

# ALLEN & OVERY



## Newsletter für die Aktiengesellschaft

*Wichtige Neuigkeiten für Aktiengesellschaften*

3. Quartal 2017

# Highlights

## BGH zur Geltendmachung des Deckungsanspruchs einer D&O-Versicherung durch die Versicherungsnehmerin

Der BGH hat entschieden, dass ein D&O-Versicherer unmittelbar durch die versicherungsnehmende Gesellschaft auf Deckung in Anspruch genommen werden kann, und zwar trotz einer abweichenden Regelung in § 8.1 der „Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe juristischer Personen (AVB-O HV 40/07)“, wonach an sich eine Inanspruchnahme nur durch die versicherten Vorstandsmitglieder erfolgen kann.

## EuGH zur Zusammensetzung des mitbestimmten Aufsichtsrats in multinationalen Konzernen vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit

Der EuGH hat in der Rechtssache Erzberger bestätigt, dass die Auslegung der Mitbestimmungsregelungen durch die deutschen Gerichte mit der unionsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) vereinbar ist.

## OLG Frankfurt a.M. zur Unternehmensbewertung anhand des Net Asset Value bei Immobiliengesellschaften

Das OLG Frankfurt a.M. hat die Unternehmensbewertung anhand des Net Asset Value (NAV) für Immobiliengesellschaften unter engen Voraussetzungen anerkannt.

## OLG Frankfurt a.M. zur unverzüglichen Veröffentlichung eines Tagesordnungsergänzungsverlangens

Das OLG Frankfurt a.M. hat entscheiden, dass die Veröffentlichung eines Ergänzungsverlangens einer Mehrheitsaktionärin zur Tagesordnung unverzüglich, jedoch nicht zwingend vor Ablauf des Record Date, erfolgen muss.

# Inhalt

Highlights	1
Aktuelle Rechtsprechung	3
Weitere Entscheidungen in Kürze	10
Sonstige Neuigkeiten	13
Literatur	16
Ankündigung Veranstaltungen	17
Ansprechpartner	19

# Aktuelle Rechtsprechung

## BGH ZUR GELTENDMACHUNG DES DECKUNGSANSPRUCHS EINER D&O-VERSICHERUNG DURCH DIE VERSICHERUNGSNEHMERIN

Der BGH hatte darüber zu entscheiden, ob ein D&O-Versicherer trotz der abweichenden Regelung in § 8.1 der „Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe juristischer Personen (AVB-O HV 40/07)“ auch unmittelbar durch die versicherungsnehmende Gesellschaft selbst auf Deckung in Anspruch genommen werden kann.

Die Klägerin hatte für Vorstandsmitglieder und Prokuristen eine D&O-Versicherung bei der Beklagten, einem Versicherungsunternehmen, abgeschlossen, welcher unter anderem die AVB-O zugrunde lagen. § 8.1 AVB-O in der maßgeblichen Form regelt, dass grundsätzlich nur die versicherten Personen, d.h. die Vorstandsmitglieder, den Anspruch auf Versicherungsschutz geltend machen können und weicht insoweit von der gesetzlichen Grundkonzeption der §§ 43 ff. VVG ab, die unter bestimmten Voraussetzungen auch dem Versicherungsnehmer die Durchsetzung erlauben.

Nachdem die Klägerin die Vorstandsmitglieder wegen Pflichtverletzungen in Anspruch genommen und der Beklagten den Versicherungsfall angezeigt hatte, lehnte diese die Deckung ab. Die Vorstandsmitglieder selbst machten keine Deckungsansprüche geltend, so dass die Versicherungsnehmerin selbst Feststellungsklage hinsichtlich einer bestehenden Deckung erhob um einer drohenden Verjährung zu begegnen.

Sowohl das LG München I als auch das OLG München erachteten die Klage mangels Prozessführungsbefugnis für unzulässig. Zwar erlaube § 45 Abs. 2 VVG dem Versicherungsnehmer die Geltendmachung des Anspruchs, wenn er sich im Besitz des Versicherungsscheins befinde, diese Ausnahme sei jedoch durch § 8 AVB-O abbedungen (und der Versicherungsschein hier ohnehin im Prozess nicht rechtzeitig vorgelegt worden). Zudem sei die Klage auch wegen Verstoßes gegen das Trennungsprinzip zwischen Haftungsprozess und Versicherungsregress unbegründet. Materiell müsse die Gesellschaft erst einen Titel gegen die Vorstandsmitglieder erstreiten, um sodann die Versicherung in Anspruch nehmen zu können.

Der BGH bejahte hingegen einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft der Versicherungsnehmerin für die versicherten Vorstandsmitglieder aus §§ 44 Abs. 2, 45 Abs. 1 VVG. In der vorliegenden Konstellation, dass der Versicherer (1) die Deckung versagt, (2) die versicherten Vorstandsmitglieder keinen Schutz geltend machen und (3) keine schützenswerten Interessen des Versicherers der Geltendmachung durch den Versicherungsnehmer entgegenstehen sei eine Berufung auf die fehlende, durch die AVB-O abbedungene Prozessführungsbefugnis rechtsmissbräuchlich. Die ansonsten nur verbleibende Möglichkeit, die versicherten Vorstandsmitglieder auf Inanspruchnahme der Versicherung zu verklagen, wäre angesichts der inzident erforderlichen Prüfung der Erfolgsaussichten des Deckungsprozesses unzweckmäßig und zudem einem Interessenwiderstreit ausgesetzt, da sich zunächst versicherte Vorstandsmitglieder und Versicherung zusammen gegen die Klage wehren müssten, nur um im Fall ihres Unterliegens sodann untereinander einem weiteren Verfahren ausgesetzt zu werden.

Der BGH griff daher auf den in §§ 108 Abs. 1, 110 VVG und §§ 156 Abs. 1, 157 VVG a.F. verankerten Gedanken der Sozialbindung der Haftpflichtversicherung, den er bereits in vorherigen Entscheidungen für Innenhaftungsfälle der D&O-Versicherung anerkannt hatte, zurück und berücksichtigte das wirtschaftliche Interesse der Versicherungsnehmerin als gleichzeitig potentiell Geschädigte des Versicherungsfalles an.

Nach diesem Gedanken hatte der BGH bereits in vorheriger Rechtsprechung zur Haftpflicht anerkannt, dass das Trennungsprinzip bei Untätigkeit des versicherten Schädigers durchbrochen werden könne und unabhängig von einer Feststellung des konkreten Versicherungsfalles zunächst eine vorweggenommene Klage auf Deckung möglich sei, um den Versicherungsanspruch als Befriedigungsobjekt für den Geschädigten zu erhalten, sofern andernfalls ein Verlust des Anspruchs drohe und der Schädiger nur über unzureichende private Mittel verfüge.

Unschädlich sei ferner, dass die Versicherungsnehmerin selbst die Regelung der AVB-O mit der Versicherung durch Abschluss des Versicherungsvertrages vereinbart hatte. Denn die Gesellschaft dürfe bei Vertragsschluss

davon ausgehen, dass die versicherten Vorstandsmitglieder regelmäßig aus eigenem Interesse die Ansprüche geltend machen würden, da es sich bei der D&O-Versicherung um eine Fremdversicherung zu ihren Gunsten handele.

Der Versicherer habe bei Untätigkeit der versicherten Vorstandsmitglieder auch kein schützenswertes Interesse der Inanspruchnahme durch die Versicherungsnehmerin entgegenzusetzen. Die Regelung der AVB-O solle ihm bloß die Vertragsabwicklung erleichtern, indem er sich im Regelfall nur mit dem jeweiligen versicherten Organmitglied auseinandersetzen müsse. Auch die im Deckungsprozess denkbaren Feststellungen, etwa einer wissentlichen Pflichtverletzung der versicherten Vorstandsmitglieder, begründe kein entgegenstehendes Interesse. Denn in dem parallelen Haftungsprozess zwischen Gesellschaft und versicherten Vorstandsmitglied

stehe ohnehin Vorsatz in Rede. Bei einer schlichten Feststellung der Deckung bestehe zudem keine Gefahr, dass die Versicherungsnehmerin ungerechtfertigt die Versicherungsleistung für sich vereinnahmen könnte. Hinsichtlich der Zurückverweisung gab der BGH zudem zu bedenken, dass die Haftungsfrage im Deckungsprozess nicht geklärt werden müsse, sondern hierfür eine Haftung der versicherten Vorstandsmitglieder zu unterstellen sei.

**BGH, Urt. v. 5. April 2017 - IV ZR 360/15 AG  
2017, 544 (rechtskräftig)**

#### **EUGH ZUR ZUSAMMENSETZUNG DES MITBESTIMMTEN AUFSICHTSRATS IN MULTINATIONALEN KONZERNEN VOR DEM HINTERGRUND DER UNIONSRECHTLICHEN ARBEITNEHMERFREIZÜGIGKEIT**

Der EuGH hat in der Rechtssache *Erzberger* bestätigt, dass die Auslegung der Mitbestimmungsregelungen durch die deutschen Gerichte mit der unionsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) vereinbar ist.

Herr *Erzberger* hatte als Anteilseigner der TUI AG die fehlerhafte Zusammensetzung des Aufsichtsrates vor dem LG Berlin gerügt. Er begründete seinen Antrag damit, dass nach der in der deutschen Rechtsprechung herrschenden Auslegung des Mitbestimmungsgesetzes nur Beschäftigte der im Inland liegenden Betriebe des multinationalen Konzerns als Arbeitnehmer betrachtet würden und nur diese für die Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat aktiv und passiv wahlberechtigt seien. Hierdurch seien ausländische Mitarbeiter in Konzern-töchtern in anderen Mitgliedsstaaten und deutsche Arbeitnehmer, die bei einem Weggang in eine ausländische Tochter ihre Mitbestimmungsrechte - und sofern sie zum Aufsichtsratsmitglied gewählt wurden auch ihre Stellung als solches – einbüßten, diskriminiert.

In erster Instanz hatte das LG Berlin eine relevante Diskriminierung abgelehnt. Das Kammergericht sah hingegen einen möglichen Europarechtsverstoß und legte die Angelegenheit dem EuGH vor.

Der EuGH stellte zunächst fest, dass nicht per se eine Diskriminierung der im Ausland Beschäftigten bestehe. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit sei abschließend speziell und verdränge das allgemeine Diskriminierungsverbot bereits dem Anwendungsbereich nach. Nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH müssten sich die ausländischen Arbeitnehmer auf den Schutz der Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen, damit diese anwendbar sei und die ausländischen Arbeitnehmer in den Genuss derselben gelangen könnten. Dies sei im hier vorliegenden Fall aber gerade nicht gegeben, da sich kein betroffener Arbeitnehmer, sondern ein Aktionär auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufe. Die bloße grenzüberschreitende Konzernverbundenheit der Gesellschaften genüge als Anknüpfungspunkt nicht.

Der Wegzug eines Arbeitnehmers aus Deutschland sei zwar eine Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, die mitbestimmungsrechtlichen Folgen aber keine Behinderung derselben. Das Unionsrecht garantiere keine einheitlichen Mitbestimmungsregelungen und gewährleiste auch nicht, dass ein Wechsel des Mitgliedsstaates für den Arbeitnehmer in sozialer Hinsicht neutral sei. Unterschiede zwischen den nationalen Systemen und Rechtsvorschriften seien hinzunehmen und nicht notwendig immer negativ für die Arbeitnehmer. Gleiche Arbeitsbedingungen wie in seinem Herkunftsstaat könne der Arbeitnehmer nicht verlangen. Die Entscheidung über die

Anwendbarkeit der Mitbestimmung stehe im Ermessen des nationalen Gesetzgebers, da keine Koordinierung oder gar Harmonisierung auf Unionsebene bestehe. Mithin sei die deutsche Regelung, auch in der herr-

schen Auslegung, eine unionsrechtskonforme Entscheidung des nationalen Gesetzgebers.

**EuGH, Rs. C-566/15 v. 18. Juli 2017 (Erzberger),  
AG 2017, 577 (rechtskräftig)**

## OLG FRANKFURT A.M. ZUR UNTERNEHMENSBEWERTUNG ANHAND DES NET ASSET VALUE BEI IMMOBILIENGESELLSCHAFTEN

Das OLG Frankfurt a.M. hat die Unternehmensbewertung anhand des Net Asset Value (NAV) für Immobiliengesellschaften unter engen Voraussetzungen anerkannt.

Die Antragsgegnerin in einem Spruchverfahren hatte die Mehrheit an einer Gesellschaft, deren Unternehmensgegenstand im Erwerb, Halten, Verwalten und Veräußern von Immobilien und Immobiliengesellschaften sowie von Finanzinstrumenten und ähnlichen Anlageobjekten bestand, erworben. Tatsächlich wurden von der Gesellschaft hauptsächlich Minderheitsbeteiligungen an Immobilienfonds gehalten. Die Erweiterung des Portfolios war bereits eingestellt und sollte auch nicht wieder aufgenommen werden. Langfristig war vielmehr eine Abwicklung der Bestände geplant. Eigene Mitarbeiter existierten nicht, die Verwaltung des Portfolios war ausgelagert.

Die erworbene Gesellschaft wurde auf die Antragsgegnerin verschmolzen und ein Squeeze-out durchgeführt. Hierbei wurde eine Bewertung anhand des NAV herangezogen und anschließend mit dem Ergebnis der Discounted Cash Flow-Methode und dem gewichteten Börsenkurs verprobt. Beide Ergebnisse lagen unterhalb des NAV. Als Abfindung wurde ein Preis, der 1,17 € über dem Ergebnis nach NAV lag, ausbezahlt.

Das Landgericht Frankfurt vertrat in erster Instanz die Auffassung, dass angesichts der Geschäftsstruktur und Tätigkeit der verschmolzenen Gesellschaft eine Heranziehung der Bewertungsmethoden für europäische Investments, wie auch in § 168 KAGB für offene Publikumsinvestmentvermögen vorgesehen, angezeigt sei. Es seien keine Synergien erkennbar, die der NAV-Bewertung nicht zugänglich wären. Es stütze sich daher auf die Bewertung der von der Antragsgegnerin beauftragten Wirtschaftsprüferin und schätzte den Wert der Anteile auf 10 Cents über der geleisteten Abfindung. Dies sei eine so geringe Abweichung, dass eine Anpassung der Abfindungshöhe nicht erforderlich sei.

Hiergegen wendeten sich die Anspruchsteller im weiteren Beschwerdeverfahren vor dem OLG Frankfurt a.M. vor allem mit der Behauptung, die Bewertungsmethode sei fehlerhaft gewählt und das Resultat zu niedrig. Geboten sei eine Bewertung nach dem Ertragswertverfahren. Zudem sei angesichts des zuvor höheren Nettoinventarwertes und des höheren Buchwertes eine bessere Bewertung zwingend. Auch hätten die Verwaltungskosten der Gesellschaft nicht abgezogen werden dürfen. Zudem hätten vorherige Veräußerungen von Assets gezeigt, dass auch ein über dem Fair Value liegender Preis hätte erzielt werden könne.

Hinsichtlich der Unternehmensbewertung folgte das OLG Frankfurt a.M. der Auffassung der Vorinstanz. Das OLG wies unter Bezugnahme auf das BVerfG darauf hin, dass die Abfindungshöhe durch gerichtliche Schätzung, gestützt auf anerkannte Bewertungsmethoden und den Börsenwert der Anteile als Untergrenze festzulegen sei. Geeignete Bewertungsmethode sei zwar bei einem werbenden Unternehmen grundsätzlich die Ertragswertmethode, unter bestimmten Begebenheiten komme aber beispielsweise auch der Börsen- oder Liquidationswert in Betracht. Die Wahl der jeweils angebrachten Methode bestimme sich anhand dessen, was in der Wirtschaftswissenschaft anerkannt und in der Praxis gebräuchlich sei.

Für Immobiliengesellschaften sei dies auf europäischer Investment- und Analystenebene der NAV, der den Wert aus der Differenz der Marktwerte des Vermögens und der Verbindlichkeiten ermittle.

Die Zielgesellschaft stehe hier einer Investmentgesellschaft gleich. Denn sie habe das werbende Geschäft eingestellt, wäre auf eine kurzfristige Abwicklung der bestehenden Investments ausgerichtet, habe über ihre Minderheitsbeteiligungen nur einen geringen Einfluss auf die operative Tätigkeit ihrer Co-Investments und auch keinen Einfluss auf die Investmentstrategien. Zudem handele es sich angesichts hoher Fremdfinanzierungen teilweise um riskante Investments.

Angesichts eines schlüssigen Bewertungsgutachtens der Verschmelzungsprüferin, welches auch durch die zusätzlich angewandten Bewertungsmethoden abgesichert sei, bestehe kein Anlass, wie von den Antragsstellern begehrt, einen zusätzlichen gerichtlichen Sachverständigen heranzuziehen. Zudem sei eine sachverständige Bewertung der weitgehend im Ausland belegenen Immobilien, die sich nicht unter der Kontrolle der Antragsgegnerin befänden, ohnehin nicht durch das Gericht anzuordnen.

Das OLG bestätigte ferner die Auffassung des LG, dass auch bei Schätzung einer Abfindung 10 Cent über dem gezahlten Preis keine Erhöhung der Abfindung im Spruchverfahren zu erfolgen habe. Eine geringfügige

Anpassung sei nur vorzunehmen, wenn dies aus Rechtsgründen geboten wäre, insbesondere wenn die Anknüpfungspunkte der Bewertung grob fehlerhaft wären. Abweichende Einschätzungen des Gerichts in geringem Umfang würden hingegen keine Erhöhung gebieten.

**OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8. September 2016 – 21 W 36/15, AG 2017, 553 (rechtskräftig)**

### OLG FRANKFURT A.M. ZUR UNVERZÜGLICHEN VERÖFFENTLICHUNG DES TAGESORDNUNGS-ERGÄNZUNGSVERLANGENS

Das OLG Frankfurt a.M. hatte über die Frage zu entscheiden, ob das Ergänzungsverlangen einer Mehrheitsaktionärin zur Tagesordnung spätestens bis zum Record Date veröffentlicht werden muss, damit es noch als „unverzüglich“ im Sinne des Gesetzes gilt.

Die Mehrheitsaktionärin hatte im Wege des Ergänzungsverlangens die Beschlussfassung über eine Kapitalmaßnahme auf die Tagesordnung der anstehenden Hauptversammlung der (nicht börsennotierten) Beklagten setzen lassen. Hierüber wurde dann in der Hauptversammlung abgestimmt und ein entsprechender Beschluss gefasst.

Die Kläger erhoben Anfechtungsklage mit der Begründung, dass das Ergänzungsverlangen der Mehrheitsaktionärin mangelhaft und dieses nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden sei. Die Satzung der Beklagten hatte das Record Date auf den 21. Tag vor der Hauptversammlung festgelegt. Die Veröffentlichung des Ergänzungsverlangens erfolgte durch den Vorstand nach dem Record Date.

Das LG sah die Veröffentlichung nach dem Record Date als Verstoß gegen §§ 122 Abs. 2, 124 Abs. 1 Satz 1 AktG, wonach das Ergänzungsverlangen unverzüglich nach seinem Zugang zu veröffentlichen ist. Die Bekanntgabe habe demnach spätestens bis zum Record Date erfolgen müssen, da sonst den anderen Aktionären die Möglichkeit für einen Zukauf von weiteren Aktien verwehrt bliebe. Dies entspreche auch der Aktionärsrechte-Richtlinie.

Das OLG Frankfurt a.M. widersprach dem und legte dar, dass unverzüglich gemäß § 121 Abs. 1 BGB ohne schuldhaftes Zögern heiße und hierfür kein Endzeitpunkt vorgesehen sei. Dementsprechend könne die Veröffentlichung des Ersatzverlangens keine endgültige zeitliche Grenze im Zeitpunkt des Record Dates finden. Die in § 122 Abs. 2 Satz 3 AktG festgelegte Frist von 24 Tagen für das Einreichen von Ergänzungsverlangen, könne gar nicht ausgereizt werden, wenn die Frist für die Veröffentlichung des Ergänzungsverlangens 21 Tage betrage und man dem Vorstand eine angemessene Zeit zur Prüfung und Veröffentlichung einräumen wolle. Die Aktionärsrechte-Richtlinie sei außerdem nicht anwendbar, da sich diese nur auf börsennotierte Unternehmen beziehe.

Das OLG Frankfurt a.M. stellte außerdem fest, dass der Einwand der Kläger, die Mehrheitsaktionärin habe ihr Verlangen auf Ergänzung der Tagesordnung nicht geltend machen können, da sie keine Minderheit darstelle, zu Unrecht erhoben worden sei. Das Recht aus § 122 Abs. 1 oder 2 AktG sei zwar als Recht einer Minderheit ausgestaltet, aber nicht auf sie beschränkt.

**OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 19. Juni 2017 – 5 U 150/16, ZIP 2017, 1714 (rechtskräftig)**

## BFH ZUR RÜCKSTELLUNG FÜR AKTIONSOPTIONSPROGRAMM

Der BFH hat die Bildung von Rückstellungen für ein Aktienoptionsprogramm zu Gunsten von leitenden Mitarbeitern vor der Ausübung der Optionsrechte als unzulässig erachtet.

In der zu entscheidenden Konstellation hatte eine AG an ihre leitenden Mitarbeiter Aktienoptionen ausgegeben, die ausgeübt werden konnten, wenn ein näher definiertes „Exit-Ereignis“ vorlag und zusätzlich zum Zeitpunkt der Optionsausübung ein bestimmtes Erfolgsziel erreicht war. Zudem behielt sich die AG ein Ersetzungsrecht durch Barmittel vor.

Die AG wurde später auf eine andere Aktiengesellschaft, die Klägerin, verschmolzen und diese bildete für die Zahlungsverpflichtungen aus den Optionsrechten Rückstellungen. An sämtlichen in Rede stehenden Bilanzstichtagen lag der Verkehrswert der Aktie dabei über dem vorgegebenen Erfolgsziel der Optionen. Das Exit-Ereignis war hingegen nicht eingetreten.

Das Finanzamt erkannte die Passivierung der Zahlungsverpflichtungen nicht an. Die Klage hiergegen vor dem Finanzgericht hatte keinen Erfolg.

Der BFH folgte dem Finanzgericht. Die Zahlungsverpflichtung unter dem Aktienoptionsprogramm erlaube keine Rückstellung für eine ungewisse Verbindlichkeit nach § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB. Denn erforderlich für eine Rückstellung sei entweder eine ihrer Höhe nach ungewisse Verbindlichkeit oder die überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Entstehens einer Verbindlichkeit dem Grunde nach. Fehle es sowohl an Gewissheit über Grund als auch Höhe, könne eine Rückstellung nur gebildet werden, wenn die Verbindlichkeit wirtschaftlich in vor dem Bilanzstichtag abgelaufenen Wirtschaftsjahren verursacht sei.

Zu den streitgegenständlichen Bilanzstichtagen sei die Verbindlichkeit jedoch weder rechtlich entstanden noch wirtschaftlich verursacht gewesen:

Eine rechtliche Entstehung setze eine Erfüllung der anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale voraus. Insoweit fehle es bereits an dem Exit-Ereignis. Aber auch die Erreichung des definierten Erfolgsziels könne nicht allein aus dem höheren Verkehrswert der Aktien zu den früheren Bilanzstichtagen entnommen werden, da sich hieraus nicht ergebe, dass das Erfolgsziel auch noch im zukünftigen Zeitpunkt der Optionsausübung erreicht sein werde.

Eine wirtschaftliche Verursachung der Zahlungsverpflichtung sei ebenfalls nicht gegeben, da dies erfordern würde, dass das Entstehen der Verbindlichkeit lediglich noch von unwesentlichen Tatbestandsmerkmalen abhänge. Zudem müsse es sich um eine Verbindlichkeit handeln, die Vorgänge aus der Vergangenheit abgelte. Bereits die Festlegung des auf den Ausübungszeitpunkt bestimmten Erfolgsziels zeige aber gerade die Zukunftsorientierung der hier in Rede stehenden Verbindlichkeit. Es handle sich nicht um die Abgeltung vergangener Leistung sondern um einen Ansporn für die Zukunft. Hieran ändere auch eine aus dem bisherigen Kursverlauf indizierte Wahrscheinlichkeit für die Erreichung des künftigen Erfolgszieles nichts. Denn anders als in der Literatur vertreten, sei auch nach Überschreiten des Schwellenwertes noch eine künftige Leistung von den Optionsinhabern gefordert – sie dürften den Kurs nicht wieder sinken lassen.

Ferner stehe der Bilanzierung entgegen, dass die Optionsrechte Teil des Pflichtengeflechts aus den Arbeitsverhältnissen der Optionsinhaber seien und solche einzelnen Positionen aus schwebenden Geschäften nicht zu bilanzieren seien, da die Vermutung der Ausgewogenheit der Vertragsbeziehungen dem entgegenstehe.

**BFH, Urt. v. 15. März 2017 – I R 11/15, ZIP 2017, 1561 (rechtskräftig)**

## OLG FRANKFURT A.M. ZUR GERICHTLICHE SCHÄTZUNG DES UNTERNEHMENSWERTES NACH § 287 ABS. 2 ZPO BEI BESTEHEN EINES ISOLIERTEN BEHERRSCHUNGSVERTRAGS

Das OLG Frankfurt a.M. hatte sich mit der Schätzung des Unternehmenswertes im Spruchverfahren zu befassen.

Anlässlich einer Beschwerde im Rahmen eines Spruchverfahrens nach einem aktienrechtlichen Squeeze-out

stellte das OLG klar, dass der für die Höhe der Abfindung maßgebliche Grenzpreis der Aktien üblicherweise der Verkehrswert der Aktien und gemäß Rechtsprechung des BVerfG mindestens der Börsenkurs als Untergrenze sei.

Angesichts eines im vorliegenden Fall nur noch geringen Handels an der Börse verneinte das OLG Frankfurt a.M. allerdings die ausreichende Verlässlichkeit einer markt-orientierten Bewertung, da nicht mehr von einer effizienten Informationsbewertung durch den Börsenhandel und damit einer zutreffenden Beurteilung der Ertragsfähigkeit durch das Börsenpublikum ausgegangen werden könne. Soweit kein Börsenkurs als tauglicher Anknüpfungspunkt der Untergrenze herangezogen werden könne, sei der Unternehmenswert nach Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO zu ermitteln.

Hierfür sei eine tragfähige Grundlage in Form einer Unternehmensbewertung heranzuziehen. Es müsse sich hierbei aber nicht notwendig um die bestmögliche Bewertungsmethode handeln. Ausreichend sei, dass die angewandte Methode in der Betriebs- oder Wirtschaftswissenschaft anerkannt und in der Praxis gebräuchlich sei. Zudem müsse das Gericht von der von ihm gewählten Methode überzeugt sein, wofür es sich aber nicht notwendig ein umfassendes Bild über einzelne Methoden oder Parameter machen müsse. Die Beurteilung der Tragfähigkeit der Schätzgrundlagen erfolge durch das Gericht vielmehr in pflichtgemäßem Ermessen orientiert an dem Ziel einer wahren Unternehmensbewertung. Vorliegend erachtete das OLG Frankfurt a.M. daher eine Bewertung anhand des im Übertragungsbericht ermittelten Ertragswertes für geboten.

Die betroffene Aktiengesellschaft war Partei eines isolierten Beherrschungsvertrags als beherrschtes Unternehmen. Das OLG Frankfurt a.M. prüfte daher insbesondere die Frage, ob ein Ertragswertverfahren auch bei

bestehendem Unternehmensvertrag aussagekräftig sein könne. Die Vorinstanz hatte dies verneint. Das OLG entschied jedoch, dass nur ein Gewinnabführungsvertrag eine Bewertung im Ertragswertverfahren verhindere. Der hier bestehende isolierte Beherrschungsvertrag sei hingegen unbedenklich. Das Gebot einer Mindestdividende führe dazu, dass die erwirtschafteten Gewinne auch den Minderheitsaktionären tatsächlich zufließen und lediglich die Unternehmenspolitik nicht autonom auf Ebene der zu bewertenden Gesellschaft bestimmt werde.

Mit Blick auf die Anwendung der Ertragswertmethode entschied das OLG Frankfurt a.M., dass eine vom IDW empfohlene Marktisikoprämie grundsätzlich eine taugliche Schätzgrundlage sei, die selbst bei Bandbreite der Empfehlung (hier 4,5 bis 5,5%) nicht von der AG oder dem Gericht geprüft werden müsse. Im Übrigen könne die Bestimmung des Risikozuschlags anhand des sogenannten Tax Capital Asset Pricing Model erfolgen.

Bei der Bestimmung des weiterhin nötigen Betafaktors, d.h. der Einpreisung des systematischen Risikos der Aktie, hielt das OLG Frankfurt a.M. zudem fest, dass grundsätzlich neben dem historischen Kurs der zu bewertenden Aktie auch auf eine Peer Group abgestellt werden könne. Im vorliegenden Fall hätten allerdings die Mehrheitsaktionärin und Aktiengesellschaft mehrere Produktions- und Vertriebsverträge sowie eine Verrechnungspreisdokumentation abgeschlossen. In einem solchen Fall sei ein Abschlag beim Betafaktor zu machen, da insoweit das Risiko der zu bewertenden Gesellschaft gegenüber der Vergleichsgruppe reduziert sei.

**OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 17. Januar 2017 – 21 W 37/12, AG 2017, 626 (rechtskräftig)**

## OLG MÜNCHEN ZUR VORSTANDSHAFTUNG

Das OLG München hatte über Auskunfts- und Herausgabeansprüche aus § 666, 675 BGB (ursprünglich) einer Aktiengesellschaft gegen eines ihrer Vorstandsmitglieder zu entscheiden.

Der Beklagte war Vorstandsmitglied der AG. Während seiner Zeit als Vorstandsmitglied hatte er wiederholt Barabhebungen und Überweisungen von Konten der AG veranlasst. Er stellte schließlich Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens für die AG. Der Kläger als einer der Aktionäre der AG schloss hiernach eine Abtre-

tungsvereinbarung mit der Insolvenzverwalterin über sämtliche Ansprüche der Gesellschaft gegen den Beklagten als ehemaligen Vorstand ab. In einem Zwischenvergleich beschlossen Kläger und Beklagter ein verbindliches Schiedsgutachten zur Überprüfung des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs erstellen zu lassen. Das Schiedsgutachten wurde aber in der Folgezeit weder in Auftrag gegeben noch erstellt. Der Kläger klagte anschließend auf Auskunft über den Rechtsgrund der einzelnen Barabhebungen und Überweisungen und auf Vorlage der entsprechenden Vereinbarungen, Rechnungen, Belege und Kontoauszüge.

Zunächst stellte das OLG München fest, dass die Klage nicht gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO unzulässig sei, da keine Schiedsvereinbarung nach § 1029 ZPO vorläge, sondern ein rein tatsächenermittelnder Schiedsgutachtervertrag. Dafür spräche, dass das Gutachten nicht den Streit der Parteien entscheide, sondern lediglich einzelne Vorfragen verbindlich klären sollte.

Das OLG München führte im Weiteren aus, dass es hierauf letztlich nicht ankäme, da eine Schiedsgutachtenvereinbarung ohnehin nach § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG nichtig sei. Nach § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG könne eine Gesellschaft erst nach Ablauf einer Frist von drei Jahren auf Ersatzansprüche verzichten oder sich über diese vergleichen. Ein unter Verstoß hiergegen abgeschlossener Vergleich sei unwirksam und bliebe dies auch nach nachträglicher Genehmigung. Erfasst seien hiervon alle Ersatzansprüche. Die Schiedsgutachtervereinbarung falle somit unter § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG, da sie vergleichbare wirtschaftliche Folgen habe.

Das OLG München kam ferner zu dem Ergebnis, dass die geltend gemachten Ansprüche aus § 666, 675 BGB auf Auskunft und Herausgabe auf den Kläger übergegangen seien. Gemäß § 401 BGB ginge mit der abgetre-

tenen Forderung auch die für sie bestehenden Hypotheken und Pfandrechte, sowie die Rechte aus einer für die Forderung bestehenden Bürgschaft über. Analog gälte dies auch für solche Hilfsrechte, die zur Geltendmachung oder Durchsetzung einer Forderung erforderlich sind, insbesondere für Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung aus §§ 666, 675 BGB, die der Ermittlung des Gegenstandes und Betrages des Hauptanspruchs dienen. Dabei könne dahinstehen, ob die Vereinbarung eine Inkassozession oder eine Einziehungsermächtigung darstelle.

Darüber hinaus stellte das OLG München fest, dass sich aus dem Geschäftsführerdienstvertrag nach § 666, 675 BGB unstreitig eine Auskunfts- und Rechenschaftspflicht ergäbe, die auch die Vorlage von Belegen und die Herausgabe von Verträgen, Rechnungen, Belegen und Kontoauszügen beinhalte. Diesen weitreichenden Informations und Herausgabepflichten unterläge der Geschäftsbesorger, weil er fremdnützig im Rechtskreis des Auftraggebers tätig gewesen sei.

**OLG München, Urt. v. 30. März 2017 – 23 U 3159/16, AG 2017, 631 (rechtskräftig)**

# Weitere Entscheidungen in Kürze

## OLG DÜSSELDORF ZUR MITBESTIMMUNG IN ALT-AKTIENGESELLSCHAFTEN ALS KONZERNOBERGESELLSCHAFTEN IN EINEM FAKTISCHEN KONZERN

Das OLG Düsseldorf hatte sich mit der Frage der Mitbestimmung des Aufsichtsrates einer vor dem 10.08.1994 gegründeten AG, der Antragsgegnerin des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, zu befassen.

Die AG, eine Obergesellschaft in einem faktischen Konzern, der ein Klinikunternehmen mit mehr als 600 Arbeitnehmern betrieb, hatte bis Ende 2014 sieben eigene Angestellte und einen nach dem DrittelbG zusammengesetzten Aufsichtsrat gebildet. Nach Verlagerung der eigenen Arbeitnehmer in nachgeordnete Konzernuntergesellschaften und Beendigung sämtlicher Unternehmensverträge gab die AG bekannt, fortan ihren Aufsichtsrat im Einklang mit ihrer Satzung nur noch aus drei Aktionärsvertretern bilden zu wollen.

Ein Aktionär stellte daraufhin im Rahmen eines Statusverfahrens gemäß §§ 98, 99 AktG Antrag auf Feststellung, dass sich der Aufsichtsrat nicht nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zusammensetze. Das Landgericht Düsseldorf lehnte den Antrag in erster Instanz ab. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wurde nunmehr durch das OLG Düsseldorf verworfen.

Zur Begründung führte das OLG aus, es käme weder eine Zurechnung von Arbeitnehmern der Tochterunternehmen nach § 2 Abs. 2 DrittelbG in Betracht, noch lägen Gemeinschaftsbetriebe mit anderen Konzerngesellschaften oder unerlaubte Arbeitnehmerüberlassungen vor und die Änderung der Konzernorganisation sei auch nicht rechtsmissbräuchlich.

Für eine sogenannte Alt-AG, die vor dem 10.08.1994 gegründet wurde und keine Familiengesellschaft sei,

komme aufgrund der vor der Einführung des DrittelbG geltenden Rechtslage auch eine Mitbestimmung bereits bei weniger als 500 Arbeitnehmern in Betracht (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 DrittelbG). Allerdings müsse die Alt-AG hierfür überhaupt Arbeitnehmer haben, entweder eigene oder durch Zurechnung nach den Vorschriften des DrittelbG.

Im vorliegenden Fall komme nur die Zurechnung gemäß § 2 Abs. 2 DrittelbG in Betracht, da die AG mittlerweile keine eigenen Arbeitnehmer mehr habe. Allerdings müssten dafür die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 AktG erfüllt sein, was insbesondere das Bestehen eines Beherrschungsvertrags oder eine Eingliederung voraussetze. An beidem fehle es aber, so dass eine Zurechnung nach DrittelbG ausscheide.

Soweit daneben eine mitbestimmungsrechtliche Zurechnung von Arbeitnehmern aus etwaigen gemeinsamen Betrieben gemäß BetrVG in Betracht käme, müsse dies vorliegend ausscheiden, da andernfalls die klare Wertung des § 2 Abs. 2 DrittelbG für eine Begrenzung der Zurechnung auf Vertragskonzerne umgangen werde. Eine arbeitnehmerlose Holdinggesellschaft, die einen Konzern mit nicht mehr als 2.000 Arbeitnehmern leite, sei daher mitbestimmungsfrei.

Die Ausgliederung der früheren Arbeitnehmer der AG sei eine freie unternehmerische Entscheidung und Teil der gesellschaftsrechtlichen Organisationsfreiheit und könne daher nicht rechtsmissbräuchlich sein.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21. Juli 2017, I-26 W 1/16 (AktE), AG 2017, 666 (rechtskräftig)

## LG HEIDELBERG ZUR FEHLERHAFTEN BESTELLUNG EINES BESONDEREN VERTRETERS UND GELTENDMACHUNG VON ANSPRÜCHEN

Eine Hauptversammlung hatte einen besonderen Vertreter mit der Einziehung von Forderungen, sowohl gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder als auch einzelne Aktionäre, beauftragt. Hintergrund der Forderungen

waren Dividendenzahlungen der AG an die in Anspruch genommenen Aktionäre, obwohl deren Rechte infolge vorsätzlicher Missachtung der Mitteilungspflichten nach § 20 AktG geruht haben sollen.

Als Anspruchsgrundlage der Aktiengesellschaft waren in dem Hauptversammlungsbeschluss die §§ 93, 116, 117

AktG, ferner aber auch Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 20 Abs. 1 AktG und § 830 BGB sowie, gegen einen Aktionär, aus §§ 117, 317 AktG aufgeführt.

Der besondere Vertreter war der Ansicht, dass sämtliche in dem Beschluss genannten Anspruchsgrundlagen von ihm durchsetzbar seien, da sich insbesondere die deliktischen Ansprüche, wie auch Bereicherungsansprüche, nicht von § 62 AktG abgrenzen ließen und daher ebenfalls dem § 147 AktG unterfielen.

Das LG Heidelberg wies die Klage des besonderen Vertreters jedoch als unzulässig ab. Zur Begründung führte es aus, dass die AG nicht wirksam gesetzlich durch den besonderen Vertreter vertreten war, da die Ermächtigungsbeschlüsse der Hauptversammlung nichtig seien und auch die Grundsätze der fehlerhaften Bestellung eines Organs keine andere Betrachtung gebiete.

Eine Inanspruchnahme von anderen Personen als Vorstand- und Aufsichtsratsmitglieder (z.B. Aktionäre) sei – abgesehen von Ersatzansprüchen aus der Gesellschaftsgründung – durch den besonderen Vertreter nur über § 117 AktG denkbar. Zusätzlich könne allenfalls mit der Literatur noch an konzernrechtliche Ersatzansprüche aus §§ 317, 318 AktG gedacht werden.

Da § 147 AktG eine Ausnahme im Kompetenzgeflecht der AG darstelle, sei die Norm im Einklang mit der ganz herrschenden Auffassung eng auszulegen und daher auch die Durchsetzung von Ansprüchen aus § 62 Abs. 1 AktG und § 823 Abs. 2 BGB dem Vorstand zu überlassen. Zur Geltendmachung von Ansprüchen nach § 117 AktG ermächtige der vorliegende Hauptversammlungsbeschluss bei der gebotenen objektiven Auslegung gerade nicht, da kein entsprechender Sachverhalt dargestellt sei.

Der Beschluss der Hauptversammlung sei mithin gemäß § 241 Nr. 3 Alt. 1 AktG nichtig soweit er schwerwiegend in die Kompetenz des Vorstandes eingreife. Bereits die angestrebte Erweiterung der engen Ausnahmefälle, in denen die Hauptversammlung Ansprüche der AG

mittels des besonderen Vertreters durchsetzen könne, begründe die besondere Schwere des Kompetenzverstoßes im vorliegenden Fall.

Die Teilnichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses führe auch zu einer Nichtigkeit der übrigen Bestellung des besonderen Vertreters. Denn aus dem Hauptversammlungsbeschluss folge der innere Zusammenhang der Bestellungen, da der zugrundeliegende Sachverhalt einheitlich die unberechtigte Dividendenzahlung sei. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Hauptversammlung, hätte sie erkannt, dass eine Inanspruchnahme der Aktionäre auf dem von ihr angestrebten Weg nicht möglich war und ohnehin der Vorstand hierfür befasst werden müsste, die Durchsetzung der Haftung gegen diesen und den Aufsichtsrat zurückgestellt hätte.

Die Grundsätze der fehlerhaften Organbestellung seien hier nicht geeignet, eine wirksame Bestellung des besonderen Vertreters und damit die Zulässigkeit der Klage herbeizuführen. Zwar besitze der besondere Vertreter Organqualität. Vorliegend sei aber nach entsprechender Rüge durch die Beklagten die Nichtigkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse festzustellen und daher auch nach den Grundsätzen der fehlerhaften Organbestellung nunmehr keine wirksame Vertretung der AG mehr möglich. Der Vorstand habe, anders als in anderen in der Rechtsprechung bereits entschiedenen Fällen, das Verfahren hier nicht selbst aufgenommen und so die bisherigen Prozesshandlungen genehmigt. Vielmehr habe er im Verfahren zu erkennen gegeben, dass er die Klage für unbegründet erachte. Die Hauptversammlung habe auch nicht einen weiteren besonderen Vertreter wirksam bestellt, der zumindest hinsichtlich der Ansprüche gegen die Organmitglieder die bis dato fehlerhafte Prozessführung durch Genehmigung hätte heilen können.

LG Heidelberg, Urt. v. 21. März 2017 – 11 O 11/16,  
Der Konzern 2017, 369 (nicht rechtskräftig).

## LG MÜNCHEN I ZUM GEHEIMHALTUNGSINTERESSE DER GESELLSCHAFT IM RAHMEN EINER UNTERNEHMENSBEWERTUNG UND IM SPRUCHVERFAHREN

Das LG München I hat sich in einem Spruchverfahren zu einem Squeeze-out unter anderem mit der Frage befasst, ob das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft einer Veröffentlichung von Planungszahlen, die bei der Unternehmensbewertung berücksichtigt wurden, entgegenstehen kann.

Dabei hat das LG München I die Anwendung des § 7 Abs. 7 SpruchG, wonach eine Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen – hier Planungszahlen – gegenüber den Antragsgegnern erlaubt ist, präzisiert.

Die Gesellschaft hatte den Wirtschaftsprüfern im Rahmen der Unternehmensbewertung detaillierte Planungszahlen zugänglich gemacht. Die Wirtschaftsprüfer hatten

sodann diese Zahlen verdichtet und mit einem geringeren Aussagegehalt in ihrem Prüfbericht dargestellt. Nunmehr beehrten die Antragsgegner im Spruchverfahren die Offenlegung der vollständigen Zahlen. Die Antragsgegnerin trat dem mit dem Argument entgegen, dass aus dem vollständigen Zahlenwerk ein übermäßiger Einblick in die zukünftigen Planungen und mithin in Geschäftsgeheimnisse folge.

Das Landgericht München I bejahte einen Geheimhaltungsgrund im Sinne des § 7 Abs. 7 Satz 2 SpruchG. Es kam zu dem Ergebnis, dass, obwohl die Norm ihrem Wortlaut nach nur eine Zugänglichmachung der Geheimnisse gegenüber dem Antragstellern untersage, eine Befassung des Gerichts mit diesen Daten insgesamt ausgeschlossen sei.

Denn der Mitteilung der Geheimnisse im Prüfungsbericht stehe § 7 Abs. 7 SpruchG bei einem hinreichenden Geheimhaltungsgrund entgegen und verbiete daher auch eine Vorlageanordnung durch das Gericht. Eine Kenntniserlangung durch das Landgericht München I würde

rechtsstaatlichen Bedenken begegnen, da § 7 Abs. 7 SpruchG nicht ein sogenanntes „in-camera“-Verfahren erlaube, bei dem die Geheimnisse nur der Kammer oder sogar nur dem Vorsitzenden mitzuteilen wären. Ein solches Verfahren müsse vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen sein. Es sei anderenfalls nicht hinnehmbar, dass das Gericht aufgrund von Kenntnissen entscheide, die den Antragsstellern nicht zugänglich wären und zu denen sie sich somit nicht äußern könnten. Das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft überwiege somit und reduziere die Nachprüfbarkeit des Prüfungsberichts insoweit.

LG München I, Beschl. v. 28. April 2017 – 5 HK O 26513/11, ZIP 2017, 1521 (Ls.) (nicht rechtskräftig).

## LG MÜNCHEN I ZUR VINKULIERUNG VON AKTIEN, ANZAHL DER AUFSICHTSRATSMITGLIEDER UND VORERWERBSRECHT DER AKTIONÄRE

Das LG München I hatte über die Nichtigkeit eines Satzungsbeschlusses einer nicht börsennotierten AG zu entscheiden. In der neu beschlossenen Satzung war eine Zustimmung sowohl der Hauptversammlung, als auch des Vorstands zur Übertragung vinkulierter Namensaktien vorgesehen. Darüber hinaus war die Größe des Aufsichtsrats auf mindestens drei Mitglieder geändert worden. Außerdem wurde geregelt, dass ein veräußerungswilliger Aktionär seine Aktien den Mitaktionären zum Erwerb zu den Bedingungen anzubieten hat, zu denen ein Dritter zum Erwerb bereit wäre.

Das LG München I stellte fest, dass das zusätzliche Zustimmungserfordernis des Vorstands für die Übertragung von Namensaktien aufgrund von § 241 Nr. 3 AktG nichtig sei, da es gegen den Grundsatz der freien Übertragbarkeit von Aktien verstoße. Die dingliche Wirksamkeit könne, angesichts der Regelungen in § 68 Abs. 2, 180 Abs. 2 AktG, außerhalb einer möglichen Vinkulierung, nicht über das gesetzliche Maß hinaus an Zustimmungserfordernisse gebunden werden. Das zusätzliche Zustimmungserfordernis eines weiteren Organs erschwere die Veräußerbarkeit der Aktien, weshalb gem. § 180 Abs. 2 die Zustimmung aller Aktionäre erforderlich gewesen wäre.

Das LG München I kam überdies zum Ergebnis, dass die Satzungsänderung, nach der eine höhere Anzahl als drei Mitglieder dem Aufsichtsrat angehören kann, unbestimmt sei und somit nichtig. Sofern eine höhere Zahl an Mitgliedern festgelegt werden solle, müsse diese konkret festgesetzt werden.

In Bezug auf das Vorerwerbsrecht der Mitaktionäre konnte das LG keinerlei Gesetzeswidrigkeit feststellen. Insbesondere läge keine Erschwerung der Veräußerbarkeit von Aktien vor, da der veräußerungswillige Aktionär mit einem Dritten den Kaufpreis verhandeln könne, den er für angemessen erachtet. Die Regelung sei auch hinreichend bestimmt, da der Kaufpreis durch Bezugnahme auf die Bedingungen zu denen ein Dritter zum Kauf bereit wäre festgelegt werde und der Regelung zu entnehmen sei, dass sie nur greife, wenn die Person des Dritten feststehe.

LG München I, Beschl. v. 27. Februar 2017 – 5HK O 14748/16, AG 2017, 591 (rechtskräftig)

# Sonstige Neuigkeiten

## ELEKTRONISCHES TRANSPARENZREGISTER GEMÄß §§ 18 FF. GWG – MITTEILUNGSFRIST ENDETE AM 1. OKTOBER 2017

Durch das Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie am 26. Juni 2017 wurden unter anderem das elektronische Transparenzregister und damit zusammenhängende Mitteilungspflichten gemäß §§ 18-26 Geldwäschegesetz (GwG) geschaffen.

Danach haben nunmehr Vereinigungen (d.h. juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften) sowie bestimmte andere Rechtsgestaltungen (Verwalter von Trusts, Treuhänder von nichtrechtsfähigen eigennützigen Stiftungen und ähnlichen Rechtsgestaltungen) dem Transparenzregister den wirtschaftlich Berechtigten an ihnen mitzuteilen. Die Frist zur ersten Mitteilung gegenüber dem elektronischen Transparenzregister endete am 1. Oktober 2017.

Die Mitteilung gegenüber dem Transparenzregister erfolgt per Online-Formular auf [www.transparenzregister.de](http://www.transparenzregister.de).

Das Bundesverwaltungsamt hat Auslegungshilfen zum neuen Transparenzregister veröffentlicht, die unter [http://www.bva.bund.de/DE/Organisation/Abteilungen/Abteilung\\_ZMV/Transparenzregister/FAQ/faq\\_node.html](http://www.bva.bund.de/DE/Organisation/Abteilungen/Abteilung_ZMV/Transparenzregister/FAQ/faq_node.html) abrufbar sind.

Nachfolgend sollen die neuen Regelungen zum Transparenzregister in einem kurzen Überblick dargestellt werden:

• **Mitteilungspflichtiger:** Alle juristischen Personen und eingetragenen Personengesellschaften mit Sitz im Inland (zusammen im Gesetzestext als „Vereinigungen“ beschrieben) sind zur Mitteilung des wirtschaftlich Berechtigten an ihnen gegenüber dem Transparenzregister verpflichtet (§ 20 Abs. 1 GwG). Der Gesetzeswortlaut nennt das Erfordernis des Inlandssitzes zwar nicht ausdrücklich, dies ergibt sich aber aus der Regierungsbeurteilung und ist zudem einhellige Meinung in der Literatur.

Diese Verpflichtung zur Mitteilung gilt außerdem für bestimmte Rechtsgestaltungen, namentlich (i) Verwalter von Trusts mit Wohnsitz oder Sitz in Deutschland und

(ii) Treuhänder mit Wohnsitz oder Sitz in Deutschland von nichtrechtsfähigen eigennützigen Stiftungen, und Rechtsgestaltungen, die solchen Stiftungen in Struktur und Funktion entsprechen.

• **Wirtschaftlich Berechtigter:** Der oder die (es können mehrere sein, dazu unten) mitzuteilenden wirtschaftlich Berechtigten können nur natürliche Personen sein (§ 3 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 19 Abs. 2 Satz 1 GwG). Gesellschaften können keine wirtschaftlich Berechtigten sein.

Wirtschaftlich Berechtigter von Vereinigungen ist jede natürliche Person, die unmittelbar oder mittelbar (i) mehr als 25% der Kapitalanteile an einer Vereinigung hält, oder (ii) mehr als 25% der Stimmrechte an einer Vereinigung kontrolliert, oder (iii) auf vergleichbare Weise Kontrolle im Sinne des § 17 AktG oder § 290 Abs. 2-4 HGB ausübt. Aufgrund der niedrigen Beteiligungsschwelle von 25% kann eine Vereinigung mehrere wirtschaftlich Berechtigte im Sinne des GwG haben (§ 3 Abs. 1, 2 GwG).

Für die Frage, ob eine natürliche Person *mittelbar* über eine Beteiligungskette die Kontrolle im Sinne des GwG ausübt, gelten die Grundsätze zum beherrschenden Einfluss. Es kommt also darauf an, dass diese Person die zwischengeschalteten Gesellschaften in der Beteiligungskette beherrscht (z.B. durch Beteiligung von mehr als 50% oder andere kontrollbegründende Umstände im Sinne von § 290 Abs. 2-3 HGB vorliegen).

Wirtschaftlich Berechtigter von Rechtsgestaltungen ist jede natürliche Person, (i) die als Treugeber, Verwalter von Trusts oder Protektor handelt, oder (ii) die Mitglied des Vorstands der Stiftung ist, oder (iii) die als Begünstigter bestimmt ist, oder (iv) zu deren Gunsten das Vermögen verwaltet oder verteilt werden soll, falls noch kein Begünstigter bestimmt ist, oder (v) die unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf die Vermögensverwaltung oder Ertragsverteilung ausübt (§ 3 Abs. 3 GwG).

Sollte keine natürliche Person als wirtschaftlich Berechtigter festgestellt werden können (entweder weil keine solche existiert oder die Struktur es nicht erlaubt, einen solchen zu identifizieren) oder wenn Zweifel daran bestehen, dass die ermittelte Person wirtschaftlich Berech-

tigter ist, gilt gemäß § 19 Abs. 2, § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG der gesetzliche Vertreter, geschäftsführende Gesellschafter oder Partner der Vereinigung als wirtschaftlich Berechtigter.

Die Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten im Transparenzregister müssen den Vor- und Nachnamen, das Geburtsdatum, Wohnort sowie die Art und den Umfang des wirtschaftlichen Interesses umfassen (§ 19 Abs. 1 GwG). Letzteres sind insbesondere die Höhe der Kapitalanteile oder Stimmrechtsanteile oder die Funktion des gesetzlichen Vertreters oder geschäftsführenden Gesellschafters sowie Kontrollabsprachen, z.B. Stimmbindungs-, Pool- oder Konsortialvereinbarungen, oder die eingeräumte Befugnis zur Ernennung von Organmitgliedern.

• **Inhalt und Umfang der Mitteilungspflichten:** Die Vereinigungen und Rechtsgestaltungen sind verpflichtet die Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten „einzuholen, aufzubewahren, auf aktuellem Stand zu halten“ und unverzüglich dem Transparenzregister mitzuteilen.

Obwohl der Gesetzeswortlaut etwas anderes impliziert („einholen“), kommt es grundsätzlich nur auf die positive Kenntnis der organschaftlichen Vertreter der Vereinigung oder Rechtsgestaltung zu den wirtschaftlichen Berechtigten an. Haben die organschaftlichen Vertreter hierzu keine Kenntnis, so sind sie nicht zu Nachforschungen verpflichtet.

Im Fall von Vereinigungen sind allerdings die wirtschaftlich Berechtigten selber und die durch sie unmittelbar kontrollierten Personen zur Vornahme der erforderlichen Angaben verpflichtet (§ 20 Abs. 3 GwG), so dass die betreffende Vereinigung (theoretisch) dadurch in der Lage sein sollte, die Mitteilung gemäß § 20 Abs. 1 GwG gegenüber dem Transparenzregister vorzunehmen.

Lässt sich bei Vereinigungen der wirtschaftlich Berechtigte dennoch nicht ermitteln, gilt der gesetzliche Vertreter oder geschäftsführende Gesellschafter als wirtschaftlich Berechtigter (§ 3 Abs. 2 GwG) und ist dementsprechend dem Transparenzregister mitzuteilen.

Im Fall der relevanten Rechtsgestaltungen werden laut Regierungsbegründung von den Trustverwaltern oder Treuhändern nur Angaben über die in § 3 Abs. 3 GwG genannten Funktionsträger verlangt, die den Trustverwaltern und Treuhändern aufgrund ihrer Funktion und Stellung ohnehin bekannt sein müssen. Eine Verpflichtung der in § 3 Abs. 3 GwG genannten Funktionsträger zur Angabe gegenüber den Trustverwaltern und Treuhändern sieht das Gesetz nicht vor.

Das Gesetz sieht auch keine Vorlagepflicht von Belegen oder Beweisen zu den vorgenommenen Mitteilungen gegenüber dem Transparenzregister vor. Das Transparenzregister prüft die Angaben grundsätzlich nicht auf Richtigkeit, kann aber die Vereinigungen und Rechtsgestaltungen bei Unklarheiten zur Klärung auffordern.

• **Ausnahmen von der Mitteilungspflicht für Vereinigungen (insbesondere die Mitteilungsfiktion):** Für Vereinigungen sieht das Gesetz vor, dass eine Mitteilungspflicht zum wirtschaftlich Berechtigten als erfüllt gilt, wenn sich die erforderlichen Angaben aus bestimmten Registern ergeben (Handelsregister, Partnerschaftsregister, Genossenschaftsregister, Vereinsregister und dem Unternehmensregister) (§ 20 Abs. 2 GwG).

In diesem Zusammenhang wird in der (bislang überschaubaren) Literatur diskutiert, ob diese Mitteilungsfiktion nur dann gilt, wenn sich die Angaben unmittelbar aus den Registerinformationen der betroffenen Vereinigung selber ergeben oder alle irgendwo in den genannten Registern enthaltenen Angaben berücksichtigt werden. Die Regierungsbegründung legt die zweite Variante nahe und die Literatur hat sich dem bislang angeschlossen.

Die Mitteilungsfiktion nach § 20 Abs. 2 GwG umfasst insbesondere im Fall von GmbHs die Gesellschafterliste und den Handelsregisterauszug. Auch bei Kommanditgesellschaften ergeben sich die Angaben zu Komplementären und Kommanditisten grundsätzlich aus dem Handelsregisterauszug. Dies gilt dann nicht, wenn ein Komplementär noch nicht im Handelsregister eingetragen ist oder bei einem Kommanditisten sein Kapitalanteil von seiner im Handelsregister eingetragenen Haftungssumme abweicht. Für GmbHs führt die Ausnahmeregelung des § 20 Abs. 2 GwG nur dann zu einer Entlastung, wenn sich aus den im Handelsregister vorhandenen Gesellschafterlisten auch tatsächlich die natürliche Person ergibt, die gemäß § 3 Abs. 2 GwG als wirtschaftlich Berechtigter gilt. Das ist in zwei Szenarien der Fall: (i) der wirtschaftlich Berechtigte ist direkt an der GmbH beteiligt und steht somit in der Gesellschafterliste der GmbH; oder (ii) im Falle einer Beteiligungskette, die durch die vorstehenden Register nachvollziehbar ist, ergibt sich am Ende dieser Beteiligungskette der wirtschaftliche Berechtigte aus einem dieser Register, z.B. Gesellschafterliste der in der Beteiligungskette letzten GmbH. Sobald eine ausländische Gesellschaft an einer Stelle der Beteiligungskette mit Kontrolleinfluss an einer GmbH beteiligt ist, ist die Mitteilungsfiktion nicht mehr einschlägig, da die weitere Beteiligungskette hinter der ausländischen Gesellschaft nicht aus den relevanten

Registern ersichtlich ist. In diesem Fall hat dann eine Mitteilung der betreffenden GmbH zum wirtschaftlich Berechtigten an das Transparenzregister zu erfolgen.

Eine generelle Ausnahme von der Mitteilungspflicht zum Transparenzregister besteht für börsennotierte Gesellschaften oder solche, die gleichwertigen europarechtlichen oder internationalen Transparenzanforderungen unterliegen (§ 20 Abs. 2 Satz 2 GwG). In diesem Zusammenhang wird diskutiert, ob sich die Ausnahme von der Mitteilungspflicht nur auf die börsennotierte Gesellschaft selber oder in einem Konzern mit einer börsennotierten Holding auch auf die Konzerntochtergesellschaften bezieht. Nach bisheriger herrschenden Ansicht in der Literatur und Anhaltspunkten in der Regierungsbegründung soll die Ausnahme auch für direkte oder indirekte Tochtergesellschaften der börsennotierten Gesellschaft gelten, da die Ausnahmeregelung sonst lediglich zu einer Verlagerung der Prüfungsebene von der börsennotierten Holding auf die Konzerntochtergesellschaften führen würde.

• **Einsicht und Beschränkungen:** Eine Einsicht in das Transparenzregister ist nicht unbeschränkt möglich, sondern nur für drei Personengruppen zulässig: (i) die in § 23 Abs. 1 aufgezählten Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden, (ii) die Mitteilungsverpflichteten selber, und (iii) jedem, der dem Transparenzregister ein berech-

tigtes Interesse an der Einsichtnahme darlegen kann, (§ 23 Abs. 1 GwG). Unter den letzten Punkt fallen insbesondere alle zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung Verpflichtete gemäß § 2 Abs. 1 GwG, z.B. Kreditinstitute, Rechtsanwälte und Notare.

Der wirtschaftlich Berechtigte kann die Einsichtnahme durch Dritte vollständig oder teilweise beschränken lassen, wenn er dem Transparenzregister schutzwürdige Interessen, die der Einsichtnahme entgegenstehen, darlegen kann. Diese schutzwürdigen Interessen sind in § 23 Abs. 2 GwG aufgezählt und liegen vor, wenn: (i) Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der wirtschaftlich Berechtigte Opfer von bestimmten Straftaten werden könnte, oder (ii) der wirtschaftlich Berechtigte minderjährig oder geschäftsunfähig ist.

• **Sanktionen bei Verstoß:** Verstößt die mitteilungs-pflichtige Vereinigung oder Rechtsgestaltung oder der wirtschaftlich Berechtigte vorsätzlich oder leichtfertig gegen ihre Mitteilungs- bzw. Angabepflichten, kann ein Bußgeld gegen sie von bis zu EUR 100.000 verhängt werden (§ 56 Abs. 1 Nr. 53, 54 und 55 GwG). Bei schwerwiegenden, wiederholten oder systematischen Verstößen kann das Bußgeld bis zu EUR 1 Million, bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten, Versicherungsunternehmen und -vermittler sowie Kapitalanlagegesellschaften bis zu EUR 5 Millionen, betragen.

## EUROPÄISCHES PARLAMENT VERABSCHIEDET ENTSCHLIEßUNG ZU GRENZÜBERSCHREITENDEN VERSCHMELZUNGEN UND SPALTUNGEN

Das Europäische Parlament hat am 13. Juni 2017 eine Entschließung zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen und Spaltungen verabschiedet. Darin definiert das Europäische Parlament Ziele zu dem Thema „grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen“ und fordert Maßnahmen zur Umsetzung. Hintergrund der Entschließung ist insbesondere, dass die mittlerweile über zehn Jahre alte Verschmelzungsrichtlinie der Überarbeitung bedarf und auf Spaltungen ausgeweitet werden soll:

• Das Europäische Parlament fordert in der Entschließung ein umfassendes Regelwerk zur Vereinfachung der Verfahren und Vorgaben bei Sitzverlegungen, Spaltungen und Verschmelzungen, wobei auch die heutzutage möglichen Digitalisierungsverfahren berücksichtigt werden sollen.

• Es sollte dabei eine weitgehende Harmonisierung insbesondere in Bezug auf Verfahrensstandards, Rechte der Unternehmensführung sowie kleinerer Akteure und Unternehmen angestrebt werden.

• Die Organisationsfreiheit der Unternehmen müsse jedoch in ein ausgewogenes Verhältnis mit dem Recht der Arbeitnehmer auf Mitbestimmung gesetzt werden. Arbeitnehmerrechte seien so zu gestalten und einzubeziehen, dass die Verschmelzungsrichtlinie nicht dazu missbraucht werden könne, den Gesellschaftssitz aus steuerlichen, sozialen oder rechtlichen Gründen zu verlegen.

• Schließlich sollte die Möglichkeit eines beschleunigten grenzüberschreitenden Verfahrens eingeführt werden.

# Literatur

*Daghles*, Zur außerordentlichen Kündigung und dem Wiederruf der Bestellung eines Vorstandsmitglieds aus wichtigem Grund – Anm. LG Münster vom 12.12.2016, Az 024 O 47/16, EWiR 2017, 427

*Haßler*, Informationsquellen des Aufsichtsrats bei der Ermittlung haftungsrelevanter Sorgfaltspflichtverletzungen des Vorstands, BB 2017, 1603

*Daghles/Haßler*, Bilanzgarantien in M&A-Transaktionen – Praktische Anmerkungen des Urteils des OLG FFM, M&A Review 2017, 241

*Neufeld*, Herausforderung der Digitalisierung, AuA 2017, 504

*Müller*, Entgelttransparenzgesetz – und nun?, BB 2017, 2101

*Löw*, Zielvereinbarung, Zielerreichung und Bonusbudget – aktuelle Rechtsfragen zur variablen Vergütung, DB 2017, 1904

*Ubber/Massig*, Die Betriebsvereinbarungsoffenheit Allgemeiner Geschäftsbedingungen – ein Ausweg aus der „Ewigkeitsbindung“ durch Bezugnahmeklauseln?, BB 2017, 2230

# Ankündigung Veranstaltungen

## Veranstaltungen von Allen & Overy in Deutschland im 4. Quartal 2017

**17. Oktober 2017 | ab 17:30 Uhr | MMK Frankfurt**

Absolventenausstellung Städelschule

**20. Oktober 2017 | ab 8.15 Uhr | München**

Im Dialog: Aktuelle Entwicklungen bei Bilanzgarantien in M&A-Transaktionen

**23. Oktober 2017 | ab 17.00 Uhr | Frankfurt**

E&B Seminar: Arbeitsrecht bei Banken

**24. Oktober 2017 | ab 16:30 Uhr | Frankfurt**

Im Dialog: Praxis-Seminar zu aktuelle Entwicklungen bei Bilanzgarantien in M&A-Transaktionen

**26. Oktober 2017 | ab 18.00 Uhr | Hamburg**

HR Professionals Roundtable

**07. November 2017 | ab 16.00 Uhr | Frankfurt**

Aktienrechtsseminar

**09. November 2017 | ab 16.00 Uhr | München**

Aktienrechtsseminar

**15. November 2017 | ab 19:00 Uhr | Haus der Kunst, München**

Art & Networking

**22. November 2017 | ab 19:30 Uhr | Frankfurt**

Kapitalmarktrechtgespräche

**28. November 2017 | ab 15:30 Uhr | Frankfurt**

Fintech – Internet of Things

**30. November | ab 18:00 Uhr | Hamburg**

HR Professionals Roundtable

**Bei Interesse an einer dieser Veranstaltungen wenden Sie sich bitte an [Veranstaltungen@allenoverly.com](mailto:Veranstaltungen@allenoverly.com) oder informieren Sie sich über unsere Event Website unter [www.allenoverly-event.de](http://www.allenoverly-event.de)**

# Ansprechpartner

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

Publikationen können Sie über [Germany.Marketing@allenoverly.com](mailto:Germany.Marketing@allenoverly.com) bestellen.



**Dr. Hans Diekmann**  
Partner  
Düsseldorf

Tel +49 211 2806 7101  
[hans.diekmann@allenoverly.com](mailto:hans.diekmann@allenoverly.com)



**Dr. Christian Eichner**  
Partner  
Düsseldorf

Tel +49 211 2806 7114  
[christian.eichner@allenoverly.com](mailto:christian.eichner@allenoverly.com)



**Dr. Murad Daghles**  
Partner  
Düsseldorf

Tel +49 211 2806 7115  
[murad.daghles@allenoverly.com](mailto:murad.daghles@allenoverly.com)



**Dr. Hans-Christoph Ihrig**  
Partner  
Frankfurt

Tel +49 69 2648 5682  
[hans-christoph.ihrig@allenoverly.com](mailto:hans-christoph.ihrig@allenoverly.com)



**Dr. Jens Wagner**  
Counsel  
München

Tel +49 89 71043 3112  
[jens.wagner@allenoverly.com](mailto:jens.wagner@allenoverly.com)



**Dr. Andre Wandt**  
Counsel  
Frankfurt

Tel +49 69 2648 5684  
[andre.wandt@allenoverly.com](mailto:andre.wandt@allenoverly.com)



**Dr. Jonas Wittgens**  
Counsel  
Hamburg

Tel +49 40 82221 2158  
[jonas.wittgens@allenoverly.com](mailto:jonas.wittgens@allenoverly.com)

**Allen & Overy LLP**

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

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

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

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

[www.allenoverly.de](http://www.allenoverly.de)

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

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

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

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