baren Auslagen auch einen angemessenen Vorschuß zu leisten; er muß ferner allen durch sein Verschulden entstandenen, oder mit der Erfüllung des Auftrages verbundenen Schaden vergüten.

⁶⁹ U. Torggler (o. Fn. 67), 12; Rüffler (o. Fn. 18), 80 ff.; Artmann, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Organschaft, 2004, S. 250 ff.

⁷⁰ Koppensteiner, wbl 2008, 62; Nowotny, in: Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2008, Rdnr. 4/555.

⁷¹ Doralt/Diregger (o. Fn. 13), § 15 Rdnr. 78; Auer (o. Fn. 34), § 82 Rdnr. 54.

⁷² Koppensteiner (o. Fn. 70), 53 ff.; ders., in: FS Nowotny, 2015, S. 370 ff.; Karollus, in: Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, § 9 EKEG, Rdnr. 4.

⁷³ § 9. (1) Ist der Kreditgeber mit anderen rechtlich selbstständigen Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung oder kontrollierender Beteiligung zusammengefasst (Konzern), so gilt der Kreditgeber auch dann als erfasster Gesellschafter, wenn er nicht an der Kredit nehmenden Gesellschaft beteiligt ist, er jedoch den Kredit auf Weisung eines anderen Konzernmitglieds gewährt, das 1. am Kreditgeber unmittelbar oder mittelbar kontrollierend beteiligt ist und 2. erfasster Gesellschafter des Kreditnehmers ist.

Der Kreditgeber hat, wenn der Kredit Eigenkapital ersetzend ist, einen Anspruch auf Erstattung der Kreditsumme gegen dieses Konzernmitglied. Dieses tritt mit der Erstattung in die Rechtsposition des Kreditgebers ein. Der Anspruch auf Erstattung verjährt in fünf Jahren ab Kreditgewährung. (2) Gleiches gilt, wenn an der Kredit gebenden und der Kredit nehmenden Gesellschaft jeweils dieselbe Person oder Personengruppe im Sinne des Abs. 1 beteiligt ist.

⁷⁴ U. Torggler, in: Straube, GmbHG, § 115 Rdnr. 24; Rüffler (o. Fn. 53), 411.

⁷⁵ § 18. (5) Über Rechtsgeschäfte, die der einzige Gesellschafter sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Gesellschaft abschließt, ist unverzüglich eine Urkunde zu errichten. Dabei ist vorzusorgen, dass nachträgliche Änderungen des Inhaltes und Zweifel über den Zeitpunkt des Abschlusses ausgeschlossen sind; die Bestellung eines Kurators ist nicht erforderlich.

Namen der Gesellschaft abschließt, unverzüglich eine Urkunde zu errichten. Nachträgliche Änderungen sollen ausgeschlossen werden. § 18 Abs. 5 GmbHG bezweckt Beweissicherung und dient dem Schutz von Gläubigern. Die Bestellung eines Kurators ist nicht erforderlich. Keine Rolle spielt, ob der Alleingesellschafter auch als Geschäftsführer agiert. Überlegt wird § 18 Abs. 5 GmbHG auf Fälle der Doppelvertretung – dem ist m. E. zuzustimmen – und solche anzuwenden, wo es zu Verzerrungen der Willensbildung innerhalb von Gesellschaften kommt.⁷⁶ Letzteres ginge angesichts des die österreichische Privatrechtsordnung prägenden Prinzips der Selbstverantwortung⁷⁷ zu weit.

§ 18 Abs. 6 GmbHG⁷⁸ schränkt den Anwendungsbereich von § 18 Abs. 5 GmbHG ein. Danach kann die Errichtung einer Urkunde unterbleiben, wenn das Geschäft zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört und zu geschäftsüblichen Bestimmungen abgeschlossen wird.

Das Erstellen einer Urkunde nach § 18 Abs. 5 GmbHG gilt nicht als Wirksamkeitserfordernis hinsichtlich des betreffenden Vertrages. Trotzdem bedarf es hierzu bereits nach allgemeinem Zivilrecht betreffend Inisichgeschäfte zumindest eines Manifestationsakts. Ein Mindestmaß an Dokumentation – Erfüllung der Buchführungspflicht nach § 190 UGB⁷⁹ dürfte ausreichen – wird also erforderlich sein.⁸⁰ Andernfalls ist ein Haftungsdurchgriff wegen Vermögens- und Sphärenvermischung nicht auszuschließen.⁸¹

Das Aktienrecht enthält keine mit § 18 Abs. 5 und 6 GmbHG vergleichbare Bestimmungen. Die Materialien⁸² zum Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2004 begründen dies mit fehlendem Bedarf angesichts § 71 AktG⁸³ zur Vertretung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand und § 97 AktG⁸⁴ betreffend der ausnahmsweisen Kompetenz des Aufsichtsrats. Trotzdem wird eine Analogie zu § 18 Abs. 5 und 6 überlegt.⁸⁵

V. Verantwortung der Leitungsorgane der Tochtergesellschaft

Geschäftsführer einer GmbH und Vorstand einer AG haben sich wie ein treuhänderischer Verwalter fremden Vermögens zu verhalten. Bei ihrer Geschäftsführung trifft sie die Pflicht, nach § 25 Abs. 1 GmbHG⁸⁶ die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes oder nach § 84 Abs. 1 AktG⁸⁷ die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Beide Formulierungen besagen dasselbe.⁸⁸ Seit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015 erfüllt ein Leitungsorganmitglied jedenfalls die nötige Sorgfalt, wenn es sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (§ 25 Abs. 1 a GmbHG; § 84 Abs. 1 a AktG). Mitglieder von Leitungsorganen, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft nach § 25 Abs. 2 GmbHG⁸⁹ und § 84 Abs. 2 AktG⁹⁰ als Gesamtschuldner für den herbeigeführten Schaden. Dies gilt bereits bei leichter Fahrlässigkeit. Betreffend Beweislast ist anerkannt, dass sich Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder von der Schadenersatzpflicht durch den Beweis sorgfaltsgemäßen Verhaltens

gemäß § 84 Abs. 2 S 2 AktG – die Norm gilt für das GmbH-Recht analog – befreien können.⁹¹ Ansprüche verjähren nach § 25 Abs. 6 GmbHG⁹² und § 84 Abs. 6 AktG⁹³ binnen fünf Jahren.

Leitungsorganmitglieder trifft im Rahmen des ihnen zukommenden unternehmerischen Ermessens eine Legalitätspflicht. Diese setzt eine Sensibilität, Rechtsprobleme zu erkennen und daran anknüpfend qualifizierten Rechtsrat einzuholen, voraus, verlangt aber nicht das Erkennen jedweder rechtlichen Zweifelhaftigkeit. Ausnahmsweise können Leitungsorganmitglieder daher einer Haftung durch Berufen auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum entgehen.⁹⁴ In diesem Zusammenhang wird § 2 ABGB⁹⁵ entgegen seinem Wortlaut so verstanden, dass die Unkenntnis der Rechtslage ein Verschulden voraussetzt. Bezüglich der Sorgfalt des Irrenden gilt ein sehr strenger Maßstab. Bereits leichte Fahrlässigkeit scha-

⁷⁶ N. Arnold/Pampl, in: Gruber/Harrer, GmbHG, § 18 Rdnr. 66 ff.; Enzinger, in: Straube, GmbHG, § 18 Rdnr. 48 ff.; Koppensteiner/Rüffler (o. Fn. 4), § 18 Rdnr. 23 a ff.

⁷⁷ F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, 99.

⁷⁸ § 18. (6) Eine Urkunde muss nicht errichtet werden, wenn das Geschäft zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört und zu geschäftsüblichen Bedingungen abgeschlossen wird.

⁷⁹ § 190. (1) Der Unternehmer hat Bücher zu führen und in diesen seine unternehmensbezogenen Geschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen. Die Buchführung muss so beschaffen sein, dass sie einem sachverständigen Dritten innerhalb angemessener Zeit einen Überblick über die Geschäftsvorfälle und über die Lage des Unternehmens vermitteln kann. Die Geschäftsvorfälle müssen sich in ihrer Entstehung und Abwicklung verfolgen lassen. (2) ...

⁸⁰ Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰¹ I, 2012, § 1017 Rdnr. 12; P. Bydlinski in: KBB, 4. Aufl. 2014, § 1017 Rdnr. 5.

⁸¹ N. Arnold/Pampl (o. Fn. 76), § 18 Rdnr. 74; Koppensteiner/Rüffler (Fn. 4), § 18 Rdnr. 23 d.

⁸² ErläutRV 466 BlgNR 22. GP 34.

⁸³ § 71. (1) Die Aktiengesellschaft wird durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten. (2) ...

⁸⁴ § 97. (1) Der Aufsichtsrat ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten und gegen diese die von der Hauptversammlung beschlossenen Rechtsstreitigkeiten zu führen. (2) Der Aufsichtsrat kann, wenn die Verantwortlichkeit eines seiner Mitglieder in Frage kommt, ohne und selbst gegen den Beschluss der Hauptversammlung gegen die Vorstandsmitglieder klagen.

⁸⁵ Geist, in: Jabornegg/Strasser, AktG, 5. Aufl. 2011, § 35 Rdnr. 5.

⁸⁶ § 25. (1) Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft ggü. verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.

⁸⁷ § 84. (1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Über vertrauliche Angaben haben sie Stillschweigen zu bewahren.

⁸⁸ OGH GesRZ 2002, 86; OGH GesRZ 2004, 57; Koppensteiner/Rüffler (o. Fn. 4), § 25 Rdnr. 14; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 2/287 ff; Hölter, in: Hölter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 93 Rdnr. 114.

⁸⁹ § 25. (2) Geschäftsführer, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft zur ungeteilten Hand für den daraus entstandenen Schaden.

⁹⁰ § 84. (2) Vorstandsmitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Sie können sich von der Schadenersatzpflicht durch den Gegenbeweis befreien, daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet haben.

⁹¹ OGH GesRZ 2007, 241; OGH GesRZ 2011, 230 (Rotka); Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, 2. Aufl. 2012, § 84 Rdnr. 25 f; ders (o. Fn. 70), Rdnr. 4/237; Reich-Rohrwig, in: Straube, GmbHG, § 25 Rdnr. 200; Koppensteiner/Rüffler (o. Fn. 4), § 25 Rdnr. 29; Feltl/Told, in: Gruber/Harrer, GmbHG, § 25 Rdnr. 211.

⁹² § 25. (6) Die Ersatzansprüche verjähren in fünf Jahren.

⁹³ § 84. (6) Die Ersatzansprüche verjähren in fünf Jahren.

⁹⁴ Schopper/Walch, GeS 2012, 216; Feltl/Told (o. Fn. 91), § 25 Rdnr. 37 ff.

⁹⁵ § 2. Sobald ein Gesetz gehörig kund gemacht worden ist, kann sich niemand damit entschuldigen, daß ihm dasselbe nicht bekannt geworden sey.

det.⁹⁶ Gerade im Zusammenhang mit Kapitalerhaltung kommt immer wieder vor, dass Leitungsorgane vertretbarerweise einen von Gerichten letztlich nicht geteilten Standpunkt einnehmen.⁹⁷ Auf mögliche Schadenersatzansprüche der Gesellschaft ggü. internen oder externen Rechtsberatern ist hinzuweisen.

Nach § 70 AktG hat der Vorstand einer AG diese unter eigener Verantwortung zu leiten, wie es das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses erfordert. Seine Weisungsfreiheit gilt auch im Konzern. Insgesamt entsprechen diese Vorgaben eher dem Leitbild einer Publikumsgesellschaft. Dies ändert aber nichts daran, dass der Vorstand einer anhängigen AG die Interessen deren Mutterunternehmens mehr oder weniger zu berücksichtigen hat.⁹⁸ In der Praxis werden Konzernplanung und -politik durch Richtlinien unter Einbindung des Aufsichtsrats vorgegeben.⁹⁹ Gleichwohl ordnet § 47a AktG¹⁰⁰ die Gleichbehandlung der Aktionäre unter gleichen Bedingungen an. Gemeinsam mit dem die Rückgewähr von Einlagen untersagenden § 52 AktG ergibt sich daraus das Verbot der Nachteilszufügung.¹⁰¹ Dem Gleichbehandlungsgebot ist aber untergeordnete Bedeutung einzuräumen, da es sich auf Einpersonengesellschaften nicht übertragen lässt.¹⁰² Bei Vorteilhaftigkeit oder Gleichwertigkeit einer Maßnahme hat der Vorstand im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens über die Umsetzung zu entscheiden. Konzerninteressen sind dabei zu berücksichtigen. Hauptversammlungsbeschlüsse, die dem Verbot der Nachteilszufügung entgegenlaufen, sind nach § 199 Abs. 1 Z 3 AktG¹⁰³ nichtig und können – anders als § 84 Abs. 4 AktG¹⁰⁴ grundsätzlich vorsieht – keine Entbindung von der Haftung bewirken. Betreffend dem Zurückgewähren von Einlagen ordnet § 84 Abs. 3 Z 1 AktG¹⁰⁵ sogar explizit die Schadenersatzpflicht von Vorstandsmitgliedern an. Sie können nach § 84 Abs. 5 AktG¹⁰⁶ auch von Gläubigern in Anspruch genommen werden. In diesen und anderen Fällen des § 84 Abs. 3 AktG trägt das ersatzpflichtige Vorstandsmitglied die Beweislast, dass der Gesellschaft kein Schaden in Höhe des abgeflommenen Betrags erwachsen ist.¹⁰⁷

Der Geschäftsführer einer GmbH ist i. S. v. § 20 GmbHG¹⁰⁸ der Generalversammlung sowie nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags weisungsgebunden. Daher gilt sie als ideale Rechtsform für Tochterunternehmen und kann stärker als die AG entsprechend den Interessen des Mutterunternehmens ausgerichtet werden. Eine Pflicht zur Gleichbehandlung der Gesellschafter besteht nicht. Stattdessen treffen selbige gegen- und wechselseitige Treuepflichten. Die Geschäftsführung hat dies zu berücksichtigen. Daraus wird abgeleitet, dass bei der GmbH kein Verbot der Nachteilszufügung besteht.¹⁰⁹ Davon betroffen wären Minderheitsgesellschafter. Die Treuepflicht der Mehrheit soll diese aber zumindest mittelbar schützen.¹¹⁰ Es ist Aufgabe der Geschäftsführung, auf einen angemessenen Ausgleich hinzuwirken. In Hinblick auf Gläubigerinteressen gilt der die Rückgewähr von Einlagen untersagende § 82 Abs. 1 GmbHG. Ebenfalls ordnet § 25 Abs. 3 Z 1 GmbHG¹¹¹ explizit an, dass ihn eine Schadenersatzpflicht trifft, wenn Stammeinlagen an Gesellschafter zurückgegeben werden. Weisungen, die gegen das diesbezügliche Verbot verstoßen, sind nichtig. Das GmbHG enthält dazu zwar keine Regelungen. Das Aktienrecht soll diesbezüglich aber analog gelten. Jedenfalls ordnet § 25

Abs. 5 GmbHG¹¹² an, dass die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben wird, dass sie in Befolgung eines Beschlusses gehandelt haben, soweit der Ersatz zu Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Eine Direkthaftung

⁹⁶ Koziol/Welser, Grundriss, Bd. 1, 13. Aufl. 2006, 38; Schauer, in: Kletečka/Schauer, ABGB-ON ¹⁰⁰, § 2 Rdnr. 6 ff.; Bydliński, in: Rummel, 3. Aufl. 2000, § 2 Rdnr. 4; Posch, in: Schwimann/Kodek, ABGB, 4. Aufl. 2011, § 2 Rdnr. 5; P. Bydliński, in: KBB, 4. Aufl. 2014, § 2 Rdnr. 3; relativierend Kodek, in: Kletečka/Schauer, ABGB-ON ¹⁰¹, § 1297 Rdnr. 13.

⁹⁷ Reich-Rohrwig (o. Fn. 91) § 25 Rdnr. 192.

⁹⁸ Nowotny, in: Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, 2. Aufl. 2012, § 70 Rdnr. 6; Strasser, in: Jabornegg/Strasser, AktG, 5. Aufl. 2011, § 70 Rdnr. 10, 18.

⁹⁹ Kalss (o. Fn. 6) 304.

¹⁰⁰ § 47a. Aktionäre sind unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.

¹⁰¹ Kalss (o. Fn. 6), 299; Doralt/Diregger (o. Fn. 13), § 15 Rdnr. 77.

¹⁰² Koppensteiner (o. Fn. 47), 64.

¹⁰³ § 199. (1) Ein Beschluss der Hauptversammlung ist außer in den Fällen des § 159 Abs. 6, § 181 Abs. 2, § 188 Abs. 3 und § 189 Abs. 2 dieses Bundesgesetzes sowie des § 268 Abs. 1 UGB nur dann nichtig, wenn
3. er mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbar ist oder durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind, ...

¹⁰⁴ § 84. (4) Der Gesellschaft gegenüber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht. Dadurch, dass der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, wird die Ersatzpflicht nicht ausgeschlossen. Die Gesellschaft kann erst nach fünf Jahren seit der Entstehung des Anspruchs und nur dann auf Ersatzansprüche verzichten oder sich darüber vergleichen, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile zwanzig vom Hundert des Grundkapitals erreichen, widerspricht. Die zeitliche Beschränkung gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig oder überschuldet ist und sich zur Überwindung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung mit seinen Gläubigern vergleicht.

¹⁰⁵ § 84. (3) Die Vorstandsmitglieder sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen diesem Bundesgesetz 1. Einlagen an die Aktionäre zurückgewährt, 2. ...

¹⁰⁶ § 84. (5) Der Ersatzanspruch der Gesellschaft kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Dies gilt jedoch in anderen Fällen als denen des Abs. 3 nur dann, wenn die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben; Abs. 2 Satz 2 gilt sinngemäß. Den Gläubigern ggü. wird die Ersatzpflicht weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, dass die Handlung auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruht oder der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat. Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, so übt während dessen Dauer der Masse- oder Sanierungsverwalter das Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder aus.

¹⁰⁷ Nowotny (o. Fn. 91), § 84 Rdnr. 33.

¹⁰⁸ § 20. (1) Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft ggü. verpflichtet, alle Beschränkungen einzuhalten, die in dem Gesellschaftsvertrage, durch Beschluss der Gesellschafter oder in einer für die Geschäftsführer verbindlichen Anordnung des Aufsichtsrates für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind. (2) Gegen dritte Personen hat eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis jedoch keine rechtliche Wirkung. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll, oder daß die Zustimmung der Gesellschafter, des Aufsichtsrates oder eines anderen Organes der Gesellschaft für einzelne Geschäfte gefordert wird.

¹⁰⁹ Kalss (o. Fn. 6), 303 f.; U. Torggler (o. Fn. 74), § 115 Rdnr. 24 ff.

¹¹⁰ Nowotny (o. Fn. 70), Rdnr. 4/555.

¹¹¹ § 25. (3) Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn
1. gegen die Vorschriften dieses Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages Gesellschaftsvermögen verteilt wird, namentlich Stammeinlagen oder Nachschüsse an Gesellschafter gänzlich oder teilweise zurückgegeben, Zinsen oder Gewinnanteile ausgezahlt, für die Gesellschaft eigene Geschäftsanteile erworben, zum Pfande genommen oder eingezogen werden;

¹¹² § 25. (5) Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, daß sie in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.

der Leitungsorgane ggü. Gläubigern in Analogie zu § 84 Abs. 5 AktG wird mehrheitlich verneint.¹¹³

Auf Ebene der Rechnungslegung ordnet § 238 Abs. 1 Z 20 UGB für mittelgroße und große Gesellschaften eine Berichtspflicht im Anhang betreffend Beziehungen zu verbundenen Unternehmen an. Einzelheiten brauchen nach § 242 Abs. 3 UGB¹¹⁴ nicht angegeben zu werden, soweit sich diese nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung eignen, dem Unternehmen oder einem verbundenen Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen. Über die Anwendung der Ausnahmeregelung ist zu berichten. Für die Gesellschaft aus diesbezüglichen Pflichtverletzungen entstandenen Schäden können die Leitungsorgane zur Haftung herangezogen werden.¹¹⁵

V. Steuerrechtliche Dimension

1. Isolierte Betrachtung der Tochtergesellschaft

Das Problem verdeckter Gewinnausschüttungen hat durch die Senkung der Körperschaftssteuer auf einen Satz von 25 % Bedeutung verloren, da es nunmehr durch die Einkommenssteuer, deren Satz bis zu 50 % reicht, auf nationaler Ebene meist zu höheren Belastungen kommt. Nach § 8 Abs. 2 KStG¹¹⁶ spielt für die Ermittlung des Einkommens keine Rolle, ob es im Wege offener oder verdeckter Ausschüttungen verteilt oder entnommen oder in anderer Weise verwendet wird. Der Zweck dieser Norm unterscheidet sich von jenen des Gesellschaftsrechts aber insofern, als sie nur den Gläubiger der Steuerschuld schützen soll. Es gilt das Prinzip der Unbeachtlichkeit der Einkommensverwendung. Jedoch werden nur auf einen Rechtsgrund rückführbare Vermögensabflüsse anerkannt und nicht solche, die bloß societatis causa ohne Gegenleistung erfolgen. Ein das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung ausschließender Vorteilsausgleich ist nur dann zulässig, wenn zwischen beiden Vorgängen ein innerer Zusammenhang besteht und eine entsprechende Vereinbarung vorliegt. Gleiches gilt bei Offenkundigkeit.¹¹⁷

Für Konzernumlagen werden Gewinnaufschläge in Höhe von 10 bis 15 % als zulässig erachtet.¹¹⁸ Für Konzernverrechnungspreise gilt eine solche Privilegierung nicht. Liegen die zwischen (ausländischer) Mutter- und (inländischer) Tochtergesellschaft vereinbarten Konditionen außerhalb einer angemessenen Bandbreite, handelt es sich um verdeckte Gewinnausschüttungen.¹¹⁹ Die Feststellung, ob dies der Fall ist, erfolgt anhand der Verrechnungspreisleitlinien für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen zur Auslegung von Art 9 des OECD-MA.¹²⁰

Auf Ebene der Rechtsfolgen hat eine verdeckte Gewinnausschüttungen vornehmende Gesellschaft § 8 Abs. 2 KStG bei der Ermittlung ihres Einkommens zu berücksichtigen. Entgegen diesem erfolgte Vermögensminderungen können nicht als Betriebsausgabe abgezogen werden. Bei Verzicht auf Erträge, ist deren Erzielung in angemessenen Höhe und Ausschüttung zu unterstellen. Eine Rückgängigmachung verdeckter Gewinnausschüttungen kann bis zum Bilanzstichtag erfolgen. Das Erfolgen zu einem späteren Zeitpunkt hat keine Wirkung und wäre als Einlage zu qualifizieren.¹²¹

Die mit verdeckten Gewinnausschüttungen verbundene Verletzung abgaberechtlicher Erklärungs- und Anmeldepflichten

ist Grundlage mehrerer finanzstrafrechtlicher Tatbestände. Adressaten sind die betroffenen Gesellschaften. Als Täter kommen hauptsächlich deren Leitungsorgane in Betracht. Bewegt man sich betreffend Konzernumlagen und Konzernverrechnungspreisen innerhalb der im Abgabenverfahren anerkannten Bandbreiten, wird es auch an der finanzstrafrechtlichen Relevanz fehlen. Gleiches wird für Überschreitungen angenommen, wenn sie nicht steuerlich motiviert sind. Diesbezügliche Judikatur ist kaum vorhanden. Vor allem in Fällen mit Bezug zu niedrig besteuertem Ausland fehlen häufig Möglichkeiten der Amts- und Rechtshilfe.¹²²

2. Gruppenbesteuerung

Finanziell verbundene Körperschaften können nach Maßgabe von § 9 KStG¹²³ eine Unternehmensgruppe bilden. Dabei wird das steuerlich maßgebende Ergebnis des jeweiligen Gruppenmitglieds dem steuerlich maßgebenden Ergebnis des beteiligten Gruppenmitglieds bzw. Gruppenträgers jenes Wirtschaftsjahres zugerechnet, in das der Bilanzstichtag des Wirtschaftsjahres des Gruppenmitgliedes fällt. Vereinfacht gesagt geht es um den Ausgleich von Gewinnen und Verlusten.¹²⁴ Auf Grund verdeckter Gewinnausschüttungen oder verdeckter Einlagen unangemessen hohe oder niedrige Steuerumlagen werden im Rahmen der Gruppenbesteuerung kaum Konsequenzen haben. Im Allgemeinen gelten solche nämlich als steuerneutral.¹²⁵

Ausländische Körperschaften können nur dann als Gruppenträger auftreten, wenn sie eine Zweigniederlassung in Österreich errichtet haben und diese im Firmenbuch eingetragen ist. Zur Bildung einer Unternehmensgruppe müssen die Beteiligungen an den Gruppenmitgliedern dann der Zweigniederlassung zugerechnet werden.¹²⁶

¹¹³ Reich-Rohrwig (o. Fn. 91) § 25 Rdnr. 156; Feltl/Told (o. Fn. 91) § 25 Rdnr. 198.

¹¹⁴ § 242. (3) Bei der Berichterstattung gemäß § 238 Abs. 1 Z 20 brauchen Einzelheiten nicht angegeben zu werden, soweit die Angaben nach vernünftiger unternehmerischer Beurteilung geeignet sind, dem Unternehmen oder einem verbundenen Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen. Die Anwendung der Ausnahmeregelung ist im Anhang anzugeben.

¹¹⁵ U. Torggler, in: Straube, UGB, 3. Aufl. 2012, vor §§ 189 ff. Rdnr. 56 ff.

¹¹⁶ § 8. (2) Für die Ermittlung des Einkommens ist es ohne Bedeutung, ob das Einkommen

- im Wege offener oder verdeckter Ausschüttungen verteilt oder
- entnommen oder
- in anderer Weise verwendet wird.

¹¹⁷ Doralt/Ruppe, Steuerrecht, Bd. 1, 11. Aufl. 2013, Rdnr. 975 ff.; Kirchmayr-Schliesberger, in: Leitner, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung, 2. Aufl. 2014, S. 139 ff.

¹¹⁸ Körperschaftsteuerrichtlinien 2013 Rdnr. 960.

¹¹⁹ Raab/Renner, in: Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger/Vock, Die Körperschaftsteuer, 26. Aufl. 2015, § 8 Tz 138.

¹²⁰ UFS 30.07.2012, RV/2515-W/09.

¹²¹ Doralt/Ruppe (o. Fn. 117), Rdnr. 982 ff.; Kirchmayr-Schliesberger (o. Fn. 117), 171 ff.

¹²² Leitner, in: Leitner, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung, 2. Aufl. 2014, S. 319 ff.

¹²³ § 9. (1) Abweichend von § 7 können finanziell verbundene Körperschaften (Abs. 2 bis 5) nach Maßgabe des Abs. 8 eine Unternehmensgruppe bilden. Dabei wird das steuerlich maßgebende Ergebnis des jeweiligen Gruppenmitglieds (Abs. 6 und Abs. 7) dem steuerlich maßgebenden Ergebnis des beteiligten Gruppenmitglieds bzw. Gruppenträgers jenes Wirtschaftsjahres zugerechnet, in das der Bilanzstichtag des Wirtschaftsjahres des Gruppenmitgliedes fällt. (2) ...

¹²⁴ Doralt/Ruppe (o. Fn. 117), Rdnr. 937 ff.

¹²⁵ Stefaner/Weninger, in: Lang/Schuch/Staringer, KStG 2009, § 9 Rdnr. 131; Urtz, in: Achatz/Kirchmayr, KStG, 2011, § 9 Rdnr. 300 ff.

¹²⁶ Stefaner/Weninger (o. Fn. 125), § 9 Rdnr. 43; Urtz (o. Fn. 125), § 9 Rdnr. 96 ff.

VI. Kollisionsrecht

Gesellschaftsrechtliche Fragen einschließlich des Verbots der Einlagenrückgewähr unterliegen zwingend einer Anknüpfung anhand des Gesellschaftsstatuts im Sinn der §§ 10¹²⁷ und 12 IPRG¹²⁸. Damit kommt für österreichische Gesellschaften österreichisches Gesellschaftsrecht zur Anwendung. Anderes gilt für ausländische Gesellschaften mit Sitz im Inland. Solche aus dem EU und EWR Raum sind nach dem Recht des Gründungsstaats zu beurteilen. Eine Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr kommt nur bei starkem Österreich-Bezug in Form von Beteiligungen in Betracht. Gesellschaften aus Drittstaaten werden nicht anerkannt und gelten als Gesellschaften nach bürgerlichem Recht oder Einzelunternehmer. Das auf Rechtsgeschäfte mit Gesellschaftern anwendbare Recht spielt im Hinblick auf das Verbot der Einlagenrückgewähr keine Rolle. Für die Leitungsorgane von österreichischen Tochtergesellschaften empfiehlt sich, die im Beitrag beschriebenen Eigenheiten ihrer Muttergesellschaft näherzubringen und auf die für beide Seiten bestehenden Risiken entsprechend hinzuweisen.¹²⁹

VII. Zusammenfassung

Wegen der bis auf wenige Aspekte sehr rudimentären gesetzlichen Determinierung konzernrechtlicher Fragen in Österreich bleibt betreffend solcher vielfach nur der Rückgriff auf allgemeine Regelungen und Grundsätze. Verträge zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft verstoßen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, wenn sie nicht zu marktüblichen Konditionen abgeschlossen werden. Dies kann Gesamt- oder Teilnichtigkeit sowie Haftungen bewirken. Im internationalen Vergleich gilt das österreichische Recht der Kapitalerhaltung als sehr streng. Die Finanzbehörden haben hinsichtlich verdeckte Gewinnausschüttungen insgesamt ein wenig mehr Ermessen als Gerichte. Neben dem Verbot der Einlagenrück-

gewähr sind zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft hauptsächlich Treuepflichten zu beachten, um aus deren Verletzung resultierende Haftungen zu vermeiden.

VIII. Summary

In the Austrian legal system issues concerning corporate groups are largely undetermined. Therefore, these have to be assessed according to general rules and principles. Contracts between parent and subsidiary violate the prohibition of repayment of shareholder contributions unless they are conducted at fair market conditions. Austrian law provides complete or partial nullity for such contracts. Furthermore, liabilities may be caused. Compared to international standards the Austrian law of capital maintenance is deemed very strict. Concerning hidden profit distributions the tax authorities have a little more discretion than courts. In addition to the prohibition of repayment of shareholder contributions parent and subsidiary primarily have to comply with fiduciary duties in order to prevent liabilities.



Dr. Michael Pucher, LL. M. (Harvard)

¹²⁷ § 10. Das Personalstatut einer juristischen Person oder einer sonstigen Personen- oder Vermögensverbindung, die Träger von Rechten und Pflichten sein kann, ist das Recht des Staates, in dem der Rechtsträger den tatsächlichen Sitz seiner Hauptverwaltung hat.

¹²⁸ § 12. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person sind nach deren Personalstatut zu beurteilen.

¹²⁹ Karollus (o. Fn. 35), 55 ff.

RECHTSPRECHUNG

WIRTSCHAFTSRECHT

EuGH | Auskunftspflicht von Banken bei Schutzrechtsverletzungen

RL 2004/48/EG Art. 8 Abs. 1 lit. c, Abs. 3 lit. e; MarkenG § 19; ZPO § 383

Art. 8 Abs. 3 lit. e der RL 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Rechtsvorschrift wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, die es einem Bankinstitut unbegrenzt und bedingungslos gestattet, eine Auskunft nach Art. 8 Abs. 1 lit. c

dieser RL über Namen und Anschrift eines Kontoinhabers unter Berufung auf das Bankgeheimnis zu verweigern.

EuGH, Urteil vom 16.7.2015 – C-580/13 – Coty Germany GmbH gegen Stadtparkasse Magdeburg, **BeckRS 2015, 80946**

Sachverhalt

Coty, die exklusive Lizenznehmerin der für Parfum eingetragenen Marke „Davidoff Hot Water“, erwarb über ein Internetauktionshaus ein mit dieser Marke versehenes Parfum und zahlte den Kaufpreis auf das vom Verkäufer angegebene Konto bei der Stadtparkasse Magdeburg. Als sich das Parfum als Fälschung erwies, verlangte Coty von der Sparkasse nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG erfolglos Auskunft über den Kontoinhaber.

Das *Berufungsgericht* wies *Coty's* Klage ab (*OLG Naumburg* GRUR-RR 2012, 388). Die *Sparkasse* sei auf Grund des Bankgeheimnisses zur Auskunftsverweigerung berechtigt (§ 19 Abs. 2 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO), was auch im Lichte der Durchsetzungsrichtlinie 2004/48/EG gelte.

Der *BGH* hat dem *EuGH* gemäß Art. 267 AEUV die Frage vorgelegt, ob Art. 8 Abs. 3 lit. e RL einer nationalen Regelung entgegensteht, die einem Bankinstitut gestattet, eine Auskunft nach Art. 8 Abs. 1 lit. c RL über Namen und Anschrift eines Kontoinhabers unter Berufung auf das Bankgeheimnis zu verweigern (*BGH* GRUR 2013, 1237).

Entscheidung

Der *EuGH* bejaht die Vorlagefrage hinsichtlich nationaler Vorschriften, die eine Verweigerung „unbegrenzt und bedingungslos“ gestatten.

Das Auskunftsrecht (Art. 8 Abs. 1 RL 2004/48/EG) gelte zwar unbeschadet gesetzlicher Regelungen über die Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 8 Abs. 3 lit. e RL), wozu auch die Ablehnung einer Datenübermittlung auf Grund des Bankgeheimnisses gehöre. *Coty* könne sich indes auf die Grundrechte auf geistiges Eigentum und einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 17 Abs. 2, 47 GRCh) berufen, während für die *Sparkasse* das Grundrecht auf den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRCh) streite.

Bei einer Grundrechtskollision sei nach der Rspr. des *EuGH* ein „angemessenes Gleichgewicht“ zwischen den Grundrechten herzustellen. Dem werde eine nationale Vorschrift nicht gerecht, die es einer Bank „unbegrenzt und bedingungslos“ gestatte, die Auskunft auf Grund des Bankgeheimnisses zu verweigern. Eine solche einseitig nur auf den Schutz personenbezogener Daten abstellende Vorschrift vereitle, isoliert betrachtet, den Auskunftsanspruch.

Der *BGH* habe sonach zu prüfen, ob die deutsche Regelung in diesem Sinne „unbegrenzt und bedingungslos“ sei und ob das nationale Recht ggf. andere Rechtsinstitute enthalte, nach denen die Auskunft unter Berücksichtigung des Einzelfalls erlangt werden könne.

Praxishinweis

1. Der *EuGH* erweitert die Möglichkeiten von Schutzrechtsinhabern, bisher unbekannte Verletzer zu ermitteln. Insbesondere bei pseudonymisierten Internetangeboten sind Schutzrechtsverletzer oft kaum identifizierbar. Der Schutzrechtsinhaber kann zwar nach § 19 Abs. 2 MarkenG von bestimmten Dritten Auskunft über Herkunft und Vertriebsweg der rechtsverletzenden Waren verlangen.

In der Praxis war die Auskunft von Banken aber nicht zu erlangen, weil sie nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO das Zeugnis und damit nach § 19 Abs. 2 Satz 1 MarkenG die Auskunft verweigern durften und dazu ggü. ihren Kunden auch vertraglich verpflichtet waren (vgl. Nr. 2 AGB-Banken). Das Bankgeheimnis galt auch „unbegrenzt und bedingungslos“ i. S. d. *EuGH*. Das Zeugnisverweigerungsrecht entfällt nur bei Einverständnis des Geheimnisträgers (§ 385 Abs. 2 ZPO), gesetzlich (z.B. steuerrechtlichen) Auskunftspflichten oder zur Be-

kämpfung schwerster Straftaten; eine generelle Interessenabwägung findet nicht statt (*BGH* NJW 2011, 1077 Tz. 14; *Zöller/Greger*, ZPO, 30. Aufl., § 383 Rdnr. 1 a).

Das deutsche Recht bietet auch keine sonstigen (verlässlichen) Möglichkeiten zur Auskunftserlangung. Der Anspruch aus § 19 Abs. 1 MarkenG versagt, wenn nicht zumindest ein Verletzer aus der Vertriebskette bekannt ist. Andere Ansprüche zielen nur auf Auskunft über haftungsausfüllende Umstände (z.B. Höhe der Umsätze) ab. Bei unbekanntem Verletzer kann auch keine Klage erhoben werden, so dass prozessuale Möglichkeiten ebenso ausscheiden. Die denkbare Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden zur Ermittlung unbekannter Schutzrechtsverletzer (vgl. etwa §§ 143 ff. MarkenG) ist in der Praxis meist nicht erfolgreich.

2. Im Lichte des *EuGH*-Urteils ist § 19 Abs. 2 Satz 1 MarkenG nunmehr richtlinienkonform so auszulegen, dass ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht schlechthin zur Verweigerung der Auskunft berechtigt, sondern dass eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Einzelfalls vorzunehmen ist (krit. zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung *Michael/Payandeh*, NJW 2015, 2392).

Neben der vom *EuGH* erwähnten vorsätzlichen Begehung der Schutzrechtsverletzung (Rdnr. 39) sind dabei die Intensität der Rechtsverletzung (z.B. identische Nachahmung gegenüber vereinzelter Kollisionsfall) und das Bestehen sonstiger Informationsquellen (z.B. § 19 Abs. 1 MarkenG) relevant. Allerdings ist insoweit zu bedenken, dass die Auskunft über den Kontoinhaber eine besonders verlässliche Information ist, da damit gemäß dem von der Kommission verstärkt beachteten Grundsatz „follow the money“ die Person identifiziert wird, die von der Schutzrechtsverletzung wirtschaftlich profitiert. Die Abwägung wird regelmäßig zu Gunsten des Auskunftsanspruchs ausgehen.

§ 19 Abs. 2 MarkenG erfordert außerhalb eines Verletzungsprozesses, dass die Rechtsverletzung „offensichtlich“, d. h. so eindeutig ist, dass eine Fehlentscheidung oder abweichende Beurteilung kaum möglich ist (vgl. *Eckardt*, in: BeckOK MarkenR, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 11 m. w. Nw.). In solchen Fällen erscheint es angemessen, dass das Bankgeheimnis zurücktritt und der mutmaßliche Verletzer sich einem Verletzungsprozess stellt. Es ist nicht der Sinn des Schutzes personenbezogener Daten, die Identität von Rechtsverletzern zu verheimlichen und ihnen ein Handeln aus dem Verborgenen zu ermöglichen. Das Urteil ist nicht nur für das Markenrecht, sondern auch für Auskunftsansprüche bei Verletzung anderer Schutzrechte bedeutsam (§ 140 b PatG; § 24 b GebrMG; § 37 b SortSchG; § 46 DesignG; § 101 UrhG).

Abzuwarten bleibt, ob diese Maßstäbe auch für Auskunftsansprüche etwa bei Geschäftsgeheimnisverrat oder im Lauterkeitsrecht gelten und ob nunmehr auch bei Zeugnisverweigerungen im Verletzungsprozess eine Interessenabwägung vorzunehmen ist.

Dr. Marcus Schönknecht, LL. M. (Columbia Univ./New York)

ist Rechtsanwalt und Senior Associate in der Kanzlei Hogan Lovells in Düsseldorf.

GESELLSCHAFTSRECHT

BGH | **Aufhebung eines Unternehmensvertrags mit einer abhängigen GmbH nur zum Ende eines Geschäftsjahres**

AktG §§ 296 Abs. 1 Satz 1, 302 Abs. 1; BGB §§ 199 Abs. 1 Nr. 2, 284 Abs. 2 Satz 1 a. F., 285 a. F., 286 Abs. 2 Nr. 1, 288 Abs. 1, 414; HGB § 352; EGBGB Art. 229 §§ 1 Satz 3, 5 Satz 1, 34 Satz 1

Entsprechend § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG kann ein Unternehmensvertrag mit einer abhängigen GmbH nur zum Ende des Geschäftsjahres oder des sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums aufgehoben werden.

BGH, Urteil vom 16.6.2015 – II ZR 384/13 (OLG München, LG München I), **BeckRS 2015, 12552**

Sachverhalt

Gewinnabführungsverträge sind wie Beherrschungsverträge ein verbreitetes Instrument der Konzernorganisation. Dies gilt für die AG und die GmbH gleichermaßen. Der Gewinnabführungsvertrag i. S. v. § 291 Abs. 1 AktG – oftmals auch Ergebnisabführungsvertrag genannt – dient der unternehmensübergreifenden Verrechnung von Gewinnen und Verlusten und damit vor allem der Steuerersparnis im Rahmen der Organisation. Bei Änderung der Konzernstruktur oder auch bei der Veräußerung eines Konzernunternehmens erweist sich der Ergebnisabführungsvertrag jedoch oftmals als Hindernis.

Entscheidung

Hier sollte der langfristig abgeschlossene Ergebnisabführungsvertrag zwischen der Obergesellschaft und der abhängigen GmbH im beiderseitigen Einvernehmen sowie mit Einverständnis des Erwerbers der Anteile an der GmbH unterjährig aufgehoben werden. Wie bereits das *Berufungsgericht* (OLG München BeckRS 2014, 06947; s. zuvor bereits OLG München NZG 2012, 590) stellt nun auch der BGH klar, dass bei der Aufhebung eines Gewinnabführungsvertrages einer abhängigen GmbH § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG zu beachten ist.

Der BGH wendet insoweit mit der h. M. die aktienrechtliche Vorschrift des § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG analog auf die abhängige GmbH an (Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Aufl. 2013, § 296 Rdnr. 7 b; Lieb-scher, MüKoGmbHG, 2014, § 13 Anh. Rdnr. 985; E. Vetter, ZIP 1995, 345, 353; Wirth, DB 1990, 2105, 2107; a. A. Lutter/Hommelhoff, in: dies., GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh. zu § 13 Rdnr. 89). Dem ist zuzustimmen, denn es ist kein Grund ersichtlich, insoweit zwischen der Rechtsform der AG und der GmbH zu unterscheiden. Angesichts des unkodifizierten GmbH-Konzernrechts steht immer wieder die Frage der entsprechenden Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften zum Vertragskonzern (§§ 291 ff. AktG) im Raum. Der BGH, der sich wiederholt mit Fragen des Vertragskonzerns im GmbH-Recht zu befassen hatte, begründet eine entsprechende Anwendung der jeweiligen aktienrechtlichen Bestimmung stets mit Überlegungen zum spezifischen Gesetzeszweck der in Rede stehenden Vorschrift. Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen GmbH und AG sind insoweit nicht ersichtlich. So trägt

letztlich der Gesichtspunkt der Rechtsklarheit und der Vermeidung von Abrechnungsschwierigkeiten die entsprechende Anwendung der aktienrechtlichen Regelung.

Zutreffend stellt der BGH überdies klar, dass eine Umdeutung der einvernehmlichen Aufhebung des Unternehmensvertrages in eine Kündigung i. S. v. § 297 AktG nicht in Betracht kommt (Rdnr. 19). Für die Annahme eines außerordentlichen Kündigungsgrundes besteht kein Raum, wenn das herrschende Unternehmen die Grundlage für den Kündigungsgrund selbst herbeiführt. Auf diese Weise könnte sich das herrschende Unternehmen sonst leicht unliebsamer Verpflichtungen entledigen. Bei Beendigung eines Ergebnisabführungsvertrages hat das herrschende Unternehmen nach § 302 AktG den bei der abhängigen Gesellschaft entstandenen Verlust auszugleichen. Dazu reicht es, wie der BGH zutreffend feststellt, nicht aus, wenn im Rahmen eines Unternehmenskaufs Käufer und Verkäufer Absprachen über die Verwendung eines der Verkäuferin zustehenden Darlehens gegen die zum Verkauf anstehende GmbH treffen (Rdnr. 21). Hierzu bedarf es des Einverständnisses der abhängigen GmbH, das jedoch die Geschäftsführung erteilen kann, ohne dass hierzu die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich ist.

Praxishinweis

In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es um einen Gewinnabführungsvertrag. Wie der amtliche Leitsatz der BGH-Entscheidung deutlich macht, gelten die Erkenntnisse gleichermaßen für alle Unternehmensverträge einer abhängigen GmbH. Zur Begründung der breiten Anwendung des BGH-Urteils sind im Urteil selbst keine Aussagen enthalten. Man wird sie aus dem Vertrauensschutz und der Transparenz des Handelsregisters ableiten müssen, in das gem. §§ 294, 298 AktG das Bestehen wie auch die Beendigung eines Unternehmensvertrages einzutragen ist. Der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes der Gläubiger gilt nämlich unabhängig vom Charakter des jeweiligen Unternehmensvertrages (BGHZ 116, 37, 44; 122, 211, 219; Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl. 2014, § 298 Rdnr. 1; Mülb-ert, Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2012, § 298 Rdnr. 3).

Das Urteil ist deshalb für die Rechtspraxis von erheblicher Bedeutung. Bei Unternehmenskäufen werden aus Sicht des Veräußerers künftig Absprachen über die Fortführung des Unternehmens nicht nur bis zum „Closing“, sondern bis zum Wirksamwerden der Beendigung des Unternehmensvertrages unumgänglich, will er sich gegen unliebsame Überraschungen aus der Geschäftsfortführung des Erwerbers schützen (s. dazu z. B. Schwarz, DNotZ 1996, 68, 73). Der Erwerber wird hingegen Wert darauf legen, dass das wirtschaftliche Ergebnis zum Übertragungsstichtag ermittelt und seine Zuordnung zum Veräußerer klar geregelt wird. Wer sich auf derartige vertragliche Vorkehrungen hingegen nicht verlassen will, dem bleibt, worauf der BGH im Urteil selbst ausdrücklich hinweist (Rdnr. 17), der Ausweg, bei der abhängigen GmbH ein Rumpfgeschäftsjahr zum Übertragungsstichtag festzulegen (LG Bonn RNotZ 2003, 400; Göhmann/Winnen, RNotZ 2015, 53, 57; Mülb-ert, § 296 Rdnr. 16).

Dr. Eberhard Vetter

ist Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Köln.

OLG München | Nicht-Entlastung wegen unentschuldigter Pflichtverletzungen der Geschäftsführung

GmbHG § 47; HGB §§ 166, 264

Verstößt die Geschäftsleitung in erheblicher Weise sowohl gegen Satzung als auch gegen Gesetz (hier: verspätete Vorlage des Entwurfs des Jahresabschlusses), ohne diesen Verstoß spätestens in der Gesellschafterversammlung zu erklären oder zu rechtfertigen, darf ihr Entlastung nicht erteilt werden.

OLG München, Endurteil vom 22.7.2015 – 7 U 2980/12 (LG München I), [BeckRS 2015, 12951](#)

Sachverhalt

Die Komplementärin der späteren Bekl., eines Filmfonds in Form einer GmbH & Co. KG, lud im Mai 2011 mit ausreichend Vorlauf zu einer Gesellschafterversammlung der KG ein, die am 8.7.2011 stattfinden sollte. Tagesordnungspunkte waren u. a. die Feststellung der Jahresabschlüsse 2007–2010 sowie die Entlastung der Geschäftsführung für 2008–2010. Nach dem Gesellschaftsvertrag hätten die Jahresabschlüsse jeweils bis zum 1. September des Folgejahres aufgestellt werden müssen. Die Entwürfe der Jahresabschlüsse waren der Einladung zunächst nicht beigelegt, wurden aber innerhalb der gesellschaftsvertraglichen Ladungsfrist nachgereicht. Prüfberichte der Wirtschaftsprüfer wurden nicht vorgelegt. In der Gesellschafterversammlung vom 8.7.2011 wurden die vorgesehenen Beschlüsse über die Feststellung der Jahresabschlüsse und die Entlastung der Geschäftsführung gefasst.

Die Kl. erklärte die Anfechtung sämtlicher Beschlüsse und wandte insbesondere ein, die Geschäftsführung habe gegen ihre Pflicht verstoßen, die Jahresabschlüsse innerhalb von neun Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres zu erstellen.

Entscheidung

Das OLG München wies die Klage überwiegend ab. Lediglich die Beschlüsse zur Entlastung der Geschäftsführung wurden für nichtig erklärt.

Die Kl. konnte sich nicht darauf berufen, dass die Jahresabschlüsse nicht zusammen mit der Einladung versandt wurden. Entscheidend war nämlich, dass die gesellschaftsvertraglich vereinbarte Frist eingehalten wurde. Dass die Prüfberichte nicht übersandt wurden, war nach Auffassung des OLG ebenfalls unerheblich.

Erfolgreich war die Kl. jedoch hinsichtlich der Entlastungsbeschlüsse: weil die Jahresabschlüsse bei weitem nicht fristgerecht vorgelegt wurden, hätte der Geschäftsführung keine Entlastung erteilt werden dürfen. Die Beschlüsse über die Entlastung sind daher nichtig.

Praxishinweis

Dem Urteil ist uneingeschränkt zuzustimmen. Aus Sicht des Praktikers sind folgende Konsequenzen daraus zu ziehen:

1. Das OLG bestätigt die Rspr. des BGH, wonach formale Fehler (wie z. B. Fehler der Einladung oder bei der Stimmrechtsausübung) nur dann zur Nichtigkeit der angefochtenen Beschlüsse führen, wenn die Fehler sich auf das Abstimmungsergebnis ausgewirkt haben (BGH, U. v. 28.1.1985 – II 79/84; *Schwab*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 243 Rdnr. 44 m. w. Nw.) Die Darlegungslast liegt i. d. R. bei der beklagten Gesellschaft. Anders ist es aber, wenn – wie im vorliegenden Fall – der Kl. sich nicht selbst um eine vollständige Protokollierung des Abstimmungsverhaltens bemüht hat. Jeder Gesellschafter, der die Anfechtung eines Beschlusses in Betracht zieht, sollte deshalb etwaige Fehler schon in der Gesellschafterversammlung monieren, konkrete Widersprüche zu Protokoll geben und um eine vollständige Protokollierung des Abstimmungsverhaltens bitten. Wer sich darum nicht bemüht und den Abstimmungsvorgang deshalb nicht rekonstruieren kann, kann keine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast geltend machen, sondern bleibt selbst beweispflichtig. Anfechtungswilligen Gesellschaftern sei empfohlen, sich in kritischen Gesellschafterversammlungen des Beistands eines Anwalts zu bedienen.

2. Bei einer Publikums-KG besteht kein Anspruch auf Übersendung des Prüfberichts der Wirtschaftsprüfer. Wie vom BGH in der vorhergehenden Revisionsentscheidung klargestellt, reicht es aus, wenn der Prüfbericht bei der Beschlussfassung ausliegt. Damit nähert sich der BGH der Rechtslage bei Aktiengesellschaften an, in denen der Prüfbericht weder übersandt, noch – mangels Feststellung des Abschlusses durch die Hauptversammlung – ausgelegt werden muss. Demgegenüber haben Gesellschafter einer GmbH Anspruch auf den Prüfbericht (§ 42 a Abs. 1 Satz 2 GmbHG). Wie die Rechtslage in Kommanditgesellschaften mit überschaubarem Gesellschafterkreis ist, bleibt offen. Vorsorglich empfiehlt sich eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag.

3. Ein Gesellschafterbeschluss, der die Entlastung der Geschäftsführung zum Gegenstand hat, ist (nur) anfechtbar, wenn keine andere Entscheidung als die Versagung denkbar ist und die Entlastung missbräuchlich wäre. Trotz des weiten Ermessensspielraums, den die Gesellschafter bei der Entlastung haben, ist der Beschluss jedenfalls dann anfechtbar, wenn die Geschäftsführer mehrfach gegen Pflichten aus dem Gesetz und aus dem Gesellschaftsvertrag verstoßen haben – und es dafür keine Entschuldigungsgründe gibt. Hier setzt das OLG die Latte eher niedrig an: denn es stützt die Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses darauf, dass die Geschäftsführer den Verstoß nicht wenigstens „ansatzweise“ erklärt oder gerechtfertigt hätten oder keine sonstigen Gründe für ihre Entlastung gesprochen haben. Die Geschäftsführer hatten sich ersichtlich nicht bemüht, nachvollziehbare Gründe für die späte Vorlage der Jahresabschlüsse vorzutragen. Die – nun versagte – Entlastung der Geschäftsführung hätte etwaige Schadensersatzansprüche gegen die Geschäftsführung präkludiert, wenn und soweit diese Ansprüche auf bekannte Tatsachen gestützt worden wären (BGH, U. v. 21.4.1986 – II ZR 165/85; zum Streitstand *Liebscher*, in: Mükö-GmbHG, § 46 Rdnr. 144). Insofern unterscheidet sich die Rechtslage bei Personengesellschaften und der GmbH von derjenigen bei einer AG: nach § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG ist mit der Entlastung von Vorstand oder Aufsichtsrat ausdrücklich kein Verzicht auf Ersatzansprüche verbunden. Welcher

konkrete Schaden durch die späte Vorlage der Jahresabschlüsse der Gesellschaft entstanden sein könnte, wurde nicht thematisiert. Jedenfalls werden die Geschäftsführer auf die Deckung durch eine D&O-Versicherung nicht hoffen können: zwar sind Schadensersatzansprüche und Bußgelder wegen Verletzung der HGB-Vorschriften grds. versicherbar, bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen entfällt jedoch der Versicherungsschutz.

Dr. Barbara Mayer

ist Rechtsanwältin und Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Partnerin der Kanzlei Friedrich Graf von Westphalen & Partner in Freiburg.

Dr. Jan Henning Martens

ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht in der Kanzlei Friedrich Graf von Westphalen & Partner in Freiburg.

SCHIEDSGERICHTSBARKEIT

OLG München | Neutralitätspflicht einer Schiedsgerichtsorganisation

ZPO §§ 1036, 1037, 1040 Abs. 3 Satz 2, 1059

1. Im gerichtlichen Verfahren nach § 1040 Abs. 3 Satz 2 ZPO kommt eine Zurückverweisung an das Schiedsgericht ebenso wenig in Betracht wie eine Aussetzung des schiedsgerichtlichen Verfahrens.

2. Zur Neutralitätspflicht einer Schiedsorganisation (hier: Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit) im Zusammenhang mit Anfragen von Schiedsparteien im laufenden Schiedsverfahren.

OLG München, Beschluss vom 18.12.2014 – 34 SchH 3/14, BeckRS 2015, 02545

Sachverhalt

Die Parteien stritten betreffend die Wirksamkeit eines notariellen Rahmenvertrages über den Verkauf und die Übertragung von Grundstücken sowie Gesellschaftsanteilen. Der Vertrag enthielt eine Schiedsgerichtsvereinbarung. In dieser war die „Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS)“ vorgesehen.

Im Streit über die Wirksamkeit verschiedener Verträge wurde ein Schiedsverfahren angestrengt, nachdem bereits zuvor ein Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens rechtskräftig zurückgewiesen worden war (BGH NJW 2014, 3652 = NZG 2014, 1155). Anschließend wurden erneut weitere Zuständigkeitsrügen erhoben, insbesondere mit der Begründung, die Schiedsklausel sei undurchführbar, weil die Schiedsvereinbarung wirksam mit der Begründung einer Befangenheit der DIS gekündigt worden sei. Demnach hat das Schiedsgericht mit einem (zweiten) Zwischenentscheid seine Zuständigkeit bejaht. Dagegen wurde das OLG München angerufen mit dem Antrag, den (zweiten) Zwischenbescheid auf-

zuheben und die Sache an das Schiedsgericht zurückzuverweisen oder das Schiedsverfahren auszusetzen, hilfsweise die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts festzustellen.

Entscheidung

Die Anträge sind zum Teil als unzulässig, zum Teil als unbegründet zurückgewiesen worden, was im Einzelnen nachfolgend im Zusammenhang mit den sich ergebenden praktischen Konsequenzen erörtert wird.

Praxishinweis

1. Die Zurückweisung der Anträge ist zu begrüßen. Wie aus der ausführlichen Begründung des OLG München deutlich wird, werden die Regelungen des 10. Buchs der ZPO und die Möglichkeiten einer Korrektur schiedsgerichtlicher Entscheidungen auf die dort ausdrücklich geregelte Missbrauchskontrolle beschränkt. Abgelehnt werden die in den §§ 1025 ff. ZPO nicht geregelten Entscheidungsmöglichkeiten wie eine Zurückverweisung an das Schiedsgericht zur erneuten Entscheidung über die Zulässigkeit oder eine Aussetzung des Schiedsverfahrens. Beides ist in § 1040 Abs. 3 ZPO nicht vorgesehen. Das OLG München folgt insoweit der herrschenden Lehre und stärkt die Schiedsgerichtsbarkeit. Die Möglichkeit einer ja durchaus denkbaren analogen Anwendung des § 1059 ZPO und insbesondere seines Abs. 4 auf Zwischenentscheide nach § 1040 Abs. 3 Satz 1 ZPO lehnt das OLG zu Recht ab und verneint insoweit eine gesetzgeberische Lücke.

2. Im konkreten Fall hat das OLG München auch die von den Antragstellern behauptete Pflichtverletzung seitens der DIS mit der daraus folgenden Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung des Schiedsvertrages abgelehnt.

3. Die Antragsteller hatten die Kündigung des Schiedsorganisationsvertrages nach § 626 BGB erklärt und behauptet, die DIS habe kollusiv mit der Gegenpartei zusammengewirkt. Wie das OLG bestätigte, war die Auffassung des Schiedsgerichts zutreffend: Bei dem Schiedsorganisations- oder -administrationsvertrag handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. v. § 675 BGB, der nur von allen Schiedsparteien gemeinschaftlich gekündigt werden kann. Eine Schiedspartei allein kann nur in einem „Extremfall“ fristlos kündigen. Einen solchen Extremfall/wichtigen Grund hat das OLG nicht erkannt. Daher war die Kündigung unwirksam.

4. Die Ausführungen des OLG zu Umfang und Reichweite einer Neutralitätspflicht der Schiedsadministrationsorganisation – hier der DIS – sind ebenfalls zu begrüßen. Dabei hat das OLG die etwa ein halbes Jahr zuvor geäußerte Auffassung des LG Berlin (U. v. 14.7.2014 – 33 O 494/13U) nicht geteilt, wonach die Schiedsorganisation – erneut die DIS – durch die Beantwortung von Anfragen einer Schiedspartei und mit dieser geführte (zwei) Telefonate, ohne die andere Schiedspartei darüber zu informieren, sowohl gegen das Gebot der Neutralität als auch gegen das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs verstoßen habe. Das LG Berlin ist der Auffassung: „Beide Gebote treffen Schiedsrichter und Schiedsorganisation gleichermaßen.“ Eine Schiedsorganisation ist nicht nur hinsichtlich eigener administrativer Tätigkeit zur Neutralität verpflichtet, sondern hat sich jeglicher inhaltlicher Stellungnahme zum betreuten Schiedsverfahren zu enthalten. Demgegenüber

beurteilt das *OLG München* den Geltungsanspruch von Neutralitätspflicht und Verpflichtung zur Gewährung rechtlichen Gehörs anders. Es anerkennt lediglich eine – wie auch immer geartete – abgeschwächte Neutralitätspflicht gegenüber den Schiedsrichterpflichten (§ 1036 ZPO) an. Diese wird durch eine Stellungnahme durch die *DIS* (deren *Generalsekretär*) nicht verletzt. Tatsachenbezogene Anfragen an die Schiedsadministrationsorganisation durch Dritte oder eine Schiedspartei müssen auch nicht der anderen Partei vor Beantwortung zur Stellungnahme, ja nicht einmal umgehend mitgeteilt werden. Dem ist von Rechts wegen zuzustimmen.

5. Dennoch dürfte die *DIS* und jede andere Schiedsorganisation gut beraten sein, Anfragen nicht lediglich technischer Art (z.B. Bitten um Übersendung der neuesten Fassung der Schiedsordnung, einer Schiedsrichterliste oder Gebührenberechnung), also etwa nach inhaltlichen Stellungnahmen zum Verständnis des Regelungsgehalts der Schiedsordnung, bestehender Interpretationspraxis u. ä., auch der anderen Schiedspartei zur Kenntnis zu geben. Nach den persönlichen Erfahrungen des Verfassers wird dies allerdings auch regelmäßig so gehandhabt.

Prof. Dr. Hanns-Christian Salger, LL. M. (Illinois)

ist Rechtsanwalt und Attorney at Law (New York), Fachanwalt für internationales Wirtschaftsrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie gewerblichen Rechtsschutz in der Kanzlei SALGER Rechtsanwälte in Frankfurt/M.

Anm. d. Red.: Vgl. hierzu: NJOZ 2015, 893 ff.

ZIVILRECHT

OLG Hamm | Wirksame Einbeziehung von AGB im kaufmännischen Verkehr

EuGVVO Art. 5 (= Art. 7 n. F.) Abs. 1, 23 (= Art. 25 n. F.) Abs. 1 Satz 3; Rom I-VO Art. 3 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1, 2; BGB §§ 305, 307, 308, 309; CISG Art. 6, 39

1. Im kaufmännischen Verkehr genügt die Übergabe von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im Rahmen von Vorverhandlungen für deren wirksame Einbeziehung nach §§ 305 ff. BGB und UN-Kaufrecht.

2. Der ausländische Vertragspartner hat die Möglichkeit der Kenntnisnahme vom Inhalt der AGB, wenn der Hinweis auf deren Geltung in der Verhandlungssprache erfolgt. Den Text der AGB selbst braucht der Verwender nur dann in der Verhandlungssprache oder in einer Welt-sprache vorzulegen, wenn der Vertragspartner dies ausdrücklich von ihm verlangt.

3. Eine Klausel über eine Vereinbarung des Erfüllungsortes ist nicht überraschend i. S. v. § 305 c Abs. 1 BGB und hält jedenfalls im kaufmännischen Verkehr einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB stand.

4. Im Hinblick auf die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte wirkt sich ein nach Art. 5 Nr. 1 b EuGVVO wirksam vereinbarter Erfüllungsort auf den Gerichtsstand unabhängig davon aus, ob die Formvorschriften des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 EuGVVO beachtet wurden.

OLG Hamm, Urteil vom 19.5.2015 – 7 U 26/15 (LG Bielefeld), BeckRS 2015, 11594

Sachverhalt

Die deutsche Kl. verwendet AGB in deutscher und englischer Sprache, die neben der Bestimmung des deutschen Sitzes der Kl. als Erfüllungsort die Prorogation des *LG Bielefeld* sowie die Wahl deutschen Rechts unter Ausschluss des UN-Kaufrechts enthalten. Diese wurden der niederländischen Bekl. zusammen mit einer Preisliste der Kl. bei – weitgehend auf Niederländisch geführten – Verhandlungen über die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung übergeben. Mündlich war man sich einig, dass die Bekl. fortan als Kunde der Kl. gelten sollte. Nach einer deutschsprachigen Auftragsbestätigung der Kl. auf eine Bestellung der Bekl. sollte „dieser Auftrag den bekannten Bedingungen unterliegen“. Im späteren Rechtsstreit rügte die Bekl. die Zuständigkeit des in den AGB prorogierten *LG*; sie habe die AGB zu keinem Zeitpunkt erhalten. Das *LG* verneinte seine Zuständigkeit; die Gerichtsstandsregelung in den AGB der Kl. sei weder schriftlich noch mündlich mit schriftlicher Bestätigung geschlossen worden. Das *OLG* hat dagegen die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte bejaht.

Entscheidung

1. Das *OLG* stützt sein Urteil erwartungsgemäß nicht auf Art. 23 (= Art. 25 n. F.) Abs. 1 Satz 3 EuGVVO, dessen Formvorschriften die Bezugnahme auf die „Ihnen bekannten Bedingungen“ ersichtlich nicht genügt.

2. Auf den Gerichtsstand wirke sich allerdings ein wirksam vereinbarter Erfüllungsort i. S. v. Art. 5 (= Art. 7 n. F.) Nr. 1 EuGVVO aus, solange zwischen diesem und der Vertragswirklichkeit ausreichender Zusammenhang bestehe. Ob die Vereinbarung wirksam zustandegekommen sei, entscheide das Recht, das auf den Vertrag nach IPR-Grundsätzen anwendbar sei – hier, so das *OLG*, das deutsche Recht, weil nach den wirksam einbezogenen AGB der Kl. wirksam gewählt. Da das wirksame Zustandekommen der Rechtswahlvereinbarung nach dem Recht beurteilt wird, das nach der Klausel angewandt werden soll, und in den AGB nach Art. 6 CISG auch der Ausschluss des UN-Kaufrechts vereinbart werden durfte, war (nur) nach §§ 305 ff. BGB zu prüfen, ob die AGB der Kl. wirksam in den Vertrag einbezogen wurden. Das *OLG* bejaht dies – und damit die Wirksamkeit der Erfüllungsortvereinbarung sowie den besonderen Gerichtsstand des vereinbarten Erfüllungsorts gemäß Art. 5 (= Art. 7 n. F.) Nr. 1 lit. b EuGVVO.

3. Schon die Übergabe der AGB im Rahmen der Verhandlungen begründe eine im Voraus getroffene Einbeziehungsvereinbarung. Im kaufmännischen Geschäftsverkehr genüge aber auch der Hinweis in einer Auftragsbestätigung auf die AGB. Diese würden mangels Widerspruchs sogar dann Vertragsinhalt, wenn sie nicht Gegenstand der Vertragsverhandlungen gewesen seien. Dass dies allerdings hier in dem Ver-

weis auf nicht näher bezeichnete oder bestimmte bekannte Bedingungen erfüllt sein soll, überrascht (vgl. grundlegend BGH NJW 1992, 1232 – „bekannt und beigelegt“).

4. Kaum Bedeutung wird dem Unterschied zwischen Sprache der AGB und Verhandlungssprache beigemessen. Erforderlich und ausreichend sei ein ausdrücklicher und für die ausländische Partei verständlicher Hinweis in der Verhandlungssprache auf die AGB des Verwenders; den AGB-Text selbst brauche der Verwender nur in der Verhandlungssprache oder einer Weltsprache vorzulegen, wenn der Vertragspartner das ausdrücklich verlangt habe. Bemerkenswert die Feststellung, es komme nicht darauf an, ob der Vertragspartner die AGB, forderte er sie denn überhaupt an, sprachlich verstehen würde – die Möglichkeit der Kenntnisnahme in zumutbarer Weise reiche aus, dazu verpflichtet sei er nicht. Werden also unter Kaufleuten auf Japanisch gefasste AGB in den Vertrag mit einem deutschen Kunden wirksam einbezogen, solange der Kunde auf Deutsch auf sie hingewiesen wird und er sie nicht zu lesen verlangt? (Krit. z. B. *Thüsing* in: Graf v. Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 36. EL März 2015, Gerichtsstandsklauseln, Rdnr. 28)

5. Erwartungsgemäß stellt die Entscheidung dagegen fest, eine Erfüllungsortsklausel sei nicht überraschend i. S. v. § 305 c Abs. 1 BGB, halte einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB stand, unterliege keinem Klauselverbot nach §§ 308, 309 BGB und stelle unter Kaufleuten keine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 BGB dar (so i. W. bereits OLG Hamm NJW-RR 1995, 188, 189).

Praxishinweis

Nicht alle Gerichte werden die Einbeziehung von AGB-Erfüllungsortvereinbarungen vergleichbar „sportlich“ betrachten. Kaufmännische Mandanten sollten deshalb im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr stets zu schriftlicher und in der Vertragssprache gefasster Vereinbarung solcher Klauseln angehalten werden.

Thomas Krümmel, LL. M. (Glamorgan/Wales)

ist Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei MEYER-KÖRING Rechtsanwälte Steuerberater in Berlin.

INTERNATIONALES ZIVILVERFAHRENSRECHT

EuGH | Zuständigkeit für Klagen wegen Kartellschäden

AEUV Art. 101; VO (EG) Nr. 44/2001 Art. 5, 6, 23 (jetzt VO (EU) Nr. 1215/2012 Art. 7, 8, 25)

Leitsätze der Redaktion

1. Eine Zuständigkeitskonzentration gem. Art. 6 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001 bei einer Mehrzahl von Bekl. ist grds. möglich, wenn mehrere Unternehmen, die sich örtlich

und zeitlich unterschiedlich an einem einheitlichen und fortgesetzten Verstoß gegen das unionsrechtliche Kartellverbot beteiligt haben, als Gesamtschuldner auf Schadensersatz verklagt werden. Dies gilt auch dann, wenn der Kl. seine Klage gegen den einzigen im Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts ansässigen Mitbeklagten zurückgenommen hat, es sei denn, es kann nachgewiesen werden, dass der Kl. und der genannte Mitbeklagte kollusiv zusammengewirkt und den Zweck verfolgt haben, die Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 6 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001 im Zeitpunkt der Klageerhebung künstlich herbeizuführen oder aufrechtzuerhalten.

2. Art. 5 Nr. 3 VO (EG) Nr. 44/2001 ist dahin auszulegen, dass bei einer Klage, mit der von in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässigen Bekl. Schadensersatz wegen Verstoßes gegen das unionsrechtliche Kartellverbot verlangt wird, das schädigende Ereignis in Bezug auf jeden einzelnen Geschädigten eingetreten ist und jeder von ihnen gem. Art. 5 Nr. 3 VO (EG) Nr. 44/2001 zwei Möglichkeiten bzgl. der Wahl des Gerichtsstands hat: Entweder der Geschädigte klagt vor dem Gericht des Ortes, an dem das betreffende Kartell definitiv gegründet oder ggf. eine spezifische Absprache getroffen wurde, die für sich allein als das ursächliche Geschehen für den behaupteten Schaden bestimmt werden kann (Handlungsort). Oder er wendet sich an das Gericht des Ortes, an dem er seinen Sitz hat (Erfolgort).

3. Art. 23 Abs. 1 VO (EG) Nr. 44/2001 ist dahin auszulegen, dass er es bei Schadensersatzklagen wegen Verstoßes gegen das unionsrechtliche Kartellverbot zulässt, in Lieferverträgen enthaltene Gerichtsstandsklauseln auch dann zu berücksichtigen, wenn dies zu einer Derogation eines nach Art. 5 Nr. 3 und/oder Art. 6 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001 international zuständigen Gerichts führt. Dies gilt allerdings nur, wenn sich die Klauseln auf Streitigkeiten aus Haftung wegen Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht beziehen.

EuGH, Urteil vom 21.5.2015 – C-352/13 – Cartel Damage Claims, BeckRS 2015, 80660

Sachverhalt

Das Urteil des EuGH geht auf ein Vorabentscheidungsersuchen des LG Dortmund vom 29.4.2013 zurück. Die Kl. *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide SA (CDC)* verlangt von mehreren Chemiekonzernen u. a. gesamtschuldnerisch Schadensersatz für die Folgen eines europaweiten Bleichmittelkartells. Die Schadensersatzforderungen hatte sich CDC zuvor von mehreren mutmaßlich geschädigten Unternehmen abtreten lassen. Die Europäische Kommission hatte in ihrer Entscheidung im Jahr 2006 festgestellt, dass mehrere Unternehmen zwischen 1994 und 2000 – örtlich und zeitlich unterschiedlich – an einem Kartell bzgl. Wasserstoffperoxid und Natriumperborat teilgenommen und viele Jahre einen einheitlichen und fortgesetzten Verstoß gegen das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG (jetzt Art. 101 Abs. 1 AEUV) begangen hatten. Von den sechs ursprünglich beklagten Unternehmen ist allein die *Evonik Degussa GmbH (Evonik)* in der Bundesrepublik Deutschland ansässig. Die übrigen Beklagten haben ihren Sitz in anderen

EU-Staaten. *Evonik* fungierte daher als Ankerbeklagte zur Begründung der Zuständigkeit des deutschen Gerichts. Nach Klageerhebung schloss *CDC* mit *Evonik* im September 2009 einen Vergleich und nahm die Klage gegen das Unternehmen zurück.

Die übrigen Bekl. rügten die Unzuständigkeit des *LG Dortmund*. Begründet wurde dies u.a. mit (abweichenden) Gerichtsstands- und Schiedsklauseln in den Lieferverträgen mit den mutmaßlich geschädigten Unternehmen.

Entscheidung

1. Mit der ersten Vorlagefrage (Rdnr. 15 ff.) wollte das *LG Dortmund* wissen, ob die in Art. 6 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001 vorgesehene Zuständigkeitskonzentration bei einer Klage gegen mehrere Bekl. aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten, die sich in räumlicher und zeitlicher Hinsicht in unterschiedlicher Weise an einem einheitlichen und fortgesetzten Verstoß gegen das Kartellverbot beteiligt haben, Anwendung finden kann. Ferner sollte in diesem Zusammenhang die Auswirkung der Klagerücknahme gegen den Ankerbeklagten *Evonik* geklärt werden.

a) Gem. Art. 6 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001 kann eine Klage gegen mehrere Bekl. vor dem Gericht des Ortes, an dem einer der Bekl. seinen Wohnsitz hat, erhoben werden, wenn zwischen den Klagen eine so enge Beziehung besteht, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten ist, um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen. Der *EuGH* bestätigt in der Entscheidung seine bisherige enge Auslegung des Art. 6 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001. Demnach widersprechen sich Entscheidungen nicht schon deswegen, weil der Rechtsstreit abweichend entschieden wird. Vielmehr muss laut *EuGH* die Abweichung bei derselben Rechts- und Sachlage auftreten.

b) Diese Voraussetzung sah der *EuGH* als erfüllt an. Obwohl die Bekl. räumlich und zeitlich unterschiedlich an dem Kartell beteiligt waren, lag der Klage eine einheitliche Sachlage zu Grunde, weil das Kartell nach Feststellung der Kommission eine einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot darstellte. Darüber hinaus schließt die Anwendung unterschiedlicher Rechtsvorschriften nach den Bestimmungen des Internationalen Privatrechts bei Klagen gegen verschiedene Bekl. die Anwendung des Art. 6 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001 nicht aus, sofern für die Bekl. vorhersehbar war, dass sie in einem EU-Staat verklagt werden könnten, in dem zumindest einer von ihnen seinen Sitz hat. Diese Voraussetzung sah der *EuGH* ebenfalls als erfüllt an, weil mit der Entscheidung der Kommission festgestellt worden war, dass eine einzige Zuwiderhandlung gegen das Unionsrecht begangen worden war, die für jeden Beteiligten des Kartells eine (gesamtschuldnerische) Haftung für etwaige Schäden begründete. Es sei daher für die Bekl. vorhersehbar gewesen, vor den Gerichten eines EU-Staates verklagt zu werden, in dem einer von ihnen ansässig ist.

c) Zu der Frage, ob Art. 6 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001 anwendbar ist, wenn die Klage gegen den Ankerbeklagten zurückgenommen wurde, stellte der *EuGH* fest, dass allein die Klagerücknahme und Verhandlungen zum Zweck eines etwaigen

Vergleichs eine Anwendbarkeit der Zuständigkeitsregel nicht ausschließen. Nur wenn beweiskräftig dargelegt werden könnte, dass der Kl. die Voraussetzungen für die Anwendung der Norm missbräuchlich herbeigeführt habe – z.B. indem er einen vor Klageerhebung abgeschlossenen Vergleich verschleiert hat, um den Anschein zu erwecken, dass die Voraussetzungen des Art. 6 Nr. 1 VO Nr. 44/2001 vorliegen – sei die Zuständigkeitsregel nicht anwendbar.

2. Im Rahmen der zweiten Vorlagefrage (Rdnr. 34 ff.) sollte der *EuGH* darüber entscheiden, ob Art. 5 Nr. 3 VO Nr. 44/2001 eine Zuständigkeitskonzentration bei einem Gericht begründen kann, indem die Norm so weit ausgelegt wird, dass in Bezug auf alle Beklagten und für sämtliche Schäden jedes Gericht mit Sitz an einem der Orte zuständig ist, an denen das Kartell konzipiert, organisiert und umgesetzt wurde bzw. an denen der Schadenserfolg eingetreten ist.

Der *EuGH* hat einer weiten Auslegung des Art. 5 Nr. 3 VO (EG) Nr. 44/2001 und damit einer darauf begründbaren Zuständigkeitskonzentration in Kartellschadensersatzprozessen mit einer Vielzahl von Bekl. und grenzüberschreitenden Auswirkungen jedoch eine Absage erteilt. Der Ort des schädigenden Ereignisses sei vielmehr für jede Schadensersatzforderung gesondert zu bestimmen.

Der Ort i.S.d.Art. 5 Nr. 3 VO (EG) Nr. 44/2001 kann nach der *EuGH*-Rechtsprechung sowohl der Ort der Verwirklichung des Schadenserfolgs (Erfolgsort) als auch der Ort des für den Schaden ursächlichen Geschehens (Handlungsort) sein. Die Wahl des Gerichtsortes liegt beim Kl. Der *EuGH* führt weiter aus, dass eine zentrale Zuständigkeit eines Gerichts nach Art. 5 Nr. 3 VO (EG) Nr. 44/2001 für die Geltendmachung von Schadensersatzforderungen mehrerer Geschädigter allenfalls dann bestehen könne, wenn der Ort, an dem das den geltend gemachten Schaden verursachende Kartell begründet wurde (also der Handlungsort), definitiv bestimmt werden könne. Diese Bestimmung ist – wie auch der *EuGH* anklingen lässt – in der Praxis jedoch kaum durchführbar, weil sich Kartelle i.d.R. nicht auf einen einzigen Gründungsort reduzieren lassen, sondern durch eine Anzahl von Vereinbarungen bei verschiedenen Treffen an verschiedenen Orten gegründet und umgesetzt werden.

Eine Zuständigkeitskonzentration ergibt sich laut *EuGH* auch nicht durch Anknüpfung an den Erfolgsort. Der Erfolgsort ist bei Kartellschäden (in Form von Mehrkosten) der Ort des Sitzes des mutmaßlich Geschädigten. Der Erfolgsort lässt sich nur für jeden Geschädigten einzeln ermitteln. Bei der gebündelten Geltendmachung abgetretener Ansprüche mehrerer Geschädigter hätte *CDC* für den Schaden jedes Geschädigten daher jeweils bei dem Gericht Klage erheben müssen, in dessen Zuständigkeitsbereich der jeweilige Sitz des Geschädigten liegt.

3. Im Rahmen der letzten Vorlagefrage (Rdnr. 57 ff.) bat das *LG Dortmund* um Klärung, ob durch die Anwendung von Schieds- und/oder Gerichtsstandsklauseln in Lieferverträgen von den Zuständigkeitsregeln des Art. 5 Nr. 3 und/oder Art. 6 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001 abgewichen werden kann. Zwar enthielt die Vorlageentscheidung des *LG Dortmund* keine detaillierte Beschreibung der fraglichen Klauseln, der *EuGH* stellte jedoch

klar, dass eine Abweichung von den durch Art. 5 und 6 VO (EG) Nr. 44/2001 begründeten besonderen Zuständigkeiten durch Gerichtsstandsklauseln grds. möglich sei, wenn diese in den Anwendungsbereich des Art. 23 VO (EG) Nr. 44/2001 fielen.

Der *EuGH* weist allerdings darauf hin, dass eine Gerichtsstandsklausel zum einen nur im Verhältnis der Parteien des in Rede stehenden Vertrages und nicht gegenüber Dritten gelten kann, und zum anderen immer im Einzelfall zu prüfen ist, ob die Gerichtsstandsklausel bei Rechtsstreitigkeiten wegen Kartellrechtsverstößen überhaupt gelten soll. Denn Gerichtsstandsklauseln betreffen zunächst nur Streitigkeiten, die ihren Ursprung in dem Rechtsverhältnis haben, anlässlich dessen der Vertrag geschlossen wurde. Der *EuGH* macht im Folgenden deutlich, dass Gerichtsstandsklauseln jedenfalls dann, wenn sie sich abstrakt auf Rechtsstreitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis beziehen, i. d. R. nicht auch Rechtsstreitigkeiten wegen Kartellrechtsverstößen erfassen. Denn das schädigende Ereignis liegt hier nicht in einer Verletzung von vertraglichen Beziehungen, sondern in der Beschränkung der Vertragsfreiheit durch das Kartell und der Zahlung kartellbedingt überhöhter Preise. Zudem wird dem Geschädigten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses i. d. R. das Bestehen eines Kartells nicht bekannt sein, sodass eine Derogation gesetzlicher Zuständigkeitsregeln durch allgemeine Gerichtsstandsklauseln in der überwiegenden Zahl der Fälle bei Kartellschadensersatzklagen nicht möglich sein dürfte.

Etwas anderes soll laut *EuGH* nur dann gelten, wenn sich die Klausel explizit auf künftige Streitigkeiten aus Haftung wegen Kartellrechtsverstößen bezieht. In diesem Fall könnte eine solche Klausel die besonderen Gerichtsstände des Art. 5 und 6 VO (EG) 44/2001 verdrängen.

Praxishinweis

1. Die dem Urteil zu Grunde liegende VO (EG) Nr. 44/2001 ist mit Wirkung zum 15.1.2015 durch die VO (EU) Nr. 1215/2012 neu gefasst worden. Die Ausführungen des *EuGH* beanspruchen jedoch auch nach der Reform weiterhin Gültigkeit, da sich der Wortlaut der betroffenen Normen nicht wesentlich verändert hat.

Der *EuGH* betont, dass eine Schadenersatzklage unter den Voraussetzungen des Art. 6 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001 (jetzt Art. 8 Nr. 1 VO (EU) Nr. 1215/2012) am Sitz jedes der Kartellanten anhängig gemacht werden kann – und zwar gegen alle Mitglieder der Kartellrunde. Die einmal begründete Zuständigkeit bleibt regelmäßig auch dann erhalten, wenn der Kartellant, dessen Sitz die Zuständigkeit wirksam begründet hat, aus dem Verfahren ausscheidet. Die Anerkennung des Grundsatzes der fortbestehenden Zuständigkeit (*perpetuatio fori*) im Rahmen des Art. 6 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001 sorgt für Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit in Verfahren gegen mehrere Bekl., die in verschiedenen Jurisdiktionen ansässig sind. Für durch ein Kartell geschädigte Unternehmen wird es nach dem Urteil leichter, mehrere Kartellsünder in einem Verfahren auf Schadenersatz zu verklagen; diese haften gesamtschuldnerisch, auch für entgangenen Gewinn und Zinsen. Eine Zuständigkeitskonzentration über Art. 5 Nr. 3 VO (EG) Nr. 44/2001

(jetzt Art. 7 Nr. 2 VO (EU) Nr. 1215/2012) wird dagegen i. d. R. nicht möglich sein.

Darüber hinaus hat der *EuGH* im Rahmen seiner Ausführungen zu Art. 6 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001 – ein wenig versteckt – implizit anerkannt, dass die Rechtsfigur des einheitlichen und fortgesetzten Verstoßes, die von der Kommission in Kartellbußgeldverfahren angewandt wird, um Kartellanten als Mitäter – ungeachtet ihres eigenen konkreten Beitrags – das tatsächliche Verhalten der Mitkartellanten als eigenes zuzurechnen, auch auf zivilrechtlicher Ebene eine schadensrechtliche Verantwortlichkeit der einzelnen Bekl. für deliktisches Handeln der Mittäter und für hierdurch verursachte Schäden begründen kann.

2. Begrüßenswert ist die Klarstellung des *EuGH* bzgl. Art. 23 Abs. 1 VO (EG) Nr. 44/2001, dass allgemeine Gerichtsstandsklauseln i. d. R. keine Derogation der gesetzlichen Zuständigkeitsregeln in Kartellschadensersatzverfahren bewirken können. Dem Forum Shopping wäre sonst Tür und Tor geöffnet worden. Etwas anderes gilt allerdings, wenn Vertragsbestimmungen mögliche Streitigkeiten wegen Kartellrechtsverstößen ausdrücklich einem bestimmten Gericht zuweisen. Entsprechendes muss auch für Schiedsklauseln gelten. Abnehmer sollten daher die Gerichtsstands- und Schiedsklauseln in ihren Lieferverträgen stets kritisch bewerten und ggf. vor Vertragsschluss auf eine Klauseländerung hinwirken.

Dr. Daniel Dohrn

ist Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei OPPENHOFF & PARTNER Rechtsanwälte Steuerberater mbB in Köln.

Anm. d. Red.: Die Leitsätze wurden von RA Dr. Daniel Dohrn verfasst. Sie sind an die Antwort des EuGH auf die ihm vorgelegten Rechtsfragen angelehnt.

EuGH | Fehlerhafte Beurteilung der Voraussetzungen einer Markenverletzung – Diageo/Simiramida

VO (EG) Nr.44/2001 Art. 34 Nr.1, 36; RL 89/104/EWG Art. 5 Abs. 3; RL 2004/48/EG Art. 7 Abs. 4, 9 Abs. 7, 14; AEUV Art. 267

1. Art. 34 Nr. 1 der VO (EG) Nr. 44/2001 des Rates v. 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ist dahin auszulegen, dass der Umstand, dass eine in einem Mitgliedstaat ergangene Entscheidung gegen das Unionsrecht verstößt, nicht die Versagung der Anerkennung dieser Entscheidung in einem anderen Mitgliedstaat mit der Begründung rechtfertigt, dass sie gegen die öffentliche Ordnung (*ordre public*) dieses Staates verstößt, sofern der geltend gemachte Rechtsfehler keine offensichtliche Verletzung einer in der Unionsrechtsordnung und somit in der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats als wesentlich geltenden Rechtsnorm oder eines in diesen Rechtsord-

nungen als grundlegend anerkannten Rechts darstellt. Dies ist bei der fehlerhaften Anwendung einer Bestimmung wie Art. 5 Abs. 3 der RL 89/104/EWG des Rates v. 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken in der durch das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2.5.1992 geänderten Fassung nicht der Fall. Wenn das Gericht des Vollstreckungsstaats das mögliche Vorliegen eines offensichtlichen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung des Staates prüft, hat es zu berücksichtigen, dass die Rechtsbürger – unter der Voraussetzung, dass keine besonderen Umstände vorliegen, die das Einlegen der Rechtsbehelfe im Ursprungsmitgliedstaat zu sehr erschweren oder unmöglich machen – in diesem Mitgliedstaat von allen gegebenen Rechtsbehelfen Gebrauch machen müssen, um im Vorhinein zu verhindern, dass es zu einem Verstoß gegen die öffentliche Ordnung kommt.

2. Art. 14 der RL 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums ist dahin auszulegen, dass er für die Prozesskosten gilt, die den Parteien i. R. e. in einem Mitgliedstaat erhobenen Klage entstanden sind, mit der Ersatz des Schadens verlangt wird, der durch eine in einem anderen Mitgliedstaat zur Verhinderung einer Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums erfolgte Beschlagnahme verursacht wurde, wenn sich im Rahmen der Schadenersatzklage die Frage der Anerkennung einer in dem anderen Mitgliedstaat ergangenen Entscheidung stellt, mit der festgestellt worden ist, dass die Beschlagnahme ungerechtfertigt war.

EuGH, Urteil vom 16.7.2015 – C-681/13, [BeckRS 2015, 80928](#)

Sachverhalt

Der Entscheidung des EuGH lag ein Vorabentscheidungsersuchen des *Hoge Raad der Nederlanden* zur Auslegung des ordre public-Vorbehaltes von Art. 34 Nr. 1 der VO (EG) Nr. 44/2001 des Rates v. 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (nunmehr ersetzt durch Art. 45 Abs. 1a) der VO (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen („Brüssel Ia-VO“, ABl. L 351, S. 1); ABl. 2001, L 12, 1; im Folgenden: „Brüssel I-VO“) zu Grunde.

Im niederländischen Ausgangsrechtsstreit macht der bulgarische Spirituosenhändler *Simiramida* Schadenersatz von mehr als 10 Mio. Euro wegen einer von *Diageo* in Bulgarien erwirkten Beschlagnahme eines aus Georgien in den Hafen von Varna/Bulgarien gelieferten Containers mit 12.096 Flaschen „Johnnie Walker“-Whisky geltend.

Simiramida stützt ihre Klage auf eine ihrer Auffassung nach bindende Entscheidung des *Gerichts der Stadt Sofia*, mit welcher die Rechtswidrigkeit der zuvor von demselben Gericht im Eilverfahren wegen markenrechtsverletzender Einfuhr des Whiskys angeordneten Beschlagnahme festgestellt wurde. Sei-

ne Entscheidung begründete das *Gericht* mit einem im vorangegangenen Eilverfahren ergangenen auslegenden Beschluss des *Obersten Kassationsgerichtshofs* von Bulgarien. Danach stelle die Einfuhr von Erzeugnissen nach Bulgarien, die mit Zustimmung des Markeninhabers außerhalb des EWR in Verkehr gebracht worden seien, keine Markenrechtsverletzung dar. Das *Gericht der Stadt Sofia* sah sich an diesen Beschluss gebunden, weshalb *Diageo* die Entscheidung rechtskräftig werden ließ.

In den Niederlanden wendet *Diageo* gegen die Anerkennung der Entscheidung des *Gerichts der Stadt Sofia* ein, diese widerspreche offensichtlich der niederländischen öffentlichen Ordnung i. S. v. Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO. Die *Rechtbank Amsterdam* folgte dem und wies die Schadenersatzklage von *Simiramida* ab. Nach Aufhebung dieser Entscheidung im Berufungsverfahren setzte der von *Diageo* angerufenen *Hoge Raad der Nederlanden* das Verfahren aus und legte dem EuGH die Frage vor, ob der ordre public-Vorbehalt des Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO auch den Fall erfasse, dass die Entscheidung des Gerichts des Ursprungsmitgliedstaats mit dem Unionsrecht offensichtlich unvereinbar sei und dies von diesem Gericht erkannt worden sei. Weiter fragte der *Hoge Raad* danach, ob einer erfolgreichen Berufung auf die Verletzung des ordre public der Umstand entgegenstehe, dass die betroffene Partei im Ursprungsmitgliedstaat die dort verfügbaren Rechtsbehelfe nicht ausgeschöpft habe, und wenn ja, ob sich die Beurteilung ändere, wenn das Einlegen von Rechtsbehelfen zwecklos gewesen wäre.

Entscheidung

Die Antwort des EuGH ist eindeutig: Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO ist dahin auszulegen, dass der Umstand, dass eine in einem Mitgliedsstaat ergangene Entscheidung gegen das Unionsrecht verstößt, nicht die Versagung der Anerkennung dieser Entscheidung in einem anderen Mitgliedstaat mit der Begründung rechtfertigt, dass sie gegen die öffentliche Ordnung dieses Staates verstößt, sofern der geltend gemachte Rechtsfehler keine offensichtliche Verletzung einer in der Unionsrechtsordnung und somit in der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates als wesentlich geltenden Rechtsnorm oder eines in diesen Rechtsordnungen als grundlegend anerkannten Rechts darstellt. Dies sei bei der fehlerhaften Anwendung einer Bestimmung wie Art. 5 Abs. 3 Markenrechtsrichtlinie (MRRL) nicht der Fall. Ferner antwortet der EuGH, wenn das Gericht des Vollstreckungsstaates das mögliche Vorliegen eines offensichtlichen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung dieses Staates prüfe, habe es zu berücksichtigen, dass die Rechtsbürger – unter der Voraussetzung, dass keine besonderen Umstände vorliegen, die das Einlegen der Rechtsbehelfe im Ursprungsmitgliedstaat zu sehr erschweren oder unmöglich machen – in diesem Mitgliedstaat von allen gegebenen Rechtsbehelfen Gebrauch machen müssen, um im Vorhinein zu verhindern, dass es zu einem Verstoß gegen die öffentliche Ordnung kommt.

Praxishinweis

1. Das Unionsrecht prägt das nationale Markenrecht vor allem durch die Bestimmungen der MRRL (RL 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.10.2008

zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Marken, kodifizierte Fassung, ABl. L 299, S. 25; bis zu deren Inkrafttreten zuvor Erste RL 89/104/EWG des Rates vom 21.12.1988, ABl. 1989, L 40, S. 1, geändert durch Abkommen über den EWR v. 2.5.1992, ABl. 1994, L 1, S. 3). Dies gilt insbesondere für das in Art. 7 Abs. 1 der MRRL normierte Prinzip der gemeinschaftsweiten Erschöpfung (umgesetzt in § 24 MarkenG). Danach gewährt die Marke ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind. Nach der Rechtsprechung des *EuGH* belässt Art. 7 Abs. 1 MRRL den Mitgliedstaaten keine Befugnis, im nationalen Recht die Erschöpfung der Rechte aus der Marke für in Drittländern in den Verkehr gebrachte Waren vorzusehen (vgl. *EuGH*, U.v. 16.7.1998 – C-355/96, Slg. I 1998, 4799 – *Silhouette/Hartlauer* und *EuGH*, U.v. 1.7.1999 – C-173/98, Slg. I 1999, 4103 – *Sebago und Maison Dubois*). Vielmehr beinhaltet die MRRL eine Harmonisierung der zentralen, sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirkenden Sachvorschriften auf dem Gebiet des Markenrechts, was insbesondere für die Verbote des Art. 5, die Schrankenbestimmungen des Art. 6 und die in Art. 7 MRRL normierte gemeinschaftsweite (EWR-weite) Erschöpfung gilt. Könnten einige Mitgliedstaaten eine internationale Erschöpfung, andere hingegen nur eine gemeinschaftsweite Erschöpfung vorsehen, würden sich unvermeidlich Behinderungen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs ergeben (zu allem vgl. *EuGH*, a.a.O., Tz. 22 – 27 – *Silhouette/Hartlauer*).

2. Wer der Anerkennung eines Urteils wegen der Verletzung einer Marke in einem anderen Mitgliedstaat vorbeugen will, muss den Rechtsweg gegen die für ihn nachteilige Entscheidung im Ursprungsmitgliedstaat ausschöpfen, auch wenn dies zwecklos erscheinen mag. Denn das Vertrauen, das die Mitgliedstaaten ihren Rechtsordnungen und ihren Gerichten wechselseitig entgegenbringen, erlaubt die Annahme – so der *EuGH* – dass im Fall einer falschen Anwendung des nationalen Rechts oder des Unionsrechts das in jedem Mitgliedstaat eingerichtete Rechtsbehelfssystem, ergänzt um das in Art. 267 AEUV vorgesehene Vorabentscheidungsverfahren, den Rechtsbürgern eine ausreichende Garantie bietet (Tz. 49 und 63 des Urteils). Dies erscheint konsequent.

3. Für die Rechtsposition von Markeninhabern hingegen erscheint das Urteil als Ohrfeige. Für den *EuGH* ausschlaggebend war (jedenfalls auch) der Umstand, dass die *EU-Kommission* gegenüber dem *EuGH* erklärt hatte, sie sei im Rahmen eines gegen Bulgarien eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens zu dem Ergebnis gekommen, das *Kassationsgericht* habe mit seiner Auslegung kein Unionsrecht verletzt, weshalb das Vertragsverletzungsverfahren eingestellt worden sei (Tz. 49 und 63 des Urteils). Vor dem Hintergrund dieses besonderen Sachverhalts, der eine Einordnung des Urteils als Einzelfallentscheidung zuließe, ist es nachvollziehbar, dass der *EuGH* keine offensichtliche Verletzung unionsrechtlicher Bestimmungen annehmen mochte. Nicht akzeptabel ist jedoch, dass die fehlerhafte Anwendung nicht etwa nur der Erschöpfungsregelung des Art. 7 MRRL, sondern vielmehr sogar einer Bestimmung wie der zentralen Verbotsvorschrift des Art. 5 Abs. 3 MRRL

nach der Entscheidung des *EuGH* generell keine offensichtliche Verletzung einer in der Unionsrechtsordnung und somit in der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats als wesentlich geltenden Rechtsnorm oder eines in diesen Rechtsordnungen als grundlegend anerkannten Rechts darstellen soll (Leitzsatz 1 und Tz. 68 des Urteils). Eine derart generalisierende Betrachtungsweise ist nicht gerechtfertigt; der *EuGH* lässt hierfür auch keinen Grund erkennen. Nationale Gerichte dürfte die Entscheidung des *EuGH* daher auch nicht daran hindern, im Einzelfall durchaus eine Verletzung des *ordre public* anzunehmen, weil die anzuerkennende Entscheidung die Stellung des Markeninhabers als Inhaber eines nach nationalem Verfassungsrecht grundrechtlich abgesicherten Immaterialgüterrechts verletzt. Insoweit bleibt anzumerken, dass die Marke als geistiges Eigentum selbstverständlich auch dem Schutz nach Art. 17 Abs. 2 GRCh sowie nach Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK unterfällt; zu Letzterem vgl. *EGMR (Große Kammer)*, U. v. 11.1.2007 – 73049/01, GRUR 2007, 696 – *Anheuser-Busch Inc./Portugal*.

Dr. Christian Lemke

ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz und Informationstechnologierecht sowie Partner der Sozietät HEISSNER & STRUCK in Hamburg.

OLG München | Gerichtsstand des Vermögens

ZPO §§ 12, 23, 29, 138 Abs. 4, 531 Abs. 2; HGB §§ 87 c Abs. 1, Abs. 2, 89, 352, 353; EuGVVO Art. 4 I

1. Für die Beurteilung der Frage, ob der im Ausland ansässige Bekl. inländisches Vermögen im Sinne des § 23 ZPO hat, kommt es zunächst auf den Zeitpunkt der Klageerhebung an. Für die Begründung reicht es aber aus, wenn der Bekl. bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung inländisches Vermögen erwirbt.

2. Unter den Begriff des Vermögens im Sinne des § 23 ZPO fallen nur gegenwärtig vorhandene geldwerte Gegenstände, nicht aber künftige Rechte und erst recht nicht bloße Erwartungen über künftiges vermögensrelevantes Verhalten von Prozessparteien.

3. Berufet der Kl. sich darauf, das Vermögen des Bekl. im Sinne des § 23 ZPO bestehe in einer Beteiligung an einer inländischen Gesellschaft, so hat er die Werthaltigkeit dieser Beteiligung in einer substantiierten, dem Beweis zugänglichen Art und Weise vorzutragen.

OLG München, Endurteil vom 29.4.2015 – 7 U 185/15, BeckRS 2015, 09718

Sachverhalt

Die Kl. als ehemalige Handelsvetreterin der Bekl. macht nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses gegen die im US-Staat Wisconsin ansässige Bekl. im Wege der Stufenklage Ansprüche auf Buchauszug und Abrechnung sowie in zweiter Stufe auf Zahlung von Provisionen und auf Handelsvertreterausgleich geltend. Zwischen den Parteien ist streitig, auf

Grund welcher vertraglichen Grundlage zuletzt die Tätigkeit der Kl. für die Bekl. erfolgte. Nach dem jedenfalls unstreitig abgeschlossenen Vertrag vom 27.12.2004 (Anlage B 1) war die Anwendung des Rechts des Bundesstaats Wisconsin unter Ausschluss des UN-Kaufrechts vereinbart. Eine Gerichtsstandsvereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. Die Kl. hält die deutschen Gerichte international für zuständig, weil die Bekl. in Deutschland Vermögen habe; insbesondere sei sie alleinige Gesellschafterin der in Garching ansässigen *H. GmbH* (fortan: *H.*). Außerdem sei der Sitz der Kl. Erfüllungsort für alle geltend gemachten Ansprüche. Bei der Klage vor einem Gericht in Wisconsin bestehe außerdem die Gefahr, dass der Anwendung der verbindlichen europäischen Handelsvertreterrichtlinie unterbleibe.

Die Kl. hat beantragt, die Bekl. zur Vorlage eines Buchauszuges, zur Erstellung einer Abrechnung über die im Zeitraum 1.1.2008 bis 30.4.2011 fällig gewordenen Provisionen, zur Zahlung des sich aus der Abrechnung ergebenden Provisionen sowie zur Zahlung des sich nach Auskunftserteilung ergebenden Handelsvertreterausgleichs zu verurteilen. Hinsichtlich des Wortlauts der Anträge wird im Einzelnen auf den Tatbestand der landgerichtlichen Entscheidung (LGU 3 f) verwiesen.

Aus den Gründen

14 Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist ungeachtet der Regelung des § 513 Abs. 2 ZPO von Amts wegen zu prüfen (*BGH v. 16.12.2003 – XI ZR 474/02*, juris Rdnr. 12 ff.).

15 1. Die Parteien haben unstreitig nicht die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte vereinbart.

16 2. Die Zuständigkeit deutscher Gerichte folgt nicht aus zwingenden europarechtlichen Bestimmungen.

17 ... Auf die „Ingmar“-Entscheidung des *EuGH* (NJW 2001, 2007) kann die Kl. sich nicht berufen. Zwar hat der *Gerichtshof* dort entschieden, dass die Bestimmungen in der Handelsvertreterrichtlinie (RL 86/653/EWG des Rates vom 18.12.1986) dahingehend auszulegen sind, dass die Bestimmungen über die nachvertraglichen Ansprüche des Handelsvertreters gegen den Unternehmer auch dann anzuwenden sind, wenn – wie vorliegend – der Unternehmer seinen Sitz in einem Drittstaat hat, dessen Recht vertragsgemäß auf den Handelsvertretervertrag zur Anwendung kommt, der Handelsvertreter aber seine Tätigkeit in einem Mitgliedstaat der EU ausgeübt hat. Hiermit ist aber nur entschieden, dass die zwingenden Bestimmungen (vgl. Art. 17–19 der RL) nicht durch eine Rechtswahlklausel abbedungen werden können. Mit der Frage, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sein soll, befasst die Entscheidung sich hingegen nicht. Vor diesem Hintergrund wird es Aufgabe der Kl. sein, die nach ihrer Auffassung zu ihren Gunsten zwingenden Vorschriften des Handelsvertreterrechts vor anderen als deutschen Gerichten durchzusetzen. ...

20 3. Die internationale Zuständigkeit kann [auch] nicht aus Art. 5 Nr. 1 lit. b der VO 44/2001/EG (EuGVVO 2001) hergeleitet werden. Gem. Art. 66I der VO 1215/2012/EG (EuGVVO 2012) findet die EuGVVO auf den vorliegenden Rechtsstreit noch Anwendung, weil dieser vor dem 10.1.2015 im Sinne

dieser Vorschrift „eingeleitet“ worden ist. Gem. Art. 4I EuGVVO 2001 kann aber die gerichtliche Zuständigkeit gegenüber der in den USA ansässigen Bekl. nicht auf die Verordnung gestützt werden, mithin auch nicht auf deren Art. 5. Vielmehr richtet sich die Zuständigkeit nach den nationalen Vorschriften des angerufenen Gerichts, also nach §§ 12 ff. ZPO (*Zöller/Geimer*, ZPO, 29. Aufl., Art. 4 EuGVVO Rdnr. 1).

21 4. Zu Recht hat das LG auch die Zuständigkeit aus § 29 ZPO verneint. Denn beim Handelsvertretervertrag besteht i. d. R. und auch hier kein einheitlicher Erfüllungsort; vielmehr ist die Pflicht des Unternehmers zur Erteilung von Buchauszügen und Auskünften sowie zur Zahlung von Provisionen und Ausgleich am Sitz des Unternehmers, also hier nicht Deutschland zu erfüllen (*Zöller/Vollkommer*, a. a. O., § 29 ZPO Rdnr. 25).

22 5. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte folgt auch nicht aus § 23 ZPO. Die Bekl. hat kein „Vermögen“ im Sinne dieser Vorschrift in Deutschland.

23 a) Unrichtig ist allerdings die Auffassung des LG (LGU 6), für die Beurteilung dieser Frage komme es auf den Zeitpunkt der Klageerhebung an; abzustellen ist vielmehr auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung. Zwar hat der *BGH* in der vom LG zitierten Entscheidung beiläufig den Zeitpunkt der Klageerhebung als relevant erwähnt (NJW 1997, 2885, juris Rdnr. 20). Dies ist aber nur dahin zu verstehen, dass die Zuständigkeit begründet ist, wenn zu diesem Zeitpunkt Vermögen der Beklagtenseite in Deutschland vorhanden ist, und dass in diesem Fall die einmal begründete Zuständigkeit perpetuiert wird (NJW 2011, 2515, Rdnr. 23). Dies heißt aber nicht, dass die Zuständigkeit nicht auch noch später (nämlich durch den Erwerb von Vermögen durch Klageerhebung) begründet werden kann. So hat der *BGH* entschieden, dass es für die Begründung der internationalen Zuständigkeit ausreicht, dass sie im Laufe des Rechtsstreits eingetreten ist (NJW 2011, 2515, Rdnr. 13 f). Zwar ist diese Entscheidung zu Art. 21 EuGVVO 2001 ergangen, der dort ausgesprochene Rechtssatz ist aber verallgemeinerbar. So hält der *BGH* für die Frage der internationalen Zuständigkeit denjenigen Zeitpunkt für maßgeblich, der dem tatsächlichen Erkenntnisstand des (dort: ausländischen) Urteils zu Grunde liegt (*BGHZ* 1999, 141, 286, Rdnr. 23). Dass grds. der Zeitpunkt der Klageerhebung maßgeblich ist, dass es aber ausreicht, wenn bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung die Voraussetzungen eintreten, ist überdies überwiegend Meinung in der Literatur (*Toussaint*, in: BeckOK, Stand 1.1.2015, § 23 Rdnr. 10; *Patzina*, in: MüKoZPO, 4. Aufl., § 23 Rdnr. 21, jeweils m. w. Nw. *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo ZPO, 36. Aufl., § 23, Rdnr. 6; undifferenziert *Heinrich*, in: Musielak, ZPO, 11. Aufl., § 23 Rdnr. 14).

24 b) Die anzunehmenden Vermögenswerte der Bekl. in Deutschland stellen aber kein „Vermögen“ im Sinne des § 23 ZPO dar und begründen die internationale Zuständigkeit daher nicht. Zwar reicht nach der älteren Rsp. des *BGH* hierfür jedes Vermögen aus, unabhängig davon, ob es pfändbar ist oder eine Befriedung ermöglicht; die Relation von Streitwert und Vermögen soll hiernach nicht zu prüfen sein (*BGH WM* 1991, 384, juris Rdnr. 14; *BGH WM* 1996, 2351, juris Rdnr. 6). Ausreichend sollte also jeder Gegenstand, der einen – wenn auch

geringen – Geldwert hat, sein (*OLG München v.* 17.5.2006, a. a. O., juris Rdnr. 24).

25 Die Zuständigkeit nach § 23 ZPO ist hingegen nach neuerer Rsp. zu verneinen, wenn ein schutzwürdiges und anerkanntes Interesse des Kl. schlechthin nicht besteht, insbesondere dann, wenn der mögliche Erlös aus der Zwangsvollstreckung aufgezehrt würde durch die Kosten (dort: nach § 825 ZPO) der Verwertung (BGHReport 2005, 1611, juris Rdnr. 1 f).

26 Diese Auffassung wird in der Literatur – vorbehaltlich der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme inländischer Zuständigkeit – grds. geteilt (*Toussaint*, in: BeckOK a. a. O., Rdnr. 6.2; *Patzina*, in: MüKo a. a. O., Rdnr. 8, 16; *Heinrich*, in: Musielak, a. a. O., § 23 Rdnr. 8).

27 c) Nach diesem Maßstab (krit. hierzu *OLG Celle v.* 29.10.1998 – 13 W 106/98, NJW 1999, 3722, juris Rdnr. 7-9: „§ 23 ZPO ist einschränkend auszulegen“) besteht Vermögen der Bekl. im Sinne des § 23 ZPO in Deutschland nicht. ...

30 ... Die Beteiligung der Bekl. an der *H.* stellt kein Vermögen dar. Insbesondere war dem erstmals im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 29.4.2015 gestellten Antrag der Klägerseite auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der gleichfalls erstmals im Termin aufgestellten Behauptung, die *H.* habe einen Marktwert von 500.0000 Euro, nicht nachzukommen.

31 (1) Die Kl. hat erstinstanzlich lediglich die Beteiligung der Bekl. an der *H.* vorgetragen und ausgeführt, ihre Forderungen würden „nach Pfändung der Gesellschafteranteile“ aus dem Vermögen der *H.* zu realisieren sein Konkrete Wertangaben machte die Kl. indessen nicht. Demgegenüber hat die Bekl. zu Recht darauf verwiesen ..., dass jeder klägerseitige Vortrag zum Wert des Gesellschaft; die *H.* als reine Vertriebsgesellschaft habe aber bislang keine Gewinne erzielt.

32 (2) In der Berufungsbegründung finden sich keine Ausführungen zum Wert des Gesellschaftsanteils.

33 (3) Auf den Hinweis des Vorsitzenden des *erkennenden Senats* in der Terminverfügung vom 13.3.2015 (Bl. 239 d. A., unter Fristsetzung zum 13.4.2015 zum weiteren Vortrag zum Wert der Beteiligung der Bekl. an der *H.*), dass die Anwendung des § 23 ZPO ein adäquates Wertverhältnis von Streitwert und Vermögen voraussetzt, hat die Kl. fristgerecht vorgetragen ..., nach Auskunft der *Creditreform* ... arbeite die *H.* mit einer Bilanzsumme von rd. 1,8 Mio. Euro und verfüge über Umlaufvermögen in Höhe von rd. 1,1 Mio. Euro. Nach der Bilanz 2013 belaufe sich das Umlaufvermögen auf rd. 1,6 Mio. Euro, allein der Kassenbestand betrage über 600.000 Euro. ...

34 Dem hat die Bekl. zutreffend entgegengehalten ..., der Umsatz sei für die Feststellung des Werts eines Unternehmens keine sinnvolle Größe. Der Wert des Vermögens der Bekl. bemesse sich nach dem durch Pfändung des Gesellschaftsanteils – insbesondere des Gewinnanspruchs – zu erzielenden Erlös. Die *H.* habe aber keine Gewinne, sondern vielmehr hohe Verluste erwirtschaftet. ...

40 dd) Auch darauf, dass sich die Bekl. Inhaberin der Wortmarke „M“ ist, kann die Kl. sich nicht mit Erfolg berufen. ...

42 Es fehlt aber jeglicher substantiierter Vortrag der Kl. dazu, welchen Wert dieses Markenrecht hat. In der Berufungsbegründung ... finden sich hierzu keine Ausführungen. ...

43 Einen vermögenswerten Gegenstand im Sinne des § 23 ZPO, nämlich einen die anfallenden Verwertungskosten übersteigenden Wert der Marke hat die Kl. somit auch insoweit nicht dargestellt. ...

AUSLÄNDISCHES RECHT

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit | **Lizenzgebühr zu FRAND-Konditionen – Microsoft Corporation v. Motorola Inc.**

First Amendment; Noerr-Pennington-Doktrin

Leitsatz der Redaktion

Aus einer FRAND-Erklärung ergeben sich vertragsrechtliche Verpflichtungen gegenüber einem Patent-Pool, ein für die Benutzung der Pool-Technologie essenzielles Patent zu fairen und angemessenen Bedingungen zu lizenzieren.

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Entscheidung vom 30.7.2015 – No. 14-35393, **BeckRS 2015, 15233**

Sachverhalt

Mit einer Entscheidung vom 30.7.2015 hat der *United States Court of Appeals for the Western District of Washington* (*United States Court of Appeals of the Ninth Circuit*, Berufungsgericht) die Entscheidung des zuständigen *District Court for the Western District of Washington* (*District Court*, Judge James Robart) aufrechterhalten, mit der festgestellt worden war, dass *Motorola* seine vertragsrechtlichen Verpflichtungen aus einer FRAND-Erklärung (ggü. einem Patentpool erklärte Bereitschaft, ein für die Benutzung der Pool-Technologie essenzielles Patent zu fairen und vernünftigen Bedingungen zu lizenzieren, auch RAND-Erklärung genannt) durch die Übermittlung eines erhöhten Lizenzvertragsangebots an *Microsoft* und, nach dessen Zurückweisung, durch Unterlassungsanträge an Gerichte und Behörden verletzt hat, und mit der *Motorola* zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet worden war.

Motorola besitzt zwei Gruppen von Patenten, die für den ITU- und den IEEE-Telekommunikations-Standard (Patentpool) in den USA essenziell sind (Standard-essenzielle Patente, SEP). Sie bot *Microsoft* einen Lizenzvertrag zu einer Lizenzgebühr von 2,25 % vom Preis der Endgeräte an. Daraufhin erhob *Microsoft* vor dem *District Court* gegen *Motorola* Klage wegen Verletzung ihrer Verpflichtungen aus der FRAND-Erklärung. *Motorola* beantwortete diese Klage mit einer patentrechtlichen Unterlassungsklage vor einem anderen *District Court* (die Klage wurde später mit der vor Judge Robart verbunden), mit einer Importverbot-Klage vor der ITC und einer Unterlassungsklage vor dem *LG Mannheim*, die für *Microsoft* deswegen gefährlich war, weil sich in Deutschland die Europa-Zentrale von *Micro-*

soft befand. *Microsoft* verlegte darauf seine Europa-Zentrale in die Niederlande. Das LG Mannheim erließ später ein Unterlassungsurteil gegen *Microsoft*.

Microsoft erwirkte jedoch bei dem *District Court* eine „anti-suit injunction“, mit der *Motorola* einstweilen verboten wurde, ein etwaiges deutsches Gerichtsurteil zu seinen Gunsten in Deutschland zu vollstrecken. Das *Berufungsgericht* hielt dieses einstweilige Verbot aufrecht. *Microsoft* erweiterte seine Klage vor dem *District Court* auf Schadensersatz wegen Vertragsverletzung. Die Jury des *District Court* bejahte eine Vertragsverletzung, nachdem Judge *Robart* nach sorgfältiger Prüfung festgestellt hatte, dass eine FRAND-Gebühr für *Motorola* wesentlich niedriger hätte sein müssen als die von *Motorola* verlangte. Daraufhin verurteilte der *District Court* *Motorola* zur Leistung von Schadensersatz hinsichtlich der bei *Microsoft* verursachten Kosten (Verlegung der Europa-Zentrale, Anwaltskosten).

Entscheidung

1. Der *District Court* hatte in einer sehr weitgehenden Formulierung angenommen, dass FRAND-Erklärungen eines Patentinhabers durchsetzbare vertragsrechtliche Verpflichtungen begründen, auf die sich Benutzungswillige als Begünstigte eines Vertrags zu Gunsten Dritter berufen können (S. 14 der Originalentscheidung). Das *Berufungsgericht* hat in seiner ersten Entscheidung betreffend die „anti-suit injunction“ wesentlich zurückhaltender ausgeführt (S. 47), dass von demjenigen, der eine allgemein formulierte FRAND-Erklärung abgibt, „zumindest in vertretbarer Weise angenommen werden kann, dass er als Patentinhaber keine Schritte unternimmt, um Benutzungswillige von der Benutzung der patentierten Erzeugnisse abzuhalten, etwa in der Form eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, dass er vielmehr Lizenzen anbieten werde, die mit seiner Verpflichtung in Übereinstimmung stehen.“ Sein rechtlicher Ansatzpunkt ist daher eine durch die FRAND-Erklärung begründete berechnete Erwartung (Vertrauensschutz), die vertragsrechtliche Verpflichtungen erzeugt.

2. Das *Berufungsgericht* referiert diese Äußerung in seinem Endurteil im Zusammenhang mit einer Diskussion der Noerr-Pennington-Doktrin des *Supreme Court*, wonach derjenige, der ein Gericht anruft, für den Inhalt seiner Ausführungen nicht haftbar gemacht werden kann (diese Doktrin wird gestützt auf das First Amendment). Das *Berufungsgericht* zitiert in diesem Zusammenhang ein Urteil des *Distriktsgerichts von Wisconsin*, das im Fall von FRAND-Erklärungen von einem vertraglichen Verzicht auf dieses Grundrecht ausgeht, und eine Entscheidung der FTC, wonach FRAND-Erklärungen es ausschließen, gegen einen willigen Lizenznehmer eine Unterlassungsverfügung zu erwirken (S. 45 ff.).

Festzuhalten ist, dass die Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten die Verpflichtungen des Patentinhabers aus FRAND-Erklärungen jedenfalls auch unter vertragsrechtlichen Gesichtspunkten prüft, während in Europa (Huawei/ZTE) der Ansatzpunkt des Kartellrechts gewählt wird.

3. Weil die Klage von *Microsoft* auf Vertrauens- oder Vertragsbruch gegründet war, hat das für Vertragsrecht zuständige

Berufungsgericht seine Zuständigkeit angenommen und die für das Patentrecht bestehende Zuständigkeit des *CAFC* (*Court of Appeals for the Federal Circuit*, Washington) verneint. Der *CAFC*, der ebenfalls mit einer Berufung angerufen worden war, hat diese Sicht bestätigt und die Berufung an das *Berufungsgericht* abgegeben.

4. Der *District Court* und das *Berufungsgericht* haben einen zum Schadensersatz verpflichtenden Vertragsbruch angenommen, weil die von *Motorola* geforderte Lizenzgebühr weit über der vom *District Court* ermittelten FRAND-Gebühr lag. Das *Berufungsgericht* prüfte und billigte das Vorgehen des *District Court* bei der Ermittlung der Lizenzgebühr (zahlreiche Sachverständige wurden in einem aufwendigen, äußerst exakten Prüfungsverfahren gehört), obwohl der *District Court* in einzelnen Punkten von der sog. Georgia-Pacific-Rechtsprechung abwich, wonach für die Bestimmung der Lizenzgebühr 15 Faktoren berücksichtigt werden sollen.

Der Faktor 15 verlangt, dass der Wert des Patents zu Beginn der Verletzung zu Grunde gelegt wird. Das *Berufungsgericht* wendet diesen Faktor in seiner Entscheidung bezogen auf den Beginn des Vorgehens von *Motorola* an, also auf den Beginn der Vertragsverletzung (S. 32). Es weist ferner darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des *CAFC* die genannte Doktrin flexibel gehandhabt werden muss (S. 31, 34).

Der *District Court* und das *Berufungsgericht* sind mit *Motorola* davon ausgegangen, dass Lizenzgebühren, die Pool-Mitglieder einander bezahlen, meist niedriger liegen als Lizenzgebühren, die von Dritten verlangt werden, weil Poolmitglieder von der Mitgliedschaft auch andere Vorteile gewinnen (Rück-Lizenzen, Werbung des Standards), die Dritten nicht zur Verfügung stehen (S. 35). Beide Gerichte haben frühere Lizenzverträge bei der Bestimmung der FRAND-Lizenz außer Betracht gelassen, weil diese sich auch auf andere Patente bezogen und zusätzliche Regeln enthielten.

Praxishinweis

1. Die Entscheidung ist aus europäischer Sicht vor dem Hintergrund der Huawei/ZTE-Entscheidung des *EuGH* (v. 16.7.2015 – C-170/13) von Interesse.

2. Die Bedeutung der Entscheidung liegt aus europäischer Sicht in der Wahl des vertragsrechtlichen Ansatzpunktes für die Bestimmung der Verpflichtungen eines Patentinhabers, der seine Patente zu einem Patentpool gemeldet und eine FRAND-Erklärung abgegeben hat, mit der sich daraus ergebende Folge für die gerichtliche Zuständigkeit des Gerichts für vertragsrechtliche Streitigkeiten. Die sorgfältigen Ermittlungen von Judge *Robart* zur Höhe der FRAND-Lizenz können auch für Europa als Vorbild dienen. Für sie muss der Interessierte die erstinstanzliche Entscheidung des *District Court* heranziehen, weil sie in der Entscheidung des *Berufungsgerichts* nur punktuell behandelt werden.

Prof. Dr. Winfried Tilmann

ist Of-Counsel der Sozietät Hogan Lovells International LLP in Düsseldorf, a. o. Professor der Universität Heidelberg, ehemaliger Richter an der Patentstreitkammer des LG Mannheim und ehemaliger Referent für Patent- und Markenrecht im Bundesministerium der Justiz.

IWRZ-Magazin

Mitteilungen der Arbeitsgemeinschaft Internationales Wirtschaftsrecht im DAV
1/2015

FACHANWALT

Der Fachanwalt steigert den Bekanntheitsgrad

Prof. Dr. Ulrich von Jeinsen ist Vorsitzender des gemeinsamen Fachausschusses für Internationales Wirtschaftsrecht der Rechtsanwaltskammern Braunschweig Bremen, Celle und Oldenburg. Das IWRZ-Magazin interviewte ihn zum Zulassungsverfahren für den Fachanwalt.

Warum haben Sie die Aufgabe als Ausschussvorsitzender übernommen?

Es ist eine Tradition unserer Kanzlei, dass wir uns in Standesorganisationen auch ehrenamtlich betätigen. Unser Praxisgründer *Rudolf Göhmann* war Vorsitzender des hiesigen Anwaltsvereins, mein Sozios *Scherrer* war und mein Sozios *Haupt* ist Präsident der Notarkammer, mein Sozios *Meinecke* war Vizepräsident der Anwaltskammer. Unser ehemaliger Sozios *Haas* aus Bremen war Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer usw. Da ich in unserer Kanzlei in dem hannoverschen Büro im internationalen Fokus tätig bin und den Fachanwalt sehr schnell auch selbst anstrebte, habe ich diese Aufgabe übernommen.

Wie viele Kolleginnen und Kollegen sind in Ihrem Ausschussbereich bisher zugelassen worden?

Etwa sechs Kollegen.

Welche Schwierigkeiten bestehen nach Ihrer Erfahrung beim Zulassungsverfahren?

Keine Schwierigkeiten. Wir müssen nur in Bezug auf die Erfahrungen, belegt durch die Falllisten, genau sein.

Worin bestehen die Hauptprobleme bei den Falllisten?

Bei den Falllisten gibt es keine Probleme, nur Nachfragen. Man muss einerseits mit der Anonymisierung, die der Schwei-

gepflicht geboten ist, leben. Andererseits sind wir da schon sehr genau und fragen nach, wenn uns etwas nicht plausibel erscheint. So prüfen wir beispielsweise genau auf der Basis der *BGH*-Entscheidung vom 9.2.2015, ob ein Kandidat einen Fall auf mehrere Instanzen aufteilt und daraus mehrere Fälle macht. Das geht natürlich nicht. Auch ansonsten fragen wir nach und lassen uns ggf. Arbeitsproben geben. Das alles geschieht bereits kursorisch durch mich, wenn bei mir ein Antrag eingeht. Die Detailprüfung wird dann aber durch die Berichtserstatter vorgenommen.

Wie sieht es mit dem Erwerb der theoretischen Kenntnisse aus?

Bis auf einen hatten alle unsere Kandidaten die Lehrgänge absolviert, die jetzt angeboten werden. Ich selbst habe den Lehrgang der *Deutschen Anwaltakademie* besucht. Themen und Referenten sind ausgezeichnet, wer die Klausuren

besteht, hat ausreichende Kenntnisse theoretischer Art. In einem Fall hatte sich ein Kollege beworben, der nachweisen konnte, als Dozent das gesamte Spektrum abzudecken. Dem konnten bedenkenlos die Kenntnisse bescheinigt werden.

Haben Sie bereits von Ihrer Möglichkeit eines Dispenses Gebrauch gemacht?

Nein.

Können Sie Antragstellern Mut machen, einen Zulassungsantrag zu stellen?

Im Zeichen des Internets geschieht die anwaltliche „Werbung“ durch Schlagworte, die in Suchmaschinen eingegeben werden. Ein Fachanwalt ist ein Schlagwort, ohne das man eben nicht gefunden wird. Mir ist – umgekehrt – der Fall passiert, dass ich im Internationalen Recht empfohlen wurde, der Mandant aber ernsthaft nachfragte, ob er mich nehmen solle, denn ich war seinerzeit noch kein Fachanwalt. Wer also in einem Gebiet wirklich als Spezialist bekannt werden möchte, benötigt über kurz oder lang den Fachanwaltstitel.

MENSCHENRECHTE

Rupert Neudeck

„Die Schönheit des Rechts“ – DAT-Luncheon 2015



Rupert Neudeck

Wir brauchen neben den beiden privilegierten Gruppen für die humanitäre Arbeit auch juristisch Bewanderte, wie *Ralf Dahrendorf* zu sagen pflegte. Als privilegierte und geradezu geborene Berufsgruppen für die humanitäre Hilfe haben wir alle Mediziner, seien es Ärztinnen und Ärzte, Fachärzte, auch Psychologen, aber auch Krankenschwestern und Krankenpfleger. Daneben alle Bautechniker und Handwer-

ker, beginnend mit dem Architekten, den Bauingenieuren, aber eben ganz dringend und wichtig sind auch die Zimmerleute, die Maurer, die Dachdecker, die Fliesenleger, die Elektro-Ingenieure und die Solartechniker.

Nun kommt auf Dauer aber die Notwendigkeit dazu, dass wir für das Gedeihen von Zivilgesellschaften in Ländern, die noch keine lange Rechtstradition haben oder die sogar in das Gegenteil von Recht verwickelt sind, in Unrechtsregime, „juristisch Bewanderte“ rekrutieren müssen. Ich stehe hier, um Ihnen dieses Anliegen vorzutragen. Seit langem haben wir diesen schönen Traum, dass wir auch Anwälte, Richter, auch ehemalige Richter, auch pensionierte Staatsanwälte und auch juristisch Bewanderte in Person von Jura-Studentinnen und -Studenten für diese Arbeit gewinnen können.

Es war in den Jahren, als wir in der noch nicht wiedervereinigten Bundesrepublik, Westdeutschland also schlicht, eine Welle von Anschlägen auf Ausländer bei uns hatten. Wir waren uns als *Cap Anamur/Not-Ärzte* bewusst, dass wir – gerade wir – als eine Fluchthelfer-Organisation etwas tun müssten. Und dass wir ganz gegen unsere Gründungsintentionen auch in Deutschland etwas tun mussten, damit wir unseren Anspruch weiter durchziehen, auch wieder etwas für Flüchtlinge in anderen Kontinenten zu tun.

Wir gründeten unter maßgeblicher Beteiligung des Kölner Schriftstellers *Heinrich Böll* damals in Anlehnung an unseren Vereinsnamen (*Not-Ärzte e.V.*) die Aktion oder das Projekt *Not-Anwälte*. Wir suchten Anwälte, die bereit wären, als Alarmstation etwas zu verhindern, was dann weiter ein zweites Solingen oder Mölln oder Hünxe geworden wäre. *Böll* entwickelte die Idee der Alarmstation: In Städten, Kommunen oder Stadtteilen würden sich Vertreter der drei wichtigsten Berufe, die in der Lage sind, Menschen in Not, in diesem Fall besonders ausländischen Mitbürgern zu helfen: Als da sind: ein Priester/Geistlicher, einer der christlichen Kirchen, ein Journalist der lokalen Medien, ein Anwalt. Eine solche Alarmstation wurde in verschiedenen Kreisen und Kommunen gegründet. Die Aktion wurde dann mit einem Preis ausgestattet, der dazu führte, dass wir in Holstebro auf Jütland den Preis des *ODIN-Teatret* bekamen,

den *Heinrich Böll* selbst an uns übergeben hat.

Bei der Gelegenheit hat *Böll* in Anwesenheit des weltberühmten Ensembles des *ODIN-Teatret* einen Aufruf freigesprochen, der uns bis heute das Herz zerreißt, weil er in einem Zug alle drei wichtigen Berufsgruppen für die humanitäre Hilfe noch mal in sich vereinigt.

Böll sagte damals, und jeder wird verstehen, dass mit diesem Text auch und gerade „rechtlich Bewanderte“ angesprochen sind:

„Es ist schön, ein hungriges Kind zu sättigen;
ihm die Tränen zu trocknen;
ihm die Nase zu putzen,
es ist schön einen Kranken zu heilen.

Ein Bereich der Ästhetik,
den wir noch nicht entdeckt haben,
ist die Schönheit des RECHTS;
über die Schönheit der Künste, eines Menschen,
der Natur

können wir uns halbwegs einigen.

Aber – RECHT und GERECHTIGKEIT sind auch schön,
und sie haben ihre Poesie, wenn sie vollzogen werden.

Tuende, nicht Tätige, möchte ich ehren.

Alle diejenigen, die wissen, was es bedeutet,
ein Flüchtling,
ein Vertriebener zu sein,
unwillkommen zu sein.“

Die Anschläge waren gewaltig. Es begann in Hünxe (3.10.1991 ein Anschlag auf das Asylheim), es folgte der schwere Anschlag auf zwei von türkischen Familien bewohnte Häuser in Mölln am 23.11.1992. Dann kam es zu dem schwersten Anschlag am 25.5.1993 in Solingen mit fünf Toten. Und es kam zu folgenschweren Angriffen auf Unterkünfte und auf Asylbewerber in Lübeck (18.1.1996) in Rostock und Hoyerswerda. Die Aktion *Not-Anwälte* ist nicht richtig in Fahrt gekommen, auch wegen eines Arguments, das damals Anwälte oft gebrauchten: Sie könnten aus standesrechtlichen Gründen keine Arbeit ehrenamtlich leisten.

Nun aber sind wir in einer noch viel größeren Brisanz aufgefordert, uns Ihrer Berufsgruppe zu versichern. Denn wir brauchen sie in den Kämpfen der Gegenwart und Zukunft sehr dringlich.

Wir erleben in unserer Welt ein Riesenaufgebot an Entwicklungsagenturen, oft noch im Verein mit Blauhelmabteilungen, die sich für „state building“ und

„nation building“ einsetzen, aber im Zweifel das Entscheidende dabei vergessen. Sie sorgen in den Beispielfällen, die wir seit den letzten 35 Jahren kennen (Afghanistan, Demokratische Republik Kongo, Kosovo, Bosnien, Sudan) für eine Veranstaltung und Ausführung einer freien Wahl, es wird dann ein nach dem Vorbild von *Westminster* ausgerichtetes Parlament gewählt, womöglich mit einer im Westen besonders begehrten Frauenquote. Das hat in dem betreffenden Land meist nichts wirklich geändert in Bezug auf die für die Bewohner vor allem im ländlichen Bereich wichtigeren Fragen: Wie sie aus der Armut herauskommen und, wie sie aus der totalen Rechtlosigkeit herauskommen.

Im Rechts-Bereich, auch und gerade im humanitären Völkerrecht ist viel durch die Ausrichtung und den Aufbau der Sondergerichtshöfe zu Ruanda, zu Ex-Jugoslawien und anderen Plätzen erreicht worden. Aber meist erschöpft sich das für die Bewohner in der möglichen und manchmal auch akuten Bestrafung eines Völkermörders oder eines Menschheitsverbrechers. Dann fängt die Aufgabe aber eigentlich erst an. Und für diese Ausgabe, zu der uns ein zweiter großer Mentor unserer Arbeit aufgefordert hat, brauchen wir „rechtlich Bewanderte“.

Wir waren in den letzten Lebensjahren bei der humanitären Arbeit mit dem ehemaligen Professor der Soziologie und Sozialphilosophie *Prof. Ralf Dahrendorf*, dem Politiker, dem Staatsminister, danach dem Leiter des *St. Anthony's College* in Oxford sehr eng liiert. Wir trafen uns, zumal als *Lord Dahrendorf* seinen Lebensmittelpunkt von Oxford nach Köln verlegte. Er war uns einer der wichtigsten Berater und Freunde bei dieser Arbeit. Als wir ihn als einen im Kuratorium der *Grünhelme* baten, mal aufzuschreiben, was er sich als weitere und zusätzliche Arbeit der *Grünhelme* vorstellen konnte.

Er tat uns den Gefallen, auch eine Art Vermächtnis zu hinterlassen, denn der Text dieses Briefes datiert vom 14.4.2008. *Lord Dahrendorf* ist dann kurze Zeit später gestorben.

In dem Brief schrieb er uns: Es falle ihm nicht ein neues Land oder ein neues Thema ein. Was es aber gebe, seien „Orte und Themen bei denen Euer spezifischer Ansatz Neues bewirken kann. Ich meine damit das, was man Euren ‚Graswurzel-

Ansatz' nennen könnte". Also die Aktion dort, wo die Probleme liegen und nicht bei den „Zuständigen“. Es gehe also um neue Wege, um Altes zu tun. „Je mehr ich über die Leiden der Welt nachdenke, desto wichtiger wird für mich der Gedanke des RULE of LAW! Heute bin ich der Meinung, dass Rechtsstaat noch vor der Demokratie kommt. Was bedeutet das an den Graswurzeln? Menschen müssen Rechte haben. Sie müssen wissen, dass Sie Rechte haben. Sie brauchen Hilfe bei der Verteidigung ihrer Rechte. Sie brauchen eine Umwelt, die Rechte im günstigen Fall respektiert, im ungünstigen akzeptiert.

Für die *Grünhelme* bedeutet das die Schaffung einer kleinen Einheit von rechtlich Bewanderten, die jeweils zu zweit oder zu dritt in Unrechtsgebiete gehen und dort an Beispielen durchexerzieren, was grundsätzlich für alle gilt. Sozusagen Stoßtrupps des Rechts (wenn Euch friedliebenden Menschen diese Sprache zuzumuten ist).

Auch hier gilt: man kann nur punktuell wirken, wenn man an die Graswurzeln

geht. Die Ortswahl ist fast beliebig. Man könnten daran denken, sie mit anderen Projekten zu verbinden.“

Diese zielführende und rechts-enthusiastische Arbeit und Funktion von Juristen haben wir noch gar nicht entdeckt. Ich hielt mich im Mai 2015 in der Ukraine und auch in der Nähe der Frontlinie zur Ostukraine auf. Dort in einem Schwellenland trafen wir eine Gruppe von „rechtlich Bewanderten“, die sich der Bevölkerung als Rechtsberater empfahlen, die den eigenen Landsleuten erleichtern, ihre Rechte zu finden und zu behaupten. Solche „Stoßtrupps des Rechts“ gibt es schon in vielen Ländern, die es materiell viel schwerer haben. Wir sollten ihnen helfen.

Rupert Neudeck

ist Journalist, Mitgründer des Cap Anamur/Not-Ärzte e. V. sowie Vorsitzender des Friedenskorps Grünhelme e. V.

Anm. d. Red.: Bei diesem Beitrag handelt es sich um eine gekürzte Fassung des Vortrags mit geändertem Titel, den Rupert Neudeck am 11.6.2015 auf dem DAT-Luncheon der ARGE Internationales Wirtschaftsrecht hielt.

ein und die *Industrie- und Handelskammer Frankfurt*. Der Erfolg der Veranstaltung bestätigte die Organisatoren in ihrer Absicht, weitere Tagungen zu diesem Thema ins Auge zu fassen.

I. DAT am 12.6.2015

Beim Deutschen Anwaltstag in Hamburg war eine Sitzung dem Thema „Law – Made in Germany“ gewidmet. Veranstalter war die *Arbeitsgemeinschaft Internationaler Rechtsverkehr im DAV*, die ihren Namen inzwischen in *Arbeitsgemeinschaft Internationales Wirtschaftsrecht* geändert hat.

RA Prof. Dr. Hanns-Christian Salger aus Frankfurt referierte zu dem Thema: „Was ist und was will Law – Made in Germany?“ Wesentliches Ziel ist es, für die deutschen Juristen einen angemessenen Anteil an der internationalen Rechtsberatung zu sichern. Im Bereich des internationalen Wirtschaftsverkehrs, in dem die Akteure das anwendbare Recht wählen können, sollen die Vorzüge der deutschen Rechtsordnung offensiv beworben werden. Zu diesen Vorzügen gehören vor allem

das kodifizierte deutsche Recht, weil es durch seine Systematik vergleichsweise leicht feststellbar und vorhersehbar ist, und der deutsche Zivilprozess, der effizient ist, weil er vom Gericht gesteuert wird, was eine frühzeitige Konzentration auf die entscheidungsrelevanten Punkte ermöglicht.

Wie Salger zu Recht betonte, gehören zu „Law – Made in Germany“ auch der Wunsch und das Bemühen, die internationale Akzeptanz des deutschen Rechts zu bewahren und zu steigern.

Das Podium war mit *Christian Graf*, dem Leiter Recht der Handelskammer Hamburg, *Christoph Frank*, dem Vorsitzenden des Deutschen Richterbunds, und *Friedrich-Joachim Mehmel*, dem Präsidenten des OVG Hamburg und Vorsitzenden des Rechtsstandort Hamburg e. V., besetzt und wurde von Rechtsanwalt Dr. Jan Curschmann, dem Vorsitzenden der Arbeitsgemeinschaft Internationales Wirtschaftsrecht im DAV, geleitet. Die Unterstützung für „Law – Made in Germany“ war einhellig. Für Nicht-Hamburger war es eindrucksvoll zu sehen, mit welcher Verve sich die Hamburger für „ihren“ Rechtsstandort einsetzen.

Auch in der allgemeinen Diskussion wurde die Initiative „Law – Made in Germa-

LAW – MADE IN GERMANY

Dr. Werner Müller/Adi Seffer

DAT in Hamburg und Symposium in Düsseldorf



Adi Seffer, Dr. Claudia Seibel, Dr. Werner Müller und Prof. Dr. Hanns-Christian Salger

Was ist und was will „Law – Made in Germany“? Im Jahre 2007 warb die englische *Law Society* mit einer weltweit verbreiteten Broschüre für das englische Recht und für die englische Gerichtsbarkeit. Als Reaktion darauf gründete sich 2008/09 unter dem Namen „Law – Made in Germany“ eine Initiative, die für das deutsche Recht wirbt. Träger der Initiative sind neben dem *Deutschen Anwaltverein* auch die *Bundesrechtsanwaltskammer*, die *Bundes-*

notarkammer, der *Deutsche Notarverein*, der *Deutsche Richterbund* und der *Deutsche Industrie- und Handelskammertag*. Von Anfang an hatte die Initiative die wohlwollende Unterstützung des *Bundesministeriums der Justiz*. Im Koalitionsvertrag von 2013 heißt es, dass Law – Made in Germany „fortgeführt und weiterentwickelt“ werden soll.

Neben einer Broschüre, deren 3. Auflage 2014 erschien und die durch ein Vorwort des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz, *Heiko Maas*, eingeleitet wird, beschränkte sich „Law – Made in Germany“ zunächst auf einige Vortragsveranstaltungen, unter anderem in Athen, Prag und Bratislava. Aber eine Initiative, die sich für das deutsche Recht engagiert, muss stärker aktiv und sichtbar sein.

Am 4.9.2014 fand in Frankfurt das 1. Symposium „Law – Made in Germany“ statt. Veranstalter waren der *Deutsche Anwaltverein*, der *Frankfurter Anwaltsver-*

ny“ vorbehaltlos begrüßt. Einige Teilnehmer wiesen allerdings darauf hin, dass sich die AGB-Kontrolle, die nach der Rechtsprechung des BGH im unternehmerischen Geschäftsverkehr ähnlich starr ist wie bei Verbraucherverträgen, auf die internationale Akzeptanz des deutschen Rechts negativ auswirkt. Obwohl Herr Frank als Podiumsteilnehmer erklärte, dass das von den Kaufleuten differenziert gesehen werde, bestand unter den anwesenden Juristen Einigkeit in der Kritik an der starren AGB-Kontrolle im B2B-Bereich. Am Ende wurde – ohne Gegenstimme – eine Resolution verabschiedet, die den deutschen Gesetzgeber auffordert, das Thema der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr „mit Nachdruck anzugehen. Solange die übermäßig starre und strenge AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht elastischer und flexibler gestaltet ist, wird die Akzeptanz des deutschen Rechts auf internationaler Ebene nicht signifikant verbessert werden.“

II. Symposium am 3.9.2015

Das Symposium vom September 2014 in Frankfurt war von Anfang an als Auftaktveranstaltung gesehen worden. Am 3.9.2015 fand nun im Industriecenter in Düsseldorf das 2. Symposium „Law – Made in Germany“ statt. Veranstalter waren der Deutsche Anwaltverein und der Düsseldorfer Anwaltverein. Der thematische Schwerpunkt lag bei M&A-Verträgen. Etwa 90 Teilnehmer diskutierten über die Vor- und Nachteile des deutschen Rechts im M&A-Bereich. RA Dr. Claudia Seibel aus Frankfurt hatte die Gesamtmoderation und leitete die Veranstaltung in gekonnt ruhig-gelassener Weise. Dörte Müller, die stellvertretende Vorsitzende des Anwaltvereins Düsseldorf, begrüßte die Teilnehmer und betonte die hohe Relevanz des Themas für den Wirtschafts- und Industriestandort Düsseldorf.

In einem lebhaften Grußwort verglich Anne-José Paulsen, die Präsidentin des OLG Düsseldorf, „ihr“ Gericht mit einem mittelgroßen Unternehmen. M&A-Streitigkeiten würden aber immer weniger vor den staatlichen Gerichten und mehr und mehr vor Schiedsgerichten ausgetragen. Unabhängig davon seien die Gerichte in Düsseldorf hoch qualifiziert und offen für internationale Fälle. Diese Offenheit werde nicht zuletzt dadurch do-

kumentiert, dass in Düsseldorf Verhandlungen in englischer Sprache möglich sind; von dieser Möglichkeit werde bisher aber kaum Gebrauch gemacht.

In seinem Eröffnungsreferat betonte RA Dr. Peter Wessels die dogmatische Klarheit als eine wichtige Stärke des deutschen Rechts auch für den M&A-Bereich; die deutsche Rechtsprechung denke in langen, verlässlichen Linien. Andererseits rügte er eine „ungebührliche Eingriffsfreudigkeit“ des deutschen Rechts und verlangte „mehr Respekt vor der Eigenständigkeit des M&A-Vertrages“. Seine Feststellung, dass die international üblichen, sehr detaillierten M&A-Verträge mit dem deutschen Zivilrecht gut vereinbar sind, ist eine ermutigende Aufforderung an alle M&A-Praktiker, sich für die Geltung des deutschen Rechts zu entscheiden.

Dr. Rolf Giebler, der Chefsyndikus der Rheinmetall AG, äußerte sehr pointiert den Wunsch nach mehr Vertragsfreiheit. M&A-Verträge dürften sich nicht auf die Regelung eines Vertragsrahmens beschränken, sondern müssten ins Detail gehen. Im Vertrag müsse all das stehen, was kaufmännisch gewollt sei. Das dürfe dann aber nicht über die AGB-Kontrolle ausgehebelt werden. Im Gespräch mit nicht-deutschen Juristen werde die auf einem „prämodernen Konzept“ beruhende AGB-Kontrolle oft wie ein deutsches „Folklore-Element“ verstanden.

Prof. Dr. Heinrich Menkhaus von der Meiji-Universität in Tokio beleuchtete den Einfluss des deutschen Rechts auf das japanische Recht. Japan war das erste Land, in dem das Schuldrecht des BGB galt. Die USA und England waren für Japan keine Vorbilder. Die Tatsache, dass es an der Meiji-Universität eine Professur für deutsches Recht gibt, zeigt das in Japan nach wie vor bestehende Interesse am deutschen Recht. Eine von Menkhaus formulierte Erkenntnis ist über Japan hinaus relevant: Es ist einfacher, ein kodifiziertes Rechtssystem zu übernehmen als ein an der Rechtspraxis orientiertes Common-Law-System.

Advokaat und RA Dr. Paul Bavelaar aus Amsterdam hatte als Thema „M&A-Verträge nach deutschem Recht – die Sicht eines holländischen Anwalts“. Auch in Holland besteht eine Tendenz zu langen, detaillierten M&A-Verträgen, die alles regeln, was kaufmännisch gewollt ist. Auch in Holland, genauer gesagt in Rotterdam, gibt es die Möglichkeit, auf

Englisch zu verhandeln. In internationalen M&A-Verträgen sei Englisch als die moderne lingua franca vorgegeben. Dennoch wird „Law – Made in Germany“ von Bavelaar positiv beurteilt, vor allem weil das deutsche Recht auch im Vergleich zum holländischen Recht mehr dogmatische Klarheit und Präzision aufweist.

Das Referat von RA Prof. Dr. Siegfried Elsing aus Düsseldorf zum Thema „Post M&A Disputes nach deutschem Recht“ war eine beeindruckende Werbung für das deutsche Recht. Im Bereich des materiellen deutschen M&A-Rechts sind „Vorhersehbarkeit und Verlässlichkeit“ die maßgeblichen Vorzüge, im Prozessrecht ist es die Relationstechnik, die eine frühzeitige Konzentration auf die entscheidungsrelevanten Fragen ermöglicht. Elsing ging auch auf die Frage ein, warum M&A-Streitigkeiten immer weniger vor den staatlichen Gerichten und immer mehr vor Schiedsgerichten verhandelt werden. Eine weniger starre Verfahrensordnung, der „eigene“ (parteibenannte) Schiedsrichter, ein Weniger an Öffentlichkeit, Englisch als normale Verfahrenssprache und eine weniger starre AGB-Kontrolle seien gerade für Post M&A Disputes entscheidende Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit.

Die Teilnehmer hatten Gelegenheit, spezielle Themen in drei Arbeitsgruppen zu diskutieren, und die Leiter der Arbeitsgruppen berichteten anschließend im Plenum.

RA Dr. Christian Borris aus Köln leitete die Arbeitsgruppe „Post M&A Disputes“. Sein Bericht bestätigte, was schon mehrere Referenten betont hatten – die Notwendigkeit der Vertragsautonomie. Die „Eingriffsfreudigkeit der Gerichte“ (vor allem die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle) stoße bei ausländischen Parteien auf Skepsis. Für die mit juristischer Unterstützung detailliert ausgearbeiteten M&A-Verträge sei eine „Nachbesserung“ durch die Gerichte in aller Regel nicht geboten. Auch die nicht immer einfach und klar zu beurteilenden Beurkundungserfordernisse sowie die gravierenden Konsequenzen einer Missachtung dieser Erfordernisse seien ausländischen Parteien oft nur schwer zu vermitteln. Grundsätzlich sei die deutsche Rechtsordnung aber auch für M&A-Transaktionen und für die Lösung der daraus resultierenden Streitigkeiten eine verlässliche Grundlage.

RA *Adi Seffer* aus Frankfurt leitete die Arbeitsgruppe zu „Schadensersatz und Freistellung“. Das sind, wie sich auch in der Diskussion zeigte, in der Regel die beiden einzigen Ansprüche, die bei M&A-Verträgen neben dem Erfüllungsanspruch praktische Relevanz haben. In den Verträgen sind diese Ansprüche durchweg detailliert geregelt. Die grundsätzlichen Unterschiede zwischen deutschem und anglo-amerikanischem Recht wirken sich daher eher wenig aus. Wenn die vertraglichen Vereinbarungen nicht an einer AGB-Kontrolle scheitern, können sie nur durch den Arglisteneinwand ausgehebelt werden, für den völlig zu Recht hohe Anforderungen gelten.

Die dritte, von RA *Dr. Werner Müller* aus Frankfurt geleitete Arbeitsgruppe diskutierte über „Vorläufigen Rechtsschutz“ im M&A-Bereich. Grundsätzlich ist der Vorläufige Rechtsschutz in Deutschland sehr effizient, insbesondere wenn es um die Durchsetzung einer Unterlassungsverpflichtung geht. Im eigentlichen M&A-Bereich hat der Vorläufige Rechtsschutz aber keine signifikante Bedeutung. Wenn der Verkäufer nicht erfüllt, wird der Kaufpreis nicht gezahlt. Wenn der Käufer nicht zahlt, klagt der Verkäufer den Kaufpreis ein. Anders kann es im Umfeld des M&A-Vertrages sein, wenn Vertragspartner des Targets ihre Rechte (z.B. Lizenz- oder Vertraulichkeitsrechte) geltend machen wollen.

Die Veranstaltung wurde, wie auch das 1. Symposium in Frankfurt, durch eine Podiumsdiskussion abgeschlossen, die von RA *Prof. Dr. Hanns-Christian Salger* zu packend und eloquent moderiert wurde. Teilnehmer waren die Referenten *Bave-laar* und *Giebeler* sowie RA *Prof. Dr. Franz-Jörg Semler* aus Stuttgart, RA *Dr. Gerhard Wächter* aus Berlin und die Richterin am OLG Frankfurt *Claudia Weimann*. Auch wenn das deutsche Recht an manchen Stellen verbessert werden kann und verbessert werden sollte, sprachen sich alle Teilnehmer für die Anwendung des deutschen Rechts bei M&A-Verträgen aus. Im Einzelnen gab es durchaus auch unterschiedliche Positionen. So wünschte sich *Giebeler* mehr „Kampf und Drama“ im deutschen Zivilprozess. Dem widersprach *Weimann*; Kampf und Drama seien nicht Aufgabe der Rechtsprechung; die Effizienz des Verfahrens sei der große Vorzug des deutschen Zivilprozesses, und der dürfe nicht für Kampf und Drama geopfert werden.

„Law – Made in Germany“ ist ein langfristiges Projekt und nicht nur ein Projekt der Anwälte. *Valerie Datzer*, eine Jurastudentin aus Konstanz, sagte in Düsseldorf völlig zu Recht, dass sich alle an „Law – Made in Germany“ Interessierten darum bemühen sollten, dass mehr ausländische Jurastudenten an deutschen Universitäten ausgebildet werden.

Im internationalen Wettbewerb der Rechtsordnungen ist es wünschenswert, wenn auch ein kontinentaleuropäisch geprägtes Recht als wählbar angesehen wird und zur Verfügung steht. Deutschland verbindet eine hoch entwickelte Rechtskultur mit politischer und wirtschaftlicher Stabilität. Auf dieser Grundlage ist „Law – Made in Germany“ ein richtiges und wichtiges Projekt für die

deutschen Juristen und für die deutsche Politik.

Am Ende noch ein kurzer Blick auf 2016: Für den 13.9.2016 ist das 3. Symposium „Law – Made in Germany“ in Stuttgart geplant. Schon vorher, am 21.4.2016 soll „Law – Made in Germany“ Gegenstand einer Tagung in der deutsch-spanischen Handelskammer in Madrid sein; es wäre schön, wenn zahlreiche Juristen aus Deutschland dabei sind.

Dr. Werner Müller

ist Rechtsanwalt in der Sozietät Baker & McKenzie in Frankfurt/M.

Adi Seffer

ist Rechtsanwalt bei Prime Partners Wirtschaftskanzlei in Frankfurt/M.

LÄNDERBERICHTE

Dr. Roland Mörsdorf

Norwegen | Arbeitszeit, befristete Arbeitsverträge und nachvertragliche Wettbewerbsverbote

Das norwegische Arbeitsrecht ist im Wesentlichen im Arbeitsschutzgesetz (Arbeidsmiljøloven) aus dem Jahre 2005 geregelt. Das Arbeitsschutzgesetz bezweckt, geordnete Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer zu schaffen. Das Arbeitsschutzgesetz wurde in diesem Jahr im Bereich der Arbeitszeit und der befristeten Arbeitsverträge geändert und soll des Weiteren auf dem Gebiet der nachvertraglichen Wettbewerbsverbote um neue Bestimmungen ergänzt werden.

1. Überblick

1. Arbeitszeit und befristete Arbeitsverträge

Zum einen wurden bereits mit Wirkung zum 1.7.2015 die Bestimmungen über die Arbeitszeit einschließlich der Überstunden und die Vorschriften über die befristeten Arbeitsverträge geändert. Diese Änderungen erfolgten auf Vorschlag der heutigen bürgerlichen Regierung und insbesondere gegen den Widerstand der Gewerkschaften. Sie erlauben eine gewisse Flexibilisierung in der Ausgestaltung von Arbeitsverträgen und stellen daher eine sinnvolle Erweiterung des en-

gen Rahmens dar, der durch das Arbeitsschutzgesetz gezogen wird. Der Hintergrund für die neuen Regelungen lag u. a. darin, dass die Regierung auf die zurückgehenden Erlöse aus dem Verkauf von Erdöl zu reagieren und Norwegen – auch im Bereich des Arbeitsrechts – vorsichtig auf eine neue Zukunft vorzubereiten beabsichtigte.

2. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote

Zum anderen sollen neue Bestimmungen über nachvertragliche Wettbewerbsverbote in das Arbeitsschutzgesetz eingefügt werden. Im norwegischen Recht sind derartige arbeitsrechtliche Wettbewerbsverbote im Einzelnen bislang gesetzlich nicht geregelt, so dass die neuen Bestimmungen eine breitere gesetzliche Grundlage für nachvertragliche Wettbewerbsverbote schaffen sollen. Die Vorschläge für die neuen Bestimmungen beruhen auf einer Initiative der früheren sozialdemokratisch geführten Regierung aus dem Jahre 2010, die durch die heutige Regierung aufgegriffen worden ist. Trotz verschiedenartiger Kritik von sowohl Arbeitgeber- wie auch Arbeitneh-

merseite hält die Regierung bislang an ihren Vorschlägen fest, insbesondere um in diesem bisher wenig regulierten Bereich eine klare Rechtsgrundlage zu schaffen.

II. Arbeitszeit

1. Zulässige Arbeitszeiten

Gemäß der norwegischen gesetzlichen Grundregel darf die Arbeitszeit 9 Stunden innerhalb eines Zeitraums von 24 Stunden und insgesamt 40 Stunden innerhalb von 7 Tagen nicht übersteigen. Bei einer Arbeitswoche von 5 Tagen entspricht dies rechnerisch einer täglichen Arbeitszeit von maximal 8 Stunden. Der Arbeitgeber kann aber mit dem Arbeitnehmer eine längere Arbeitszeit vertraglich festlegen. Gemäß dem alten Recht ließ sich jedoch nicht die tägliche Arbeitszeit von 9 Stunden, sondern nur die wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden auf insgesamt 48 Stunden erhöhen. Dadurch konnte die tägliche Arbeitszeit – bei einer Arbeitswoche von 5 Tagen – im Ergebnis gleichwohl auf 9 Stunden gesteigert werden. Nach dem neuen Recht kann nunmehr eine tägliche Arbeitszeit von sogar 10 Stunden – begrenzt auf nach wie vor insgesamt 48 Stunden innerhalb von 7 Tagen – vereinbart werden.

Darüber hinaus ließ sich in tarifgebundenen Unternehmen bereits gemäß dem alten Recht durch Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmervertretern eine tägliche Arbeitszeit von 10 Stunden festlegen. Nach dem neuen Recht wurde diese Grenze auf 12,5 Stunden erhöht, so dass in tarifgebundenen Unternehmen nunmehr eine tägliche Arbeitszeit von 12,5 Stunden vereinbart werden kann. Gemäß dem alten Recht konnte mit Zustimmung der norwegischen Arbeitsaufsichtsbehörde auch eine tägliche Arbeitszeit von 13 Stunden festgelegt werden. Dies ist auch nach dem neuen Recht unverändert möglich. Eine Verkürzung oder Verlängerung dieser Höchstgrenze erfolgte also im Rahmen der jüngsten Änderungen des Arbeitsschutzgesetzes nicht.

2. Überstunden

Arbeitszeiten, welche die Grenzen der zulässigen Arbeitszeit überschreiten, sind als Überstunden nur in Ausnahmefällen erlaubt. Grds. dürfen Überstunden

aber nicht 10 Stunden pro Woche, 25 Stunden innerhalb von 4 zusammenhängenden Wochen und 200 Stunden innerhalb von 52 Wochen übersteigen. Diese Grenzwerte wurden – entgegen dem Vorschlag der Regierung – nicht geändert. Daneben ließen sich in tarifgebundenen Unternehmen nach dem alten Recht Überstunden von 15 Stunden innerhalb von 7 Tagen, 40 Stunden innerhalb von 4 zusammenhängenden Wochen und 300 Stunden innerhalb von 52 Wochen als äußerste Grenze vereinbaren. Außerdem konnte die norwegische Arbeitsaufsichtsbehörde Überstunden von 20 Stunden innerhalb von 7 Tagen zulassen. Dies wurde geändert. Nach dem neuen Recht lassen sich nunmehr in tarifgebundenen Unternehmen Überstunden von jetzt 20 Stunden innerhalb von 7 Tagen und 50 Stunden innerhalb von 4 zusammenhängenden Wochen als äußerste Grenze vereinbaren. Darüber hinaus kann die norwegische Arbeitsaufsichtsbehörde nun sogar Überstunden von 25 Stunden innerhalb von 7 Tagen zulassen. Die Anzahl der jährlich maximal zulässigen Überstunden wurde indes nicht erhöht, so dass die Arbeitnehmer – auf Jahresbasis – durch das neue Recht nicht belastet werden.

III. Befristete Arbeitsverträge

Befristete Arbeitsverträge waren gemäß dem alten Recht nur in ganz wenigen, gesetzlich abschließend aufgeführten Fällen zulässig. Befristete Arbeitsverträge, die nicht durch einen dieser Ausnahmefälle abgedeckt waren, waren unzulässig. Die Zulässigkeit solcher befristeter Arbeitsverträge wurde durch das neue Recht erweitert. Vor allem gegen diese Erweiterung richtete sich der Protest der Gewerkschaften, da sie eine Zunahme befristeter Arbeitsverhältnisse auf Kosten unbefristeter Arbeitsverhältnisse befürchteten.

Nach dem neuen Recht können Arbeitnehmer nunmehr auch dann, wenn ein Ausnahmefall nicht vorliegt, und damit ohne weitere Vorbedingung für einen Zeitraum von 12 Monaten befristet eingestellt werden. Wenn jedoch anschließend ein dergestalt befristet angestellter Arbeitnehmer nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen wird, darf der Arbeitgeber in einem Betrieb mit ei-

ner Größe von mindestens 50 Arbeitnehmern für einen Zeitraum von 12 Monaten keine anderen Personen für Arbeiten derselben Art einstellen. Dadurch soll verhindert werden, dass befristete Arbeitsverträge Festanstellungen verdrängen. Außerdem darf die Anzahl der befristet angestellten Arbeitnehmer nicht mehr als 15 % der Gesamtanzahl der Arbeitnehmer überschreiten. Insoweit mögen die Befürchtungen der Gewerkschaften jedenfalls im Hinblick auf größere Betriebe, nämlich Betriebe mit mindestens 50 Arbeitnehmern, unbegründet sein.

Arbeitnehmerüberlassungen durch professionelle Arbeitnehmerüberlassungsbüros waren gemäß dem alten Recht ebenfalls nur in den wenigen, gesetzlich abschließend aufgeführten Fällen zulässig, die für den Abschluss befristeter Arbeitsverträge galten. Die Erweiterung der Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge wurde durch die jüngsten Änderungen des Arbeitsschutzgesetzes jedoch nicht entsprechend auf die Überlassung von Arbeitnehmern durch professionelle Arbeitnehmerüberlassungsbüros übertragen. Derartige Arbeitnehmerüberlassungen sind daher nach wie vor nur in den wenigen, gesetzlich festgelegten Ausnahmefällen zulässig. Allerdings wurde das Recht der Gewerkschaften, im Falle von Arbeitnehmerüberlassungen deren Zulässigkeit im eigenen Namen gerichtlich überprüfen zu lassen, ersatzlos gestrichen.

IV. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote

1. Hintergrund

Arbeitsverträge enthalten oftmals Klauseln über nachvertragliche Wettbewerbsverbote, durch die dem Arbeitnehmer für die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestimmte Tätigkeiten untersagt werden. Im norwegischen Recht sind derartige arbeitsrechtliche Wettbewerbsverbote im Einzelnen bislang gesetzlich nicht geregelt. Das norwegische Vertragsgesetz (Avtaleloven) aus dem Jahre 1918 enthält nämlich nur einige ganz wenige Regelungen zu Wettbewerbsklauseln. Danach unterliegen Wettbewerbsverbote lediglich einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Regelungen des Vertragsgesetzes sehen indes keine Pflicht zur Zahlung einer Entschädigung durch den Arbeitgeber an den

Arbeitnehmer vor. Wettbewerbsverbote können folglich ohne eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung einer Entschädigung vereinbart werden. Des Weiteren enthalten die Bestimmungen auch keine zeitliche Begrenzung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots. Wettbewerbsverbote können daher nach der Rechtsprechung für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren vereinbart werden. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung werden jedoch die (Nicht-)Vereinbarung einer Entschädigung und die Dauer des Wettbewerbsverbots berücksichtigt. Gesetzliche Bestimmungen zu Kundenschutzklauseln fehlen völlig. Abwerbungsverbotsklauseln sind ebenfalls gesetzlich nicht geregelt.

Vor diesem Hintergrund sollen neue Bestimmungen zu nachvertraglichen Wettbewerbsklauseln, zu nachvertraglichen Kundenschutzklauseln und zu Abwerbungsverbotsklauseln in das Arbeitsschutzgesetz eingefügt werden, die in einem neuen Kapitel 14A des Arbeitsschutzgesetzes festgeschrieben werden sollen. Gleichzeitig sollen die Regelungen im norwegischen Vertragsgesetz reduziert und nur noch auf Wettbewerbsverbote außerhalb von Arbeitsverhältnissen und auf Arbeitsverhältnisse von Geschäftsleitern, die – gegen Zahlung einer Vorabentschädigung – auf die Anwendung der neuen Bestimmungen verzichtet haben, angewendet werden.

2. Wettbewerbsklauseln

Gemäß den neuen Bestimmungen des Arbeitsschutzgesetzes sollen Wettbewerbsklauseln nur für einen Zeitraum von bis zu einem Jahr ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden können. Sie können indes zeitlich nur insoweit geltend gemacht werden, als dies zum Schutze des Arbeitgebers vor Wettbewerb durch den Arbeitnehmer inhaltlich und geografisch erforderlich ist. Insoweit soll es ausreichend sein, wenn der Schutzbedarf erst zu Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht. Wenn sich dann aber ein Schutzbedarf des Arbeitgebers für beispielsweise nur ein halbes Jahr ergibt, soll das Wettbewerbsverbot nur für dieses halbe Jahr geltend gemacht werden können. Außerdem soll der Arbeitgeber eine Wettbewerbsklausel im Falle einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber selbst nur dann geltend ma-

chen können, wenn die Kündigung durch Gründe, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist.

Eine Wettbewerbsklausel soll jedoch nicht automatisch in Kraft treten, sondern soll durch den Arbeitgeber erst durch Geltendmachung aktiv in Kraft gesetzt werden müssen. Wenn die Wettbewerbsklausel nicht innerhalb der hierfür geltenden Fristen in Kraft gesetzt wird, soll sie ersatzlos entfallen mit der Folge, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das vereinbarte Wettbewerbsverbot nicht mehr auferlegen kann. Wenn der Arbeitgeber die Wettbewerbsklausel hingegen geltend gemacht hat, soll er dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zahlen müssen, die auf der Grundlage der Vergütung der letzten zwölf Monate vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu berechnen ist. Die insoweit zu berücksichtigte Vergütung soll allerdings der Höhe nach auf das 18-fache des norwegischen Grundbetrags von derzeit NOK 90.068 (ca. EUR 10.000), also auf NOK 1.621.224 (ca. EUR 180.000), begrenzt werden. Bei dem norwegischen Grundbetrag handelt es sich um einen Betrag, der jährlich zum 1. Mai neu festgesetzt (erhöht) und zur Berechnung der staatlichen Rente sowie zu verschiedenen weiteren Zwecken im Sozial- und Abgabenrecht verwendet wird; außerdem wird regelmäßig in verschiedenen weiteren Rechtsbestimmungen auf diesen Grundbetrag Bezug genommen. Von der danach errechneten Entschädigung kann der Arbeitgeber jedoch bis zu deren Hälfte Einkünfte des Arbeitnehmers in Abzug bringen, die der Arbeitnehmer aus anderen Tätigkeiten während des Wettbewerbsverbots erzielt.

3. Kundenschutzklauseln

Weiterhin sollen durch die neuen Bestimmungen nunmehr auch Kundenschutzklauseln gesetzlich geregelt werden. Für diese sollen die neuen Regelungen zu Wettbewerbsklauseln entsprechend gelten. Abweichend davon sollen Kundenschutzklauseln aber unabhängig davon zulässig sein, ob sie zum Schutze des Arbeitgebers vor Wettbewerb durch den Arbeitnehmer erforderlich sind. Des Weiteren soll der Arbeitgeber nicht verpflichtet sein, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu zahlen.

4. Abwerbungsverbotsklauseln

Während Wettbewerbs- und Kundenschutzklauseln zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer vereinbart werden, werden Abwerbungsverbotsklauseln zwischen dem Arbeitgeber und einem Dritten dergestalt getroffen, dass die Einstellung der Arbeitnehmer bei dem Dritten ausgeschlossen oder begrenzt wird. Derartige Abwerbungsverbotsklauseln sollen ebenfalls durch die neuen Bestimmungen gesetzlich geregelt werden und sollen danach grundsätzlich unzulässig sein. Eine Ausnahme soll lediglich in den Fällen eines Betriebsübergangs (Asset Deal) bestehen.

Dr. Roland Mörsdorf

ist Rechtsanwalt und Advokat bei der Anwaltsfirma Grette DA in Oslo.

Dr. Astrid Auer-Reinsdorff /
Andreas Witte

Malediven | Besuch der Delegation der Republik der Malediven beim Berliner Anwaltsverein

Auf Einladung des *Bundestages* und des Gästeprogramms des *Auswärtigen Amtes* empfingen RAin Dr. Auer-Reinsdorff und ihr Münchener Kollege RA Andreas Witte am 3.7.2015 Parlamentarierinnen der Republik der Malediven im Hilton Hotel Gendarmenmarkt zu einem Austausch über das Thema „Frauenrechte in der BRD“.

Die als Urlaubsparadies bekannten Malediven waren bis 1965 britisches Protektorat. Eine Militärbasis im Süden brachte der vormals armen, jedoch mit den wichtigsten Grundnahrungsmitteln ausgestatteten Bevölkerung einen gewissen Wohlstand und den Anschluss an die internationale Gemeinschaft. Seither haben die Malediven als autonomer Staat in Form einer Präsidialdemokratie einen Sitz in den UN und sind Mitglied der *Südasiatischen Wirtschaftsgemeinschaft* (SAARC).

Der umstrittene ehemalige *Präsident Gayoom*, der das Land über 30 Jahre regierte, ein Bildungs- und Gesundheitssystem schuf und auch den rasanten Aufbau der Luxus-Hotellerie initiiert hat, ließ seinem Land nach inneren Unruhen nach 2004 mit Hilfe von Verfassungs-

rechtlern einer US-Universität eine neue Verfassung nach westlichem Vorbild geben – mit der Ausnahme, dass der Islam Staatsreligion bleibe.

Der wirtschaftliche Aufschwung war Fluch und Segen zugleich: Im Jahre 2011 wurden die Malediven von der Liste der am wenigsten entwickelten Länder (LDCs) der UN gestrichen, was den Zugang zu zahlreichen Fördermitteln, Klimafinanzierung und Technologietransfer erschwerte. Zeitgleich machte sich ein Frühkapitalismus breit und ist noch heute für eine ungleiche Verteilung des Staatseinkommens verantwortlich.

Die Rechte der Frau sind stark von den jeweiligen Einflüssen moderner oder fundamentalistischer Strömungen auf die Gesetzgebung geprägt. Sie fußt auf von einer in muslimischen Ländern häufig anzutreffenden Mischung religiös und säkular geprägter Vorschriften. Das Zivilrecht ist an das britische Common Law angelehnt. Das Familienrecht beruht auf islamischer Tradition, ist aber im Laufe der Zeit an moderne Anforderungen mit einem vergleichsweise hohen Maß an Gleichberechtigung mit lokalen Besonderheiten angepasst worden.

Die Rolle der Frau im Alltag ist auf Grund der Abgeschiedenheit der Inseln eher von pragmatischen Bedürfnissen und Kooperation geprägt als von Religionstheorie oder staatlichem Zwang. Führungspositionen im öffentlichen Dienst sind häufig mit Frauen besetzt, das Bildungsniveau ist etwa gleich, die Alphabetisierungsrate sogar höher als in Deutschland. In der freien Wirtschaft dominieren die Männer. Wohlhabende Familien schicken ihre Kinder zum Studium ins Ausland. Mit zunehmendem Einfluss der arabischen Welt, die den Maledivern auch die Möglichkeit eines Studiums an den berühmten Religionschulen bietet, hat sich diese Situation – zumindest aus westlicher Sicht – jedoch verschlechtert. Heute tragen Frauen wieder vermehrt Kopftücher oder Burka, wurden aber bisher nicht aus ihren Positionen verdrängt.

Traditionell wurden die Inseln früher von „Inselvorstehern“ geleitet, die faktisch auch die Funktion der unteren Gerichtsbarkeit hatten und für die lokale Konfliktlösung zuständig waren. In Fällen größerer Bedeutung wurde unmittelbar die Zentralregierung in Male eingeschaltet, wobei der Präsident mangels Gewalt

teilung im Zweifel das letzte Wort hatte. Erst mit dem Anschluss an die internationale Welt und der damit einhergehenden „Aufklärung“ entstand eine Opposition gebildeter Schichten, die vom *Präsidenten* zunächst mit harter Hand unterdrückt wurde. Unter dem Einfluss der UN und dem seinerzeit wichtigsten Handelspartner Indien wurde *Präsident Gayoom* allerdings von der Notwendigkeit einer Verfassungsreform überzeugt.

Schlagzeilen machte 2012 der erstmals frei gewählte Reform und Vorsitzende der MDP *Mohamed Nasheed*, als er nach nur zwei Jahren regulärer Amtszeit von früheren Regierungsanhängern aus dem Amt gedrängt wurde. Er wurde jedoch nicht sogleich eingesperrt, sondern konnte seine Arbeit in der Opposition zunächst fortsetzen. Erst als diese im Rahmen der Neuwahlen 2014 zu mächtig wurde, wurde ein Strafverfahren wegen „Terrorismus“ gegen ihn und andere Mitstreiter eingeleitet und er zu 13 Jahren Haft verurteilt. Hintergrund war, dass er seinerzeit einen im Verdacht notorischer Korruption stehenden Richter als ultima ratio in Militärhaft nehmen ließ. Gegen das Urteil, das zwischenzeitlich in Hausarrest umgewandelt wurde, wurde kürzlich von der Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt, nachdem *Nasheed* zuvor selbst ein internationales Anwaltsteam eingeschaltet hat.

Dr. Auer-Reinsdorff: „Das Verfahren vor der UN-WGAD war uns bisher fremd, weil Rügen wegen Menschenrechtsverletzungen innerhalb der EU stets an den ECHR gerichtet werden, vor dem jeder deutsche Anwalt postulationsfähig ist. Die Verfahrensordnung des EHCR verlangt eine vorherige Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges, was bei der UN-WGAD nicht erforderlich ist. Betroffen waren wir

von der Erkenntnis, dass einige Großmächte dieses Verfahren trotz ihrer UN-Verpflichtungen ignorieren. Die Bedeutung des ECHR bzw. der UN-WAGD außerhalb der EU sollte nicht unterschätzt werden.“

Als Urlaubsland nehmen die Malediven weiterhin eine Spitzenposition ein. Als Partnerland für rechtsvergleichende Tätigkeit bieten sie ideale Verhältnisse, weil sämtliche Quellen und Entscheidungsträger leicht erreichbar sind und die Masse der Gesetze überschaubar ist. Andererseits liegt noch keine strukturierte Dokumentation der Rechtsprechung vor. Die Parlamentarierinnen rügen hier Mängel im Richtergesetz (Judicial Act), eine bessere Ausbildung und Überwachung von Richtern seien erforderlich.

Die maledivischen Strategien zur zivilrechtlichen Konfliktlösung, die teilweise noch auf Traditionen beruhen und innerhalb der Inselgemeinschaft ausgetragen werden, sind für uns weitgehend unerforscht. Sie haben der auf engstem Raum verbundenen Gesellschaft über Jahrhunderte hinweg eine überwiegend friedliche Existenz ermöglicht. Sie für neue Erkenntnisse im Bereich der Mediation zu erschließen, wird für die Autoren eine besondere Herausforderung sein.

Dr. Astrid Auer-Reinsdorff

ist Rechtsanwältin in der Kanzlei AUER in Berlin/Lissabon.

Andreas Witte

ist Rechtsanwalt in der Rechtsanwaltskanzlei Andreas Witte in München.

Anm. d. Red.: Bei diesem Beitrag handelt es sich um eine gekürzte Fassung des Textes, der vorher im Berliner Anwaltsblatt 2015, S. 233 ff. erschienen ist.

VERANSTALTUNGEN/TERMINE

6.11.2015–7.11.2015

1. Internationaler Wirtschaftsrechtstag

Teilnahmebescheinigung nach § 15 FAO wird erteilt
Programm und Anmeldung unter:
www.dav-iwr.de

13.11.2015–14.11.2015

8. Niederländisch-Deutsches Rechtsanwaltsymposium

Recht 4.0 – The Cloud and beyond in Köln
Teilnahmebescheinigung nach § 15 FAO wird erteilt
Programm und Anmeldung unter:
www.dav-iwr.de

Besonders schlau durchs Beihilfen-Dickicht.

Komplett auf Basis der
»State Aid Modernisation«

Rascher Überblick im Beihilfenrecht

Das Werk kommentiert sämtliche **primär- und sekundärrechtlichen Vorschriften** im Bereich des Europäischen Beihilfenrechts mit Ausnahme der sektorspezifisch auf Transport und Landwirtschaft bezogenen.

Behandelt werden neben **Art. 107 ff. AEUV** u.a.:

- De-minimis-Verordnung
- Allgemeine Gruppenfreistellungs- und Verfahrens-VO
- im Bereich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse DAWI-Beschluss und DAWI-De-minimis-Verordnung sowie
- die jeweils relevanten Leitlinien und Mitteilungen in aktueller Fassung

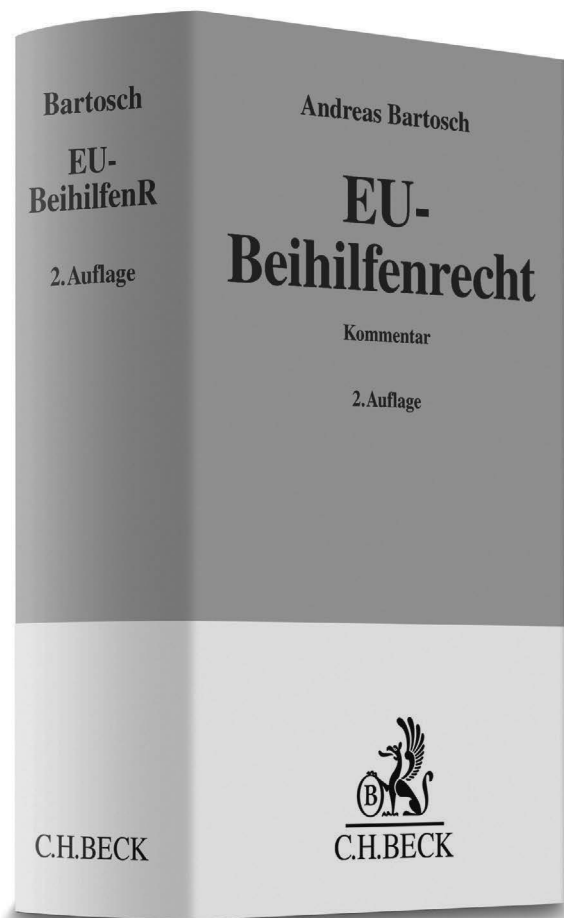
Dieser Kommentar gibt dem Praktiker somit einen raschen Überblick über die bestehende Rechtslage in Beihilfesachen und stellt vorrangig die in diesem Bereich relevante **Rechtsprechung der europäischen Gerichte** in Verbindung mit der zu Grunde liegenden Kommissionspraxis dar.

Zur Neuauflage

Die 2. Auflage basiert auf der als »State Aid Modernisation« bezeichneten zweiten umfassenden Reform des EU-Beihilfenrechts, die zu einer **vollständigen Überholung des beihilferechtlichen Sekundärrechts** geführt hat.

Kommentiert werden u. a. die neuen Fassungen der AGVO, De-minimis-VO, Verfahrens-VO sowie das gesamte DAWI-Paket. Die Neuauflage geht auch auf die neu formulierten Regeln für Regionalbeihilfen, Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, Umweltbeihilfen, FuEuI-Beihilfen, Risikofinanzierungsbeihilfen sowie Energiebeihilfen ein.

Dieser Kommentar ist somit **das erste deutschsprachige Werk, das die von Grund auf reformierten Beihilferegeln im Einzelnen erläutert.**

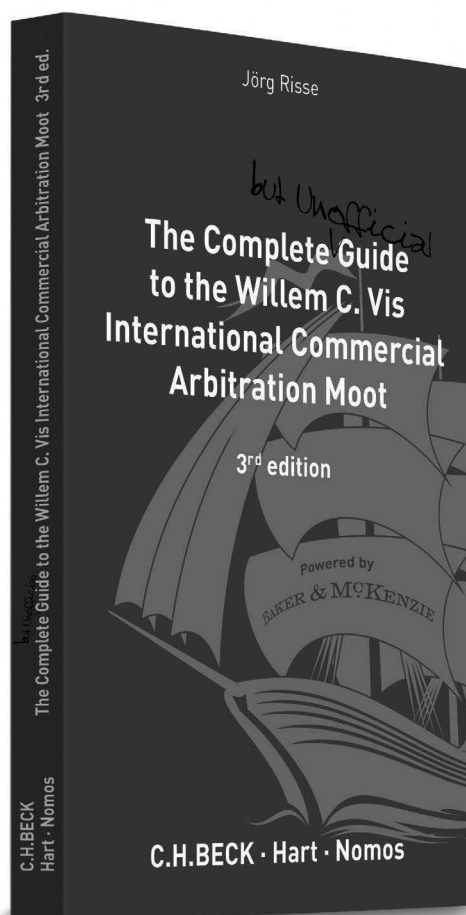


Bartosch
EU-Beihilfenrecht
2. Auflage. 2016. XIII, 723 Seiten.
In Leinen € 129,-
ISBN 978-3-406-65846-4
Neu im November 2015

Mehr Informationen:
www.beck-shop.de/bcmlug



The Complete (but Unofficial) Guide to the Willem C. Vis



Risse
The Complete (but unofficial) Guide
to the Willem C. Vis International
Commercial Arbitration Moot
Paperback
XIV, 228 pp, 2015
€ 35,-*
ISBN 978-3-406-68028-1

* Special prices available for
Moot participants.

More information:
<http://international.beck-shop.de>

The book

is meant for participants of the Vis Moot. It provides the reader with step-by-step practical advice in order to maximize his or her Vis Moot experience. It explains registration and offers tips on finding and organizing the team, analyzing the case, writing memoranda, presenting the case in the oral pleadings, and organizing the trips to Vienna or Hong Kong. Any student contemplating to take part in the so-called 'Moot Experience' will find the information needed to make the Vis Moot a real lifetime experience.

Content

- Chapter 1 – The Vis Moot: A Lifetime Experience
- Chapter 2 – The Vis Moot: Facts and Figures
- Chapter 3 – How to Start
- Chapter 4 – How to Write Effective Memoranda
- Chapter 5 – How to Present Your Case before the Arbitral Tribunal
- Chapter 6 – Seven Days in Vienna and Hongkong
- Chapter 7 – Where to Go from Here
- Chapter 8 – Views from Around the World
- Annex: Vis Moot Rules as of the 22nd Moot 2014/2015

Authors

Dr Jörg Risse and his co-authors Dr Markus Altenkirch, Dr Ragnar Herbst, Dr Annette Keilmann, and Dr Lisa Reiser are practicing law with Baker & McKenzie; they are experienced specialists in the field of arbitration and litigation.

Für perfekte Übersetzungen.

Troike Strambaci/Helffrich Mariani
Wörterbuch Recht, Wirtschaft & Politik Bd. II:
Italienisch – Deutsch
3. Auflage. 2015. XV, 1685 Seiten.
In Leinen € 189,–
ISBN 978-3-406-60626-7
Neu im August 2015

Mehr Informationen:
www.beck-shop.de/bvjo



Seit über 30 Jahren

ist dieses Wörterbuch ein bewährtes und zuverlässiges Hilfsmittel im zweisprachigen Rechts- und Wirtschaftsverkehr mit Italien. Der umfangreiche Datenbestand erschließt vor allem die Themenbereiche

- Recht
- Politik
- Wirtschaft
- Soziologie
- Verwaltung
- Versicherung
- Transport und Verkehr
- Informatik
- Tourismus
- Industrie und Handel.

Die 3. Auflage

wurde vollkommen überarbeitet und erweitert. Dabei lag ein Augenmerk auf der Aufnahme von Neologismen, wie sie zunehmend in der Fachliteratur, aber auch alltagssprachlich in der modernen Presse verwendet werden. Zahlreiche Satzbeispiele und Redewendungen runden den umfangreichen Stichwortbestand ab.

Zu den Autoren

Dr. Hannelore **Troike Strambaci** ist Rechtsanwältin in einer auf internationales Recht spezialisierten Anwaltskanzlei, zugleich Übersetzerin und Dolmetscherin.

Neu hinzugekommen ist nach dem Ausscheiden von Frau Helffrich-Mariani der Rechtsanwalt Dr. Luca **Strambaci**.

Deutsches Vertriebsrecht auf Englisch.

Mann
Commercial Contracts in Germany
2015. XVIII, 297 Seiten.
Gebunden € 99,-
ISBN 978-3-406-66183-9
Neu im August 2015

Mehr Informationen:
www.beck-shop.de/bcuhay



Das neue Praxishandbuch

führt in englischer Sprache in das **deutsche Vertriebsrecht** ein, erläutert die Grundlagen und Fallstricke bei Vertragsverhandlungen, beim Abschluss sowie bei der Durchführung und Beendigung von Vertriebsverträgen. Hilfreich ist zudem die **zweisprachige Darstellung deutsch-englisch** der wichtigsten Vorschriften des Handelsgesetzbuches und des Produkthaftungsgesetzes.

Der Autor

RA Dr. Marius **Mann**, MBA, M. Jur. (Oxford) ist bei einer internationalen Anwaltskanzlei tätig und war viele Jahre Dozent an der European Business School für »German Contract and Commercial Law«.

Die Schwerpunkte:

- Kauf, Handelsvertreter-, Vertragshändler-, Kommissionsagenten-, Lager-, Transport- und Speditionsvertrag sowie Franchising
- Kartellrechtliche und insolvenzrechtliche Besonderheiten
- Praxishinweise zu Haftungsrisiken (inkl. Produkthaftung) und deren Vermeidung
- Fallstricke beim Vertragsdrafting (insbesondere auch mit Blick auf AGB)
- Beendigung von Vertriebsverträgen (Kündigung, Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB und andere Beendigungsprobleme)
- Besonderheiten grenzüberschreitender Verträge (IPR, Rom-I-VO, CISG)