

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:
12.02.2014

Erscheinungsweise:
vierzehntäglich

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

2/2014

Inhaltsübersicht:

AUFSÄTZE

Anm. 1

Die Neuregelungen der Fusionskontrolle durch die 8. GWB-Novelle im Überblick

von Katharina Egelriede, LL.M., RA'in, Raupach & Wollert-Elmendorff, Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hamburg

Anm. 2

Einstweiliger Rechtsschutz in den Vereinigten Arabischen Emiraten (Teil 2)

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

Beurkundungspflicht einer Schiedsgerichtsordnung bei Bezugnahme in Schiedsklausel

Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 10.09.2013, 34 SchH 010/13
von Dr. Karsten Faulhaber, RA, Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP

Anm. 4

Keine Insolvenzanfechtung gegenüber Bank bei vertragsgemäßer Durchführung einer Cash-Pool-Vereinbarung

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.06.2013, IX ZR 259/12
von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

Anm. 5

Pflichtangebot nach Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz: Keine Gegenleistung und keine Zinsen bei Unterlassung

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.06.2013, II ZR 80/12
von Dr. Ulrich Block, LL.M., RA und Partner, v. Boetticher Hasse Lohmann, Berlin

Zitiervorschlag: Egelriede, AnwZert HaGesR 2/2014 Anm. 1
ISSN 1869-1331

AUFSÄTZE

1

Die Neuregelungen der Fusionskontrolle durch die 8. GWB-Novelle im Überblick

von Katharina Egelriede, LL.M., RA'in, Raupach & Wollert-Elmendorff, Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hamburg

A. Einleitung

Was lange währt, wird endlich gut – nach diesem Motto ist die 8. GWB-Novelle¹ nach einer langen politischen Hängepartie am 30.06.2013 in Kraft getreten². Mit der Gesetzesnovelle soll der Wettbewerbsrahmen in Deutschland modernisiert und optimiert werden³. Wesentliche Neuerungen betreffen die Angleichung der Fusionskontrolle an das europäische Recht sowie die Missbrauchsaufsicht. Daneben hat es sektorenspezifische Änderungen in Bereichen der gesetzlichen Krankenversicherung, Presse und Energie sowie verfahrensrechtliche Neuregelungen gegeben. Im Folgenden werden die Kernpunkte der Novelle im Überblick dargestellt.

B. Die Rechtslage

I. Fusionskontrolle

1. SIEC-Test

Zur Angleichung der deutschen Fusionskontrolle an das europäische Recht ist für die materielle Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens der sogenannte SIEC-Test⁴ übernommen worden. Die bisherige Regelung in § 36 Abs. 1 GWB a.F. sah vor, dass das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss untersagen muss, wenn zu erwarten ist, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird⁵. Nach dem SIEC-Test ist ein Zusammenschlussvorhaben nunmehr zu untersagen, wenn dieses den wirksamen Wettbewerb erheblich behindern würde. Da die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der Neufassung des § 36 Abs. 1 GWB als Regelbeispiel für die Verhinderung effektiven Wettbewerbs aufgeführt wird, dürften sich durch die Einführung des SIEC-Tests in der Praxis

keine wesentlichen Änderungen bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen ergeben⁶.

2. Anhebung der Schwelle für Marktbeherrschungsvermutung

Die bisherige Schwelle für die gesetzliche Vermutungsregel nach § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F., wonach ein Unternehmen mit einem Marktanteil von mindestens einem Drittel als marktbeherrschend gilt, wird auf 40% angehoben (§ 18 Abs. 4 GWB n.F.). Diese Vermutung gilt – wie bisher auch – sowohl für die Missbrauchsaufsicht als auch für die Fusionskontrolle.

3. Bagatellmarktklausel

Die Bagatellmarktklausel in § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB a.F., wonach Zusammenschlüsse nicht der Fusionskontrolle unterliegen, soweit ein Markt betroffen ist, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als 15 Mio. Euro umgesetzt wurden („Bagatellmarkt“), ist in die materielle Fusionskontrolle verlegt worden. Nach der Neuregelung in § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB unterliegt ein Zusammenschluss auf einem Bagatellmarkt nunmehr der Fusionskontrolle, darf vom Bundeskartellamt jedoch auch bei Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen nicht untersagt werden. Zusammenschlüsse, die lediglich Bagatellmärkte betreffen, sind also künftig anzumelden, können jedoch nicht untersagt werden.

4. Pressefusionskontrollrecht

Im Pressefusionskontrollrecht sind zwei Änderungen erfolgt: Zum einen ist der Multiplikator bei der pressenspezifischen Umsatzberechnung von Faktor 20 auf Faktor 8 reduziert worden – d.h. bei der Berechnung, ob die Umsatzschwellenwerte des § 35 Abs. 1 GWB erreicht werden, sind die presserelevanten Umsatzerlöse statt wie bisher mit dem 20-fachen Satz nur noch mit dem 8-fachen Satz anzusetzen. Zum anderen ist eine materiell-rechtliche Erleichterung in § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB n.F. eingeführt worden, wonach ein Zusammenschluss dann nicht zu untersagen ist, wenn durch die Übernahme eines kleinen oder mittleren Zeitungs- oder Zeitschriftenverlags die marktbeherrschende Stellung eines Zeitungs- oder Zeitschrift-

tenverlags zwar verstärkt wird, jedoch nachgewiesen wird, dass der übernommene Verlag in den letzten drei Jahren einen erheblichen Jahresfehlbetrag i.S.d. § 275 Abs. 2 Nr. 20 HGB hatte und er ohne den Zusammenschluss in seiner Existenz gefährdet ist. Zudem darf vor dem Zusammenschluss kein anderer Erwerber gefunden worden sein, der eine wettbewerbskonformere Lösung sichergestellt hätte. Das Konzept der „Sanierungsfusion“ wird damit für den Bereich der Pressefusionskontrolle ausdrücklich normiert. Sanierungsfusionen sind im Pressebereich von erheblicher praktischer Bedeutung⁷.

5. Zusammenschluss von Krankenkassen

Nach langen politischen Diskussionen um die Frage, ob und in welcher Form Krankenkassen dem Kartellrecht unterworfen sein sollen, sieht die 8. GWB-Novelle nun vor, dass bei der freiwilligen Vereinigung von Krankenkassen die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB Anwendung finden. Diese Regelung findet sich allerdings nicht im GWB selbst, sondern in § 172a SGB V⁸.

Das Kartellverbot und die Missbrauchsaufsicht werden dagegen auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander keine Anwendung finden. Unverändert bleiben gesetzliche Krankenkassen jedoch im Verhältnis zu den Leistungserbringern dem Kartellverbot und der Missbrauchsaufsicht unterworfen.

II. Missbrauchsaufsicht

Durch die Novelle werden die Regelungen über die Missbrauchsaufsicht systematischer und verständlicher formuliert. Wesentliche materielle Neuerungen enthält die Novelle – bis auf die Anhebung der Vermutungsschwelle für die Einzelmarktbeherrschung – nicht.

In § 18 GWB n.F. werden die bisher in § 19 GWB a.F. enthaltene Definition einer marktbeherrschenden Stellung und die Vermutungsregeln zusammengefasst. Die Einzelmarktbeherrschung wird – wie in Abschnitt I.2. bereits dargestellt – nunmehr erst bei einem Marktanteil von 40% vermutet. Die Marktanteilsschwellen für die Vermutung einer gemeinsamen Marktbeherrschung bleiben dagegen unverändert (drei oder weniger Unternehmen gel-

ten als marktbeherrschend bei einem gemeinsamen Marktanteil von 50% und fünf oder weniger Unternehmen bei einem gemeinsamen Marktanteil von mindestens zwei Dritteln). Das Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen ist in § 19 GWB n.F. enthalten.

Die im europäischen Recht nicht vorgesehene Regulierung von Unternehmen mit überlegener Marktmacht (sog. marktstarke Unternehmen) wird in § 20 GWB n.F. beibehalten.

III. Sektorspezifische Missbrauchskontrolle

Die zunächst bis Ende 2012 befristete besondere Preissmissbrauchsaufsicht im Bereich der Energieversorgung (§ 29 GWB) wird bis zum 31.12.2017 verlängert. Die vom Bundeskartellamt geforderte Erweiterung dieser Regelung auf Fernwärmeversorger wurde dagegen nicht übernommen⁹. Für die Missbrauchsaufsicht in der Wasserwirtschaft werden Bestimmungen neu ins GWB aufgenommen.

Da insbesondere die Wasserversorgung von Endkunden noch nicht liberalisiert ist und daher ein natürliches Monopol darstellt, besteht die Gefahr, dass die Wasserversorger aufgrund fehlenden Wettbewerbs die Preise missbräuchlich überhöhen. Durch die besondere Missbrauchsaufsicht soll eine Überhöhung der Wasserpreise verhindert werden. Die Missbrauchskontrolle gilt jedoch nicht für die von Wasserversorgern in kommunaler Trägerform zu erhebenden Gebühren.

Beim Lebensmittelhandel bleibt das Verbot jeglichen Angebots von Lebensmitteln unter Einstandspreis erhalten. Gleiches gilt für das ausdrückliche Verbot der Preis-kosten-Schere für relativ marktmächtige Unternehmen.

IV. Bußgeldrecht

Im Zuge der Novelle wird in das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten („OWiG“) – nach diesem richtet sich die Ahndung von Kartellverstößen – durch die Neuregelung des § 30 Abs. 2a OWiG eine (bisher fehlende) gesetzliche Regelung über die Festsetzung von Kartellbußen im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge oder partiellen Ge-

samtrechtsnachfolge durch Aufspaltung aufgenommen.

Nach der Rechtsprechung des BGH konnte ein Bußgeld gegen den Rechtsnachfolger im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge nur dann festgesetzt werden, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise (nahezu) Identität zwischen dem Täterunternehmen und dem Rechtsnachfolger besteht¹⁰. Mit der Neuregelung entfällt dieses Kriterium nunmehr. Eine gegen einen aufgespaltenen Rechtsvorgänger verhängte Geldbuße kann künftig stets gegen einen oder mehrere Rechtsnachfolger festgesetzt werden. Die Gesetzeslücke, die bisher die Möglichkeit bot, die Festsetzung eines Bußgeldes durch Umstrukturierung zu vermeiden, wird durch die Neuregelung geschlossen¹¹.

Zwar werden die Fälle der Abspaltung oder der Ausgliederung von § 30 Abs. 2a OWiG n.F. nicht erfasst. Hierfür wurde vom Gesetzgeber jedoch kein Bedarf gesehen, da in diesen Fällen der alte Rechtsträger weiter besteht und mit der Geldbuße belegt werden kann.

Änderungen hat es auch bei der Höhe der Bußgelder gegeben. So können nunmehr nach § 30 OWiG bei vorsätzlichen Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten von Organen (z.B. Geschäftsführer) einer juristischen Person gegen diese künftig Geldbußen in Höhe von bis zu 10 Mio. Euro statt wie bisher bis zu 1 Mio. Euro verhängt werden. Auch bei den Sanktionen gegen Unternehmen ist aufgrund der neuen Bußgeldleitlinien, die das Bundeskartellamt Ende Juni 2013 veröffentlicht hat, bei größeren Unternehmen mit höheren Bußgeldern zu rechnen.

V. Weitere verfahrensrechtliche Änderungen

Weitere Änderungen betreffen vor allem das Verfahrensrecht im Bereich der Fusionskontrolle und gleichen dieses dem europäischen Recht weiter an. Die wichtigsten im Überblick sind:

- Zusammenfassung mehrerer Erwerbsvorgänge betreffend Unternehmensteile zur Vermeidung von Umgehungen (§ 38 Abs. 5 Satz 3 GWB n.F.),
- Hemmung des Fristlaufs im Hauptprüfverfahren, wenn Auskunftsverlangen aus zu vertretenden Umständen

den nicht rechtzeitig oder vollständig beantwortet wurden (§ 40 Abs. 2 Satz 5, 6 GWB n.F.),

- Verlängerung der viermonatigen Prüffrist um einen Monat, wenn erstmalig Vorschläge für Bedingungen oder Auflagen unterbreitet werden (§ 40 Abs. 2 Satz 7 GWB n.F.),
- Heilung von unter Verstoß gegen das Vollzugsverbot vorgenommenen Vollzugsgeschäften, wenn Zusammenschlüsse nach Vollzug angezeigt werden und das Entflechtungsverfahren eingestellt wird (§ 41 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GWB n.F.),
- Ausnahmen vom Vollzugsverbot für öffentliche Übernahmeangebote und bestimmte andere sukzessive Erwerbsvorgänge über die Börse (§ 41 Abs. 1a GWB n.F.).

C. Fazit

Im Vergleich zur 7. GWB-Novelle bringt die 8. GWB-Novelle nur wenige grundlegende Änderungen¹². Die Gesetzesreform beinhaltet im Wesentlichen eine Angleichung an das europäische Recht, insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle, was im Hinblick auf die enge Verzahnung von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht begrüßenswert ist.

D. Literaturempfehlungen

Bernhard, Europarechtliche Stolpersteine der 8. GWB-Novelle, EuZW 2013, 732.

Bischke/Brack, 8. GWB-Novelle verabschiedet – Änderungen in der Fusionskontrolle, NZG 2013, 736.

Bosch/Fritzsche, Die 8. GWB-Novelle – Konvergenz und eigene wettbewerbspolitische Akzente, NJW 2013, 2225.

Kahlenberg/Neuhaus, Die Achte GWB-Novelle: Reform des deutschen Kartellrechts, BB 2013, 131.

Podszun, 8. GWB-Novelle: Neuerungen im deutschen Kartellrecht, GWR 2013, 329.

- 1 Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-Novelle), BGBl I 2013, 1738.
- 2 BGBl I 2013, 1750.
- 3 Begr. RegE 8. GWB-ÄndG, BR-Drs. 176/12, S. 1; ausführlich Bernhard, EuZW 2013, 732, 733.
- 4 „Significant Impediment to Effective Competition“.
- 5 „Marktbeherrschungstest“.
- 6 So auch Immenga, EuZW 2013, 761; Bosch/Fritzsche, NJW 2013, 2225, 2227; schon zur Änderung im europäischen Wettbewerbsrecht Kahlenberg/Peter in: Loewenheim/Meessen/Riesenkamp, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 36 Rn. 23.
- 7 Ausführlich hierzu Kollmann, GRUR-Prax 2012, 547.
- 8 Bernhard, EuZW 2013, 732, 735.
- 9 Vgl. BKartA, Abschlussbericht Sektorenuntersuchung Fernwärme, August 2012, S. 5, abrufbar unter: www.bundeskartellamt.de.
- 10 BGH, Urt. v. 10.08.2011 - KRB 55/10 - NJW 2012, 164.
- 11 Kahlenberg/Neuhaus, BB 2013, 131, 135.
- 12 Ebenso Kahlenberg/Neuhaus, BB 2013, 131, 137; Bernhard, EuZW 2013, 732, 733; Kollmann, GRUR-Prax 2012, 547.

2

Einstweiliger Rechtsschutz in den Vereinigten Arabischen Emiraten (Teil 2)

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

Nachdem im ersten Teil des Beitrags¹ ein Überblick über das Rechtssystem in den Vereinigten Arabischen Emiraten gegeben und die ersten beiden Arten des einstweiligen Rechtsschutzes vorgestellt wurden, die „Summary judgements“ und die „Attachments“, sollen nunmehr die „Precautionary applications“ (= Einstweiliger Rechts-

schutz in besonderen Situationen) erläutert werden.

Hinweis: Die Gliederung wird – um die Einheitlichkeit der Serie zu wahren – beibehalten und wird fortgesetzt.

B. Die Rechtslage

I. Arten einstweiligen Rechtsschutzes in den Vereinigten Arabischen Emiraten

3. „Precautionary applications“ (Einstweiliger Rechtsschutz in besonderen Situationen)

Diese Kategorie einstweiligen Rechtsschutzes wird in den Vereinigten Arabischen Emiraten unter dem Topos der „precautionary applications“ behandelt. Hierunter fallen beispielsweise die Beweissicherung (a) und die Anordnung eines persönlichen Arrestes bzw. von Reisebeschränkungen (b).

a) Beweissicherung

Hierzu zählen zunächst einmal dringend gebotene Beweissicherungsmaßnahmen, was in Deutschland am ehesten einem selbstständigen Beweisverfahren entspricht. Der Antragsteller kann beispielsweise die gerichtliche Bestimmung eines Sachverständigen beantragen mit dem Ziel, den Baufortschritt eines Bauvorhabens gutachterlich feststellen zu lassen.

b) Persönlicher Arrest/Reisebeschränkungen

Das Gericht kann, sollte die ernsthafte Gefahr bestehen, dass der Antragsgegner sich ins Ausland absetzt, auf Antrag die folgenden Maßnahmen ergreifen: Es kann beispielsweise eine Verfügung erlassen, die es dem Antragsgegner untersagt, das Land zu verlassen. Es kann auch anordnen, dass der Antragsgegner seinen Reisepass zu hinterlegen hat. Sollte der Antragsgegner dieser Aufforderung nicht nachkommen, wird er angewiesen, eine Sicherheit für die Forderung zu leisten und ihm wird angedroht, dass er in Haft genommen wer-

den kann, wenn er dieser Anordnung nicht Folge leistet.

4. Sanktionen bei Nichtbeachtung eines „Attachments“

Wenn der Schuldner die geforderte Zahlung nicht leistet, so wird das Gericht in den meisten Fällen eine Haftstrafe von bis zu 36 Monaten verhängen. Die Höhe der Sanktion hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Zusätzlich kann das Gericht dem Schuldner Ausreisebeschränkungen auferlegen, ihn beispielsweise auffordern, der zuständigen Behörde seinen Reisepass auszuhändigen, bis die Forderung beglichen wurde.

II. Rechtsbehelfe

1. Rechtsbehelf bei „Summary judgments“

Binnen einer Frist von 15 Tagen nach Zustellung des Vollstreckungsbescheids kann der Schuldner hiergegen Widerspruch einlegen. Ferner kann der Schuldner vor dem Berufungsgericht binnen 30 Tagen nach Ablauf der 15-Tages-Frist Berufung einlegen. Widerspruch und Berufung unterscheiden sich dadurch, dass im Gegensatz zum Widerspruch Tatbestandsvoraussetzung des Berufungsverfahrens die Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aufgrund des Vollstreckungsbescheids ist. Die Berufung zielt somit auf die konkrete Fassung des Tenors der Entscheidung, während der Widerspruch in der Regel eingelegt wird, wenn der Schuldner der Auffassung ist, dass bestimmte Verfahrensregeln nicht beachtet wurden. Für den Fall, dass das Berufungsgericht der Auffassung sein sollte, dass der Vollstreckungsbescheid zu Unrecht erging, wird es den Vollstreckungsbescheid aufheben und die weitere Entscheidung über die Forderung dem Rechtsstreit vor dem erstinstanzlichen Gericht überlassen, in dem ein reguläres Hauptsacheverfahren durchgeführt wird.

2. Rechtsbehelf bei „Attachments“

Sowohl der Schuldner als auch der Gläubiger können gegen die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts Berufung einlegen. Die Berufung kann beispielsweise erfolgen, falls der Gläubiger oder der Schuldner der Auffassung ist, das Gericht ha-

be zu wenig (im Falle des Gläubigers) bzw. zu viel (im Falle des Schuldners) Vermögensgegenstände des Schuldners mit dem Beschlag des „Attachments“ belegt. In Dubai können sowohl Gläubiger als auch der Schuldner Berufung einlegen, ohne zuvor einen Widerspruch erhoben zu haben.

3. Rechtsbehelf bei „Precautionary applications“

Hier gibt es wiederum den Widerspruch einer- und die Berufung andererseits. Hinsichtlich der Unterscheidung kann auf die vorstehenden Ausführungen unter 1. verwiesen werden.

C. Zusammenfassung

Die Arten einstweiligen Rechtsschutzes in den Vereinigten Arabischen Emiraten beschränken sich auf das „Summary judgment“, das „Attachment“ und die vorgenannten „Precautionary applications“. Einstweiliger Rechtsschutz ist gegenwärtig in den Vereinigten Arabischen Emiraten noch recht selten, gewinnt jedoch zunehmend an Bedeutung in den letzten Jahren.

D. Literaturempfehlungen

Das Rechtssystem in den Vereinigten Arabischen Emiraten ist noch sehr jung. Es gibt daher kaum wissenschaftliche Werke zum weiterführenden Studium. Einen ersten Einblick bieten:

Merkblatt zur Rechtsverfolgung des Deutschen Generalkonsulats in Dubai, abrufbar unter: www.dubai.diplo.de/vertretung/dubai/de/04/leben_und_arbeiten/merkblattzurverfolgung_unterbereich.html.

Amereller/Murach, Wirtschaftsrecht in den Vereinigten Arabischen Emiraten – ein Leitfaden, 1. Aufl. 2009.

¹ AnwZert HaGesR 1/2014, Anm. 2.

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

3

Beurkundungspflicht einer Schiedsgerichtsordnung bei Bezugnahme in Schiedsklausel

Leitsätze:

1. Zur Gültigkeit einer Schiedsklausel im Übrigen, die über die Zuweisung von Streitigkeiten an ein (DIS-)Schiedsgericht hinaus eine unzulässige Kompetenz-Kompetenz-Zuweisung enthält.

2. Auch wenn die Schiedsvereinbarung als Teil eines einheitlichen, formbedürftigen Vertragswerks mitzubeurkunden ist, bedarf die maßgebliche Schiedsgerichtsordnung (hier: die der DIS) regelmäßig nicht der Mitbeurkundung.

Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 10.09.2013, 34 SchH 010/13

von Dr. Karsten Faulhaber, RA, Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP

A. Problemstellung

Beim Unternehmenskauf gehört es inzwischen zum Regelfall, dass Streitigkeiten aus und in Zusammenhang mit diesem Vertrag nicht von staatlichen Gerichten, sondern durch ein Schiedsgericht entschieden werden. Dies gilt erst Recht, wenn ausländische Parteien an der Transaktion beteiligt sind. Auch der Entscheidung des OLG München lag eine entsprechende Unternehmenstransaktion zugrunde, bei der GmbH-Geschäftsanteile und Grundstücke übertragen wurden, so dass die gesamte Transaktion beurkundungspflichtig war. Hierbei zeigte sich wieder einmal, dass bei der scheinbar leichten Aufgabe, eine passende Schiedsklausel zu formulieren, ein gewisses Maß an anwaltlicher - und notarieller - Vorsicht gefordert ist. Das Oberlandesgericht musste sich nämlich mit der in der Literatur kontrovers diskutierten Frage auseinandersetzen, ob eine Schiedsklausel wegen eines Formmangels insgesamt nichtig ist, wenn die Parteien zwar die Schiedsklausel selbst, nicht aber die in der Schiedsklausel

in Bezug genommene Schiedsgerichtsordnung mitbeurkundet haben.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Parteien des Rechtsstreits schlossen am 22.12.2010 einen Rahmenvertrag über den Verkauf und die Übertragung von Grundstücken und Geschäftsanteilen. Wie üblich, waren dem Rahmenvertrag die einzelnen Verkaufs- und Übertragungsverträge als Anlagen beigefügt. Der Rahmenvertrag enthielt eine Schiedsabrede, die auszugsweise folgenden Wortlaut hatte:

„Jede Streitigkeit, die aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag oder seinen Anlagen entsteht, einschließlich jeder Streitigkeit über die Wirksamkeit oder das Bestehen dieses Vertrages, mit Ausnahme derjenigen Streitigkeiten, die von Gesetzes wegen einem Schiedsgericht nicht zur Entscheidung zugewiesen werden können, wird entsprechend der Schiedsgerichtsordnung des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) endgültig entschieden, ohne dass die Möglichkeit der Anrufung der ordentlichen Gerichte besteht. Das Schiedsgericht kann auch über die Gültigkeit dieser Schiedsvereinbarung bindend entscheiden.“

Bei Abwicklung der einzelnen Verträge kam es zum Streit. Im Frühjahr 2012 wurde daher ein Schiedsverfahren eingeleitet, das unter anderem die Wirksamkeit verschiedener Verträge sowie die Löschung von Auflassungsvormerkungen zum Gegenstand hatte. Die Beklagten verteidigten sich mit der Rüge der Unzuständigkeit des Schiedsgerichtes. Die Zuständigkeitsrüge stützten die Beklagten auf diverse Erwägungen und trugen unter anderem vor, dass die Schiedsklausel wegen eines Verstoßes gegen die Formvorschriften in § 311b Abs. 1 BGB und § 15 Abs. 4 GmbHG nichtig sei. Nach Ansicht der Beklagten reichte es nicht aus, dass in dem Rahmenvertrag die Schiedsklausel selbst beurkundet, die Beurkundung der dort in Bezug genommenen DIS Schiedsgerichtsordnung hingegen unterblieben war. Das Schiedsgericht stellte hierauf mit Zwischenentscheid gemäß § 1040 Abs. 3 Satz 2 ZPO seine Zuständigkeit fest.

Gegen diesen Zwischenentscheid gingen die Beklagten nach § 1040 Abs. 3 ZPO vor und beantragten, dass das OLG München die Unzuständigkeit des Schiedsgerichtes feststellen solle. Dieser Antrag blieb erfolglos. Das OLG Mün-

chen verwarf insbesondere die Argumentation der Beklagten, dass die Schiedsabrede wegen der mangelnden Mitbeurkundung des Regelwerkes der DIS Schiedsgerichtsordnung einen Formmangel aufweise, der die Unwirksamkeit der Schiedsklausel zur Folge habe.

Das Oberlandesgericht führte insoweit aus, dass eine Schiedsabrede beurkundungspflichtig sei, wenn diese Teil eines einheitlichen Vertragswerkes ist, das gemäß § 15 GmbHG oder § 311b BGB der Beurkundung bedarf. Aus dem Vollständigkeitsrundsatz folge, dass sämtliche Vereinbarungen der Beurkundungspflicht unterliegen, aus denen sich der Wille der vertragsschließenden Parteien zusammensetze. Die Beurkundung der Schiedsabrede selbst stand aber nicht im Streit, sondern lediglich die dort in Bezug genommene – und nicht beurkundete – DIS Schiedsgerichtsordnung. Im Hinblick auf diese Verweisung in der Schiedsabrede entschied das Oberlandesgericht, dass diese als eine zulässige Übertragung eines Leistungsbestimmungsrechtes auf die DIS zu werten sei. Nach Ansicht des Oberlandesgerichtes spräche nichts dagegen, die Bestimmung der Schiedsverfahrensregeln einem Dritten zu überlassen, da es ja auch statthaft sei, die Festlegung wesentlicher Vertragsbestandteile (*essentialia negotii*) einem Dritten zu übertragen. Eine Pflicht zur Beurkundung der DIS Schiedsgerichtsordnung wäre allenfalls dann in Betracht gekommen, wenn es den Parteien auf eine ganz bestimmte Verfahrensregelung bzw. eine konkrete Fassung der DIS Schiedsgerichtsordnung angekommen wäre und weder die Schiedsklausel noch der Hauptvertrag ohne diese Regelung geschlossen worden wäre. Hiervon sei bei einer Schiedsabrede aber regelmäßig nicht auszugehen, da die Schiedsabrede und der materiell-rechtliche Vertrag getrennt zu beurteilen seien. Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgebliche (und nicht die zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung gültige) DIS Schiedsgerichtsordnung hätten vereinbaren wollen, konnte das Oberlandesgericht nicht erkennen.

Das Oberlandesgericht sah auch keine Veranlassung, aus der notariellen Belehrungspflicht in § 17 Abs. 1 BeurkG anderweitige Schlüsse zu ziehen. Eine Belehrungspflicht komme nur mittelbar in Betracht, da der Notar lediglich über Bekanntes belehren könne. Außerdem halte sich bei der Wahl der Verfahrensregelungen

einer anerkannten Schiedsgerichtsorganisation der Umfang der Beratungspflicht in Grenzen.

C. Kontext der Entscheidung

Die Frage nach der Beurkundungspflicht der in der Schiedsabrede in Bezug genommenen Verfahrensordnung ist mehrschichtig. So liegt es nahe, in einem ersten Schritt die Beurkundungspflicht der Schiedsabrede selbst zu thematisieren. Diesen Punkt hat das OLG München in der vorliegenden Entscheidung lediglich angerissen. Die in der Literatur wohl herrschende Ansicht lehnt eine Beurkundungspflicht der Schiedsabrede ab, auch wenn der Hauptvertrag den Formvorschriften in § 15 Abs. 4 GmbHG und § 311b BGB unterfällt. Sie lässt vielmehr die in § 1031 ZPO vorgeschriebene Form genügen (so beispielsweise Lachmann, SchiedsVZ 2008, 28, 33; Heidbrink, GmbHR 2010, 848, 849). Begründet wird dies unter Verweis auf § 1041 Abs. 1 ZPO damit, dass die Schiedsklausel eine von den übrigen Vertragsbestimmungen unabhängige Vereinbarung sei (Lachmann/Lachmann, BB 2000, 1633, 1635). Außerdem kann sich diese Auffassung auf eine Entscheidung des BGH (Urt. v. 22.09.1977 - III ZR 144/76 -BGHZ 69, 260) stützen, in der dieser – allerdings noch zum alten Recht – eine separate Schiedsabrede zu einem Grundstückskaufvertrag als nicht von der Beurkundungspflicht erfasst angesehen hatte. Es überrascht nicht, dass Kritik an dieser Auffassung von Seiten einiger Notare mit Verweis auf das Vollständigkeitsgebot geäußert wird. Da Schiedsvereinbarungen regelmäßig wesentlicher Bestandteil einer vertraglichen Beziehung seien, folge hieraus auch die Beurkundungspflicht für die Schiedsabrede, wenn der Hauptvertrag beurkundungspflichtig ist (vgl. Schmitz, RNotZ 2003, 591, 603). Die Ausführungen des OLG München legen nahe, dass es zu der letztgenannten Ansicht tendiert.

Das Oberlandesgericht konnte in der vorliegenden Entscheidung aber direkt zum zweiten Schritt und damit zu der Frage nach der Reichweite einer etwaigen Beurkundungspflicht übergehen. Die Parteien hatten die Schiedsabrede mitbeurkundet, so dass sich die Prüfung auf die nach Ansicht der Beklagten fehlende Beurkundung der DIS Schiedsgerichtsordnung konzentrierte. Und tatsächlich haben für diese Konstellation selbst einzelne Vertreter derjenigen Ansicht, die eine Beurkundungspflicht der Schiedsabrede grundsätzlich ablehnt, die Empfehlung

ausgesprochen, die in Bezug genommenen Verfahrensregelungen mitzubeurkunden, wenn die Parteien „freiwillig“ die Schiedsabrede beurkunden. Es bestünden andernfalls erhebliche Risiken, da die Nichtbeurkundung der Schiedsgerichtsordnung wegen des Vollständigkeitsgrundsatzes sogar die Nichtigkeit des Gesamtvertrages zur Folge haben könnte (Heidbrink, GmbHR 2010, 848, 854; Lachmann, SchiedsVZ 2003, 28, 33). Andere Stimmen in der Literatur möchten die Folgen der Nichtbeurkundung einer einbezogenen Schiedsgerichtsordnung demgegenüber auf verjährungsrechtliche Fragen reduzieren (Broichmann/Matthäus, SchiedsVZ 2008, 274, 278 f.).

Zutreffend hat das OLG München im vorliegenden Fall eine Beurkundungspflicht für die in Bezug genommene Schiedsgerichtsordnung abgelehnt. Das Oberlandesgericht erkannte die Bezugnahme als eine sogenannte dynamische Verweisung an, weil die Parteien keine konkrete Fassung der DIS Schiedsgerichtsordnung bestimmt hatten, sondern die Schiedsabrede allgemein auf die DIS Schiedsgerichtsordnung verwies. Wie die Schiedsordnungen anderer Schiedsgerichtsorganisationen auch wird die DIS Schiedsgerichtsordnung von Zeit zu Zeit angepasst und es ist dort ausdrücklich vorgesehen, dass die jeweils zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung maßgebliche Fassung gelten solle (§ 1.2 der DIS Schiedsgerichtsordnung von 1998). Die Parteien haben mit der Bezugnahme auf die DIS Schiedsgerichtsordnung daher die Ausgestaltung des Verfahrens in die Hände der DIS gelegt, so dass bereits mangels Kenntnis etwaiger zukünftiger Änderungen keine Beurkundung der DIS Schiedsgerichtsordnung in Betracht kam (ebenso Böttcher/Fischer, NZG 2011, 601, 604 f.).

Etwas anderes gilt jedoch möglicherweise, wenn die Parteien in der Schiedsabrede auf eine konkrete Fassung einer Verfahrensordnung Bezug nehmen. Grund hierfür kann beispielsweise sein, dass die Parteien etwaigen zukünftigen Regeländerungen kritisch gegenüberstehen. Für diesen Fall empfiehlt es sich, die konkret in Bezug genommene Schiedsgerichtsordnung mitzubeurkunden.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des OLG München hat nicht nur für die Schiedsgerichtsbarkeit, sondern

vor allem auch für die Praxis des Unternehmenskaufs eine erhebliche Bedeutung. Es liegt endlich eine Handreichung vor, wann und in welchem Umfang eine in Bezug genommene Schiedsgerichtsordnung mitbeurkundet werden muss, wenn ein beurkundungspflichtiger Vertrag eine Schiedsklausel enthält.

Das Oberlandesgericht beantwortet aber nicht sämtliche in diesem Zusammenhang denkbare Fragen. Es bleibt beispielsweise offen, ob eine außerhalb eines beurkundeten Vertrages gemäß den Formvorschriften des § 1031 ZPO geschlossene Schiedsabrede wirksam ist, wenn sie sich auf den beurkundungspflichtigen Hauptvertrag bezieht. Die Entscheidung des Oberlandesgerichtes legt allerdings nahe, dass hier entgegen der herrschenden Ansicht in der Literatur dem Vollständigkeitsgrundsatz der Vorzug zu geben ist, was das Risiko der Nichtigkeit des gesamten Vertrages nach sich zieht. Es empfiehlt sich daher, zukünftig stets die Schiedsabrede selbst mitzubeurkunden. Bei Einbeziehung einer Schiedsgerichtsordnung hängt die Beurkundungspflicht davon ab, ob die Verweisung dynamisch, d.h. wie üblich allgemein auf die Schiedsgerichtsordnung einer Schiedsorganisation, oder aber auf eine bestimmte Fassung einer Schiedsgerichtsordnung erfolgt. In letzterem Fall ist eine Beurkundung erforderlich.

4

Keine Insolvenzanfechtung gegenüber Bank bei vertragsgemäßer Durchführung einer Cash-Pool-Vereinbarung

Leitsatz:

Zur Insolvenzanfechtung gegenüber der kontoführenden Bank hinsichtlich der Umbuchung von Gutschriften vom Konto einer an einem Cash-Pool teilnehmenden Gesellschaft auf das Zielkonto des Cash-Pools und hinsichtlich der dort vorgenommenen Verrechnung, wenn alle am Cash-Pool teilnehmenden Gesellschaften Kreditnehmer des auf dem Zielkonto ausgereichten Kontokorrentkredits sind.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.06.2013, IX ZR 259/12

von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

A. Problemstellung

Der Cash-Pool ist ein in der Finanzierung von Unternehmensgruppen bewährtes Instrument zur Steuerung und Kontrolle der Geldströme ebenso wie der Zinsersparnis im Konzern und der tatsächlichen Kreditinanspruchnahme. Das System besteht darin, dass seitens der Unternehmensgruppe ein Konto der Konzernobergesellschaft (ggf. auch nur einer nicht operativen Konzernholding) oder der Konzernfinanzierungsgesellschaft inländischen oder ausländischen Rechts („XXX Financial Services yyyy“; vgl. beliebige Beispiele im Internet) als „Zielkonto“ zur Verfügung gestellt wird, auf welches die am Cash-Pool beteiligten Gruppengesellschaften täglich das Guthaben auf ihren Konten abführen. Der Kontostand dort steht am Beginn und am Ende des jeweiligen Bankgeschäftstages bei „Null“. Umgekehrt sollen bei den beteiligten Unternehmen auch keine negativen Salden entstehen. Aus diesem Grunde wird ein am Ende des jeweiligen Bankarbeitstages bestehender Sollsaldo bei der Gruppengesellschaft durch Übertrag vom Zielkonto ausgeglichen. Der Kontostand der beteiligten Konzernunternehmen ist also auch dann, wenn die Belastungen des Kontos am jeweiligen Bankgeschäftstag höher sind als die Gutschriften, am Tagesende wieder „Null“. Regelmäßig ist mit diesem System ein Barkredit (Kontokorrentkredit) der kontoführenden Bank an die Unternehmensgruppe verbunden, bei der jede einzelne Gesellschaft Darlehensnehmer ist oder jedenfalls gesamtschuldnerisch für einen Kredit an diejenige Gesellschaft (Konzernmutter usw., vgl.o.) mithaftet, die das Zielkonto führt. Mit diesem (aus dem Blick der Konzernsteuerung der Unternehmensgruppe bzw. der Finanzierungsgesellschaft oder Holding des Konzerns nicht zwingend notwendigen) Konzept der Darlehensnehmereigenschaft aller wappnet sich die finanzierende Bank noch deutlicher als mit der bloßen Mithaftung für die Finanzierung von Anfang an gegen etwaige Anfechtungsrisiken unter dem Aspekt des § 134 InsO. Tatsächlich wird aber das Cash-Pool-System bzw. die Konzernsteuerung durch Weisungen Sorge tragen, dass Kreditinanspruchnahmen nur über das Zielkonto erfolgen. Die Zahlungen daraus an Cash-Pool-Beteiligte mit negativen Tagessalden erfolgt nach der Systemlogik dann (auch) aus

dem Kredit. Das System funktioniert als Folge der zahlungsverkehrstechnischen Abläufe wirklich reibungslos nur bei praktisch automatisch ablaufenden tagtäglichen Umbuchungsvorgängen, Damit sind die Unternehmensgruppen auf die aktive Mitwirkung der das Zielkonto führenden Bank angewiesen, mit der eine entsprechende Vereinbarung geschlossen werden muss. Sinnvoll – wenn nicht sogar zwingend – ist naturgemäß, wenn die Konten aller am Cash-Pool Beteiligten bei ein und derselben Bank geführt werden.

In der Insolvenz einer oder aller beteiligten Konzernunternehmen stellt sich dann die Frage, ob bzw. inwieweit die Umbuchungen in den kritischen Phasen der Unternehmenskrise der jeweils betroffenen Gesellschaft eine Gläubigerbenachteiligung gemäß § 129 InsO darstellen und bei Vorliegen weiterer Tatbestandsvoraussetzungen eines Insolvenzanfechtungsstatbestandes angefochten werden können. Dabei geht es einmal um die Anfechtung zwischen den verschiedenen Konzernunternehmen untereinander, zum anderen aber auch um die Anfechtung gegenüber der kontoführenden Bank, die bereitwillig das Cash-Pooling auftragsgemäß abgewickelt hat. Die Situation der Bank als Zahlungsdienstleister ist in einem solchen Kontext etwas kritischer geworden, da der BGH die Insolvenzanfechtung wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung gegenüber dem Zahlungsmittler (Leistungsmittler, Treuhänder) zulässt, wenn dieser bei der Ausführung seiner Leistungen seine ihm gezogene Rolle überschreitet, ein eigenes Interesse an einzelnen Zahlungsvorgängen hat und ggf. mit dem späteren Insolvenzschuldner kollusiv zulasten der Insolvenzgläubiger zusammenwirkt (vgl. dazu den Überblick zur Judikatur bei Cranshaw, BankPraktiker 2013, 201; vgl. BGH, Urt. v. 26.04.2012 - IX ZR 74/11 - ZInsO 2012, 924; BGH, Urt. v. 24.01.2013 - IX ZR 11/12 - WM 2013, 361; BGH, Urt. v. 25.04.2013 - IX ZR 235/12 - ZInsO 2013, 1077 m. Anm. Cranshaw, jurisPR-InsR 12/2013 Anm. 1).

In diesen Zusammenhang fügt sich die vorliegende Entscheidung ein, bei der im Kern die Frage steht, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen beim Cash-Pool eine Insolvenzanfechtung der erfolgten Umbuchungen bzw. der kontokorrentmäßigen Verrechnung bei den diversen Konten der Beteiligten gegenüber der kontoführenden Bank möglich ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Kläger ist der Insolvenzverwalter einer „L.“-GmbH, die zu einer „M.“-Unternehmensgruppe („Textilgruppe“) unter der Führung einer M. .. GmbH gehörte. Über das Vermögen der L. wurde auf Antrag vom 22.11.2007 am 01.02.1008 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Gesellschaften der M.-Gruppe unterhielten offenbar ihre sämtlichen laufenden Konten bei der später beklagten Bank. Im Mai 2005 hatte die Beklagte der gesamten Gruppe ferner einen KK-Kredit in Höhe von 2.350.000 Euro eingeräumt, den jede Gesellschaft für sich in Anspruch nehmen durfte, jedoch beschränkt auf den genannten Betrag für alle Gesellschaften als Höchstbetrag. Jede Gesellschaft haftete gesamtschuldnerisch für den gesamten Betrag nebst (etwai- gen) Überziehungen. Die beklagte Bank war ferner durch eine Vereinbarung mit der M.-Gruppe in die Organisation des dortigen Cash-Pool-Systems einbezogen, das so ausgestaltet war wie oben unter A. bereits beschrieben. Die Kontoabgleiche erfolgten wie üblich täglich, Zielkonto war das Konto der M. GmbH, die Konten der anderen Gesellschaften wiesen dann jeweils (idealiter) einen Kontostand von 0 Euro aus.

In der Zeit vom 22.10. bis 21.11.2007 (also einen Tag vor dem Insolvenzantrag) waren die Zahlungseingänge bei der Schuldnerin ca. 163.000 Euro höher als die Zahlungsausgänge, allerdings ohne Berücksichtigung der Umbuchungen auf das Zielkonto der M. in diesem Zeitraum. Die Kreditinanspruchnahme erfolgte ausschließlich durch die M. GmbH auf dem Zielkonto. Am 22.11.2007 kündigte die beklagte Bank alle Konten und Kreditlinien. Damit wurde auch, ohne dass der Tatbestand dies erwähnt, die Cash-Pool-Vereinbarung beendet. Auf dem Zielkonto war die Kreditinanspruchnahme vom 22.08.2007 bis zum Insolvenzantrag am 22.11.2007 (also innerhalb des Dreimonatszeitraums der Anfechtung gemäß den §§ 130, 131 InsO) von ca. 388.000 Euro über 1,59 Mio. Euro (22.10.2007) auf 3,5 Mio. Euro (22.11.2007) angestiegen, am 29.11.2007 betrug sie sogar 3,9 Mio. Euro. Zu diesem letzten Zeitpunkt war also eine Überziehung von 1,55 Mio. Euro zu verzeichnen, die sich als solche offenkundig erst nach dem 22.10.2007 rasant entwickelt hatte. Von einzelnen oder vielleicht allen am Cash-Pool beteiligten Gesellschaften, so darf man wohl folgern, waren seit 22.08.2007 zunehmend weniger bis überhaupt keine Zah-

lungen mehr auf das Zielkonto umgebucht worden, wozu der Tatbestand indes nachvollziehbar schweigt.

Bezüglich des Kontos der Insolvenzschuldnerin L. hat deren Verwalter als Kläger vorgetragen, am 22.10.2007 habe sich deren Kontostand am Morgen und vor „Glattstellung“ abends auf 123.066,10 Euro belaufen, am 22.11.2007 nur noch auf 77,06 Euro. Die Insolvenzschuldnerin sei seit dem 01.10.2007 zahlungsunfähig gewesen, die Beklagte habe seit dem 15.10.2007 Sachverhalte gekannt, die „zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit“ schließen ließen. Mit seiner Klage focht der Verwalter unter dem Aspekt der inkongruenten Deckung nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO sämtliche Verrechnungen auf dem Konto der L. (als Folge der Umbuchungen auf der Basis des Cash-Pooling) in dem Monatszeitraum dieser Norm an. Die Beklagte habe – mangels vorheriger Kündigung inkongruent – im Ergebnis ihre Kreditsalden zulasten der L. als Insolvenzschuldnerin vermindert. Die Umbuchung im Cash-Pool der selbstständigen Unternehmen der Gruppe seien anfechtungsrechtlich „unbeachtlich“. Das Zielkonto sei stets debitorisch gewesen, die Schuldnerin habe gesamtschuldnerisch die Mithaftung übernommen, aus welchem Grunde die Umbuchungen auf das Zielkonto zugleich Befriedigung eigener Forderungen der Beklagten (gegenüber der L.) dargestellt hätten. Die Verrechnung sei auch wegen kongruenter Deckung anfechtbar im Hinblick auf die geschilderte Kontensituation am 22.10. bzw. am 22.11.2007.

Er forderte damit offenbar die Differenz dieser Salden (knapp 123.000 Euro) als denjenigen Betrag, um den die Kreditforderung der Beklagten reduziert worden sei. Wohl hilfsweise verlangte er nach § 667 BGB mindestens den Betrag der Zahlungseingänge auf dem Konto der Schuldnerin im Zeitraum 22.10. bis 22.11.2007, „beziehungsweise die Differenz aus Haben- und Belastungsbuchungen [in diesem Zeitraum] in Höhe von jedenfalls 117.992,89 Euro.“ Im Kern des Revisionsverfahrens ging es einmal um die Umbuchungen auf das Zielkonto vom Konto der Insolvenzschuldnerin L. und zum anderen um die dadurch auf dem Zielkonto eingetretene Aufrechnungs- bzw. Verrechnungslage.

Die Klage war durch die Instanzen erfolglos, die Revision des Klägers wurde zurückgewiesen.

II. Der BGH verneint jeglichen Anspruch des Klägers auf anfechtungsrechtliche Rückgewähr, da die Beklagte allein als Leistungsmittlerin tätig geworden sei. Die Gutschriften auf dem Konto der Schuldnerin und deren Weiterleitung auf das Zielkonto begründeten schon deshalb keine Anfechtbarkeit wegen Deckungsanfechtung, weil die Beklagte keine Insolvenzgläubigerin der Schuldnerin geworden sei. Umgekehrt habe der Ausgleich eines etwaigen Debitsaldos der Schuldnerin durch Übertrag vom Zielkonto einen Anspruch der Beklagten nach § 670 BGB befriedigt, der als Folge der Cash-Pool-Vereinbarung kongruent und zudem ein Bargeschäft gemäß § 142 InsO gewesen sei.

Die Schuldnerin konnte auf ihrem Konto keinen KK-Kredit in Anspruch nehmen, so dass die Judikatur zur Verrechnung im KK-Konto (BGH, Urt. v. 07.03.2002 - IX ZR 223/01 - BGHZ 150, 122, st. Rspr. seitdem) gleichfalls nicht einschlägig sei. Über die Cash-Pooling-Vereinbarung habe sich die Schuldnerin im Hinblick auf den täglichen Übertrag etwaig entstehender Guthabensalden von ihrem Konto auf das Zielkonto der Beklagten als Leistungsmittler bedient. Die Deckungsanfechtung richtet sich nach ständiger BGH-Rechtsprechung in diesen Fällen gegen den Dritten als den mittelbaren Empfänger der Leistung, wenn der Dritte erkennen kann, diese stamme vom Insolvenzschuldner (BGH, Urt. v. 16.09.1999 - IX ZR 204/98 - BGHZ 142, 284, 287, st. Rspr.; zuletzt BGH, Urt. v. 25.04.2013 - IX ZR 235/12 Rn. 11 - WM 2013, 1044). Bei Cash-Pool-Abreden ist das Vorliegen dieser Voraussetzung evident. Der Kläger konnte daher mangels Anfechtbarkeit nach den §§ 130, 131 InsO nur noch Erfolg haben, wenn der BGH die Verwirklichung des Tatbestandes des § 133 InsO bejaht hätte. Er habe, so der BGH im Ergebnis, hierzu indes nicht erfolgreich vorgetragen.

Im Einklang mit seiner unter Abschnitt A. zitierten Judikatur zum Leistungs-/Zahlungsmittler bestätigt der BGH, dass die Bank (im Allgemeinen) trotz Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit ihres Kunden Zahlungsaufträge als Folge des § 675o Abs. 2 BGB auszuführen hat; das gelte auch für insolvenzfeste Cash-Pool-Fälle. Eine Vorsatzanfechtung komme als Folge der (wiederum nur im Allgemeinen) fehlenden Kenntnis der kontoführenden Bank von dem Vorsatz des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, nur in Frage, wenn die Bank ihre Rolle über-

schreitet, eigene Interessen verfolgt und insbesondere mit dem Schuldner zusammenwirkt. All dies sei vorliegend zu verneinen, die Bank habe keinen Einfluss auf „die einzelnen Gut- und Lastschriften genommen“.

Zwar könne die Verrechnung von Gutschriften und Belastungen auf einem KK-Konto insolvenzrechtlich unwirksam gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO sein. Diese Situation bestehe aber hier nicht. Vielmehr habe die beklagte Bank nur ihre Pflichten aus dem Cash-Pool gegenüber der M. (als Inhaberin des Zielkontos, Kreditnehmerin und) als „Poolführerin“ erfüllt. Die Verrechnung der Zahlungen aus dem Konto der L. auf das Zielkonto habe zwar den Verfügungsrahmen der gesamten Textilgruppe erweitert. Dennoch sei das keine „mittelbare Zuwendung“ an die Beklagte, was im Grundsatz ausreichen kann, um einen Anfechtungsanspruch zu bejahen. Entscheidend sei, dass der Schuldner sich eines Dritten als Leistungsmittler bedient, um Gläubiger zu befriedigen. Bei dieser Betrachtung hätte die M. als Poolführerin Leistungsmittlerin der L. im Verhältnis zur Beklagten sein müssen. Es sei aber umgekehrt gewesen, die Beklagte sei „bloße“ Leistungsmittlerin der Poolführerin gewesen. Die L., für die der Kläger steht, habe das auch erkennen können.

Die Insolvenzschuldnerin L. habe ferner den Kontostand der Poolführerin (d.h. beispielsweise die Kreditaufnahme) nicht beeinflussen können, von ihrer eigenen Zahlung auf das Zielkonto abgesehen. Ihr Interesse sei es nicht gewesen, auf diesem Wege eine Forderung der Beklagten zu befriedigen. Nur dann, wenn bewusst zur Zinsersparnis Leistungen auf das debitorische Konto eines Dritten erfolgten, könne eine mittelbare Zuwendung an die Bank bejaht werden. Der Zweck der einzelnen „Überweisungen“ sei jedenfalls nicht gewesen, die Forderungen der Beklagten gegen die Poolführerin zu befriedigen, auch wenn man Zinseinsparungseffekte verfolgte. Außerdem fehle es an der Gläubigerbenachteiligung gemäß § 129 InsO, da die Gläubiger der Insolvenzschuldnerin keinen Anspruch auf Guthaben auf dem Zielkonto hätten. Diese habe auch über die Kreditinanspruchnahme letztlich nicht bestimmen können. Vermögensverschiebungen im Rahmen des Cash-Pools seien innerhalb der daran Beteiligten auszugleichen, nicht im Verhältnis zur Bank. Die Banken hätten ein „unkalkulierbares Risiko“, wenn die Zahlungen auf ein solches Zielkonto anfecht-

bar wären. Dadurch, so der BGH, würde das von ihm für sinnvoll gehaltene Cash-Pool-System deutlich erschwert oder verunmöglicht, auf dessen positive Votierung durch den Gesetzgeber im Rahmen der Verabschiedung des MoMiG der BGH gleichermaßen hinweist (vgl. insbesondere BT-Drs. 16/6140, S. 41 v. 25.07.2007).

C. Kontext der Entscheidung

I. Dem vom BGH gefundenen Ergebnis wird man beipflichten. Es reduziert das ansonsten enorme Risiko des Zahlungsdienstleisters gerade beim Cash-Pool entscheidend. Ein anderes Ergebnis hätte die rechtlichen Berater ebenso wie die „Work-out“-Spezialisten und die IT-Verantwortlichen der Zahlungsdienstleister zu dem einhelligen Rat an die Geschäftsleitungen veranlassen müssen, Cash-Pool-Abreden zur Vermeidung massiver operationeller Risiken nur noch in ganz wenigen Fällen absolut erstklassiger Bonität abzuschließen und bestehende mindestens sehr kritisch zu prüfen und in allen Fällen bei drohender Krise zu kündigen. Der Cash-Pool wäre deutlich unattraktiver und sicher auch deutlich teurer. Dem BGH ist daher uneingeschränkt zuzustimmen, wenn er feststellt, dass die Anfechtbarkeit gegenüber der Bank in den Cash-Pool-Fällen zu einer deutlichen Erschwerung wenn nicht Verunmöglichung des Cash-Pooling führen würde. Das Ergebnis wäre hier ganz ähnlich wie bei uneingeschränkter Zulassung der Anfechtung (bzw. der Anwendung des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO) auf die Verrechnung im Kontokorrent.

In der Leitentscheidung vom 07.03.2002 (IX ZR 223/01 - BGHZ 150, 122, 133) hat der BGH daher ebenfalls den Zahlungsverkehr des Krisenunternehmens ausdrücklich nicht gefährden wollen. Er hat daher zwischen nicht anfechtbarem Bargeschäft gemäß § 142 InsO (Zahlungseingänge, die durch Verfügungen des Unternehmens aufgezehrt werden), Anfechtbarkeit wegen kongruenter Deckung (Ausgleich fälliger Forderungen, z.B. täglich fällige Überziehungen) und Anfechtbarkeit wegen inkongruenter Deckung (Saldenreduzierungen durch Verrechnungen vor Kündigung oder Zeitablauf bei befristeten Kreditlinien) sachgerecht differenziert. Die gegenteilige Entscheidung hätte eine erweiterte unfreiwillige Finanzierung des Außenumsatzes des späteren Insolvenzschuldners durch die Bank als Zahlungsdienstleister bedeutet. Die Gutschriften müssten andernfalls her-

ausgegeben werden, die Auszahlungen an andere Gläubiger durch den Kunden kämen allein dem Insolvenzschuldner und eben jenen Gläubigern zugute. Ggf. hätte aber sogar diesen Gläubigern gegenüber im Einzelfall zusätzlich angefochten werden können, so dass das KK-Konto eine stete nie versiegende Quelle der Masseanreicherung hätte sein können. Das hat der BGH damals und in nunmehr ständiger Rechtsprechung zutreffend abgelehnt.

Beim Cash-Pooling wäre ein von dem hier klagenden Insolvenzverwalter angestrebtes Ergebnis erst recht nicht sachgerecht. Die kontoführende Bank würde über ein „Cash-Pool-Verfahren mit Anfechtbarkeit gegenüber Banken“ der Finanzierer der sämtlichen Innenumsätze einer Unternehmensgruppe in der kritischen Zeit. Diesen Risiken beugt die Judikatur seit dem Urteil des BGH vom 07.03.2002 (IX ZR 223/01 - BGHZ 150, 122, 133) ebenso vor wie das Besprechungsurteil. Flankiert wird diese Rechtsprechung von derjenigen zur Zuwendung durch Leistungsmittler, die die Deckungsanfechtung allein gegen den Leistungsempfänger ermöglicht, sofern sich dieser darüber im Klaren ist, dass der Insolvenzschuldner die Leistung erbracht hat und nicht die Bank. Auch die Reduzierung des Kredits als zwangsläufige Folge der Übertragungen vom Konto der Schuldnerin auf das Zielkonto hat der BGH nicht für eine Leistung an die Bank gehalten, obwohl dadurch die Verpflichtung der Insolvenzschuldnerin zur Kreditrückzahlung als Gesamtschuldnerin reduziert wurde. Der BGH hat die im Insolvenzanfechtungsrecht nach seiner Rechtsprechung maßgebliche wirtschaftliche Betrachtung hier nicht unbeachtet gelassen, sondern vor dem Hintergrund der Finanzierungsstrukturen in der Unternehmensgruppe sachgerecht differenziert gehandhabt.

II. blieb danach dem Insolvenzverwalter im vorliegenden Fall nur noch die Möglichkeit zur Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO, so war der Verwalter zu Recht auch damit erfolglos, weil die Bank sich auf ihre Zahlungsmittlerfunktion beschränkt hat. Die Pflicht des Zahlungsdienstleisters nach § 675o Abs. 2 BGB geht bei ungekündigtem Zahlungsdienstleistungsvertrag (§ 675c Abs. 2 BGB), wie er hier besteht, sehr weit. Der BGH hat in seiner jüngsten „Leistungsmittlerjudikatur“ (vgl. im Einzelnen unter A.) stets betont, die Bank habe nur bei Überschreiten ihrer Rolle als Zahlungsmittler ein Anfechtungs-

risiko gemäß § 133 InsO, wobei die dort als prägend angesehene Einbindung in die Gläubigerbenachteiligung durch den Schuldner aus dem Blick des BGH vielfältige Formen annehmen kann (vgl. im Einzelnen Cranshaw, Bank-Praktiker 2013, unter Zitierung der einschlägigen Judikatur des Senats seit 2012). Im Fokus stehen das kollusive Zusammenwirken mit dem Schuldner und die Steuerung des Zahlungsverkehrs, wie der BGH auch herausarbeitet.

III. Hält man an der Anfechtung fest, soweit durch die Leistung auf das Zielkonto Zinsen erspart werden sollten (vgl. dazu BGH, Urt. v. 19.03.1998 - IX ZR 22/97 Rn. 79 - ZIP 1998, 793 zur GesO), erscheint das vorliegende Urteil vielleicht nicht so vollständig überzeugend. Natürlich ist einer der Zwecke des Cash-Pools die Zinsreduzierung in der Gruppe; sie besteht in der Differenz zwischen einem evtl. Guthabenzins auf den Konten von Mitgliedern des Cash-Pooling und dem erheblich höheren Finanzierungszins auf dem Zielkonto. Es überwiegen aber als Motiv des Cash-Pooling sicher bei weitem andere Aspekte, nämlich die Steuerung der Liquidität innerhalb der gesamten jeweiligen Firmengruppe und die Zentralisierung des Controlling. Jedenfalls haben die einzelnen Cash-Pool-Mitglieder nicht im Auge, bei jedem täglichen Übertrag auf das Zielkonto Schulden der den Kredit in Anspruch nehmenden Gesellschaft und eigene Haftungsbeträge auszugleichen bzw. zu reduzieren. Bei ungekündigter Kreditverbindung wäre das auch ökonomisch nicht sinnvoll, da der Vorgang sich täglich wiederholt. Vielmehr geht es den Gruppenunternehmen um die Befolgung der konzerninternen Verträge und Weisungen. In diesen diversen Innenverhältnissen ist dann auch der Standort für anfechtungsrechtliche Rückgewähransprüche. Rechtsrisiken bestehen tendenziell freilich für die beteiligten Gesellschaften im Rahmen der Insolvenzanfechtung sowie für die Geschäftsführer der GmbH oder die Vorstände der AG im Rahmen der Geschäftsführer-/Vorstandshaftung, z.B. nach § 64 GmbHG.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das Besprechungsurteil gehört zur Serie der Urteile zur Anfechtung gegenüber dem Zahlungsmittler, insbesondere seit dem Jahre 2012. Es festigt die dortige Judikatur. Der institutionelle Zahlungsdienstleister hat bei der vertragsmäßigen Verabredung der Organisation des Cash-

Pooling innerhalb einer Unternehmensgruppe keine insolvenzanfechtungsrechtlichen Risiken, soweit er zahlungsverkehrstechnisch das Cash-Pooling vollzieht, ohne dass er irgendeinen Einfluss auf Übertragungen und sonstige Zahlungsvorgänge nimmt. Die Anfechtung spielt sich innerhalb der beteiligten Unternehmen ab, die das Cash-Pooling als sinnvolles Steuerungsinstrument verwenden, das nach der zutreffenden Würdigung des Gesetzgebers des MoMiG auch für Konzerntöchter im Grundsatz vorteilhaft ist (BT-Drs. 16/6140, S. 41).

Auf die Rechtsfragen zur Anfechtung innerhalb des Konzerns, u.a. im Zusammenhang mit den §§ 134, 135 InsO, ist hier nicht einzugehen. Die Banken haben damit freilich keine Unbedenklichkeitserklärung für jedwede Vereinbarung über einen Cash-Pool erlangt. Wird die Cash-Pool-Vereinbarung mit der Bank in der (akuten) Krise der beteiligten Unternehmen geschlossen, muss die Bank sorgfältig prüfen, ob nicht Risiken mindestens aus § 133 InsO drohen, ob nicht mit den Worten des BGH die kontoführende Bank „in eine vom Schuldner angestrebte Gläubigerbenachteiligung eingebunden“ ist.

5

Pflichtangebot nach Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz: Keine Gegenleistung und keine Zinsen bei Unterlassung

Leitsätze:

1. Die übrigen Aktionäre haben keinen Anspruch auf eine Gegenleistung, wenn ein Kontrollerwerber entgegen § 35 Abs. 2 WpÜG kein Pflichtangebot veröffentlicht.

2. Zinsen werden nach § 38 Nr. 2 WpÜG nur geschuldet, wenn und soweit ein Pflichtangebot - verspätet - veröffentlicht wird.

3. § 35 Abs. 2 WpÜG ist kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.06.2013, II ZR 80/12

von Dr. Ulrich Block, LL.M., RA und Partner, v. Boetticher Hasse Lohmann, Berlin

A. Problemstellung

Wer die Kontrolle an einer börsennotierten Gesellschaft erwirbt – und hierzu genügt übernahmerechtlich bereits ein unmittelbarer oder mittelbarer Stimmrechtsanteil von 30% (§ 29 Abs. 2, § 30 WpÜG) –, ist verpflichtet, den Kontrollerwerb unverzüglich, spätestens innerhalb von sieben Kalendertagen, zu veröffentlichen (§§ 35 Abs. 1, 10 Abs. 3 Satz 1 und 2 WpÜG). Innerhalb von vier Wochen nach der Veröffentlichung hat der Kontrollerwerber der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) eine Angebotsunterlage über das Pflichtangebot zu übermitteln und sodann das Pflichtangebot zu veröffentlichen, wenn die BaFin die Veröffentlichung der Angebotsunterlage gestattet oder das Angebot nicht innerhalb von zehn Werktagen untersagt (§§ 35 Abs. 2 Satz 1, 14 Abs. 2 Satz 1 WpÜG). Die Angebotsunterlage hat als Gegenleistung einen Betrag in Euro oder liquide, zum Handel an einem organisierten Markt zugelassene Aktien zu bestimmen (§§ 39, 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4, 31 WpÜG; zum Mindestwert vgl. § 4 bis § 7 WpÜGAngeV). Erfüllt der Kontrollerwerber die Pflichten nicht nur verspätet, sondern überhaupt nicht, stellt sich die Frage, ob neben den ausdrücklich geregelten Sanktionen (Rechtsverlust gemäß § 59 WpÜG, Bußgeld gemäß § 60 WpÜG) die übrigen Aktionäre Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Gegenleistung gemäß § 35 Abs. 2 WpÜG und/oder auf Zinsen gemäß § 38 WpÜG haben.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die oben zu A. genannten Pflichten zur Veröffentlichung des Kontrollerwerbs und des Pflichtangebots werden gelegentlich übersehen oder übergangen – zuweilen in recht absonderlichen Sachverhaltskonstellationen. Zum Fall „WMF“ konnte der BGH noch offenlassen, ob die übrigen Aktionäre bei unterlassenem Pflichtangebot Ansprüche auf Gegenleistung und Verzinsung haben, äußerte allerdings in einem obiter dictum bereits erhebliche Zweifel (BGH, Urt. v. 18.09.2006 - II ZR 137/05 Rn. 9 „WMF“). In dem vorliegenden Urteil hatte der BGH nun Gelegenheit zur Stellungnahme:

In dem Sachverhalt, über den der BGH zu entscheiden hatte, ging es um Aktien an der mittlerweile insolventen BKN International AG mit Sitz in Köln, einem Produzenten von Computeranimationen und Zeichentrickfilmen. Die Kläge-

rin, eine Offshore-Holdinggesellschaft mit Sitz auf den Turks und Caicos Islands, machte geltend, die Beklagten, nämlich ein US-Staatsbürger (Beklagter zu 1.) und eine von diesem kontrollierte US-amerikanische Limited Liability Company (Beklagte zu 2.), hätten am 08.04.2004 mehr als 30% und nach weiteren schrittweisen Zukäufen bis Mitte 2005 nahezu 60% der Aktien der BKN International AG gehalten. Auch danach hätten die Beklagten aufgrund zurechenbarer Anteilsbesitze einer Investmentgesellschaft der Ehefrau des Beklagten zu 1. weiterhin dauerhaft über mehr als 30% der Aktien verfügt.

Die Klägerin behauptete, selber mehr als 3 Mio. Aktien der BKN International AG zu halten, und verlangte die Abnahme von 300.000 dieser Aktien zu einem durchschnittlichen Börsenkurs, den sie nach § 5 WpÜGAngeV mit 3,29 Euro pro Aktie berechnete, insgesamt 987.000 Euro. Die Klägerin stützte den Anspruch u.a. auf die Pflicht zur Abgabe eines Angebots nach § 35 Abs. 2 WpÜG (bzw. auf ein gesetzliches Schuldverhältnis), auch i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB. Zudem verlangte sie Zinsen gemäß § 38 WpÜG in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz ab (spätestens) dem 19.06.2004. Hilfsweise verlangte sie Zahlung von Zinsen in Höhe von 987.000 Euro.

Die Beklagten behaupteten, ihr Vermögensverwalter habe weisungswidrig und unter Veruntreuung der ihm anvertrauten Gelder Aktien der BKN International AG erworben. Der Vermögensverwalter sei, ohne Wissen der Beklagten, Aufsichtsratsmitglied der BKN International AG gewesen und habe die Käufe rechtswidrig dazu eingesetzt, den Börsenkurs der BKN-Aktien in die Höhe zu treiben. Damit habe er Geschäftsfreunden den Verkauf von BKN-Aktien zu hohen Kursen ermöglichen wollen. Die Klägerin mache mit dem Vermögensverwalter gemeinsame Sache. Hinter der Klägerin stehe eine Gruppe natürlicher Personen, die durch Betrug, Untreue, Kursmanipulation und Insiderhandel die Beklagten schädigten, um sich selber zu bereichern. Die Klage sei (u.a.) rechtsmissbräuchlich. Sie sei auch unbegründet, da § 35 WpÜG weder für sich noch i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Abschluss eines Kaufvertrages oder Zahlung eines Kaufpreises begründe.

Das LG Köln und das OLG Köln hielten die Klage für zulässig, jedoch unbegründet. Die dagegen

gerichtete Revision der Klägerin hat der BGH zurückgewiesen.

Ohne auf die Besonderlichkeiten des zugrundeliegenden Sachverhalts eingehen zu müssen, verneint der BGH aus reinen Rechtsgründen sowohl einen Anspruch auf Zahlung einer Gegenleistung als auch einen Anspruch auf Zahlung von Zinsen:

I. Kein Anspruch auf Gegenleistung gemäß § 35 Abs. 2 WpÜG bei Unterlassung des Pflichtangebots

Der BGH führt zunächst aus, dass im Schrifttum zum Teil die Auffassung vertreten werde, ein Anspruch auf Zahlung der Gegenleistung bei unterlassenem Pflichtangebot ergebe sich aus § 35 Abs. 2 WpÜG bzw. aus einem gesetzlichen oder mitgliedschaftlichen Schuldverhältnis. Der BGH tritt dem jedoch entgegen und verneint einen Anspruch auf Gegenleistung. Dabei stützt sich der BGH im Wesentlichen auf folgende Argumente:

1. Der Wortlaut des § 35 WpÜG gebe weder für einen Anspruch der Aktionäre auf Zahlung noch überhaupt für einen Anspruch auf Abgabe eines Angebots etwas her.

2. Den Gesetzgebungsmaterialien lasse sich nicht entnehmen, dass ein unterlassenes Pflichtangebot zivilrechtliche Ansprüche auslöse. Die Begründung zum Regierungsentwurf des WpÜG erwähne lediglich die Ahndung als Ordnungswidrigkeit, den Rechtsverlust und einen Zinsanspruch der Aktionäre bei verspätetem Pflichtangebot (Begründung RegE BT-Drs. 14/7034, S. 60).

3. Der Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KapMuG spreche ebenfalls gegen einen Anspruch auf Gegenleistung bei unterlassenem Pflichtangebot. Danach gelte das KapMuG u.a. für Streitigkeiten, bei denen es um einen Erfüllungsanspruch aus einem Vertrag gehe, der auf einem Angebot nach dem WpÜG beruhe. Existierten Ansprüche unmittelbar aus dem WpÜG, hätte es, so der BGH, nahegelegen, das KapMuG auch hierauf zu beziehen. Die Begründung des Regierungsentwurfs des KapMuG 2005 erwähne aber ausdrücklich, dass das WpÜG gerade keine Individualansprüche von Anlegern auf Abschluss

von Kauf- oder Tauschverträgen vorsehe (Begründung RegE BT-Drs. 15/5091, S. 20).

4. Der Sinn und Zweck des § 35 Abs. 2 WpÜG spreche gegen einen Anspruch auf Gegenleistung: Das WpÜG diene gemäß der Gesetzesbegründung der Steigerung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandortes und Finanzplatzes Deutschland und sei kapitalmarktrechtlich ausgerichtet. Die Beschränkung auf börsennotierte Wertpapiere (unter Ausblendung des Freiverkehrs) zeige, dass es nicht vornehmlich um einen gesellschaftsrechtlichen Konzerneingangsschutz gehe. Demgemäß sehe auch § 4 Abs. 2 WpÜG vor, dass die BaFin ihre Aufgaben nur im öffentlichen Interesse wahrnehme. Die Gesetzesbegründung selbst besage, dass es vorrangig um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Wertpapiermärkte, nicht um den Schutz der Aktionäre gehe (BT-Drs. 14/7034, S. 36).

5. Zudem sprächen systematische Erwägungen gegen einen Anspruch auf Gegenleistung:

a) Das Gesetz enthalte bereits ausreichend Druckmittel, um ein Pflichtangebot durchzusetzen: Nach § 59 WpÜG komme es bei Zuwiderhandlung zum Rechtsverlust hinsichtlich der Aktien des Kontrollerwerbers und die BaFin könne Geldbußen verhängen (§ 60 WpÜG), wozu einzelne Aktionäre die BaFin auffordern könnten. Ob die BaFin darüber hinaus gemäß § 4 Abs. 1 WpÜG ein Pflichtangebot auch mittels Verwaltungszwangs gemäß § 46 WpÜG durchsetzen dürfe, könne offenbleiben.

b) Da es keinen einheitlichen Gerichtsstand gebe, könne es bei Zulassung eines Anspruchs auf Gegenleistung zu divergierenden gerichtlichen Entscheidungen über das Ob und die Höhe von Zahlungsansprüchen der Aktionäre kommen.

c) Das Recht des Kontrollerwerbers, zwischen einer Geldleistung und Aktien zu wählen (§ 31 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 WpÜG), und die Möglichkeit der BaFin, den Kontrollerwerber vom Pflichtangebot zu befreien (§ 37 WpÜG), sprächen gegen unabhängige Zahlungsansprüche der Aktionäre.

d) Zinsen seien nach § 38 Nr. 2 WpÜG nur geschuldet, soweit ein Pflichtangebot verspätet

veröffentlicht werde, nicht aber, wenn es ganz unterbleibe (vgl. auch unten B.III.).

6. Die Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 betreffend Übernahmeangebote gebiete, so der BGH, keine andere Auslegung des § 35 Abs. 2 WpÜG. Die Richtlinie verlange zwar den Schutz der Aktionäre im Fall des Kontrollerwerbs. Dieser Schutz müsse aber nicht durch die Einräumung von Zahlungsansprüchen gewährleistet werden, wie Art. 4 Abs. 6 Satz 1 HS. 2 der Richtlinie klarstelle.

II. § 35 Abs. 2 WpÜG auch kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB

Nach Ansicht des BGH stellt § 35 Abs. 2 WpÜG kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB dar, so dass auch diese Vorschrift einen Anspruch auf Gegenleistung nicht stütze. Zwar räumt der BGH ein, dass die Schutzgesetzeigenschaft in der Literatur umstritten sei, schließt sich aber der verneinenden Ansicht an. Anknüpfend an frühere Entscheidungen resümiert der BGH, dass ein Schutzgesetz nur angenommen werden könne, wenn der Gesetzgeber beabsichtigt habe, dem Einzelnen gerade (auch) einen Schadensersatzanspruch einzuräumen und zu diesem Zweck an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht des Verstoßenden zu knüpfen (BGH, Urt. v. 22.06.2010 - VI ZR 212/09 Rn. 26 - BGHZ 186, 58 „Phoenix“; BGH, Urt. v. 13.12.2011 - XI ZR 51/10 Rn. 21 - BGHZ 192, 90). Angesicht der vorrangig kapitalmarktrechtlichen Ausrichtung des § 35 Abs. 2 WpÜG und der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, keine vertraglichen oder mitgliederschaftlichen Ersatzansprüche vorzusehen, sei § 35 Abs. 2 WpÜG nicht als Schutzgesetz zu werten.

III. Kein Anspruch auf Verzinsung bei unterlassenem Pflichtangebot

Auch den hilfsweise geltend gemachten Zinsanspruch weist der BGH als unbegründet zurück. § 38 Nr. 2 WpÜG stelle entgegen einem Teil der Literatur keinen selbstständigen Anspruch dar, der etwa ohne einen Hauptanspruch entstehen könne. Vielmehr bestehe der Anspruch auf Verzinsung nur, wenn ein Anspruch aus einem Pflichtangebot gegeben sei. Für die Akzessorietät des Zinsanspruchs spreche, so der BGH, bereits der Wortlaut der Norm („Zinsen

auf die Gegenleistung“), ferner die Begründung des Regierungsentwurfs („Erhöhung“ der Gegenleistung durch die Zinsen, BT-Drs. 14/7034, S. 59 f.).

Auch der Zweck der Verzinsung stehe einem selbstständigen Zinsanspruch entgegen. Zweck sei, Verzögerungen bei der Veröffentlichung des Pflichtangebots zu sanktionieren. Unterbleibe das Pflichtangebot insgesamt, so führte ein unbegrenzter Zinslauf zu unverhältnismäßigen Sanktionen. Dadurch wären darüber hinaus auch Aktionäre begünstigt, die ihre Aktien gar nicht verkaufen wollten. Zudem bestünden dieselben systematischen Bedenken wie bei der Bestimmung der Gegenleistung (divergierende Gerichtsentscheidungen, Wahl des Bieters zwischen Geld oder Aktien, Befreiung durch die BaFin). Es sei, so der BGH, auch nicht widersprüchlich, wenn ein Kontrollerwerber, der das Pflichtangebot verspätet veröffentliche, Zinsen zahlen müsse, während ein Kontrollerwerber, der gar kein Angebot abgebe, dies nicht tun müsse. Denn das WpÜG gehe davon aus, dass der säumige Kontrollerwerber bereits durch das vorhandene Sanktionensystem, bestehend aus ggf. Verwaltungszwang, jedenfalls aber Rechtsverlust und Bußgeld, zur Veröffentlichung des Pflichtangebots gezwungen werde.

C. Kontext der Entscheidung

Mit seiner Entscheidung verfolgt der BGH konsequent die Linie, die sich bereits in seinem Urteil vom 18.09.2006 zum Fall WMF (II ZR 137/05) ankündigte. Mit der Verneinung eines Anspruchs auf Gegenleistung und eines Anspruchs auf Verzinsung bei unterlassenem Pflichtangebot hat der BGH nunmehr weitgehend Rechtsklarheit geschaffen. Dabei kann sich die ausführlich begründete Entscheidung des BGH auf die bisher in der Literatur überwiegende Meinung stützen:

I. Bisheriger Meinungsstand zum Anspruch auf Gegenleistung bei unterlassenem Pflichtangebot

Schon bisher hat die herrschende Meinung der Literatur einen Anspruch der übrigen Aktionäre auf Gegenleistung aus § 35 Abs. 2 WpÜG bei unterlassenem Pflichtangebot verneint (Baums/Hecker in: Baums/Thoma, WpÜG, Stand: Mai 2012, § 35 Rn. 296; Krause/Pöttsch in: Assmann/Pöttsch/Schneider, WpÜG, 2. Aufl.

2013, § 35 Rn. 252; Steinmeyer, WpÜG, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 108 ff.; Noack/Zetzsche in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 35 WpÜG Rn. 53; Meyer in: Geibel/Süßmann, WpÜG, 2. Aufl. 2008, § 35 Rn. 59; Hasselbach in: Hirte/von Bülow, Kölner Kommentar zum WpÜG, 2. Aufl. 2010, § 35 Rn. 275; Schlitt/Ries in: MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2011, § 35 WpÜG Rn. 245, jeweils m.w.N.; a.A. (mit unterschiedlicher Begründung): Seibt, ZIP 2003, 1865, 1876; Wagner, NZG 2003, 718, 719; Mülbert/Schneider, WM 2003, 2301, 2305 f.).

Die überwiegende Meinung in der Literatur verneinte auch den Schutzgesetzcharakter des § 35 Abs. 2 WpÜG und damit etwaige Ansprüche gemäß § 823 Abs. 2 BGB (Schlitt/Ries in: MünchKomm AktG, § 35 WpÜG Rn. 245; Meyer in: Geibel/Süßmann, WpÜG, § 35 Rn. 60; Noack/Zetzsche in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, § 35 WpÜG Rn. 54, § 4 WpÜG Rn. 28; Steinmeyer, WpÜG, § 35 Rn. 112 f.; Krause/Pötzsch in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 35 Rn. 253; Hommelhoff/Witt in: Haarmann/Schüppen, Frankfurter Kommentar zum WpÜG, 3. Aufl. 2008, § 35 Rn. 118; a.A.: Baums/Hecker in: Baums/Thoma, WpÜG, § 35 Rn. 297 ff.; Ekkenga/Schulz in: Ehrlicke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, 1. Aufl. 2003, § 35 Rn. 75; Hasselbach in: Hirte/von Bülow, Kölner Kommentar zum WpÜG, § 35 Rn. 278).

II. Bisheriger Meinungsstand zum Anspruch auf Verzinsung

Kontroverser waren die bisherigen Literaturansichten zum – vom BGH ebenfalls verneinten – Anspruch auf Verzinsung bei unterlassenen Pflichtangebot. Einige Literaturstimmen vertraten, § 38 WpÜG gewähre einen selbstständigen Anspruch auf Zinsen, der auch ohne einen Hauptleistungsanspruch bestehe. Selbst beim gänzlich unterlassenen (nicht nur verspäteten) Pflichtangebot könnten die übrigen Aktionäre daher Zinsen verlangen (Baums/Hecker in: Baums/Thoma, WpÜG, § 38 Rn. 10 ff.; Meyer in: Geibel/Süßmann, WpÜG, § 38 Rn. 2; Schlitt/Ries in: MünchKomm AktG, § 38 WpÜG Rn. 2; Ekkenga/Schulz in: Ehrlicke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, § 38 Rn. 2, 9, jeweils m.w.N.). Die wohl überwiegende Gegenansicht vertrat dagegen, dass der Zinsanspruch gemäß § 38 WpÜG dem Anspruch auf Gegenleistung akzessorisch sei und die Abgabe eines Pflichtangebots und dessen

Annahme durch den jeweiligen Anspruchsteller voraussetze (Noack/Zetzsche in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, § 38 WpÜG Rn. 2, 9 f.; Steinmeyer, WpÜG, § 38 Rn. 4; Hommelhoff/Witt in: Haarmann/Schüppen, Frankfurter Kommentar zum WpÜG, § 38 Rn. 4; Pötzsch/Assmann in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 38 Rn. 6; Kremer/Oesterhaus in: Hirte/von Bülow, Kölner Kommentar zum WpÜG, § 38 Rn. 25, jeweils m.w.N.). Indem sich der BGH auf die Seite der letztgenannten Ansicht schlug, hat er auch insoweit Rechtssicherheit geschaffen.

III. Weiterhin offen: Verwaltungszwang seitens BaFin?

Offengelassen hat der BGH, ob die BaFin gemäß § 4 Abs. 1 WpÜG befugt ist, die Veröffentlichung eines Pflichtangebots anzuordnen und eine solche Anordnung mit den Mitteln des Verwaltungszwangs gemäß § 46 WpÜG durchzusetzen. In der Literatur wird eine solche Befugnis überwiegend bejaht (Hasselbach in: Hirte/von Bülow, Kölner Kommentar zum WpÜG, § 35 Rn. 257 f.; Krause/Pötzsch in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 35 Rn. 248; Steinmeyer, WpÜG, § 35 Rn. 114; Noack/Zetzsche in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, § 35 WpÜG Rn. 51; Schlitt/Ries in: MünchKomm AktG, § 35 WpÜG Rn. 242; Meyer in: Geibel/Süßmann, WpÜG, 2§ 35 Rn. 57; Hommelhoff/Witt in: Haarmann/Schüppen, Frankfurter Kommentar zum WpÜG, § 35 Rn. 113; Ekkenga/Schulz in: Ehrlicke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, § 35 Rn. 73; a.A.: Baums/Hecker in: Baums/Thoma, WpÜG, § 35 Rn. 295, jeweils m.w.N.). Auch das OLG Frankfurt hat obiter eine Anordnungsbefugnis der BaFin angenommen (Urt. v. 05.12.2011 - WpÜG 1/11 - ZIP 2012, 270, 274; zurückhaltender die Entscheidung der BaFin vom 01.08.2002 im Fall Gerhard Schmid/France Telecom/Mobilcom AG, auszugsweise abgedruckt bei Seibt, RWS-Forum Gesellschaftsrecht 2003, 337, 345).

IV. Jedenfalls aber kein Anspruch auf Einschreiten der BaFin

Indessen gäbe auch eine Anordnungsbefugnis dem einzelnen Aktionär keine Handhabe, die Abgabe eines Pflichtangebots durchzusetzen. Nach ganz herrschender Meinung gewähren die Vorschriften des WpÜG nämlich kein subjektiv-öffentliches Recht des einzelnen Aktionärs

auf Einschreiten der BaFin. Begründet wird dies insbesondere mit § 4 Abs. 2 WpÜG, wonach die BaFin ihre Befugnisse gemäß dem WpÜG nur im öffentlichen Interesse wahrnimmt (OLG Frankfurt, Urt. v. 05.12.2011 - WpÜG 1/11 - ZIP 2012, 270, 272 ff.; OLG Frankfurt, Urt. v. 27.05.2003 - WpÜG 2/03 - ZIP 2003, 1251, 1252 ff.; OLG Frankfurt, Urt. v. 04.07.2003 - WpÜG 4/03 - ZIP 2003, 1392, 1393 ff.; OLG Frankfurt, Urt. v. 27.05.2003 - WpÜG 1/03 - ZIP 2003, 1297, 1298 ff.; Meyer in: Geibel/Süßmann, WpÜG, § 35 Rn. 58; Steinmeyer, WpÜG, § 35 Rn. 116; Hasselbach in: Hirte/von Bülow, Kölner Kommentar zum WpÜG, § 35 Rn. 271; Krause/Pötzsch in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 35 Rn. 249; Schlitt/Ries in: Münch-Komm AktG, § 35 WpÜG Rn. 243; Hommelhoff/Witt in: Haarmann/Schüppen, Frankfurter Kommentar zum WpÜG, § 35 Rn. 114; Baums/Hecker in: Baums/Thoma, WpÜG, § 35 Rn. 296; kritisch: Seibt, ZIP 2003, 1865). Auch der BGH scheint an dieser herrschenden Meinung keinen Zweifel zu haben. So zitiert er das OLG Frankfurt (Urt. v. 05.12.2011 - WpÜG 1/11 - ZIP 2012, 270, 272) und verweist die Aktionäre auf die Möglichkeit, sich an die BaFin zu wenden und diese zum Einschreiten aufzufordern.

D. Auswirkungen für die Praxis

Aktionäre, die sich einem Kontrollerwerb ausgesetzt sehen, ohne dass der Kontrollerwerber seiner Pflicht zur Veröffentlichung eines Pflichtangebots nachkommt, können nach der klarstellenden Entscheidung des BGH weder Ansprüche auf Gegenleistung noch auf Verzinsung erheben. Angesichts der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 4 Abs. 2 WpÜG und dem ganz herrschenden Verständnis, dass das WpÜG kein subjektiv-öffentliches Recht betroffener Aktionäre auf Einschreiten der BaFin gewährt, dürfte auch kein durchsetzbarer Anspruch auf Verwaltungshandeln der BaFin bestehen. Den betroffenen Aktionären – wie der Zielgesellschaft selbst – bleibt in solchen Konstellationen lediglich die Möglichkeit, die BaFin zum Handeln aufzufordern (Bußgeld, ggf. Verwaltungszwang). Zudem bleibt es den betroffenen Aktionären und der Zielgesellschaft unbenommen, den Rechtsverlust des Kontrollerwerbers gemäß § 59 WpÜG im Rahmen der aktienrechtlichen Bestimmungen geltend zu machen, insbesondere falls in Hauptversammlungen Stimmrechte entgegen § 59 WpÜG berück-

sichtigt oder Dividenden an den Kontrollerwerber gezahlt werden sollen.

In der Literatur ist zwar Kritik an der, vom BGH nunmehr weitgehend klargestellten, Rechtslage geäußert worden (Seibt, ZIP 2003, 1865; Merkner/Sustmann, NZG 2013, 1087). Diese Kritik kann jedoch letztlich nur an den Gesetzgeber appellieren. Für die Praxis bleibt angesichts der weitgehenden und ausführlich begründeten Klarstellungen durch den BGH festzuhalten, dass in den Fällen eines gänzlich unterlassenen Pflichtangebots die betroffenen übrigen Aktionäre nach geltendem Recht keine Ansprüche auf Gegenleistung oder Verzinsung haben, sondern darauf verwiesen sind, Eingaben an die BaFin zu richten und ggf. im Rahmen der aktienrechtlichen Bestimmungen den Rechtsverlust gemäß § 59 WpÜG geltend zu machen.