

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:
01.06.2016

Erscheinungsweise:
vierzehntäglich

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

11/2016

Inhaltsübersicht:

AUFSÄTZE

Anm. 1

Gesetzliche Neuregelung des Rückzugs von der Börse („Delisting“)

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

Anm. 2

Forum Shopping in Israel? Ein Vergleich des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivilprozessrecht Israels und Deutschlands (Teil 1)

von Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte mbB, Düsseldorf, Dan Assan, RA und Notar, Dan Assan & Partner, Tel Aviv, Israel, Dalja Gimpel, RA'in, Dan Assan & Partner, Tel Aviv, Israel, Isabelle Hampe, Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Dan Assan & Partner, Tel Aviv, Israel

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Anm. 3

Auslegung einer sog. "harten" Bilanzgarantie im Anteilskaufvertrag und Rechtsfolgen ihrer Verletzung

Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 07.05.2015, 26 U 35/12
von Dr. Mirjam Boche, RA'in, ARQIS Rechtsanwälte, Düsseldorf

Anm. 4

Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht bei einer KGaA

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 15.12.2015, II ZR 144/14
von Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA, Oberregierungsrat

Anm. 5

Folgen fehlender Eintragung einer Lizenz in das Unionsmarkenregister gemäß Art. 23 Abs. 1 EGV 207/2009

Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 08.10.2015, 6 U 25/14
von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

Zitiervorschlag: Maser, AnwZert HaGesR 11/2016 Anm. 1
ISSN 1869-1331

AUFSÄTZE

1

Gesetzliche Neuregelung des Rückzugs von der Börse („Delisting“)

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

A. Einleitung

Der Gesetzgeber hat für den Rückzug von der Börse und den Wechsel aus dem regulierten Markt in den Freiverkehr ein zwingendes Abfindungsangebot für alle Aktionäre eingeführt.¹ Die Entscheidung über diese Maßnahmen unterliegt aber weiterhin nicht der Zustimmung der Hauptversammlung.

B. Die Rechtslage

I. Ausgangslage

Eine börsennotierte Gesellschaft kann durch Ausschluss der Minderheitsaktionäre („Squeeze-out“) oder eine Verschmelzung auf eine nicht börsennotierte Gesellschaft ihre Börsennotierung beenden. Man spricht in diesen Fällen von einem „kalten Delisting“, bei dem die Aktionäre durch ein Abfindungsangebot entschädigt werden. Es besteht dann die Möglichkeit, die Höhe der Entschädigung in einem Spruchverfahren auf ihre Angemessenheit überprüfen zu lassen.

Daneben gibt es die Möglichkeit, die Börsenzulassung durch einen entsprechenden Antrag bei der Börse zu beenden („reguläres Delisting“). Dazu hatte der BGH in seiner „Macrotron Entscheidung“ aus dem Jahre 2002 die Zustimmung der Hauptversammlung und ein Abfindungsangebot, das in einem Spruchverfahren überprüft werden konnte, für alle Aktionäre verlangt.² Nachdem das BVerfG im Jahre 2012 festgestellt hatte, dass die Börsenzulassung nicht durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt ist, da diese Regelung zwar die rechtliche, nicht aber die tatsächliche Verkehrsfähigkeit der Aktien als schlichte Ertrags- und Handelschance schützt³, änderte der BGH in der „FRoSTA-Entscheidung“⁴ seine bisherige Rechtsprechung. In dem „FRoSTA-Fall“ ging es zwar nur um einen Segmentwechsel vom regulierten Markt in den Freiverkehr („Downlisting“) und nicht um einen kompletten Rückzug von der Börse („Delisting“). Der

BGH entschied jedoch über den vorliegenden Fall hinaus, dass sowohl beim Down- als auch beim Delisting weder eine Entscheidung der Hauptversammlung noch ein Abfindungsangebot an die Aktionäre notwendig sind.

Diese Entscheidung hatte erhebliche wirtschaftliche Bedeutung, da für die Gesellschaften bzw. ihre Hauptaktionäre eine hohe Liquiditätsbelastung durch eine zwingende Abfindung von Minderheitsaktionären wegfiel. Für die Aktionäre bedeutete es jedoch in aller Regel einen erheblichen Vermögensverlust, da mit Wegfall der Börsennotierung nicht nur die Fungibilität entfiel, sondern auch der Wert der Aktien deutlich zurückging. In der Folge führte die geänderte Rechtsprechung zu einer Vielzahl von Delistings. So gab es im Jahre 2014 allein über 20 Anträge bei den verschiedenen Börsen.

II. Gesetzliche Neuregelung

Aus Kreisen der Aktionärsschützer und Teilen der Wissenschaft wurde die bestehende Rechtslage nach der Änderung der Rechtsprechung kritisiert.⁵ Man sah einen unzureichenden Schutz der Aktionäre. Der BGH hatte die Aktionäre in seiner FRoSTA-Entscheidung auf den kapitalmarktrechtlichen Schutz durch die jeweilige Börse verwiesen. Nach § 39 Abs. 2 Satz 2 BörsG ist die Geschäftsführung einer Börse berechtigt, die Zulassung von Wertpapieren zum Handel im regulierten Markt auf Antrag der Emittentin zu widerrufen, sofern der Schutz der Anleger dem nicht entgegensteht. Die entsprechende Antragstellung liegt als Geschäftsführungsmaßnahme beim Vorstand der Emittentin, der dazu ggf. die Zustimmung des Aufsichtsrates einholen muss. Je nach Börse ist der Schutz unterschiedlich ausgestattet. So reicht es teilweise aus, wenn den Aktionären nach Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung der Börse bis zum Wirksamwerden der Widerrufs hinreichend Zeit verbleibt, ihre Aktien über die Börse zu veräußern. So sieht es beispielsweise das Regelwerk der Frankfurter Wertpapierbörse vor (§ 46 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Abs. 2 Satz 3 BörsO) vor.⁶

Der Gesetzgeber hat die umfangreiche Kritik aufgenommen und eine komplette Neuregelung des Anlegerschutzes beim De- und Downlisting vorgenommen.⁷ Durch Änderung des § 39 Abs. 2 BörsG ist ein Widerruf der Zulassung auf Antrag der Emittentin nur noch zulässig, wenn zuvor ein öffentliches Erwerbsangebot nach dem Wertpa-

piererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) unterbreitet wurde, sofern nicht an einem anderen regulierten Markt einer anderen Börse die Notierung fortbesteht. Bei einem vollständigen Börsenrückzug ist daher allen Aktionären ein Abfindungsangebot auf Basis des gewichteten Durchschnittskurses der letzten sechs Monate vor der Veröffentlichung der Angebotsabsicht nach § 10 WpÜG zu unterbreiten. Eine zwingend durchzuführende Unternehmensbewertung, deren Angemessenheit durch ein Spruchverfahren überprüft werden könnte – wie es zum Beispiel beim Ausschluss der Minderheitsaktionäre vorgesehen ist –, hat der Gesetzgeber jedoch nicht aufgenommen.⁸ Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn aufgrund von Insiderinformationen, Marktmanipulationen oder sonstigen Gründen ein aussagekräftiger Börsenkurs fehlt. In diesen Fällen hat eine Unternehmensbewertung stattzufinden, die dann die Basis für die Entschädigung der Aktionäre darstellt.

C. Bewertung für die Praxis

Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber schnell reagiert und eine Regelung gefunden hat, die den Unternehmen, die ein De- oder Downlisting beabsichtigen, ein vergleichsweise einfaches Verfahren eröffnet, bei dem die finanzielle Belastung durch Abfindungen klar ist. Umgekehrt haben die Aktionäre die Möglichkeit, auf den Wegfall der Börsenzulassung zu reagieren und ihre Aktien dem Bieter – in der Regel wird es der Hauptaktionär sein – zu einem angemessenen Preis zu verkaufen.

Insgesamt handelt es sich wirtschaftlich um eine ausgewogene Lösung. Zu kritisieren ist allerdings, dass eine so weitgehende Strukturmaßnahme ohne Mitwirkung der Aktionäre erfolgen kann.

D. Literaturempfehlungen

Bayer, Delisting: Korrektur der Frosta-Rechtsprechung durch den Gesetzgeber, NZG 2015, 1169.

Groß, Die Neuregelung des Anlegerschutzes beim Delisting, AG 2015, 812.

Goetz, Fragwürdige Neuregelung des Börsenrückzugs, BB 2015, 2691.

Koch/Harnos, Die Neuregelung des Delistings zwischen Anleger- und Aktionärsschutz, NZG 2015, 729.

Mense/Klie, Neues zum Going Private - Praxisfragen zur aktuellen Rechtslage zum Delisting, DStR 2015, 2782.

Roth, Das Gesetz zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie, GWR 2015, 485.

¹ Gesetz zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie v. 20.11.2015, BGBl I 2015 Nr. 46, 2029, 2039.

² BGH, Urt. v. 25.11.2002 - II ZR 133/01 - NJW 2003, 1032 „Macrotron“.

³ BVerfG, Urt. v. 11.07.2012 - 1 BvR 3142/07, 1 BvR 1569/08 - NZG 2012, 826, 828 f.

⁴ BGH, Beschl. v. 08.10.2013- II ZB 26/12 „Frosta“.

⁵ Vgl. etwa Bayer/Hoffmann, AG 2015, R55-R59; Wicke, DNotZ 2015, 488; einen Überblick über die Diskussion gebend: Buckel/Glindemann/Vogel, AG 2015, 373.

⁶ Börsenordnung für die Frankfurter Wertpapierbörse, Stand 18.03.2016, abrufbar unter: <http://www.deutsche-boerse-cash-market.com/blob/1198492/a29dc9dfa533193a4ef54319da7f63ae/data/2016-03-18-Boersenordnung-fuer-die-frankfurter-wertpapierboerse.pdf>, abgerufen am 25.05.2016.

⁷ Vgl. dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/5010, 18/5272, 18/5458 Nr.1) v. 30.09.2015, BT-Drs. 18/6220, S. 83 f; Jahn, AG 2015, R259.

⁸ Groß, Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2016, § 39 BörsG Rn. 19b; Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, BT-Drs. 18/6220, S. 84 f.

Forum Shopping in Israel? Ein Vergleich des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivilprozessrecht Israels und Deutschlands (Teil 1)

von Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte mbB, Düsseldorf, Dan As-

san, RA und Notar, Dan Assan & Partner, Tel Aviv, Israel, Dalja Gimpel, RA'in, Dan Assan & Partner, Tel Aviv, Israel, Isabelle Hampe, Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Dan Assan & Partner, Tel Aviv, Israel

A. Einleitung

Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilprozessrecht ist die Antwort auf ein universal über die Grenzen von Ländern und Rechtsordnungen hinweg auftretendes Parteibedürfnis nach vorläufiger Sicherung des im Hauptsacheverfahren eingeklagten Anspruchs. Es besteht naturgemäß, wenn der Anspruch durch die zu erwartende Verfahrensdauer in der Hauptsache vereitelt zu werden droht.¹

Innerhalb der Europäischen Union war abzusehen, dass durch die Förderung des Binnenmarktes die Anzahl der grenzüberschreitenden Verträge stark ansteigen wird. Dementsprechend können mehrere Gerichte verschiedener Mitgliedstaaten gleichzeitig zuständig sein. Die Parteien können dann den nach zivilprozessrechtlichen Kriterien vorteilhaftesten Gerichtsstand aussuchen. Die Idee des sogenannten „Forum Shopping“ war geboren.

Innereuropäisches „Forum Shopping“ wurde von Anfang an sogar positivrechtlich unterstützt: die Art. 33 ff. EuGVVO² sichern die Anerkennung und Vollstreckung eines mitgliedstaatlichen Urteils ohne besonderes Verfahren in allen anderen Mitgliedstaaten. Ein aus zivilprozessrechtlichen Gründen in Schweden erwirktes Urteil kann also grundsätzlich auch im Heimatland Deutschland vollstreckt werden.

Insbesondere im einstweiligen Rechtsschutz sieht der europäische Ordnungsgeber eine besondere Attraktivität des „Forum Shopping“: gemäß Art. 31 EuGVVO kann die Zuständigkeit für Hauptsacheverfahren und einstweiligen Rechtsschutz zwischen Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten auseinanderfallen. Im einstweiligen Rechtsschutz hat der Kläger, unabhängig von dem Gerichtsstand in der Hauptsache, also erneut die Wahl des vorteilhaftesten Forums einstweiligen Rechtsschutzes in einem anderen Mitgliedstaat.

Obwohl folglich „Forum Shopping“ bezüglich des einstweiligen Rechtsschutzes innerhalb der EU sogar positivrechtlich ausgeformt ist, darf das außer-europäische Forum einstweiligen Rechtsschutzes noch lange nicht als irrelevant vernachlässigt werden.

Der Fall Gurlitt zeigt aktuell, dass die deutsche Geschichte auch heute noch Lebenssachverhalte hervorbringt, in denen ein grenzüberschreitender deutsch-israelischer Fall vorliegt, weil eventuell israelische Rechtsnachfolger existieren. Zudem ist, wie im Fall Gurlitt, überall dort typischerweise das Parteibegehren nach vorläufiger Anspruchssicherung besonders hoch, wo Vermögen oder Vermächtnisgegenstände während des Hauptsacheverfahrens gegen unbefugte Zugriffe Dritter geschützt werden müssen.

Weiterhin ist Israel ein attraktiver potenzieller Vertragspartner grenzüberschreitender Verträge: es verfügte nach Angaben des Forbes Magazine bereits zu Beginn des Jahres 2013 über das weltweit zweitgrößte Start-up-Entwicklungsumfeld, das nach dem amerikanischen Vorbild benannte sog. „Silicon Wadi“ und versammelt derzeit 700 Unternehmensneugründungen allein im Stadtzentrum Tel Avivs³. Israel konnte im Jahr 2013 mehr Unternehmensgründungen pro Kopf verzeichnen als irgendein anderes Land der Welt und führte 61 Unternehmen im NASDAQ, mehr als Europa, Japan, Korea und China zusammen.⁴ Gerade diese israelische Aktivität im patentträchtigen Bereich der High-Tech-Entwicklung begründet ein verstärktes Bedürfnis nach einstweiligem Rechtsschutz in Form von einstweiligen Unterlassungsverfügungen gegen Patentverletzungen. Israelische Gerichte lassen daher eine patentinhaberfreundliche Tendenz zur Gestattung einstweiligen Rechtsschutzes erkennen,⁵ was das israelische Forum an Attraktivität gewinnen lässt.

Diese Überlegungen zeigen, dass ein innereuropäisches „Forum Shopping“ zwar erforderlich, aber nicht hinreichend ist. Folglich soll vielmehr das israelische Forum des einstweiligen Rechtsschutzes Gegenstand der Untersuchung sein, wobei relevante Unterschiede zur deutschen Rechtslage aufgezeigt werden.

B. Einstweiliger Rechtsschutz im israelischen Zivilprozessrecht

I. Kurze Einführung

1. Das israelische Rechtssystem

Historisch bedingt speist sich das israelische Recht aus Rechtsquellen verschiedener Epochen: der ottomanischen Epoche und der britischen

Mandatszeit. Letztere macht den israelischen Rechtsraum dem Common Law System zugehörig. Das hier maßgebliche israelische Zivilprozessrecht, Civil Law Procedure Regulations 5744-1984⁶, entstammt aber der Feder des israelischen Gesetzgebers.

2. Grundsätze des einstweiligen Rechtsschutzes in Israel

Wie auch im deutschen Recht ist Sinn und Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes die Sicherung eines subjektiven Rechts bereits vor Entscheidung im Hauptsacheverfahren.

In Deutschland wie in Israel gibt es zwei Hauptanwendungsfälle, dass durch die lange Dauer des Hauptsacheverfahrens entweder die subjektiven Rechte zu vereiteln drohen oder die Vollstreckung des bereits ergangenen Urteils gefährdet wird.

II. Arten des einstweiligen Rechtsschutzes

Das israelische Zivilprozessrecht kennt fünf Arten einstweiligen Rechtsschutzes:

- **die einstweilige Verfügung** (*Zaw Menia Smani*; Restraining Order)
- **den einstweiligen Arrest** (*Ikul Smani*; Temporary Attachment Order)
- **das Verbot der Ausreise** (*Ikuw Jeziah min Haarez*; Stay of Exit from Israel)
- **die Bestellung eines Zwangsverwalters** (*Minui Kones Nechassim*; Appointment of a Receiver)
- **die Beschlagnahme von Vermögenswerten und einstweilige Zwangsverwaltung von Vermögenswerten** (*Tefissat Nechassim Ve Kinus Nechassim Smani*; Seizure of Assets and Temporary Receivership).

Der einstweilige Arrest ist geregelt in Art. 374 ff. Civil Law Procedure Regulations 5744-1984⁷. Er ist statthaft für die Sicherung einer auf Geld gerichteten Forderung. Die einstweilige Verfügung hingegen ist statthaft für die Sicherung aller sonstigen Ansprüche, insbesondere bei Patent- und Markenstreitigkeiten. Die Statthaftigkeit von Arrest und einstweiliger Verfügung richtet sich also sowohl im

deutschen wie auch im israelischen Zivilprozessrecht nach der Art des Anspruches.

Die Bestellung eines Zwangsverwalters, Art. 388 ff., sowie das Verbot der Ausreise, Art. 384 ff., sind eigenständige Verfahren zur Sicherung aller Arten von Forderungen.

Dem gegenüber stehen in der deutschen Zivilprozessordnung drei Arten einstweiligen Rechtsschutzes: der Arrest (§§ 916 ff. ZPO), die einstweilige Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) und einstweilige Anordnungen z.B. in vollstreckungsrechtlichen Klagen, Ehe- oder Kindschaftssachen.

Ein wesentlicher Unterschied zum deutschen Recht zeigt sich in der allgemeinen Möglichkeit des israelischen Zivilgerichts im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens die Zwangsverwaltung anzuordnen, Art. 388 (a). Dies findet in der deutschen Zivilprozessordnung keine Entsprechung. Die Zwangsverwaltung im israelischen Zivilprozessrecht ist inhaltlich mit der Zwangsverwaltung im Sinne des deutschen Zwangsversteigerungsgesetzes (ZVG) vergleichbar. Die Anordnung der Zwangsverwaltung gemäß § 146 Abs. 1 ZVG setzt aber die hohen Prozess- und Vollstreckungsvoraussetzungen der Zwangsvollstreckung voraus. In Israel ist diese tiefgreifende und effektive Sicherungsmaßnahme im einstweiligen Rechtsschutz also unter wesentlich niedrigeren Anforderungen nutzbar zu machen als in Deutschland.

Das israelische Ausreiseverbot und der persönliche Arrest gemäß § 918 ZPO zeigen Übereinstimmungen: beiden kommt die Sicherungsfunktion zu, die Gefährdung der Zwangsvollstreckung durch Flucht des Vollstreckungsschuldners ins Ausland abzuwenden. Jedoch gibt es maßgebliche Unterschiede. Im israelischen Zivilprozessrecht steht das Ausreiseverbot als eigenständiges Verfahren im Alternativverhältnis zur einstweiligen Verfügung und insbesondere zum dinglichen Arrest. Im deutschen Zivilprozessrecht dagegen ist der persönliche Arrest gemäß § 918 ZPO gegenüber dem dinglichen Arrest gemäß § 917 ZPO streng subsidiär – ist ein dinglicher Arrest zur Sicherung ausreichend, scheidet ein persönlicher Arrest nach deutschem Zivilprozessrecht aus.⁸ Zudem ist die Möglichkeit des persönlichen Arrests nach der ZPO auf Geldforderungen beschränkt. Das israelische Ausreiseverbot hingegen ist keine Form des Arrests und kann für die Sicherung jeder Forderung fruchtbar gemacht werden. Es hat folg-

lich einen weiteren Anwendungsbereich als der persönliche Arrest nach § 918 ZPO.

Andererseits ist das israelische Ausreiseverbot auf der Rechtsfolgenseite aber enger als der persönliche Arrest nach der ZPO. Es erfasst gemäß Art. 384 (b) nur die Beschlagnahme von Ausweispapieren und das Stellen bestimmter Anforderungen an eine Ausreise. Hingegen umfasst der persönliche Arrest nach § 918 ZPO auch die Möglichkeit der Haftanordnung, vgl. die §§ 922, 933 ZPO. Er greift somit nicht nur in die Reisefreiheit, sondern auch in die Freizügigkeit im Inland ein. Zudem ist das israelische Ausreiseverbot gegenüber Ausländern restriktiv anzuwenden. Es müssen also besondere Umstände und Gründe vorliegen, einem Ausländer die Ausreise zu verweigern, vgl. Art. 384 (a). Demgegenüber unterscheidet die deutsche Zivilprozessordnung nicht zwischen In- und Ausländern. Die Staatsangehörigkeit des Vollstreckungsschuldners hat keine Bedeutung für den persönlichen Arrest.⁹

Als Zwischenergebnis ist zusammenzufassen, dass dem israelischen Zivilprozessrecht alle Arten einstweiligen Rechtsschutzes zur Verfügung stehen, die auch dem deutschen Recht bekannt sind. Beim „Forum Shopping“ bewegt sich der deutsche Jurist mithin auch in Israel auf bekanntem Terrain.

Darüber hinaus bieten die einstweiligen Rechtsschutzverfahren in Israel zwei zusätzliche Instrumentarien, die der Effektivität der Anspruchssicherung überaus dienlich sind: die Bestellung eines Zwangsverwalters und das Ausreiseverbot. Beide stehen nach deutschem Recht entweder gar nicht, oder nur subsidiär zur Verfügung. Der israelische einstweilige Rechtsschutz bietet also ein breiteres Spektrum alternativer Verfahren.

Jedoch muss man gewahr sein, dass im israelischen einstweiligen Rechtsschutzverfahren die Sicherungsmaßnahmen zwar leichter zugänglich, aber, z.B. im Fall des persönlichen Arrests, weniger tiefgreifend sind als nach deutschem Recht.

III. Zuständigkeit

Der Gerichtsaufbau in Israel entspricht im Wesentlichen dem in Deutschland. Neben einer Gliederung in verschiedene Gerichtsbarkeiten unterteilt sich der Instanzenzug der ordentlichen Zivilgerichte in die Eingangsinstanzen des *Bet Mishpat Hashalom* (Magistrate Court) und des *Bet Mish-*

pat HaMechosi (District Court). Der District Court ist überdies Rechtsmittelinstanz des Magistrate Court, Art. 52 (a) Courts Law 5744-1984¹⁰. Rechtsmittelgericht gegen erstinstanzliche Entscheidungen und Berufungsurteile des District Court ist gemäß Art. 41 Courts Law der *Bet Mishpat HaElyon* (Supreme Court). Er hat in Israel nicht nur die Funktion des obersten Zivilgerichts, sondern ist auch die letzte Instanz aller Gerichtsbarkeiten.¹¹ Der israelische Supreme Court tagt also sowohl als BGH als auch als BVerfG.

Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ist das Gericht der Hauptsache zuständig, Art. 75 Courts Law.¹²

Die Zuständigkeit in der Hauptsache richtet sich in der Eingangsinstanz nach dem Streitwert. Dem Magistrate Court sind dabei Fälle zugewiesen, deren Streitwert 2.500.000 NIS (ca. 500.000 Euro) nicht übersteigt. Darüber liegende Streitwerte sind dem District Court zugewiesen.¹³ In der Prozessführungspraxis kann der Magistrate Court daher grundsätzlich mit dem Amtsgericht und der District Court mit dem Landgericht verglichen werden.

Neben dem Streitwert kann die Zuständigkeit auch vom Begehren des Klägers/Antragstellers abhängig sein. Das israelische Forum ist als High-Tech-Standort und patentstarkes Land insbesondere bei Patentverletzungen von Bedeutung. Hier hat der District Court die ausschließliche sachliche Zuständigkeit, soweit es um einen Anspruch auf Unterlassung der Patentverletzung geht. Dies gilt dementsprechend auch für einstweilige Verfügungen im Rahmen von Ansprüchen auf Unterlassung von Patentverletzungen. Wird hingegen ausschließlich ein Schadensersatzanspruch aufgrund der Verletzung eines Patentbesitzes geltend gemacht, so richtet sich die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wiederum nach dem geltend gemachten Streitwert. Übersteigt diese nicht die Grenze einer halben Million Euro, kann auch bei einem Magistrate Court Klage eingereicht werden.¹⁴

Ist aufgrund des Streitwerts oder der ausschließlichen Zuständigkeit der District Court die zuständige Eingangsinstanz, eröffnen sich auch viele Optionen des „Forum Shopping“. Gerade bei Patentverletzungen können, je nachdem, wo das Patent verletzt ist und wo die das Patent verletzende Firma ihren Sitz hat, gleichzeitig verschiedene District Courts zuständig sein.

Insgesamt kann das israelische Forum dem Antragsteller durch seine Zuständigkeitsordnung die Möglichkeit bieten, sich auf Grundlage prozesstaktischer Überlegungen zwischen verschiedenen zuständigen Gerichten zu entscheiden.

IV. Voraussetzungen der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes

1. Allgemeine Voraussetzungen

a) Verfahren

Das einstweilige Rechtsschutzverfahren muss grundsätzlich durch einen schriftlichen Antrag bei dem zuständigen Gericht eingeleitet werden. Jedoch genügt zur Wahrung der Form bei Beantragung durch einen Rechtsanwalt auch ein Antrag per E-Mail. Die israelische Formvorschrift ist mithin enger als die Textform i.S.d. § 126b BGB. Nur in dem Fall, dass die Vollstreckung eines gerade oder kürzlich verkündeten Urteils durch einstweilige Maßnahmen gesichert werden soll, darf der Antrag mündlich gestellt werden, vgl. Art. 363 (b). Demgegenüber genügt in Deutschland der mündliche Antrag, vor der Geschäftsstelle zu Protokoll, auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes, vgl. die §§ 920 Abs. 3, 129a Abs. 1 ZPO.

Dem Antrag beigelegt werden muss eine Darlegung des vollständigen, dem Antrag zugrundeliegenden Sachverhaltes in Form einer eidesstattlichen Erklärung, einem *Tazir* (affidavit) des Antragstellers, vgl. Art. 365 (c). Eidesstattliche Erklärungen sind in Israel ein viel gebräuchlicheres Mittel als in Deutschland. Ein Antrag, der sich auf Vermögenswerte bezieht, welche sich bei einer dritten Partei (Halter) befinden, muss darüber hinaus Anschrift und vollen Namen des Eigentümers oder Halters angeben, Art. 365 (d). Dem Antrag muss darüber hinaus eine schriftliche Verpflichtungserklärung beigelegt werden, den Antragsgegner von jedem Schaden freizustellen, der ihm kausal aus der einstweiligen Maßnahme erwächst, sollte diese später doch – aus welchem Grund auch immer – vom Gericht aufgehoben werden, vgl. Art. 365 (b), 364 (a).

In Deutschland existiert mit § 945 ZPO eine nach Sinn und Zweck vergleichbare Vorschrift. Auch sie verpflichtet die Partei, die die Anordnung erwirkt hat, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der aus der Maßnahme erwächst. Jedoch schränkt der

Gesetzgeber die Schadensersatzpflicht aus § 945 ZPO auf im Rahmen der Zwangsvollstreckung ergangene Maßnahmen ein, während in Israel jede einstweilige Maßnahme zur Schadensersatzpflicht führen kann. Zudem nennt § 945 ZPO abschließend die Mängel, an denen die Maßnahme gelitten haben muss, um die Schadensersatzpflicht auszulösen (sie war von Anfang an ungerechtfertigt/wurde aufgrund der §§ 926 Abs. 2, 942 Abs. 3 ZPO aufgehoben). Der israelische Art. 365 (b) tut dies explizit gerade nicht: „[...] if the action is stopped or if the order lapses for any other reason]“.

Weiterhin kann das zuständige israelische Gericht festlegen, dass neben der Verpflichtungserklärung, Art. 365 (b), zusätzlich auch eine Sicherheitsleistung hinterlegt werden muss, wenn es dies unter den konkreten Umständen des Einzelfalles für angemessen und verhältnismäßig hält, vgl. Art. 364 (a, b). Die Höhe der Sicherheitsleistung ist grundsätzlich auf 50.000 NIS (ca. 10.000 Euro) beschränkt, kann diese in Ausnahmefällen aber auch übersteigen, vgl. Art. 364 (c).

Im deutschen einstweiligen Rechtsschutzverfahren gibt es keine grundsätzliche Pflicht des Antragstellers zur Hinterlegung einer Sicherheitsleistung¹⁵, was das israelische Forum für den Antragsgegner attraktiver und für den Antragsteller weniger attraktiv macht.

Im einstweiligen Rechtsschutz besteht in Israel ein grundsätzliches Anhörungserfordernis. Die Anhörung muss in Anwesenheit beider Parteien erfolgen, vgl. Art. 366 (a). Ausnahmsweise kann eine Maßnahme auch ex parte, unter Verzicht auf die Anhörung einer Partei ergehen. Dies aber nur unter der Voraussetzung, dass die durch das Anwesenheitserfordernis ausgelöste Verzögerung dem Antragsteller erheblichen Schaden zufügt oder die Gewährung der Maßnahme beeinträchtigt, Art. 366 (a).

Ist eine ex-parte-Maßnahme ergangen, die kein Arrest ist, muss die Anhörung in Anwesenheit beider Parteien nachgeholt werden. Der Zeitrahmen für die Nachholung ist grundsätzlich eng, nämlich unverzüglich, aber nicht länger als 14 Tage nach Anordnung der Maßnahme, Art. 367 (a).

Handelt es sich bei der ex parte angeordneten Maßnahme um einen Arrest, so darf der Antragsgegner innerhalb einer Frist von 30 Tagen nach Anordnung den Antrag stellen, den Arrest aufzuheben. Diesbezüglich muss eine Anhörung in An-

wesenheit beider Parteien so schnell wie möglich und maximal innerhalb einer siebentägigen Frist seit Stellung des Antrags auf Aufhebung erfolgen, vgl. Art. 367 (c). Eine solche Anhörung soll jedoch nach Maßgabe des Art. 367 (e) nur einen Tag andauern und nach diesem abgeschlossen sein. Ferner gibt es gemäß Art. 369 die Möglichkeit, die Anhörung zum einstweiligen Rechtsschutz durch eine vorgezogene Anhörung in der Hauptsache zu ersetzen, solange sie in Anwesenheit beider Parteien erfolgt. Diese verfahrensrechtliche Möglichkeit dient ausdrücklich der Effektivität des Verfahrens, der Zeitersparnis und der Prozessökonomie.

In Deutschland hingegen gibt es im einstweiligen Rechtsschutzverfahren kein allgemeines zwingendes Anhörungserfordernis. Ob eine Anhörung zu erfolgen hat, unterscheidet sich je nach Art des einstweiligen Verfahrens. Der Arrestbefehl kann gemäß § 922 Abs. 1 Satz 1 ZPO auch ohne Anhörung erlassen werden; bei der einstweiligen Verfügung ist gemäß § 937 Abs. 2 ZPO nur in dringenden Fällen die Anhörung erlässlich.

International schätzen Parteien und Parteivertreter das deutsche Forum dafür, dass es dem Eilcharakter der einstweiligen Verfahren durch das Fehlen eines allgemeinen Anhörungserfordernisses effektiv Rechnung trägt.¹⁶ Als Apple im Jahre 2011 einstweiligen Rechtsschutz gegen die Verletzung eines Geschmacksmusters beim LG Düsseldorf beantragte, konnte die Maßnahme durch Verzicht auf eine Anhörung bereits am nächsten Tag gewährt werden.¹⁷ Andererseits geht die starke Berücksichtigung des Eilcharakters zulasten des rechtlichen Gehörs. Die Abwägung zwischen Eilbedürfnis und dem Recht auf rechtliches Gehör hat der israelische Gesetzgeber im einstweiligen Rechtsschutz eindeutig zugunsten des Rechts auf rechtliches Gehör entschieden.

Allerdings zeigt insbesondere Art. 369, der ausdrücklich der Effektivität des Verfahrens und der Prozessökonomie dient, dass es dem israelischen Gesetzgeber nicht an Sensibilität für diese Verfahrensprinzipien gefehlt hat. Vielmehr hat er im Rahmen des primär dem Antragsteller dienenden einstweiligen Rechtsschutzverfahrens auch die Wahrung der Rechte des Antragsgegners gestärkt. Erneut zeigt das israelische einstweilige Rechtsschutzverfahren also antragsgegnerfreundliche Tendenzen, während das deutsche Verfahren eher zur Seite des Antragstellers neigt.

Im Gegensatz zu den Anwaltsprozessen gemäß § 78 ZPO gibt es im israelischen Zivilprozessrecht keinen Anwaltszwang. Alle Verfahren sind grundsätzlich Parteiprozesse, die § 79 ZPO vergleichbar sind.

Das Gericht kann einstweiligen Rechtsschutz auch vor Klageerhebung in der Hauptsache gewähren. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die Klageerhebung innerhalb einer Sieben-Tages-Frist nach Anordnung der einstweiligen Maßnahme erfolgt, Art. 363 (a).

Gemeinsam ist dem israelischen und dem deutschen einstweiligen Rechtsschutz eine Beweiserleichterung gegenüber dem Hauptsacheverfahren.

Die Wirkung einer einstweiligen Maßnahme endet nach Maßgabe des Art. 370, wenn das Verfahren gestoppt wird, wenn das Urteil erfolgreich vollstreckt ist, mit Ablauf der im Urteil angegebenen Zeit oder wenn nach einer vor Klageerhebung ergangenen Maßnahme i.S.d. Art. 363 (a) nicht fristgemäß, in der Regel innerhalb von sieben Tagen, Klage im Hauptsacheverfahren erhoben wurde.

Die Wirkung einer ex parte ergangenen Maßnahme, die keine einstweilige Verfügung ist, endet auch, wenn die Zustellung an den Antragsgegner nicht gemäß Art. 367 (b) form- und fristgemäß, in der Regel innerhalb von drei Tagen erfolgt ist, es sei denn, das Gericht entscheidet abweichend.

b) Materielle Voraussetzungen

Alle fünf Arten einstweiligen Rechtsschutzes in Israel haben gemeinsame materielle Voraussetzungen. Bei der Entscheidung über Gewährung, Art und Umfang einer einstweiligen Maßnahme soll das Gericht gemäß Art. 362 (b) die folgenden Kriterien in seiner Entscheidung berücksichtigen:

(1) Erstens hat das Gericht im Rahmen einer Abwägung zwei Schadenspositionen gegeneinander abzuwägen: den Schaden, der dem Antragsteller entsteht, wenn kein einstweiliger Rechtsschutz gewährt wird mit dem Schaden des Antragsgegners der entsteht, wenn der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz Erfolg hat. Hierbei ist auch der etwaige Schaden Dritter zu berücksichtigen.

(2) Zweitens prüft das Gericht, ob der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Gebote von Treu und Glauben verstößt. Der Gesetzeswortlaut des Art. 362 (b) (2) „whether the petition was made in good faith“ kann hierbei im Sinne der Generalklausel des deutschen Zivilrechts von Treu und Glauben aus § 242 BGB verstanden werden. Denn obwohl das israelische Rechtssystem aufgrund seiner Rechtsquellen aus der britischen Mandatszeit insgesamt dem Rechtskreis des Common Law zuzurechnen ist, sind deutsche Zivilrechtsprinzipien wie Treu und Glauben im materiellen Zivilrecht Israels fest verankert.

Ein Hauptanwendungsfall treuwidrigen Verhaltens i.S.d. Art. 362 (b) (2) ist die Selbstwiderlegung der Dringlichkeit. Diese ist anzunehmen, wenn einerseits einstweiliger Rechtsschutz beantragt wird, andererseits seit dem schädigenden Verhalten des Antragsgegners unangemessen viel Zeit verstrichen ist.¹⁸ Diesen Anwendungsfall kennt man im deutschen Zivilrecht unter dem Begriff des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) und als Ausprägung des Gebots von Treu und Glauben aus § 242 BGB.

(3) Drittens prüft das Gericht die Geeignetheit und Angemessenheit der Maßnahme unter allen Umständen des konkreten Einzelfalles.

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt.

¹ Vgl. nur Huber in: Musielak, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 916 Rn. 1.

² Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, VO Nr. 44/2001 des Rates v. 22.12.2000.

³ Nachrichten des Deutsch-israelischen Industrie- und Handelskammer v. 12.08.2014, abrufbar unter: <http://israel.ahk.de/news/news-einzelansicht/artikel/start-ups-in-tel-aviv-warum-das-siliconvalley-israels-boomt/?cHash=147158a23eb76579a26b0bfa4bb4a7ef>, abgerufen am 25.05.2016.

⁴ Ausgabe des Forbes Magazine v. 10.02.2013, abrufbar un-

ter: <http://www.forbes.com/sites/theyec/2013/10/02/for-real-innovation-its-not-silicon-valley-but-silicon-wadi/>, abgerufen am 25.05.2016.

⁵ Kobi Meir, *The only road to enforcement: patent infringement lawsuits, building and enforcing intellectual property value*, 2010, S. 129.

⁶ Alle nachfolgend genannten Artikel ohne Angabe des Gesetzestextes sind solche der Civil Law Procedure Regulations 5744-1984.

⁷ Alle weiteren genannten Artikel ohne Angabe des Gesetzestextes sind solche der Civil Law Procedure Regulations 5744-1984.

⁸ Huber in: Musielak, ZPO, § 918 Rn. 2.

⁹ Huber in: Musielak, ZPO, § 918 Rn. 2.

¹⁰ Im Folgenden nur: Courts Law.

¹¹ Vgl. Israel Leshem/Ron Peleg, in: *The International Comparative Legal Guide to: Litigation & Dispute Resolution 2009*, S. 183, abrufbar unter: <http://meitar.com/files/downloads/litigation%20and%20dispute%20resolution%202009.pdf>, abgerufen am 25.05.2016.

¹² Vgl. auch Entscheidung des Supreme Court, 55/66, *Der Vorsitzende des Bezirks Ashdod und sein Gremium gegen Oren*, (Pey/Dalet) 84 Kaf (4) 841 (1966).

¹³ Vgl. Israel Leshem/Ron Peleg, in: *The International Comparative Legal Guide to: Litigation & Dispute Resolution 2009*, S. 183, abrufbar unter: <http://meitar.com/files/downloads/litigation%20and%20dispute%20resolution%202009.pdf>, abgerufen am 25.05.2016.

¹⁴ Fisher/Weiler/Jones, *Patent Infringement in Israel - Practical Guide*, S. 1, abrufbar unter: <http://www.hg.org/article.asp?id=24071>, abgerufen am 25.05.2016.

¹⁵ Zwar steht es im freien Ermessen des Gerichts, die Anordnung des Arrests von der Erbringung einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen, vgl. § 921 Satz 2 ZPO, jedoch ist dies keine allgemein zwingende Voraussetzung.

¹⁶ Vakil/Wendt, *Filing for Preliminary Injunctions in Germany - A Strategic Option for International Patent Disputes*, in: *White & Case Technology Newsflash v. 12.04.2012*, abrufbar unter: <http://www.whitecase.com/articles-04122012/#.VDogp2eSx60>, abgerufen am 25.05.2016.

¹⁷ Vakil/Wendt, *Filing for Preliminary Injunctions in Germany - A Strategic Option for*

International Patent Disputes, in: White & Case Technology Newsflash v. 12.04.2012, abrufbar unter: <http://www.whitecase.com/articles-04122012/#.VDogp2eSx60>, abgerufen am 25.05.2016.

- ¹⁸ Vgl. Israel Leshem/Ron Peleg, in: The International Comparative Legal Guide to: Litigation & Dispute Resolution 2009, S. 185, abrufbar unter: <http://meitar.com/files/downloads/litigation%20and%20dispute%20resolution%202009.pdf>, abgerufen am 25.05.2016.

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

3

Auslegung einer sog. "harten" Bilanzgarantie im Anteilskaufvertrag und Rechtsfolgen ihrer Verletzung

Leitsätze:

1. In der beim Erwerb einer Mehrheit von Geschäftsanteilen an einer GmbH in dem Kaufvertrag aufgenommenen Zusicherung, dass der Jahresabschluss die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft zutreffend darstellt, ist eine so genannte harte Bilanzgarantie zu sehen, die kein begrenzendes subjektives Element enthält.

2. Auf Grund dieser Garantie ist der Erwerber so zu stellen, als habe er die tatsächliche ungünstigere Ertragslage der Gesellschaft gekannt und möglicherweise einen geringeren Kaufpreis verhandelt. Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in dem Sinne, dass die Bilanz aufzufüllen ist, steht ihm hingegen nicht zu.

Orientierungssätze zur Anmerkung:

1. Wird bei einem Mehrheitserwerb von GmbH-Geschäftsanteilen auch zugesichert, dass der Jahresabschluss zum maßgeblichen Stichtag ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft vermittelt, so ist unter Anwendung allgemeiner Auslegungsgrundsätze hierin regelmäßig eine sog. "harte" Bilanzgarantie zu sehen, die typischerweise kein (begrenzendes) subjektives Element enthält.

2. Ergibt die Auslegung, dass eine solche Bilanzgarantie, die für die Kaufentscheidung maßgeblichen Faktoren verbindlich festlegen soll, so ist der Erwerber so zu stellen, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, einen günstigeren Kaufpreis zu vereinbaren. Ein Bilanzauffüllungsanspruch steht dem Erwerber nicht zu.

Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 07.05.2015, 26 U 35/12

von Dr. Mirjam Boche, RA'in, ARQIS Rechtsanwälte, Düsseldorf

A. Problemstellung

Unternehmenskaufverträge enthalten in der Regel sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenebene ein eigenständiges Haftungsregime, das ausdrücklich von den gesetzlichen Regelungen des Kaufrechts nach den §§ 433 ff. BGB abweicht. Im Hinblick auf den operativen Geschäftsbetrieb des Zielunternehmens gibt der Verkäufer selbstständige und verschuldensunabhängige Garantiekklärungen nach § 311 BGB ab. Für den Fall dass diese Garantien unzutreffend sind, wird ein Anspruch des Käufers auf Schadensersatz, der sich an den Regelungen des §§ 249 ff. BGB orientiert, vereinbart.

Das OLG Frankfurt setzt sich sowohl mit der Auslegung einer in der Praxis typischen Formulierung der Jahresabschlussgarantie als auch mit den Rechtsfolgen ihrer Unrichtigkeit auseinander. Die in der Urteilsbegründung getroffenen Aussagen tragen insoweit zur Rechtssicherheit bei und sollten künftig bei der Gestaltung der diesbezüglichen Regelungen in Unternehmenskaufverträgen berücksichtigt werden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt

Die Klägerin wendete sich gegen die Zwangsvollstreckung aus einem Kaufvertrag über Geschäftsanteile an der Zielgesellschaft, die sie von der Beklagten erworben hat. Der nach dem

Kaufvertrag für die Geschäftsanteile zu entrichtende Kaufpreis betrug 675.000 Euro. Darüber hinaus verpflichtete sich die Klägerin zur Rückzahlung von Darlehen, die die Beklagte der Zielgesellschaft gewährt hatte, bis zu einem Höchstbetrag von 185.000 Euro. Der nach einer zum 31.01.2009 fälligen und von der Klägerin geleisteten Teilzahlung in Höhe von 650.000 Euro verbleibende Betrag (Restkaufpreis und Darlehen) war in drei gleichen Jahresraten ab dem 30.12.2009 zu leisten. Wegen der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises und der Rückzahlung der Darlehen hatte sich die Klägerin im Rahmen des Kaufvertrages der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen unterworfen.

Der Kaufvertrag enthielt verschiedene Garantieerklärungen der Beklagten, u.a. die Bestätigung, dass der Jahresabschluss der Zielgesellschaft für das Geschäftsjahr 2007 mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes und unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften erstellt worden sei und ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft vermittele. Für den Fall, dass die Garantieerklärungen unzutreffend sein sollten, war die Käuferin durch Schadensersatz in Geld so zu stellen, wie sie oder die Gesellschaft stehen würde, wenn die entsprechende Garantie zutreffend wäre.

Die Klägerin ließ den Jahresabschluss 2007 überprüfen und kam im Laufe des Jahres 2009 zu dem Ergebnis, dass die Bilanz unvollständig sei und gegen handelsrechtliche Ansatz- und Bewertungsvorschriften verstoße. Statt des bilanzierten Gewinnes in Höhe von 178.389,96 Euro sei von einem Jahresfehlbetrag in Höhe von 29.141,84 Euro auszugehen. Abzüglich einer ermittelten Steuerentlastung in Höhe von 39.410,00 Euro stünden ihr daher mindestens 138.979,96 Euro als Schadensersatz zu. Diesen Anspruch konkretisierte sie im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens anhand der einzelnen Bilanzpositionen und machte zudem einen weiteren Schadensersatzanspruch im Zusammenhang mit dem arglistig verschwiegenen Mangel an einem zum Vermögen der Zielgesellschaft gehörenden Kran geltend, so dass der gesamte geltend gemachte Schaden nach dem Vortrag der Klägerin mindestens 191.015,57 Euro betrug. Der im Wege der Zwangsvollstreckung durch die Beklagte geltend gemachte Betrag sei mit einer weiteren Zahlung in Höhe von

18.984,43 Euro zum Jahresende 2009 beglichen und in der darüber hinausgehenden Höhe durch Aufrechnung mit diesen Schadensersatzansprüchen erloschen.

Das Landgericht gab der Vollstreckungsabwehrklage in vollem Umfang statt (LG Limburg, Urte. v. 29.06.2012 - 1 O 28/10). Die Berufung der Beklagten hatte im Hinblick auf die Höhe der landgerichtlichen Schadensberechnung teilweise Erfolg. Im Ergebnis bestätigte das OLG Frankfurt jedoch, dass die von der Beklagten wegen der offenen Kaufpreisforderung aus dem Kaufvertrag betriebene Zwangsvollstreckung aufgrund des Schadensersatzanspruches der Klägerin für unzulässig zu erklären war.

II. Auslegung der Bilanzgarantie

In seiner Begründung schließt sich das OLG Frankfurt zunächst der Auffassung des Landgerichts an, dass der Klägerin ein Schadensersatz wegen der Garantieverletzung dem Grunde nach zustand.

Mit der Garantie, der Jahresabschluss habe zum maßgeblichen Stichtag ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft vermittelt, habe der Verkäufer eine sog. „harte“ Bilanzgarantie abgegeben. Nach dem Auslegungsmaßstab der §§ 133, 157 BGB sei daher davon auszugehen, dass der Verkäufer dafür einstehen sollte, dass der Jahresabschluss die tatsächlichen Verhältnisse objektiv vollständig und korrekt widerspiegelt. Das OLG Frankfurt führt insoweit aus, damit habe der Verkäufer auch für nicht bekannte Schulden und Eventualverbindlichkeiten bis zum Stichtag einzustehen, mögen diese auch nach subjektiven Kriterien unter Berücksichtigung der bilanzrechtlich erforderlichen Aufstellungssorgfalt nicht erkennbar gewesen sein und im Hinblick auf die Vermögenslage der Zielgesellschaft keine Verletzung der handelsrechtlichen Bilanzierungsgrundlagen darstellen. Daher bestehe eine Einstandspflicht nicht nur für diejenigen unbekanntes Schulden und nicht zurückgestellten Eventualverbindlichkeiten, die später zum Vorschein kommen und nach handelsrechtlichen Grundsätzen unbedingt bilanziell hätten ausgewiesen werden müssen, sondern auch für solche, die aufgrund der angewandten Sorgfalt bis zum Stichtag überhaupt nicht ersichtlich waren.

Unter Anwendung dieser Grundsätze ging das OLG Frankfurt von verschiedenen Verletzungen der Jahresabschlussgarantie durch fehlende oder unzureichende Rückstellungen für (latente) Steuern, Gewährleistungen, Rechtsanwalts-, Beratungs-, Personal- und Wartungskosten sowie verfrühte Teilgewinnrealisierungen für Bauleistungen aus.

III. Höhe des Schadensersatzanspruches

Das Landgericht hatte in der Vorinstanz den Schaden anhand des Vergleichs des in der Bilanz angesetzten Wertes zu dem vom Sachverständigen ermittelten Wert der beanstandeten Position ermittelt.

Demgegenüber besteht der Schaden nach Ansicht des OLG Frankfurt in der Wertdifferenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und einem hypothetisch erzielten niedrigeren Kaufpreis. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass eine solche Bilanzgarantie letztlich die für die Kaufentscheidung und insbesondere für die Kaufpreisfindung maßgeblichen Faktoren verbindlich festlegen soll, sei der Käufer bei einer Garantieverletzung so zu stellen, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Unternehmenskaufvertrag zu einem günstigeren Kaufpreis abzuschließen. Die ersatzfähige Wertdifferenz sei unter Berücksichtigung aller für den Erwerb maßgebenden Umstände, insbesondere unter Einbeziehung der in der Bilanzgarantie genannten Kriterien zu ermitteln und notfalls zu schätzen.

In Hinblick auf die konkrete Berechnung des Schadens führt das Gericht aus, dass der Käufer darlegen müsse, dass die festgestellten Bilanzierungsfehler unter Berücksichtigung aller in der Bilanzgarantie aufgeführten Bewertungsfaktoren zu einem geringeren Unternehmenswert führen konnten. Die aufgrund der Bilanzierungsfehler erforderlichen Korrekturen im Gewinn bzw. Eigenkapital seien allerdings nicht allein ausschlaggebend, da der Jahresüberschuss nur einen Anhaltspunkt für die Bewertung von Gesellschaftsanteilen durch den Kaufinteressenten sei, es also unklar bleibe, welcher Kaufpreis bei dem korrigierten bilanzmäßig ausgewiesenen Gewinn angemessen wäre. Im Wege der Mindestschätzung nimmt das Gericht dann aber ohne weitere Begründung einen Schaden

in Höhe der Differenz des Jahresüberschusses abzüglich eines Abschlags von 20% an.

C. Kontext der Entscheidung

I. Hintergrund

Streitigkeiten über unzutreffende Garantiekklärungen werden in der Praxis zwischen den Parteien des Unternehmenskaufvertrages zu meist außerhalb der ordentlichen Gerichte geklärt. Zu den Fragen der Auslegung bestimmter Garantien und dem Umfang des Schadensersatzes im Falle einer Garantieverletzung existiert daher kaum Rechtsprechung. Gleichwohl haben diese Fragen eine hohe praktische Relevanz und sind bislang in der Literatur auch nicht geklärt.

Dies gilt insbesondere für die Jahresabschlussgarantie, häufig verkürzt als Bilanzgarantie bezeichnet, obwohl sie nicht allein zur Bilanz des Zielunternehmens, sondern auch den übrigen Bestandteilen des Jahresabschlusses Aussagen enthält. Zum einen werden die Verhandlungen über den Kaufpreis des Zielunternehmens häufig maßgeblich auf das im letzten Jahresabschluss des Zielunternehmens ausgewiesene operative Ergebnis gestützt. Zum anderen finden sich im Jahresabschluss zu den meisten operativen Bereichen des Geschäftsbetriebs ergebnisrelevante Positionen, so dass die Jahresabschlussgarantie im Verhältnis zu den spezielleren Garantien – etwa im Bereich der Arbeitnehmer – eine gewisse Auffangfunktion hat.

II. Auslegung der Jahresabschlussgarantie

Der Auslegung der streitgegenständlichen Garantie durch das OLG Frankfurt ist zuzustimmen.

Nach § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB hat der Jahresabschluss einer Kapitalgesellschaft unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft zu vermitteln. Die Bezugnahme auf die „Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung“ enthält eine subjektive Begrenzung der objektiv richtigen Darstellung im Jahresabschluss: Sind die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung und damit die spezielleren Bilanzierungsvorschriften beachtet, sind Abwei-

chungen der tatsächlichen Verhältnisse vom vermittelten Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage unschädlich. Im Hinblick auf die Bildung von Rückstellungen oder Bilanzierung von Verbindlichkeiten bedeutet dies, dass nur die bei der Aufstellung des Jahresabschluss ersichtlichen Sachverhalte Berücksichtigung finden müssen.

Der Vorwurf, das OLG Frankfurt habe sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Parteien die getroffene Regelung im bilanzrechtlichen Sinne oder im reinen Wortsinne verstanden haben (Mehrbrey/Hofmeister, NZG 2016, 419, 420) ist daher unzutreffend. Ebenso wenig handelt es sich bei der Garantie im Wesentlichen um die gesetzliche Regelung des § 246 HGB, weswegen eine bilanzrechtlich einschränkende Auslegung geboten wäre (so aber Mehrbrey/Hofmeister, NZG 2016, 419, 420; Wächter, BB 2016, 711, 712). Der Wortlaut der durch das OLG Frankfurt beurteilten Garantie weicht gerade in dem entscheidenden Punkt der Bezugnahme auf die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung vom bilanzrechtlichen Haftungsmaßstab ab.

Verzichtet der Verkäufer – wie in der vom OLG Frankfurt beurteilten Garantieerklärung – bei Abgabe der Garantie zum Jahresabschluss auf die Einschränkung durch den subjektiven Maßstab „unter Beachtung der Grundsätze der ordnungsgemäßen Buchführung“, ist mithin davon auszugehen, dass die Parteien übereinstimmend einen schärferen Haftungsmaßstab gewollt haben und der Verkäufer insbesondere auch für Verbindlichkeiten, die zum Zeitpunkt der Erstellung des Jahresabschlusses nicht ersichtlich waren, haften wollte.

Allerdings ist davon auszugehen, dass auch im Rahmen einer „harten“ Bilanzgarantie keine Haftung für Positionen besteht, die nach den Bilanzierungsvorschriften des HGB nicht in den Jahresabschluss aufgenommen werden können, da diese für das bilanzielle Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft unerheblich sind.

III. Bilanzauffüllung und Kaufpreisdifferenz

Indem es für die Schadensberechnung nicht auf den unzutreffenden Wert der einzelnen Bilanzpositionen, sondern auf den insgesamt zu

viel gezahlten Kaufpreis abstellt, führt das OLG Frankfurt die von der bisherigen Rechtsprechung begründete und in der Literatur weitgehend geteilte Auffassung fort. Der BGH hatte bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1977 Bedenken gegen den Schadensersatz im Wege der Bilanzauffüllung geäußert, da die Bewertung von Unternehmen durch Kaufinteressenten durch vielschichtige Erwägungen beeinflusst sei, die nicht zwingend in dem bilanzmäßig ausgewiesenen Gewinn oder Verlust ihr Abbild fänden (BGH, Urt. v. 25.05.1977 - VIII ZR 186/75 - NJW 1977, 1536, 1538).

Diesem Grundsatz ist zuzustimmen. Nach § 249 Abs. 1 BGB hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, grundsätzlich den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige nach § 251 Abs. 1 BGB den Gläubiger in Geld zu entschädigen.

Der zum Ersatz verpflichtende Umstand ist gerade nicht die unzutreffende Erfassung bestimmter Bilanzpositionen im Rahmen des Jahresabschlusses als solches, sondern nach der typischen Systematik von Unternehmenskaufverträgen die Unrichtigkeit der diesbezüglichen Garantieerklärung des Verkäufers. Nach Abschluss des Kaufvertrages ist es dem Verkäufer unmöglich, die Richtigkeit der Garantieerklärung herzustellen. Insofern schuldet er Schadensersatz in Geld.

In Übereinstimmung mit den Ausführungen des BGH ist daher nach zutreffender Auffassung des OLG Frankfurt der Käufer grundsätzlich so zu stellen, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Unternehmenskaufvertrag zu einem günstigeren Kaufpreis abzuschließen. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass es nach dem BGH nicht auf den – hypothetischen und ohnehin kaum zu führenden – Nachweis ankommt, ob auch der Verkäufer sich damals mit einem Vertragsschluss unter diesen Bedingungen einverstanden erklärt hätte (BGH, Urt. v. 25.05.1977 - VIII ZR 186/75 - NJW 1977, 1536, 1538).

Der Käufer muss jedoch im Falle einer Verletzung der Jahresabschlussgarantie darlegen und beweisen, dass in Anbetracht der konkreten Un-

richtigkeit des Jahresabschlusses ein niedrigerer Kaufpreis ermittelt worden wäre. Das OLG Frankfurt führt insoweit zutreffend aus, dass der Käufer seiner Darlegungs- und Beweislast nicht bereits dadurch genügt, dass er die Anwendung der Ertragswertmethode bei der Berechnung des Kaufpreises und die Auswirkungen der unzutreffenden Bilanzpositionen auf den im letzten Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinn vorträgt. Wie das Gericht ausdrücklich festhält, ist der im letzten Jahresabschluss bilanziell ausgewiesene Gewinn nur einer von vielen verschiedenen Anhaltspunkten für die Beurteilung der Frage, welcher Kaufpreis angemessen gewesen wäre. Grundsätzlich dürfte es für den Käufer schwierig sein, zu argumentieren, ein niedrigerer Kaufpreis sei angemessen gewesen, wenn die Unrichtigkeit des Jahresabschlusses nur in einer – wenn auch bilanziell ergebnisrelevanten – unzutreffenden bilanziellen Darstellung bestand und keine Auswirkungen auf die tatsächliche wirtschaftliche Ertragskraft des Unternehmens hat.

D. Auswirkungen für die Praxis

I. Formulierung der Bilanzgarantie

Künftig wird der Verkäufer in den Vertragsverhandlungen noch mehr Wert auf die genaue Formulierung der Jahresabschlussgarantie legen müssen. Dem Argument, auch eine Garantie zur Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Zielgesellschaft, die nicht ausdrücklich durch subjektive Elemente eingeschränkt ist, sei vor dem Hintergrund der anwendbaren Bilanzierungsgrundsätze auf die subjektive Erkennbarkeit bilanzierungsfähiger Sachverhalte beschränkt, dürfte durch diese Entscheidung weitgehend die Grundlage entzogen sein.

Relevant ist die gerichtlich festgestellte Auslegung auch für die Versicherbarkeit der Formulierung im Rahmen von Transaktionsversicherungen, sog. Warranty & Indemnity-Versicherungen, die in den vergangenen Jahren zunehmend Bedeutung erlangt haben. Die entsprechende Versicherbarkeit einer Garantie hängt maßgeblich von der Überprüfung der Richtigkeit des Garantieinhalts in der Due Diligence ab. Im Hinblick auf die Jahresabschlüsse beschränken Versicherer zudem den Versicherungsschutz zumeist auf geprüfte Jahresabschlüsse. Die hier geprüfte Garantie geht zum einen über den

Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers, der sich am Wortlaut des § 264 HGB orientiert, hinaus. Zum anderen ist das Bestehen von nicht ersichtlichen Bilanzpositionen im Wege der Due Diligence gerade nicht überprüfbar. Eine entsprechend formulierte „harte“ Bilanzgarantie dürfte daher nicht ohne weiteres versicherbar sein.

II. Regelungen zum Schadensersatz im Unternehmenskaufvertrag

Die Entscheidung des OLG Frankfurt gibt einmal mehr Anlass, die im Unternehmenskaufvertrag regelmäßig recht knapp gehaltenen Regelungen zum Umfang des Schadensersatzes bei Garantieverletzungen zu überdenken.

In der Praxis haben sich bereits zahlreiche grundsätzlich interessengerechte Einschränkungen des Umfangs des Schadensersatzes zugunsten des Verkäufers in Abweichung von den §§ 249 ff. BGB, wie etwa der Ausschluss von entgangenem Gewinn oder der Ersatz interner Kosten, etabliert.

Aus Sicht des Käufers bieten jedoch, wie vorstehend aufgezeigt, weder der pauschale Hinweis auf die Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB noch die dem Urteil des OLG Frankfurt zugrunde liegende Vereinbarung, der Käufer solle durch Schadensersatz in Geld so gestellt werden, wie er oder die Zielgesellschaft stehen würde, wenn die entsprechende Garantie zutreffend wäre, eine hinreichend verlässliche Grundlage für eine Schadensersatzberechnung. Es ist daher empfehlenswert, konkrete und leicht nachvollziehbare Schadensersatzberechnungen ausdrücklich im Unternehmenskaufvertrag zu vereinbaren. Dies bietet aus Sicht des Käufers auch den Vorteil, dass er im Streitfall die konkreten Grundlagen seiner Kaufpreisberechnung gerade nicht offenlegen muss. Er muss in den Verhandlungen dem Verkäufer lediglich plausibel machen, dass die vorgeschlagene Schadensersatzberechnung – etwa für Garantieverletzungen mit nachhaltigem Ergebniseffekt basierend auf den Ergebnis-Multiplikatoren, die dem Verkäufer im Rahmen des Kaufangebots kommuniziert wurden – interessengerecht ist.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Das OLG Frankfurt nimmt im Übrigen Stellung zur der Frage, ob § 442 BGB – wonach Ansprüche des Käufers ausgeschlossen sind, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel der Sache kannte bzw. grob fahrlässig nicht kannte – Anwendung findet, wenn die Parteien die dem Käufer zustehenden Ansprüche im Unternehmenskaufvertrag ausdrücklich und abschließend geregelt und weitergehende gesetzliche Ansprüche gerade ausgeschlossen haben. Sollten die gesetzlichen Vorschriften über die Gewährleistung gerade nicht zur Anwendung kommen, der Verkäufer vielmehr allein nach Garantiegrundsätzen haften, so ist nach zutreffender Ansicht des OLG Frankfurt davon auszugehen, dass auch die Regelung des § 442 BGB in diesem Zusammenhang keine Geltung haben sollte.

4

Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht bei einer KGaA

Orientierungssatz zur Anmerkung:

Voraussetzung der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht bei einer KGaA ist i.S.d. § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. den §§ 161 Abs. 2, 117, 127 HGB ein wirksamer Hauptversammlungsbeschluss für einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung.

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 15.12.2015, II ZR 144/14

von Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA, Oberregierungsrat

A. Problemstellung

Soweit ersichtlich musste sich der BGH erstmalig damit befassen, was die dogmatischen Voraussetzungen für die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht bei einer KGaA sind. Drei Wege waren dabei denkbar:

1. eine Fundierung in den eigens für die KGaA vorgesehenen Regelungen der §§ 279 ff. AktG,
2. eine Lösung über das Personengesellschaftsrecht ausgehend von § 278 Abs. 2 AktG, oder
3. eine allgemeine aktienrechtliche Lösung vermittelt § 278 Abs. 3 AktG.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der BGH musste den bisherigen Sach- und Streitstand nach billigem Ermessen beurteilen, um die Kosten aufgrund übereinstimmender Erledigterklärung zu verteilen (§ 91a ZPO). Dabei wurden dem Kläger die Kosten auferlegt, da die Beklagte im Revisionsverfahren voraussichtlich obsiegt hätte.

Zugrunde lag der Fall, dass eine KGaA (Klägerin) ihrer Komplementärin (Beklagte) die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht entziehen wollte. Die Klage wurde dabei auf einen entsprechend gefassten Hauptversammlungsbeschluss gestützt.

Die Vorinstanz hatte die Klage abgewiesen, weil es keinen wirksamen Beschluss der Hauptversammlung gegeben habe. Denn der gleichwohl gefasste Beschluss sei als nichtig anzusehen, da die Hauptversammlung wirksam abgesagt worden sei. Zumindest aber sei die Beschlussfassung i.S.d. § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar gewesen.

Hieran anknüpfend hat sich der BGH nun dahingehend eingelassen, dass die maßgebliche Voraussetzung für die angestrebte Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht, ein wirksamer Hauptversammlungsbeschluss i.S.d. § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. den §§ 161 Abs. 2, 117, 127 HGB, jedenfalls fehle. Die Feststellungen der Vorinstanz hierzu seien nicht zu beanstanden.

C. Kontext der Entscheidung

Die vorliegende Entscheidung steht im engen sachlichen Zusammenhang mit dem Urteil des selben Senats zur Absage der Hauptversammlung durch das einberufende Organ bei Einberufung aufgrund Aktionärsverlangens (BGH,

Urt. v. 30.06.2015 - II ZR 142/14 - AG 2015, 822, m. Anm. Hippeli, jurisPR-HaGesR 12/2015 Anm. 1). Das dort zugrunde liegende Verfahren wurde zwischen denselben Prozessparteien geführt. In seinem Urteil hatte der BGH (auch) den maßgeblichen Hauptversammlungsbeschluss wegen Vorliegens eines Anfechtungsgrunds für von Anfang an nichtig erklärt. Es überrascht daher wenig, dass die vorliegende Entscheidung lapidar – allerdings unter Bezugnahme auf diese Parallelentscheidung aus 2015 – davon ausgehen konnte, dass kein wirksamer Hauptversammlungsbeschluss vorlag, der i.S.d. § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. den §§ 161 Abs. 2, 117, 127 HGB erforderlich ist, um das gerichtliche Verfahren zur Entziehung einleiten zu können.

Darüber hinaus ist die nunmehrige Entscheidung nicht zu beanstanden. § 278 Abs. 2 AktG erklärt für die KGaA die KG-Vorschriften insbesondere im Hinblick auf die Befugnis der Komplementäre zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft für anwendbar, was auch die etwaige Rechteentziehung im Verhältnis KGaA/Komplementärin betrifft (so bereits Sethe, AG 1996, 289, 295; Cahn, AG 2001, 579, 581; Koch in: Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 278 Rn. 11). Die §§ 117, 127 HGB, welche über den Verweis in § 161 Abs. 2 HGB auch die Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht bei der KG regeln, sprechen sodann von einem „Antrag der übrigen Gesellschafter“ gerichtet auf eine gerichtliche Entscheidung. Diese übrigen Gesellschafter finden sich bei der KGaA auf einer Hauptversammlung vereint wieder, wo der entsprechende Antragsbeschluss gefasst werden muss.

Zu konstatieren ist, dass damit einer der wenigen Rechtsprechungsfälle vorliegt, der bei der KGaA § 278 Abs. 2 AktG und damit den personalistischen Aspekt der KGaA zur Anwendung bringt. Bislang existieren wesentlich mehr Rechtsprechungsfälle, die über § 278 Abs. 3 AktG die kapitalistischen Regelungen des Aktienrechts für anwendbar erklären. Das Verhältnis im Rahmen von §§ 278 ff. AktG lässt sich dabei im Übrigen wie folgt beschreiben (vgl. Bachmann in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 278 Rn. 21; Herfs, AG 2005, 589, 591):

Zunächst ist zu prüfen, ob das zu untersuchende Rechtsverhältnis in den §§ 279 bis 290 AktG geregelt ist. Diese Vorschriften enthalten die aktienrechtlichen Spezialregelungen für die KGaA,

die als *lex specialis* § 278 Abs. 2 und Abs. 3 AktG zwingend vorgehen. Ist dies wie im Zusammenhang mit der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis/Vertretungsmacht nicht der Fall, ist zu untersuchen, ob das betreffende Rechtsverhältnis in § 278 Abs. 2 AktG angelegt ist. Ist dies zu bejahen, gilt Personengesellschaftsrecht. Lässt sich das Rechtsverhältnis nicht unter § 278 Abs. 2 AktG subsumieren, gilt gem. § 278 Abs. 3 AktG das übrige Aktienrecht. Dieses Stufenverhältnis hat der BGH vorliegend eingehalten und zu Recht auf § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. den §§ 161 Abs. 2, 117, 127 HGB abgestellt.

D. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis bedeutet die Entscheidung eine weitere judikativ abgesicherte Abgrenzung innerhalb des Binnenrechts der KGaA.

5

Folgen fehlender Eintragung einer Lizenz in das Unionsmarkenregister gemäß Art. 23 Abs. 1 EGV 207/2009

Leitsatz:

Ist die für eine Gemeinschaftsmarke erteilte Lizenz nicht im Register eingetragen, kann sich der Inhaber dieser Lizenz gegenüber einem Erwerber der Marke nur dann auf seine Lizenz berufen, wenn der Erwerber Kenntnis von der Lizenzerteilung hatte (Art. 23 Abs. 1 GMV). Dafür reicht es nicht aus, wenn dem Erwerber die Klausel eines zwischen dem früheren Markeninhaber und dem Lizenznehmer geschlossenen Vertrages bekannt war, aus der sich erst im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung entnehmen lässt, dass damit eine Lizenz an der Gemeinschaftsmarke erteilt werden sollte.

Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 08.10.2015, 6 U 25/14

von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

A. Problemstellung

Das OLG Frankfurt hatte sich im Kontext mit der Auslegung eines völlig „verunglückten“ grenzüberschreitenden „Anteils- und Markenkaufvertrags“ einer offenbar in der Krise befindlichen Unternehmensgruppe als Verkäufer u.a. mit der Frage auseinanderzusetzen, welche Konsequenz die unterbliebene Eintragung der Lizenzerteilung beim früheren HABM (Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt, Marken, Muster und Modelle, seit dem 23.03.2016 umbenannt in Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) hat. Nach Art. 23 UMV (Verordnung (EG) Nr. 207/2009 i.d.F. der Verordnung (EU) 2015/2424, Unionsmarkenverordnung, bisher GemeinschaftsmarkenV/GMV) entfaltet die Lizenzierung (vgl. Art. 22 Abs. 1 UMV) gegenüber Dritten mit Rechten an der Marke Wirkung erst ab der fakultativen Eintragung in das Unionsmarkenregister (vgl. Art. 22 Abs. 5 UMV), sofern der Dritte keine Kenntnis von der Lizenz zum Zeitpunkt seines Rechtserwerbs hat (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 UMV). Dadurch wird der gutgläubige Dritte gegen Rechtsänderungen geschützt.

Im inländischen Markenrecht ist die Eintragung einer Lizenz im Markenregister nicht vorgesehen, wenngleich § 30 Abs. 5 MarkenG den früheren Lizenzinhaber gegenüber dem späteren schützt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt

Streitgegenstand des Rechtsstreits vor dem OLG Frankfurt sind behauptete Ansprüche der Klägerinnen gegen die Beklagte wegen „Mitwirkung“ an einem Vertragsbruch zulasten der Klägerinnen im Hinblick auf den gescheiterten Erwerb einer Marke von einer dritten Partei. Dem liegt folgendes zugrunde:

Die Klägerinnen, eine niederländische „E“ B.V. (E) und eine D Belgium N.V.(D), schlossen am 21.10.2011 mit in dem Urteil ebenfalls verkürzt als Y 1 GmbH und Y 2.1 GmbH & Co. KG beschriebenen Vertragsparteien einen deutschem Recht unterstehenden „Anteils- und Markenkaufvertrag“. Danach übertrug die Y 1 als Alleingesellschafterin alle Anteile an der niederländischen „Y 3 NL“ auf die Klägerin zu 1 (of-

fenbar die E) und alle ihre Anteile an der belgischen Y 4 S.A („Y 4 BE“). auf die Klägerin zu 2 (offenbar die D.). Die Y 1 war damals Inhaberin einer Wort- und Bildmarke „Y“, die als Gemeinschaftsmarke beim HABM eingetragen war. In dem fraglichen Vertrag verabredete man diesbezüglich im Ergebnis, diese Marke dergestalt aufzuspalten bzw. lastenfrei zu „übertragen“, dass ein gespaltener Teil der Markenrechte als nationale Rechte in das Markenregister der Benelux-Staaten eingetragen werden sollten (während ansonsten die Rechte der Y1 unberührt bleiben sollten). Man wollte mit der Y-Marke einen gemeinsamen Markenauftritt in Europa generieren, für die Klägerinnen in Belgien und den Niederlanden. Teil der Vertragsdokumentation war zudem ein langfristig angelegter und nicht näher beschriebener Liefervertrag. Bei der Farb- und Formgebung wollte man sich eines „Y CI Manuels“ bedienen, das der „Lizenznehmerin“ (gemeint waren die Klägerinnen) bekannt sei, die bei „Unterlizenzen“ die Unterlizenznehmer darauf ebenfalls zu verpflichten hatten. Das Problem dieser in sich schon etwas widersprüchlichen Dokumentation war, dass die Markentransaktion zwar offenbar ein ganz entscheidender Vertragsbestandteil sein sollte, die angestrebte (Teil-)Übertragung jedoch markenrechtlich nach Maßgabe der GMV/UMV aber nicht möglich war und ist (vgl. nur Art. 1 Abs. 2 UMV), sondern eben nur die Lizenzierung. Die für Markenrechte zuständigen Bearbeiter der Klägerin zu 2) erkannten dieses Problem rechtzeitig vor dem Vertragsabschluss und unterrichteten die Geschäftsleitung der Y 1. Es bedürfe einer Umwandlung in nationale Einzelmarken anstelle einer „Spaltung“, man fragte auch, wieso von „Lizenznehmerin“ in dem Vertrag gesprochen werde. Ungeachtet dessen wurde das Vertragswerk ohne Änderungen bzw. Anpassungen abgeschlossen.

Etwa ein Jahr später, am 26.09.2012, kam die Beklagte ins Spiel und schloss ihrerseits mit der Y-Gruppe einen notariellen Kaufvertrag, dessen Gegenstand die Übertragung des gesamten Markenportfolios der Y war und zwar einschließlich der „Klagemarke“. Man kannte dabei sehr wohl das frühere Vertragswerk. Die Interessen der späteren Klägerinnen versuchte man in der Dokumentation aus 2012 durch eine Regelung zu wahren, wonach die Y eine Lizenz an der fraglichen Marke für den Benelux-Raum einräume, die als Unterlizenz weitergegeben werden könne (unklar bleiben die Einzelheiten, u.a. dazu,

wer Lizenznehmer und Unterlizenznehmer sein sollte). Die Y versicherte ferner, über die Rechte verfügen zu können; sie seien mit Ausnahme der vorstehenden Lizenz frei von Rechten Dritter. Ferner stellte die Y die Käuferin von etwaigen Ansprüchen der Klägerinnen frei. Diese behaupteten im Prozess, die Beklagte habe kollusiv mit der Y 1 zu ihrem Nachteil zusammen gewirkt.

Im erstinstanzlichen Verfahren vor dem LG Frankfurt begehren die Klägerinnen die Verurteilung der Beklagten dahingehend, der Umwandlung der Gemeinschaftsmarke Y in nationale Marken zumindest für die Benelux-Staaten zuzustimmen, diese Marke an die Klägerin zu 1) abzutreten und der Eintragung in das Benelux-Markenregister ebenfalls zuzustimmen. Die Klage wurde abgewiesen; die „Umwandlung“ in eine nationale Marke setze den vorherigen Verzicht auf die Gemeinschaftsmarke (heute: Unionsmarke) voraus; einen Anspruch auf einen solchen Verzicht hätten die Klägerinnen nicht dargetan.

In der Berufung haben die Klägerinnen die Auffassung vertreten, man sei sich in dem Vertrag vom Oktober 2011 über die „Atomisierung“ der Unionsmarke in nationale Marken einig gewesen. Jedenfalls ergebe sich daraus, so das Ergebnis des Berufungsvortrags der Klägerinnen, dass ihnen eine „ausschließliche“, unbefristete und weiter lizenzierbare Lizenz eingeräumt werden sollte. Dies folge auch aus dem (hohen) Kaufpreis, denn der Wert der Y-Gruppe sei mit Ausnahme der Marke und der Immobilien „negativ“ gewesen. Die Beklagte hafte jedenfalls nach § 25 HGB für die Schulden der Y 1. Die Klägerinnen wiederholten daher in der Berufung ihren oben umrissenen Klageantrag der 1. Instanz und stellten entsprechend ihrem weiteren Berufungsvortrag Hilfsanträge im Wesentlichen dahingehend, die Beklagte zum Verzicht auf die Unionsmarke und zur Umwandlung der Marke Y „jedenfalls“ in eine Benelux-Marke zu verurteilen. Höchst hilfsweise für den Fall der Abweisung dieser Berufungsanträge begehren die Klägerinnen die Verurteilung der Beklagten zur Eintragung der vorstehend ebenfalls umrissenen ausschließlichen Lizenz für die Benelux-Staaten im Unionsmarkenregister. Der Beklagten sollte bei diesem Hilfsantrag unter Androhung von Ordnungsmitteln ferner untersagt werden, gegen die etwaige Anmeldung eigener nationaler Marken der Klägerinnen im Bene-

lux-Markenregister irgendwelche Rechtsbehelfe einzulegen, soweit diese Anmeldungen sich mit der streitgegenständlichen Marke der Y deckten.

Die Beklagte verteidigte das angefochtene Urteil des Landgerichts und erhob im Rahmen ihrer Anschlussberufung Feststellungswiderklage dahingehend, die Klägerinnen seien gegenüber der Beklagten nicht Lizenzinhaber an der betreffenden Unionsmarke „Y“ geworden. Das OLG Frankfurt hat die Berufung der Klägerinnen zurückgewiesen, dem Feststellungsantrag der Beklagten stattgegeben und die Revision nicht zugelassen. Die Klägerinnen haben offenbar Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH eingelegt (zu VI ZR 658/15), über die Anfang Mai 2016 noch nicht entschieden war.

II. Begründung des Berufungsgerichts

Das OLG Frankfurt verneint den geltend gemachten Hauptanspruch. Zum einen sei eine Abspaltung, wie im Vertrag vom Oktober 2011 festgelegt und von den Klägerinnen begehrt, rechtlich nicht möglich, da gesetzlich, d.h. in der Unionsmarkenverordnung, nicht vorgesehen. Daher sei eine Vertragslücke festzustellen, die durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen sei; dies habe der Vertrag auch durch eine entsprechende Anpassungsklausel für die Fälle einer Vertragslücke vorgesehen. Eine Auslegung im Sinn einer von den Klägerinnen behaupteten und beabsichtigten „Atomisierung“ der Unionsmarke „Y“ lehnt das Oberlandesgericht jedoch ab. Der Y 1 wären erhebliche Registrierungskosten entstanden, die Summe der nationalen Marken habe einen deutlich geringeren Wert als die unionsweit wirkende Marke; eine „Vernichtung“ derselben nur mit dem Ziel, den Klägerinnen Rechte an der Marke für die Benelux-Staaten zu verschaffen, habe „erkennbar“ nicht im Interesse der Y 1 gelegen. Auf den Vorhalt der zuständigen Bearbeiter bei der Klägerin zu 2) gegenüber der Y 1 und der Klägerin zu 1) vor dem Vertragsschluss, die verfolgte Vertragsgestaltung durch Abspaltung sei nicht möglich, habe man nicht reagiert und den Vertrag unverändert abgeschlossen. Das Fazit des Oberlandesgerichts lautet, es sei der Y 1 gelungen, einen Vollrechtserwerb der Klägerinnen abzuwenden.

Ansprüche der Klägerinnen könnten daher nur bestehen, wenn man der Beklagten vorwer-

fen könnte, sich durch den Abschluss des „Asset Deal“ vom September 2012 rechtswidrig an einem Vertragsbruch der Y 1 beteiligt zu haben. Diese Frage sei nach belgischem sowie niederländischem Recht zu beurteilen, denn deutsches Recht sei mangels vertraglicher Beziehungen der Streitparteien nicht anwendbar. Maßgeblich sei die Rom II-Verordnung, nach deren Art. 4 Abs. 1 bzw. 6 Abs. 2 das Recht des Staates des Schadenseintritts heranzuziehen sei. Da die Markenrechte für Belgien und die Niederlande behauptet werden, folgt die Anwendung des Rechte dieser Staaten. Art. 4 Abs. 3 Rom-II-VO führe nicht zu deutschem Recht, eine engere Verbindung im Sinn dieser Norm zu Deutschland bestehe nicht, weil es nicht um die Ausübung der streitbefangenen Markenrechte in der Bundesrepublik ging. Belgisches und niederländisches Recht forderten für Ansprüche wegen Beihilfe zum Vertragsbruch eines anderen übereinstimmend jedenfalls Kenntnis des Dritten von dem Vertragsverhältnis, das gebrochen worden sein soll und Beihilfe des Dritten zu diesem Verhalten des vertragsbrüchigen Partners. Das sei vorliegend indes zu verneinen, denn sogar dann, wenn man durch ergänzende Vertragsauslegung zu dem von den Klägerinnen begehrten Anspruch auf Einräumung des Vollrechts an der Marke Y käme, könne weder Kennen noch Kennenmüssen der Beklagten angenommen werden. Die Parteien der Vertragsdokumentation vom September 2012 seien übereinstimmend der Auffassung gewesen, die Einräumung einer Unterlizenz genüge den Anforderungen des Vertragswerks vom Oktober 2011, in dem immerhin von Lizenznehmern gesprochen werde. Im Übrigen sei ein solcher Anspruch – so das Oberlandesgericht im weiteren Ergebnis – auf Naturalrestitution gerichtet, also auf die Rückübertragung der Marke auf die Y 1, nicht aber auf Erfüllung der Schuld der Y 1 gegenüber der Klägerin zu 1). Die Klägerin zu 2) habe wohl ohnehin keinen Anspruch auf Übertragung der Marke.

Auch der Hilfsantrag auf Übertragung der vorstehend beschriebenen umfassenden Lizenz ist aus dem Blick des Oberlandesgerichts unbegründet, wenn er auch den Vertrag zwischen Y 1 und den Klägerinnen dahingehend auslegt, dass der Klägerin zu 1) eine solche umfassende Lizenz eingeräumt werden sollte. Allerdings sei diese Lizenz nicht gemäß Art. 22, 23 UMG im Markenregister beim EUIPO eingetragen worden (so dass die Wirkung der Lizenz

gegenüber Dritten von deren Kenntnis abhängig ist, Art. 23 Abs. 1 Satz 2 UMG). Der Beklagten könne auch keine Kenntnis von einer ausschließlichen Lizenz unterstellt werden, hierzu reiche die Kenntnis der Einräumung irgendwelcher Rechte an einer Marke nicht aus.

Das höchst hilfsweise Begehren der Klägerinnen, Rechtsbehelfe gegen die etwa durch die Klägerinnen verfolgten Anmeldungen von Benelux-Marken seitens der Beklagten zu unterlassen, sei mangels internationaler Zuständigkeit der deutschen Gerichte unzulässig, worauf das Oberlandesgericht im Berufungsverfahren hingewiesen hatte.

Hingegen hat das Oberlandesgericht auf die Anschlussberufung der Beklagten deren Zwischenfeststellungsklage für begründet gehalten und die entsprechende Feststellung getroffen. Da die Klägerinnen der Beklagten eine Lizenzierung nicht entgegenhalten können und die Beklagte sich selbst der Innehabung der Markenrechte auch für die Benelux-Staaten berühme, sei der Feststellungsantrag nach § 256 ZPO zulässig und auch begründet.

Da das Urteil auf der Auslegung des Anteils- und Markenkaufvertrags aus dem Jahr 2011 beruhe, habe die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung und sie biete aus dem Blick des OLG Frankfurt auch sonst keinen Anlass für die Zulassung der Revision.

C. Kontext der Entscheidung

I. Würdigung der tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung

Soweit das Urteil die ergänzende Vertragsauslegung der Vertragsdokumentation aus dem Jahr 2011 ins Zentrum rückt, ist dem wenig hinzuzufügen. Das Ergebnis erscheint dem neutralen Leser im Ergebnis vertretbar, so dass u.a. als Folge der Bindung des Revisionsgerichts an die Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts (vgl. § 559 ZPO) viel für die Erfolglosigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde sprechen mag. Im Kern des Urteils stehen in erster Stufe weniger abstrakte Rechtsfragen, sondern ein tatsächliches – erstaunliches – Phänomen der Vertragsdokumentation, hier eines für die Protagonisten wichtigen grenzüberschreitenden Vertragswerks. „Handwerklich“ im Bereich von Standard-

formulierungen wurde offenbar „ordentlich“ gearbeitet. Hätte der Vertrag keine salvatorische Klausel enthalten, die standardmäßig, wie der Tatbestand des Berufungsurteils zeigt, bei Vertragslücken vorsieht, „die ... entstandene Lücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung durch eine wirksame und durchführbare Regelung zu ersetzen, die rechtlich und wirtschaftlich dem am nächsten kommt, was die Parteien gewollt haben oder nach dem Sinn und Zweck dieses Vertrages gewollt hätten, wenn sie diesen Punkt bei Abschluss des Vertrags bedacht hätten...“, wäre jeder Anspruch der Klägerinnen gegen die Y 1 bzw. die Beklagte von vornherein gescheitert.

Eine leise Schwäche der Argumentation des Urteils mag darin liegen, dass die Parteien der Dokumentation aus 2011 sämtlich die Unwirksamkeit der „Abspaltungsabrede“ über die Marke Y, ein ganz entscheidender Punkt des Vertragswerkes, gerade infolge der Hinweise der Mitarbeiter der Klägerin zu 2) gekannt haben, so dass man bezüglich dieses Vertrages durchaus fragen darf, ob nicht ein Fall des Vollzugs eines Vertrages trotz Einigungsmangels vorgelegen hat. Dafür spricht, dass die Mahnung durch die Markensachbearbeiterin und den Leiter der Rechtsabteilung der Klägerin zu 2) erfolgte, also hierfür kompetente Stellen des Unternehmens. Allerdings führt auch diese Erwägung nach der Judikatur des BGH wieder zur Lückenfüllung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (vgl. Ellenberger in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 154 Rn. 1, 2). Das Vertragswerk war offenkundig unzureichend konzipiert, ein Fehler auf beiden Seiten der Vertragspartner mit erheblichen vermögensrechtlichen Folgen.

Nicht recht überzeugend erscheint jedoch die Meinung des Oberlandesgerichts, der Y 1 sei es gelungen, das Ziel eines Vollrechtserwerbs der Klägerinnen abzuwehren; es handelt sich wohl vielmehr um ein beiderseits fehlerhaftes Konzept, das entweder zu einem offenen Einigungsmangel mit der Folge des § 154 Abs. 1 BGB führte oder – nach der hier vertretenen Meinung – zum Abschluss und Vollzug des Vertrages trotz Einigungsmangels. Die Klägerinnen können nach diesem Urteil allenfalls noch die Lizenzierung gegenüber der Y 1 verfolgen, worauf vorliegend nicht weiter einzugehen ist. Zu einem Anspruch der Klägerinnen gemäß § 25 HGB hatten diese vermutlich nicht oder nicht sub-

stantiiert vorgetragen, so dass das Urteil hierauf nicht eingeht.

II. Ansprüche aus Vertragsbruch, Heranziehung ausländischen Rechts

1. Soweit die Klägerinnen Ansprüche aus Vertragsbruch verfolgen, hat das Oberlandesgericht zu Recht niederländisches bzw. belgisches Recht aus den Gründen der Rom-II-Verordnung für maßgeblich erklärt. Der Schaden tritt für die Klägerinnen in Belgien und den Niederlanden ein, da dort die fraglichen Markenrechte der Marke Y verwendet werden sollten. Obwohl die Prozessparteien zum ausländischen Recht „im Wesentlichen übereinstimmend“ vorgetragen haben, wie das Oberlandesgericht feststellt, war er daran als Folge des Umstandes, dass es bei der Prüfung ausländischen Rechts um diejenige von Normen und nicht Tatsachen geht, dennoch nicht gebunden. Er musste aber auch keine weiteren Ermittlungen anstellen; ein Verstoß gegen die Pflicht zur Ermittlung des ausländischen Rechts gemäß § 293 ZPO liegt nicht vor, denn die Klägerinnen sind belgische bzw. niederländische Gesellschaften und gehören daher den Staaten an, deren Recht Gegenstand der Prüfung ist (vgl. Geimer in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 293 Rn. 17, m.w.N.).

2. Die materiell-rechtliche Hilfsüberlegung des Oberlandesgerichts, die Beklagte hätte ohnehin Naturalrestitution geschuldet, nicht Vertragserfüllung, befriedigt nicht vollends, da unklar bleibt, ob das OLG Frankfurt damit § 249 Abs. 1 BGB im Auge hat (vgl. Grüneberg in: Palandt, BGB, § 249 Rn. 2) oder das belgische bzw. niederländische Recht. Wenn nämlich Gegenstand ein nach diesen Rechtsordnungen zu betrachtender Ersatzanspruch wegen Vertragsbruch ist, so richtet sich nicht nur der haftungsbegründende Tatbestand, sondern auch der haftungsausfüllende Tatbestand, die Rechtsfolge, nach dem ausländischen Recht und damit u.a. auch die Frage der Art des Schadensersatzes (vgl. Art. 15 lit. a), lit. c) Rom-II-VO sowie den Überblick von Thorn in: Palandt, BGB, Art. 15 Rom-II-VO Rn. 5).

3. Evident ist, dass der Versuch der Klägerinnen, Rechtsbehelfe der Beklagten gegen künftige Markeneintragungen von der Unionsmarke ähnlichen nationalen Marken im Ausland von vornherein zu unterbinden, scheitern musste. Das OLG Frankfurt hat zu Recht Unzulässigkeit des

Antrags angenommen, da Art. 24 Nr. 4 EuGVVO n.F. (Verordnung (EU) 1215/2012) bzw. Art. 22 Nr. 4 EuGVVO a.F. hierfür einen ausschließlichen Gerichtsstand im Registerstaat vorsieht, der lediglich bei Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes durchbrochen sein kann (vgl. Geimer in: Zöller, ZPO, Art. 24 EuGVVO Rn. 25 ff., m.w.N.; vgl. aus der Judikatur EuGH, Urt. v. 12.07.2012 - C-616/10 Rn. 34 ff., 51 - GRUR 2012, 1169 „Solvay/Honeywell“; EuGH, Urt. v. 17.03.2016 - C-175/15 Rn. 27 „Taser/SC Gate u. Anastasiu“).

III. Bedeutung der Eintragung von Lizenzen nach der Unionsmarkenverordnung

1. Der Leitsatz des OLG Frankfurt rückt in den Mittelpunkt der Entscheidung, nämlich die Bestimmung des Art. 23 UMV und die Folgen der Eintragung einer Lizenz im Unionsmarkenregister bzw. deren Unterlassung im Verhältnis zu Dritten. Vorliegend hätte die Klage Erfolg gehabt, wenn die in Wirklichkeit anstelle der unwirksamen Übertragung irgendwelcher abgespaltener Rechte nach ergänzender Vertragsauslegung gewollte ausschließliche und unbefristete Lizenzierung für die Benelux-Staaten im Markenregister des HABM/EUIPO zum Zeitpunkt der Dokumentation Ende September 2012 eingetragen gewesen wäre. Bei genauer Betrachtung ist das aber vorliegend ein Paradoxon, denn eine Lizenz, die sich erst im Streit als Lösung bestehender rechtlicher Auseinandersetzungen herausstellt, konnte der Natur der Sache nach überhaupt nicht im Register gewahrt werden. Die Klägerinnen hatten allerdings aufgrund der Eigentümlichkeiten des Vertrages aus 2011 und dessen Zustandekommen jeden Anlass, bei der Y 1 umgehend auf Eintragung jedenfalls einer Lizenz für die Benelux-Staaten zu drängen. Sie haben also das Vertragswerk auch nach Abschluss nicht hinreichend administriert. Die Frage, ob die Beklagte dennoch hinreichende Kenntnis i.S.d. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 UMV hatte, hat das OLG Frankfurt verneint. Hier mag man ggf. auch anderer Meinung sein.

2. Eine völlig andere Frage ist, ob eine Lizenz an einer Unionsmarke, die nicht im Unionsmarkenregister eingetragen ist, dem Lizenzinhaber Rechte verleiht. Dies bejaht der EuGH in seiner jüngsten Judikatur (Urt. v. 04.02.2016 - C-163/15 - RIW 2016, 163 = GRUR 2016, 373 „Hassan/Breiding“; dazu kritisch Fammler, GRUR 2016, 373; Unionswortmarke „Arktis“ für

Bettwaren und -decken einer italienischen Markeninhaberin mit Lizenz für Breiding, Vorlage des OLG Düsseldorf gemäß Art. 267 AEUV). Der Lizenznehmer kann nach dieser Judikatur trotz fehlender Eintragung im Unionsmarkenregister gemäß Art. 23 UMV die ihm übertragenen Rechte einschließlich der Prozessführung gegenüber Dritten durchsetzen. Die Norm bezweckt zugleich den Schutz gutgläubiger Dritter. Der Sachverhalt des Urteils „Hassan/Breiding“ war zudem dadurch geprägt, dass die Markeninhaberin der Lizenznehmerin im Lizenzvertrag gestattet hatte, Rechte wegen Markenrechtsverletzung (in eigenem Namen, also als Prozessstandschafterin) geltend zu machen.

D. Auswirkungen für die Praxis

I. Risiken von Verhandlungs-, Kommunikations- und Administrationsdefiziten

Die Entscheidung führt den Akteuren von Verhandlungen mit großer wirtschaftlicher Bedeutung den eigentlich selbstverständlichen Umstand vor Augen, dass ein Vertragsabschluss ausscheidet, wenn offenkundig relevante Fragen oder Teilthemen nicht abschließend geklärt sind. Darüber, warum dies vorliegend nicht geschah, könnte man nur spekulieren. Nicht zu unterschätzen sind aber Kommunikationsdefizite zwischen den Verhandlungspartnern, aber auch dergleichen Defizite zwischen Beratern und Entscheidern bei dem einen oder anderen Beteiligten. Die Klägerinnen bzw. die beim Vertragsabschluss für sie handelnden Personen hätten als Folge der unmissverständlichen Hinweise der Fachleute eines der beiden Häuser weiter klären müssen, was es mit der „Lizenz“ auf sich hat. Ganz abgesehen davon war die Abspaltungsabrede ein grober Fehler, der allen Beteiligten zuzurechnen war. In solchen Fällen hilft auch nicht, wenn man in Schlussvorschriften von Vertragsdokumentationen eine geeignete salvatorische Klausel unterbringt, ggf. aus der Formularedatei. Hinzu kommen vorliegend wohl Administrationsdefizite eines abgeschlossenen Vertragswerkes, die ebenfalls nicht unterschätzt werden dürfen. Die Beachtung der in der Überschrift angedeuteten Parameter ist Teil einer sachgerechten Risikostrategie eines Unternehmens.

II. Wahrung der Rechte an Unionsmarken durch Eintragung im Unionsmarkenregister

Bei der Bestellung von Rechten an Unionsmarken bzw. bei der Übertragung des Vollrechts ist stets Vorsorge zu treffen, dass die Anmeldung der Rechtsänderung beim EUIPO in Alicante umgehend vorgenommen wird, um Rechte gegenüber Dritten und dem Amt zu wahren und gutgläubigen Erwerb bzw. gutgläubig lastenfreien Erwerb durch Dritte zu verhindern. Für die Übertragung der Marke selbst, also des „Vollrechts“, ist auf Art. 17 Abs. 6 UMV sowie auf Art. 23 UMV hinzuweisen; die Eintragung im Register ist aber nicht konstitutiv und sie erfolgt nur auf Antrag. Ohne Eintragung und ohne Antrag an das EUIPO können aber die Rechte nicht sachgerecht wahrgenommen werden. Für Belastungen der Marke mit „dinglichen Rechten“ (Art. 19 UMV) und Lizenzen (Art. 22 UMV) gilt dasselbe (vgl. Art. 23 UMV).

Zudem wird ein Erwerber zuvor das Register einsehen, um zu prüfen, inwieweit vorgehende Rechte Dritter bestehen. In der Vertragsdokumentation über eine (Unions-)Marke wird man sich Zusicherungen des Rechtsinhabers wie im vorliegenden Fall geben lassen, er sei befugt, über das Recht zu verfügen und Belastungen Dritter bestünden nicht oder nur im angegebenen Umfang. U.a. wird der Erwerber neben umfassender Recherche im Register auch eine Vertragsklausel über etwa anhängige Rechtsstreite über die Marke fordern und zwar solche mit anderen Prätendenten ebenso wie über Auseinandersetzungen mit der Markenbehörde.