

Betriebs Berater

// DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Bernhard Pellens

Perspektive der Unternehmensrechnung: Wo endet die IFRS-Rechnungslegung?

I

// WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M., und Dr. Sebastian Mock, LL.M.

Abberufung des besonderen Vertreters durch den Alleinaktionär

775

Dr. Wolf R. Bussian, LL.M., RA, und Dr. Matthias Achenbach, RA

Haftung des GmbH-Geschäftsführers für die Gesellschafterliste trotz Mitwirkung des Notars?

778

Sven Köhnen, RA

Paradigmenwechsel – Die geplanten Änderungen der EU-Kommission für den Kfz-Vertrieb ab 2010

781

KG Berlin: Zum „Erscheinen“ eines Aktionärs auf der Hauptversammlung – wirksame Legitimationsübertragung

BB-Kommentar von Dr. Ulrich Block, LL.M., RA, und Benno A. Packi, RA 785

// STEUERRECHT

Dr. Stephen A. Hecht, LL.M., RA/StB, und Thomas von Cölln, StB

Unternehmensbewertung nach dem BewG i. d. F. des ErbStRG – Anmerkungen zu den Ländererlassen

795

Christian Brodersen, RA/Notar, und Burkhard von Loeffelholz, RA/StB

Änderungen in der Umsatzbesteuerung für Notare, Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer

800

Anton Rudolf Götzenberger, StB/MBA

Steuern auf stille Reserven vermeiden – durch Reinvestition in einen § 6b Fonds

806

BfH: Vorsteuerabzug bei Ausweis eines überhöhten Steuerbetrags und bei nachträglicher Erhöhung der Bemessungsgrundlage
BB-Kommentar von Dr. Stefan Behrens, RA/FAStR/StB, und Dr. Michael Bohnhardt

808

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Benedikt Kastrup, WP/StB, und Dr. Oliver Middendorf, WP/StB

Latente Steuern bei Personengesellschaften im handelsrechtlichen Jahresabschluss nach BilMoG

815

BMF: Maßgeblichkeit der handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung für die steuerliche Gewinnermittlung – Änderung des § 5 Abs. 1 EStG durch das BilMoG
Verwaltungsreport von Ingetraut Meurer

820

// ARBEITSRECHT

Antje Wutschka, RAin

Arbeitsrechtliche Maßnahmen bei Verlegung und Zusammenschluss von Betrieben

825

BAG: Verwirkung des Widerspruchsrechts bei Betriebsübergang
BB-Kommentar von Dr. Timon Grau, RA

831

// BERUFSPRAXIS: BERUFSRECHT

Im Blickpunkt: Abschlussprüferaufsicht

V

partner aus der GVO 1400/2002, diese seien zukünftig – aus dem rein kartellrechtlichen Blickwinkel der Kommission – wegen der veränderten Marktbedingungen nicht mehr erforderlich, zutrifft. Selbst wenn dies richtig wäre, ist damit doch nur Folgendes angesprochen: Es besteht in den Mitgliedstaaten zivilrechtlich erheblicher Handlungsbedarf, durch gesetzgeberische Tätigkeit und ggf. ergänzende Rechtsfortbildung der Gerichte den Vertragspartnern der Lieferanten des Automobilsektors im Handel und Service auch außerhalb der bestehenden Gesetze im Handelsvertreterbereich eine sichere Rechtsgrundlage zu bieten, die für den Vertragshändlerbereich fehlt.

// Autor

Sven Köhnen ist Partner der Sozietät Graf von Westphalen in Köln. Er berät Unternehmen in allen Fragen des Handelsrechts. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind das Vertriebsrecht und das nationale und europäische Kartellrecht, insbesondere die Ausgestaltung von Vertriebsverträgen und die Vertretung bei kartellrechtlichen Auseinandersetzungen sowie die Beratung in Compliance-Fragen.



KG Berlin: Zum „Erscheinen“ eines Aktionärs auf der Hauptversammlung – wirksame Legitimationsübertragung

KG Berlin, Urteil vom 10.12.2009 – 23 AktG 1/09

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2010-66-1
unter www.betriebs-berater.de

LEITSÄTZE

1. Die Verfahrensregelungen in § 319 Abs. 6 Satz 7 und 9 AktG i. d. F. des am 4.8.2009 verkündeten Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 30.7.2009 sind verfassungsgemäß.
2. Ein Aktionär ist auf der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft dann nicht „erschienen“ im Sinne von § 245 Nr. 1 AktG, wenn er dem für ihn teilnehmenden Dritten im Rahmen der sog. Legitimationsübertragung gemäß § 129 Abs. 3 Satz 1 AktG nur das Stimmrecht übertragen, nicht jedoch den Besitz bzw. ein Surrogat an den Inhaberaktien übergeben hat.
3. Die Anfechtung eines „Squeeze-out-Beschlusses“ aufgrund von inhaltlichen Mängeln des Prüfberichts scheidet aufgrund der Regelung in § 327f Satz 1 Alt. 2 AktG grundsätzlich aus.

SACHVERHALT

Die 1992 gegründete Antragstellerin, eine ab 1.11.2005 börsennotierte Aktiengesellschaft der Pharmabranche mit Sitz in Berlin, begehrt mit ihrem Antrag die Freigabe des Beschlusses der Hauptversammlung der Antragstellerin vom 16.6.2009 zu TOP 7, durch den die Aktien der Minderheitsaktionäre der Antragstellerin gemäß §§ 327a ff. AktG auf die S. GmbH (im folgenden S. GmbH), welche nach Behauptung der Antragstellerin zu mehr als 95 % an dem Grundkapital der Antragstellerin beteiligt sein soll, übertragen werden sollen. Vor dem LG Berlin ist die Hauptsacheklage (Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage) des hiesigen Antragsgegners unter dem Aktenzeichen 104 O 69/09 rechtshängig.

Das Grundkapital der Antragstellerin beträgt Euro 58.942.179,00 und ist eingeteilt in 58.942.179 auf den Inhaber lautende Stückaktien mit einem anteiligen Betrag des Grundkapitals von Euro 1,00 je Aktie. Unternehmensgegenstand der Antragstellerin ist Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von neuartigen Arzneimitteln. Die Kommission der Europäischen Union erteilte der Antragstellerin am 15.7.2008 die Zulassung für das von ihr entwickelte Medikament F. Auf dem US-amerikanischen Arzneimittelmarkt wurde es nicht zugelassen.

Aufgrund der für die Forschung und Entwicklung der Medikamente erforderlichen erheblichen Investitionen erfolgte am 1.11.2005 der Börsengang

der Antragstellerin. In einem Beschluss der Hauptversammlung der Antragstellerin vom 13.6.2007 wurde der Vorstand ermächtigt, das Grundkapital der Antragstellerin mit Zustimmung des Aufsichtsrats durch Ausgabe von bis zu 26.213.135 (heute gemäß § 6 Abs. 6 der Satzung: 26.267.352) neue Stammaktien gegen Bar- oder Sacheinlage einmalig oder mehrmalig um insgesamt bis zu 26.213.135 € (heute gemäß § 6 Abs. 6 der Satzung: 26.267.352 €) zu erhöhen (im folgenden: Genehmigtes Kapital 2005/II). Zugleich war der Vorstand ermächtigt, mit Zustimmung des Aufsichtsrats das Bezugsrecht auszuschließen, wenn die Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen 10 Prozent des Grundkapitals nicht übersteigt und der Ausgabebetrag den Börsenpreis der bereits börsennotierten Aktien gleicher Art zum Zeitpunkt der endgültigen Festlegung des Ausgabebetrages nicht wesentlich unterschreitet. Wegen der Einzelheiten wird auf die Satzung der Antragstellerin in der Fassung gemäß Hauptversammlungsbeschluss vom 13.6.2007 und auf die aktuelle Satzung der Antragstellerin Bezug genommen.

In der Folgezeit verhandelte die Antragstellerin mit der S. GmbH und schloss mit dieser am Morgen des 3.7.2008 mit Zustimmung des Aufsichtsrats ein so genanntes Business Combination Agreement, wonach die S. GmbH gegenüber den Aktionären der Antragstellerin ein freiwilliges öffentliches Übernahmeangebot mit dem Ziel abgeben sollte, sämtliche Aktien an der Antragstellerin zu einem Kaufpreis von 6,25 Euro je Stückaktie zu erwerben. Ferner verpflichtete sich die S. GmbH zur Unterzeichnung einer Kapitalerhöhung aus dem Genehmigten Kapital 2005/II im Umfang von 5.229.747 Aktien gegen einen Ausgabebetrag von vier Euro pro Aktie, der nach Auffassung des Antragsgegners zu gering bemessen war. Die Veröffentlichung dieser Maßnahmen erfolgte am 3.7.2008; am 18.7.2008 wurde die Kapitalerhöhung in das Handelsregister eingetragen. Ebenfalls am 3.7.2008 schloss die S. GmbH mit Aktionären der Antragstellerin eine Vereinbarung über den Erwerb weiterer Aktien der Antragstellerin, die einer Beteiligung von circa 53 % des Grundkapitals entsprachen, unter der aufschiebenden Bedingung der – alsbald darauf erfolgten – Zulassung von F. durch die EU und der kartellrechtlichen Freigabe dieser geplanten Übernahme durch die deutsche und die US-Kartellbehörde, die seitens des Deutschen Kartellamts am 17.7.2008 erfolgte und in den USA ab dem 1.8.2008 als freigegeben galt. Aufgrund weiterer Zukäufe von Aktien hielt die S. GmbH am 15.12.2008 57.954.174 Aktien; dies entsprach einem Anteil von 98,32 % bei einem Grundkapital von 58.942.179 Euro, der sich bis zum 16.6.2009 durch weitere Zukäufe noch auf 98,78 % erhöhte.

In Vorbereitung von TOP 7 der Hauptversammlung vom 16.6.2009 und zur Ermittlung der angemessenen Barabfindung der Minderheitsaktionäre gemäß § 327 b AktG führte die Hauptaktionärin eine Unternehmensbewertung durch. Aufgrund Beschlusses des LG Berlin zu 102 AR 4/09 AktG vom 29.1.2009 prüfte die R. KG die Angemessenheit der Barabfindung im Rahmen des Squeeze out.

Rechtsanwalt R. nahm u.a. mit den Eintrittskarten Nr. 47, 48 und 49, die durch den Antragsgegner – lautend auf Rechtsanwalt Dr. D., Fremdbesitz – bestellt worden waren, an der Hauptversammlung vom 16.6.2009 teil und legte Widerspruch zur Niederschrift gegen den zu TOP 7 mit 99,63% der abgegebenen Stimmen gefassten Beschluss ein.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, die Hauptsacheklage sei offensichtlich unbegründet und deshalb der Antrag gemäß § 319 Abs. 6 S. 3 Nr. 1 AktG erfolgreich. So habe der Antragsgegner bereits nicht nachgewiesen, dass er Herrn Rechtsanwalt Dr. D., der unstreitig lediglich im Rahmen einer Legitimationsermächtigung gemäß § 129 Abs. 3 S. 1 AktG aufgetreten ist, zur Ausübung seines – des Antragsgegners – Stimmrechts ausdrücklich ermächtigt und insbesondere ihm den Besitz an seinen Aktien verschafft habe. Mithin fehle es an dem Nachweis, dass der Antragsgegner auf der Hauptversammlung der Antragstellerin am 16.6.2009 vertreten gewesen sei und Widerspruch zur Niederschrift erklärt habe. Ferner sei der Squeeze-out-Beschluss auch wirksam beschlossen worden, da die Frage der Angemessenheit der [Barabfindung] im Anfechtungsprozess unbeachtlich gemäß § 327f S. 1 Alt. 2 AktG sei. Schließlich habe das Freigabeverfahren auch gemäß § 327e Abs. 2, § 319 Abs. 6 S. 3 Nr. 3 AktG Erfolg, da der Antragstellerin bis zum Wirksamwerden des Übertragungsbeschlusses wesentliche wirtschaftliche Nachteile entstünden durch die Verpflichtung, aufgrund der Börsennotierung u.a. Publikumshauptversammlungen abzuhalten und die aufwändigen Anforderungen an die Rechnungslegung einzuhalten.

Die von der Antragstellerin beantragte Feststellung, die Erhebung der bei dem Landgericht Berlin zu 104 O 69/09 anhängigen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage des Antragsgegners gegen den in der Hauptversammlung der Antragstellerin zu TOP 7 gefassten Beschluss stehe dessen Handelsregistereintragung nicht entgegen, hatte Erfolg.

AUS DEN GRÜNDEN

Zulässigkeit des Antrags – Durchführung des Freigabeverfahrens vor dem OLG

II. 1. Der Antrag ist zulässig. Insbesondere ist das angerufene Kammergericht gem. § 327e Abs. 2, § 319 Abs. 6 S. 7 AktG i.d.F. des am 4.8.2009 verkündeten Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 30.7.2009 (ARUG, BGBl. 2009 I 2479) erstinstanzlich zuständig, da die Antragstellerin ihren Sitz in Berlin hat und die Zuständigkeitsregelung seit Inkrafttreten des ARUG am 1.9.2009 – und damit auch für den am 23.10.2009 eingegangenen Freigabeantrag der Antragstellerin – maßgeblich ist. Denn eine Übergangsvorschrift ist nicht erlassen; ferner ergibt sich dies aus dem Umkehrschluss von § 20 Abs. 4 und 6 AktGEG.

Bedenken gegen die Verfassungsgemäßheit der Neuregelung in § 319 Abs. 6 S. 7 AktG, durch die das Freigabeverfahren nunmehr vor dem Oberlandesgericht durchzuführen ist, bestehen entgegen der Ansicht des Antragsgegners nicht. Darin liegt kein Entzug des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, der nicht die Entscheidung durch einen bestimmten Richter gewährleistet, sondern nur erfordert, dass die Sache eines Rechtssuchenden durch ein im Vorhinein nach dem Gesetz bestimmtes Gericht entschieden wird (vgl. nur Zöller/Gummer, ZPO, 27. Aufl., § 16 GVG, Rn. 2). Ein Anspruch auf dauernden Verbleib einer Zu-

ständigkeit bei einem bestimmten Spruchkörper auch für zukünftige Verfahren lässt sich daraus nicht ableiten. Anderenfalls wäre bereits jede Änderung eines Geschäftsverteilungsplans verfassungswidrig ... Dass die Antragstellerin im streitgegenständlichen Verfahren von Vorstand und Aufsichtsrat vertreten wird, ist unschädlich, selbst wenn die Vorschrift des § 246 Abs. 2 S. 2 AktG im Freigabeverfahren gemäß § 319 Abs. 6 AktG nicht gelten sollte, da jedenfalls zugleich auch eine Vertretung – nur – durch den Vorstand vorliegt (vgl. OLG Frankfurt Beschluss vom 6.4.2009 – 5 W 8/09, zitiert nach juris).

Offensichtliche Unbegründetheit der Hauptsacheklage

2. Der Antrag der Antragstellerin ist auch begründet ...

[Die] Voraussetzungen gemäß §§ 327 e Abs. 2, 319 Abs. 6 S. 3 Nr. 1 [sind] gegeben, da die Hauptsacheklage offensichtlich unbegründet ist.

Keine Bedenken gegen die Verfassungsgemäßheit der Neuerungen des Freigabeverfahrens

a) Auf die Verfassungsgemäßheit der Neuregelung in § 319 Abs. 6 S. 3 Nr. 2 und Nr. 3 AktG kommt es vorliegend nicht an, da darauf der Erfolg des Freigabeverfahrens nicht gestützt wird.

Bedenken gegen die Verfassungsgemäßheit der Neuerungen des Freigabeverfahrens im Übrigen, insbesondere hinsichtlich der Unanfechtbarkeit des Beschlusses, bestehen auch über die unter 1. angeführten Gründe hinaus nicht: Der jedermann zustehende Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass aufgrund der Entscheidung eines Oberlandesgerichts die sofortige Beschwerde ausgeschlossen ist, § 319 Abs. 6 S. 9 AktG. Denn die Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes sichert keinen Instanzenzug, sondern lässt es ausreichen, dass die Rechtsordnung eine einmalige Möglichkeit zur Einholung einer gerichtlichen Entscheidung eröffnet. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, unter Abwägung und Ausgleich der verschiedenen betroffenen Interessen zu entscheiden, ob es bei einer Instanz bleiben soll oder ob mehrere Instanzen bereitgestellt werden und unter welchen Voraussetzungen sie angerufen werden können (BVerfG, Plenumsbeschluss vom 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, in NJW 2003, 1924ff.). Vorliegend begegnet es keinen Bedenken, wenn sich der Gesetzgeber entschieden hat, das Freigabeverfahren auf eine Instanz zu beschränken, zumal eine Entscheidung durch den Einzelrichter ausgeschlossen ist, § 319 Abs. 6 Satz 7 AktG. Denn es ist nicht zu beanstanden, wenn der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz zu Gunsten der Interessen des Hauptaktionärs an einer schnellen Umsetzung des Squeeze-out-Beschlusses aufgrund der finanziellen Entschädigung der Kleinaktionäre zurücktreten muss. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits entschieden, dass es im Hinblick auf die vermögensrechtliche Komponente der Aktie als Kapitalanlage dem Gesetzgeber nicht verwehrt ist, die Schutzvorkehrungen zugunsten des Minderheitsaktionärs auf die vermögensrechtliche Komponente der Anlage zu konzentrieren (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 30.5.2007 – 1 BvR 390/04 in ZIP 2007, 1261ff.; bestätigt im Nichtannahmebeschluss vom 19.9.2007 – 1 BvR 2984/06 in ZIP 2007, 2121f.).

Auch bei Anlegung eines strengen Prüfungsmaßstabs wird die Hauptsacheklage keinen Erfolg haben, da der Antragsgegner seine Legitimationsübertragung nicht hinreichend dargetan und glaubhaft gemacht hat

b) Die vor dem LG Berlin zu 104 O 69/09 rechthängige Klage ist nach dem Vorbringen der Parteien offensichtlich unbegründet im Sinne von §§ 327e Abs. 2, 319 Abs. 6 S. 3 Nr. 1 AktG.

Keiner Entscheidung bedarf, ob eine Anfechtungsklage schon dann offensichtlich unbegründet ist, wenn sich mit hoher Sicherheit die Unbegründetheit der Klage vorhersagen lässt (so OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.6.2009 – 5 W 6/09, in NZG 2009, 1183 ff. m.w.N.), oder ob sogar erforderlich ist, dass nach Durchdringung des Streitstoffes die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des angegriffenen Beschlusses als nicht oder kaum vertretbar erscheint (so z.B. OLG München, Beschluss vom 16.11.2005 – 23 W 2384/05, in AG 2006, 296 ff.). Denn auch unter Anwendung des strenger Maßstabs ist davon auszugehen, dass die Hauptsacheklage des Antragsgegners keinen Erfolg haben wird.

Der Antragsgegner hat bereits seine Klagebefugnis in der Hauptsacheklage gemäß § 245 Nr. 1 AktG nicht hinreichend vorgetragen und glaubhaft gemacht. Zwar hat der Antragsgegner eine entsprechende Bescheinigung der B. H. und V. AG vom 3.11.2009 vorgelegt, dass er zum maßgeblichen Zeitpunkt Aktionär der Antragstellerin war. Jedoch ist nicht davon auszugehen, dass er auf der Hauptversammlung im Sinne der genannten Vorschrift „erschieden“ war. Dafür reicht zwar eine Vertretung im Wege der sog. Legitimationsübertragung gemäß § 129 Abs. 3 S. 1 AktG aus (vgl. nur Schwab in: Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 245 Rn. 11 m.w.N. in Fn. 39). Diese Möglichkeit erfordert jedoch – im Gegensatz zur Stimmrechtsausübung bei Inhaberaktien durch ein Kreditinstitut – die Übertragung des Besitzes an den Aktien auf den Dritten als Vertreter, der gegenüber der Aktiengesellschaft als durch den Aktienbesitz legitimierter Vollrechtsinhaber auftritt. Bei Inhaberaktien muss dementsprechend die Übergabe des Besitzes oder eines Übergabesurrogats erfolgen (Volhard in: Münchener Kommentar, AktG, 2. Aufl., § 134 Rn. 65; Holzborn in: Heidelberger Kommentar zum AktG, 2008, § 134 Rn. 26; Zöllner in: Kölner Kommentar zum AktG, 1985, § 134 Rn. 100). Diese Voraussetzungen hat der Antragsgegner weder konkret vorgetragen noch durch die Bescheinigung der B. H. und V. AG vom 4.9.2009 glaubhaft gemacht.

Aus dieser Bescheinigung lässt sich nur entnehmen, dass der Antragsgegner das Stimmrecht übertragen wollte, nicht aber auch, dass er seinem Vertreter das Recht zum Besitz an den Aktien gemäß §§ 858 ff. BGB einräumen wollte. Das Stimmrecht kann jedoch nicht von der Aktie abgespalten und nicht ohne sie übertragen werden (Volhard a.a.O. Rn. 68) ...

Selbst bei unterstellter Anfechtungsbefugnis ist der zu TOP 7 gefasste Beschluss offensichtlich wirksam, ...

Selbst wenn man jedoch zu Gunsten des Antragsgegners seine Anfechtungsbefugnis unterstellen würde, ist dennoch das Hauptsacheverfahren ganz offensichtlich unbegründet. Denn nach dem derzeitigen Sachstand sind weder Nichtigkeits- noch zumindest Anfechtungsgründe auch nur ansatzweise erkennbar; der angegriffene, in der Hauptversammlung der Antragstellerin vom 16.6.2009 zu TOP 7 gefasste Beschluss ist vielmehr ganz offensichtlich wirksam:

... da die S. GmbH über einen Aktienbesitz von über 95 % an der Antragstellerin verfügt

aa) Es ist davon auszugehen, dass die S. GmbH über einen Aktienbesitz von über 95 % an der Antragstellerin verfügt. Der Antragsgegner beruft sich insoweit allein darauf, der Aktienerwerb aus der Kapitalerhöhung aus dem Genehmigten Kapital 2005/II sei wegen des zu niedrigen Ausgabebetrag nicht wirksam erfolgt, ohne den übrigen Vortrag der Antragstellerin zu weiteren Aktienkäufen der S. GmbH anzugreifen.

Offen bleiben kann, ob der in den Morgenstunden des 3.7.2008 gefasste Beschluss des Vorstands, die neuen Aktien aus dem Genehmigten Kapital 2005/II zu einem Ausgabebetrag von 4,00 € der S. GmbH unter Aus-

schluss des Bezugsrechts der übrigen Aktionäre anzubieten, nach den Anforderungen gemäß § 6 Abs. 6 S. 6 der Satzung n.F. (entsprechend dem ermächtigenden Beschluss der Hauptversammlung) wirksam war. Denn die Ermittlung der Kapitalmehrheit von 95 % ist gemäß §§ 327a Abs. 2 AktG nach § 16 Abs. 2 und 4 AktG zu beurteilen. Genehmigtes Kapital erhöht das Grundkapital ab Wirksamwerden der Kapitalerhöhung gemäß §§ 203 Abs. 1, 189 AktG (Vetter in: Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 16 Rn. 8). Vorliegend wurde die Kapitalerhöhung am 18.7.2008 ins Handelsregister eingetragen. Dies wirkt konstitutiv (BGH Urteil vom 10.10.2005 – II ZR 90/03, in NJW 2006, 374, zitiert nach juris, Rn. 14), und aus den Ausführungen des BGH in dem zuvor zitierten Urteil ergibt sich inzident, dass selbst eine Klage gegen den Vorstandsbeschluss, in dem die Ermächtigung umgesetzt wurde, nicht die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung beseitigen würde. Vorliegend sind jedoch offensichtlich nicht einmal Gerichtsverfahren gegen die entsprechenden Beschlüsse eingeleitet worden; sonstige Gründe, die gegen die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung sprechen könnten (vgl. dazu Veil in: Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 189, Rn. 4) sind weder vorgetragen noch ersichtlich, da eine etwaige Unangemessenheit des Ausgabebetrag nicht unter diese Gründe fällt.

Soweit der Antragsgegner sich auf die Vorschrift des § 57 Abs. 1 AktG beruft, würde eine verbotene (verdeckte) Einlagenrückgewähr nur zu einem schuldrechtlichen Herausgabeanspruch gegen die S. GmbH gemäß § 62 AktG führen. Im Übrigen stellt §§ 255 AktG eine Sondervorschrift dar, die einen Rückgriff auf § 57 AktG nicht gestattet.

Auch die Rügen gegen den Prüfbericht begründen keinen Verstoß gegen §§ 327c ff. AktG

bb) Die Rügen des Antragsgegners betreffend den Prüfbericht sind nicht geeignet, einen Verstoß gegen §§ 327c ff. AktG zu begründen.

Die Wirksamkeit des Übertragungsbeschlusses im Hinblick auf die Ordnungsmäßigkeit der Prüfung ist nur nach formalen Gesichtspunkten zu überprüfen, wie bereits gesetzlich ausdrücklich in § 327f S. 1 Alt. 2 AktG geregelt ist. Danach scheidet eine Anfechtung wegen unangemessener Barabfindung aus (vgl. auch Schnorbus in: Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 327f Rn. 5). Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass der Prüfungsbericht durch den vom Gericht bestellten Prüfer erstattet ist, gemäß §§ 327c Abs. 3 und 4, 327d AktG vor der Hauptversammlung bekannt gemacht wurde, in der Hauptversammlung ausliegt und dass er sich über das Bewertungsgutachten in seiner letzten Fassung und über die Angemessenheit der angebotenen Barabfindung verhält. Diesen Anforderungen genügt der Prüfbericht vom 24.4.2009. Etwaige inhaltliche Mängel und andere Unzuträglichkeiten bei der Abfassung des Prüfungsberichtes können den Übertragungsbeschluss grundsätzlich nicht unwirksam oder anfechtbar machen. Dies folgt aus der unabhängigen Stellung des gerichtlich bestellten Prüfers. Das Amt des Prüfers ist persönlich, sachlich unabhängig und weisungsfrei zum Schutz der Minderheitsaktionäre auszuüben. Damit wäre es unvereinbar, wenn die Gesellschaft oder der Hauptaktionär für mögliche Fehler der Prüfung eintreten müssten, denn solche Fehler entziehen sich bei wohlverstandener unabhängiger Prüfungstätigkeit der Einflussnahme- und Korrekturmöglichkeit der Gesellschaft und des Hauptaktionärs, die nicht einmal über die Möglichkeit verfügen, den fehlerhaft arbeitenden gerichtlich bestellten Prüfer ohne weiteres auszuwechseln (OLG Frankfurt, Beschluss vom 6.4.2009 – 5 W 8/09, zitiert nach juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 3.12.2008 – 20 W 12/08, zitiert nach juris, Rn. 133f.; OLG Koblenz, Beschluss vom 29.6.2006, in AG 2007, 92f.; OLG Hamm, Beschluss vom 17.3.2005 – 27 W 3/05, in AG 2005, 773 ff.). Hieraus folgt, dass der Einwand des Antragsgegners im Kla-

geverfahren, der Prüfbericht leide daran, dass die Höhe der Abfindung vom Prüfer nicht eigenständig ermittelt, sondern dieser allenfalls eine vorläufige und nicht wirklich ernsthaft erfolgte Plausibilitätskontrolle der Unternehmensbewertung durch die Hauptaktionärin vorgenommen habe, bei der Überprüfung des Übertragungsbeschlusses nicht relevant sein kann. Informationsmängel, die sich auf die Ermittlung der Höhe der Barabfindung beziehen, bleiben vielmehr im Anfechtungsverfahren außer Betracht und können erfolgreich nur im Spruchverfahren vorgebracht werden (BGH, Urteil vom 16.3.2009 – II ZR 302/06, BB 2009, 1318 mit Komm. Ruoff/Marhewka = NJW-RR 2009, 828 ff.; vgl. auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 3.12.2008 – 20 W 12/08, zitiert nach juris, Rn. 140 ff.) Darüber hinaus hat der Antragsgegner im Klageverfahren nur pauschal vorgebracht, es fehle an einer eigenständigen Prüfung der Angemessenheit der Barabfindung, und im Wesentlichen sich darauf berufen, die eigent-

liche Prüfung sei, von den üblichen Textbausteinen abgesehen, auf sieben Seiten dargestellt. Dagegen spricht, dass die Durchführung von eigenständigen Untersuchungen und Bewertungsplausibilisierungen seitens des Prüfers unmittelbar aus dem Bericht erkennbar ist, da an zahlreichen Stellen mitgeteilt wird, dass eine rechnerische und inhaltliche eigenständige Prüfung erfolgt sei. Die pauschalen Beanstandungen seitens des Antragsgegners im Hauptsacheverfahren reichen nicht aus, inhaltliche Fehler des Prüfberichts zu begründen.

Schließlich verfängt der wiederholte Hinweis des Antragsgegners auf die Unzulänglichkeiten des Spruchverfahrens nicht, um die Verfassungsgemäßheit der Regelungen des Squeeze-out-Verfahrens in Frage zu stellen. Denn das Bundesverfassungsgericht hat sich dazu mit der Wirkung des § 31 BVerfGG bereits hinreichend geäußert (vgl. nur BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 30.5.2007 – 1 BvR 390/04 in ZIP 2007, 1261 ff.). ...

// BB-Kommentar

Dr. Ulrich Block (li.), LL.M. (Tulane),
RA und Partner, und Benno A. Packi (re.),
RA, beide v. Boetticher Hasse Lohmann,
Partnerschaft von Rechtsanwälten, Berlin*



„Fremdbesitz auf dem Prüfstand für die anstehende Hauptversammlungssaison“

Problem

In seiner ersten Entscheidung zu einem Freigabeantrag nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) hat sich das KG Berlin gleich mit einer Reihe wichtiger aktienrechtlicher Themen befasst. Mit Blick auf die bevorstehende Hauptversammlungssaison sollen an dieser Stelle die Ausführungen des Kammergerichts zum sog. „Fremdbesitz“ von Aktien beleuchtet werden. Bekanntlich kann ein Aktionär seine Rechte in der Hauptversammlung unter anderem dadurch wahrnehmen, dass er eine andere Person (den sog. „Legitimationsaktionär“) ermächtigt, das Stimmrecht im eigenen Namen auszuüben (sog. „Legitimationsübertragung“). Es handelt sich nicht etwa um eine Variante der Vollmacht gemäß § 164 Abs. 1 BGB, sondern um eine Ermächtigung zur Ausübung der Aktionärsrechte in Analogie zu § 185 Abs. 1 BGB. Der Legitimationsaktionär tritt gegenüber der Gesellschaft als Vollrechtsinhaber auf, hat die ihm anvertrauten Aktien aber gemäß § 129 Abs. 3 Satz 1 AktG gesondert zur Aufnahme in das Teilnehmerverzeichnis anzugeben („Fremdbesitz“ genannt, da der Legitimationsaktionär nicht Eigentümer der Aktien ist). Der eigentliche Aktionär bleibt hingegen anonym (Heidel-Terbrack/Lohr, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2007, § 129 Rn. 21; Spindler/Stilz-Wicke, Aktiengesetz, 2007, § 129 Rn. 28).

In der Praxis findet sich bei der Anmeldung zur Hauptversammlung oftmals die Handhabung, dass der Aktionär seine Depotbank lediglich beauftragt, bei der Gesellschaft eine Eintrittskarte für die Hauptversamm-

lung zu bestellen und diese Eintrittskarte auf den Namen des gewünschten Legitimationsaktionärs mit der Angabe „Fremdbesitz“ ausstellen zu lassen. Es stellt sich die Frage, ob diese Praxis zur Begründung einer Legitimationsübertragung ausreicht.

Entscheidung

Das KG hat es für nicht belegt gehalten, dass der Antragsgegner des Freigabeverfahrens (und Kläger der zugrunde liegenden Anfechtungsklage) tatsächlich in der streitgegenständlichen Hauptversammlung im Wege der Legitimationsübertragung erschienen und damit gemäß § 245 Nr. 1 AktG zur Erhebung der Anfechtungsklage befugt war. Der Antragsgegner konnte mit zwei Bankbestätigungen lediglich darlegen, dass er Aktionär der Antragstellerin war und die Eintrittskarte für die Hauptversammlung mit der Bitte bestellt hatte, diese auf eine andere Person als Fremdbesitzer auszustellen. Nach den Ausführungen des Kammergerichts ist dieser Nachweis allein nicht ausreichend, um das Bestehen einer Legitimationsübertragung darzulegen. Die Legitimationsübertragung erfordere vielmehr darüber hinaus, dass der Aktionär den Besitz an den Aktien auf den Legitimationsaktionär übertrage – bei Inhaberaktien durch Besitzübergabe oder Vereinbarung eines Übergabesurrogats.

Praxisfolgen

Mit seinen Ausführungen zur Legitimationsübertragung reiht sich das KG im Ausgangspunkt in die bisherige Rechtsprechung und Literatur ein. Nach einer Entscheidung des RG müssen für die Vereinbarung einer Legitimationsübertragung „die Formen und Voraussetzungen“ erfüllt werden, die „für die Übertragung des Aktionärsrechts gelten“ (RGZ 118, 330, 332). In der Literatur wird dies dahingehend konkretisiert, dass bei Namensaktien Indossament und Übergabe sowie Umschreibung im Aktienregister, bei Inhaberaktien Vorlage der übergebenen Aktien zum Nachweis der Berechtigung zur Teilnahme in der Hauptversammlung erforderlich seien (Großkommentar-Grundmann, Aktiengesetz, Stand: Juli 2008, § 134 Rn. 92).

Wie der Fremdbesitz aber im praktisch wichtigsten Fall globalverbriefter und sammelverwahrter Inhaberaktien einzuräumen ist, wird in der Literatur nur dürftig kommentiert. Auch die Rechtsprechung ist unergiebig. Unstreitig ist zwecks Legitimationsübertragung neben der Übergabe

* Die Sozietät der Autoren war Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin.

der Aktien auch der Übergabersatz gemäß den §§ 929ff. BGB möglich (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts-*Semler*, Bd. 4: Aktiengesellschaft, 3. Aufl. 2007, § 36 Rn. 20; Obermüller/Werner/Winden-Butzke, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 4. Aufl. 2001, Teil E, Rn. 73). Der Aktionär kann demnach insbesondere mit dem Legitimationsaktionär ein Rechtsverhältnis vereinbaren, vermöge dessen der Legitimationsaktionär den mittelbaren Besitz erlangt (Besitzmittlungsverhältnis gemäß § 868, § 871, § 930 BGB). Die Begründung eines Besitzmittlungsverhältnisses – etwa in Form eines Verwahrungsvertrages – hat gegenüber einer Abtretung von Herausgabeansprüchen gegen die Depotbank (§ 870, § 931 BGB) den Vorteil, dass der Aktionär die Möglichkeit zur sachenrechtlichen Verfügung über die Aktien behält (*Happ*, FS Rowedder, 1994, S. 119, 124; *Than*, ZHR 157 (1993), 125, 133).

Nach Ansicht des KG ist die bloße Anweisung des Aktionärs an die Depotbank, die Eintrittskarte auf eine andere Person als Fremdbesitzer ausstellen zu lassen, nicht ausreichend, um die Vereinbarung eines Übergabesurrogats zu belegen (so auch schon Kölner Kommentar-*Zöllner*, Aktiengesetz, 1. Aufl. 1985, § 134 Rn. 100; *Happ*, FS Rowedder, 1994, S. 119, 124f.; a.A. wohl Obermüller/Werner/Winden-Butzke, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 4. Aufl. 2001, Teil E, Rn. 73). Für die Praxis bedeutet dies: Erheben Aktionäre, die sich auf eine Legitimationsübertragung stützen, Anfechtungsklage gegen Beschlüsse der Hauptversammlung, sollten die beklagten Gesellschaften bei Fehlen ausreichender Nachweise den Fremdbesitz bestreiten und ggf. vorgelegte Nachweise genau darauf prüfen, ob die Anforderungen an eine Legiti-

mationsübertragung eingehalten wurden. Umgekehrt sollten Aktionäre, die einen Dritten als Fremdbesitzer in der Hauptversammlung auftreten lassen möchten, mit diesem ein Übergabesurrogat (z.B. einen Verwahrungsvertrag) ausdrücklich vereinbaren und die Vereinbarung vorsorglich dokumentieren.

Allerdings darf die Entscheidung des KG nicht dahin missverstanden werden, Aktiengesellschaften mit globalverbrieften und sammelverwahrten Inhaberaktien seien verpflichtet, bereits bei Entgegennahme der Anmeldungen zur Hauptversammlung oder bei der Erstellung des Teilnehmerverzeichnisses zu prüfen, ob eine Legitimationsübertragung wirksam vereinbart ist. Denn dies würde die Anonymität des eigentlichen Aktionärs unterlaufen, die mit der Legitimationsübertragung gesetzeskonform gerade bezweckt ist. Vielmehr kann sich insbesondere die börsennotierte (am regulierten Markt gelistete) Aktiengesellschaft bei der Vorbereitung der Hauptversammlung wie bisher darauf beschränken, die Anmeldung des Legitimationsaktionärs zur Hauptversammlung und den Nachweis des Anteilsbesitzes durch das depotführende Institut entgegenzunehmen und diese darauf zu prüfen, ob sie den Vorgaben des Gesetzes und der Satzung genügen (siehe § 123 Abs. 2, Abs. 3 AktG). Entsprechendes sollte in der Regel auch für Aktiengesellschaften gelten, deren globalverbriefte und sammelverwahrte Inhaberaktien außerhalb des regulierten Marktes (insbesondere im Freiverkehr) gehandelt werden und deren Satzung ein Verfahren zum Nachweis des Anteilsbesitzes vorsieht, das demjenigen bei börsennotierten Aktiengesellschaften vergleichbar ist.

LG Düsseldorf: Vorstandsanstellungsvertrag – Bemessung der erfolgsorientierten Vergütung „nach dem Gewinn vor Steuern“

LG Düsseldorf, Urteil vom 6.11.2009 – 39 O 92/08

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE](#) BBL2010-789-1
unter www.betriebs-berater.de

LEITSATZ (DER REDAKTION)

Wird einem Vorstandsmitglied laut Anstellungsvertrag eine erfolgsorientierte Vergütung gezahlt, die abhängig ist vom Gewinn vor Steuern (GvSt), so ist unter einem Gewinn vor Steuern entsprechend dem allgemeinen Verständnis des Begriffs der Bilanzgewinn zuzüglich der Steuern zu verstehen, mithin das in der Gewinn- und Verlustrechnung des Jahresabschlusses ausgewiesene „Ergebnis der normalen Geschäftstätigkeit“.

§ 6 Abs. 4 Dienstvertrag

SACHVERHALT

Die Parteien streiten über die Zahlung der erfolgsorientierten Vergütung für den bis zu seiner fristlosen Kündigung durch die Beklagte als Vorstandsmitglied für Letztere tätigen Kläger für das Jahr 2007 sowie die Rückzahlung eines vom Kläger bei der Beklagten in Anspruch genommenen Kontokorrentkredits. Die Klage blieb erfolglos; die Widerklage hatte Erfolg.

AUS DEN GRÜNDEN

I. Klage:

43 Der Kläger hat gemäß § 6 Abs. 4 seines Dienstvertrages in Verbindung mit dem Protokoll des Hauptausschusses vom 21.8.2006 einen Anspruch

auf Zahlung einer erfolgsorientierten Vergütung in Höhe von 20522,36 Euro brutto/14559,52 Euro netto. Die erfolgsabhängige Vergütung ist nach § 6 Abs. 4 des Vertrages sowie den vom Hauptausschuss festgelegten Modalitäten nach dem Gewinn vor Steuern (GvSt) ... zu berechnen.

Bei dieser Berechnung ist ein Gewinn vor Steuern von 74 104 478,69 Euro 47 anzusetzen, woraus sich der Betrag von 20522,36 Euro brutto ergibt. Eine Grundlage für den Ansatz eines GvSt von 92,4 Mio. Euro besteht nicht.

Maßgeblich als Bezugsgröße ist nämlich der Gewinn vor Steuern, der dem 48 festgestellten Jahresabschluss zu entnehmen ist. Unter einem Gewinn vor Steuern ist entsprechend dem allgemeinen Verständnis des Begriffs der Bilanzgewinn zuzüglich der Steuern, mithin das in ... der Gewinn- und Verlustrechnung des Jahresabschlusses ausgewiesene „Ergebnis der normalen Geschäftstätigkeit“ in Höhe von 74 104 478,69 Euro zu verstehen.

Die Parteien haben den Begriff des Gewinns vor Steuern im Dienstvertrag 49 bzw. dem Protokoll des Hauptausschusses nebst Anlagen nicht abweichend definiert. Dem Protokoll der Sitzung des Hauptausschusses ... ist vielmehr zu entnehmen, dass der Betrag aus dem Jahresabschluss zu entnehmen sein soll, denn die Tantieme soll nach „Feststellung des Gewinns vor Steuern für 2007 durch den Verwaltungsrat“ gezahlt werden. Auch in der Dienstvereinbarung Leistungsanreize ... werden die erfolgsabhängigen Zahlungen für die Mitarbeiter vom Gewinn vor Steuern abhängig gemacht, der ebenfalls nicht näher definiert ist, mit Ausnahme des Umstands, dass die Auflösung stiller Reserven aus dem Depot A nicht relevant sein soll.