

## Handels- und Gesellschaftsrecht

**Herausgeber:** **Günter Friedel, RA, Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf**  
**Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, Luther Rechtsanwalts GmbH, Düsseldorf**

www.AnwaltZertifikat.de

Erscheinungsdatum:  
11.03.2015

Erscheinungsweise:  
vierzehntäglich

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

### 4/2015

#### Inhaltsübersicht:

#### AUFSÄTZE

Anm. 1

#### **Reformbestrebungen bei der Managerhaftung**

von Dr. Peter Maser, RA, Deloitte Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Stuttgart

Anm. 2

#### **Einstweiliger Rechtsschutz in Slowenien (Teil 1)**

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft mbB, Düsseldorf, Dr. Konrad Plaustajner, RA, Plaustajner & Plaustajner, Ljubljana (Slowenien)

#### ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Anm. 3

#### **Grenzen der persönlichen Haftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber außenstehenden Dritten ("Geschäftsführerhaftung")**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18.06.2014, I ZR 242/12  
von Mike Weitzel, RA, Friedrich Graf von Westphalen & Partner, Köln

Anm. 4

#### **Zugriff der Finanzverwaltung auf Due Diligence Reporte und andere unternehmensinterne, entscheidungsvorbereitende Dokumente**

Anmerkung zu FG Münster, Beschluss vom 18.08.2014, 6 V 1932/14 AO  
von Dipl.-Kfm. Jochen König, RA, WP und StB, Müller-Gick-Krieger und Partner, Duisburg / Steffen Lunau, RA, Müller-Gick-Krieger und Partner, Duisburg

Anm. 5

#### **Voraussetzung des Nachweises des Fortbestandes einer Registervollmacht bei Vorlage nur einer öffentlich beglaubigten Abschrift**

Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.11.2014, 11 Wx 61/14  
von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

**Zitervorschlag:** Maser, AnwZert HaGesR 4/2015 Anm. 1  
**ISSN 1869-1331**

## AUFSÄTZE

1

### Reformbestrebungen bei der Managerhaftung

von Dr. Peter Maser, RA, Deloitte Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Stuttgart

#### A. Einleitung

In der breiten Öffentlichkeit besteht vielfach der Eindruck, die Haftung von Vorständen oder Geschäftsführern sei in Deutschland zu lax. Vor Kurzem wurde der frühere Vorstandsvorsitzende von Arcandor wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung verurteilt, weil er nach Auffassung des Gerichts u.a. private Hubschrauberflüge der Gesellschaft in Rechnung gestellt hatte.<sup>1</sup> In diesem Zusammenhang wurde in der Presse mit großem Unverständnis kommentiert, dass er zwar wegen dieser Verstöße verurteilt wurde, andererseits aber wegen der Insolvenz von Arcandor nicht zur Rechenschaft gezogen wird. Auf der anderen Seite hat das LG München I im Dezember 2013 den früheren Finanzchef der Siemens AG wegen Compliance-Verstößen zu Schadenersatz in Höhe von 15.000.000 Euro an seinen früheren Arbeitgeber verurteilt.<sup>2</sup> Nach Auffassung des Landgerichts hätte es zu seinen Aufgaben gehört, nach besten Kräften dafür zu sorgen, dass die Siemens AG und ihre Mitarbeiter „sämtliche Vorschriften einhalten, die das Unternehmen als Rechtssubjekt betreffen“. Diese Entscheidung ist von der Höhe des Schadensersatzes ungewöhnlich, stellt aber im Übrigen keine Besonderheit dar. Entgegen der öffentlichen Meinung ist die Managerhaftung in Deutschland sehr scharf. Aus diesem Grund wurden auch auf dem Deutschen Juristentag 2014 Reformen diskutiert.<sup>3</sup>

#### B. Die Rechtslage

##### I. Aktuelle Managerhaftung

Wenig bekannt ist in diesem Zusammenhang, dass Manager – und im Übrigen auch Aufsichtsräte – die Beweislast dafür tragen, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet haben (vgl. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG). Diese Vorschrift stellt zwingendes Recht dar, von ihr kann daher im Anstellungsvertrag oder in der Satzung nicht abgewichen wer-

den. Anders als bei anderen Schadenersatzansprüchen erfolgt – wie z.B. bei der Beraterhaftung – durch diese Regelung eine deutliche Haftungsverschärfung. Gerechtfertigt wird sie durch die „Sachnähe“ des Managers. Sie gilt aber auch bei ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern, obwohl diese in der Regel keinerlei Unterlagen haben, um sich zu exkulpieren.

Als probates Mittel der Haftungsvermeidung wird in der Praxis die Ressortverantwortung genannt.<sup>4</sup> Danach verantwortet jedes Vorstandsmitglied sein eigenes Ressort und haftet bei Pflichtverletzungen von Kollegen grundsätzlich nicht. Allerdings ist die Abgrenzung zur verbleibenden Gesamtverantwortung des Vorstands unklar.<sup>5</sup> Es stellt sich insbesondere auch die Frage, ob sich ein Vorstand immer darauf verlassen darf, dass die Kollegen ihre Aufgaben gesetzeskonform wahrnehmen und ihre Ressorts entsprechend führen.

Die Haftung eines Vorstands kann nicht durch Vereinbarung mit der Gesellschaft oder in der Satzung eingeschränkt oder auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzt werden.<sup>6</sup> Es können auch nicht bestimmte Sachverhalte (bspw. besonders riskante Geschäftsführungsmaßnahmen) ausgeklammert oder Ansprüche der Höhe nach beschränkt werden. Der Vorstand kann allenfalls eine Freistellung mit Dritten (Muttersgesellschaft, Großaktionär, wesentlicher Gläubiger) vereinbaren.

##### II. Reformüberlegungen

Ausgehend von dieser Ausgangslage bei der Managerhaftung erscheinen verschiedene Reformüberlegungen sinnvoll.<sup>7</sup> Dabei ist zunächst die Aufgabe der Beweislastumkehr für ausgeschiedene Vorstände zu nennen.<sup>8</sup> Eine entsprechende gesetzliche Änderung erscheint auch deshalb sinnvoll, weil die Begründung für die Beweislastumkehr – nämlich die Sachnähe – gerade für ausgeschiedene Vorstandsmitglieder nicht gilt.

Weiterhin sollte die sog. „Business Judgement Rule“ (BJR) des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG erweitert werden.<sup>9</sup> Nach dieser Regelung handelt ein Vorstand sorgfaltsgemäß, wenn er bei unternehmerischen Entscheidungen vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Die Erleichterung findet somit nur bei unternehmerischen Entscheidungen statt. Bei Verstößen gegen Kompetenz-, Organisations- oder sons-

tige rechtliche Vorschriften ist sie nicht einschlägig.

Dies bedeutet bei einer Vielzahl von Maßnahmen zumindest eine höhere Ungewissheit für den Manager, ob im Schadensfall die BJR zu seinen Gunsten Anwendung findet. Bei wesentlichen Themen wie der ordnungsgemäßen Gestaltung des Compliance-Management-Systems oder der Umsetzung bankaufsichtsrechtlicher Anforderungen handelt es sich wohl nicht um unternehmerische Entscheidungen, sodass der Manager sich nicht auf die BJR berufen könnte.

Schließlich sollte im Hinblick auf den Haftungsumfang überlegt werden, diesen zu begrenzen.<sup>10</sup> Durch eine entsprechende Anpassung des Aktiengesetzes könnte die Gesellschaft ermächtigt werden, in ihrer Satzung eine Haftungsbegrenzung aufzunehmen. Diese könnte beispielsweise vorsehen, bei leicht fahrlässigen Verstößen nur einen begrenzten Betrag als Schadensersatz fordern zu können. Insoweit liegt eine Verbindung mit dem Gehalt – beispielsweise das Fünffache eines Bruttojahresgehalts – nahe.

### C. Literaturempfehlungen

Bachmann, Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag Hannover 2014.

Druey in: Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, S. 57.

Falkenhausen, Die Haftung außerhalb des Business Judgement Rule – Ist die Business Judgement Rule ein Haftungsprivileg für Vorstände?, NZG 2012, 644.

Habersack, Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177, 782 (2013).

Spindler, Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive, AG 2013, 889.

<sup>3</sup> Bachmann, Gutachten E in Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014, Band I.

<sup>4</sup> Fleischer in: Spindler/Stilz, AktG, § 77 Rn. 47.

<sup>5</sup> Fleischer in: Spindler/Stilz, AktG, § 77 Rn. 55; LG München, Urt. v. 10.12.2013 - 5 HKO 1387/10 u.a. - ZIP 2014, 570.

<sup>6</sup> Spindler, AG 2013, 889.

<sup>7</sup> Bachmann, Gutachten E, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014, Band I.

<sup>8</sup> Habersack, ZHR 177, 782 (2013).

<sup>9</sup> Hauschka, ZRP 2004, 65, 66.

<sup>10</sup> Druey, FS Goette, 2011, S. 57, 70; von Falkenhausen, NZG 2012, 644, 651; BAG, Urt. v. 28.10.2010 - 8 AZR 418/09 Rn. 17 f. - NJW 2011, 1096, 1097.

## 2

### Einstweiliger Rechtsschutz in Slowenien (Teil 1)

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft mbB, Düsseldorf, Dr. Konrad Plaustajner, RA, Plaustajner & Plaustajner, Ljubljana (Slowenien)

#### A. Einleitung

Einstweilige Verfügungen (auf Slowenisch: „začasna odredba“) stellen ein unentbehrliches Mittel der Anspruchssicherung dar, mit dem streitige Verhältnisse noch vor der Einleitung eines Hauptsacheverfahrens, im Laufe eines Hauptsacheverfahrens oder sogar noch nach Abschluss eines Hauptsacheverfahrens geregelt werden können. Ein solcher Rechtsschutz wird in Slowenien durch die Vorschriften über einstweilige Verfügungen geregelt. Er soll im Folgenden vorgestellt werden.

#### B. Die Rechtslage

##### I. Allgemeines

1. Einstweilige Verfügungen sind auch in Slowenien unentbehrlich zur Anspruchssicherung. Es erweist sich insbesondere auch im Wirtschaftsrecht häufig als erforderlich, in bestimmten Fällen die Forderung so schnell wie möglich zu sichern bzw. Rechtsverhältnisse einstweilig zu regeln. Den Par-

<sup>1</sup> LG Essen, Urt. v. 14.11.2014 - 35 KLS 14/13.

<sup>2</sup> LG München, Urt. v. 10.12.2013 - 5 HKO 1387/10 u.a. - ZIP 2014, 570.

teilen muss daher verfahrensrechtlich ermöglicht werden, dass sie in gerichtlichen Verfahren, in denen eine Entscheidung nicht kurzfristig ergehen kann, ihre Interessen und sonstigen Ansprüche bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft eines Urteils im Hauptsacheverfahren und dessen Vollstreckbarkeit schützen können. Ein solcher Rechtsschutz wird in Slowenien durch die Vorschriften über einstweilige Verfügungen geregelt.

2. Die grundlegenden Bestimmungen hierzu befinden sich in dem Gesetz über Zwangsvollstreckung und Sicherung<sup>1</sup>. Die slowenische Zivilprozessordnung<sup>2</sup> enthält noch einige besondere Bestimmungen bezüglich einstweiliger Verfügungen in ausgewählten zivilrechtlichen Streitigkeiten: Hierzu zählen Ehestreitigkeiten, Streitigkeiten betreffend das Sorge- und Fürsorgerecht gegenüber Kindern sowie Verfahren der Besitzstörung. Weitere Bestimmungen finden sich im Gesetz über Außerstreitverfahren<sup>3</sup>, im Gesetz über die Ehe und Familienverhältnisse<sup>4</sup>, im Gesetz über Industrie-Eigentum<sup>5</sup>, im Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte<sup>6</sup> sowie im Denationalisierungsgesetz<sup>7</sup>. Bestimmungen in diesen Gesetzen, die einstweilige Verfügungen betreffen, sind im Verhältnis zum Zwangsvollstreckungsgesetz *lex specialis*.

Hierbei ist hervorzuheben, dass das System der Regelung einstweiliger Verfügungen in Slowenien auf dem verfassungsrechtlich garantierten einstweiligen Rechtsschutz beruht. In diesem Rahmen werden für nicht auf Zahlung gerichtete Forderungen auch sog. „regulative“ einstweilige Verfügungen (nach deutschem Begriffsverständnis: Leistungsverfügungen) für zulässig erklärt, deren Inhalt mit der Klageforderung übereinstimmen kann. Solche das Ergebnis der Hauptsache vorwegnehmende einstweilige Verfügungen können jedoch nur ausnahmsweise erlassen werden, wenn sonst wegen drohender Gewalt oder der Entstehung eines nicht wieder gut zu machenden Schadens ein späterer Rechtsschutz sinnlos wäre.<sup>8</sup>

Die gesellschaftlichen Änderungen und die Einleitung der Marktwirtschaft haben dazu geführt, dass das System der einstweiligen Verfügungen in Slowenien noch nicht abgeschlossen ist, was sich auch in gelegentlich inkonsistenter Rechtsprechung zeigt.

## II. Einstweilige Verfügungen nach dem Zwangsvollstreckungsgesetz

### 1. Zuständigkeit

Ein slowenisches Gericht wird über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht entscheiden, wenn die Sache nicht zur inländischen Jurisdiktion gehört. Ein slowenisches Gericht kann jedoch eine einstweilige Verfügung erlassen, obwohl das Hauptsacheverfahren im Ausland geführt wird, wenn sich die Gegenstände, auf die sich die einstweilige Verfügung bezieht, in Slowenien befinden<sup>9</sup>.

### 2. Sachliche Zuständigkeit

Nach dem Zwangsvollstreckungsgesetz<sup>10</sup> sind die Amtsgerichte (auf Slowenisch: „*okrajno sodišče*“) zuständig<sup>11</sup>, über einen Vollstreckungsantrag und über Sicherungsmaßnahmen zu entscheiden, es sei denn, es liegt eine anderslautende gesetzliche Bestimmung vor. Dies bedeutet, dass über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung immer dann ein Amtsgericht entscheidet, wenn das Hauptsacheverfahren noch nicht eingeleitet wurde. Das Gleiche gilt, wenn über die Forderung schon ein Hauptsacheverfahren anhängig ist, für welches das Amtsgericht sachlich zuständig ist. Wurde allerdings schon ein Hauptsacheverfahren anhängig gemacht, ist das Gericht, vor dem das Hauptsacheverfahren anhängig ist, auch für den Erlass einer einstweiligen Verfügung zuständig.<sup>12</sup>

Das Gericht, das über einen Vollstreckungsantrag entschieden hat, ist berechtigt, auch über alle anderen Fragen im Rahmen der Zwangsvollstreckung zu entscheiden, damit auch über eine die Zwangsvollstreckung betreffende einstweilige Verfügung.<sup>13</sup> Der Erlass einer einstweiligen Verfügung im Rahmen eines Vollstreckungsverfahrens kommt in Betracht, wenn das Gericht den Vollstreckungsantrag (nach Auffassung des Antragstellers zu Unrecht) zurückweist. Der Gläubiger kann in diesem Fall, bis über seine Beschwerde gegen die Zurückweisung des Vollstreckungsantrags entschieden wird, den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragen und auf diese Weise eine spätere Vollstreckung sichern.

Bei Streitwerten oberhalb von 20.000 Euro und allen Wirtschaftsstreitigkeiten<sup>14</sup> sind die Kreisgerichte (auf Slowenisch: „*okrožno sodišče*“) zuständig, wenn das Hauptsacheverfahren schon einge-

leitet wurde bzw. wenn die klagende Partei parallel mit der Klage auch den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt.

### 3. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit hängt von der Art der beantragten einstweiligen Verfügung, die der Gläubiger beantragt, ab. Art. 271 des Zwangsvollstreckungsgesetzes regelt die Arten einstweiligen Rechtsschutzes zur Sicherung von Geldforderungen. Art. 273 des Zwangsvollstreckungsgesetzes hingegen regelt die Arten einstweiligen Rechtsschutzes für andere als Geldforderungen.

- Wenn der Gläubiger ein Verbot der Veräußerung und der Belastung beweglicher Sachen beantragt, ist das Gericht an dem Ort zuständig, an dem sich diese Sache befindet.
- Wenn der Gläubiger ein Verbot der Veräußerung und der Belastung von Grundstücken beantragt, dann ist das Gericht an dem Ort zuständig, in dem sich das Grundstück befindet.
- Über die Beschlagnahme eines Bankkontos (Bankkontosperrung) entscheidet das Gericht am Sitz bzw. Wohnsitz des Schuldners.

Falls der Gläubiger parallel mehrere Mittel der Sicherung beantragt, richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem durch den Gläubiger an erster Stelle seines Antrags genannten Sicherungsmittel. Der Gläubiger kann folglich, wenn er parallel mehrere Arten einstweiligen Rechtsschutzes beantragt, durch die Reihenfolge die Zuständigkeit beeinflussen.

### 4. Einstweilige Verfügungen zur Sicherung einer Geldforderung

Einstweilige Verfügungen zur Sicherung einer Geldforderung werden erlassen, wenn der Gläubiger darlegt und glaubhaft macht, dass seine Forderung gegenüber dem Schuldner besteht bzw. entstehen wird. Ferner muss er darlegen und glaubhaft machen, dass eine Gefahr besteht, aufgrund derer der Schuldner durch sein Handeln die Durchsetzbarkeit der Forderung verhindert oder jedenfalls deutlich erschwert (Art. 270 Abs. 1 und 2 des Zwangsvollstreckungsgesetzes).

#### a) Darlegung und Glaubhaftmachung des Bestehens einer Forderung

Der Gläubiger muss lediglich darlegen und glaubhaft machen, dass seine Forderung besteht oder entstehen wird. Die Forderung ist dann glaubhaft gemacht, wenn nach Auffassung des Gerichts eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen der Forderung besteht (wenn mehr Gründe für das Bestehen sprechen als dagegen). Reicht der Gläubiger einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vor Anhängigmachung des Hauptsacheverfahrens ein, so muss er auch darlegen, welches Hauptsacheverfahren er gegen den Schuldner einzuleiten beabsichtigt und welche Forderung er in diesem Verfahren geltend machen und durchsetzen wird. In diesem Fall wird ihm durch das über die einstweilige Verfügung entscheidende Gericht eine Frist bestimmt, innerhalb derer er das Hauptsacheverfahren einzuleiten hat.

Zusammengefasst sind die gesetzlichen Voraussetzungen zur Darlegung- und Glaubhaftmachung des Bestehens einer Forderung nicht sonderlich streng. Deutlich strenger hingegen sind die Voraussetzungen, wenn es um die Darlegung und Glaubhaftmachung der Gefährdung der Durchsetzbarkeit der Forderung geht.

#### b) Gefährdung der Durchsetzbarkeit der Forderung

In einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung einer Geldforderung muss der Gläubiger glaubhaft machen, dass die Durchsetzbarkeit der Forderung wegen einer zu befürchtenden Veräußerung, wegen Verbergens oder einer anderen Verfügung über einen Vermögensgegenstand durch den Schuldner unmöglich oder deutlich erschwert wird. Überwiegend fordert die Rechtsprechung das Bestehen einer objektiven Gefahr (eines Zustandes) wie auch einer subjektiven Gefahr (eines Handelns des Schuldners). Der Gläubiger muss daher darlegen, dass der Schuldner mit seinen konkreten Handlungen oder Unterlassungen versucht, die Vollstreckung der Forderung zu verhindern oder jedenfalls deutlich zu erschweren.<sup>15</sup>

Hierbei ist die Feststellung, dass der Schuldner überschuldet oder dauerhaft zahlungsunfähig ist, nicht ausreichend. Vielmehr muss der Gläubiger nach einem Teil der Rechtsprechung Umstände

darlegen, die die Schlussfolgerung erlauben, dass der Schuldner den Gläubiger zu täuschen beabsichtigt, um eine Zahlung der Forderung zu umgehen<sup>16</sup>.

Der Oberste Gerichtshof der Republik Slowenien hatte hierzu allerdings eine andere Auffassung<sup>17</sup> vertreten. Danach setzt das Bestehen einer Gefahr nicht voraus, dass der Schuldner bewusst, d.h. mit Vorsatz handelt. Die Gefahr als Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung resultiert gemäß dieser Entscheidung des Obersten Gerichtshofs aus jedem Handeln des Schuldners, das eine Verhinderung oder Erschwerung einer Vollstreckung zur Folge hat, unabhängig davon, ob dies gerade das Ziel des Schuldners ist.

Auch wenn das höchste Gericht in Slowenien in diesem Fall die Glaubhaftmachung des Vorsatzes des Schuldners, den Gläubiger zu täuschen, nicht verlangt hat, muss der Gläubiger dessen ungeachtet ein konkretes Handeln bzw. eine konkrete Unterlassung des Schuldners darlegen und glaubhaft machen, die die Verhinderung oder Erschwerung der Vollstreckung zur Folge haben würde.

Wenn der Gläubiger darlegt und glaubhaft macht, dass der Schuldner mit der beantragten einstweiligen Verfügung nur einen geringfügigen Schaden erleiden würde, muss er das Bestehen einer Gefahr nicht glaubhaft machen (Art. 270 Abs. 3 des Zwangsvollstreckungsgesetzes). Die Beweislast bezüglich eines allenfalls geringfügigen Schadens liegt folglich beim Gläubiger. Der Begriff des sogenannten „geringfügigen Schadens“ ist ein Rechtsbegriff und das Gericht hat je nach den Umständen des Einzelfalles dessen Inhalt und Rahmen zu bestimmen.

Nach der Rechtsprechung stellt beispielsweise das Verbot der Verfügung über ein Grundstück in der Regel einen Schaden dar, der nicht nur geringfügig ist.<sup>18</sup> Wenn allerdings der Schuldner sein Grundstück schon mit Hypotheken belastet hat, wird eine zusätzliche Belastung im Sinne dieser Rechtsprechung keinen nennenswerten Einfluss auf die schon bestehende Begrenzung seiner Eigentumsrechte darstellen. In einem solchen Falle würde der Schuldner mit einer einstweiligen Verfügung nur einen geringfügigen Schaden erleiden<sup>19</sup>.

Art. 270 Abs. 4 des Zwangsvollstreckungsgesetzes bestimmt, dass die Gefahr einer erschwerten Vollstreckung der Forderung gegeben ist, wenn

die Forderung im Ausland durchgesetzt werden muss. Mit dem Begriff des Auslands sind allerdings nicht die Mitgliedstaaten der Europäischen Union gemeint.

Auf der anderen Seite erfasst der Begriff des Auslandes auch Fälle, in denen ein Urteil eines slowenischen Gerichtes im Ausland (nicht aber in der EU) vollstreckt werden müsste, unabhängig davon, ob der Gläubiger oder der Schuldner einheimische oder ausländische Personen sind. Der Begriff des Auslandes wird also aus der Sicht des slowenischen Gerichtes betrachtet.

### c) **Verschiedene Arten einstweiliger Verfügungen**

Der Beschluss über den Erlass einer einstweiligen Verfügung hat die Wirkung eines Beschlusses über die Vollstreckbarkeit.<sup>20</sup> Eine solche einstweilige Verfügung hat also dieselbe Geltung, als wenn ein Beschluss über die Vollstreckbarkeit erlassen worden wäre und bindet daher sowohl die Parteien als auch Dritte. Des Weiteren bedeutet die Vollstreckbarkeit, dass z.B. Eintragungen im Grundbuch oder in anderen Registern durchgeführt werden, obwohl die einstweilige Verfügung noch nicht rechtskräftig ist.

Der Gläubiger muss schon in seinem Antrag als Mittel der Sicherung eine der in Art. 271 des Zwangsvollstreckungsgesetzes benannten Arten einer einstweiligen Verfügung benennen, d.h.

- ein Verbot gegenüber dem Schuldner, sein Grundstück zu veräußern oder zu belasten. Dieses Verbot wird im Grundbuch vermerkt;
- ein Verbot gegenüber dem Schuldner, über seine beweglichen Gegenstände zu verfügen;
- ein Verbot gegenüber dem Drittschuldner, die Forderung des Schuldners zu erfüllen bzw. diesem Gegenstände auszuhändigen wie auch ein Verbot gegenüber dem Schuldner, diese Forderung einzutreiben oder diese Sachen anzunehmen (vergleichbar der Vorfändung i.S.d. § 845 ZPO);
- eine Verfügung gegenüber der Bank des Schuldners, wonach dieser untersagt wird, in Höhe eines Betrages, über den die einstweilige Verfügung erlassen wird, Verfügungen über das Bankkonto vorzunehmen.

Der Gläubiger kann auch eine andere Art einer einstweiligen Verfügung beantragen, vorausgesetzt, dass sie der Sicherung dient.

Es ist hervorzuheben, dass mit einer einstweiligen Verfügung kein Pfandrecht auf den Gegenstand der Sicherung erworben wird. Daher muss der Gläubiger beantragen, dass die einstweilige Verfügung noch so lange nach der Rechtskraft des Gerichtsurteils fort dauert, dass er innerhalb dieser Zeit einen Vollstreckungsantrag einreichen kann.

#### **d) Vorangehende einstweilige Verfügung**

Zu Sicherungsmaßnahmen von Forderungen im weiteren Sinne gehören auch sog. „vorangehende Verfügungen“ („*predhodna odredba*“, Kapitel XXIV des Zwangsvollstreckungsgesetzes):

Das Gericht erlässt eine vorangehende Verfügung aufgrund einer durch noch nicht vollstreckbares Urteil zugesprochenen Geldforderung. Der Gläubiger muss hier nur die Gefahr darlegen, dass ohne den Erlass der vorangehenden Verfügung die Durchsetzung seiner Forderung verhindert oder deutlich erschwert sein wird, nicht die Forderung begründen.

Die Arten der vorangehenden Verfügungen, die erlassen werden können, sind im Einzelnen in Art. 260 des Zwangsvollstreckungsgesetzes aufgeführt (z.B. Pfändung einer Geldforderung des Schuldners). Wenn der Gläubiger die Sicherung seiner Geldforderung durch eine vorangehende Verfügung erreichen kann, kann er keine einstweilige Verfügung beantragen (Art. 269 des Zwangsvollstreckungsgesetzes).

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

<sup>1</sup> Zakon o izvršbi in zavarovanju (Gesetz über Zwangsvollstreckung und Sicherung), Amtsblatt der Republik Slowenien Nr. 51/98 mit Novellen, nachstehend Zwangsvollstreckungsgesetz.

<sup>2</sup> Zakon o pravnem postopku (Zivilprozessordnung), Amtsblatt der Republik Slowenien Nr. 26/99 mit Novellen.

<sup>3</sup> Zakon o nepravdnem postopku (Gesetz über Außerstreitverfahren), Amtsblatt der Sozialistischen Republik Slowenien Nr. 30/86. Im Außerstreitverfahren entscheidet das Gericht z.B. über die Verteilung des Miteigentums, über die Verwaltung einer im Miteigentum stehenden Sache. Ferner kann es die Grenze zwischen Parzellen bestimmen.

<sup>4</sup> Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (Gesetz über die Ehe und Familienverhältnisse), Amtsblatt der Sozialistischen Republik Slowenien Nr. 15/76 mit Novellen.

<sup>5</sup> Zakon o industrijski lastnini (Gesetz über Industrie-Eigentum), Amtsblatt der Republik Slowenien Nr. 13/92 mit Novellen.

<sup>6</sup> Zakon o avtorski in sorodnih pravicah (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), Amtsblatt der Republik Slowenien Nr. 21/95 mit Novellen.

<sup>7</sup> Zakon o denacionalizaciji (Denationalisierungsgesetz), Amtsblatt der Republik Slowenien Nr. 27/91 mit Novellen.

<sup>8</sup> Entscheidung des Verfassungsgerichtes der Republik Slowenien vom 16.07.1998, Nr. Up 275/97.

<sup>9</sup> Art. 29 der Zivilprozessordnung i.V.m. Art. 15 des Zwangsvollstreckungsgesetzes; vgl. den Beschluss des Höheren Gerichtes in Koper vom 11.12.1997, Nr. Cpg 595/97.

<sup>10</sup> Art. 5 des Zwangsvollstreckungsgesetzes.

<sup>11</sup> Zur slowenischen Gerichtsbarkeit vgl. [https://e-justice.europa.eu/content\\_ordinary\\_courts-18-si-printMS-de.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-si-printMS-de.do?member=1).

<sup>12</sup> Art. 266 Abs. 2 des Zwangsvollstreckungsgesetzes.

<sup>13</sup> Art. 35 des Zwangsvollstreckungsgesetzes.

<sup>14</sup> Es gibt eine besondere Wirtschaftsabteilung beim Kreisgericht. Diese behandelt beispielsweise Rechtsstreitigkeiten, die zwischen verschiedenen Gesellschaften mit beschränkter Haftung anhängig sind.

<sup>15</sup> Beschluss des Höheren Gerichtes in Ljubljana vom 14.12.1993, Nr. Cpg 1803/93.

<sup>16</sup> Beschluss des Höheren Gerichtes in Koper vom 21.02.2008, Nr. Cpg 29/2008; Beschluss des Höheren Gerichtes in Ljubljana vom 08.08.2012, Nr. I Cpg 657/2012.

<sup>17</sup> Beschluss des Obersten Gerichtshofes der Republik Slowenien vom 10.06.1999, Nr. III Ips 78/99.

<sup>18</sup> Beschluss des Höheren Gerichtes in Ljubljana vom 14.06.2012, Nr. I Cpg 447/2012.

<sup>19</sup> Beschluss des Höheren Gerichtes in Ljubljana vom 25.05.2011, Nr. II Cp 1631/2011.

<sup>20</sup> Art. 268 des Zwangsvollstreckungsgesetzes.

## ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

### 3

#### **Grenzen der persönlichen Haftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber außenstehenden Dritten ("Geschäftsführerhaftung")**

##### **Leitsätze:**

**1. Der Geschäftsführer haftet für unlautere Wettbewerbshandlungen der von ihm vertretenen Gesellschaft nur dann persönlich, wenn er daran entweder durch positives Tun beteiligt war oder wenn er die Wettbewerbsverstöße aufgrund einer nach allgemeinen Grundsätzen des Deliktsrechts begründeten Garantenstellung hätte verhindern müssen.**

**2. Allein die Organstellung und die allgemeine Verantwortlichkeit für den Geschäftsbetrieb begründen keine Verpflichtung des Geschäftsführers gegenüber außenstehenden Dritten, Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft zu verhindern.**

**3. Der Geschäftsführer haftet allerdings persönlich aufgrund einer eigenen wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht, wenn er ein auf Rechtsverletzungen angelegtes Geschäftsmodell selbst ins Werk gesetzt hat.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18.06.2014, I ZR 242/12

von Mike Weitzel, RA, Friedrich Graf von Westphalen & Partner, Köln

#### **A. Problemstellung**

Für Wettbewerbsverstöße einer Gesellschaft haftet zunächst einmal die Gesellschaft selbst. Unter welchen Voraussetzungen darüber hinaus auch die vertretungsberechtigten Organe der Gesellschaft haften können, ist Gegenstand der vorliegenden Entscheidung.

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

Die Klägerin, ein Gasversorgungsunternehmen, verlangte von den beiden Beklagten, einem Konkurrenzunternehmen und dessen Ge-

schäftsführer, unter anderem Unterlassung und Schadensersatz wegen behaupteter Wettbewerbsverletzungen. Die vom Konkurrenzunternehmen, einer GmbH, eingesetzten Vermittler hatten nach Darstellung der Klägerin bei der Haustürwerbung versucht, Verbraucher mit unzutreffenden und irreführenden Angaben zur Kündigung ihrer Gaslieferverträge mit der Klägerin zu bewegen.

Das Landgericht verurteilte beide Beklagten antragsgemäß zu Unterlassung und Auskunftserteilung und stellte eine gesamtschuldnerische Schadensersatzpflicht fest. Auf die allein vom Beklagten zu 2 eingelegte Berufung wies das Berufungsgericht die gegen diesen gerichtete Klage ab (KG Berlin, Urt. v. 13.11.2012 - 5 U 30/12). Die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin blieb ohne Erfolg.

Zur Begründung führt der BGH aus, dass eine persönliche Haftung des Beklagten nur im Falle einer Garantenstellung anzunehmen sei, die ihn verpflichte, den deliktischen Erfolg abzuwenden. Für eine derartige Garantenstellung reiche die schlichte Kenntnis des Geschäftsführers von Wettbewerbsverletzungen aber nicht aus. Erforderlich sei vielmehr, dass der Wettbewerbsverstoß auf einem Verhalten beruhe, das nach seinem äußeren Erscheinungsbild dem Geschäftsführer anzulasten sei. Erlange der Geschäftsführer lediglich Kenntnis davon, dass bei der unter seiner Leitung stehenden Geschäftstätigkeit Wettbewerbsverstöße begangen würden, trafe ihn zwar die Verpflichtung dafür zu sorgen, dass Rechtsverletzungen künftig unterbleiben. Diese Pflicht bestehe aber grundsätzlich nur gegenüber der GmbH und nicht auch im Verhältnis zu Dritten.

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

In Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit, dass der GmbH-Geschäftsführer für Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft in bestimmten Konstellationen gegenüber Dritten persönlich haftbar sein kann, etwa dann, wenn er als Störer für die Rechtsverletzung ursächlich war bzw. wenn er derjenige war, der durch eine eigene Handlung eine derartige Rechtsverletzung verursacht hatte (vgl. hierzu etwa BGH, Urt. v. 26.09.1985 - I ZR 86/83 - GRUR 1986, 248, m.w.N.). Problematisch hingegen ist die Frage, ob der Geschäftsführer einer GmbH im Hinblick auf seine allgemeine Verantwortlichkeit für den



Geschäftsbetrieb des Unternehmens auch dann in Anspruch genommen werden kann, wenn er an der rechtsverletzenden Handlung nicht selbst teilgenommen hat. Dies wurde von der Rechtsprechung teilweise angenommen in Fallgestaltungen, in denen der Geschäftsführer um die Verstöße wusste, sie aber nicht unterband (vgl. etwa BGH, Urt. v. 09.06.2005 - I ZR 279/02 - NJW 2005, 3716, m.w.N.).

Mit der Besprechungsentscheidung findet nun eine gewisse Abkehr von dieser Rechtsprechung statt, wonach bereits die Kenntnis von Wettbewerbsverletzungen für eine persönliche Außenhaftung des Geschäftsführers genügen kann. Der BGH stellt klar, dass allein die Kenntnis des Geschäftsführers keine Erfolgsabwendungspflicht gegenüber Dritten begründen kann, vielmehr regelmäßig weitere Umstände hinzutreten müssen, um eine Garantenstellung gegenüber außenstehenden Dritten zu begründen.

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

Dem Urteil des BGH ist erhebliche Bedeutung beizumessen, auch über die Gesellschaftsform der GmbH hinaus. Hiernach haften Organe von (Kapital-)Gesellschaften nunmehr nur noch für Wettbewerbsverstöße, die sie selbst begangen oder zurechenbar veranlasst haben. Im Übrigen scheidet eine persönliche Haftung der Organe grundsätzlich aus, es sei denn, es wäre – ausnahmsweise – eine Erfolgsabwendungspflicht aufgrund besonderer Umstände anzunehmen.

## **4**

### **Zugriff der Finanzverwaltung auf Due Diligence Reporte und andere unternehmensinterne, entscheidungsvorbereitende Dokumente**

#### **Orientierungssätze:**

**1. Es bestehen ernstliche Zweifel daran, dass ein Vorlageersuchen, mit dem eine Holding-Gesellschaft zur Vorlage eines Due Diligence-Berichts aufgefordert wird, von § 200 Abs. 1 AO gedeckt ist.**

**2. Es erscheint zweifelhaft, ob ein Dokument stets insgesamt vorlagepflichtig ist, auch wenn nur eine einzige möglicherweise steuerlich relevante Aussage enthalten ist, und**

**ob stets das vollständige Originaldokument vorzulegen ist.**

**3. In Bezug auf "Urkunden besonderer Art" (hier: Due Diligence-Bericht) muss die Finanzverwaltung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stets eine Einzelfallabwägung vornehmen.**

Anmerkung zu FG Münster, Beschluss vom 18.08.2014, 6 V 1932/14 AO

von Dipl.-Kfm. Jochen König, RA, WP und StB, Müller-Gick-Krieger und Partner, Duisburg / Steffen Lunau, RA, Müller-Gick-Krieger und Partner, Duisburg

#### **A. Problemstellung**

In Zusammenhang mit Unternehmenskäufen und grundlegenden Umstrukturierungen werden üblicherweise Due Diligence Reporte (DD-Report), Fairness Opinions und Bewertungen von Unternehmen/Unternehmensteilen und/oder besonders wichtigen Vermögensgegenständen (Core Assets) durch externe Berater oder interne Spezialisten erstellt. Deren Ergebnis wird alsdann auf verschiedenen Projekt-, Vorstands- und ggfls. auch Aufsichtsratssitzungen diskutiert und diese Sitzungen werden auch meist protokolliert.

Bei der Erstellung der DD-Reporte, Bewertungsgutachten, Sitzungsprotokolle und Memos haben üblicherweise die Beteiligten nur das jeweilige Projekt vor Augen, nicht aber die nächste Betriebsprüfung seitens der Finanzverwaltung. Für den Betriebsprüfer sind die DD-Reporte, Fairness Opinions und ggfls. auch Protokolle interner Diskussionen aber durchaus hochinteressant. So liegt auf der Hand, dass der Betriebsprüfer gerne studieren würde, welche steuerlichen Fehlbehandlungen und Risiken der Erwerber im Rahmen der Due Diligence festgestellt und bewertet hat. Und zu erfahren, welche Werte für Unternehmensteile und Core Assets diskutiert und den Entscheidungen zugrunde gelegt wurden, ist für die Finanzverwaltung sowohl für die Aufteilung des Kaufpreises auf die Wirtschaftsgüter wie für die Bemessung der steuerlichen Abschreibungen von Interesse. Analoges gilt für etwaige Aktenvermerke, inwieweit Kaufpreise und parallel verhandelte Entgelte für andere Verträge steuerlich optimiert wurden.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Antragstellerin, eine Holding in der Rechtsform einer GmbH, hatte an ihren Alleingesellschafter Anteile an einer Beteiligungsgesellschaft veräußert. Der Betriebsprüfer hegte den Verdacht, der vereinbarte Kaufpreis sei zu niedrig gewesen und es läge eine verdeckte Gewinnausschüttung vor. Die vorgelegte Berechnung des Unternehmenswertes durch eine WP-Gesellschaft erschien ihm arg vereinfacht, Planzahlen seien nicht vorgelegt worden. Dies obwohl der Prüfer festgestellt hatte, dass eine detaillierte Unternehmensplanung einem anderen Vertrag der klagenden GmbH als Anlage beigelegt und in Zusammenhang mit diesem, allerdings etwas älteren Vertrag, auch ein DD-Report erstellt worden war. Dem Prüfer wurde jedoch weder diese Anlage zu dem älteren Vertrag noch der diesbezügliche DD-Report zugänglich gemacht, woraufhin er seine eigene Unternehmenswertberechnung anstellte. Diese fiel so ungünstig aus, dass sich die betroffene GmbH entschloss, doch noch den DD-Report vorzulegen, allerdings unter Abdeckung verschiedener Teile des Berichts. Daraufhin forderte die Betriebsprüfung durch Verwaltungsakt nach § 200 Abs. 1 Satz 2 AO die Vorlage eines vollständigen Originals des DD-Reports an; es stehe zu vermuten, dass die Passagen, die in der vorgelegten Kopie „geweißt“ worden seien, steuerungsrelevante Tatsachen enthalten. Für eine Vorlagepflicht des gesamten Berichts hält das antragsgegnerische Amt es unter Berufung auf eine ältere Entscheidung des Großen Senates des BFH für ausreichend, wenn der Bericht nur eine einzige möglicherweise steuerlich relevante Aussage enthalte. Der Steuerpflichtige habe nachzuweisen, dass das Dokument resp. die „geweißten“ Stellen unter keinem möglichen Gesichtspunkt von steuerlicher Bedeutung sei; dieser Nachweis sei nur durch die vollständige Vorlage des Originaldokumentes zu erbringen.

Die Steuerpflichtige vertritt die Auffassung, ihrer Mitwirkungspflicht genügt zu haben. Die „geweißten“ Passagen seien Beurteilungen, Würdigungen oder Ergebnisse von rechtlichen und wirtschaftlichen Prüfungen, welche für die Beurteilung des steuerlichen Sachverhalts keine Relevanz hätten. Insbesondere seien die dort wiedergegebenen Zahlen veraltet, eine zeitnahe, die aktuellen Erkenntnisse berücksichtigende Bewertung sei vorgelegt und erläutert wor-

den. Insgesamt sei ein DD-Report auch keine Primärquelle, sondern eine Aufstellung und Bewertung an anderer Stelle im Unternehmen vorhandener Dokumente; die Vorlagepflicht könne sich allenfalls auf diese Ursprungsdokumente beziehen. Sie legte entsprechend gegen die Anordnung der Vorlage des DD-Reports Rechtsbehelf ein und beantragte zugleich Aussetzung der Vollziehung. Über den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung entschied das FG Münster mit dem hier besprochenen Beschluss.

Sedes materiae sind § 200 Abs. 1 Satz 2 AO im Rahmen der Betriebsprüfung und § 97 AO im allgemeinen Besteuerungsverfahren. Im Steuerstrafverfahren sind diese Regeln wie andere Mitwirkungspflichten suspendiert. Nach den §§ 97 und 200 AO „hat“ der Steuerpflichtige Unterlagen und Dokumente „vorzulegen“, Einschränkungen der Vorlagepflicht enthält der Gesetzestext nicht. Die Besprechungsentscheidung verneint mit dem Großen Senat des BFH (Urt. v. 13.02.1968 - GrS 5/67) eine einschränkungsfreie Vorlagepflicht des Steuerpflichtigen und erteilt der weitergehenden anderen Auffassung des RFH und einer entsprechenden Auslegung des Einführungserlasses zur Abgabenordnung (AEAO) eine Absage. Die Finanzverwaltung habe vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob das Verlangen weiterer, möglicherweise steuerlich irrelevanter Dokumente noch verhältnismäßig sei.

Die Vorlagepflicht von DD-Reporten (bei Licht betrachtet dürfte bei der Besprechungsentscheidung kein DD-Report, sondern eine Fairness Opinion in Rede gestanden haben) erachtet das FG Münster unter verschiedenen Aspekten als zweifelhaft und gab daher dem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung statt. Die Entscheidung, wieweit diese Zweifel tragen, überließ das Finanzgericht jedoch dem Hauptsacheverfahren. Für den einstweiligen Rechtsschutz sei bereits ausreichend, dass das Finanzamt sein Ermessen nicht (erkennbar) ausgeübt habe. Eine Erörterung aller Fragen, die sich im Zusammenhang mit Vorlageverlangen bzgl. DD-Reporten und vergleichbaren Dokumenten stellen, würde den Rahmen einer Urteilsanmerkung sprengen.

Es geht im wesentlichen um einerseits die Frage, inwieweit Sekundärquellen wie DD-Reporte oder Protokolle von Vorstands- und Sitzungen anderer Gremien, die über Primärquellen

berichten und diese bewerten, der Vorlagepflicht unterliegen oder ob die Vorlagepflicht nur die Primärquellen betrifft („Misch-Dokumente“, die (möglicherweise) Tatsachen als auch in jedem Falle ihre Bewertung enthalten, werden in der steuerlichen Diskussion und der Besprechungsentscheidung als „Urkunden besonderer Art“ bezeichnet). Andererseits geht es um die noch weitgehend unklare Grenzziehung zwischen demjenigen Bereich eines Unternehmens, bzgl. dessen uneingeschränkt Auskünfte erteilt und Dokumente vorgelegt werden müssen, und seinem sog. „Binnenbereich“, in dem auch eine über keinen geschützten PRIVATbereich verfügende juristische Person rechtliche, steuerliche und betriebswirtschaftliche Erwägungen anstellen und intern kommunizieren kann, ohne dass ein Zugriffsrecht der Finanzverwaltung auf diesen Binnenbereich bestünde (vgl. insoweit statt aller Seer in: Tipke/Kruse, AO, § 200 Rn. 10, m.w.N.).

Klar sein dürfte insoweit nur, dass Sinn der Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen nicht sein kann, dem Betriebsprüfer Zugriff auf die „geistige Munitionskiste“ des Steuerpflichtigen, dessen Abwehrstrategie und dessen interne Einschätzung steuerlicher Risiken zu geben. Prozedural werden diese Fragen von einer weiteren Frage überlagert: Wer entscheidet, welche Tatsachen steuerrechtlich relevant sind (ohne steuerliche Relevanz ist ein Vorlageverlangen stets ermessensfehlerhaft), wer entscheidet, welche Urkunden/Urkundsteile nur Wertungen, keine Tatsachen enthalten (die Grenzen sind diesbezüglich fließend) und wer entscheidet, wo die Grenze zum geschützten „Binnenbereich“ beginnt? In allen drei Punkten kann es keine unüberprüfbare Entscheidung allein des Steuerpflichtigen sein, zumal dann, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Steuerpflichtige stärker von dem Motiv getrieben wird, Steuernachzahlungen zu vermeiden, als von dem Bestreben, lediglich für eine objektive steuerliche Beurteilung unerhebliche Fakten nicht offenlegen zu müssen. Es bedarf vielmehr einer Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen des Finanzamtes, wie schon der Große Senat des BFH (Urt. v. 13.02.1968 - GrS 5/67) festgestellt hatte; allein fehlt es ein wenig an in der Praxis trennscharf handhabbaren Kriterien für diese Ermessensausübung.

### C. Kontext der Entscheidung

Unternehmensentscheidungen, insbesondere wichtige Entscheidungen wie Unternehmenskäufe und tiefgreifende Umstrukturierungen, werden heute im Lichte der Business Judgment Rule, die als ungeschriebenes Recht nicht nur im Rahmen des § 93 Abs. 1 AktG, sondern für alle Gesellschaftsformen gilt, weitaus umfangreicher dokumentiert, als dies in den vergangenen Dekaden der Fall war. Im Sinne einer guten Corporate Governance ist dies zu begrüßen, führt aber dazu, dass Dokumente geschaffen werden (müssen), die Begehrlichkeiten bei der Finanzverwaltung wecken. Den Unternehmen ist naturgemäß daran gelegen, ihre Feststellungen, Bewertungen und Risikoeinschätzungen nicht vollständig der Finanzverwaltung offenbaren zu müssen (diese tut es umgekehrt ja auch nicht), sondern einen dem Zugriff der Finanzverwaltung entzogenen Binnenbereich zu wahren.

Das FG Münster hat sich bei seiner Entscheidung – zu Recht – an der Rechtsprechung des Großen Senats des BFH zur Vorlagepflicht von Aufsichtsrats- und Vorstandsprotokollen orientiert (Urt. v. 13.02.1968 - GrS 5/67). Eine Vorlagepflicht scheidet hiernach aus, wenn der Steuerpflichtige glaubhaft und glaubwürdig versichert, dass die Dokumente keine Beziehung zu steuerlichen Tatbeständen aufweisen. Auf die Frage, ob die betreffenden Dokumente nach den Vorschriften der AO aufbewahrungspflichtig sind, kommt es hingegen nicht an (so zu § 195 AO a.F. vgl. Großer Senat, Urt. v. 13.02.1968 - GrS 5/67 und wohl auch zur heutigen Rechtslage vgl. BFH, Urt. v. 24.06.2009 - VIII R 80/06). Damit unterfallen auch DD-Reports und andere interne Stellungnahmen und Protokolle sowie Vorstands- und Aufsichtsratsprotokolle grundsätzlich der Vorlagepflicht, weil nicht a limine gesagt werden kann, solche Dokumente enthielten keinerlei für die Besteuerung relevante Tatsachen. Vermutet die Finanzverwaltung berechtigt, dass ein Dokument steuerlich relevante Tatsachen enthält, hat sie nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, wie sie diese Vermutung verifiziert bzw. ausräumt. Die Besprechungsentscheidung legt die Hürden für eine Vorlagepflicht berechtigt umso höher, je dichter die Urkunden an den geschützten Binnenbereich der Steuerpflichtigen heranrücken und je mehr steuerrechtlich irrelevante Daten ein Dokument absehbar enthält.

## D. Auswirkungen für die Praxis

In Ermangelung einer höchstrichterlichen Entscheidung zu modernen Instrumenten des M&A-Geschäfts und der Corporate Governance wie u.a. DD-Reporte und Fairness Opinions, muss damit gerechnet werden, dass die Finanzverwaltung im Rahmen einer Außenprüfung die Vorlage von Due-Diligence-Berichten etc. fordert. Dieser Aspekt wird derzeit bei der Erstellung solcher Dokumente in aller Regel vernachlässigt, obwohl ihre Existenz für einen Betriebsprüfer häufig leicht anhand entsprechender Berater-Rechnungen in der Buchhaltung feststellbar ist.

Bei einem Unternehmenskauf befindet sich das geprüfte Unternehmen überdies in der Zwickmühle, dass in der Regel der Verkäufer für nach-erhobene Steuern haftet. Eine zu große Auskunftsfreude gegenüber der Finanzverwaltung führt damit absehbar zu Vorwürfen des Verkäufers, die Steuerpflichtige kooperiere über Gebühr stark mit der Finanzverwaltung; im Extremfall droht, dass der Verkäufer deshalb die Zahlung nacherhobener Steuern verweigert.

Das FG Münster fordert hierbei im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH von der Finanzverwaltung eine Interessenabwägung, bei der das berechtigte Informationsinteresse den schutzwürdigen Belangen des Unternehmens gegenüber gestellt werden muss. Unterbleibt diese Abwägung, liegt ein Fehler in der Ermessensausübung in der Form des Ermessens-Nicht-Gebrauchs vor. Hat die Finanzverwaltung ihr Ermessen ausgeübt, wenn auch nach Auffassung des Steuerpflichtigen fehlerhaft, wird es für ihn schwieriger. Die nächste „Rückzugs-Linie“, ein DD-Report sei keine Primärquelle, sondern berichte nur über anderweit im Unternehmen vorhandene Informationen, der Finanzverwaltung stünde nur ein Recht auf Vorlage der Primärquellen, nicht jedoch zusammenfassender Sekundärquellen zu, wird sich absehbar nicht halten lassen. Denn der Beweis, dass solche Berichte/Protokolle keine Primärinformation enthalten (z.B. die Wiedergabe nur mündlicher erteilter Informationen), lässt sich letztlich nur durch Vorlage der Unterlagen führen.

Den Erstellern eines DD-Reports oder vergleichbarer Dokumente kann daher bis auf weiteres nur in Anlehnung an die Erwägungen des Großen Senates angeraten werden, dem DD-

Report und vergleichbar sensiblen Dokumenten ein ausführliches Inhaltsverzeichnis voranzustellen und innerhalb der einzelnen Teile (zumindest der potentiell steuerlich relevanten Teile) möglichst sauber in einen Abschnitt 1 zu trennen, der lediglich Sachverhaltsfeststellungen trifft, und einen Abschnitt 2, der lediglich auf den Sachverhaltsfeststellungen beruhende Bewertungen und Risikoeinschätzungen enthält. Möglicherweise empfiehlt es sich sogar, dem Sachverhaltsteil eine Auflistung aller Dokumente voranzustellen, die dem Sachverhaltsteil zugrunde liegen. Eine solche Trennung erlaubt, die Finanzverwaltung vorrangig auf die aufgeführten Originaldokumente zu verweisen (Rückzugslinie 1) und bestenfalls den Teil herauszugeben, der die Sachverhaltsdarstellung umfasst (Rückzugslinie 2). Versichert der externe Berater, der den Bericht erstellt hat, dass in dem laut Inhaltsverzeichnis bewertenden Teil keine steuerrelevanten Fakten enthalten sind, die sich nicht bereits aus den aufgeführten Dokumenten bzw. dem Sachverhaltsteil ergeben, sollte damit in aller Regel abgewendet werden können, auch die Bewertung und vor allem die eigene Risikoeinschätzung einer steuerlich oder sonst unklaren Sach- oder Rechtslage herausgeben zu müssen.

## 5

### **Voraussetzung des Nachweises des Fortbestandes einer Registervollmacht bei Vorlage nur einer öffentlich beglaubigten Abschrift**

#### **Leitsatz:**

**Beim Nachweis der Erteilung einer Registervollmacht mittels beglaubigter Abschrift der öffentlich beglaubigten Vollmachtserklärung kann das Registergericht die Vorlage einer aktuellen Beglaubigung verlangen, wenn seit dem Zeitpunkt der Beglaubigung der Abschrift eine erhebliche Zwischenzeit vergangen ist.**

Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.11.2014, 11 Wx 61/14

von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

## A. Problemstellung

In der Praxis der Errichtung von gesellschaftsrechtlichen Urkunden und der Wahrung der dortigen Vorgänge im Handelsregister ist es weit verbreitet und im Ergebnis namentlich bei Unternehmenstruppen unerlässlich, dass die Beteiligten durch Bevollmächtigte handeln. Damit tritt beim Notar und gegenüber dem Registergericht gerade nicht der organschaftliche Vertreter einer Gesellschaft auf, der im Handelsregister als solcher eingetragen ist oder der ebenfalls aus dem Handelsregister ersichtliche Prokurist (soweit dieser im beschränkten Umfang Registeranmeldungen tätigen kann) – auf beide ist die Publizitätswirkung des § 15 HGB anwendbar –, sondern auch gewillkürte Vertreter außerhalb des Handelsregisters aufgrund Vertretungsmacht nach den §§ 167 ff. BGB und mit entsprechender Vollmachtsurkunde. Ein Standardproblem dabei ist die Frage, ob bzw. inwieweit die Vertretungsmacht noch besteht, ob also eine einmal erteilte Dauervollmacht noch Wirkungen entfaltet. Dabei helfen die §§ 171 Abs. 2, 172 Abs. 2, 173 BGB, die den gutgläubigen Geschäftsverkehr gegen die Folgen des Erlöschens der Vertretungsmacht schützen, die auf schriftlich erteilter Vollmacht beruht, nur bedingt weiter.

Zum einen bedarf jedes Rechtsgeschäft, das der Bevollmächtigte tätigt oder jede rechtsgeschäftsähnliche Handlung bzw. jede Verfahrenshandlung, die der Bevollmächtigte vornimmt, materiell-rechtlich der Vorlage der Originalvollmacht, der „Urschrift“, damit der Vertrauensschutz bzw. Rechtsschein der zitierten Normen des BGB greift. Zum anderen ist aber die Verwendung von notariell beglaubigten Abschriften nicht nur praxisingerecht und gesetzeskonform, sondern im Rahmen der heutigen elektronischen Anmeldungen (vgl. § 12 Abs. 2 HGB; seit dem EHUG im Jahr 2007) ist es darüber hinaus auch nicht mehr möglich, dem Registergericht mit der Anmeldung eine beglaubigte Vollmacht der Urkunde physisch zuzuleiten, sondern nur noch ein gescanntes reproduzierbares Dokument (vgl. dazu Jeep/Wiedemann, NJW 2007, 2439, 2445, Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 12 Rn. 7, m.w.N.), das nicht den materiellen Anforderungen des BGB entspricht. Es kann daher bei weiteren Anmeldungen nicht mehr auf eine dem Gericht vorliegende beglaubigte Urschrift (§ 12 Abs. 1, Sätze 1, 2 HGB) verwiesen werden (vgl. hierzu Jeep/

Wiedemann, NJW 2007, 2439). Ein weiteres Problem entsteht daraus, wenn die beglaubigte Abschrift der Vollmacht selbst nicht einmal aktuell ist, sondern älteren Datums, da dann das Risiko, dass die Vollmacht erloschen ist, nach der Lebenserfahrung größer wird.

Mit dieser Thematik, der Akzeptanz einer älteren Vollmacht (in Gestalt ihrer beglaubigten Abschrift) im Registerverfahren, einem „Klassiker“ des Registerrechts, hatte sich das OLG Karlsruhe auseinandersetzen. Das Registergericht befindet sich daher in einem Spannungsverhältnis, da es natürlich nur eintragen kann, wenn die Vertretungsmacht zuverlässig nachgewiesen ist.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

### I. Sachverhalt, erstinstanzliche Entscheidung

Eine im Handelsregister A des AG Mannheim/Registergericht eingetragene „[GmbH] & Compagnie Kommanditgesellschaft“ meldete am 09.07.2013 in notarieller Urkunde neue Kommanditisten zum Handelsregister ebenso an wie die „Sonderrechtsnachfolge“ bei einem der bisherigen Kommanditisten. Die Anmeldung erfolgte durch einen Herrn „H.M.“. Dieser handelte nach dem Inhalt der Urkunde aufgrund entsprechender Vollmachten für sämtliche Gesellschafter der betroffenen KG; Handelsregistervollmachten lagen danach dem Handelsregister vor, auf die dortigen Akten wird in der Urkunde verwiesen (gemeint waren offenbar ältere Anmeldungen vor dem EHUG mit physischer Vorlage der Unterlagen). Soweit dem Register Vollmachten nicht vorliegen würden, seien Originale der Vollmachten oder beglaubigte Abschriften (der Anmeldung) beigefügt. Würden beglaubigte Abschriften verwendet, habe die Urschrift der Vollmacht bei ihrer Unterzeichnung vorgelegen (und aufgrund dessen sei die Beglaubigung der Unterschrift erfolgt). Die Unterschrift von Herrn H.M. auf der Anmeldung vom 09.07.2013 ist beglaubigt, nach der beigefügten beglaubigten Abschrift einer Registervollmacht zu seinen Gunsten war er zu Registeranmeldungen auch von der KG, der Antragstellerin im vorliegenden Registerverfahren, bevollmächtigt. Allerdings waren die verwendeten Vollmachten zwischen „40 und acht Jahren“ alt, die beglaubigten Abschriften derselben ebenso. Die Vollmachten waren zudem nicht unwi-

derrufflich ausgestaltet. Hinzu kam, dass „Originalvollmachten“ verschiedener Gesellschafter (vgl. Besprechungsentscheidung Rn. 13) beim Registergericht entgegen dem Vortrag der Antragstellerin im Registerverfahren nicht vorgefunden wurden.

Das AG Mannheim/Registergericht beanstandete bei der gegebenen Sachlage durch Zwischenverfügung, die Vollmachten der Beteiligten zugunsten der Antragstellerin seien unzureichend; es fehle auch an einer „Fortbestandsvermutung“. Daher forderte das Amtsgericht die Vorlage der Originalvollmachten bzw. aktueller beglaubigter Abschriften. Gegen diese Verfügung erhob die Antragstellerin Beschwerde, der das Registergericht nicht abgeholfen und dem OLG Karlsruhe als Beschwerdegericht in Registersachen (§§ 382 Abs. 4 Satz 2, 58 Abs. 1 FamFG, §§ 23a Abs. 2 Nr. 3, 119 Abs. 1 Nr. 1b) VVG) vorgelegt hat.

## II. Ergebnis der Beschwerde und Begründung der Entscheidung

1. Die Beschwerde hatte keinen Erfolg, das Registergericht kann die geforderten Unterlagen verlangen. Aus dem Blick des OLG Karlsruhe gilt das auch dann, wenn dem Registergericht beglaubigte Vollmachten vorliegen sollten.

2. Die Registeranmeldung könne zwar durch einen Vertreter erfolgen, dies in der Form der öffentlichen Beglaubigung gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB, so dass die §§ 129 BGB, 39f BeurkG (über die notarielle Beglaubigung in dergleichen Fällen) zu beachten seien. Zivilrechtlich sei für das Bestehen der Vollmacht der Zeitpunkt der Anmeldung maßgeblich.

3. Der Nachweis der ordnungsgemäßen Vertretung aufgrund (Dauer-)Vollmacht bestehe aus zwei Teilelementen. Zum einen müsse nachgewiesen werden, dass sie überhaupt erteilt worden sei. Das weitere Element sei der Nachweis, dass die Vollmacht zum Zeitpunkt der Ausübung der mit ihr verbundenen Befugnisse nicht erloschen sei. Nur der Nachweis der Erteilung der Vollmacht könne (auch) durch eine beglaubigte Abschrift derselben geführt werden.

4. Der Nachweis der Fortexistenz ist aus Sicht des OLG Karlsruhe nicht so einfach. Das Registergericht habe hier eine Amtsermittlungspflicht. Beglaubigte Abschriften hinderten den

Vollmachtgeber nicht daran, die (widerrufliche) Vollmacht zu widerrufen, die Urkunde vom Vollmachtnehmer herauszuverlangen (vgl. § 175 BGB) und damit den „Rechtsschein des § 172 Abs. 2 BGB“ zu zerstören. Die bloße abstrakte Möglichkeit des Erlöschens der Vollmacht reiche allerdings im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht aus, um Zweifel am Fortbestand der Vollmacht zu hegen, hierfür bedürfe es eines „begründeten Anlasses“.

Einen solchen Anlass bejaht das OLG Karlsruhe dann, wenn „ein allzu langer Zeitraum“ zwischen der Erteilung der Vollmacht und ihrer Verwendung unter Nutzung beglaubigter Abschriften verstrichen ist. Nur in diesem Falle müsse das Registergericht Nachforschungen anstellen. Ansonsten genügt der Nachweis der Vollmachtserteilung, also des ersten Teilelements. Vorliegend sei aber eben gerade mehr als ein „nicht allzu langer Zeitraum“ verstrichen, nämlich zwischen 40 und acht Jahren (!) seit der Vollmachtserteilung (Besprechungsentscheidung Rn. 12 a.E.). Auch die bestehenden beglaubigten Abschriften seien genauso alt. Ferner seien die Vollmachten nicht unwiderruflich gewesen. Das OLG Karlsruhe verweist abschließend auf Lösungsvorschläge in der Literatur zu „Dauervollmachten“, deren Nachweis durch das an die Stelle des früheren Registeranmeldeverfahrens in Papierform mit Originalunterlagen getretenen elektronischen Anmeldeverfahrens (vgl. § 12 Abs. 2 HGB) problematischer geworden ist (zutreffend hierzu Jeep/Wiedemann, NJW 2007, 2439, 2445; in Besprechungsentscheidung in Rn. 14 erwähnt).

## C. Kontext der Entscheidung

### I. Nachweis der Fortexistenz einer Vollmacht

1. Dreh- und Angelpunkt der vorliegenden Problematik ist die bürgerlich-rechtliche Vorschrift des § 172 BGB, nach dessen Abs. 2 die Vollmacht gegenüber dem gutgläubigen Geschäftspartner auch nach ihrem Erlöschen solange als wirksam behandelt wird, solange sie nicht zurückgegeben oder für kraftlos erklärt ist, vgl. § 173 BGB. Es handelt sich dabei um einen Fall der Rechtsscheinhaftung (Ellenberger in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 170 Rn. 1; Frensch in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 171 Rn. 1, § 172 Rn. 6).

2. Die Vollmacht erlischt nach § 168 BGB mit dem Rechtsverhältnis, das ihrer Erteilung zugrunde gelegen hat (z.B. ein Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag, aber auch andere Rechtsverhältnisse), § 168 Satz 1 BGB. Sie ist aber unabhängig von dessen Fortbestand widerruflich, sofern nicht ausnahmsweise ihre Unwiderruflichkeit vereinbart ist. Die Möglichkeit der Vereinbarung der Unwiderruflichkeit zwischen Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer ist seit langem anerkannt, soweit es sich nicht um eine Generalvollmacht handelt bzw. eine sog. „isolierte Vollmacht“ ohne weiteres Rechtsverhältnis der Beteiligten untereinander oder um eine allein im Interesse des Vollmachtgebers erteilte Vollmacht (vgl. dazu Ellenberger in: Palandt, BGB, § 168 Rn. 6, m.w.N.).

3. § 172 Abs. 1 BGB ist in Fällen wie hier eine entscheidende Klippe, denn der Vertrauensschutz des Geschäftsverkehrs (gestützt auf § 15 HGB), der bei der Handelsregistervollmacht weite Kreise zieht und viele zum Zeitpunkt der Registeranmeldung noch nicht einmal bekannte Beteiligte betreffen kann (man denke an die Anmeldung eines neuen Geschäftsführers einer Gesellschaft, an diejenige des Eintritts neuer Kommanditisten mit einer Hafteinlage in die KG oder an umwandlungsrechtliche Rechtsakte), bedarf der Vorlage der Vollmachtsurkunde im Original. Eine Ausfertigung im Durchschreiberverfahren genügt (wenn nicht nur Abschrift), eine (sogar notariell) beglaubigte Abschrift oder eine Fotokopie hingegen nicht. Hinreichend ist aber die Bezugnahme auf eine vom Urkundsnotar „selbst beurkundete und bei ihm jederzeit zugängliche Vollmacht“ (Ellenberger in: Palandt, BGB, § 172 Rn. 3, m.w.N., unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 20.12.1979 - VII ZR 77/78 - BGHZ 76, 79; s. auch BGH, Urt. v. 15.10.1987 - III ZR 235/86 - BGHZ 102, 60, 64 f.). Die Registervollmacht betrifft das Registerverfahren, dennoch ist auch dort § 172 BGB anwendbar; sie ist also anders zu beurteilen als die Prozessvollmacht nach den §§ 78 ff. ZPO, bei der § 172 BGB nicht heranzuziehen ist (Ellenberger in: Palandt, BGB, § 172 Rn. 1, m.w.N.; BGH, Urt. v. 26.03.2003 - IV ZR 222/02 - NJW 2003, 1594, 1595).

## II. Registerverfahren und Vollmacht

1. Die Registeranmeldung kann aufgrund einer Vollmacht erfolgen, wie aus § 12 Abs. 1 Satz 2

HGB ohne weiteres hervorgeht (vgl. auch OLG Frankfurt, Beschl. v. 16.04.2013 - 20 W 494/11 Rn. 15 ff.). Die Vollmacht, die zur Anmeldung befugt, muss öffentlich beglaubigt sein. Seit dem 01.09.2013 kann an die Stelle der Übersendung der Vollmacht die Notarbescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO treten. Damit werden dem Notar in gewisser Weise Risiken des Bestehens oder Fortbestehens der Vollmacht auferlegt, denn er muss sich über deren Existenz durch „Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde [vergewissern]“ und er muss angeben, wann und in welcher Form die Urkunde dem Notar vorgelegen hat.

2. Kernthema bleibt also auch hier und auch bei der elektronischen Anmeldung oder der elektronischen Beglaubigung (vgl. die §§ 39, 39a, 40 BeurkG) die Frage der Fortexistenz der einmal erteilten Vollmacht, die eben nicht an deren Form oder Beglaubigung bzw. an der in praxi meist völlig irrelevanten Frage nach der Echtheit hängt, sondern an der weitergehenden des Erlöschens der Vollmacht und der Aufrechterhaltung des Rechtsscheins derselben, der nur durch Vorlage der Urschrift gegenüber der zuständigen Stelle gewahrt bleibt.

3. § 21 BNotO hilft diesem Problem nicht ab, wenn sich der Notar nach dem Wortlaut der Norm auf die Einsichtnahme in eine beglaubigte Abschrift begnügen würde; vielmehr ist die Vorschrift (jedenfalls teleologisch reduziert) im Zusammenhang mit den obigen materiell-rechtlichen Vorschriften über die Vollmacht zu lesen. § 21 Abs. 3 Satz 2 BNotO ermöglicht den Registergerichten die Prüfung, ob die materiellen Voraussetzungen bejaht werden können. Die Registergerichte bzw. die dazu ergangene Judikatur behelfen sich mit einer praxisnahen Lösung: Einmal wird der Amtsermittlungsgrundsatz genutzt, um Anforderungen an die Beteiligten zu richten. Ferner geht man davon aus, vom Fortbestand der Vollmacht dürfe im Allgemeinen nur dann ausgegangen werden, wenn zeitnahe beglaubigte Abschriften vorgelegt würden (Besprechungsentscheidung Ls. und Rn. 11, 12, m.w.N. sowie u.a. Hinweis auf BayObLG, Beschl. v. 25.03.1975 - BReg 2 Z 10/75 - BayObLGZ 1975, 137, 140 f. = WM 1975, 1193).

Das OLG Karlsruhe beschreibt die Problematik anschaulich, wenn es feststellt, der „Ablauf einer erheblichen Zwischenzeit [sei] An-

lass für weitere Nachforschungen“ (des Registergerichts) (Rn. 12). Das BayObLG hat in der zitierten schon 40 Jahre alten Entscheidung gefordert, der Nachweis der Fortexistenz der Registervollmacht müsse bei (dem Registergericht gegenüber vorliegenden) beglaubigten Abschriften nur dann geführt werden, wenn Anhaltspunkte bestünden, dass die dort im Fokus stehenden unwiderruflichen Vollmachten von Kommanditisten aus wichtigem Grund widerrufen worden seien. Umgekehrt besteht aus dem Blick der Besprechungsentscheidung dann, wenn die beglaubigte Abschrift bei widerrieflichen Vollmachten nicht aktuell ist, Anlass zu weiteren Ermittlungen. In dem Fall des Handelsregisters in Mannheim waren die Abschriften ebenso alt wie die Vollmachten, die jüngsten acht Jahre, die ältesten 40 Jahre. Damit hat das Registergericht zu Recht weitere Nachforschungen angestellt, das OLG Karlsruhe hat unter praktischem Gesichtspunkt völlig richtig entschieden.

4. Das dogmatische Problem, welches das bürgerliche Recht aufwirft, ist damit freilich nicht zuverlässig gelöst. Es ist daher sachgerecht, wenn das OLG Karlsruhe zwischen dem Nachweis der Erteilung der Vertretungsmacht und deren Fortbestand unterscheidet; für den ersten Nachweis genügt auch die „ältere“ beglaubigte Abschrift, nicht jedoch für den letzteren Nachweis.

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

##### **I. Erfordernis der Vermeidung des Risikos verzögerter Registereintragung**

Aufgrund der Tragweite der Registereintragung sowie im Hinblick auf etwaige Eilbedürftigkeit der Eintragung, aus welchen rechtlichen Gründen und mit welchem ökonomischen Hintergrund auch immer Eile bestehen mag, sollten letzten Endes technische Fragen wie der Nachweis der Fortexistenz einer Registervollmacht in der Praxis tunlichst vermieden werden und erst gar nicht auftreten.

##### **II. Vorgehensweise zur Risikominderung**

Dazu gehört, dass die handelnden Personen zu einer Beurkundung oder Beglaubigung stets das Original ihrer Vollmacht mitbringen und dem Notar vorlegen, soweit sie nicht dort verwahrt werden, was nicht zwingend ist. Aus

dem Blick einer participationsabteilung einer Unternehmensgruppe mit Registervollmachten für mehrere Personen erscheint die Hinterlegung bei einem Notar ggf. gar inpraktikabel, da man ggf. bundesweit und bei mehreren Registergerichten tätig wird. Der Notar kann die Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO ausstellen, wobei eben die nach dem dortigen Wortlaut vorgesehene Möglichkeit, sich z.B. über die Fortexistenz durch Einsicht in die beglaubigte Abschrift der Urschrift zu vergewissern, gerade nicht ausreicht. In diesem Falle hilft die von Jeep/Wiedemann (NJW 2007, 2439, 2445) vorgeschlagene Lösung bzw. eine Erwägung in Anlehnung daran weiter: Wenn der Notar bescheinigt, ihm habe die Urschrift bei der Anmeldung vorgelegen bzw. sie werde bei ihm (unverändert) verwahrt (Amonn in: Heidel/Schall, HGB, 2011, § 12 Rn. 32, m.w.N.), ist das Erfordernis des materiellen Rechts gewahrt. Die frühere Lösung des Vorliegens von Urschriften beim Registergericht ist mit der elektronischen Anmeldung und Registerführung wie erwähnt weggefallen. Notar bzw. Registergericht sind „Dritter“ i.S.d. § 172 Abs. 1 BGB.

##### **III. Wann ist die beglaubigte Abschrift noch aktuell, Gegenmeinung zu OLG Karlsruhe?**

1. Leider hat das OLG Karlsruhe keinen weitergehenden praktischen Hinweis als Orientierungshilfe gegeben, wann die beglaubigte Abschrift nicht mehr aktuell ist; bei acht Jahren konnte man davon jedenfalls nicht mehr sprechen. Aufgrund der hier mehrfach erwähnten dogmatischen Strukturen gibt es auch keinen dem Gesetz zu entnehmenden Zeitraum, so dass die Rechtssicherheit nicht sehr groß ist, aus welchem Grunde so vorgegangen werden sollte wie oben unter D.I. dargetan. Nach der hier vertretenen Meinung spricht allerdings vieles dafür, den fehlenden Charakter einer Beglaubigung als „aktuell“ anzunehmen, wenn sie älter als wenige Wochen ist; eine freilich ganz subjektive Sicht der Dinge.

2. Die Bundesnotarkammer/Notarnetz vertreten in einer (wohl älteren) Verlautbarung allerdings vor der Besprechungsentscheidung und in der Sache abweichend vom OLG Karlsruhe die Meinung, generell könne keine zeitnahe beglaubigte Abschrift von den Registergerichten gefordert werden (vgl. BNotk, Notarnetz: Elektronischer Rechtsverkehr im No-



tariat, Vollmachtsnachweis bei Anmeldungen zu Publikumspersonengesellschaften, abrufbar unter: [http://www.elrv.info/de/elektronischer-rechtsverkehr/praxisfragen-elrv.php?we\\_objectID=192](http://www.elrv.info/de/elektronischer-rechtsverkehr/praxisfragen-elrv.php?we_objectID=192), abgerufen am 08.01.2015). Man müsse die materiell-rechtliche Seite des § 172 BGB und das Registerverfahrensrecht auseinanderhalten. § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB fordere keine zeitnahe Beglaubigung, auch die nicht zeitnahe elektronische beglaubigte Abschrift sei eine öffentliche Urkunde. Dieser Auffassung ist aus den obigen Gründen der Besprechungsentcheidung nicht zu folgen.