

## Handels- und Gesellschaftsrecht

**Herausgeber:** **Günter Friedel, RA, Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf**  
**Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, GSK Stockmann + Kollegen, Düsseldorf**

www.AnwaltZertifikat.de

Erscheinungsdatum:  
29.01.2014

Erscheinungsweise:  
vierzehntäglich

Bezugspreis:  
8,- € monatlich  
zzgl. MwSt.  
(6,- € für DAV-Mitglieder)  
inkl. Online-Archiv und  
Prüfungsgebühr

# 1/2014

### Inhaltsübersicht:

#### AUFSÄTZE

Anm. 1

#### **Vertriebskartellrecht - Ein Thema auch für Mittelständler?**

von Dr. Fabian Breckheimer, RA, tradeo LLP Rechtsanwälte, Düsseldorf

Anm. 2

#### **Einstweiliger Rechtsschutz in den Vereinigten Arabischen Emiraten (Teil 1)**

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte, Düsseldorf, Michael Kortbawi, RA, Bin Shabib & Associates (BSA) LLP, Nadim Bardawil, RA, Bin Shabib & Associates (BSA) LLP, Mirvat Eter, RA, Bin Shabib & Associates (BSA) LLP

#### ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Anm. 3

#### **Gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern**

Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss vom 28.05.2013, I-27 W 35/13  
von Dr. Felix Podewils, Richter als Notarvertreter, Pforzheim

Anm. 4

#### **Einlagenrückerstattung und Auszahlung von Scheinauseinandersetzungsguthaben und Scheingewinnen an den einer Publikumsgesellschaft beigetretenen Anleger**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18.07.2013, IX ZR 198/10  
von Michael Merten, RA, Wellensiek Rechtsanwälte

Anm. 5

#### **Kein Rechtsbindungswille in Facebook-Gruppe**

Anmerkung zu AG Menden, Urteil vom 09.01.2013, 4 C 409/12  
von Dr. Nina Leonard, RA'in, FA'in für Handels- und Gesellschaftsrecht und Partnerin, Pinsent Masons Germany LLP, München / Marina Arntzen, RA'in, Pinsent Masons Germany LLP, München

**Zitervorschlag:** AnwZert HaGesR 1/2014, Anm. 1, Breckheimer  
**ISSN 1869-1331**

## AUFSÄTZE

1

### Vertriebskartellrecht - Ein Thema auch für Mittelständler?

von Dr. Fabian Breckheimer, RA, tradeo LLP  
Rechtsanwälte, Düsseldorf

#### A. Einleitung

Wer die Wirtschaftspressen der vergangenen Monate aufmerksam verfolgt hat, konnte sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Kartellbehörden beinahe wöchentlich neue Ermittlungs- und Bußgeldverfahren gegen Unternehmen anstrengen. Und tatsächlich ist zu konstatieren, dass die Sensibilität und der Verfolgungseifer der Kartellbehörden – sowohl in Deutschland als auch auf EU-Ebene – in den vergangenen Jahren stetig zugenommen haben. Der anwaltliche Berater stellt jedoch mindestens ebenso häufig fest, dass insbesondere bei mittelständischen Unternehmen ein Problembewusstsein häufig noch nicht sonderlich ausgeprägt ist. Im Mittelstand herrscht zuweilen noch immer die Auffassung vor, „das Kartellrecht gelte nur für die Großen“. Hierbei handelt es sich jedoch um eine riskante Fehleinschätzung.

#### B. Die Rechtslage

Es ist unnötig zu betonen, dass die nationalen und internationalen Kartell- und Wettbewerbsgesetze selbstverständlich für alle Wirtschaftssubjekte gleichermaßen gelten. Wie kann also das Problembewusstsein mittelständischer Unternehmer für kartellrechtliche Risiken geschärft werden? Anhand zweier Beispiele soll nachfolgend aufgezeigt werden, dass keinesfalls nur „die Großen“ von kartellrechtlichen Vorschriften betroffen sind.

Zunächst ist es sinnvoll, das Kartellrecht zu unterteilen in das so genannte Fusionskartellrecht und das so genannte Vertriebskartellrecht. Hier soll nur von dem Vertriebskartellrecht die Rede sein, da dessen Gebote und Verbote das unternehmerische Handeln täglich beeinflussen, während dies bei dem Fusionskartellrecht eher nicht der Fall ist.

### I. Abgrenzung vertikale Preisbindung und unverbindliche Preisempfehlung

Das erste Beispiel ist noch immer hochaktuell: Preise sind naturgemäß ein vertriebskartellrechtlich hoch sensibles Thema. Zu den so genannten kartellrechtlichen *Hardcore*-Verstößen, die in jedem Fall mit empfindlichen Bußgeldern geahndet werden, zählen Preisabsprachen zwischen Wettbewerbern (also eine Preisfestsetzung auf der horizontalen Ebene) sowie die so genannte vertikale Preisbindung (eingebürgert hat sich auch der englische Begriff *Resale Price Maintenance*), bei der ein Hersteller dem nachgelagerten Händler den Weiterverkaufspreis vorschreibt.

Im Gegensatz zu einer solchen vertikalen Preisbindung sind unverbindliche Preisempfehlungen (UPE) des Herstellers zulässig. Der Teufel steckt hier aber im Detail. Die Frage, wann eine legale UPE zu einer kartellrechtlich verbotenen Preisbindung wird, war in den vergangenen Jahren Gegenstand zahlreicher kartellrechtlicher Verfahren. Hier hilft zunächst einmal der Wortlaut weiter: Unverbindlich ist eine Preisempfehlung nur dann, wenn sie tatsächlich *unverbindlich* für den Händler ist. Die EU-Kommission hat in der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung<sup>1</sup> den allgemeinen Grundsatz aufgestellt, dass der Unverbindlichkeitscharakter verlorengeht, sobald der Hersteller Druck auf den Händler ausübt oder ihm Anreize gewährt, um den Händler von der Verwendung der UPE zu überzeugen. Dann wird aus einer bloßen Empfehlung eine Preisbindung.

Wann eine unzulässige Druckausübung oder das Setzen illegaler Anreize (wie Rabatte etc.) vorliegt, ist jeweils anhand der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden. Recht eindeutig liegen die Dinge, wenn der Hersteller dem Händler androht, er werde ihn nicht weiter beliefern, falls der Händler sich nicht an die UPE hält. Auch etwas subtilere Versuche, den Händler zu disziplinieren, etwa durch verspätete Lieferungen oder ähnliche Schikanen, hat das Bundeskartellamt als unzulässige Druckausübung gewertet.

Für einiges Aufsehen sorgte das Bundeskartellamt mit seinem Schreiben vom 13.04.2010<sup>2</sup>, in dem es darauf hinwies, dass bereits in der Kontaktaufnahme nach Versendung der UPE eine kartellrechtswidrige Einflussnahme gesehen werden kann. Übersendet der Hersteller also seine UPE an den Händler und ruft er den Händler nach Übersendung der Liste an, um das Thema der UPE an-

zusprechen, so soll dies bereits kartellrechtswidrig sein.

Der BGH bestätigte diese strikte Auffassung im vergangenen Jahr<sup>3</sup>. Diese Auffassung ist offenkundig sehr weitgehend und es wurde in der Folge bereits diskutiert, ob die bloße Nachfrage des Herstellers, ob der Händler das Fax bzw. die E-Mail mit der UPE erhalten habe, aus kartellrechtlicher Sicht nicht schon zu viel sei. Angesichts des strikten Kurses, den das Bundeskartellamt und der BGH vorgegeben haben, kann jedem Hersteller gegenwärtig nur geraten werden, das Thema UPE mit größter Aufmerksamkeit und Sensibilität zu behandeln – unverbindlich muss tatsächlich unverbindlich bedeuten. Zudem ist festzustellen, dass das Thema UPE nicht nur innerhalb Deutschlands eine Rolle spielt. In mehreren europäischen Ländern (darunter England, Frankreich, Österreich und Polen), aber auch in den USA und in China werden derzeit die gleichen Fragen diskutiert und die nationalen Kartellbehörden haben in jüngster Vergangenheit empfindliche Geldbußen wegen unzulässiger vertikaler Preisbindung verhängt.

## II. Informationsaustausch unter Wettbewerbern

Ein weiterer kartellrechtlicher Dauerbrenner, der mittelständische Unternehmen im Alltagsgeschäft betrifft, ist der Informationsaustausch unter Wettbewerbern<sup>4</sup>. Auch hier haben die Kartellbehörden eine äußerst strenge Sicht auf die Dinge. Etwas verkürzt ist festzuhalten, dass der Austausch von Informationen unter Wettbewerbern aus Sicht der Kartellbehörden grundsätzlich verdächtig ist. Die Kartellermittler sehen einen Austausch von Informationen unter Wettbewerbern häufig entweder als Vorstufe zu einem Kartell an oder als Maßnahme, um die Kartelldisziplin innerhalb eines bereits bestehenden Kartells zu überwachen.

Dabei darf nicht vergessen werden, dass selbstverständlich nicht jeder Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern kartellrechtlich verboten ist. Die Diskussion allgemeiner Konjunkturdaten, politischer Vorhaben oder der Austausch von Daten und Informationen, die frei zugänglich sind, sind regelmäßig völlig unkritisch. Allerdings ist der Austausch so genannter *strategischer* Informationen strikt verboten. Strategische Informationen sind regelmäßig solche, die geeignet sind, die normalerweise auf dem Markt herrschende stra-

tegische Ungewissheit zu verringern oder ganz zu beseitigen. Das Kartellrecht sieht den freien und den Geheimwettbewerb als Idealzustand an. Ein Wettbewerber darf demzufolge keine Kenntnis von strategischen Informationen seiner Mitbewerber erhalten. Naturgemäß ist ein Austausch über Preise, Kunden, Produktionskapazitäten, Investitionen und ähnliche strategische Daten besonders „wertvoll“. Ein Austausch über diese Punkte ist jedoch kartellrechtlich streng verboten und wird mit empfindlichen Geldbußen geahndet.

Kartellrechtliche Risiken bestehen dabei nicht nur beim bewussten und vorsätzlichen Informationsaustausch, wenn sich also Personen zielgerichtet zu diesem Zweck zusammensetzen, sondern grundsätzlich immer dann, wenn Wettbewerber aufeinander treffen. Hier werden die Unternehmen ihre Mitarbeiter, vornehmlich im Einkauf und Vertrieb, aber auch etwa im Bereich Forschung & Entwicklung, noch deutlich stärker sensibilisieren müssen, als dies bislang geschehen ist. Häufig kommt es auf Verbandstreffen, bei Projektstammischen oder ähnlichen Anlässen zu kartellrechtlich kritischen Situationen. Hier gilt es, durch die Implementierung effektiver Compliance-Systeme das Unternehmen und die betroffenen Mitarbeiter vor Ermittlungsverfahren und ggf. Bußgeldern zu bewahren.

## C. Auswirkungen für die Praxis

Das noch immer nicht durchweg ausreichend ausgeprägte Risikobewusstsein bei vielen Mittelständlern, die stetige Zunahme von Kronzeugenanträgen und der eindeutig feststellbare zunehmende Verfolgungseifer der Kartellbehörden bilden eine riskante Mischung und können dazu führen, dass sich Unternehmen durch eigene Unbedarftheit in kartellrechtlichen Ermittlungen wiederfinden.

Die eingangs gestellte Frage, ob Kartellrecht auch ein Thema für Mittelständler sei, ist daher eindeutig zu bejahen. Die jüngst durch die Kartellbehörden aufgedeckten Verstöße und in diesem Zusammenhang eingeleiteten Ermittlungs- und Bußgeldverfahren belegen ganz deutlich, dass keinesfalls nur „die Großen“ im Visier der Kartellermittler stehen, sondern jeder Unternehmer, der auf die

Einhaltung kartellrechtlicher Vorschriften nicht die gebotene Sorgfalt verwendet.

## D. Literaturempfehlungen

Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (EU Nr. 330/210, „Vertikal-GVO“); abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:DE:PDF>.

BGH, Beschl. v. 06.11.2012 - KZR 13/12.

von Dietze/Janssen, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, 4. Aufl. 2011, S. 36 ff., 60 ff.

<sup>1</sup> EU Nr. 330/210, „Vertikal-GVO“, ABl. L 102/1 v. 23.04.2010, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:DE:PDF>.

<sup>2</sup> Bundeskartellamt (2010), Wirtschaft und Wettbewerb 60, 786.

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 06.11.2012 - KZR 13/12.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu Egelriede, AnwZert HaGesR 1/2011, Anm. 2.

## 2

### Einstweiliger Rechtsschutz in den Vereinigten Arabischen Emiraten (Teil 1)

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte, Düsseldorf, Michael Kortbawi, RA, Bin Shabib & Associates (BSA) LLP, Nadim Bardawil, RA, Bin Shabib & Associates (BSA) LLP, Mirvat Eter, RA, Bin Shabib & Associates (BSA) LLP

#### A. Einleitung

Die Vereinigten Arabischen Emirate (nachfolgend „VAE“) verfügen über ein konstitutionelles Rechtssystem. Es handelt sich um ein civil-law-System. Die Verfassung nennt zwar die islamischen Rechtsgrundsätze (Sharia) als Hauptrechtsquelle, die Sharia selbst spielt jedoch in der praktischen Anwendung des Zivilrechts direkt – mit Ausnahme der familienrechtlichen Angelegenheiten – keine Rolle. Es wird allerdings darauf geachtet, dass neue Gesetze und die Auslegung bestehender Ge-

setze mit der Sharia vereinbar sind. Die relevanten Rechtsquellen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung sind daher

1. Verfassung,
2. Bundes- und Emiratsgesetzgebung,
3. Sharia,
4. Handelsbräuche und Praxis<sup>1</sup>.

Die Rechtsgrundlage für den Klageweg bietet die VAE-Zivilprozessordnung<sup>2</sup>. Zu beachten ist, dass in den Emiraten Dubai sowie Ras al Kaimah eine eigene Gerichtsverfassung mit eigenem dreistufigem Gerichtsaufbau besteht. In den übrigen Emiraten gilt die Gerichtsverfassung der Vereinigten Arabischen Emirate mit Gerichten der I. Instanz, Berufungsgerichten und dem Obersten Bundesgericht in Abu Dhabi als auf die Überprüfung von Rechtsfragen beschränktes Revisionsgericht<sup>3</sup>.

In sachlicher Hinsicht sind regelmäßig die Gerichte I. Instanz zuständig. Eine vom Streitwert abhängige Verschiebung der erstinstanzlichen Zuständigkeit auf ein höheres Gericht gibt es in den Vereinigten Arabischen Emiraten nicht. Für die Berufung steht in jedem Emirat ein Berufungsgericht zur Verfügung. Gegen dessen Urteile sind Revisionen zum Obersten Bundesgericht in Abu Dhabi zulässig. Revisionen gegen Entscheidungen der Berufungsgerichte von Dubai und Ras al Kaimah sind dagegen beim jeweiligen Revisionsgericht in diesen Emiraten einzulegen. Örtlich zuständig ist das jeweilige Gericht, in dessen Bezirk die Beklagtenpartei ihren Wohnort bzw. Sitz hat.<sup>4</sup>

#### B. Die Rechtslage

##### I. Arten einstweiligen Rechtsschutzes in den Vereinigten Arabischen Emiraten

In den Vereinigten Arabischen Emiraten gibt es drei Arten einstweiligen Rechtsschutzes. Mit dem Ziel einer internationalen Vergleichbarkeit sollen diese Arten nachfolgend mit einem englischen Begriff versehen werden

- „Summary judgements“,
- „Attachments“,

- „Precautionary applications“ = Einstweiliger Rechtsschutz in besonderen Situationen.

Sämtliche vorgenannten Arten des einstweiligen Rechtsschutzes werden nur auf Antrag erlassen, in der Regel jedoch noch am selben Werktag oder Folgetag der Antragstellung. Die verschiedenen Arten des einstweiligen Rechtsschutzes sollen nachfolgend näher vorgestellt werden:

## 1. „Summary judgments“

„Summary judgments“ dürften am Ehesten mit einem Vollstreckungsbescheid im gerichtlichen Mahnverfahren nach deutschem Recht vergleichbar sein. Antragsvoraussetzung eines solchen „Summary judgments“ ist, dass der Gläubiger dem Schuldner zuvor eine in förmlicher und inhaltlicher Hinsicht besonderen formalen gesetzlichen Voraussetzungen entsprechende Zahlungsaufforderung zugestellt hat. Die Zahlungsaufforderung muss vorsehen, dass der Schuldner die Forderung binnen fünf Tagen nach der Zahlungsaufforderung ausgleicht. Falls der Schuldner dieser Zahlungsaufforderung nicht Folge leistet, kann der Gläubiger sodann bei Gericht den Erlass eines Vollstreckungsbescheids beantragen.

Der Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids ist grundsätzlich in der gleichen Weise aufgebaut wie eine Hauptsacheklage. Die vorgenannte Zahlungsaufforderung muss als Anlage beigefügt werden.

Wenn das erkennende Gericht den Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids für zulässig und begründet erachtet, erlässt es diesen binnen drei Tagen nach Antragseingang. Die Zustellung des Vollstreckungsbescheids an den Schuldner muss binnen einer Frist von sechs Monaten nach dessen Erlass erfolgen; anderenfalls wird der Vollstreckungsbescheid als unwirksam betrachtet.

## 2. „Attachments“

Eine Forderung des Gläubigers kann dadurch gesichert werden, dass ein Antrag auf Erlass eines „Attachments“ gestellt wird. Dies sieht Art. 252 der VAE-Zivilprozessordnung vor. Es handelt sich dogmatisch um ein aus den Grundsätzen der Billigkeit entwickeltes Rechtsinstitut, mit dem in der Regel ein Schuldner zur Unterlassung einer bestimmten

Handlung angehalten werden soll. Intention des Attachments ist es zu verhindern, dass der Schuldner werthaltige Vermögensgegenstände an einen Dritten überträgt oder diese versteckt. Angesichts seiner Dringlichkeit wird ein „Attachment“ regelmäßig noch am Tag seiner Beantragung erlassen oder abgelehnt. Nach seinem Erlass muss der Gläubiger bzw. sein Prozessbevollmächtigter den Gerichtsvollzieher bei dessen Vollstreckung begleiten.

Kapitel II der VAE-Zivilprozessordnung, Art. 247 bis 315, regelt die Einzelheiten der „Attachments“. Es gibt hierbei vier Arten:

- „preservatory attachments“ (was man wohl mit dem deutschen Begriff des Arrestes beschreiben könnte),
- „attachment of Obligor’s assets in the hand of third parties“ (zur Sicherung von Vermögen des Schuldners in den Händen Dritter),
- „attachment of shares, papers, receipts and equity interest“ (zur Sicherung von Vermögen des Schuldners in Form gesellschaftsrechtlicher Beteiligungen u.ä.),
- „attachment of real property and sale thereof“ (zur Sicherung von Vermögen des Schuldners in Form von Liegenschaften).

Ein Antrag auf Erlass eines „Attachments“ bietet sich insbesondere dann an, wenn die Beschlagnahme von Vermögen des Schuldners für die Zeit des Verlaufs eines im Ausland anhängigen Hauptsacheverfahrens gesichert werden soll.

Es besteht die Möglichkeit, ein ausländisches Urteil in den Vereinigten Arabischen Emiraten für vollstreckbar erklären zu lassen. Die Voraussetzungen der Anerkennung des Urteils in den Vereinigten Arabischen Emiraten sind allerdings sehr hoch, die Verfahren sind sehr langatmig und scheitern häufig an dem Kriterium, dass sie den ordre public der Vereinigten Arabischen Emirate verletzen. Die Beschlagnahme wirkt so lange fort, wie das Hauptsacheverfahren im Ausland fort dauert und zu einer rechtskräftigen Entscheidung führt und/oder parallel hierzu das „Attachment“-Verfahren in den Vereinigten Arabischen Emiraten fortgeführt wird (beispielsweise um die Beschlagnahmewirkung des Arrests noch weiter zu verlängern).

Hat das Gericht ein „Attachment“ erlassen, so setzt dessen Vollstreckung in der Regel voraus, dass der Gläubiger Beweis dafür erbringt, dass der Schuldner Eigentümer des Vermögensgegenstands ist, beispielsweise eine Gewerbeerlaubnis vorlegt, aus der hervorgeht, dass das mit dem „Attachment“ zu beschlagnehmende Unternehmen zum Vermögen des Schuldners zählt. Darüber hinaus steht es im Ermessen des Gerichts, vom Gläubiger eine Bankbürgschaft, eine Haftungsfreistellungserklärung oder eine sonstige Sicherheit zu verlangen, bevor der Arrest erlassen wird.

Wenn der Schuldner den ihm vom erkennenden Gericht durch ein „Attachment“ auferlegten Betrag nicht zahlt, wird das beschlagnahmte Vermögen im Wege einer öffentlichen Versteigerung versilbert und der Erlös an den Gläubiger ausgeschüttet. Das Vermögen wird allerdings erst versilbert, wenn eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren ergangen ist.

Charakteristisch für das Wirtschaftssystem der Vereinigten Arabischen Emirate ist, dass die meisten Unternehmen von ausländischen Unternehmensinhabern/-vorständen beherrscht werden. Verfügungen im Wege von „Attachments“ ergeben daher hauptsächlich gegenüber Unternehmen, deren Gesellschafter ausländische Unternehmen sind.

Die Rechtsprechung der Vereinigten Arabischen Emirate setzt für den Erlass eines „Attachments“ den Beweis des ersten Anscheins für die ernsthafte Gefahr voraus, dass das Urteil im Hauptsacheverfahren nicht erfolgreich durch den Antragsteller vollstreckt werden kann, wenn der Arrest nicht erlassen wurde.

Da es schwierig ist darzulegen und insbesondere zu beweisen, dass die ernsthafte Gefahr einer Verschleuderung von Vermögen eines in den Vereinigten Arabischen Emiraten ansässigen Unternehmens besteht, ist es auch äußerst schwierig ein „Attachment“ gegenüber einem Unternehmen der Vereinigten Arabischen Emirate des Inhalts zu erwirken, dass dieses auch im Ausland vollstreckbar ist, beispielsweise gegenüber der ausländischen Muttergesellschaft des Unternehmen der Vereinigten Arabischen Emirate. Die Gerichte in den Vereinigten Arabischen Emiraten sind mit solchen grenzüberschreitenden Attachments auch deshalb sehr zurückhaltend, da sie in frem-

den Rechtsordnungen nur selten anerkannt werden.

Auch wenn dies nicht zwingend erforderlich ist, werden „Attachments“ in der Gerichtspraxis regelmäßig erlassen, wenn der Antragsteller das Gericht davon überzeugen kann, dass ein ernsthaftes Risiko besteht, die Forderung nicht erfolgreich vollstrecken zu können, wenn weiter zugewartet wird. Der Antragsteller muss auch nachweisen, dass der Aufenthalt des Schuldners in den Vereinigten Arabischen Emiraten instabil ist oder die Gefahr besteht, dass sich der Schuldner ins Ausland absetzt oder sein Vermögen ins Ausland verschiebt.

Die Wirksamkeit einer Vollstreckungsmaßnahme, die aufgrund eines „Attachments“ eingeleitet wurde, verfällt, wenn nicht binnen acht Tagen nach Erlass des „Attachments“ ein Hauptsacheverfahren eingeleitet wurde.

***Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt.***

- 
- <sup>1</sup> Merkblatt zur Rechtsverfolgung des Deutschen Generalkonsulats Dubai, abrufbar unter: [www.dubai.diplo.de/vertretung/dubai/de/04/leben\\_und\\_arbeiten/merkblattzurverfolgung\\_unterbereich.html](http://www.dubai.diplo.de/vertretung/dubai/de/04/leben_und_arbeiten/merkblattzurverfolgung_unterbereich.html).
  - <sup>2</sup> UAE Federal Law No. 11 of 1992 on Civil Procedure; Law on Civil Procedure, United Arab Emirates Official Gazette, 1992, No. 235 - 5 Ramadhan 1412 AH.
  - <sup>3</sup> Amereller/Murach, Wirtschaftsrecht in den vereinigten Arabischen Emiraten - ein Leitfaden, 1. Aufl. 2009, abrufbar unter: [http://vae.ahk.de/fileadmin/ahk\\_vae/Publications/Legal/Wirtschaftsrecht\\_in\\_den\\_VAE\\_AHK\\_Amareller.pdf](http://vae.ahk.de/fileadmin/ahk_vae/Publications/Legal/Wirtschaftsrecht_in_den_VAE_AHK_Amareller.pdf).
  - <sup>4</sup> Merkblatt zur Rechtsverfolgung des Deutschen Generalkonsulats Dubai, abrufbar unter: [www.dubai.diplo.de/vertretung/dubai/de/04/leben\\_und\\_arbeiten/merkblattzurverfolgung\\_unterbereich.html](http://www.dubai.diplo.de/vertretung/dubai/de/04/leben_und_arbeiten/merkblattzurverfolgung_unterbereich.html).

## ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

3

### Gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern

#### Orientierungssatz zur Anmerkung:

**Die gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 104 AktG ist mit der Beschwerde nur auf Ermessensfehler hin überprüfbar.**

Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss vom 28.05.2013, I-27 W 35/13

von Dr. Felix Podewils, Richter als Notarvertreter, Pforzheim

#### A. Problemstellung

Nach § 95 AktG muss der Aufsichtsrat einer AG – vorbehaltlich einer weitergehenden Regelung in der Satzung – jedenfalls aus mindestens drei Mitgliedern bestehen. Ist der Aufsichtsrat unterbesetzt, weil die gesetzliche bzw. satzungsmäßige Mindestzahl unterschritten ist oder weil er nicht über die zur Beschlussfähigkeit nötige Zahl von Mitgliedern verfügt, bietet § 104 AktG die Möglichkeit einer gerichtlichen Bestellung.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im vorliegenden Sachverhalt hatten zwei von drei Aufsichtsratsmitgliedern ihr Amt niedergelegt. Eine Aktionärin – eine GmbH, die mit über 25% an der AG beteiligt war – beantragte daraufhin, ihren Geschäftsführer und Alleingesellschafter sowie eine weitere Person als neue Aufsichtsräte zu bestellen. Hiergegen wandte sich das verbliebene Aufsichtsratsmitglied, da den beiden Kandidaten die erforderliche Unabhängigkeit fehle. Beide seien maßgeblich für die GmbH tätig. Stattdessen schlug er zwei andere Personen für den Aufsichtsrat vor. Diese wurden sodann vom AG Bad Oeynhausen mit sofortiger Wirkung zu Aufsichtsratsmitgliedern bestellt. Hiergegen legte die GmbH Beschwerde nach § 104 Abs. 1 Satz 5, Abs. 2 Satz 4 AktG i.V.m. § 58 Abs. 1 FamFG ein.

Das OLG Hamm bejahte zunächst die Beschwerdeberechtigung der GmbH. § 104 Abs. 1 Satz 1 AktG gewähre auch einem einzelnen Aktionär

ein auf die Ergänzung des Aufsichtsrats gerichtetes Antragsrecht. Die Bestellung einer anderen Person in den Aufsichtsrat durch das Gericht betreffe den antragsberechtigten Aktionär der Gesellschaft daher in dieser ihm gesetzlich zugewiesenen Rechtsstellung (so bereits OLG Hamm, Beschl. v. 14.12.2010 - 15 W 538/10 - ZIP 2011, 372).

Das OLG Hamm hielt die Beschwerde somit zwar für zulässig, jedoch für unbegründet:

Grundsätzlich verfüge das Amtsgericht bei seiner Entscheidung über einen Ermessensspielraum; die Beschwerdeinstanz könne die Entscheidung daher nur auf etwaige Ermessensfehler überprüfen, namentlich darauf, ob sich das Gericht bei seiner Auswahlentscheidung von sachwidrigen Erwägungen hat leiten lassen (vgl. Habersack in: MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2008, § 104 Rn. 31).

Vorliegend sei die Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder durch das AG Bad Oeynhausen jedenfalls nicht ermessensfehlerhaft gewesen. Insbesondere sei nicht zu beanstanden, dass das Amtsgericht an Stelle der von der GmbH als Großaktionärin vorgeschlagenen Personen zwei externe und unabhängige Personen bestellt habe. Ferner habe das Amtsgericht auch die fachliche und persönliche Eignung der ausgewählten Aufsichtsratsmitglieder nachvollziehbar begründet.

#### C. Kontext der Entscheidung

Grundsätzlich trifft das Gericht seine Entscheidung im Rahmen des § 104 AktG ohne Bindung an die Anträge der Beteiligten nach seinem pflichtgemäßem Ermessen, lediglich unter Beachtung der Einschränkungen des § 104 Abs. 4 AktG (BayObLG, Beschl. v. 20.08.1997 - 3Z BR 193/97 - ZIP 1997, 1883, 1884; BayObLG, Beschl. v. 14.12.2004 - 3Z BR 134/04 - AG 2005, 350, 351; Habersack in: MünchKomm AktG, § 104 Rn. 31). Dabei hat sich der Ermessensgebrauch an den Interessen der Gesellschaft auszurichten (Habersack in: MünchKomm AktG, § 104 Rn. 31; Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 104 Rn. 5).

Grundsätzlich kann auch eine Person, die im „Lager“ eines (Groß-)Aktionärs steht, Mitglied des Aufsichtsrats sein. Dies kann auch im Interesse der Gesellschaft sein. Nicht zuletzt kön-



nen nach Maßgabe von § 101 Abs. 2 AktG in der Satzung Entsenderechte zugunsten bestimmter Aktionäre begründet werden (hierzu Henssler in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrechtskommentar, 2011, § 101 AktG Rn. 7 ff.; Neumann/Ogorek, NZG 2008, 892). Die gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 104 AktG erfolgt in aller Regel jedoch in streitbelasteten Gesellschaften. In diesen Fällen wird das Gericht zu „neutralen“ Kandidaten tendieren, auch um weitere Eskalation zu vermeiden.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Die vorliegende Entscheidung des OLG Hamm bildet nur eine Zwischenetappe in der „Balda“-Story. Die Großaktionärin hat nämlich zwischenzeitlich nach § 122 AktG eine außerordentliche Hauptversammlung einberufen, auf der der Aufsichtsrat neu gewählt wurde.

Losgelöst vom konkreten Sachverhalt ist bemerkenswert, wie oft das OLG Hamm in seiner Entscheidung zur Begründung auf die einschlägigen Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex verwiesen hat. So namentlich zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratskandidaten nach Ziffer 5.4.2, aber auch zur empfohlenen Altersgrenze von 70 Jahren nach Ziffer 5.4.1. Zwar räumt das OLG Hamm vorab ausdrücklich ein, dass der Kodex lediglich Empfehlungen gegenüber den handelnden Organen von Gesellschaften enthält und für die Gerichte keine Bindungswirkung entfaltet, erachtet die Empfehlungen aber doch offensichtlich zumindest für relevant. Insoweit ist die in der Literatur geäußerte Kritik an der Natur als „Empfehlung mit Geltungsanspruch“ bzw. „mittelbare Rechtsquelle“ nachvollziehbar (vgl. Hüffer, AktG, § 161 Rn. 3 ff.; umfassend Ulmer, ZHR 166, 150 (2002)).

#### 4

### **Einlagenrückerstattung und Auszahlung von Scheinauseinandersetzungsguthaben und Scheingewinnen an den einer Publikumsgesellschaft beigetretenen Anleger**

#### **Leitsätze:**

**1. Der Insolvenzverwalter kann die Auszahlung eines gesellschaftsrechtlichen Schein-**

**auseinandersetzungsguthaben als unentgeltliche Leistung anfechten, wenn tatsächlich keine Erträge erwirtschaftet worden sind, sondern die Auszahlung aus einer im Schneeballsystem gewonnenen Einlage ermöglicht wird; das gilt auch für eine Gewinnvorauszahlung.**

**2. Die bewusste Erfüllung einer nicht bestehenden Forderung ist unentgeltlich, auch wenn der Leistungsempfänger irrtümlich vom Bestehen der Forderung ausgegangen ist (Anschluss an BGH, Ur. v. 11.12.2008 - IX ZR 195/07 Rn. 6 - BGHZ 179, 137).**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18.07.2013, IX ZR 198/10

von Michael Merten, RA, Wellensiek Rechtsanwälte

#### **A. Problemstellung**

Der IX. Zivilsenat des BGH hat in seiner Rechtsprechung zur Schenkungsanfechtung wiederholt entschieden, dass Auszahlungen von in Schneeballsystemen erzielten Scheingewinnen durch den späteren Insolvenzverwalter als objektiv unentgeltliche Leistungen nach § 134 InsO anfechtbar und daher vom Anleger zurückzugewähren sind. Danach besteht ein Rückgewähranspruch auch dann, wenn ein Bereicherungsanspruch an der Kenntnis des Insolvenzschuldners (= Anlagegesellschaft) von der Nichtschuld der Leistung scheitert; weiterhin auch dann, wenn dem Anleger Schadensersatzansprüche gegen den Insolvenzschuldner zustehen (BGH, Ur. v. 11.12.2008 - IX ZR 195/07). Im Anschluss an diese Entscheidung differenzierte der BGH in seinem Urteil vom 24.04.2010 (IX ZR 225/09) zwischen der Auszahlung von Scheingewinnen und solchen Auszahlungen, mit denen – etwa nach einer Kündigung der Mitgliedschaft – vom Anleger erbrachte Einlagen zurückgewährt worden sind. Letzteren stehe ein Anspruch des Anlegers gegenüber. Rückzahlungen von Einlagen erfolgen insoweit nicht unentgeltlich und sind daher nicht nach § 134 InsO anfechtbar. Mit weiterem Urteil vom 24.04.2010 (IX ZR 163/09) stellte der BGH klar, dass ein aus der Auszahlung von Scheingewinnen resultierender Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters nicht mit den Einlagezahlungen des Anlegers saldiert werden könne. Schließlich entschied der BGH, dass Aus-



schüttungen im Rahmen eines als Schneeballsystem geführten Anlagemodells in der Regel zunächst auf die ausgewiesenen Scheingewinne und erst danach auf die geleistete Einlage erfolgen (BGH, Urt. v. 10.02.2011 - IX ZR 18/10). Sämtliche Entscheidungen betrafen Fallgestaltungen, in denen die Anleger ihre Einlagen im Rahmen von Geschäftsbesorgungsverträgen zur Verfügung gestellt hatten; die Anleger waren der Anlagegesellschaft jeweils nicht beigetreten.

Nunmehr hatte der BGH über die Anfechtbarkeit von Auszahlungen an einen Anleger zu befinden, der eine gesellschaftliche Beteiligung an der Anlagegesellschaft erworben hatte.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

1. Die Klägerin ist Insolvenzverwalterin einer KG, die als Kapitalanlageunternehmen tätig war. Die Anleger sollten ihr als Kommanditisten beitreten, wobei die vereinbarte Pflichteinlage in Höhe von 65% als Hafteinlage in das Handelsregister eingetragen werden sollte. Der Beitritt erfolgte unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung in das Handelsregister. Ab Annahme der Beitrittserklärung durch die Komplementärin bis zur Eintragung in das Handelsregister sollte der Kommanditist an der Gesellschaft als atypischer stiller Gesellschafter beteiligt sein und der Gesellschaftsvertrag sollte entsprechende Anwendung finden. Als wirtschaftliche Schwierigkeiten auftraten, manipulierten die Vorstandsmitglieder der Komplementärin die Geschäftsunterlagen und spiegelten den Anlegern werthaltige Kapitalkonten und Gewinne vor, die frei erfunden waren. Einlagen neu beigetretener Anleger verwendete die spätere Insolvenzschildnerin in der Art eines Schneeballsystems für Auszahlungen an ihre Altgesellschafter. Der beklagte Gesellschafter trat der Gesellschaft bei und erbrachte eine Einlage in Höhe von 73.980 Euro. Nach dem Wortlaut des Gesellschaftsvertrages konnte er „im Vorgriff“ auf seinen Gewinnanteil monatliche Vorschusszahlungen in Höhe von 1% seiner Pflichteinlage verlangen.

Nachdem der Beklagte von der KG im Anfechtungszeitraum monatliche Auszahlungen in Höhe von insgesamt 19.682,59 Euro erhalten hatte, kündigte er die Beteiligung. Daraufhin zahlte die KG weitere 63.000 Euro an den Beklagten. Die Klägerin fordert von dem Beklagten die

Rückgewähr der Auszahlungen unter dem Gesichtspunkt der Schenkungsanfechtung gemäß den §§ 143, 134, 129 InsO.

2. Hinsichtlich der monatlichen Auszahlungen, die unzweifelhaft nicht auf Anlagegewinnen beruhen, war zu entscheiden, ob der Beklagte diese aus seiner Rechtsstellung als Gesellschafter beanspruchen konnte.

Der BGH prüfte insbesondere, ob die monatlichen Auszahlungen Darlehensrückzahlungen darstellen. Ein Darlehen in Höhe der die Pflichteinlage überschreitenden Einlage (35% der geleisteten Einzahlung), die auf einem in der monatlichen Kontoübersicht als „Darlehen“ bezeichneten Kapitalkonto II gebucht wurde, konnte der BGH jedoch, mangels einer für die rechtliche Umqualifizierung der Pflichteinlage in ein Darlehen erforderlichen gesellschaftlichen Regelung, ausschließen (Besprechungsentscheidung Rn. 34 ff.).

Ebenso verneint der BGH Ansprüche des Beklagten aus seiner Gesellschafterstellung auf Zahlung von tatsächlich nicht erwirtschafteten Gewinnen. Denn ein gewinnunabhängiges Entnahmerecht der Kommanditisten war in dem Gesellschaftsvertrag nicht vereinbart. Dem Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft kann der Beklagte seinen guten Glauben auf die von der Gesellschaft fehlerhaft errichtete Bilanz nicht entgegenhalten, da seine Gutgläubigkeit – anders als im Falle von § 172 Abs. 5 HGB für die Außenhaftung – nicht zur Enthaltung im Innenverhältnis führt.

Allerdings konnte der Beklagte nach den gesellschaftlichen Vereinbarungen monatliche Vorschusszahlungen auf künftige Gewinne verlangen, ohne dass eine begründete Erwartung eines Ergebnisses für das laufende Wirtschaftsjahr vorgelegen haben musste. Dazu führt der BGH aus, dass der Beklagte den Vorschuss auf künftigen Gewinn in der konkreten wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft nicht geltend machen durfte. Auch für die Gesellschafter einer Publikumsgesellschaft verbietet die Treuepflicht der Gesellschafter, auf einer Vorauszahlung zu bestehen, „denn die Altgesellschafter würden sich zu Lasten der Neugesellschafter das betrügerische Schneeballsystem zu Nutzen machen“ (Besprechungsentscheidung Rn. 44). Der BGH gelangt daher zu dem Ergebnis, dass die monatlichen Zahlungen unentgeltlich er-

folgt und daher gemäß § 143 InsO zurückzugewähren sind.

3. Hinsichtlich der nach Kündigung der Beteiligung erfolgten Auszahlung in Höhe von 63.000 Euro führt der BGH aus, dass die Rechtsstellung des Beklagten von der Rechtsstellung der Anleger in den bisher entschiedenen Fällen wesentlich abweiche, „weil der Beklagte anders als dort eine gesellschaftliche Beteiligung an der Anlagegesellschaft erworben“ habe (Rn. 10). Selbst wenn die Gesellschaft fehlerhaft errichtet wurde, so sei sie aber jedenfalls in Vollzug gesetzt worden und damit ebenso wie der Beitritt des Beklagten nach der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft als wirksam zu behandeln (Rn. 12 ff.). Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt, Urt. v. 02.11.2010 - 14 U 53/10) hatte verkannt, dass der Gesellschafter einer KG oder atypisch stillen Gesellschaft keinen Anspruch auf Rückzahlung seiner Gesellschaftereinlage, sondern (lediglich) auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens hat. Die Höhe des Abfindungsanspruchs des Beklagten war vorliegend nach den gesellschaftsvertraglichen Regelungen aufgrund des Jahresabschlusses auf den Stichtag des Ausscheidens zu ermitteln. Da eine solche Abfindungsbilanz nicht vorlag, konnte nicht festgestellt werden, ob ein Abfindungsanspruch in der ausgezahlten Höhe bestanden hat.

Die Abrechnung des Abfindungsanspruchs durch die spätere Insolvenzschuldnerin und die Feststellungen der auf manipulierten Zahlen beruhenden Jahresabschlüsse stellen nach Ansicht des BGH ebenfalls keinen Rechtsgrund – etwa als Schuldanerkenntnis oder Vergleichsvereinbarung – dar, denn diese Rechtsgeschäfte wären jedenfalls auch nach § 134 InsO anfechtbar (Rn. 19 f.).

Schließlich lehnt der BGH mit ausführlicher Begründung Schadensersatzansprüche des Beklagten auf Rückerstattung seiner Einlage ab, obwohl er durch betrügerisches Handeln der Komplementärin dazu verleitet worden war, seine Einlage zu erbringen. Als Kommanditist sei es ihm grundsätzlich verwehrt, einen Anspruch auf ungeschmälerter Rückerstattung seiner Einlage gegen die Gesellschaft geltend zu machen (Rn. 24, m.w.N. auf die ständige Rechtsprechung des II. Zivilsenats zur Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft). Denn die übrigen Gesellschafter einer Publikumsgesellschaft seien

regelmäßig ebenfalls getäuscht worden. Hafte die Gesellschaft, so wären die Gesellschafter dem sog. „Windhundrennen“ ausgesetzt, bei dem die schnell handelnden Gesellschafter Vorteile zulasten der übrigen ebenso getäuschten aber leer ausgehenden Gesellschafter erlangen. Dies sei unvereinbar mit dem gesellschaftsrechtlichen Gebot der gleichmäßigen Behandlung aller betroffenen Gesellschafter und gelte umso mehr, als die Auszahlungen bei dem praktizierten Schneeballsystem durch Einlagen der Neugesellschafter ermöglicht worden sind (Rn. 25).

### C. Kontext der Entscheidung

Der IX. Zivilsenat des BGH führt mit dem vorliegendem Urteil seine Rechtsprechung zur Unentgeltlichkeit der Ausschüttung von Scheingewinnen konsequent fort. In der Reihe der bisher vom BGH entschiedenen Fälle waren die Anleger der Anlagegesellschaft jedoch jeweils nicht beigetreten.

Der BGH bestätigt seine bisherige Rechtsprechung vollumfänglich, insbesondere dahingehend, dass Gewinnausschüttungen, denen kein tatsächlicher Gewinn zugrundeliegt, unentgeltliche Leistungen an den Anleger darstellen und dass Auszahlungen, mit denen vom Anleger erbrachte Einlagen nach einer Kündigung der Mitgliedschaft zurückgewährt wurden, als entgeltliche Leistungen nicht anfechtbar sind (Rn. 9).

Das Berufungsgericht hatte unberücksichtigt gelassen, dass der Gesellschafter einer KG oder atypisch stillen Gesellschaft keinen Anspruch auf Rückzahlung seiner Gesellschaftereinlage, sondern (lediglich) auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens hat, während der Anspruch aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag auf Rückerstattung der durch Verluste nicht verringerten Einlage gerichtet ist. Besonderheiten ergeben sich aber auch bei der Beurteilung der Entgeltlichkeit der Auszahlung von Scheingewinnen.

Konsequent grenzt der BGH mit der vorliegenden Entscheidung die Rechtsstellung des Anlegers aus einem entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag von der des beigetretenen Gesellschafters ab und prüft sämtliche in Betracht kommenden gesellschaftsrechtlichen Grundlagen für Auszahlungsansprüche des Anlegers.

Dem Urteil ist zuzustimmen. Danach ergeben sich für den der Anlagegesellschaft beigetretenen Anleger folgende Besonderheiten:

1. Bei der Auszahlung von Scheingewinnen sind etwaige gesellschaftliche Auszahlungsansprüche des Anlegers zu berücksichtigen, die die Entgeltlichkeit der Auszahlungen begründen könnten.

2. Bei der Beurteilung der Rückzahlung von Einlagen ist darauf abzustellen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe überhaupt ein Abfindungsanspruch bestand, durch dessen Auszahlung die Gesellschaft von einer Verbindlichkeit befreit wurde.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Scheingewinnauszahlungen sind grundsätzlich unabhängig davon, ob der Anleger der Anlagegesellschaft beigetreten ist oder nicht, unentgeltlich und daher innerhalb der Vierjahresfrist des § 143 Abs. 1 InsO vom späteren Insolvenzverwalter anfechtbar. Dies auch dann, wenn der Zahlungsempfänger von der Entgeltlichkeit der Zahlung ausging, weil er gutgläubig war. Ist der Anleger jedoch Gesellschafter geworden und ist die Gesellschaft – wenn auch fehlerhaft – in Vollzug gesetzt worden, sollte geprüft werden, ob gesellschaftliche Zahlungsansprüche des Anlegers vereinbart waren.

Im Gegensatz zum Nichtgesellschafter kann der Anleger-Gesellschafter seine Einlage nach Kündigung der Mitgliedschaft nur dann zurückverlangen, wenn seinem Anspruch auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens ein „echter“ Bilanzwert gegenüber steht. Auch dabei ist anfechtungsrechtlich unerheblich, ob der Gesellschafter aufgrund der Täuschungshandlung der Gesellschaft irrtümlich davon ausgegangen ist, sein Abfindungsanspruch habe in Höhe der Auszahlung bestanden (Rn. 21). Letztlich hängt es somit von der vertraglichen Gestaltung ab, wie die Rückgewähr von Einlagen und andere Auszahlungen an den Gesellschafter zu bewerten sind.

Gegenstand der Entscheidung war nicht die Frage, ob sich der Beklagte gemäß § 143 Abs. 2 InsO und § 818 Abs. 3 BGB auf den Wegfall der Bereicherung hinsichtlich etwaiger steuerlicher Belastungen berufen kann. Zu beachten

sind insoweit die Entscheidung des BFH vom 28.10.2008 (VIII R 35/04) sowie des BGH vom 22.04.2010 (IX ZR 163/09). Nach letzterer können aufgrund der Auszahlung von Scheingewinnen entstandene bleibende steuerliche Mehrbelastungen den Einwand der Entreicherung begründen.

#### **E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung**

Der BGH bestätigt seine bisherige Rechtsprechung, nach der gegen den insolvenzrechtlichen Rückgewähranspruch eine Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus dem Zeitraum vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeschlossen ist (Besprechungsentscheidung Rn. 30, m.w.N.).

Er stellt des Weiteren klar, dass die Geltendmachung des Rückgewähranspruchs aus § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht gegen Treu und Glauben verstoße, denn der Schutz des getäuschten Anlegers gebiete es nicht, den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger zurücktreten zu lassen (Rn. 31, m.w.N.).

### **5**

#### **Kein Rechtsbindungswille in Facebook-Gruppe**

##### **Leitsatz:**

**Kein Rechtsbindungswille in Facebook-Gruppe, sodass die Mitglieder daraus keine Rechte und Pflichten herleiten können.**

Anmerkung zu AG Menden, Urteil vom 09.01.2013, 4 C 409/12

von Dr. Nina Leonard, RA'in, FA'in für Handels- und Gesellschaftsrecht und Partnerin, Pinsent Masons Germany LLP, München / Marina Arntzen, RA'in, Pinsent Masons Germany LLP, München

#### **A. Problemstellung**

Viele haben den Wunsch, vielen etwas mitzuteilen. Soziale und berufliche Netzwerke wie Facebook, StayFriends, wer-kennt-wen, XING und LinkedIn boomen. Facebook z.B. hat mittlerweile über eine Milliarde Benutzer, die sich über die ganze Welt verteilen. Facebook.com zählt zu den fünf am häufigsten besuchten Internetsei-

ten. Genutzt werden soziale Netzwerke, weil sie ihren Nutzern eine Plattform zur Kommunikation bieten (vgl. Redeker in: Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht, 34. Ergänzungslieferung 2013, Rn. 415).

Die Kommunikation über Websites hat unterschiedliche Voraussetzungen. Bei Facebook.com geht der Nutzer wie folgt vor:

1. Er muss ein Nutzerprofil erstellen. Die Beschreibungstiefe dieses Profils bestimmt der Nutzer selbst (vgl. Redeker in: Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht, Rn. 416). Der Nutzer kann sein Profilbild, aber auch weitere Fotos, hochladen und beispielsweise Alben erstellen, die anderen Nutzern zugänglich gemacht werden, wenn der betroffene Nutzer dies wünscht.

2. Der Nutzer hat die Möglichkeit auf seiner sog. „Chronik“ (früher „Pinnwand“) Texte zu veröffentlichen und persönliche Daten preiszugeben. Die Spannweite dieser persönlichen Daten reicht von der Angabe des Beziehungsstatus bis hin zum Arbeitgeber. Einzelne Lebensereignisse oder auch der aktuelle Standort können auf der Chronik publiziert werden. Dabei hat der Nutzer die Wahl, ob er diese Daten „nur“ für seine Facebook-Freunde zugänglich macht oder auch jedes andere Facebook-Mitglied Zugriff auf seine privaten Daten haben soll.

3. Daneben bietet Facebook seinen Nutzern die Möglichkeit, Gruppen zu bilden und dort Informationen auszutauschen. Es gibt „geheime“, „geschlossene“ und „offene“ Gruppen. Jede Gruppe verfügt über mindestens einen Administrator. Das ist in der Regel derjenige, der die Gruppe erstellt. Der Administrator kann missbräuchliche Beiträge entfernen und Mitglieder zulassen oder blockieren.

Missbräuchliche Beiträge, die oft aus beleidigenden Äußerungen bestehen, sorgen dafür, dass sich die Gerichte in letzter Zeit vermehrt mit sozialen Netzwerken beschäftigen. Gerade das vorliegende Urteil macht deutlich, dass im Zusammenhang mit sozialen Netzwerken auch gesellschaftsrechtliche Fragen zunehmend in den Fokus der Rechtsprechung geraten. So hatte sich das AG Menden u.a mit der Frage zu befassen, ob mit Eröffnung einer Facebook-Gruppe zugleich eine Gesellschaft begründet wird. Abhängig war das Ergebnis insbesondere da-

von, ob die Mitglieder der Gruppe mit Rechtsbindungswillen gehandelt haben.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Das AG Menden hatte über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Der Verfügungskläger verfolgte mit dem Antrag das Ziel, den Verfügungsbeklagten zu verpflichten, ihn wieder als Administrator einer Facebook-Gruppe (nachfolgend kurz: „Gruppe“) zuzulassen. Sowohl der Verfügungsbeklagte als auch der Verfügungskläger waren Betreiber der Gruppe. Der Verfügungsbeklagte hatte die Anmeldung jedoch allein auf seinen Namen und mit seiner E-Mail-Adresse durchgeführt. Gegenstand der Kommunikation der Gruppe war die Aktion eines Großunternehmers, durch Unterschriftensammlung ein Abwahlverfahren gegen einen amtierenden Bürgermeister einzuleiten. Der Verfügungsbeklagte hatte den Verfügungskläger als Administrator gelöscht.

Der Verfügungskläger war der Auffassung, dass es sich bei der Gruppe um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handele und die Voraussetzungen für einen Ausschluss hier nicht vorlagen. Er müsse deshalb als Administrator wieder zugelassen werden. Der Verfügungsbeklagte hielt die Löschung für rechtmäßig, weil der Verfügungskläger beleidigende Äußerungen gegenüber einem anderen Gruppenmitglied getätigt habe. Außerdem berief er sich darauf, dass er als Gründer bzw. Eintragender der Gruppe das Recht besitze, Administratoren zu entfernen. Darüber hinaus liege keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor, sondern es werde nur ein sozialer Zweck verfolgt. Ein Gesellschaftsvermögen sei nicht vorhanden. Zudem habe sich der Verfügungskläger aufgrund der ihm zur Last gelegten Äußerungen treuwidrig verhalten. Ein Rechtsschutzbedürfnis bestehe ebenfalls nicht.

Das AG Menden hat den Antrag des Verfügungsklägers durch Urteil zurückgewiesen. Es ist der Auffassung, dass der streitgegenständliche Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung unbegründet ist.

## **I. Keine Anspruchsgrundlage**

Das AG Menden führt aus, dass dem Verfügungskläger kein Anspruch darauf zustehe, von dem Verfügungsbeklagten wieder als Adminis-

trator der Gruppe zugelassen zu werden. Es fehle schon an einer Anspruchsgrundlage.

### **1. Keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts i.S.d. §§ 705 ff. BGB**

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß den §§ 705 ff. BGB sei nicht begründet worden. Wesensbestandteil einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei nämlich, dass die Mitglieder vermögenswerte Leistungen zum Gesellschaftszweck beitragen. Solche lägen hier nicht vor. Insbesondere seien keine Mitgliedsbeiträge erhoben worden. Auch sonstige vermögenswerte Leistungen seien nicht ansatzweise erkennbar.

### **2. Kein Verein i.S.d. §§ 21 ff. BGB**

Auch ein Verein gemäß den §§ 21 ff. BGB liege nicht vor. Es fehle an einem auf Dauer angelegten Zusammenschluss von Personen zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks mit körperschaftlicher Verfassung.

### **3. Keine anderen Rechtsformen**

Schließlich sei keine andere Rechtsform gegeben, denn die Parteien haben sich ohne einen irgendwie gearteten Rechtsbindungswillen allein zu dem Zweck zusammengetan, ein gemeinsames politisches Ziel zu verfolgen. Dies stelle lediglich eine Ausprägung der persönlichen Freiheitsrechte sowie des Rechts der freien Meinungsäußerung nach Art. 2 GG und Art. 5 GG dar, ohne dass damit unter den Parteien ein Rechtsbindungswille, der für die Gründung einer politischen Partei, eines Vereins, einer Gesellschaft oder einer sonstigen Personenvereinigung erforderlich ist, angenommen werden könne. Jeder könne jederzeit und beliebig aus einer solchen Gruppe ein- und austreten und selbst ähnliche Gruppen anmelden.

Das AG Menden betont, dass Facebook-Websites in der Regel lediglich eine durch die Möglichkeiten des technischen Fortschritts geschaffene neue Art der Kommunikation und öffentlichen Meinungsäußerung darstellten. Es sieht darin nicht mehr als einen „Kaffeeklatsch“ oder ein „Kneipentreffen“ im Internet.

## **II. Recht auf Entziehung von Administratorrechten**

Ferner sei unstreitig, dass die Gruppe von dem Verfügungsbeklagten auf dessen E-Mail-Account angemeldet worden sei. Demzufolge stehe es dem Verfügungsbeklagten unstreitig frei, die Gruppe insgesamt zu löschen. Dann müsse es ihm aber als Minus zu dem Recht auf Löschung der Gruppe freistehen, Administratorrechte für diese Gruppe zu vergeben und zu entziehen. Der Austausch über Facebook-Gruppen sei nur eine andere und zwar neuere technisch geprägte Form der Meinungsäußerung und Meinungsbildung sowie der Diskussion. Nach Auffassung des Amtsgerichts stelle diese Art der Kommunikation aber kein Rechtsgebilde dar, aus dem die Parteien Rechte oder Pflichten herleiten könnten.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Das Urteil des AG Menden steht im Kontext einer zunehmenden Zahl von Entscheidungen unterschiedlicher Gerichte, die sich mit sozialen Netzwerken beschäftigen. Meistens geht es in diesen Entscheidungen um beleidigende Äußerungen des Mitglieds eines sozialen Netzwerks gegen Dritte (vgl. etwa LG Berlin, Urte. v. 13.08.2012 - 33 O 434/11; ArbG Duisburg, Urte. v. 26.09.2012 - 5 CA 949/12; LG Oldenburg, Beschl. v. 21.08.2012 - 5 T 529/12; VG Köln, Beschl. v. 19.04.2011 - 10 L 488/11).

Interessant an dem vorliegenden Urteil sind insbesondere die Ausführungen zur Rechtsform der Gruppe.

### **I. Keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts i.S.d. §§ 705 ff. BGB**

Auf den ersten Blick liegt die Einordnung der Gruppe als Gesellschaft bürgerlichen Rechts nahe. Voraussetzung für die Entstehung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags i.S.d. § 705 BGB. Der Vertragsschluss kann dabei ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, sich also aus den Umständen ergeben und ist in der Regel auch formlos wirksam (Armbrüster in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, Vorbem. Rn. 23; Hänsel in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 33. Ergänzungslieferung 2013, Rn. 112).

Das Zustandekommen eines Vertrags hätte vorliegend möglicherweise noch bejaht werden

können. Allerdings erfordert eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts darüber hinaus die vertragliche Verpflichtung von zwei oder mehr Gesellschaftern, einen gemeinsamen Zweck durch Beitragsleistung oder in sonstiger, vertraglich vereinbarter Weise zu fördern (Armbrüster in: MünchKomm BGB, Vorbem. Rn. 23; Ulmer/Schäfer in: MünchKomm BGB, § 705, Rn. 1). Daran fehlt es hier. Ein solcher Beitrag ist nicht geleistet worden und auch andere vermögenswerte Leistungen sind nicht erbracht worden.

## II. Kein Verein i.S.d. §§ 21 ff. BGB

Mit der Feststellung, dass kein Verein gemäß den §§ 21 ff. BGB anzunehmen ist, folgt das AG Menden der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung. Danach ist der Verein ein auf Dauer angelegter Zusammenschluss von Personen zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks mit körperschaftlicher Verfassung (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17. 01.2012 - 14 Wx 21/11; Jauernig in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 21, Rn. 1; Büsching in: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 64), woran es bei einer Facebook-Gruppe fehlt.

## III. Keine Gesellschaft anderer Rechtsformen

Die Prüfung des AG Menden zum Vorliegen einer Gesellschaft anderer Rechtsform mag den Praktiker an die Vorlesung zum BGB AT im ersten Studiensemester Rechtswissenschaften erinnern.

### 1. Fehlender Rechtsbindungswille

Voraussetzung für das Vorliegen einer Gesellschaft anderer Rechtsform wäre zunächst das Vorliegen einer Willenserklärung, die das tatsächlich Gewollte umfasst. Eine Willenserklärung ist eine private Willensäußerung, die unmittelbar darauf gerichtet ist, eine Rechtsfolge herbeizuführen (Busche in: MünchKomm BGB, § 133 Rn. 27; Kitz in: Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht, Rn. 6). Eine solche Willenserklärung erfordert aber einen Rechtsbindungswillen des Erklärenden. Dieser besteht in dem Bewusstsein und dem Willen, dass das eigene Verhalten rechtsgeschäftlich verbindliche Geltung hat. Das eigene Verhalten soll also eine „konstitutive“ Rechtsgestaltung im Sinne der Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses bewirken (Armbrüster in: MünchKomm BGB, Vorbem. Rn. 23).

nisses bewirken (Armbrüster in: MünchKomm BGB, Vorbem. Rn. 23).

Es ist vorliegend zu Recht verneint worden, dass der Verfügungskläger oder der Verfügungsbeklagte sich rechtlich binden wollten, als sie die Gruppe eröffnet haben und damit Mitglieder dieser Gruppe geworden sind. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Parteien sich über das Thema der Gruppe lediglich unverbindlich austauschen wollten. Rechte und Pflichten können Mitglieder aus der Gruppenzugehörigkeit nicht herleiten.

### 2. Art. 2 GG und Art. 5 GG und das Verhältnis zu Nutzungsbedingungen

Auch ehrverletzende Äußerungen fallen unter den Schutzbereich der Art. 2 GG und Art. 5 GG. Das Verhalten des Verfügungsklägers wird also einerseits von dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit geschützt. Auf der anderen Seite unterliegt das Grundrecht aber auch gewissen Schranken (Polenz in: Kilian/Heussen, Computerrecht, 31. Ergänzungslieferung 2012, Rn. 1a; Fink in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, Rn. 1; OLG Hamburg, Urt. v. 02.08.2011 - 7 U 134/10 - GRUR-RR 2012, 40).

Maßgeblich sind insoweit die Nutzungsbedingungen von Facebook. Den Betreibern von Internetplattformen, bei denen Dritte eigene Inhalte einstellen können, steht ein „virtuelles Hausrecht“ zu (vgl. LG München I, Urt. v. 25.10.2006 - 30 O 11973/05). Demzufolge steht den Betreibern üblicherweise auch das Recht zu, die Äußerung, also den „Post“ eines Mitglieds oder sogar das Mitglied selbst von der Plattform zu löschen oder von der Nutzung der Plattform auszuschließen. Die vertragliche Grundlage hierzu bilden in der Regel – wie bei Facebook – die Nutzungsbedingungen, die jeder Nutzer bei seiner Anmeldung akzeptieren muss. Etwas anderes gilt nur, wenn die Löschung willkürlich oder unverhältnismäßig erscheint. In diesem Fall muss das Gericht eine umfassende Abwägung durchführen. Vor dem Hintergrund der sozialen Netzwerke scheint es naheliegend, „Social Media-spezifische Abwägungskriterien“ (Bauer/Günther, NZA 2013, 67) heranzuziehen.

In den Nutzungsbedingungen von Facebook enthält Ziffer 3 Nr. 6 (Sicherheit) die Regelung:



„Du wirst andere Nutzer weder tyrannisieren noch einschüchtern oder schikanieren“. Weiterhin führt Facebook unter Ziffer 5 Nr. 2 (Schutz der Rechte anderer Personen) aus: „Wir können sämtliche Inhalte und Informationen, die Du auf Facebook gepostet hast, entfernen, wenn wir der Ansicht sind, dass diese gegen die Erklärung bzw. unsere Richtlinien verstoßen“.

In diesem Zusammenhang ist es konsequent, dass der Gründer einer Gruppe die Möglichkeit hat, bestimmte Posts oder sogar ein Mitglied als Administrator zu löschen. So heißt es in den Nutzungsbedingungen von Facebook sinngemäß, dass der Entwickler oder Betreiber einer Anwendung auf der Plattform verpflichtet ist, sich an die Facebook-Richtlinien zu halten und für die Inhalte auf seiner Anwendung verantwortlich ist. Folgerichtig kann der Betreiber einer Gruppe – trotz Meinungsfreiheit – ein Mitglied als Administrator „abberufen“, wenn das Mitglied gegen die Richtlinien verstößt, die es bei der Anmeldung akzeptiert hat.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Wer soziale Netzwerke als Plattform missbraucht um persönlichen Ärger loszuwerden, sollte dies gut überdenken. Auch das Internet lässt sich nicht grenzenlos nutzen, um andere zu diffamieren. Wer sich nicht an gewisse Regeln hält, dem kann der Zugang zu bestimmten (virtuellen) Kommunikationsmöglichkeiten verwehrt werden. Das mag auf den ersten Blick harmlos erscheinen. Der Einzelne kann indes durchaus ein Interesse an dem Fortbestehen seiner Mitgliedschaft in einer bestimmten Gruppe haben. Zudem sollte sich jeder Nutzer vor Augen halten, dass die Verbreitungsgeschwindigkeit von Informationen im Internet nicht zu vergleichen ist mit einem „Kneipentreffen“ oder „Kaffeeklatsch“. Die Gefahr des Informationsaustauschs via Internet liegt indes nicht nur in der Schnelligkeit, sondern auch in einem möglichen Kontrollverlust. Die Informationen ver selbstständigen sich bereits kurz nach der Veröffentlichung und sind zeitlich unbegrenzt abrufbar.

In der Beratungspraxis ist sorgfältig zu prüfen, ob tatsächlich eine Gesellschaft begründet wurde, bevor Ansprüche, die eine solche zur Voraussetzung haben, geltend gemacht werden. In den letzten Jahren lässt sich vermehrt die Tendenz in der Praxis erkennen, in (fast) jeder Grup-

pe eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu sehen. Das AG Menden hat diesem Trend nun Grenzen gesetzt.