

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:
28.08.2019

Erscheinungsweise:
vierzehntäglich

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

17/2019

Inhaltsübersicht:

AUFSÄTZE

Anm. 1

Einstweilige Verfügung in der Tschechischen Republik (Teil 1): Gesetzesgrundlage, Arten und typischer Inhalt der einstweiligen Verfügung

von Jan Krampera, RA, Eversheds Sutherland Dvořák Hager, advokátní kancelář, s.r.o., Prag, Michaela Horváthová, RA'in, Eversheds Sutherland Dvořák Hager, advokátní kancelář, s.r.o., Prag, Eliška Miklíková, RA'in, Eversheds Sutherland Dvořák Hager, advokátní kancelář, s.r.o., Prag, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Eversheds Sutherland (Germany) LLP, Düsseldorf, Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte und Notare, Düsseldorf

Anm. 2

Einlagenrückgewähr aus Auslandsgesellschaft und das Körperschaftssteuergesetz

von Dr. Hans Peter Lange, RA, FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, FA für Agrarrecht, Steuerberater und vereidigter Buchprüfer, Partnerschaftsgesellschaft Dr. Lange Dr. Spils ad Wilken + Partner mbB, Celle

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Anm. 3

Erhebung einer Unterlassungsklage durch Aktionär ohne unangemessene Verzögerung

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07.05.2019, II ZR 278/16
von Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA, Oberregierungsrat

Anm. 4

Rechtsmissbräuchlichkeit eines Antrags auf Ermächtigung zur Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung

Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 03.05.2019, 31 Wx 216/19
von Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA, Oberregierungsrat

Zitiervorschlag: Krampera/Horváthová/Miklíková/Wittmann/Nacke, AnwZert HaGesR 17/2019 Anm. 1
ISSN 1869-1331

AUFSÄTZE

1

Einstweilige Verfügung in der Tschechischen Republik (Teil 1): Gesetzesgrundlage, Arten und typischer Inhalt der einstweiligen Verfügung

von Jan Krampera, RA, Eversheds Sutherland Dvořák Hager, advokátní kancelář, s.r.o., Prag, Michaela Horváthová, RA'in, Eversheds Sutherland Dvořák Hager, advokátní kancelář, s.r.o., Prag, Eliška Miklíková, RA'in, Eversheds Sutherland Dvořák Hager, advokátní kancelář, s.r.o., Prag, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Eversheds Sutherland (Germany) LLP, Düsseldorf, Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte und Notare, Düsseldorf

A. Einleitung

Die einstweilige Verfügung („Předběžné opatření“) als Prozessinstitut zur vorläufigen Regelung der rechtlichen Verhältnisse der Verfahrensbeteiligten kann nach tschechischem Recht im Erkenntnis-, Vollstreckungs-, Schieds- und Insolvenzverfahren erlassen werden. Schwerpunkt dieses Artikels ist die einstweilige Verfügung im Erkenntnisverfahren.

B. Die Rechtslage

I. Gesetzesgrundlage, Gründe und Frist für den Erlass der einstweiligen Verfügung

Die Grundsätze der einstweiligen Verfügung werden in den §§ 74 bis 77a des Gesetzes Nr. 99/1963 Sb., der tschechischen Zivilprozessordnung (Občanský soudní řád), in der geltenden Fassung (nachfolgend als „OSR“ bezeichnet) geregelt. Schlüsselmerkmale der einstweiligen Verfügung sind dabei die Vorläufigkeit und der direkte Zusammenhang mit dem Streitgegenstand. Die einstweilige Verfügung kann sowohl vor der Eröffnung des Hauptsacheverfahrens als auch in dessen Verlauf erlassen werden.

Der Erlass der einstweiligen Verfügung ist nach der tschechischen Zivilprozessordnung in zwei alternativen Konstellationen möglich:¹

1. Es besteht Bedarf an einer vorläufigen Regelung der Verhältnisse der Verfahrensbeteiligten

(vergleichbar der einstweiligen Verfügung nach deutschem Prozessrecht) oder

2. es besteht eine Befürchtung, dass die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungstitel gefährdet wird (z.B. wenn die Gegenpartei mit der Veräußerung ihres Vermögens begonnen hat) – vergleichbar dem Arrest nach deutschem Prozessrecht.

Der Erlass der einstweiligen Verfügung erfolgt nur auf Antrag. Das örtlich und sachlich zuständige Gericht ist das Gericht der Hauptsache.

Nach tschechischem Recht wird das zuständige Gericht nach der Art der Streitigkeit und nicht nach dem Streitwert bestimmt. Die unterste Instanz sind die sog. Bezirksgerichte (okresní soud). Die Landgerichte (krajský soud) entscheiden in erster Instanz insbesondere in folgenden Streitigkeiten:

- in Fällen, die sich aus Rechtsbeziehungen im Zusammenhang mit der Gründung von Handelsgesellschaften ergeben, bei Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaften und ihren Gesellschaftern sowie bei Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern, die sich aus ihrer Beteiligung an der Handelsgesellschaft ergeben,
- in Streitigkeiten, die sich aus dem Urheberrecht ergeben,
- in Streitigkeiten über den Schutz von Rechten, die durch unlauteren Wettbewerb oder rechtswidrige Wettbewerbsbeschränkungen verletzt oder bedroht sind,
- in Angelegenheiten, die den Schutz des Namens und der Reputation einer juristischen Person betreffen,
- bei Streitigkeiten über Sicherungsmittel oder über Wechsel, Schecks und Finanzinstrumente,
- bei Streitigkeiten aus Warenbörsengeschäften,
- in Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Umwandlung von Gesellschaften und Genossenschaften, einschließlich etwaiger Entschädigungsverfahren,
- bei Streitigkeiten über den Kauf oder die Anmietung einer Betriebsstätte oder eines Teils davon,
- bei Streitigkeiten über Bauaufträge der öffentlichen Hand, bei denen es sich

um öffentliche Aufträge handelt, die eine bestimmte Summe überschreiten, einschließlich der für die Ausführung dieser Aufträge erforderlichen Lieferungen.

Über alle anderen zivilrechtlichen Ansprüche entscheiden die Bezirksgerichte. Der Erlass der einstweiligen Verfügung steht unter zwei kumulativen Voraussetzungen: Der Antragsteller muss zum einen das Bestehen des Klageanspruchs jedenfalls glaubhaft machen (Verfügungsanspruch) und zum anderen Tatsachen beweisen, die die Befürchtung begründen, dass die zukünftige gerichtliche Zwangsvollstreckung gefährdet ist bzw. ohne Erlass der einstweiligen Verfügung irreversible Tatsachen eintreten könnten (Verfügungsgrund). Der Unterschied zwischen den Begriffen „glaubhaft machen“ und „beweisen“ liegt, vergleichbar dem deutschen Prozessrecht, darin, welchen Grad an Nachweis der Antragsteller an den von ihm behaupteten Sachverhalt beizubringen hat.² An die Glaubhaftmachung des Anspruchs im einstweiligen Verfügungsverfahren werden somit geringere Anforderungen gestellt als an den (Voll-)Beweis, der im Hauptsacheverfahren zu erbringen ist. Der Antragsteller ist verpflichtet, bereits mit der Antragschrift alle zur Glaubhaftmachung des Anspruchs dienenden Beweisangebote dem Antrag beizufügen. Eine spätere Ergänzung der Beweisangebote ist nicht möglich.

Bereits mit der Einreichung des Antrags ist der Antragsteller verpflichtet, dem Gericht eine Sicherheit für eventuelle materielle oder immaterielle Schadensersatzansprüche des Antragsgegners für den Fall der späteren Aufhebung der Verfügung zu leisten (zu den weiteren Einzelheiten vgl. nachfolgend unter V.).

Über die einstweilige Verfügung soll das Gericht unverzüglich entscheiden, spätestens innerhalb von sieben Tagen. Falls das Gericht den Anspruch nicht für glaubhaft gemacht hält, weist es den Antrag ohne weiteres ab, ohne dass der Antragsteller zur Ergänzung der Beweise aufgefordert wird.

II. Arten der einstweiligen Verfügung/typischer Inhalt einstweiliger Verfügungen

§ 76 Abs. 1 OSR bestimmt den möglichen Inhalt der einstweiligen Verfügung bzw. die Art der einstweiligen Verfügungen. Liegen die allgemeinen Voraussetzungen vor (insbesondere die

fehlende Vorwegnahme der Entscheidung in der Hauptsache) kann das Gericht dem Antragsgegner auch andere Pflichten auferlegen. Die meisten einstweiligen Verfügungen fallen aber in eine der nachfolgenden Kategorien.

Typischerweise kann das erkennende Gericht durch einstweilige Verfügung den Antragsgegner (oder einen Dritter - vgl. unter III.) verpflichten:

1. Einen Geldbetrag oder eine Sache in gerichtlicher Verwahrung zu hinterlegen

Durch diese einstweilige Verfügung verpflichtet das Gericht den Antragsgegner zur Hinterlegung von Geld oder Sachen in gerichtliche Verwahrung. Diese Art der einstweiligen Verfügung kommt insbesondere in Betracht, wenn es z.B. um einen Eigentumsstreit über eine bewegliche Sache geht und die Befürchtung besteht, dass der gegenwärtige Besitzer der Sache diese versteckt oder vernichtet und dadurch die Zwangsvollstreckung vereitelt. Ein anderer Anwendungsfall ist beispielsweise ein Streit über die Zahlung eines Geldbetrags, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass dem Antragsgegner dieser Betrag in bar vorliegt und gleichzeitig die Gefahr besteht, dass er das Bargeld zielgerichtet weggibt.

In der alltäglichen Gerichtspraxis findet allerdings die Verpflichtung zur Hinterlegung von Geld in die gerichtliche Verwahrung nur selten Anwendung. Grund hierfür ist einerseits, dass diese nur schwer durchsetzbar ist und andererseits regelmäßig eine viel einfachere und wirksamere Maßnahme in Betracht kommt, z.B. die Kontensperre/Sicherungspfändung.

Das Gericht wird indessen die Verpflichtung zur Hinterlegung von Geld in die gerichtliche Verwahrung anordnen, wenn dem Antragsteller eine Bankverbindung des Antragsgegners unbekannt ist und offensichtlich ist, dass der Antragsgegner über Geldmittel verfügt.

2. Über bestimmte Sachen oder Rechte nicht zu verfügen

Diese Variante der einstweiligen Verfügung zählt zu den in Tschechien am häufigsten erlassenen Arten. Hierbei untersagt das Gericht dem Antragsgegner beispielweise die Verfügung über ein Grundstück. In einem solchen Falle ist dringend auf die hinreichend bestimmte und zutreffende

Bezeichnung des Grundstücks (bzw. der beweglichen Sache – beispielsweise des begehrten Fahrzeugs) in der Antragschrift zu achten, da andernfalls die einstweilige Verfügung nicht erlassen werden kann.

Falls sich die vorgenannte einstweilige Verfügung auf ein Grundstück bezieht, informiert das Gericht das zuständige Grundbuchamt über den Erlass einer solchen Verfügung binnen einer Frist von drei Tagen nach Verkündung der Entscheidung. Das Grundbuchamt trägt dann eine solche Beschränkung (vergleichbar der Vormerkung bzw. dem Widerspruch nach deutschem Verständnis) im Grundbuch ein. Gleichzeitig erstreckt sich die erlassene einstweilige Verfügung automatisch auf bereits anhängige Eintragsverfahren, einschließlich derjenigen, die noch vor der Stellung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung eingereicht wurden.

3. Etwas zu leisten, zu unterlassen oder zu dulden

Es handelt sich um eine weitere der am häufigsten erlassenen Art einstweiliger Verfügungen, vor allem in Verbindung mit der möglichen Verpflichtung eines Dritten (vergleiche hierzu nachstehend unter III.). Das Gericht kann dem Antragsgegner zum Beispiel auferlegen, die weitere Nutzung von Räumen durch den Antragsteller zu dulden oder Inhalte von einer Webseite zu löschen.

4. Den notwendigen Unterhalt zu zahlen

Durch diese Art der einstweiligen Verfügung wird gegenüber einem Familienangehörigen die gesetzliche Unterhaltspflicht für ein minderjähriges Kind durchgesetzt. Andere Arten der einstweiligen Verfügung im Bereich des Familienrechts werden noch gesondert weiter unten behandelt.

5. Wenigstens einen Teil der Arbeitsvergütung zur Verfügung zu stellen

Diese Art der einstweiligen Verfügung findet in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten Anwendung, wenn ein (ehemaliger) Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber klagt. Sie bezieht sich nicht zwingend nur auf die Vergütung im engeren Sinne, sondern auch auf andere Leistungen des Arbeitgebers wie beispielsweise das Urlaubsentgelt. Der Grund für diese einstweilige Verfügung ist die Aufrechterhaltung der Unterhaltsfunktion der Arbeitsvergütung.

III. Verpflichtung Dritter

Das Gericht kann bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen einen Dritten verpflichten, der kein Verfahrensbeteiligter ist, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen. Ein Beispielsfall ist der Erlass einer Kontensperre (Sicherungspfändung) durch eine Bank. Eine solche einstweilige Verfügung kann das erkennende Gericht allerdings nur dann erlassen, wenn die Erfüllung der auferlegten Pflicht dem Dritten gerechterweise zuzumuten ist. Es geht (nur) um die (flankierende) Mitwirkung bei der Erfüllung der Pflicht des Antragsgegners. Dem Dritten kann die Pflicht nur dann auferlegt werden, wenn sie gleichzeitig dem Antragsgegner auferlegt wird. Der derart verpflichtete Dritte kann gegen diese Entscheidung Berufung einlegen.

IV. Was im Rahmen einer einstweiligen Verfügung nicht beansprucht werden kann

Eine einstweilige Verfügung kann unter keinen Umständen ein bestimmtes Recht des Antragstellers positiv feststellen. Sie kann nur dem Antragsgegner eine Verpflichtung auferlegen: etwas zu leisten, etwas zu unterlassen, etwas zu dulden u.ä. Eine einstweilige Verfügung kann auch nicht erlassen werden, wenn ihr Inhalt mit der Entscheidung in der Hauptsache identisch wäre – d.h. wenn ihr Erlass der Entscheidung in der Hauptsache vorgreifen würde (bis auf Ausnahmen in Wettbewerbsfällen – vgl. nachstehend unter VI. 2).

So kann zum Beispiel begleitend zu einer klassischen Leistungsklage keine einstweilige Verfügung erlassen werden, die den Antragsgegner zur Zahlung der Klageforderung an den Antragsteller verpflichten würde (in bestimmten Fällen – insbesondere dort, wo begründet zu befürchten ist, dass die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil im Hauptsacheverfahren durch den Antragsgegner gefährdet wird – kann der Antragsteller diese Beschränkung jedoch durch eine Kontensperrung (Sicherungspfändung) oder durch die Verpflichtung des Antragsgegners zur Hinterlegung dieses Betrags in gerichtliche Verwahrung ausgleichen).

Ferner ist der Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht zulässig, die in ein Verfahren bei einer anderen Stelle eingreifen würde. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung, die dem Antragsgegner auferlegt, einen Antrag auf Eröffnung eines Verfahrens zu stellen, ist somit nicht möglich. Auch kann das Gericht durch die einstweilige Verfügung

keiner Verwaltungsbehörde aufgeben, in einem vor ihr anhängigen Verfahren in einer bestimmten Weise vorzugehen. Es ist auch nicht möglich, dem Zwangsvollstreckungsgläubiger gegenüber anzuordnen, von einer Maßnahme der Zwangsvollstreckung Abstand zu nehmen.

V. Kosten der einstweiligen Verfügung

Für den Antrag auf einstweilige Verfügung werden Gerichtskosten i.H.v. CZK 1.000 (aktuell ca. 40 Euro) erhoben.

Weiter ist der Antragsteller verpflichtet, dem Gericht eine Sicherheit i.H.v. CZK 10.000 (aktuell ca. 400 Euro), bzw. CZK 50.000 (aktuell ca. 2.000 Euro), wenn es um Streitigkeiten zwischen Unternehmen geht, zu leisten. Diese Sicherheit dient zur Erfüllung jeglicher Schadensersatzansprüche, die dem Antragsgegner durch den Erlass und die Vollstreckung der einstweiligen Verfügung entstehen könnten. Die Sicherheit hat der Antragsteller spätestens an demselben Tag zu leisten, an dem er den Antrag auf einstweilige Verfügung bei Gericht einreicht, d.h. ohne jegliche Aufforderung des Gerichts.

Sollte der Antragsteller seiner Verpflichtung nicht nachkommen und die Sicherheit nicht rechtzeitig oder nicht vollständig leisten, so wird sein Antrag auf einstweilige Verfügung zurückgewiesen, sodass das Gericht sich mit diesem Antrag überhaupt nicht inhaltlich befassen wird. Die fehlende Beibringung der Sicherheit spätestens an dem Tag, an dem der Antrag auf einstweilige Verfügung beim Gericht eingereicht wird, kann dabei nicht nachträglich geheilt werden. Sie kann nur durch die Einreichung eines neuen Antrags auf einstweilige Verfügung behoben werden. Dieser kann aber aufgrund der Rechtshängigkeit erst dann gestellt werden, nachdem das Gericht den ersten Antrag auf einstweilige Verfügung rechtskräftig zurückgewiesen hat.

In folgenden Ausnahmefällen ist der Antragsteller von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung befreit:

1. bei einstweiligen Verfügung in Unterhaltssachen;
2. bei einstweiligen Verfügung in Arbeits-sachen;
3. bei einstweiligen Verfügung gerichtet auf den Ersatz für Gesundheitsschäden;

4. wenn der Antragsteller bereits in seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung glaubhaft macht, dass seine persönlichen Verhältnisse die Voraussetzungen für die Gerichtskostenbefreiung erfüllen und es sich um keinen willkürlichen oder offensichtlich erfolglosen Anspruch handelt;
5. wenn Gefahr im Verzug besteht, durch den dem Antragsteller ein Schaden entstehen könnte und der Antragsteller bereits in seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung glaubhaft macht, dass er die Sicherheit ohne eigenes Verschulden nicht hinterlegen konnte.

Aufgrund der geringen Höhe der Sicherheit kam es in der Vergangenheit in der Gerichtspraxis zu Situationen, in denen offensichtlich schikanöse Anträge auf einstweilige Verfügung gestellt wurden. Deshalb wurde Ende September 2017 eine Novelle der OSR erlassen, mit welcher das Gericht die Sicherheit erhöhen kann, wenn (i) die geleistete Sicherheit offensichtlich nicht zur Kompensation eines durch die einstweilige Verfügung verursachten Schadens ausreicht (zu den Einzelheiten vgl. nachstehend unter IX.), oder wenn (ii) erneut ein Antrag auf einstweilige Verfügung gestellt wurde, der dieselben Antragsgegner wie der vorherige Antrag betrifft und aus ähnlichen Gründen dieselbe oder eine ähnliche vorübergehende Regelung der Verhältnisse zum Ziel hat.

Wenn das Gericht zu dem Schluss gelangt, dass die Bedingungen für die Erhöhung der Sicherheit erfüllt sind, fordert es den Antragsteller unverzüglich auf, die Sicherheit um einen durch das Gericht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls festgesetzten Betrag innerhalb von drei Tagen zu ergänzen. Das Gericht unterliegt keiner Obergrenze für die Ergänzung der Sicherheit – die Höhe dieser Nachzahlung liegt immer im Ermessen des Gerichts.

Da der Sinn der Sicherheit eine Absicherung vor Schadensersatzansprüchen ist, die dem Antragsgegner in Folge der Anordnung der einstweiligen Verfügung entstehen können, zahlt das Gericht die geleistete Sicherheit zurück, wenn es den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückweist.

Wenn das Gericht dem Antrag stattgibt und die einstweilige Verfügung anordnet, erfolgt die Rück-

zahlung der Sicherheit erst nach Erlöschen der einstweiligen Verfügung – zu den Einzelheiten vgl. nachfolgend unter Ziffer VIII. – nachdem eine sechsmonatige Ausschlussfrist für die Erhebung einer Schadensersatzklage (Klage auf Ersatz eines durch die einstweilige Verfügung verursachten Schadens – zu den Einzelheiten vgl. nachstehend unter IX.) erfolglos verstrichen ist.

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt.

¹ Eine Ausnahme gilt für Schiedsverfahren (vgl. weiter unten).

² <https://www.pravniprostor.cz/judikatura/procesni-pravo/osvedceni-a-prokazani-predpokladu-pro-narizeni-predbezne-opatreni>, zuletzt abgerufen am 22.08.2019.

2

Einlagenrückgewähr aus Auslandsgesellschaft und das Körperschaftssteuergesetz

von Dr. Hans Peter Lange, RA, FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, FA für Agrarrecht, Steuerberater und vereidigter Buchprüfer, Partnerschaftsgesellschaft Dr. Lange Dr. Spils ad Wilken + Partner mbB, Celle

A. Einleitung

Das Gesellschaftsrecht lässt sich vielfach nicht ohne steuerrechtliche Komplikationen denken. So muss etwa der Gesellschafter mit Wohnsitz in Deutschland und Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft im EU-Ausland auch die steuerrechtlichen Konsequenzen einer Einlagenrückgewähr bedenken, die er im Regelfall nicht kennen kann. Zutreffend wird von Binnewies/Stenert¹ festgestellt, dass die einschlägige Norm „vielen Steuerpflichtigen nicht bekannt ist (wer rechnet schon damit, die Rückzahlung von bereits versteuerten Beträgen nochmals versteuern zu müssen?)“ und dass auch „wegen enormer bürokratischer Hürden“ vielfach an den deutschen Fiskus Steuern auf Kapitalrückzahlungen gezahlt werden, die grundsätzlich steuerfrei gestellt sind.

Deshalb sollten auch für den Gesellschaftsrechtler insbesondere bei Entscheidungen zur Liquidati-

on der Auslandsgesellschaft Regelungen des deutschen Körperschaftsteuergesetzes zu berücksichtigen sein. Jedenfalls sollte es in diesem Zusammenhang ein Problembewusstsein geben, wozu dieser Aufsatz einen Beitrag leisten will.

Um die Darstellung zu vereinfachen, wird im Folgenden von einem in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtigem alleinigen Gesellschafter einer dänischen Kapitalgesellschaft ausgegangen, der diese Beteiligung in seinem steuerlichen Privatvermögen hält. Es soll sich um eine Anpartsselskab (ApS) handeln, die strukturell und steuerrechtlich der deutschen GmbH gleichgestellt wird. Das Nennkapital betrage 125.000 dänische Kronen (dkr), zusätzliche Einlagen des Gesellschafters sind mit 1.875.000 dkr ausgewiesen. Der Unternehmensgegenstand habe sich erledigt, die ApS muss abgewickelt werden. Sonstige Aktiva und Passiva seien nicht mehr vorhanden, das Besteuerungsverfahren in Dänemark abgeschlossen. Wirtschaftlich geht es dann nur noch um die Rückzahlung der Einlagen des Gesellschafters.

A. Die Rechtslage

I. Objektive Darstellung der Rechtslage

Solange die Entwicklung noch nicht abgeschlossen ist, fällt eine objektive Darstellung der Rechtslage schwer. Das liegt daran, dass der deutsche Steuergesetzgeber sehr rigide Regelungen dazu getroffen hat, unter welchen Voraussetzungen die grundsätzlich auch nach deutschem Steuerrecht steuerfreie Einlagenrückgewähr bei Auslandsgesellschaften steuerfrei zu stellen ist. Diese Regelungen sind zu Recht umstritten und in ihrer Wirksamkeit noch fraglich.

1. Einlagenrückgewähr bei inländischer Kapitalgesellschaft

Der Betrag von 125.000 dkr entspricht der Zahlung des Gesellschafters auf das Nenn- oder Stammkapital. Eine Nennkapitalrückzahlung ist im Inlandsfall grundsätzlich eine nichtsteuerbare Rückzahlung des eingezahlten Kapitals, sie gehört bei im Privatvermögen gehaltenen Anteilen nicht zu den Einnahmen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Auf Ausnahmefälle kommt es hier nicht an.

Bei dem Betrag von 1.875.000 dkr geht es um nicht in das Nennkapital geleistete Einlagen. Deren Rückzahlung ist im Inlandsfall steuerfrei, soweit es sich um Ausschüttungen einer Körper-

schaft handelt, für die Beträge aus dem steuerlichen Einlagekonto i.S.d. § 27 KStG als verwendet gelten (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG). Besonderheiten ergeben sich aus § 17 Abs. 4 EStG, auf die es aber im Regelfall nicht ankommt.

2. Einlagenrückgewähr bei ausländischer Kapitalgesellschaft

Hier wird danach unterschieden, ob es sich um eine Kapitalgesellschaft im EU-Mitgliedsstaat oder um eine im EU-Ausland handelt.

a) Kapitalgesellschaft im EU-Ausland

Nach Auffassung der Finanzverwaltung soll jede Einlagenrückzahlung zu besteuern sein, wenn nicht die Voraussetzungen des § 27 Abs. 8 KStG vorliegen.

Nach dieser Regelung soll die Einlagenrückgewähr in diesen Fällen grundsätzlich genauso behandelt werden wie bei der inländischen Kapitalgesellschaft. Das ist aber bloße Theorie. Denn vorausgesetzt wird nach der gesetzlichen Regelung ein Antrag der ausländischen Kapitalgesellschaft – in Fällen wie im Beispielfall – beim Bundeszentralamt für Steuern, dem umfangreiche Unterlagen beizufügen sind und der innerhalb einer Ausschlussfrist (bis zum Ende des der Ausschüttung folgenden Kalenderjahres) zu stellen wäre. Es bedarf dann einer gesonderten Feststellung des Betrags der Einlage, ohne die der deutsche Gesetzgeber im Sinne einer Fiktion eine steuerpflichtige Gewinnausschüttung annehmen will.

Nach Verwaltungsauffassung soll dabei nicht zwischen der Rückzahlung von Nennkapital und der sonstigen Einlagenrückgewähr unterschieden werden². Dagegen kommt nach einer Entscheidung des FG Düsseldorf³ die Anwendung des § 27 Abs. 8 KStG bei der Rückzahlung von Nennkapital nicht in Betracht.

Bei der sonstigen Einlagenrückgewähr soll nach der finanzgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich von den Regelungen des § 27 Abs. 8 KStG auszugehen sein⁴.

Allerdings ist damit noch keine abschließende finanzgerichtliche Klärung erfolgt. Abgesehen davon, dass es dazu vielleicht doch noch einer Entscheidung des EuGH bräuchte, ist zurzeit noch ein Revisionsverfahren zu verfassungs- und gemein-

schaftsrechtlichen Fragen aufgrund einer vom FG Kassel zugelassenen Revision anhängig⁵.

b) Kapitalgesellschaft im Drittstaat

§ 27 Abs. 8 KStG betrifft nur das EU-Ausland, zur Einlagenrückgewähr aus Drittstaaten gibt es keine gesetzliche Regelung.

Das hat den BFH allerdings nicht daran gehindert, eine Besteuerung der Einlagenrückgewähr abzulehnen⁶. § 27 Abs. 8 KStG war dabei durchaus relevant, der BFH hat hier auf Art. 3 GG abgestellt.

Auch in diesem Zusammenhang ist allerdings noch ein Revisionsverfahren anhängig⁷: Das FG Münster hat zu seiner Entscheidung⁸, mit der es eine Einlagenrückgewähr bei einer US-Gesellschaft, die nachweislich keine Gewinne erwirtschaftet hatte, akzeptiert hat, die Revision zugelassen.

II. Rechtliche Würdigung

Für die rechtliche Würdigung wird zu unterscheiden sein: Bei Rückzahlung aus dem Nennkapital der ausländischen Gesellschaft kann das Verfahren des § 27 Abs. 8 KStG schon deshalb nicht maßgeblich sein, weil der § 27 KStG insgesamt nur „nicht in das Nennkapital geleistete Einlagen“ betrifft. Außerdem bestehen in diesen Fällen nicht die Manipulationsmöglichkeiten, die der deutsche Steuergesetzgeber offenbar befürchtet. Allerdings muss aufgrund des zitierten BMF-Schreibens vorerst davon ausgegangen werden, dass die Finanzverwaltung auch insoweit eine gesonderte Feststellung des Einlagebetrages voraussetzt.

Bei sonstigen Einlagen erscheint es inkonsequent, dass der BFH den Gesellschafter der Drittstaatsgesellschaft besserstellt als den der EU-Gesellschaft. Ersterer muss nicht das Verfahren des § 27 Abs. 8 KStG mit dem Ergebnis der Feststellung des Einlagebetrages nachweisen, er kann im normalen Besteuerungsverfahren den Nachweis erbringen, dass es sich tatsächlich um eine Einlagenrückgewähr handelt. Dass der BFH mit der Entscheidung vom 13.07.2016⁹ nicht nur auf Art. 3 GG abgestellt hat, sondern auch auf die Kapitalverkehrsfreiheit zu Art. 63 AEUV, hätte Veranlassung geben sollen, gemeinschaftsrechtliche Grundsätze auch bei Anwendung des § 27 Abs. 8 EStG entsprechend zu gewichten.

Allerdings deutet sich eine Korrektur der gesetzlichen Regelung schon in der Entscheidung vom 27.02.2018¹⁰ an, mit der der BFH zwar die Ausschlussfrist des § 27 Abs. 8 KStG bestätigt, aber doch in einem wesentlichen Aspekt Zweifel an der gesetzlichen Regelung formuliert hat:

„Europarechtlich erläuterungsbedürftig kann hierbei allenfalls der Umstand sein, dass der von der ausschüttenden EU-Kapitalgesellschaft zu stellende Antrag wirtschaftlich allein dem Interesse des Anteilseigners dient, dieser aber keine eigene Nachweismöglichkeit und damit die negativen Folgen einer Verfristung zu tragen hat. Insoweit verweisen Behrens/Renner (BB 2016, 1180, 1182) auf das EuGH-Urteil van Caster v. 09.10.2014 - C-326/12 (EU:C:2014:2269, DStRE 2014, 1318 Rn. 49), wonach die Regelung eines Mitgliedstaats, durch die Steuerpflichtige, die Anteile an ausländischen Investmentfonds gezeichnet haben, daran gehindert werden, Nachweise vorzulegen, die anderen Kriterien entsprechen als den in den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats für Investitionen im Inland vorgesehenen, über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle zu gewährleisten. Dieser Verweis trifft den Streitfall aber nicht. Denn im anhängigen Verfahren geht es darum, dass die zum Nachweis einer Einlagenrückgewähr erforderlichen Angaben im Regelfall im Inland nicht vorliegen, weshalb gerade ein besonderes Feststellungsverfahren geboten ist und auch nur auf die Unterlagen zurückgegriffen werden kann und soll, die bei der ausschüttenden Gesellschaft vorliegen. Dazu sind nach § 27 Abs. 8 S. 7 KStG die für die Berechnung der Einlagenrückgewähr erforderlichen Umstände darzulegen. Die Regelung zielt mithin auf die Gleichbehandlung mit (ausschüttenden) inländischen Gesellschaften ab. Demgemäß ist auch nicht erkennbar, dass mit ihr eine Diskriminierung verbunden sein könnte.“

Der Beispielsfall zum alleinigen Gesellschafter der dänischen Gesellschaft, der vereinfacht einem noch beim FG Köln anhängigen Verfahren entspricht, verdeutlicht die Problematik in, wie ich meine, besonders krasser Form: Dieser Gesellschafter hatte die Liquidation beschlossen und sich zum Liquidator bestellt, es ist dann nach einem vereinfachten Verfahren eine Löschung der Gesellschaft im dänischen Handelsregister erfolgt, bevor im Namen der Gesellschaft und innerhalb der Frist der Antrag zu § 27 Abs. 8 KStG beim Bundeszentralamt für Steuern gestellt wurde. Das

soll nach Auffassung des Bundeszentralamts für Steuern bedeuten, dass die dänische Gesellschaft mit der Löschung ihre Existenz verloren habe, so dass für sie auch kein Antrag mehr gestellt werden konnte; da der Gesellschafter selbst die Liquidation beschlossen habe, handele er auch treuwidrig. Dabei kann sich das Bundeszentralamt für Steuern auf eine Entscheidung des FG Köln¹¹ zu einer luxemburgischen Gesellschaft berufen.

Beim alleinigen Gesellschafter geht es gemeinschaftsrechtlich nicht um die Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 63 AEUV, sondern um die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV. Diese wird eingeschränkt, wenn nationale Regelungen bei einer Beteiligung an einer Gesellschaft in einem anderen EU-Staat steuerliche Nachteile für den Steuerpflichtigen bewirken, die nicht zur Missbrauchsvermeidung erforderlich wären. Der EuGH hat die Missbrauchsvermeidung in der Entscheidung¹², mit der er die Unionsrechtswidrigkeit einer Regelung zu § 50d Abs. 3 EStG festgestellt hat, wie folgt definiert:

„Der Gerichtshof hat insoweit entschieden, dass eine nationale Regelung nur dann die Verhinderung von Steuerhinterziehungen und Missbräuchen bezweckt, wenn ihr spezifisches Ziel in der Verhinderung von Verhaltensweisen liegt, die darin bestehen, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Konstruktionen zu dem Zweck zu errichten, ungerechtfertigt einen Steuervorteil zu nutzen.“

Dass § 27 Abs. 8 EStG die Steuerfreiheit der Einlagenrückgewähr davon abhängig machen will, dass ein entsprechender Antrag von der ausländischen Gesellschaft gestellt würde und dass deshalb der Gesellschafter nicht die Möglichkeit haben soll, selbst den Nachweis der Einlagenrückgewähr zu erbringen, ist ganz sicher nicht durch Aspekte der Missbrauchsvermeidung zu rechtfertigen. Wenn der Gesellschafter nachweisen kann, dass die Zahlung der Gesellschaft auch nach den insoweit vielleicht relevanten Regelungen des ausländischen Rechts Einlagenrückgewähr darstellt, ist ein Missbrauch nicht denkbar. Beim Minderheitsgesellschafter, bei dem es um die Kapitalverkehrsfreiheit geht, ist zu berücksichtigen, dass dieser häufig nicht die Möglichkeit hat, die ausländische Gesellschaft zur Antragstellung zu veranlassen, die als solche kein eigenes Interesse an diesem Verfahren hat.

Fazit: Weil ausländische Gesellschaften kein steuerliches Einlagenkonto zu § 27 KStG führen, mag es grundsätzlich gerechtfertigt sein, das Verfahren nach § 27 Abs. 8 EStG vorzugeben. Nicht sachgerecht und unionsrechtswidrig ist dagegen der Ausschluss des Gesellschafters von der Möglichkeit, den Nachweis der Einlagenrückgewähr zu erbringen.

B. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis kann in diesen Auslandsfällen natürlich vorerst nur empfohlen werden, die noch im zuständigen Register eingetragene Gesellschaft zur rechtzeitigen Antragstellung zu veranlassen. Wo das nicht oder nicht rechtzeitig gelingt, bleibt nur der Weg zu den Finanzgerichten in der Hoffnung, dass entweder schon der BFH die erforderlichen Anpassungen vornimmt oder dass es doch noch zur Entscheidung des EuGH kommt.

C. Literaturempfehlungen

Teiche, Steuerliche Risiken bei (grenzüberschreitenden) Eigenkapitalmaßnahmen, DStR 2016, 712.

Spilker/Peschke, Erfordernis der Steuerneutralität der Einlagenrückgewähr aus ausländischen Gesellschaften - Zur Reformbedürftigkeit des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG i.V.m. § 27 Abs. 8 KStG, DStR 2011, 385.

Niedermaier, Die Rechtsprechung des BFH zur Einlagenrückgewähr von Drittstaatsgesellschaften - Auswirkungen für die Beratungspraxis, DStR 2017, 1009.

Binnewies/Stenert, Einlagenrückgewähr und Nennkapitalrückzahlung durch ausländische Kapitalgesellschaften, GmbH-StB 2017, 189.

⁶ Vgl. BFH, Urt. v. 13.07.2016 - VIII R 47/13 - DStR 2016, 2395.

⁷ Az. beim BFH: I R 15/16.

⁸ FG Münster, Urt. v. 19.11.2015 - 9 K 1900/12 K - EFG 2016, 756.

⁹ BFH, Urt. v. 13.07.2016 - VIII R 47/13 - DStR 2016, 2395.

¹⁰ BFH, Beschl. v. 27.02.2018 - I B 37/17 - DStR 2018, 1495.

¹¹ EFG 2017, 1375.

¹² DStR 2018, 1479.

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

3

Erhebung einer Unterlassungsklage durch Aktionär ohne unangemessene Verzögerung

Leitsatz:

Eine Unterlassungsklage, mit der ein Aktionär einen Eingriff in seine Mitgliedschaftsrechte durch pflichtwidriges Organhandeln abwehren will, ist ohne unangemessene Verzögerung zu erheben (Fortführung von BGH, Urt. v. 10.07.2018 - II ZR 120/16).

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07.05.2019, II ZR 278/16

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

A. Problemstellung

Bislang noch ungeklärt war die Frage, bis wann genau ein Aktionär eine Unterlassungsklage erheben kann. Dazu nun erstmals der BGH.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Ein Aktionär klagte gegen eine börsennotierte AG (zur Prozessgeschichte samt Bericht zur mündlichen Verhandlung vgl. auch www.iizreport.de/2019/05/07/verhandlungsbericht-epigenomics-ii-zr-278-16, zuletzt abgerufen am 15.08.2019). Dabei ging es konkret um zwei Kapitalerhöhungen 2013 und 2014 in Form der Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen bzw. von neuen Aktien. Kon-

¹ Binnewies/Stenert, GmbH-StB 2017, 189.

² Vgl. BMF-Schreiben DStR 2016, 812.

³ FG Düsseldorf, Urt. v. 24.08.2018 - 14 K 564/16 E - DStRE 2019, 809.

⁴ Vgl. FG München, Urt. v. 22.11.2016 - 6 K 2548/14 - BB 2017, 1188; FG Köln, Urt. v. 17.05.2017 - 2 K 2310/13 - EFG 2017, 1375; mit Zweifeln BFH, Beschl. v. 27.02.2018 - I B 37/17 - DStR 2018, 1495.

⁵ Az. beim BFH: VIII R 18/17.

kret beanstandete der klagende Aktionär, dass sich durch die zweite Kapitalerhöhung (Ausgabepreis der neuen Aktien: 3,08 Euro) aufgrund der konkreten Anleihebedingungen bei der ersten Kapitalerhöhung ein deutlich niedrigerer Ausgabepreis ergeben würde (3,08 Euro anstatt 5,87 Euro). Dementsprechend sei der Verwässerungsschutz nicht mehr hinreichend gewährleistet, seine ca. 5% Aktien an der Beklagten würden voraussichtlich verwässern.

Ende März 2015 beantragte der Kläger daher im Hauptantrag, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, aufgrund von Wandlungserklärungen der Gläubiger der Wandelschuldverschreibungen neue Aktien zu einem Preis von weniger als 5,87 Euro je Aktie zu begeben. Hilfsweise begehrte er mit einem Feststellungsantrag Schadensersatz.

Landgericht und Oberlandesgericht wiesen das klägerische Ansinnen zurück. So nun auch der BGH. Das Unterlassungsbegehren sei bei Eintritt des erledigenden Ereignisses jedenfalls unbegründet gewesen, weil der Kläger zu lange mit der Klageerhebung gewartet habe.

Bei Klagen auf Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsbeschlusses zur Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss sei bereits geklärt, dass es auf Seiten des klagenden Aktionärs keine unangemessene Verzögerung geben dürfe. Bezugspunkt sei dabei die Kenntnis oder das Kennenmüssen des maßgeblichen Verwaltungsbeschlusses und der etwaig zur Nichtigkeit führenden Umstände. In Bezug auf die Angemessenheit oder Unangemessenheit der Verzögerung komme es im Einzelfall darauf an, ob der klagende Aktionäre schwierige Fragen klären muss oder nicht.

Diese Grundsätze ließen sich auf Unterlassungsklagen des jeweiligen Aktionärs zur Abwehr von Eingriffen in seine Mitgliedschaftsrechte durch pflichtwidriges Organhandeln übertragen. Schließlich sollten diesbezügliche Klagen einerseits nicht völlig außer Verhältnis zur Monatsfrist aus § 246 AktG stehen, andererseits müsse die Rücksichtnahmepflicht auf die Interessen der AG beachtet werden. Daran gemessen sei der maßgebliche (erste) Anknüpfungspunkt vorliegend der 03.12.2013 gewesen, als der entsprechende (vom Kläger für nichtig angesehene) Vorstandsbeschluss gefasst wurde und dem Kläger fortan noch im Dezember 2013

bekannt wurde. Als er (wahrscheinlich) im Oktober 2014 von dem Beschluss zur weiteren Kapitalerhöhung per Ad hoc-Mitteilung und damit auch der drohenden Verwässerung seiner Beteiligung an der Beklagten erfuhr, sei ihm die unverzügliche Klageerhebung folglich jedenfalls im November 2014 zumutbar gewesen. Auch wenn er die Ad hoc-Mitteilung nicht bereits im Oktober 2014 zur Kenntnis genommen haben sollte, so sei es für ihn jedoch angesichts der Vorgeschichte zumutbar gewesen, die weitere Entwicklung zu verfolgen.

Was den Hilfsantrag anbelangt, so habe der Kläger schon nicht wie erforderlich dargelegt, worin sein über das Kosteninteresse hinausreichendes Feststellungsinteresse besteht. Auch sei der behauptete klägerische Schaden nicht ausreichend dargelegt.

C. Kontext der Entscheidung

Vorliegend handelte es sich um eine bedingte Kapitalerhöhung, bei der das Grundkapital erst mit der späteren Ausgabe der Bezugsaktien erhöht ist (vgl. § 200 AktG). Folge davon ist, dass ein Aktionär, der sich gegen Eingriffe der Verwaltung in seine Mitgliedschaftsrechte wenden will, auch im zweiten Schritt noch das Rechtsschutzbedürfnis für eine Unterlassungsklage besitzt. Die dergestalt mögliche Unterlassungsklage des Aktionärs nach dem Rechtsgedanken von § 1004 BGB ist mittlerweile allgemein anerkannt, schließlich wird das Mitgliedschaftsrecht als schützenswertes absolutes Recht verstanden (Leuering in: Semler/Volhard/Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 12; Mimbberg in: Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, 4. Aufl. 2018, § 39 Rn. 12). Dies wurde höchstrichterlich erstmals in der sog. „Holzmüller“-Entscheidung anerkannt (vgl. BGH, Urt. v. 25.02.1982 - II ZR 174/80 - NJW 1982, 1703). Wann ein Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs vorliegt, ist zwar bis heute noch im Detail umstritten (vgl. etwa zuletzt Hippeli, NZG 2019, 535, zum (nicht bestehenden) Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung bei einem sog. Merger of Equals anhand des Falls „Linde/Praxair“), in Fragen des Verwässerungsschutzes liegen aber keinerlei Unklarheiten mehr vor. Die Aushöhlung der Bezugsrechte der Aktionäre und die Verwässerung ihrer Beteiligung und deren Wertes zählt jeden-

falls zu den schützenswerten Mitgliedschaftsrechten (so bereits BGH, Urt. v. 13.03.1978 - II ZR 142/76 - NJW 1978, 1316, 1317 „Kali und Salz“; ferner BGH, Urt. v. 25.02.1982 - II ZR 174/80 - NJW 1982, 1703, 1708 „Holzmüller“; BGH, Urt. v. 25.11.2002 - II ZR 133/01 - NJW 2003, 1032, 1034; BGH, Urt. v. 10.10.2005 - II ZR 90/03 - NJW 2006, 374, 376 „Mangusta/Commerzbank II“; BGH, Urt. v. 10.07.2018 - II ZR 120/16 - NZG 2018, 1019, 1022, mit Anm. Altenhofen, jurisPR-HaGesR 10/2018 Anm. 2; OLG Stuttgart, Urt. v. 07.02.2001 - 20 U 52/97 - NZG 2001, 416, 417; OLG Stuttgart, Urt. v. 13.06.2001 - 20 U 75/00 - NZG 2001, 1089, 1092; OLG Köln, Urt. v. 15.01.2009 - 18 U 205/07 - AG 2009, 416, 421; OLG Frankfurt, Beschl. v. 26.05.2009 - 20 W 115/09 - NJW-RR 2009, 1341,1342).

Die vorliegende Entscheidung des BGH ist indes aus mehreren Punkten heraus kritikwürdig. Zum einen ist schon die Systematik im Verhältnis der Unterlassungsklage zur allgemeinen Feststellungsklage höchst fragwürdig. Schließlich hatte der BGH in seiner „Mangusta/Commerzbank II“-Entscheidung (BGH, Urt. v. 10.10.2005 - II ZR 90/03 - NJW 2006, 374) herausgearbeitet, dass dem Aktionär selbst nach erfolgter Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister der AG immer noch die Möglichkeit offensteht, dass er die Rechtmäßigkeit des Kapitalerhebungsbeschlusses im Wege einer allgemeinen Feststellungsklage überprüfen lassen kann. Wenn dem aber so ist, dann stellt sich die Frage, warum im Vorfeld einer etwaigen allgemeinen Feststellungsklage eine derartige Eile besteht, dem klagenden Aktionär faktisch dann doch schematisch die Monatsfrist des § 246 AktG aufzuerlegen. Zumal der BGH sich auch insoweit widerspricht, wenn er einerseits davon spricht, dass die Klageerhebung „nicht völlig außer Verhältnis zur Monatsfrist des § 246 AktG stehen darf“, dem Kläger ab dem Auslöseereignis Mitte Oktober 2014 dann aber doch nur einen (vielleicht auch anderthalb) Monat(e) zur Klageerhebung zugestehen will („Klageerhebung ... jedenfalls im November 2014 zumutbar“). Wohlgedenkt: Der Kläger hatte hier Ende März 2015 Klage erhoben, somit also ca. 5,5 Monate ab dem Auslöseereignis. Warum dies bereits völlig außer Verhältnis zur Monatsfrist des § 246 AktG stehen soll, bleibt so ziemlich im Dunklen.

Weiterhin ist zu kritisieren, dass der BGH in der vorliegenden Entscheidung zwischen verschiedenen Begrifflichkeiten hin- und herschwankt. Wie bereits in BGH, Urt. v. 10.07.2018 - II ZR 120/16 - NZG 2018, 1019 heißt es etwa im Tenor „unangemessene Verzögerung“. Dies ist insoweit nicht weiter zu beanstanden. Problematisch wird nun aber in der jetzigen Entscheidung, dass bei der Herleitung und Ausformung der „unangemessenen Verzögerung“ nunmehr davon die Rede ist, dass der Kläger die Unterlassungsklage „unverzüglich“ erheben muss (Rn. 23). Unverzüglich meint aber nach allgemeinen BGB-Kriterien „ohne schuldhaftes Zögern“ (vgl. etwa Ellenberger in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 121 Rn. 3). Das objektive Kriterium der „unangemessenen Verzögerung“ wird damit versubjektiviert, allerdings wird ein bestehendes oder nicht bestehendes Verschulden des klagenden Aktionärs in der Folge gar nicht weiter geprüft. Im Gegenteil: Dem klagenden Aktionär wird unabhängig vom vorgenannten Aspekt in Bezug auf das Auslöseereignis ein Kennenmüssen unterstellt, da er eine Art Beobachtungspflicht ab der ersten Kapitalerhöhung gehabt haben soll. Schon eine solche Beobachtungspflicht bleibt grosso modo unverständlich: Vorliegend lagen zehn Monate zwischen den beiden Kapitalerhöhungen. Muss ein Aktionär denn wirklich monate- oder jahrelang den Kapitalmarkt beobachten und sich die Ad hoc-Mitteilungen der AG ansehen? Zumal sich die Frage stellt, wie denn der Sachverhalt bei einer nicht börsennotierten AG aufzulösen wäre. Zudem dürfte es ein völlig falsches Verständnis des Wesens von Ad hoc-Mitteilungen sein, wenn hieraus nun Nachteile für den Aktionär abgeleitet werden sollen.

Insgesamt wäre es wohl besser, Fällen wie dem vorliegenden mit dem Rechtsinstitut der Verwirkung zu begegnen. Bleibt der Aktionär zu lange passiv, ist sein Klagerecht in Bezug auf eine Unterlassungsklage verwirkt. Die Begriffsverwirrung zwischen „unangemessener Verzögerung“ und „unverzüglich“ würde damit beseitigt.

D. Auswirkungen für die Praxis

Auswirkungen für die Praxis sind deutlich vorhanden. Hauptanwendungsfall von Unterlassungsklagen von Aktionären gegen die je-

weilige AG sind seit „Mangusta/Commerzbank II“ schließlich Kapitalerhöhungsbeschlüsse mit Verwässerungseffekten. Aktionäre müssen nun wesentlich schneller reagieren, wenn sie auf eine vorbeugende Unterlassungsklage setzen. Hier bleibt der zeitliche Rahmen auch nach der vorliegenden BGH-Entscheidung zwar einigermaßen unklar, scheint sich aber irgendwo im Umfeld einer Monatsfrist plus X ab Kenntnis/Kennenmüssen der maßgeblichen Umstände zu bewegen. Falls die Klagevorbereitung in diesem Zeitraum nicht gelingt, muss auf die allgemeine Feststellungsklage ausgewichen werden.

4

Rechtsmissbräuchlichkeit eines Antrags auf Ermächtigung zur Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung

Leitsätze:

1. Der Antrag auf Ermächtigung zur Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung i.S.d. § 122 Abs. 1, 3 AktG ist rechtsmissbräuchlich, wenn dem Antragsteller ein Zuwarten bis zur nächsten ordentlichen Hauptversammlung zugemutet werden kann. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die begehrte außerordentliche Hauptversammlung bei unterstelltem Obsiegen des Antragstellers erst nach der nächsten ordentlichen Hauptversammlung stattfinden würde.

2. Soweit darüber hinaus (ggf. im Wege eines Hilfsantrags) die Ermächtigung zur Bekanntgabe von Tagesordnungsgegenständen i.S.d. § 122 Abs. 2, 3 AktG begehrt wird, bedarf es zuvor eines entsprechenden „fristgerechten“ Verlangens an die Gesellschaft. Dem Verlangen auf Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung wird jedenfalls in Konstellationen, in denen der Antragsteller deutlich zum Ausdruck bringt, dass ihm ein Zuwarten bis zur nächsten ordentlichen Hauptversammlung nicht zugemutet werden könne, ein solcher Hilfsantrag auf Ergänzung der Tagesordnung nicht als Minus entnommen werden können.

Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 03.05.2019, 31 Wx 216/19

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

A. Problemstellung

Eine qualifizierte Minderheit von Aktionären (mindestens) kann einerseits verlangen, dass eine außerordentliche Hauptversammlung einberufen wird (§ 122 Abs. 1 AktG), andererseits, dass die Tagesordnung für eine Hauptversammlung ergänzt wird (§ 122 Abs. 2 AktG).

In beiden Fällen müssen sich diese Aktionäre an den Vorstand der AG halten. Erst wenn dieser nichts unternimmt oder sich gar weigert, kann der Gang zu Gericht diese Aktionäre im Ergebnis dazu ermächtigen, eine oder beide Maßnahmen selbst vorzunehmen (§ 122 Abs. 3 AktG).

Wie fast überall in der Rechtsordnung darf aber auch an dieser Stelle nicht rechtsmissbräuchlich gehandelt werden. Das OLG München hatte insoweit über einen interessanten Fall zu entscheiden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das Oberlandesgericht wies nun darauf hin, dass die Beschwerde voraussichtlich erfolglos bleiben wird.

Denn der Antrag auf Ermächtigung zur Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung i.S.d. § 122 Abs. 1 und Abs. 3 AktG sei wohl rechtsmissbräuchlich, schließlich könne hierüber letztinstanzlich gar nicht vor der nächsten ordentlichen Hauptversammlung entschieden werden. Insoweit müsse sich die Antragstellerin mit jener ordentlichen Hauptversammlung begnügen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass eine außerordentliche Hauptversammlung oftmals hohe Kosten verursacht und eine negative Außenwirkung aufweist.

Soweit zudem hilfsweise neue Tagesordnungspunkte i.S.d. § 122 Abs. 2 und Abs. 3 AktG für die Tagesordnung der nächsten ordentlichen Hauptversammlung aufgenommen werden soll-

ten, sei fraglich, ob dies als Antragserweiterung im Beschwerdeverfahren noch möglich ist. Allerdings komme es darauf nicht mehr an, da schon das an den Vorstand gerichtete entsprechende Verlangen nicht ersichtlich ist. Jedenfalls könne nicht angenommen werden, dass im Verlangen auf Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung auch ein Verlangen auf Ergänzung der Tagesordnung liegt. Jedenfalls folge das Oberlandesgericht einer solchen Meinung in Teilen der Literatur nicht. Dem Minderheitsaktionär sei es zuzumuten, dass er ein ausdrückliches und rechtzeitiges Ergänzungsverlangen übermittelt.

C. Kontext der Entscheidung

Zum Rechtsmissbrauch bei einem Verlangen i.S.d. § 122 AktG gibt es schon zahlreiche Judikate. So hatten passend zum vorliegenden Fall bereits das LG Detmold (LG Detmold, Beschl. v. 18.06.2002 - 8 T 3/02 - DStR 2003, 219) und das OLG Hamm (OLG Hamm, Beschl. v. 11.07.2002 - 15 W 269/02 - DStR 2003, 219) ausgeführt, dass Rechtsmissbräuchlichkeit dann gegeben sein kann, wenn die ordentliche Hauptverhandlung kurz bevorsteht und ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Abhaltung einer Hauptversammlung nicht ersichtlich ist (bestätigt durch OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.02.2005 - 20 W 1/05 - NZG 2005, 558; OLG München, Beschl. v. 09.11.2009 - 31 Wx 134/09 - AG 2010, 84, 85 mit Anm. Podewils, jurisPR-HaGesR 4/2010 Anm. 6; AG Mannheim, Beschl. v. 12.05.2014 - HRB 333796 n.v.). Das KG hat ferner allgemein im Kontext des Rechtsmissbrauchs bei § 122 AktG klargestellt, dass wegen des gebotenen Minderheitsschutzes grundsätzlich Zurückhaltung bei der Annahme von Rechtsmissbrauch geboten ist und strenge Anforderungen an dessen Vorliegen im Einzelfall zu stellen sind (KG, Beschl. v. 03.12.2002 - 1 W 363/02 - NZG 2003, 441, 443; so auch OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.02.2005 - 20 W 1/05 - NZG 2005, 558; OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.11.2008 - 8 W 370/08 - AG 2009, 169, 170; KG, Beschl. v. 25.08.2011 - 25 W 63/11 - AG 2012, 256, 258; OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.07.2012 - I-6 U 69/11 - NZG 2013, 546, 547; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.06.2014 - 11 Wx 49/14 - ZIP 2015, 125, 126 mit Anm. Arntzen, jurisPR-HaGesR 1/2015 Anm. 4; OLG Frankfurt, Beschl. v. 07.06.2017 - 20 W 159/17 n.v.; LG Frankfurt, Beschl. v. 10.12.2003 - 3-16 T

17/03 - AG 2004, 218; AG Mannheim, Beschl. v. 12.05.2014 - HRB 333796 n.v.).

Dies alles wird – soweit ersichtlich – auch durchgängig von der Literatur geteilt (vgl. etwa Drinhausen in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 122 Rn. 14 f.; Koch in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 122 Rn. 6; Kubis in: MünchKommAktG, 4. Aufl. 2018, § 122 Rn. 18 f.; Rieckers in: Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 122 Rn. 25). Daran gemessen ergab sich vorliegend keinerlei Überraschung: Es gibt kein Recht auf eine außerordentliche Hauptversammlung, wenn die entsprechenden Belange schon zuvor auf einer ordentlichen Hauptversammlung behandelt werden können.

Der zweite Aspekt der vorliegenden Entscheidung (Verhältnis von § 122 Abs. 1 und Abs. 2 AktG zueinander) erscheint noch klarer. Es ist dabei zu befürworten, dass sich das Oberlandesgericht nicht derjenigen Mindermeinung angeschlossen hat, wonach § 122 Abs. 2 AktG ein wesensgleiches Minus zu § 122 Abs. 1 AktG sein soll (vgl. Noack/Zetsche in: KölnKommAktG, 3. Aufl. 2011, § 122 Rn. 98). Wenn dem so wäre, dann würde es systematisch überhaupt keinen Sinn ergeben, dass die entsprechenden Regelungsgehalte auf zwei Absätze verteilt sind und isoliert voneinander geltend gemacht werden können.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Auswirkungen für die Praxis sind überschaubar. Die Vorgaben zur Rechtsmissbräuchlichkeit beim Verlangen einer außerordentlichen Hauptversammlung, wenn die Belange zuvor auf einer ordentlichen Hauptversammlung behandelt werden können, waren bereits hinreichend obergerichtlich ausgeschärft. Lediglich zur Frage des (nicht gegebenen) Stufenverhältnisses von § 122 Abs. 1 und Abs. 2 AktG zueinander gibt es nun erstmals eine klare Aussage (so eher nicht wie vorliegend suggeriert in OLG Zweibrücken, Beschl. v. 03.12.1996 - 3 W 171/96 - AG 1997, 140 f.).