



AUSGABE 01 | 2010

Newsletter Gesellschaftsrecht und Steuern, Mergers & Acquisitions

VORWORT

Dieser Newsletter beschäftigt sich mit den neuen Entwicklungen im Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht.

Bedeutsame Neuerungen finden sich etwa im Hinblick auf die Restrukturierung von Unternehmensanleihen, die durch das neue Schuldverschreibungsgesetz 2009 ermöglicht ist. Auch sind neue Entwicklungen des MoMiGs, insbesondere zur Auslandsbeurkundung, sowie des Aktienrechts, etwa zum Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsbezüge (VorstAG), zu verzeichnen.

Im Folgenden stellen die jeweiligen Kollegen unseres Hauses die Auswirkungen für die Praxis dar.



RESTRUKTURIERUNG VON UNTERNEHMENSANLEIHEN

VORGABEN DES NEUEN SCHULDVERSCHREIBUNGSGESETZ 2009

EINLEITUNG Am 5. August 2009 ist das neue Schuldverschreibungsgesetz (nachfolgend auch „SchVG“) in Kraft getreten. Das neue Schuldverschreibungsgesetz tritt neben das Schuldverschreibungsgesetz aus dem Jahr 1899. Es soll – für Emissionen ab dem 5. August 2009 – das „alte“ SchVG ablösen, und es räumt gleichzeitig für „Alt“-Unternehmensanleihen die Möglichkeit ein, sich dem „neuen“ SchVG durch einen kollektiven Beschluss der Mehrheit der Anleihegläubiger zu unterwerfen (sog. „Opt-In-Beschluss“).

Das „alte“ SchVG hat in der Praxis erst in den letzten Jahren Bedeutung erlangt. Ausgangspunkt war der Debt-Equity-Swap in dem Verfahren EM.TV Merchandising AG, sodann folgten die Fallkonstellationen Deutsche Nickel AG, Augusta Technologie AG, Rinol AG u.a. Die praktische Bedeutung war aber begrenzt, weil das frühere SchVG nur auf Anleihen anwendbar war, die von Schuldnern im Inland begeben wurden. Der häufige Fall von Anleihen einer – meist niederländischen – Tochtergesellschaft, die mit einer Garantie der deutschen Muttergesellschaft unterlegt ist, war von dem Gesetz nicht erfasst.

Kern-, aber auch zugleich Schwachpunkt des alten SchVG war folgender:

Ein Eingriff in die Stamm-/Nominalforderung (sog. „Haircut“) war nicht möglich, ebenso wenig konnte in die Sicherungsrechte eingegriffen werden. Es war lediglich ein (beschränkter) Eingriff in die Zinsforderungen der Anleihegläubiger und damit nur ein geringer und oftmals nicht hinreichender Sanierungsbeitrag der Anleihegläubiger möglich.

Nach altem Recht hatten Klagen gegen die Wirksamkeit von Beschlüssen keine Kollektivwirkung, d.h. die Rechtskraft eines (stattgebenden) Urteils wirkte nur zwischen dem klagenden Anleihegläubiger und der Gesellschaft. Auch diesen Schwachpunkt soll das neue SchVG beseitigen.

WESENTLICHE NEUREGELUNGEN Nach dem SchVG 2009 ist eine Anpassung der Anleihebedingungen durch Mehrheitsbeschluss der Gläubiger möglich, wenn und soweit die Anleihebedingungen dies vorsehen. Eine solche Rechtsgrundlage ist für die nachträgliche Anpassung der Anleihebedingungen unerlässlich. Eine Insolvenznähe – oder gar ein Insolvenzgrund – ist für die Anwendung des SchVG 2009 hingegen keine Voraussetzung.

Das SchVG 2009 enthält einen beispielhaften, aber nicht abschließenden Katalog an Restrukturierungsmaßnahmen: Die Prolongation der Unternehmensanleihe, die Herabsetzung der Zinsen, die Eingriffe in die Hauptforderung sowie die Formulierung eines Nachrangs sind möglich. Ferner ist die Umwandlung oder der Umtausch der Schuldverschreibung in Gesellschaftsanteile (sog. Debt-Equity-Swap) durch Beschluss der Anleihegläubigerversammlung denkbar. Entsprechendes gilt für den Austausch und die Freigabe von Sicherheiten. Hervorzuheben ist auch, dass das Kündigungsrecht der Gläubiger beseitigt bzw. eingeschränkt werden kann.

VORBEREITUNG UND FASSUNG DES GLÄUBIGERBESCHLUSSES Beschlüsse werden grundsätzlich in der Versammlung der Anleihegläubiger und zwar – soweit wesentliche Änderungen der Anleihebedingungen, insbesondere Eingriffe in die Rechte der Anleihegläubiger im Raum stehen – mit der Mehrheit von mindestens 75 % der teilnehmenden Stimmen gefasst.

Die Versammlung der Anleihegläubiger ist beschlussfähig, wenn in einer **ersten** Versammlung mindestens 50 % der Stimmrechte (des Anleihekaptals) vertreten sind, oder wenn in einer – subsidiären – **zweiten** Versammlung mindestens 25 % der Stimmrechte (des Anleihekaptals) vertreten sind. Letztlich kann somit – bei entsprechender Gestaltung – ggf. schon mit nur 18,75 % aller Stimmrechte eine



Anpassung der wesentlichen Anleihebedingungen bewirkt werden. Es kommt hinzu, dass das neue SchVG die Möglichkeit der Beschlussfassung im Umlaufverfahren einräumt. Ungeklärt ist, welche besonderen Anfechtungsrisiken aus einer solchen Abstimmung ohne Versammlung resultieren können, insbesondere wenn und soweit das Auskunftsrecht jedes Anleihegläubigers nicht hinreichend ausgeübt bzw. berücksichtigt werden kann.

BESCHLUSSKONTROLLE / GEFAHR DURCH VERZÖGERUNGEN DURCH ANFECHTUNGSKLAGEN

Nach § 20 SchVG 2009 kann ein Beschluss der Anleihegläubigerversammlung wegen Verletzung des Gesetzes oder der Anleihebedingungen anfechtbar sein.

Anfechtungsbefugnis, Anfechtungsfrist und Formalia der Anfechtungsklage entsprechen weitgehend denjenigen des Aktienrechts.

Die Anfechtungsklage kann vor allem auf formelle Mängel gestützt werden, etwa auf die Verletzung des den aktienrechtlichen Vorschriften nachgebildeten Rede- und Fragerechts. Materielle Voraussetzungen für den Eingriff in die Rechte der Anleihegläubiger stellt das SchVG nicht auf. Ob und inwieweit eine Inhaltskontrolle stattfindet, bleibt daher zunächst abzuwarten.

Die Erhebung einer Anfechtungsklage löst nach § 20 Abs. 3 S. 3 HS. 2 SchVG 2009 eine **Vollzugssperre** aus. Verschärft wird die Problematik dadurch, dass eine Nebenintervention durch andere Anleihegläubiger zeitlich unbegrenzt möglich ist und deshalb erhebliches Obstruktionspotenzial besteht. Eine Pflicht zur Bekanntmachung der Anfechtungsklage (mit der Folge, dass eine Nebenintervention nur noch innerhalb einer Ausschlussfrist möglich ist) ist im SchVG nicht vorgesehen.

Diese demnach u.U. sehr hinderliche Vollzugssperre kann nur durch einen sog. Freigabebeschluss des zuständigen Landgerichts überwunden werden.

Das Freigabeverfahren ist entsprechenden Regelungen bei Anfechtungsklagen z.B. gegen Kapital- und Umwandlungsmaßnahmen nachgebildet. Allerdings wurden die Neuregelungen des ARUG (Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsreichtlinien, 2009) bislang nicht in das SchVG übernommen. Es verbleibt damit z.B. bei der erstinstanzlichen Zuständigkeit des Landgerichts.

Ein Freigabebeschluss ergeht, wenn die Anfechtungsklagen unzulässig oder offensichtlich unbegründet sind oder ein überwiegendes Vollzugsinteresse der beklagten Gesellschaft besteht. Letzteres kann etwa bei zur Sanierung erforderlichen Restrukturierungen der Fall sein.

PRAKTISCHES VORGEHEN IM SANIERUNGSPROZESS / MINIMIERUNG VON ANFECHTUNGSRISIKEN

In der Regel wird die Restrukturierung der Anleihe durch Eingriff in die Rechte der Anleihegläubiger Teil eines Sanierungsprozesses sein. In diesem Zusammenhang bieten sich folgende Maßnahmen an, um das Verfahren zu beschleunigen und das Risiko von Anfechtungsklagen zu minimieren:

ABSTIMMUNG OHNE VERSAMMLUNG

(§ 18 SCHVG) Zunächst bietet es sich an, den Weg der nach § 18 SchVG vorgesehenen **Abstimmung ohne Versammlung** zu wählen. Dieses Procedere muss allerdings in den Anleihebedingungen vorgesehen sein oder – im Zuge des Opt-In-Beschlusses – in Anleihebedingungen implementiert werden. Eine Abstimmung ohne Versammlung ist nicht nur mit geringerem Aufwand verbunden, sondern minimiert auch die möglichen Anfechtungsgründe (z.B. angebliche Verletzungen des Auskunftsrechts).

SANIERUNGSKONZEPT

Ferner sollte ein Sanierungskonzept erarbeitet werden, damit im Streitfalle dargelegt und ggf. bewiesen bzw. glaubhaft gemacht werden kann, dass der Eingriff in die Rechte der Anleihegläubiger zur Sanierung des Emittenten erforderlich ist und der Sanierungsbeitrag der Anleihegläubiger – auch im Vergleich zu anderen Gläubigergruppen – angemessen ist.

HERANTRETEN AN WESENTLICHE ANLEIHEGLÄUBIGER / ANSPRECHEN EINES GEMEINSAMEN VERTRETERS

Im Vorfeld der Einberufung sollte der Emittent wesentliche Anleihegläubiger ansprechen, um die erforderlichen Mehrheiten sicherzustellen. Erfahrungsgemäß ist es auch innerhalb der Versammlung sehr förderlich, wenn sich die „großen“ Anleihegläubiger für das Sanierungskonzept und die damit verbundenen Eingriffe in die Rechte der Anleihegläubiger aussprechen.

Ferner wird häufig ein gemeinsamer Vertreter der Anleihegläubiger erforderlich sein. Insoweit müssen potenzielle Kandidaten angesprochen werden. Der gemeinsame Vertreter ist – je nach Ermächtigung – befugt, mit Wirkung für und gegen alle Anleihegläubiger Erklärungen wie z.B. (befristete) Verzicht auf Kündigungsrechte etc. auszusprechen.

FASSUNG DES OPT-IN-BESCHLUSSES

Anschließend ist der sog. Opt-In-Beschluss nach § 24 SchVG zu fassen, wenn und soweit die maßgebliche Unternehmensanleihe nicht bereits vollständig dem neuen SchVG unterliegt. Für den Opt-In-Beschluss gelten bereits die Vorschriften des neuen SchVG. In diesem Zusammenhang sind auch die Anleihebedingungen dahingehend zu ändern, dass bestimmte Eingriffe in die Rechte der Anleihegläubiger möglich sind.

FASSUNG DER EIGENTLICHEN BESCHLÜSSE

Nach der entsprechenden Anpassung der Anleihebedingungen kann dann in einem **zweiten Beschlussverfahren** der Eingriff in bestimmte Rechte der Anleihegläubiger (Haircut, Herabsetzen des Zinses, Ausschluss von Kündigungsmöglichkeiten, Laufzeitverlängerung etc.) beschlossen werden. Denkbar ist auch die Umsetzung eines sog. Debt-Equity-Swaps – eine solche Gestaltung wird erfahrungsgemäß auch von Anleihegläubigern bevorzugt, da diese auf diese Weise an dem möglichen Sanierungserfolg partizipieren können.

DR. OLIVER WILKEN / DR. KLAUS FELKE

... Das SchVG 2009 enthält einen beispielhaften, aber nicht abschließenden Katalog an Restrukturierungsmaßnahmen.

NEUERE ENTWICKLUNG IN DER PRAKTISCHEN UMSETZUNG DES MOMIG

Knapp eineinhalb Jahre nach dem Inkrafttreten des MoMiG und der damit verbundenen umfassenden Änderungen des GmbHG treten bei der Anwendung der betreffenden Vorschriften immer wieder Unklarheiten im Hinblick auf ihre Auslegung auf. So stellen sich unter anderem Fragen rund um die Gesellschafterliste und um die Erleichterungen der Gründung einer GmbH. Mit dem folgenden Beitrag sollen zwei Aspekte erörtert werden, die derzeit besonders kontrovers diskutiert werden – der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen bei einer aufschiebend bedingten Geschäftsanteilsabtretung und die Einziehung von Geschäftsanteilen. Es bleibt mit Spannung abzuwarten, welche Position die Rechtsprechung insoweit auf längere Sicht beziehen wird.

A) GUTGLÄUBIGER ERWERB VON GESCHÄFTSANTEILEN BEI AUFSCHIEBEND BEDINGTER GESCHÄFTSANTEILSABTRETUNG

In der Praxis der gesellschaftsrechtlichen Beratung und Vertragsgestaltung wird bei der Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH die Abtretung des jeweils betroffenen Geschäftsanteils häufig unter die aufschiebende Bedingung der Kaufpreiszahlung gestellt. Auf diese Art und Weise wird verhindert, dass eine der beiden Parteien – der Veräußerer mit der Übertragung der Rechte an dem jeweils betroffenen Geschäftsanteil oder der Erwerber mit der Zahlung des Kaufpreises – in Vorleistung tritt und dabei riskieren muss, die ihm zustehende Gegenleistung letztlich nicht zu erhalten.

Bis zum Inkrafttreten des MoMiG hatte die Abtretung von Geschäftsanteilen an einer GmbH unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung zur Folge, dass der aufschiebend bedingte Veräußerer des jeweiligen Geschäftsanteils bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung zwar grundsätzlich berechtigt blieb, den betreffenden Geschäftsanteil an einen Dritten zu übertragen, seine Verfügungsbefugnis durch die Vorschrift des § 161 Abs. 1 S. 1 BGB jedoch insofern eingeschränkt war, als sämtliche Verfügungen über den betreffenden Geschäftsanteil im Falle des Eintritts der aufschiebenden Bedingung – also der Zahlung des Kaufpreises – insoweit unwirksam wurden, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würden.

Diese rechtliche Situation hat sich durch die Neuerungen des MoMiG geändert. Die Regelung in § 161 Abs. 3 BGB erklärt die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb für entsprechend anwendbar. Durch das MoMiG wurde mit § 16 Abs. 3 GmbHG erstmalig die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen an einer GmbH geschaffen. Zwar wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur derzeit heftig diskutiert, ob § 16 Abs. 3 GmbHG überhaupt in den Fällen, in denen ein Geschäftsanteil an einer GmbH aufschiebend bedingt durch die Kaufpreiszahlung abgetreten wird, Anwendung findet und damit den gutgläubigen Erwerb durch einen Dritten ermöglicht. Solange jedoch keine höchstrichterliche

Entscheidung ergangen ist, in der dies ausdrücklich verneint wird, muss angesichts des Wortlauts der Vorschrift von § 16 Abs. 3 GmbHG davon ausgegangen werden, dass diese auch für die Fälle der Abtretung von Geschäftsanteilen unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung gilt und dass dementsprechend auch in diesen Fällen ein gutgläubiger Erwerb solcher aufschiebend bedingt abgetretener Geschäftsanteile durch Dritte möglich ist.

Für den aufschiebend bedingten Erwerber stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, wie er sich vor dem gutgläubigen Erwerb des an sich ihm zugedachten Geschäftsanteils durch einen Dritten schützen kann. Hierzu werden in der rechtswissenschaftlichen Literatur unterschiedliche Lösungsansätze diskutiert.

So wird etwa vertreten, die Sicherung des aufschiebend bedingten Erwerbers könne durch ein so genanntes Zwei-Listen-Modell erreicht werden, bei dem eine Gesellschafterliste beim Handelsregister eingereicht wird, die mit einer Veränderungsspalte versehen ist, in der die aufschiebend bedingte Abtretung des Geschäftsanteils vermerkt ist und aus der damit das Anwartschaftsrecht des bedingten Erwerbers hervorgeht. Das Oberlandesgericht München hat ein solches Zwei-Listen-Modell und eine solche Veränderungsspalte in seinem Beschluss vom 8. September 2009 jedoch klar abgelehnt und zur Begründung seiner Entscheidung unter anderem ausgeführt, der gesetzlich vorgesehene Inhalt der Gesellschafterliste einer GmbH könne nicht nach freiem Belieben um Bestandteile ergänzt werden, die den Parteien einer aufschiebend bedingten Abtretung eines Geschäftsanteils an einer GmbH sinnvoll erschienen. Unabhängig davon, ob sich zu diesem Aspekt eine andere Auffassung vertreten lässt oder nicht, kann nach dem Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 8. September 2009 nicht darauf vertraut werden, dass ein Zwei-Listen-Modell dem aufschiebend bedingten Erwerber eines Geschäftsanteils an einer GmbH den

notwendigen Schutz vor einem Zwischenerwerb durch einen Dritten bietet, sondern der aufschiebend bedingte Erwerber muss diesen Schutz auf eine andere Art und Weise erhalten.

Insofern kommt die ebenfalls durch das MoMiG neu eingeführte Möglichkeit der Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste in Betracht. Dabei wird in den Vertrag über die aufschiebend bedingte Abtretung des Geschäftsanteils an einer GmbH eine Klausel aufgenommen, dass die Parteien jeweils die Zuordnung bzw. Aufhebung eines Widerspruchs beantragen und bewilligen sowie gleichzeitig unwiderruflich den Notar beauftragen und bevollmächtigen, den Antrag und die Bewilligung des Widerspruchs zum Handelsregister einzureichen und erst dann, wenn sie ihn vom Eintritt der letzten Bedingung unterrichten, gleichzeitig mit der Einreichung der neuen Gesellschafterliste die Aufhebung des Widerspruchs zu veranlassen. Darüber hinaus können die Parteien des aufschiebend bedingten Anteilskaufvertrages den Notar anweisen, auf Verlangen des Veräußerers die Aufhebung des Widerspruchs zu erwirken, wenn die aufschiebende Bedingung nicht bis zu einem bestimmten Datum eingetreten ist oder aber eine der Parteien wirksam von dem betreffenden Vertrag zurückgetreten ist.

Allerdings werden zu der Frage, ob die Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste im Falle der aufschiebend bedingten Abtretung eines Geschäftsanteils an einer GmbH zulässig ist, unterschiedliche Auffassungen vertreten. Das Landgericht Köln hat diese Frage in seinem Beschluss vom 16. Juni 2009 bejaht. Bis eine abschließende höchstrichterliche Entscheidung zu diesem Aspekt vorliegt, sollte jedoch zur Sicherung des aufschiebend bedingten Erwerbers nicht allein auf die Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste vertraut, sondern zusätzlich hierzu noch ein zweites Sicherungsmittel gewählt werden. So kann einerseits mit Bedingungen gearbeitet werden, wonach entweder – je nach Lage des Sachverhalts und den Interessen der Beteiligten im Einzelfall – statt der aufschiebend bedingten Abtretung eine sofort wirksame Abtretung des jeweils betroffenen Geschäftsanteils verbunden mit seiner gleichzeitigen, durch eine Abtretung an einen Dritten auflösend bedingte Rückabtretung vereinbart oder neben der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des Kaufpreises eine weitere Bedingung für die Wirksamkeit der Abtretung des Geschäftsanteils dahingehend aufgenommen wird, dass unabhängig von der Zahlung des Kaufpreises die Abtretung bei einer weiteren Verfügung des Verkäufers wirksam wird. Alternativ dazu ist auch eine Verpfändung des jeweils betroffenen Geschäftsanteils zu Gunsten des Erwerbers möglich. Des Weiteren kann ein gutgläubiger Zwischenerwerb durch einen Dritten – wenn die Satzung der jeweils betroffenen GmbH vorsieht oder dahingehend geän-

dert wird, dass Geschäftsanteile nur mit Zustimmung aller Gesellschafter abgetreten werden können – dadurch verhindert werden, dass dem bedingten Erwerber mit sofortiger Wirkung ein kleiner Geschäftsanteil übertragen wird, so dass er weitere Anteilsübertragungen – etwa die Abtretung des an sich ihm zugedachten Geschäftsanteils an einen Dritten – aktiv verhindern kann, indem er seine Zustimmung hierzu verweigert. Schließlich kann der gutgläubige Erwerb durch einen Dritten ausgeschlossen werden, indem der jeweils betroffene Geschäftsanteil an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus dem Veräußerer und dem Erwerber, übertragen wird, da der gutgläubige Erwerb eines Anteils an einer Personengesellschaft rechtlich nicht möglich ist und somit der gleiche Rechtszustand hergestellt werden kann, wie er auch vor dem Inkrafttreten des MoMiG für die GmbH galt.

B) EINZIEHUNG VON GESCHÄFTSANTEILEN AN EINER GMBH

Die Einziehung von Geschäftsanteilen an einer GmbH zog bislang die Vernichtung der betreffenden Geschäftsanteile nach sich. Seit dem Inkrafttreten des MoMiG und der Einführung des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG erscheint dies jedoch kritisch. Der neue § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG besagt, dass die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen muss. Dies soll, so die Regierungsbegründung zu dieser Vorschrift, nicht nur für das Gründungsstadium, sondern dauerhaft gelten. Damit sorgt die Neuregelung des § 5 Abs. 2 S. 2 GmbHG für nicht unerheblichen Unsicherheiten, was ihre rechtlichen Konsequenzen angeht.

Immer häufiger wird die Auffassung geäußert, Einziehungsbeschlüsse der Gesellschafter gemäß § 34 GmbHG seien seit dem Inkrafttreten von § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG unwirksam, wenn nicht die Gesellschafter gleichzeitig mit der Vernichtung des betroffenen eingezogenen

Gesellschaftsanteils dafür Sorge tragen, dass das Stammkapital und die Nennbetragssumme der verbleibenden Geschäftsanteile sich ihrer Höhe nach decken. Dieses Ergebnis könne etwa durch die Verbindung der Einziehung mit einer Kapitalherabsetzung, mit einer nominellen Aufstockung der verbleibenden Geschäftsanteile oder mit der Bildung eines neuen Geschäftsanteils erreicht werden. Allerdings vermag diese Ansicht bereits im Hinblick auf die praktische Umsetzung der unterbreiteten Lösungsvorschläge nicht zu überzeugen. Die Herabsetzung des Stammkapitals scheidet aus, wenn das Stammkapital durch eine solche Maßnahme unter das nach § 5 Abs. 1 GmbHG vorgeschriebene Mindeststammkapital von EUR 25.000,00 fallen würde. Selbst wenn im Hinblick auf das Mindeststammkapital keine Schwierigkeiten bestehen, ist zu bedenken, dass für eine Kapitalherabsetzung das Verfahren gemäß § 58 GmbHG einzuhalten ist, also unter anderem ein Gläubigeraufruf erfolgen muss ein Sperrjahr für die Eintragung der Kapitalherabsetzung in das Handelsregister besteht. Eine nominellen Aufstockung der verbleibenden Geschäftsanteile ist unweigerlich mit Einlagepflichten für die beteiligten Gesellschafter verbunden und folglich davon abhängig, ob die betreffenden Gesellschafter zur Leistung solcher Einlagen bereit sind. Ähnliches gilt für die Bildung eines neuen Geschäftsanteils. Auch dieses Prozedere ist nur möglich, wenn ein Gesellschafter oder ein Dritter bereit sind, den betreffenden Geschäftsanteils gegen die Leistung einer entsprechenden Einlage zu übernehmen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welches Prozedere nach dem Inkrafttreten des MoMiG bei der Einziehung von Geschäftsanteilen an einer GmbH praktikabel ist, ohne dass es das Risiko beinhaltet, dass der Einziehungsbeschluss der Gesellschafterversammlung wegen eines Verstoßes gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG für nichtig erachtet werden könnte. Ein Königsweg wurde insoweit bislang nicht gefunden. Es bietet sich jedoch an, dass der eingezogene Geschäftsanteil an einer GmbH bei seiner Einziehung erhalten bleibt und von der GmbH selbst gegen Leistung einer entsprechenden Einlage übernommen wird. Dieses Vorgehen ist – jedenfalls, sofern die jeweilige GmbH mit dem hierfür notwendigen Kapital ausgestattet ist – nicht nur praktikabel, sondern sie minimiert auch das Risiko einer möglichen Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung wegen eines möglichen Verstoßes gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG.

DR. WERNER MIELKE, LL.M. / DANIELLE MOLZ



ZUM SPAREN IN DIE SCHWEIZ?
ZWEIFEL AN DER ZULÄSSIGKEIT VON AUSLANDSBEURKUNDUNGEN
NACH DEM INKRAFTTRETEN DES MOMIG
(URTEIL DES LG FRANKFURT A.M. VOM 7.OKTOBER 2009)



Die GmbH ist die beliebteste Rechtsform in Deutschland. Ihre Struktur kann den Erfordernissen des jeweiligen Unternehmens gut angepasst werden und ist auch in der rechtlichen Verwaltung einfach zu handhaben. Nur bei der Anteilsübertragung ist – anders als bei z.B. der Aktiengesellschaft und vom Gesetzgeber bewusst zur Erschwerung eines Handels mit Anteilen – die notarielle Beurkundungspflicht als „Unannehmlichkeit“ vorgeschrieben. Neben dem formalen Aufwand wird immer wieder über die damit verbundenen Kosten geklagt. Seit Jahren wurde daher eine kostengünstige Variante der Anteilsübertragung gesucht und mit der Beurkundung in der Schweiz auch gefunden. Dort können die Beurkundungskosten mit den Notaren frei verhandelt werden, ohne dass wie in Deutschland zwingende Kostenvorschriften zum Tragen kämen. Nach anfänglichen Unsicherheiten und einigen Gerichtsurteilen, darunter auch einer Entscheidung des BGH galt diese Auslandsbeurkundung zumindest vor einem Notar in der Kantonen Basel-Stadt, Zürich-Altstadt und Zug als rechtlich wirksam.

Am 1. November 2008 ist das MoMiG in Kraft getreten, durch welches u.a. das GmbH-Recht modernisiert werden sollte. Dabei wertete der Gesetzgeber auch die lange stiefmütterlich behandelte Gesellschafterliste auf. Neu eingeführt hat er auch die Pflicht des Notars, bei Beurkundungen von Anteilsübertragungen anstelle des Geschäftsführers eine aktualisierte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen. Aufgrund dieser Bestimmung ist nunmehr die schon abgeschlossen geglaubte Frage über die Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen wieder aufgelebt. Inzwischen hat sich dazu ein Gericht (LG Frankfurt a.M. NZG 2009, 1353) geäußert. Das LG Frankfurt a.M. hatte an sich nur über einen Fall, der sich noch vor dem MoMiG ereignet hatte, zu entscheiden. Folglich betonte das Gericht nochmals, dass die

relevante Beurkundung vor einem Notar in Basel nach deutschem Recht anzuerkennen sei. Allerdings hat das LG Frankfurt a.M. in einem knapp vierzeiligen obiter dictum, also in einer Art Nebenbemerkung, seine Einschätzung geäußert, wegen der Neufassung der Regelung zur Gesellschafterliste (§ 40 Abs. 2 GmbHG) sei jetzt eine Auslandsbeurkundung vor einem Baseler Notar nicht mehr wirksam.

Nüchtern betrachtet ist diese Äußerung des LG Frankfurt a.M. zur neuen Rechtslage rechtlich irrelevant und auch ohne echte Begründung. Dennoch hat dieses Urteil ein großes Echo gefunden. Im Ergebnis ist es jedoch unzutreffend:

Die Wirksamkeit einer Anteilsübertragung im Ausland ist dann gegeben, wenn die sogenannte Geschäftsform, d.h. hier die notarielle Beurkundung, eingehalten wird. Nach der Rechtsprechung des BGH ist hierzu erforderlich, dass die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist.

Diese Gleichwertigkeit liegt vor, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und das ausländische Beurkundungsverfahren dem deutschen gleichwertig ist. Gemessen an diesen Kriterien waren nach der Rechtsprechung Beurkundungen durch einen schweizerischen Notar in den Kantonen Basel-Stadt, Zürich-Altstadt und Zug wirksam.

Das MoMiG hat keineswegs die Kriterien für die Gleichwertigkeit von Auslandsbeurkundungen (insbesondere Vorbildung und Stellung des ausländischen Notars im Rechtsleben) geändert. Zweifel an der Wirksamkeit der Beurkundung an diesen Orten hat vielmehr die vom MoMiG eingeführte Pflicht des beurkundenden Notars, nach der Beurkundung die geänderte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen, hervorgerufen. Die Gegner der Auslandsbeurkundung setzen genau hier an. Zu Recht sagen sie, der ausländische Notar könne dieser Pflicht aus einem deutschen Gesetz nicht unterliegen. Daraus schließen sie weiter, der ausländische Notar dürfe die Mitteilung nicht machen und ohne Mitteilung sei die Beurkundung unwirksam. Beide Schlussfolgerungen können nicht überzeugen. Wenn jemand keine Pflicht zur Vornahme einer Handlung hat, kann er sehr wohl dennoch diese Handlung vornehmen, hier also die Gesellschafterliste einreichen. Außerdem ist die Berichtigung der Gesellschafterliste die Folge einer wirksamen Beurkundung und nicht deren Voraussetzung, dies ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut, so heißt es in § 40 GmbHG: „unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter“.

Aber noch andere Argumente im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste sprechen für eine weiterhin mögliche Beurkundung von GmbH-Anteilsübertragungen im Ausland. Für die Führung der Gesellschafterliste ist zunächst der Geschäftsführer einer GmbH verantwortlich, § 40 Abs. 1 GmbHG. Nur falls ein Notar an einer Veränderung der GmbH-Gesellschafterstruktur mitgewirkt hat, trifft diesen die Verpflichtung zur Einreichung einer aktualisierten Liste. Selbst wenn also ein ausländischer Notar wegen der fehlenden Pflicht auch nicht das Recht hätte, die neue Gesellschafter-

liste einzureichen, würde die Pflicht eben wieder den Geschäftsführer treffen. Aus der grundsätzlichen Zuständigkeit des Geschäftsführers für eine korrekte Gesellschafterliste lässt sich auch erkennen, dass dafür nicht besondere juristische Kenntnisse erforderlich sind, die nur ein deutscher Notar haben könnte. Eine Exklusivität für deutsche Notare, die ein Tätigwerden ausländischer Notar per se ausschließen würde, lässt sich daher nicht annehmen.

Die anderen Argumente für eine weiterhin mögliche Auslandsbeurkundung finden sich gerade im MoMiG und dem damit verfolgten Ziel, die deutsche GmbH international einsetzbar zu machen. Seit der Reform im letzten Jahr ist es für eine GmbH zulässig, einen Verwaltungssitz im Ausland zu haben. Damit soll deutschen Unternehmen ermöglicht werden, ihre ausländischen Tochtergesellschaften als GmbH zu organisieren, wie dies bisher bspw. englische Unternehmen mit ihren Limiteds machen konnten. Die gesamte Geschäftsführung und Verwaltung einer GmbH kann also jetzt bspw. in Basel angesiedelt sein. Auch kann – wie bereits bisher – ein Ausländer Geschäftsführer einer GmbH sein, seit dem MoMiG muss die Belehrung gem. § 8 Abs. 3 GmbHG nicht mehr zwingend durch einen deutschen Notar erfolgen. Vielmehr kann sie auch durch „einen im Ausland bestellten Notar“ durchgeführt werden. Wenn das MoMiG so viel Internationalität zulässt und gerade fördert, warum sollte es dann eine davor zulässige Auslandsbeurkundung abschaffen wollen und dies indirekt über eine Folge aus einer Anteilsveränderung?

Auch wenn – trotz des Urteils des LG Frankfurt a.M. – die Auslandsbeurkundung eines GmbH-Anteilsverkaufs weiterhin zulässig sein dürfte, ist aus Vorsichtsgründen bis zu einer höchstrichterlichen Klarstellung bei den kostengünstigen Beurkundungen in der Schweiz Zurückhaltung angebracht. Allzulange dürfte diese Ungewissheit nicht mehr bestehen, da wir bereits Kenntnis von Verfahren haben, die vermutlich zu dieser Klärung führen.

DIE NACHTRÄGLICHE HERABSETZUNG VON VORSTANDSBEZÜGEN UND -RUHEGEHÄLTERN NACH DEM GESETZ ZUR ANGEMESSENHEIT DER VORSTANDSBEZÜGE (VORSTAG) UND IHRE AUSWIRKUNG AUF GMBH-GESCHÄFTSFÜHRER

HINTERGRUND UND BEDEUTUNG Am

05.08.2009 ist das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) in Kraft getreten. Mit dem VorstAG hat der Gesetzgeber auf – vermeintlich – im Rahmen der Finanz- und Wirtschaftskrise zu Tage getretene Fehlentwicklungen im Bereich der Managervergütung reagiert. Es galt, Vergütungsanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung zu schaffen. Zu diesem Zweck bestimmt das Aktiengesetz (AktG) in der Fassung des VorstAG nunmehr unter anderem, dass das Aufsichtsratsplenium zwingend für die Entscheidung über die Vorstandsvergütung zuständig ist, dass bei D&O-Versicherungen ein Mindestselbstbehalt zu vereinbaren ist und dass eine zweijährige Karenzzeit für den Wechsel eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat zu beachten ist. Bedeutsam ist die Änderung der zentralen Vorschrift für die Angemessenheit der Vorstandsvergütung in § 87 AktG. Das VorstAG stellt nicht nur in § 87 Abs. 1 AktG strengere Vorgaben für die Angemessenheit der Vorstandsvergütung auf, sondern senkt in § 87 Abs. 2 AktG zudem die Schwelle für ihre nachträgliche Herabsetzung deutlich ab. Schließlich erstreckt sich die Norm nunmehr auch auf Ruhegehälter. Zwar bestand schon vor dem VorstAG gem. § 87 Abs. 2 AktG a.F. die Möglichkeit, die Vorstandsvergütung nachträglich herabzusetzen. In der Praxis wurde hiervon jedoch so gut wie nie Gebrauch gemacht. Dies scheint sich mit der Neuregelung geändert zu haben. Bereits wenige Wochen nach Inkrafttreten des VorstAG sorgte die in der Presse unter Berufung auf die geänderte Rechtslage angekündigte Herabsetzung der Ruhe- und Übergangsgelder des kurz zuvor erst aus den Diensten der Infineon AG ausgeschiedenen Vorstandsmitglieds Wolfgang Ziebart für erhebliches Aufsehen. Dies gibt Anlass, sich mit den deutlich geänderten Möglichkeiten, ja der erstmals als solcher postulierten Pflicht zur nachträglichen Anpassung von Vorstandsvergütungen näher zu befassen.

1. INHALT DER NEUREGELUNG Nach

§ 87 Abs. 2 AktG a.F. war der Aufsichtsrat zu einer „angemessenen Herabsetzung“ der künftigen Vorstandsbezüge „berechtigt“, wenn nach deren Festsetzung eine so „wesentliche Verschlechterung“ der Verhältnisse der Gesellschaft eingetreten war, dass die Weitergewährung eine „schwere Unbilligkeit“ für die Gesellschaft sein würde.

Demgegenüber enthält § 87 Abs. 2 AktG n.F. in mehrfacher Hinsicht eine deutliche Verschärfung: Nach der Neufassung „soll“ der Aufsichtsrat die künftigen Vorstandsbezüge „auf die angemessene Höhe“ herabsetzen, wenn sich die Lage der Gesellschaft so „verschlechtert“, dass die Weitergewährung „unbillig“ für die Gesellschaft wäre.

1.1 TATBESTAND Die Schwelle für eine Herabsetzung der Vorstandsbezüge ist auf der Tatbestandsseite durch den Wegfall des Erfordernisses einer „wesentlichen“ Lageverschlechterung und einer „schweren“ Unbilligkeit für die Gesellschaft deutlich abgesenkt worden. In der Praxis wird nun zu klären sein, wie die unbestimmten Rechtsbegriffe der „Verschlechterung der Lage der Gesellschaft“ und der „Unbilligkeit der Weitergewährung der Bezüge“ auszufüllen sind.

Verschlechterung der Lage der Gesellschaft

Was ist darunter zu verstehen? Nach der Gesetzesbegründung soll eine „Verschlechterung der Lage der Gesellschaft“ beispielsweise vorliegen, wenn die Gesellschaft Entlassungen oder Lohnkürzungen vornehmen muss oder keine Gewinne mehr ausschütten kann. Die Insolvenz oder unmittelbare Krise sollen nach der Gesetzesbegründung stets eine Verschlechterung der Lage der Gesellschaft darstellen, hierfür aber nicht notwendig sein. Die Beispiele der

Gesetzesmaterialien helfen nicht in jedem Fall. Entlassungen oder Lohnkürzungen können Indizien für eine Verschlechterung sein. Sie können aber auch die Ertragslage der Gesellschaft verbessern. Zu empfehlen ist jedenfalls eine umfassende Abwägung und Gewichtung der Unternehmenskennzahlen.

Ungeklärt ist, ob eine bereits zum Zeitpunkt der Festsetzung der Vorstandsbezüge absehbare, d.h. in den damaligen Unternehmensplanungen enthaltene Verschlechterung der Lage der Gesellschaft, die später plangemäß eintritt, für eine Herabsetzung der Vorstandsbezüge herangezogen werden kann. Der Wortlaut spricht dafür, dies zu bejahen und solche Fälle über das zweite Tatbestandsmerkmal, die „Unbilligkeit“ der Weitergewährung der Bezüge, zu lösen. Gleiches dürfte für eine Verschlechterung der Lage der Gesellschaft „auf hohem Niveau“ gelten.

Unbilligkeit der Weitergewährung der Bezüge

Wann ist die Weitergewährung der Vorstandsbezüge für die Gesellschaft angesichts der Verschlechterung ihrer Lage „unbillig“? Nach der Gesetzesbegründung soll die Weiterzahlung unbillig sein, wenn der Vorstand pflichtwidrig gehandelt hat, aber auch dann, wenn ihm kein pflichtwidriges Verhalten vorzuwerfen ist, die Verschlechterung der Lage der Gesellschaft jedoch in die Zeit seiner Vorstandsverantwortung fällt und ihm zurechenbar ist. Erforderlich ist also ein kausaler Beitrag des Vorstandsmitglieds für die Verschlechterung der Lage. Mit dem Umstand, dass die Verschlechterung nicht auf Entwicklungen in seinem eigenen Vorstandsressort zurückzuführen ist, wird sich das betroffene Vorstandsmitglied wohl dennoch nicht verteidigen können. Denn dem steht in der Regel die Gesamtverantwortung des Vorstands entgegen.

Altersbezüge

Während die Möglichkeit der Herabsetzung der Vorstandsbezüge nach § 87 Abs. 2 AktG a.F. bisher nur die Bezüge der aktiven Vorstandsmitglieder erfasste, gilt die Neuregelung auch für Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art, sowohl in Form unverfallbarer Anwartschaften als auch lau-

fender Versorgungsleistungen. Nach § 87 Abs. 2 S. 2 AktG n.F. können diese Altersbezüge jedoch nur

in den ersten drei Jahren nach dem Ausscheiden des Vorstandsmitglieds aus der Gesellschaft herabgesetzt werden, dann jedoch mit Wirkung für die gesamte restliche Laufzeit der Bezüge. Die Möglichkeit der nachträglichen Kürzung von Altersbezügen, die sich das Vorstandsmitglied durch seine in der Vergangenheit liegenden Arbeitsleistungen verdient hat, wird in der Literatur stark kritisiert und teilweise sogar für verfassungswidrig gehalten. Bedenklich ist insbesondere, dass das ausgeschiedene Vorstandsmitglied in diesem Fall – anders als bei einer Kürzung der laufenden Bezüge während der aktiven Vorstandszeit – nicht die Möglichkeit hat, auf die Kürzung mit einer Kündigung des Dienstvertrags nach § 87 Abs. 2 S. 4 AktG zu reagieren.

1.2 RECHTSFOLGEN

Soll-Vorschrift

Während der Aufsichtsrat nach § 87 Abs. 2 AktG a.F. bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zu einer Herabsetzung der Bezüge nur „berechtigt“ war, die Entscheidung hierüber mithin grds. im Ermessen des Aufsichtsrats stand, ist § 87 Abs. 2 AktG n.F. als Soll-Vorschrift ausgestaltet. Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ist der Aufsichtsrat nun grundsätzlich zu einer Herabsetzung der Bezüge verpflichtet und darf hiervon nur bei Vorliegen besonderer Umstände absehen.

Herabsetzung auf die angemessene Höhe

Nach bisheriger Rechtslage war eine „angemessene Herabsetzung“ der Bezüge vorgesehen. Überwiegend wurde eine Reduzierung der Vorstandsbezüge nur auf denjenigen Betrag, dessen Gewährung keine schwere Unbilligkeit mehr für die Gesellschaft darstellt, als zulässig erachtet. In § 87 Abs. 2 AktG n.F. ist dagegen nunmehr die Herabsetzung „auf die angemessene Höhe“ angeordnet. Dies ist nach der Gesetzesbegründung so zu verstehen, dass der Aufsichtsrat die Vorstandsbezüge auf das Maß herabzusetzen hat, welches nach § 87 Abs. 1 AktG n.F. in der veränderten Situation angemessen wäre. Damit hat der Aufsichtsrat im Rahmen der Herabsetzungsentscheidung nach § 87 Abs. 2 AktG n.F. die neuen strengeren Vorgaben des § 87 Abs. 1 AktG n.F. für die Angemessenheit der Vorstandsvergütung zu beachten.

Kündigungsrecht

Unverändert bleibt für das betroffene Vorstandsmitglied die Möglichkeit, in Reaktion auf die Herabsetzung der Bezüge den Anstellungsvertrag zum Schluss des nächsten Kalenderquartals mit einer Kündigungsfrist von sechs Wochen zu kündigen. Bedeutung wird die Kündigungsmöglichkeit im Hinblick auf ihre Rückwirkung auf die Pflicht zur Vergütungsherabsetzung erlangen. Denn weitverbreitet wird die Auffassung vertreten, der Aufsichtsrat dürfe dann von einer an sich berechtigten Herabsetzung Abstand nehmen, wenn das betroffene Vorstandsmitglied für das Unternehmen unverzichtbar ist und es für den Fall der Herabsetzung seiner Bezüge zu kündigen droht.

2. PRAKTISCHE FOLGEN FÜR DEN GESAMT-AUFSICHTSRAT

Wie gezeigt, obliegen dem Aufsichtsrat nach der Neufassung des § 87 Abs. 2 AktG im Rahmen der Herabsetzungsentscheidung eine Reihe komplexer Bewertungs- und Abwägungsfragen. Es erscheint daher angesichts der persönlichen Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats nach § 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG ratsam, künftig dafür zu sorgen, dass der Aufsichtsrat im Falle des Vorliegens von Anhaltspunkten für eine Verschlechterung der Lage der Gesellschaft stets zeitnah die Voraussetzungen der Herabsetzung der Vorstandsbezüge nach § 87 Abs. 2 AktG prüft, sich eine Meinung bildet und ggf. Beschluss fasst. Dabei ist sorgfältig zu dokumentieren, dass die Behandlung durch den Aufsichtsrat auf richtiger und vollständiger Tatsachengrundlage erfolgte und der Abwägungs- und Entscheidungsprozess anhand der Tatbestandsmerkmale des § 87 Abs. 2 AktG in nachvollziehbarer Weise durchgeführt wurde. Da die Entscheidung über die Vorstandsvergütung einschließlich ihrer Herabsetzung gem. § 107 Abs. 3 S. 3 AktG n.F. nicht mehr auf einen Ausschuss übertragen werden kann, muss auch diese Prüfung im Plenum erfolgen und sich in dessen Protokollen niederschlagen.

3. AUSWIRKUNGEN AUF DEN GESCHÄFTSFÜHRER EINER GMBH

Das VorstAG trifft keine ausdrückliche Regelung zur Herabsetzung der Geschäftsführergehälter bei der GmbH. Schon bisher bestand aber die Pflicht der Geschäftsführer, einer Herabsetzung ihrer Vergütung zuzustimmen, wenn sich die Lage der GmbH wesentlich verschlechtert hat, wofür teilweise in der Literatur eine Existenzgefährdung verlangt wurde. Die herrschende Literaturmeinung und der BGH leiteten diese Pflicht aus der allgemeinen Treuepflicht des Geschäftsführers gem. § 242 BGB ab, die – so der BGH – sich in dem Rechtsgedanken des § 87 Abs. 2 AktG a.F. konkretisiert habe. Ob dessen Verschärfung durch das VorstAG auf die Treuepflicht des GmbH-Geschäftsführers reflektiert, ist streitig. Vieles spricht dagegen. Klärung wird jedoch wohl erst die künftige Rechtsprechung schaffen.

4. ZEITLICHER ANWENDUNGSBEREICH

Das VorstAG enthält für § 87 Abs. 2 AktG keine Übergangsregelung, d.h. die Neuregelung gilt seit dem Inkrafttreten des VorstAG am 05.08.2009 – und zwar auch für bereits bestehende Vorstandsdienstverträge.

DR. JOERN CHRISTIAN NISSEN / KERSTIN LASKOWSKI



BGH BESTÄTIGT DIE ZULÄSSIGKEIT EINER SATZUNGSMÄSSIGEN FRAGE- UND REDEZEITBESCHRÄNKUNG

In seinem Urteil vom 8. Februar 2010 (II ZR 94/08) hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, dass die Satzung einer Aktiengesellschaft vorsehen kann, dass der Versammlungsleiter umfassend ermächtigt wird, das Frage- und Rederecht der Aktionäre in der Hauptversammlung zeitlich angemessen zu beschränken.

Zulässig ist auch die Bestimmung von angemessenen konkreten Zeitrahmen für die Gesamtdauer der Hauptversammlung und die auf den einzelnen Aktionär entfallenden Rede- und Fragezeiten, welche dann im Einzelfall vom Versammlungsleiter nach pflichtgemäßem Ermessen zu konkretisieren sind. Ebenfalls zulässig ist die Einräumung der Möglichkeit, den Debattenschluss um 22.30 Uhr anzuordnen und mit den Abstimmungen zu den Tagesordnungspunkten beginnen, um eine Beendigung der Hauptversammlung noch am selben Tag sicherzustellen.

Der Versammlungsleiter hat bei der Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens die konkreten Umstände der Hauptversammlung zu beachten. Er hat sich insbesondere an den Geboten der Sachdienlichkeit, der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung zu orientieren, ohne dass dies in der Satzungsbestimmung ausdrücklich geregelt werden muss.

Der BGH hob mit dieser Entscheidung das Berufungsurteil des OLG Frankfurt vom 12. Februar 2008 auf, das eine satzungsmäßig geregelte zeitliche Beschränkung des Frage- und Rederechts als einen Verstoß gegen die Bestimmung des § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG ansah. Denn nach Auffassung des Berufungsgerichts dürfe in der Satzung auf der Grundlage des § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG nur das Verfahren zur Einschränkung des Frage- und Rederechts geregelt werden; das Frage- und Rederecht dürfe jedoch nicht durch eine Satzungsbestimmung in zeitlicher Hinsicht beschränkt werden.

Dem folgte der BGH nicht und hielt die Satzungsregelung über die Ermächtigung des Versammlungsleiters, das Frage- und Rederecht der Aktionäre in der Hauptversammlung zeitlich angemessen zu beschränken, für wirksam.

Die im Rahmen des UMAG im Jahr 2005 in das Aktiengesetz aufgenommene Regelung des § 131 Abs. 2 Satz 2 bestimmt, dass die Satzung oder die Geschäftsordnung den Versammlungsleiter ermächtigen kann, das Frage- und Rederechts des Aktionärs zeitlich angemessen zu beschränken, und Näheres dazu zu bestimmen.

Der BGH begründete seine Entscheidung, eine zeitliche Beschränkung des Frage- und Rederechts für zulässig zu erachten, damit, dass eine entsprechende Satzungsregelung (i) vom Wortlaut des § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG gedeckt sei und (ii) dem Sinn und Zweck der Regelung diene. Sinn und Zweck der Regelung des § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG sei es, den Missbrauch des Frage- und Rederechts durch einige wenige Aktionäre, die später oftmals daraus Anfechtungsgründe hergeleitet und dann ihre Interessen eigenmächtig auf Kosten der Gesellschaft durchgesetzt haben, zu verhindern. Die Regelungskompetenz für eine satzungsmäßige Ermächtigung an den Versammlungsleiter, das Frage- und Rederecht zu beschränken liegt bei der Hauptversammlung, die hierüber in bestimmten Grenzen autonom entscheiden soll.

Aktiengesellschaften sollten in Erwägung ziehen, Beschlussvorschläge zur Beschränkung des Frage- und Rederechts der Aktionäre im Wege einer Satzungsänderung bei anstehenden Hauptversammlungen auf die Tagesordnung zu setzen.

Nachfolgend haben wir den Satzungswortlaut der vom BGH für zulässig erachteten Beschränkung des Frage- und Rederechts dargestellt. Dabei ist zu beachten, dass die Zulässigkeit der Beschränkungen des Frage- und Rederechts der Aktionäre auch von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängt und die konkrete Satzungsformulierung in jedem Einzelfall im Rahmen der Vorbereitung der Hauptversammlung rechtlich überprüft werden sollte.

„BESCHRÄNKUNG DES FRAGE- UND REDERECHTS DER AKTIONÄRE IN DER HAUPTVERSAMMLUNG“

- (1) Der Versammlungsleiter hat das Recht, das Frage- und Rederecht der Aktionäre zeitlich nach der Maßgabe des Folgenden zu beschränken:
- a) Ist nach der Tagesordnung (einschließlich etwaiger Minderheitsverlangen nach § 122 AktG) nur über die Gegenstände Verwendung des Bilanzgewinns, Entlastung der Mitglieder des Vorstands, Entlastung der Mitglieder des Aufsichtsrats, Wahl des Abschlussprüfers und Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien oder einzelne dieser Gegenstände Beschluss zu fassen, kann der Versammlungsleiter das Frage- und Rederecht der Aktionäre in solcher Weise zeitlich beschränken, dass die Hauptversammlung insgesamt nicht länger als sechs Stunden dauert. Bei der Berechnung der Dauer der Hauptversammlung bleiben die Zeiträume außer Betracht, die auf Unterbrechungen der Hauptversammlung und die Rede des Vorstands sowie die Ausführungen des Versammlungsleiters vor Beginn der Generaldebatte entfallen.
 - b) Ist nach der Tagesordnung (einschließlich etwaiger Minderheitsverlangen nach § 122 AktG) auch über andere Gegenstände als nach Buchstabe a) Beschluss zu fassen, kann der Versammlungsleiter das Frage- und Rederecht der Aktionäre in solcher Weise zeitlich beschränken, dass die Hauptversammlung insgesamt nicht länger als zehn Stunden dauert. Buchstabe a) Satz 2 gilt entsprechend.
 - c) Der Versammlungsleiter kann die Rede- und Fragezeit eines Aktionärs je Wortmeldung auf 15 Minuten beschränken und, wenn sich im Zeitpunkt der Worterteilung an den Aktionär mindestens drei weitere Redner angemeldet haben, auf zehn Minuten. Der Versammlungsleiter kann die Rede- und Fragezeit, die einem Aktionär während der Versammlung insgesamt zusteht, auf 45 Minuten beschränken.
 - d) Die Beschränkungen nach Buchstaben a) bis c) können vom Versammlungsleiter jederzeit, auch zu Beginn der Versammlung angeordnet werden.
 - e) Beschränkungen nach Maßgabe der vorstehenden Buchstaben a) bis d) gelten als angemessen im Sinne des § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG.
- (2) Unabhängig von dem Recht des Versammlungsleiters, das Frage- und Rederecht der Aktionäre nach Maßgabe von Abs. 1 zu beschränken, kann der Versammlungsleiter um 22:30 Uhr des Versammlungstags den Debattenschluss anordnen und mit den Abstimmungen zu den Tagesordnungspunkten beginnen. Nach Anordnung des Debattenschlusses sind in den Fällen des Satzes 1 weitere Fragen nicht mehr zulässig.
- (3) Das Recht des Versammlungsleiters, das Frage- und Rederecht der Aktionäre über die Bestimmungen in Abs. 1 und 2 hinaus nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen oder nach Maßgabe sonstiger in der Rechtsprechung anerkannter Grundsätze einzuschränken, bleibt von den Regelungen in Abs. 1 und 2 unberührt.“

DR. CHRISTIAN BECKER



KEINE MEHRFACHE AUSNUTZUNG EINER „BIS-ZU-KAPITALERHÖHUNG“ (OLG MÜNCHEN, BESCHL. V. 22.9.2009 – 31 WX 110/09)

Mit Beschluss vom 22. September des vergangenen Jahres hat sich das OLG München zu der in der Haftungspraxis von Kapitalgesellschaften bedeutsamen Fragen des Kapitalerhöhungsrechts der Aktiengesellschaft geäußert.

I. Der Entscheidung lag vereinfacht der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Hauptversammlung einer AG beschloss im Sommer 2008, das Grundkapital von EUR 120.000,00 um bis zu EUR 50.000,00 auf bis zu EUR 170.000,00 zu erhöhen. Beinahe vier Monate später wurde der Erhöhungsbeschluss sowie dessen Durchführung in Höhe von EUR 21.250,00 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet und später auch antragsgemäß eingetragen. Der Aufsichtsrat nahm die entsprechende Satzungsänderung vor.

Im Juni 2009 meldete die Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister an, dass im Hinblick auf denselben Kapitalerhöhungsbeschluss das Grundkapital der Gesellschaft um weitere EUR 13.500,00 Euro erhöht worden sei. Mit einer sogenannten Zwischenverfügung teilte das zuständige Registergericht daraufhin mit, dass die Anmeldung nicht vollzogen werden könne, weil die beschlossene Kapitalerhöhung bereits in Anspruch genommen worden und damit verbraucht sei.

Der beteiligte Notar wandte dagegen ein, der Beschluss vom 28. August 2008 enthalte keine Beschränkung auf nur einen Kapitalerhöhungsvorgang. Dennoch wies sowohl das LG die Beschwerde zurück. Das OLG München bestätigte diese Entscheidung gegen die weitere Beschwerde.

II. Das OLG München bewegt sich mit seiner Ansicht, dass eine reguläre Kapitalerhöhung nicht in mehreren Tranchen ausgeübt werden könne, auf der Linie der herrschenden Ansicht in der Literatur. Im Rahmen seines Beschlusses hat sich das Gericht mit der Abgrenzung zwischen einer Kapitalerhöhung i.S.d. §§ 182 ff. AktG (sog. Kapitalerhöhung gegen Einlagen) und dem sog. genehmigten Kapital i.S.d. §§ 202 ff. AktG auseinandergesetzt.

Eine Kapitalerhöhung gegen Einlagen bedarf als Satzungsänderung eines Beschlusses der Hauptversammlung. Um zu verhindern, dass eine beschlossene Kapitalerhöhung scheitert, weil die festgelegte Kapitalerhöhung nicht erreicht wird, wird in dem Beschluss vielfach ein Mindest- oder Höchstbetrag angegeben, was nach allgemeiner Auffassung auch zulässig ist. Die Anzahl der gezeichneten Aktien bestimmt im Nachgang den endgültig einzutragenden Erhöhungsbetrag. Einzige Voraussetzung ist, dass dieser den Mindestbetrag nicht unter- und den Höchstbetrag nicht überschreitet.

Demgegenüber erlaubt es ein Hauptversammlungsbeschluss, der ein genehmigtes Kapital i.S.v. § 202 AktG vorsieht, der Verwaltung für einen bestimmten Zeitraum (höchstens fünf Jahre) das Grundkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag durch Ausgabe neuer Aktien gegen Einlage zu erhöhen. Während der Vorstand hier in seiner Entscheidung, neues Kapital zu beschaffen, weitgehend frei ist und dies nach allgemeiner Meinung auch in mehreren Tranchen tun kann, ist dies bei einem Hauptversammlungsbeschluss, der eine Kapitalerhöhung gegen Einlagen vorsieht, anders. Dort ist das Leitungsorgan im wesentlichen auf die Umsetzung des Beschlussinhaltes beschränkt.

Im Interesse einer randscharfen Abgrenzung zwischen diesen beiden Maßnahmen hat denn das Gericht auch zu Recht befunden, dass der Vorstand auf der Grundlage ein und desselben Hauptversammlungsbeschlusses nicht mehrere Kapitalerhöhungen anmelden kann.

Mit Anmeldung und Eintragung der ersten Kapitalerhöhung war damit der Erhöhungsbeschluss in diesem Fall ausgeführt. Zur weiteren Erhöhung hätte es folglich eines neuen Beschlusses bedurft. Das OLG München macht zugleich deutlich, dass ein Kapitalerhöhungsbeschluss, der nur einen Mindest- oder Höchstbetrag enthält, grundsätzlich einen Zeitraum für deren Durchführung vorsehen muss. Anderenfalls stünde es im Belieben der Verwaltung, den Zeitraum für die Zeichnung der neuen Aktien und damit den tatsächlichen Erhöhungsbetrag zu bestimmen. Diese zeitliche Befristung darf im Hinblick auf die gebotene Abgrenzung zum genehmigten Kapital nicht allzu großzügig bemessen werden.

III. Soll eine möglichst flexible Form der Kapitalbeschaffung gefunden werden, sollte von vornherein ein genehmigtes Kapital i.S.d. §§ 202 ff. AktG durch einen entsprechenden Hauptversammlungsbeschluss geschaffen werden. Für einen Beschluss über die Kapitalerhöhung gegen Einlagen ist darauf zu achten, dass eine Befristung für deren Durchführung bestimmt wird und diese nicht zu großzügig gewählt wird. Ein Zeitrahmen von bis zu sechs Monate sollte jedoch noch zulässig sein. Überschreiten die handelnden Organe diesen Zeitrahmen, so besteht die Gefahr, dass der Hauptversammlungsbeschluss anfechtbar oder gar nichtig ist.

DR. ROLAND HOFFMANN-THEINERT/
DR. JAN DEMBSKI

... Eine Kapitalerhöhung gegen Einlagen bedarf als Satzungsänderung eines Beschlusses der Hauptversammlung.

INHALTSVERZEICHNIS

- 2 Restrukturierung von Unternehmensanleihen
Vorgaben des neuen Schuldverschreibungsgesetz 2009
- 5 Neuere Entwicklung in der praktischen Umsetzung des MoMiG
- 8 Zum Sparen in die Schweiz?
Zweifel an der Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen nach dem Inkrafttreten des MoMiG
- 10 Die nachträgliche Herabsetzung von Vorstandsbezügen und -ruhegehältern nach dem Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsbezüge (VorstAG) und ihre Auswirkung auf GmbH-Geschäftsführer
- 13 BGH bestätigt die Zulässigkeit einer satzungsmäßigen Frage- und Redezeitbeschränkung
- 16 Keine mehrfache Ausnutzung einer „Bis-zu-Kapitalerhöhung“

UNSERE STANDORTE

BERLIN

Klingelhöferstraße 5
D-10785 Berlin

ESSEN

Alfredstraße 220
D-45131 Essen

FRANKFURT/M.

Neue Mainzer Straße 69-75
D-60311 Frankfurt/M.

KÖLN

Sachsenring 81
D-50677 Köln

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22
D-80538 München

WWW.GOERG.DE

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

— Dr. Roland Hoffmann-Theinert
rhoffmann-theinert@goerg.de / Tel +49 – 30 – 88 45 03-112

ESSEN

— Dr. Joern Christian Nissen
jnissen@goerg.de / Tel +49 – 201 – 437 76-26

FRANKFURT/M.

— Dr. Werner Mielke
wmielke@goerg.de / Tel +49 – 69 – 17 00 00-190

KÖLN

— Dr. Oliver Wilken
owilken@goerg.de / Tel +49 – 221 – 33 660-674

MÜNCHEN

— Dr. Stefan Heyder
sheyder@goerg.de / Tel +49 – 89 – 30 90 667-81

— Dr. Christian Becker
cbecker@goerg.de / Tel +49 – 89 – 30 90 667-25

Dieser Newsletter wurde nach bestem Wissen und Gewissen, jedoch als generelle Leitlinie erstellt und kann nicht die Beratung im Einzelfall ersetzen. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden. Sollten Sie den Bezug dieses Newsletters nicht mehr wünschen, bitten wir um entsprechende Mitteilung per E-Mail an kbuettnner@goerg.de