

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:
17.06.2015

Erscheinungsweise:
vierzehntäglich

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

11/2015

Inhaltsübersicht:

AUFSÄTZE

Anm. 1 **Die Änderungen des DCGK 2015 (Deutscher Corporate Governance Kodex)**
von Dr. Michael Hörting, RA, Stuttgart

Anm. 2 **Einstweiliger Rechtsschutz in Estland (Teil 2)**
von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft mbB, Düsseldorf, Pirkka-Marja Pöldvere, RA'in, Aivar Pilv Law Office, Tallinn, Estland, Tambet Laasik, RA, Aivar Pilv Law Office, Tallinn, Estland

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Anm. 3 **Zur Darlegungs- und Beweislast im Innenhaftungsprozess nach § 93 Abs. 2 AktG bei wertneutralem Verhalten des Vorstands**
Anmerkung zu OLG Nürnberg, Beschluss vom 28.10.2014, 12 U 567/13
von Prof. Dr. Tobias Lenz, RA, Friedrich Graf von Westphalen und Partner

Anm. 4 **Kein Kostenerstattungsanspruch des Streithelfers nach Verfahrensbeendigung durch Vergleich der Hauptparteien**
Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 15.09.2014, II ZB 22/13
von Dr. Richard Backhaus, LL.M., RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht

Anm. 5 **Rechtsanwaltshaftung bei treuhänderischer Geldanlage im Rahmen eines Einlagengeschäftes ohne KWG-Erlaubnis**
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.02.2015, VI ZR 569/13
von Dr. Michael Hippeli, LL.M., Regierungsrat

Zitervorschlag: Hörting, AnwZert HaGesR 11/2015 Anm. 1
ISSN 1869-1331

AUFSÄTZE

1

Die Änderungen des DCGK 2015 (Deutscher Corporate Governance Kodex)

von Dr. Michael Hörtig, RA, Stuttgart

A. Einleitung

Die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (nachfolgend „Kommission“) hat am 05.05.2015 die diesjährigen Anpassungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (nachfolgend „Kodex“) beschlossen.¹ Mit Veröffentlichung im Bundesanzeiger treten sie in Kraft. Im Fokus stehen die weitere Professionalisierung der Aufsichtsratsarbeit sowie die Kodexpflege. Durch drei materielle Kodexänderungen soll nach der Intention der Kommission die zunehmende Bedeutung der Rolle des Aufsichtsrats unterstrichen werden. Im Rahmen der Kodexpflege werden zum einen Anpassungen zur besseren Lesbarkeit und Verschlankung vorgenommen. Zum anderen werden die neuen gesetzlichen Bestimmungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst im Kodex nachgezeichnet.

B. Änderungen betreffend die Aufsichtsratsarbeit

I. Ziffer 5.4.1 Abs. 2 (Regelgrenze für Zugehörigkeitsdauer)

Der Aufsichtsrat soll zukünftig unternehmensspezifisch eine Regelgrenze für die Zugehörigkeitsdauer zum Aufsichtsrat festlegen. „Ziel dieser erweiterten Empfehlung ist, dass sich der Aufsichtsrat bewusst auch unter dem Aspekt der Zugehörigkeitsdauer von Aufsichtsratsmitgliedern mit der im Sinne des Unternehmens besten Zusammensetzung des Gremiums auseinandersetzt“.² Der ursprüngliche Vorschlag der Kommission hatte noch die Festlegung einer starren Begrenzung für die Zugehörigkeitsdauer gefordert. Dies hätte die berechtigten Interessen von Anker- bzw. Familienaktionären unberücksichtigt gelassen, die sich keiner verpflichtenden personellen Rotation im Aufsichtsrat unterwerfen, sondern selbst dauerhaft die Kontrolle Ihrer Beteiligung ausüben wollen. Nicht nur seitens des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins (nachfolgend

„DAV-Handelsrechtsausschuss“) wird die Neuerung als weitere Überregulierung gewertet.³ Festzustellen ist, dass die gewünschte Rotation in Verbindung mit der zunehmenden Reglementierung bei der Neubesetzung von Aufsichtsratsposten die Arbeit eines Nominierungsausschusses jedenfalls nicht erleichtert. So sieht der Referentenentwurf eines Abschlussprüferreformgesetzes eine Änderung in § 100 Abs. 5 AktG vor, wonach alle Mitglieder des Aufsichtsrats mit der Branche, in der die Gesellschaft tätig ist, vertraut sein müssen.⁴

II. Ziffer 5.4.1 Abs. 4 (Transparenz über Zeitaufwand)

Ziffer 5.4.1 erhält einen neuen Abs. 4 mit folgender Empfehlung: Der Aufsichtsrat soll sich für seine Vorschläge zur Wahl neuer Aufsichtsratsmitglieder an die Hauptversammlung bei dem jeweiligen Kandidaten vergewissern, dass er den zu erwartenden Zeitaufwand aufbringen kann. Vor dem Hintergrund gestiegener Anforderungen an die Aufsichtsratsarbeit soll die neue Empfehlung mehr Transparenz für die Kandidaten und für den Aufsichtsrat mehr Klarheit schaffen.⁵ Anstelle des jetzigen, nach Ansicht der Kommission flexiblen Ansatzes stand auch in Diskussion, eine maximale Mandatszählung zu empfehlen. Unter Verweis auf die sehr unterschiedliche Belastung aus einzelnen Mandaten, wurde dies zutreffenderweise verworfen. Für den Aufsichtsrat stellt sich nun die Frage, wie der „zu erwartende Zeitaufwand“ zu bemessen ist. Da sich der Zeitaufwand abhängig von der Lage der Gesellschaft im Verlauf der Zeit erheblich verändern⁶ und dies niemand vorhersagen kann, ist auf den „unternehmensspezifischen Normalfall“ abzustellen. Dieser wurde aber bereits bislang vom Aufsichtsratsvorsitzenden bei der Ansprache eines Kandidaten benannt, ohne dass es dazu einer Kodexempfehlung bedurft hätte.⁷

III. Ziffer 5.4.7 (Persönliche Sitzungsteilnahme)

Die Empfehlung in Ziffer 5.4.7 enthält nun im Vergleich zur bislang geltenden Fassung zwei Verschärfungen. Im Bericht des Aufsichtsrats soll künftig vermerkt werden, wenn ein Mitglied des Aufsichtsrats in einem Geschäftsjahr nur an der Hälfte der Sitzungen des Aufsichtsrats und der Ausschüsse, denen er angehört, oder weniger teilgenommen hat. Bislang war die anprangernde Berichterstattung erst dann angezeigt, wenn weniger als die Hälfte der Sitzungen versäumt wur-

de. Ausschusssitzungen blieben unberücksichtigt. Kodifiziert wurde außerdem, dass als Sitzungsteilnahme auch eine solche über Telefon- oder Videokonferenz gilt; wobei das nicht die Regel sein sollte. Inhaltlich bringt dies nichts Neues, denn auch bislang wurde die Teilnahme im Wege von Telefon- oder Videokonferenz als mit der Empfehlung vereinbar angesehen.⁸ Sofern also ein Aufsichtsratsmitglied von sechs Aufsichtsratssitzungen an dreien per Telefonzuschaltung und nur an einer persönlich teilgenommen hat, bedarf es keiner anprangernden Berichterstattung.⁹ Zur Begründung der Neuerungen führt die Kommission an, es sei wichtig, dass ein Aufsichtsratsmitglied nicht nur anhand von schriftlichen Vorlagen an der Beschlussfassung teilnehme, sondern sich in den ergebnisoffenen und unterschiedliche Standpunkte abwägenden Kommunikationsprozess im Aufsichtsrat einbringe.

C. Anpassungen im Rahmen der Kodexpflege (Auswahl)

I. Präambel

In der Präambel wurde ein neuer Absatz eingefügt, der klarstellt, dass aufsichtsrechtliche Besonderheiten bei börsennotierten Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen nicht im Kodex berücksichtigt werden. Durch die Ergänzung soll potentiellen Missverständnissen vorgebeugt werden. Die Kommission betont, dass die aufsichtsrechtlichen Regelungen in jedem Fall den Empfehlungen und Anregungen des Kodex vorgehen, wenn es insoweit zu „Kollisionen“ kommen sollte. Mit dieser und den im Folgenden dargestellten Anpassungen folgt die Kommission den vom DAV-Handelsrechtsausschuss im Dezember 2014 vorgelegten Änderungsvorschlägen.¹⁰

II. Ziffer 4.3.3 [4.3.4 alt] (Interessenkonflikte)

Die Empfehlung des bisherigen Satz 3 erfährt nach Ansicht der Kommission eine Konkretisierung. Der Passus lautet nun wie folgt: „Bei Geschäften mit Vorstandsmitgliedern vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft. Wesentliche Geschäfte mit einem Vorstandsmitglied nahe stehenden Personen oder Unternehmungen sollen nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden.“ Hiermit wird im Vergleich zur bislang geltenden Fassung zwar klargestellt, dass die Gesellschaft bei Geschäften mit Vorstandsmitgliedern nach § 112 AktG vom Aufsichtsrat vertreten wird, so dass sich

eine Zustimmung erübrigt. Allerdings hat die Änderung auch zur Folge, dass zukünftig wesentliche Geschäfte zwischen einem Vorstandsmitglied und einer Konzerngesellschaft nicht mehr der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen.¹¹

III. Ziffern 5.2 Absatz 2 und 5.3.2 (Prüfungsausschuss)

Der Klammerzusatz „Audit Committee“ hinter dem Wort „Prüfungsausschuss“ wird in beiden Ziffern gestrichen, um Verwechslungen mit dem Audit Committee angloamerikanischen Rechts, dessen Kompetenzen weiter gefasst sind, zu vermeiden.¹² Darüber hinaus wird in Ziffer 5.3.2 Satz 1 die Möglichkeit geschaffen, den Prüfungsausschuss zu entlasten. Die Empfehlung beinhaltet zukünftig nicht mehr die Zuweisung des nahezu gesamten Aufgabenkatalogs an den Prüfungsausschuss. Vielmehr wird die bislang nur für das Aufgabengebiet Compliance vorgesehene Einschränkung „falls kein anderer Ausschuss damit betraut ist“ nach vorne gezogen. Somit können auch andere Themen als Compliance einem anderen Ausschuss überwiesen werden, ohne von der Empfehlung abzuweichen. Die Änderungen gehen wiederum auf Vorschläge des DAV-Handelsrechtsausschusses zurück.

IV. Ziffer 6.1 (Informationelle Gleichbehandlung)

Eine Einschränkung erfährt die Empfehlung in Ziffer 6.1 Satz 2, die nun sinngemäß wie folgt lautet: Die Gesellschaft soll ihren Aktionären unverzüglich sämtliche wesentlichen neuen Tatsachen, die Finanzanalysten und vergleichbare Adressaten mitgeteilt worden sind, zur Verfügung stellen. Durch Einfügung des Wortes „wesentlichen“ vor „neue Tatsachen“ soll nach Ansicht der Kommission mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erreicht werden.

V. Ziffer 6.2 (Im Ausland veröffentlichte Informationen)

Die Empfehlung, wonach Informationen, welche die Gesellschaft im Ausland aufgrund der jeweiligen kapitalmarktrechtlichen Vorschriften veröffentlicht, auch im Inland unverzüglich bekannt gegeben werden sollen, wird gestrichen. Als Begründung führt die Kommission an, dass die gesetzlichen Regelungen ausreichen.

VI. Ziffer 6.3 [6.4 alt] (Finanzkalender)

Bereits bislang sollen die Unternehmen die Termine der wesentlichen wiederkehrenden Veröffentlichungen (u.a. Geschäftsbericht, Zwischenberichte) und den Termin der Hauptversammlung in einem Finanzkalender publizieren. Die Kommission erweitert den Katalog zu veröffentlichen der Termine nun um Bilanzpresse- und Analystenkonferenzen und regelt den Ort der Veröffentlichung des Finanzkalenders (Internetseite der Gesellschaft). Etwaige Unklarheiten betreffend das Medium der Veröffentlichung werden hiermit ausgeräumt.

VII. Ziffer 7.1.4 (Liste von Drittunternehmen)

Ziffer 7.1.4 wird ersatzlos gestrichen. Nach der Empfehlung in Satz 1 sollen Gesellschaften bislang eine Liste von Drittunternehmen veröffentlichen, an denen sie eine Beteiligung von für das Unternehmen nicht untergeordneter Bedeutung halten. Die Kommission begründet die Streichung wiederum mit den ausreichenden gesetzlichen Regelungen.

VIII. Anpassungen an gesetzliche Änderungen

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst am 01.05.2015 wurden Anpassungen in den Ziffern 4.1.5, 5.1.2 Abs. 2 und 5.4.1 Abs. 2 erforderlich. Die Kommission hat daher textliche Streichungen vorgenommen und die gesetzlichen Regelungen nachgezeichnet.

D. Zusammenfassung und Ausblick

Wie bereits eingangs dargestellt, möchte die Kommission durch die weitere Professionalisierung der Aufsichtsratsarbeit die Rolle des Aufsichtsrats stärken. Hierdurch soll dem Trend, immer mehr Aufgaben der Hauptversammlung zuzuweisen, entgegengewirkt werden.¹³ Dieser manifestiert sich derzeit beispielsweise mit der verbindlichen Abstimmung über Vorstandsvergütungen (Say on Pay) oder über Geschäfte mit nahestehenden Personen oder Unternehmungen (Related Party Transactions) im Entwurf der EU-Kommission zur Änderung der Aktionärsrechterichtlinie. Die Intention der Kommission, besagtem Trend entgegenzuwirken, ist zu begrüßen, doch erscheint frag-

lich, ob (die) neue(n) Empfehlungen hierfür das geeignete Mittel sind. In der Öffentlichkeit besteht zudem der Eindruck, dass viele der neuen Kodexempfehlungen nur Selbstverständliches regeln.¹⁴ In Bezug auf die Kodexpflege kann festgehalten werden, dass die Kommission die Änderungsvorschläge des DAV-Handelsrechtsausschusses vom Dezember 2014 zwar teilweise aufgenommen, der umfangreichen Streichung von Empfehlungen aber eine Absage erteilt hat. Somit ist auch in näherer Zukunft nicht mit einer weiteren Verschlan-
kung des Kodex zu rechnen.

E. Literaturempfehlungen

Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins DAV: Stellungnahme zu den Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex in 2015, NZG 2015, 508.

Mense/Klie, Geplante Kodex-Änderungen für 2015 – Weitere Professionalisierung der Aufsichtsratsarbeit im Fokus der Kodex-Kommission, GWR 2015, 92.

¹ Die Kodexfassung kann abgerufen werden unter: <http://www.dcgk.de/de/kommission/die-kommission-im-dialog/deteilansicht/kodexaenderungen-2015-beschlossen.html> (Stand: 23.05.2015).

² Pressemitteilung vom 11.05.2015, abrufbar unter: <http://www.dcgk.de/de/kommission/die-kommission-im-dialog/deteilansicht/kodexaenderungen-2015-beschlossen.html> (Stand: 23.05.2015).

³ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins DAV: Stellungnahme zu den Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex in 2015, NZG 2015, 508, 509.

⁴ Der Referentenentwurf ist abrufbar unter: <http://www.idw.de/idw/portal/d606170> (Stand: 23.05.2015).

⁵ Pressemitteilung vom 11.05.15, abrufbar unter: <http://www.dcgk.de/de/kommission/die-kommission-im-dialog/deteilansicht/kodexaenderungen-2015-beschlossen.html> (Stand: 23.05.2015).

⁶ Illustriert am Beispiel der Deutschen Bank von Mense/Klie, GWR 2015, 92, 94.

⁷ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins DAV: Stellungnahme zu den Än-

derungen des Deutschen Corporate Governance Kodex in 2015, NZG 2015, 508, 509.

⁸ Vgl. Kremer in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, 5. Aufl. 2014, Rn. 1084; Wilsing, in: Wilsing, DCGK, 2012, Ziffer 5.4.7 Rn. 4.

⁹ Selbst wenn die Teilnahme per Telefon- bzw. Videokonferenz die Regel darstellt, hat dies keine Auswirkung auf die Fiktionswirkung.

¹⁰ DAV-Handelsrechtsausschuss: Stellungnahme zum Deutschen Corporate Governance Kodex, NZG 2015, 86.

¹¹ Vgl. zur bislang geltenden Fassung: Ringleb in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, 5. Aufl. 2014, Rn. 845; Goslar, in: Wilsing, DCGK, 2012, Ziffer 4.3.5 Rn. 20.

¹² DAV-Handelsrechtsausschuss: Stellungnahme zum Deutschen Corporate Governance Kodex, NZG 2015, 86, 93.

¹³ Erläuterung der Änderungsvorschläge der Regierungskommission, S. 8, abrufbar unter: <http://www.dcgk.de/de/konsultationen/aktuelle-konsultationen.html> (Stand: 23.05.2015).

¹⁴ Dieter Fockenbrock, Handelsblatt vom 12.05.2015, S. 26.

2

Einstweiliger Rechtsschutz in Estland (Teil 2)

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft mbB, Düsseldorf, Pirkka-Marja Pöldvere, RA'in, Aivar Pilv Law Office, Tallinn, Estland, Tambet Laasik, RA, Aivar Pilv Law Office, Tallinn, Estland

A. Einleitung

Nachdem im ersten Teil des Beitrags der einstweilige Rechtsschutz bei Klageverfahren dargestellt wurde, soll nunmehr der einstweilige Rechtsschutz bei Anträgen einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

B. Die Rechtslage

I. Einstweiliger Rechtsschutz bei Anträgen (im vorgenannten Sinne, in Abgrenzung zu Klagen; auf Estnisch: *esialgne õiguskaitse*)

Im Gegensatz zu dem nicht enumerativen Katalog von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes bei Klagen kann bei Anträgen einstweiliger Rechtsschutz nur dann gewährt werden, wenn das Gesetz ausdrücklich die jeweilige Maßnahme vorsieht. Gemäß Art. 477 Abs. 2 ZPO kann, sofern gesetzlich einstweiliger Rechtsschutz vorgesehen ist, dieser gewährt werden, wenn dies erforderlich ist, um eine bestehende Situation zu bewahren oder vorläufig zu regeln, sofern dies nicht anderweitig gesetzlich geregelt ist. Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen zur Sicherstellung einer klageweisen geltend gemachten Forderung finden auf das Antragsverfahren analog Anwendung.

Beispiele für einstweiligen Rechtsschutz bei Anträgen sind folgende:

- die Bestimmung eines vorläufigen Vermögensverwalters,
- die Bestimmung eines vorläufigen Pflegers für einen Erwachsenen mit eingeschränkter Geschäftsfähigkeit,
- die Verfügung einer vorläufigen Aufenthaltsbeschränkung etc.

II. Gerichtsbarkeit, Zuständigkeit

Das Estnische Gerichtswesen ist durch einen dreistufigen Instanzenzug gekennzeichnet. Erste Instanz, auch für Handelssachen, ist stets das Amtsgericht, in Estland als Landgericht (Estnisch: *maakohus/halduskohos*) bezeichnet. Berufungsinstanz ist eines der zwei Bezirksgerichte (*ringkonnakohos*) in Tallinn und Tartu. Ein Revisionsverfahren beim Staatsgerichtshof (*riigikohos*) in Tartu wird von diesem in wenigen Einzelfällen zugelassen.¹

Das im Klageverfahren als auch im Zuge von Anträgen für den begehrten einstweiligen Rechtsschutz zuständige Gericht ist das Gericht des Hauptsacheverfahrens, § 382 Abs. 1 Satz 2 ZPO. In der Regel handelt es sich bei dem zuständigen Gericht um das erstinstanzliche Gericht, auf Estnisch „*maakohus*“. Verfügungen können jedoch in allen drei Instanzen beantragt werden. Üblicherweise werden entsprechende Anträge jedoch zu Beginn eines Hauptsacheverfahrens gestellt. In der Praxis

ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Maßnahme regelmäßig Bestandteil der Klageschrift.

III. Verfahrensablauf; Verfügungsanspruch

Einstweilige Verfügungen werden durch das Gericht grundsätzlich nur auf schriftlichen Antrag des Antragstellers erlassen. Das Gericht kann von Amts wegen und nach eigenem Ermessen einstweilige Verfügungen nur in familienrechtlichen Angelegenheiten und in vergleichbaren besonderen Fällen erlassen.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Maßnahme muss die Tatsachen enthalten, aus denen sich die Notwendigkeit der Sicherstellung der Vollstreckung aus der parallelen Hauptsacheklage ergibt. Ferner muss der Antrag die beantragten Sicherungsmaßnahmen aufzählen, den Streitwert der Klage und die notwendigen Angaben zum Antragsgegner. Falls der Erlass einer Zwangssicherungshypothek auf mehrere Vermögensgegenstände gleichzeitig beantragt wird, muss der Antragsteller die Aufteilung der Forderung zwischen den verschiedenen Vermögensgegenständen, die mit der Zwangssicherungshypothek belastet werden sollen, wiedergeben, § 381 Abs. 1 ZPO.

Ferner ist das Bestehen der behaupteten Forderung zu begründen und glaubhaft zu machen, § 381 Abs. 2 ZPO. Klarzustellen ist, dass ein Antrag nicht zwingend durch Beweismittel zu untermauern ist. Allerdings können die Erfolgsaussichten des Antrags signifikant erhöht werden, wenn der Antragsteller jedenfalls so viele Beweise präsentiert, dass der Antrag dem ersten Anschein nach begründet ist. Da einstweilige Verfügungen ohne mündliche Verhandlung ergehen, sind Beweismittel mit den Schriftsätzen einzureichen. Auch Klagen, die eine künftige oder bedingte Forderung oder eine Feststellungsklage betreffen, können gesichert werden (§ 377 Abs. 3 Satz 1 ZPO). Eine bedingte Forderung kann nur gesichert werden, wenn die Bedingung während des Verlaufs des Hauptsacheverfahrens vermutlich eintreten wird.

IV. „Isolierter Antrag“ auf Erlass einstweiligen Rechtsschutzes

Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Maßnahme kann auch gestellt werden, bevor ein Hauptsacheverfahren anhängig ist, § 382 Abs. 1 Satz 1 ZPO. In einem solchen Fall muss der Antragstel-

ler darlegen, weshalb er sich außer Stande sieht, gleichzeitig das Hauptsacheverfahren anhängig zu machen. Üblich ist die Begründung, dass der Antragsteller weitere Beweismittel benötigt, bevor er das Hauptsacheverfahren einleiten kann.

In der Praxis sind die Gerichte eher zurückhaltend mit der Gewährung solcher einstweiliger Maßnahmen. Wenn das Gericht vor Einleitung eines Hauptsacheverfahrens eine einstweilige Maßnahme erlässt, muss es eine Frist setzen, binnen derer der Antragsteller das Hauptsacheverfahren einzu-leiten hat. Diese Frist darf maximal einen Monat betragen, § 382 Abs. 2 Satz 1 und 2 ZPO. Hält der Antragsteller diese Frist nicht ein, so hebt das Gericht die Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes auf (§ 382 Abs. 2 Satz 3 ZPO).

V. Sicherheitsleistung

Das Gericht kann den Erlass einer Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes davon abhängig machen, dass der Antragsteller zuvor eine Sicherheit leistet, um den Ersatz des potenziellen Schadens, der dem Antragsgegner aus der Vollstreckung dieser Maßnahme entstehen kann, zu sichern, § 383 Abs. 1 ZPO. Wenn der Antragsteller die Sicherheit nicht binnen der gerichtlich gesetzten Frist leistet, hat das Gericht den Erlass der einstweiligen Maßnahme zu verweigern.

Handelt es sich um eine Forderung in Geld, so fordert das Gericht stets eine Sicherheitsleistung, die sich auf 5% der geltend gemachten Forderung beläuft, allerdings nicht weniger als 32 Euro und nicht mehr als 32.000 Euro. Falls es sich um einen Antrag auf Erlass eines Haftbefehls gegen den Antragsgegner handelt, beläuft sich die Sicherheitsleistung auf mindestens 3.200 Euro und nicht mehr als 32.000 Euro, § 383 Abs. 1 ZPO.

VI. Entscheidung des Gerichts

Wenn ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Maßnahme darauf gerichtet ist, Vermögensverschiebungen zu verhindern, kommt es entscheidend darauf an, dass über den verfahrenseinleitenden Antrag so schnell wie möglich eine gerichtliche Entscheidung ergeht. § 384 Abs. 1 Satz 1 ZPO bestimmt daher, dass das angerufene Gericht über einen solchen Antrag binnen eines Werktages nach Eingang des Antrags zu entscheiden hat. In der Praxis kann diese Frist allerdings länger sein.

Der Antragsgegner und andere Verfahrensbeteiligte werden regelmäßig vor Erlass einer einstweiligen Maßnahme nicht angehört (sog. *ex parte*-Entscheidung). Allerdings kann das Gericht den Antragsgegner anhören, falls dies offensichtlich angemessen ist (insbesondere dann, wenn der Antragsteller die vorläufige Regelung einer streitigen Rechtsbeziehung begehrt, § 384 Abs. 3 ZPO). In der Praxis machen die Gerichte wegen der Eilbedürftigkeit nur selten hiervon Gebrauch.

Auf Antrag einer Partei kann ein Gericht eine Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes durch eine andere ersetzen. Das Gericht kann auch eine Maßnahme aufheben oder ersetzen, falls sich die ursprünglich dem Antrag zugrunde liegenden Umstände geändert haben. Das Gericht kann dies auf Antrag einer Partei vornehmen, jedoch in begrenzten Fällen (bestimmten familienrechtlichen Angelegenheiten) auch von Amts wegen, § 386 ZPO.

VII. Rechtsmittel

Die Gewährung einer Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes durch ein Gericht, ihr Ersatz oder ihre Aufhebung sind mit dem Rechtsmittel der Berufung anfechtbar. Eine ablehnende Entscheidung kann nicht angefochten werden. Der Antragsteller kann jedoch einen neuen Antrag mit neuen Gründen stellen, § 390 ZPO.

VIII. Vollstreckung

Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes werden durch einen Gerichtsvollzieher (*kohtutäituri seadus*) in einem gesonderten Verfahren vollstreckt. Dies bedeutet, dass der Antragsteller in seiner Berechnung der Kosten eines Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes auch die Kosten des Gerichtsvollziehers zu berücksichtigen hat. Wenn beispielsweise der Antragsteller eine Zwangssicherungshypothek über 100.000 Euro begehrt, so hat er zunächst die 5%ige Sicherheitsleistung (s.o. V.) zu erbringen, (d.h. im Beispielsfall 5.000 Euro) und ferner die Kosten des Gerichtsvollziehers i.H.v. 278 Euro. Insbesondere wegen der Sicherheitsleistung kann die Vollstreckung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes für den Antragsteller recht kostenträchtig werden.

C. Zusammenfassung

Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes sind wichtige Instrumente, um die spätere Vollstreckung eines Urteils sicherzustellen. Zu diesem Zweck hat das Gericht die Befugnis, Rechte des Antragsgegners einzuschränken und insbesondere dessen freie Verfügung über sein Vermögen zu begrenzen. Der Antragsteller hat nachvollziehbare Gründe darzulegen und glaubhaft zu machen, aus denen hervorgeht, dass der Antragsgegner Anstalten trifft, die spätere Vollstreckung des Urteils zu erschweren oder gar zu vereiteln.

Der Antragsgegner hat zu Beginn des auf einstweiligen Rechtsschutz gerichteten Verfahrens grundsätzlich wenig Einflussmöglichkeiten und bekommt hiervon in der Regel erst Kenntnis, wenn die Verfügung erlassen wurde. Der Antragsgegner hat jedoch das Recht, gegen eine erlassene Maßnahme Berufung einzulegen.

Estnische Gerichte sind recht großzügig bei dem Erlass von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes in Zivilsachen. Der Antragsteller hat jedoch in Rechnung zu stellen, dass er eine Sicherheitsleistung zu erbringen hat für Schäden, die dem Antragsgegner etwa durch eine rechtswidrige Verfügung entstehen. Wenn sich im Nachhinein herausstellen sollte, dass die behauptete Forderung des Antragstellers nicht besteht und die Verfügung aufgehoben wird, hat der Antragsgegner ein Recht auf Erstattung des durch den Erlass und die Vollstreckung der einstweiligen Maßnahme entstandenen Schadens.

D. Literaturempfehlungen

Lepik/ Torga, *Juridica* 2013, Nr. 10, p. 742, Preliminary injunctions and provisional legal protection in Civil Cases: International Dimensions.

Pärsimägi, Juura 2011, „Action: How to file actions and requests“.

¹ Informationen der deutschen Botschaft in Tallinn unter <http://www.tallinn.diplo.de/contentblob/1961690/Daten/3923131/DLDMBRechtsberatungEST2014.pdf>.

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

3

Zur Darlegungs- und Beweislast im Innenhaftungsprozess nach § 93 Abs. 2 AktG bei wertneutralem Verhalten des Vorstands

Leitsätze:

1. Trotz der Darlegungs- und Beweislast der Vorstandsmitglieder nach § 93 Abs. 2, § 116 AktG, "die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt zu haben", trifft die Gesellschaft die Darlegungs- und Beweislast für den behaupteten Schaden und dessen Verursachung durch ein Verhalten des Geschäftsleiters in dessen Pflichtenkreis, das überhaupt als pflichtwidrig in Betracht kommt, sich insoweit als "möglicherweise" pflichtwidrig darstellt. Gelingen der Gesellschaft die Darlegung und gegebenenfalls der Beweis dieser Umstände, ist es Sache des verklagten Vorstandsmitglieds, seinerseits darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass dessen Verhalten nicht pflichtwidrig oder schuldhaft gewesen ist oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre (im Anschluss an BGH, Urt. v. 04.11.2002 - II ZR 224/00 - BGHZ 152, 280).

2. Bei einer wertneutralen Handlung (hier: Reisekostenerstattung für eine Geschäftsreise), welche als solche keinen ausreichenden Anhaltspunkt dafür liefert, dass das Vorstandsmitglied bei Vornahme der Handlung auch nur "möglicherweise" seine Pflichten als Geschäftsleiter verletzt hat, hat die Gesellschaft weitere Umstände und Indiztatsachen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, die zumindest den Anschein begründen, dass das Verhalten des Vorstandsmitglieds pflichtwidrig gewesen sein könnte.

Anmerkung zu OLG Nürnberg, Beschluss vom 28.10.2014, 12 U 567/13

von Prof. Dr. Tobias Lenz, RA, Friedrich Graf von Westphalen und Partner

A. Problemstellung

Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind bekanntlich – im Innenverhältnis – der Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG (oder auch nach § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Anstellungsvertrag) zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Der Gesellschaft fehlt aber regelmäßig die sachliche Nähe zu den fraglichen schadenverursachenden Entscheidungen des (i.d.R. ehemaligen) Vorstands, die dieser besser überblicken kann. Im Streitfall befände sich die Gesellschaft – sofern die allgemeinen Beweislastgrundsätze greifen würden und die Gesellschaft alle anspruchsbegründenden Tatsachen des § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG darzulegen und zu beweisen hätte – regelmäßig in Beweisschwierigkeiten. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG statuiert deshalb bekanntlich eine Beweislastumkehr zu Gunsten der Gesellschaft: Bei der sog. Innenhaftung trägt das klagende Unternehmen die Darlegungs- und Beweislast für den erlittenen Schaden bei der Leistungs- und den Eintritt einer konkreten Vermögensgefährdung bei der Feststellungsklage. Erst dann hat das in Anspruch genommene Organ darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass es die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters beachtet hat, oder dass es kein Verschulden trifft, oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre (BGH, Urt. v. 04.11.2002 - II ZR 224/00 - NJW 2003, 358; BGH, Beschl. v. 13.03.2006 - II ZR 165/04 - VersR 2006, 1230; BGH, Urt. v. 01.12.2008 - II ZR 102/07 - GmbHR 2009, 199 Rn. 120; ganz allgemein dazu Lenz in: van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht, 5. Aufl., Rn. 74 zur Innenhaftung in § 26 D&O-Versicherung).

Das OLG Nürnberg setzt sich unter Berücksichtigung der bereits im Hinweisbeschluss vom 23.09.2014 gegebenen Umstände nunmehr mit den Angriffen der Berufung auseinander, mit der inhaltlich vorgetragen worden war, dass die Hinweise des Senats, die Klägerin habe die „Möglichkeit einer Pflichtverletzung“ nicht nachgewiesen, der Rechtsprechung des BGH widerspreche, eine Ansicht, die das Oberlandesgericht schließlich – mit Recht – zurückgewiesen hat.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die klagende AG beehrte von ihrem ehemaligen Vorstand die Rückzahlung von Reisekosten, die dieser für Reisen nach Asien aufgewandt hatte und die ihm von der Klägerin erstattet worden waren. Der Aufsichtsrat der Klägerin hatte zuvor die Strategie gebilligt, eine Vertriebsstruktur in Asien aufzubauen. Die Klägerin behauptete, die Asienreisen hätten nicht ihrem, vielmehr lediglich dem Eigeninteresse des Beklagten gedient. Die Reisen hätten letztlich nur der Vorbereitung einer Übernahme der Klägerin (Management-Buy-Out) bezweckt: Wesentliche Vermögenswerte (Quellcodes und Software) hätte der Beklagte vereinnahmt und die Klägerin so „entkernen“ wollen. Aufgrund der angeblich unlauteren, gesellschaftsfremden Zweckverfolgung der Reisen seien die dafür aufgewandten Kosten – so die Ansicht der Klägerin – nicht erforderlich gewesen.

Das LG Nürnberg-Fürth hatte die Klage mit Urteil vom 28.02.2013 (Az. 1 HK O 10801/1) abgewiesen. Hiergegen wandte sich die Klägerin mit der Berufung. Das OLG Nürnberg wies die Berufung schließlich – mit Recht – zurück.

Das Oberlandesgericht begründete seine Entscheidung damit, dass es – entgegen der Ansicht der Klägerin – zur Verfolgung eines Anspruchs aus § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG nicht genüge, dass die Klägerin „irgendein Verhalten des Vorstandsmitgliedes in dessen Pflichtenkreis“ darlege und nachweise. Erforderlich im Sinne der Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 04.11.2002 - II ZR 224/00 - NJW 2003, 358) sei vielmehr, ein Verhalten des Organmitglieds darzulegen, das jedenfalls „als pflichtwidrig erscheinen“ könne. Bei einem „völlig wertneutralen Verhalten“ des Organmitglieds sei eine solche Pflichtwidrigkeit nicht von vornherein anzunehmen. Die Klägerin müsse daher zumindest solche Umstände darlegen (und beweisen), aus denen zumindest der Anschein folge, dass „das dem Beklagten zur Last gelegte Verhalten pflichtwidrig sein könnte“. Dies sei der Klägerin nicht gelungen: Die Geltendmachung von Reisekostenerstattungen sei ein gewöhnlicher Vorgang im Geschäftsleben und daher zunächst jedenfalls einmal „wertneutral“. Die Klägerin hätte daher ergänzend darlegen müssen, dass der Beklagte bei den unternommenen Asienreisen – zumindest auch – gesellschaftswidrige Zwecke verfolgt hätte. Eine bloß theoretische Mög-

lichkeit für die behauptete „Entkernungstheorie“ darzutun, habe – ohne Indizien oder Anhaltspunkte für einen solchen Anschein – nicht ausgereicht.

C. Kontext der Entscheidung

Die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG – eine entsprechende Regelung wurde bereits in das Aktiengesetz von 1937 aufgenommen (§ 84 Abs. 2 Satz 2 AktG a.F.) – findet gleichermaßen Anwendung auf in Anspruch genommene Aufsichtsratsmitglieder (§ 116 AktG) und auch bei Geschäftsführern (BGH, Urt. v. 04.11.2002 - II ZR 224/00 - NJW 2003, 358 auch zu § 43 GmbHG). Eine dem § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG entsprechende Regelung für Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft existiert zudem in § 34 Abs. 2 Satz 2 GenG.

In Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit, dass sich die Beweislastumkehr nicht nur auf das fehlende Verschulden, sondern auch auf die fehlende Pflichtwidrigkeit bezieht, da die Beweislastumkehr ansonsten praktisch wertlos wäre (vgl. zum Meinungsstand statt vieler Hüfner/Koch, AktG, 11. Aufl. 2014, § 93 Rn. 53, m.w.N.).

Der BGH hat in mehreren Entscheidungen (Urt. v. 04.11.2002 - II ZR 224/00 - NJW 2003, 358; Beschl. v. 08.01.2007 - II ZR 304/04 - ZIP 2007, 322; Urt. v. 22.02.2011 - II ZR 146/09 - WM 2011, 752) aber klargestellt, dass die Gesellschaft zunächst darzulegen und zu beweisen hat, dass ein Schaden durch ein Verhalten des betreffenden Organs „in dessen Pflichtenkreis“ verursacht worden ist und sich dieses Verhalten „überhaupt als pflichtwidrig darstellen“ kann. Gelingt der Gesellschaft dieser Nachweis, hat das Organ dann seinerseits darzulegen und zu beweisen, dass es seine Pflichten nicht verletzt oder jedenfalls schuldlos gehandelt hat, und/oder dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre.

Das OLG Nürnberg konkretisiert die Darlegungs- und Beweislast der Gesellschaft für Fälle sog. „wertneutraler Verhaltensweisen“: Bei Verhaltensweisen, die zwar dem dienstlichen Pflichtenkreis des Organs entsprechen, gleichfalls aber wertneutral sind, hat die Gesellschaft ein „Mindestmaß positiver Anhaltspunkte“ darzulegen und ggf. nachzuweisen, die einen An-

schein dahin begründen, dass das jeweilige Organ pflichtwidrig gehandelt hat.

D. Auswirkungen für die Praxis

Gemäß dem Beschluss des OLG Nürnberg reicht es für die erfolgreiche Geltendmachung im Rahmen der Verfolgung eines Schadenersatzanspruchs nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG bei sog. „wertneutralen“ Verhaltensweisen des Vorstands nicht aus, zu behaupten, der Gesellschaft sei durch das fragliche Verhalten, welches in den Pflichtenkreis des betreffenden Organs fällt, ein Schaden entstanden. Mit anderen Worten: Allein die Tatsache, dass ein Verhalten dem dienstlichen Pflichtenkreis des Organs zuzurechnen ist, begründet nicht die von der Rechtsprechung des BGH geforderte „Möglichkeit eines pflichtwidrigen Verhaltens“. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG liefere bei einer solchen Interpretation der BGH-Rechtsprechung auf eine widerlegbare Erfolgshaftung des Vorstandsmitglieds hinaus, die aber – wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt – nicht bezweckt ist (vgl. auch Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, AktG, 2. Aufl. 2014, § 93 Rn. 29). Es bestünde ansonsten in der Tat die Gefahr, dass Vorstandsmitglieder „ohne greifbare Anhaltspunkte für ein pflichtwidriges Verhalten“ erfolgreich in Anspruch genommen werden könnten. Gerade für Fälle wertneutralen Verhaltens würden dann aber zu umfangreiche Anforderungen an die Entlastung des Vorstandsmitglieds gestellt werden.

Indes dürfen die Anforderungen an die Darlegung „möglicher pflichtwidriger Verhaltensweisen“ auch bei wertneutralem Organverhalten nicht überspannt werden, um den Zweck des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht auszuhöhlen: Letztlich ist die Frage der Pflichtwidrigkeit am Vortrag des jeweiligen Organs zu dessen pflichtgemäßem Verhalten zu bestimmen und anhand dessen auch besser beurteilbar (Hölters/Hölters, AktG, 2. Aufl. 2014, § 93 Rn. 269). Von einer Überspannung der Darlegungslast kann aber nicht ausgegangen werden, wenn der Vortrag der Gesellschaft – so wie es in dem vom OLG Nürnberg zu beurteilenden Sachverhalt gewesen sein dürfte – nicht einmal den vernünftigen Schluss auf ein pflichtwidriges Organverhalten dem Anschein nach zulässt.

4

Kein Kostenerstattungsanspruch des Streithelfers nach Verfahrensbeendigung durch Vergleich der Hauptparteien

Leitsatz:

Beenden die Hauptparteien einen Anfechtungsrechtsstreit (unmittelbar) durch einen Prozessvergleich, der eine Kostenregelung nur für die Hauptparteien enthält, können der beklagten Gesellschaft die außergerichtlichen Kosten eines als Streithelfer auf Seiten des Anfechtungsklägers beigetretenen weiteren Aktionärs nicht auferlegt werden.

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 15.09.2014, II ZB 22/13

von Dr. Richard Backhaus, LL.M., RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht

A. Problemstellung

Die Entscheidung betrifft die Frage, inwiefern ein streitgenössischer Nebenintervenient bei einem Prozessvergleich der Hauptparteien, der den Rechtsstreit unmittelbar beendet, einen Anspruch auf Kostenerstattung hat.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

In einem Beschlussmängelstreit über die Wirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen der beklagten AG trat ein Aktionär auf Seite der klagenden Aktionäre als Nebenintervenient bei. Die Kläger und die Beklagte legten ihren Streit in einem echten Prozessvergleich bei, in dem sich die Beklagte verpflichtete, die Gerichtskosten sowie die Kosten der Kläger zu übernehmen. Eine Kostenerstattung für den Nebenintervenienten war im Vergleich nicht vorgesehen. Da das Urteil des Landgerichts keine Kostenerstattung vorsah, verlangte der Streithelfer daraufhin die Festsetzung seiner Kosten (§ 103 f. ZPO), hilfsweise Ergänzung des Urteils um eine Kostenentscheidung (§ 321 ZPO).

Der BGH verneint den Kostenersatz im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung (BGH, Beschl. v. 18.06.2007 - II ZB 23/06 - ZIP 2007, 1337; BGH, Beschl. v. 15.06.2009 - ZB 8/08, ZIP 2009, 1538; BGH, Beschl. v. 14.06.2010 - II ZB 15/09 - ZIP 2010, 1771

zum Prozessvergleich mit Klagerücknahme). Die dort bereits zu findende Begründung überträgt er auch auf den Prozessvergleich im engeren Sinne, der den Rechtsstreit unmittelbar beendet:

Gemäß den §§ 101 Abs. 2, 100 ZPO gelte der Grundsatz der Kostenparallelität nicht für den Aktionär, der wegen der inter omnes Wirkung des Urteils gemäß § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG immer streitgenössischer Nebenintervenient (§ 69 ZPO) ist. Vielmehr sei über seine Kosten eigenständig und unabhängig von der unterstützten Hauptpartei zu entscheiden (§ 100 ZPO). Das Risiko der Beendigung des Rechtsstreits durch die Hauptparteien müsse der starke Streithelfer in Kauf nehmen. Es fehle an einem Obsiegensgrund. Den Interessen des streitgenössischen Nebenintervenienten sei schon dadurch Rechnung getragen, dass er abweichend von § 100 Abs. 1 ZPO im Vergleichsfalle keine Kosten zu tragen habe.

C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil bildet den Schlussakkord eines Reigens von Urteilen, die sich im Kern um die Kostenerstattung des Aktionärs als streitgenössischem Nebenintervenienten bei Beschlussmängelstreitigkeiten drehen. Die Entscheidung war nach den Entscheidungen des BGH zum Prozessvergleich mit Klagerücknahme (vgl. BGH, Beschl. v. 18.06.2007 - II ZB 23/06 - ZIP 2007, 1337; BGH, Beschl. v. 15.06.2009 - ZB 8/08, ZIP 2009, 1538; BGH, Beschl. v. 14.06.2010 - II ZB 15/09 - ZIP 2010, 1771) durch die Übertragbarkeit der dortigen Begründung zu erwarten.

Allerdings setzt sich der BGH mit der verbreiteten Ansicht in der Literatur, über die Kosten sei beim echten Prozessvergleich analog § 91a ZPO zu entscheiden (Backhaus, Beteiligung Dritter bei aktienrechtlichen Rechtsbehelfen, 2009, S. 266 ff.; Kiefner, NZG 2009, 1019, 1021), nur unzureichend auseinander. So übersieht der BGH, dass es durch seine Lesart der aus heutiger Sicht verunglückten, historisch aber stimmigen Regelung des § 101 ZPO zu der befremdlichen Situation kommt, dass der streitgenössische Nebenintervenient zwar für die Kosten der Gegenseite haftet, er also insofern ins Kostenrisiko gehen muss, ihm aber andererseits im Vergleichsfalle kein Kostenerstattungsanspruch zukommen soll, obwohl er – anders als der einfache Nebenintervenient,

dem hier die Kostenparallelität hilft – sein verfassungsrechtlich verbürgtes Gehörsrecht gemäß Art. 103 Abs. 1 GG ausübt. Historisch konnte der streitgenössische Nebenintervenient den Rechtsstreit auch fortführen, wenn die unterstützte Hauptpartei diesen beenden wollte (vgl. Backhaus, Beteiligung Dritter bei aktienrechtlichen Rechtsbehelfen, S. 269).

Dieser nicht zu rechtfertigende Widerspruch hätte durch eine entsprechende Anwendung von § 91a ZPO sachgerecht vermieden werden können. Die harsche Linie des BGH lässt sich zwar durch das Bestreben erklären, zur wirksamen Bekämpfung des organisierten Klagesewens die massenhafte Nebenintervention bei börsennotierten AGs unattraktiv machen zu wollen. Insbesondere bei personalistischen Gesellschaftsstrukturen trägt auch diese rechtspolitische Erwägung nicht mehr.

D. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis herrscht nunmehr für sämtliche Fälle Klarheit. Eine Kostenerstattung hat der streitgenössische Nebenintervenient bei einem Vergleich der Hauptparteien nie zu erwarten. Der Rechtsanwalt muss seinen Mandanten, der sich als Streithelfer im Beschlussmängelstreit seiner Gesellschaft unabhängig von der Rechtsform betätigen möchte, darauf hinweisen, dass er zwar ein Kostenrisiko trägt, im Vergleichsfalle aber auf seinen Kosten sitzen bleiben wird.

5

Rechtsanwaltshaftung bei treuhänderischer Geldanlage im Rahmen eines Einlagengeschäftes ohne KWG-Erlaubnis

Leitsatz:

Zur Haftung eines Rechtsanwalts, der als Treuhänder aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrages Kapital in einem unzulässigen Einlagengeschäft anlegt.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.02.2015, VI ZR 569/13

von Dr. Michael Hippeli, LL.M., Regierungsrat

A. Problemstellung

Vorliegend hatte sich der BGH der (recht seltenen) deliktischen Haftung eines Rechtsanwaltes gegenüber seiner Mandantin zugewendet. Im Kern ging es um die Frage, ob es als sittenwidrig anzusehen ist, wenn ein als Treuhänder agierender Rechtsanwalt zu Investmentzwecken Gelder an ein Unternehmen zuleitet, das keine entsprechende KWG-Erlaubnis für das Einlagengeschäft besitzt, während er zugleich in das Vertriebsmodell und in die Rechtsberatung des Unternehmens eingebunden ist bzw. war.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin beauftragte den beklagten Rechtsanwalt mit der Kündigung eines Rentenversicherungsvertrags und der treuhänderischen Verwendung der frei werdenden Mittel. Ein Teil wurde an die Klägerin ausgezahlt, der Rest an eine GmbH weitergeleitet. Die GmbH verfügte über keine Erlaubnis i.S.d. § 32 Abs. 1 Satz 1 HS. 1 KWG zum Betreiben eines Einlagengeschäfts i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG, sollte aber das Geld nach zehn Jahren verdoppelt an die Klägerin auszahlen. In der Folge kam es zu einer Untersagungsverfügung seitens der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Über das Vermögen der GmbH wurde das Insolvenzverfahren eröffnet.

Eine v.a. auf Schadensersatz gerichtete Klage wies das Amtsgericht zunächst ab, während das Landgericht den Beklagten in seiner Berufungsentscheidung zur Zahlung verurteilte. Auf die Revision des Beklagten hin hob der BGH nun das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung an das Landgericht zurück.

Den Feststellungen des Landgerichts nach habe der Beklagte nämlich zeitweilig sowohl für die Klägerin als auch für die GmbH als Treuhänder fungiert, sei (partiell) in den Vertriebsprozess der GmbH eingebunden gewesen und auch bereits als Rechtsanwalt für die GmbH tätig geworden. Anlasten lassen müsse der Beklagte sich, dass er (in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt) zumindest nicht sorgfältig geprüft habe, ob das Einlagengeschäft der GmbH erlaubnispflichtig gewesen sei bzw. ob eine entsprechende Erlaubnis vorgelegen habe. Wegen der eingetretenen Insolvenz der GmbH werde die Klä-

gerin den Anlagebetrag wohl ganz oder teilweise abschreiben müssen.

Der BGH monierte nunmehr, dass die vom LG getroffenen Feststellungen insgesamt nicht die Annahme sittenwidrigen Handelns des Beklagten tragen würden. Die Unterstützung eines objektiv unzulässigen Vertriebssystems in herausgehobener und für dieses unerlässlicher Funktion sei (erst dann) sittenwidrig, wenn der Funktionsträger sich für dieses System habe einspannen lassen und es zugleich zumindest leichtfertig unterlassen habe, sich über die rechtlichen Rahmenbedingungen des Vertriebs zu vergewissern. In diesem Zusammenhang fehle es im Hinblick auf das sich einspannen lassen an entsprechenden Feststellungen. Zudem sei das betriebene Anlagemodell vor dem KWG-Hintergrund nicht ausreichend beleuchtet worden.

Letztlich spiele es dabei keine Rolle, ob sich das Anlagemodell als Einlagengeschäft in Form der Annahme fremder Gelder als Einlagen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Alt.1 KWG) darstelle. Denn widrigenfalls handele es sich zumindest um eine Annahme anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Alt. 2 KWG). Jedoch sei das Betreiben eines Einlagengeschäfts ohne Erlaubnis aber nur dann unzulässig, wenn es gewerbsmäßig oder in einem Umfang erfolge, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 32 Abs. 1 Satz 1 KWG). Auch Letzteres sei nicht hinreichend untersucht worden.

Für die Annahme eines Sittenverstößes sei in subjektiver Hinsicht (zumindest) die Feststellung erforderlich, dass der Schädiger Kenntnis von denjenigen Tatumständen hatte, die sein Verhalten als sittenwidrig erscheinen lassen. Im Hinblick auf die Unzulässigkeit des Vertriebssystems genüge es indes, dass Funktionsträger es leichtfertig unterlassen haben, sich über die rechtlichen Rahmenbedingungen des Vertriebs zu vergewissern. Zu letzterem Umstand habe das Landgericht zwar mit Hinweis auf die Prüfungspflicht des beklagten Rechtsanwaltes bezüglich der Zulässigkeit des Einlagengeschäftes ausgeführt, zur Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände fehlten aber entsprechende Feststellungen.

Nach Rückverweisung möge das Landgericht auch prüfen, ob nicht bereits ein (vor-)vertraglicher Schadensersatzanspruch wegen ei-

ner Pflichtverletzung des zwischen den Parteien bestehenden Treuhandvertrages/Geschäftsbesorgungsvertrages vorliege. Dies sei insbesondere im Hinblick auf die fehlende Aufklärung der Klägerin von der fehlenden Absicherung des Einlagengeschäfts vorstellbar. Dabei stehe womöglich die bloße Erkennbarkeit von aufklärungspflichtigen Tatsachen – wie der Genehmigungsbedürftigkeit des Anlagemodells oder dessen fehlender Absicherung – der positiven Kenntnis gleich, wenn sich diese dem Vertragspartner nach den Umständen des Einzelfalls aufdrängen mussten und er die Augen davor verschlossen hat.

C. Kontext der Entscheidung

Zu den erlaubnispflichtigen Bankgeschäften zählt das Einlagengeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG. Einlagengeschäft bedeutet danach die Annahme entweder von fremden Geldern als Einlagen (Alt. 1) oder von anderen unbedingt rückzahlbaren Geldern des Publikums (Alt. 2), sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird. Auf eine Verzinsung der Gelder kommt es nicht an. In der Folge bedarf es nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG der schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), wenn im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, derartige Bankgeschäfte betrieben werden sollen. Die Erfüllung einer Alternative genügt, um die Erlaubnispflicht des Geschäfts zu begründen (vgl. Schäfer in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 4. Aufl. 2012, § 1 Rn. 31; BaFin-Merkblatt: Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts (Stand: März 2014)). Der BGH hat an dieser Stelle stimmig argumentiert: Es kann letztlich dahinstehen, welche der beiden Alternativen des Einlagengeschäfts vorliegt. Sowohl das Merkmal „fremd“ in Alt. 1 als auch das Merkmal „rückzahlbar“ zeigt jeweils an, dass die betroffene Einlage nur einstweilig erbracht werden soll, mithin aber wieder zurückzugewähren ist. Vorliegend war also jedenfalls eine der beiden Alternativen einschlägig.

Der BGH auch zu Recht die Frage aufgeworfen, ob in Fällen wie vorliegend nicht bereits eine vertragliche oder quasivertragliche Haftung (culpa in contrahendo) in Betracht kommen könnte. In Rede steht eine Pflichtverletzung des

geschlossenen Mandatsvertrages nach oder vor Vertragsschluss (§ 280 Abs. 1 BGB bzw. §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB).

Der Mandatsvertrag mit einem Rechtsanwalt beinhaltet als Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB die Interessenwahrung des Mandanten durch Rechtsbesorgung. Eine andere Vertragsart (etwa ein gesonderter Treuhandvertrag) kann letztlich nur angenommen werden, wenn die beauftragte Tätigkeit üblicherweise von Angehörigen anderer Berufe wahrgenommen wird und die Rechtsberatung eine völlig untergeordnete Bedeutung hat (vgl. BGH, Urt. v. 17.04.1980 - III ZR 73/79 - NJW 1980, 1855, 1856 ; BGH, Urt. v. 31.10.1991 - IX ZR 303/90 - NJW 1992, 681, 682; BGH, Beschl. v. 30.04.2003 - III ZR 318/02 - NJW-RR 2003, 991). Das Treuhandverhältnis dürfte vorliegend zu keiner Lösung der Betrachtung alleine des Geschäftsbesorgungsverhältnisses führen, da das treuhänderische Agieren eines Rechtsanwaltes recht typisch für die Ausgestaltung des Mandatsverhältnisses ist. Die Rechtsberatung erscheint daher nicht als bloß untergeordnet.

Aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag heraus besteht dann ein nicht gerader geringer Pflichtenkreis den Rechtsanwalt betreffend: Auf ihm bekannte oder offenkundige Gefahren muss der Rechtsanwalt etwa auch außerhalb des ganz konkreten Auftrags (hier: der Wahrnehmung der treuhänderischen Pflichten) nach § 242 BGB hinweisen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass der Mandant sich der ihm drohenden Nachteile nicht bewusst ist, die dem Mandanten drohenden Gefahren wohl aber dem Rechtsanwalt bekannt oder offenkundig sind (vgl. BGH, Urt. v. 29.04.1993 - IX ZR 101/92 - NJW 1993, 2045, 2046, 188; BGH, Beschl. v. 29.09.2011 - IX ZR 184/08 - NJW-RR 2012, 305). Offenkundig bedeutet dabei „für einen durchschnittlichen Berater auf den ersten Blick ersichtlich“ (BGH, Urt. v. 18.12.2008 - IX ZR 12/05 - NJW 2009, 1141, 1142, m.w.N.) bzw. „sich bei ordnungsgemäßer Bearbeitung aufdrängend“ (BGH, Urt. v. 29.11.2001 - IX ZR 278/00 - NJW 2002, 1117, 1118). Zu diesen Gefahren dürfte wohl nicht nur der seitens des BGH angeführte Umstand der fehlenden Aufklärung der Klägerin über die fehlende Absicherung des Einlagengeschäfts zählen, sondern auch und vor allem der Umstand der Interessenkollusion auf Seiten des Beklagten. Schließlich stand der Beklagte vorliegend sowohl im Lager der Klägerin als auch der

GmbH, als er die auf die Klägerin bezogenen treuhänderischen Aufgaben wahrnahm. Nach den §§ 43a Abs. 4, 59b Abs. 2 Nr. 1 lit. e BRAO ist es einem Rechtsanwalt aber verboten, widerstreitende Interessen zu vertreten. Auch § 3 Abs. 1 Alt. 1 BRAO ordnet an, dass der Rechtsanwalt nicht tätig werden darf, wenn er eine andere Partei (allerdings in derselben Rechtssache) im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat.

Kaum schwieriger dürfte es sein, Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB) in Bezug auf den mit dem beklagten Rechtsanwalt geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag herzuleiten. Denn ein Rechtsanwalt hat alleine schon ungefragt zu offenbaren, dass er den Gegner häufig vertritt (BGH, Urt. v. 08.11.2007- IX ZR 5/06 - NJW 2008, 1307, 1308). Es ist anzunehmen, dass ihn diese Offenbarungspflicht erst recht trifft, wenn er sogar in dessen Anlagevertriebsmodell eingebunden ist. In beiden Fällen (Vertragshaftung und culpa in contrahendo) würde die Vermutung des Vertretenmüssens i.S.d. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB die schwierig zu bewerkstelligen Feststellungen zum Kenntnismaßstab des Beklagten im Vergleich zu § 826 BGB zunächst deutlich erleichtern.

Schwerpunkt der Entscheidung war indes die Befassung mit einem sittenwidrigen Verhalten des Beklagten i.S.d. § 826 BGB. Nach § 826 BGB haftet auf Schadensersatz, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt. Dies ist an sich als „Täter“ zunächst derjenige, der ein unerlaubtes Bankgeschäft offeriert/durchführt, wodurch ein anderer einen Schaden erleidet. Besonderheit bei § 826 BGB ist es, dass diesbezüglich nicht die hohen Teilnahmevoraussetzungen aus § 830 BGB gelten (vorsätzliche Mitwirkung an einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung). Vielmehr kann den Tatbestand als „Täter“ auch derjenige erfüllen, der untechnisch gesprochen Beihilfe leistet und wie vorliegend dem eigentlichen „Täter“ lediglich Kapitalgeber zuführt.

Die Sittenwidrigkeit des Handelns hat der BGH vorliegend relativ hohen Anforderungen unterworfen: Die Unterstützung eines objektiv unzulässigen Vertriebssystems (nur) in herausgehobener und für dieses unerlässlicher Funktion sei (erst) sittenwidrig, wenn der Funktionsträ-

ger sich für dieses System habe einspannen lassen und es zugleich zumindest leichtfertig unterlassen habe, sich über die rechtlichen Rahmenbedingungen des Vertriebs zu vergewissern. Diese Begründung der Annahme von Sittenwidrigkeit im gegebenen Kontext überzeugt jedoch nicht, da sie letztlich zu hohe Hürden aufstellt. Schließlich werden hierdurch solche Fälle nicht erfasst, bei denen gerade die bedeutsame und unerlässliche Funktion des „Gehilfen“ kaum nachweisbar ist, sein „Tatbeitrag“ aber bereits deshalb besonders verwerflich ist, da das besondere Vertrauensverhältnis, das in die berufliche Position als Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege üblicherweise gesetzt wird, woraus auch die Gebote der sorgfältigen Prüfung, Recherche und Aufklärung des Mandanten über bestehende Risiken resultieren, verletzt wurde. Dies gilt zumal, wenn der Geschäftsbesorgungsvertrag nicht nur allgemeine Treuepflichten des Rechtsanwaltes, sondern darüber hinaus gesonderte Treuhandspflichten beinhaltet.

Die vorliegende Entscheidung hält sich an dieser Sollbruchstelle zwar auf den ersten Blick innerhalb des Rahmens früherer BGH-Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 13.09.2004 - II ZR 276/02 - ZIP 2004, 2095, 2098). Dort allerdings konnte schwerpunktmäßig nicht auf die Stellung des Beklagten als Rechtsanwalt abgestellt werden, da nur einer der beiden Beklagten als Rechtsanwalt fungierte und die beiden Beklagten (neben dem Rechtsanwalt eine ausländische Limited) arbeitsteilig zusammenwirkten, was eine besondere, beide Beklagte erfassende Begründung erforderte. Vorliegend hätte dagegen darüber nachgedacht werden können, ob der objektive Sittenverstoß nicht bereits aus der besonderen beruflichen Stellung des Beklagten alleine herleitbar war. Ein Sittenverstoß i.S.d. § 826 BGB als Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden kann schließlich anerkanntermaßen auch aus dem empirischen Element der Feststellung der Sittenwidrigkeit bei Anknüpfung an berufsspezifische Verhaltensstandards, insbesondere an Maßstäbe der Standesethik, in Betracht kommen (vgl. Schiemann in: Erman, BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2014, § 826 Rn. 7). Hierzu zählt etwa das Thema des Verbotes der Doppelvertretung bzw. der Berücksichtigung von widerstreitenden Interessen nach dem anwaltlichen Berufsrecht (so wohl auch OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 04.06.2009 - 16 U 204/08).

Hinsichtlich des subjektiven Moments der Sittenwidrigkeit wäre die Tatumstandskennntnis (Kenntnis der Umstände, die die Sittenwidrigkeit ergeben) dann leicht zu begründen, denn das zu beachtende Berufsrecht musste der Beklagte hier ebenso kennen wie er auch evidenterweise um seine (partielle) Eigenschaft als „Diener zweier Herren“ wusste.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Auswirkungen für die Praxis dürften nicht allzu hoch sein. Denn die meisten Rechtsanwälte dürften sich nicht in eine derart aktive Rolle im Zusammenhang mit einem erlaubten Einlagengeschäft und erst recht nicht im Zusammenhang mit einem unerlaubten oder im Hinblick auf eine Erlaubnispflicht unklaren Einlagengeschäft begeben.

Auch bleibt die dogmatische Bedeutung im Rahmen von § 826 BGB überschaubar. Denn regelmäßig werden schadensverursachende Beiträge von „Gehilfen“ im Zusammenhang einem objektiv unzulässigen Vertriebssystem bereits von vertraglichen oder quasivertraglichen Ansprüchen erfasst sein.