

# Newsletter für die Aktiengesellschaft

Aktuelle Rechtsprechung und relevante Neuerungen

4. Quartal 2022



# Highlights

## BGH zur gerichtlichen Vertretung einer AG durch den besonderen Vertreter im Erkenntnisverfahren über Vergütungsansprüche des durch den besonderen Vertreter beauftragten Rechtsanwalts

Der BGH hatte über die Revision einer Anwalts-PartG mbB zu entscheiden, die klageweise Vergütungsansprüche gegen die beklagte AG geltend gemacht hatte. Gegenstand der Entscheidung war die Frage, ob die AG durch den besonderen Vertreter, der die Klägerin im Rahmen seiner Tätigkeit mandatiert hatte, gerichtlich vertreten werden konnte. Abweichend von der vorinstanzlichen Entscheidung des OLG Karlsruhe (vgl. Newsletter für die Aktiengesellschaft, 1./2. Quartal 2022, S. 19 f.) entschied der BGH, dass der besondere Vertreter zur gerichtlichen Vertretung der AG berufen war. Dieser sei in einem „abgespaltenen Teil der umfassenden gesetzlichen Vertretungsmacht des Vorstands“ insoweit gesetzlicher Vertreter der AG, als er befugt ist, in deren Namen Ersatzansprüche zu verfolgen.

## Rücküberweisung des Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) an den Rechtsausschuss – Kein Inkrafttreten zum 31.01.2023

Am 15.12.2022 hat der Bundestag den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) nicht wie erwartet beschlossen und stattdessen einstimmig an den Rechtsausschuss zurücküberwiesen. Mit dem Entwurf sollte die Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 27.11.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen (Umwandlungsrichtlinie) umgesetzt und erstmals die Spaltung und der Formwechsel grenzüberschreitend ermöglicht bzw. normiert werden. Mit einem Inkrafttreten des UmRUG vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Umwandlungsrichtlinie am 31.01.2023 ist derzeit nicht zu rechnen.

## Beschluss des Deutschen Bundestags über das Hinweisgeberschutzgesetz und dessen Auswirkungen auf Aktiengesellschaften

Am 16.12.2022 hat der Bundestag das Gesetz für einen „besseren Schutz hinweisgebender Personen“ (Hinweisgeberschutzgesetz, HinSchG, BT-Drs. 20/3442) beschlossen. Ziel des Gesetzes ist es, den Hinweisgeberschutz in Deutschland wirksam und nachhaltig zu verbessern und Benachteiligungen von Hinweisgebern im Zuge einer Meldung oder Offenlegung von Missständen auszuschließen. Externe Meldestelle für Verstöße gegen Aktionärsrechte ist die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Im Gesetzgebungsverfahren steht der zweite Durchgang im Bundesrat noch aus.

# Inhalt

Highlights	2
Aktuelle Rechtsprechung	4
Weitere Entscheidungen in Kürze	8
Sonstige Neuigkeiten	20
Update zum Kapitalmarktrecht	23
Ansprechpartner	25

# Aktuelle Rechtsprechung

## **BGH zur gerichtlichen Vertretung einer AG durch den besonderen Vertreter im Erkenntnisverfahren über Vergütungsansprüche des durch den besonderen Vertreter beauftragten Rechtsanwalts**

Der BGH hatte über die Revision einer Anwalts-PartG mbB zu entscheiden, die klageweise Vergütungsansprüche gegen die beklagte AG geltend gemacht hatte. Gegenstand der Entscheidung war die Frage, ob die AG durch den besonderen Vertreter, der die Klägerin im Rahmen seiner Tätigkeit mandatiert hatte, gerichtlich vertreten werden konnte.

### *Sachverhalt*

Die Hauptversammlung der beklagten AG bestellte mittels Beschlüssen gemäß § 147 Abs. 2 AktG einen besonderen Vertreter, um Ersatzansprüche gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder geltend zu machen. Nachdem dieser mit der gerichtlichen Geltendmachung von Ersatzansprüchen gescheitert war, mandatierte er entsprechend einer Ermächtigung im Bestellungsbeschluss im Namen der Beklagten die Klägerin zwecks Beratung und Prozessvertretung bezüglich der Ersatzansprüche. Auf eine Honorarrechnung der Klägerin für diese Tätigkeit zahlte die Beklagte teilweise. Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Zahlung weiteren Honorars.

Während der Vorstand der Beklagten Klageabweisung beantragt hat, hat der besondere Vertreter in deren Vertretung den Anspruch anerkannt. Das LG Heidelberg hat die Beklagte entsprechend dieses Anerkenntnisses zur Zahlung verurteilt. Das OLG Karlsruhe hat dieses Urteil auf die Berufung der Beklagten aufgehoben und die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin.

### *Entscheidung des OLG Karlsruhe*

Das OLG Karlsruhe hat die Klage als unzulässig abgewiesen und dies im Wesentlichen damit begründet, dass die Beklagte durch den besonderen Vertreter nicht ordnungsgemäß vertreten gewesen (vgl. Newsletter für die Aktiengesellschaft, 1./2. Quartal 2022, S. 19 f.) sei. Insbesondere sei von der dem besonderen Vertreter durch § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG zugewiesenen Aufgabe nicht die Prozessvertretung in einem Passivprozess über Ansprüche aus

einem durch den besonderen Vertreter für die Gesellschaft begründeten Auftragsverhältnis umfasst. Eine entsprechende Befugnis ergebe sich nicht aus einer von seiner gesetzlichen Befugnis abgeleiteten Annexkompetenz.

### *Begründung des BGH*

Die Revision hatte Erfolg, die Ausführungen des OLG hielten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der BGH führte aus, dass der besondere Vertreter gemäß § 51 Abs. 1 ZPO nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zur gerichtlichen Vertretung der Beklagten berufen war. Die Vertretung einer AG erfolge abweichend vom Grundsatz des § 78 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht durch den Vorstand, wenn und soweit das Aktiengesetz diese einem anderen Organ zuweist. Der besondere Vertreter sei in einem „abgespaltenen Teil der umfassenden gesetzlichen Vertretungsmacht des Vorstands“ insoweit gesetzlicher Vertreter der AG, als seine Befugnis reicht, in deren Namen Ersatzansprüche gegen Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats zu verfolgen.

Von dieser Vertretungsbefugnis seien auch Hilfsgeschäfte umfasst, die zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen erforderlich sind. So auch die Beauftragung eines Rechtsanwalts im Namen der AG zur Anspruchsverfolgung ebenso wie deren gerichtliche Vertretung im Erkenntnisverfahren über Vergütungsansprüche des Rechtsanwalts, die noch vor Abschluss der Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch den besonderen Vertreter beginnt.

Der BGH führte aus, dass § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG die Kompetenz des besonderen Vertreters nicht eindeutig abgrenze und über eine Aufgabenzuweisung hinaus auch dessen Vertretungsbefugnis nicht ausdrücklich regle. Seine Rechte und Pflichten seien in Abgrenzung zu den Kompetenzen anderer Organe durch Auslegung zu ermitteln. Generell regle das Aktiengesetz im Rahmen der Kompetenzzuweisung der Organe die damit verbundene Vertretungsbe-

fugnis nur teilweise. Die Kompetenz für Hilfs-geschäfte dürfe den aus dem sachlichen Aufgabenbereich folgenden engen Rahmen nicht erweitern, sondern müsse sich auf Vorbereitung und Durchführung der Aufgabenwahrnehmung beziehen.

Teil der Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch den besonderen Vertreter sei auch deren gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung, einschließlich prozessökonomischer Prüfung der Prozessaussichten. Zur Anspruchsverfolgung, deren Art und Weise im Ermessen des besonderen Vertreters liege, könne dieser im Namen der AG einen Rechtsanwalt beauftragen, auch wenn er diese Aufgabe selbst übernehmen könnte.

Jedenfalls dann, wenn das Erkenntnisverfahren über Vergütungsansprüche des Rechtsanwalts vor Abschluss der Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch den besonderen Vertreter rechtshängig wird, vertrete dieser die AG in dem Verfahren.

Wäre der besondere Vertreter auf die Beauftragung einer Hilfsperson beschränkt, ohne deren Tätigkeit anleiten, überwachen oder auf sachgerechte Erfüllung prüfen zu können, wäre der Zweck der Aufgabenzuweisung nicht erfüllt. Dieser umfasse auch die Prozessvertretung der AG in einem Erkenntnisverfahren gegen die Hilfsperson. Denn diese Zuständigkeit berühre den Zweck der Aufgabenzuweisung, Ersatzansprüche unabhängig von Vorstand und Aufsichtsrat zu verfolgen. Insoweit genüge bereits die abstrakte Gefahr eines Eingriffs in eine eigenverantwortliche Anspruchsdurchsetzung, beispielsweise durch Informationsweitergabe an Vorstand und Aufsichtsrat zur Führung des Rechtsstreits mit

der Hilfsperson, wenn andererseits für die Anspruchsverfolgung durch den besonderen Vertreter ein Geheimhaltungsinteresse besteht. Zudem könne ein Prozess über die Vergütung der Hilfsperson die Interessen des besonderen Vertreters berühren, wenn Vorstand oder Aufsichtsrat durch Vorteilsgewährung oder Disziplinierung, so zum Beispiel durch Vorenthaltung von Vergütung oder Abschluss eines für die Hilfsperson vorteilhaften Vergleichs, Einfluss nehmen.

Der Vertretung durch den besonderen Vertreter stehe auch nicht entgegen, dass dessen Befugnisse nicht detailliert geregelt sind. Nichts Gegenteiliges könne dem Umstand entnommen werden, dass die Regelungen im Zusammenhang mit einer Beauftragung Dritter durch den Aufsichtsrat in § 111 AktG dagegen vergleichsweise detailliert geregelt sind.

Indem der besondere Vertreter als gerichtlicher Vertreter der AG der Hilfsperson mittels Anerkenntnisses einen Zahlungstitel verschaffen kann, erlange er auch keine systemwidrige Verfügungsmacht über das Gesellschaftsvermögen. In Bezug auf nicht bestehende Ansprüche von Hilfspersonen sei die Gesellschaft durch die Haftung des besonderen Vertreters ausreichend geschützt. Letztlich seien auch keine negativen Auswirkungen auf den Schutz des Rechtsverkehrs zu erwarten. Vielmehr stelle die Vertretungsmacht des besonderen Vertreters in Bezug auf seine Aufgabenwahrnehmung gerade Rechtsklarheit und Kontinuität her.

BGH, Versäumnisurteil v. 21.06.2022 – II ZR 181/21, NJW 2022, 3077

## **BVerfG zur gerichtlichen Anordnung einer aktienrechtlichen Sonderprüfung und zur Auswechslung des gerichtlich bestellten Sonderprüfers**

Das BVerfG hatte über zwei Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführerin gegen jeweils zwei Beschlüsse des OLG Celle zu entscheiden. Eine Verfassungsbeschwerde betraf die gerichtliche Anordnung einer aktienrechtlichen Sonderprüfung bei der Beschwerdeführerin, eine Verfassungsbeschwerde betraf die gerichtliche Auswechslung des für eine

gerichtlich angeordnete aktienrechtliche Sonderprüfung bei der Beschwerdeführerin durch einen gerichtlich bestellten Sonderprüfer.

### *Sachverhalt*

Erstmals 2015 wurde öffentlich der Vorwurf erhoben, dass es bei der Beschwerdeführerin zu einer Beeinflussung von Messungen von Stickoxid-Emiss-

sionen bei Dieselfahrzeugen aufgrund einer Veränderung der Motorsteuerungssoftware gekommen war. Im Zusammenhang damit wurde die Tagesordnung der ordentlichen Hauptversammlung 2016 der Beschwerdeführerin um den Punkt zur Beschlussfassung über die Bestellung eines Sonderprüfers gemäß § 142 Abs. 1 AktG auf entsprechenden Antrag (§ 122 Abs. 2 AktG) ergänzt. Die Hauptversammlung lehnte dies ab.

Daraufhin beantragten U.S.-amerikanische Fonds mit Sitz in New York beim LG die Bestellung eines Sonderprüfers. Das LG wies die Anträge der Antragsteller zurück, da diese jedenfalls offensichtlich unbegründet seien.

Die Antragsteller legten Beschwerde zum OLG Celle ein. Das OLG Celle entschied 2017, dass die U.S.-amerikanischen Fonds antragsberechtigt und beteiligungsfähig seien. Das LG führte u.a. aus, dass weder die Beschwerdeführerin noch deren Aufsichtsrat bezweifelt hätten, dass die Antragsteller Rechte und Pflichten insoweit innehaben können, dass sie Aktien der Beschwerdeführerin erwerben konnten. Dann müssten sie spiegelbildlich auch das Recht zur Einsetzung eines Sonderprüfers haben. Das Gericht bestellte einen Sonderprüfer.

Noch vor Beginn der Sonderprüfung teilte der gerichtliche bestellte Prüfer mit, für das Amt aus Altersgründen nicht zur Verfügung zu stehen. Die Antragsteller stellten beim LG den Antrag auf Bestellung einer anderen Person. Das lehnte das LG ab. Das OLG hingegen änderte auf Beschwerde der Antragsteller die Entscheidung aus 2017 insoweit ab, dass eine andere Person zum Sonderprüfer bestellt wurde. Dabei vertrat das OLG die Ansicht, die Abänderung sei (nach umstrittener, vereinzelt vertretener Auffassung) durch § 48 Abs. 1 FamFG gestattet.

In beiden Verfahren erhob die Beschwerdeführerin Anhörrüge, dieser half das OLG jeweils nicht ab. Die Rechtsbeschwerde ließ es jeweils nicht zu. Daraufhin erhob die Beschwerdeführerin jeweils Verfassungsbeschwerde.

#### *Entscheidung des BVerfG 1 BvR 2754/17*

Das BVerfG entschied, dass die Verfassungsbeschwerde zulässig und offensichtlich begründet ist. Das OLG habe unter mehrfachem Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör

(Art. 103 Abs. 1 GG) die Beteiligtenfähigkeit der Antragsteller angenommen.

Das OLG hatte zur Begründung seiner Entscheidung angeführt, dass weder die Beschwerdeführerin noch der Aufsichtsrat bezweifelt hätten, dass die Antragsteller Rechte und Pflichten innehaben, als sie Aktien der Beschwerdeführerin erwerben könnten. Aus dem Aktienbesitz folge auch das Recht zur Einsetzung eines Sonderprüfers. Das BVerfG folgte daraus, dass das OLG Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht zur Kenntnis genommen hatte. Denn die Beschwerdeführerin hatte ausdrücklich in Abrede gestellt, dass die Antragsteller "Träger von Rechten und Pflichten" sein könnten, insbesondere, weil es sich um unselbständige Untereinheiten eines Sondervermögens handele. Es führte aus, die Beschwerdeführerin habe ausdrücklich und unmissverständlich geltend gemacht, dass die Antragsteller nicht Inhaber von Aktieneigentum seien und dies aus rechtlichen Gründen auch nicht sein könnten.

Das BVerfG entschied darüber hinaus, dass das OLG die Beschwerdeführerin rechtzeitig auf eine für sie nachteilige Beurteilung der Beteiligtenfähigkeit der Antragsteller hätte hinweisen müssen. Denn das OLG interpretierte dazu Parteivorbringen der Beschwerdeführerin (gehörswidrig) in einer Weise, wie dies das LG offenbar nicht getan hatte. Das stellte eine weitere Verletzung rechtlichen Gehörs dar.

Das BVerfG kam zu dem Ergebnis, dass die Verletzungen von Art. 103 Abs. 1 GG auch nicht durch das Anhörrügeverfahren geheilt worden waren. Vielmehr führte es aus, dass in diesem Verfahren das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin erneut verletzt worden ist, indem Vortrag der Beschwerdeführerin übergangen worden ist. Das OLG hatte nämlich festgestellt, dass es seitens der Beschwerdeführerin an Ausführungen zur eigenen tatsächlichen Handhabung hinsichtlich der Hauptversammlungen gemangelt habe. Allerdings hatte die Beschwerdeführerin u.a. vorgetragen, dass sie Tagesordnungsergänzungsanträge nicht vertieft tatsächlich und rechtlich prüft, sondern zur Vermeidung von Beschlussmängelrisiken im Zweifel zulasse, was gängiger aktienrechtlicher Praxis entspreche.

Das BVerfG entschied, dass nicht ausgeschlossen sei, dass die Gewährung rechtlichen Gehörs zu einer anderen Entscheidung des OLG geführt hätte.

Es hob die Entscheidungen des OLG auf und verwies die Sache an das OLG zurück.

#### *Entscheidung des BVerfG 1 BvR 1349/20*

Auch in der weiteren Entscheidung vom gleichen Tag entschied das BVerfG, dass die Verfassungsbeschwerde zulässig und offensichtlich begründet ist. Das OLG hat unter mehrfachem Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) die Beteiligtenfähigkeit der Antragsteller angenommen, zum Teil aus den gleichen Gründen wie in dem anderen Verfahren, die auch im Anhörungsverfahren nicht geheilt wurden. Weiter entschied das BVerfG, dass das OLG auch gegen das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) verstoßen hat. Es sei nicht rechtlich vertretbar, die Antragsteller allein deshalb als beteiligtenfähig anzusehen, weil die Beschwerdeführerin faktisch den Antragstellern die Ausübung von Aktionärsrechten in der Hauptversammlung ohne vertiefte tatsächliche und rechtliche Prüfung ermöglicht hat. Es stellte klar, mögliche Aktionäre ohne vertiefte tatsächliche und rechtliche Prüfung in der Hauptversammlung zuzulassen, in einem späteren Verfahren um die Anordnung einer Sonderprüfung beziehungsweise die Bestellung eines Sonderprüfers hingegen deren Beteiligtenfähigkeit in Abrede zu stellen, steht zueinander nicht in Widerspruch. Weiter führte es aus, davon abgesehen, dass eine andere Sicht eine Art vorangehende Rügeobliegenheit in die einschlägigen Vorschriften über die Sonderprüfung (§ 142 AktG) implementierte, für die eine Grundlage nicht ersichtlich ist, können für ein solches Vorgehen einer Aktiengesellschaft durchaus gewichtige Gründe sprechen.

Schließlich entschied das BVerfG, dass das OLG auch das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) verletzt hat, soweit es im Hinblick auf die vom OLG bejahte Frage, ob § 48 Abs. 1 FamFG die von ihm getroffene Abänderungsentscheidung gestattet, die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat. Ob § 48 Abs. 1 FamFG die Abänderungsentscheidung gestattet, stellte eine ersichtlich klärungsfähige Rechtsfrage dar. Denn ihre Beantwortung war zweifelhaft und zu ihr wurden unterschiedliche Auffassungen vertreten, eine höchstrichterliche Entscheidung lag nicht vor. Während das OLG die Ansicht vertrat, dass die Abänderung nach § 48 Abs. 1 FamFG zulässig war, wurde dies im Schrifttum ganz überwiegend verneint. Eine andere Ansicht vertrat, dass eine Abänderung nach § 318 Abs. 4 Satz 2 HGB analog möglich sei. Das BVerfG führte weiter aus, dass die aufgeworfene Rechtsfrage sich offenbar in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellt und deshalb auch das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berühre. Die Fälle, dass ein (gerichtlich bestellter) Sonderprüfer die Annahme des Prüfungsauftrags ablehnt, weggefallen oder an der Durchführung der Sonderprüfung gehindert ist, sind tatsächlich nicht selten oder fernliegend.

Das BVerfG hob die Entscheidungen des OLG auf und verwies die Sache an das OLG zurück.

BVerfG, Beschl. v. 21.09.2022 – 1 BvR 1349/20, BeckRS 2022, 32862 und BVerfG, Beschl. v. 21.09.2022 – 1 BvR 2754/17, BeckRS 2022, 32859

# Weitere Entscheidungen in Kürze

## OLG Schleswig zur Anfechtungsbefugnis eines Aktionärs gegen einen Übertragungsbeschluss der Hauptversammlung nach Handelsregistereintragung

Das OLG Schleswig hatte neben Fragen zum Anfechtungsrecht nach §§ 245, 246 AktG insbesondere die Frage zu entscheiden, ob durch den Übergang der Aktien im Rahmen eines verschmelzungsrechtlichen Squeeze-outs der Minderheitsaktionär die Befugnis verliert, gegen den Übertragungsbeschluss durch Anfechtungsklage vorzugehen.

### *Sachverhalt*

Der Kläger war Minderheitsaktionär und die Beklagte war Hauptaktionärin der ursprünglichen Beklagten, einer AG, die mittels Hauptversammlungsbeschluss über einen verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out auf die nunmehr Beklagte verschmolzen wurde; die Aktien der Minderheitsaktionäre übernahm die nunmehr Beklagte in diesem Zuge. Auf der den verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out beschließenden Hauptversammlung wurde mit einer Stimmrechtskarte, der 130.000 Stückaktien im Fremdbesitz zugeordnet waren, Widerspruch gegen die Beschlüsse zu sämtlichen Tagesordnungspunkten eingelegt. Mit seiner Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage behauptete der Kläger, bereits vor der maßgeblichen Hauptversammlung Inhaber der dieser Stimmrechtskarte zugrundeliegenden Aktien gewesen zu sein. Im parallelen Freigabeverfahren wurde dem Freigabeantrag zwischenzeitlich stattgegeben und in der Folge der Übertragungsbeschluss im Handelsregister eingetragen.

Das LG Itzehoe hat die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage des Klägers gegen den Übertragungsbeschluss erstinstanzlich als unbegründet abgewiesen. Hinsichtlich der Anfechtungsklage habe der Kläger nicht darlegen und beweisen können, bei Bekanntmachung der Tagesordnung Inhaber der 130.000 Stückaktien gewesen zu sein, sodass es ihm an der Anfechtungsbefugnis fehle. Die Nichtigkeitsklage scheide indes mangels Nichtigkeitsgrund aus. Der Kläger hat sein Begehren im Wege der Berufung zum OLG Schleswig weiterverfolgt.

### *Entscheidung des OLG Schleswig*

Das OLG Schleswig bestätigte die Auffassung der Vorinstanz und wies die Berufung im Ergebnis als unbegründet zurück. Insbesondere habe der insoweit zur Darlegung und Glaubhaftmachung verpflichtete Kläger eine ordnungsgemäße Widerspruchseinlegung gegen den angefochtenen Hauptversammlungsbeschluss und damit seine Anfechtungsbefugnis nicht nachweisen können.

Allerdings stellte das OLG Schleswig dabei heraus, dass die Anfechtungsbefugnis nicht bereits deshalb fehle, weil der Kläger seine Aktionärsenschaft durch Eintragung des Übertragungsbeschlusses in das Handelsregister verloren hat. Grundsätzlich verliere ein Minderheitsaktionär mit Handelsregistereintragung des Übertragungsbeschlusses seine Befugnis, gegen Hauptversammlungsbeschlüsse Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage zu erheben. Die Anfechtungsklage nach § 245 Nummern 1 bis 3 AktG gegen einen Hauptversammlungsbeschluss könne nur von dem erhoben werden, der in diesem Zeitpunkt auch Aktionär ist. Allerdings verliere der Aktionär dadurch nicht auch die Befugnis, gegen den Übertragungsbeschluss selbst vorgehen zu können. Schließlich könne der Minderheitsaktionär nicht rechtlos gegen die zwangsweise Übertragung seiner Aktien gestellt werden. Daher sei, damit der Kläger sein Ziel der Erhaltung der Mitgliedschaft in der beklagten Aktiengesellschaft überhaupt erreichen kann, diese Mitgliedschaft für die Anfechtungsklage als fortbestehend anzusehen.

Die Anfechtungsklage scheitere aber letztlich an dem fehlenden Nachweis des Klägers, aufgrund des mit der Stimmrechtskarte verbundenen Widerspruchs anfechtungsbefugt gewesen zu sein. Dass er bereits vor der Bekanntgabe der Tagesordnung zur Hauptversammlung Inhaber der maßgeblichen Stimmrechtskarte zugrundeliegenden Aktienbestands gewesen ist, habe der Kläger nicht nachweisen können. Dieses Erfordernis ergebe sich dem



OLG Schleswig zufolge jedoch aus § 245 Nummer 1 AktG und diene dazu, zu verhindern, dass Stimmrechtskarten durch nachträglichen Aktienwerb mit dem Ziel der Widerspruchseinlegung erworben werden. Den Einwand des Klägers, die genaue Bezeichnung der ihm zugeordneten Aktien sei infolge der girosammelverwahrten Globalurkunde, in der die Aktien nicht durchnummeriert seien, un-

möglich gewesen, wies das Gericht mit dem Hinweis zurück, über die auf ihn ausgestellten Stimmrechtskarten sei eine Zuordnung der Aktien durchaus möglich.

OLG Schleswig, Urt. v. 08.06.2022 – 9 U 128/21, BeckRS 2022, 152979

## OLG Brandenburg zur Offenbarungspflicht beim Abschluss von Aktienkaufverträgen

Das OLG Brandenburg hatte über die Anfechtung von Willenserklärungen zum Abschluss von Aktienkauf- und Übertragungsverträgen zu entscheiden. Dabei stellte sich die Frage nach einer Aufklärungspflicht des Verkäufers über zwischenzeitlich erfolgte Veräußerungen von Beteiligungen der Gesellschaft, deren Aktien verkauft wurden.

### *Sachverhalt*

Kläger und Beklagte waren jeweils Kommanditaktionäre einer Holding-KGaA. Am 11.04.2018 veräußerte die Holding-KGaA die Mehrheitsbeteiligung an einer Tochtergesellschaft. In den Tagen nach dem Vertragsschluss wurde vom Bundeskartellamt auf einem Internetportal über das laufende Fusionskontrollverfahren berichtet. Zuvor war bereits im November 2017 in einem Magazin über die – damals geplante – Transaktion berichtet worden. Der Vollzug der Beteiligungsveräußerung erfolgte im Mai 2018.

Zwischen dem Zeitpunkt der Berichterstattung und dem Transaktionsvollzug einigten sich der Kläger und die Beklagte auf eine Veräußerung und Übertragung der vom Kläger an der Holding-KGaA gehaltenen Aktien an die Beklagte. Für die Beklagte handelte ihr Geschäftsführer, der zugleich Prokurist der Holding-KGaA war. Der Bruder dieses Geschäftsführers war mit einer weiteren Person alleiniger Gesellschafter der Beklagten und zugleich Gesellschafter einer GbR, die alle Anteile an der Komplementärin der Holding-KGaA hielt. Die Verträge wurden am 19.04.2018 unterzeichnet. Am 09.10.2019 erklärte der Kläger die Anfechtung seiner Willenserklärungen aufgrund arglistiger Täuschung, da die Beklagte ihn über die teilweise Veräußerung der Mehrheitsbeteiligung an der Tochtergesellschaft nicht aufgeklärt habe. Dies habe sich

nach Ansicht des Klägers maßgeblich auf den Wert seiner Aktien ausgewirkt. Hätte er von dem Verkauf gewusst, hätte er seine Aktien an der Holding-KGaA nicht zu dem vereinbarten Kaufpreis verkauft.

Nach Klageabweisung in erster Instanz macht der Kläger mit seiner Berufung die Herausgabe der an die Beklagte veräußerten und übertragenen Aktien nach Anfechtung seiner Willenserklärungen geltend. Im Kern streiten die Parteien um die Frage, ob die Beklagte bei Vertragsschluss eine Aufklärungspflicht verletzt hat, indem sie den Kläger nicht auf die Veräußerung der Mehrheitsbeteiligung der Holding-KGaA an einer Tochtergesellschaft hinwies.

### *Entscheidung des OLG Brandenburg*

Die zulässige Berufung hatte keinen Erfolg. Nach Ansicht des OLG lag kein Anfechtungsgrund in Form arglistiger Täuschung nach § 123 BGB vor. Eine Täuschung hätte allenfalls in der seitens der Beklagten gegenüber dem Kläger unterlassenen Information über die Beteiligungsveräußerung an der Tochtergesellschaft liegen können. Insofern habe jedoch keine Aufklärungspflicht bestanden.

Einer Aufklärungspflicht der Beklagten stehe zwar nicht schon entgegen, dass bei Abschluss des Aktienkaufvertrags die Beteiligungsveräußerung an der Tochter bereits durch einschlägige Berichterstattung veröffentlicht war und die Beklagte deshalb davon hätte ausgehen können, dass der Kläger hiervon Kenntnis erlangt hatte. Denn dass dieser auf diese Veröffentlichungen gestoßen war, sei nicht zwingend.

Allerdings bestehe eine Offenbarungspflicht einer Vertragspartei gegenüber einer anderen Partei im Sinne einer Pflicht zur ungefragten Aufklärung bei

Vertragsschluss nur unter bestimmten Voraussetzungen. Diese hätten nicht vorgelegen.

Es obliege grundsätzlich jeder Partei selbst, ihre Interessen wahrzunehmen. Eine ungefragte Offenbarungspflicht hinsichtlich ungünstiger Umstände des Vertragsgegenstands bestehe nicht, insbesondere auch nicht in Bezug auf für die Preisbildung in Betracht kommende allgemeine Verhältnisse des Marktes. Es sei zu berücksichtigen, dass Aktienkaufverträge Spekulationsgeschäfte sind, bei denen eine unterschiedliche Preiseinschätzung der gehandelten Aktien in der Natur der Sache liege. Die Parteien würden bei der Berechnung oft unterschiedliche Faktoren mit unterschiedlicher Gewichtung zugrunde legen. Da für eine Partei nicht erkennbar sei, welche Umstände die andere Partei im Rahmen ihrer Willensbildung für ausschlaggebend erachtet, könne eine Pflicht zu ungefragter Offenbarung nur für Umstände bestehen, an deren Bedeutung kein Zweifel besteht. Das sei hinsichtlich der Veräußerung der Tochtergesellschaft nicht der Fall gewesen.

Auch wenn die Beteiligung an der Tochtergesellschaft einen wesentlichen Teil des Geschäfts der Holding-KGaA dargestellt hat, konnte ihre Veräußerung und die Auswirkung auf den Wert der verkauften Aktien abhängig von der jeweiligen Perspektive höchst unterschiedlich bewertet werden. So sei auch nicht feststellbar, dass die unterbliebene Offenlegung der Beteiligungsveräußerung den Zweck des zwischen Kläger und Beklagter geschlossenen Aktienkaufvertrags gefährdet hätte.

Eine andere Bewertung folge auch nicht aus der Marktmissbrauchsverordnung oder ihren Wertungen, die einerseits auf den Aktienkaufvertrag nicht anwendbar sei und andererseits nicht zur Offenbarung von Insiderinformationen gegenüber einem Vertragspartner verpflichte.

Eine Haftung aus § 826 BGB lehnt das Gericht mangels Sittenwidrigkeit ab.

OLG Brandenburg, Urt. v. 27.04.2022 – 4 U 260/20, NZG 2022, 1534

## OLG Düsseldorf zur Angemessenheit der aufgrund einer Strukturmaßnahme festgelegten Barabfindung der Aktionäre

Das OLG Düsseldorf hatte auf eine Beschwerde im Spruchverfahren über Anträge auf Festsetzung einer angemessenen Barabfindung zu entscheiden.

### *Sachverhalt*

Die Antragsteller waren Aktionäre einer AG, deren Aktien im Zuge eines verschmelzungsrechtlichen Squeeze-outs auf die Antragsgegnerin übertragen worden waren. Die Barabfindung war anhand des Ertragswertverfahrens nach IDW S1 2008 ermittelt worden. Antragsteller und gemeinsamer Vertreter hielten diese für zu gering. Sie rügten vor allem eine zu pessimistische Planung der Bewertungsgrundlage; auch sei der Kapitalisierungszinssatz von 5,43 % zu hoch. Ein durch das erstinstanzlich zuständige LG Düsseldorf mit der Neubewertung beauftragter Sachverständiger hat einen um 4,2 % höheren Ertragswert und davon ausgehend höhere Anteilswerte für die betroffenen Vorzugs- und Stammaktien ermittelt, wobei er insbesondere einen geringeren Kapitalisierungszinssatz angesetzt hat.

Daraufhin hat das LG die Anträge zurückgewiesen. Die Abweichung in der Bewertung des gesamten Unternehmens sei geringfügig und überschreite bezüglich der einzelnen Aktiengattungen die Bagatellgrenze von 10 % nicht. Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

### *Entscheidung des OLG Düsseldorf*

Auf die teilweise begründete Beschwerde setzte das OLG erhöhte Barabfindungen für bestimmte Aktiengattungen fest und wies die weitergehenden Beschwerden zurück. Es schätzte – nach ergänzender Beweisaufnahme dem Sachverständigen folgend – den Unternehmenswert höher ein als ursprünglich im Übertragungsbericht zugrunde gelegt.

Für unbegründet hielt das OLG die Einwände gegen die Annahmen der ewigen Rente. Insbesondere gegen die Ausschüttungsannahmen bestünden keine Bedenken. Eine Ausschüttungsquote von 79,1 % für den Detailplanungszeitraum wie auch für die

ewige Rente sei Resultat der verbindlichen satzungsmäßigen Ausschüttungsreihenfolge. Obwohl für die Ausschüttungspolitik der Phase II regelmäßig nicht die Ausschüttungsplanungen, sondern eine Ausschüttungsquote zwischen 40 % und 60 % angenommen werde, sei abweichend zu berücksichtigen gewesen, dass vorrangig die satzungsmäßigen Ausschüttungsregelungen zu bedienen waren. Auch der Einwand gegen den Ansatz persönlicher Steuern auf inflationsbedingte Kursgewinne drang nicht durch. Der Ansatz inflationsbedingter Steigerungen des Unternehmenswerts komme in der Phase der ewigen Rente nach in der Bewertungspraxis verbreiteter Auffassung in Betracht.

Auch den Kapitalisierungszinssatz beanstandete das OLG nicht. Zum einen stehe die Rundung des Basiszinses auf ¼-Prozentpunkte im Einklang mit Empfehlungen des IDW und der Rechtsprechung. Auch sei die mit 5 % nach Steuern angesetzte Marktrisikoprämie von den Empfehlungen des Fachausschusses für Unternehmensbewertung und Betriebswirtschaft (FAUB) als eine anerkannte Expertenauffassung gedeckt. Für die Heranziehung einer weltweiten Marktrisikoprämie bestehe entgegen teilweise vertretener Auffassung kein Anlass. Da die Frage der Mittelwertbildung und die konkrete Höhe der Marktrisikoprämie wirtschaftswissenschaftlich umstritten und eine empirisch genaue Festlegung über eine mit Zweifeln behaftete Schätzung hinaus nicht möglich sei bestehe kein Anlass, ein Sachverständigengutachten einzuholen oder von der Empfehlung des IDW abzuweichen. Auch die Einwände gegen den Betafaktor waren erfolglos. Mangels Aussagekraft des unternehmenseigenen Betas sei dieser zu Recht anhand eines Peer Group-Vergleichs abgeleitet worden. Insbesondere die Herleitung der Peer Group durch den Sachverständigen sowie die Bereinigung der unternehmensspezifischen Betafaktoren der Peer Group-Unternehmen

um Kapitalstruktureffekte beanstandete das OLG nicht.

Erfolglos blieb die Forderung, für bestimmte Vorzugsaktien als Wertuntergrenze den Durchschnittsbörsenkurs heranzuziehen, da insoweit kein aussagekräftiger Handel vorgelegen habe. Die Börsenpreisbildung müsse repräsentativ und nicht zu beanstanden sein, der Kurs als Ergebnis effektiver Informationsbewertung tatsächlich den fundamentalen Unternehmenswert widerspiegeln. In einem dreimonatigen Referenzzeitraum habe bei geringem Streubesitz ein Handel der betreffenden Aktien lediglich an sechs Handelstagen stattgefunden, zudem hätten erhebliche Kurssprünge vorgelegen.

Trotz letztlich nicht beanstandeter Unternehmensbewertung sei die Barabfindung hinsichtlich bestimmter Aktiegattungen um rund 3 % anzuheben gewesen. Zu Recht hätten die Antragsteller gerügt, dass das LG von einer Festsetzung der Kompensation mit der Begründung abgesehen hat, der von dem Sachverständigen ermittelte Unternehmenswert liege nur geringfügig über dem im Übertragungsbericht zugrunde gelegten Wert. Die Unangemessenheit der Kompensation setze eine mehr als nur geringfügige Abweichung vom ursprünglichen Aktienwert voraus. Hierbei bestehe keine feste „Bagatellgrenze“. Nur Abweichungen bis 2 % würden ohne Weiteres toleriert, während es darüber für Abweichungen bis 5 % einer Gesamtabwägung bedürfe. Dabei sei jede betroffene Aktiegattung zu bewerten. Sofern dies bei isolierter Betrachtung zu einem Korrekturbedarf hinsichtlich einzelner der betroffenen Aktiegattungen führt, könne eine Heraufsetzung auch zugunsten der anderen geboten sein.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.06.2022 – 26 W 13/18 [AktE], BeckRS 2022, 21307

## **OLG Frankfurt a. M. zur Anfechtung von Dividendenausschüttungen durch den Insolvenzverwalter nach Nichtigerklärung des zugrundeliegenden Gewinnverwendungsbeschlusses**

Das OLG Frankfurt a. M. hatte über eine Anfechtung von Dividendenausschüttungen durch einen Insolvenzverwalter zu entscheiden.

### *Sachverhalt*

Der Kläger, ein im Zuge eines Insolvenzverfahrens einer KGaA bestellter Insolvenzverwalter, verlangte gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 134 InsO im Rahmen einer Anfechtung von den Aktionären die

Rückzahlung von Dividendenausschüttungen für die Geschäftsjahre 2009 bis 2012. Die Ausschüttungen beruhten auf Gewinnverwendungsbeschlüssen für die jeweiligen Geschäftsjahre, die aufgrund von Jahresabschlüssen gefasst worden waren, welche fälschlich hohe Gewinne ausgewiesen hatten. Tatsächlich ergaben sich für diese Jahre Jahresfehlbeträge und Bilanzverluste in mehrstelliger Millionenhöhe, was sich durch eine neue Prüfung der Jahresabschlüsse herausgestellt hatte. In der Folge stellten das LG Leipzig sowie das OLG Dresden in unterschiedlichen Verfahren die Nichtigkeit aller Gewinnverwendungsbeschlüsse der betreffenden Geschäftsjahre fest.

Das LG Frankfurt a. M. hat die Klage des Insolvenzverwalters abgewiesen, und dies im Wesentlichen damit begründet, eine Anfechtung gemäß §§ 143 Abs. 1 Satz 1, 129, 134 InsO scheitere daran, dass die Dividendenzahlungen nicht unentgeltlich erfolgt seien. Hiergegen richtet sich die Berufung.

#### *Entscheidung des OLG Frankfurt a. M.*

Das OLG trat dieser Rechtsauffassung entgegen und bejahte die Anfechtbarkeit der Dividendenzahlungen gemäß §§ 129, 134 InsO. Es handle sich bei diesen um Leistungen der Insolvenzschuldnerin, die die Insolvenzgläubiger i.S.d. § 129 Abs. 1 InsO objektiv benachteiligten.

Sie erfüllten auch die Voraussetzungen einer unentgeltlichen Leistung i.S.d. § 134 Abs. 1 InsO. Eine solche liege bei Aufgabe eines Vermögenswertes durch den Verfügenden zugunsten eines Anderen vor, ohne dass ihm ein entsprechender Vermögenswert vereinbarungsgemäß zufließt. In Bezug auf Dividendenzahlungen sei eine entgeltliche Leistung anzunehmen, wenn der Gesellschafter auf diese einen Anspruch hat und sie insofern als Gegenleistung für die Kapitalbereitstellung anzusehen ist. Hierfür müssen die vertraglichen und gesetzlichen Voraussetzungen der Dividendenzahlung vorliegen.

Hieran fehle es im vorliegenden Fall, da die Nichtigkeit der Gewinnverwendungsbeschlüsse durch gerichtliche Entscheidungen rechtskräftig festgestellt

worden war und die Dividendenansprüche rückwirkend entfallen sind. Auf die Nichtigkeit der Jahresabschlüsse komme es hingegen nicht an, da über den Gewinnbeteiligungsanspruch hinaus erst mit dem Gewinnverwendungsbeschluss ein Zahlungsanspruch des Aktionärs gegen die Gesellschaft entstehe.

Weiter stellte das OLG fest, dass der Vermögensabfluss der Gesellschaft auch nicht durch Zufluss eines Bereicherungsanspruchs kompensiert wurde. Ein solcher folge insbesondere nicht aus §§ 62 Abs. 1 Satz 1, 278 Abs. 3 AktG, da dieser Rückgewähranspruch Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis des fehlenden Rechts zum Bezug von Gewinnanteilen voraussetzt. Im Zusammenhang mit etwaigen Bereicherungsansprüchen gemäß §§ 812 ff. BGB sei die Wertung des § 62 AktG zumindest zu berücksichtigen mit der Folge, dass derartige Ansprüche vorliegend ebenfalls nicht bestünden.

Zu klären war ferner die zentrale, umstrittene Frage, ob § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG gutgläubige Aktionäre vor einer Rückzahlung ihrer rechtsgrundlos empfangenen Dividenden schützt und der Anfechtung nach § 134 InsO entgegensteht. Das OLG stellte zunächst fest, dass die Vorschrift dem Umstand Rechnung trage, dass Aktionäre häufig über Beschlussmängel gar keine Kenntnis hätten und daher bei einem gutgläubigen Empfang ihrer Dividenden schutzwürdig seien. Dennoch entschied das OLG, dass dieser Normzweck keine insolvenzrechtliche Privilegierung des gutgläubigen Aktionärs über die Entreicherungsseinrede des § 143 Abs. 2 InsO hinaus gebiete. Die Interessen der Gläubiger genossen grundsätzlich Vorrang vor denen der Eigenkapitalgeber. Denn im Fall der Insolvenz könnten Ansprüche der Aktionäre erst im Rahmen der Schlussverteilung nach § 199 InsO berücksichtigt werden.

Aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Frage wurde die Revision zugelassen. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig.

OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 25.05.2022 – 4 U 310/19,  
BeckRS 2022, 17711

## OLG München zu Einberufung und Aktionärsrechten in einer virtuellen Hauptversammlung im Anwendungsbereich des COVMG und zu Stimmverboten

Das OLG München hatte im Rahmen eines aktienrechtlichen Freigabeverfahrens über Fragen zur Einberufung der Hauptversammlung, den Aktionärsrechten und zum Stimmrechtsausschluss im Zusammenhang mit einem im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung gefassten Beschluss über den Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages zu entscheiden.

### *Sachverhalt*

Antragstellerin war eine AG, deren Aktien an der Wertpapierbörse Frankfurt und an der Börse München zum geregelten Markt zugelassen waren; die Antragsgegner waren Aktionäre der Antragstellerin. Infolge eines freiwilligen öffentlichen Übernahmeangebots erwarb die Bieterin im Oktober 2021 76,65 % aller Aktien der Antragstellerin. Eine Mitteilung über das Erreichen der Meldeschwellen nach § 33 WpHG unterblieb zunächst, erst am 25.01.2022 erfolgte eine Mitteilung nach § 20 Abs. 6 AktG. Im Anschluss an das öffentliche Übernahmeverfahren waren zum 20. bzw. 30.12.2021 antragsgemäß die jeweiligen Börsenzulassungen widerrufen worden.

Am 17.12.2021 schloss die Antragstellerin einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag mit der Bieterin, über den beide Parteien nach § 293a AktG einen gemeinsamen Bericht erstatteten. Am 23.12.2021 veröffentlichte die Antragstellerin die Einladung zur außerordentlichen Hauptversammlung am 03.02.2022 mit dem Hinweis, dass es sich um eine virtuelle Hauptversammlung handele und Frage- sowie Stimmrecht via elektronischer Kommunikation ausgeübt werden könnten. Fragen seien bis zum 01.02.2022, 24:00 Uhr, über das „Investor-Portal“ einzureichen, im Übrigen seien Aktionärsrechte entsprechend des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie in Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (COVMG) eingeschränkt. Eine Zweizegekommunikation mit Nachfragemöglichkeit war nicht vorgesehen. Mit den Stimmen der Bieterin stimmte die Hauptversammlung für den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag.

Hiergegen erhoben die Antragsgegner Anfechtungsklage, unter Berufung auf eine unzulässige Beschränkung von Aktionärsrechten und mit der

Begründung, dass die Bieterin mangels Stimmrechtsmeldung einem Stimmverbot nach § 44 WpHG unterlegen habe. Die Antragstellerin stellte daraufhin einen Antrag auf Freigabe nach § 246a AktG.

### *Entscheidung des OLG München*

Das OLG hat dem Freigabeantrag stattgegeben. Insbesondere sei die Anfechtungsklage offensichtlich unbegründet. Es stelle keinen Einberufungsmangel dar, dass der Einladungstext sich auf die Wiedergabe des Wortlauts von § 134 Abs. 3 Satz 2 AktG beschränkte. Ob die Einladung zur Hauptversammlung den Anforderungen der Aktionärsrechterichtlinie genügt habe, könne in diesem Zusammenhang dahinstehen, da diese keine Anwendung finde. Eine diesbezügliche Vorlage an den EuGH sei in dem Verfahren mit nur summarischer Prüfung und auch wegen der vorliegenden Unanwendbarkeit der Aktionärsrechterichtlinie mangels Börsennotierung nicht erforderlich.

Auch sei durch die Fristbestimmung das Fragerecht nicht unzulässig verkürzt worden. Diese habe den Vorgaben des COVMG entsprochen. Dass das COVMG die Fristberechnung nicht regelte und auch seine Entstehungsgeschichte insoweit keinen Hinweis gab, sei unschädlich. Es liege im Ergebnis nahe, für die Berechnung, auch wenn der allgemeine Sprachgebrauch hinsichtlich des „Tages vor der Versammlung“ im Sinne des COVMG insoweit abweiche, die allgemeine Regelung des § 121 Abs. 7 AktG anzuwenden. Eine Zweizegekommunikation sei im COVMG nicht zwingend vorgesehen, sodass deren Fehlen keinen Rechtsverstoß begründe. Dies folge insbesondere auch aus dem Vergleich zu dem – zwischenzeitlich abgeschlossenen – Gesetzgebungsvorhaben, mit dem die virtuelle Hauptversammlung Eingang in das Aktiengesetz gefunden hat.

Ferner folge aus § 44 Abs. 1 WpHG kein Stimmverbot der Bieterin. Dahinstehen könne, ob Mitteilungspflichten nach § 33 Abs.1 WpHG verletzt wurden. Nach dem Delisting habe die Gesellschaft nunmehr ausschließlich den Mitteilungspflichten und Verstoßfolgen des § 20 AktG unterlegen. Die Mitteilungspflichten aus Aktiengesetz und WpHG stünden in einem Exklusivitäts- und Alternativitätsverhältnis.

Die Trennung der beiden Publizitätsregime steht dem Fortbestand von Sanktionen von vor Wegfall der Börsenzulassung möglicherweise erfolgten Mitteilungspflichtverletzungen über das Delisting hinaus entgegen.

OLG München, Beschl. v. 29.06.2022 – 7 AktG 2/22,  
BeckRS 2021, 17306

## LG München I zur Beschränkung des Fragerechts in der virtuellen Hauptversammlung nach dem COVMG

Das LG München I hat sich im Rahmen einer Anfechtungsklage mit einer für Aktionäre vorgesehenen Frist zur Frageneinreichung und einer damit einhergehenden Verkürzung ihres Fragerechts in der virtuellen Hauptversammlung nach dem Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie in Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (COVMG) beschäftigt.

### *Sachverhalt*

Die beklagte AG lud mit Veröffentlichung im Bundesanzeiger am 14.01.2021 zu einer außerordentlichen virtuellen Hauptversammlung am 19.02.2021 ein, in welcher die Übertragung ihrer durch Minderheitsaktionäre gehaltenen Aktien auf die Hauptaktionärin gegen Barabfindung (Squeeze-out) beschlossen werden sollte. Die Einberufung enthielt Teilnahmebedingungen, die die Ausübung der Aktionärsrechte, insbesondere des Stimmrechts, unter anderem an die Hinterlegung der Aktien spätestens zum 15.02.2021 bis zum Ende der Hauptversammlung bei einer hierzu befugten Stelle knüpfen. Eine Bestätigung der Hinterlegung musste bis zum 16.02.2021 bei der AG eingereicht werden. Sodann sollte eine Zugangskarte mit persönlichen Zugangsdaten für das Aktionärsportal versendet werden. Das Fragerecht konnte nur über das Aktionärsportal bis zum Ablauf des 16.02.2021 ausgeübt werden. Ein darüber hinausgehendes Auskunfts-, Rede- oder Fragerecht stand den Aktionären in der Versammlung nicht zu. Gegen den in der Hauptversammlung gefassten Übertragungsbeschluss erhoben Minderheitsaktionäre Anfechtungsklage.

### *Entscheidung des LG München I*

Die Anfechtungsklage hatte Erfolg. Das LG München I bejahte einen Verstoß des Hauptversammlungsbeschlusses gegen § 243 Abs. 1 AktG durch

die Modalitäten der Ausübung des Fragerechts. Gemäß § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG ist jedem Aktionär auf Verlangen in der Hauptversammlung vom Vorstand Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben, sofern eine solche zur ordnungsgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist. Zwar wurde diese Regelung zum damaligen Zeitpunkt durch Art. 2 § 1 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 COVMG insofern abgeändert, als dass der Vorstand eine Frist zur Einreichung von Fragen per elektronischer Kommunikation bis spätestens zwei Tage vor der virtuellen Versammlung festlegen konnte. Nach Ansicht des LG stelle jedoch die vorliegend gewählte Kumulation aus Frist zur Frageneinreichung von zwei Tagen vor der Hauptversammlung, Verknüpfung des Fragerechts mit der Hinterlegung und Sperrung der Aktien und Versand der Zugangsdaten als Voraussetzung zur Ausübung der Aktionärsrechte eine gesetzeswidrige Verkürzung des Fragerechts der Aktionäre dar, das Schutz durch Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG genieße. Denn wenn ein Aktionär den Hinterlegungsnachweis erst am späten Abend des 16.02.2021 kurz vor Ablauf der Frist zur Frageneinreichung von der Hinterlegungsstelle erhält, sei es ihm nicht mehr rechtzeitig möglich, von der Beklagten die Zugangsdaten zu erhalten und damit seine Fragen im Aktionärsportal einzureichen. Die Möglichkeit, eine gesetzte Frist vollumfänglich auszuschöpfen, sei jedoch ein allgemein anerkannter Grundsatz.

Diese Gesetzesverletzung sei für die Beschlussfassung auch kausal. Für die Nichtigkeit des Beschlusses sei die Relevanz des in der Verkürzung des Fragerechts liegenden Verfahrensverstößes für die Mitwirkungsrechte eines objektiv urteilenden Aktionärs maßgebend. Im vorliegenden Fall sei die Nichtigkeit aufgrund eines dem Beschluss anhaftenden Legitimationsdefizits zu bejahen. Insbesondere könne nicht ausgeschlossen werden, dass einige Aktionäre durch den Ausschluss ihres Fragerechts

ganz von der Teilnahme an der Hauptversammlung abgehalten wurden.

Der Einwand, die Anfechtungsklage sei wegen der Verfolgung von Sonderinteressen rechtsmissbräuchlich, drang nicht durch. Eine rechtsmissbräuchliche Klage sei nur in Ausnahmefällen, für die die Gesellschaft darlegungs- und beweispflichtig ist, anzunehmen, da der Anfechtungsklage gerade auch die Aufgabe der Rechtmäßigkeitskontrolle zukomme. Der Aktionär müsse sachfremde, eigene Interessen verfolgen und damit das Klagerecht in zweckentfremdender Weise zum eigenen Vorteil nutzen. Dem genüge es vorliegend nicht, dass ein Kläger nach im Vorfeld des Übertragungsbeschlusses gescheiterten Verkaufsgesprächen über die von

ihm gehaltenen Aktien vergeblich die Bestellung eines Sonderprüfers forcierte, bevor er Anfechtungsklage erhob. Ebenso wenig wurde die Rüge eines anderen Klägers, die Bestimmungen des COVMG seien verfassungs- bzw. europarechtswidrig, als rechtsmissbräuchlich angesehen, da – obschon durch die Kammer bereits gegenteilig entschieden, teilweise in der Literatur mit beachtlichen Argumenten ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG angenommen werde.

LG München I, Urt. v. 9. Juni 2022 – 5 HK O 3712/21, ZIP 2022, 1442

### **BayObLG zur Maßgeblichkeit des Soll-Zustandes hinsichtlich der Zusammensetzung des Aufsichtsrats im Zuge eines gerichtlichen Statusverfahrens nach Gründung einer dualistischen SE**

Das BayObLG hatte im Zuge einer formwechselnden Umwandlung einer AG in eine SE zu entscheiden, ob hinsichtlich der Arbeitnehmermitbestimmung auf den Ist-Zustand oder den Soll-Zustand abzustellen ist.

#### *Sachverhalt*

Die Beteiligten stritten über die rechtmäßige Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin nach deren formwechselnder Umwandlung in eine dualistische SE. Bis zur Umwandlung der vormaligen AG bestand der Aufsichtsrat ausschließlich aus Anteilseignervertretern. Im Vorfeld der formwechselnden Umwandlung war eine Mitbestimmungsvereinbarung getroffen worden, wonach es keine Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der SE geben sollte; Parität und Drittelparität waren ausdrücklich ausgeschlossen. Die Geschäftsberichte für die Jahre 2011 bis 2013 hatten jeweils mehr als 2.000 Mitarbeiter ausgewiesen. Der antragstellende Aktionär beantragte 2017 eine gerichtliche Entscheidung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin gemäß § 98 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nummer 3 AktG, da der Aufsichtsrat nicht nach den einschlägigen mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften, konkret §§ 1, 5 MitbestG, zusammengesetzt sei. Die Mitbestimmungsvereinbarung sei wegen Verstoßes gegen § 15 Abs. 5 MitbestG unwirksam. Im Ergebnis sei der Aufsichtsrat hälftig mit

Arbeitnehmervertretern zu besetzen. Nach Zurückweisung des Antrags durch das LG München I hat das OLG München dessen Beschluss auf Beschwerde des Antragstellers aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Das LG hat den Antrag erneut zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Antragstellers.

#### *Entscheidung des BayObLG*

Die Beschwerde hatte keinen Erfolg. Das LG habe rechtsfehlerfrei angenommen, dass sich vorliegend die im Statusverfahren festzulegende Aufsichtsratszusammensetzung nicht nach der für die Gründungsgesellschaft maßgeblichen gesetzlichen Mitbestimmung („Soll-Zustand“) richte, sondern nach der in der Gesellschaft tatsächlich praktizierten Mitbestimmung („Ist-Zustand“). Auf dieser Grundlage sei der Aufsichtsrat ordnungsgemäß besetzt, ein nach dem MitbestG paritätisch mitbestimmter Aufsichtsrat sei nicht zu bilden gewesen. Die Mitbestimmung des Aufsichtsrats der SE richte sich nach dem SEBG, die Vorschriften von MitbestG und DrittelBG seien nicht unmittelbar anwendbar. Nach dem SEBG setze die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat einer SE voraus, dass Geschäftsleitung und das besondere Verhandlungsgremium eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben,

oder dass die Voraussetzung einer Mitbestimmung kraft Gesetzes gemäß §§ 34 ff. SEBG vorliegen.

Das LG sei an die der Entscheidung des OLG zugrundeliegende Rechtsauffassung gebunden gewesen. Hiernach sei vorliegend sowohl bei Anwendung der §§ 34 ff. SEBG als auch im Fall einer Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung auf die in der Gründungsgesellschaft gesetzlich gebotene Mitbestimmung („Soll-Zustand“) abzustellen, wenn vor der Handelsregistereintragung der gegründeten SE ein gerichtliches Statusverfahren eingeleitet worden sei, oder wenn und soweit ein solches hätte eingeleitet werden können, wobei dazu schon zum damaligen Zeitpunkt entweder eine Bekanntmachung nach § 97 Abs. 1 AktG oder aber Streit oder Ungewissheit i.S.d. § 98 Abs. 1 AktG bestanden haben müsste. Im Streitfall sei auf den „Ist-Zustand“ abzustellen. An diese Rechtsauffassung sah sich auch das BayObLG gebunden.

Mangels Vorliegens dieser Voraussetzungen komme es hier im Ergebnis allein auf die in der Gründungsgesellschaft tatsächlich praktizierte Mitbestimmung an. Ein Streit über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats i.S.d. § 98 Abs. 1 AktG habe im maßgeblichen Zeitpunkt nicht bestanden. Auch

das Ergebnis des LG, es habe keine Ungewissheit über die gesetzmäßige Aufsichtsratszusammensetzung i.S.d. § 98 Abs. 1 AktG bestanden, sei nicht zu beanstanden. Nach bindender Rechtsauffassung des OLG liege Ungewissheit vor, wenn entweder der Vorstand unsicher sei, nach welchen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist, oder aber, wenn der Vorstand sich seiner eigenen Auffassung gewiss sei, jedoch damit rechne, dass im zeitlichen Nachgang zu seiner Bekanntmachung ein nach § 98 Abs. 2 AktG Antragsberechtigter eine gerichtliche Entscheidung beantragen werde, sodass eine zukünftige Streitigkeit konkret möglich sei. Die Auffassung des Antragstellers, die Ungewissheit sei vielmehr anhand objektiver Kriterien auszulegen, verfinde dagegen nicht.

Fehlerfrei sei auch die Auffassung des LG gewesen, die Beteiligungsvereinbarung sei nicht gemäß § 134 BGB, §§ 15 Abs. 5, 21 Abs. 6 SEBG nichtig. Denn im maßgeblichen Zeitpunkt habe zur Durchführung eines Statusverfahrens kein Anlass bestanden.

BayObLG, Beschl. v. 14.09.2021 – 102 ZBR 68/21, BeckRS 2021, 53950

## **BGH zur Business Judgement Rule und der Untreuestrafbarkeit von Vorstandsmitgliedern im Zusammenhang mit Informationspflichten**

Der BGH hatte über die Revision der Staatsanwaltschaft gegen ein Urteil des LG Düsseldorf, welches den angeklagten Vorstand einer AG vom Vorwurf der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB freigesprochen hatte, zu entscheiden. Hierbei hat er sich mit den Informationspflichten von Vorständen im Rahmen der Business Judgement Rule befasst.

### *Sachverhalt*

Der Angeklagte veranlasste im Nachgang einer Veräußerung von Aktien einer Tochtergesellschaft der AG die Zahlung vertraglich vereinbarter Erfolgshonorare an zwei Berater der AG i.H.v. über EUR 1,2 Mio. Zuvor waren dem Angeklagten für den Fall der Nichtzahlung rechtliche Schritte angedroht worden. Tatsächlich waren die Berater an dem Zustandekommen der Transaktion nicht beteiligt gewesen, was der Angeklagte vor der Zahlung auch für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat.

Das LG sah den objektiven Tatbestand der Untreue in Form des Treuebruchtatbestands als erfüllt an, verneinte jedoch insoweit den Vorsatz des Angeklagten. Dieser habe zumindest nicht sicher gewusst, dass die Berater nicht im Zusammenhang mit der Anteilsveräußerung gestanden haben, weshalb ein unternehmerischer Ermessensspielraum bestanden habe. Angesichts des angedrohten Rechtsstreits sei die Entscheidung zur Zahlung nicht evident wirtschaftlich unvertretbar sowie im Unternehmensinteresse gewesen.

### *Entscheidung des BGH*

Die Revision war begründet.

Der BGH stellt zunächst fest, dass dem Vorstand einer AG ein weiterer Handlungsspielraum zukomme, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings undenkbar sei. Dies umfasse neben dem



bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken auch die Inkaufnahme der Gefahr von Fehleinschätzungen bei wirtschaftlicher Betätigung. Eine Pflichtverletzung liege erst vor, wenn die Grenzen eines verantwortungsbewussten, nur am Unternehmenswohl orientierten, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhenden unternehmerischen Handelns überschritten sind, die Bereitschaft zum Eingehen unternehmerischer Risiken in unverantwortlicher Weise überspannt wird oder das Verhalten sonst als pflichtwidrig gelten muss.

Auch die strafrechtliche Beurteilung des Vorstandshandelns im Rahmen einer möglichen Untreuestrafbarkeit orientiere sich an dieser aktienrechtlichen Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG). Eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB könne bei schlechthin unvertretbarem Vorstandshandeln durch eine Entscheidung auf unzureichender Tatsachengrundlage indiziert sein.

Anhand dieses Maßstabs konnte der BGH den Urteilsgründen des LG nicht entnehmen, dass es an einer Pflichtverletzung oder dem entsprechenden Vorsatz fehlte. Er verwies zunächst auf den Widerspruch, die Honorarzahlung als objektiv pflichtwidrig zu betrachten, andererseits aber einen entsprechenden Vorsatz des Vorstands abzulehnen. Im Übrigen können die insbesondere in Bezug auf die Informationslage des Vorstands lückenhaften Ur-

teilsfeststellungen die Schlussfolgerung, der Vorstand habe keine evident unvertretbare wirtschaftliche Entscheidung getroffen, nicht tragen.

Die Informationspflicht von Vorstandsmitgliedern verlange grundsätzlich und situationsbezogen die Ausschöpfung aller verfügbaren, tatsächlichen und rechtlichen Informationsquellen. Auf dieser Grundlage seien Handlungsoptionen abzuschätzen und Risiken zu berücksichtigen. Das Ausmaß der Informationspflicht ergebe sich aus der konkreten Entscheidungssituation. Notwendig und ausreichend sei es, dass sich der Vorstand eine angemessene Tatsachenbasis unter Berücksichtigung des Faktors Zeit und unter Abwägung der Kosten und Nutzen weiterer Informationsgewinnung verschafft. Hinsichtlich des Informationsbedarfs stehe ihm ein einzelfallbezogener Spielraum zu. Diese Beurteilung des Vorstands müsse im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung aus Sicht eines ordentlichen Geschäftsleiters vertretbar erscheinen.

Da sich die Urteilsfeststellungen zur Informationsgrundlage des Angeklagten nicht verhielten und die unternehmerische Vertretbarkeit der Zahlung auf die Honorarforderungen aus den Feststellungen nicht ohne weiteres folge, verwies der BGH die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung mit der Maßgabe zurück, insbesondere der Informationsstand des Angeklagten sei zu untersuchen.

BGH, Urt. v. 10.02.2022 – 3 StR 329/21, NZG 2022, 1293

## **LG Lübeck zur Ablehnung eines Verwässerungsschutzes durch zwingendes Bezugsrecht auf Genussscheine nach Kapitalerhöhung**

Das LG Lübeck hatte sich insbesondere mit der Frage auseinanderzusetzen, ob einem Genussscheininhaber im Zuge einer Kapitalerhöhung aus Gründen des Verwässerungsschutzes ein zwingendes Bezugsrecht auf Genussscheine zusteht.

### *Sachverhalt*

Der Kläger war Inhaber von Genussscheinen der beklagten KGaA. Die Genussscheinbedingungen (GB) sahen Regelungen zum Bezugsrecht auf junge Genussscheine vor und stellten dieses unter die aufschiebende Bedingung einer Hauptversammlungszustimmung. Bei einer Kapitalerhöhung

erhielten Aktionäre ein Bezugsrecht auf Aktien. Die Genussscheine nahmen mangels Hauptversammlungszustimmung nicht an der Kapitalerhöhung teil. Zum Verwässerungsausgleich erhielten die Genussscheininhaber eine Barabfindung. Der Kläger nahm an, die Beklagte sei zum vollwertigen Verwässerungsausgleich der Genussscheininhaber verpflichtet gewesen. Er rügte die Wirksamkeit der Regelungen in den GB nach §§ 305c Abs. 1, 307 BGB in Bezug auf den Verwässerungsschutz.

### *Entscheidung des LG Lübeck*

Das LG hat die Ablehnung der Erhöhung des Genusskapitals durch die Hauptversammlung, die nicht zu einem Beschluss über die Ausgabe neuer Genussscheine verpflichtet gewesen sei, nicht beanstandet. Ein zwingendes Bezugsrecht auf Genussscheine widerspreche der gesetzlich geschützten Entscheidungsfreiheit der Aktionäre. Eine Pflicht zur Genussscheinausgabe folge auch nicht aus Gründen des Verwässerungsschutzes.

Insbesondere argumentierte das LG, es fehle bereits an einer gesetzlichen Regelung, die Vertragsparteien seien in der Ausgestaltung von Genussrechten weitgehend frei. Eine Pflicht zur Ausgabe von Genussscheinen folge auch nicht aus § 216 Abs. 3 AktG. Aufgrund systematischer Stellung gelte die Norm nur für nominelle, nicht aber für effektive Kapitalerhöhungen wie die vorliegende. Eine analoge Anwendung der Vorschrift scheide aus. Ein – zwar interessengerechter – Verwässerungsschutz von Genussscheininhabern erfordere eine vertragliche Regelung. Da das Genussrecht keine Mitgliedschaftsrechte verkörpert, dürfe die Ähnlichkeit des Genussscheins zur Aktie nicht überstrapaziert werden. Zudem fehle vor allem eine planwidrige Regelungslücke, weil der Gesetzgeber das lange bekannte Problem des Verwässerungsschutzes nur für die seltenere nominelle Kapitalerhöhung geregelt hat. Auch wegen unterschiedlicher wirtschaftlicher Folgen komme eine Gleichstellung von nomineller und effektiver Kapitalerhöhung nicht in Betracht. Zudem stünden die Regelungen des Verwässerungsschutzes in den GB der Analogie entgegen.

Auch aus den GB selbst folge keine Verpflichtung zur Ausgabe neuer Genussscheine. Die GB stellen diese unter den Vorbehalt der Hauptversammlungszustimmung, sodass die Aktionäre in ihrer Entscheidung frei und bei einer Kapitalerhöhung nicht gleichzeitig zur Erhöhung des Genusskapitals gezwungen

gewesen seien. Einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle hielten die GB der Beklagten stand. Einerseits handle es sich bei den GB in der geprüften Form infolge fehlenden Überrumpelungseffekts und aufgrund ihrer Marktüblichkeit nicht um überraschende Klauseln. Andererseits stellten sie keine unangemessene Benachteiligung dar, da sie klar und verständlich seien.

Die Ablehnung der Ausgabe neuer Genussscheine sei auch nicht treuwidrig gewesen. Eine (analoge) Treupflicht fehle im Verhältnis zu den Genussscheininhabern. Deren Situation sei mit der Rechtsstellung von Gesellschaftern nicht vergleichbar. Genussscheininhaber stünden Gesellschaft und Gesellschaftern im Wesentlichen wie Drittgläubiger gegenüber. In diesem Verhältnis gelte die gesellschaftsrechtliche Treupflicht gerade nicht und lasse sich auch nicht aus einer vermeintlich ähnlichen Ausgestaltung von Vorzugsaktien und Genussscheinen im konkreten Fall herleiten.

Auch einer Analogie zu § 186 AktG könne kein Bezugsrecht der Genussscheininhaber entnommen werden, es fehle bereits die vergleichbare Interessenlage. Die Vorschrift schütze Aktionäre vor entschädigungsloser Verwässerung durch eine Kapitalerhöhung, indem der Bezugsrechtsausschluss rechtfertigungsbedürftig ist. Die Genussscheininhaber seien vor Verwässerung jedoch durch die GB und die hieraus folgende Barabfindung hinreichend geschützt. Anders als Aktionäre haben Genussscheininhaber auch kein Stimmrecht, das durch die Kapitalerhöhung verwässert werden könnte.

Zuletzt argumentierte das LG, dass auch aus ergänzender Vertragsauslegung oder aus § 313 BGB keine Pflicht zur Ausgabe neuer Genussscheine folge, da insbesondere die Existenz entsprechender Regelungen in den GB entgegenstünden.

LG Lübeck, Urt. v. 09.08.2022 – 17 O 21/18, BeckRS 2022, 20007

## KG Berlin zur Kostenlast bei Antrag auf Bestellung eines Sacheinlageprüfers nach §§ 33a, 183a AktG und zum abschließenden Charakter der Neubewertungsgründe

Das KG Berlin hatte auf Antrag von Minderheitsaktionären in Folge der Erledigung eines Antrages auf Bestellung eines Sacheinlageprüfers zu entscheiden, ob der Aktiengesellschaft außergerichtliche Auslagen aufzuerlegen waren.

### *Sachverhalt*

Die Hauptversammlung der AG beschloss im September 2020 eine Sachkapitalerhöhung ohne Prüfung nach § 183a Abs. 1 AktG. Die Mehrheitsgesellschafterin sollte demnach einen Genussschein gegen Gewährung von Anteilen in die Gesellschaft einbringen. Gegen diesen Beschluss haben die Minderheitsaktionäre Anfechtungsklage erhoben und einen Antrag gemäß §§ 183a Abs. 3, 33a Abs. 2 AktG auf Bestellung eines Sacheinlageprüfers gestellt. Begründet wurde dies mit der fehlenden Unabhängigkeit des Wirtschaftsprüfers, der die Werthaltigkeit der Sacheinlage geprüft hatte. Zwei zwischenzeitlich gestellte Freigabeanträge hatte die AG zurückgenommen. Nach einem Beschluss der AG über die Aufhebung des Kapitalerhöhungsbeschlusses durch die Hauptversammlung im August 2021 hatten die Minderheitsaktionäre ihren Antrag auf Bestellung eines Sacheinlageprüfers für erledigt erklärt und beantragt, der Gesellschaft die Verfahrenskosten einschließlich außergerichtlicher Auslagen der Minderheitsaktionäre aufzuerlegen. Das AG Charlottenburg hat von der Erhebung von Gerichtskosten abgesehen und den Antrag der Minderheitsaktionäre zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Minderheitsaktionäre.

### *Entscheidung des KG Berlin*

Die Beschwerde hatte keinen Erfolg. Es entspreche nicht billigem Ermessen, der AG die den Minderheitsaktionären entstandenen notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen (§§ 83 Abs. 2, 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG). Insoweit könne ein voraussichtliches Unterliegen der Beteiligten in Betracht gezogen werden. Hiernach scheide die beantragte Kostenerstattung aus.

Zunächst spreche gegen eine Entsprechung des Antrags, dass das AktG eine derartige Kostenverteilung in vergleichbaren Konstellationen, etwa bei Bestellung eines Sonderprüfers, nicht vorsieht. Selbst

in diesem Fall trage die AG nur die Kosten der Sonderprüfung und die Gerichtskosten. Zudem hätte der Antrag auf Bestellung eines Sacheinlageprüfers voraussichtlich keine Aussicht auf Erfolg gehabt.

Das KG wies darauf hin, dass die Aufzählung der Neubewertungsgründe in den §§ 33a Abs. 2, 183a Abs. 3 AktG nach Wortlaut, Systematik und Zweck der Vorschrift abschließend sei. Alle sonstigen Einwendungen gegen die bisherige Wertermittlung seien unbeachtlich. Die allgemeine Bewertungsrüge, die Sacheinlage habe einen geringeren Wert als angenommen, sei deshalb nicht zu berücksichtigen. Daher könne auch nicht geltend gemacht werden, der Gutachter sei bereits auf Grundlage im Zeitpunkt der Bewertung bekannter Umstände zu einem unzutreffenden Ergebnis gelangt. Gleiches gelte für den Einwand, der Prüfer sei nicht für die Prüfung geeignet gewesen. Dies rechtfertige keine Bestellung eines Sacheinlageprüfers nach § 183a Abs. 3 AktG, sondern führe allenfalls zur Anfechtbarkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses.

Auch der Einwand der Minderheitsaktionäre, der von der AG mit der Bewertung des Sacheinlagegegenstands beauftragte Wirtschaftsprüfer sei nicht unparteiisch und habe den Einlagegegenstand „massiv überbewertet“, greife nicht. Dieser rechtfertige keine Bestellung eines Sacheinlageprüfers nach § 183a Abs. 3 AktG, da er sich gerade nicht auf neue oder neu bekannt gewordene Umstände nach Maßgabe des § 33a Abs. 2 AktG stütze.

Eine Kostenbelastung der AG sei auch nicht nach § 81 Abs. 2 Nummer 1 FamFG infolge groben Verschuldens der AG geboten. Denn es ist ungeklärt, ob der Kapitalerhöhungsbeschluss rechtswidrig war. Abweichendes folge auch nicht daraus, dass Anträge im Freigabeverfahren zurückgenommen wurden. Hierfür könne es vielfältige Gründe geben. Außerdem sei auch hier relevant, dass die Aspekte, auf die die Minderheitsaktionäre den Verschuldensvorwurf stützen, nicht nach § 183 Abs. 3a AktG, sondern allenfalls durch Anfechtungsklage geltend gemacht werden könnten.

KG Berlin, Beschl. v. 05.05.2022 – 22 W 6/22, ZIP 2022, 1977

# Sonstige Neuigkeiten

## Inkrafttreten der EU-Vorschriften zur Förderung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern in den Leitungsorganen börsennotierter Gesellschaften

Am 07.12.2022 ist die Richtlinie (EU) 2022/2381 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.11.2022 zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den Direktoren börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen im Amtsblatt der EU veröffentlicht worden. Die Richtlinie ist am 27.12.2022 in Kraft getreten.

### *Zielsetzung*

Die Richtlinie ist auf börsennotierte Gesellschaften anwendbar und verfolgt gemäß ihres Art. 1 das Ziel, eine ausgewogenere Vertretung von Frauen und Männern unter den Direktoren dieser Gesellschaften zu erreichen. Gemäß Art. 5, der die Zielvorgaben bezüglich einer ausgewogenen Geschlechtervertretung in den Leitungsvorgaben normiert, haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass für börsennotierte Gesellschaften eines der beiden folgenden Ziele gilt: Die Besetzung der nicht geschäftsführenden Direktoren in Leitungsorganen zu mindestens 40 % mit Angehörigen des unterrepräsentierten Geschlechts, oder alternativ die Erhöhung des Anteils des unterrepräsentierten Geschlechts unter allen Direktoren in Leitungsorganen unabhängig davon, ob geschäftsführend oder nicht, auf 33 %. Die Richtlinienumsetzung in nationales Recht ist verpflichtend. Auch bei einer Entscheidung für die erste Variante muss durch die Mitgliedstaaten sichergestellt sein, dass die Gesellschaften individuelle quantitative Zielvorgaben zur Verbesserung der ausgewogenen Geschlechtervertretung unter den geschäftsführenden Direktoren festlegen. Die Zielvorgaben der Richtlinie sind für die Gesellschaften bis zum 30.06.2026 zu erfüllen.

Art. 6 der Richtlinie normiert die Mittel zur Erreichung der Zielvorgaben. Gemäß Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass börsennotierte Gesellschaften ihre Auswahlverfahren hinsichtlich der Kandidaten für eine Wahl oder Bestellung zu Direktoren anpassen, soweit sie die Zielvorgaben der Richtlinie nicht erfüllen. Es sind

transparente Auswahlverfahren einzuführen, die auf einem Vergleich der Qualifikationen der verschiedenen Kandidaten auf der Grundlage klar und neutral formulierter Kriterien beruhen, die diskriminierungsfrei anzuwenden sind. Bei gleicher Qualifikation ist grundsätzlich dem Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts Vorrang einzuräumen.

### *Berichterstattung, nationale Anpassungen*

Sollte ein Mitgliedstaat unter den in Art. 12 der Richtlinie näher beschriebenen Voraussetzungen vor Inkrafttreten der Richtlinie dem Erreichen ihrer Zielvorgaben nahe gekommen sein oder gleichermaßen wirksame Rechtsvorschriften erlassen haben, kann er die Anwendung der Art. 6 und ggf. Art. 5 Abs. 2 aussetzen.

Es obliegt nach Art. 7 den Gesellschaften, den zuständigen Behörden jährlich Informationen über die Vertretung von Frauen und Männern in ihren Leitungsorganen und über die zur Erreichung der Zielvorgaben ergriffenen Maßnahmen bereitzustellen. Den Mitgliedstaaten obliegt es, jährlich eine Liste derjenigen Gesellschaften zu veröffentlichen, die die Ziele der Richtlinie erreicht haben.

### *Hintergrund und Umsetzungsfrist*

In seiner Pressemitteilung vom 17.10.2022 verwies der Rat darauf, dass Gleichbehandlung und Chancengleichheit von Frauen und Männer in den EU-Verträgen sowie in der vom Rat, dem Parlament und der Kommission proklamierten europäischen Säule sozialer Rechte verankert seien. Die Umsetzungsfrist endet am 28.12.2024.

*Die Pressemitteilung des Rates vom 17.12.2022 ist abrufbar unter:*

<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/10/17/council-approves-eu-law-to-improve-gender-balance-on-company-boards>

## **Rücküberweisung des Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) an den Rechtsausschuss – Kein Inkrafttreten zum 31.01.2023**

---

Am 15.12.2022 hat der Bundestag den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) in der Fassung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drs. 20/4806) nicht wie erwartet beschlossen und stattdessen einstimmig an den Rechtsausschuss zurücküberwiesen. Mit dem Entwurf sollte die Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 27.11.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen (Umwandlungsrichtlinie) umgesetzt und erstmals die Spaltung und der Formwechsel grenzüberschreitend ermöglicht bzw. normiert werden. Grund für die Rücküberweisung an den Rechtsausschuss ist, dass der zuständige Ausschuss des Bundesrates der Bitte des Bundestags um Fristverkürzung

nicht zugestimmt hatte. Dadurch kann die abschließende Beratung des Gesetzes im Bundesrat frühestens im Februar 2023 stattfinden. Da das Gesetz aber zum 31.01.2023 hätte in Kraft treten sollen, wäre durch den einseitigen Beschluss des Bundestages ein verfassungsrechtliches Risiko entstanden. Mit einem Inkrafttreten des UmRUG vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Umwandlungsrichtlinie am 31.01.2023 ist derzeit nicht zu rechnen.

*Hintergrund zur Debatte und Beschluss des Bundestages vom 15.12.2022 abrufbar unter:*

<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw50-de-umwandlungsrichtlinie-924600>

## **Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten (LkSG) in Kraft getreten**

---

Am 01.01.2023 ist das Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 16.09.2021 (LkSG) in Kraft getreten. Es war am

22.07.2021 im BGBl. 2021 Teil I Nummer 46, S. 2959 ff., verkündet worden (vgl. Newsletter für die Aktiengesellschaft, 3. Quartal 2021, S. 17 f.).

## **Beschluss des Deutschen Bundestags über das Hinweisgeberschutzgesetz und dessen Auswirkungen auf Aktiengesellschaften**

---

Am 16.12.2022 hat der Deutsche Bundestag das Gesetz für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (HinSchG) beschlossen. Das Gesetz dient der Umsetzung der durch Verordnung (EU) 2020/1503 geänderten Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Rates vom 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden.

Das HinSchG soll den nach dem Regierungsentwurf bis dato lückenhaften, unzureichenden Schutz hinweisgebender Personen verbessern. Denn während Hinweisgeber einen wichtigen Beitrag zur Aufdeckung und Ahndung von Missständen leisten würden, sei ein entsprechendes Tätigwerden in der

Vergangenheit gelegentlich mit Benachteiligungen verbunden gewesen. Diese sollen künftig ausgeschlossen und dem Hinweisgeber solle Rechtssicherheit geben werden. Das Gesetz gießt bisherige Grundsätze der Rechtsprechung in Gesetzesform, um für Hinweisgeber Rechtsklarheit im Umgang mit der Meldung und Offenlegung von Verstößen zu schaffen.

Das Gesetz betrifft auch Aktiengesellschaften. Zum einen umfasst der persönliche Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 HinSchG als hinweisgebende Personen natürliche Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben und diese an die nach diesem Gesetz

vorgesehenen Meldestellen melden oder offenlegen. Hierunter fallen nach dem Regierungsentwurf ausdrücklich auch Organmitglieder von Gesellschaften. Der Regierungsentwurf stellt darauf ab, dass Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen ihrer Überwachungspflicht auch auf die Beseitigung etwaiger Rechtsverstöße im und durch das Unternehmen hinzuwirken haben.

Zum anderen unterfallen gemäß § 2 Abs. 1 Nummer 3 lit. r) HinSchG dem sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes auch Verstöße gegen nationale Rechtsvorschriften und europäische Rechtsakte zur Regelung der Rechte von Aktionären von Aktiengesellschaften.

§ 12 HinSchG verlangt von Beschäftigungsgebern mit mindestens 50 Beschäftigten sowie darüber hinaus insbesondere von Wertpapierdienstleistungsunternehmen, Instituten i.S.d. § 1 Abs. 1b KWG o-

der auch von Kapitalverwaltungsgesellschaften oder Unternehmen gemäß § 1 Abs. 1 VAG die Einrichtung und den Betrieb interner Meldestellen, an die sich Beschäftigte wenden können, um Informationen über Verstöße zu melden. Diese Pflicht wird auch Aktiengesellschaften treffen, es ist ein gesetzeskonformes Hinweisgebersystem im Unternehmen zu installieren bzw. zu untersuchen, inwieweit bereits bestehende Strukturen den Anforderungen des HinSchG genügen und ggf. zu modifizieren sind.

Der zweite Durchgang im Bundesrat steht für das HinSchG noch aus.

*Der Regierungsentwurf vom 27. Juli 2022 ist abrufbar unter:*

**<https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Hinweisgeberschutz.html>**

# Update zum Kapitalmarktrecht

## ESMA: Veröffentlichung einer Fünf-Jahres-Strategie mit Fokus auf Nachhaltigkeit sowie Technologie- und Dateninnovation

---

Die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) hat am 10.10.2022 ihre Strategie für die Jahre 2023 bis 2028 veröffentlicht. In dieser erläutert sie ihre drei langfristigen, strategischen Prioritäten und darüber hinaus, wie sie ihre Kompetenzen und Möglichkeiten nutzen wird, um auf künftige Herausforderungen und Entwicklungen zu reagieren. Damit rückt sie fünf Aspekte in den Fokus.

Erster Schwerpunkt ihrer Strategie ist die Förderung effektiver Märkte und finanzieller Stabilität. In den nächsten fünf Jahren will die ESMA sich auf die Sicherstellung, fairer, geordneter und effektiver Märkte, erhöhte Transparenz sowie eine Verbesserung der Finanzstabilität konzentrieren. Unter anderem will sich die ESMA, um die Kapitalbeschaffung über die Finanzmärkte zu erleichtern, auf den Abbau von Hindernissen für grenzüberschreitende Transaktionen fokussieren.

Daneben soll die Aufsicht über die EU-Märkte gestärkt werden. Gemeinsam mit den zuständigen nationalen Behörden soll die Aufsicht im EU-Binnenmarkt verhältnismäßig und kosteneffizient gestärkt werden. Ziel ist unter anderem das Erreichen einer gemeinsamen EU-Aufsichtskultur.

Weiteres Kernelement ist die Verbesserung des Schutzes von Anlegern, insbesondere von Kleinanlegern, gemeinsam mit den zuständigen nationalen

Behörden. Hierbei stehen insbesondere Maßnahmen in Bezug auf die Einbindung von Aktionären sowie hinsichtlich effektiver Informationen und Offenlegung im Fokus.

Ein vierter Schlüsselbereich ist die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsgesichtspunkten in die Aktivitäten der ESMA. Schwerpunkt sei die Wirksamkeit und Integrität von ESG-Informationen, eine verbesserte ESG-Regulierung samt Aufsicht sowie die Anerkennung der Rolle von Privatanlegern bei der Finanzierung des Übergangs in eine grünere Wirtschaft.

Abschließend sollen technologische Innovationen und die effektive Nutzung von Daten erleichtert werden. Während aufstrebende und traditionelle Marktteilnehmer gleiche Wettbewerbsbedingungen vorfinden sollen, soll die Finanzregulierung Innovationen nicht entgegenstehen. Schwerpunktmäßig soll es unter anderem um die Auswertung von in den Finanzmärkten eingesetzten Technologien auf den bestehenden Regulierungsrahmen sowie zukünftige EU-Regulierung gehen.

*Das Strategiepapier der ESMA ist abrufbar unter:*

<https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-announces-strategic-priorities-next-five-years>

## ESMA/BaFin: Bilanzkontrolle 2023

---

Die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) hat am 28.10.2022 bekanntgegeben, dass sie für alle europäischen Enforcement-Stellen folgende gemeinsame Prüfungsschwerpunkte für Jahresabschlüsse 2022 kapitalmarktorientierter Unternehmen festgelegt hat: (i) klimabezogene Risiken (*climate-related matters*), (ii) direkte finanzielle Auswirkungen der russischen Invasion in die Ukraine

(*direct financial impacts of Russia's invasion of Ukraine*) und (iii) das makroökonomische Umfeld (*macroeconomic environment*).

*Das Public Statement der ESMA ist abrufbar unter:*

<https://www.esma.europa.eu/file/125505/download?token=QzOwuGpr>.

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat am 5.12.2022 bekanntgegeben, dass sie in den Konzernabschlüssen 2022 schwerpunktmäßig Angaben über Beziehungen zu nahestehenden Unternehmen und Personen prüfen wird. Außerdem werde sie wie im Vorjahr verstärkt auf eine nachvollziehbare und nachprüfbare Buchführung achten. Ziel sei es, dass Emittenten hinreichende

Ressourcen auf eine gute Dokumentation verwenden.

*Die Mitteilung der BaFin ist abrufbar unter:*

**[https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2022/meldung\\_2022\\_12\\_05\\_BilKo\\_Pruefungsschwerpunkte.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2022/meldung_2022_12_05_BilKo_Pruefungsschwerpunkte.html)**



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



**Dr. Christian Eichner**  
Partner  
Tel +49 211 2806 7114  
[christian.eichner@allenoverly.com](mailto:christian.eichner@allenoverly.com)



**Dr. Hartmut Krause**  
Partner  
Tel +49 69 2648 5782  
[hartmut.krause@allenoverly.com](mailto:hartmut.krause@allenoverly.com)



**Dr. Michael Weiß**  
Partner  
Tel +49 69 2648 5453  
[michael.weiss@allenoverly.com](mailto:michael.weiss@allenoverly.com)



**Dr. Jonas Wittgens**  
Partner  
Tel +49 40 82221 2158  
[jonas.wittgens@allenoverly.com](mailto:jonas.wittgens@allenoverly.com)



**Dorothee Kupiek**  
Counsel  
Tel +49 211 2806 7107  
[dorothee.kupiek@allenoverly.com](mailto:dorothee.kupiek@allenoverly.com)



**Dr. Jens Wagner**  
Counsel  
Tel +49 89 71043 3112  
[jens.wagner@allenoverly.com](mailto:jens.wagner@allenoverly.com)



**Dr. Andre Wandt**  
Counsel  
Tel +49 69 2648 5684  
[andre.wandt@allenoverly.com](mailto:andre.wandt@allenoverly.com)

Für weitere Informationen kontaktieren Sie bitte:

## **Deutschland**

Dreischeibenhaus 1, 40211 Düsseldorf |  
Tel. +49 211 2806 7000 | Fax +49 211 2806 7800

Bockenheimer Landstraße 2, 60306 Frankfurt am Main |  
Tel. +49 69 2648 5000 | Fax +49 69 2648 5800

Ballindamm 17, 20095 Hamburg |  
Tel. +49 40 82 221 2100 | Fax +49 40 82 221 2200

Maximilianstraße 35, 80539 München |  
Tel. +49 89 71043 3000 | Fax +49 89 71043 3800

allenoverly.de

---

## **GLOBALE PRÄSENZ**

Allen & Overy ist eine internationale Anwaltskanzlei mit rund 5.600 Mitarbeitern, darunter etwa 580 Partner, an über 40 Standorten weltweit. Eine aktuelle Liste aller Standorte von Allen & Overy finden Sie unter [allenoverly.com/global/global\\_coverage](https://www.allenoverly.com/global/global_coverage).

Allen & Overy bezieht sich auf Allen & Overy LLP und/oder ihre verbundenen Unternehmen. Die Allen & Overy LLP ist eine in England und Wales unter der Nummer OC306763 eingetragene Limited Liability Partnership englischen Rechts. Die Allen & Overy LLP ist von der Solicitors Regulation Authority of England and Wales zugelassen und untersteht deren Aufsicht.

Jeder Hinweis auf Partner bezieht sich auf die Gesellschafter der Allen & Overy LLP oder Mitarbeiter oder Berater der Allen & Overy LLP, deren Status und Qualifikationen denen eines Gesellschafters entsprechen, oder eine Person mit einem gleichwertigen Status in einem verbundenen Unternehmen der Allen & Overy LLP. Eine Liste der Gesellschafter der Allen & Overy LLP sowie der als Partner bezeichneten Personen, die nicht Gesellschafter sind, kann am Sitz der Gesellschaft, One Bishops Square, London, E1 6AD, oder in jedem deutschen Büro eingesehen werden.

© Allen & Overy LLP 2023. Dieses Dokument enthält lediglich allgemeine Hinweise und stellt keine Beratung dar. | EUP1: 2016798739.1