

Schwerpunkt Unternehmensrecht

Lea Machalett, Tobias Marstaller, Carla Schindler und Luise Herzog

Interview mit Rechtsanwalt Dr. Christoph Nolden

BayZR: Guten Tag, Herr Dr. Nolden. Wir bedanken uns ganz herzlich, dass Sie sich heute die Zeit für ein Interview zum Thema Unternehmensrecht genommen haben. Als Dozent für das Umwandlungsrecht sind Sie ein bekanntes Gesicht für Absolvent*innen der Schwerpunktbereiche III bis V unserer Fakultät. Allerdings liegt Ihr Tätigkeitsschwerpunkt weniger in der Lehre, sondern mehr in der Praxis, nämlich als Partner bei SZA in Frankfurt.¹ Hierbei liegt Ihr Fokus auf dem Gesellschafts-, Kapitalmarkt- und dem Übernahmerecht. Als Fan der Serie „Suits“ hat man dabei vermutlich schnell eine romantisierte Vorstellung vom Alltag eines/-r in diesem Bereich tätigen Anwält*in - geprägt von Maßanzügen, großen Mandaten und dem Abschluss von Verträgen im Wert von hunderten Millionen Euro. Daher stellt sich für uns die Frage: Wie sieht Ihr Alltag als Partner bei SZA nun wirklich aus?

Dr. Christoph Nolden: Um Ihr Beispiel der Serie „Suits“ aufzugreifen: Einige Themen sind wirklich gut getroffen, bei vielem liegt die Serie natürlich auch daneben. Besonders wenn es um die titelgebenden Anzüge geht: Der Trend geht eher vom Maßanzug weg. Viele meiner Kolleg*innen holen Anzug und Krawatte nur noch für Treffen mit Mandant*innen heraus.

Was die Serie jedoch gut trifft, ist die Vielfältigkeit der Arbeit. Von Vertragsverhandlungen bis hin zu Gerichtsverfahren ist auch bei uns alles dabei. Als Gesellschaftsrechtler arbeite ich regelmäßig an Transaktionen in Form von M&A-Transaktionen und Übernahmen, die von intensiven Verhandlungen und umfassenden Vertragswerken geprägt sind. Jetzt gerade laufen die Vorbereitungen für die Hauptversammlungssaison, da besprechen wir mit Gesellschaften, aber auch mit Investor*innen deren Ziele für die kommende Hauptversammlung. Soll etwa ein unabhängiger Aufsichtsrat durchgesetzt werden; stehen Satzungsänderungen an; bei welchen Gesellschaften erwarten die Investor*innen eine Übernahme? Teilweise überlegen wir mit unseren Mandant*innen strategisch, wie ein sog. „Exit“² über ein Übernahmeangebot forciert werden kann.

Gleichzeitig führen wir in unserem Team auch ganz traditionell Prozesse. Meiner Überzeugung nach gehört es zu einem/-r guten Anwält*in, dass er/sie die Interessen der Mandant*innen nicht nur in M&A-Verhandlungen, sondern ggf. auch vor Gericht durchsetzen kann, wozu es in der Praxis schnell kommen kann. Wir haben z.B. einmal für ein börsennotiertes Unternehmen eine Kapitalerhöhung mit einem *Backstop* ausverhandelt. Dabei verpflichtet sich ein sog. *Backstop*-Investor gegenüber der Gesellschaft, diejenigen neuen Aktien zu übernehmen, die die Aktionär*innen in der Bezugsfrist nicht zeichnen. Dies garantiert der Gesellschaft, dass die Kapitalerhöhung vollständig platziert wird. Dieses *Backstop*-Investment haben wir parallel mit einem Unternehmen als strategischen Investor und einem Aktionär der Gesellschaft verhandelt. Nachdem sich die Gesellschaft für das Unternehmen als *Backstop*-Investor entschieden hatte, wollte sich der unterlegene Aktionär damit nicht abfinden und beantragte unter Berufung auf das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot eine einstweilige Verfügung, um die geplante Transaktion zu stoppen. Damit waren wir auf einen Schlag von der Transaktion im Gerichtssaal gelandet und zogen uns die Roben über, um die Transaktion zu verteidigen. Die Gerichtsverhandlung war dann auch ein echter „Suits-Moment“.

Kapitalerhöhung:

Maßnahme der Kapitalbeschaffung von Aktiengesellschaften. Diese ist in verschiedenen Formen denkbar: gegen Bar- oder Sachmitteleinlage (§§ 182 – 191 AktG), bedingte Kapitalerhöhung (§§ 192 – 201), durch genehmigtes Kapital (§§ 202 – 206 AktG), aus Gesellschaftsmitteln (§ 207 – 220 AktG). Den Grundfall bildet dabei die Kapitalerhöhung durch Einlagen, d.h. vereinfacht gesagt durch Ausgabe neuer Aktien.

Vgl.: *Krafka*, Registerrecht, 11. Auflage 2019, Dritter Abschnitt. Handelsregister Abteilung B Rn. 1389 ff.

Aktienrechtliches Gleichbehandlungsgebot:

Umfasst einerseits das Gebot, Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich (§ 53a AktG) und andererseits das Verbot, Aktionäre ohne sachliche Rechtfertigung ungleich zu behandeln. Die Aktionäre können sich im Falle einer Verletzung nur gegen die Gesellschaft, nicht aber gegen die Mitaktionäre wenden. Jedoch besteht das Gleichbehandlungsgebot nicht uneingeschränkt. Vielmehr kann die Gesellschaft Aktien mit verschiedenen Rechten und Pflichten ausstatten (vgl. §§ 11, 12, 55 AktG). Bei Einräumung derartiger Vorrechte muss jedoch seinerseits das Gleichbehandlungsgebot Beachtung finden und es muss allen Aktionären die Chance eingeräumt werden, derartige Vorrechte zu erwerben.

Vgl.: *Maul*, Beck'sches Handbuch der AG, 3. Auflage 2018, § 4 Rn. 86.

¹ <https://www.sza.de/de/anwaelte/anwalt/profil/nolden/> [Stand: 10.04.2022].

² Ein „Exit“ meint den geplanten Ausstieg eines Investors oder eines Gründers aus einem Unternehmen mit dem Ziel des Verkaufs der Gesellschaftsanteile zu einem möglichst hohen Preis; vgl.: <https://www.foerderland.de/mittelstapnd/exit/> [Stand: 05.04.2022].

Aber genau diese Vielfältigkeit reizt mich an meiner Arbeit. Eine Gerichtsverhandlung ist wie ein Boxkampf mit Worten. Es ist sehr intensiv und zeitlich sowie argumentativ hochkonzentriert. Eine M&A-Transaktion zieht sich hingegen meist länger hin, streitige Themen werden abgeschichtet und durch Kompromisse gelöst. Am Ende steht ein Verhandlungsergebnis, das für beide Parteien passt. Sie haben hier viel mehr Raum, auch mal einen Schritt zurück zu gehen und bestimmte Punkte noch einmal aufzumachen, wenn sich diese im Verhandlungsverlauf als nachteilig für den/die Mandant*in erweisen.

Zudem beeinflussen viele *non professional*-Themen meine Arbeit und meinen Alltag. Dazu gehören Gespräche wie dieses Interview mit Ihnen, aber auch Recruiting, Marketing und das Halten von Vorlesungen hier an der Uni Bayreuth. Unabdingbar für Anwalt*innen ist die Bereitschaft zum lebenslangen Lernen. Es gibt immer neue Themen, Gesetze und Entscheidungen. Mit jeder neuen Entwicklung kommen mir Fragen wie „Was kann das für meine Mandant*innen bedeuten?“, „Muss ich sie über das Thema informieren?“, „Kann ich daraus ein neues Beratungskonzept entwickeln?“ oder „Wie kann ich an das Thema herangehen?“ in den Sinn. Meine Mandant*innen unterscheiden sich jedoch auch stark in der Beratungsbedürftigkeit. Besonders die größeren Unternehmen müssen von mir nicht über jede relevante Gesetzesänderung informiert werden. Diese sind häufig auch sehr gut vernetzt und teilweise sogar in die Gesetzesvorhaben eingebunden. Anders ist die Situation bei mittelständischen Mandant*innen. Hier organisieren wir zur Information regelmäßig Newsletter oder Mandantenbriefings, die sogar der Vernetzung der Mandanten untereinander dienen.

BayZR: Um noch einmal auf „Suits“ zurückzukommen: Harvey Specters Grundsatz ist, immer zu versuchen möglichst alles außergerichtlich zu klären. Bildet das die Realität auch so ab?

Dr. Christoph Nolden: Nach meiner Überzeugung absolut. Litigation³ bindet massiv Ressourcen im Unternehmen. Bei den Verfahren, die wir führen, gehen nicht selten mehrere Jahre ins Land, bis es zu einer Entscheidung kommt. Große Verfahren schweben dann wie eine dunkle Wolke über dem Unternehmen, blockieren Entscheidungen, verhindern Investitionen und Innovationen. Denn statt ihre Gedanken in die Zukunft und neue Ideen stecken zu können, müssen sich Manager um alte Streitigkeiten kümmern.

Es kann aber auch gute Gründe geben, in einen Prozess zu gehen: So sind unsere Verfahren teilweise so komplex und verworren und die Interessengruppen derart unterschiedlich, dass ein eigentlich sinnvoller Vergleich ohne eine unabhängige Instanz extrem schwierig ist. In diesen Fällen hilft es, wenn ein erfahrenes Gericht in einer ersten Bewertung oder einem Hinweisbeschluss eine Guideline gibt, wie es den Fall rechtlich bewertet und wie eine Lösung aussehen könnte. Mit einem solchen rechtlichen Hinweis können Sie dann die verschiedenen Interessengruppen wie Gesellschafter, Aufsichtsrat, Versicherungen oder Behörden ansprechen und Vergleichsoptionen ausloten.

Teilweise scheidet ein Vergleich auch aus, da das Verfahren enorme Auswirkungen auf ganz andere Prozesse haben kann. Und schließlich gibt es natürlich auch Verfahren, bei denen sich eine Seite aus persönlichen Gründen schlicht weigert, einen Vergleich zu schließen. In diesen Fällen muss man den Streit vor Gericht ausfechten.

BayZR: Als international tätige Kanzlei berät SZA eine große Bandbreite an verschiedenen Mandant*innen. Von mittelständischen Mandant*innen bis hin zu großen DAX-Konzernen ist dabei alles vertreten. Uns würde daher ein Blick hinter die Kulissen interessieren. Verfolgt man je nach Größe und Stellung des/der Mandant*in unterschiedliche Beratungsansätze?

Dr. Christoph Nolden: Die Beratung im Rahmen von Transaktionen oder Prozessen unterscheidet sich kaum. Es gibt aber in der Dauerberatung durchaus verschiedene Beratungsansätze. DAX-Konzerne haben regelmäßig exzellente Rechtsabteilungen, die einen Großteil des „*Corporate Housekeeping*“⁴ selbst abdecken. Diese kommen dann nur mit Fragen auf uns zu, die so speziell oder neu sind, dass sie auf externen Rat angewiesen sind oder von uns eine bestimmte Marktpraxis abfragen. Zum Teil übernehmen wir aber auch eine „Versicherungsfunktion“. Geschäftsleiter*innen müssen ihre Entscheidungen auf wohlinformierter Grundlage treffen. Sie sichern sich dabei durch die Einholung externer Gutachten oder Expertise auch vor eigener Haftung ab.

Die Beratung für mittelständische Unternehmen ist häufiger breiter angelegt. Sie werden hier von den Geschäftsführer*innen oder Gesellschafter*innen zum Teil auch direkt in die Entscheidungen eingebunden, die Sie als Berater eines DAX-Konzerns mit Ihren Gutachten und Stellungnahmen nur vorbereiten. Von mittelständischen Unternehmern kommt häufiger die Frage: „Was soll ich denn jetzt machen?“ Bei der Beantwortung müssen Sie sehr vorsichtig sein. Das Risiko aller Handlungen und deren Folgen liegt bei der/dem Unternehmer*in und nicht bei mir als beratendem Anwalt. Das müssen Sie den Mandanten*innen sehr klar machen,

³ Rechtsstreit(igkeiten); meint in diesem Kontext das Ausfechten von gerichtlichen Streitigkeiten.

⁴ „Corporate Housekeeping“ fasst alle unternehmerischen Maßnahmen zusammen, die zur Erfüllung der handels- und gesellschaftsrechtlichen Vorgaben erforderlich sind; vgl.: <https://www.amp-law.de/wissen/corporate-housekeeping/> [Stand: 05.04.2022].

weshalb ich ihnen, wenn sie diese Frage stellen, erkläre, wie ich in ihrer Situation handeln würde. Ich gebe jedoch keine Empfehlung, wie sie vorgehen sollten. Damit würde ich meine Grenzen als Berater überschreiten.

Nach meiner Erfahrung ist die Beratung für Mittelständler*innen strategischer geprägt. Wenn ich beispielsweise mit einer/-m Mandant*in einen Unternehmenskauf bespreche, geht es nicht nur um die Frage, welche rechtlichen Risiken im Unternehmen stecken, sondern auch darum, ob sich die Mandant*innen den Kauf vor dem Hintergrund ganz anderer Themen wie der COVID-19-Pandemie oder allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklungen überhaupt leisten können. Dann werde ich als Anwalt in Abwägungsprozesse miteinbezogen, die weit über die rechtlichen Kernfragen hinausgehen.

Company Law Package:

- Umfassende Überarbeitung der 2017 verabschiedeten Gesellschaftsrechts-RL,
- Fügt einen Abschnitt zum grenzüberschreitenden Formwechsel hinzu, reformiert die grenzüberschreitende Verschmelzung und schafft einen neuen Abschnitt über grenzüberschreitende Spaltungen,
- Umfassende Digitalisierungsmaßnahmen, insbesondere Online-Gründung von Kapitalgesellschaften .

Vgl.: *Teichmann*, Grundlinien eines europäischen Umwandlungsrechts: Das „EU-Company Law Package 2018“, NZG 2019, S. 241 (241 f.).

BayZR: Nach diesem Einblick in Ihren anwaltlichen Alltag bietet sich als Übergang zu den Beiträgen noch ein Exkurs zum Stichwort „Gesteigerte Mobilität für Unternehmen“ an. Das sog. Company Law Package der EU soll einen Unionsrahmen für grenzüberschreitende Umwandlungsmaßnahmen für Kapitalgesellschaften schaffen. Welche Neuerungen sind dabei vorgesehen? Wirken sich diese Änderungen bereits auf aktuelle Mandate von Ihnen aus?

Dr. Christoph Nolden: Wir sehen das Company Law Package zweigeteilt. Der eine Teil betrifft Themen wie grenzüberschreitende Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel. Der andere umfasst vor allem Digitalisierungsfragen, etwa bei den Registern oder den Gesellschaftsgründungen. Dies wird sich in der Praxis deutlich

auswirken. Zwar ist Deutschland im europäischen Vergleich bei der Digitalisierung grundsätzlich schon gut aufgestellt. Die Register werden gut geführt und sind vor allen Dingen verlässlich. Es gibt aber durchaus regionale Unterschiede in der Abwicklung und der Zusammenarbeit mit den Registern. Wir bekommen in Frankfurt eine Gesellschaftsgründung innerhalb von einer Woche ins Register, in Kaiserslautern haben wir zuletzt drei Wochen benötigt. Hier werden die europäischen Regelungen sicherlich dazu führen, dass diese Dinge künftig schneller und einheitlicher ablaufen werden.

Von großer praktischer Relevanz werden in der Zukunft sicherlich die geplanten Online-Gesellschaftsgründungen sein. Hier sind wir auf die konkrete Umsetzung unter Einbindung der Geldwäschevorschriften sehr gespannt. Auf eine geglückte Vereinfachung auf diesem Gebiet ist meiner Meinung nach aber sehr zu hoffen.

Der Teil des Company Law Packages, der die Bereiche der grenzüberschreitenden Umwandlungen wie Spaltungen und den Formwechsel betrifft, ist dabei eher materieller Natur und auch umfangreicher. Die Neuerungen in diesem Bereich sind aufgrund der hohen praktischen Relevanz, die man schon an den vielzähligen EuGH-Entscheidungen⁵ zu grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgängen erkennen kann, sehr zu begrüßen. Außerhalb der grenzüberschreitenden Verschmelzung herrscht große Rechtsunsicherheit. In der Praxis stützt man sich auf bestimmte Muster und Leitlinien, wie etwa die Checkliste der Richter*innen des Kammergerichts in Berlin⁶ für den grenzüberschreitenden Formwechsel. Da diese Liste aber natürlich nicht bindend ist, sind im Einzelfall doch wieder umfassende Abstimmungen mit den zuständigen Behörden und Registern in Deutschland und den EU-Mitgliedsstaaten erforderlich. Insoweit ist es sehr zu begrüßen, dass es auf diesem Gebiet zu einer Rechtsvereinheitlichung kommt.

Bei unseren Mandant*innen ist das Bedürfnis für rechtssichere grenzüberschreitende Maßnahmen gerade bei Konzernumstrukturierungen groß. Wir haben jüngst für eine französische Mandantin die Möglichkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels einer deutschen Tochtergesellschaft intensiv geprüft. Insofern ist es durchaus sinnvoll, dass diese Regelungen niedergeschrieben und rechtlich gesichert werden. Erfahrungsgemäß werden allerdings noch einige Jahre vergehen bis sich eine einheitliche Rechtsanwendung bei den Registern und Gerichten etabliert hat. Zunächst bleibt auch abzuwarten, welche Maßnahmen von den Mitgliedsstaaten zum Schutz vor Rechtsmissbrauch und unerwünschten „Abwanderungen“ getroffen werden.

Kritisch sehe ich gegenwärtig die Möglichkeit bei der Ausstellung der Vorabbescheinigung zu prüfen, ob eine Transaktion rechtsmissbräuchlich ist. Die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit ist in hohem Maße unsicher und kann wieder ein Einfalltor für Alleingänge der Mitgliedsstaaten sein. Letztlich kann dieses Kriterium wieder zu der Ausgangssituation führen, dass die Berater für jede beteiligte Jurisdiktion die Voraussetzungen und Anforderungen an die grenzüberschreitende Umwandlung prüfen und mit den nationalen Behörden individuell abstimmen müssen.

⁵ Z.B. EuGH v. 5.11.2002, Überseering BV / Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), RS C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632; EuGH v. 12.07.2012, VALE Építési kft, RS C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440; EuGH v. 25.10.2017, Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o., RS C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804.

⁶ Kammergericht, Beschluss v. 21.3.2016 – 22 W 64/15.

BayZR: Die Frage, ob grenzüberschreitende Umstrukturierungsmaßnahmen nach dem Wirksamwerden noch rückgängig gemacht werden können oder nicht, liefert innerhalb der Literatur Anlass zu reger Diskussion. Beantwortet das Company Law Package diese Frage nach dem Bestandsschutz nun endlich? Wie wirkt sich der Bestandsschutz nach all den theoretischen Erwägungen in der praktischen Anwendung aus?

Dr. Christoph Nolden: Das Problem wurde im Company Law Package erkannt und angegangen. Es gibt nun für alle Umwandlungen die Regelung über die Vorabbescheinigung⁷. Damit ist jetzt umfassender geregelt und es ist stringenter festgelegt, was in die Vorabbescheinigung aufzunehmen ist und damit von den Behörden der Mitgliedstaaten geprüft werden muss. Meiner Meinung nach werden die Rechtsunsicherheiten damit aber nur etwas nach vorne verlegt, da der bereits angesprochene Unsicherheitsfaktor der Rechtsmissbräuchlichkeit besteht. Hat man aber die Vorabbescheinigung erhalten, ist man weitgehend im sicheren Hafen.

Zu beachten ist aber auch, dass die ersten Transaktionen, die auf Basis des Company Law Package erfolgen werden, voraussichtlich konzerninterne Umstrukturierungen sein werden. Solche Transaktionen sind eher selten streitig. Insoweit kann jetzt die Basis für eine europaweite Rechtsvereinheitlichung gelegt werden, bevor im nächsten Schritt komplexere Transaktionen durchgeführt werden, die von außenstehenden Parteien wie Minderheitsgesellschafter*innen, Arbeitnehmer*innen oder Gläubiger*innen angegriffen werden können. Hier muss sich dann die vom Company Law Package angestrebte Rechtssicherheit bewähren.

BayZR: Am 23.08.2020 ist das Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WStFG)⁸ zur Stabilisierung der Realwirtschaft zur Eindämmung der Folgen der COVID-19-Pandemie in Kraft getreten. In dem 2020 in der DStR erschienenen Aufsatz „Das Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz im aktienrechtlichen Kontext“⁹ haben Sie zusammen mit Herrn Dr. Heusel und Herrn Dr. Goette einen Überblick über die wichtigsten aktienrechtlichen Anpassungen gegeben und aufgezeigt, welche praktischen Auswirkungen damit verbunden sind. Könnten Sie uns deshalb noch einmal kurz darlegen, welche Änderungen das WStFG mit sich gebracht hat und welche konkreten Ziele hiermit verfolgt wurden?

Nachdem die Stabilisierungsmaßnahmen des WStFG auf das Jahresende 2021 befristet waren, würde uns zudem interessieren, inwieweit sich die Regelungen bewährt haben und welche Auswirkungen vor allem in Ihrer Praxis erkennbar geworden sind.

Dr. Christoph Nolden: Das WStFG hat als Kriseninstrument sicherlich gut funktioniert. Das damalige Gesetz hatte im Grunde zwei Teile: Ziel war es zum einen, den Unternehmen in der Kapitalisierung Flexibilität zu geben. Man hat zu Recht befürchtet, dass die COVID-19-Pandemie bei einer Vielzahl von Unternehmen zu Umsatzeinbrüchen führt. Daraufhin hat man sich an die Instrumente des SoFFin (Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung) zur vorübergehenden Stützung von im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen Instituten erinnert. Der Staat hat, wie beim SoFFin, bestimmte staatliche Finanzierungsoptionen, wie insbesondere die Beteiligung am Kapital der Unternehmen ermöglicht. Diese Maßnahmen gelten durchaus als *ultima ratio* und mussten auch in der jetzigen Krise nur von wenigen Unternehmen in Anspruch genommen werden.

Zum anderen hat man es den Unternehmen erleichtert, auch auf herkömmliche Art Kapital aufzunehmen. In dieser Situation wurden Unternehmen beispielsweise durch die Regulierung von Anfechtungen¹⁰ unterstützt. Weiterhin wurde die Online-Hauptversammlung eingeführt, um die Unternehmen generell handlungsfähig zu halten. Bei der Bewertung dieser Maßnahmen wird man immer berücksichtigen müssen, dass sie die Aktionärsrechte einschränken, die sich historisch entwickelt und in der „normalen“ Praxis weitgehend bewährt haben. Man wird daher genau prüfen müssen, welche Einschränkungen nur in einer Krise

SoFFin:

Ehemals von der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FSMA) verwaltetes Sondervermögen des Bundes zur Stützung des Finanzmarktes vor dem Hintergrund der Finanzmarktkrise 2008. SoFFin diente der Stärkung des Eigenkapitals von Finanzinstituten sowie einer Überbrückung von Liquiditätsengpässen. Umfasst war dabei z.B. die Beteiligung des Bundes an der Commerzbank AG sowie der Hypo Real Estate Holding AG.

Vgl.: <https://www.gabler-banklexikon.de/definition/sonderfonds-finanzmarktstabilisierung-soffin-70600> [Stand: 01.04.2022].

⁷ Vorabprüfung durch die nationalen Gerichte, Notare oder sonstige Behörden des Wegzugsstaates, ob die grenzüberschreitende Umwandlungsmaßnahme zu missbräuchlichen, kriminellen oder betrügerischen Zwecken durchgeführt werden soll; vgl.: *Brehm/Schümmer*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Richtlinie über grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen – Ein Vergleich zur bisherigen Praxis auf Basis der EuGH-Rechtsprechung, NZG 2020, S. 538 (542, 544).

⁸ https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_II/19_Legislaturperiode/2020-03-27-WStFG/0-Gesetz.html [Stand: 10.4.2022].

⁹ *Nolden/Heusel/Goette*, Das Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz im aktienrechtlichen Kontext, DStR 2020, S. 800 ff.

¹⁰ Durch das WStFG wurde u.a. das Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz (WStBG) geändert. Hiernach dämmt z.B. § 5 Abs. 4 WStBG das Risiko einer Anfechtung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses wegen eines unangemessen niedrigen Ausgabebetrages nach § 255 Abs. 2 AktG ein; vgl.: *Nolden/Heusel/Goette*, DStR 2020, S. 800 (802).

gerechtfertigt sind und welche Maßnahmen – wie etwa die Online-Hauptversammlung – eher zu einer angemessenen Fortentwicklung des Aktienrechts taugen.

Nach meiner Beobachtung hat sich das WStFG nicht besonders stark in der Praxis ausgewirkt, da der Staat noch mit zwei anderen Instrumenten, die nicht in diesem Gesetz enthalten sind, gearbeitet hat: Zum einen die vielfältigen Kreditmöglichkeiten der KfW-Corona-Hilfe¹¹ und die Fördermöglichkeiten, die auf diesem Weg geschaffen wurden. Damit konnten viele Unternehmen eine finanzielle Absicherung erlangen, ohne die rigiden und eher als *ultima ratio* ausgestalteten Möglichkeiten des WStFG in Anspruch nehmen zu müssen. Geholfen hat den Unternehmen in der Krise auch die Aussetzung der Insolvenzpflicht, die vielen betroffenen Gesellschaften zunächst eine Atempause ermöglicht hat.

Insgesamt lässt sich zusammenfassen, dass sich das WStFG und seine begleitenden Maßnahmen als Kriseninstrument definitiv bewährt hat. Und mit der Online- bzw. hybriden Hauptversammlung hat der Gesetzgeber ja schon ein in der COVID-19-Pandemie eingeführtes Instrument, das sich bewährt hat, in die Verlängerung gegeben.

BayZR: Vielen herzlichen Dank für die Zeit, die Sie sich genommen haben, sowie für die spannenden Antworten und Denkanstöße!

Interview mit Rechtsanwältin Veronika Wetlitzky

BayZR: Guten Tag Frau Wetlitzky. Vielen herzlichen Dank, dass Sie sich die Zeit für ein Interview mit uns genommen haben! Sie sind seit 2020 als Rechtsanwältin bei honert in München¹² mit Schwerpunkten im Gesellschaftsrecht, Kapitalmarktrecht und Transaktionen (M&A) tätig. Für uns ist es sehr spannend, Einblicke zu unserem Schwerpunkt „Unternehmensrecht“ aus der Praxis zu erhalten. Zunächst einmal würde uns deshalb interessieren, was Sie an Ihrer Tätigkeit in diesen Schwerpunktbereichen so fasziniert? Könnten Sie uns auch kurz einen groben Überblick darüber geben, welche Gebiete Sie aktuell am meisten beschäftigen?

Veronika Wetlitzky: Sagen wir so: Im Unternehmensrecht wurde mir noch nie langweilig. Ich habe es immer als sehr „handfestes“ Rechtsgebiet erlebt. Aus diesem Grund habe ich mich auch für ein Schwerpunktstudium im Kapitalgesellschaftsrecht entschieden. Eine Bearbeitung gesellschaftsrechtlicher Themen erfordert sorgfältiges Arbeiten und oft gute Detailkenntnisse. Andererseits bildet das Gesellschaftsrecht den rechtlichen Rahmen, in dem sich das gesamte wirtschaftliche Leben abspielt: es ist also keinesfalls trocken, sondern hat vielfältigste Anwendungsmöglichkeiten. Gesellschaftsrechtliche Fragestellungen sind sowohl für Startup-Gründer*innen als auch für etablierte Dax-Konzerne relevant. Von der Gründung eines Einzelunternehmens bis zur grenzüberschreitenden Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften ist daher alles dabei.

Während einer Einzelunternehmer*in aber vergleichsweise wenige rechtliche „Fesseln“ auferlegt sind, steigt die Dichte der zu beachtenden Vorschriften etwa bei börsennotierten Aktiengesellschaften sprunghaft an. Zu meiner Tätigkeit gehört auch die Vorbereitung und Unterstützung bei der Durchführung von Hauptversammlungen der Aktiengesellschaft. Das Fehlerpotenzial ist aufgrund der umfangreichen formellen Anforderungen für die Gesellschaften enorm hoch. An der Schnittstelle zum Kapitalmarktrecht beschäftigen uns in der anwaltlichen Praxis auch etwa Ad-hoc-Publizitätspflichten oder Insider Trading-Vorschriften nach der Marktmissbrauchsverordnung.¹³

Schließlich gehört zu meinem Tätigkeitsfeld auch der Transaktionsbereich. Das umfasst sowohl den klassischen Unternehmenskauf, auch Mergers & Acquisitions genannt, als auch die Durchführung von Umstrukturierungsmaßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz, also Verschmelzungen, Umwandlungen und Spaltungen. Solche Maßnahmen werden vor allem dann durchgeführt, wenn sich Konzerne neu aufstellen, etwa um operatives Geschäft zwischen Tochtergesellschaften zu verschieben oder ihre Struktur zu verschlanken. Insbesondere das M&A-Geschäft ist sehr schnelllebig – zwischen der Unterzeichnung eines Letter of Intent¹⁴ über die Durchführung einer Due Diligence¹⁵ bis zur Beurkundung des Unternehmenskaufvertrags bei der Notar*in, Signing genannt, liegen meist nur wenige Wochen. Während das natürlich durchaus eine hohe Arbeitsbelastung mit sich bringen kann, ist es sehr spannend, an dieser Form der gesellschaftsrechtlichen Praxis mitzuarbeiten.

¹¹ <https://www.kfw.de/inlandsfoerderung/Unternehmen/KfW-Corona-Hilfe/> [Stand: 10.4.2022].

¹² vgl.: <https://honert.de/personen/veronika-wetlitzky/> [Stand: 09.04.2022].

¹³ vgl.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014R0596-20210101&from=EN> [Stand: 09.04.2022].

¹⁴ Eine unverbindliche Absichtserklärung zwischen Käufer*in und Verkäufer*in.

¹⁵ Prüfung und Analyse eines Unternehmens, die im Regelfall durch eine/-n potenzielle/-n Käufer*in eines Unternehmens vorgenommen wird.

BayZR: Sie sagten uns im Vorfeld, dass Sie in der Praxis aktuell mit den immer wichtiger werdenden CSR- und ESG-Pflichten in der Unternehmensführung beschäftigt sind. Inwiefern werden diese Pflichten immer wichtiger und wie helfen Sie Ihren Mandanten*innen, diese Pflichten in ihre Corporate Governance einzubinden?

Veronika Wetlitzky: Richtig. Kurz gesagt bezeichnet die Corporate Social Responsibility (CSR) die Verantwortung des Unternehmens für seine Auswirkungen auf die Gesellschaft. Oft werden auch die Schlagwörter „Environmental, Social, Governance“ (ESG) verwendet, um Standards einer nachhaltigen Kapitalanlage zu benennen.

Darunter fallen vor allem Transparenz- und Publizitätspflichten. Unsere Aufgabe ist es, Unternehmen bei der Erfüllung dieser Pflichten zu unterstützen. Keine leichte Aufgabe, denn die Anforderungen in diesem Bereich steigen seit Jahren stark an.

Bereits seit 2017 müssen beispielsweise große kapitalmarktorientierte Unternehmen ihren jährlichen Lagebericht um eine sogenannte nichtfinanzielle Erklärung erweitern, die auf Umweltbelange, Arbeitnehmerbelange, Sozialbelange, die Achtung der Menschenrechte und die Bekämpfung von Korruption und Bestechung eingehen muss (§§ 289b ff. HGB).¹⁶ Unternehmen müssen darstellen, welche Konzepte sie zur Achtung der CSR-Belange eingerichtet haben. Gemeint sind hier vor allem Due Diligence-Prozesse. Ebenso müssen Unternehmen die CSR-Risiken angeben, die mit ihrer Geschäftstätigkeit und ihren geschäftlichen Beziehungen verknüpft sind – jedoch nur, wenn die Geschäftstätigkeit sehr wahrscheinlich schwerwiegende negative Auswirkungen auf CSR-Belange hat oder haben wird. Das ist eine hohe Schwelle.

Darüber hinaus müssen große kapitalmarktorientierte Unternehmen bereits ab dem 1. Januar dieses Jahres nach der neuen EU-Taxonomie-Verordnung (VO (EU) 2020/852)¹⁷ auch den Anteil ihrer Umsatzerlöse und Investitions- und Betriebsausgaben veröffentlichen, die mit ökologisch nachhaltigen Wirtschaftstätigkeiten verbunden sind. Ziel ist die Etablierung eines Klassifizierungssystems für Investments. Anleger*innen sollen Informationen darüber erhalten, ob ihre Finanzanlage tatsächlich als nachhaltig gelten kann oder ob „Greenwashing“ betrieben wird. Dafür muss eine wirtschaftliche Tätigkeit einem von sechs Umweltzielen, darunter Klimaschutz, Ressourcenschutz, Etablierung einer Kreislaufwirtschaft und Vermeidung von Umweltverschmutzung, entsprechen. Sie darf auch keinem dieser Ziele widersprechen – es gilt also der Grundsatz „Do no significant harm“. Die Taxonomie-Verordnung ist Teil des EU-Aktionsplans „Sustainable Finance“, der eine Ausrichtung der Kapitalflüsse hin zu einer nachhaltigeren Wirtschaft bezweckt.

Auch in Zukunft ist mit einer Ausweitung der Corporate Sustainability-Berichtspflichten zu rechnen. Bisher gilt die CSR-Berichtspflicht nur für große Kapitalgesellschaften mit mehr als 500 Mitarbeiter*innen. Allerdings wird die sog. Non-financial Reporting Directive (RL 2014/95/EU),¹⁸ auch als CSR-Richtlinie bekannt, gerade überarbeitet. Nach dem Vorschlag der Europäischen Kommission sollen zukünftig alle börsennotierten Unternehmen über nichtfinanzielle Aspekte berichten, unabhängig von ihrer Größe. Auf andere Unternehmen soll die Berichtspflicht schon dann ausgeweitet werden, wenn diese 250 anstatt 500 Arbeitnehmer*innen beschäftigen. Schätzungen nach wird sich damit die Zahl der berichtspflichtigen Unternehmen in Deutschland verzehnfachen. Auch werden die Anforderungen an die Nachhaltigkeitsberichterstattung inhaltlich noch einmal erweitert: Es müssen beispielsweise künftig Angaben dazu gemacht werden, wie die Unternehmensstrategie zum Übergang zu einer nachhaltigen und klimaneutralen Wirtschaft beiträgt, und welche negativen CSR-Auswirkungen im Zusammenhang mit der Wertschöpfungskette des Unternehmens auftreten können. Die neuen Regeln könnten schon zum Berichtsjahr 2023 gelten. Sind die Strukturen für die Erfassung und Aufbereitung dieser Daten im Unternehmen noch nicht vorhanden, wird das eine durchaus komplexe Aufgabe. Wir helfen unseren Mandanten*innen daher schon jetzt, diese Aufgabe anzugehen – durch gute Vorbereitung.

BayZR: In Bezug auf Aktiengesellschaften lässt sich eine immer stärkere Verschiebung vom Shareholder Value¹⁹ zum Stakeholder Value²⁰ beobachten. Warum kam es zu dieser Entwicklung und welche Folgen, sowohl für die Unternehmen als auch für die Share- und Stakeholder, können Sie beobachten?

Veronika Wetlitzky: Grundsätzlich leitet der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung. Ihm kommt dabei ein weiter unternehmerischer Ermessenspielraum zu. Allerdings unterliegt dieses Ermessen gewissen Beschränkungen – zum einen natürlich gesetzlichen Bestimmungen, zum anderen dem sog. Unternehmensinteresse. In wirtschaftlichen Unternehmen treffen verschiedenste, oft gegensätzliche Interessen aufeinander: neben den Aktionären*innen sind das etwa Arbeitnehmer*innen, Zulieferer*innen, Kunden*innen, Gläubiger*innen und Kreditgeber*innen, aber auch die Öffentlichkeit an sich. Kern der „Shareholder vs. Stakeholder Value“-Thematik ist die Frage, welchen Interessen der Vorstand in unternehmensstrategischen Entscheidungen den Vorzug geben sollte. Ein reiner Shareholder Value-Ansatz priorisiert die Maximierung des Marktwerts zugunsten der Aktionäre, während ein

¹⁶ vgl.: https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/_289b.html [Stand: 09.04.2022].

¹⁷ vgl.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R0852> [Stand: 09.04.2022].

¹⁸ vgl.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0095&from=RO> [Stand: 09.04.2022].

¹⁹ Aktionärswert; der Marktwert des Eigenkapitals von Unternehmen.

²⁰ Wert bzw. Nutzen eines Unternehmens für wichtige Anspruchs- oder Interessengruppen.

Stakeholder Value-Ansatz im Wesentlichen darauf ausgerichtet ist, alle im Unternehmen zusammenlaufenden Belange zu berücksichtigen, ohne dass eine Gruppe von vornherein zu bevorzugen ist.

Die Ausrichtung am Stakeholder Value ist aber gar nicht so neu: nach § 70 Abs. 1 des Aktiengesetzes (AktG) 1937 musste der Vorstand die Gesellschaft so leiten, „wie das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern.“ Der Gesetzgeber von 1965 strich diesen Zusatz, ging aber weiterhin davon aus, dass der Vorstand bei der Unternehmensleitung auch die Belange der Arbeitnehmer*innen und der Allgemeinheit zu berücksichtigen habe. Auch heute vertritt die Literatur überwiegend einen Stakeholder Value-Ansatz.

Allerdings ist die Diskussion um Geschäftsleiterpflichten gerade in Bezug auf Nachhaltigkeitsthemen derzeit im Fluss. Inwieweit darf oder muss der Vorstand beispielsweise bei der Unternehmensleitung ökologische und soziale Belange berücksichtigen?

Grundsätzlich gilt, dass der Vorstand nicht verpflichtet ist, Nachhaltigkeitsbelange zu fördern. Er darf sie jedoch auch dann berücksichtigen, wenn keine konkreten gesetzlichen Vorgaben bestehen. Es ist also von seinem unternehmerischen Ermessensspielraum gedeckt, höhere als vorgeschriebene Umweltstandards einzuführen oder Lieferketten danach auszuwählen, ob diese Nachhaltigkeitskriterien einhalten – auch wenn dieses Vorgehen keine messbare Renditeerhöhung oder Steigerung des Unternehmenswerts mit sich bringt. Selbstverständlich darf er nicht die Existenz des Unternehmens an sich oder dessen dauerhafte Rentabilität gefährden. Ansonsten aber liegt eine nachhaltige Unternehmensführung durchaus im Bereich des Möglichen. Tatsächlich gibt es immer mehr Aktionäre*innen, die genau das einfordern. Auch die bereits angesprochenen CSR-Pflichten sollen schließlich Unternehmen dazu anregen, höhere Sozial- und Umweltstandards in ihre Unternehmenspraxis zu integrieren.

Dass Nachhaltigkeit zur Chefsache wird, zeigt sich beispielsweise auch daran, dass der Aufsichtsrat der AG, der für die Festlegung der Vorstandsvergütung zuständig ist, diese an der einer nachhaltigen Unternehmensentwicklung auszurichten hat (§ 87 I 2 AktG);²¹ er soll bei der Wahl der Vergütungsanreize auch soziale und ökologische Gesichtspunkte in den Blick nehmen.

Wir sehen also, dass die Verfolgung nichtfinanzieller Ziele für alle Beteiligten des Kapitalmarkts immer wichtiger wird und bald zu den Standards guter Unternehmensführung gehören kann. Der aktuelle Entwurf des Deutschen Corporate Governance Kodex empfiehlt etwa, dass der Vorstand die mit den Sozial- und Umweltfaktoren verbundenen Risiken und Chancen für das Unternehmen sowie die ökologischen und sozialen Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit systematisch identifiziert und bewertet. Darüber hinaus soll die Unternehmensplanung auch nachhaltigkeitsbezogene Ziele enthalten. Wird dies so umgesetzt, bedeutet das, dass die Vorstände börsennotierter AGs in Zukunft erläutern müssen, warum sie mit ihrer Unternehmensstrategie keine Nachhaltigkeitsaspekte verfolgen – eine Regelung mit enormer Signalwirkung.

BayZR: In der aktuellen Entwicklung des Unternehmensrechts ist insbesondere das 2021 verabschiedete Lieferkettengesetz²² zu nennen. Das Gesetz legt klare und umsetzbare Anforderungen für die Sorgfaltspflichten von Unternehmen fest und soll so Rechtssicherheit für Unternehmen und Betroffene schaffen. Würden Sie nach Ihren Erfahrungen sagen, dass das Gesetz diese Ziele erfüllt? Und wird sich das Gesetz in der Praxis bewähren bzw. vor welche Herausforderungen werden Sie in Ihrer Tätigkeit gestellt?

Veronika Wetlitzky: Hintergrund des Lieferkettengesetzes sind die seit Jahren bekannten menschenrechtsunwürdigen Zustände bei Zulieferern in Drittländern, beispielsweise in der Textilindustrie - man denke nur an den schrecklichen Einsturz der Textilfabrik Rana Plaza in Bangladesch, bei dem 2013 über 1000 Menschen ums Leben kamen. Westliche Unternehmen, die in diesen Ländern produzieren lassen, legen ihre Lieferketten bisher sehr selten freiwillig offen. Hinzu kommt in Deutschland, dass sogar berichtspflichtige Unternehmen in ihrer nichtfinanziellen Erklärung bisher von einer Berichterstattung in Bezug auf ihre Lieferkette absehen können, wenn sie diese Angaben nicht für bedeutsam halten. Oft wissen sie über Arbeitsbedingungen in einzelnen Fabriken auch gar nicht Bescheid – die Lieferkette ist von der Rohstoffproduktion bis zum fertigen Produkt sehr lang.

Das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) wurde zwar im Juli 2021 verabschiedet, es tritt jedoch erst zum 1. Januar 2023 in Kraft. Den Unternehmen wurde also eine gewisse Schonfrist zugestanden. Es ist deshalb noch offen, wie es sich in der Praxis auswirken wird. Allerdings ist auch hier davon auszugehen, dass der unternehmensinterne Aufwand zur Einrichtung der erforderlichen Strukturen sehr hoch sein wird, allein um den erforderlichen Dokumentations- und Berichtspflichten nachzukommen. Betroffen sind zunächst nur Unternehmen, die 3000 Mitarbeiter*innen und mehr beschäftigen. Ab dem 1. Januar 2024 sinkt diese Schwelle allerdings auf 1000 Mitarbeiter*innen.

Das Gesetz definiert bestimmte menschenrechts- und umweltbezogene Risiken wie Kinderarbeit, Sklaverei, unsichere Arbeitsbedingungen und Umweltverschmutzungen. Ziel des Gesetzes ist es, dass Unternehmen bestimmte Schritte ergreifen, um menschenrechts- oder umweltbezogene Risiken vorzubeugen oder sie zu minimieren sowie Pflichtverletzungen in diesem

²¹ vgl.: https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/_87.html [Stand: 09.04.2022].

²² vgl.: <https://www.bmz.de/de/entwicklungspolitik/lieferkettengesetz> [Stand: 09.04.2022].

Zusammenhang zu beenden. Zu den zu beachtenden „Sorgfaltspflichten“ gehört etwa die Einrichtung eines Risikomanagements und die Durchführung regelmäßiger Risikoanalysen, die Verankerung von Präventionsmaßnahmen im eigenen Geschäftsbereich und gegenüber unmittelbaren Zulieferern – bis hin zum Abbruch von Geschäftsbeziehungen - sowie die Umsetzung von Sorgfaltspflichten in Bezug auf mittelbare Zulieferer, allerdings nur bei substantiiertem Kenntnis einer möglichen menschenrechts- oder umweltbezogenen Pflichtverletzung. Unternehmensintern muss auch ein Beschwerdeverfahren für Whistleblower eingerichtet werden. Die Definition der erfassten Lieferkette ist sehr weitreichend – sie umfasst alle Schritte im In- und Ausland, die zur Herstellung der Produkte erforderlich sind, angefangen von der Gewinnung der Rohstoffe bis zur Lieferung an den Endkunden. Erfasst sind damit grundsätzlich alle Stationen entlang der Lieferkette.

Eine „Erfolgspflicht“ gibt es allerdings nicht. Die Unternehmen müssen sich lediglich bemühen, die genannten Risiken zu minimieren oder zu beenden. Auch der Umfang der zu ergreifenden Sorgfaltspflichten des Unternehmens hängt unter anderem vom Umfang der Einflussmöglichkeiten auf die unmittelbare Verursacher*in eines menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risikos und von dem individuellen Verursachungsbeitrags des Unternehmens ab. Je weiter die kritischen Stationen der Lieferkette demnach von den Unternehmen entfernt sind, desto weniger umfassend werden die Sorgfaltspflichten ausfallen. Zudem enthält das LkSG keine zivilrechtlichen Haftungsmechanismen, sondern sieht bei Verstößen allein die Verhängung von Bußgeldern vor. Damit blieb das Gesetz hinter manchen Erwartungen zurück.

Am 23. Februar dieses Jahres hat allerdings nun die Europäische Kommission einen Richtlinienvorschlag zum Thema „Sustainability Due Diligence“²³ in Lieferketten veröffentlicht. Im Grundsatz stimmt der Entwurf mit dem LkSG überein: Unternehmen müssen Sorgfaltspflichten erfüllen, um die Verletzung menschenrechtlicher und umweltbezogener Pflichten zu vermeiden, abzumildern oder zu beenden. Als angemessene Maßnahmen sind beispielsweise wie im deutschen Gesetz die Einrichtung von Due Diligence-Prozessen und die Einholung vertraglicher Zusicherungen über die Einhaltung gewisser Mindeststandards von Vertragspartner*innen sowie, wo möglich, auch von weiteren Unternehmen in der Lieferkette vorgesehen.

Allerdings geht der Entwurf in einigen Punkten auch über das deutsche Gesetz hinaus. Zum Beispiel enthält der Entwurf nur eine Schwelle von 500 Arbeitnehmer*innen. Für bestimmte Branchen, etwa Textilbranche, Landwirtschaft und Lebensmittelindustrie, soll die Schwelle schon bei 250 Arbeitnehmer*innen erreicht sein. Außerdem sieht der Entwurf eine zivilrechtliche Haftung der Unternehmen bei Verstößen gegen die Sorgfaltspflicht vor. Liegt ein Verstoß gegen die dort statuierten Due Diligence-Pflichten vor und tritt infolgedessen ein Schaden ein, haftet das betroffene Unternehmen. Damit können in Zukunft Betroffene Schadensersatzansprüche wegen Sorgfaltspflichtverletzungen direkt gegenüber den Unternehmen geltend machen. Diese Regelung ist bisher zwingend vorgesehen, d.h. sie muss von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden. Es ist zu erwarten, dass uns die neuen Regelungen in der Praxis in Zukunft intensiv beschäftigen werden, nicht zuletzt, weil noch viel Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Umsetzung herrscht.

²³ vgl.: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en [Stand: 09.04.2022].