

ALLEN & OVERY



Newsletter für die Aktiengesellschaft

Wichtige Neuigkeiten für Aktiengesellschaften

1. Quartal 2020

Highlights

OLG Frankfurt a. M. zur Wissenszurechnung der Konzernobergesellschaft an Enkelgesellschaft

Das OLG Frankfurt a. M. hatte im Berufungsverfahren über die Frage einer Zurechnung des Wissens der Konzernobergesellschaft an ihre Enkelgesellschaft zu entscheiden. Das Gericht kam zu dem Schluss, dass eine Wissenszurechnung der Konzernobergesellschaft zur Tochtergesellschaft grundsätzlich nicht in Betracht komme, da die Tochtergesellschaft regelmäßig nicht für die Wissensorganisation im Konzern verantwortlich sei.

BFH zur fehlenden Unternehmereigenschaft eines Aufsichtsratsmitglieds bei fehlendem Vergütungsrisiko aufgrund nichtvariabler Festvergütung

Der BFH hatte im Revisionsverfahren über die Auswirkung einer Festvergütung auf die Unternehmereigenschaft eines Aufsichtsratsmitglieds und über die Steuerschuldnerschaft des Aufsichtsratsmitglieds als Empfänger einer Gutschrift mit Umsatzsteuerausweis bei fehlender Unternehmereigenschaft zu entscheiden. Der BFH verneinte die Unternehmereigenschaft des Aufsichtsratsmitglieds, da dieser kein Vergütungsrisiko trage. Bei einer Vergütung ohne variable Vergütungsbestandteile, liege wegen des fehlenden Einflusses fahrlässigen Handelns auf die Vergütung keine unternehmerische Tätigkeit vor. Auch eine Gutschrift mit Umsatzsteuerausweis begründe mangels Unternehmereigenschaft keine Steuerschuld nach § 14c Abs. 2 UStG.

LG Heidelberg zu der Reichweite der Befugnisse des besonderen Vertreters einer AG

Das LG Heidelberg hatte zu entscheiden, ob der besondere Vertreter einer AG zur Mandatierung von Rechtsanwälten für die durch ihn vertretene AG befugt war, er die AG in einem nachfolgenden Prozess gegen ebendiese Rechtsanwälte vertreten durfte und ob er insofern ein Anerkenntnis bezüglich der klageweise geltend gemachten Honorarforderungen abgeben durfte. Das LG Heidelberg schloss sich der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansicht an, wonach die dem besonderen Vertreter gemäß § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG übertragene Kompetenz zur Geltendmachung (außer)gerichtlicher Ansprüche auch die Mandatierung eines Rechtsanwalts umfasse.

BGH zur Frage des Bestehens eines vertraglichen Anspruchs eines Vorstandsmitglieds auf Gewährung einer variablen Vergütung

Der BGH hatte in einer revisionsrechtlichen Entscheidung zur Frage der Wirksamkeit einer Klausel im Dienstvertrag des Vorstands einer AG über die Bewilligung von Sonderleistungen nach billigem Ermessen des Aufsichtsrats zu befinden. Das Gericht stellte fest, dass es sich bei der von der beklagten AG gestellten Klausel um eine allgemeine Geschäftsbedingung handele, die dem Kläger unabhängig von dem enthaltenen Freiwilligkeitsvorbehalt weder einen Anspruch auf Zahlung einer variablen Vergütung noch auf eine Ermessensentscheidung des Aufsichtsrats über die Gewährung einer solchen vermittele. Die Klausel sei auch wirksam, da sie keine unangemessene Benachteiligung des Klägers erkennen lasse.

Reform des Deutschen Corporate Governance Kodex

Am 20. März 2020 erfolgte die Veröffentlichung des neuen Deutschen Corporate Governance Kodex im Bundesanzeiger, wodurch dieser in Kraft trat und die alte Fassung vom 7. Februar 2017 ablöste. Mit der Übersendung des ursprünglich vom 22. Mai 2019 datierenden Entwurfs des Kodex an das zuständige Bundesministerium hatte die Regierungskommission bis zum Inkrafttreten des ARUG II am 1. Januar 2020 zugewartet, um möglicherweise notwendige Anpassungen entsprechend der endgültigen Fassung des ARUG II vornehmen zu können. Die

neue Fassung des Kodex bringt im Vergleich zu der alten Fassung vom 7. Februar 2017 einige Neuerrungen mit sich. So habe man laut Regierungskommission sog. Grundsätze zur Information über die wesentlichen rechtlichen Vorgaben für verantwortungsvolle Unternehmensführung eingeführt. Zudem seien insbesondere die Anforderungen an die Unabhängigkeit von Anteilseignern im Aufsichtsrat konkretisiert worden.

Stellungnahme und Entscheidung der ESMA aufgrund der Auswirkungen von COVID-19

Die ESMA traf infolge der COVID-19-Pandemie einige Maßnahmen, um auf die Auswirkungen des Ausbruchs von COVID-19 (Corona-Virus) zu reagieren. Einerseits entschied die ESMA, dass die Netto-Leerverkaufspositionen in allen Aktien, die am regulierten Markt zugelassen sind, bereits ab dem Eingangsschwellenwert von 0,1 Prozent des ausgegebenen Aktienkapitals mitzuteilen sind. Andererseits gab die ESMA bekannt, dass die nationalen Aufsichtsbehörden Emittenten, die nach den nationalen Gesetzen zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie Finanzberichte veröffentlichen müssen, bei einer verspäteten Erfüllung der Veröffentlichungspflicht nach Ansicht der ESMA wegen der COVID-19-Pandemie kurzzeitig aufsichtsrechtlich nicht verfolgen sollen.

Inhalt

Highlights	1
Aufgrund der aktuellen Lage:	4
Aktuelle Rechtsprechung	5
Weitere Entscheidungen in Kürze	41
Sonstige Neuigkeiten	42
Update zum Kapitalmarktrecht	44
Literatur	46
Ansprechpartner	47

Aufgrund der aktuellen Lage:

UNSER INPUT MIT BEZUG ZU COVID 19

Weltweit kämpfen Unternehmen mit den Auswirkungen von COVID-19 und müssen dabei schnell auf Unterbrechungen ihres Betriebsablaufs reagieren und die Risiken für ihr Geschäft minimieren.

Vor diesem Hintergrund finden Sie wichtige Entwicklungen und Informationen die Aktiengesellschaft betreffend auch in diesem Newsletter. Außerdem haben unsere Anwälte ein hilfreiches Q&A zur Abhaltung der Hauptversammlung in Zeiten von COVID-19 erstellt.

Bitte informieren Sie sich hierzu auch unter <https://www.allenoverly.com/de-de/germany/news-and-insights/covid-19-germany-insights> über die Expertise unserer Anwälte, damit Sie sich auf die sich stetig verändernden Auswirkungen von COVID-19 auf Ihr Geschäft vorbereiten können, sowie über unsere Gedanken in Bezug auf einen möglichen Wandel künftiger Geschäftstätigkeiten.

HAUPTVERSAMMLUNGEN IN ZEITEN DER CORONA-PANDEMIE

Zahlreiche Emittenten mussten wegen behördlicher Maßnahmen zur Eindämmung des Corona-Virus bereits ihre Hauptversammlungen absagen bzw. verschieben. Weitere Emittenten prüfen derzeit, ob ihre Hauptversammlungen wie geplant stattfinden können. Dabei sind teils Bundesland-einheitliche Verordnungen, teils aber auch sehr unterschiedliche Verfügungen der örtlichen Behörden zu berücksichtigen. Diese untersagen für die nächste Zeit Veranstaltungen abhängig von der erwarteten oder tatsächlichen Teilnehmerzahl. Sie gelten teils ausdrücklich, teils in der Sache auch für Hauptversammlungen. Damit stehen Gesellschaften und deren Anteilhaber, wie in unserem Client Bulletin unter <https://www.allenoverly.com/de-de/germany/news-and-insights/publications/covid-19-hauptversammlungen-in-zeiten-der-corona-pandemie> erörtert wird, vor Problemen.

Aktuelle Rechtsprechung

OLG DÜSSELDORF ZUR ANGEMESSENHEIT DER BARABFINDUNG NACH EINEM AKTIENRECHTLICHEN SQUEEZE-OUT

Das OLG Düsseldorf hatte in einem Spruchverfahren nach einem aktienrechtlichen Squeeze-Out über die Angemessenheit der Barabfindung zu entscheiden. Des Weiteren stellte das OLG Düsseldorf fest, wann bei Bewertungsfällen mit Bewertungsstichtag vor dem 1. Januar 2009 die Veräußerungsgewinnbesteuerung zu berücksichtigen ist.

Sachverhalt

Die Antragsteller waren Aktionäre der O AG, deren Unternehmensgegenstand das Betreiben von Hotels im europäischen Raum, insbesondere in Deutschland, ist. Am 10./11. März 2008 hat die Hauptversammlung der O AG auf Verlangen der Antragsgegnerin beschlossen, die Aktien der Minderheitsaktionäre gegen Gewährung einer Barabfindung nach den §§ 327a ff. AktG von 39 EUR je Stückaktie im Rahmen eines aktienrechtlichen Squeeze-Outs auf die Antragsgegnerin zu übertragen. Der im Übertragungsbeschluss mit 39 EUR je Stückaktie festgelegte Barabfindung hat die Unternehmensbewertung der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft X zugrunde gelegen, deren Schätzung sich auf 38,55 EUR je Stückaktie belief. Der Vorstand hat den Betrag auf 39 EUR je Stückaktie aufgerundet. Gegen den Übertragungsbeschluss haben mehrere Aktionäre Anfechtungsklage eingereicht. Zum Zweck der Beendigung der Streitigkeiten hat sich die Antragstellerin den Klägern gegenüber im Rahmen eines Vergleichs zur Zahlung weiterer 10 EUR je Stückaktie verpflichtet. Die gemäß § 327c Abs. 2 AktG gerichtlich bestellte sachverständigen Prüferin hat die Angemessenheit der Barabfindung mit 39 EUR je Stückaktie bestätigt, weshalb das LG Düsseldorf in der Vorinstanz (Az. 39 O 18/09) die gegen die Barabfindung gerichteten Anträge als unbegründet abgewiesen hat. Gegen die erstinstanzliche Entscheidung haben die Antragsteller sofortige Beschwerde eingelegt.

Das OLG Düsseldorf hat der Festsetzung der Abfindungshöhe des Landgerichts zugestimmt und die Beschwerde abgewiesen. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist rechtskräftig.

Auswirkungen des Vergleichs auf Kompensationsleistung

Das OLG Düsseldorf stellt zunächst fest, dass der Ausgangspunkt der Angemessenheitsprüfung der Übertragungsbeschluss vom 10./11. März 2008 mit 39 EUR je Stückaktie sei. Die Tatsache, dass die Antragsgegnerin sich aufgrund des Vergleichs zur Zahlung von 10 EUR mehr je Stückaktie verpflichtet habe, wirke, auch mit Blick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 53a AktG und den Wortlaut des § 327a AktG, nur *inter partes*, da dies nicht allen betroffenen Aktionären zugesagt worden sei. Eine *inter omnes*-Wirkung entsprechend § 13 SpruchG sehe der Vergleich nicht vor. Dass die betroffenen Aktionäre zudem Anfechtungsklagen erhoben haben, ändere nichts an der Höhe der Barabfindung. Denn die Anfechtungsklage habe einen anderen Streitgegenstand. Der § 327f AktG bestimme, dass die Anfechtungsklage nicht darauf gestützt werden könne, dass die festgelegte Barabfindung nicht angemessen sei. Dafür bestehe die Möglichkeit des Spruchverfahrens. Eine Erhöhung der Barabfindung um den Vergleichsbetrag sei folglich nicht denkbar.

Bewertungsgutachten und Feststellungen der sachverständigen Prüferin

Das OLG Düsseldorf führt weiterhin aus, dass das Bewertungsgutachten und die Feststellungen der sachverständigen Prüferin taugliche Grundlagen für die gerichtliche Schätzung des Unternehmenswertes gemäß § 287 Abs. 2 ZPO seien. Zudem können die Schätzungen der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und der sachverständigen Prüferin inhaltlich nicht beanstandet werden, da diese korrekt ermittelt wurden.

Berücksichtigung der Veräußerungsgewinnbesteuerung

Schließlich sei auch bei Bewertungsfällen mit Bewertungsstichtag vor dem 1. Januar 2009 bei der Ab-

leitung der zu kapitalisierenden Ergebnisse die Veräußerungsgewinnbesteuerung zu berücksichtigen, sofern die Marktrisikoprämie entsprechend der Empfehlung des FAUB vom 29. November 2007 niedriger angesetzt werde.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28. Oktober 2019 – 26 W 3/17, WM 2019 Heft 49, 231

OLG FRANKFURT A. M. ZUR ZURECHNUNG DES WISSENS DER KONZERN- OBERGESELLSCHAFT AN ENKELGESELLSCHAFT

Das OLG Frankfurt a. M. hatte im Berufungsverfahren über die Frage einer Zurechnung des Wissens der Konzernobergesellschaft an ihre Enkelgesellschaft zu entscheiden.

Sachverhalt

Der Kläger begehrt von der Beklagten, einer deutschen Importeurin für Neufahrzeuge der Marke Skoda und Enkelgesellschaft der Volkswagen AG, Schadensersatz nach Erwerb eines mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 ausgestatteten Skoda-PKW. Herstellerin des Dieselmotors des Typs EA 189 ist die Volkswagen AG (im Folgenden „VW-AG“).

Alleinige Gesellschafterin der Beklagten ist die C-GmbH, deren Alleingesellschafterin wiederum die VW-AG ist. Zwischen der Beklagten und der C-GmbH sowie zwischen der VW-AG und der C-GmbH bestehen jeweils Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge.

Der Kläger wirft der Beklagten vor, diesen durch das Inverkehrbringen von Kraftfahrzeugen des Typs Skoda unter Verschweigen einer unzulässigen Motorsteuerungssoftware zur Regulierung der Stickoxidwerte (sog. Abschaltanlage) geschädigt zu haben. Die Beklagte bestreitet, von der Manipulation der Software gewusst zu haben.

Das LG Darmstadt (Az. 17 O 256/17) hat die Klage abgewiesen. Das OLG Frankfurt a. M. bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung in der Sache und wies die Berufung des Klägers als unbegründet zurück. Die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. ist rechtskräftig.

Kein Anspruch gemäß §§ 826, 31 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB

Eine sittenwidrige Schädigung oder eine Täuschung durch die Beklagte selbst sei von dem Kläger nicht dargelegt worden.

Auch müsse sich die Beklagte hinsichtlich der Abschaltanlage nicht das Wissen ihrer Konzernobergesellschaft, der VW-AG, zurechnen lassen.

Voraussetzung eines deliktischen Anspruchs gegen eine juristische Person sei, dass dieser das Handeln einer natürlichen Person zugerechnet werden könne, die den objektiven und subjektiven Tatbestand einer deliktischen Norm verwirklicht.

In entsprechender Anwendung des § 31 BGB finde dabei eine Zurechnung des Handelns von Organen der juristischen Person oder anderer „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ statt. Der Begriff des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ sei in diesem Zusammenhang weit auszulegen. Einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht bedürfe es nicht. Vielmehr würden auch Personen erfasst, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen seien und die die juristische Person insoweit repräsentieren.

Eine Zurechnung des Wissens eines Gesellschafters an die Gesellschaft erfolge danach jedoch grundsätzlich nicht, da der Gesellschafter regelmäßig kein Repräsentant im vorgenannten Sinne und auch nicht an der unternehmensinternen Willensbildung beteiligt sei.

Vorliegend scheide auch eine Wissenszurechnung in entsprechender Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB aus. Denn eine konkrete Weisung der VW-AG bzw. der C-GmbH an die Organe der Beklagten im Zusammenhang mit der Abschaltanlage sei nicht ersichtlich.

Keine Wissenszurechnung aufgrund Wissensorganisationspflicht

Die Beklagte müsse sich als juristische Person auch kein „Aktenwissen“ vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH zur Wissensorganisationspflicht juristischer Personen zurechnen lassen. Es fehle bereits an der konkreten Darlegung, dass der Beklagten in irgendeiner Weise das Wissen um die manipulierte Software von ihrer (mittelbaren) Gesellschafterin vermittelt worden sei.

Rechtsfigur der Wissenszurechnung im Konzern

Auch die in ihren Einzelheiten ungeklärte Rechtsfigur der Wissenszurechnung im Konzern führe zu keinem anderen Ergebnis.

Das OLG Frankfurt a. M. schließt sich insoweit der herrschenden Meinung an, nach welcher die bloße Konzernverbundenheit für sich nicht genügt, um eine Wissenszurechnung zu begründen.

Entscheidend sei vielmehr, ob und in wieweit ein Konzernunternehmen Zugriff auf die in einem anderen Konzernunternehmen vorhandenen Informationen hat, den es vorwerfbar nicht nutzt.

Eine derartige Verantwortung könne sich etwa aus den Pflichten der Konzernobergesellschaft in Bezug auf den Konzern ergeben, so dass ihr das Wissen der Tochtergesellschaften zuzurechnen sei, soweit sie dieses nach diesen Pflichten organisieren muss. Demgegenüber komme eine Wissenszurechnung der Konzernobergesellschaft zur Tochtergesellschaft grundsätzlich nicht in Betracht, da die Tochtergesellschaft regelmäßig nicht für die Wissensorganisation im Konzern verantwortlich sei.

Die umstrittene Frage, ob eine Wissenszurechnung ausnahmsweise aufgrund von Organidentität erfolgen kann, brauchte vom OLG Frankfurt a. M. nicht beantwortet zu werden. Ausweislich vorgelegter Handelsregisterauszüge bestand zwischen der Beklagten, der C-GmbH und der VW-AG keine Organidentität.

OLG Frankfurt a. M., Ur. v. 04. September 2019 – 13 U 136/18, ZIP 2020, 123

OLG FRANKFURT A. M. ZUR ISOLIERTEN ANFECHTBARKEIT EINES WIDERSPRUCHSBESCHEIDS IM BESCHWERDEVERFAHREN DER §§ 48 FF. WPÜG

Das OLG Frankfurt a. M. hatte im Beschwerdeverfahren über die entsprechende Anwendbarkeit anderer prozessualer Vorschriften aus der VwGO, die nicht ausdrücklich in § 58 WpÜG genannt sind, zu entscheiden. Insbesondere stand die Frage im Vordergrund, ob der Widerspruchsbescheid alleiniger Gegenstand einer Anfechtungsbeschwerde sein kann.

Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin reichte am 29. August 2017 eine Angebotsunterlage für die Gestattung eines Delistingerwerbsangebots bei der Beschwerdegegnerin ein. Mit Bescheid vom 11. September 2017 gestattete die Beschwerdegegnerin die Veröffentlichung der Angebotsunterlage und hörte die Beschwerdeführerin zum geplanten Erlass des Gebüh-

renbescheids für die Gestattung der Angebotsunterlage an. Am 2. Oktober 2017 nahm die Beschwerdeführerin zu der Anhörung der Beschwerdegegnerin vom 11. September 2017 Stellung. Mit Bescheid vom 30. Oktober 2017 setzte die Beschwerdegegnerin die Gebühr für die Gestattung der Veröffentlichung der Angebotsunterlage auf 11.990 EUR fest. Am 5. Dezember 2017 legte die Beschwerdeführerin Widerspruch gegen den Gebührenbescheid der Beschwerdegegnerin ein und wies darauf hin, dass sie den Gebührenbescheid vom 30. Oktober erst am 6. November erhalten habe. Den Widerspruch wies die Beschwerdegegnerin am 18. Dezember 2017 zurück. Zur Begründung führte sie aus, dass der Widerspruch unzulässig sei, da dieser nicht fristgerecht eingereicht wurde.

Das OLG Frankfurt a. M. entschied, dass der Widerspruchsbescheid alleiniger Gegenstand der Beschwerde sein kann und hat der Beschwerde gegen den Widerspruchsbescheid stattgegeben.

Isolierte Anfechtungsbeschwerde gegen Widerspruchsbescheid

Zunächst stellt das OLG Frankfurt a. M. klar, dass es sich bei dem Widerspruchsbescheid um eine Verfügung im Sinne des WpÜG handle, weshalb gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 WpÜG die Beschwerde der statthafte Rechtsbehelf sei. Die §§ 48 ff. WpÜG enthalten keine Vorschrift, die eine isolierte Anfechtung ermöglichen, aber auch keine, die eine solche ausschließen. Diese Lücke sei durch die entsprechende Anwendung der Vorschriften aus der VwGO zu schließen, auch durch solche, die nicht explizit in § 58 WpÜG genannt werden, sodass § 79 Abs. 2 VwGO entsprechend anwendbar sei. Diese Vorschrift regle eine isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheids.

Weiterhin sei laut OLG Frankfurt a. M. zu beachten, dass der Widerspruchsbescheid nur dann alleiniger Gegenstand der Anfechtungsbeschwerde sein könne, wenn der Bescheid gegenüber dem ursprünglichen Verwaltungsakt eine zusätzliche selbstständige Beschwerde enthalte. Dazu zähle die Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift, falls der Widerspruchsbescheid auf dieser Verletzung beruhe. Vorliegend könne diese Beschwerde der Beschwerdeführerin daraus hergeleitet werden, dass durch die Zurückweisung ihres Widerspruchs als unzulässig, eine Sachentscheidung der Beschwerdegegnerin unterblieben sei, bei der ihr als Widerspruchsbehörde ein über die gerichtliche Rechtskontrolle des Ausgangsbescheids hinausgehender Entscheidungsspielraum zugestanden hätte.

Einhaltung der Widerspruchsfrist

Schließlich befasst sich das OLG Frankfurt a. M. mit der Frage, ob der Widerspruch der Beschwerdeführerin tatsächlich verfristet war. Nach § 41 Abs. 1 Satz 3 WpÜG i.V.m. § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO sei der Widerspruch innerhalb eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerdeführer bekannt gegeben wurde, bei der Behörde zu erheben, die den Verwaltungsakt erlassen habe. Für die Bekanntgabe und Zustellung von Verfügungen der Beschwerdegegnerin gegenüber Unternehmen finden die Bestimmungen des VwZG bzw. des VwVfG Anwendung, weshalb sich die Bekanntgabe nach § 41 VwVfG richte. Nach der Zugangsfiktion des § 41 Abs. 2 Satz 1 VwVfG gelte ein schriftlicher Verwaltungsakt, der im Inland durch die Post übermittelt wird, am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben. Dies gelte jedoch nach § 41 Abs. 2 Satz 3 VwVfG nicht, wenn der Verwaltungsakt zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen sei, wobei die Behörde den Zeitpunkt des Zugangs nachweisen müsse.

Nach Ansicht des OLG Frankfurt a. M. habe die Beschwerdeführerin glaubhaft nachgewiesen, dass der Zugang des Gebührenbescheids erst nach dem fingierten Zugang gemäß § 41 Abs. 2 Satz 1 VwVfG erfolgt sei, weshalb die Beschwerdegegnerin den tatsächlichen Zugangszeitpunkt und damit insbesondere die Verfristung nachzuweisen habe. Da es der Beschwerdegegnerin nicht gelinge einen Zugang des Gebührenbescheids vor dem 6. November 2017 nachzuweisen, sei der Widerspruch der Beschwerdeführerin gegen den Gebührenbescheid vom 30. Oktober 2017 nicht als verfristet anzusehen.

OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16. Juli 2019 - WpÜG 1/18, AG 2019, 938

VG FRANKFURT A. M. ZUR ANWENDUNG DER LEITSÄTZE ZUR INSIDERPRÄVENTION DER DEUTSCHEN BUNDESBANK

Das VG Frankfurt a. M. hatte über die kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage eines Bundesbankbeamten zu entscheiden, die sich gegen die Anwendung der „Leitsätze der Deutschen Bundesbank über Anforderungen an private Finanzgeschäfte der Beschäftigten zur Insiderprävention“ richtete.

Sachverhalt

Der Kläger ist Bundesbankbeamter und arbeitet als Referent im Zentralbereich Recht der Beklagten. Im Rahmen seiner Tätigkeit ist er gemäß dem Geschäftsverteilungsplan ausschließlich zuständig für

Rechtsfragen des Vergabe- und Beschaffungswesens und für den Bereich Zentrale Beschaffungen einschließlich Bauvergabe, sowie Rechtsfragen im Zusammenhang mit Unfällen in der Zentrale und der Hauptverwaltungen in Hessen und Rheinland-Pfalz/Saarland. Die Beklagte verfügt über Regelungen für private Finanzgeschäfte ihrer Beschäftigten in Form von internen Dienstvorschriften, deren Einhaltung seitens des Compliance-Bereichs kontrolliert wird. Diese wurden aufgrund der EZB-Leitlinien (EU) 2015/855 und (EU) 2015/856 überarbeitet.

Mit Schreiben vom 24. August 2018 teilte der Compliance-Beauftragte der Beklagten dem Kläger mit, dass die „Leitsätze für private Finanzgeschäfte“ vom 1. August 2018 am 1. September 2018 in Kraft treten, weshalb er unter Beibehaltung seiner Zuständigkeit ab dem 1. September 2018 Insider sei und als solcher der Insider-Kategorie 1 zugeordnet werde.

Gegen dieses Schreiben erhob der Kläger mit Schriftsatz vom 28. August 2018 Widerspruch. Diesen wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 23. November 2018 zurück, woraufhin die Klageerhebung seitens des Klägers erfolgte. Das VG Frankfurt a. M. wies die Klage als unbegründet zurück.

Ermächtigungsgrundlage für die Anwendung der Leitsätze

Das VG Frankfurt a. M. stellt zunächst klar, dass sich die Ermächtigungsgrundlage für die Anwendung der Leitsätze aus den § 31 Abs. 3 Satz 1 BBankG i. V. m. den §§ 61 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3, 62 Abs. 1 Satz 2 BBG ergebe. Entsprechende Generalklauseln seien letztendlich notwendig, um die Schädigung dienstrechtlicher Interessen, die Gefährdung des Wohls der Allgemeinheit und die Schädigung des Ansehens der öffentlichen Verwaltung zu verhindern, so das VG Frankfurt a. M. Deshalb solle bereits der böse Anschein eines Missbrauchs von Insiderinformationen nicht aufkommen.

Insiderbegriff

Nach den EZB-Leitlinien seien Insider „alle Mitglieder von Organen oder Mitarbeiter, die Zugang zu Insiderinformationen haben, sofern dieser nicht auf einmaliger Basis erfolgt“. Dieser Insiderbegriff sei

nicht mit den engeren Insiderbegriffen des Marktmissbrauchsrechts und des Strafrechts gleichzusetzen. Daraus folge laut VG Frankfurt a. M., dass der Kläger richtigerweise als Insider der Kategorie 1 einzustufen sei. Ausreichend sei, wenn dieser mehr als einmal Zugang zu Insiderinformationen erlangen könne. Ob er tatsächlich Zugang habe, sei nicht von Bedeutung, da der böse Anschein vermieden werden solle. Weil der Kläger in der Zentralen Rechtsabteilung arbeite und dort vielerlei Insiderinformationen zusammenlaufen, sei er automatisch als Insider zu bewerten. Denn er könne innerhalb seines Aufgabenbereichs im Austausch mit anderen Mitarbeitern an entsprechende Informationen gelangen.

Grundrechtsverletzung wegen daraus resultierenden Handelsverboten?

Die Einstufung des Klägers als Insider der Kategorie 1 habe zur Folge, dass der Kläger Handelsverboten unterliege. Diese seien laut VG Frankfurt a. M. verfassungsgemäß. Art. 14 GG schütze keine bloßen Interessen, Chancen oder Verdienst- und Erwerbssaussichten, weshalb der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit nicht eröffnet sei. Jedoch bestehe ein Eingriff in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, der aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt sei. Insbesondere die Verhinderung von verbotenem Insiderhandel sei schließlich ein legitimer Zweck, der durch die Anwendung der o.g. Leitsätze auf den Kläger auch in verhältnismäßiger Weise den Eingriff in den Schutzbereich rechtfertigen könne. Weiterhin müsse im Rahmen der Verhältnismäßigkeit festgestellt werden, dass Handelsverbote auch erforderlich seien, da keine milderen, gleich geeigneten Mittel zur Verfügung stehen. So sei nicht jedes Wertpapier bzw. Finanzinstrument von einem Handelsverbot betroffen. Ferner seien die Handelsverbote auch angemessen. Denn die dem Kläger entstehenden Nachteile stehen nicht außer Verhältnis zum Gewicht des verfolgten Zwecks, da eben nicht alle Wertpapiere bzw. Finanzinstrumente erfasst seien.

Kein Verstoß gegen § 100 Abs. 1 Nr. 1 BBG

Das Handelsverbot verstoße auch nicht gegen § 100 Abs. 1 Nr. 1 BBG (nicht genehmigungspflichtige Eigenverwaltung von Vermögen), da diese Vorschrift nur bei der Verwaltung von erheblichen Vermögen anwendbar sei. Diese Erheblichkeitsschwelle sei jedoch vorliegend nicht überschritten.

Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG durch Anzeige- und Auskunftspflichten

Nach Ansicht des VG Frankfurt a. M. greifen die Anzeige- und Auskunftspflichten zwar in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein. Der Eingriff sei aber verhältnismäßig und somit verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Denn es werde das legitime Ziel verfolgt, das öffentliche Vertrauen in die Institution Deutsche Bundesbank zu stärken und zu festigen und dem Missbrauch von marktrelevanten Informationen entgegenzuwirken. Die Anzeige- und

Auskunftspflichten seien auch zur Erreichung bzw. Förderung des legitimen Ziels geeignet, erforderlich und angemessen. Sie stellen weniger einschneidende Maßnahmen als die Handelsverbote dar. Da diese verhältnismäßig seien, gelte dies erst Recht für die weniger belastenden Anzeige- und Auskunftspflichten in den „Leitsätzen für private Finanzgeschäfte“ der Beklagten.

VG Frankfurt, Urt. v. 14. November 2019 – 9K 5011/18.F, WM 2020 Heft 9, 418

BAG ZUR NICHTIGKEIT DER WAHL VON AUFSICHTSRATSMITGLIEDERN DER ARBEITNEHMER

Das BAG hatte über eine Rechtsbeschwerde zu entscheiden, die darauf gerichtet war die Nichtigkeit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern festzustellen.

Sachverhalt

Die Beteiligten stritten über die Nichtigkeit der Wahl von Gewerkschaftsvertretern in den Aufsichtsrat einer AG, die mehr als 3.500 Arbeitnehmer beschäftigt. Im Rahmen der Wahl standen zwei Vorschlagslisten zur Abstimmung. Hierbei handelte es sich bei einer von den beiden Listen um die eines Vereins, dessen Vereinsgegenstand die gewerkschaftliche Vertretung von Arbeitnehmern im Versicherungsbereich ist. Bei der Wahl entfielen mehr als doppelt so viele Stimmen auf den Wahlvorschlag dieses Vereins. Vor der Wahl hat das Hessische LAG in einem Verfahren nach § 97 ArbGG festgestellt, dass der Verein allerdings keine tariffähige Gewerkschaft i.S.d. § 2 Abs. 1 TVG ist. Jedoch war der Beschluss des Hessischen LAG noch nicht in Rechtskraft erwachsen. Dies geschah erst nach der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder.

Die Vorinstanz hat die Anträge abgewiesen, soweit sie auf die Feststellung der Nichtigkeit der Wahl gerichtet waren. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin. Diese hat jedoch keinen Erfolg, sodass die Entscheidung aus der Vorinstanz vom BAG bestätigt wurde.

Nichtigkeit der Wahl nur in Ausnahmefällen

Zunächst betont das BAG, dass die Nichtigkeit einer Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern aufgrund der weitreichenden Folgen, nur in besonderen Ausnahmefällen anzunehmen sei, in denen die Voraussetzungen der Wahl entweder nicht vorgelegen haben oder wenn bei der Wahl gegen fundamentale Wahlgrundsätze verstoßen wurde. Im Regelfall führen Verstöße gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren lediglich zur Anfechtbarkeit, nicht jedoch zur Nichtigkeit der Wahl, es sei denn es handele sich um einen groben Verstoß.

Wertung des § 22 Abs. 1 MitbestG

Das BAG führt weiterhin aus, dass selbst wenn man zugunsten der Antragstellerin unterstelle, dass die fehlende Tariffähigkeit der Antragsgegnerin zu einem Verstoß gegen die Vorschriften über die Wählbarkeit führe und nicht lediglich einen Verstoß gegen das Wahlverfahren darstelle, dies dennoch nicht die Nichtigkeit der Wahl begründe. Das ergebe sich bereits aus der Wertung des § 22 Abs. 1 MitbestG, der bei Verstößen gegen wesentliche Wahlvorschriften lediglich die Anfechtbarkeit und nicht die Nichtigkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter vorsehe.

Kein Widerspruch zu § 250 Abs. 1 Nr. 4 AktG

Nach Auffassung des BAG führe dieses Ergebnis auch nicht zu einem Wertungswiderspruch zu § 250 Abs. 1 Nr. 4 AktG. Dieser ordne die Nichtigkeit der

Wahl von Vertretern der Anteilseigner an, wenn die Vertreter der Anteilseigner zu Beginn ihrer Amtszeit die persönlichen Voraussetzungen gemäß § 100 Abs. 1 und 2 AktG nicht erfüllen. Ein Widerspruch sei folglich nur dann anzunehmen, wenn einer der in § 100 Abs. 1 und 2 AktG genannten persönlichen Voraussetzungen fehle und dennoch keine Nichtigkeit festgestellt werde, was vorliegend jedoch nicht der Fall sei.

Auch kein Widerspruch zu § 24 Abs. 1 MitbestG

Zwar sehe § 24 Abs. 1 MitbestG vor, dass das Amt eines Aufsichtsratsmitglieds, das gemäß § 7 Abs. 2 MitbestG Arbeitnehmer des Unternehmens sein müsse, erlösche, wenn es seine Wählbarkeit verliere, jedoch gelte diese Vorschrift nicht für Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat. § 24 Abs. 1 MitbestG gelte vornehmlich für Situationen, in denen ein Aufsichtsratsmitglied aus dem Unternehmen ausscheide. Dies sei vorliegend aber nicht der Fall.

Analoge Anwendung des § 24 Abs. 1 MitbestG?

Eine analoge Anwendung des § 24 Abs. 1 MitbestG für Fälle, in denen die vorschlagende Gewerkschaft nicht mehr im Unternehmen vertreten ist, scheitere an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte, sodass die Voraussetzungen einer Analogie nicht vorliegen.

Kein grober Verstoß gegen Vorschriften über die Wählbarkeit

Schließlich hält das BAG fest, dass die fehlende Tariffähigkeit im Zeitpunkt der Wahl nicht offenkundig sei. Der Beschluss des LAG Hessen, der der Beteiligten die Tariffähigkeit absprach, sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht rechtskräftig gewesen, sodass auch kein grober Verstoß gegen die Vorschriften über die Wählbarkeit bzw. das Wahlverfahren bestehe, der die Nichtigkeit der Wahl rechtfertige.

BAG, Beschl. v. 15. Mai 2019 – 7 ABR 35/17, AG 2020, 129

BFH ZUR FEHLENDEN UNTERNEHMEREIGENSCHAFT EINES AUFSICHTSRATSMITGLIEDS BEI FEHLENDEM VERGÜTUNGSRISIKO AUFGRUND NICHTVARIABLER FESTVERGÜTUNG

Der BFH hatte im Revisionsverfahren über die Auswirkung einer Festvergütung auf die Unternehmereigenschaft eines Aufsichtsratsmitglieds und über die Steuerschuldnerschaft des Aufsichtsratsmitglieds als Empfänger einer Gutschrift mit Umsatzsteuerausweis bei fehlender Unternehmereigenschaft zu entscheiden.

Sachverhalt

Der Kläger war leitender Angestellter in der Konzernmutter S-AG und zugleich in den Aufsichtsrat der 100 prozentigen Tochtergesellschaft E-AG entsandt. Gemäß der Satzung der E-AG erhielt jedes Aufsichtsratsmitglied eine jährliche Festvergütung in Höhe von 20.000 EUR oder einen zeitanteiligen Anteil hiervon. Nach dem Anstellungsvertrag zwischen Kläger und S-AG war die Vergütung für die Aufsichtsratsstätigkeit an die S-AG zu melden und abzuführen. Die Abführung erfolgte jährlich über die Verrechnung bei der Auszahlung der Tantiemen. Die E-AG rechnete gegenüber dem Kläger die Aufsichtsratsvergütung im Gutschriftverfahren inklusive eines Umsatzsteuerausweises ab. Der Kläger

legte gegen seine Umsatzsteuererklärungen, in denen er die Aufsichtsratsvergütung als Entgelt für den Regelsteuersatz unterliegende Leistungen angemeldet hatte, erfolglos Einspruch ein. Die Beklagte ist das Finanzamt, das eine Umsatzsteuerpflicht des Klägers annahm, da er als Mitglied des Aufsichtsrats Unternehmer sei und in dieser Eigenschaft umsatzsteuerpflichtige Leistungen erbringe.

Die Klage zum Finanzgericht wurde abgewiesen.

Keine Unternehmereigenschaft bei fehlendem Vergütungsrisiko

Zunächst ordnete der BFH das Ruhen des Verfahrens an, um eine Entscheidung des EuGH abzuwarten. Dieser entschied hinsichtlich der Auslegung von Art. 9 und 10 der Richtlinie 2006/112/EG vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, dass das Mitglied des Aufsichtsrats einer Stiftung eine nicht selbstständige Tätigkeit ausübe und kein Steuerpflichtiger im Sinne des Mehrwertsteuersystems sei (EuGH, Urt. v. 13. Juni 2019 – C-420/18). Das Aufsichtsratsmitglied trage

kein wirtschaftliches Risiko, da die Vergütung weder von der Teilnahme an Sitzungen noch von den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden abhängig sei und für Rechnung und Verantwortung des Aufsichtsrats gehandelt worden sei.

Dem schloss sich der BFH in seinem neuen Urteil an. Bei einer Vergütung, die keine variablen Vergütungsbestandteile enthalte, liege mangels Einfluss fahrlässigen Handelns auf die Vergütung keine unternehmerische Tätigkeit des Aufsichtsratsmitglieds vor.

Damit wurde eine Unternehmereigenschaft eines Aufsichtsratsmitglieds ohne Vergütungsrisiko zwar verneint. Der BFH lässt aber explizit offen, wie Sachverhalte zu würdigen sind, in denen der Aufsichtsrat eine Vergütung erhält, die variable Komponenten aufweist, bzw. ob er für diese Fälle an der Unternehmereigenschaft entsprechend der bisherigen Rechtsprechung festhält.

Auch keine Steuerschuld nach § 14c Abs. 2 UStG

Mangels Unternehmereigenschaft begründe auch eine Gutschrift mit Umsatzsteuerausweis keine Steuerschuld nach § 14c Abs. 2 UStG. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut. Der § 14 Abs. 2 UStG verweise auf den allgemeinen Unternehmerbegriff aus § 2 UStG. Damit eine Gutschrift nach § 14 Abs. 2 Satz 2 UStG einer Rechnung gleichstehe und so eine Steuerschuld nach § 14c Abs. 2 UStG begründen könne, sei folglich eine Unternehmerstellung erforderlich. Im konkreten Streitfall könne dies aber nicht angenommen werden.

BFH, Urte. v. 27. November 2019 – V R 23/19 (V R 62/17), ZIP 2020, 363

OLG KÖLN ZUR DARLEGUNGS- UND BEWEISLAST BEI HAFTUNG DES ERBEN EINES VORSTANDS FÜR PFLICHTWIDRIGKEIT BEI VORSTANDSHANDELN

Das OLG Köln hatte im Berufungsverfahren über die Frage zu entscheiden, wer bei Haftungsansprüchen gegen den Erben des Alleinvorstands einer Aktiengesellschaft die Darlegungs- und Beweislast trägt.

Sachverhalt

Die klagende AG nimmt das Land Nordrhein-Westfalen, als Fiskalerben des verstorbenen Alleinvorstands der Klägerin auf Ersatz von Aufwendungen (u.a. Beraterkosten) nach Scheitern eines Joint Ventures in Anspruch. Die Parteien streiten insbesondere über die Frage der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich etwaiger Pflichtverstöße des Erblassers.

Das erstinstanzlich zuständige LG Aachen hat der Zahlungsklage lediglich in Höhe eines Teilbetrags stattgegeben. Im Übrigen hat es die Klage im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin sei ihrer Darlegungslast im Hinblick auf die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Erblassers nicht hinreichend nachgekommen.

Darlegungslast bei Beklagtem als Gesamtrechtsnachfolger

Das OLG Köln sieht darin einen Rechtsfehler im Sinne des § 513 Abs. 1 ZPO. Das LG Aachen habe die Darlegungslast in seinem Urteil in entscheidungserheblicher Art und Weise verkannt. Bei zutreffender Würdigung des Parteivorbringens habe der Klage stattgegeben werden müssen.

Zur Begründung führt das OLG Köln zunächst aus, dass den Vorstand gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters treffe.

In der Literatur werde zwar teilweise vertreten, dass § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG im Fall der Gesamtrechtsnachfolge auf Seiten des in Anspruch genommenen Vorstandsmitglieds durch Erbfall teleologisch zu reduzieren sei, so dass ausnahmsweise die Gesellschaft darlegungs- und beweislastpflichtig sei.

Im konkreten Fall brauche diese (Streit-)Frage jedoch nicht entschieden werden, da sich die Darlegungslast des Beklagten vorliegend schon aus allgemeinen Grundsätzen ergebe.

So komme es für die Frage der Darlegungslast maßgeblich darauf an, ob die Darlegung positiver oder negativer Tatsachen in Rede stehe. In Fällen, in denen eine primär darlegungspflichtige Partei negative Tatsachen zu behaupten habe, wechsele die Darlegungslast grundsätzlich zum Gegner, der – nunmehr sekundär behauptungspflichtig – die tatsächlichen Umstände näher darzulegen habe.

Vorliegend müsse daher auch bei Annahme einer teleologischen Reduktion des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die Darlegungslast jedenfalls insoweit bei dem Beklagten verbleiben, wie sich schon aus dem unstrittigen Sachverhalt ohne weitere rechtfertigende Umstände eine Pflichtverletzung des Erblassers ergebe und die Klägerin sinngemäß vortrage, dass keine Umstände vorlägen, die die Maßnahmen des Erblassers rechtfertigen würden.

Diese Voraussetzungen sah das Gericht als gegeben an. Der Abschluss des Joint-Venture-Vertrages stelle schon nach dem unstrittigen Sachverhalt eine dem Erblasser vorwerfbare Pflichtverletzung dar, der zum Schaden der Klägerin geführt habe. Denn der Erblasser habe in diesem Zusammenhang keine ausreichende Informationsgrundlage im Sinne von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG geschaffen. Diese sei aber Grundlage jeder unternehmerischen, nicht pflicht-

widrigen Entscheidung. Daraus folge im Umkehrschluss, dass eine unternehmerische Entscheidung, die nicht auf einer ausreichenden Informationsgrundlage beruhe, pflichtwidrig sei.

Beklagter muss rechtfertigende Umstände darlegen

Das Vorliegen etwaiger Rechtfertigungsgründe habe der Beklagte darzulegen. Zwar nahm das Gericht zur Kenntnis, dass der Beklagte als (subsidiärer) Erbe die von ihm geforderte Darlegung nur erschwert erbringen könne. Die vorbeschriebene Verteilung der Darlegungslast sei aber gleichwohl zwingend. Denn zum einen sei ein anderer, weiter und tief reichender Vortrag der klagenden Gesellschaft bezogen auf eine entscheidungserhebliche Tatsache immer dann nicht denkbar, wenn sie wahrheitsgemäß das Nichtvorliegen von Rechtfertigungsgründen behauptete. Zum anderen könne der Beklagte als Rechtsnachfolger des verstorbenen Vorstandsmitglieds der Klägerin als Gesellschaft gestützt auf nachwirkende Treupflichten aus dem beendeten Organverhältnis und/oder unter Berufung auf § 810 BGB Einsicht in die in diesem Zusammenhang relevanten Geschäftsunterlagen verlangen, um so seiner Darlegungspflicht nachzukommen. Eines weiterreichenden Schutzes durch Absenkung der sekundären Beweislast bedürfe der Beklagte – auch im Hinblick auf die Möglichkeit der Begrenzung seiner Haftung nach § 1990 BGB – nicht.

OLG Köln, Urt. v. 01. Oktober 2019 – 18 U 34/18, WM 2020 Heft 3, 135

OLG MÜNCHEN ZUR DURCHSETZBARKEIT DES AUSKUNFTSRECHTS EINES SONDERPRÜFERS AUS § 145 ABS. 2 AKTG MITTELS EINSTWEILIGER VERFÜGUNG

Das OLG München hatte über die Frage zu entscheiden, ob der Anspruch des Sonderprüfers auf Aufklärungen und Nachweise gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder aus § 145 Abs. 2 AktG mittels einstweiliger Verfügung durchsetzbar ist.

Sachverhalt

Der Antragssteller machte als von der Hauptversammlung einer AG bestellter Sonderprüfer im einstweiligen Verfügungsverfahren Auskunftsansprüche gegen den dem Aufsichtsrat der AG angehörenden Antragsgegner geltend. Das LG München I wies den Antrag mit Beschluss vom 10. September

2019 (Az. 5 HK O 11537) zurück. Der sofortigen Beschwerde des Antragsstellers half das LG München I nicht ab, sodass das OLG München nunmehr über die Sache zu entscheiden hatte.

Das OLG München wies die sofortige Beschwerde des Antragsstellers zurück.

Das Rechtsmittelverfahren gegen die Entscheidung des OLG München in Form der Beschwerde, die sich gegen die Streitwertfestsetzung richtete, wurde vom OLG München unter dem Az. 7 W 1118/19 geführt. Sie wurde zurückgewiesen.

Keine Durchsetzung des Anspruchs des Sonderprüfers auf Aufklärungen und Nachweise gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder durch einstweilige Verfügung

Das Auskunftsrecht des Sonderprüfers aus § 145 Abs. 2 AktG gegen ein Mitglied des Aufsichtsrats könne nicht mittels einstweiliger Verfügung durchgesetzt werden. Zur Begründung verwies das OLG München auf die umfänglichen Ausführungen des LG München I – besprochen im Newsletter für die Aktiengesellschaft Q4/2019.

Nach diesem sei der Antrag insbesondere bereits unstatthaft. Aus der Systematik des Aktienrechts im Zusammenhang mit den Rechten und Pflichten des Sonderprüfers ergebe sich, dass der geltend gemachte Anspruch aus § 145 Abs. 2 AktG nicht mittels einstweiliger Verfügung durchgesetzt werden könne. Lediglich die Vorstandsmitglieder könnten gemäß § 407 Abs. 1 AktG zur Mitwirkung gemäß § 145 AktG durch die Festsetzung eines Zwangsgeldes angehalten werden. Ein klagbarer Erfüllungsanspruch auf Auskunftserteilung bestünde jedoch auch gegenüber den Vorstandmitgliedern nicht.

Dieser Gesetzessystematik widerspreche es, wenn der Anspruch aus § 145 Abs. 2 AktG gegen die Aufsichtsratsmitglieder mittels eines viel direkteren Rechtsmittels geltend gemacht werden könne, als die insoweit auf den § 407 AktG beschränkten Ansprüche gegen die Vorstandsmitglieder aus § 145 Abs. 1 bis 3 AktG. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich bei dem Anspruch aus

§ 145 Abs. 2 AktG lediglich um eine Ergänzung des Anspruchs aus § 145 Abs. 1 AktG handele.

Darüber hinaus ergänzte das OLG München, dass die der Beschwerde zugrunde gelegte Argumentation des Antragsstellers, wonach das Zwangsgeldverfahren nach § 407 AktG ineffektiv und für die von ihm geltend gemachten Rechte nach dem klaren Wortlaut des § 407 Abs. 2 AktG nicht einmal möglich sei, lediglich belege, dass der Gesetzgeber die geltend gemachten Ansprüche bewusst als „stumpfes Schwert“ ausgestaltet habe. Insofern sei die Rechtsprechung nicht zu einer Korrektur gezwungen. Vielmehr belege schon die pflichtwidrige mangelnde Mitwirkung an einer wirksam beschlossenen Sonderprüfung, dass ein Organ etwas zu verbergen habe und trage so zumindest indirekt zur Zweckerfüllung der Sonderprüfung bei.

Kein Verfügungsgrund

Selbst wenn man die Möglichkeit der Geltendmachung von Auskunftsansprüchen im Wege der einstweiligen Verfügung grundsätzlich für möglich halten wolle, träfe den Antragsteller die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Eilbedürftigkeit. Für den Senat sei jedenfalls vorliegend nicht ersichtlich, warum eine Auswertung der Unterlagen nicht auch noch nach Abschluss eines (hypothetischen) Hauptsacheverfahrens möglich sei.

OLG München, Beschl. v. 04. November 2019 – 7 W 1118/19, ZIP 2019, 2352

OLG MÜNCHEN ZUR ZUR FESTSETZUNG DES STREITWERTS FÜR AUSKUNFTSANSPRÜCHE DES SONDERPRÜFERS

Das OLG München hatte über die Frage zu entscheiden, wie der Streitwert bei Auskunftsansprüchen des Sonderprüfers im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens zu bemessen ist.

Sachverhalt

Der durch die Hauptversammlung einer AG bestellte Sonderprüfer (Antragssteller) machte im einstweiligen Verfügungsverfahren Auskunftsansprüche ge-

gen den dem Aufsichtsrat der AG angehörenden Antragsgegner geltend. Der Antrag blieb ohne Erfolg. Der Streitwert wurde auf 20.000 EUR festgesetzt.

Mit einem als Beschwerde bezeichneten Rechtsbehelf begeherten die Antragsgegnervertreter nunmehr in eigenen Namen eine Erhöhung des festgesetzten Streitwerts auf 19.633.200 EUR.

Das OLG München wies die nach seiner Sicht als Gegenvorstellung zu wertende „Beschwerde“ der Antragsgegnervertreter zurück.

Interesse des Sonderprüfers an Erfüllung seiner Prüfungsaufgabe maßgeblich

Zur Begründung führte das OLG München aus, dass es für die Bemessung des Streitwerts maßgeblich auf das Interesse des Antragsstellers an den begehrten Auskünften ankomme.

Dieses Interesse könne weder anhand eventuell im Raum stehender Schadensersatzansprüche der Gesellschaft, noch anhand des Wertes der zu prüfenden Vorgänge bemessen werden.

Die Zugrundelegung eventuell bestehender Schadensersatzansprüche komme schon deshalb nicht in Betracht, als sie nur der Gesellschaft zustünden und der Antragssteller sie nicht im Namen der Gesellschaft geltend machen könne.

Der Wert der zu prüfenden Vorgänge sei ebenfalls kein geeigneter Prüfungsmaßstab für die Bemessung des Interesses des Antragsstellers, weil auch dieser lediglich ein Interesse der Gesellschaft reflektiere.

Das Interesse des Antragsstellers sei danach vielmehr nur das Interesse, das er selbst an der Erfüllung seines Prüfungsauftrags habe. Da er als Dienstnehmer auch bei erfolgloser Prüfung seinen Vergütungsanspruch behalte, sei sein Interesse nicht materieller Natur. Im Ergebnis beziehe sich sein Interesse deshalb nur auf sein Anliegen, die Prüfung zu Erhaltung seiner Reputation ordnungsgemäß durchzuführen.

OLG München, Beschl. v. 2. Januar 2020 – 7 W 1118/19, WM 2020 Heft 8, 390

BGH ZUR AKTIENÜBERNAHME IM RAHMEN EINES DELISTINGS UND ZUR ERMITTLUNG DER ANGE-MESSENEN GEGENLEISTUNG

Der BGH hatte über die Höhe einer angemessenen Gegenleistung für die Übernahme von Aktien im Rahmen eines Delisting-Verfahrens zu entscheiden.

Sachverhalt

Die Kläger hielten Stückaktien der S. AG. Die Beklagte ist Hauptaktionärin der S. AG. Sie veröffentlichte am 5. Oktober 2016 ihre Entscheidung zur Abgabe eines Erwerbsangebots gemäß § 10 WpÜG. Daraufhin teilte die BaFin der Beklagten mit Schreiben vom 12. Oktober 2016 mit, dass der nach § 10 Abs. 1 Satz 1 WpÜG ermittelte Durchschnittskurs der Aktie 4.554,94 EUR betrage. Mit Bescheid vom 8. November 2016 gestattete die BaFin die Veröffentlichung einer entsprechenden Angebotsunterlage durch die Beklagte. Die Kläger nahmen das am 9. November 2016 veröffentlichte Angebot der Beklagten an und erhielten jeweils 4.554,94 EUR je übertragener Aktie ausgezahlt.

Nach Ansicht der Kläger sei die Beklagte jedoch gemäß § 39 Abs. 3 Satz 4 BörsG zur Zahlung einer Geldleistung pro Aktie verpflichtet, deren Höhe durch eine Unternehmensbewertung der S. AG zu ermitteln sei. Einen genauen Betrag pro Aktie nannten die Kläger hingegen nicht. Damit sprachen die

Kläger sich gegen die Zahlung entsprechend des ermittelten Durchschnittskurses aus. Es seien an weniger als einem Drittel der Börsentage Börsenkurse festgestellt worden, wobei zwei nicht unmittelbar nacheinander folgende Börsenkurse um mehr als fünf Prozent vom vorherigen Börsenkurs abwichen. Die Voraussetzungen des § 39 Abs. 3 Satz 4 BörsG seien demnach erfüllt. Dass diese Kurssprünge unmittelbar nacheinander folgten, setze § 39 Abs. 3 Satz 4 BörsG nicht voraus, so die Kläger.

Der BGH hat die Revision zurückgewiesen.

Hinreichende Bestimmtheit

Zunächst stellt der BGH klar, dass grundsätzlich jede Leistungsklage dem Grundsatz der hinreichenden Bestimmtheit gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unterliege. Die Anträge der Kläger auf Zahlung einer „angemessenen Abfindung“ in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen der im Übernahmeangebot genannten Summe und der Gegenleistung, die dem anhand der Bewertung der S. AG zum Stichtag 5. Oktober 2016 ermittelten Wert je Aktie entspricht, sei nicht auf einen ziffernmäßig angegebenen Betrag gerichtet, weshalb kein vollstreckungsfähiger Inhalt vorliege.

Richterliche Schätzung oder richterliches Ermessen

Die von der Rechtsprechung entwickelten Ausnahmefälle zum Grundsatz der hinreichenden Bestimmtheit, wonach es bei einem Anspruch auf Geldentschädigung dann keines exakt bezifferten Antrags bedarf, wenn die Bestimmung des Betrages maßgeblich von der richterlichen Schätzung nach § 287 ZPO oder von dem richterlichem Ermessen abhängt, können nicht entsprechend angewendet werden. Denn § 39 Abs. 3 Satz 4 BörsG ordnet die Zahlung eines (bestimmten) Betrages an, der durch die Bewertung zu ermitteln sei. Diese Ermittlung erfolge gerade anhand objektiver Merkmale unter Heranziehung eines Sachverständigen.

Aus dem gleichen Grund seien Anträge der Kläger auf Bestimmung einer angemessenen Gegenleistung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht statthaft.

Auslegung der Gesetzesmaterialien

Aus den Gesetzesmaterialien zu § 39 BörsG lasse sich laut BGH auch keine Ausnahmen zum Grundsatz der hinreichenden Bestimmtheit entnehmen. Sofern in den Gesetzesmaterialien von einer „angemessenen Abfindung“ gesprochen werde, werde dies vom Gesetzgeber als materiell-rechtliche Umschreibung für die nach § 39 Abs. 3 BörsG jeweils in Euro anzubietende Gegenleistung verwandt. Prozessuale Rechte begründe dies nicht, da in den Gesetzesmaterialien in Zusammenhang mit der „Angemessenheit“ der Abfindung stets die Frage ihrer Berechnung und damit ihrer Bezifferung erörtert werde.

Unternehmensbewertung als Aufgabe des Anbietenden?

Weiterhin befasst sich der BGH mit der Frage, wessen Verpflichtung die Erstellung der Unternehmensbewertung ist. Es wird seitens des BGH klargestellt, dass die Unternehmensbewertung nur im Widerrufsverfahren durch den Emittenten vorzunehmen sei. Dieses Verfahren sei jedoch bewusst von etwaigen Zahlungsansprüchen der Anleger getrennt, weshalb sich aus den gesetzlichen Vorgaben zum Widerrufsverfahren kein Anspruch auf Vorlage einer korrigierten Angebotsvorlage unter Berücksichtigung des nach Ansicht des Anlegers anzusetzenden Unternehmenswertes ableiten lasse.

Anforderungen des § 39 Abs. 3 Satz 4 BörsG

Es müssen mindestens zwei Kurssprünge von über fünf Prozent unmittelbar hintereinander aufgetreten sein, um gemäß § 39 Abs. 3 Satz 4 BörsG eine Berechnung der Abfindung nach dem Unternehmenswert fordern zu können, so der BGH. Jedenfalls der gesetzgeberische Wille sowie Sinn und Zweck des § 39 Abs. 3 Satz 4 BörsG erfordern, nur hintereinander folgende Abweichungen von mehr als fünf Prozent für ausreichend zu erachten. Denn der Gesetzgeber habe sich bei der Neufassung des § 39 BörsG für die kapitalmarktrechtliche Lösung entschieden, die Höhe der Abfindung grundsätzlich nach dem einfach festzustellenden Börsenkurs zu berechnen. Eine Bemessung der anzubietenden Gegenleistung anhand des Unternehmenswertes sei daher nur ausnahmsweise geboten, wenn die Aussagekraft des Börsenkurses durch eine unterlassene oder unzutreffende Veröffentlichung kursrelevanter Informationen beeinträchtigt sei oder der Börsenkurs nach übernahmerechtlichen Maßstäben nicht in aussagekräftiger Weise festgestellt werden könne. Bereits bei Anwendung des § 5 Abs. 4 WpÜG-AngebV, der einen Referenzzeitraum von drei Monaten vorsieht, werde nach allgemeiner Auffassung davon ausgegangen, dass zwei nicht hintereinanderliegende Kurssprünge von über fünf Prozent nicht auf Kursverfälschungen hinweisen. Denn in Zeiten hoher Volatilität der Börsenkurse seien derartige Veränderungen nicht ungewöhnlich. Dies müsse erst recht für § 39 Abs. 3 Satz 4 BörsG gelten, der eine doppelt so lange Referenzperiode als Bewertungsgrundlage des Börsenkurses fordere. Nur bei zwei unmittelbar nacheinander folgenden Kurssprüngen erscheine danach der Durchschnittsbörsenkurs zufallsgeprägt und biete keine sachgerechte Grundlage für die Berechnung der Abfindung.

BGH, Beschl. v. 22. Oktober 2019 - XI ZR 682/18, AG 2020, 124

LG HEIDELBERG ZU DER REICHWEITE DER BEFUGNISSE DES BESONDEREN VERTRETERS EINER AG

Das LG Heidelberg hatte zu entscheiden, ob der besondere Vertreter einer AG zur Mandatierung von Rechtsanwälten für die durch ihn vertretene AG befugt ist, er die AG in einem nachfolgenden Prozess gegen ebendiese Rechtsanwälte vertreten darf und ob er insofern ein Anerkenntnis bezüglich der klageweise geltend gemachten Honorarforderungen abgeben darf.

Sachverhalt

Die Klägerin, eine Rechtsanwaltsgesellschaft, begehrte die Zahlung von Honorarforderungen aus anwaltlicher Tätigkeit.

Der besondere Vertreter, selbst Rechtsanwalt, war von der Hauptversammlung der beklagten AG gemäß § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG zwecks Vertretung in zwei Schadensersatzprozessen gegen Organmitglieder und den Mehrheitsaktionär bestellt worden. Im Rahmen dieser Vertretung war die Klägerin von dem besonderen Vertreter zur Erbringung anwaltlicher Tätigkeiten mandatiert worden. Auch in dem nachfolgenden, auf Zahlung der aus dieser anwaltlichen Tätigkeit der Klägerin entstandenen Honoraransprüche gerichteten Prozess vertrat der besondere Vertreter die Beklagte und erkannte die klageweise geltend gemachten Ansprüche der Klägerin an.

Mandatierung von Rechtsanwälten durch den besonderen Vertreter zulässig

Dass der besondere Vertreter gemäß § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG befugt sei, Ersatzansprüche der Gesellschaft durchzusetzen, ergebe sich bereits aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut („Zur Geltendmachung“). Das LG Heidelberg schließt sich der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansicht an, wonach die dem besonderen Vertreter gemäß § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG übertragene Kompetenz zur Geltendmachung dieser (außer)gerichtlichen Ansprüche auch die Mandatierung eines Rechtsanwalts umfasse. Anderenfalls könne der besondere Vertreter seinen Aufgaben nicht mit der gebotenen Effektivität nachkommen. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Aktienrecht nicht zwingend vorsehe, dass ein besonderer Vertreter selbst

Rechtsanwalt sein müsse. Die Auslegung eines Bestellungsbeschlusses dahingehend, dass der besondere Vertreter nur im eigenen Namen und nicht für die vertretene AG mandatieren dürfe, sei mit dem Zweck der Bestellung, der effektiven Aufgabenwahrnehmung im Interesse der AG und gerade nicht in eigenem Interesse, schwerlich vereinbar. Zudem liefe dies auf eine Vorfinanzierungspflicht des besonderen Vertreters hinaus, welche seiner Rolle als Organ der Gesellschaft widerspräche und eine nicht unerhebliche Einschränkung der Funktionsfähigkeit bedeute.

Vertretung der AG im Rechtsstreit gegen die mandatierten Rechtsanwälte zulässig

Es sei sachgerecht, wenn der besondere Vertreter die AG in einem Rechtsstreit mit dem von ihm mandatierten Rechtsanwalt vertrete. Im Gegensatz zu Vorstand, Aufsichtsrat oder Hauptversammlung verfüge der besondere Vertreter exklusiv über die erforderlichen Informationen zur Beurteilung der Berechtigung der Honorarforderung der Höhe und dem Grunde nach. Schließlich werde der mandatierte Rechtsanwalt gerade in dem Aufgabenbereich der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen tätig, der dem besonderen Vertreter zugewiesen sei. Originäre Aufgabe des besonderen Vertreters sei die Durchsetzung von Interessen der Gesellschaft gegen den Vorstand. Diese sei nachteilig betroffen, wenn zwecks Überprüfung der Honorarforderungen Informationen zu Art und Umfang der anwaltlichen Tätigkeit und korrespondierend dazu die Prozessstrategie gegenüber dem Vorstand offengelegt werden müssten.

Erklärung eines Anerkenntnisses durch besonderen Vertreter zulässig

Als Annex seiner Befugnis zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen und der Mandatierung von Rechtsanwälten sei der besondere Vertreter im Interesse der Rechtsklarheit und der Kontinuität seiner Aufgabenwahrnehmung berechtigt, die Honorarforderungen der von ihm mandatierten Rechtsanwälte anzuerkennen. Die Regelungen des § 147 Abs. 2 Satz 5, 6 AktG stünden dem nicht entgegen. Denn

diese stellen keinen allgemeinen Grundsatz auf, wonach einem besonderen Vertreter jeder unmittelbare oder mittelbare Zugriff auf das Vermögen der Gesellschaft untersagt sei. Jedenfalls erfassten diese Regelungen nur den gerichtlich bestellten besonderen Vertreter.

Finanzierung der Tätigkeit des besonderen Vertreters

Hinsichtlich der Finanzierung der Tätigkeit des besonderen Vertreters sei dieser nicht auf Mitwirkung des Vorstandes angewiesen, da es gerade um die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen jene Organmitglieder gehe. Vielmehr seien dem im Interesse der AG tätig werdenden besonderen Vertreter finanzielle Mittel durch diese zur Verfügung zu stellen.

Missbrauch der Vertretungsmacht

Der Missbrauch einer vorliegenden Prozessvollmacht ziehe notwendigerweise die Nichtigkeit eines erklärten Anerkenntnisses nach sich. Ein solcher Missbrauch könne sich entweder aus einem kollusiven Zusammenwirken des besonderen Vertreters mit dem Vertragsgegner zum Nachteil der AG oder einer objektiven Evidenz betreffend die Überschreitung der Prozessvollmacht ergeben. Beides liege im hiesigen Fall jedoch nicht vor.

Die Berufung ist anhängig beim OLG Karlsruhe unter dem Az. 11 U 10/19.

LG Heidelberg, Urt. v. 9. August 2019 - 4 O 366/18, ZIP 2020, 416

LG FRANKFURT A. M. ZUM MITBESTIMMUNGSRECHTLICHEN STATUSVERFAHREN BEIM „KONZERN IM KONZERN“

Das Landgericht Frankfurt a. M. hat zur mitbestimmungsrechtlichen Figur des „Konzern im Konzern“ Stellung bezogen. Die für die Konzerneigenschaft erforderliche Leitungsmacht sei jedenfalls dann gegeben, wenn es die BaFin regulatorisch vorgebe, dass das Konzernunternehmen alle gruppenbezogenen Pflichten eines übergeordneten Unternehmens zu erfüllen habe.

Sachverhalt

Die Beteiligten stritten im Rahmen eines Statusverfahrens darüber, ob der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin zu Recht nach dem Drittelbeteiligungsgesetz zusammengesetzt worden war.

Der Antragsteller ist Kommanditaktionär der Antragsgegnerin, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien. Die Antragsgegnerin ist Teil eines Konzernverbands. Ihre Komplementärin und Mehrheitsgesellschafterin ist eine direkte Tochtergesellschaft der Konzernobergesellschaft. Die Antragsgegnerin wiederum hat zwei Tochtergesellschaften in der Rechtsform der GmbH (im Folgenden „Tochter-GmbHs“), mit denen jeweils Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge bestehen.

Die Satzung der Antragsgegnerin bezeichnet den Unternehmensgegenstand insbesondere mit der

„Leitung einer Gruppe von Finanzdienstleistungsunternehmen“, wobei die Antragsgegnerin die Funktion einer Finanzholdinggesellschaft im Sinne der EU-Verordnung VO (EU) 575/2013 (Kapitaladäquanzverordnung, CRR) ausüben soll. Anknüpfend daran wurde die Antragsgegnerin von der BaFin – insoweit zwischen den Beteiligten unstrittig – zu einem übergeordneten Unternehmen einer Gruppe von Finanzdienstleistungsunternehmen bestimmt.

Die Antragsgegnerin selbst hatte im Jahr 2018 durchschnittlich 46 Mitarbeiter. Die Tochter-GmbHs beschäftigten hingegen gemeinsam über 934 Mitarbeiter. Keine der Tochter-GmbHs beschäftigte jedoch in der Regel mehr als 500 Mitarbeiter. Bei der Konzernobergesellschaft ist ein paritätisch mitbestimmter Aufsichtsrat eingerichtet.

Zurechnung nach den Grundsätzen des „Konzern im Konzern“

Nach Auffassung der Kammer sei der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin zu Recht nach dem Drittelbeteiligungsgesetz zusammengesetzt. In der vorliegenden Konstellation sei im mitbestimmungsrechtlichen Sinne ein sogenannter „Konzern im Konzern“ gegeben.

Hiernach können auch innerhalb eines Gesamtkonzerns einzelne Gruppen von Gesellschaften als eigenständiger Konzern im mitbestimmungsrechtlichen Sinne angesehen werden. Voraussetzung ist, dass jeweils der Gesellschaft an der Spitze dieser Gruppe eine eigene Leitungsmacht zukommt. Damit soll dem Gedanken des Mitbestimmungsrechts Rechnung getragen werden, dass die Arbeitnehmer ihre Beteiligungsrechte auf der Entscheidungsebene ausüben können sollen. Entsprechend sei bei Erreichen der Schwellenzahlen von 500 Arbeitnehmern ein drittelbeteiligter Aufsichtsrat bei der Antragsgegnerin einzurichten. Dabei seien die Arbeitnehmer der Tochter-GmbHs der Antragsgegnerin aufgrund der bestehenden unternehmensvertraglichen Beziehung dieser zuzurechnen.

Leitungsmacht schon aufgrund Verantwortung als übergeordnetes Unternehmen im Sinne des KWG

Den Einwand des Antragstellers, die Antragsgegnerin habe aufgrund der Kontrolle durch die oberste Konzerngesellschaft nicht die erforderliche Leitungsmacht inne, verwarf die Kammer. Unabhängig von der verwendeten Rechtsform einer KGaA und der Einbindung der Komplementärin in den Konzern ergebe sich die für die Annahme eines „Konzern im Konzern“ erforderliche Leitungsmacht schon aus den regulatorischen Vorgaben des KWG und den damit gesetzlich vorgesehenen Aufgaben der Antragsgegnerin. Nach § 10a Abs. 2 Satz 4 KWG habe die

Antragsgegnerin als von der BaFin bestimmtes übergeordnetes Unternehmen im Hinblick auf die Gruppe „alle gruppenbezogenen Pflichten eines übergeordneten Unternehmens zu erfüllen“. Dazu gehöre insbesondere, dass die Antragsgegnerin nach § 25a Abs. 3 Satz 1 KWG für eine den Vorgaben der § 25a Abs. 1 und 2 KWG entsprechende ordnungsgemäße Geschäftsorganisation der Gruppe der Antragsgegnerin zu sorgen habe. Hierfür trage die Antragsgegnerin kraft Gesetzes die ultimative Verantwortung.

Hinsichtlich der Anzahl der Mitarbeiter der Tochter-GmbHs müsse sich der Antragsteller die Angaben in den im Bundesanzeiger veröffentlichten Jahresabschlüssen entgegenhalten lassen. Diesen komme insoweit hinreichender Beweiswert gegenüber dem Antragsteller als Gesellschafter der Antragsgegnerin zu. Der Antragsteller hätte jedenfalls substantiiert darlegen müssen, warum diese Angaben nicht zutreffen. Dies habe er jedoch nicht getan.

Nach der Entscheidung wurde erneut ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung beim LG Frankfurt a. M. gestellt (Az. 3-05 O 43/19).

LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 24. Oktober 2019 - 3-05 O 43/19, ZIP 2020, 79

LG FRANKFURT A. M. ZUR ERMITTLUNG VON ABFINDUNG UND AUSGLEICH MITTELS MARKTORIENTIERTER BEWERTUNG ANHAND DES BÖRSENKURSES

Das Landgericht Frankfurt a. M. hat entschieden, dass für die Bemessung der angemessenen Barabfindung (§ 305 AktG) und des festen Ausgleichs (§ 304 AktG) auch bei einem gegebenenfalls höheren Ertragswert auf den Börsenkurs abgestellt werden könne, wenn es im maßgeblichen Beobachtungszeitraum aussagekräftige Börsenkurse gebe.

Sachverhalt

Im Dezember 2017 schlossen die antragstellende AG und die antragsgegnerische GmbH, einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag.

Bereits am 24. August 2017 hatte die Muttergesellschaft der Antragsgegnerin bekannt gegeben, dass

sie beabsichtige, einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen der Antragsgegnerin oder einem mit ihr verbundenen Unternehmen als herrschendem sowie der Antragstellerin als beherrschtem Unternehmen abzuschließen. Der Vorstand der Antragstellerin beschloss am selben Tag, Gespräche über den Abschluss eines solchen Vertrages aufzunehmen, und gab dies per Ad hoc-Mitteilung am 24. August 2017 bekannt.

Der von der BaFin berechnete und für gültig erklärte Dreimonatsdurchschnittskurs der Aktie der Antragstellerin vor diesem Datum, das heißt vom 24. Mai 2017 bis zum 23. August 2017, betrug 65,41 EUR je Aktie.

Der Unternehmenswert der Antragstellerin wurde mittels des Ertragswertverfahrens ermittelt und auf dieser Grundlage die angemessene Barabfindung auf 74,40 EUR, die jährliche Ausgleichszahlung auf 3,53 EUR je Aktie festgelegt. Die Hauptversammlung der Antragstellerin stimmte dem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag mit der Antragsgegnerin Anfang Februar 2018 zu. Gegen die Höhe der Abfindung und des festen Ausgleichs wendeten sich außenstehende Aktionäre mit dem Antrag auf Einleitung eines Spruchverfahrens.

Marktorientierte Bewertung anhand des Börsenkurses

Nach dem Landgericht Frankfurt a. M. sind die Anträge der außenstehenden Aktionäre für unbegründet. Eine Erhöhung der beschlossenen Barabfindung bzw. des Ausgleichs komme nicht in Betracht.

Das Landgerichts Frankfurt a. M. schließt sich im Ergebnis einer marktorientierten Bewertung anhand des Börsenkurses an. Entsprechend der Rechtsprechung des BGH sei dabei auf den nach Umsatz gewichteten Durchschnittskurs im Dreimonatszeitraum „vor der Bekanntmachung der Strukturmaßnahme“ abzustellen.

Das Gericht sei in der Auswahl der Bewertungsmethode grundsätzlich frei, solange es eine geeignete und aussagekräftige Methode wähle und methodenkonform anwende, die gewährleistet, dass das gefundene Bewertungsergebnis zu einer angemessenen Abfindung führt, die nicht unter dem Verkehrswert der Aktie liegt. Denn es gebe nicht „den einen exakten oder wahren Unternehmenswert“ und auch keine als „einzig richtig“ anerkannte Methode zur Ermittlung des Verkehrswerts einer Aktie. Es könne nicht einmal festgestellt werden, dass eine der gebräuchlichen Methoden in der Wirtschaftswissenschaft unumstritten wäre.

Eine gerichtliche Prüfung des Ertragswerts bleibe entbehrlich, wenn es aussagekräftige Börsenkurse gebe, die zur Bestimmung des Verkehrswerts der Aktie heranzuziehen sind. In diesem Fall bilde der Börsenkurs nicht die Untergrenze, sondern tatsächlich die angemessene Abfindung. Diese Auffassung entspreche auch dem Gebot, im Rahmen der Angemessenheitsprüfung den Aufwand für die Unternehmensbewertung – die ohnehin (auch beim Börsenkurs) auf einer Schätzung nach §§ 287 Abs. 2 ZPO, 738 Abs. 2 BGB beruhe – in verfahrensökonomisch vertretbaren Grenzen zu halten.

Die gegenteilige Auffassung, die auch bei aussagekräftigem Börsenkurs stets (mindestens) eine Plausibilisierung durch eine Ertragswertbetrachtung fordere, sei durch die Rechtsprechung des BGH überholt und laufe auf eine Bestimmung der Abfindung nach dem Meistbegünstigungsprinzip hinaus. Die Anwendung eines solchen Meistbegünstigungsprinzips könnten die Minderheitsaktionäre aber weder nach einfachgesetzlichen Regelungen noch aufgrund von Art. 14 Abs. 1 GG verlangen.

Das Vorliegen einer Marktengpass, die dazu zwingen könnte, dem Börsenkurs die Relevanz für die zu gewährende Abfindung abzusprechen, sei im vorliegenden Fall nicht ersichtlich gewesen. Vielmehr habe es im maßgeblichen Zeitraum vor Bekanntgabe der Absicht, einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag abzuschließen, täglich ein erhebliches Handelsvolumen der Aktien der Antragstellerin gegeben. Das Verfahren ist nun beim OLG Frankfurt a. M. unter dem Az. 21 W 110/19 anhängig.

LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 27. Juni 2019 - 3-05 O 38/18, AG 2020, 143

BGH ZUR ÄNDERUNG DER FIRMA DURCH DEN INSOLVENZVERWALTER

Der BGH hat zu der in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Frage einer Kompetenz des Insolvenzverwalters zur Änderung der Firma der Insolvenzschuldnerin Stellung genommen. Der Insolvenzverwalter könne eine solche Änderung nicht aufgrund der ihm gemäß § 80 Abs. 1 InsO zustehenden Befugnis, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermö-

gen zu verwalten und über es zu verfügen, herbeiführen. Der Insolvenzverwalter könne eine Firmenänderung auch nicht außerhalb der Satzung kraft eigener Rechtsstellung herbeiführen.

Sachverhalt

Der BGH hatte über eine Rechtsbeschwerde wegen einer durch das Registergericht verweigerten Eintragung einer Firmenänderung durch den Insolvenzverwalter zu entscheiden.

Über das Vermögen der betreffenden Aktiengesellschaft war das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Der Insolvenzverwalter veräußerte den zur Insolvenzmasse der Insolvenzschuldnerin gehörenden Firmennamen und meldete in der Folge die Firmenänderung der Insolvenzschuldnerin zur Eintragung in das Handelsregister an. In der Anmeldung gab der Insolvenzverwalter an, dass er den Firmennamen „kraft der [ihm] eingeräumten Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis“ geändert habe. Weiterhin führte er in der Anmeldung aus, der Insolvenzverwalter sei zur Firmenänderung berechtigt, ohne dass ein satzungsändernder Beschluss bezüglich der Firma oder des Unternehmensgegenstandes erforderlich sei. Das Satzungsänderungsrecht der Gesellschafter werde in diesen Fällen vom Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters vollständig verdrängt. Die Satzungsänderung erfolge also quasi unter Ausnutzung der dem Insolvenzverwalter eingeräumten Sonderkompetenz außerhalb des Gesellschaftsrechts.

Das Registergericht verweigerte die Eintragung. Die hiergegen gerichtete Beschwerde war erfolglos geblieben. Mit der Rechtsbeschwerde zum BGH verfolgte der Insolvenzverwalter sein Begehren weiter.

Keine Satzungsänderung durch den Insolvenzverwalter

Der BGH verneint die in Literatur und Rechtsprechung umstrittenen Frage, ob dem Insolvenzverwalter eine Kompetenz zur Satzungsänderung zukommt. Im Insolvenzverfahren – außerhalb eines Insolvenzplans – könne eine Änderung der Firma der Aktiengesellschaft nur durch einen satzungsändernden Beschluss der Hauptversammlung herbeigeführt werden. Der Insolvenzverwalter trete mit seinen Befugnissen nicht an die Stelle der Hauptversammlung als das gesetzlich zur Änderung der Satzung berufenen Organ. Aus der bestehenden Befugnis des Insolvenzverwalters zur Veräußerung der Firma ergebe sich keine Annexkompetenz zur Satzungsänderung.

Dies gelte auch dann, wenn eine Satzungsänderung oder deren Unterlassung mittelbar Auswirkungen auf die Verwertung von Massegegenständen habe. Die Satzungsänderung sei dem Überschneidungs- oder Kooperationsbereich zuzuordnen, in welchem der Insolvenzverwalter den angestrebten Erfolg nur durch ein Zusammenwirken mit dem jeweils zuständigen Organ der Gesellschaft erreichen könne. Die damit einhergehende potentielle Beeinträchtigung des Verwertungsrechts des Insolvenzverwalters sei hinzunehmen.

Keine Firmenänderung außerhalb der Satzung

Auch eine Kompetenz des Insolvenzverwalters, eine Firmenänderung außerhalb der Satzung kraft eigener Rechtsstellung herbeizuführen, komme nicht in Betracht. Dies würde im Ergebnis dazu führen, dass allein durch die Eintragung im Handelsregister – ohne vorherige Änderung der Satzung – eine Änderung der Firma möglich wäre. Satzungsinhalt und Handelsregistereintragung würden in diesem Fall auseinanderfallen. Das Register folge aber grundsätzlich der Satzung – und nicht umgekehrt. Eine Kompetenz des Insolvenzverwalters zur Änderung der Firma würde letztlich der Verlautbarungsfunktion des Handelsregisters zuwiderlaufen. Seinen Informationszweck könne das Handelsregister nur zuverlässig erfüllen, wenn sich die offenzulegenden Informationen aus dem Register selbst ergeben.

BGH, Beschl. v. 26. November 2019 – II ZB 21/17, WM 2020 Heft 6, 26

OLG FRANKFURT A. M. ZUM FEHLENDEN DRITTSCHÜTZENDEN CHARAKTER DER WPÜG-REGELUNGEN

Das OLG Frankfurt a. M. hatte zu entscheiden, ob die Regelungen des WpÜG drittschützenden Charakter aufweisen und ein Konzernbetriebsrat deshalb etwaige Verletzungen im eigenen Namen geltend machen kann.

Sachverhalt

Der Beschwerdeführer, der Konzernbetriebsrat der Zielgesellschaft, begehrte im Wege der einstweiligen Anordnung die Untersagung eines freiwilligen öffentlichen Übernahmeangebots durch die BaFin für die Dauer des Beschwerdeverfahrens. Sein Begehren stütze der Konzernbetriebsrat auf folgenden Sachverhalt:

Am 03. September 2019 kündigte die Z-GmbH, eine 100 prozentige-Tochter der Y-AG, ein Bar-Übernahmeangebot für Aktien der X-AG (im Folgenden „1. Angebot“) an. Dieses erreichte jedoch nicht die Mindestannahmequote. Die Y-AG kündigte daraufhin am 28. Oktober 2019 per Ad-hoc-Mitteilung ein zweites Angebot zur Übernahme der Aktien der X-AG an (im Folgenden „2. Angebot“). Dieses sollte durch die Y1-GmbH, einer neu gegründeten 100 prozentigen-Tochter der Y-AG, abgegeben werden. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2019 wandte sich der Konzernbetriebsrat der Zielgesellschaft an die BaFin mit dem Antrag, das 2. Angebot zu untersagen. Er begründete den Antrag damit, dass das 2. Angebot innerhalb der Sperrfrist von einem Jahr nach § 26 WpÜG erfolgt sei und dadurch ein Missstand nach § 4 Abs. 1 Satz 3 WpÜG vorliege. Die Angebotsunterlage des 2. Angebots ging zwei Tage später bei der BaFin ein und wurde nach Ablauf von 10 Tagen am 07. November 2019 veröffentlicht. Daraufhin erhob der Betriebsrat am 11. November 2019 Untätigkeitsbeschwerde gemäß § 48 Abs. 3 WpÜG mit dem Ziel, die BaFin zu verpflichten, das Angebot zu untersagen, hilfsweise zur Bescheidung zu verpflichten.

Der Antrag hatte keinen Erfolg.

Das OLG Frankfurt a. M. entschied, dass die sachlichen Voraussetzungen für den Erfolg des Antrages nicht vorliegen. Dazu müsse die Entscheidung in der Hauptsache im Sinne der vorläufigen einstweiligen

Anordnung wahrscheinlich sein. Nach Ansicht des OLG Frankfurt a. M. ist die Untätigkeitsbeschwerde jedoch bereits unzulässig, da dem Beschwerdeführer nach der im einstweiligen Rechtsschutz gebotenen summarischen Prüfung kein Recht auf das begehrte Verwaltungshandeln zustehe. Denn ihm stünde kein subjektives-öffentliches Recht zu, also kein Anspruch auf Untersagung des Angebots durch die BaFin.

Keine drittschützende Wirkung

Das OLG Frankfurt a. M. verwies darauf, dass – bereits mehrfach entschieden – die Vorschriften des WpÜG grundsätzlich keine drittschützende Wirkung entfalten. Die BaFin nehme ihre Aufgabe nach § 4 Abs. 2 WpÜG ausschließlich im öffentlichen Interesse wahr. Auch aus der Entstehungsgeschichte des WpÜG lasse sich nichts Anderes ableiten. Diese Aussagen besäßen auch in Bezug auf den Konzernbetriebsrat der Zielgesellschaft Gültigkeit. Die wirtschaftliche Betroffenheit der Arbeitnehmer begründe keine subjektiven-öffentlichen Rechte. Ob sich der Betriebsrat überhaupt auf eine solche wirtschaftliche Betroffenheit berufen könne, ließ das OLG Frankfurt a. M. ausdrücklich offen.

Nach Auffassung des OLG Frankfurt a. M. habe auch die Umsetzung der EU-Übernehmerichtlinie nicht zu einem Paradigmenwechsel im WpÜG hin zu einem Individualrechtsschutz geführt. So sei der Schutz der Aktionäre und Arbeitnehmer der Zielgesellschaft bereits in der ursprünglichen Gesetzesfassung enthalten gewesen. Zu differenzieren sei jedoch danach, wie diese Ziele erreicht würden. Die Rechtsstellung der Aktionäre der Zielgesellschaft werde begünstigt, indem ein geordnetes und formalisiertes Verfahren eingeführt worden sei, jedoch ohne den Aktionären individuelle Rechte einzuräumen. Der Senat überträgt diese Erwägungen für die Aktionäre auf Arbeitnehmer und ihre betriebsverfassungsrechtlichen Vereinigungen. Schließlich zeigten sich die vorgenannten Erwägungen auch in den §§ 14 Abs. 4 Satz 2 und 27 Abs. 2 WpÜG, die dem Betriebsrat, als Teil eines geordneten Verfahrens, Rechte auf Teilhabe und Information in einem Bietverfahren einräumen.

Die Missstandsbehebung nach § 4 Abs. 1 Satz 3 WpÜG und die Befugnis zur Untersagung des Angebots nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 WpÜG seien ebenfalls Teil dieses Verfahrens, welches die Rechtsstellung der Aktionäre und Arbeitnehmer verbessere.

Dem Betriebsrat stehe auch nicht ausnahmsweise von Verfassungswegen eine Beschwerdebefugnis zu, welche grundsätzlich aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit geboten sein kann, wenn in grundrecht-

lich gesicherte Positionen des Einzelnen durch Verwaltungshandeln eingegriffen wird. Einen solchen Eingriff konnte das OLG Frankfurt a. M. im zu entscheidenden Fall nicht erkennen.

OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 18. November 2019 – WpÜG 3/19, NZG 2020, 116

OLG FRANKFURT A. M. ZUR MÖGLICHKEIT DER ANTRAGSRÜCKNAHME IM AKTIENRECHTLICHEN FREIGABEVERFAHREN

Das OLG Frankfurt a. M. hatte zu entscheiden, ob im aktienrechtlichen Freigabeverfahren nach § 246a AktG der Antrag auf Freigabe ohne Einwilligung des Antragsgegners nach mündlicher Verhandlung zurückgenommen werden kann.

Sachverhalt

Die Gesellschaft (im Folgenden „Antragstellerin“) hat gemäß § 246a Abs. 1 AktG beantragt, festzustellen, dass die Erhebung der Klage durch die Antragsgegner nicht der Eintragung der gefassten Hauptversammlungsbeschlüsse entgegensteht und die Mängel der Hauptversammlungsbeschlüsse die Wirkung der Eintragung unberührt lassen (sog. „Freigabeverfahren“). Nach der mündlichen Verhandlung nahm die Antragstellerin ihren Antrag zurück. Daraufhin wurde der anberaumte Termin zur Verkündung einer Entscheidung aufgehoben und die erklärte Antragsrücknahme den Antragsgegnern zugestellt. Die Antragsgegner zu 3) und 5) verweigerten ihre Einwilligung zur Rücknahme des Antrags. Sie vertraten die Ansicht, dass der Antrag nach mündlicher Verhandlung durch die Antragstellerin nicht ohne ihre Einwilligung zurückgenommen werden könne. Sie begründeten ihre Auffassung damit, dass auf das Freigabeverfahren die Regelungen der ZPO anzuwenden seien und damit insbesondere § 269 Abs. 1 ZPO. Dieser sehe vor, dass nach einer mündlichen Verhandlung der Antrag nicht mehr ohne Einwilligung der Antragsgegner zurückgenommen werden könne. Das OLG Frankfurt a. M. sah die Antragsrücknahme als wirksam an.

Keine Anwendung des § 269 Abs. 1 ZPO

Nach Auffassung des Gerichts bedurfte es keiner Einwilligung der Antragsgegner zur Rücknahme des Antrags nach der mündlichen Verhandlung, da § 269 Abs. 1 ZPO keine Anwendung auf das Freigabeverfahren finde. Zwar verweise die Regelung des Freigabeverfahrens in § 246a Abs. 1 Satz 2 AktG unter anderem auf die Vorschriften der ZPO zum ersten Rechtszug (§§ 253 ff. ZPO). Daraus ergebe sich auch, dass das Verfahren eines der streitigen Gerichtsbarkeit sei. Jedoch sei das Freigabeverfahren nach § 246a AktG ein Streitiges Eilverfahren eigener Art und Weise strukturelle Verwandtschaft zum einstweiligen Verfügungsverfahren auf. Daher seien auf das Freigabeverfahren die §§ 935 ff. ZPO, die das einstweilige Verfügungsverfahren regeln, entsprechend anzuwenden.

Vor diesem Hintergrund fänden die Regelungen der ZPO zum ersten Rechtszug nur insoweit Anwendung, wie die Besonderheiten des einstweiligen Verfügungsverfahrens diesem nicht entgegenstünden. Für die Anwendung von § 269 Abs. 1 ZPO auf das Freigabeverfahren bleibe daher kein Raum.

Denn § 269 Abs. 1 ZPO bezwecke den Schutz des Beklagten, der eine günstige Rechtsposition und ein berechtigtes Interesse derart erlangt habe, dass durch die erzwungene Entscheidung eine endgültige Entscheidung des Rechtsstreits herbeigeführt werden könne. Dieser Schutzzweck liefe jedoch im einstweiligen Verfügungsverfahren und damit entsprechend im aktienrechtlichen Freigabeverfahren leer, da die Zurückweisung des Antrags nicht zu einer endgültigen Befriedigung des Rechtsstreits führe.

Der Freigabebeschluss habe grundsätzlich keine Bedeutung für das Hauptsacheverfahren. Der einzige Fall, in dem der positive Freigabebeschluss rechtliche Bedeutung für das Hauptsacheverfahren habe, läge hier nicht vor, da dafür der Antrag der Gesellschaft auf Freigabe hätte erfolgreich sein müssen. Denn der positive Freigabebeschluss überwinde die durch unvernünftige oder gar rechtsmissbräuchliche Anfechtungsklagen hervorgerufene Registersperre. Zudem könne eine deshalb erfolgte Eintragung nicht mehr rückabgewickelt werden. Hingegen entfalte der den Antrag der Gesellschaft auf Freigabe zurückweisende Beschluss, den die Antragsgegner zu

3) und 5) durch die Versagung ihrer Einwilligung erreichen wollten, keine Rechtskraftwirkung. Eine zurückweisende Entscheidung sperre nicht einen neuerlichen Antrag auf Freigabe derselben Hauptversammlungsbeschlüsse seitens der Gesellschaft, sofern der neuerliche Antrag auf einer veränderten Sachlage, einem veränderten Sachvortrag bzw. mittels einer anderen Glaubhaftmachung gemäß § 246a Abs. 3 Satz 3 AktG erfolge.

**OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 03. Februar 2020
– 5 AktG 1/19, ZIP 2020, 462**

OLG MÜNCHEN ZU NET ASSET VALUE (NAV) ALS GRUNDSÄTZLICH GEEIGNETE BEWERTUNGSMETHODE BEI VERMÖGENSVERWALTENDEN GESELLSCHAFTEN UND IMMOBILIENGESELLSCHAFTEN

Gegenstand des Verfahrens vor dem OLG München war die Barabfindung und der Ausgleich außenstehender Aktionäre nach Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages zwischen einer AG und der Rechtsvorgängerin und Antragsgegnerin, einer GmbH.

Sachverhalt

Die GmbH hielt (mittelbar und unmittelbar) rund 99 Prozent der Aktien der börsennotierten AG. Satzungsmaßiger Geschäftsgegenstand der AG war die Entwicklung und Bebauung, der Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung von unbebauten und bebauten Grundstücken, grundstücksgleichen Rechten und sonstigen damit im Zusammenhang stehenden Vermögensgegenständen, sowie der Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen jeder Art. Zum Immobilienbestand der AG gehören insgesamt über 300 Objekte. Die AG hielt Beteiligung an anderen Aktiengesellschaften.

Seit 1982 hatte zwischen der GmbH und der AG ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag bestanden. 1998 bestand zunächst nur noch ein Beherrschungsvertrag, der zum 31. Dezember 2001 aufgekündigt wurde.

Am 1. Juli 2002 schlossen AG und GmbH (erneut) einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag. Dem stimmten die Gesellschafterversammlung der GmbH und die Hauptversammlung der AG zu.

In dem zuvor von Geschäftsführung und Vorstand erstellten gemeinsamen Bericht zum Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag wurde auf Basis des Net Asset Value (im Folgenden „NAV“) ein Unternehmensertragswert zum Stichtag 29. August 2002 von insgesamt rund 1.509 Mio. EUR bzw. 15,72 EUR je Aktie ermittelt.

Im Dreimonatszeitraum vor Bekanntgabe der Absicht des Abschlusses des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages lag der durchschnittliche Börsenkurs bei 19,92 EUR je Aktie und im Dreimonatszeitraum vor Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages bei 21,98 EUR je Aktie. Es wurde deshalb eine Barabfindung von 22 EUR je Aktie angeboten. Der gemeinsame Vertragsprüfer bestätigte die Angemessenheit der angebotenen Barabfindung.

Das Landgericht München wies die Anträge auf Erhöhung von Barabfindung (und jährlichen Ausgleich) ab. Die sofortige Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Das Gericht stellt fest, dass die Vorgehensweise des erstinstanzlichen Gerichts in Bezug auf die Heranziehung des Börsenkurses lediglich als Untergrenze und der Ermittlung des Unternehmenswerts und damit mittelbar den Wert der Beteiligung durch eine geeignete Bewertungsmethode sachgerecht war.

Die NAV-Methode

Zu der NAV-Methode führt das Gericht zunächst aus, dass diese geeignet sei, den „wahren“, „wirklichen“ Wert der Beteiligung abzubilden, sofern es um die Bewertung von vermögensverwaltenden bzw. Immobiliengesellschaften gehe. Der Ansatz habe sich auf europäischer Investment- und Analysetebene durchgesetzt und sei in Deutschland als gesetzliche Bewertungsregel für offene Immobilienfonds kodifiziert (vgl. § 168 KAGB). Es verweist ferner darauf, dass diese Methode im Rahmen von Spruchverfahren in der Rechtsprechung und in der Literatur allgemein anerkannt sei, auch wenn es nicht so weit verbreitet sei, wie das (nicht zwingende) Ertragswertverfahren. Weiter sei das Gericht auch nicht an Empfehlungen des IDW gebunden, zumal es dort auch lediglich heiße, dass sich als gängige Verfahren das Ertragswertverfahren und das *Discounted Cash Flow*-Verfahren herausgebildet hätten. Diesen komme kein Alleinstellungsmerkmal zu.

Der Unternehmenswert werde beim Net Asset Value aus der Differenz der Marktwerte ihres Vermögens und dem ihrer Verbindlichkeiten bestimmt. Es handle sich mithin vordergründig um ein Einzelbewertungsverfahren, das jedoch, anders als z.B. der Liquidationswert, durchaus einen Fortführungswert bzw. Zukunftserfolgswert darstelle. Die Marktwerte der einzelnen Assets würden dabei von deren jeweiligen voraussichtlichen Erträgen bzw. Zahlungsströmen – also zukunftsorientiert – bestimmt.

NAV-Methode bei Vermögensverwaltenden bzw. Immobiliengesellschaften

Vermögensverwaltende bzw. Immobiliengesellschaften würden sich sowohl durch regelmäßige wiederkehrende Erträge (insbesondere Zins-, Dividenden- und Mieterträge), als auch durch einmalige

Erträge aus Veräußerungsgeschäften auszeichnen. Hierin zeige sich die Schwierigkeit, ein solches Unternehmen in seiner Gesamtheit (z.B. nach der Ertragswertmethode) zu bewerten. Einmalige Erwerbs- oder Veräußerungsgeschäfte könnten nämlich nicht ohne weiteres zur Schätzung der künftigen Erträge herangezogen werden. Die Prognose müsste um derartige Einmaleffekte bereinigt werden. Da diese Erwerbs-/Veräußerungsgeschäfte aber einen nicht unwesentlichen Bestandteil eines Immobilienunternehmens ausmachen, wäre eine ersatzlose Streichung nicht sachgerecht. Dieser Problematik könne mit der NAV-Methode angemessen begegnet werden. Hier werde jede einzelne Immobilie bzw. Beteiligung gesondert betrachtet und es könne differenziert jeweils die Bewertungsmethode angewandt werden, die der jeweiligen Situation gerecht werde (vorliegend primär *Discounted Cash Flow*-Verfahren für Bestandsimmobilien und Vergleichswertverfahren, soweit Immobilien zeitnah zum Bewertungsstichtag veräußert wurden).

Die Kritik, dass bei der NAV-Methode etwaige Verbundvorteile zwischen Assets nicht angemessen berücksichtigt werden können, sei unberechtigt. Denn anders als bei operativ tätigen Unternehmen, bei denen regelmäßig Synergieeffekte bzw. immaterielle Werte generiert werden, stünden bei Immobiliengesellschaften die einzelnen Vermögensgegenstände (Immobilien) im Vordergrund. Etwaige weitere Verbundvorteile, die zwischen den einzelnen Assets bestehen könnten und aufgrund des angewandten NAV-Verfahrens nicht haben berücksichtigt werden können, seien nicht ersichtlich.

OLG München, Beschl. v. 12. Juli 2019 - 31 Wx 213/17, AG 2020, 56

BGH ZUR FRAGE DES BESTEHENS EINES VERTRAGLICHEN ANSPRUCHS EINES VORSTANDSMITGLIEDS AUF GEWÄHRUNG EINER VARIABLEN VERGÜTUNG

Der BGH hatte in einer revisionsrechtlichen Entscheidung zur Frage der Wirksamkeit einer Klausel im Dienstvertrag des Vorstands einer AG über die Bewilligung von Sonderleistungen nach billigem Ermessen des Aufsichtsrats zu befinden.

Sachverhalt

Der Kläger, welcher für die beklagte AG zunächst als Arbeitnehmer und anschließend ab 2006 als Vor-

standsmitglied tätig war, machte gegen sie einen Anspruch auf Zahlung einer variablen Vergütung in Form eines Bonus für das Jahr 2011 geltend.

Der zwischen den Parteien 1998 geschlossene Arbeitsvertrag sah neben einer Grundvergütung auch die Zahlung eines Ermessenbonus vor. Bei Berufung des Klägers in den Vorstand der Beklagten vereinbarten die Parteien das Ruhen des Arbeitsvertrages unter Fortgeltung dessen materieller Bedingungen. Für die Jahre bis 2009 erhielt der Kläger von der Beklagten jeweils variable Vergütungen in Form von Boni.

Schließlich schlossen die Parteien einen Vorstandsdienstvertrag mit Wirkung zum 1. Mai 2010, der in § 3 Abs. 1 ein Jahresgrundgehalt von 325.000 EUR sowie in § 3 Abs. 3 Satz 1 die einmalige oder wiederholte Gewährung einer im Ermessen des Aufsichtsrats und im Einklang mit dem geltenden Recht stehenden Sonderleistung vorsah. Gemäß § 3 Abs. 3 Satz 2 und 3 des Vorstandsdienstvertrages sollte es sich bei diesen Sonderleistungen in jedem Falle um freiwillige Zuwendungen handeln, aus denen kein Rechtsanspruch abgeleitet werden kann. Daneben vereinbarten die Parteien ein Ruhen des zwischen ihnen geschlossenen Arbeitsvertrages. Für das Jahr 2010 erhielt der Kläger ein Gesamtgehalt von 1,2 Mio. USD, zusammengesetzt aus dem Jahresgrundgehalt sowie einem in bare und unbare Elemente unterteilten Bonus.

Der Kläger kündigte sein Dienstverhältnis mit der Beklagten zum 30. September 2011, um eine neue Position bei einer Wettbewerberin der Beklagten zu beginnen. Er wurde zum 20. Mai 2011 freigestellt und legte sein Amt als Vorstandsmitglied vorzeitig nieder.

Zunächst hatte der Kläger erfolglos im Wege einer Stufenklage die Zahlung eines Bonus für das Jahr 2011 vor dem LG Frankfurt a. M. begehrt. Auf seine Berufung, mit der er die Zahlung eines der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellten Bonus von mindestens 600.000 EUR begehrt hat, hat das Berufungsgericht (OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 18. April 2018 – 4 U 120/17 – Besprechung in Newsletter Q4/2018) die Beklagte unter Klageabweisung im Übrigen zur Zahlung von 500.000 EUR verurteilt. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Beklagten.

Die Revision beim BGH hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückweisung der Berufung des Klägers insgesamt.

Kein Anspruch auf Zahlung einer variablen Vergütung aus dem Vorstandsdienstvertrag

§ 3 Abs. 3 des Vorstandsdienstvertrages begründe für den Kläger keinen Anspruch auf Zahlung einer variablen Vergütung oder auf eine diesbezügliche Ermessensentscheidung des Aufsichtsrats. Bei dieser Klausel des Vorstandsdienstvertrages handele es sich um eine von der Beklagten gestellte allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Auch sei der Kläger bei Vertragsschluss als Verbraucher i.S.v. § 13 BGB anzusehen. Sodann legt der BGH diese Klausel umfassend aus.

Sie sei nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so zu verstehen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden würde, wobei nicht die Interessen des konkreten, sondern des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen seien. Maßgeblich sei dabei zunächst ihr Wortlaut. Danach gewährt die Klausel dem Kläger unabhängig von dem enthaltenen Freiwilligkeitsvorbehalt weder einen Anspruch auf Zahlung einer variablen Vergütung noch auf eine Ermessensentscheidung des Aufsichtsrats über die Gewährung einer solchen.

Auch führe die systematische Auslegung des § 3 Abs. 3 des Vorstandsdienstvertrages i.V.m. § 3 Abs. 1 des Vorstandsdienstvertrages zu keiner anderen Einschätzung. Vielmehr ergebe diese lediglich, dass zu dem vereinbarten fixen Jahresbruttogehalt zusätzliche Sonderleistungen hinzutreten können, nicht aber, dass solche auch hinzukommen müssen.

Ferner sei keine unangemessene Benachteiligung des Klägers i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB durch § 3 Abs. 3 des Vorstandsdienstvertrages ersichtlich. Eine solche unterstellt, würde dies jedoch allenfalls zur Unwirksamkeit der Klausel führen, so dass diese bereits als mögliche Anspruchsgrundlage entfielen. Insbesondere scheide eine Übertragung der Rechtsprechung des BAG zu Vergütungsvereinbarungen mit Arbeitnehmern vorliegend aus. Nach dieser sei ein Freiwilligkeitsvorbehalt gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn er dem Arbeitgeber

das Recht zubilligt, trotz Abschluss einer vergütungsorientierten Zielvereinbarung nach Ablauf der Beurteilungsperiode frei darüber zu entscheiden, ob eine Vergütungszahlung erfolgt oder nicht. Aufgrund der erheblichen Unterschiede zwischen Arbeitsverträgen und Anstellungsverträgen von Vorständen einer AG sei eine solche Übertragung nicht gerechtfertigt. Der BGH verweist an dieser Stelle beispielhaft auf die eigenverantwortliche und unabhängige Unternehmensleitung des Vorstands als Organ der AG (§ 76 Abs. 1 AktG) sowie dessen besondere Treuebindungen.

Zudem mangle es vorliegend bereits von vorne herein an einer konkreten tätigkeitsbezogenen Zielvereinbarung durch den Aufsichtsrat, der für eine solche zuständig gewesen wäre. Daher würde mit dem Freiwilligkeitsvorbehalt mangels Bezugs auf eine solche schon kein Vergütungsanspruch auf eine Sonderleistung nachträglich eingeschränkt. Insoweit könne auch nicht mehr auf den ursprünglichen Arbeitsvertrag des Klägers und die darin enthaltene Bonusvereinbarung zurückgegriffen werden, da dieser vollständig durch den Vorstandsdienstvertrag ersetzt worden sei.

Eine unangemessene Benachteiligung des Klägers ergebe sich schließlich auch nicht im Hinblick auf § 87 Abs. 1 AktG. Die Vorschrift schreibe eine variable Vergütung nicht zwingend vor. Vielmehr beschränke sie nur das Ermessen des Aufsichtsrats bei Abschluss der zivilrechtlichen Vergütungsabreden, ohne deren Wirksamkeit zu tangieren.

Auch sonst kein Anspruch auf die Bonuszahlung

Für das Anstellungsverhältnis des Klägers als Vorstandsmitglied bei der Beklagten galten ab dem 1. Mai 2010 einzig die Bedingungen des zwischen den Parteien geschlossenen Vorstandsdienstvertrages, so dass sich kein entsprechender Anspruch aus dem ursprünglichen Arbeitsvertrag für das Jahr 2011 ergeben könne.

Auch lasse sich ein Anspruch auf die vom Kläger begehrte Zahlung nicht aus einer betrieblichen Übung der Beklagten herleiten. Die dem Kläger bis 2009 gewährten Boni basierten auf der arbeitsvertraglichen Vereinbarung der Parteien und können damit jedenfalls keine für die Auslegung des Vorstandsdienstvertrages heranzuziehende betriebliche Übung begründen. Seit Geltung des Vorstandsdienstvertrages erfolgte indes einzig die Bonuszahlung für das Jahr 2010, was bereits die Annahme einer betrieblichen Übung ausschließe.

Ein entsprechender Anspruch ergebe sich auch nicht aus dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, da dieser auf Mitglieder von kapitalgesellschaftlichen Vertretungsorganen wegen deren weitgehend nach individuellen Gesichtspunkten ausgehandelten Verträgen keine Anwendung finde. Es könne lediglich eine abgeschwächte Gleichbehandlungspflicht unter solchen bestehen, deren Verletzung hier aber nicht ersichtlich sei.

BGH, Urt. v. 24. September 2019 – II ZR 192/18, NZG 2020, 64

OLG DÜSSELDORF ZUR ZUSTÄNDIGKEIT DES KARTELLSENATS UND ZUM UNTERNEHMENSZUSAMMENSCHLUSS NACH DEM GWB

Das OLG Düsseldorf hatte im Beschwerdeverfahren zu entscheiden, ob der Kartellsenat über die Beschwerde gegen die Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds nach §§ 99, 104 Abs. 2 Satz 4 AktG, die darauf gestützt wird, dass die angefochtene Entscheidung gegen das kartellrechtliche Vollzugsverbot des § 41 GWB verstoße, zuständig ist, und ob diese Aufsichtsratsbestellung ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellrechts darstellt.

Sachverhalt

Die Beschwerdegegnerin ist ein börsennotiertes Handelsunternehmen, das als Mehrheitsgesellschafterin der A über Tochtergesellschaften Elektronikfachmärkte betreibt. Die Beschwerdeführerin ist Aktionärin der Beschwerdegegnerin. Mit ihrer Beschwerde wendet sie sich gegen die Entscheidung

des AG Düsseldorf vom 6. Mai 2019 (AG Düsseldorf v. 6. Mai 2019 – HRB 39473), in welcher der Beigeladene Y als Mitglied des 20-köpfigen-Aufsichtsrats der Beschwerdegegnerin anstelle des am 30. April 2019 ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieds X bestellt wurde. Der Beigeladene Y ist Vorstandsvorsitzender eines Unternehmens der B, das mit Wirkung zum 12. Juli 2018 insgesamt 9,15 Prozent der Stammaktien an der Beschwerdegegnerin erworben hat. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Bestellung des Beigeladenen Y zum Aufsichtsratsmitglied nicht habe erfolgen dürfen, weil sie gegen das kartellrechtliche Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB verstoße.

Zuständigkeit des Kartellsenats

Zunächst befasst sich das OLG Düsseldorf mit der Frage, ob der 1. Kartellsenat über den Rechtsbehelf zu entscheiden hat. Die Zuständigkeit des Kartellsenats im vorliegenden Fall ergebe sich aus §§ 91, 87 Satz 2 GWB. § 91 GWB ordne an, dass der Kartellsenat des OLG unter anderem über die Beschwerde gegen Entscheidungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach § 87 GWB entscheide. Gemäß § 87 Satz 2 GWB wiederum fallen bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, bei denen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder teilweise von einer Entscheidung abhängt, die nach den Bestimmungen des Kartellgesetzes zu treffen sei, in die Zuständigkeit der Kartellgerichte.

Weiterhin führt das OLG Düsseldorf aus, dass die Entscheidung über das Rechtsmittel gegen die Aufsichtsratsbestellung gemäß § 104 Abs. 2 AktG davon abhängt, ob der Anteilserwerb der kartellbehördlichen Zusammenschlusskontrolle unterliege und die gerichtliche Bestellung des Beigeladenen Y zum Aufsichtsratsmitglied der Beschwerdegegnerin gegen das kartellrechtliche Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB verstoße. Dabei handele es sich um nicht einfach gelagerte kartellrechtliche Fragen, die nicht eindeutig zu beantworten seien. Deshalb falle der Sachverhalt in den Geltungsbereich des § 87 Satz 2 GWB, sodass der Kartellsenat zuständig sei.

Zuständigkeit auch bei Fürsorgeverfahren

Dagegen hat die Beschwerdegegnerin eingewandt, dass es sich bei der gerichtlichen Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds gemäß § 104 Abs. 2 AktG

nicht um ein streitiges Verfahren zur Durchsetzung subjektiver Rechte eines Verfahrensbeteiligten handle, sodass kein Rechtsstreit i.S.d. § 87 Satz 2 GWB, sondern ein Fürsorgeverfahren vorliege.

Selbst wenn man dieser Ansicht folge, wäre § 87 Satz 2 GWB nach seinem Sinn und Zweck auf solche nichtstreitigen Verfahren analog anzuwenden, argumentiert das OLG Düsseldorf. Die Regelung zur ausschließlichen Zuständigkeit der Kartellgerichte (§ 95 GWB) solle eine einheitliche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts, soweit es das GWB ordnet, gewährleisten. Deshalb sei die Zuständigkeit der Kartellgerichte auf solche nichtstreitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit auszuweiten, die ohne die Beurteilung der kartellrechtlichen Fragestellung nicht entschieden werden können.

Kartellrechtliches Vollzugsverbot

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf sei die Frage, ob ein Verstoß gegen das kartellrechtliche Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB durch die Bestellung des Beigeladenen Y als Aufsichtsratsmitglied vorliege, nicht zu entscheiden. B habe die Geschäftsanteile an der Beschwerdegegnerin fusionskontrollfrei erworben, sodass dass das AG Düsseldorf bei der Bestellung des Beigeladenen Y zum Aufsichtsratsmitglied das kartellrechtliche Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB nicht zu beachten habe.

Kein Zusammenschluss i.S.d. § 37 GWB

Daran anknüpfend führt das OLG Düsseldorf weiter aus, dass der Sachverhalt kein Zusammenschluss i.S.d. § 37 GWB darstelle. Dabei wird insbesondere auf die Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB eingegangen. Der Tatbestand dieser Norm sei nur erfüllt, wenn die B durch die Übernahme von 9,15 Prozent der Geschäftsanteile oder durch die Ernennung des Y zum Aufsichtsratsmitglied einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf die Beschwerdegegnerin erhalte.

Wettbewerblich erheblicher Einfluss

Entscheidend sei dafür, ob der zur Beurteilung stehende Anteilserwerb eine Einflussnahme auf die Willensbildung und damit auf das Marktverhalten des Zielunternehmens ermögliche und den Erwerber in die Lage versetze, eigene Wettbewerbsinteressen

zur Geltung zu bringen. Ausreichend sei dabei eine gesellschaftsrechtlich vermittelte und auf Dauer angelegte Möglichkeit der Einflussnahme. Diese müsse sich nicht auf das gesamte Wettbewerbspotential des Teilnehmungsunternehmens beziehen. Es genüge vielmehr, wenn dieses infolge der Beteiligung auch von dem Erwerber für die von ihm verfolgten wettbewerblichen Zwecke nutzbar gemacht und eingesetzt werden könne. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB sei daher dann erfüllt, wenn nach der Art der Vertragsgestaltung und der wirtschaftlichen Verhältnisse zu erwarten sei, dass der Mehrheitsgesellschafter auf die Vorstellungen des Erwerbers Rücksicht nehme oder diesem freien Raum lasse, auch wenn dies nur geschehe, soweit es seinen eigenen Interessen nicht zuwiderlaufe.

Weder der Geschäftsanteil von 9,15 Prozent noch die Erlangung eines einzigen von insgesamt 20 Aufsichtsratsmandaten durch den Beigeladenen Y könne der B einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf die Beschwerdegegnerin vermitteln. Als Begründung dazu führt das OLG Stuttgart aus, dass B mit deutlichem Abstand lediglich drittgrößte Aktionärin der Beschwerdegegnerin sei. Des Weiteren liege die Beteiligung von 9,15 Prozent weit unterhalb der 25 Prozent-Schwelle des § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) GWB. Schließlich reiche ein einziges Aufsichtsratsmandat für das Vorliegen eines wettbewerblich erheblichen Vorteils nicht aus.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26. August 2019, - VI-W (Kart) 5/19, AG 2020, 220

LG MÜNCHEN I ZUR ANGEMESSENEN BARABFINDUNG NACH EINEM AKTIENRECHTLICHEN SQUEEZE-OUT

Das LG München I hatte über Anträge auf Festsetzung einer angemessenen Barabfindung nach einem aktienrechtlichen Squeeze-Out zu entscheiden.

Sachverhalt

Am 20. Dezember 2017 fasste die Hauptversammlung der F AG, deren Unternehmensgegenstand gemäß § 2 Abs. 1 ihrer Satzung im Betreiben von Bankgeschäften liegt, den Beschluss, die Aktien der Minderheitsaktionäre gegen eine Barabfindung i.H.v. 13,69 EUR je Aktie auf Verlangen der Antraggegnerin als Hauptaktionärin auf diese zu übertragen. Die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, welche von der Hauptaktionärin beauftragt wurde, hatte auf Grundlage der Ertragswertmethode einen Wert von 5,53 EUR pro Aktie zum Tag des aktienrechtlichen Squeeze-Outs am 20. Dezember 2017 errechnet. Diesen Abfindungsbetrag bestätigte die gerichtlich bestellte Abfindungsprüferin als angemessen.

Der Beschluss über den aktienrechtlichen Squeeze-Out bei der F AG wurde am 15. Februar 2018 im Handelsregister eingetragen und am 16. Februar 2018 gemäß § 10 HGB bekannt gemacht. Alle Antragsteller waren im Zeitpunkt der Eintragung des Squeeze-Out-Beschlusses Aktionäre der Gesellschaft.

Die Antragsteller machen in ihren Anträgen geltend, dass die Barabfindung unangemessen sei und dass sie entsprechend erhöht werden müsse.

Das LG München I hat die Anträge als zulässig, aber unbegründet zurückgewiesen, da die Barabfindung nach Ansicht des Gerichts angemessen sei.

Anwendung der Ertragswertmethode als anerkannte Vorgehensweise

Das LG München I stellt zunächst klar, dass es sich bei der Ertragswertmethode um eine in der Wissenschaft wie auch der Praxis anerkannte Vorgehensweise handele. Eine Plausibilisierung des Unternehmenswerts durch andere Methoden, wie der Best-Practice-Empfehlung der Deutschen Vereinigung für Finanzanalyse und Asset Management, sei nicht erforderlich. Diese sei zudem Kritik in der Fachliteratur ausgesetzt, da das Konzept des markttypischen Erwerbers sich vom relevanten Bewertungsobjekt in unzulässiger Weise entferne und es auch zu einer unzulässigen Doppelberücksichtigung der Unsicherheit im Bewertungskalkül komme. Die Anwendung der Ertragswertmethode sei deshalb angemessen. Es sei nicht erforderlich, die für die Minderheitsaktionäre günstigste Methode zur Bewertung heranzuziehen.

Ermittlung des Unternehmenswerts

Wenn es zur Anwendung der Ertragswertmethode komme, seien die zukünftigen Unternehmensplanungen und die darauf basierenden Ertragsprognosen zur Ermittlung des Unternehmenswerts heranzuziehen. Bei dieser Ermittlung könne man nur solche Faktoren berücksichtigen, die zu den am Stichtag herrschenden Verhältnissen bereits angelegt waren.

Des Weiteren könne die von der F AG erstellte Unternehmensplanung nur dann der Ermittlung des Unternehmenswerts zugrunde gelegt werden, wenn sie auch die rechtlichen Rahmenbedingungen erfülle. Ansonsten müsse eine Korrektur entsprechend den rechtlichen Vorgaben erfolgen, welche im Rahmen der Unternehmensplanung zu berücksichtigen seien. Die Ausgangsplanung sei den Vorgaben des Art. 395 Abs. 1 CRR über die Obergrenze i.H.v. 150 Mio. EUR für Großkredite nicht gerecht geworden. Der überschießende Teil müsse aber nach den Vorgaben der CRR dauerhaft am Markt angelegt werden. Infolgedessen müsse die Großkreditgrenze zwingend bei den Planannahmen beachtet werden. Den Bewertungsgutachter müsse es demnach gestattet sein, eine korrigierte Planung der Ermittlung des Unternehmenswerts zugrunde zu legen.

Kapitalisierungszinssatz

Das LG München I führt weiterhin aus, dass der Wert der so ermittelten Überschüsse nach der Ertragswertmethode auf den Stichtag der Hauptversammlung abgezinst werden müsse. Der dem Kapitalisierungszinssatz zugrunde zu legende Basiszinssatz sei über die nach der Svensson-Methode ermittelte Zinsstrukturkurve (Zerobond-Zinssatz) zu berechnen. Die Annahme, es müsse auf den zum Bewertungsstichtag aktuellen Zinssatz für langläufige Bundesanleihen abgestellt werden, übersehe, dass die Unternehmensbewertung auf die Ewigkeit ausgelegt sei. Gerade im Hinblick auf die Svensson-Methode sei aber deutlich, dass nicht auf Daten der Vergangenheit abgestellt werde, sondern künftige Entwicklungen der Ermittlung des Basiszinssatzes zugrunde gelegt werden.

Erhöhung durch Risikozuschlag

Für die Ermittlung des Kapitalisierungszinssatzes müsse der Basiszinssatz um einen Risikozuschlag erhöht werden, so das LG München I. Der Grund für

den Ansatz eines Risikozuschlages liege darin, dass Investitionen in Unternehmen einem höheren Risiko ausgesetzt seien. Dieser Risikozuschlag werde mittels einer empirischen Schätzung ermittelt, die im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller möglichen Gesichtspunkte der konkreten Situation des Unternehmens Rechnung trage. Dabei können die unter Anwendung des CAPM gewonnenen Daten als eines der zentralen Elemente herangezogen werden. Eine alleinige Ermittlung anhand des (Tax-) CAPM sei dagegen nicht zulässig. Das LG München halte für den Stichtag 20. Dezember 2017 ein Satz von fünf Prozent für sachgerecht.

Keine Erhöhung des angesetzten Wachstumsabschlags

Der mit 1,9 Prozent im Terminal Value angesetzte Wachstumsabschlag müsse nicht erhöht werden. Denn für die Ermittlung des Wachstumsabschlags ausschlaggebend sei die individuelle Situation des Unternehmens, nicht die allgemeine Preisentwicklung zum Bewertungsstichtag. Maßgeblich sei deshalb, ob und in welcher Weise Unternehmen die erwarteten Preissteigerungen an die Kunden weitergeben könne.

Höhere Barabfindung aufgrund des Börsenkurses?

Die Abfindung müsse mindestens dem gewichteten Durchschnittskurs innerhalb der letzten drei Monate vor der Bekanntgabe des Squeeze-out entsprechen. Sei dies nicht der Fall, seien auch die Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 WpÜGAng-VO nicht erfüllt, die als wesentlicher Maßstab für die Aussagekraft von Börsenkursen als Wertuntergrenze für die Barabfindung im Rahmen aktienrechtlicher Strukturmaßnahmen herangezogen werden. Frühere Börsenkurse seien jedoch irrelevant und somit nicht heranzuziehen.

Im Ergebnis sei die Abfindung angemessen ermittelt worden, sodass keine Erhöhung vorgenommen werden könne.

LG München I, Beschl. v. 28. März 2019 - 5 HK O 3374/18, AG 2020, 222

OLG STUTTGART ZUR ANFECHTUNG EINES ENTLASTUNGSBESCHLUSSES WEGEN VERLETZUNG DER AUSKUNFTSPFLICHT IN DER HAUPTVERSAMMLUNG

Das OLG Stuttgart hatte im Berufungsverfahren über die Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses wegen der Verletzung der Auskunftspflicht in der Hauptversammlung zu entscheiden.

Sachverhalt

Die Beklagte ist die Porsche SE, die im Jahr 2015 eine Beteiligung von 52,2 Prozent der Stammaktien und 30,8 Prozent des gezeichneten Kapitals (einschließlich der stimmrechtslosen Vorzugsaktien) an der VW-AG hielt und eine reine Holding-Gesellschaft ohne operatives Geschäft war. Ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag zwischen der Beklagten und der VW-AG bestand nicht.

Nach Bekanntwerden des VW-Dieselskandals im Jahr 2015 sank der Börsenwert der Beteiligung binnen eines Jahres um rund fünf Milliarden Euro. In diesem Zeitraum tätigten der Vorstand sowie der Aufsichtsrat der Beklagten keine eigenen Untersuchungen über die Maßnahmen der VW-AG hinaus.

Am 28. Juni 2016 gab die VW-AG bekannt, dass Vergleichsvereinbarungen mit US-Bundesbehörden, privaten Klägern und 44 US-Staaten hätten erzielt werden können.

Am 29. Juni 2016 lud die Porsche SE zur ordentlichen Hauptversammlung, auf der der Kläger Fragen stellte, die nach eigenen Angaben nicht ausreichend beantwortet worden seien. Dies gab der Kläger auch zu Protokoll. Des Weiteren teilte er mit, dass er allen Beschlussfassungen widerspreche.

Am 11. Januar 2017 schlossen die VW-AG und die US-Justizbehörde einen Vergleich zur Leistung von Bußgeld- und Strafzahlungen i.H.v. 4,3 Mrd. USD. Zudem verpflichtete sich die VW-AG zur Zahlung von rund 11 Mrd. USD an bestimmte Geschädigte und einen Trust.

Mit dem angefochtenen Urteil vom 19. Dezember 2017 hat das LG Stuttgart (LG Stuttgart, Urt. v. 19. Dezember 2017 – 31 O 33/16 KfH – Besprechung in Newsletter Q1/2018, S. 6) die in der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom

29. Juni 2016 zu den Punkten 3 und 4 der Tagesordnung gefassten Beschlüsse, dem Vorstand und dem Aufsichtsrat für das Geschäftsjahr 2015 Entlastung zu erteilen, für nichtig erklärt.

Begründet hat das LG Stuttgart dies mit der Verletzung des Informationsrechts der Aktionäre gemäß § 131 AktG. Zudem hat das LG Stuttgart die Entlastung deshalb als treuwidrig gewertet, weil Vorstand und Aufsichtsrat der Beklagten ihre Pflichten dadurch schwer verletzt hätten, dass sie es jedenfalls nach dem Bekanntwerden des VW-Dieselskandals unterlassen hätten, ein funktionierendes Überwachungssystem einzurichten bzw. das bisherige Überwachungssystem zu verbessern.

Mit ihrer Berufung begehrt die Beklagte das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Senat des OLG Stuttgart ist einstimmig davon überzeugt, dass die Berufung der Beklagten offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat.

Das Rechtsmittelverfahren gegen die Entscheidung des OLG Stuttgart wird beim BGH unter dem Az. II ZR 299/19 geführt.

Wann ist ein Entlastungsbeschluss anfechtbar?

Zunächst führt das OLG Stuttgart zur Begründung aus, dass ein Entlastungsbeschluss gemäß § 243 Abs. 1 AktG nur anfechtbar sei, soweit der Beschluss gegen das Gesetz oder die Satzung der Gesellschaft verstoße. Insbesondere könne ein Entlastungsbeschluss wegen der Verletzung des Informationsrechts eines Aktionärs gemäß § 131 AktG rechtswidrig und daher anfechtbar sein. Nach § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG ist jedem Aktionär auf Verlangen in der Hauptversammlung vom Vorstand Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben, soweit sie zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist. Eine Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses aufgrund unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen kann gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG nur erfolgen, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Infor-

mation als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte.

Grundsätze bei Verletzung der Informationsrechte

Sodann erörtert das OLG Stuttgart Grundsätze, die bei der Prüfung, ob eine Verletzung von Informationsrechten gegeben ist, zu beachten sind. Die Begriffe „erforderlich“ in § 131 Abs. 1 AktG und „wesentlich“ in § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG seien inhaltsgleich. Die Tatbestandsmerkmale „erforderlich“ und „wesentlich“ werden von allen Informationen, die für die sachgerechte Wahrnehmung der Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte erforderlich seien, erfüllt.

Maßstab für die Erforderlichkeit bzw. Wesentlichkeit einer Auskunft sei die Sicht eines objektiv urteilenden Durchschnittsaktionärs, der die Gesellschaftsverhältnisse nur aufgrund allgemein bekannter Tatsachen kenne und daher die begehrte Auskunft als wesentliches Beurteilungselement benötige. Soweit die Verletzung des Auskunftsrechts im Rahmen der Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses geltend gemacht werde, könne nur die unzureichende Erteilung von Auskünften gerügt werden, die gerade zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich waren, zu dem der angefochtene Beschluss gefasst worden sei.

Bezug zur Entlastungsentscheidung

Das Auskunftsbegehren im Zusammenhang einer Entlastungsentscheidung müsse sich auf Vorgänge von einigem Gewicht richten, die für die Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit der Verwaltung von Bedeutung seien. Das OLG Stuttgart merkt dabei an, dass sich das Auskunftsrecht auf Vorgänge im Entlastungszeitraum erstrecke und Ausnahmen auf Vorgänge über den Entlastungszeitraum hinaus nur vereinzelt gestattet seien.

Verletzung der Informationsrechte

Diese Grundsätze wendet das OLG Stuttgart anschließend auf den Sachverhalt an und legt die entscheidungsrelevanten Fragen und Antworten zur Beurteilung aus. Dabei kommt das Gericht zu dem Schluss, dass eine Verletzung der Informationsrechte zu bejahen sei. Denn die Beklagte habe keine

Auskunft über die nach dem Bekanntwerden des Dieselskandals durch die Organe der Beklagten getroffenen Maßnahmen erteilt.

Erforderlichkeit trotz Angaben im Geschäftsbericht

Die Beklagte wendet ein, dass die Angaben im Geschäftsbericht 2015 sowie die Ausführungen des Vorstandsvorsitzenden und des Aufsichtsratsvorsitzenden in der Hauptversammlung das Informationsbedürfnis zu den ergriffenen Maßnahmen erschöpfend befriedigt haben. Dieser Auffassung folgt das OLG Stuttgart jedoch nicht, da sich die begehrten Informationen nicht ohne Weiteres aus dem Geschäftsbericht ergeben würden. Dieser enthalte nicht sämtliche Maßnahmen, die in Reaktion auf das Bekanntwerden des Dieselskandals vorgenommen worden seien. Insbesondere würden im Bericht Angaben zu den vom Vorstand vorgenommenen Maßnahmen fehlen. Dadurch sei dem Informationsbedürfnis nicht gerecht geworden.

Anfechtbarkeit als Folge

Die begehrte Auskunft sei für die sachgemäße Beurteilung der Frage der Entlastung erforderlich gewesen. Demnach hätte ein verständiger Aktionär diese Auskunft als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen. Deshalb wiederum sei nach Auffassung des OLG Stuttgart der Beschluss der Hauptversammlung über die Entlastung des Vorstands als auch der Beschluss über die Entlastung des Aufsichtsrats infolge des Informationsmangels anfechtbar.

**OLG Stuttgart, Hinweisbeschl. v. 7. Oktober 2019
– 20 U 2/18, NZG 2020, 309**

VG FRANKFURT A.M. ZUR UNTERSAGUNG EINER FÜR MAI 2020 GEPLANTEN HAUPTVERSAMMLUNG

Das VG Frankfurt a. M. hatte im vorläufigen Rechtsschutzverfahren über einen Antrag zu entscheiden, mit dem der Antragssteller angesichts der COVID-19-Pandemie die Verpflichtung der Antragsgegnerin zum Erlass einer ordnungsbehördlichen Verfügung gegenüber der beigeladenen Aktiengesellschaft begehrte, mit welcher dieser die Durchführung einer für den 20. Mai 2020 geplanten Hauptversammlung sofort vollziehbar untersagt werden sollte.

Sachverhalt

Der Antragssteller ist Aktionär der beigeladenen AG und *Executor* eines US Family Fonds, der Aktien der Beigeladenen hält; Antragsgegnerin die Stadt Frankfurt a. M. Seit 2003 hat der Antragssteller als „kritischer Aktionär“ an allen Hauptversammlungen der Beigeladenen teilgenommen und Beschlussfassungen als Kläger und Nebenintervenient angefochten. Die Beigeladene plant für den 20. Mai 2020 die Abhaltung ihrer Hauptversammlung. Da der Antragssteller der Auffassung ist, vor dem Hintergrund der COVID-19 Pandemie seien Großveranstaltungen mit sofortiger Wirkung zu verbieten, bei denen sich Menschen über längere Zeit ungeschützt und in Enge aufhielten, wendete er sich mit diesem Anliegen an die Antragsgegnerin und die Beigeladene. Da er von beiden Seiten keine bzw. keine ihn zufriedenstellende Rückmeldung bekam, begehrte er einstweiligen Rechtsschutz.

Keine Untersagung einer für Mai geplanten Hauptversammlung mangels Anordnungsgrundes

Das Gericht äußert zunächst Zweifel daran, ob eine die Hauptsache vorwegnehmende Regelungsanordnung, mit welcher die Antragsgegnerin zum Erlass einer endgültigen und sofort vollziehbaren Untersagungsverfügung gegenüber der Beigeladenen verpflichtet wird, ausnahmsweise gerechtfertigt sein würde.

Das Gericht stellt fest, dass es jedenfalls an einem Anordnungsgrund fehle. Der Antragssteller habe nicht glaubhaft gemacht, dass die beigeladene AG ihre Hauptversammlung auch bei unveränderter Risikobewertung durchführen bzw. die Antragsgegne-

rin für diesen Fall nicht die notwendigen Schutzmaßnahmen treffen werde. Weder im Zeitpunkt der Antragsstellung noch der gerichtlichen Entscheidung sei bereits eine Einladung zur Hauptversammlung erfolgt; gemäß § 123 AktG müsste zwischen förmlicher Einberufung und Beginn der Hauptversammlung eine Mindestfrist von dreißig Tagen liegen. Außerdem habe die Beigeladene im Vorfeld des Eilverfahrens gegenüber dem Antragssteller erklärt, die Lage zu beobachten und zu gegebener Zeit eine Entscheidung zu treffen und zu kommunizieren.

Rechtsschutzbegehren Rechnung getragen durch Gesetzesentwurf zu Erleichterung für die Durchführung von Hauptversammlungen von AGs

Ebenfalls nicht glaubhaft gemacht habe der Antragssteller, dass ausschließlich eine Untersagung der Durchführung der Hauptversammlung seinem Rechtsschutzbegehren Rechnung tragen könne. Das Gericht weist auf die Erleichterungen für die Durchführung von Hauptversammlungen von AGs hin, die durch den Entwurf zum „Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie“ gewährt werden. Der Vorstand solle entscheiden können, ob eine Hauptversammlung virtuell abgehalten werden solle. Außerdem könne laut Satzung der Beigeladenen der Vorstand bereits jetzt vorsehen, dass Aktionäre an der Hauptversammlung auch ohne physische Anwesenheit und ohne einen Bevollmächtigten teilnehmen und sämtliche oder einzelne ihrer Rechte ganz oder teilweise im Wege elektronischer Kommunikation ausüben können und dass Aktionäre ihre Stimmen, ohne an der Hauptversammlung teilzunehmen, schriftlich oder im Wege elektronischer Kommunikation abgeben dürfen.

Zuletzt stellt das Gericht fest, dem Antragssteller gehe es eigentlich um die Verfolgung seiner Aktionärsinteressen; so bemängelte er im Verfahren z.B. „erhebliche finanzielle- und Imageschwierigkeiten“ der Beigeladenen. Zur Verfolgung solcher Interessen diene aber weder das Infektionsschutzgesetz noch das verwaltungsgerichtliche Eilverfahren.

VG Frankfurt a. M., Beschl. v. 26. März 2020 - 5 L 744/20.F, BeckRS 2020, 4736

FG KÖLN. ZUR MEHRFACHEN ERSTATTUNG VON NUR EINMAL GEZAHLTER KAPITALERTRAG- STEUER IM RAHMEN SOGENANTER CUM-EX-GESCHÄFTE

Das FG Köln hatte erstmalig in einem sogenannten Cum-Ex-Verfahren zu entscheiden, ob dem Aktienkäufer aus einem solchen Aktiengeschäft ein Anspruch auf Rückerstattung der Kapitalertragssteuer zusteht, was im Ergebnis zu einer zweifachen Erstattung der Kapitalertragssteuer trotz lediglich einfacher Abführung führen würde.

Sachverhalt

Der Kläger, ein US-amerikanischer Pensionsfonds, erwarb in einer Reihe von Geschäften kurz vor dem Dividendenstichtag Aktien mit dem Anspruch auf die zu erwartende Dividende („cum-Dividende“), welche dem Kläger vereinbarungsgemäß jedoch erst nach dem Dividendenstichtag ohne Dividendenanspruch („ex-Dividende“) geliefert wurden. Diese überwiegend außerbörslich geschlossene Over-The-Counter-Geschäfte (im Folgenden OTC-Geschäfte), wurden anschließend über die EUREX Clearing AG als Zentraler Kontrahent unter Einschaltung einer ausländischen und einer inländischen Investmentbank abgewickelt. Die Dividendenabrechnung der letzteren enthielt die Brutto-Dividende abzüglich unter anderem der Kapitalertragssteuer, dessen Erstattung der Kläger mit der eingereichten Klage begehrte.

Kläger mangels zivilrechtlichen und wirtschaftlichen Eigentums am Dividendenstichtag nicht Gläubiger der Kapitalerträge

Nach Auffassung des Gerichts setzt die Erstattung der Kapitalertragssteuer nach § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG voraus, dass der Kläger Gläubiger der Kapitalerträge ist und die Kapitalertragssteuer einbehalten und abgeführt wurde. Diese Voraussetzungen lägen jedoch nicht vor.

Gläubiger der Kapitalerträge sei derjenige, dem die Vergütungen steuerlich zuzurechnen seien. Dies sei gemäß § 20 Abs. 5 Satz 1 EStG i.V.m. § 39 AO der zivilrechtliche oder wirtschaftliche Eigentümer im Zeitpunkt des Dividendenstichtags.

Der Kläger sei zum Zeitpunkt des Dividendenstichtags nicht der zivilrechtliche Eigentümer. Auch bei girosammelverwahrten Aktien i.S.d. § 5 DepotG

vollziehe sich die Eigentumsübertragung gemäß §§ 929 ff. BGB. Im Rahmen der Girosammelverwahrung mittle die Clearstream AG als Wertpapier-sammelbank und Drittverwahrer den Besitz an die jeweilige Depotbank als Zwischenverwahrer, welche wiederum diesen Besitz an ihren Depotkunden als (Mit)Eigentümer mittelt. Dieser mehrstufige mittelbare Besitz führe dazu, dass die Eigentumsübertragung gemäß § 930 BGB durch Umstellung des Besitzmittlungsverhältnisses erfolge. Die für den Erwerbsvorgang erforderliche Besitzumstellung erfolge letztendlich dadurch, dass die Wertpapiersammelbank die Aktien von dem Depotkonto der Depotbank des Verkäufers auf das der Depotbank des Käufers umbuche. Dies erfolgte vorliegend erst nach dem Dividendenstichtag.

Der Kläger sei zum Dividendenstichtag auch nicht wirtschaftlicher Eigentümer gewesen. Dies sei derjenige, der den (zivilrechtliche) Eigentümer für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen könne.

Bei Aktiengeschäften sei dies mit Übergang insbesondere der mit den Wertpapieren gemeinhin verbundenen Kursrisiken und -chancen, auf den Erwerber der Fall. Für den Fall des Erwerbs vom Aktieninhaber über die Börse sei dies ausweislich des BFH-Urteils vom 15. Dezember 1999 (I R 29/97) bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags der Fall.

Für die überwiegend vorliegenden außerbörslichen Aktiengeschäfte gehe nach Auffassung des Gerichts das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien erst zum Zeitpunkt der Belieferung auf den Aktienkäufer über. Die oben genannte Rechtsprechung des BFH sei wegen signifikanter Unterschiede nicht auf außerbörsliche OTC-Geschäfte übertragbar. Insbesondere fehle es bei einem OTC-Verkauf an der Eintragung eines Sperrvermerks, welcher einen Mehrfachverkauf verhindere und den Dividendenanspruch des Käufers sicherer. Der Käufer sei mithin vor einer wirtschaftlichen Verwendung der Aktien durch den Verkäufer nicht geschützt.

Zudem würde eine gegenteilige Auffassung zu zwei wirtschaftliche Berechtigten führen. Dem kraft dinglicher Hoheit und dem kraft Vertragsschluss. Dies würde jedoch sowohl dem inneren System des Zivilrechts als auch des Steuerrechts widersprechen.

Das Gericht verneinte das wirtschaftliche Eigentum außerdem unter Bezugnahme auf das BFH-Urteil vom 16. April 2014 (IR 2/12). In diesem Urteil hatte der BFH ausgeführt, dass für die Zuweisung des wirtschaftlichen Eigentums das „Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall“ maßgebend sei. Dieses spreche vorliegend gegen wirtschaftliches Eigentum des Klägers, da dieser keinen Einfluss auf die Wertpapiergeschäfte gehabt habe, er sei durch vielfältige vertragliche Bindung sehr stark gegen alle Risiken abgesichert und nur unwesentlich am Gewinn beteiligt gewesen.

Das Gericht verneint das wirtschaftliche Eigentum des Aktienkäufer auch für die börslichen Aktiengeschäfte. Diese seien über den zentralen Kontrahenten (Central Counterparty) erfolgt. Da dieser über keinen eigenen Aktienbestand verfüge sei er stets Leerverkäufer und könne somit den tatsächlichen Aktieninhaber nicht von einer Einwirkung auf die

Aktien ausschließen, mithin kein wirtschaftliches Eigentum mittels Vertragsschluss übertragen. Vielmehr bedürfe es auch in diesen Fällen einer Lieferung der Aktien.

Keine Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragssteuer

Auch wenn nach Ansicht des Gerichts bereits die erste Voraussetzung für die Erstattung der Kapitalertragsteuer nicht gegeben sei, führte das Gericht auch zur zweiten Voraussetzung wie folgt aus. Es reiche für die Erfüllung des § 50 Abs. 1 Satz 2 EStG, der die Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragssteuer verlangt, nicht aus, dass „irgendeine“ Kapitalertragssteuer einbehalten und abgeführt werde; vielmehr müsse dies für Rechnung des Klägers als Gläubiger der Kapitalerträge geschehen sein. Entscheidend sei dabei, wer der wirtschaftliche Eigentümer der Aktien sei. Für dessen Rechnung würde die Kapitalertragsteuer abgeführt werden. Dabei treffe den Anspruchsteller die Beweislast.

FG Köln, Urt. v. 19. Juli 2019 – 2 K 2672/17 AG 2020, 229

BGH. ZUR WIRKSAMKEIT EINES TEILGEWINNABFÜHRUNGSVERTRAGS MIT EINER GMBH UND ZUM FORTBESTAND BEI FORMWECHSEL IN EINE AG

Der BGH hatte sich vorliegend mit der Frage nach den Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Teilgewinnabführungsvertrags mit einer GmbH zu beschäftigen sowie mit der Frage, ob ein solcher durch Formwechsel der GmbH in eine AG weiter Bestand hat. Überdies nahm der BGH Stellung zu der Frage der Eintragungspflicht eines solchen Teilgewinnabführungsvertrags nach dem Formwechsel und den diesbezüglichen Vertragspflichten.

Sachverhalt

Die Klägerin nahm die beklagte Gesellschaft auf Zahlung aus dem Teilgewinnabführungsvertrag in Anspruch. Gemäß dem 1992 geschlossenen Teilgewinnabführungsvertrag war die Gesellschaft, damals in der Rechtsform einer GmbH, zur Abführung von 20% ihres Jahresüberschusses verpflichtet. Dem Abschluss des Teilgewinnabführungsvertrags war durch Beschluss der Gesellschafterversammlung der

GmbH – ohne notarielle Beurkundung und Eintragung im Handelsregister – zugestimmt worden. Im Jahr 2016 wurde die Gesellschaft in eine AG umgewandelt.

Die Klägerin begehrte Zahlung von Gewinnabführungsbeträgen für die Jahre 2010 und 2011.

Die Gesellschaft erhob im laufenden Verfahren Widerklage auf die Feststellung, dass der Teilgewinnabführungsvertrag aufgrund von Form – und Eintragungsmängeln nicht zustande gekommen, hilfsweise jedenfalls durch den Formwechsel unwirksam geworden sei.

Das LG Mühlhausen hat die Klage als derzeit unbegründet und die Widerklage ebenfalls als unbegründet abgewiesen. Das OLG Jena hingegen verurteilte in der Berufungsinstanz die Beklagte antragsgemäß auf Zahlung und wies die Berufung der Beklagten sowie die geänderte Widerklage zurück. Vor dem

BGH verfolgte die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag und die in der Berufungsinstanz zuletzt gestellten Widerklageanträge weiter. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Wirksamkeit von Teilgewinnabführungsverträgen

Der BGH bestätigt die bis dato nur instanzgerichtliche Rechtsprechung und verneint besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen für einen Teilgewinnabführungsvertrag, sofern dieser keine satzungüberlagernde Wirkung entfaltet. Teilgewinnabführungsverträge unterliegen demnach explizit nicht den Voraussetzungen, die sonst bei Unternehmensverträgen i.S.d. § 291 Abs. 1 AktG verlangt werden, also dem Schriftformerfordernis, der Zustimmung der Gesellschafterversammlung der abführungspflichtigen Gesellschaft durch notariellen Beschluss und der Eintragung im Handelsregister. Unentschieden lässt der BGH hingegen, ob etwas Anderes bei der Abführung eines Großteils oder zumindest überwiegenden Anteils der Gewinne gelten würde. Es sei jedenfalls im Einzelfall unter Berücksichtigung der dem Berechtigten eingeräumten Rechtsstellung zu entscheiden, ob dem Teilgewinnabführungsvertrag satzungüberlagernde Wirkung zukommt.

Wirksamkeit trotz Formwechsel

Weiterhin bleibt dem BGH zufolge der Teilgewinnabführungsvertrag bestehen, wenn die verpflichtete GmbH durch Formwechsel die Rechtsform einer

Aktiengesellschaft erhält. Begründet hat der BGH dies mit der Identität des Rechtsträgers infolge einer Umwandlung nach § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG, wonach die neu gegründete AG grundsätzlich Inhaberin des Vermögens und aller Rechte und Pflichten der vormaligen GmbH bleibt.

Eintragungspflicht des Teilgewinnabführungsvertrags bei Formwechsel

Wird mit einer GmbH als abführungspflichtiger Partei ein Teilgewinnabführungsvertrag geschlossen und wird die GmbH in die Rechtsform einer AG formgewechselt, so unterliegt der Teilgewinnabführungsvertrag den Bestimmungen der §§ 292 ff. AktG. Die daraus resultierende Pflicht zur Eintragung des Teilgewinnabführungsvertrags im Handelsregister ist jedoch kein Kriterium zur Wirksamkeit des Vertrags, vielmehr kommt der Eintragung rein deklaratorische Bedeutung zu. Zudem stellt der BGH klar, dass beide Vertragsparteien aufgrund des bestehenden Vertragsverhältnisses wechselseitig zur Herbeiführung der Eintragung verpflichtet sind. Hierzu gehört aus vertraglicher Nebenpflicht auch, die grundsätzliche Eintragungsfähigkeit des Teilgewinnabführungsvertrages herzustellen.

BGH, Urt. v. 16. Juli 2019 – II ZR 175/18, NJW 2019, 3302

OLG DÜSSELDORF ZUR HERANZIEHUNG VON MULTIPLIKATORANALYSEN FÜR DIE PLAUSIBILISIERUNG VON MITTELS ERTRAGSWERTVERFAHREN ERMITTELTEN UNTERNEHMENSWERTEN UND ZUR NICHT-ANSETZUNG EINES WACHSTUMSABSCHLAGS

Das OLG Düsseldorf hatte zu entscheiden, ob Multiplikatoranalysen zur Prüfung der Plausibilität von Unternehmensbewertungen mittels Ertragswertverfahren herangezogen werden können. Zudem musste es entscheiden, ob einzelfallabhängig von einem Wachstumsabschlag abgesehen werden kann.

Sachverhalt

Dem Spruchverfahren liegt die Bestimmung der angemessenen Abfindung nach Abschluss eines Beherrschungsvertrags zugrunde.

Die Berechnung der Abfindung und der Ausgleichszahlung geht auf ein Bewertungsgutachten zurück, in dem der Bewertungsgutachter den Unternehmenswert mittels des Ertragswertverfahrens errechnete. Auf den Ansatz eines Wachstumsabschlags verzichtete der Bewertungsgutachter, da er davon ausging, dass es die bewerteten Gesellschaften aufgrund der zunehmenden Konkurrenz auf ihren Märkten nicht schaffen würden, Inflationsentwicklungen vollumfänglich an die Kunden weiterzugeben bzw. sich der Effekt der Inflationsüberwälzung mit dem steigenden Unternehmensrisiko ausglei-

chen würde. Der vom Landgericht bestellte Vertragsprüfer bestätigte die Angemessenheit von Ausgleich und Abfindung.

Im Rahmen des Verfahrens vor dem Landgericht beauftragte das Gericht einen Sachverständigen die Bewertung der Angemessenheit der angebotenen Kompensationsleistungen zu prüfen. Dieser kam im Zuge einer vollkommenen Neuberechnung des Unternehmenswerts auf Grundlage der Ertragswertmethode zu einem höheren Unternehmenswert. Dies folgt zum Teil aus dem Ansatz eines Wachstumsabschlags von einem Prozent. Der Wachstumsanschlag wurde von dem Sachverständigen mit einem Prozent festgesetzt, da nach Ansicht des Sachverständigen in der betrachteten Branche zukünftig von einem Wachstum auszugehen sei. In einem vom Landgericht angeordneten Ergänzungsgutachten nahm der Sachverständige zudem eine Analyse von acht in der Praxis verwendeten Multiplikatoren vor, was eine Bandbreite für den Unternehmenswert ergab. Der ermittelte Unternehmenswert des Sachverständigen lag dabei außerhalb der ermittelten Bandbreite, der vom Bewertungsgutachter ermittelte Unternehmenswert innerhalb der Bandbreite. Dennoch schätzte der Sachverständige aufgrund diverser Argumente gegen die Multiplikatoranalyse sein ursprüngliches Ergebnis als plausibel ein.

Mit Beschluss vom 12. Juli 2017 wies das LG Köln die Anträge auf gerichtliche Festsetzung einer Ausgleichszahlung und Abfindung zurück.

Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde einer Antragstellerin wies das OLG Düsseldorf in der zugrundeliegenden Entscheidung zurück.

Plausibilisierung mittels Multiplikatoranalyse

Das OLG Düsseldorf erkennt Analysen von ergebnis- bzw. umsatz- oder produktmengenorientierten Multiplikatoren im Einzelfall als geeignet an, der Plausibilisierung von Unternehmenswerten, die nach dem Ertragswertverfahren errechnet wurden, zu dienen. Dies sei in der Bewertungswissenschaft seit langem anerkannt und trage dem Umstand Rechnung, dass Wertermittlungen anhand ein und derselben Bewertungsmethode bei veränderten Prämissen und/oder Parametern substantiell voneinander abweichen und sich durch die Plausibilisierung weitere Anhaltspunkte für den „wahren“ Wert des Unternehmens ergeben können.

Kein obligatorischer Wachstumsabschlag

Das OLG Düsseldorf sieht weiterhin die grundsätzliche Möglichkeit, dass aufgrund branchen- und unternehmensspezifischer Besonderheiten ein Wachstumsabschlag nicht zum Tragen kommt. Entscheidend hierfür sei, ob und in welcher Weise das Unternehmen aufgrund der Unternehmensplanung, der Erwartungen an die Marktentwicklung und die Inflation zur Erfüllung nachhaltiger Wachstumserwartungen in der Lage sein wird. Nachhaltige Wachstumserwartungen könnten beispielsweise nicht erfüllt werden, wenn mit Blick auf branchen- und unternehmenseigene Besonderheiten damit gerechnet werden müsse, dass die bewertete Gesellschaft in ihrem Markt bei zunehmendem Wettbewerb und steigenden Konzentrationstendenzen nicht in der Lage sein werde, die Inflationsentwicklung vollständig an die Kunden weiterzugeben bzw. dass sich der Effekt der Inflationsüberwälzung mit dem steigenden Unternehmensrisiko ausgleichen werde.

Als branchen- und unternehmensspezifische Indikatoren verwies das OLG Düsseldorf beispielhaft auf ausgebliebenes organisches Wachstum der zu bewertenden Gesellschaft und darauf, ob die Gesellschaft im Markt hinter einer marktführenden Gesellschaft dem Konkurrenzdruck des Marktes ausgesetzt sei, ohne die Marktmacht des Marktführers zu besitzen.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29. Oktober 2018 - 26 W 13/17, BeckRS 2018, 44378

OLG SAARBRÜCKEN ZUM GRENZÜBERSCHREITENDEN „HERAUSFORMWECHSEL“ EINER GMBH

Das OLG Saarbrücken hatte über die Beschwerde einer GmbH zu entscheiden, die sich gegen die zurückgewiesene Anmeldung eines „Herausformwechsels“ richtete.

Sachverhalt

Eine GmbH (im Folgenden „Antragstellerin“) war im Handelsregister mit Sitz in Deutschland eingetragen. Aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses meldete sie einen „Herausformwechsel“, eine formwechselnde Umwandlung und grenzüberschreitende Sitzverlegung in die Rechtsform einer französischen *Société par actions simplifiée* unter Annahme des französischen Rechtsstatus, zur Eintragung in das Handelsregister an. Das zuständige Registergericht wies die Anmeldung zurück. Dies begründete das Registergericht damit, dass der Formwechsel mangels Bekanntmachung analog § 122d UmwG nichtig sei. Ferner sei analog § 122e, § 8 Abs. 3 UmwG der Verzicht auf die Erstellung eines Verschmelzungsberichts (entgegen § 192 Abs. 2 UmwG) unmöglich. Da es derzeit an der Existenz nationaler Vorschriften zur Behandlung des grenzüberschreitenden Formwechsels mangle, sei eine analoge Anwendung der §§ 122a ff. UmwG i.V.m. §§ 190 ff. UmwG notwendig, um die Regelungslücke bzgl. des Arbeitnehmer-, Minderheitsgesellschafter- und Gläubigerschutzes zu schließen. Dies begründete das Gericht damit, dass der Entwurf einer EU-Richtlinie (Änd. d. RL (EU) 2017/1132) eine dem § 122d UmwG vergleichbare Regelung vorsah.

Nach Ansicht der Antragstellerin sei eine analoge Anwendung der §§ 122a ff. UmwG wegen großer Unterschiede zum Formwechsel abzulehnen. Der Sinn und Zweck der Schutzvorschriften sei nicht erfüllt, da nur ein Rechtsträger beteiligt sei, der den Gläubiger auch nach dem Formwechsel zur Verfügung stehe und neben dem Geschäftsführer keine anderen Mitarbeiter beschäftigt seien. Die Beschwerde der Antragstellerin blieb ohne Erfolg.

Europarechtskonforme Auslegung nationaler Schutzvorschriften

Zunächst stellt das OLG Saarbrücken fest, dass allgemein anerkannt sei, dass ein Formwechsel aus bzw. in das EU-Ausland auch schon jetzt aufgrund

der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV möglich sein müsse. Da jedoch das nationale Recht für den grenzüberschreitenden Formwechsel noch keine Regelungen vorsehe und die Änderungen der Richtlinie (EU) 2017/1132 durch die Richtlinie (EU) 2019/2121 vom 27. November 2019 bereits beschlossen wurden, welche vom deutschen Gesetzgeber bis zum 31. Januar 2023 in nationales Recht umzusetzen seien, habe die erforderliche Anpassung des deutschen Sachrechts vorrangig anhand einer richtlinienkonformen Auslegung der inländischen Vorschriften zum Formwechsel gemäß §§ 190 ff. UmwG zu erfolgen.

Verbleibende Schutzlücken

Anschließend befasst sich das OLG Saarbrücken mit der Frage, wie die verbleibenden Schutzlücken zu schließen sind. Hierzu bestehen zwei Lösungsansätze. Einerseits werde diskutiert, die Lücken durch einen Rückgriff auf die §§ 122a ff. UmwG zu schließen. Andererseits werde erwogen, die verbleibenden Schutzlücken durch eine entsprechende Anwendung des Art. 8 SE-VO und der §§ 12 ff. SEAG zu schließen.

Der Senat kommt zu dem Schluss, dass die §§ 122a ff. UmwG analog anzuwenden seien, soweit dies zum Schutz Außenstehender erforderlich sei. Dazu zählen unter anderem die Berichtspflichten analog §§ 122d f. UmwG, da sie die rechtzeitige Information und Beteiligung Betroffener sicherstellen.

Keine Erfüllung drittschützender Vorgaben

An diese Ausführung anknüpfend stellt das OLG Saarbrücken fest, dass die Antragstellerin den Anforderungen des § 122d UmwG nicht entsprochen habe, da sie es unterlassen habe den Umwandlungsbeschluss einzureichen. Die unterlassene Einreichung des Umwandlungsbeschlusses durch die Antragstellerin, stelle im vorliegenden Fall ein von Amts wegen zu beachtendes Eintragungshindernis dar. Daran ändere sich auch nichts, wenn die Gesellschaft kaum Verbindlichkeiten gegenüber Dritten aufweise.

OLG Saarbrücken, Beschl. v. 7. Januar 2020 – 5 W 79/19, BeckRS, 2020, 2226

OLG FRANKFURT A.M. ZUR ANGEMESSENEN ABFINDUNG NACH § 327B AKTG UND ZUR ABLEITUNG DES KÜNFTIGEN SYSTEMATISCHEN RISIKOS VON BÖRSENNOTIERTEN UNTERNEHMEN

Das OLG Frankfurt a. M. hatte über die Frage zu entscheiden, ob der Barwert einer Ausgleichszahlung eine Untergrenze für die Höhe der Abfindungszahlung nach § 327b AktG darstellt. In diesem Zusammenhang äußerte sich das Gericht auch zur Ableitung des künftigen systematischen Risikos unter Hinzuziehung von Betafaktoren.

Sachverhalt

Die Parteien stritten über die Höhe von Abfindungsansprüchen nach § 327b AktG. Antragssteller waren ehemalige Aktionäre einer AG, die am 26. April 2004 als abhängige Gesellschaft einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag mit der als Antragsgegnerin auftretenden Großaktionärin abgeschlossen hatte. Mit Beschluss der Hauptversammlung der abhängigen AG vom 13./14. Dezember 2005 schloss die Antragsgegnerin die Antragssteller gegen eine Abfindung in Höhe von 80,37 EUR je Vorzugs- und Stammaktie aus der AG aus. Die Antragssteller leiteten daraufhin ein Spruchverfahren vor dem LG Frankfurt a. M. ein, um die Angemessenheit der Abfindung überprüfen zu lassen. Mit Beschluss vom 22. Juli 2014 (Az. 5 O 277/07) setzte das LG Frankfurt a. M. die Barabfindung auf 86,26 EUR für Vorzugsaktien und 85,77 EUR für Stammaktien herauf. Das LG Frankfurt a. M. legte dabei den Barwert der Ausgleichszahlung nach § 304 AktG als Untergrenze für die Höhe der Abfindung nach § 327b AktG zugrunde.

Die Parteien legten gegen den Beschluss wechselseitig sofortige Beschwerde ein.

Das OLG Frankfurt a. M. hielt die sofortigen Beschwerden der Antragssteller für zulässig sowie begründet und setzte die Barabfindung auf 93,30 EUR je Stammaktie sowie 93,84 EUR je Vorzugsaktie herauf. Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin wies sie als unbegründet zurück.

Barwert der Ausgleichszahlung als Untergrenze der angemessenen Abfindung

Der Barwert der festen Ausgleichszahlung nach § 304 AktG stelle die Untergrenze einer angemessenen

Abfindung gemäß § 327b AktG dar, sofern dieser den Börsenwert übersteige. Damit weiche man ausdrücklich von der Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte ab. Der BGH habe diese Frage in seinem Beschluss vom 12. Januar 2016 (Az. II ZB 25/14) bewusst offengelassen. Für die Behandlung des Barwerts der festen Ausgleichszahlung als Untergrenze einer angemessenen Abfindung spreche aber, dass das Ziel, im Rahmen der Abfindung den „vollen, wirklichen“ Wert der Anteile zu ermitteln, ansonsten verfehlt würde. Eine Abfindung könne nur als angemessen angesehen werden, wenn sie dem ausscheidenden Aktionär eine volle Entschädigung für den Wert seiner Beteiligung verschaffe. Da auch die Ausgleichszahlung nach § 304 AktG in vermögensrechtlicher Hinsicht einen Teil der Beteiligung darstelle, müsse dessen Barwert bei der Abfindung zwingend berücksichtigt werden. Ansonsten könne ein vollständiger Wertausgleich nicht gewährleistet werden. Dabei sei es unschädlich, dass der Barwert nicht dem Verkehrswert des Unternehmensanteils entspreche. Der Barwert stelle in jedem Fall eine vermögenswerte Position der Antragssteller dar, dessen Verlust unmittelbar auf den Ausschluss zurückzuführen- und deshalb zu entschädigen sei.

Dem könne nicht entgegengehalten werden, dass der eigentliche Bewertungsgegenstand das Unternehmen und nicht die Unternehmensanteile der Antragssteller sei. Dies ergebe sich unter anderem aus der Rechtsprechung des BGH. Dieser spreche in seinem Beschluss vom 12. Januar 2016 zum Barwert der Ausgleichszahlung (Az. II ZB 25/14) richtigerweise vom Wert der Minderheitsanteile, der mittelbar als quotaler Anteil an dem durch eine geeignete Methode der Unternehmensbewertung ermittelten Wert des Unternehmens oder unmittelbar auf andere Weise ermittelt werden könne. Auch werde nur so die ansonsten wegen ihrer Offenkundigkeit unverständliche Anweisung des Gesetzes, die Verhältnisse der Gesellschaft bei der Wertermittlung zu berücksichtigen, nachvollziehbar und dem Umstand Rechnung getragen, dass die Bewertung zwingend aus Sicht der Antragssteller zu erfolgen habe. Verfassungsrechtlich gesehen ziele die Norm zudem nur auf die Kompensation der Minderheitsaktionäre ab. Da diesen konkret ihr Unternehmensanteil entzogen

werde, habe sich die Bewertung in § 327b AktG auch auf diesen zu beziehen.

Der Berücksichtigung des Barwerts könne auch nicht entgegeng gehalten werden, dass es sich bei dem Anspruch auf Ausgleichszahlung um einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber der Antragsgegnerin handele, der nicht der Aktie anhafte. Der BGH habe in seiner Entscheidung vom 08. Mai 2016 (Az. II ZR 27/05) insofern deutlich gemacht, dass der Ausgleichsanspruch nach § 304 AktG aufgrund Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrags stets originär in der Person des außenstehenden Aktionärs entstehe. Er hafte der Aktie zwar nicht an, sei aber unmittelbar an die Aktionärsstellung gekoppelt. Bei der Übertragung von Aktien gegen Abfindung nach § 327a AktG sei nicht die Übertragung des Wertpapiers, sondern der Ausschluss des Minderheitsgesellschafters aus der AG maßgeblich. Die Übertragung der Aktie habe so immer auch zwingend den Verlust des an die Stellung als außenstehender Aktionär gekoppelten Ausgleichsanspruchs zur Folge. Sei ein Ausgleichsanspruch unmittelbar an die Stellung als außenstehender Aktionär geknüpft, so würde seine Nichtberücksichtigung das Bewertungsziel einer vollständigen Kompensation verfehlen. Dem stehe nicht entgegen, dass es der allgemeinen Ansicht entspreche, dass der Wert des Abfindungsanspruchs nach § 305 AktG, der ebenfalls originär in der Person des Minderheitsaktionärs entstehe, keinen Einfluss auf den Abfindungsanspruch nach § 327b AktG habe. Der Anspruch aus § 305 AktG gehe anders als der aus § 304 AktG bei unfreiwilligen Verlust der Aktionärsstellung nicht unter und sei deshalb naturgemäß bei der Bemessung des Abfindungsanspruchs aus § 327b AktG nicht zu berücksichtigen.

Eine Nicht-Berücksichtigung des Barwerts der Ausgleichszahlungen als Untergrenze der Abfindung könne auch nicht mit bestehenden Unterschieden zum Börsenkurs begründet werden. Beide Aspekte seien mit Blick auf die angestrebte volle Wertkompensation vergleichbar. Der Börsenkurs als Untergrenze garantiere dem Aktionär dabei den Abfindungsbetrag, den er am Markt hätte realisieren können, wohingegen der Barwert der Ausgleichszahlung die Sicherung des in § 304 AktG gegebenen Versprechens einer regelmäßigen Ausgleichszahlung darstelle. In diesem Zusammenhang spreche auch der Umstand, dass Ausgleichszahlungen bei

Kündigung des Unternehmensvertrags abfindungs- und kompensationslos entzogen werden können, nicht gegen ihre Berücksichtigung bei der Ermittlung der Abfindungshöhe. Es komme lediglich darauf an, dass der Anspruch auf Ausgleichszahlungen als Fruchtziehungsrecht für den Beteiligungswert von Bedeutung sei. Die Kündigung könne kompensationslos erfolgen, weil sie – anders als der unfreiwillige Verlust der Aktionärsstellung – nicht zur Entziehung, sondern lediglich zum Austausch des Fruchtziehungsrechts Ausgleichszahlung mit dem Fruchtziehungsrecht Dividende führe. Für die Bewertung des Fruchtziehungsrechts sei bei Fortbestehen des Unternehmensvertrags auf den Wert der garantierten Ausgleichszahlungen abzustellen. Die generelle Möglichkeit den Unternehmensvertrag zu kündigen sei jedenfalls dann nicht zu berücksichtigen, sofern im Bewertungszeitraum keine dahingehenden Bestrebungen bestünden.

Schließlich spiele auch der Umstand, dass die Berücksichtigung des Barwerts der Ausgleichszahlung zu einer längeren Verfahrensdauer führen könnte keine Rolle.

Ableitung des künftigen systematischen Risikos unter Hinzuziehung des Betafaktors

Im Zusammenhang mit der Berechnung des Barwerts der Ausgleichszahlung bezog das OLG Frankfurt a. M. auch zur Ableitung des künftigen systematischen Risikos der Gesellschaft Stellung. Ein börsennotiertes Unternehmen habe bei der Risikoberechnung grundsätzlich den historischen, unternehmensindividuellen Betafaktor hinzuzuziehen, wenn sich dieser verlässlich ermitteln lasse und zukünftig seine zeitliche Stabilität zu erwarten sei. Dieser gebe an, wie sich die Rendite des zu bewertenden Unternehmens im Vergleich zu der des Marktportfolios verhalte und drücke so die Höhe des unternehmensindividuellen Risikos aus. Der eigene Betafaktor spiegle das systematische operative Risiko unmittelbar wider und stelle so den besten Indikator für den zukünftigen Betafaktor dar. Eine Ableitung anhand des künftigen systematischen Risikos einer Gruppe vergleichbarer Unternehmen sei dem nur dann vorzuziehen, wenn der eigene historische Betafaktor nicht verlässlich ermittelt werden könne.

OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 20. November 2019 – 21 W 77/14, NZG 2020, 339

Weitere Entscheidungen in Kürze

OLG KÖLN ZUR ABBERUFUNG EINES AUFSICHTSRATSMITGLIEDS AUFGRUND EINER SCHWERWIEGENDEN PFLICHTVERLETZUNG

Das OLG Köln hatte im Beschwerdeverfahren zu entscheiden, ob die Abgabe einer Stellungnahme eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds eine schwerwiegende Pflichtverletzung darstellt, sodass das Mitglied auf Antrag des Aufsichtsrats vom Gericht abberufen werden kann, wenn der Aufsichtsrat zuvor von der Bestellung eines Sonderprüfers abgesehen hat.

Der Aufsichtsrat hat in seiner Gesamtheit auf eine Stellungnahme nach § 142 Abs. 5 Satz 1 AktG zur Bestellung eines Sonderprüfers verzichtet. Daraufhin hat der Beschwerdeführer als einzelnes Aufsichtsratsmitglied dennoch eine Stellungnahme zur Bestellung des Sonderprüfers abgegeben. Deswegen wurde der Beschwerdeführer als Aufsichtsratsmitglied durch Beschluss gemäß § 103 Abs. 3 Satz 1 AktG aus dem Aufsichtsrat wegen seines Handelns abberufen. Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde des Beschwerdeführers. Das OLG Köln wies die Beschwerde des Aufsichtsratsmitglieds ab.

Die Abgabe der Stellungnahme durch das einzelne Aufsichtsratsmitglied im Rahmen der Bestellung eines Sonderprüfers gemäß § 142 Abs. 2 AktG, stelle einen wichtigen, die Abberufung rechtfertigenden Grund i.S.d. § 103 Abs. 3 Satz 1 AktG dar, so das OLG Köln. Aus dem Wortlaut des § 142 Abs. 5

Satz 1 AktG ergebe sich, dass das Gesellschaftsorgan in seiner Gesamtheit zu hören sei. Da der Aufsichtsrat aber von dieser Möglichkeit abgesehen habe, was dem Beschwerdeführer auch bekannt gewesen sei, habe sich dieser willkürlich über die Haltung des Aufsichtsrates, in dem Verfahren von einer Stellungnahme abzusehen, hinweggesetzt. Dadurch sei das Vertrauensverhältnis innerhalb des Aufsichtsrats in so schwerwiegender Weise berührt, dass dies zur Aufrechterhaltung der vertrauensvollen Zusammenarbeit im Aufsichtsrat die sofortige Abberufung des Antragsgegners rechtfertige.

Dass der Aufsichtsrat im Fall des § 142 Abs. 5 AktG als Organ handle, müsse dem Beschwerdeführer auch bekannt sein, da er durch zwei Schreiben auf die Bestimmung des § 142 Abs. 5 AktG hingewiesen wurde. Das OLG Köln hält weiterhin fest, dass sich der Beschwerdeführer bei Ungewissheiten zumindest hätte erkundigen müssen, ob er selbst eine Stellungnahme abgeben dürfe.

OLG Köln, Beschl. v. 29. August 2019 - 18 Wx 9/19, AG 2020, 188

Sonstige Neuigkeiten

ÜBERBLICK ZUM REGIERUNGSENTWURF (REGE) EINES GESETZES ZUR WEITEREN UMSETZUNG DER TRANSPARENZRICHTLINIE-ÄNDERUNGSRICHTLINIE IM HINBLICK AUF EIN EINHEITLICHES ELEKTRONISCHES FORMAT FÜR JAHRESFINANZBERICHTE

Die Bundesregierung hat am 22. Januar 2020 den Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie im Hinblick auf ein einheitliches elektronisches Format für Jahresfinanzberichte veröffentlicht, gegen den der Bundesrat keine Einwendungen erhoben hat (vgl. BT-Drucks. 19/17965). Von einem zeitnahen Inkrafttreten ist nunmehr auszugehen.

Der Gesetzesentwurf sieht Änderungen bei der Erstellung von Jahresfinanzberichten mit dem Ziel der verbesserten europaweiten Vergleichbarkeit und Transparenz vor. Nachfolgend sollen diese Änderungen besprochen werden.

Zur Umsetzung des neuen Abs. 7 in Art. 4 der Transparenz-Richtlinie (Richtlinie 2004/109/EG), aufgenommen durch die Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie (Richtlinie 2013/50/EU), sieht der RegE im Kern eine Änderung des § 328 HGB vor. Vorgesehen ist, dass eine Kapitalgesellschaft, die als Inlandsemitent Wertpapiere begibt und keine Kapitalgesellschaft im Sinne des § 327a HGB ist, zukünftig Jahres- bzw. Konzernabschlüsse, Lage- bzw. Konzernlageberichte und neu vorgesehene Erklärungen nach den technischen Regulierungsstandards der Verordnung (EU) 2019/815 im Format „Extensible Hyper Text Markup Language“ (XHTML) offenlegen muss. Erstmals soll dies für das nach dem 31. Dezember 2019 beginnende Geschäftsjahr Anwendung finde. Unterjährige Berichte sind dabei nicht erfasst. In den neu vorgesehenen Erklärungen die jeweils dem Jahres- bzw. Konzernabschluss und dem Lage- bzw. Konzernlagebericht beigelegt werden müssen, soll anstelle durch bloße Unterzeichnung des jeweiligen Abschlusses/Berichts, eigenständig versichert werden, dass nach bestem Wissen ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild vermittelt wird.

Von der Neuregelung ist nur die für die Zwecke der Offenlegung nach den Formatvorgaben des § 328

Abs. 1 HGB-E erstellte Wiedergabe des jeweiligen Abschlusses/Berichts (Offenlegungsdokumente) betroffen. Das bedeutet, dass für den (Konzern-) Lagebericht und die Abschlüsse, die für die Abschlussprüfung aufgestellt werden (Aufstellungsdokumente), weiterhin keine Formatvorgaben existieren. Darüber hinaus wird der Abschlussprüfer jedoch die Aufstellungs- und die Offenlegungsdokumente auf ihre Identität, § 320 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3 Satz 3 HGB-E, und die Einhaltung der Formatvorgaben, § 317 Abs. 3b Satz 1 HGB-E, zu prüfen haben.

Der RegE sieht bei Verstößen gegen die Formatvorgaben ein Bußgeld im Rahmen einer Ordnungswidrigkeit vor. Verantwortlich sind alle Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs.

Nach § 328 Abs.1 Satz 4 Nr. 2 HGB-E des RegE sind Konzernabschlüsse, die bei betroffenen Emittenten nach den internationalen Rechnungslegungsstandards IAS und IFRS aufgestellt werden, zusätzlich nach Maßgabe der Art. 4 und 6 der Verordnung (EU) 2019/815 mit Hilfe der sogenannten iXBRL Technologie auszuzeichnen.

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung ist abrufbar unter:

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Format_Jahresfinanzberichte.pdf;jsessionid=7567FBE3D7468692250E4977D0A36083.1_cid289?_blob=publicationFile&v=1

Die Stellungnahme des Bundesrates ist abrufbar unter:

<https://dip21.bundes-tag.de/dip21/btd/19/179/1917965.pdf>

REFORM DES DEUTSCHEN CORPORATE GOVERNANCE

Am 20. März 2020 erfolgte die Veröffentlichung des neuen Deutschen Corporate Governance Kodex im Bundesanzeiger, wodurch dieser in Kraft trat und die alte Fassung vom 7. Februar 2017 ablöste. Mit dieser Veröffentlichung bildet der neue Kodex in der Fassung vom 16. Dezember 2019 die Grundlage für die zu fassenden Entsprechenserklärungen nach § 161 AktG.

Mit der Übersendung des ursprünglich vom 22. Mai 2019 datierenden Entwurfs des Kodex an das zuständige Bundesministerium hatte die Regierungskommission zunächst bis zum Inkrafttreten des ARUG II am 1. Januar 2020 zugewartet, um möglicherweise notwendige Anpassungen entsprechend der endgültigen Fassung des ARUG II vornehmen zu können. Auf diese Weise wurden im Kodex auch Änderungen im ARUG II zur Vorstandsvergütung reflektiert. Bei Einreichung des neuen Kodex am 23. Januar 2020 beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hatte die Kodexkommission mitgeteilt, dass im Übrigen keine materiellen Änderungen im Vergleich zum Entwurf vom 22. Mai 2019 vorgenommen worden sind. Vielmehr seien über die Vergütungsthemen hinaus lediglich redaktionelle Anpassungen erfolgt, die zu einer noch besseren Klarheit und Verständlichkeit beitragen sollen.

Die neue Fassung des Kodex bringt im Vergleich zu der alten Fassung vom 7. Februar 2017 einige Neuerungen mit sich. Hierzu hatten wir bereits im Newsletter für das 2. Quartal 2019 berichtet. So habe man laut Regierungskommission sog. Grundsätze zur Information über die wesentlichen rechtlichen Vorgaben für verantwortungsvolle Unternehmensführung eingeführt. Zudem seien insbesondere die Anforderungen an die Unabhängigkeit von Anteilseignern im Aufsichtsrat konkretisiert worden. Wann ein Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat nicht mehr unabhängig sei, könne nun anhand eines Kriterienkatalogs genauer beurteilt werden. Nach wie vor enthält der neue Deutsche Corporate Governance Kodex Empfehlungen zur Vorstandsvergütung. Diese sollen die internationale Best Practice aufzeigen und den Anforderungen des ARUG II entsprechen. Die Berichterstattung über die Corporate Governance erfolgt nun in der Erklärung zur Unternehmensführung.

Aktuelle Fassung des Deutschen Corporate Governance Kodex abrufbar unter:

https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/191216_Deutscher_Corporate_Governance_Kodex.pdf

GEPLANTE ÄNDERUNGEN DER STIMMRMV ZUM JUNI 2020

Am 13. März 2020 informierte die BaFin über die geplanten Änderungen der Stimmrechtsmitteilungsverordnung (im Folgenden „StimmRMV“). In der Mitteilung der BaFin heißt es, dass die Änderungen voraussichtlich im Juni 2020 in Kraft treten, sodass den Meldepflichtigen und Meldern die Möglichkeit verbleibe, ihre Meldesysteme bei Bedarf anzupassen.

Inhaltlich wird die Änderung dazu führen, dass Mitteilungen zukünftig ausschließlich in elektronischer Form an die BaFin und den Emittenten übermittelt werden dürfen. Dadurch wird die Abgabe von Mitteilungen per Fax oder Post nach Inkrafttreten der Änderungen nicht mehr möglich sein. An dem elektronischen Meldeverfahren seien nach dem bisherigen Stand hingegen keine Änderungen geplant.

Die BaFin hat ein Konsultationsverfahren für die geplante Änderung der StimmRMV eingeleitet.

Die Unterlagen sind abrufbar unter:

https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Konsultation/2020/dl_kon_02_20_Entwurf_AenderungsVO_zur_StimmRMV.html

Die BaFin hat FAQ zu dem verpflichtenden elektronischen Meldeverfahren für Stimmrechtsmitteilungen (§§ 33 ff. WpHG) veröffentlicht.

Diese sind abrufbar unter:

https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/FAQ/dl_faq_verpflichtendes_elektronisches_Meldeverfahren.pdf?blob=publicationFile&v=2

Update zum Kapitalmarktrecht

ÖFFENTLICHE STELLUNGNAHME DER ESMA BEZÜGLICH COVID-19

Am 11. März 2020 hat die ESMA eine öffentliche Stellungnahme zu den Auswirkungen des COVID-19-Ausbruchs auf die Finanzmärkte in der Europäischen Union abgegeben. Hierbei wird seitens der ESMA klargestellt, dass sie die aktuelle Lage zusammen mit den zuständigen nationalen Behörden genau beobachtet und ihre Befugnisse nutzen werde, um die Funktionstüchtigkeit der Märkte, die Finanzstabilität und den Anlegerschutz zu gewährleisten. Auf Grundlage dieser Beobachtungen spricht die ESMA mehrere Empfehlungen an die Finanzmarktteilnehmer aus.

Insbesondere sollen die Emittenten bereit sein, ihre Notfallpläne umzusetzen, um die Geschäftskontinuität zu ermöglichen. Weiterhin seien sie dazu angehalten alle relevanten wichtigen Informationen über die Auswirkungen von COVID-19 gemäß ihren

Transparenzverpflichtungen nach der Marktmissbrauchsverordnung offenzulegen und die tatsächlichen und potenziellen Auswirkungen von COVID-19 soweit wie möglich auf der Grundlage ihrer Geschäftsaktivitäten, ihrer finanziellen Situation und ihrer wirtschaftlichen Leistung in ihrem Finanzbericht für das Geschäftsjahr 2019 transparent zu machen, falls dieser noch nicht abgeschlossen ist, oder andernfalls in ihrem Zwischenbericht offenzulegen. Vermögensverwalter wiederum seien dazu angehalten weiterhin die Anforderungen des Risikomanagements zu beachten und diesen entsprechend zu reagieren.

Stellungnahme der ESMA abrufbar unter:

https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma71-99-1290_esma_statement_on_markets_and_covid-19.pdf

ESMA SENKT MELDESCHWELLE FÜR NETTO-LEERVERKAUFSPPOSITIONEN

Der Ausbruch der COVID-19-Pandemie habe schwerwiegende negative Auswirkungen auf die Wirtschaft und auf die EU-Finanzmärkte, so die ESMA in ihrer Entscheidung vom 16. März 2020. Die Aktienmärkte in der EU verloren 30 Prozent, und alle Sektoren und Arten von Emittenten seien von erheblichen Kurseinbrüchen betroffen. Diese ungünstige Situation sei eine ernsthafte Bedrohung für die geordnete Funktionsfähigkeit und Integrität der Finanzmärkte. Es bestehe eindeutig das Risiko, dass sich ein solcher Abwärtstrend in den kommenden Tagen und Wochen fortsetzen werde. Dieser Trend beeinträchtigt auch das Marktvertrauen erheblich.

In dieser Situation können Leerverkäufe die Preisvolatilität verstärken und die Marktverluste erhöhen. Deshalb habe die ESMA, wie sie bereits am 11. März in ihrer Stellungnahme zu den Auswirkungen des COVID-19-Ausbruchs auf die Finanzmärkte an-

gedeutet hat, ihre Befugnisse genutzt und eine Entscheidung erlassen, nach welcher Netto-Leerverkaufspositionen in allen Aktien, die am regulierten Markt zugelassen sind, bereits ab dem Eingangsschwellenwert von 0,1 Prozent des ausgegebenen Aktienkapitals mitzuteilen sind. Ausnahmen bestehen nur für Market-Making Aktivitäten. Der Veröffentlichungsschwellenwert bleibe weiterhin bei 0,5 Prozent.

Diese Maßnahme trat noch am gleichen Tag in Kraft und gilt für drei Monate.

Entscheidung der ESMA abrufbar unter:

https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-155-9546_esma_decision_article_28_ssr_reporting_threshold.pdf

VERSPÄTETE FINANZBERICHTE NACH AUFFASSUNG DER ESMA NICHT ZU VERFOLGEN

In einer öffentlichen Stellungnahme vom 27. März 2020 gab die ESMA bekannt, dass die nationalen Aufsichtsbehörden Emittenten, die nach den nationalen Gesetzen zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie Finanzberichte veröffentlichen müssen, bei einer verspäteten Erfüllung der Veröffentlichungspflicht nach Ansicht der ESMA wegen der COVID-19-Pandemie kurzzeitig aufsichtsrechtlich nicht verfolgen sollen.

Die ESMA betont jedoch, dass von den Emittenten zunächst erwartet werde, dass sie sich nach besten Kräften bemühen, ihre Finanzberichte zu erstellen und diese innerhalb der gesetzlichen Frist zu veröffentlichen. Sei es den Emittenten infolge der Auswirkungen des COVID-19-Ausbruchs dennoch nicht möglich, die Frist zur Veröffentlichung ihrer Finanzberichte einzuhalten, so sei die zuständige nationale Behörde darüber zu informieren. Des Weiteren habe der Emittent den Finanzmarkt über die Verzögerung, die Gründe für diese Verzögerung und, soweit es möglich sei, das voraussichtliche Veröffentlichungsdatum in Kenntnis zu setzen. Dies gelte für Jahresfinanzberichte, deren Abschluss am oder nach dem 31. Dezember 2019, aber vor dem 1. April 2020 war, für einen Zeitraum von zwei Monaten nach Ablauf der in der Transparenzrichtlinie genannten Frist. Zudem gelte diese Ausnahme auch für halbjährliche Finanzberichte, deren Berichtszeitraum am oder nach dem 31. Dezember 2019, aber vor dem 1. April 2020 endete,

für einen Zeitraum von einem Monat nach Ablauf der in der Transparenzrichtlinie genannten Frist.

Durch dieses Vorgehen trage man den erheblichen Herausforderungen Rechnung, die der Ausbruch von COVID-19 und der damit verbundenen Maßnahmen der Mitgliedstaaten für Emittenten und Wirtschaftsprüfer mit sich bringe. Denn die mit den Maßnahmen der Mitgliedstaaten einhergehenden Einschränkungen beeinträchtigen die Emittenten in ihrer Pflicht, ihre Finanzberichte fristgerecht zu veröffentlichen. Deshalb liege die koordinierte Vorgehensweise bezüglich der Veröffentlichungspflicht von Finanzberichten im Interesse des Anlegerschutzes und trage zur Integrität der Finanzmärkte in der Union bei.

Schließlich stellt die ESMA in ihrer Stellungnahme klar, dass die Verpflichtung zur unverzüglichen Veröffentlichung von Insiderinformationen nach Art. 17 MMVO weiterhin gelte.

Stellungnahme der ESMA abrufbar unter:

https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma31-67-742_public_statement_on_publication_deadlines_under_the_td.pdf

Literatur

Allen & Overy Q&As zur virtuellen Hauptversammlung: <https://www.allenoverly.com/de-de/germany/news-and-insights/publications/covid-19-coronavirus-virtuelle-hauptversammlungen>

Chilevych, Kyrill: Anmerkungen zu OLG Oldenburg, Beschl. v. 19. Dezember 2019 – 12 W 133/19 (HR), GmbHR 2020, 327

Fink, Michael / Chilevych, Kyrill: Grenzüberschreitende Formwechsel nach und aus Deutschland – Voraussetzende Umsetzung der Änderungen der EU-Mobilitäts-Richtlinie, wird in Kürze in der NZG veröffentlicht

Fischer, Jan-Benedikt: Der Stichtag der umwandlungsrechtlichen Schlussbilanz nach der COVID-19-Gesetzgebung, NJW-Spezial 2020, 271

Stüber, Katharina: Der Einfluss von „Proxies“ in der Hauptversammlung, WM 2020, 211

Ansprechpartner

Wenn Sie Fragen zu einem der in unserem Newsletter angesprochenen Themen haben, wenden Sie sich bitte an die untenstehend Genannten oder Ihren gewohnten Ansprechpartner bei Allen & Overy LLP.

Publikationen können Sie über Germany.Marketing@allenoverly.com bestellen.



Dr. Hans Diekmann
Partner
Düsseldorf

Tel +49 211 2806 7101
hans.diekmann@allenoverly.com



Dr. Christian Eichner
Partner
Düsseldorf

Tel +49 211 2806 7114
christian.eichner@allenoverly.com



Dr. Hartmut Krause
Partner
Frankfurt

Tel +49 69 2648 5782
hartmut.krause@allenoverly.com



Dr. Jonas Wittgens
Counsel
Hamburg

Tel +49 40 82221 2158
jonas.wittgens@allenoverly.com



Dr. Jens Wagner
Counsel
München

Tel +49 89 71043 3112
jens.wagner@allenoverly.com



Dr. Andre Wandt
Counsel
Frankfurt

Tel +49 69 2648 5684
andre.wandt@allenoverly.com



Dr. Katharina Stüber
Counsel
Frankfurt

Tel +49 69 2648 5683
katharina.stueber@allenoverly.com



Dr. Michael Weiß
Counsel
Frankfurt

Tel +49 69 2648 5453
michael.weiss@allenoverly.com

Allen & Overy LLP

Dreischeibenhaus 1 | 40211 Düsseldorf | Tel +49 211 2806 7000

Bockenheimer Landstraße 2 | 60306 Frankfurt am Main | Tel +49 69 2648 5000

Kehrwieder 12 | 20457 Hamburg | Tel +49 40 82 221 20

Maximilianstraße 35 | 80539 München | Tel +49 89 71043 3000

www.allenoverly.de

Allen & Overy unterhält eine Datenbank mit Geschäftsadressen, um das Serviceangebot für Mandanten weiterzuentwickeln und zu verbessern. Diese Angaben leiten wir nicht an externe Stellen oder Organisationen weiter. Falls Angaben unzutreffend sind oder Sie keine Veröffentlichungen von Allen & Overy mehr erhalten möchten, wenden Sie sich bitte an germany.marketing@allenoverly.com.

In diesem Dokument bezieht sich „Allen & Overy“ auf „Allen & Overy LLP bzw. ihre verbundenen Unternehmen“. Jeder Hinweis auf Partner bezieht sich auf die Gesellschafter der Allen & Overy LLP bzw. Mitarbeiter oder Berater der Allen & Overy LLP, deren Status und Qualifikationen denen eines Gesellschafters entsprechen, oder eine Person mit gleichwertigem Status in einem verbundenen Unternehmen der Allen & Overy LLP.

Die Allen & Overy LLP oder ein Mitglied des Allen & Overy-Verbundes unterhalten Büros in: Abu Dhabi, Amsterdam, Antwerpen, Athen (Repräsentanz), Bangkok, Barcelona, Belfast, Bratislava, Brüssel, Budapest, Bukarest (assoziiertes Büro), Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hanoi, Ho-Chi-Minh-Stadt, Hongkong, Istanbul, Jakarta (assoziiertes Büro), Johannesburg, London, Luxemburg, Madrid, Mailand, Moskau, München, New York, Paris, Peking, Perth, Prag, Rangun, Rom, São Paulo, Schanghai, Seoul, Singapur, Sydney, Tokio, Toronto, Warschau, Washington D.C.

Dieses Dokument dient nur zur allgemeinen Information und ersetzt nicht die rechtliche Beratung.

© Allen & Overy 2020