

Festschrift für Michael Hoffmann-Becking
zum 70. Geburtstag

FESTSCHRIFT FÜR
MICHAEL HOFFMANN-BECKING
ZUM
70. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN
VON
GERD KRIEGER
MARCUS LUTTER
KARSTEN SCHMIDT



VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN 2013

www.beck.de

ISBN 978 3 406 64781 9

© 2013 Verlag C.H.Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: BELTZ Bad Langensalza GmbH,
Neustädter Straße 1–4, 99947 Bad Langensalza

Satz: ottomedien, Birkenweg 12, 64295 Darmstadt

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

VORWORT

Mit dieser Festschrift würdigen Autoren und Herausgeber einen Anwalt, der in Wirtschaft, Wissenschaft und Justiz ebenso wie bei seinen Berufskollegen als führender Gesellschaftsrechtsanwalt anerkannt ist und das Aktien- und Konzernrecht wie kaum ein anderer Praktiker geprägt hat.

Michael Hoffmann-Becking wurde am 8. Februar 1943 in Magdeburg geboren. Beide Eltern waren Ärzte und stammten aus Essen. Hierhin zog die Familie nach dem Krieg zunächst zurück, bevor sie nach Olpe im Sauerland wechselte. In Olpe verbrachte Michael Hoffmann-Becking den Großteil seiner Schulzeit und legte 1962 das Abitur ab. Es folgte das Jurastudium in Freiburg, München und Münster bis zum Referendarexamen im Jahre 1966. Die als überwiegend langweilig und fruchtlos empfundene Referendarausbildung nutzte er für eine Nebentätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft und als Doktorand bei Hans J. Wolff, dem Grandseigneur des deutschen Verwaltungsrechts in Münster. 1968 wurde er dort mit einer Dissertation über den Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte zum Dr. jur. promoviert. Nach dem 1970 absolvierten Assessorexamen wandte Hoffmann-Becking sich zunächst weiter dem Verwaltungsrecht zu und ging als wissenschaftlicher Assistent zu Hans-Uwe Erichsen nach Bochum. Als bald meldeten sich jedoch Zweifel, ob er nicht als reiner Wissenschaftler den Reiz der Praxis vermissen würde. So war es eine glückliche Fügung, dass er Anfang 1971 Hans Hengeler kennenlernte, einen der mit Carl Hans Barz, Max Kreifels, Wolfgang Schilling und wenigen anderen führenden Wirtschaftsanwälte der Nachkriegsjahrzehnte. Um Rat gefragt, empfahl Hans Hengeler ihm zunächst, an der Hochschule zu bleiben, um ihm dann aber nur wenige Tage später das Angebot zu machen, nach Düsseldorf zu kommen. 1971 trat Michael Hoffmann-Becking als anwaltlicher Mitarbeiter in die seinerzeitige Praxis Hengeler Kurth Wirtz in Düsseldorf ein, 1975 wurde er Partner der Sozietät. Dies ist er bis heute.

Sein Mentor Hans Hengeler hat Michael Hoffmann-Becking vom Verwaltungsrecht weglockt. So wurde der Schwerpunkt seiner anwaltlichen Tätigkeit das Gesellschaftsrecht, insbesondere das Aktien- und Konzernrecht, und die Beratung börsennotierter Unternehmen und Familiengesellschaften. Im Kreis seiner Mandanten finden sich die größten deutschen Gesellschaften. Die Unternehmenspraxis kennt seit Jahrzehnten kaum einen bedeutenden Zusammenschluss, an dem er nicht als Ratgeber beteiligt war, und es gibt kaum einen Vorstand oder Aufsichtsrat, in dem sein Rat nicht gefragt ist. Die Zahl der Familiengesellschaften, für die er Lösungen bei Problemen im Gesellschafterkreis gefunden hat, ist Legion, und die Liste der Aufsichtsräte, Beiräte und anderer Beratungsgremien, in die er berufen wurde, ist lang.

Michael Hoffmann-Becking ist zugleich ein Wissenschaftler von hohen Graden. Nur Anwalt zu sein, hat ihm nie ausgereicht. Ihm bedeutet es viel, auch an der wis-

senschaftlichen Durchdringung und Fortentwicklung seines Rechtsgebiets mitzuwirken. Als vielgefragter Referent und engagierter Diskutant auf wissenschaftlichen Tagungen, als Autor wegweisender Beiträge, als Herausgeber und Mitautor des gerade in 4. Auflage erscheinenden Bandes zum Aktienrecht im Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts und als Mitherausgeber maßgeblicher Zeitschriften (ZHR, NZG), des Beck'schen Formularbuchs zum Handels- und Wirtschaftsrecht und anderer Publikationen, hat er es immer wieder verstanden, den Schatz seiner praktischen Kenntnisse und Erfahrungen für die Wissenschaft nutzbar zu machen. Dabei beherzigt er stets, dass der Anwalt wissenschaftlich nur Gehör findet, wenn er nicht der Versuchung erliegt, im Gewande der Wissenschaft Mandanteninteressen zu vertreten.

Die wissenschaftliche Forschung ist ihm Freude und Entspannung. Aber in gleicher Weise liebt er die Lehre. Als Anwalt hat er sich von jeher nicht nur für seine Mandanten, sondern auch für die Ausbildung des juristischen Nachwuchses engagiert und Generationen von jungen Kollegen das anwaltliche Rüstzeug vermittelt. An der Universität Bonn übernahm er seit dem Wintersemester 1999/2000 einen Lehrauftrag für Aktien- und Konzernrecht, den er mit Begeisterung wahrnimmt. Im Jahr 2002 verlieh ihm die Universität die Honorarprofessur, und seither ist manche weiterführende Dissertation unter seiner Betreuung entstanden.

Das Bild des Juristen Hoffmann-Becking ist aber auch damit nicht vollständig, sondern eine weitere Leidenschaft gilt der Rechtspolitik. Er war über ein Jahrzehnt Mitglied der ständigen Deputation des Deutschen Juristentags und hat auf fünf Juristentagen als Referent, stellvertretender Vorsitzender und Vorsitzender der Abteilungen Juristenausbildung und Wirtschaftsrecht gewirkt. Seine Nachfolger in der ständigen Deputation wurden der viel zu früh verstorbene Martin Winter und danach sein Sozius Jochen Vetter. Geradezu mit Leidenschaft führt er den Handelsrechtsausschuss des DAV, dem er seit 1984 angehört und seit 1994 vorsitzt. Der Handelsrechtsausschuss hat durch seine Stellungnahmen zahlreiche Gesetzesvorhaben auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts beeinflusst und Gesetzesinitiativen – allen voran die Gesetzgebung zum aktienrechtlichen Squeeze Out – angestoßen. Jede dieser Stellungnahmen trägt seine Handschrift und wird von ihm mit Akribie und bis zum letzten Komma überarbeitet.

All das fand die verdiente Anerkennung durch die Verleihung des Bundesverdienstkreuzes 1. Klasse im Jahre 2004, das er aus der Hand der damaligen Bundesjustizministerin entgegennahm. 2006 erhielt er die Ehrenmedaille der Bucerius Law School für besondere Verdienste um das Rechtswesen mit der Begründung, er gehöre zu den Persönlichkeiten seiner Generation, deren herausragendes juristisches Können das Ansehen des deutschen und europäischen Aktienrechts im In- und Ausland geprägt und gemehrt habe; er sei ein in beruflicher und persönlicher Hinsicht vorbildhafter Wirtschaftsjurist.

Wer das Glück hat, Michael Hoffmann-Becking bei der Arbeit zu erleben, ist stets beeindruckt von der Tiefe seiner Rechtskenntnis, von seiner juristischen Phantasie, von seinem sicheren Blick für das Machbare und von seiner Schaffenskraft. Er lebt den Grundsatz Hans Hengelers, der es einst als das Erfolgsgeheimnis großer Anwälte bezeichnete, über 2% Genie, aber 98% „Hosenboden“ zu verfügen. Er tut

dies ohne „Bugwelle“ und ohne Anspannung. Er kann selbst zurücktreten, um Jüngeren Erfolge, Mandate und Mandanten zu überlassen. Seine Tür steht für Kollegen, die seinen Rat suchen, immer offen, und er zeigt jedem, der mit ihm zu tun hat, welche Freude und Befriedigung die Arbeit auch nach so vielen Jahren noch verschaffen kann.

Aber Michael Hoffmann-Becking weiß auch, dass ein Jurist, der nicht mehr ist als Jurist, ein arm Ding ist. Und so pflegt er an der Seite seiner Frau Beate die Kunst und die Geselligkeit. Man trifft ihn in Ansbach, in Salzburg und in Maastricht, in München und Fischbachau, aber ebenso auf dem Schützenfest in Olpe, in den Bergen, bei der morgendlichen Fahrradfahrt am Rhein und bei seinem Lieblingsitaliener. Er ist seinen Freunden ein intelligenter Gesprächspartner und ein großer Unterhalter, der immer eine humorvolle Geschichte oder einen gescheiterten Witz parat hat, und der auch mit 70 Jahren noch eine jugenhafte Lebensfreude verbreiten kann.

Autoren und Herausgeber dieser Festschrift wünschen Michael Hoffmann-Becking noch viele fruchtbare Jahre. Und dieser Wunsch ist nicht ganz selbstlos.

Die Herausgeber

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	V
-------------------	---

BEITRÄGE

<i>Holger Altmeyden</i> Zur Haftung der Organwalter einer AG bei untauglicher Sacheinlage – zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 234/09	1
<i>Gabriele Apfelbacher</i> Zur Frage der Anwendbarkeit der gesetzlichen Ausschüttungssperre des § 268 Abs. 8 HGB und der gesetzlichen Abführungssperre des § 301 Satz 1 AktG auf Hybridkapital von Aktiengesellschaften	13
<i>Arnd Arnold</i> Nennwertrechnung beim Dept Equity Swap – Paradigmenwechsel durch das ESUG und die Aktienrechtsnovelle 2012?	29
<i>Andreas Austmann</i> Verfahrensanträge in der Hauptversammlung	45
<i>Gregor Bachmann</i> Überlegungen zur Reform der Kodex-Regulierung	75
<i>Walter Bayer</i> Das Freigabeverfahren gem. § 246a AktG idF des ARUG als Instrument zur Bekämpfung räuberischer Aktionäre – Rechtsdogmatik, Rechts- tatsachen, Rechtspolitik –	91
<i>Clemens Börsig/Marc Löbbe</i> Die gewandelte Rolle des Aufsichtsrats – 7 Thesen zur Corporate Governance Entwicklung in Deutschland	125
<i>Hartwin Bungert/Carsten Wettich</i> Die zunehmende Bedeutung des Börsenkurses bei Strukturmaßnahmen im Wandel der Rechtsprechung	157
<i>Jochen Burrichter</i> Kartellrecht und Gesellschaftsrecht – Ein „Bruderzwist“?	191

Torsten Busch

Refreshing the Shoe 211

Völker Butzke

Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern als Thema der Hauptversammlung 229

Andreas Cahn

Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch den Aufsichtsrat 247

Gerhard Cromme

Die Konvergenz der Corporate Governance in ein- und zweigliedrigen Board-Systemen 283

Christian Decher

Die Information der Aktionäre über die Unternehmensbewertung bei Strukturmaßnahmen in der Hauptversammlungs- und Gerichtspraxis . . . 295

Meinrad Dreher

Die Gesamtqualifikation des Aufsichtsrats – Die Rechtslage in der Normal-AG und bei beaufsichtigten Versicherungsunternehmen sowie Kreditinstituten – 313

Holger Fleischer

Zur Behandlung des Fungibilitätsrisikos bei der Abfindung außenstehender Aktionäre (§§ 305, 320b AktG) – Aktienkonzernrecht, Betriebswirtschaftslehre, Rechtsvergleichung – 331

Hans-Joachim Fonk

Was bleibt dem Personalausschuss des Aufsichtsrats der AG nach dem VorstAG? 347

Hans-Friedrich Gelhausen/Stephan Heinz

Vermögensentnahmen aus GmbH und AG – Eine Bestandaufnahme aus gesellschaftsrechtlicher und handelsbilanzieller Sicht 357

Wulf Goette

Zu den vom Aufsichtsrat zu beachtenden Abwägungskriterien im Rahmen seiner Entscheidung nach den ARAG/GARMENBECK Kriterien – dargestellt am Beispiel des Kartellrechts 377

Wolfgang Groß

Zulässigkeit der Ausgabe neuer Aktien mit Gewinnanteilsberechtigung für ein bereits abgelaufenes Geschäftsjahr auch bei Bezugsrechtsausschluss 395

<i>Barbara Grunewald</i>	
Gestaltungsfreiheit bei der Bestimmung der Abfindung ausscheidender Aktionäre	413
<i>Mathias Habersack</i>	
Geschäftschancen im Recht der verbundenen Aktiengesellschaften	421
<i>Wilhelm Happ/Sebastian Bednarz</i>	
Stimmverbot und Doppelmandat – Zur rechtlichen Problematik und zu praktischen Lösungsversuchen –	433
<i>Stephan Harbarth</i>	
Zustimmungsvorbehalt im faktischen Aktienkonzern	457
<i>Hans-Jürgen Hellwig</i>	
Zur Verschwiegenheit von Anwälten und anderen Berufsgeheimnis- trägern im Mandat der Aktiengesellschaft und anderer juristische Personen	469
<i>Peter Hemeling</i>	
Neuere Entwicklungen in der D & O-Versicherung	491
<i>Joachim Hennrichs</i>	
Ausgewählte Zweifelsfragen zur Kapitalrücklage	511
<i>Heribert Hirte</i>	
Gegenstand vs. Wert – Von den Schwierigkeiten des Unternehmensrechts mit der zivilrechtlichen Dogmatik	531
<i>Peter Hommelhoff</i>	
Der Aufsichtsratsentscheid über prüfungsfremde Leistungen des Abschlussprüfers	547
<i>Klaus J. Hopt</i>	
Der Deutsche Corporate Governance Kodex: Grundlagen und Praxisfragen	563
<i>Uwe Hüffer †</i>	
Unangemessenheit der Vorstandsvergütung als Haftungsrisiko von Aufsichtsratsmitgliedern.	589
<i>Rainer Hüttemann</i>	
Die angemessene Barabfindung im Aktienrecht	603

<i>Hans-Christoph Ihrig</i>	
Gestaltungsspielräume und -grenzen beim Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat	617
<i>Susanne Kalss</i>	
Das nominierte Aufsichtsratsmitglied im Konzern nach österreichischem Recht	631
<i>Christian Kersting</i>	
Erforderlichkeit der Auskunft und Aktionärsrechterichtlinie	651
<i>Peter Kindler</i>	
Der Bezugsrechtsausschluss beim genehmigten Kapital in der GmbH	669
<i>Lars Klöhn</i>	
Prospekthaftung bei (scheinbarer) Ausnahme von der Prospektpflicht gem. §§ 3 Abs. 1 WpPG, 6 VermAnlG	679
<i>Thomas Kremer</i>	
Zur Praxis der Hauptversammlungsleitung	697
<i>Gerd Krieger</i>	
Interim Manager im Vorstand der AG	711
<i>Katja Langenbacher</i>	
Stimmrechtsberater	733
<i>Marcus Lutter</i>	
Zum Beschluss des Aufsichtsrats über den Verzicht auf eine Haftungsklage gegen den Vorstand.	747
<i>Georg Maier-Reimer</i>	
Die verdeckte gemischte und die verdeckt gemischte Sacheinlage	755
<i>Reinhard Marsch-Barner</i>	
Doppelte Überwachung in der AG & Co KGaA	777
<i>Hanno Merkt</i>	
Börsenfusion: Nach dem Spiel ist vor dem Spiel – Ausgewählte börsenrechtliche Fragen am Beispiel der gescheiterten Fusion der Deutsche Börse mit dem New York Stock Exchange –	793
<i>Peter Mes</i>	
Ist etwas faul im Staate D.? – Gedanken zum patentrechtlichen Unterlassungsanspruch	821

<i>Welf Müller</i>	
Gibt es einen Grundsatz der nominalen Kapitalaufbringung?	835
<i>Ulrich Noack</i>	
Haftung bei Vorstandsdoublemandaten im Konzern	847
<i>Martin Peltzer</i>	
Mehr Ausgewogenheit bei der Vorstandshaftung	861
<i>Andreas Pentz</i>	
Wirtschaftliche Neugründung im GmbH- und Aktienrecht	871
<i>Hans-Joachim Priester</i>	
Betriebsaufspaltung mit einer Aktiengesellschaft – Gesellschaftsrechtliche Grenzen eines steuerrechtlichen Rechtsinstituts	895
<i>Thomas Raiser</i>	
Rechtsbildung im GmbH-Recht – Eine Skizze	909
<i>Arndt Raupach</i>	
Das Verhältnis von Umwandlungs- und Umwandlungssteuerrecht	923
<i>Peter Rawert</i>	
Geronnene Erfahrung: Michael Hoffmann-Becking und das Beck'sche Formularbuch für Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht	929
<i>Jochem Reichert</i>	
Corporate Compliance und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	943
<i>Wulf-Henning Roth</i>	
Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel nach VALE	965
<i>Carsten Schäfer</i>	
Einlagenrückgewähr und Risikoübernahme im faktischen AG-Konzern – Was folgt aus der Telekom-Entscheidung des BGH?	997
<i>Frank A. Schäfer</i>	
Vorsatz bei unterlassener Aufklärung über Rückvergütungen und Auskunftsanspruch des beratenen Kunden	1009
<i>Maximilian Schiessl</i>	
Die Rolle des Aufsichtsrats der Zielgesellschaft bei der Anbahnung öffentlicher Übernahmen	1019

Alexandra Schluck-Amend

- Paradigmenwechsel bei der Stellung des Gesellschafters im Insolvenzverfahren nach dem ESUG 1039

Karsten Schmidt

- Betriebspacht, Betriebsüberlassung und Betriebsführung im handelsrechtlichen Stresstest – Ein „anderer“ Blick auf „andere“ Unternehmensverträge nach § 292 Abs. 1 Nr. 3 und auf Geschäftsführungsverträge nach § 291 Abs. 1 AktG. 1053

Uwe H. Schneider

- Konzernleitung durch Weisungen der Gesellschafter der abhängigen GmbH an ihre Geschäftsführer? – Ein Beitrag zur Konzerngründung und zur Konzernleitung im GmbH-Konzern 1071

Wolfgang Schön

- Vorstandspflichten und Steuerplanung 1085

Ulrich Seibert

- Corporate Governance: The Next Phase – Die Corporate Governance-Debatte schreitet weiter zu den Pflichten der Eigentümer und ihrer Helfer. 1101

Christoph H. Seibt

- Verhaltenspflichten und Handlungsoptionen des Aufsichtsrats der Zielgesellschaft in Übernahmesituationen 1119

Walter Sigle

- Beiräte in Familienunternehmen – Berater, Wächter, Feuerwehr – 1147

Bernd Singhof

- Ausgabe von Aktien aus bedingtem Kapital 1163

Gerald Spindler

- Konzerninterne Informationsflüsse und Datenschutz – de lege lata und de lege ferenda 1185

Ursula Stein

- Wer ist Gesellschafter der führungslosen GmbH? 1207

Eckart Sünner

- Die „Möglichkeiten“ im DCGK 1225

Georg Thoma

- Unternehmensverträge i.S.d. §§ 291 ff. AktG mit nicht beteiligten Dritten – praktikables Instrument zur Konzernleitung oder strafbare Untreue? . . . 1237

Peter Ulmer

Höchstrichterliche Rechtsfortbildung als Durchhauen des gordischen Knotens? – Bemerkungen zur BGH-Rechtsfortbildung bei Zwangseinziehung von GmbH-Anteilen – 1261

Dirk A. Verse

Das Weisungsrecht des Verwaltungsrats der monistischen SE 1277

Eberhard Vetter

Die Drittanstellung von Vorstandsmitgliedern und aktienrechtliche Kompetenzordnung 1297

Jochen Vetter

Reformbedarf bei der Aktionärsklage nach § 148 AktG? 1317

Marc-Philipp Weller

Fehlerhafte Kapitalmarktinformation zwischen Freiheit und Haftung . . . 1341

Harm Peter Westermann/Walter G. Paefgen

Kritische Überlegungen zum Telekom-III-Urteil des BGH und seinen Folgen 1363

Herbert Wiedemann

Debt Equity Swap – Gedanken zur Umwandlung von Schulden in Eigenkapital 1387

Georg Wiesner

Privat- und Darlehenskonten bei Personenhandelsgesellschaften und Bankaufsichtsrecht 1397

Christine Windbichler

Die GmbH in anderen Umständen: Gesellschaftsrechtliche Erwägungen zur EuGH-Entscheidung „Danosa“ 1413

Ralph Wöllburg

Zur Ausdehnung der Inkompatibilitätsregelung des § 287 Abs. 3 AktG in der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA 1425

Daniel Zimmer

Finanzmärkte im hoheitlich verordneten Umbruch 1441

Autorenverzeichnis 1451

Schriftenverzeichnis von Michael Hoffmann-Becking 1459