

## 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:  
09.04.2014

Erscheinungsweise:  
vierzehntäglich

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

### 6/2014

#### Inhaltsübersicht:

#### AUFSÄTZE

Anm. 1

#### **Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Unwirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln**

BGH, Urt. v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11

von Klaus Gresbrand, RA, Raupach & Wollert-Elmendorff, Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf

Anm. 2

#### **Einstweiliger Rechtsschutz in grenzüberschreitenden Fällen am Beispiel des Vereinigten Königreichs (Teil 2)**

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte, Düsseldorf, Cecilia Grattoni, Trainee Solicitor, PLEXUS Law, London, Vereinigtes Königreich

#### ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Anm. 3

#### **Grenzüberschreitender Formwechsel einer Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung von Luxemburg in Bundesrepublik Deutschland zulässig**

Anmerkung zu OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.06.2013, 12 W 520/13  
von Hans-Jörg Wittmann, RA, Steuerberater und Partner, ADVISES Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Düsseldorf / Ines Molitor, M.A., Wissenschaftliche Mitarbeiterin

Anm. 4

#### **Zur Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift einer GmbH durch einen Handlungsbevollmächtigten i.S.d. § 54 HGB**

Anmerkung zu KG Berlin, Beschluss vom 20.09.2013, 12 W 40/13  
von Prof. Dr. Carsten Kunkel, Technische Hochschule Wildau (FH)

**Zitiervorschlag:** Gresbrand, AnwZert HaGesR 6/2014 Anm. 1  
**ISSN 1869-1331**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 09.10.2013, I ZR 115/12

von Dr. Kirsten Thiergart, RA'in, KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln

**Zitiervorschlag:** Gresbrand, AnwZert HaGesR 6/2014 Anm. 1

**ISSN 1869-1331**

## AUFSÄTZE

1

### Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Unwirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln

BGH, Urt. v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11

von Klaus Gresbrand, RA, Raupach & Wollert-Elmendorff, Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf

#### A. Einleitung

Mit seinem Urteil vom 15.11.2012<sup>1</sup> hat der BGH entschieden, dass Lösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, die an die Zahlungseinstellung, den Insolvenzantrag oder die Insolvenzeröffnung anknüpfen, gemäß § 119 InsO unwirksam sein können. Dieser Beitrag fasst die Entscheidung sowie die wesentlichen Erwägungen des BGH zusammen und untersucht ihre Konsequenzen für die Vertragspraxis. Dabei soll insbesondere die Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf Gesellschaftsverträge und Unternehmensverträge i.S.d. § 291 Abs. 1 AktG näher beleuchtet werden.

#### B. Die Rechtslage

##### I. Die Entscheidung des BGH vom 15.11.2012<sup>2</sup>

###### 1. Sachverhalt

Die Klägerin, ein Energieversorgungsunternehmen, machte gegen den Insolvenzverwalter ihres Vertragspartners (der Schuldnerin) einen Entgeltanspruch aus einem Energieliefervertrag geltend. Der ursprüngliche Vertrag enthielt eine insolvenzabhängige Lösungsklausel, nach der der Vertrag bei Stellung des Insolvenzantrages über das Vermögen der Schuldnerin automatisch endet.

Die Klausel lautete im Wortlaut: „Der Vertrag endet auch ohne Kündigung automatisch, wenn der Kunde einen Insolvenzantrag stellt oder aufgrund eines Gläubigerantrags das vorläufige Insolvenzverfahren eingeleitet oder eröffnet wird.“ Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin offerierte die Klägerin dem In-

solvenzverwalter den Abschluss eines neuen Energieliefervertrages, den die Insolvenzverwaltung unter Vorbehalt der Prüfung der Rechtslage annahm.

Der eingeklagten Entgeltforderung aus dem neuen Vertrag hält der Insolvenzverwalter nun entgegen, dass die insolvenzabhängige Lösungsklausel im ursprünglichen Vertragswerk unwirksam sei und sich der Entgeltanspruch daher nach den – wirtschaftlich günstigeren – Konditionen des ursprünglichen Vertrages bemesse.

#### 2. Entscheidung

Das LG Hannover gab der Klage statt, die Berufung vor dem OLG Celle blieb ohne Erfolg<sup>3</sup>. In der Revision bestätigte der BGH hingegen die Rechtsauffassung des Insolvenzverwalters.

Der BGH entschied, dass insolvenzabhängige Lösungsklauseln im Rahmen von Waren- und Energielieferverträgen gemäß § 119 InsO unwirksam sind, wenn sie im Voraus die Anwendung des § 103 InsO ausschließen und nicht einer spezialgesetzlich vorgesehenen Lösungsmöglichkeit entsprechen.

Insolvenzabhängige Lösungsklauseln definiert der BGH als Klauseln, die den Parteien, anknüpfend an insolvenzspezifische Umstände (Zahlungseinstellung, Stellung des Insolvenzantrages oder Eröffnung des Insolvenzverfahrens) ein Lösungsrecht vom Vertrag einräumen. Eine insolvenzabhängige Lösungsklausel sei auch dann gegeben, wenn der Vertrag, wie im vorliegenden Fall, unter der auflösenden Bedingung des Eintritts dieser insolvenzbezogenen Umstände stehe.

Zweck des Erfüllungswahlrechts nach § 103 InsO sei der Schutz der Insolvenzmasse. Diese Zielsetzung könne vereitelt werden, wenn sich ein Vertragspartner nach seinem Belieben von einem für die Masse günstigen Vertrag lösen könne. Die Option, Verträge über die fortlaufende Lieferung von Waren und Energie zu gleichen Bedingungen fortführen zu können, erleichtere die Betriebsfortführung und habe damit einen sanierungsfreundlichen Effekt.

## II. Konsequenzen aus der Entscheidung

Der BGH hat mit seiner Entscheidung einen jahrelangen Meinungsstreit, der bereits unter der Geltung der Konkursordnung geführt wurde, erstmals höchstrichterlich geklärt<sup>4</sup>. Vor dem Hintergrund, dass insolvenzabhängige Lösungsklauseln in der kautelarjuristischen Praxis bisher eine große Rolle spielten, kann davon ausgegangen werden, dass eine nicht unwesentliche Zahl von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln in Verträgen infolge des BGH-Urteils unwirksam ist – mit potenziellen Auswirkungen auf die Wirksamkeit des betreffenden Vertrags insgesamt, vgl. § 139 BGB.

Die Aussagekraft des Urteils beschränkt sich voraussichtlich auch nicht nur auf Verträge, die die Lieferung von Waren oder Energie zum Gegenstand haben. Die Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf andere Dauerschuldverhältnisse ist jedenfalls wahrscheinlich, da sich der BGH bei seiner Argumentation nicht von Besonderheiten des Rechts der Waren- oder Energielieferträge leiten lässt, sondern vielmehr allgemeine insolvenzrechtliche Erwägungen ins Feld führt<sup>5</sup>.

Im Folgenden sollen daher die Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf zwei in der Praxis besonders bedeutsame gesellschaftsrechtliche Themengebiete untersucht werden: Gesellschafts- und Unternehmensverträge.

### 1. Keine Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf Gesellschaftsverträge

In Gesellschaftsverträgen finden sich häufig Klauseln, die die Einziehung der Geschäftsanteile unter bestimmten Voraussetzungen ermöglichen. Gemäß § 34 Abs. 2 GmbHG darf die Zwangseinziehung eines Geschäftsanteils nur dann erfolgen, wenn die Voraussetzungen, unter denen die Einziehung möglich sein soll, bereits bei Erwerb des Geschäftsanteils hinreichend bestimmt im Gesellschaftsvertrag festgeschrieben sind. Als Einziehungsgrund wird häufig insbesondere die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines der Gesellschafter vereinbart. In Anbetracht der aktuellen Rechtsprechung ist fraglich, ob solche Klauseln weiterhin Gültigkeit beanspruchen können.

§ 103 InsO setzt das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages voraus. Hierunter sind sogenannte vollkommen zweiseitige Verträge zu verste-

hen, bei denen die Leistung um der Gegenleistung willen (d.h. als „Entgelt“) erbracht wird. Gesellschaftsverträge unterfallen dem nach allgemeiner Ansicht nicht<sup>6</sup>. Die Leistungspflichten der Gesellschafter stehen nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis zueinander, sodass bereits der Anwendungsbereich des § 103 InsO nicht eröffnet ist. Daher ist die vom BGH gefürchtete Umgehung des § 103 InsO in dieser Konstellation von vornherein ausgeschlossen. Darüber hinaus werde mit solchen Klauseln ein anerkanntes und legitimes Interesse verfolgt, nämlich der Schutz der Gesellschaft vor dem Zugriff Dritter. Im Falle der Insolvenz eines Gesellschafters fällt dessen Geschäftsanteil in die Insolvenzmasse.

Der Insolvenzverwalter ist gemäß § 159 InsO berechtigt, den Anteil zu veräußern oder versteigern zu lassen. Die vorherige Einziehung des Geschäftsanteils ist damit die einzige Möglichkeit, einem Zugriff Dritter auf die Gesellschaft vorzubeugen.

Die Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln lässt sich somit nicht auf Gesellschaftsverträge übertragen.

### 2. Keine Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf Unternehmensverträge

Konzernstrukturen sind häufig dadurch geprägt, dass zwischen den einzelnen Gesellschaften Unternehmensverträge i.S.d. § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG, namentlich Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge, vereinbart werden. Angesichts der aktuellen Rechtsprechung des BGH stellt sich die Frage, ob auch im Rahmen von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen insolvenzabhängige Lösungsklauseln für den Fall der Insolvenz des herrschenden Unternehmens wirksam vereinbart werden können.

Eine Parallele zu den vom BGH ausdrücklich behandelten Waren- und Energielieferverträgen besteht insoweit, als dass auch Unternehmensverträge gemäß § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG ein Dauerschuldverhältnis zwischen dem herrschenden und dem abhängigen Unternehmen begründen. Das herrschende Unternehmen übernimmt dabei die Leitung des abhängigen Unternehmens und verpflichtet sich insbesondere, dessen Verluste gemäß § 302 AktG auszugleichen. Im Gegenzug verpflichtet sich das abhängige Unternehmen, seinen

ganzen Gewinn an das herrschende Unternehmen abzuführen<sup>7</sup>.

Fraglich ist jedoch bereits, ob Unternehmensverträge gemäß § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 103 AktG unterfallen.

Oberflächlich betrachtet könnte man die erforderliche synallagmatische Verknüpfung der Hauptleistungspflichten in dem Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Gewinnabführung und Verlustübernahme nach § 302 AktG festmachen. In der Literatur wird daher teilweise die Anwendbarkeit von § 103 InsO auf Unternehmensverträge bejaht<sup>8</sup>. Die Reduktion auf ein schuldrechtliches Austauschverhältnis würde der besonderen Rechtsnatur der Unternehmensverträge als gesellschaftsrechtliche Organisationsverträge allerdings nicht gerecht. Diese greifen tief in die gesellschaftsrechtliche Struktur des abhängigen Unternehmens ein und gehen über reine Austauschverhältnisse hinaus<sup>9</sup>.

Ein weiteres Argument gegen die Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BGH zu insolvenzabhängigen Lösungsklauseln besteht darin, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der herrschenden Gesellschaft nach überwiegender Ansicht die automatische Beendigung der Unternehmensverträge ipso iure zur Folge hat<sup>10</sup>. Ferner ist mit der wohl herrschenden Auffassung davon auszugehen, dass bereits bei Stellung des Insolvenzantrages des herrschenden Unternehmens ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung des Unternehmensvertrages nach § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG vorliegt<sup>11</sup>. Eine vertraglich vereinbarte insolvenzabhängige Lösungsklausel würde im Ergebnis nicht anders wirken als das bereits aus § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG erwachsende Kündigungsrecht; im Falle automatischer Lösungsklauseln in der Form einer aufschiebend bedingten Erklärung der außerordentlichen Kündigung im Insolvenzfall. Dies spricht dafür, dass insolvenzabhängige Lösungsklauseln in Unternehmensverträgen unter die vom BGH als zulässig erklärte Gruppe von Vertragsklauseln fallen, die einer bereits spezialgesetzlich vorgesehenen Lösungsmöglichkeit entsprechen.

Im Ergebnis sprechen damit die besseren Gründe dafür, dass die Rechtsprechung des BGH zu insolvenzabhängigen Lösungsklauseln auf Unter-

nehmensverträge i.S.d. § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht anzuwenden ist.

### C. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BGH wird vielfältige Auswirkungen auf die Praxis der Vertragsgestaltung haben.

Die Entscheidung des BGH betrifft nur die Unwirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln, also vertraglicher Bestimmungen, die den Parteien für den Fall der Insolvenz das Recht einräumen, sich vom Vertrag zu lösen. Von der Entscheidung des BGH unberührt ist die Wirksamkeit insolvenzunabhängiger Lösungsklauseln, die an nicht insolvenzspezifische Umstände wie Verzug oder sonstige Vertragsverletzungen anknüpfen<sup>12</sup>. Diese dürften durch die Entscheidung des BGH weiter an Bedeutung gewonnen haben.

Auch die Wirksamkeit von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln, die einer spezialgesetzlich vorgesehenen Lösungsmöglichkeit entsprechen, bleibt von der Entscheidung des BGH unberührt.

Für die Frage der Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BGH auf andere Dauerschuldverhältnisse als Energie- oder Warenlieferverträge wird es entscheidend darauf ankommen, ob ein synallagmatisches Schuldverhältnis vorliegt und die Gefahr einer Umgehung des § 103 InsO besteht.

Da die Entscheidung des BGH nicht nur für zukünftige Verträge, sondern auch für bereits bestehende Vertragsbeziehungen Geltung beansprucht, ist im Zweifel eine rechtliche Überprüfung wichtiger Dauerschuldverhältnisse empfehlenswert.

### D. Literaturempfehlungen

von Wilmowsky, Lösungsklauseln für den Insolvenzfall – Wirksamkeit, Anfechtbarkeit, Reform, ZIP 2007, 553.

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11.

<sup>3</sup> OLG Celle, Urt. v. 27.10.2011 - 13 U 53/11.

<sup>4</sup> Für die Wirksamkeit vertraglich vereinbarter Lösungsklauseln bisher OLG München,

Urt. v. 26.04.2006 - 7 U 5350/05; Huber in: MünchKomm InsO, 3. Aufl. 2013, § 119 Rn. 39; Huber in: Gottwald, Insolvenzrechtshandbuch, 4. Aufl. 2010, § 35 Rn. 13; gegen die Wirksamkeit entsprechender Klauseln OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.08.2006 - 10 U 62/06; Kroth in: Braun, InsO, 5. Aufl. 2012, § 119 Rn. 12; Balthasar in: Nerlich/Römermann, InsO, 25. EL 2013, § 119 Rn. 15; Dahl, NJW-Spezial 2008, 373.

<sup>5</sup> Böhner, FD-InsR 2013, 342731; a.A. wohl Zarth, GWR 2013, 72.

<sup>6</sup> Vgl. etwa Balthasar in: Nerlich/Römermann, InsO, 24. EL 2012, § 103 Rn. 22, m.w.N.

<sup>7</sup> Emmerich in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Aufl. 2013, § 291AktG Rn. 2 ff., 52.

<sup>8</sup> Vgl. zum Gewinnabführungsvertrag: Wegener in: Uhlenbruck, InsO, § 103 Rn. 34.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 14.12.1987 - II ZR 170/87 - NJW 1988, 1326.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 14.12.1987 - II ZR 170/87 - NJW 1988, 1326; Altmeppen, in: MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2010, § 297 Rn. 102 ff.; Hüffer in: Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012 Rn. 22 f.; Emmerich in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 AktG Rn. 52b.

<sup>11</sup> Emmerich in: Emmerich/Habersack, AktG, 7. Aufl. 2013, § 297 Rn. 21; Deilmann in: Hölters, AktG, 1. Aufl. 2011, § 297 Rn. 13.

<sup>12</sup> Zarth, GWR 2013, 72; Böhner, FD-InsR 2013, 232731.

## 2

### **Einstweiliger Rechtsschutz in grenzüberschreitenden Fällen am Beispiel des Vereinigten Königreichs (Teil 2)**

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte, Düsseldorf, Cecilia Grattoni, Trainee Solicitor, PLEXUS Law, London, Vereinigtes Königreich

#### **A. Einleitung**

Nachdem im ersten Teil des Beitrags<sup>1</sup> das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes aufgezeigt und die einzelnen Arten einstweiliger Verfügungen vorgestellt wurden, sollen nunmehr die Vor-

aussetzungen für den Erlass einer Verfügung erörtert werden.

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

#### **B. Die Rechtslage**

#### **V. Voraussetzungen für den Erlass einer Verfügung**

Am Beispiel einer Unterlassungsverfügung (Prohibitory Injunction) hat der englische High Court im Fall „American Cyanamid Co. v. Ethicon Limited“<sup>2</sup> die Voraussetzungen für den Erlass einer Unterlassungsverfügung aufgestellt. Der Antragsteller muss darlegen und glaubhaft machen, dass folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

##### **1. Serious Question/Fair Issue**

Der Antragsteller muss das Gericht zunächst davon überzeugen, dass er eine ernsthafte, durch Tatsachen untermauerte und den Grundsätzen von Treu und Glauben entsprechende Frage zur Entscheidung stellt. Er muss demgegenüber nicht aufzeigen, dass er den Rechtsstreit wahrscheinlich gewinnen wird. Auch darf das Gericht über keine schwierigen Rechtsfragen entscheiden müssen, die eine detaillierte rechtliche Auseinandersetzung voraussetzen.

##### **2. Schadensersatz wäre keine ausreichende Entschädigung („Inadequate Remedy“)**

Das Gericht muss davon überzeugt sein, dass, wenn ausschließlich ein Hauptsacheverfahren wegen Schadensersatz durchgeführt würde, dies keine ausreichende Entschädigung wäre. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn es unwahrscheinlich ist, dass der Antragsgegner wirtschaftlich imstande wäre, den Schaden zu ersetzen oder wenn es sich um einen irreparablen Schaden handelt. In handelsrechtlichen Streitigkeiten wird beispielsweise die Leistung von Schadensersatz als unzureichend betrachtet („Inadequate Remedy“), wenn es für das betroffene Wirtschaftsgut keinen verfügbaren Markt gibt<sup>3</sup>, oder in Fällen, in denen der Schaden wirtschaftlich nur schwer zu bestimmen ist, wie

beispielsweise ein Schaden am Firmenwert (Good Will) oder eine Betriebsunterbrechung.

In dem Fall *Howard E. Perry & Company Ltd. v. British Railway Board*<sup>4</sup> weigerte sich der Antragsgegner, dem Antragsteller Waren (Rohstahl), die der Antragsteller vom Antragsgegner erworben hatte, auszuhändigen. Das Gericht war der Auffassung, dass der Umstand, dass einem Eigentümer ein Großteil seiner Rechte über seine Güter entzogen wird, zwar in der Regel einen rechtswidrigen Eingriff in die Güter darstellt. Es war aber der Auffassung, dass unter den konkreten Umständen und im Lichte der besonderen Bedeutung der Waren (Rohstahl) die Gewährung von Schadensersatz keine ausreichende Entschädigung darstellen würde.

Wenn die Angemessenheit von Schadensersatz ungewiss erscheint, kann das Gericht nach seinem Ermessen eine einstweilige Verfügung erlassen<sup>5</sup>.

### 3. Verpflichtung zu Schadensersatz im Unterliegensfalle („Undertaking“)

Das Gericht fordert den Antragsteller in der Regel auf, sich gegenüber dem erkennenden Gericht zu verpflichten, dem Antragsgegner Schadensersatz zu zahlen, sollte er schlussendlich den Rechtsstreit verlieren. Unterliegt der Antragsteller im Rahmen eines späteren Hauptsacheverfahrens, so hat er den Antragsgegner für den Verlust zu entschädigen, den dieser als Folge der Erfüllung der Verfügung erlitt. Das Ergebnis ähnelt dem des § 945 ZPO, nur der Weg dorthin ist mangels kodifizierten Rechts ein anderer.

Bei dieser Verpflichtung (sog. „Undertaking“) handelt es sich um eine mit einer besonderen Autorität versehene Verpflichtungserklärung gegenüber dem erkennenden Gericht, sich in einer bestimmten Art zu verhalten (hier: Schadensersatz im Unterliegensfalle zu zahlen). Dieser förmlichen Verpflichtungserklärung kommt dieselbe Bedeutung wie einer gerichtlichen Verfügung zu. Die Verletzung einer solchen Verpflichtungserklärung wird als Missachtung des Gerichts („Contempt of Court“) betrachtet. Die Sanktion einer solchen Missachtung des Gerichts kann die Zahlung einer Geldbuße sein, sie kann jedoch auch mit Freiheitsstrafe geahndet werden. Angesichts dieser einschneidenden Rechtsfolgen der Verletzung einer solchen Verpflichtungserklärung bedarf es in der englischen Gerichtsbarkeit keiner parallelen

Banksicherheit oder vergleichbaren Sicherheitsleistung. Eine hiervon zu trennende Frage ist, ob ein Gericht eines anderen Mitgliedstaates, in dem die englische Entscheidung vollstreckt werden soll, gemäß Art. 46 EuGVVO eine Sicherheitsleistung vom Antragsteller verlangt.

Der Antragsteller hat seine etwaigen Bedenken hinsichtlich seiner diesbezüglichen finanziellen Leistungsfähigkeit gleichfalls im Verfügungsantrag mitzuteilen. Diese finden im Rahmen der Abwägung bei der Entscheidung über die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes Berücksichtigung. Diese Offenbarungspflicht des Antragstellers besteht über den Zeitpunkt des Erlasses der Injunction hinaus. Wenn sich die Vermögenssituation des Antragstellers nachträglich ändert, so muss er das Gericht auf diesen Umstand hinweisen<sup>6</sup>.

### 4. Angemessener Ausgleich der Interessen („Balance of Convenience“)

Bei der Frage, ob einstweiliger Rechtsschutz gewährt wird oder nicht, muss das Gericht zu einem angemessenen Ausgleich der Interessen („Balance of Convenience“) gelangen. Das Gericht wird hierbei die Interessen jeder Partei bewerten, um darüber zu entscheiden, ob es geboten ist, die Verfügung zu erlassen. Das Gericht wird hierbei nach den Umständen des Einzelfalles beispielsweise folgende Gesichtspunkte erörtern:

- Verlust des Arbeitsplatzes,
- Schädigung des Firmenwerts („Good Will“) eines Unternehmens,
- Geschäftsaufgabe eines Betriebs; die Sicherung vertraulicher Informationen, die Aufrechterhaltung einer wesentlichen Kapitalbeteiligung.

### 5. Bestandsschutz („Status quo“)

Wenn das Gericht auf der Basis der vorgenannten Kriterien zu keiner Entscheidung kommen kann, dann wird es versuchen, den bisherigen Status aufrecht zu erhalten.

### 6. Erfolgsaussichten in der Sache selbst („Merits of the Case“)

Wenn das erkennende Gericht zu der Auffassung gelangt, dass die gegeneinander zu gewichten-

den Interessen beider Parteien gleich zu bewerten sind, kann das erkennende Gericht sodann die Erfolgsaussichten in der Sache prüfen. Es wird daher der Frage nachgehen, ob angesichts glaubhaft gemachter und nicht ernsthaft bestreitbarer Tatsachen die Rechtsposition einer Partei unverhältnismäßig stärker ist als die der anderen („That the strength of one party's case is disproportionated to that of the other party“).

Die Beweismittel, die den jeweiligen Sachvortrag stützen, werden in der Regel durch die Parteien anlässlich der mündlichen Verhandlung vorgelegt. Handelt es sich um eine beantragte Hausdurchsuchung oder eine „Freezing Injunction“, denen keine mündliche Verhandlung vorausgeht, so hat der Antragsteller Beweis durch eine eidesstattliche Versicherung („Affidavit“) zu erbringen.

Bei dieser gleichen Gewichtung der Belange wird die Verfügung nur dann erlassen, wenn die Rechtsposition des Antragstellers in der Sache selbst überwältigend („overwhelming“) ist<sup>7</sup>.

## **7. Ausnahmefälle von der „American Cyanamid“-Entscheidung**

In der Rechtsprechung wurden zahlreiche Ausnahmefälle von den Grundsätzen der „American Cyanamid“-Entscheidung anerkannt. Diese sollen nachfolgend kurz dargelegt werden.

### **a) Verleumdung („Defamation“)**

Eine Verfügung wird nicht erlassen, wenn die antragstellerseitig behauptete Verleumdung offensichtlich unwahr ist und der Antragsgegner einen Schriftsatz zur Rechtfertigung seiner Äußerungen einreicht<sup>8</sup>.

### **b) Meinungsäußerungsfreiheit („Freedom of Expression“)**

Gemäß Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention hat jede Person das Recht auf freie Meinungsäußerung. Art. 12 Abs. 3 des Human Rights Act 1998 („Freedom of Expression“) bestimmt für den Fall, dass Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention von einer Verfügung tangiert sein könnte, die eine Veröffentlichung unterbindet, dass eine solche Verfügung nur in Ausnahmefällen erlassen werden darf, nämlich, wenn

das Gericht davon überzeugt ist, dass es dem Antragsteller wahrscheinlich gelingen wird darzulegen und glaubhaft zu machen, dass die Veröffentlichung nicht zugelassen werden sollte<sup>9</sup>.

### **c) Rechtsverletzungen/Verletzung von Vertraulichkeitsbestimmungen**

Eine einstweilige Verfügung kann nicht erlassen werden, wenn in einem Urheberrechtsstreit das prozessuale Verhalten des Antragsgegners als fair einzustufen ist („Fair Dealing“) i.S.d. Art. 30 des Copyright, Designs and Patents Act 1988 („Fair dealing with a work for the purpose of criticism or review, of that or another work or of a performance of a work, does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied with a sufficient acknowledgement and provided that the work has been made available to the public“). Gleichermaßen kann keine einstweilige Verfügung erlassen werden, wenn der Antragsteller einen angeblichen Verstoß gegen eine Vertraulichkeitsregelung behauptet und der Antragsgegner sich auf ein öffentliches Interesse („Public Interest“) beruft.

### **d) Wettbewerbsverbote („Restraint of Trade“)**

Einstweilige Verfügungen im Zusammenhang mit Wettbewerbsverboten („Restraint of Trade“) werden häufig als Ausnahme zu den Regeln der „American Cyanamid“-Entscheidung<sup>10</sup> betrachtet. Die vorrangige Frage ist hier, ob die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots – ähnlich wie in Deutschland – im Hinblick auf seine Dauer und seine geographische und sachliche Reichweite angemessen ist. Falls das Wettbewerbsverbot nach dem Beweis des ersten Anscheins vernünftig erscheint, wird das angerufene Gericht einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Ziel, einer Verletzung der Vereinbarung vorzubeugen, wahrscheinlich entsprechen. Falls demgegenüber die Argumente des Antragsgegners überzeugender erscheinen, wird das Gericht die weiteren Prüfungsschritte gemäß der „American Cyanamid“-Entscheidung<sup>11</sup> vollziehen.



## 8. Erhebliche Einwendungen des Antragsgegners („Defences“)

Da, wie eingangs ausgeführt, einstweilige Verfügungen eine Ausprägung der Grundsätze der Billigkeit sind, wird in der Gerichtspraxis das erkennende Gericht insbesondere folgende Einwendungen des Antragsgegners zu berücksichtigen haben:

### a) Duldung („Acquiescence“)

Diese Einwendung wird erhoben, wenn das Verhalten des Antragstellers oder seine Passivität den Antragsgegner in schutzwürdiger Weise dazu veranlasst hat darauf zu vertrauen, dass der Antragsteller den bestehenden Zustand duldet. Nach deutscher Terminologie dürfte dies als Verwirkung zu subsumieren sein.

### b) Zeit („Delay/Laches“)

Das Verstreichenlassen eines Zeitraums zwischen dem inkriminierten Verhalten der Antragsgegner und dem Antrag auf Erlass einer Injunction kann dem Gericht Veranlassung geben, den Erlass einer einstweiligen Verfügung zu versagen. Dies hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und wird regelmäßig nach Wochen bestimmt. Nach der deutschen Dogmatik dürfte es sich hierbei um die Frage des Verfügungsgrundes handeln.

### c) Besondere Härte („Hardship“)

Das Gericht hat besondere Härten für den Antragsgegner zu berücksichtigen, wenn es die Abwägung der wechselseitigen Interessen („Balance of Convenience“) vornimmt.

### d) Gutgläubiges Verhalten des Antragstellers („Clean Hands“)

Ein Verhalten des Antragstellers wider Treu und Glauben kann zur Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes führen. Es gilt daher der Grundsatz „He who comes to equity must do so with clean hands“. Zu einem treuwidrigen Verhalten zählt beispielsweise, wenn der Antragsteller absichtlich

zum Nachteil des Antragsgegners nicht sämtliche entscheidungserheblichen Tatsachen offenlegt.

### e) Begehrte Verfügung kann das gewünschte Rechtsschutzziel nicht erreichen („Aquity does not act in vain“)

Ein Gericht wird beispielsweise den Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Unterbindung der Verletzung eines Vertraulichkeitsabkommens zurückweisen, wenn die streitgegenständliche Information bereits weit verbreitet veröffentlicht wurde.

### f) Vollstreckungsrechtlich nicht erzwingbare Handlungen

Das erkennende Gericht wird keine Verfügung über eine Rechtsfolge erlassen, die es nicht erzwingen kann. Wenn beispielsweise die Wirkung der beantragten Verfügung darin bestünde, die Durchsetzung persönlicher Dienstleistungen („Personal Services“) zu erzwingen – was sich vollstreckungsrechtlich nicht durchsetzen lässt –, so wird das Gericht die begehrte Verfügung nicht erlassen<sup>12</sup>.

## 9. Leistungsverfügungen/„Mandatory Injunctions“

Eine Leistungsverfügung („Mandatory Injunction“) ordnet gegenüber dem Antragsgegner die Erbringung einer positiven Handlung an, beispielsweise die Aushändigung von Unterlagen an den Antragsteller. Leistungsverfügungen dieser Art werden grundsätzlich als drakonisch betrachtet und daher durch die Gerichtsbarkeit in England nur selten zuerkannt.

Der Leitfaden der „American Cyanamid“-Entscheidung<sup>13</sup> findet auf Mandatory Injunctions keine Anwendung.

Ein Antrag auf Erlass einer Leistungsverfügung wird abgelehnt werden, wenn ihre Rechtsfolge vorsähe, dass der Antragsgegner etwas objektiv Unmögliches erbringen müsste, das begehrte Handeln gesetzeswidrig ist oder vollstreckungsrechtlich nicht durchgesetzt werden kann, wie

beispielsweise die Vereinbarung über persönliche Dienstleistungen<sup>14</sup>.

## 10. „Quia Timet Injunction“ („weil er es befürchtet“)

Eine sog. „Quia Timet“-Verfügung wird erlassen, wenn eine drohende Handlung des Antragsgegners ganz oder teilweise unterbunden werden soll, vorausgesetzt, dass die drohende Handlung erheblichen Schaden verursachen würde und die Leistung von Schadensersatz keinen angemessenen Rechtsbehelf darstellen würde. Da die Verletzung zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht eingetreten ist, sind regelmäßig die Hürden für eine solche Verfügung sehr hoch.

In der Entscheidung „Fletscher v. Bealey<sup>15</sup>“ beantragte der Antragsteller den Erlass einer „Quia Timet Injunction“ mit dem Ziel, einem Hersteller von Alkali zu untersagen, Abwasser aus dem Herstellungsprozess in einen Fluss zu leiten. Der Antragsteller führte aus, wenn einmal der Fluss versucht sei, würde es 40 Jahre dauern, bis sich das Biosystem hiervon erholt hat. Daher würde die Gewährung von Schadensersatz keinen ausreichenden Rechtsschutz darstellen.

## 11. Beschlagnahmeverfügung („Freezing Injunction“)

Eine Beschlagnahmeverfügung („Freezing Injunction“, früher „Mareva Injunction“ genannt) ist eine Beschlagnahmeverfügung, die ähnlich wie der Arrest in Deutschland den Antragsgegner davon abhält, Vermögen zu entfernen oder zu verschleudern und damit die Vollstreckung eines Titels zu vereiteln. Der hiervon betroffenen Partei wird untersagt, über ihr Vermögen zu verfügen. Die Bekanntmachung einer „Freezing Injunction“ hat Bindungswirkung auch gegenüber Dritten, z.B. Drittschuldnern, die in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht eine Beziehung zu den erfassten Vermögensgegenständen haben. In der Praxis unterrichtet der Antragsteller in der Regel die betroffenen dritten Parteien, insbesondere Finanzinstitute, unverzüglich über den Erlass einer „Freezing Injunction“. Eine „Freezing Injunction“ kann erlassen werden über das Vermögen des Antragsgegners in England und Wales (sog. Domestic Freezing Orders) oder weltweit (sog. World Wide Freezing Orders oder in der Kurzform „WFO“).

Eine Beschlagnahmeverfügung im vorgenannten Sinn gewährt dem Antragsteller keinerlei Sicherheit an dem beschlagnahmten Vermögen noch gewährt es dem Antragsteller ein Prioritätsrecht/einen Vorrang gegenüber anderen Gläubigern des Antragsgegners. Eine Beschlagnahmeverfügung kann ausschließlich hinsichtlich Vermögensgegenständen des Antragsgegners ergehen, in die aus einem Urteil in einem Hauptsacheverfahren vollstreckt werden könnte, beispielsweise auch hinsichtlich von Nießbrauchrechten des Antragsgegners.

Eine Freezing Injunction bietet sich beispielsweise auch dann an, wenn im Ausland ein Rechtsstreit gegen eine englische Gesellschaft geführt wird und das Urteil (beispielsweise des deutschen Gerichts) sodann im Vereinigten Königreich vollstreckt werden soll bzw. vollstreckt werden müsste. In diesem Falle könnte zur Vermeidung einer Vereitelung der Zwangsvollstreckung gegen die englische Gesellschaft parallel eine Freezing Injunction beantragt werden. In einem solchen Fall besteht allerdings das Risiko, dass eine Freezing Injunction in Konflikt gerät mit der ausländischen Entscheidung. Das englische Gericht wird daher von dem Antragsteller zusätzliche Nachweise fordern. Bis eine Freezing Injunction anerkannt, registriert oder vor dem lokalen Gericht zwangsweise durchgesetzt wurde, kann es außerhalb nicht vollstreckt werden und ist nicht gegenüber dritten Parteien im Ausland bindend. Bevor eine Freezing Injunction im Ausland vollstreckt werden kann, muss zunächst eine entsprechende Zulassung durch ein englisches Gericht beantragt werden.

## 12. „Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverfügungen“ („Search and Seize Orders“)

Bei den sog. „Search and Seize Orders“ handelt es sich dogmatisch nicht exakt um einstweilige Verfügungen, sie sind diesen jedoch ähnlich. Entsprechende Verfügungen werden ähnlich wie beim deutschen selbstständigen Beweisverfahren auf einer vorläufigen Basis erlassen mit dem Ziel, notwendige Beweismittel für ein Hauptsacheverfahren zu sichern. Der Erlass entsprechender Verfügungen steht im Ermessen des Gerichts. Die englische Patentgerichtsbarkeit („Patence County

Court“) oder der High Court machen hiervon regelmäßig Gebrauch.

### C. Auswirkungen für die Praxis

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, kennt die Rechtsprechung im Vereinigten Königreich keine klare Differenzierung zwischen dem Arrest und der einstweiligen Verfügung, sondern verschiedene Arten des einstweiligen Rechtsschutzes, die nach Präzedenzfällen, in denen sie entwickelt wurden, bezeichnet werden. Nach der Rechtstradition im Vereinigten Königreich ist der einstweilige Rechtsschutz eine Ausprägung der Billigkeit. Bei der Frage, wie im Einzelfall dieser billigkeitsrechtliche Anspruch zu gewähren ist, kommt dem Gericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Es gibt daher kein eindeutig definiertes Recht auf einstweiligen Rechtsschutz. Allerdings gibt es Ausprägungen des einstweiligen Rechtsschutzes im Vereinigten Königreich, deren Realisierung weit über Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes in Deutschland hinausreicht.

### D. Literaturempfehlungen

Zu den weiteren Einzelheiten des einstweiligen Rechtsschutzes im Vereinigten Königreich seien insbesondere folgende Entscheidungen empfohlen:

A v B (a company) [2002] 2 All ER 545.

American Cyanamid Co v Ethicon Limited [1975] AC 396.

Cayne v Global [1984] 1 All ER 225.

Garden Cottage Foods v Milk Marketing Board [1984] AC 130.

Gulf Oil (Great Britain) Ltd v Page [1987] 3 All ER 14.

Howard E. Perry and Company Ltd v British Railway Board [1980] 1 WLR 1375.

Imutran v Uncaged Campaigns [2001] 2 All ER 385.

Leo Pharma A/S & Anor v Sandoz Ltd [2008] EWCA Civ 850.

South Bucks District Council v Porter [2003] UKHL 26.

Staines v Walsh [2003] EWHC 1486.

Warren v Mendy [1989] 1 WLR 853.

---

<sup>1</sup> Nacke/Wittmann/Grattoni, AnwZert HaGesR 5/2014, Anm. 2.

<sup>2</sup> American Cyanamid Co v Ethicon Limited [1975] AC 396.

<sup>3</sup> Howard E. Perry & Company Ltd. v. British Railway Board (1980) 1 WLR 1375.

<sup>4</sup> Howard E. Perry & Company Ltd. v. British Railway Board (1980) 1 WLR 1375.

<sup>5</sup> Leo Pharma AS & Anor V. Sandoz Ltd. (2008) EWCA Civ.850.

<sup>6</sup> Staines V. Walsh [2003] EWHC 1486, Ca.

<sup>7</sup> Cayne v. Global [1984] 1 All ER 225.

<sup>8</sup> Gulf Oil [Great Britain] Ltd. v. Page [1987] 3 All ER 14.

<sup>9</sup> „Unless the Court is satisfied that the claimant is likely to establish that the publication should not be allowed“; vgl. hierzu: „Imutran v. Uncaged Campaigns“ [2001] 2 All ER 385.

<sup>10</sup> American Cyanamid Co v Ethicon Limited [1975] AC 396.

<sup>11</sup> American Cyanamid Co v Ethicon Limited [1975] AC 396.

<sup>12</sup> Warren v. Mendy [1989] 1 WLR 853.

<sup>13</sup> American Cyanamid Co v Ethicon Limited [1975] AC 396.

<sup>14</sup> Warren V. Mendy [1989] 1 WLR 853.

<sup>15</sup> Fletscher v. Bealey (1885) 28 ch. d 688.

## ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

3

### **Grenzüberschreitender Formwechsel einer Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung von Luxemburg in Bundesrepublik Deutschland zulässig**

#### **Orientierungssätze zur Anmerkung:**

**1. Wird der Gesellschaftssitz einer im Ausland gelegenen Kapitalgesellschaft identitätswahrend nach Deutschland verlegt, sind die nationalen Vorschriften des Umwandlungsgesetzes europarechtskonform auszuulegen.**

**2. Eine Ungleichbehandlung von innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Umwandlungen verstößt gegen den Äquivalenz- sowie Effektivitätsgrundsatz und stellt eine unzulässige Beschränkung der Art. 49, 54 AEUV dar.**

**3. Auf den grenzüberschreitenden Formwechsel nach Deutschland sind die §§ 190 ff. UmwG europarechtskonform anzuwenden.**

Anmerkung zu OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.06.2013, 12 W 520/13

von Hans-Jörg Wittmann, RA, Steuerberater und Partner, ADVISES Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Düsseldorf / Ines Molitor, M.A., Wissenschaftliche Mitarbeiterin

#### **A. Problemstellung**

Das OLG Nürnberg hatte in dem Verfahren über eine Beschwerde zu entscheiden, die sich gegen einen Beschluss über die Zurückweisung der Eintragung in das deutsche Handelsregister einer (vormals) luxemburgischen Societe a responsabilite limitee (S.a r.l.) in der Rechtsform einer GmbH richtete. Die S.a r.l. wollte ihren statuarischen Sitz identitätswahrend von Luxemburg nach Deutschland verlegen und begehrte dementsprechend die Eintragung als deutsche Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) in das Handelsregister. Das mit dieser Sache zuvor befasste Amtsgericht (Registergericht Fürth) hatte den identitätswahrenden Formwechsel u.a. mit der Begründung abgelehnt, es habe keinen nach deut-

schem Recht umwandlungsfähigen Rechtsträger gegeben. Ferner sei die nach deutschem Recht vorgeschriebene Eintragsreihenfolge in dem Verfahren nicht eingehalten worden. Das OLG Nürnberg gab der Rechtsbeschwerde indes statt.

Zuvor hatte der 12. Zivilsenat des OLG Nürnberg in einer anderen Sache am 13.02.2012 eine solche identitätswahrende Sitzverlegung allerdings noch selbst abgelehnt (OLG Nürnberg, Beschl. v. 13.02.2012 - 12 W 2361/11). Nach der zwischenzeitlich ergangenen „VALE“-Entscheidung des EuGH (Urt. v. 12.07.2012 - C-378/10) hat das OLG Nürnberg jedoch den europarechtlichen Vorgaben für eine grenzüberschreitende Sitzverlegung unter identitätswahrendem Formwechsel Rechnung getragen.

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

Das OLG Nürnberg hat in seinem Beschluss – soweit ersichtlich – als erstes deutsches Gericht entschieden, dass die grenzüberschreitende Verlegung einer ausländischen Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung nach Deutschland und die damit einhergehende Umwandlung in eine deutsche GmbH rechtlich zulässig ist. Es stützt sich in seinen Entscheidungsgründen insbesondere auf die „VALE“-Entscheidung des EuGH aus 2012 (C-378/10). Der EuGH hatte darin deutlich gemacht, dass die unionsrechtlich gewährleistete Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV im jeweiligen nationalen Verfahren zu berücksichtigen sei. Darüber hinaus hat der EuGH ausdrücklich ausgeführt, dass nationales Recht, welches zwar für inländische Gesellschaften die Möglichkeit einer Umwandlung vorsehe, aber die Umwandlung einer dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegenden Gesellschaft in eine inländische mittels Gründung der inländischen Gesellschaft generell nicht zulasse, nicht mit Art. 49 und Art. 54 AEUV vereinbar sei. Vielmehr werde durch eine unterschiedliche Behandlung von nationalen und grenzüberschreitenden Umwandlungen verhindert, dass Gesellschaften anderer Mitgliedstaaten von der im AEU-Vertrag geregelten Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen.

Mit Rückgriff auf das Äquivalenzprinzip weist das OLG Nürnberg zutreffend darauf hin, dass Sachverhalte von Rechtssuchenden anderer Mitgliedstaaten, nicht anders – nachteilig – behandelt werden dürften, als gleichartige inner-

staatliche. Die weiteren Ausführungen machen deutlich, dass die Mitgliedstaaten im Umkehrschluss jedoch nicht gehalten sind, unionsrechtliche Fragestellungen günstiger zu behandeln, als diejenigen nach nationalem Recht. Insofern kommt das Oberlandesgericht mit Recht zu dem Ergebnis, dass die ihren grenzüberschreitenden Formwechsel betreibende Gesellschaft – hier die luxemburgische S.a r.l. – eine dem *numerus clausus* des deutschen Gesellschaftsrechts entsprechende Gesellschaftsform – hier einer GmbH – annehmen müsse. Demzufolge seien die §§ 190 ff. UmwG entsprechend anzuwenden. Dass die Regelung in § 1 Abs. 1 UmwG einen inländischen Rechtsträger voraussetzt, sah das Oberlandesgericht folgerichtig als unproblematisch an. So sei die Vorschrift in europarechtskonformer Auslegung dahingehend anzuwenden, dass die unter Art. 49 AEUV fallenden Gesellschaften den inländischen gleichstünden.

Problematisch erwies sich jedoch – wie bereits in dem vom EuGH zu entscheidenden Fall „VALE“ – der Umstand, dass die luxemburgische Gesellschaft in dem für sie zuständigen Handelsregister in Luxemburg bereits vor der Umwandlung in eine deutsche GmbH gelöscht worden war. Strenggenommen existierte damit überhaupt kein Rechtsträger mehr. Anders als noch das deutsche Registergericht in der Vorinstanz stellte das OLG Nürnberg jedoch heraus, dass die Löschung der Beteiligten in Luxemburg der Umwandlung nicht entgegenstehen könne, da ansonsten ein grenzüberschreitender Formwechsel niemals möglich wäre. Erfolgt eine Löschung – wie geschehen – nur vor dem Hintergrund der Sitzverlegung ins Ausland – hier nach Deutschland – müssen somit ebenfalls die Art. 49 und Art. 54 AEUV in den Blick genommen werden, sodass die entsprechenden nationalen Regelungen nicht gegen das europäische Unionsrecht verstoßen und dementsprechend europarechtskonform auszulegen sind. Dahingehend argumentierte das Oberlandesgericht, dass die §§ 190 ff. UmwG entsprechend Anwendung fänden, vorausgesetzt der Wegzugstaat (Luxemburg) gestatte den Formwechsel. Im Ergebnis waren somit die Voraussetzungen einer „inländischen“ Umwandlung einzuhalten.

Nur kurz weist das Oberlandesgericht darauf hin, dass die Form der S.a r.l. auch eine Kapitalgesellschaft sei (vgl. § 191 Abs. 1 UmwG, Art. 1 der Richtlinie 2009/101/EG) und diese entsprechend § 226 UmwG aufgrund eines – hier be-

stehenden – Umwandlungsbeschlusses in eine (andere) Kapitalgesellschaft deutschen Rechts umgewandelt werden könne. Während das Registergericht noch eine Nichteinhaltung der Eintragungsreihenfolge rügte, verwies das Oberlandesgericht darauf, dass das deutsche Registerrecht i.S.v. § 198 Abs. 2 Sätze 2 bis 5 UmwG allenfalls sinngemäße Anwendung fände. Vielmehr durfte das luxemburgische Registergericht – so das Oberlandesgericht – nach seiner eigenen *lex fori* verfahren. Die erfolgte Eintragung in Gestalt der Löschung in Luxemburg mit der Begründung „Sitzverlegung ins Ausland“ erachtete das Oberlandesgericht mit Recht als ausreichend. Im Ergebnis hielten die Argumente im angefochtenen Beschluss des Registergerichts einer Nichteintragung nicht stand.

### C. Kontext der Entscheidung

Das OLG Nürnberg setzt die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere in der „VALE“-Entscheidung vom 12.07.2012 (C-378/10) um. Auch bei dieser sah sich der EuGH mit dem Problem konfrontiert, ob bei Löschung der ausländischen Gesellschaft (hier eine italienische *Società a responsabilità limitata* - „Srl“) vor ihrem Zuzug in einen anderen Mitgliedstaat (hier Ungarn) überhaupt noch ein umwandlungsfähiger Rechtsträger existierte. Damit stellt sich jedoch gleichwohl die Frage, ob – wie auch im vom OLG Nürnberg zu entscheidenden Fall – von einem grenzüberschreitenden Formwechsel die Rede sein kann, oder ob nicht von einer Neugründung nach dem jeweiligen nationalen Recht auszugehen ist. Der EuGH hat diese Frage jedoch offengelassen und seinen Blick auf die Voraussetzungen eines grenzüberschreitenden Formwechsels primär vor dem Hintergrund der in Art. 49 AEUV geregelten Niederlassungsfreiheit gerichtet.

In beiden Fällen erfolgte die Löschung im jeweiligen nationalen Register mit der Eintragung „Löschung und Sitzverlegung“ [ins Ausland], was freilich für einen unionsrechtlichen und nicht für einen ausschließlich nationalen Sachverhalt spricht. Demzufolge rekurriert das Oberlandesgericht zutreffend, wie zuvor der EuGH, auf das Äquivalenzprinzip, welches stets zusammen mit dem Effektivitätsgrundsatz zu sehen ist. Danach ist den Rechtssuchenden anderer Mitgliedstaaten beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht derselbe Rechtsschutz zu gewähren wie bei ähnlich gelagerten rein nationalen

Sachverhalten (Äquivalenzprinzip). Ferner darf die Anwendung der nationalen Rechtsordnung nicht dazu führen, dass die Ausübung, der durch die Gemeinschaftsordnung verliehenen Rechte übermäßig erschwert oder praktisch unmöglich wird (Effektivitätsprinzip). Schon allein aus diesem Grunde hat das Oberlandesgericht seine Entscheidung zu Recht auf die Rechtsprechung des EuGH gestützt und die Art. 49, Art. 54 AEUV folgerichtig berücksichtigt.

Zu beachten war insoweit insbesondere, dass sich die ausländische Gesellschaft bei Zuzugskonstellationen dem jeweiligen Recht des Mitgliedstaates unterwirft (vgl. EuGH Urt. v. 09.03.1999 - C-212/97 „Centros“; EuGH Urt. v. 05.11.2002 - C-208/00 „Überseering“; EuGH Urt. v. 30.09.2003 - C-167/01 „Inspire Art“). Sieht die Rechtsordnung des Zuzugsstaates also die Umwandlung einer innerstaatlichen Gesellschaft vor, nicht aber die Umwandlung einer vormals im EU-Ausland gegründeten Gesellschaft, ist ein Verstoß gegen Art. 49 und Art. 54 AEUV zu bejahen. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Umwandlung der vormals ausländischen Gesellschaft in die Gesellschaftsform des jeweiligen Mitgliedstaates einer (innerstaatlichen) Neugründung zumindest gleichzustellen ist. Voraussetzung für eine Umwandlung dergestalt ist jedoch immer auch – so das OLG Nürnberg – dass der Wegzugsstaat (hier: Luxemburg) den Formwechsel seinerseits gestattet, da ansonsten keine Benachteiligung durch den grenzüberschreitenden Tatbestand zu besorgen wäre. In einer solchen Konstellation muss die weitere Beschlussfassung der Gesellschaft – wie vom Oberlandesgericht angeführt – aber dem Recht des Zuzugsstaates (hier: Deutschland) entsprechen.

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

Das OLG Nürnberg hat mit seinem Beschluss die Weichen für einen vereinfachten grenzüberschreitenden Formwechsel gestellt und damit die Verlegung des Sitzungssitzes einer EU-Gesellschaft nach Deutschland ermöglicht. Denn mit der erstmaligen Anerkennung des identitätswahrenden Formwechsels über die nationalen Grenzen hinaus, müssen Kapitalgesellschaften nicht mehr den Umweg einer Neugründung im Zuzugsstaat mit nachfolgender, grenzüberschreitender Verschmelzung gehen („indirekte Sitzverlegung“). Damit geht in der Praxis positiv einher, dass nicht nur die Rechtsnachfol-

ge im Wege der Universalsukzession auf die neu gegründete Gesellschaft und damit ein – ggf. steuerlich schädlicher (Gründerwerbsteuer, Nutzung von Verlustvorträgen) – Wechsel des Rechtsträgers entfällt, sondern auch die Gefahr eines vereinfachten Kündigungsrechts durch entsprechende Change-of-Control-Klauseln.

Das OLG Nürnberg hat den grenzüberschreitenden Formwechsel davon abhängig gemacht, dass auch der Wegzugsstaat (Luxemburg) eine formwechselnde Umwandlung grundsätzlich gestatten muss. Diese Voraussetzung ist u.E. jedoch nicht zu fordern. Denn der Wegzugsstaat kann zwar verhindern, dass eine Gesellschaft ihren Sitz ins Ausland unter Bewahrung ihrer inländischen Rechtsform (hier: S.a r.l.) verlegt. Wenn aber der Zuzugsstaat – ggf. unter europarechtskonformer Anwendung des nationalen Umwandlungsrechts – die Aufnahme der ausländischen Gesellschaft unter Änderung der Rechtsform zulässt, darf der Wegzugsstaat sich dem nicht widersetzen (EuGH, Urt. v. 16.12.2008 - C-210/06 „Cartesio“).

Die ihren Sitz nach Deutschland verlegende Gesellschaft hat eine nach deutschem Recht zulässige Rechtsform zu wählen und die Vorgaben des Umwandlungsgesetzes für einen Formwechsel zu beachten, was insbesondere bei einer Kapitalgesellschaft den Nachweis der Kapitalaufbringung erfordert. In formeller Hinsicht ist der Umwandlungsbeschluss nebst Feststellung des Gesellschaftsvertrages durch einen (deutschen) Notar zu beurkunden. Zudem ist es erforderlich, dass die Gesellschaft auch ihren Verwaltungssitz oder zumindest eine Zweigniederlassung nach Deutschland verlegt. Eine isolierte Verlegung nur des Sitzungssitzes ist von der Niederlassungsfreiheit nicht gedeckt. Demgegenüber ist die Verlegung allein des Verwaltungssitzes nach Deutschland anzuerkennen (EuGH, Urt. v. 05.11.2002 - C-208/00 „Überseering“; EuGH, Urt. v. 16.12.2008 - C-210/06 „Cartesio“).

## **Zur Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift einer GmbH durch einen Handlungsbevollmächtigten i.S.d. § 54 HGB**

### **Leitsatz:**

**Ein Handlungsbevollmächtigter i.S.d. § 54 HGB kann vom Geschäftsführer einer GmbH zur Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift ermächtigt werden, da die bloße Adressänderung unter Beibehaltung des Firmensitzes nicht zu den ausschließlich vom Geschäftsführer anzumeldenden Grundlagenentscheidungen zählt.**

Anmerkung zu KG Berlin, Beschluss vom 20.09.2013, 12 W 40/13

von Prof. Dr. Carsten Kunkel, Technische Hochschule Wildau (FH)

### **A. Problemstellung**

Vorliegend hatte sich das KG Berlin mit der Frage zu befassen, ob die Anmeldung einer Geschäftsanschriftsänderung einer GmbH innerhalb desselben Registergerichtsbezirks durch einen Handlungsbevollmächtigten rechtswirksam vorgenommen werden kann.

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

Eine seit 2010 im Handelsregister des AG Charlottenburg (zuständiges Registergericht für Berlin) eingetragene GmbH meldete die Änderung ihrer Geschäftsanschrift innerhalb Berlins zur Eintragung in das Handelsregister durch einen Handlungsbevollmächtigten unter Bezug auf die ihm vom alleinigen Geschäftsführer und Gesellschafter der betreffenden GmbH in öffentlich beglaubigter Form erteilte Handlungsvollmacht an.

Mit Zwischenverfügung vom 07.03.2013 rügte das Registergericht, die Handlungsvollmacht reiche für die Vornahme der Anmeldung nicht aus. Vielmehr sei die Einreichung einer Vollmacht entsprechend § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB oder die Anmeldung durch den Geschäftsführer erforderlich. Der gegen diese ablehnende Zwischenverfügung form- und fristgerecht und unter Hinweis auf die inhaltliche Entsprechung der

erteilten Handlungsvollmacht mit einer Prokura eingelegten Beschwerde wurde durch das Registergericht nicht abgeholfen, sondern die Sache dem KG Berlin zur Entscheidung vorgelegt.

Das KG Berlin hat der zulässigen Beschwerde mit der Begründung stattgegeben, dass das Registergericht zu Unrecht die eingereichte Handlungsvollmacht als unzureichend für die Anmeldung der Änderung der Geschäftsadresse gerügt habe. Die Verpflichtung zur Anmeldung einer Änderung der GmbH-Geschäftsanschrift nach Ersteintragung folge aus § 13 Abs. 3 GmbHG i.V.m. § 31 Abs. 1 HGB (vgl. Besprechungsentscheidung unter Verweis auf OLG Hamburg, Beschl. v. 27.01.2011 - 11 W 4/11), d.h. grundsätzlich durch den organschaftlichen Vertreter, den Geschäftsführer. Allerdings könnten Anmeldungen zum Handelsregister danach auch durch rechtsgeschäftliche Vertreter gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB erfolgen, „die dazu keine Spezialvollmacht benötigen, sondern lediglich eine Vollmacht, aus der sich allgemein ergibt, dass sie auch Anmeldungen der in Frage stehenden Art mit einschließt“ (Besprechungsentscheidung unter Verweis auf BGH, Beschl. v. 02.12.1991 - II ZB 13/91; OLG Schleswig, Beschl. v. 20.01.2010 - 2 W 182/09). Dies gelte zumindest dann, wenn es nicht um die Anmeldung von Tatsachen geht, welche die Rechtsform oder die Existenz des Unternehmens und damit „Grundlagenentscheidungen“ des die rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilenden Unternehmers betreffen.

Nach Ansicht des Kammergerichts entspricht die im vorliegenden Fall erteilte Handlungsvollmacht, die über den gesetzliche normierten Umfang und Wortlaut des § 54 HGB hinaus „zur Vornahme aller zum Handelsgewerbe gehörigen Geschäfte der Gesellschaft“ „sowie zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozessführung“ (zur Zulässigkeit einer solchen rechtsgeschäftlichen Vollmacht zur Vertretung des Geschäftsführers vgl. BGH, Ur. v. 20.10.2008 - II ZR 107/07) ermächtigt, nicht nur der Legaldefinition der Prokura gemäß § 48 HGB, sondern gehe darüber sogar hinaus. Die Prokura decke aber gerade auch „die Vertretung des Unternehmensträgers bei der Einleitung von Verfahren und der Stellung von Anträgen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit ab und damit auch Anmeldungen zum Handelsregis-

ter“ (Besprechungsentscheidung unter Verweis auf BGH, Beschl. v. 02.12.1991 - II ZB 13/91).

Zudem handele es sich vorliegend bei der Anmeldung der geänderten Geschäftsanschrift auch nicht um eine nur vom Geschäftsführer anzumeldende Grundlagenentscheidung (vgl. Besprechungsentscheidung, m.w.N. unter Verweis auf die allein gläubigerschützende Wirkung des durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 eingeführten § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG, der im Rahmen der Anmeldung der Gesellschaft auch zur Anmeldung der Geschäftsanschrift verpflichtet). Vielmehr sei in der modernen Geschäftswelt ein Anschriftenwechsel durchaus häufiger anzutreffen und könne somit „als zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehörig bezeichnet werden“. Ihr komme keine so wesentliche Bedeutung zu wie beispielsweise der Änderung des Gesellschaftssitzes, die durch Änderung des Gesellschaftsvertrages und damit durch die Gesellschafter zu erfolgen habe (vgl. Besprechungsentscheidung unter Verweis auf Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 4a Rn. 8). Dies sei jedoch vorliegend gerade nicht der Fall, da trotz Geschäftsanschriftsänderung der Satzungs- und damit auch Registersitz der Gesellschaft Berlin bleibe.

Die Rechtsbeschwerde hat das KG Berlin mangels entgegenstehender oberlandesgerichtlicher Rechtsprechung, explizit unter Verweis auf den insoweit nicht vergleichbaren Sachverhalt, welcher dem OLG Hamburg (Beschl. v. 27.01.2011 - 11 W 4/11) zugrundelag, nicht zugelassen.

### C. Kontext der Entscheidung

Dem Beschluss des KG Berlin ist im Ergebnis zuzustimmen. Dogmatisch Anlass zur Kritik gibt allerdings, dass das KG Berlin die im vorliegenden Fall erteilte Handlungsvollmacht mit einigem Begründungsaufwand sogleich der Prokura gleichstellt und in der Folge – insoweit konsequent – dann die hierzu ergangene Rechtsprechung betreffend Handelsregisteranmeldungen durch Prokuristen anwendet (vgl. BGH, Beschl. v. 02.12.1991 - II ZB 13/91; OLG Schleswig, Beschl. v. 20.01.2010 - 2 W 182/09).

Eine derartige Einschränkung des Prüfungsumfanges ist bereits nach dem FamFG nicht ange-

zeigt. So gilt etwa die Beschränkung des Kreises tauglicher Bevollmächtigter nach § 10 Abs. 2 FamFG jedenfalls nicht für die Abgabe der zur Eintragung erforderlichen Erklärungen, die in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form abgegeben werden (§ 378 Abs. 1 Satz 1 FamFG), entscheidend ist vielmehr nur, dass die Vertretungsmacht derartige Handlungen in der Tat erfasst (vgl. Preuß in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 37 f., m.w.N.). Bei der Frage, ob ein Handlungsbevollmächtigter i.S.d. § 54 HGB wie vorliegend wirksam eine Anmeldung zum Handelsregister vornehmen kann, geht es auch weniger darum, einen Vergleich mit der Prokura anzustellen, als vielmehr darum, den im jeweiligen Einzelfall erteilten Umfang der (Handlungs-)Vollmacht vor dem Hintergrund des § 12 Abs. 1 Satz 1 und 2 HGB (vgl. Krafka in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 12 Rn. 25, m.w.N.; vgl. zur Generalhandlungsvollmacht sogar bei Abmeldung zum Handelsregister explizit LG Frankfurt, Beschl. v. 16.03.1972 - 3/6 T 8/72) aus sich selbst heraus unter Heranziehung des § 54 HGB zu bestimmen.

Sowohl bei der Prokura als auch bei der Handlungsvollmacht handelt es sich um rechtsgeschäftliche Vollmachtsformen, die im HGB normiert sind. Bereits anhand der Regelungssystematik des § 54 Abs. 1 und 2 HGB wird jedoch deutlich, dass die Handlungsvollmacht, anders als die Prokura (§§ 49, 50 HGB), einen durchaus verschiedenen Inhalt haben kann (vgl. dazu auch im Folgenden Hopt in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 54 Rn. 10 f.; Weber in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB 2. Aufl. 2008, § 54 Rn. 8, m.w.N. und Rn. 16, m.w.N.). Im Gegensatz zur Prokura gibt es für die Handlungsvollmacht nämlich keinen grundsätzlich gesetzlich festgelegten Umfang (Anm.: Dies mag aber die sofortige Gleichsetzung der vorliegenden Handlungsvollmacht mit der Prokura durch das KG Berlin erklären.), vielmehr wird dieser in erster Linie durch die rechtsgeschäftliche Erklärung des Prinzipals bestimmt, erst in zweiter Linie ist auf die gesetzliche Regelung des § 54 HGB zurückzugreifen.

Bei der Prüfung im Einzelfall ist daher zunächst zu untersuchen, welcher Umfang der Vertretungsmacht entsprechend den allgemeinen Auslegungsregeln gewollt war. Soweit das KG nun hinsichtlich des Wortlauts der erteilten Handlungsvollmacht allein auf einen Vergleich zur Prokura abstellt, lässt es außer Acht, dass



der Umfang der Handlungsvollmacht aus sich selbst heraus bestimmt werden kann und, da eben von den Beteiligten gerade keine Prokura erteilt worden ist, unter Heranziehung des § 54 HGB tatsächlich sogar zunächst so bestimmt werden muss.

Ausgangspunkt der Auslegung sind die drei gesetzlich typisierten Vollmachten nach § 54 Abs. 1 HGB, nämlich Generalhandlungs-, Art-handlungs- und Spezialhandlungsvollmacht. Vorliegend war bereits dem mitgeteilten Wortlaut nach von einer Generalhandlungsvollmacht auszugehen („zur Vornahme aller zum Handelsgewerbe gehörigen Geschäfte der Gesellschaft“). Wenn nunmehr die Auslegung ergibt, dass einer der in § 54 Abs. 1 HGB geregelten Typen vorliegt, diese Auslegung aber keine weiteren Erkenntnisse ergibt, dann sind im Zweifel die in § 54 Abs. 2 HGB genannten Geschäfte nicht von der Handlungsvollmacht umfasst. Ob die Befugnis zur Vornahme solcher Geschäfte erteilt ist, folgt nämlich aus der weiteren Auslegung der Vollmachtserklärung (vgl. Weber in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 54 Rn. 16, m.w.N.). Von dem so abgesteckten Inhalt hängt dann der jeweilige Umfang der Handlungsvollmacht ab, so dass sie sich auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt, erstreckt (branchenübliche Geschäfte, insoweit anders als die Prokura).

Da sich dem Wortlaut der erteilten Generalhandlungsvollmacht vorliegend keine weiteren Anhaltspunkt entnehmen lassen, eine Prokura aber gerade nicht erteilt worden ist, ist hinsichtlich des Umfanges, also der Frage, ob die Handelsregisteranmeldung noch durch Generalhandlungsvollmacht gedeckt ist, auf den § 54 Abs. 1 und 2 HGB, d.h. ggf. auch im Umkehrschluss zum Wortlaut des § 54 Abs. 2 HGB, abzustellen. Diese Frage wird unterschiedlich bewertet.

Nach einer Ansicht sollen – im Gegensatz zum Umfang der Prokura (vgl. Krebs in: MünchKomm HGB, § 49 Rn. 20, m.w.N.) – Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere Anmeldungen zu Registern, nicht vom Umfang der Handlungsvollmacht erfasst sein (so wohl zu verstehen Hopt in: Baumbach/Hopt, HGB, § 54 Rn. 15; so wohl auch Krebs in: MünchKomm HGB, § 54 Rn. 33, 40). Nach der

Gegenansicht stellt der Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit mangels eines kontradiktorischen Verfahrens allerdings keine Prozessführung i.S.d. § 54 Abs. 2 HGB dar (vgl. Winter, GRUR 1978, 233; Joost in: Staub, HGB, 5. Aufl. 2008, § 54 Rn. 67 f.; Weber in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 54 Rn. 17, m.w.N.; Schubert in: Oetker, HGB, § 54 Rn. 37; vgl. speziell für das patentgerichtliche Verfahren BPatG, Beschl. v. 14.12.1976 - 5 W (pat) 34/76; BPatG, Beschl. v. 07.03.1989 - 18 W (pat) 1/87; anders LG Hildesheim, Beschl. v. 08.08.1960 - 5 T 274/60 für Anmeldungen zum Geschmacksmusterregister). Registeranmeldungen können daher auch ohne Erteilung einer besonderen Befugnis von Handlungsbevollmächtigten vorgenommen werden, soweit nicht für Grundengeschäfte auch ein Prokurist ausgeschlossen wäre (so explizit Schubert in: Oetker, HGB, § 54 Rn. 37; Weber in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 54 Rn. 17, m.w.N.).

Die letztgenannte Ansicht überzeugt ausgehend vom Wortlaut des § 54 Abs. 1, 2 und 3 HGB insbesondere aufgrund systematischer Erwägungen. Handelt es sich doch bei Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit um solche vor einer Behörde, bei denen im ersten Rechtzug Gerichte sowie Behörden und Notare in den ihnen zugewiesenen Angelegenheiten auf Antrag oder von Amts wegen entscheiden, und somit um Verwaltungsverfahren (vgl. dazu auch im Folgenden Schubert in: Oetker, HGB, § 54 Rn. 37, m.w.N.). Die Beteiligten haben daher eine andere Verfahrensposition, sie sind nicht Teil der streitigen Zivilgerichtsbarkeit. Deswegen bedarf der Geschäftsinhaber keines Schutzes wie bei kontradiktorischen Verfahren. Mit der Stellung von Anträgen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit deckt die Handlungsvollmacht dann zumindest im Grundsatz auch ohne weiteres Anmeldungen zum Handelsregister ab, da diese der Sache nach Anträge auf Eintragung bestimmter Tatsachen in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind; dies gilt jedenfalls, soweit es sich nicht um Grundlagenentscheidungen handelt (so explizit zum Umfang der Prokura der BGH, Beschl. v. 02.12.1991 - II ZB 13/91). Flankiert wird diese Annahme jedenfalls für eine Generalhandlungsvollmacht noch durch den Gutgläubensschutz des § 54 Abs. 3 HGB an die „Allzuständigkeit“ der vorbeschriebenen Art, zumal vorliegend der Katalog des § 54 Abs. 2 HGB gerade nicht rechtsgeschäftlich um weitere Arten von Geschäften

erweitert wurde (vgl. dazu auch Weber in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 54 Rn. 23 ff., m.w.N.).

Somit gelangt man vorliegend auch bei konsequenter Auslegung der erteilten Handlungsvollmacht aus sich selbst heraus unter bloßer Bezugnahme auf den Gesetzeswortlaut des § 54 HGB zu demselben Ergebnis wie das KG Berlin, ohne dass es tatsächlich eines Abstellens auf einen „Vollmachtsumfang gleich der Prokura“ ankommt.

Die Erwägungen des KG Berlin, dass es sich bei der Handelsregisteranmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift im vorliegenden Fall aufgrund gleichbleibenden Satzungssitzes „Berlin“ nicht um eine sog. Grundlagenentscheidung handelt, sind inhaltlich zutreffend, auch wenn das zuletzt vorgetragene Argument, „dass der Anmeldung durch den Geschäftsführer oder Gesellschafter kein höherer Grad an Gläubigerschutz als einer Anmeldung durch den Prokuristen bzw. den Handlungsbevollmächtigten zukommt“, in der Sache verfängt. Schließlich geht es aus Sicht des Gläubigerschutzes bei der Frage der Anmeldepflicht der Änderung der Geschäftsanschrift nur um das „ob“, d.h. das Ergebnis „Eintragung“ oder „keine Eintragung“, und nicht um das „wie“, d.h. wer die Anmeldung zum Handelsregister nun im Einzelnen vornimmt; hieran hat der Rechtsverkehr regelmäßig kein spezielles Interesse. Schließlich kann sich der Geschäftsführer, auch wenn er sich bei der Handelsregisteranmeldung Dritter bedient, nicht seiner ihm gemäß § 13 Abs. 3 GmbHG, § 31 HGB treffenden Anmeldepflicht, die auch nach § 14 HGB, den §§ 388 ff. FamFG erzwingbar sind, entledigen.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Wünschenswert wäre sicher eine höchstgerichtliche Entscheidung in der Sache, die explizit Aussagen trifft, ob derartige Anmeldung zum Handelsregister vom Umfang der (General-)Handlungsvollmacht gedeckt sind.

Solange dies nicht der Fall ist, sollte hier der kautelarjuristische Berater, wenngleich die (General-)Handlungsvollmacht mit der besser begründeten Meinung außer in „Grundlagenentscheidungen“ der Gesellschaft wohl zur Handelsregisteranmeldung berechtigen mag,

höchste Vorsicht walten lassen („Postulat des sichersten Weges“).

Soweit also der (General-)Handlungsbevollmächtigte zur Vornahme von Handlungen und Erklärungen gegenüber dem Handelsregister mit Ausnahme von Grundlagenentscheidungen befugt sein soll, sollte die erteilte Vollmacht einen entsprechenden Passus zum Umfang enthalten. Dieser Passus könnte ausschnittsweise bspw. wie folgt lauten: „... Diese Vollmacht erstreckt sich auf die Vornahme aller zum Handelsgewerbe gehörigen Geschäfte der Gesellschaft ... hierzu zählen auch sämtliche Handlungen und Erklärungen gegenüber dem Handelsregister mit Ausnahme von Grundlagenentscheidungen, wie insbesondere die Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift der Gesellschaft unter Beibehaltung des Satzungssitzes ...“. Soweit die (General-)Handlungsvollmacht zudem die in § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB gehörige Form aufweist, sollten sich etwaige Zwischenverfügungen oder Rückweisungen durch das Handelsregister so wohl vermeiden lassen.

## 5

### Anwendbarkeit des Art. 1 § 3 CIM bei Multimodaltransporten

#### Leitsatz:

**Das Tatbestandsmerkmal "in Ergänzung" in Art. 1 § 3 CIM erfordert nicht, dass die Bahn den Übernahme- oder den Ablieferungsort - etwa wegen Fehlens eines Gleisanschlusses - nicht auf der Schiene erreichen kann. Maßgeblich ist vielmehr, dass der Straßenbeförderung im Verhältnis zur Schienenbeförderung lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 09.10.2013, I ZR 115/12

von Dr. Kirsten Thiergart, RA'in, KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln

#### A. Problemstellung

Die §§ 452 ff. HGB enthalten Sonderregelungen für den sogenannten Multimodaltransport. Ein Multimodaltransport liegt gemäß § 452 HGB dann vor, wenn die Vertragsparteien einen einheitlichen Frachtvertrag über die Beförde-

rung mit verschiedenartigen Beförderungsmitteln abgeschlossen haben, auf den – sofern über jeden Teil der Beförderung mit jeweils einem Beförderungsmittel (Teilstrecke) zwischen den Vertragsparteien ein gesonderter Vertrag abgeschlossen worden wäre – mindestens zwei dieser Verträge verschiedenen Rechtsordnungen unterworfen wären.

Auf den Multimodaltransport finden die allgemeinen Vorschriften des Frachtvertragsrechts gemäß den §§ 407 ff. HGB Anwendung, sofern die §§ 452a bis 452d HGB oder andere Vorschriften internationaler Übereinkommen nicht anderes bestimmen. Ein solches internationales Übereinkommen ist auch das Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr (Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF)) nebst seinen Anhängen. Anhang B des COTIF enthält die einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern vom 03.06.1999 (Regles uniformes concernantes le contrat de transport international ferroviaire des marchandises (CIM)).

Gemäß Art. 1 § 3 gelten die CIM aber nicht ausschließlich für Verträge, deren Gegenstand die entgeltliche Beförderung von Gütern auf der Schiene ist, sondern können auch dann zur Anwendung kommen, wenn eine internationale Beförderung, die Gegenstand eines einzigen Vertrages ist, in Ergänzung der grenzüberschreitenden Beförderung auf der Schiene eine Beförderung auf der Straße oder auf Binnengewässern im Binnenverkehr eines Mitgliedstaates einschließt. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen tatsächlich eine solche „Ergänzung“ der grenzüberschreitenden Beförderung auf der Schiene vorliegt, ist in der Literatur umstritten und war höchstrichterlich bisher noch nicht entschieden (vgl. hierzu Koller, Transportrecht, 8. Aufl. 2013, Art. 1 CIM Rn. 4a, m.w.N.).

Der BGH hatte in der vorliegenden Entscheidung darüber zu befinden, ob das Tatbestandsmerkmal „in Ergänzung“ in Art. 1 § 3 CIM zwingend voraussetzt, dass die Bahn den Übernahme- oder Ablieferungsort – etwa wegen Fehlens eines Gleisanschlusses – nicht auf der Schiene erreichen kann.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Bei der Klägerin handelte es sich um einen Transportversicherer, der die Beklagte aus übergegangenem und abgetretenem Recht ihrer Versicherungsnehmerin auf Schadensersatz wegen des Verlustes von Transportgut in Anspruch nahm.

Die Versicherungsnehmerin hatte die Beklagte mit dem Transport eines Containers von Istanbul nach Nürnberg beauftragt. Der Transport zum Containerbahnhof in Istanbul erfolgte per LKW. Vom Containerbahnhof in Istanbul wurde der Container dann auf der Schiene zum Containerbahnhof Nürnberg transportiert, wo ein Fahrer den Container in Empfang nahm und schließlich per LKW zum Ablieferungsort beförderte. Die Klägerin behauptete, dass man bei der Entladung des Containers am Ablieferungsort festgestellt hätte, dass auf der Ladeliste aufgeführte Waren im Werte von insgesamt Euro 30.719 netto fehlen. Die Klägerin machte diesen Betrag nebst entgangenem Gewinn, anteilige Frachtkosten sowie Zinsen als Schaden gegenüber der Beklagten geltend.

Das Landgericht hatte der Klage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung hatte das Berufungsgericht durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

II. Der BGH weist zunächst darauf hin, dass das Berufungsgericht zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass sich eine Haftung der Beklagten für den von der Klägerin behaupteten Verlust des Transportgutes nach den Vorschriften des deutschen Landfrachtrechts gemäß den §§ 407 ff. HGB beurteile, da die Voraussetzungen des Art. 1 § 3 CIM vorliegend nicht erfüllt seien.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes erfordert das Tatbestandsmerkmal „in Ergänzung“ in Art. 1 § 3 CIM nicht, dass die Bahn den Übernahme- oder Ablieferungsort – etwa wegen Fehlens eines Gleisanschlusses – nicht auf der Schiene erreichen kann.

Gemäß Art. 1 § 3 CIM werden auch Vor- und Nachläufe auf der Straße im Binnenverkehr eines Mitgliedstaates den einheitlichen Rechts-

vorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern unterstellt, sofern die Beförderung Teil einer durchgehenden internationalen Beförderung ist und eine grenzüberschreitende Beförderung auf der Schiene ergänzt. Die Straßenbeförderung muss in einem Mitgliedstaat stattfinden und darf – zur Vermeidung von Überschneidungen mit anderen internationalen Übereinkommen wie beispielsweise der CMR – nicht grenzüberschreitend sein (vgl. Koller, Transportrecht, Art. 1 CIM Rn. 4a; Freise in: MünchKomm HGB, 2. Aufl. 2009, CIM Art. 1 Rn. 11). Darüber hinaus darf der Straßenbeförderung im Verhältnis zur Schienenbeförderung lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommen. Dies ergibt sich aus der Formulierung „in Ergänzung“ in Art. 1 § 3 CIM. Hierdurch wird zum Ausdruck gebracht, dass die Schienenbeförderung Hauptgegenstand des einheitlichen Frachtvertrages sein muss. Die Strecke, die auf der Straße zurückgelegt wird, muss daher im Verhältnis zu der Strecke, die auf Schienen zurückgelegt wird, kurz sein (vgl. Begründung des Regierungsentwurfes eines Gesetzes zum Protokoll vom 03.06.1999 betreffend die Änderung des Übereinkommens vom 09.05.1980 über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF), BR-Drs. 929/01, S. 197; Freise in: MünchKomm HGB, CIM Art. 1 Rn. 11). Damit können auch multimodale Beförderungen nach den Vorschriften der CIM zu beurteilen sein, wenn der Hauptanteil des Transports auf Schienen erfolgt und die Beförderung einem einzigen Beförderungsvertrag unterliegt.

Der Wortlaut des Art. 1 § 3 CIM bietet nach Ansicht des BGH hingegen keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Vorschrift lediglich Hilfstransporte auf der Straße erfasst, die deshalb erfolgen, weil der Übernahme- oder Ablieferungsort auf der Schiene nicht erreicht werden kann. Auch in denjenigen Fällen, in denen der Absender oder Empfänger über einen Gleisanschluss verfügt und damit grundsätzlich auf der Schiene erreicht werden kann, können es Wirtschaftlichkeits- oder Zweckmäßigkeitsgründe – wie Art und Menge des zu befördernden Gutes, etwaige Schwierigkeiten bei seiner Verladung oder die Anbindung des vorhandenen Gleisanschlusses an das überregionale Gleisnetz – nahelegen oder erfordern, eine Zubringerbeförderung auf der Straße vorzunehmen.

Nach Auffassung des BGH kann die Anwendbarkeit des CIM schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht von derartigen Wirtschaftlichkeits- oder Zweckmäßigkeitsüberlegungen abhängen. Darüber hinaus sprechen auch Sinn und Zweck des Art. 1 § 3 CIM, den Anwendungsbereich der einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern auszuweiten (vgl. Begründung des Regierungsentwurfes eines Gesetzes zum Protokoll vom 03.06.1999 betreffend die Änderung des Übereinkommens vom 09.05.1980 über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF), BR-Drs. 929/01, S. 197), gegen eine einschränkende Auslegung, wie das Berufungsgericht sie vorgenommen hat.

Der entgegenstehenden, im Schrifttum vertretenen Ansicht, wonach entsprechend den Art. 18 Abs. 2 Satz 2 WA 1955 und Art. 18 Abs. 4 Satz 2 MÜ nur solche Hilfstransporte von Art. 1 § 3 CIM erfasst sein sollen, die dort stattfinden, wo die Bahn den Übernahme- oder Ablieferungsort nicht auf der Schiene erreichen kann (so Koller, Transportrecht, Art. 1 CIM Rn. 4a) vermag der BGH nicht beizutreten, da schon der Wortlaut dieser beiden Regelungen keine einheitliche Auslegung mit Art. 1 § 3 CIM nahelegt. Hinzu kommt, dass Art. 18 Abs. 3 WA 1955 und Art. 18 Abs. 4 Satz 2 MÜ lediglich eine widerlegbare Vermutungsregelung enthalten, wohingegen Art. 1 § 3 CIM klar und eindeutig bestimmt, dass in besonderen Fällen eines multimodalen Transports für die gesamte Beförderungstrecke der Anwendungsbereich der CIM eröffnet ist.

Da nach Auffassung des BGH jedoch noch weitere Feststellungen zu der Frage offen sind, ob und ggf. in welchem Umfang Transportgut während der Obhutszeit der Beklagten abhandeln gekommen ist und das Berufungsgericht auch keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob Ansprüche der Versicherungsnehmerin möglicherweise gemäß Art. 47 § 1 CIM erloschen sind, konnte er die Sache nicht selbst entscheiden. Der BGH hat den angefochtenen Beschluss deshalb aufgehoben und die Sache zur Verhandlung und neuen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

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

Mit der vorliegenden Entscheidung nimmt der BGH erstmals zu der Frage Stellung, wie der Begriff der „Ergänzung“ der grenzüberschreitenden Beförderung auf der Schiene i.S.d. Art. 1 § 3 CIM auszulegen ist. Der BGH erteilt dabei der in der Literatur vertretenen Ansicht, wonach nur solche Hilfstransporte von Art. 1 § 3 CIM erfasst sein sollen, die dort stattfinden, wo die Bahn den Übernahme- oder Ablieferungsort nicht auf der Schiene erreichen kann (so Koller, Transportrecht, Art. 1 CIM Rn. 4a; a.A. Freise in: MünchKomm HGB, CIM Art. 1 Rn. 11), eine klare Absage. Stattdessen kommt es nach Auffassung des BGH darauf an, ob der Straßenbeförderung im Verhältnis zur Schienenbeförderung lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Das ist nach Auffassung des BGH jedenfalls dann der Fall, wenn die Strecke, die auf der Straße zurückgelegt wird, im Verhältnis zu der Strecke, die auf Schienen zurückgelegt wird, „kurz“ ist.

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

Ob die Entscheidung des BGH in der Praxis tatsächlich mehr Klarheit über die Frage, wann die CIM im Falle eines multimodalen Transports Anwendung finden, schaffen kann, bleibt abzuwarten. Eine allgemein gültige Definition, wann der Straßenbeförderung im Verhältnis zur Schienenbeförderung lediglich eine „untergeordnete Bedeutung“ zukommt, bzw. wann eine zurückgelegte Strecke „kurz“ ist, formuliert der BGH nicht. Stattdessen stellt er für den entschiedenen Einzelfall fest, dass die Hilfstransporte auf der Straße sowohl in der Türkei als auch in Deutschland lediglich von untergeordneter Bedeutung waren, da es sich um Binnentransporte über wenige Kilometer in derselben Stadt handelte. In Fällen, in denen die „untergeordnete Bedeutung“ nicht derart offensichtlich ist, dürfte daher eine gewisse Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage, ob die CIM tatsächlich anwendbar sind, fortbestehen.