

19.05.2016

Gesellschaftsrecht/Mergers & Acquisitions | Aktien- & Kapitalmarktrecht

In unseren Corporate/M&A-News bereiten wir aktuelle Themen zum Gesellschaftsrecht/M&A prägnant für Sie auf. Wir filtern dazu wesentliche neue Rechtsprechung und Gesetzgebungsvorhaben und fassen diese mit Verlinkungen zusammen. In der aktuellen Ausgabe informieren wir Sie u. a. über folgende Themen:

:

- ▶ Antragsrecht zur Einstellung des Insolvenzverfahrens, Gesellschafterbeschlüsse in den Räumen eines Mitgesellschafters
- ▶ Anwendbarkeit der Masseschmälerungshaftung auf Direktor einer Limited
- ▶ Erzwingung der Einreichung einer Gesellschafterliste im einstweiligen Rechtsschutzverfahren
- ▶ Nachweis der Vertretungsberechtigung im Registerverfahren
- ▶ Unwirksamkeit einer Kündigungserklärung wegen fehlender Vorlage der Vollmacht
- ▶ Leiharbeitnehmer zählen nicht für den Schwellenwert der Unternehmensmitbestimmung nach § 1 DrittelbG
- ▶ Schätzung des Unternehmenswerts anhand Börsenwert bei Insolvenz
- ▶ Architektenleistungen als Gesellschaftereinlage
- ▶ Notarkosten bei Zustimmung der Gesellschafterversammlung einer KG analog § 179a AktG
- ▶ Auskunftsanspruch der AG gegen einen Aktionär

:

## Gesetzgebung

:

- ▶ Abschlussprüfungsreformgesetz
- ▶ Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz

## Rechtsprechung

### Antragsrecht zur Einstellung des Insolvenzverfahrens, Gesellschafterbeschlüsse in den Räumen eines Mitgesellschafters

**BGH, Beschluss vom 24. März 2016 – IX ZB 31/15 und IX ZB 32/15**

Der BGH hat sich in den beiden Parallelverfahren zu der Frage geäußert, wann ein Versammlungsort für die Gesellschaftsversammlung einer GmbH für einen Gesellschafter unzumutbar ist und zu einer Anfechtbarkeit der gefassten Beschlüsse führen kann. Darüber hinaus äußerte sich der BGH zur Befugnis einer insolventen juristischen Person, einen Antrag auf Einstellung des Insolvenzverfahrens nach § 212 InsO zu stellen.

Die Beteiligten 2 und 3 waren je zur Hälfte an der Insolvenzschuldnerin, einer GmbH, beteiligt. Die GmbH war zugleich Komplementärin einer GmbH & Co. KG, deren Kommanditisten zu gleichen Teilen wiederum die Beteiligten 2 und 3 waren. Beide Beteiligte waren Geschäftsführerinnen der Komplementär-GmbH. Kurz nach Gründung der Gesellschaften kam es zum Streit zwischen den Beteiligten. Die Beteiligte 3 beantragte einige Monate nach Gründung der Gesellschaften, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren zu eröffnen. Dieses wurde eröffnet und der Beteiligte 1 zum Insolvenzverwalter bestellt. Darauf lud die Beteiligte 2 die Beteiligte 3 zu einer Gesellschafterversammlung in die Büroräume der GmbH, für den Fall, dass der Zutritt dahin versagt würde, in die Wohnung der Beteiligten 2. Einziger Tagesordnungspunkt war die Abberufung der Beteiligten 3 als Geschäftsführerin. Dieser Einladung widersprach die Beteiligte 3. Die Gesellschafterversammlung fand dennoch in Abwesenheit der Beteiligten 3 statt. In dieser wurde die Beteiligte 3 als Geschäftsführerin abberufen. Anschließend beantragte die Beteiligte 2 als alleinig verbliebene Geschäftsführerin der Komplementär-GmbH die Einstellung beider Insolvenzverfahren. Dies lehnte das Insolvenzgericht und anschließend das Beschwerdegericht ab, weil die Anträge nicht von beiden Geschäftsführerinnen der Komplementär-GmbH gestellt worden seien.

Der BGH hielt die Rechtsbeschwerde gegen die Zurückweisung der Anträge auf Einstellung des Insolvenzverfahrens für zulässig und begründet. Unabhängig von der Wirksamkeit des Abberufungsbeschlusses sei die sofortige Beschwerde zulässig gewesen. Die Komplementär-GmbH gelte bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Frage, durch wen sie gesetzlich vertreten wird, als durch die Beteiligte 2 wirksam vertreten, da der Abberufungsbeschluss nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar gewesen sei. Ein solcher Beschluss sei nur dann nichtig, wenn er auf eine Anfechtungsklage durch Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist.

Auch war die Begründung des Beschwerdegerichts hinsichtlich der Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses aus Sicht des BGH nicht zutreffend. Nach § 212 S. 1 InsO sei für den Antrag auf Einstellung des Insolvenzverfahrens wegen Wegfall des Eröffnungsgrundes nur die GmbH antragsberechtigt. Diese sei bei Antragstellung durch die Beteiligte 2 nur dann wirksam vertreten gewesen, wenn die Beteiligte 3 vorher als Geschäftsführerin der GmbH wirksam abberufen worden ist. Anders als die Sonderregelung in § 15 Abs. 1 S. 1 und 2 InsO, nach der jeder Geschäftsführer einer GmbH namens der Gesellschaft den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft stellen könne, auch wenn er nicht alleinvertretungsbefugt ist, gelte diese Vertretungsregelung nicht für einen Einstellungsantrag nach § 212 InsO. Der Beschluss zur Abberufung der Beteiligten 3 als Geschäftsführerin war aus Sicht des BGH jedoch entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts jedenfalls nicht entsprechend § 241 Nr. 1 AktG wegen eines schwerwiegenden Einberufungsmangels nichtig. Ein in einer Gesellschafterversammlung gefasster Beschluss sei entsprechend § 241 Nr. 1 AktG dann nichtig, wenn der Einberufungsmangel einer Nichtladung der Gesellschafter gleichkommt. Dies sei dann der Fall, wenn eine Ladung dem Gesellschafter seine Teilnahme in einer Weise erschwert, die der Verhinderung seiner Teilnahme gleichsteht. Hiervon sei vorliegend aber nicht auszugehen, weil der Versammlungsort zwar für die Beteiligte 3 als unzumutbar angesehen werden könne, dieser Mangel aber keiner Nichtladung gleichkomme.

Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsehe, sei der ordnungsgemäße Versammlungsort grundsätzlich entsprechend § 121 Abs. 5 AktG der Sitz der Gesellschaft. Eine Abweichung von der Soll-Vorschrift des § 121 Abs. 5 AktG ist aus Sicht des BGH immer dann zulässig, wenn am Sitz der Gesellschaft kein geeignetes Versammlungslokal vorhanden ist oder die Verkehrsverbindung dorthin gestört ist. Gleichzeitig dürfe ein ausgewählter Versammlungsort nicht für einen Gesellschafter unzumutbar sein. Hiervon könne ausgegangen werden, wenn verfeindete Gesellschafter in die Wohnung eines Gesellschafters eingeladen werden. Für die Einladung zerstrittener Mitgesellschafter in die Kanzleiräume des Rechtsanwalts der Gegenpartei gelte nichts anderes. Der betroffene Mitgesellschafter würde sich von vornherein in einer Umgebung befinden, in der sich der andere Mitgesellschafter im Gegensatz zu ihm vertraut bewegen könne.

Der BGH verneinte jedoch, dass dieser Verfahrensmangel einer Verhinderung der Teilnahme und damit einer Nichtladung im konkreten Fall gleichkommt. Regelmäßig werde die Teilnahme durch die Einladung in Räume des verfeindeten Gesellschafters nicht schon in einer Weise erschwert, die ihrer Verhinderung gleichkommt. Umstände, nach denen hier die Einladung in die Wohnung der Beteiligten 2 einer Verhinderung der Teilnahme gleichkommt, habe die Beteiligte 3 nicht geltend gemacht. Diese seien auch nicht ersichtlich. Es komme hinzu, dass die Beteiligte 2 zur Gesellschafterversammlung in erster Linie an den Gesellschaftssitz eingeladen habe und nur hilfsweise für den Fall, dass der Zugang zu den Gesellschaftsräumen durch den Vermieter, den Ehepartner der Beteiligten 3, verwehrt würde, in seine eigene Wohnung. Die Beteiligte 3 hätte entweder die Versammlung in den Räumen der Gesellschaft ermöglichen oder ebenfalls vor dem Gesellschaftssitz erscheinen und für eine einvernehmliche Verlegung an einen neutralen Ort (aber nicht die Büroräume ihres Rechtsbeistands) sorgen können.

Da die Beteiligte 3 eine Anfechtungsklage gegen den Abberufungsbeschluss nicht erhoben hat und die Anfechtungsfrist zum Zeitpunkt der Entscheidung des Insolvenzgerichts bereits abgelaufen war, sei der Abberufungsbeschluss, wenn förmlich festgestellt, aus Sicht des BGH trotz der bestehenden Ladungsmängel endgültig wirksam und für alle Beteiligten verbindlich.

Der BGH verwies die Sache an das Beschwerdegericht zurück. Das Beschwerdegericht hat aus Sicht des BGH zu prüfen, ob der Abberufungsbeschluss tatsächlich förmlich festgestellt worden ist. Die Vorschriften der §§ 241 ff AktG seien nur dann entsprechend heranzuziehen, wenn das rechtliche Beschlussergebnis förmlich festgestellt worden ist. Nur dann sei der Abberufungsbeschluss endgültig wirksam und verbindlich. Fehle es aber an einer förmlichen Beschlussfeststellung, könne der Betroffene die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Beschlusses durch eine Beschlussfeststellungsklage nach § 256 ZPO feststellen lassen. Zur förmlichen Feststellung des Beschlussergebnisses sei erforderlich, dass das Ergebnis festgestellt und verkündet wird. Erfüllt sei diese Voraussetzung stets, wenn ein Versammlungsleiter diese Feststellung trifft. Eine förmliche Feststellung sei aber auch auf andere Weise möglich, soweit das Ziel, Unsicherheit über die Fassung eines Beschlusses zu

beseitigen, erreicht werde. Ob sich aus dem Protokoll über die Gesellschafterversammlung eine förmliche Feststellung des Beschlussergebnisses ergibt, habe das Beschwerdegericht nicht festgestellt. Auch habe es den Gesellschaftsvertrag nicht beigezogen. Schließlich hätten sich die Beteiligten zu dieser Frage noch nicht äußern können. Eine eigene Feststellung war dem BGH deswegen nicht möglich.

## Anwendbarkeit der Masseschmälerungshaftung auf Direktor einer Limited

**BGH, Urteil vom 15. März 2016 – II ZR 119/14**

Auf Vorlage des BGH hatte der EuGH in seinem Urteil vom 10. Dezember 2015 ( C-594/14 ) (vgl. [Noerr Newsletter Ausgabe Januar 2016](#) ) entschieden, dass § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (jetzt: [§ 64 S. 1 GmbHG](#) ) eine insolvenzrechtliche Norm im Sinne des Artikel 4 Abs. 1 der [EU-Insolvenzverordnung](#) ist, die auf Geschäftsführer EU-ausländischer Gesellschaften im Falle eines in Deutschland eröffneten Insolvenzverfahrens Anwendung finden kann. Ferner stellte der EuGH fest, dass die Anwendung dieser Norm auf die Organe einer Ltd. keinen Verstoß gegen die europarechtlich in [Artikel 49 AEUV](#) und [Artikel 54 AEUV](#) garantierte Niederlassungsfreiheit darstellt. Die Anwendung einer nationalen Bestimmung wie § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. betreffe weder die Gründung einer Gesellschaft in einem bestimmten Mitgliedstaat noch ihre spätere Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat.

Auf Grundlage dieses EuGH-Urteils hat der BGH nun in vorliegendem Fall den Direktor einer englischen/walisischen private company limited by shares zum Ersatz der von ihm veranlassten Zahlungen der Limited verurteilt. Der Zweck des § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. bestehe darin, Masseverkürzungen im Vorfeld des Insolvenzverfahrens zu verhindern und für den Fall, dass der Geschäftsführer seiner Massesicherungspflicht nicht nachkommt, sicherzustellen, dass das Gesellschaftsvermögen wieder aufgefüllt wird, damit es im Insolvenzverfahren zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung steht. Damit werde von § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. im Regelfall nicht ein Schaden der Gesellschaft erfasst, sondern ein Schaden der künftigen Insolvenzgläubiger. Dieser Gesetzeszweck treffe auf eine deutsche GmbH und auf eine Limited in gleicher Weise zu. Sowohl in der deutschen GmbH als auch in der Limited würden die Gesellschafter grundsätzlich nicht mit ihrem persönlichen Vermögen für die Gesellschaftsschulden haften. In beiden Gesellschaftsformen würden die Geschäfte von einer dafür verantwortlichen, nicht notwendig auch als Gesellschafter beteiligten Person geführt. Bei beiden Gesellschaftsformen bestehe die Gefahr, dass der Geschäftsführer oder der Direktor nach Insolvenzureife Zahlungen zu Lasten der späteren Insolvenzgläubiger leistet und damit die Insolvenzmasse verkürzt. Diese Umstände rechtfertigten es aus Sicht des BGH, den Geschäftsführer deutschen Rechts und den Direktor englischen oder walisischen Rechts in Bezug auf die Haftung bei derartigen Zahlungen gleich zu behandeln.

## Erzwingung der Einreichung einer Gesellschafterliste im einstweiligen Rechtsschutzverfahren

**KG Berlin, Beschluss vom 24. August 2015 und Urteil vom 10. Dezember 2015 – 23 U 20/15 & 23 U 99/15**

Die Verfügungsbeklagte in vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren ist eine GmbH, deren Mehrheitsgesellschafter (60%) der Verfügungskläger ist. Weitere Gesellschafter sind der Nebenintervenient mit einer Beteiligung von 15% sowie weitere 20 Mitarbeiter und deren Familienangehörige. Im Laufe des Jahres 2014 kam es zwischen dem Geschäftsführer der Verfügungsbeklagten (der gleichzeitig Gesellschafter des Nebenintervenienten ist) und dem Verfügungskläger zu Unstimmigkeiten. Nachdem zunächst die Gesellschafterversammlung der Verfügungsbeklagten, gestützt auf eine entsprechende Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag, mehrheitlich die Einrichtung eines Aufsichtsrats beschlossen hatte, berief der Aufsichtsrat im Dezember 2014 den mit dem Verfügungskläger und Mehrheitsgesellschafter zerstrittenen Geschäftsführer ab. Das LG Berlin hat zwischenzeitlich die Nichtigkeit dieses Beschlusses festgestellt. Anfang 2015 lud der abberufene Geschäftsführer zu mehreren Gesellschafterversammlungen der Verfügungsbeklagten. In Abwesenheit des Mehrheitsgesellschafters wurde die Einziehung seiner Geschäftsanteile beschlossen. Gegen diesen Beschluss sind Gerichtsverfahren anhängig. Im August 2015 nahm das Handelsregister eine neue Gesellschafterliste auf, die den Verfügungskläger nicht mehr als Gesellschafter auswies. Der Verfügungskläger hat im Folgenden auf seinen Antrag hin erwirkt, dass dieser Gesellschafterliste ein Widerspruch zugeordnet wurde. Auf weiteren Antrag des Verfügungsklägers hat das LG Berlin der Verfügungsbeklagten aufgegeben, eine neue Gesellschafterliste, die den Verfügungskläger weiterhin als Gesellschafter ausweist, zum Handelsregister einzureichen und den Verfügungskläger einstweilen als Gesellschafter zu behandeln. Gegen

diese einstweilige Anordnung ist die Verfügungsbeklagte vorgegangen.

Das KG Berlin stellte klar, dass die Einreichung einer vom Verfügungskläger für richtig gehaltenen Gesellschafterliste nicht im vorläufigen Rechtsschutzverfahren erzwungen werden kann. Im Falle eines streitigen Einziehungsbeschlusses könne grundsätzlich effektiver und ausreichender vorläufiger Rechtsschutz durch die Zuordnung eines Widerspruchs gemäß **§ 16 Abs. 3 GmbHG**, ggf. auch die Anordnung, dass der betroffene Anteilseigner vorläufig weiter wie ein Gesellschafter zu behandeln sei, erlangt werden. Darüber hinaus möge es in seltenen Ausnahmefällen erforderlich sein, dem Geschäftsführer einer GmbH bereits die Einreichung einer fehlerhaften Gesellschafterliste zu untersagen. Dies komme hier aber schon deswegen nicht in Betracht, weil sich der Antrag nicht gegen den insoweit nach **§ 40 GmbHG** zuständigen Geschäftsführer der Verfügungsbeklagten, sondern gegen die Verfügungsbeklagte selbst richte. Auch ziele der Antrag des Verfügungsklägers nicht darauf ab, unrichtige Änderungen einer im Handelsregister verlautbarten Gesellschafterliste zu verhindern. Der Verfügungskläger wolle vielmehr den gegenwärtigen Inhalt des Handelsregisters zu seinen Gunsten verändern. Es sei aber ein Unterschied, ob das Gericht durch einstweilige Verfügung verhindert, dass die Verlautbarungen des Handelsregisters möglicherweise unrichtig werden, oder ob es durch die Anordnung der Einreichung bestimmter Gesellschafterlisten möglicherweise selbst dazu beiträgt, dass das Handelsregister falsche Angaben enthält. Die Einreichung einer bestimmten Gesellschafterliste könne nur angeordnet werden, wenn unzweifelhaft feststehe, dass die Gesellschafterliste richtig ist. Dieser Grad von Gewissheit könne naturgemäß im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht erlangt werden. Selbst im Hauptsacheverfahren besteht diese Gewissheit erst nach dessen rechtskräftigem Abschluss.

Weiter kommt das KG Berlin zu dem Ergebnis, dass der Verfügungskläger nicht im einstweiligen Rechtsschutz verlangen kann, ihn einstweilen weiterhin als Gesellschafter zu behandeln. Eine solche Regelung sei nur bei sehr eindeutiger Sach- und Rechtslage und nur dann zulässig, wenn sie zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint (**§ 940 ZPO**). Davon war vorliegend aus Sicht des KG nicht auszugehen, insbesondere weil sich auf der Grundlage des im vorläufigen Rechtsschutzverfahren vorgetragenen Sachverhalts nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen lasse, dass der Einziehungsbeschluss nichtig oder anfechtbar gewesen sei. Insbesondere sei der Einziehungsbeschluss nicht deshalb mangelhaft, weil zu drei verschiedenen Terminen eingeladen worden war. Ob eine solche Einladung ohne entsprechende Grundlage im Gesellschaftsvertrag zulässig ist, sei höchstrichterlich noch nicht entschieden. Aus Sicht des KG ist eine solche Vorgehensweise jedoch zulässig, wenn die Einladungen erkennbar in einem Rangverhältnis stehen. Das war hier der Fall.

Es fehlte aus Sicht des KG Berlin vorliegend zudem an einem Verfügungsgrund: Der Antrag ziele auf eine - im einstweiligen Verfügungsverfahren grundsätzlich unzulässige - zeitweilige Vorwegnahme der Hauptsache ab. Eine solche sei jedoch nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen zulässig. Die Einziehung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafterbeschluss stelle eine vom gesetzlichen Leitbild der GmbH abweichende privatautonome Grundsatzentscheidung der Gesellschafter dar. Wenn die Gesellschafter der Verfügungsbeklagten es bei der gesetzlichen Regelung belassen hätten, würde die Einziehung von Geschäftsanteilen erst mit Rechtskraft eines im Klageverfahren erwirkten Gerichtsurteils wirksam. Die Gesellschafter der Verfügungsbeklagten hätten sich aber dafür entschieden, die Einziehung von Geschäftsanteilen durch Beschluss der Gesellschafterversammlung zuzulassen. Damit hätten sie ihren Willen zum Ausdruck gemacht, dass die Einziehung nicht erst nach jahrelangem Rechtsstreit, sondern sofort mit Feststellung und Bekanntgabe des Beschlusses wirksam werden soll. Diese Grundsatzentscheidung der Gesellschafter zugunsten klarer Verhältnisse unter Inkaufnahme der für den betroffenen Gesellschafter damit verbundenen Nachteile sei vom Gericht zu respektieren. Sie könne vom Gericht nicht bereits dann außer Kraft gesetzt werden, wenn Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Beschlusses bestünden. Zweifel an der Beachtung aller wesentlichen Förmlichkeiten und an der sachlichen Berechtigung der Einziehung könnten im Streitfall bei anwaltlicher Vertretung immer mit mehr oder weniger guten Gründen vorgebracht werden. Darüber sei dann im Hauptsacheverfahren zu entscheiden. Bis zu dessen Abschluss sei der Einziehungsbeschluss, dem in der Satzung niedergelegten Willen der Gesellschafter entsprechend, grundsätzlich als wirksam zu behandeln.

## Nachweis der Vertretungsberechtigung im Registerverfahren

**OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. März 2016 – 3 Wx 54/16**

Im vorliegenden Verfahren hatte das Registergericht die Eintragung der Beteiligten, einer neu gegründeten GmbH, verweigert. Bei der notariellen Errichtung der GmbH waren drei Gründungsgesellschafter durch einen vierten, anwesenden Gründungsgesellschafter vertreten worden. Der Notar hatte sich durch Einsicht in die rechtsgeschäftliche Vollmachtsurkunde

von der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung des anwesenden Gründungsgesellschafters überzeugt und hierüber eine entsprechende Bescheinigung ausgestellt. Diese Bescheinigung (und nicht die Vollmachtsurkunde) wurde anschließend dem Registergericht im Rahmen der entsprechenden Handelsregisteranmeldung vorgelegt. Das Registergericht verweigerte darauf zunächst mittels Zwischenverfügung die Eintragung der GmbH in das Handelsregister. Die vorgelegte Bescheinigung des beurkundenden Notars reiche als Nachweis für die ordnungsgemäße Bevollmächtigung des Gründungsgesellschafters durch die weiteren Gesellschafter nicht aus. Hiergegen richtete sich die Beschwerde der Gesellschaft. Nach Eingang der Akten beim Beschwerdegericht hat die Gesellschaft das vom Registergericht gesehene Eintragungshindernis beseitigt, indem sie die Vollmachtsurkunde nachgereicht hat. Auf den Hinweis des Senats, dass mit der Vorlage der Vollmachtsurkunde Erledigung eingetreten sein dürfte, hat die Beteiligte das Beschwerdeverfahren für erledigt erklärt und beantragte, die Kosten der Staatskasse aufzuerlegen.

Das OLG Düsseldorf kam zu dem Ergebnis, dass vorliegend gemäß [§ 81 Abs. 1 S. 2 FamFG](#) von der Erhebung von Gerichtskosten (ganz oder teilweise) abzusehen ist. Eine Belastung der Beteiligten mit den Gerichtskosten wäre unbillig, da die angefochtene Zwischenverfügung des Registergerichts im Beschwerdeverfahren aller Voraussicht nach keinen Bestand gehabt hätte. Zwar habe die Gesellschaft ihrem Eintragungsantrag die entsprechende Vollmachtsurkunde der übrigen Gesellschafter nicht beigefügt. Das sei aber auch nicht erforderlich gewesen. Die vom beurkundenden Notar ausgestellte Bescheinigung über die Bevollmächtigung des Gründungsgesellschafters gemäß [§ 21 Abs. 3 BNotO](#) sei insoweit ausreichend. Durch die Neufassung des [§ 21 BNotO](#) in [Artikel 3](#) des Gesetzes zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare vom 26. Juni 2013 habe der Gesetzgeber die zuvor geltende Rechtslage, wonach eine notarielle Bescheinigung gemäß [§ 21 BNotO](#) nur dann als Nachweis einer Vertretungsberechtigung genügte, wenn sich diese aus einer Eintragung im Handelsregister oder in einem ähnlichen Register ergab, auf die Fälle des Nachweises rechtsgeschäftlicher Vertretungsberechtigungen auszudehnen beabsichtigt. Nichts anderes gelte auch für Eintragungen in das Handelsregister, da [§ 12 Abs. 1 S. 3 HGB](#) ausdrücklich bestimme, dass anstelle der Vollmachtsurkunde auch die Bescheinigung eines Notars nach [§ 21 Abs. 3 BNotO](#) zum Nachweis rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht eingereicht werden kann.

Dem stehe entgegen der vom Registergericht geäußerten Rechtsansicht [§ 12 BeurkG](#) schon deshalb nicht entgegen, weil darin nicht die Voraussetzungen für eine Eintragung im Handelsregister, sondern lediglich bestimmte Pflichten des Notars geregelt würden. Zudem sei [§ 12 BeurkG](#) als Sollvorschrift ausgestaltet, so dass sich etwaige Verstöße nicht auf die Wirksamkeit einer Beurkundung auswirken könnten. Dann aber habe es auch keinerlei Auswirkungen auf die Voraussetzungen für eine Eintragung in das Handelsregister, wie sie in [§ 12 HGB](#) geregelt worden seien, wenn ein beurkundender Notar seiner Niederschrift entgegen [§ 12 S. 1 BeurkG](#) die ihm zum Nachweis einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht vorgelegte Vollmacht nicht in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift beifügt.

Die außergerichtlichen Kosten der Gesellschaft waren aus Sicht des OLG Düsseldorf hingegen nicht der Staatskasse aufzuerlegen, da das Gesetz eine solche Kostenfolge nicht vorsehe. Die Staatskasse sei weder „Beteiligter“ des Verfahrens im Sinne des [§ 81 Abs. 1](#) oder [2 FamFG](#) noch „Dritter“ im Sinne von [§ 81 Abs. 4 FamFG](#), dem unter bestimmten Voraussetzungen ganz oder teilweise die Verfahrenskosten auferlegt werden können.

## Unwirksamkeit einer Kündigungserklärung wegen fehlender Vorlage der Vollmacht

**OLG Köln, Urteil vom 13. August 2015 – 18 U 153/14**

Der Kläger war Geschäftsführer der beklagten GmbH. Alleinige Gesellschafterin der GmbH war eine nach dem Recht des Staates Delaware gegründete und dort registrierte corporation. Der *Senior Vice President, General Counsel* und *Secretary* in Personalunion unterzeichnete ein Schreiben, dem auch der Kündigungs- und Abberufungsbeschluss der *corporation* beigefügt war, mit dem der Geschäftsführerdienstvertrag des Klägers gekündigt wurde. Dieses Schreiben wies der Kläger zurück, weil bei der Übergabe des Schreibens keine Vollmachtsurkunde vorgelegen habe. Zwar sei ihm bekannt, dass der Unterzeichner für die Alleingesellschafterin der beklagten GmbH tätig gewesen sei. Er habe aber nicht gewusst, dass dieser zu seiner Abberufung vom Amt des Geschäftsführers und zur Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrages befugt gewesen sei. Die Vorinstanz, das LG Köln, wies die Klage des Klägers auf Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis durch die besagte Kündigung nicht beendet worden sei, zurück.

Das OLG Köln als Berufungsinstanz sah dies anders: Die Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrages sei gemäß § 174 S. 1 BGB unwirksam, weil ihr keine Vollmachturkunde beigelegt war und der Kläger die Erklärung deshalb unverzüglich zurückgewiesen hat.

Nach § 174 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachturkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Folge der Zurückweisung ist - auch wenn eine Vollmacht bestand - die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Eine Heilung oder Genehmigung nach § 177 BGB scheidet aus.

Aus Sicht des OLG Köln kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, dass bereits der Anwendungsbereich des § 174 S. 1 BGB nicht eröffnet ist. Nach dem Wortlaut und der systematischen Stellung im Gesetz gelte die Vorschrift zwar nur für rechtsgeschäftlich bevollmächtigte Vertreter. Auf gesetzliche oder ihnen gleichzustellende Vertreter sei die Vorschrift nicht anwendbar. Auch bei organschaftlicher Vertretung bestehe deshalb grundsätzlich kein Recht zur Zurückweisung gemäß § 174 S. 1 BGB. Allerdings werde § 174 S. 1 BGB für den Fall, dass eine organschaftliche Gesamtvertretungsmacht im Wege der Ermächtigung eines einzelnen Organmitgliedes durch die zusammen mit ihm gesamtvertretungsbefugten Organmitglieder zu einer organschaftlichen Alleinvertretungsmacht gemacht wird, für anwendbar gehalten. Ferner habe der BGH ein Zurückweisungsrecht nach § 174 S. 1 BGB bejaht, wenn ein alleinvertretungsberechtigter GbR-Gesellschafter eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung abgibt und ihr weder eine Vollmacht der anderen Gesellschafter, noch der Gesellschaftsvertrag, noch eine Erklärung der anderen Gesellschafter beigelegt, aus der sich die Befugnis des handelnden Gesellschafters zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft ergibt. In einem derartigen Fall nehme der Gesellschafter eine von § 709, § 714 BGB abweichende Regelung der Vertretung der Gesellschaft für sich in Anspruch. Die Vertretungsverhältnisse ergäben sich lediglich aus dem - möglicherweise formlosen - Gesellschaftsvertrag und die bestehende Unsicherheit über die in Anspruch genommene organschaftliche Vertretungsmacht werde nicht durch eine Eintragung des Vertreters als Organ in ein öffentliches Register beseitigt.

Daran gemessen bestehe aus Sicht des OLG Köln ein Zurückweisungsrecht nach § 174 S. 1 BGB auch dann, wenn eine *corporation* nach US-amerikanischem Recht durch einen ihrer *officer* vertreten wird. Die handels- bzw. gesellschaftsrechtliche Publizität sei in den Vereinigten Staaten vergleichsweise schwach ausgebildet. Es gebe weder ein allgemeines Handelsregister noch ein eigentliches Gesellschaftsregister. Da die Vertretungsverhältnisse einer *corporation* nach US-amerikanischem Recht keinem öffentlichen Register entnommen werden können, liege, jedenfalls soweit die *corporation* durch einen ihrer *officer* handelt, bei deren Teilnahme am Rechtsverkehr eine Situation vor, die derjenigen eines rechtsgeschäftlich bestellten Vertreters entspreche. Das rechtfertige die Anwendung von § 174 BGB. Der inländische Empfänger einer für die *corporation* abgegebenen Erklärung habe vielfach keine Kenntnis von deren Vertretungsverhältnissen. Handelt ein *officer* der *corporation* allein, sei es ihm demgegenüber ohne weiteres möglich, entweder eine vom *board* ausgestellte Vollmacht vorzulegen oder die von ihm aus den *bylaws* oder Beschlüssen des *board* in Anspruch genommene Vertretungsmacht durch deren Vorlage zu belegen.

Das Zurückweisungsrecht war vorliegend aus Sicht des OLG Köln auch nicht gemäß § 174 S. 2 BGB ausgeschlossen. Der Erklärungsempfänger ist zur Zurückweisung der Kündigung berechtigt, wenn er keine Gewissheit hat, dass der Erklärende wirklich bevollmächtigt ist und sich der Vollmachtgeber dessen Erklärung tatsächlich zurechnen lassen muss. Er soll vor der Ungewissheit geschützt werden, ob eine bestimmte Person bevollmächtigt ist, das Rechtsgeschäft vorzunehmen. Deshalb müsse die Kenntnisverschaffung nach § 174 S. 2 BGB ein gleichwertiger Ersatz für die fehlende Vorlage der Vollmachturkunde sein. Dazu genüge, dass der Vertreter eine Position bekleidet, mit der üblicherweise eine Vollmacht verbunden ist, die auch das konkrete Rechtsgeschäft umfasst, wenn die Übertragung einer solchen Funktion im Betrieb ersichtlich oder bekannt gemacht worden ist. Daran gemessen habe die Beklagte den Kläger nicht ausreichend von der Bevollmächtigung des *Senior Vice Presidents, General Counsels* und *Secretaries* in Personalunion zur Kündigung seines Geschäftsführerdienstvertrages in Kenntnis gesetzt. Es sei nicht ersichtlich, dass dem Kläger bis zur Kündigung ein Weg aufgezeigt worden wäre, auf dem er unschwer hätte erfahren können, dass mit den Funktionen die Befugnis verbunden war, für die *corporation* deren Rechte als Alleingesellschafterin der Beklagten allein wahrzunehmen, um Geschäftsführer ihrer ausländischen Tochtergesellschaften abzurufen und deren Dienstverträge zu kündigen.

Weiter stellte das OLG Köln klar, dass die mit dem Kündigungsschreiben gleichzeitig bekanntgemachte Abberufung, welche gemäß den Regelungen des Geschäftsführerdienstvertrages zugleich als ordentliche Kündigung gilt, gleichfalls nicht zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses führt. Denn auch die Bekanntgabe der Abberufung sei gemäß § 174 S. 1 BGB unwirksam gewesen, weil ihr keine Vollmachturkunde beigelegt war und der Kläger die Erklärung auch deshalb stillschweigend

unverzüglich zurückgewiesen habe. Obgleich in der Bekanntmachung des Abberufungsbeschlusses keine eigene Willenserklärung, sondern lediglich die Kundgabe der Willensbildung der Gesellschafterversammlung an den Geschäftsführer liege, könne diese zumindest dann in entsprechender Anwendung des § 174 S. 1 BGB zurückgewiesen werden, wenn sie nicht durch die Gesellschafterversammlung als dem zuständigen Gremium selbst, sondern in deren Auftrag von einer davon verschiedenen dritten Person vorgenommen werde. Entsprechendes gelte jedenfalls dann, wenn - wie hier - die organschaftlichen Rechte in einer GmbH, deren Alleingesellschafterin eine *corporation* nach US-amerikanischem Recht ist, nicht von dem *board of directors* als einheitlichem Kollegialorgan nach dem Prinzip der Gesamtvertretung als Geschäftsführungsmaßnahme wahrgenommen werden, sondern von einem ihrer *officer*.

## Leiharbeitnehmer zählen nicht für den Schwellenwert der Unternehmensmitbestimmung nach § 1 DrittelbG

Saarländisches OLG, Beschluss vom 2. März 2016 – 4 W 1/15

Das Saarländische OLG hat sich in vorliegendem Beschluss mit der höchstrichterlich noch ungeklärten Frage befasst, ob Leiharbeitnehmer für den Schwellenwert der Unternehmensmitbestimmung nach § 1 DrittelbG beachtlich sind. Das BAG hatte in einigen zurückliegenden Entscheidungen die Tendenz erkennen lassen, Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten der betrieblichen Mitbestimmung und bei der Unternehmensmitbestimmung zu berücksichtigen. Zuletzt hatte das BAG im November 2015 (Az. 7 ABR 42/15, vgl. Noerr [Newsletter Ausgabe Dezember 2015](#)) entschieden, dass Leiharbeitnehmer bei den für die Wahlart maßgeblichen Schwellenwerten in § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG zu berücksichtigen sind. Ausdrücklich offen gelassen hatte das BAG in dieser Entscheidung aber die (aus seiner Sicht nicht zwingend gleich zu beantwortende) Frage, ob Leiharbeitnehmer auch bei dem Schwellenwert des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG berücksichtigt werden müssen. Von diesem Schwellenwert hängt es ab, ob die Arbeitnehmer in den dort genannten Unternehmen ein Mitbestimmungsrecht nach dem Mitbestimmungsgesetz haben. Die Frage, ob Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung zu berücksichtigen sind, lasse sich nicht allgemein, sondern nur bezogen auf den jeweiligen Schwellenwert beantworten. Die Frage, ob Leiharbeitnehmer bei der Ermittlung des Beschäftigtenstandes von „in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern“ gemäß § 1 DrittelbG Berücksichtigung finden, hat das Saarländische OLG nun in dem vorliegenden Rechtsbeschwerdeverfahren ebenso wie bereits in der Vorinstanz das LG Saarbrücken verneint:

Leiharbeitnehmer seien beim Schwellenwert für die Errichtung eines drittelparitätisch mitbestimmten Aufsichtsrats selbst dann nicht mitzuzählen, wenn sie an der Wahl der Arbeitnehmervertreter teilnehmen dürfen. Sie seien gemäß § 14 Abs. 1 AÜG Teil der Belegschaft des Verleihers, nicht des Entleihers. Hierfür spreche auch, dass der Arbeitnehmerbegriff im Sinne des DrittelbG in § 3 Abs. 1 durch die Verweisung auf § 5 Abs. 1 BetrVG legaldefiniert wird und Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb nicht zu den von § 5 Abs. 1 BetrVG erfassten Arbeitnehmern zählen. Das Saarländische OLG hielt die zurückliegenden Entscheidungen des BAG zur mitbestimmungsrechtlichen Gleichstellung von Leiharbeitnehmern und Stammbesellschaft im Hinblick auf die Bestimmung der Größe des Betriebsrats sowie im Hinblick auf die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder für die Arbeitnehmer eines Unternehmens für auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar.

Vgl. [Beitrag](#) von Dr. Hans-Christoph Schimmelpfennig und Dr. Martin Landauer

## Schätzung des Unternehmenswerts anhand Börsenwert bei Insolvenz

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 15. Januar 2016 – 21 W 22/13

Nach Verschmelzung einer AG auf eine andere AG machten die Antragsteller als ehemalige Aktionäre der verschmolzenen AG Ansprüche auf Ausgleich durch bare Zuzahlung gemäß § 15 UmwG wegen der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses im Zusammenhang mit der Verschmelzung geltend. Einige Zeit nach Einleitung des Spruchverfahrens wurde über das Vermögen der übernehmenden AG ein Insolvenzverfahren eröffnet.

Das OLG Frankfurt am Main stellte zunächst klar, dass die Klage nicht wegen fehlendem Rechtsschutzbedürfnis unzulässig sei. Eine etwaige (wegen Insolvenz der verpflichteten Partei) später fehlende Durchsetzbarkeit eines im Spruchverfahren erst festzustellenden Anspruchs auf bare Zuzahlung lasse das Rechtsschutzbedürfnis nicht entfallen. Die - umstrittene und höchstrichterlich noch nicht entschiedene - Frage, ob die bare Zuzahlung nur aus dem freien Vermögen zu leisten wäre, führe auch nicht zu einer anderen Betrachtung, da eine Vorverlagerung dieser letztlich im Rahmen eines insolvenzgerichtlichen

Verfahrens zu klärenden Frage in die Zulässigkeitsprüfung eines Spruchverfahrens nicht in Betracht komme. Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung könne das Rechtsschutzbedürfnis nur dann verneint werden, wenn die Durchsetzbarkeit des Anspruchs ohne weiteres auszuschließen wäre. Dies sei jedoch angesichts der strittigen Rechtsfrage und der noch vorhandenen Insolvenzmasse vorliegend jedenfalls nicht der Fall. Darüber hinaus betreffe dieser Meinungsstreit letztlich die Frage der Auszahlung und damit die Durchsetzbarkeit des Anspruchs, die für sich betrachtet das Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellung des Anspruchs im Spruchverfahren nicht entfallen lasse.

Das OLG Frankfurt am Main hielt den Anspruch auf bare Zuzahlung nach § 15 UmwG auch für begründet: Das im Verschmelzungsvertrag festgesetzte Umtauschverhältnis sei dann zu niedrig bemessen, wenn der Wert der Anteile am übertragenden Rechtsträger nicht in etwa dem Wert der ersatzweise zugeteilten Anteile am aufnehmenden Rechtsträger entspreche, sondern darüber liege. Um angemessen zu sein, müsse das Umtauschverhältnis annähernd identisch sein mit dem Verhältnis der auf die jeweils ausgegebenen Anteile bezogenen Unternehmenswerte. Hierzu habe das Gericht den Wert der Unternehmen unter Berücksichtigung anerkannter betriebswirtschaftlicher Erkenntnisse im Wege der Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO zu ermitteln und anschließend unter Berücksichtigung der jeweils ausgegebenen Anteile ins Verhältnis zu setzen. Weiche das festgesetzte Umtauschverhältnis von der rechtlich zulässigen Relation ab, sei eine entsprechende Korrektur mittels einer baren Zuzahlung herbeizuführen. Bei der Ermittlung des Umtauschverhältnisses sei ein existierender Börsenkurs der übertragenden Gesellschaft als Untergrenze für den anteiligen Wert dieser Gesellschaft zu berücksichtigen.

Unter Anwendung der vorgenannten Grundsätze legte das OLG Frankfurt am Main den Unternehmenswert aufgrund einer eigenen Schätzung fest, welche unter Rückgriff auf den Börsenwert erfolgte. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu Fragen der Ertragswertermittlung sei aus Sicht des OLG angesichts der Insolvenz der aufnehmenden AG und einer Befriedigung des Anspruchs voraussichtlich lediglich in Höhe der Insolvenzquote aus Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten nicht angezeigt gewesen. Grundsätzlich stehe dem Gericht aufgrund der Insolvenz der aufnehmenden AG ein weites Schätzungsermessen zu. Die Möglichkeit der Realisierung der Forderung sei im Rahmen des für die Prüfung der Begründetheit bestehenden Schätzungsermessens zu berücksichtigen. Das wirtschaftliche Missverhältnis zwischen den Kosten der Beweisaufnahme und dem wirtschaftlichen Interesse am Ausgang des Verfahrens habe - wie sich aus § 287 Abs. 2 ZPO ergebe - auch der Gesetzgeber für die Ausübung der gerichtlichen Ermessensentscheidung für relevant erachtet. Denn nach § 287 Abs. 2 ZPO könne eine Aufklärung unterbleiben, wenn die Schwierigkeiten der Aufklärung in keinem Verhältnis zu der Bedeutung des streitigen Teils der Forderung stehen.

Für die Ermittlung des Unternehmenswerts ist zunächst auf die nach Umsatz gewichteten Durchschnittskurse innerhalb eines Dreimonatszeitraums vor der erstmaligen Bekanntmachung der Strukturmaßnahme abzustellen. Letzteres sei hier der im August 2001 veröffentlichte Halbjahresbericht der übertragenden AG, in dem die Verschmelzung angekündigt wurde. Bei der Bestimmung des Endes der Referenzperiode könne nicht auf jede erste Andeutung und insbesondere nicht auf bloße Gerüchte über einen etwaigen Zusammenschluss abgestellt werden, da dies zu einer nicht hinreichend konkretisierbaren Vorverlagerung der Referenzperiode führen würde. Grundsätzlich sei daher für den maßgeblichen Zeitpunkt auf die Bekanntmachung durch die Gesellschaft abzustellen.

Das OLG Frankfurt am Main stellte klar, dass auch weitere Zeiträume im Rahmen der Schätzung des Unternehmenswertes gemäß § 287 Abs. 2 ZPO analog herangezogen werden können. Davon zu unterscheiden sei jedoch die Maßgeblichkeit eines existierenden Börsenkurses als verfassungsrechtlich garantierte Untergrenze. So spreche die Beeinflussung des Aktienkurses der übertragenden AG durch ein ihren Aktionären übermitteltes öffentliches Übernahmeangebot während der Referenzperiode zwar gegen eine Schätzung des Unternehmenswertes allein auf der Grundlage der Börsenkurse im dreimonatigen Referenzzeitraum, stehe einer Heranziehung des Kurses als Untergrenze aber nicht entgegen. Gerade das öffentliche Übernahmeangebot bestätige die tatsächliche Verkaufsmöglichkeit der Minderheitsaktionäre zu dem im Referenzzeitraum nach oben getriebenen Aktienkurs. Diese Kursbeeinflussung beruhe auch nicht auf der zur Abfindung berechtigenden Maßnahme. Es sei nicht ersichtlich, warum die Minderheitsaktionäre an dem insoweit hoch getriebenen Aktienkurs, welcher tatsächlich zu realisieren gewesen wären, nicht partizipieren sollten.

## Architektenleistungen als Gesellschaftereinlage

**OLG Stuttgart, Urteil vom 1. März 2016 – 10 U 105/15**

Die Klägerin verlangt Schadens- bzw. Aufwendungsersatz von der Beklagten. Die Klägerin und die Beklagte schlossen sich zu



einer BGB-Innengesellschaft zusammen, nach deren Gesellschaftsvertrag allein die Klägerin nach außen auftreten sollte. Gesellschaftszweck war die Bebauung verschiedener Grundstücke und die anschließende Vermarktung der Gebäude. Die Beklagten war dabei für die Erbringung sämtlicher Architektenarbeiten gemäß HOAI zuständig. Als Vergütung sollte die Beklagte einen erfolgsbezogenen Gewinnanteil von 20% erhalten, der gemäß Kalkulation die Vergütung nach HOAI übersteigen sollte. Im Hinblick auf ein Bauobjekt stellten sich nach Fertigstellung diverse Werkmängel heraus. Die Klägerin als Bauunternehmerin bzw. Generalunternehmerin und als Vertragspartnerin der Käufer des Objekts waren hierdurch Kosten für die Mängelbeseitigung entstanden, die sie nun von der Beklagten mit der Begründung mangelhaft erbrachter Architektenleistungen ersetzt verlangt.

Das OLG Stuttgart stellte fest, dass die Klägerin gegen die Beklagte wegen der mangelhaften Erfüllung der Beitragsverpflichtung der Beklagten einen Schadensersatzanspruch aus den § 634 Nr. 4, § 281, § 280 BGB analog zusteht. Die Parteien hätten sich zu einer stillen Gesellschaft nach § 230 HGB zusammengeschlossen. Die stille Gesellschaft besitze als Innengesellschaft keine Rechtsfähigkeit, sie könne also nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein. Sie habe jedenfalls im vorliegenden Fall bestimmungsgemäß kein Gesellschaftsvermögen. Verbindlichkeiten eines Gesellschafters gegenüber der stillen Gesellschaft könnten deshalb von einem anderen Gesellschafter nicht im Wege der actio pro socio auf Leistung an die Gesellschaft geltend gemacht werden. Vielmehr sei das Gesellschaftsvermögen der stillen Gesellschaft allein Vermögen des Inhabers. Der Geschäftsinhaber, hier die Klägerin, habe gegen den stillen Gesellschafter, hier die Beklagte, damit aus dem Gesellschaftsvertrag einen unmittelbaren schuldrechtlichen Anspruch auf Leistung des Gesellschaftsbeitrags in das Vermögen des Geschäftsinhabers. Werde diese Beitragsverpflichtung des stillen Gesellschafters mangelhaft erfüllt, entstünden daraus Rechte des Geschäftsinhabers gegen den stillen Gesellschafter. Diese Ansprüche könne der Geschäftsinhaber unmittelbar gegen den stillen Gesellschafter auf Leistung in das Vermögen des Geschäftsinhabers geltend machen.

Weiter führt das OLG Stuttgart aus, dass, wenn von einem Gesellschafter als Beitrag nicht die Zahlung von Geld, sondern eine Sacheinlage oder Leistungen geschuldet werde, die für die jeweiligen Einlage geltenden Grundsätze nicht nur bei der Erbringung der Leistung, sondern auch im Fall der Mangelhaftigkeit gelten würden. Eine unmittelbare Anwendung der Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechts komme vorliegend allerdings nicht in Betracht, da zwischen den Parteien kein Werkvertrag, sondern ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden sei. Angesichts des Charakters des Beitrags, der in einer Leistung mit einem bestimmten Erfolg bestehe, sei es jedoch sachgerecht, das werkvertragliche Gewährleistungsrecht auf einen Mangel der Leistung der Beklagten entsprechend anzuwenden. Danach seien im Fall der Mangelhaftigkeit der Architektenleistungen der Beklagten die §§ 634 ff. BGB analog anwendbar. Die Voraussetzungen eines solchen Mängelgewährleistungsanspruchs sieht das OLG Stuttgart vorliegend auch als erfüllt.

Aus Sicht des OLG Stuttgart ist die Klageforderung auch nicht durch Aufrechnung der Beklagten mit einem Architektenhonorar gemäß HOAI erloschen. Vorliegend sei es der Beklagten auf der Grundlage der genannten vertraglichen Absprache verwehrt gewesen, nach HOAI abzurechnen. Zwischen den Parteien bestünden gesellschaftsvertragliche Beziehungen. Die Beklagte habe die hier abgerechneten Architektenleistungen als gesellschaftsvertragliche Beitragsleistung erbracht. Dann jedoch finde eine Abrechnung des Architektenhonorars nach den Grundsätzen der HOAI nicht statt. Im Gegensatz zum Werkvertrag, bei dem ein Leistungsaustausch stattfindet, verpflichte sich ein Gesellschafter, den Gesellschaftszweck zu fördern. Auch wenn das Fördern des Gesellschaftszwecks durch das Erbringen von Architekten- oder Ingenieurleistungen erfolgt, rechtfertige das nicht die Anwendung der HOAI auf diese Leistungen. Der Gesellschafter habe keinen Anspruch auf Entgelt im Sinn des § 1 HOAI, sondern im Zweifel auf Auszahlung seines Anteils am Gewinn. Es widerspreche den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts, wenn ein Gesellschafter unabhängig von Gewinn und Verlust der Gesellschaft einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf eine Auszahlung auf seine Einlage in Höhe der Mindestsätze der HOAI hätte.

Nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrags sollte hier abweichend von § 232 Abs. 1 HGB der Gewinnanteil der Beklagten erst nach Abschluss des Projekts abgerechnet und ausgezahlt werden. Nachdem das Projekt weder abgeschlossen noch abgerechnet ist, sei der Anspruch der Beklagten auf Auszahlung ihres Gewinnanteils, sofern überhaupt ein Gewinn verbleibt, noch nicht fällig und könne daher nicht zur Aufrechnung gestellt werden. Eine Gewinn- und Verlustrechnung gemäß § 232 Abs. 1 HGB liege ebenfalls nicht vor.

Die Revision - insbesondere zur Frage der Anwendbarkeit der HOAI in Gesellschaftsverhältnissen - ist beim BGH unter Az. II ZR 70/16 anhängig.

## Notarkosten bei Zustimmung der Gesellschafterversammlung einer KG

## analog § 179a AktG

LG Düsseldorf, Beschluss vom 4. April 2016 – 25 T 697/14

Vorliegend geht es um die gerichtliche Überprüfung der Kostenrechnung eines Notars im Zusammenhang mit einem notariellen Grundstückskaufvertrag. Die Kostenschuldnerin hatte als Verkäuferin an eine KG in Gründung ein Grundstück verkauft. Hierbei handelte es sich um ihren einzigen Vermögensgegenstand. Im Rahmen der notariellen Beurkundung des Kaufvertrages wurde dann der Gesellschafterbeschluss zur Zustimmung der Gesellschafter der Verkäufer-KG zum Grundstückskaufvertrag gefasst. Die anschließend erhobene und vom Bezirksrevisor beanstandete Kostenrechnung des Notars ist nun Gegenstand der Auseinandersetzung. Insbesondere ist streitig, ob sich die Mitbeurkundung des Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafter der Verkäuferin geschäftswert erhöhend auswirkt und ob bei der Kostenberechnung gemäß § 21 GNotKG der Umstand mitberücksichtigt wird, dass eine Belehrung über diese Kostenerhöhung nicht erfolgt ist und bei Kenntnis dieser kostenerhöhenden Auswirkung der Beschluss nicht notariell mitbeurkundet worden wäre.

Das LG Düsseldorf bestätigte die vorgelegte Kostenrechnung des Notars: Gemäß § 110 Nr. 1 GNotKG seien Beschlüsse von Organen einer Vereinigung oder Stiftung und Erklärungen verschiedene Beurkundungsgegenstände. Der Beschluss der Gesellschafter auf Zustimmung zu dem Abschluss des Kaufvertrages sei daher zutreffend gesondert zu bewerten gewesen. Gemäß § 108 Abs. 2 GNotKG sei bei der Beurkundung von Beschlüssen, welche die Zustimmung zu einem bestimmten Rechtsgeschäft enthalten, der Geschäftswert wie bei der Beurkundung des Geschäfts zu bestimmen, auf das sich der Zustimmungsbeschluss bezieht. Vorliegend habe sich der Zustimmungsbeschluss auf den Grundstückskaufvertrag bezogen, so dass richtigerweise als Geschäftswert der Kaufpreis angesetzt worden sei.

Das LG Düsseldorf verneint im Übrigen eine Kostenniederschlagung gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG. Diese setze eine offenkundig unrichtige Sachbehandlung des Notars voraus. Eine solche liegt vor, wenn dem Notar ein offen zu Tage tretender Verstoß gegen eindeutige Normen oder ein offensichtliches Versehen unterlaufen ist. Beides sei vorliegend zu verneinen: Der veräußerte Grundbesitz sei der einzige Vermögensgegenstand der Verkäufer-KG gewesen, so dass dessen Veräußerung ein so genanntes Grundlagengeschäft dargestellt habe, für deren Abschluss eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung in analoger Anwendung des § 179a AktG grundsätzlich erforderlich gewesen sei. Ob ein Zustimmungsbeschluss vorliegend ausnahmsweise im Hinblick auf die von der Kostenschuldnerin im Einzelnen dargelegte Personenidentität nicht unbedingt erforderlich war, sei rechtlich ebenso zweifelhaft wie die Frage, ob ein Zustimmungsbeschluss analog § 179a AktG auch formbedürftig ist, insbesondere der notariellen Beurkundung bedarf. Diese Frage sei höchstrichterlich nicht - erst recht nicht abschließend - geklärt. Selbst wenn der Notar vorliegend eine schwierige, nicht höchstrichterlich abschließend geklärte Rechtsfrage unrichtig beurteilt hätte, wäre dies nicht als offen zu Tage tretender Verstoß gegen eindeutige Normen und damit nicht als unrichtige Sachbehandlung zu werten, die eine Kostenniederschlagung gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG zur Folge hätte.

## Auskunftsanspruch der AG gegen einen Aktionär

LG Heidelberg, Urteil vom 30. Dezember 2015 – 12 O 7/15 KfH

Das LG Heidelberg hat sich in dem vorliegenden Verfahren mit dem Auskunftsersuchen eines börsennotierten Finanzdienstleistungsunternehmens in Form einer AG gegen einen ihrer Aktionäre auf der Grundlage von § 242 BGB auseinandergesetzt. Bei dem Aktionär handelte es sich um den Gründer, ehemaligen Vorstand und Großaktionär eines anderen Finanzkonzerns. Der Beklagte erwarb zu Beginn des Jahres 2008 ein Aktienpaket von 2,99% an der Klägerin. Dies war zum damaligen Zeitpunkt weder der Klägerin noch dem Kapitalmarkt bekannt, da die Klägerin Inhaberaktien emittiert hatte. Im März/April 2008 unterließ der Beklagte die rechtzeitigen Stimmrechtsmitteilungen, obwohl er die 3% Schwelle des § 21 Abs. 1 S. 1 WpHG aufgrund einer Herabsetzung des Grundkapitals durch die Einziehung eigener Aktien der Klägerin für wenige Tage überschritt und dann aufgrund eines Verkaufs eines Teils seiner Aktien mit einer Beteiligungsquote von 2,99% wieder unterschritt. Erst im Jahr 2013 hat der Beklagte die fehlende Stimmrechtsmitteilung nachgeholt. In einer Ad-hoc Mitteilung vom August 2008 informierte die Klägerin über einen Zugriff des Beklagten auf insgesamt ca. 27% der Aktien der Klägerin. In den folgenden beiden Monaten erklärte der Beklagte mittels Stimmrechtsmitteilungen, dass er seinen Stimmrechtsanteil auf ca. 11% und später auf ca. 24% erhöht hatte. Im November 2008 übertrug er seinen gesamten Aktienbestand auf einen Dritten. Auf der Grundlage des entsprechenden Gewinnverwendungsbeschlusses der Klägerin erhielt der Beklagte im Mai 2008 eine Dividende ausgezahlt. Die Parteien schlossen im Hinblick auf diese Dividendenzahlung angesichts der Meldepflichtverletzung

des Beklagten im März/April 2008 einen außergerichtlichen Vergleich. Die Klägerin begehrt nun weitergehende Auskunft. Sie behauptet, der Beklagte habe zunächst nicht nur ein Aktienpaket bis zur Schwelle von 3% aufgebaut, sondern er habe sich Aktienpakete weiterer Aktionäre, die diese nach den zur Verfügung stehenden Informationen allein zum Zweck der Weitergabe an den Beklagten erworben hätten, gesichert. Sie ist der Ansicht, dass sie wegen Zahlungsansprüchen aufgrund des unberechtigten Bezugs von Dividenden nach § 62 Abs. 1 AktG einen Anspruch auf Auskunft über den konkreten Aktienbesitz habe.

Das LG Heidelberg gab der AG insoweit Recht, dass sie umfangreiche Auskunft über die von der Klägerin selbst gehalten Aktien, aber auch für solche, auf die sie sich den Zugriff gesichert hatte, für den Zeitraum vor Mai 2008, also bis zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Dividendenzahlung verlangen kann. Der Auskunftsanspruch der Klägerin ist demnach begrenzt auf die Informationen, die sie benötigt, um ihren Rückzahlungsanspruch gemäß 62 AktG durchzusetzen.

Auskunft wird nach Aussage des LG Heidelberg nach Treu und Glauben dort geschuldet, wo sich aus der Natur der Sache oder dem Wesen des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses ergibt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen, der Verpflichtete aber in der Lage ist, unschwer solche Auskünfte zu erteilen, die zur Beseitigung jener Ungewissheit geeignet sind. Dabei setze die Auskunftspflicht als Nebenpflicht grundsätzlich einen dem Grunde nach feststehenden Leistungsanspruch voraus. Vorliegend ergebe sich ein solcher möglicher Leistungsanspruch auf Rückzahlung erhaltener Dividenden aus § 62 AktG. Eine Verletzung von Mitteilungspflichten gemäß § 21, § 22 WpHG führe zu einem Verlust der hiermit verbundenen Rechte gemäß § 28 WpHG. Dies begründe einen möglichen Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung erhaltener Dividenden, es sei denn, die Meldung sei nicht vorsätzlich unterlassen worden und sei nachgeholt worden. Grundsätzlich müsse bei gesetzlichen Ansprüchen dargetan werden, dass der Anspruch, dessen Durchsetzung die Auskunft dienen soll, dem Grunde nach besteht. Es genüge grundsätzlich nicht, dass die Anspruchsvoraussetzungen wahrscheinlich gemacht werden. Allerdings reiche es aus, wenn eine feststehende Rechtsverletzung mit hoher Wahrscheinlichkeit auf weitere gleichartige Verstöße schließen lässt. Das LG Heidelberg war vorliegend der Auffassung, dass eine erhebliche Anzahl an von Klägerseite vorgetragener Indizien vorliegt, die es sehr wahrscheinlich macht, dass der Beklagte bereits vor dem Beschluss zur Auszahlung der Dividende im Mai 2008 Zugriff auf eine höhere Anzahl von Aktien der Klägerin im Sinne der §§ 21, 22 WpHG hatte. Der unverzügliche Verkauf von Aktien unter die Schwelle von 3%, nachdem der Beklagte das Überschreiten bemerkt hat, spreche zusammen mit den im Folgenden dargelegten Umständen dafür, dass der Beklagte ein größeres Aktiendepot an der Klägerin - ohne Kenntnis der Klägerin - erlangen wollte.

Der Informationsmangel der Klägerin sei auch entschuldbar und die Auskunftserteilung für den Beklagten zumutbar. Die Klägerin könne nur durch die erteilte Auskunft mögliche Rückzahlungsansprüche wegen unberechtigter Dividendenzahlung gegen den Beklagten geltend machen. Die Auskunftsverpflichtung in zugesprochenem Umfang sei dem Beklagten zudem zumutbar, denn es werde vom Umfang der Auskunft nichts anderes verlangt, als es die §§ 21, 22 WpHG vorsehen. Zwar sei zu berücksichtigen, dass der Beklagte nach dem Grundsatz *nemo tenetur* nicht verpflichtet sei, der gegnerischen Partei zum Prozesserverfolg zu verhelfen. Eine allgemeine Auskunftspflicht kenne das materielle Recht ebenfalls nicht, und es sei nicht Aufgabe des Prozessrechts, sie einzuführen. Allerdings habe der Beklagte vorliegend selbst die Umstände und seine Absichten zugestanden, die eine Verletzung von Meldepflichten im Frühjahr 2008 vor dem Beschluss zur Dividendenzahlung wahrscheinlich machen. In diesem Zusammenhang verstoße es nicht gegen den Grundsatz *nemo tenetur*, den Beklagten in dem ausgesprochenen Umfang zur Auskunft zu verpflichten. Das LG Heidelberg vermochte daher auch nicht zu erkennen, dass die zugesprochene Auskunftsverpflichtung für den Beklagten eine Gefahr darstellt, Geschäfts-, Betriebs- und Steuergeheimnisse offenbaren zu müssen.

Ein weitergehender Anspruch auf Auskunft ergibt sich allerdings weder aus einer gesellschaftlichen Treuepflicht noch aus einem übergeordneten öffentlichen Interesse. Die Klägerin als Wirtschaftsunternehmen in Form einer AG habe weder die Pflicht noch die Berechtigung, Ansprüche im öffentlichen Interesse durchzusetzen. Auch aufgrund der den Beklagten treffenden gesellschaftlichen Treuepflicht bestehe keine allgemeine Verpflichtung zur Offenlegung von innerbetrieblichen Vorgängen, zumal der Erwerb und die Veräußerung von Aktien, auch in großen Mengen, jederzeit unbegrenzt möglich sei. Dies werde nur durch die Verpflichtung zu Transparenz und Offenlegung begrenzt.

---

## Gesetzgebung

---

## Abschlussprüfungsreformgesetz

Der Deutsche Bundestag hat in seiner Sitzung am 17. März 2016 den Gesetzentwurf zur Umsetzung der prüfungsbezogenen Regelungen der Richtlinie [2014/56/EU](#) sowie zur Ausführung der entsprechenden Vorgaben der Verordnung (EU) Nr. [537/2014](#) im Hinblick auf die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse (Abschlussprüfungsreformgesetz - AREG) in der Fassung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz [verabschiedet](#). Der Bundesrat hat das Gesetz nun ebenfalls [passieren](#) lassen. Es wird demnach in Kürze im BGBl. veröffentlicht werden und pünktlich zum Ablauf der europäischen Umsetzungsfrist (17. Juni 2016) in Kraft treten.

Die nun bald geltenden Änderungen betreffen vor allem die sogenannte Pflicht zur Rotation des Abschlussprüfers in § 318 Abs. 1a HGB n.F., den Ausschluss von der Prüfung bei Erbringung von Nichtprüfungsleistungen in § 319a Abs. 1 HGB n.F., den Prüfungsbericht in § 321 HGB n.F., die fachliche Qualifikation der Mitglieder von Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss in § 324 HGB n.F. sowie § 100 Abs. 5 und § 107 Abs. 4 AktG n.F., Ausnahmen für die Abschlussprüfung bei Sparkassen und Genossenschaften sowie die Sanktionierung von Verstößen gegen die prüfungsbezogenen Pflichten von Aufsichtsrats- und Prüfungsausschussmitgliedern.

[Erläuterungen](#) des Bundesrats zum Gesetz

## Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz

Nachdem der Bundestag am 14. April 2016 den Gesetzentwurf eines Ersten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz - 1.FiMaNoG) in der Fassung der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses [verabschiedet](#) hat, hat der Bundesrat den Gesetzbeschluss am 13. Mai 2016 [akzeptiert](#).

Das Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz betrifft insbesondere die Überarbeitung und in weiten Teilen die Aufhebung der Abschnitte 3 und 4 des WpHG zu Insiderhandel und Marktmanipulation, die nunmehr überwiegend in der unmittelbar geltenden Marktmissbrauchsverordnung geregelt sind, die Erweiterung des Katalogs von Ordnungswidrigkeitstatbeständen und Erhöhung des Bußgeldrahmes sowie die Einführung einer grundsätzlich zwingenden Veröffentlichung von Maßnahmen und Sanktionen durch die BaFin, die Anpassung der Straftatbestände der Marktmanipulation und des Insiderhandels im WpHG an die Vorgaben der Marktmissbrauchsrichtlinie sowie die Verpflichtung der BaFin zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems für die Entgegennahme von Meldungen über Verstöße gegen gesetzliche Pflichten.

[Erläuterungen](#) des Bundesrats zum Gesetz

---

**Möchten Sie diesen Noerr-Newsletter künftig per E-Mail beziehen? Klicken Sie auf der rechten Seite auf 'jetzt anmelden'.**

Dieser Newsletter dient lediglich der allgemeinen Information. Er erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und kann eine rechtliche oder steuerliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Wir übernehmen keine Garantie für die Vollständigkeit, Richtigkeit und letzte Aktualität.

Dieser Newsletter enthält Links zu externen Webseiten Dritter, auf deren Inhalte wir keinen Einfluss haben. Für die Inhalte der verlinkten Seiten ist der jeweilige Betreiber verantwortlich.

---

Archiv:

- ▶ [Corporate-Newsletter April 2016](#)
- ▶ [Corporate-Newsletter März 2016](#)
- ▶ [Corporate-Newsletter Februar 2016](#)
- ▶ [Corporate-Newsletter Januar 2016](#)
- ▶ [Corporate-Newsletter Dezember 2015](#)
- ▶ [Corporate-Newsletter November 2015](#)
- ▶ [Corporate-Newsletter Oktober 2015](#)
- ▶ [Corporate-Newsletter September 2015](#)

- ▶ Corporate-Newsletter Juli 2015
- ▶ Corporate-Newsletter Juni 2015
- ▶ Corporate-Newsletter Mai 2015
- ▶ Corporate-Newsletter April 2015
- ▶ Corporate-Newsletter März 2015
- ▶ Corporate-Newsletter Februar 2015
- ▶ Corporate-Newsletter Januar 2015

## Contact Person



**Prof. Dr. Christian C.-W. Pleister**

Co-Leiter Private Equity  
Mitglied der Practice Group Gesellschaftsrecht/Mergers & Acquisitions  
Rechtsanwalt

T +49 30 20942309



**Dr. Gerald Reger**

Co-Leiter Aktien- & Kapitalmarktrecht  
Mitglied der Practice Group Gesellschaftsrecht/Mergers & Acquisitions  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht

T +49 89 28628155



**Jens Gehlich**

Mitglied der Practice Group Leiter Büro Dresden  
Rechtsanwalt, Steuerberater

T +49 351 8166091



**Dr. Jens Liese**

Mitglied der Practice Group Gesellschaftsrecht/Mergers & Acquisitions

Mitglied der Practice Group Telekommunikation

Rechtsanwalt

T +49 211 49986225



**Dr. Thorsten Reinhard**

Mitglied der Practice Group Gesellschaftsrecht/Mergers & Acquisitions

Rechtsanwalt und Notar, Amtssitz Frankfurt a. M.

T +49 69 971477251