

Betriebs Berater

// DIE ERSTE SEITE

Lothar Jünemann

Verfahrensrecht: Gesetzentwurf für eine Entschädigungsregelung bei überlanger Verfahrensdauer – eine Chance auch für die Richterschaft

// WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Jörg Schwichtenberg, RA, und Dr. Helmut Krenek
BB-Rechtsprechungsreport zum Aktienrecht im OLG-Bezirk München im Jahr 2009

1227

Stefanie Jung

Die „schwedische“ Societas Privata Europaea

1233

OLG München: Zeitlich unbeschränkte Haftung bei unterlassener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung einer Mantel-GmbH

BB-Kommentar von Thomas Wachter, Notar

1240

// STEUERRECHT

Dr. Roland M. Stein, RA, und Anahita Thoms, RAin
Energiesteuerrecht: panta rhei

1247

Holger Siebert, RA/FAArbR/FAStR

Die Erbschaftbesteuerung bei Vor- und Nacherbschaft

1252

Dr. Andreas Demleitner, RA

Erweiterte gewerbsteuerliche Kürzung bei nicht eigenem Grundbesitz

1257

BFH: Mitunternehmerinitiative bei Übertragung eines Kommanditanteils auf einen anderen Kommanditisten unter Nießbrauchs-vorbehalt?

BB-Kommentar von Carola Seifried, StB

1260

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Michael Freudenberg, M.A., und Christoph Ludwig

Chancen für Gestaltungen aufgrund der geänderten Vorschriften zur Funktionsverlagerung

1268

FG Rheinland-Pfalz: Ansparrücklage nach § 7g EStG bei vorweggenommener Erbfolge

BB-Kommentar von Dr. Kurt Gratz, WP/StB

1272

// ARBEITSRECHT

Dr. Barbara Reinhard, RAin, und Tim Luchtenberg, LL.M., RA

Gut oder schlecht geillert – Die Anforderung des Betriebsrentengesetzes an geillerte Versicherungstarife

1277

BAG: Begriff des Betriebsteils bei Betriebsübergang – Betriebskantine

BB-Kommentar von Dr. Oliver Simon, RA/FAArbR, und Dr. Martin Greßlin, RA

1282

// BERUFSPRAXIS: BERUFSRECHT

Im Blickpunkt: Informationspflichten nach der Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung

VI

Dr. Jörg Schwichtenberg, RA, und Dr. Helmut Krenek, VRiLG

BB-Rechtsprechungsreport zum Aktienrecht im OLG-Bezirk München im Jahr 2009

Aufgrund der Vielzahl der in München und Umgebung ansässigen börsennotierten Unternehmen ist das OLG München neben dem OLG Frankfurt a. M. prägend für die instanzgerichtliche Rechtsprechung zum Aktienrecht. Der Aufsatz gibt einen Überblick über die wichtigsten land- und oberlandesgerichtlichen Entscheidungen des Jahres 2009. Dabei wird zunächst (unter I.) die Rechtsprechung zum Anfechtungsrecht einschließlich des Freigabeverfahrens dargestellt und sodann (unter II.) auf die Rechtsprechung zu aktienrechtlichen Spruchverfahren eingegangen.

I. Anfechtungsrecht

1. Einberufungsmängel

a) Konflikte zwischen Gesetz und Satzung

Enthält die Satzung der Gesellschaft Regelungen zur Einberufung, die gegen zwingendes Recht verstoßen, sind diese Satzungsregelungen nach Auffassung des LG München I¹ unbeachtlich.² Berufe die Gesellschaft in einem solchen Fall die Hauptversammlung gemäß den gesetzlichen Bestimmungen ein, begründe die Abweichung von der Satzung nicht die Fehlerhaftigkeit der Einberufung. In dem entschiedenen Fall hatte die Satzung der Gesellschaft entgegen § 123 Abs. 2 S. 3 AktG a.F. das Ende der Anmeldefrist nicht auf den siebten Tag, sondern auf den siebten Werktag vor der Versammlung festgelegt und damit unzulässigerweise nicht eine kürzere, sondern eine längere Frist als die gesetzliche vorgesehen. In der Einberufung wurde dagegen die gesetzliche Frist angegeben.

Die h. M. geht zwar ebenfalls davon aus, dass Satzungsregelungen, die gegen § 23 Abs. 5 AktG verstoßen, grundsätzlich nichtig sind, wobei umstritten ist, ob sich die Nichtigkeit unmittelbar aus § 23 Abs. 5 AktG oder aus § 241 Abs. 1 Nr. 3 AktG ergibt.³ Diese Nichtigkeit werde aber gemäß § 242 Abs. 2 AktG geheilt, wenn der die nichtige Regelung in die Satzung einführende Hauptversammlungsbeschluss seit drei Jahren in das Handelsregister eingetragen ist, ohne dass jemand dessen Nichtigkeit geltend gemacht hat.⁴ Nach Ablauf der Dreijahresfrist sei die bestehende Satzungsregelung deshalb selbst dann maßgebend, wenn sie gegen das Gesetz verstoße.⁵ Noch weiter geht das OLG Frankfurt,⁶ welches in entsprechender Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft eine nichtige, aber ins Handelsregister eingetragene Satzungsregelung unabhängig vom Verstreichen der Dreijahresfrist solange als wirksam behandeln will, bis die Satzungsregelung rechtskräftig für nichtig erklärt bzw. ihre Nichtigkeit festgestellt worden sei. Die bisher von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle betrafen Konstellationen, in denen die Gesellschaft die an sich nichtige, aber durch Zeitablauf geheilte Satzungsregelung befolgte.⁷ Die umgekehrte, der Entscheidung des LG München I zu Grunde liegende Konstellation, bei der die Gesellschaft gesetzeskonform einberief und ein Aktionär wegen Verletzung der Satzung klagte, war bisher nicht Gegenstand der Rechtsprechung und ist insbesondere vom BGH nicht entschieden.⁸ Ob auch in-

soweit die Satzungsregelung als maßgebend anzusehen ist, hängt davon ab, ob Vorstand und Aufsichtsrat an nichtige, aber geheilte Beschlüsse der Hauptversammlung gebunden sind und diese befolgen müssen.⁹ Gesellschaften, deren Satzungsregelungen fehlerhaft sind, werden im Einzelfall sorgfältig abwägen müssen, ob sie bei der Einberufung zur Hauptversammlung der Satzung oder dem Gesetz den Vorrang einzuräumen haben. In besonderer Weise stellt sich dieses Problem für den Fall, dass ursprünglich gesetzeskonforme Regelungen noch nicht an die Neuregelungen des ARUG angepasst und dadurch gesetzeswidrig geworden sind, wobei auch die Übergangsregelung des § 20 Abs. 3 EGActG zu beachten ist.¹⁰

b) Mangelhafte Angaben zu Stimmrechtsvollmachten

Mehrfach hat das LG München I seine Rechtsprechung aus dem Jahr 2008¹¹ bestätigt, dass mangelhafte Ausführungen zu den Voraussetzungen einer wirksamen Stimmrechtsvollmacht nicht zur Nichtigkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse führen. Regelungen über die Stimmrechtsausübung durch einen Vertreter gehörten nicht zu den Voraussetzungen der Teilnahme und der Ausübung des Stimmrechts im Sinne des § 121 Abs. 3 AktG a.F. Darunter fielen lediglich die Bestimmungen der Satzung zur Anmeldung und zur Legitimation der Aktionäre nach § 123 Abs. 2 und 3 AktG a.F. Bestimmungen über die Form der Stimmrechtsvollmacht betrafen dagegen die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich ein bereits zur Teilnahme und zur Ausübung des Stimmrechts berechtigter Aktionär durch einen Dritten vertreten lassen könne.¹² Das OLG Frankfurt sieht dies bekanntlich anders und nimmt bei fehlerhaften Ausführungen zu Stimmrechtsvollmachten die Nichtigkeit aller Hauptversammlungsbeschlüsse

1 LG München I, 4.6.2009 – 5 HK O 591/09, AG 2009, 918. Die Entscheidung ist rechtskräftig.

2 In diesem Sinne auch Götzte, NZG 2010, 93.

3 Vgl. zum Meinungsstand den Überblick bei A. Arnold, in: KK-AktG, 3. Aufl. 2010, § 23 Rn. 153; Röhrich, in: GroßKommAktG, 4. Aufl. 1996, § 23 Rn. 202 f.

4 BGH, 15.12.1986 – II ZR 18/86, BB 1987, 291 = NJW 1987, 902; BGH, 19.6.2000 – II ZR 73/99, BB 2000, 1590; Pentz, in: MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 23 Rn. 164; A. Arnold, in: KK-AktG, 3. Aufl. 2010, § 23 Rn. 155; Röhrich, in: GroßKomm/AktG, 4. Aufl. 1996, § 23 Rn. 204; K. Schmidt, in: GroßKomm/AktG, 4. Aufl. 1996, § 242 Rn. 8.

5 BGH, 15.12.1986 – II ZR 18/86, BB 1987, 291 = NJW 1987, 902; OLG Frankfurt, 7.7.2009 – 5 U 152/08, NZG 2010, 185.

6 OLG Frankfurt, 7.7.2009 – 5 U 152/08, NZG 2010, 185.

7 In dem Fall OLG Frankfurt, 7.7.2009 – 5 U 152/08, NZG 2010, 185, hatte die beklagte Gesellschaft in der Einberufung zur Hauptversammlung gemäß ihrer Satzung auch für Vollmachten nach § 135 AktG die Einhaltung der Schriftform verlangt. Das Gericht sah die Einberufung (nur) aufgrund der maßgeblichen Satzungsregelung nicht als fehlerhaft an. Vgl. ansonsten OLG Frankfurt, 15.7.2008 – 5 W 15/08, ZIP 2008, 1722; zuvor LG Frankfurt, 26.8.2008 – 3-5 O 339/07, ZIP 2008, 1723.

8 Die in diesem Zusammenhang in der Kommentarliteratur (z.B. Hüffer, in: MünchKomm/AktG, 2. Aufl. 2001, § 242 Rn. 21 (Fn. 67)) zitierte Entscheidung BGH, 6.10.1960 – II ZR 150/58, NJW 1961, 26, gibt dafür nichts her.

9 Str., vgl. Heidel, in: Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2007, § 242 AktG Rn. 5.

10 Vgl. dazu Weber/Findeisen, BB 2010, 711; Herler/Reymann, DNotZ 2009, 815; Drinhausen/Keinath, BB 2010, 3.

11 Z.B. LG München I, 30.12.2008 – 5 HK O 11661/08, AG 2009, 296; ebenso OLG München, 3.9.2008 – 7 W 1432/08, AG 2008, 746.

12 LG München I, 23.4. 2009 – 5 HK O 542/09, NZG 2009, 1227; LG München I, 4.6.2009 – 5 HK O 591/09, AG 2009, 918; LG München I, 10.12.2009 – 5 HK O 13261/08, AG 2010, 173; so im Ergebnis jetzt auch KG Berlin, 21.9.2009 – 23 U 46/09, AG 2010, 163 = WM 2010, 412 = NZG 2009, 1389, das zwar einen Gesetzesverstoß bejaht, dessen Relevanz für die Mitwirkungsrechte der Aktionäre allerdings verneint.

an.¹³ Durch die Änderungen in §§ 123 Abs. 3 und 241 Nr. 1 AktG in der Fassung des ARUG ist dieser Streit obsolet geworden. Danach ist klargestellt, dass fehlerhafte Angaben zu Stimmrechtsvollmachten nicht die Nichtigkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse auslösen.

c) Bekanntmachungsfreie Anträge

Ein Beschluss auf Grund eines Vorschlags in der Hauptversammlung, mit dem bei einem Formwechsel nach dem UmwG das in der Einberufung zur Hauptversammlung unterbreitete Abfindungsangebot gemäß § 207 UmwG – ohne vorherige Bekanntmachung – erhöht wird, ist nach Auffassung des LG München I anfechtbar.¹⁴ Die Anfechtbarkeit ergebe sich aus einem Verstoß gegen § 124 Abs. 1 und Abs. 4 AktG. Bei der Änderung des Barabfindungsbetrages handele es sich nicht um einen bekanntmachungsfreien Antrag i.S.d. § 124 Abs. 4 S. 2 AktG, wonach es zu Anträgen, die zu Gegenständen der Tagesordnung gestellt werden, keiner Bekanntmachung bedarf. Zwar lasse sich aus § 124 Abs. 4 AktG kein vollständiges Verbot ableiten, inhaltlich von der Bekanntmachung abweichende Vorschläge zur Beschlussfassung zu stellen, doch greife dieses Verbot zumindest dann, wenn der materiell von der Bekanntmachung abweichende Antrag wirtschaftlich nachteilig für die betroffenen Aktionäre sei. Diese Voraussetzung sei bei der von der Hauptversammlung beschlossenen Erhöhung der Barabfindung um 13,38 % im Vergleich zum bekanntgemachten Beschlussvorschlag erfüllt. Der Aktionär müsse sich auf Basis der durch den Umwandlungsbericht einschließlich der Bewertungsgutachten übermittelten Informationen eine Meinung bilden, ob der formwechselnde Rechtsträger in der Lage sei, die angebotene Barabfindung ohne negative Auswirkungen für den künftigen Geschäftsverlauf zu leisten. Dies gehöre zu den zentralen Punkten, auf die der Aktionär seine Entscheidung über die Teilnahme an der Hauptversammlung und seinen Verbleib in der Gesellschaft gründe. Da die Abfindung beim Formwechsel vom formwechselnden Rechtsträger zu leisten sei und nicht von einem Gesellschafter, verändere sich durch die Erhöhung der Barabfindung für den betroffenen Aktionärskreis die Entscheidungsgrundlage, weil der Liquiditätsbedarf für die Gesellschaft steige. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Tatsache, dass die Aktionäre ohnehin mit einer Erhöhung der bekanntgemachten und beschlossenen Barabfindung im Spruchverfahren rechnen müssten, da der Normzweck des § 124 Abs. 1 und 4 AktG, den Aktionären eine sachgerechte Entscheidung über ihr Teilnahmerecht an der Hauptversammlung zu ermöglichen, nicht unter Hinweis auf einen Vorrang des Spruchverfahrens unterlaufen werden dürfe. Ob sich das OLG München dieser Auffassung anschließen wird, erscheint angesichts dessen Ausführungen im diesbezüglichen Freigabeverfahren offen.¹⁵ Der in diesem Zusammenhang diskutierte Vorrang des Spruchverfahrens auch bei einem aus Sicht des Klägers zu hohen Abfindungsangebot erscheint de lege lata angesichts des Wortlauts des § 210 UmwG, wonach eine Klage gegen den Umwandlungsbeschluss nicht darauf gestützt werden kann, „dass das Angebot nach § 207 UmwG zu *niedrig* bemessen“ ist, jedoch zweifelhaft.¹⁶ Bis auf Weiteres sind die Gesellschaftsorgane daher regelmäßig gut beraten, ein bekanntgemachtes Abfindungsangebot nicht ohne gesonderte Bekanntmachung zu erhöhen, selbst wenn das Angebot aufgrund geänderter Umstände zwischenzeitlich zu niedrig geworden sein sollte. Der Streit über die Höhe der Abfindung wäre dann im erfahrungsgemäß ohnehin kaum zu vermeidenden Spruchverfahren zu klären, könnte aber nicht den Vollzug der Umwandlung blockieren.

2. Verstoß gegen Melde- oder Veröffentlichungspflichten

Ein schuldhafter Verstoß gegen die Meldepflichten bei Erreichen, Über- oder Unterschreiten der Stimmrechtsschwellen gemäß §§ 21, 22 WpHG oder die Veröffentlichungspflicht bei der Kontrollerlangung über eine börsennotierte Gesellschaft gemäß § 35 WpÜG führt dazu, dass die Rechte aus den Aktien des nach dem WpHG Meldepflichtigen bzw. des nach WpÜG veröffentlichungspflichtigen Bieters gemäß §§ 28 WpHG, 59 WpÜG ruhen. Dies kann in zweierlei Hinsicht anfechtungsrelevant sein: Zum einen fehlt es dem Aktionär für den Zeitraum des Ruhens der Aktionärsrechte an der Anfechtungsbefugnis gemäß § 245 AktG.¹⁷ Zum anderen kann ein Beschluss der Hauptversammlung anfechtbar sein, wenn bei der Abstimmung zu Unrecht die Stimmen aus Aktien mitgezählt wurden, bezüglich derer die Aktionärsrechte ruhen, sofern die erforderliche Beschlussmehrheit bei Abzug der fälschlich mitgezählten Stimmen nicht erreicht worden wäre.¹⁸

a) Keine Meldepflicht bei Umfirmierung

Das LG München I hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass die bloße Umfirmierung eines Meldepflichtigen keine erneuten Meldepflichten gemäß §§ 21, 22 WpHG auslöst.¹⁹ Dies entspricht der h. M. in Rechtsprechung und Schrifttum.²⁰

b) Zurechnung von Stimmrechten bei Treuhandverhältnissen

Kontrovers aufgenommen wurde dagegen ein rechtskräftiges Urteil des OLG München,²¹ wonach bei Bestehen eines Treuhandverhältnisses dem Treuhänder in entsprechender Anwendung von § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 WpHG solche Aktien zuzurechnen sind, die dem Treugeber seinerseits aufgrund eines Acting in Concert nach § 22 Abs. 2 WpHG zugerechnet werden.²² Nach Auffassung des OLG München ergebe sich dies aus dem Grundsatz der doppelten Zurechnung und dem Normzweck der Meldepflichten, für Transparenz am Kapitalmarkt zu sorgen. Das OLG München vertritt in derselben Entscheidung die Auffassung, der Meldepflichtige dürfe sich bei komplexen Sachverhalten nicht allein auf die Rechtsauffassung der BaFin verlassen, sondern müsse fachkundigen Rechtsrat einholen, um eine vorwerfbare Pflichtverletzung auszuschließen.

c) Keine allgemeine Feststellungsklage bezüglich des Ruhens der Aktionärsrechte

Die gegen die Aktiengesellschaft gerichtete Klage eines Aktionärs auf Feststellung, dass die Rechte eines anderen Aktionärs nach § 59 WpÜG nicht bestehen, ist nach einer infolge Berufungsrücknahme

13 OLG Frankfurt, 15.7.2008 – 5 W 15/08, ZIP 2008, 1722; zuvor LG Frankfurt a. M., 26.8.2008 – 3-5 O 339/07, ZIP 2008, 1723.

14 LG München I, 30.7.2009 – 5 HK O 5697/09, BeckRS 2009, 28640 mit Anm. Petrovicki, in: GWR 2009, 426. Die Berufung ist abhängig beim OLG München unter Az. 7 U 5111/09.

15 Vgl. OLG München, 4.11.2009 – 7 A 2/09, BB 2010, 340.

16 So auch Decher, in: Lutter, UmwG, 3. Aufl. 2004, § 210 Rn. 6 m. w. N.

17 OLG Stuttgart, 10.11.2004 – 20 U 16/03, AG 2005, 126; OLG Dresden, 11.1.2005 – 2 U 1728/04, AG 2005, 247; Uwe H. Schneider, in: Assmann/Schneider, WpHG, 5. Aufl. 2009, § 28 Rn. 30.

18 Vgl. Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 243 AktG Rn. 19; Uwe H. Schneider, in: Assmann/Schneider, WpHG, 5. Aufl. 2009, § 28 Rn. 28.

19 LG München I, 23.4.2009 – 5 HK O 542/09, NZG 2009, 1227.

20 Vgl. OLG Düsseldorf, 10.9.2008 – 6 W 30/08, NZG 2009, 260; Uwe H. Schneider, in: Assmann/Schneider, WpHG, 5. Aufl. 2009, § 21 Rn. 77; Klein/Theusinger, NZG 2009, 250; Hirte, in: KK-WpHG, 2007, § 21 Rn. 151; a. A. LG Köln, 5.10.2007 – 82 O 114/06, AG 2008, 328; Hepp, WM 2002, 60.

21 OLG München, 9.9.2009 – 7 U 1997/09, WM 2010, 265 = DB 2009, 2310; zuvor LG München I, 29.1.2009 – 5 HK O 16785/08 (nicht veröffentlicht).

22 Zustimmung Mayrhofer/Pirner, DB 2009, 2312; ablehnend von Bülow/Petersen, NZG 2009, 1373; Widder/Kocher, ZIP 2010, 457.

rechtskräftigen Entscheidung des LG München I²³ unzulässig, weil das Aktienrecht für die Rechtsfolgen des Nichtbestehens von Rechten nach § 59 WpÜG ein umfassendes Rechtsschutzsystem vorsieht und auch der Justizgewährungsanspruch angesichts der fehlenden Lücke des aktienrechtlichen Rechtsschutzes keine andere Beurteilung gebietet. Aus demselben Grund ist auch die gegen einen anderen Aktionär gerichtete Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses unzulässig.²⁴

3. Aufsichtsratswahlen

a) Finanzexperte

Aufgrund der Neuregelung durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz schreibt § 100 Abs. 5 AktG vor, dass bei Gesellschaften im Sinne des § 264d HGB (sog. kapitalmarktorientierte Gesellschaften) mindestens ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen muss. Dieser Vorschrift lässt sich aber nicht entnehmen, dass dieses Aufsichtsratsmitglied Organmitglied einer Kapitalgesellschaft mit dem Zuständigkeitsbereich für diese Bereiche (z. B. als Allein- oder Finanzvorstand) oder auch nur beruflich schwerpunktmäßig mit diesen Aufgaben befasst sein müsste, wie sich aus dem Wortlaut des Gesetzes und seinem systematischen Gesamtzusammenhang namentlich im Vergleich mit § 319 Abs. 1 HGB und § 100 Abs. 2 Nr. 2 AktG ergibt.²⁵ Ein Verstoß gegen die Vorgaben aus § 100 Abs. 5 AktG kann nicht zur Nichtigkeit eines entsprechenden Hauptversammlungsbeschlusses führen, weil in § 250 Abs. 1 Nr. 4 AktG nur auf § 100 Abs. 1 und Abs. 2 AktG, nicht jedoch auf § 100 Abs. 5 AktG verwiesen wird.²⁶

b) Pflichtangaben bei Vorschlägen zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern

Die Vorschrift des § 124 Abs. 3 S. 3 AktG ist verletzt und führt zur Anfechtbarkeit des Wahlbeschlusses, wenn der Vorschlag zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern den ausgeübten Beruf nicht hinreichend angibt. Die Bezeichnung als „Berater/Geschäftsführer“ genügt dabei nicht den Anforderungen des Gesetzes, weil eine allgemeine Beschreibung nicht ausreicht.²⁷

c) Amtszeit

Das OLG München²⁸ bestätigte die Auffassung, wonach die Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat spätestens in dem Zeitpunkt endet, in dem die Hauptversammlung über die Entlastung für das vierte Amtsjahr seit Amtsantritt hätte beschließen müssen, also längstens acht Monate (§ 120 Abs. 1 AktG) nach dem Ende des vierten Geschäftsjahres. Aus der Vorschrift des § 104 Abs. 2 AktG lasse sich nichts Gegenteiliges ableiten, zumal der Vorstand zur Antragstellung nach § 104 Abs. 1 S. 2 2. Hs. AktG nicht verpflichtet ist, wenn die rechtzeitige Ergänzung vor der nächsten Aufsichtsratsitzung zu erwarten ist. Legt ein Aufsichtsratsmitglied sein Amt zum Ende der nächsten Hauptversammlung nieder, so beginnt nach einem Urteil des LG München I²⁹ die Amtszeit des gewählten Nachfolgers erst nach dem Ende der Hauptversammlung, auch wenn er im Verlauf der Hauptversammlung die Wahl angenommen hat.

4. Kapitalmaßnahmen

a) Anforderungen an den Bericht zum Bezugsrechtsausschluss beim genehmigten Kapital

Nach einem Urteil des LG München I³⁰ gelten für den Bericht des Vorstands gemäß §§ 203 Abs. 2 S. 2, 186 Abs. 4 AktG erhöhte Anforderungen, wenn das genehmigte Kapital zur Finanzierung eines bereits bestimmten Vorhabens dienen soll. In diesem Fall reiche nicht die bei einer bloßen Vorratsermächtigung zulässige³¹ generell-abstrakte Umschreibung der bereits absehbaren Maßnahme. Der Bericht müsse dann eine möglichst konkrete Beschreibung des beabsichtigten Vorhabens enthalten und den Aktionären insbesondere die sich für sie aus dem Vorhaben ergebenden Risiken in einer Art und Weise erläutern, dass diese auch einem durchschnittlichen, juristisch nicht vorgebildeten Aktionär verständlich würden. Dazu gehöre auch, die Bedeutung juristischer Fachbegriffe wie „Leistung erfüllungshalber“ näher zu erläutern, zumal sich daraus im entschiedenen Fall die Gefahr einer weiteren Verwässerung des Anteils der Altaktionäre ergeben konnte.

derungen, wenn das genehmigte Kapital zur Finanzierung eines bereits bestimmten Vorhabens dienen soll. In diesem Fall reiche nicht die bei einer bloßen Vorratsermächtigung zulässige³¹ generell-abstrakte Umschreibung der bereits absehbaren Maßnahme. Der Bericht müsse dann eine möglichst konkrete Beschreibung des beabsichtigten Vorhabens enthalten und den Aktionären insbesondere die sich für sie aus dem Vorhaben ergebenden Risiken in einer Art und Weise erläutern, dass diese auch einem durchschnittlichen, juristisch nicht vorgebildeten Aktionär verständlich würden. Dazu gehöre auch, die Bedeutung juristischer Fachbegriffe wie „Leistung erfüllungshalber“ näher zu erläutern, zumal sich daraus im entschiedenen Fall die Gefahr einer weiteren Verwässerung des Anteils der Altaktionäre ergeben konnte.

b) „Bis-zu-Kapitalerhöhung“

Enthält ein Beschluss der Hauptversammlung nur einen Mindest- und/oder Höchstbetrag für die Kapitalerhöhung („Bis-zu-Kapitalerhöhung“), ist im Hinblick auf die Abgrenzung zum genehmigten Kapital zugleich ein Zeitraum für die Durchführung der Kapitalerhöhung festzulegen, der sechs Monate nicht überschreiten darf.³² Bei zu großzügiger Fristbemessung kann der Beschluss der Hauptversammlung anfechtbar oder nach § 241 Abs. 1 Nr. 3 AktG nichtig sein. Fehlt eine Fristsetzung für die Durchführung im Beschluss der Hauptversammlung, ist die Kapitalerhöhung vom Vorstand unverzüglich durchzuführen. Grundsätzlich ist der Beschluss über eine Bis-zu-Kapitalerhöhung mit der Anmeldung und Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister verbraucht, auch wenn die angemeldete Kapitalerhöhung unter dem von der Hauptversammlung beschlossenen Höchstbetrag liegt. Ob etwas anderes gilt, wenn entweder der Beschluss der Hauptversammlung selbst innerhalb der Durchführungsfrist eine mehrmalige Kapitalerhöhung zulässt³³ oder bei der erstmaligen Anmeldung die weitere Durchführung vorbehalten wird und diese innerhalb der festgelegten Durchführungsfrist erfolgt,³⁴ brauchte das OLG München nicht zu entscheiden.

5. Konzernrecht, Unternehmensverträge, Squeeze-out

a) Anfechtbarkeit von Beschlüssen bei Gewährung unzulässiger Sondervorteile im faktischen Konzern

Die Vorschrift des § 311 AktG über den Nachteilsausgleich verdrängt im faktischen Konzern als speziellere Vorschrift § 57 AktG, weil § 311 Abs. 2 AktG einen zeitlich gestaffelten Ausgleich zulässt. Diese Möglichkeit würde bei Zulassung der Anwendung von §§ 57, 62 AktG konterkariert.³⁵ Die Möglichkeit der Anfechtung eines Hauptver-

23 LG München I, 27.11.2008 – 5 HK O 3928/08, NZG 2009, 226 ff. = AG 2009, 171 f. = ZIP 2009, 584 f. = Der Konzern 2009, 120, 121 ff.

24 LG München I, 17.12.2009 – SHK O 23267/09.

25 LG München I, 5.11.2009 – SHK O 15312/09, BB 2010, 855 = ZIP 2010, 627 f. = Der Konzern 2010, 135, 136 f.

26 LG München I, 26.2.2010 – SHK O 14083/09.

27 LG München I, 28.1.2010 – SHK O 15937/09, ebenso bereits LG München I, 26.4.2007 – SHK O 12848/06, Der Konzern 2007, 448, 452; a. A. BGH, 14.5.2007 – II ZR 182/06, DStR 2007, 1493 m. Anm. Goette; OLG Frankfurt, 21.3.2006 – 10 U 17/05, ZIP 2007, 232, 233.

28 OLG München, 9.11.2009 – 31 Wx 136/09, NZG 2009, 1430, 1431; ebenso BGH, 24.6.2002 – II ZR 296/01, BB 2002, 1822 = NZG 2002, 916 = AG 2002, 676, 677; Habersack, in: MünchKommAktG, 3. Aufl., § 102 Rn. 18; Drygala, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 102 Rn. 6; a. A. Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 102 Rn. 3, der drei Monate zugeben will.

29 LG München I, 26.2.2010 – SHK O 14083/09.

30 LG München I, 7.5.2009 – 5 HK O 16915/08, WM 2009, 1976 = NZG 2009, 1389 mit Anmerkung Mackensen, GWR 2009, 371.

31 BGH, 23.6.1997 – II ZR 132/93 (Siemens/Nold), BB 1997, 1755.

32 OLG München, 22.9.2009 – 31 Wx 110/09, BB 2010, 80 mit Anm. Maab/Beranek.

33 Vgl. dazu Maab/Beranek, BB 2010, 81; Priester, in: FS Wiedemann, 2002, 1161; Schüppen, AG 2001, 125.

34 Vgl. Krafa/Willer, Handelsregisterrecht, 7. Aufl. 2007 Rn. 1415.

35 LG München I, 10.12.2009 – 5 HK O 13261/08, AG 2010, 173, 175 ff. = ZIP 2010, 283 f. Ls.

sammlungsbeschlusses wegen eines unzulässigen Sondervorteils wird indes nach derselben Entscheidung des LG München I nicht ausgeschlossen, weil auch im Anwendungsbereich von § 311 AktG die Kontrollfunktion der Anfechtungsklage erhalten bleiben soll.

b) Berichtspflichten beim Abschluss stiller Beteiligungsverträge

Ein Vertrag über eine stille Beteiligung ist ein Teilgewinnabführungsvertrag, auf den auch die Vorschrift des § 293a AktG anzuwenden ist. Die Berichtspflicht lässt sich nicht mittels teleologischer Reduktion des § 293a Abs. 1 AktG verneinen, weil ein Teilgewinnabführungsvertrag in die Rechte der Aktionäre eingreift. Wurde der Vertrag über die stille Beteiligung vor der Hauptversammlung gekündigt, so muss der Vorstandsbericht auf eine derartige Gestaltungserklärung eingehen, weil die Aktionäre einen Anspruch darauf haben zu erfahren, ob zwischen dem Vertragsabschluss und der Zustimmung der Hauptversammlung Erklärungen abgegeben wurden, die geeignet sind, den Fortbestand des schwebend unwirksamen Unternehmensvertrages in Frage zu stellen.³⁶

c) Bewertungsbezogene Rügen bei Unternehmensverträgen und Squeeze-out

Mehrfach hat sich das LG München I im Berichtszeitraum mit der Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen aufgrund bewertungsbezogener Rügen im Zusammenhang mit der Abfindung beim Squeeze-out sowie beim Abschluss von Unternehmensverträgen beschäftigt.³⁷ Beim Squeeze-out hat der Hauptaktionär nach § 327c Abs. 2 AktG der Hauptversammlung in einem schriftlichen Bericht zu erläutern, dass die Voraussetzungen für den Squeeze-out vorliegen und die den Minderheitsaktionären angebotene Barabfindung angemessen ist. In ähnlicher Weise haben beim Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages die Vorstände der beteiligten Gesellschaften nach § 293a AktG der Hauptversammlung einen schriftlichen Bericht über den Abschluss des Vertrages und insbesondere die Höhe des Ausgleichs und der Abfindung für die außenstehenden Aktionäre zu erstatten. Das Gericht stellte zunächst klar, dass Mängel dieser Berichte grundsätzlich die Anfechtbarkeit der entsprechenden Hauptversammlungsbeschlüsse begründen können.³⁸ Die Regelung des § 243 Abs. 4 S. 2 AktG, wonach eine Anfechtungsklage nicht auf unrichtige, unvollständige oder unzureichende Informationen in der Hauptversammlung über die Ermittlung, Höhe oder Angemessenheit von Ausgleich oder Abfindung gestützt werden kann, wenn das Gesetz für Bewertungsfragen ein Spruchverfahren vorsieht, greife nicht ein, weil sich diese Regelung nur auf Informationsmängel in der Hauptversammlung selbst beziehe, nicht aber auf Mängel in schriftlichen Berichten, die bereits im Vorfeld der Hauptversammlung zu erstatten und auszulegen sind. Allerdings führten Berichtsmängel nur dann zur Anfechtbarkeit, wenn der Bericht insgesamt aufgrund der Mängel dem mit der Berichtspflicht verfolgten Zweck nicht mehr gerecht werde. Dieser bestehe darin, die Aktionäre in die Lage zu versetzen, die der Festsetzung der Abfindung zugrunde liegenden Überlegungen nachzuvollziehen. Stelle der Bericht eine taugliche Grundlage für die Plausibilisierung der Bewertung dar, könnten Bewertungsfragen im Einzelnen die Anfechtung nicht begründen, sondern seien im Spruchverfahren zu klären.³⁹ Dies gelte auch für die Rüge, bei der Ermittlung des Börsenwertes sei ein unzutreffender Referenzzeitraum zu Grunde gelegt worden.

Die Urteile des LG München I können als modifizierte Fortführung der Rechtsprechung des BGH in Sachen MEZ⁴⁰ und Aqua Butzke⁴¹ angesehen werden. Der BGH hatte mit diesen Urteilen für den Fall einer formwechselnden Umwandlung entschieden, dass alle Rügen der Verletzung von Informations-, Auskunfts- oder Berichtspflichten im Zusammenhang mit der anzubietenden Barabfindung ausschließlich im Spruchverfahren geltend zu machen seien und nicht zur Anfechtung berechtigten. Der Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung im Rahmen des UMAG mit der am 1.11.2005 in Kraft getretenen Neufassung des § 243 Abs. 4 S. 2 AktG kodifiziert, jedoch mit der gewichtigen Einschränkung, dass der Anfechtungsausschluss nur für mangelhafte Informationen auf der Hauptversammlung gilt, die Verletzung insbesondere von Berichtspflichten außerhalb der Hauptversammlung dagegen weiterhin die Anfechtung ermöglichen soll.⁴² Bei der vom LG München I vorgenommenen, am Zweck der Berichtspflichten orientierten Auslegung dürfte die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses aufgrund bewertungsbezogener Rügen nur in wenigen Ausnahmefällen erfolgversprechend sein. Erläutert der Bericht nachvollziehbar, welcher Wert (Börsenwert, Ertragswert, Liquidationswert) der Abfindung zugrunde liegt und warum dieser Bewertungsmaßstab gewählt wurde, dürfte für eine erfolgreiche Anfechtung kaum Raum bleiben. Die Klärung der Frage, ob tatsächlich richtig bewertet wurde, bleibt dem Spruchverfahren vorbehalten.⁴³

6. Der besondere Vertreter

a) Abberufung durch Alleinaktionär nach Squeeze-out

Soll die Hauptversammlung über die Abberufung des aufgrund von § 147 Abs. 2 S. 1 AktG bestellten besonderen Vertreters beschließen, der Ansprüche unter anderem gegen einen Aktionär geltend machen soll, so trifft diesen Aktionär ein Stimmrechtsverbot gem. § 136 Abs. 1 AktG nicht, wenn er infolge eines eingetragenen Squeeze-out-Beschlusses Alleinaktionär geworden ist.⁴⁴ Wird der Gesellschaftswille allein durch einen Alleinaktionär gebildet und bedarf es damit keines Schutzes anderer Gesellschafter, bestehe kein Grund, den Alleinaktionär von der Stimmrechtsausübung auszuschließen; anderenfalls läge ein nachhaltiger Eingriff in den Willensbildungsprozess einer AG vor, der das Eigentumsrecht des Alleinaktionärs aus Art. 14 Abs. 1 GG verletzen würde. § 84 Abs. 3 S. 1 AktG findet auf den von der Hauptversammlung bestellten besonderen Vertreter keine Anwendung.

b) Voregreiflichkeit der Wirksamkeit der Abberufung

Die Frage, ob der besondere Vertreter wirksam bestellt oder wirksam abberufen wurde, ist nach einem Beschluss des LG München I⁴⁵ ange-

36 LG München I, 5.11.2009 – 5 HK O 13585/09, ZIP 2010, 522, 523 = Der Konzern 2010, 132, 134f.; a. A. zur Anwendbarkeit von § 293a AktG *Altmeppen*, in: MünchKommAktG, 3. Aufl., § 293a Rn. 6 ff.; *Schenk*, in: *Bürgers/Körber*, AktG, § 293a Rn. 5.

37 LG München I, 23.4.2009 – 5 HK O 542/09, NZG 2009, 1227; LG München I, 4.6.2009 – 5 HK O 591/09, AG 2009, 918.

38 LG München I, 23.4.2009 – 5 HK O 542/09, NZG 2009, 1227; LG München I, 4.6.2009 – 5 HK O 591/09, AG 2009, 918.

39 LG München I, 23.4.2009 – 5 HK O 542/09, NZG 2009, 1227; LG München I, 4.6.2009 – 5 HK O 591/09, AG 2009, 918.

40 BGH, 18.12.2000 – II ZR 1/99, BB 2001, 382 mit Komm. *Luttermann* = NJW 2001, 1425.

41 BGH, 29.1.2001 – II ZR 368/98, BB 2001, 485 = NJW 2001, 1428.

42 Vgl. BT-Drucks. 15/5092, 26.

43 In diesem Sinne auch BGH, 18.9.2006 – II ZR 225/04, BB 2006, 2543 = NZG 2006, 905.

44 OLG München, 3.3.2010 – 7 U 4744/09; *Altmeppen*, NJW 2009, 3757 ff.; a. A.: LG München I, 27.8.2009 – 5 HK O 21656/08, NJW 2009, 3794 ff. = ZIP 2009, 2198, 2200 f. m. zust. Anm. *Lutter; Hirte/Mock*, BB 2010, 775 ff.; das Gericht erster Instanz ging davon aus, dass das Verbot des Richtens in eigener Sache diese Konstellation auch erfasse und daher eine teleologische Reduktion nicht gerechtfertigt sei. Zu der vom LG München I bejahten Parteifähigkeit des besonderen Vertreters nimmt das OLG München nicht Stellung.

45 LG München I, 2.6.2009 – 5HK O 2836/08, BB 2009, 2393 mit Komm. *Gärtner/Daghles*.

sichts des Wegfalls der Prozessfähigkeit im Falle der wirksamen Abberufung des besonderen Vertreters vorgeflich im Sinne des § 148 ZPO, ohne dass dem die Wertung des § 246 Abs. 1 ZPO entgegengehalten werden kann.

7. Prozessuales

a) Anfechtungsbefugnis bei Legitimationsaktionären

Ist im Aktienregister ein Legitimationsaktionär gem. § 67 Abs. 4 AktG eingetragen, so ist dennoch der wahre Aktionär anfechtungsbefugt im Sinne des § 245 Nr. 1 AktG, weil der Legitimationsaktionär lediglich ermächtigt wird, bestimmte aus der Mitgliedschaft fließende Teilrechte nach außen auszuüben, also der Gesellschaft gegenüber wahrzunehmen; der wahre Aktionär bleibt indes Berechtigter.⁴⁶

b) Prozessführungsbefugnis nach Wegfall der Aktionärsstellung durch Squeeze-out

Die Klagebefugnis eines Minderheitsaktionärs bezüglich einer Nichtigkeitsklage bleibt auch nach Verlust seiner Aktionärsstellung durch Squeeze-out analog § 265 Abs. 2 ZPO bestehen.⁴⁷ Allerdings sei die Klage bei Wegfall der Aktionärsstellung nicht mehr als Nichtigkeitsklage gemäß § 249 AktG, sondern als allgemeine Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO zulässig. Die Klage ist zudem nur dann begründet, wenn der Kläger ein berechtigtes Fortführungsinteresse hat. Dieses besteht im Falle der Eintragung des Squeeze-out nur dann, wenn die gerügten Mängel sich auf den materiellen Wert der Barabfindung auswirken können. Für die Anfechtungsklage hatte der BGH bereits entschieden, dass die Prozessführungsbefugnis auch nach Verlust der Aktionärsstellung durch einen Squeeze-out fortbesteht, soweit der Ausgang des Anfechtungsverfahrens im Einzelfall rechtlich erhebliche Auswirkungen auf die Barabfindung gemäß §§ 327a ff. AktG haben kann.⁴⁸ Für die Nichtigkeitsklage ist diese Frage höchstrichterlich nicht entschieden. Im Schrifttum ist insoweit umstritten, ob die Klage als Nichtigkeitsklage oder als allgemeine Feststellungsklage fortzuführen ist. Der Unterschied besteht vor allem darin, dass das Urteil bei der Nichtigkeitsklage gemäß §§ 249 Abs. 1 S. 1, 248 Abs. 1 S. 1 AktG für und gegen alle Aktionäre sowie die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats wirkt, wohingegen das Urteil bei der allgemeinen Feststellungsklage nur Wirkungen zwischen den Parteien des Rechtsstreits entfaltet. In der Regel wird es allerdings an einem berechtigten Fortführungsinteresse fehlen, so dass die Unterscheidung eher geringe praktische Auswirkungen haben dürfte.

c) Bestandskräftiger Bestätigungsbeschluss heilt Mängel des Ausgangsbeschlusses

Wird ein Bestätigungsbeschluss im Sinne des § 244 AktG nicht angefochten, so werden als Folge von dessen Bestandskraft auch inhaltliche Mängel des Ausgangsbeschlusses geheilt. Dies gilt auch dann, wenn der Bestätigungsbeschluss nach einem durchgeführten Squeeze-out nur mehr mit der Stimme des Alleinaktionärs gefasst wird.⁴⁹ Da das Gesetz weder eine Mehrheitsbeschaffung mit dem Ziel der Durchführung eines Squeeze-out noch den Squeeze-out selbst verbietet, kann kein Rechtsmissbrauch vorliegen, wenn der nunmehrige Alleinaktionär den Bestätigungsbeschluss fasst. Der teilweise in der Literatur⁵⁰ vertretenen Ansicht, eine Bestätigung sei unwirksam, solange

der ausgeschiedene Anfechtungskläger dem Bestätigungsbeschluss nicht zugestimmt habe, folgte das LG München I in dieser Entscheidung nicht, weil sich dem Aktienrecht kein Anspruch entnehmen lässt, als ehemaliger Aktionär auch einen Bestätigungsbeschluss anfechten zu können.

d) Verfahrenskosten

In aktienrechtlichen Anfechtungsverfahren entsteht die 3-fache Gebühr für das Verfahren bereits mit der Einreichung der Klage. Die vor der Verbindung entstandenen Einzelgebühren bleiben bestehen; dieser gebührenrechtliche Grundsatz wird nicht durch Vorschriften des Aktienrechts überlagert und verdrängt; eine analoge Anwendung von Nr. 1211 KV-GKG ist nicht gerechtfertigt.⁵¹

8. Freigabeverfahren

a) Abwägungsmaßstab

Bei der Abwägung der Interessen der Gesellschaft im Vergleich zu den Interessen der klagenden Aktionäre gem. § 246a Abs. 2 3. Alt. AktG a. F. bleiben offensichtlich unbegründete Rügen außer Betracht. Dient eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage der Abwendung einer drohenden Insolvenzgefahr und fließen in die Abwägung die Rüge eines unzureichenden Vorstandsberichts sowie die Verletzung des Fragerechts ein, so liegt darin keine derart massive Verletzung von Aktionärsrechten, die einen weiteren Aufschub der Bestandskraft des angefochtenen Beschlusses rechtfertigen könnte.⁵²

b) Änderungen durch das ARUG

In einem ersten Beschluss als Gericht erster Instanz bestätigt das OLG München den Prüfungsmaßstab der offensichtlichen Unbegründetheit, wonach bereits im Freigabeverfahren eine vollständige rechtliche Würdigung zu erfolgen hat. Eine offensichtliche Unbegründetheit liegt vor, wenn das Gericht bei umfassender rechtlicher und tatsächlicher Würdigung eine andere Beurteilung für nicht oder kaum vertretbar hält.⁵³ Ein vorrangiges Interesse der antragstellenden Gesellschaft erfordert, dass der Antrag auf Freigabe in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Erhebung der Anfechtungsklage gestellt wird. Hierfür ist in der Regel ein Zeitraum von etwa drei Monaten ab Kenntnis des Antragstellers von der Erhebung einer Anfechtungsklage auszugehen. Dabei orientierte sich das Gericht an der Dauer, die der Gesetzgeber dem Gericht für die Entscheidung über den Freigabeantrag einräumt. Geht ein Antrag erst nach dieser Frist beim Oberlandesgericht ein, ohne dass weitere Umstände hinzutreten, kann ein vorrangiges Interesse des Antragstellers nicht mehr angenommen werden.⁵⁴

46 LG München I, 30.7.2009 – 5HK O 16915/08, WM 2009, 1976, 1979 f. = Der Konzern 2009, 488, 491 f. = AG 2010, 47 f.

47 OLG München, 8.7.2009 – 7 U 1777/08, ZIP 2009, 2314; die Nichtzulassungsbeschwerde ist anhängig beim BGH unter dem Az. II ZR 192/09.

48 BGH, 9.10.2006 – II ZR 46/05, BB 2006, 2601 = NZG 2007, 26.

49 OLG München I, 10.12.2009 – 5 HK O 13261/08, AG 2010, 173, 177 f. = ZIP 2010, 283 f. Ls.

50 Vgl. K. Schmidt, in: Großkomm/AktG, 4. Aufl., § 244 Rn. 8.

51 OLG München, 26.2.2009 – 11 W 852/09, 3.3.2009 – 11 W 766/09 und 29.12.2009 – 11 W 2652/09.

52 OLG München, 14.12.2009 – 7 W 2290/09.

53 OLG München, 4.11.2009 – 7 A 2/09, AG 2010, 170 = ZIP 2010, 84, 85.

54 OLG München, 4.11.2009 – 7 A 2/09, AG 2010, 170, 172 f. = ZIP 2010, 84, 87 f. = BB 2010, 340 mit krit. Anm. Linnerz; es ging um einen Beschluss über den Formwechsel einer AG in eine GmbH. Die Frage, inwieweit bei der Prüfung der offensichtlichen Unbegründetheit nur die Rügen der Antragsgegner zu berücksichtigen sind, die das Quorum von 1000 Euro erreichen, musste das OLG nicht entscheiden.

II. Spruchverfahren

1. Zuständigkeit und Verfahren

a) Keine ausschließliche Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen

Aufgrund von Art. 42 Nr. 1 Buchst. b FGG-RG⁵⁵ wurde die bisherige Regelung in § 2 Abs. 2 SpruchG a. F. mit der ausschließlichen Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen aufgehoben. Stattdessen wurden die Spruchverfahren in den Katalog der Handelssachen in § 95 Abs. 2 GVG aufgenommen angesichts des Verweises auf § 71 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. e GVG, wonach dem Landgericht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes die Spruchverfahren zugewiesen sind. Damit aber entfiel die ausschließliche Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen, weil nach § 96 Abs. 1 GVG der Rechtsstreit vor der Kammer für Handelssachen nur dann verhandelt wird, wenn der „Kläger“ dies in der „Klageschrift“ beantragt und weil durch die Neuregelung eine ausschließliche Zuständigkeit nicht ausdrücklich begründet wurde. Das LG München I vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die Regelungen der §§ 96 Abs. 1, 98 Abs. 1 GVG auch im Spruchverfahren anwendbar sein müssen, auch wenn dort von Klage gesprochen wird; der Antragsgegner kann somit die Verweisung an die Kammer für Handelssachen beantragen, woraufhin dann die Verweisung ausgesprochen werden muss.⁵⁶ Wenn der Gesetzgeber schon die ausschließliche Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen abschafft, so wäre es mit dem Regelungszusammenhang der §§ 95 ff. GVG unvereinbar und inkonsequent, wenn dann die Verweisungsvorschriften unanwendbar sein sollten.

b) Geltung des neuen Rechts nicht für vor dem 1.9.2009 eingeleitete Spruchverfahren

Für ein in erster Instanz vor dem 1.9.2009, dem Tag des Inkrafttretens des FamFG, eingeleitetes Spruchverfahren bleiben die Verfahrensvorschriften des Spruchverfahrensgesetzes in der bis dahin gültigen Fassung und die Vorschriften des FGG auch für das Rechtsmittelverfahren weiterhin anwendbar; auf den Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz und der Einlegung der Beschwerde kommt es nicht an.⁵⁷

2. Antragsfrist

Die in § 4 Abs. 1 SpruchG normierte Frist von drei Monaten seit dem Tag, an dem die Strukturmaßnahme bekannt gemacht worden ist, ist nach einem Beschluss des OLG München⁵⁸ dann nicht gewährt, wenn der Antrag beim unzuständigen Gericht eingereicht wurde und der Eingang beim zuständigen Gericht erst nach Fristablauf erfolgte. Das OLG München erteilte dabei einer analogen Anwendung des § 281 Abs. 2 S. 3 ZPO, die der BGH⁵⁹ vor dem Inkrafttreten des Spruchverfahrensgesetzes vornahm, eine deutliche Absage, weil nach Einführung des § 4 Abs. 1 SpruchG keine Regelungslücke mehr besteht, die eine analoge Anwendung des § 281 ZPO rechtfertigen könnte. Zur Begründung wird auf die Regelung in § 4 Abs. 1 S. 2 SpruchG verwiesen, in der der Gesetzgeber die Verfristungsfolge für Anträge an (zunächst zuständige und schließlich) unzuständige Gerichte ausdrücklich geregelt hat und dabei ausdrücklich die Fälle zugunsten des Antragstellers entschieden hat, in denen die (endgültige) Zuständigkeit zweifelhaft oder schwer erkennbar ist. Daraus ist dann der Umkehrschluss zu ziehen, dass in allen anderen Fällen nur die Einreichung beim zuständigen Gericht fristwährend wirkt. Da das zuständige Gericht innerhalb der Frist von drei Monaten ohne Weiteres zu ermitteln sei, zwingt auch die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG zu keiner anderen Beurteilung.

3. Antragsberechtigung

a) Gewillkürte Verfahrensstandschaft

In Spruchverfahren ist nach einem Beschluss des LG München I⁶⁰ eine gewillkürte Verfahrensstandschaft, bei der ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend gemacht wird, nicht von vornherein ausgeschlossen. Allerdings ist dabei die Frist des § 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SpruchG einzuhalten. Es muss folglich gegenüber dem Gericht innerhalb der Antragsfrist zumindest im Ansatz dargelegt werden, dass der Antragsteller nicht ein eigenes, sondern ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend macht.

b) Antragsbefugnis bei Namensaktien

In derselben Entscheidung folgt das LG München I der nahezu einhellig vertretenen Auffassung, dass die Vorschrift des § 67 Abs. 2 AktG auch im Verhältnis zum Antragsgegner Anwendung findet, weil das Spruchverfahren in dem mitgliedschaftlichen Verhältnis des Aktionärs zu der Gesellschaft hat, die Namensaktien ausgegeben hat. Ist der Antragsteller zum maßgeblichen Stichtag nicht im Aktienregister eingetragen, fehlt ihm die Antragsbefugnis.⁶¹

c) Umwandlungsmaßnahmen

Die Antragsberechtigung wird im Anwendungsbereich des § 29 Abs. 1 UmwG dergestalt ergänzt, dass nur der Anteilinhaber ein Spruchverfahren einleiten kann, der Widerspruch zur Niederschrift erklärt. Unterbleibt ein Widerspruch des Anteilinhabers, weil der Notar eine Äußerung abgegeben haben soll, aufgrund derer sich der Anteilinhaber darauf verlassen habe, der Notar habe ihm eine zusätzliche Hilfestellung bei der Einlegung des Widerspruchs in Aussicht gestellt, dann aber nicht geleistet, führt dies nicht zur Entbehrlichkeit des Widerspruchs in analoger Anwendung von § 29 Abs. 2 UmwG.⁶² Auch wäre das Verhalten des Notars der Gesellschaft nicht zuzurechnen, weil er Träger eines öffentlichen Amtes ist, dabei nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängiger und unparteiischer Betreuer aller Beteiligten ist, auch wenn er in einem solchen Fall regelmäßig auf Ansuchen und Kosten der Gesellschaft tätig wird.

4. Unternehmensbewertung

a) Ertragswertmethode

Hinsichtlich der grundlegenden Methodik bestätigte das OLG München⁶³ die ständige Rechtsprechung, wonach für die Bemessung der Barabfindung bei einem Squeeze-out der Grenzpreis zu ermitteln ist,

⁵⁵ Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) vom 17.12.2008, BGBl. I, 2586.

⁵⁶ Vgl. nur LG München I, 25.11.2009 – 38 O 21051/09, NZG 2010, 392. Da die Antragsgegnerin dieses Verfahrens einen entsprechenden Antrag stellte, musste das LG München I nicht entscheiden, ob eine Verweisung auch ohne Antrag möglich wäre.

⁵⁷ OLG München, 25.2.2010 – 31 Wx 32/10, ZIP 2010, 496.

⁵⁸ OLG München, 8.2.2010 – 31 Wx 148/09, ZIP 2010, 369 f.; OLG Frankfurt, 4.5.2009 – 20 W 84/09, NZG 2009, 1225; OLG Düsseldorf, 4.4.2005 – I 19 W 2/05 AktE, NZG 2005, 719; *Leuering*, in: Simon, SpruchG, 1. Aufl., § 4 Rn. 32; *Weingärtner*, in: Heidel, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2007, § 4 Rn. 11; *Hüfner*, AktG, 8. Aufl. 2008, § 4 SpruchG Rn. 5; a. A. *Drescher*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 4 SpruchG Rn. 9.

⁵⁹ BGHZ, 133.2006 – II ZB 26/04, 166, 329, 333 ff. = BB 2006, 1069 f. = NZG 2006, 426, 427 f. = AG 2006, 414 f. = ZIP 2006, 826, 827 f. = WM 2006, 909, 910 f. = DB 2006, 1046, 1067; der BGH ließ die Übertragbarkeit auf das SpruchG ausdrücklich offen.

⁶⁰ LG München I, 6.11.2009 – 5 HK O 21285/08.

⁶¹ LG München I, 6.11.2009 – 5 HK O 21285/08; ebenso OLG Frankfurt, 9.1.2006 – 20 W 166/05, NZG 2006, 667, 669; OLG Hamburg, 11.9.2003 – 11 W 30/03, NZG 2004, 45; KG, AG 2000, 364; *Leuering*, in: Simon, SpruchG, 1. Aufl., § 3 Rn. 13; *Wasmann*, in: KK-SpruchG, § 3 Rn. 24; *Bezenberger*, in: Schmidt/Lutter, AktG, 8. Aufl., § 67 Rn. 13; *Weingärtner*, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2007, § 3 SpruchG Rn. 3; *Lieder* NZG 2005, 159 ff.; a. A. *DiBlars*, BB 2004, 1293.

⁶² OLG München, 3.2.2010 – 31 Wx 135/09, ZIP 2010, 326, 328 f.

⁶³ OLG München, 14.7.2009 – 31 Wx 121/06, WM 2009, 1848 f. = ZIP 2009, 2339, 2340 = BB 2009, 1748 Ls. mit Anm. *Ihlau*; ebenso BGH, 21.7.2003 – II ZB 17/01, BB 2003, 2083 = WM 2003, 1859 = AG 2003, 627, 628; OLG Düsseldorf, 27.5.2009 – 26 W 5/07, WM 2009, 2220, 2223; OLG Stuttgart, 26.10.2006 – 20 W 14/05, AG 2007, 128, 129 f.

zu dem der Aktionär aus der Gesellschaft ausscheiden kann. Die Anwendung der Ertragswertmethode ist dabei nicht zu beanstanden, wobei der so ermittelte Anteilswert angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁶⁴ gegebenenfalls einer Korrektur durch den Börsenwert bedarf.

b) Überprüfbarkeit von Planungsrechnungen

Das OLG München⁶⁵ bekräftigte die eingeschränkte Überprüfbarkeit von Planungsrechnungen der Gesellschaft, weil diese das Ergebnis der jeweiligen unternehmerischen Entscheidung der für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen ist. Bauen diese Entscheidungen auf zutreffenden Informationen und daran orientierten realistischen Annahmen auf und sind sie in sich nicht widersprüchlich, darf die Planung nicht durch andere – letztlich ebenfalls nur vertretbare – Annahmen des Gerichts ersetzt werden. Nur dann, wenn Planungsrechnungen fehlen oder nicht plausibel sind, sind sachgerechte Prognosen zu treffen oder Anpassungen vorzunehmen.

c) Kapitalisierungszinssatz

Bei der Ermittlung des Kapitalisierungszinssatzes hält das OLG München⁶⁶ an seiner Rechtsprechung fest, dass der Basiszinssatz mit Hilfe einer Zinsstrukturkurve nach der Nelson/Siegel/Svensson-Methode ermittelt werden kann und dass bei der Erhöhung dieses Basiszinssatzes um einen Risikozuschlag die marktorientierte Ermittlung des Risikozuschlages unter Anwendung des (Tax)CAPM – Capital Asset Pricing Model – der pauschalen Festlegung aufgrund von Erfahrungswerten nicht überlegen sei, weil auch hier das Ergebnis in hohem Maße von der subjektiven Einschätzung des Bewerter abhängt, die nur nicht unmittelbar durch die Schätzung des Risikozuschlages selbst ausgeübt wird, sondern mittelbar durch die Auswahl der Parameter für die Berechnung von Marktrisikoprämie und Beta-Faktor. Die rechnerische Herleitung des Risikozuschlages täusche darüber hinweg, dass aufgrund einer Vielzahl von Annahmen, die für die Berechnung getroffen werden müssen, nur eine scheinbare Genauigkeit erreicht wird und nicht etwa eine mathematisch exakte Bemessung des für die Investition in das konkrete Unternehmen angemessenen Risikozuschlages. Das OLG München hält daher eine empirische Schätzung des Risikozuschlages für vorzugswürdig, die im Rahmen einer Gesamtwür-

digung aller maßgeblichen Gesichtspunkte der konkreten Situation des zu bewertenden Unternehmens Rechnung trägt; dabei können bei der gebotenen kritischen Überprüfung die unter Anwendung des CAPM gewonnenen Daten als eines der Elemente für die Schätzung des Risikozuschlages herangezogen werden.

d) Bewertung von Immobilienportfolios

Das LG München I⁶⁷ hat für ein Immobilienunternehmen entschieden, dass es angesichts der Bedeutung des § 287 ZPO im Rahmen der Unternehmensbewertung genügt, wenn nicht das gesamte Immobilienportfolio einer sachverständigen Begutachtung unterzogen wird. Wenn vor allem die Grundstücke, die besonders werthaltig sind, von einem Gerichtssachverständigen bewertet werden, so kann aus dem Ergebnis dieser Begutachtung ein Rückschluss auch auf die Richtigkeit der Bewertung der anderen Grundstücke gezogen werden.

// Autoren

Dr. Jörg Schwichtenberg ist Rechtsanwalt und Partner bei honert + partner in München im Bereich Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht. Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Beratung börsennotierter Gesellschaften bei der Vorbereitung und Durchführung von Hauptversammlungen sowie der Vertretung der Mandanten in aktienrechtlichen Auseinandersetzungen.



Dr. Helmut Krenek ist seit Mitte Juli 2003 Vorsitzender der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts München I, die unter anderem für alle Anfechtungsklagen und Spruchverfahren aus dem Bezirk des Oberlandesgerichts München zuständig ist.



⁶⁴ Vgl. BVerfGE 100, 289, 300 ff.

⁶⁵ OLG München, 14.7.2009 – 31 Wx 121/06, WM 2009, 1848, 1849 = ZIP 2009, 2339, 2340 = BB 2009, 1748 Ls. mit Anm. *Ihlaui*; ebenso OLG Stuttgart, 19.3.2008 – 20 W 3/06, AG 2008, 510.

⁶⁶ OLG München, 14.7.2009 – 31 Wx 121/06, WM 2009, 1848, 1850 ff. = ZIP 2009, 2339, 2341 = BB 2009, 1748 Ls. mit Anm. *Ihlaui*; für die ausschließliche Anwendung des (Tax-)CAPM dagegen vor allem OLG Stuttgart, 26.10.2006 – 20 W 14/05, AG 2007, 128, 133 f.; ZIP 2010, 274, 275 Ls. 2 bis 4; OLG Düsseldorf, 27.5.2009 – I-26 W 5/07, WM 2009, 2220, 2226.

⁶⁷ LG München I, 30.12.2009 – 5 HK O 15746/02, rechtskräftig.

Stefanie Jung

Die „schwedische“ Societas Privata Europaea

Nach der tschechischen Präsidentschaft hat nun auch die schwedische Präsidentschaft einen Verordnungsentwurf für die Societas Privata Europaea (SPE) – die neue europäische Gesellschaftsform – vorgelegt.

Dieser Beitrag analysiert erstmals die Grundkonzeption des zweiten überarbeiteten schwedischen Verordnungsentwurfs und beleuchtet die bedeutendsten Unterschiede zum Kommissions-, Parlaments- und tschechischen Präsidentschaftsentwurf. Im Ergebnis lässt sich festhal-

ten, dass der schwedische Verordnungsentwurf auf dem tschechischen beruht, jedoch an vielen Stellen erheblich von diesem abweicht.

I. Einleitung

Die Schaffung einer Europäischen Privatgesellschaft, die auf die Bedürfnisse von klein- und mittelständischen Unternehmen (KMU) zu-