

## Forum Juris

### Unternehmensrecht. Kompakt.



#### Inhalt

- 2** Vorwort
- 3** Übersicht über aktuelle Rechtsprechung zu Preisanpassungsfragen in Strom- und Gaslieferverträgen
- 6** Verabschiedung des Entwurfs für die Änderung der Vorschriften für die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen
- 8** BGH: Zum zulässigen Zeitpunkt der Absage einer Hauptversammlung durch den Vorstand
- 10** Gesetzliche Neuregelung des Rückzugs von der Börse (sogenanntes „Delisting“)
- 12** Keine Errichtung eines fakultativen Aufsichtsrats aufgrund einer statutarischen Ermächtigungsklausel
- 14** Geschäftsführerhaftung für Haftung von Schäden aus M&A-Transaktionen
- 16** Keine Haftung des vor Fälligkeit der Einlageschuld eines Mitgeschafters ausgeschiedenen Geschafters
- 18** Niederlande: Verschärfte Publizitätsanforderungen durch Umsetzung der 4. Geldwäscherichtlinie
- 20** Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte
- 21** Anrechnung von Vergütungskomponenten auf den Mindestlohn – Ein Rechtsprechungs-Update
- 23** Fehlerhafte Widerrufsbelehrung: Rechtsprechungs-Update II

# Vorwort



## Frauke Heudtlaß

Rechtsanwältin, Partnerin  
Service Line Employment  
Tel: +49 (0)211 8772 2587  
fheudtlass@deloitte.de

Sehr geehrte Damen und Herren,  
liebe Mandanten,

wir freuen uns, Ihnen die neue Ausgabe unserer Mandanteninformation Forum Juris übersenden zu können, mit der wir Ihnen einen Überblick über aktuelle Rechtsprechung und praxisrelevante Entwicklungen geben möchten.

Das Bundeskabinett hat am 3. Februar 2016 den Entwurf zur Neuregelung der Strom- und Gaskonzessionsvergabe in den §§ 46 ff. EnWG beschlossen. Erklärtes Ziel ist es, Rechtsunsicherheiten zu beseitigen und letztendlich einen effektiven Wettbewerb um Konzessionen zu fördern bzw. zu ermöglichen. Gerne stellen wir Ihnen die wichtigsten Neuregelungen des Entwurfes vor.

Das Kammergericht Berlin hat in einem jüngst veröffentlichten Urteil die nachträgliche Errichtung eines fakultativen Aufsichtsrats bei der GmbH, die auf der Grundlage einer entsprechenden Ermächtigung in der Satzung (Öffnungsklausel) durch einfachen Gesellschafterbeschluss erfolgte, für unwirksam erklärt. Dieses Urteil möchten wir Ihnen ebenso vorstellen wie die vom Gesetzgeber eingeführten Regelungen des Anlegerschutzes beim De- und Downlisting.

Das Oberlandesgericht (OLG) München hatte sich kürzlich mit der Frage zu beschäftigen, ob ein ehemaliger Geschäftsführer für vermeintliche Schäden aus einer M&A-Transaktion haftet. Die Grundzüge dieses Urteils möchten wir gerne kurz beleuchten. Auch stellen wir Ihnen das vom BGH gefällte Grundsatzurteil zum Spannungsverhältnis zwischen dem Recht der Minderheit auf die Einberufung der Hauptversammlung und der Kompetenz des Vorstands, eine Hauptversammlung abzusagen, dar.

Wir hoffen, mit diesen und den weiteren Beiträgen in dieser Ausgabe interessante Themen für Sie ausgewählt zu haben. Für Rückfragen, Anmerkungen oder gerne auch Anregungen zu unserer Mandanteninformation Forum Juris stehen Ihnen Ihre Ansprechpartner selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Nutzen Sie auch die Deloitte Legal Dbriefs, um über rechtliche Trends im In- und Ausland auf dem Laufenden zu sein. Weitergehende Informationen finden Sie unter: [www.deloitte.com/dbriefs/deloittelegal](http://www.deloitte.com/dbriefs/deloittelegal).

**Frauke Heudtlaß**

# Übersicht über aktuelle Rechtsprechung zu Preisanpassungsfragen in Strom- und Gaslieferverträgen

Einseitige Änderungen von Energielieferverträgen durch die Lieferanten sind in unterschiedlicher Ausprägung seit geraumer Zeit Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten. Beschränkten sich die Rechtsstreitigkeiten zunächst auf die Auslegung der sogenannten Steuer- und Abgabeklausel und die Geltendmachung überhöhter Netzentgelte unter Verstoß gegen § 315 Abs. 3 BGB, so beschäftigt sich der BGH seit Jahren mit der Frage der AGB-rechtlichen Zulässigkeit von Preisanpassungsklauseln. Auf die völlig verunglückten (vermeintlichen) Preisanpassungsregelungen in den AVBen bzw. den GVVen folgten unzählige BGH-Verfahren und sogar die Vorlage zum EuGH. Nachfolgend stellen wir nunmehr die jüngste Rechtsprechung zu (Preis-)Anpassungsregelungen in AGB vor.

## I. Urteil des LG Düsseldorf vom 22. Oktober 2015 zum Sonderkündigungsrecht bei gestiegener EEG-Umlage

Das Landgericht Düsseldorf hat (Urteil vom 22. Oktober 2015, Az. 14d O 4/15) entschieden, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die das bei Preisanpassungen gesetzlich vorgesehene Sonderkündigungsrecht des Verbrauchers im Falle der Erhöhung von gesetzlichen Steuern, Abgaben und sonstigen hoheitlichen Abgaben (insbesondere EEG-Umlage) ausschließen, eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners darstellen und somit unwirksam sind. Die Besprechung dieses Urteils können sie vertieft [hier](#) nachlesen.

### Folgen für Versorger – Gestaltung von AGB

Die Rechtsprechung folgt hier der überwiegenden Praxis der Versorger, die ein Sonderkündigungsrecht auch bei der Weiterwälzung von „Steuern, Abgaben und sonstigen hoheitlichen Belastungen“ nicht ausschließen. In der Praxis bedeutet dies aber, dass Kunden mindestens ein jährliches Preisanpassungsrecht allein aufgrund der jährlichen Anpassung der EEG-Umlage eingeräumt wird. Diese Folge konterkariert die AGB-rechtlich zulässige Laufzeit in Verbraucherverträgen von 24 Monaten, die im Hinblick auf die Akquisitionskosten durchaus angemessen erscheint.

Die Rechtsprechung überrascht auf Grundlage der gesetzlichen Herleitung nicht, führt aber zu systemwidrigen Ergebnissen, so dass fraglich ist, ob hier nicht eine andere Auslegung von EU-Richtlinie und EnWG geboten erscheint.

Es ist bisher aber in der Rechtsprechung nicht geklärt, ob vor allem die gesetzlich veranlassten Umlagen, auf die der Lieferant keinen Einfluss hat (wie etwa EEG,

Offshore-Haftung, Regelenergieumlage) und die somit von jedem Lieferanten in der gleichen Höhe erhoben werden, nicht so zu behandeln sind wie beispielsweise die Umsatzsteuer. Im Wesentlichen handelt es sich ja um eine transparente Kostenweitergabe, die vor dem Hintergrund von § 307 BGB nicht bedenklich sein dürfte. Nach der Rechtsprechung ist „bei der Beurteilung von AGB auf Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen“ (BGH, Urteil vom 25. November 2015, Az. VIII ZR 360/14). Für einen solchen „durchschnittlichen Vertragspartner“ dürfte es keinen Unterschied machen, ob der Preis aufgrund einer Umsatzsteuererhöhung steigt oder aufgrund einer Erhöhung der besagten Umlagen. Erhöhungen dieser „hoheitlich veranlassten“ Preisbestandteile sind – gleich ob es sich um die Umsatzsteuer oder eine Umlage handelt – immer dem Einfluss des Verwenders der AGB entzogen. Ein Sonderkündigungsrecht verfolgt ja vor allem den Zweck, dem Verbraucher den Wechsel zu einem anderen Energieversorger zu ermöglichen. Wenn die Umlagen aber immer gleich sind, kann das Kündigungsrecht seinen Zweck nicht erfüllen. Der EuGH hat etwa zu Preisanpassungsklauseln in Mobilfunkverträgen, die an den Verbraucherpreisindex anknüpften, entschieden, dass diese nach Maßstäben der Universalienrichtlinie (Richtlinie 2002/22/EG) nicht zu beanstanden seien, obwohl die EU-Richtlinie eine ähnliche Regelung wie die EU-Binnenmarktrichtlinien Strom und Gas enthält (EuGH, Urteil vom 26. November 2015, Rs. C-326/14).

Mithin ist es fragwürdig, ob jegliche Anpassung von Umlagen als eine Vertragsänderung im Sinne des EnWG oder der EU-Richtlinie zu sehen ist. Andererseits fehlt eine explizite gesetzliche Regelung wie in § 29 UStG. Die Rechtsprechungsentwicklung bleibt daher abzuwarten.

## II. Urteil des BGH vom 9. Dezember 2015 zu Preis- und Vertragsanpassungsklausel in AGB eines Gaslieferanten

Mit Urteil vom 9. Dezember 2015 hat der BGH (Az. VIII ZR 349/14) entschieden, dass eine AGB-Klausel in einem Normsonderkundenvertrag, in der der Verwender sich das Recht vorbehält, Vertragsanpassungen vorzunehmen, die nicht Preisanpassungen oder vertragswesentliche Regelungen sind, gegen § 308 Nr. 5 BGB sowie das Transparenzverbot gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstößt.

Eine Klausel, die dem Vertragspartner im Falle einer Preisanpassung das Recht einräumt, den Vertrag nur



**Dr. Florian-Alexander Wesche**  
Rechtsanwalt, Partner  
Service Line Energy Law  
Tel: +49 (0)211 8772 4068  
fwesche@deloitte.de



**Alexander Janik**  
Rechtsanwalt, Associate  
Service Line Energy Law  
Tel: +49 (0)211 8772 4249  
ajanik@deloitte.de

bis zum Wirksamwerden der Preisanpassung außerordentlich zu kündigen, hielt das Gericht hingegen für wirksam.

### 1. Die „Vertragsanpassungs“-Klausel

Die allgemeine Anpassungsklausel lautete wie folgt: „Anpassungen des Vertrags, ausgenommen Preisanpassungen und vertragswesentliche Regelungen, werden dem Kunden mit einer Frist von mindestens 6 Wochen zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens schriftlich mitgeteilt. In diesem Fall ist der Kunde berechtigt, den Vertrag in Textform ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zum Inkrafttreten der Anpassung zu kündigen. Kündigt er den Vertrag nicht, so treten die Anpassungen ab dem in der Mitteilung genannten Zeitpunkt in Kraft. Die W. AG ist verpflichtet, den Kunden in der schriftlichen Mitteilung auf die Bedeutung seines Schweigens hinzuweisen.“

### *Verstoß gegen § 308 Nr. 5 BGB und das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB)*

Nach Ansicht des BGH habe die streitgegenständliche Klausel dem Vertragspartner nur die Möglichkeit gelassen, zu kündigen oder zu schweigen und die Vertragsanpassung zu akzeptieren. Eine anderweitige Willensbetätigung, z.B. in Form eines Widerspruchs gegen die beabsichtigte Vertragsanpassung, räume die Klausel dem Vertragspartner nicht ein und verstoße somit gegen § 308 Nr. 5 BGB.

Ungeachtet dessen werde die Klausel auch dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB nicht gerecht. Der Verwender der o.g. Klausel mache laut BGH nicht hinreichend deutlich, welcher Art die genannte „Vertragsanpassung“ sein könne. Es werde lediglich deutlich, dass es sich nicht um Preisanpassungen handeln könne. Der Begriff der „vertragswesentlichen Regelungen“ sei hingegen nicht hinreichend verständlich. Dies führe zwar nicht zwangsläufig zur Intransparenz der Klausel, dem Verwender sei es aber zur Sicherstellung der Transparenz unschwer möglich gewesen, die Klausel ggf. durch Nennung einiger Beispiele konkreter zu fassen.

### 2. Die Preisanpassungsklausel

Zur vereinbarten Preisanpassungsklausel entschied der BGH, dass die Klausel nicht zum Nachteil des Kunden von wesentlichen Grundgedanken des § 41 Abs. 3 Satz 2 EnWG abweiche und deshalb nicht nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam sei. Die Klausel lautete: „Dem Kunden steht im Fall einer Preisänderung das Recht zu, den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündi-

gungsfrist außerordentlich auf das Datum des Wirksamwerdens der Preisänderung zu kündigen.“

Trotz des Schweigens der Regelung des § 41 Abs. 3 S. 2 EnWG zu einer zeitlichen Grenze des eingeräumten Kündigungsrechts sei es jedenfalls allgemein anerkannt, dass das außerordentliche Kündigungsrecht aus wichtigem Grund innerhalb einer angemessenen Zeit nach Kenntnis über das Kündigungsrecht ausgeübt werden müsse. Dieser Gedanke liege auch der allgemeinen Regelung des § 314 Abs. 3 BGB zugrunde. Vor diesem Hintergrund sei die Einräumung eines unbefristeten Kündigungsrechts weder vom Wortlaut noch von den Gesetzesmaterialien zu § 41 Abs. 3 S. 2 EnWG gedeckt. Auch entspräche eine solch weitgehende Ausdehnung des Kündigungsrechts nicht dem Sinn und Zweck der Regelung. Diese bezwecke allein, dass der Kunde die Möglichkeit habe, sich von einem Vertrag zu lösen, dessen neue Gestaltung sich aufgrund des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts des Versorgers zu Lasten des Kunden auswirken würde. Diesem Zweck ist genüge getan, wenn dem Kunden das Kündigungsrecht nur bis zum Wirksamwerden der Leistungsanpassung zustehe.

### III. Urteil des BGH vom 9. Dezember 2015 zum Preisänderungsrecht eines Gasgrundversorgers

Mit Urteil vom 9. Dezember 2015 (Az. VIII ZR 330/12) hat der BGH entschieden, dass einem regionalen Gasgrundversorger in einem Tarifkundenvertrag (jetzt: Grundversorgungsvertrag) für die Zeit 2005 bis 2008 bei gestiegenen (Bezugs-)Kosten ein Preisänderungsrecht aus ergänzender Vertragsauslegung zustand. Damit bestätigt der BGH die grundlegenden Senatsurteile vom 28. Oktober 2015 (Az. VIII ZR 158/11 und Az. VIII ZR 13/12) zum Preisänderungsrecht aus ergänzender Vertragsauslegung. Gegen diese ist jedoch zwischenzeitlich Verfassungsbeschwerde erhoben worden.

#### 1. Sachverhalt

Gegenstand des Rechtsstreits war der Gaslieferungsvertrag der Klägerin, eines regionalen Gasversorgers, an die Beklagte, einer Tarifkundin (jetzt: Kundin in der Grundversorgung). Der Versorger bot im Rahmen der Grundversorgung verschiedene Grundversorgungstarife an. Nach Abschluss des Vertrags bezog die Beklagte nach dem Prinzip der Bestpreisabrechnung (Preisstaffelung entsprechend der individuellen Verbrauchsmenge) Erdgas von der Klägerin. Nach vorheriger öffentlicher Bekanntmachung änderte die Klägerin den Arbeitspreis, wogegen die Beklagte Widerspruch erhob.

## 2. Preisänderungsrecht nur aus ergänzender Vertragsauslegung

Der BGH ist der Ansicht, dass es sich – obwohl die Klägerin verschiedene Grundversorgungstarife anbiete – auch bei Verträgen nach dem Prinzip der Bestpreisabrechnung um einen Grundversorgungsvertrag handele. Im Einklang mit der neuen Grundsatzrechtsprechung des BGH (Urteile vom 28. Oktober 2015, Az. VIII ZR 158/11 und Az. VIII ZR 13/12) stellt der Senat sich wiederum auf den Standpunkt, der Klägerin stehe ein Preisanpassungsrecht im Falle der Steigerung von (Bezugs-)Kosten (soweit keine Kostensenkungen in anderen Bereichen vorliegen) aus ergänzender Auslegung des Energielieferungsvertrags der Parteien zu. Damit gab der Senat der Klägerin Recht. Hinsichtlich der Frage, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für ein Preisänderungsrecht vorgelegen haben, verwies der Senat den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurück.

Diese Grundsatzrechtsprechung des BGH ist nunmehr aber Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Überprüfung. Am 26.11.2015 wurde Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben (Az. 1 BVR 2971-15). Der Beschwerdeführer rügt darin den Entzug des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Nach Meinung des Beschwerdeführers hätte der BGH nochmals dem EuGH die Frage vorlegen müssen, ob bei Unwirksamkeit der vertraglichen Regelungen auf Grundlage der § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV bzw. § 5 Abs. 2 GasGVV dennoch ein Preisänderungsrecht aus ergänzender Vertragsauslegung hergeleitet werden dürfe oder ob dies unzulässig sei (s. vertieft hierzu unseren [Online-Artikel](#)).

## 3. Fazit

Sollte das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung annehmen und entscheiden, dass der BGH aufgeworfene Frage im Wege der Vorabentscheidung dem EuGH hätte vorlegen müssen, droht der Branche erneut ein langjähriger Streit um die Wirksamkeit von Preisanpassungen und Rückforderungsansprüche der Kunden. Betroffene Erdgaslieferanten müssen vor diesem Hintergrund prüfen, inwieweit sie die vorgenommenen Rückstellungen für etwaige Rückforderungsansprüche der Kunden bereits auflösen können.



# Verabschiedung des Entwurfs für die Änderung der Vorschriften für die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen



**Dr. Michael Stopper**  
Rechtsanwalt, Senior Associate  
Service Line Energy  
Tel: +49 (0)40 378538 0  
mstopper@deloitte.de

Das Bundeskabinett hat am 3. Februar 2016 den Entwurf zur Neuregelung der Strom- und Gaskonzessionsvergabe in den §§ 46 ff. EnWG beschlossen.

Definiertes Ziel ist es, Rechtsunsicherheiten zu beseitigen und letztendlich einen effektiven Wettbewerb um Konzessionen zu fördern bzw. zu ermöglichen.

## Stärkung der Position der Gemeinden

Diesbezüglich gibt der Entwurf den Gemeinden einen konkretisierten Auskunftsanspruch gegenüber dem Altkonzessionär im Hinblick auf relevante Netzdaten an die Hand und bestimmt das objektivierte Ertragswertverfahren als grundsätzlich maßgeblich für die Bestimmung des angemessenen Netzkaufris. Damit ist der zukünftig zu erwartende Ertrag Grundlage der Bewertung und nicht der – prohibitive, weil oftmals höhere – aus historischen Werten abgeleitete Sachzeitwert. Ferner ist nun auch geregelt, dass die Konzessionsabgabe grundsätzlich länger als ein Jahr – so die bisherige Regelung – nach Ende des ausgelaufenen Konzessionsvertrages durch den Altkonzessionär fortzuzahlen ist. Dies schwächt die Position des Altkonzessionärs im Rahmen der Netzkaufrisverhandlungen.

## Auswahlkriterien

Auch die Auswahlkriterien im Verfahren der Konzessionsvergabe haben eine Neuregelung erfahren: Nur klarstellender Natur ist die Verweisung in § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG-E auf die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG (Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit und Effizienz, Verbraucherfreundlichkeit, Umweltverträglichkeit sowie die zunehmend auf erneuerbaren Energien basierende Energieversorgung). Von einer strikten gesetzlichen Vorgabe, wie die einzelnen Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG in konkrete Auswahlkriterien „umzuwandeln“ sind, wurde ausweislich der Gesetzesbegründung bewusst Abstand genommen. Gleichwohl enthält dann die Gesetzesbegründung selbst eine Reihe solcher Konkretisierungen:

## Versorgungssicherheit/Preisgünstigkeit und Effizienz

Im Hinblick auf die Kriterien Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit und Effizienz zeichnet sich eine Privilegierung kommunaler Newcomer ab. Ausdrücklich findet sich hier die Feststellung, dass weder fehlende Referenzen für die in der Vergangenheit gewährleistete Versorgungssicherheit noch fehlende Nachweise für in der Vergangenheit bewiesene Effizienz neu gegründeten Unternehmen zum Nachteil gereichen dürfen. Das deckt sich zwar teilweise mit der bislang ergangenen Rechtsprechung, die Ausweitung und die Pauschalität der Gesetzesbegründung ist jedoch bedenklich. Es wider-

spricht den Wertungen des – hier nicht anwendbaren – Vergaberechts, denen sich der Entwurf an anderer Stelle (bei den Rügeobliegenheiten) jetzt gerade annähert.

## Verbraucherfreundlichkeit

Die Gesetzesbegründung nennt als einschlägige Bereiche insbesondere den Kundenservice bei Netzan schlüssen, Netzstörungen und Zählerablesungen. Durch besondere Verbraucherfreundlichkeit könne sich hierbei das Angebot an Messeinrichtungen, insbesondere an intelligenten Messsystemen und Zählern auszeichnen, da hier dem Verbraucher eine präzise Verbrauchsvisualisierung angeboten werden könne. Gleiches gelte für den allgemeinen Service im Rahmen der Ablesung, z.B. durch ein funktionierendes Online-Angebot zur Selbstablesung oder zur regelmäßigen Überprüfung des Zählerstandes.

## Umweltverträglichkeit/zunehmend auf erneuerbaren Energien basierende Energieversorgung

Hier werden intelligente Konzepte wie der Einsatz von Speichern, Maßnahmen des Last- und Einspeisemanagements sowie regelbarer Ortsnetztransformatoren als Bewertungskriterien in der Gesetzesbegründung aufgeführt. Zur Bewertung der Umweltverträglichkeit sollen darüber hinaus insbesondere die Schonung von Bäumen bei der Leitungsverlegung sowie die Bereitschaft zur Erdverkabelung herangezogen werden können.

## Örtliche Belange

In Anknüpfung an die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist jetzt im Gesetz zusätzlich vorgesehen, dass über die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG hinaus örtliche Belange als Vergabekriterium herangezogen werden können. Gemäß Gesetzesbegründung sind hier insbesondere Laufzeit, die bessere Koordination von Baumaßnahmen mit weiteren Sparten (z.B. Wasserleitungen) sowie die Zahlung der höchstmöglichen Konzessionsabgabe nach der Konzessionsabgabenverordnung berücksichtigungsfähig.

## Rügeobliegenheiten

§ 47 EnWG-E übernimmt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum dem Vergaberecht entlehnten Rügepflicht. Satz 1 orientiert sich am Rechtsgedanken des § 101a GWB. Flankiert wird die Rügeobliegenheit durch Informationsrechte und -pflichten.

Es gelten abgestufte Fristen. Rechtsverletzungen, die aus der Mitteilung der Auswahlkriterien (§ 46 Absatz 4 Satz 4 EnWG-E) erkennbar sind, sind innerhalb von 15 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen. Rechtsver-

letzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information über die Gründe für die Ablehnung eines Angebots nach § 46 Absatz 5 Satz 1 EnWG-E erkennbar sind, sind innerhalb von 30 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen.

Erfolgt eine Akteneinsicht, beginnt die 30-Tages-Frist für den Antragsteller erneut ab dem ersten Tag, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitgestellt hat. Zu beachten ist, dass der Antrag auf Akteneinsicht innerhalb von einer Woche nach Zugang der Information über die Gründe für die Ablehnung des Angebots zu stellen ist. Diese kurze Frist wird dazu führen, dass zukünftig pauschal Akteneinsichtsanträge durch unterlegene Bieter gestellt werden dürften. Unklar ist, ob die Antragsfrist auch dann zu laufen beginnt, wenn die Gründe in der Information über die Angebotsablehnung nicht oder nicht vollständig mitgeteilt worden sind.

#### **Ausblick**

Die Verabschiedung des Entwurfs zur Neuregelung der Konzessionsvergabe im Strom- und Gasbereich ist ein wichtiger Schritt, aber auch nur ein erster. Es bleibt abzuwarten, welche Änderungen Bundestag und Bundesrat noch durchzusetzen vermögen. Weil der Gesetzgeber maßgebliche Neuerungen (insbesondere zu den Auswahlkriterien) in der Gesetzesbegründung belassen hat, werden auch weiterhin die Gerichte das letzte Wort darüber haben.

Die teilweise Klarstellung und Übernahme der Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in das Gesetz sind grundsätzlich zu begrüßen. Bedenklich erscheint die „Parteinahme“ für die Rekommunalisierung der Netze in der Gesetzesbegründung, die sich letztendlich gegen einen fairen, weil objektiven Wettbewerb richtet und das unter dem Deckmantel einer verhinderten Diskriminierung.

Den Link zum Gesetzesentwurf finden Sie [hier](#).

# Zum zulässigen Zeitpunkt der Absage einer Hauptversammlung durch den Vorstand



**Dr. Marcell Baumann, LL.M.**  
Rechtsanwalt, Senior Associate  
Service Line Corporate/M&A  
Tel: +49 (0)711 669 6269  
mbaumann@deloitte.de

Das vom BGH gefällte Grundsatzurteil vom 30. Juni 2015 beleuchtet das Spannungsverhältnis zwischen dem Recht der Minderheit auf die Einberufung der Hauptversammlung und der Kompetenz des Vorstands, eine Hauptversammlung abzusagen. Der BGH hat in seinem Urteil entschieden, dass die Kompetenz des Vorstands zur Absage der Hauptversammlung dem Interesse der Minderheit auf die Einberufung vorgeht, eine Absage aber nur innerhalb bestimmter Grenzen zulässig ist.

## I. Sachverhalt

Verschiedene Minderheitskommanditaktionäre einer KGaA hatten gemäß § 122 Abs. 1 AktG die Einberufung einer Hauptversammlung gegenüber dem Geschäftsführer der Komplementärin der Gesellschaft (nachfolgend der Einfachheit halber „Vorstand“ genannt) zu dem Zweck verlangt, in der Hauptversammlung eine Vielzahl von Rechten gegenüber dem Vorstand geltend zu machen. Geplant hatten die Minderheitskommanditaktionäre insbesondere, den Aufsichtsrat der Gesellschaft neu zu besetzen, dem Vorstand das Vertrauen zu entziehen, eine Sonderprüfung gegen ihn zu beantragen; dies verbunden mit einem Antrag auf Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen. Der Vorstand folgte diesem Verlangen und rief die Hauptversammlung ein. Nachdem sich bereits zahlreiche Kommanditaktionäre im Versammlungsraum eingefunden hatten, sagte der Vorstand die Hauptversammlung ab und verließ diese – wie auch ein erheblicher Teil der stimmberechtigten Kommanditaktionäre. Die verbliebenen Kommanditaktionäre dagegen wählten einen neuen Versammlungsleiter, hielten die Hauptversammlung ab und fassten gemäß der Tagesordnung die Beschlüsse. Der Vorstand klagte daraufhin gegen die Wirksamkeit der Beschlüsse mit der Begründung, dass diese nach der Absage der Hauptversammlung nicht mehr wirksam gefasst werden konnten.

## II. Entscheidung des BGH

Der BGH hat entschieden, dass die Kompetenz zur Absage der Hauptversammlung beim Vorstand liegt, und zwar auch dann, wenn die Einberufung auf das Verlangen der Minderheit zurückzuführen ist. Dies folge aus der Systematik des AktG, wonach dem Vorstand auch bei einem eigenen, pflichtwidrigen Verhalten grundsätzlich die Kompetenz zustehe, die Hauptversammlung abzusagen. Verhindere der Vorstand pflichtwidrig die von der Minderheit verlangte Einberufung der Hauptversammlung, könnte diese sich zur Einberufung gerichtlich nach § 122 Abs. 3 AktG ermächtigen lassen und die Gesellschaft gegen den Vorstand gegebenenfalls Schadensersatzansprüche geltend machen.

Zeitlich könne der Vorstand dieses Recht allerdings nicht unbegrenzt ausüben. Im vorliegenden Fall sei die Absage nicht mehr möglich gewesen, weil die Kommanditaktionäre sich zum Zeitpunkt des festgelegten Beginns der Hauptversammlung und nach Durchlaufen der Durchlasskontrollen am Versammlungsort bereits eingefunden hatten. Zwar liege es im Interesse der Gesellschaft und der Kommanditaktionäre, eine Hauptversammlung abzusagen, wenn die Gründe für die Absage nach der Einberufung entstanden sind, um eine unnötige (Kosten-)Belastung der Gesellschaft und der Kommanditaktionäre zu vermeiden. Dieser Gesichtspunkt gelte aber dann nicht, wenn der Vorstand – wie hier – den erschienenen Kommanditaktionären die Absage erst nach deren Erscheinen und Durchlaufen der Einlasskontrollen mitteile. Aus diesem Grund müsse auch nicht entschieden werden, ob – wie auch vom Schrifttum vertreten – die Kompetenz des Vorstands zur Absage der Hauptversammlung erst mit der förmlichen Eröffnung der Hauptversammlung ende.

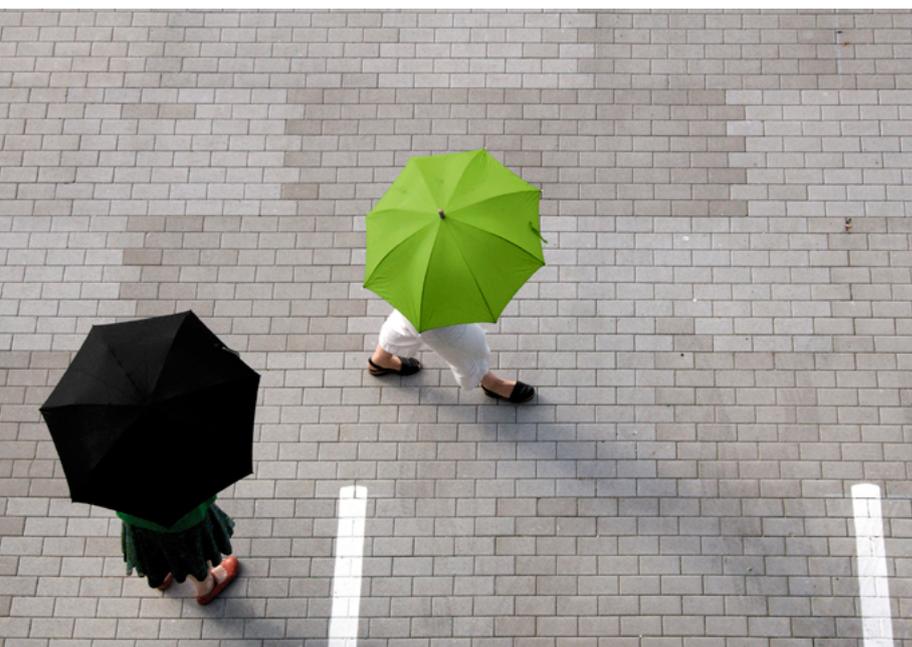
Der BGH führte weiter aus, dass der Vorstand kurzfristigen Problemen mit den Mitteln der Vertagung, Verschiebung des Beginns, Unterbrechung, Verlegung des Hauptversammlungsorts etc. begegnen müsse, nicht jedoch mit der Absage. Denn nur so sei sichergestellt, dass Vorstände nicht missbräuchlich eine Hauptversammlung absagen können, weil sie etwa nach dem Eintreffen der Kommanditaktionäre erkannt haben, dass unliebsame Stimmrechtsmehrheiten bestehen.

Der BGH hatte schließlich zu entscheiden, ob die nach der Absageerklärung des Vorstands gefassten Beschlüsse der Hauptversammlung nichtig oder unwirksam waren. Einen Nichtigkeitsgrund sah der BGH nicht für gegeben, insbesondere erachtete er die fehlende förmliche Eröffnung der Hauptversammlung als keinen Nichtigkeitsgrund nach § 241 AktG. Die gefassten Beschlüsse erklärte er jedoch für anfechtbar, da diejenigen Kommanditaktionäre, die nach der erklärten Absage durch den Vorstand die Hauptversammlung verlassen hatten, in ihrem Teilnahmerecht nach § 118 Abs. 1 AktG verletzt seien. Für diese Kommanditaktionäre sei im vorliegenden Fall nicht ohne Weiteres erkennbar gewesen, ob die Absage unwirksam war. Dieser Verstoß sei zudem erheblich, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Hauptversammlung im Beisein dieser Kommanditaktionäre andere Beschlüsse gefasst hätte. Für unschädlich erachtete es der BGH, dass der Vorstand die Verletzung des Teilnahmerechts der Kommanditaktionäre gerichtlich geltend gemacht hatte. Einerseits sei er kraft Gesetzes dazu berufen, die Rechtmäßigkeit der Beschlüsse der

Hauptversammlung einer gerichtlichen Kontrolle unterziehen zu lassen (§§ 245 Nr. 4, 278 Abs. 3, 283 Nr. 13 AktG), auch wenn er möglicherweise die Fehlerhaftigkeit der angegriffenen Beschlüsse verursacht habe. Andererseits sei den tatsächlichen Feststellungen der erst- und zweitinstanzlichen Entscheidungen nicht zu entnehmen gewesen, dass der Vorstand rechtsmissbräuchlich die Hauptversammlung abgesagt hatte, um missliebige Entscheidungen zu verhindern.

### III. Fazit

Das Urteil des BGH ist von hoher Relevanz, da es einerseits klarstellt, dass die Rechte der Minderheit die Kompetenz des Vorstands zur wirksamen Absage der Hauptversammlung nicht beeinträchtigen. Andererseits definiert es, ab welchem Zeitpunkt die Absage der Hauptversammlung nicht mehr in die Zuständigkeit des Vorstands fällt. Als Leitlinie gilt hier, dass der Vorstand jedenfalls solange rechtmäßig die Hauptversammlung absagen kann, wie er dadurch der Gesellschaft und den Kommanditaktionären Kosten spart. Wichtig ist, dass die Überlegungen aus dem Urteil auf Aktiengesellschaften voll übertragbar sind, was dem Urteil des BGH eine größere Tragweite verleiht.



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



**Dr. Peter Maser**  
Rechtsanwalt, Partner  
Service Line Banking & Finance  
Tel: + 49 (0)711 669 6270  
pmaser@deloitte.de

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

## Ausgangslage

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

Daneben gibt es die Möglichkeit, die Börsenzulassung durch einen entsprechenden Antrag bei der Börse zu beenden (sogenanntes „reguläres Delisting“). Dazu hatte der BGH in seiner sogenannten „Macrotron-Entscheidung“ aus dem Jahre 2002 die Zustimmung der Hauptversammlung und ein Abfindungsangebot, das in einem Spruchverfahren überprüft werden konnte, für alle Aktionäre verlangt. Nachdem das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2012 festgestellt hatte, dass die Börsenzulassung nicht durch Artikel 14 Abs. 1 GG geschützt sei, da diese Regelung zwar die rechtliche, nicht aber die tatsächliche Verkehrsfähigkeit der Aktien als schlichte Ertrags- und Handelschance schütze, änderte der BGH in der sogenannten „FRoSTA-Entscheidung“ vom 8. Oktober 2013 (Az.: II 26/12) seine bisherige Rechtsprechung. In dem „FRoSTA-Fall“ ging es zwar nur um einen Segmentwechsel vom regulierten Markt in den Freiverkehr (sogenanntes „Downlisting“) und nicht um einen kompletten Rückzug von der Börse (sogenanntes „Delisting“). Der BGH entschied jedoch über den vorliegenden Fall hinaus, dass sowohl beim Down- als auch beim Delisting weder eine Entscheidung der Hauptversammlung noch ein Abfindungsangebot an die Aktionäre notwendig sind.

Diese Entscheidung hatte erhebliche wirtschaftliche Bedeutung, da für die Gesellschaften bzw. ihre Hauptaktionäre eine hohe Liquiditätsbelastung durch eine zwingende Abfindung von Minderheitsaktionären wegfiel. Für die Aktionäre bedeutete es jedoch in aller Regel einen erheblichen Vermögensverlust, da mit Wegfall der Börsennotierung nicht nur die Fungibilität entfiel, sondern auch der Wert der Aktien deutlich

zurückging. In der Folge führte die geänderte Rechtsprechung zu einer Vielzahl von Delistings. So gab es im Jahre 2014 allein über 20 Anträge bei den verschiedenen Börsen.

## Gesetzliche Neuregelung

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

Der Gesetzgeber hat die umfangreiche Kritik aufgenommen und eine komplette Neuregelung des Anlegerschutzes beim De- und Downlisting vorgenommen. Durch Änderung des § 39 Abs. 2 BörsG ist ein Widerruf der Zulassung auf Antrag der Emittentin nur noch zulässig, wenn zuvor ein öffentliches Erwerbsangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) unterbreitet wurde, sofern nicht an einem anderen regulierten Markt einer anderen Börse die Notierung fortbesteht. Bei einem vollständigen Börsenrückzug ist daher allen Aktionären ein Abfindungsangebot auf Basis des gewichteten Durchschnittskurses der letzten sechs Monate vor der Veröffentlichung der Angebotsabsicht nach § 10 WpÜG zu unterbreiten. Eine zwingend durchzuführende Unternehmensbewertung, deren Angemessenheit durch ein Spruchverfahren überprüft werden könnte – wie es zum Beispiel beim Ausschluss der Minderheitsaktionäre vorgesehen ist –, hat der Gesetzgeber jedoch nicht aufgenommen. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn aufgrund von Insiderinformationen, Marktmanipulationen oder sonstigen Gründen ein aussagekräftiger Börsenkurs fehlt. In diesen Fällen hat eine Unternehmensbewertung stattzufinden, die dann die Basis für die Entschädigung der Aktionäre darstellt.

### **Bewertung**

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

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

# Keine Errichtung eines fakultativen Aufsichtsrats aufgrund einer statutarischen Ermächtigungsklausel



**Matthias Sierig**

Rechtsanwalt, Partner  
Service Line Corporate/M&A  
Tel: + 49 (0)89 29036 8901  
msierig@deloitte.de

Das Kammergericht Berlin hat mit Urteil vom 23. Juli 2015 (Az. 23 U 18/15) die nachträgliche Errichtung eines fakultativen Aufsichtsrats bei der GmbH, die auf der Grundlage einer entsprechenden Ermächtigung in der Satzung (Öffnungsklausel) durch einfachen Gesellschafterbeschluss erfolgt, für unwirksam erklärt. Nach Ansicht des Gerichts muss dies – weil satzungsändernd – trotz vorhandener Öffnungsklausel notariell beurkundet und in das Handelsregister am Sitz der Gesellschaft eingetragen werden. Mit dem Urteil widerspricht das KG Berlin der bisherigen, gerade auch im Mittelstand häufig anzutreffenden Praxis: In der gesellschaftsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung war bisher weitestgehend unumstritten, dass bei der GmbH ein fakultativer Aufsichtsrat durch einfachen Gesellschafterbeschluss jedenfalls dann errichtet werden kann, wenn insoweit eine Ermächtigung in der Satzung geregelt ist.

## 1. Sachverhalt

Der Entscheidung des KG Berlin im einstweiligen Rechtsschutz liegt der folgende Sachverhalt zugrunde, dessen Kern ein Gesellschafterstreit bildet: Nachdem es im Laufe des Jahres 2014 zu Meinungsverschiedenheiten zwischen zwei Gesellschaftern kam, die mit 15% bzw. rd. 58% am Stammkapital beteiligt waren und jeweils einen Geschäftsführer der GmbH stellten, wurde eine Gesellschafterversammlung einberufen. Auf dieser wurde mit rd. 63% der abgegebenen Stimmen auf der Basis einer entsprechenden Öffnungsklausel in der Satzung die Errichtung eines Aufsichtsrats beschlossen, in den drei Mitglieder berufen wurden. In der darauf folgenden außerordentlichen Sitzung beschlossen die Aufsichtsratsmitglieder einstimmig, den verfügungsbelegten Geschäftsführer, der durch den 15%-Minderheitsgesellschafter gestellt wurde, abzurufen. Die Vorinstanz hatte dem abgerufenen Geschäftsführer auf Antrag der klagenden Gesellschaft untersagt, als Geschäftsführer der Gesellschaft aufzutreten und unter Berufung auf seine angebliche Organeigenschaft als Geschäftsführer Gesellschafterversammlungen einzuberufen. Im anschließenden Widerspruchsverfahren hat das LG Berlin den Antrag der Gesellschaft nur teilweise zurückgewiesen. Die vom abgerufenen Geschäftsführer dagegen eingelegte Berufung hatte Erfolg und führte zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung der Vorinstanz sowie zur Zurückweisung des Antrages der klagenden Gesellschaft. Im Hauptsacheverfahren hat das LG Berlin (Az. 104 O 93/14) die Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses des errichteten Aufsichtsrats der GmbH festgestellt, weil es einen die Abberufung des Geschäftsführers rechtfertigenden Grund nicht erkennen konnte.

## 2. Rechtliche Begründung

Das Kammergericht begründet seine Entscheidung – neben der Tatsache, dass materiell kein wichtiger Grund für die Abberufung des Geschäftsführers bestand – im Wesentlichen damit, dass die Abberufung nicht wirksam durch den zuvor errichteten Aufsichtsrat vorgenommen werden konnte. Nach Auffassung des Gerichts wurde der Aufsichtsrat nicht wirksam errichtet und konnte somit auch keine wirksamen Beschlüsse fassen. Die Errichtung eines fakultativen Aufsichtsrats stelle nämlich eine einschneidende Änderung des Gesellschaftsstatus dar, die zwingend den formalen Bestimmungen einer Satzungsänderung gem. §§ 53 Abs. 2, 54 Abs. 3 GmbHG unterliege, weil dadurch ein nicht nur punktuell, sondern dauerhaft von der Satzung abweichender Zustand begründet werde. Die Umwandlung einer GmbH ohne Aufsichtsrat in eine GmbH mit Aufsichtsrat sei keineswegs eine bloße Durchbrechung der Satzung im Einzelfall, sondern vielmehr eine dauerhafte, gravierende Änderung der Gesellschaftsverfassung. Das Erfordernis bzw. die zwingenden Vorschriften der §§ 53, 54 GmbHG könnten daher nicht durch eine in der Satzung vorhandene Ermächtigungsklausel außer Kraft gesetzt werden. Das Gericht verneint im Übrigen, dass eine dauerhafte Änderung der Gesellschaftsverfassung keine Satzungsänderung darstelle, wenn diese durch eine entsprechende Öffnungsklausel in der Satzung geregelt ist. Darin sieht es lediglich eine Ermächtigung zur Regelung, nicht aber die Regelung selbst. Die Öffnungsklausel ermächtige mithin, die Errichtung unter Einhaltung der Bestimmungen des GmbHG vornehmen zu können. Als Satzungsänderung erfordert die Errichtung eines fakultativen Aufsichtsrats nach Maßgabe des KG Berlin daher grds.: (i) einen Gesellschafterbeschluss mit  $\frac{3}{4}$  Mehrheit, (ii) eine notarielle Beurkundung des Beschlusses sowie (iii) die Eintragung der Satzungsänderung in das zuständige Handelsregister; erst mit Letzterer wird die Satzungsänderung wirksam.

Lediglich bei dem Punkt des Erfordernisses der  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit sieht das Gericht eine Möglichkeit, dies aufgrund einer Öffnungsklausel zu überwinden, sofern die statutarische Ermächtigung insoweit als antizipierte Zustimmung aller, auch später hinzutretender Gesellschafter verstanden werden kann. Jedenfalls aber bleiben die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 53 Abs. 2, 54 Abs. 3 GmbHG (Beurkundung und Eintragung) zwingend erforderlich.

### 3. Folgen für die Praxis, Rat

Das rechtskräftige Urteil des KG Berlin dürfte in der Praxis eher für Verunsicherung als für Rechtssicherheit und Flexibilität sorgen und ist kritisch zu betrachten. Als obergerichtliche Entscheidung ist es aber jedenfalls ernst zu nehmen, insbesondere aufgrund seiner Tragweite. Für den Fall, dass bei der GmbH aufgrund einer statutarischen Öffnungsklausel ein fakultativer Aufsichtsrat mit einfacher Mehrheit ohne Beurkundung und ohne Eintragung in das Handelsregister errichtet wird, ist nicht nur die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder unwirksam. Vielmehr sind sämtliche von den Aufsichtsräten vorgenommenen Rechtsakte (bspw. Zustimmungsbeschlüsse zu Maßnahmen der Geschäftsführung) nichtig. In den Fällen, in denen der Aufsichtsrat originär zuständig ist (z.B. bei Bestellung/Abberufung von Geschäftsführern) sind die Auswirkungen besonders schwerwiegend.

Anzumerken ist, dass das Urteil des KG Berlin grundsätzlich im Widerspruch zu der in den Gründen zitierten Entscheidung des OLG München steht („Media-Saturn“, Az. 23 U 4173/11), dessen Revision der BGH (Az. II ZR 284/12) nicht zugelassen hat. Gegenstand war die Einrichtung eines Beirats, durch den die satzungsmäßig abgesicherte Sperrminorität der Minderheitsgesellschafter ausgehebelt werden sollte. Das OLG München hat sich allerdings nur mit den Satzungsanforderungen befasst, insbesondere mit der für die Errichtung des Beirats erforderlichen Stimmenmehrheit, ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Auf die gesetzlichen Regelungen des GmbHG (§§ 53, 54) ist es – im Gegensatz zum KG Berlin – indes nicht eingegangen.

Bis zur endgültigen Klärung der Frage durch den BGH ist offen, ob auch andere Gerichte der Auffassung des KG Berlin folgen. Es ist daher anzuraten, die Rechtsauffassung des Kammergerichts solange zu berücksichtigen und in der Praxis bei der Errichtung eines fakultativen Aufsichtsrats die obergerichtlichen Vorgaben zu einer entsprechenden Satzungsänderung einzuhalten. Die unwirksame Errichtung des Aufsichtsrats kann gravierende Folgen haben, weil alle durch ihn gefassten Aufsichtsratsbeschlüsse nichtig sind. Bei bereits errichteten fakultativen Aufsichtsräten der GmbH sollte die Gesellschaftshistorie und insbesondere die Beschlussfassung zur Errichtung des Aufsichtsrats (auch Beirats) geprüft werden. Jedenfalls wenn dem Aufsichtsrat durch die Satzung weitreichende Kompetenzen übertragen wurden, ist es ratsam, einen neuerlichen, vorgabenkonformen Beschluss gem. §§ 53, 54 GmbHG zu fassen, um die Errichtung des Aufsichtsrats formal zu bestätigen.

# Geschäftsführerhaftung für Haftung von Schäden aus M&A-Transaktionen



**Julia Dolleschel, LL.M. (UNSW)**  
Rechtsanwältin, Senior Associate  
Service Line Corporate/M&A  
Tel: + 49 (0)69 7191884 12  
jdolleschel@deloitte.de

In seiner Entscheidung vom 8. Juli 2015 (7 U 3130/14) hatte das Oberlandesgericht (OLG) München sich mit der Frage zu beschäftigen, ob ein ehemaliger Geschäftsführer für vermeintliche Schäden aus einer M&A-Transaktion haftet.

## Sachverhalt

Der Beklagte ist ehemaliger Geschäftsführer der Klägerin, die Teil des A-Konzerns ist. Die für den vorliegenden Fall relevanten Gesellschaften des A-Konzerns waren der A. e.V., die Klägerin, deren 100%-ige Tochtergesellschaft, die A. Verlag GmbH und deren Tochtergesellschaften C. T. GmbH & Co. KG und C. T. GmbH, als persönlich haftende Gesellschafterin.

Neben der Position des Geschäftsführers der Klägerin war der Beklagte auch leitender Angestellter des A. e.V. und Mitglied des Aufsichtsrats der A. Verlag GmbH.

Mit Vertrag vom 29. Juni 2007 verkaufte die A. Verlag GmbH sämtliche Geschäftsanteile an der C. T. GmbH, ihre Kommanditbeteiligung an der C. T. GmbH & Co. KG, eine kartografische Datenbank, sowie Ansprüche aus zwei Darlehen, die die A. Verlag GmbH und die Klägerin der C. T. GmbH & Co. KG gewährt hatten. Käuferin war die M. D. GmbH.

Dem Abschluss des Kaufvertrages gingen Sitzungen des Aufsichtsrats der A. Verlag GmbH am 14. Juni 2007 und des Präsidiums des A. e.V. am 28. Juni 2007 voraus, die den geplanten Verkauf zur Abwendung einer Insolvenz der C. T. GmbH & Co. KG zum Gegenstand hatten. In diesen Sitzungen wurden die Kaufangebote der M. D. GmbH und der Au. AG präsentiert und diskutiert. Der Aufsichtsrat gab die Beschlussempfehlung, endgültige Vertragsverhandlungen mit der M. D. GmbH zu führen, parallel aber auch mit der Au. AG weiter zu verhandeln. Die Verhandlungsführung mit den unterschiedlichen Interessenten wurde zwischen den Geschäftsführern aufgeteilt, wobei der Vizepräsident des A. e.V. in die Verhandlungen mit der M. D. GmbH eingebunden wurde. In der Präsidiumssitzung wurde die Veräußerung an M. D. GmbH beschlossen.

Die Klägerin verfolgt mit der Berufung nun Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten, die daraus resultieren sollen, dass ein Verkauf an die M. D. GmbH und nicht an die Au. AG erfolgt ist. Sie beziffert den Schaden mit knapp EUR 8,0 Mio., der darauf beruhen soll, dass die M. D. GmbH eine für die Ermittlung der Kaufpreishöhe negative Methode zur Vorratsbewertung angewendet hat. Die Klägerin ist der Ansicht, der

Beklagte hätte im Rahmen der Vertragsverhandlungen auf eine geänderte Vorratsbewertung hinwirken und den Schaden so begrenzen zu können.

## Entscheidung

Das OLG wies die Berufung als unbegründet zurück. Der Klägerin stünden weder eigene noch abgetretene Ansprüche gegen den Beklagten zu.

Eine Haftung des Beklagten aus § 43 Abs. 2 GmbHG, wonach Geschäftsführer für Pflichtverletzungen im Rahmen der Ausübung ihres Amtes haften, bestehe nicht. Eine solche Pflichtverletzung müsse seitens der Gesellschaft bewiesen werden, ebenso wie die Ursächlichkeit des Handelns für einen entstandenen Schaden. Die Geschäftsführer ihrerseits müssten darlegen, dass das fragliche Verhalten nicht pflichtwidrig war und die Grundsätze der „Business Judgement Rule“ eingehalten wurden.

Die Klägerin stützte sich auf eine Verletzung von Informationspflichten, die der Beklagte gegenüber dem Präsidium des A. e.V. gehabt haben soll. Solche Pflichten treffen üblicherweise die Organträger einer Gesellschaft beziehungsweise eines Vereins, die der Beklagte allerdings nicht bekleidete. Daher bestünde eine solche Pflicht allenfalls aufgrund entsprechender Regelungen im Gesellschaftsvertrag oder einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der Klägerin. Diese sähen aber nur entsprechende Pflichten gegenüber Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung vor. Auch ergäben sich entsprechende Pflichten vorliegend nicht aus dem Bestehen eines Konzerns, da lediglich ein Gewinnabführungsvertrag, aber kein Beherrschungsvertrag bestand. Dass das Präsidium des A. e.V. tatsächlich in die Verhandlungen eingebunden war, führe vorliegend auch nicht zu einer Erweiterung der Geschäftsführungspflichten. Die Klägerin habe zudem nicht hinreichend vorgetragen, dass die Entscheidungszuständigkeit über den Verkauf vollständig auf das Präsidium übertragen worden sei. Auch lägen keine hinreichenden Tatsachen dafür vor, dass der Beklagte die Geschäftsführer der A. Verlag GmbH angewiesen habe, den Vertrag mit M. D. GmbH abzuschließen, was zu dem geltend gemachten Schaden geführt hätte.

Auch Ansprüche aus abgetretenem Recht der A. Verlag GmbH konnte die Klägerin nicht erfolgreich geltend machen.

Das OLG verneint die Anwendung der konzernrechtlichen Vorschriften, die sich, wenn sie anwendbar wären,

auch nur gegen das herrschende Unternehmen, nicht aber die Geschäftsführer richten würden. Weiterhin läge auch keine Treuepflichtverletzung des Beklagten gegenüber der A. Verlag GmbH vor, da keine schädlichen Weisungen erteilt wurden. Auch in seiner Funktion als Aufsichtsrat der A. Verlag GmbH könne dem Beklagten keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden. Es lägen im Rahmen des Vorgehens im Zusammenhang mit dem Verkauf keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beklagte seine Überwachungspflichten gegenüber der Geschäftsführung nicht ordnungsgemäß ausgeübt hatte. Im vorliegenden Fall sei auch fraglich gewesen, ob entsprechende Überwachungs- und Kontrollpflichten im Rahmen des geplanten Verkaufs überhaupt noch bestanden haben, da das Präsidium des A. e.V. laut Klägervortrag für die Zustimmung verantwortlich gewesen sei. Ungeachtet dessen habe die Geschäftsführung aber eine unternehmerische Entscheidung getroffen, die vom Präsidium des A. e.V. aufgrund der Sitzungsentscheidung getragen wurde. Darüber hinaus wurde das Thema der Vorratsbewertung derart im Vertrag geregelt, dass es hier nachträglich noch zu Anpassungen kommen könne. In diese Entscheidung waren Mitglieder des Präsidiums des A. e.V. einbezogen.

Eine Pflichtverletzung des Beklagten im Zusammenhang mit dem Unternehmensverkauf war daher insgesamt zu verneinen.

#### **Hinweise für die Praxis**

Die vorliegende Entscheidung orientiert sich sehr am konkreten Einzelfall. Doch beleuchtet sie einmal mehr die grundlegenden Pflichten von Geschäftsführern und Aufsichtsräten und macht deutlich, dass deren Haftung nicht willkürlich ausgedehnt werden kann, nur weil ein Rechtsgeschäft nicht den erhofften Erfolg mit sich bringt. Geschäftsführern und Aufsichtsräten ist daher zu raten, Entscheidungen stets schriftlich zu dokumentieren, um so im Streitfall das eigene, rechtmäßige Handeln belegen zu können.

# Keine Haftung des vor Fälligkeit der Einlageschuld eines Mitgesellschafters ausgeschiedenen Gesellschafters



**Heike Richter**

Rechtsanwältin, Partner  
Service Line Corporate/M&A  
Tel: + 49 (0)211 8772 2492  
hrichter@deloitte.de



**Nicole Billing**

Rechtsanwältin, Senior Associate  
Service Line Corporate/M&A  
Tel: + 49 (0)211 8772 2063  
nbilling@deloitte.de

Der BGH hatte darüber zu entscheiden, ob ein Gesellschafter, der vor Fälligkeit der Einlageschuld eines Mitgesellschafters aus der Gesellschaft aufgrund der Übertragung seines Geschäftsanteils an diesen Mitgesellschafter ausgeschieden ist, für den Fehlbetrag haftet, wenn dieser Mitgesellschafter im Wege der Kaduzierung aus der Gesellschaft später ausscheidet (BGH, Urteil vom 19.05.2015 – II ZR 291/14).

## I. Sachverhalt

Der Beklagte und sein Mitgesellschafter waren die einzigen Gesellschafter einer GmbH. Anfang 2009 übertrug und verkaufte der Beklagte seinen voll eingezahlten Geschäftsanteil GA 1 für einen Euro an seinen Mitgesellschafter, der zu diesem Zeitpunkt auf seinen eigenen Geschäftsanteil GA 2 nur die Hälfte eingezahlt hatte. Dessen restliche Einlage war zu diesem Zeitpunkt noch nicht eingefordert worden. Ende 2010 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet. Der Insolvenzverwalter forderte den Mitgesellschafter zur Zahlung der noch ausstehenden Einlageschuld auf seinen Geschäftsanteil GA 2 auf. Da der Mitgesellschafter nicht zahlte, kaduzierte der Insolvenzverwalter den Geschäftsanteil GA 2 (§ 21 GmbHG). Die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Mitgesellschafters verlief erfolglos. Der Insolvenzverwalter nahm dann den Beklagten auf Zahlung der ausstehenden Einlage auf den kaduzierten Geschäftsanteil GA 2 in Anspruch, allerdings durch alle Instanzen erfolglos.

## II. Vorinstanzen

Das LG Hamburg (Urteil vom 26. Juli 2012 – 322 O 314/11) hat die Klage des Insolvenzverwalters abgewiesen. Das OLG Hamburg (Urteil vom 22. März 2013 – 11 U 152/12) hat die hiergegen gerichtete Berufung zurückgewiesen und die Revision zum BGH zugelassen. Die Revision des Insolvenzverwalters hatte keinen Erfolg.

## III. Gründe

Nach Ansicht des BGH haftet der Beklagte in dem vorliegenden Fall unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt für die nicht erfüllte Einlageverpflichtung des Mitgesellschafters.

**Keine Haftung des Beklagten nach § 22 GmbHG, da der Beklagte bezogen auf den kaduzierten Geschäftsanteil GA 2 kein Rechtsvorgänger i.S.d.**

### **Norm war**

Rechtsvorgänger i.S.d. § 22 GmbHG ist nur derjenige, der zeitlich vor dem ausgeschlossenen Gesellschafter wirksam Inhaber des nicht voll eingezahlten und später

kaduzierten Geschäftsanteils gewesen ist. Da jedoch der Mitgesellschafter von Beginn an Inhaber des kaduzierten Geschäftsanteils GA 2 war, war der Beklagte kein Rechtsvorgänger i.S.d. § 22 GmbHG.

**Keine Haftung des Beklagten nach § 24 GmbHG, da der Beklagte „kein übriger Gesellschafter“ i.S.d. Norm war**

Nach § 24 GmbHG haben die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag aufzubringen, soweit eine Einlage im Kaduzierungsverfahren weder von dem zahlungspflichtigen Mitgesellschafter eingezogen, noch durch den Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann. Dabei ist „übriger Gesellschafter“ nur derjenige, der im Zeitpunkt der Fälligkeit der Einlageverpflichtung (noch) Gesellschafter der GmbH ist.

Der Beklagte war im Zeitpunkt der Fälligkeit der Einlageverpflichtung betreffend den Geschäftsanteil GA 2 nicht mehr Gesellschafter der GmbH, da die Einlageverpflichtung erst mit dem Zahlungsverlangen durch den Insolvenzverwalter im Jahre 2010 fällig geworden ist, also zu einem Zeitpunkt, als der Beklagte nicht mehr Gesellschafter der GmbH war.

Weder die Satzung der GmbH enthielt Fälligkeitsregelungen für rückständige Einlagen noch gab es einen vorherigen Einforderungsbeschluss der Gesellschafterversammlung und eine anschließende Einforderung seitens des Geschäftsführers der GmbH, der die Fälligkeit der Resteinlage vor Ausscheiden des Beklagten ausgelöst hätte.

Der Insolvenzverwalter kann die offene, noch nicht fällige Einlage selbst einfordern, ohne dass es dazu einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrag oder eines vorherigen Gesellschafterbeschlusses bedarf. Der Insolvenzverwalter ist insoweit auch nicht durch etwaige statutarische Fälligkeitsbestimmungen an der Einforderung gehindert.

**Keine Haftung des Beklagten als Rechtsvorgänger für eine den kaduzierten Mitgesellschafter treffende Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG aufgrund eines weiteren, nicht kaduzierten Geschäftsanteils**

Der kaduzierte Mitgesellschafter haftet für Rückstände auf seinen kaduzierten Geschäftsanteil GA 2 nach § 24 GmbHG, weil er über einen weiteren Geschäftsanteil (Geschäftsanteil GA 1) neben dem kaduzierten Geschäftsanteil GA 2 verfügt. Den Beklagten als Rechtsvorgänger des nicht kaduzierten Geschäftsanteils GA 1 treffe eine solche Ausfallhaftung in Beziehung zu dem

nicht kaduzierten Geschäftsanteil allerdings nicht, so der BGH, denn die Aufbringung von Fehlbeträgen i.S.d. § 24 GmbHG betrifft keine „nicht erfüllte Einlageverpflichtung“ i.S.d. § 22 GmbHG. Außerdem betrifft die Haftung nach § 22 GmbHG nur diejenige Einlageverpflichtung, derentwegen die Kaduzierung betrieben wird.

#### **Keine Haftung des Beklagten aufgrund Veräußerung seines Geschäftsanteils GA 1 vor Fälligkeit der Einlageschuld an den später kaduzierten Mitgesellschafter/Gedanke des rechtsmissbräuchlichen Handelns**

Eine Ausnahme und damit eine Haftung nach § 24 GmbHG könnte deshalb greifen, weil der Beklagte seinen Geschäftsanteil GA 1 gerade an den Mitgesellschafter verkauft hat, der seine Einlageschuld nicht vollständig erbracht hat. Der BGH erteilt jedoch mit dem vorliegenden Urteil der Meinung, die den übertragenden Gesellschafter nach § 24 GmbHG haften lassen will, wenn er seinen Geschäftsanteil vor Fälligkeit der Einlageverpflichtung gerade an den Mitgesellschafter veräußert, der mit seinem eigenen Geschäftsanteil kaduziert wird (wie etwa OLG Köln, 23. Juni 1993 – 2 U 118/92), eine Absage.

Eine Haftung nach § 24 GmbHG scheidet aus ...

§ 24 GmbHG diene dem Schutz der Kapitalaufbringung. Daher sei es nicht gerechtfertigt, im Kaduzierungsverfahren Gesellschafter für Fehlbeträge haften zu lassen, die bereits vor Fälligkeit der Einlageverpflichtung aus der Gesellschaft ausgeschieden sind. Zwar begründe § 24 GmbHG eine Haftung für fremde Verbindlichkeiten, allerdings führt der BGH aus, dass es sich hier um eine rein subsidiäre Haftung handele, der Ausnahmecharakter zukomme. Schon der Wortlaut des § 24 GmbHG betrifft keine ehemaligen Gesellschafter. Eine über § 24 GmbHG hinausgehende Haftung, die bereits als hart empfunden wird, sei nach Ansicht des BGH grundsätzlich nicht geboten.

Auch keine Haftung aus § 16 Abs. 2 GmbHG ...

Der BGH macht klar, dass er keine Veranlassung sieht, die Norm über den Wortlaut hinaus auch auf fremde Einlageverpflichtungen auszudehnen.

Keine Haftung wegen Rechtsmissbrauchs ...

Der BGH sah in dem vorliegenden Fall keine ausreichenden Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch. Die

Übertragung sei fast zwei Jahre vor dem Kaduzierungsverfahren erfolgt und auch allein der Umstand, dass der Beklagte seinen Geschäftsanteil für einen Euro veräußert hat, lässt keinen Schluss auf eine Krise der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Veräußerung zu und damit auf ein rechtsmissbräuchliches Handeln des Beklagten.

#### **IV. Hinweis für die Praxis**

Das Urteil des BGH bestätigt die herrschende Auffassung in Rechtsprechung bzw. Literatur und schafft Klarheit betreffend die Gesellschafterhaftung nach §§ 22 und 24 GmbHG. Das oben bereits erwähnte Urteil des OLG Köln hatte hier für Unsicherheit gesorgt, da in diesem Fall das OLG Köln entschieden hatte, dass der Gesellschafter, der seinen Geschäftsanteil an seinen Mitgesellschafter veräußert hatte, der die Einlageverpflichtung auf seinen eigenen, später kaduzierten Geschäftsanteil noch nicht erbracht hat, weiter haften sollte. Diese Unsicherheit ist nun beseitigt worden.

Des Weiteren lehnt der BGH die eher gesellschafterfreundliche Ansicht in der Literatur zur Haftung gemäß § 24 GmbHG ab, die annimmt, dass nur derjenige nach § 24 GmbHG haftet, der nicht nur bei Fälligkeit der ausstehenden Einlage, sondern auch dann noch Mitgesellschafter ist, wenn nach Erschöpfung der Maßnahmen nach den §§ 21 bis 23 GmbHG die Haftung nach § 24 GmbHG geltend gemacht wird. Nach dem BGH ist entscheidender Zeitpunkt für die Anknüpfung der Haftung aus § 24 GmbHG die Fälligkeit der Einlageforderung. Wer im Zeitpunkt der Fälligkeit der Einlageforderung noch Mitgesellschafter ist, haftet nach § 24 GmbHG, wenn die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind.

Eindeutig klar sagt der BGH auch, dass eine Haftung aus § 16 Abs. 2 GmbHG ausscheide und dass § 24 GmbHG ein Ausnahmecharakter zukomme, der einer erweiterten Auslegung grundsätzlich entgegensteht.

Interessant sind die Ausführungen des BGH in diesem Zusammenhang zum Thema rechtsmissbräuchliches Verhalten. Zwar, so der BGH, könne man bei einem Kaufpreis von einem Euro nicht ohne weiteres von einem Rechtsmissbrauch sprechen. Allerdings deutet der BGH an, dass ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegen kann, wenn der Gesellschafter seinen Anteil erst in der Krise der Gesellschaft an seinen Mitgesellschafter veräußert. Hier muss daher bei der Vertragsgestaltung deutlich dokumentiert werden, dass der Verkaufspreis auch den Marktpreis darstellt.

# Niederlande: Verschärfte Publizitätsanforderungen durch Umsetzung der 4. Geldwäscherichtlinie



**Dr. Fleur Prop, LL.M.**

Rechtsanwältin, Senior Associate  
Service Line Corporate/M&A  
Tel: +49 (0)211 8772 2385  
fprop@deloitte.de



**Felix Felleisen**

Rechtsanwalt, Partner  
Service Line Corporate/M&A  
Tel: +49 (0)211 8772 2553  
ffelleisen@deloitte.de

Die in Deutschland noch ausstehende Umsetzung der 4. Geldwäscherichtlinie in nationales Recht nimmt in den Niederlanden bereits Formen an. Dies mit erheblichen Folgen für Familienunternehmer, deren Interesse an der Wahrung ihrer Privatsphäre gegenüber Transparenzgesichtspunkten zurückgestellt wird. Von den niederländischen Vorschriften können auch deutsche Unternehmen und Unternehmer betroffen sein.

## Niederlande: Einführung eines öffentlichen Registers für wirtschaftlich Berechtigte (UBO-Register) und eines zentralen Gesellschafterregisters in Umsetzung der 4. Geldwäscherichtlinie

Die 4. EU-Geldwäscherichtlinie sieht insbesondere die Einführung eines Registers für wirtschaftlich Berechtigte vor. Während der deutsche Gesetzgeber diesbezüglich noch keine Aktivitäten entfaltet hat, ist man in den Niederlanden schon weiter: Hier laufen ungeachtet der erst am 26. Juni 2017 ablaufenden Umsetzungsfrist bereits konkrete Planungen für die durch die Richtlinie angeordnete Einführung des Registers für wirtschaftlich Berechtigte. Ohne dass dies von der Richtlinie verlangt wäre, sehen die geplanten Regelungen vor, dass die in dem Register zu hinterlegenden Informationen grundsätzlich für jedermann zugänglich sind. Das bedeutet, dass jeder aus einem öffentlichen Register entnehmen können wird, wer die unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlich Berechtigten eines Unternehmens (nahezu jeder Rechtsform) in den Niederlanden sind. Die geplanten Gesetzesänderungen zeigen, dass die beabsichtigte Einführung des Registers insbesondere auch für unternehmerisch aktive Familien und ihre Mitglieder Auswirkungen haben wird. Die Einführung des Registers kann Handlungs- und gegebenenfalls auch Umstrukturierungsbedarf für mittelständische Unternehmensgruppen aus Deutschland mit sich bringen. Vor diesem Hintergrund sollen nachstehend die Grundzüge der in den Niederlanden geplanten Regelungen für die Einführung des Registers für wirtschaftlich Berechtigte erläutert werden.

Die am 5. Juni 2015 verabschiedete 4. Geldwäscherichtlinie (Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung) sieht erstmals eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vor, zentrale Register mit Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten/Nutznießern von Unternehmen, Trusts und anderen Rechtspersonen einzurichten. In diesem Zusammenhang haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die von den betroffenen Unternehmen einzuholenden und aufzubewahrenden angemessenen, präzisen und aktuellen Angaben über ihre wirtschaftlich Berechtigten, einschließlich

genauer Angaben zum wirtschaftlichen Interesse, in einem zentralen Register hinterlegt und verwahrt werden. Als Beispiel für ein zentrales Register, in dem solche Angaben verwahrt werden könnten, nennt der Richtliniengesetzgeber die Handels- oder Gesellschaftsregister.

Wirtschaftlich Berechtigter ist dabei in Übereinstimmung mit dem Ansatz der 3. Geldwäscherichtlinie jede natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle ein Unternehmen steht. Maßgeblich hierfür sind das direkte oder indirekte Halten einer ausreichenden Anzahl von Anteilen oder Stimmrechten oder das Bestehen anderer Formen von Kontrolle. Wirtschaftliches Eigentum wird vermutet, wo eine natürliche Person mehr als 25% der Anteile oder Stimmrechte an einer Gesellschaft innehat. Zugleich wird den Mitgliedstaaten ein Ermessensspielraum nach unten eingeräumt – sie können bestimmen, dass eine niedrigere Beteiligungsquote ausreicht. Durch die neue Regelung werden wirtschaftlich Berechtigte an einem Trust in den Anwendungsbereich einbezogen. Insoweit sieht die Richtlinie nunmehr eine gesonderte Definition der wirtschaftlichen Berechtigung vor. Bemerkenswert ist, dass die zentralen Register auch Informationen über die wirtschaftlich Berechtigten von anglo-amerikanischen Trust-Strukturen enthalten sollen und deshalb auch bei Trust-Strukturen präzise und aktuelle Angaben zu den wirtschaftlichen Eigentümern des Trusts einzuholen sein werden. Eine weitere Neuerung bringt die Richtlinie insoweit mit sich, als unter bestimmten Voraussetzungen auch Führungskräfte ("senior managing officials") als wirtschaftlich Berechtigte gelten sollen, was das Risiko einer Vermischung von Vertretungsberechtigung und wirtschaftlicher Berechtigung mit sich bringt.

Zu den in das Register aufzunehmenden Angaben gehören nach der Regelungssystematik zumindest Name, Monat und Jahr der Geburt, Staatsangehörigkeit, Wohnsitzland sowie Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses der jeweiligen wirtschaftlich Berechtigten.

Aus den Bestimmungen der Richtlinie folgt damit, dass zukünftig für jede Gesellschaft, an der als wirtschaftlich Berechtigte natürliche Personen beteiligt sind, die – zumindest teilweise sensiblen – Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten, einschließlich genauer Angaben zu wirtschaftlichen Interessen, in einem zentralen Register zu hinterlegen sind.

Was den Zugang zu den entsprechenden Registern und die dort hinterlegten Informationen angeht, sieht die 4. Geldwäscherichtlinie eine zwingende Zugänglichkeit nur für zuständige Behörden und zentrale

Meldestellen, Unternehmen des Finanzsektors im Rahmen der Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden gemäß Kapitel II der Richtlinie und sonstigen Personen oder Organisationen vor, die ein berechtigtes Interesse nachweisen können. Allerdings überlässt es der europäische Gesetzgeber den nationalen Umsetzungsgesetzen, ob die zu hinterlegenden Angaben auch sonstigen Dritten zugänglich gemacht werden.

In den Niederlanden wurden durch einen vom Finanzministerium in Zusammenarbeit mit dem Justizministerium und im Wirtschaftsministerium erstellten sogenannten Kamerbrief vom 10. Februar 2016 (AZ: 2016-0000010759) erste Konturen des Gesetzes zur Einführung des Registers für wirtschaftlich Berechtigte dargestellt. Dabei verwendet der Kamerbrief für die wirtschaftlich Berechtigten den englischsprachigen Begriff des *ultimate beneficial owner* und wird das Register dementsprechend als UBO-Register bezeichnet. Was den Kreis der im Hinblick auf wirtschaftlich Berechtigte von den Veröffentlichungspflichten betroffenen Unternehmen angeht, möchte der niederländische Gesetzgeber diesen möglichst breit fassen. Die entsprechenden Verpflichtungen sollen insbesondere für Unternehmen folgender Rechtsformen greifen: Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*besloten vennootschap*), Aktiengesellschaft (*naamloze vennootschap*), Stiftung nach niederländischem Recht (*stichting*), Verein (*vereniging*), Reederei (*rederij*), Gesellschaft bürgerlichen Rechts (*maatschap*), Personenhandelsgesellschaft (*vennootschap onder firma*), Kommanditgesellschaft (*commanditaire vennootschap*), Genossenschaft (*coöperatie*), Kirchengenossenschaft (*kerkgenootschap*), Eigentümergemeinschaft (*vereniging van eigenaars*), Versicherungsverein aG (*onderlinge waarborg maatschappij*), sonstige Personen des Privatrechts (*overige privaatrechtelijke rechtspersonen*), EWIV (Europäischer Wirtschaftlicher Interessenverband), SE, europäische Genossenschaft (Europäische kooperativere *vennootschap*, SCE) und ausländische Rechtsformen.

Besonders gravierend erscheint, dass das UBO-Register ohne dass dies von der Richtlinie gefordert wird, als grundsätzlich für jedermann öffentlich zugängliches Register ausgestaltet werden soll. Ein Recht zur Einsichtnahme in das Register soll damit jeder Person zustehen, ohne dass es auf ein berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme ankommt. Um den von entsprechenden Interessengruppen angeführten, unter anderem mit Datenschutzbestimmungen, dem Recht auf Privatsphäre und Erpressungs- und Entführungsrissen begründeten Einwänden Rechnung zu tragen, soll die Einsichtnahme in das Register allerdings an die folgenden vier Voraussetzungen geknüpft werden: (i) jede Person, die das Register einsieht, wird

ihrerseits registriert, (ii) die Einsichtnahme ist kostenpflichtig, (iii) Dritte haben lediglich Zugang zu bestimmten Daten (Name, Geburtsmonat, Geburtsjahr, Nationalität, Aufenthaltsland, Art und Umfang der Beteiligung), uneingeschränkter Zugang zu allen hinterlegten Daten wird lediglich befugten Behörden und Financial Intelligence Unit Nederland („FIU-NL“, die niederländische BaFin) eingeräumt, (iv) in riskanten Situationen (Gefährdung des wirtschaftlich Berechtigten, z.B. Kidnapping, Erpressung) wird auf individueller Basis entschieden, ob, und so ja welche, Daten eingesehen werden können. Heftig diskutiert wird in den Niederlanden, ob diese Einschränkungen ausreichen, um einen angemessenen Schutz der Privatsphäre der Betroffenen sicherzustellen.

Nach aktueller Planung soll das UBO-Register durch das niederländische Handelsregister der *Kamers van Koophandel* geführt werden. Hiernach könnten Handelsregisterinformationen und Informationen betreffend die wirtschaftlich Berechtigten bei ein und derselben Instanz eingesehen werden. Nach der ursprünglichen Planung sollte in den Niederlanden zusätzlich zum UBO-Register ein Gesellschafterregister eingeführt werden, welches ebenfalls bei dem Handelsregister der *Kamers van Koophandel* geführt werden sollte. Ursprünglich war die Einführung des zentralen Gesellschafterregisters zum 1. Januar 2016 geplant. Die Einführung ist jedoch noch nicht erfolgt. Vor dem Hintergrund der nunmehr anstehenden Arbeiten im Hinblick auf die Einführung des UBO-Registers ist die Einführung des Gesellschafterregisters nunmehr zunächst auf Eis gelegt.

Die anlässlich der geplanten Einführung des UBO-Registers in den Niederlanden geführten Diskussionen, die insbesondere die Abwägung zwischen dem Recht des Unternehmers auf Privatsphäre und dem öffentlichen Interesse an der Offenlegung der wirtschaftlich Berechtigten zum Gegenstand hatten, zeigt, dass die Einführung der Register wirtschaftlich Berechtigter in diversen EU-Mitgliedstaaten erhebliche Auswirkungen zeitigen kann. Unternehmensgruppen, bei denen natürliche Personen als wirtschaftlich Berechtigte fungieren, sollten die neuen regulatorischen Vorgaben und die diesbezüglichen weiteren Entwicklungen in den EU-Mitgliedstaaten sorgfältig verfolgen. Für den Fall, dass die Aufnahme von Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten aus bestimmten Gründen vermieden werden soll, ist anhand der jeweils einschlägigen Bestimmungen zu prüfen, ob und gegebenenfalls inwieweit hierfür Änderungen an der Struktur der jeweiligen Unternehmensgruppe erforderlich sind oder ob unter Umständen von bestimmten Freistellungsvorschriften Gebrauch gemacht werden kann.

# Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte



**Kristin Hutzel**

Rechtsanwältin, Associate  
Service Line Employment Law  
Tel: +49 (0)711 66962 82  
khutzel@deloitte.de

Zum 1. Januar 2016 ist das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte in Kraft getreten. Damit erhalten Syndikusanwälte, die seit den Entscheidungen des Bundessozialgerichts vom 3. April 2014 keine Möglichkeit mehr hatten, sich nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI von der Rentenversicherungspflicht befreien zu lassen, ein gesetzliches Befreiungsrecht.

## Allgemeines

In der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) ist nunmehr die Tätigkeit angestellter Rechtsanwälte gesetzlich geregelt und der Begriff des Syndikusrechtsanwalts legal definiert worden. Um als Syndikusrechtsanwalt zugelassen zu werden, muss die ausgeübte Tätigkeit gemäß § 46 Abs. 3 BRAO durch folgende Merkmale geprägt sein:

- die Prüfung von Rechtsfragen, einschließlich der Aufklärung des Sachverhalts sowie das Erarbeiten und Bewerten von Lösungsmöglichkeiten,
- die Erteilung von Rechtsrat,
- die Ausrichtung der Tätigkeit auf die Gestaltung von Rechtsverhältnissen, insbesondere durch das selbständige Führen von Verhandlungen oder auf die Verwirklichung von Rechten und
- die Befugnis, nach außen verantwortlich aufzutreten.

Zudem muss die fachliche Unabhängigkeit der Berufsausübung des Syndikusrechtsanwalts vertraglich und tatsächlich gewährleistet werden (§ 46 Abs. 4 BRAO).

## Zulassungs- und Befreiungsverfahren

Derjenige, der als Syndikusrechtsanwalt zugelassen und anschließend von der Rentenversicherungspflicht befreit werden möchte, stellt zunächst bei der für ihn zuständigen Rechtsanwaltskammer einen Antrag auf Zulassung. Gleichzeitig kann bereits ein Befreiungsantrag bei der Deutsche Rentenversicherung Bund gestellt werden.

Im Rahmen des Antrags auf Zulassung als Syndikusrechtsanwalt ist der Arbeitsvertrag einschließlich sämtlicher Nachträge und Anlagen zu übersenden. Von zentraler Bedeutung ist die Tätigkeitsbeschreibung. Wie bei der früheren Verwaltungspraxis der Deutsche Rentenversicherung Bund zu den vier Befreiungskriterien (Rechtsberatung, Rechtsentscheidung, Rechtsgestaltung und Rechtsvermittlung) genügt eine pauschale oder am Gesetzeswortlaut von § 46 Abs. 3 und 4 BRAO orientierte Beschreibung nicht. Es ist vielmehr die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit, für die die Zulassung und entsprechend die Befreiung erfolgen soll, anhand der einzelnen

Aufgaben und Tätigkeitsfelder des Syndikusanwalts konkret darzustellen.

Nach erfolgter Zulassung als Syndikusrechtsanwalt kann über eine Befreiung von der Rentenversicherungspflicht für diese Tätigkeit entschieden werden. Liegen die weiteren Voraussetzungen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI vor, ist die Befreiung durch die Deutsche Rentenversicherung Bund zu erteilen.

## Rückwirkende Befreiung möglich

Daneben können Syndikusrechtsanwälte, die in der Vergangenheit noch nicht oder nicht mehr befreit waren, nach neuem Recht zugelassen und von der Rentenversicherungspflicht befreit werden. In diesem Fall ist bis zum Ablauf des 1. April 2016 ein zusätzlicher Antrag auf rückwirkende Befreiung zu stellen (§ 231 Abs. 4b SGB VI).

Erfolgt eine rückwirkende Befreiung, können die frühestens ab dem 1. April 2014 zu Unrecht an die Deutsche Rentenversicherung Bund gezahlten Beiträge zurück gefordert werden und sind von der Deutsche Rentenversicherung Bund unmittelbar an die zuständige berufsständische Versorgungseinrichtung zu erstatten.

# Anrechnung von Vergütungskomponenten auf den Mindestlohn – Ein Rechtsprechungs-Update

Obwohl das Mindestlohngesetz nun seit über einem Jahr in Kraft ist, bestehen nach wie vor Unklarheiten hinsichtlich Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Regelungen. Aus der Arbeitgeberpraxis betrifft dies vorwiegend die Frage, welche Leistungen zulässigerweise auf den Mindestlohn angerechnet werden dürfen.

Hierzu gibt es noch keine klärende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Eine Tendenz lässt sich aber der jüngsten obergerichtlichen Rechtsprechung entnehmen. Vorreiter ist das LAG Berlin-Brandenburg, bei dem sich mehrere Kammern zu Anrechnungsfragen geäußert haben – zuletzt durch Entscheidung vom 12. Januar 2016 (Az. 19 Sa 1851/15, Pressemitteilung vom 27. Januar 2016).

## Grundregeln zur Anrechenbarkeit

Insgesamt geht das LAG Berlin-Brandenburg, wie die erstinstanzliche Rechtsprechung, aber auch Gesetzesbegründung, Bundesarbeitsministerium und Zoll von demselben Lösungskonzept zur Frage der Anrechenbarkeit von Vergütungskomponenten aus.

Maßgeblich sei die Rechtsprechung von Europäischem Gerichtshof und Bundesarbeitsgerichts zu vergleichbaren Mindestlohnbegriffen, z.B. im Zusammenhang mit allgemeinverbindlichen Tarifverträgen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (z.B. Urteil vom 7. November 2013, Az. C-522/12) können nur Vergütungsbestandteile berücksichtigt werden, die das Verhältnis zwischen Leistung des Arbeitnehmers und Gegenleistung des Arbeitgebers nicht verändern. Laut Bundesarbeitsgericht (z.B. Urteil vom 18. April 2012, Az. 4 AZR 139/10) ist eine Anrechnung denkbar, sofern zwischen Vergütungskomponente und Arbeitsleistung „funktionale Gleichwertigkeit“ besteht.

Diese Umschreibungen lassen sich für die Praxis am besten wie folgt zusammenfassen: Soll die Vergütungskomponente im Einzelfall die Normalleistung des Arbeitnehmers vergüten, die mit dem Mindestlohn kompensiert werden soll? Wenn der Arbeitgeber diese Frage positiv beantworten kann, kommt eine Anrechnung auf den Mindestlohn grundsätzlich in Frage. Mithilfe dieser Grundregel hat das LAG Berlin-Brandenburg insbesondere die Frage nach der Anrechenbarkeit folgender Leistungen gelöst:

## Sonderzahlungen

Im Zentrum des Arbeitgeberinteresses steht regelmäßig die Frage nach der Anrechenbarkeit von Sonderzahlungen wie Weihnachtsgeld oder Gratifikationen. Auch

hier ist zuerst zu klären, ob diese die Normalleistung des Arbeitnehmers entlohnen sollen. Da diese Leistungen meist nur jährlich ausgezahlt werden, ist auf einer zweiten Stufe die Regelung des § 2 Mindestlohngesetz zu berücksichtigen, die eine Anrechnung zusätzlich durch die gesetzliche Fälligkeitsregelung begrenzt. Da der Mindestlohn „spätestens am letzten Bankarbeitstag des Monats fällig wird, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde“, kommt eine Anrechnung jährlicher Sonderzahlungen in der Regel nur im Auszahlungsmonat und damit nur zu einem geringen Anteil in Frage. Vollumfänglich könnte sie anrechenbar sein, soweit sie Monat für Monat anteilig verdient wird, wie das LAG Berlin-Brandenburg bestätigt hat.

Per Urteil vom 12. Januar 2016 hat das LAG entschieden, dass eine früher zweimal jährlich und nun monatlich anteilig ausgezahlte Sonderzahlung auf den Mindestlohn anrechenbar sei, da es sich im Einzelfall gerade um Arbeitsentgelt für die normale Arbeitsleistung handle. Die Sonderzahlung war lediglich abhängig von der Beschäftigung der Klägerin im jeweiligen Jahr; eine Abhängigkeit insbesondere von weiterer Betriebstreue war nicht statuiert. Auch wenn das LAG hier die Möglichkeit einer Anrechnung ratierlich ausgezahlter Sonderzahlungen im Einzelfall bestätigt, darf dies nicht so verstanden werden, dass jede monatlich ausgezahlte Sonderleistung auf den Mindestlohn anrechenbar ist. Das LAG stellt aber klar, dass dies in Anbetracht der Fälligkeitsregeln möglich ist.

Mit Urteil vom 2. Oktober 2015 (Az. 9 Sa 570/15) urteilte das Gericht dagegen über eine jährlich ausgezahlte Sonderzahlung und verneinte im Einzelfall eine Anrechenbarkeit auf den Mindestlohn mangels „funktionaler Gleichwertigkeit“. Im vorgelegten Fall wurde keine Normalleistung vergütet. Vielmehr indizierte die prozentual mit der Betriebszugehörigkeit steigende Sonderzahlung – inkl. Kürzungsmöglichkeiten für Fehlzeiten –, dass die Sonderleistung vielmehr langjährige Betriebstreue bzw. Verfügbarkeit ohne krankheitsbedingte Ausfallzeiten entlohnen sollte.

## Urlaubsgeld

Mit seiner Entscheidung vom 2. Oktober 2015 hat sich das LAG Berlin-Brandenburg auch zur Anrechnung von zusätzlichem Urlaubsgeld geäußert. Es urteilte, dass das streitgegenständliche zusätzliche Urlaubsgeld gerade keine Gegenleistung für die erbrachte Arbeit des Arbeitnehmers darstelle. Voraussetzung für den Anspruch war lediglich das Bestehen gewährten Erholungsurlaubs, nicht aber eine bestimmte erbrachte Leistung. Aus der



**Annina Backhaus**  
Rechtsanwältin, Associate  
Service Line Employment Law  
Tel: +49 (0)211 8772 4378  
abackhaus@deloitte.de

Anknüpfung des Anspruchs an den Urlaub folge, dass das Urlaubsgeld Erholungszwecken diene und nicht der Vergütung von Arbeitsleistung.

So beurteile das LAG Berlin-Brandenburg auch schon einen vergleichbaren Fall mit Urteil vom 11. August 2015 (Az. 19 Sa 819/15) und hob hervor, dass zusätzlich gewährtes Urlaubsgeld vielmehr den Zweck habe, zusätzliche Kosten zu kompensieren, die dem Arbeitnehmer während der Erholung entstehen.

#### **Fazit**

Wie diese Fallbeispiele belegen, manifestieren sich die bisherigen Tendenzen zur Klärung der Frage nach der Anrechnung von Vergütungsbestandteilen. Es bleibt aber abzuwarten, wie sich das Bundesarbeitsgericht hierzu positioniert. Eine baldige Stellungnahme aus Erfurt wäre wünschenswert.



# Fehlerhafte Widerrufsbelehrung: Rechtsprechungs-Update II

Der Bankenschat des Hanseatischen Oberlandesgerichtes (Hamburg) hat mit Urteil vom 24. Februar 2016 – 13 U 101/15 mit einer erfreulich klaren Begründung die Ausübung eines Widerrufsrechts als rechtsmissbräuchlich gewertet. Vorliegend war der Darlehensvertrag im Jahre 2006 abgeschlossen worden, der Widerruf erfolgt im Jahre 2014.

Die Revision gegen sein Urteil hat das Hanseatische Oberlandesgericht nicht zugelassen, und bereits die kurze und prägnante Begründung zur Nichtzulassung ist es wert, zitiert zu werden, gibt sie doch in wenigen Worten das Rechtsverständnis des Gerichtes wieder:

„Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Insbesondere ist bereits höchstrichterlich geklärt, dass im Privatrecht jedem Anspruch und jedem Gestaltungsrecht der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen gehalten werden kann. Gerade bezogen auf ein „ewiges“ Widerrufsrecht, nämlich dasjenige aus § 1b AbzG a.F., hat auch der BGH die Möglichkeit des Einwands des Rechtsmissbrauchs bereits grundsätzlich bejaht (BGH, Beschluss vom 13. Januar 1983, III ZR 30/82).“

Zwar datiert die BGH-Entscheidung, auf die das Hanseatische Oberlandesgericht verweist, aus 1983; das Abzahlungsgesetz ist durch die heute maßgebliche Regelung des § 495 BGB längst abgelöst. Dies ändert allerdings an dem von dem Hanseatischen Oberlandesgericht herangezogenen Rechtsgedanken erst einmal nichts, was ein Blick auf die Historie zeigt: Bei der ersten Neufassung § 495 BGB a.F. (01. Januar 2002) hatte der Gesetzgeber zunächst noch eine zeitliche Beschränkung des Widerrufsrechts vorgesehen:

(1) Dem Darlehensnehmer steht bei einem Verbraucherdarlehensvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 zu.

(2) Hat der Darlehensnehmer das Darlehen empfangen, gilt der Widerruf als nicht erfolgt, wenn er das Darlehen nicht binnen zwei Wochen entweder nach Erklärung des Widerrufs oder nach Auszahlung des Darlehens zurückzahlt. Dies gilt nicht im Falle des § 358 Abs. 2. Die erforderliche Belehrung über das Widerrufsrecht muss auf die Rechtsfolge nach Satz 1 hinweisen.

Dem Gesetzgeber kam es zunächst also darauf an, dem Darlehensnehmer kein „endloses Widerrufsrecht“ einzuräumen. Vielmehr sollte derjenige, der seine auf Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung widerruft, innerhalb von 14 Tagen den Zustand

herstellen, der ohne Abgabe dieser Erklärung bestünde. So wie die Widerrufsfrist also nur 14 Tage betragen sollte, weil diese 14 Tage für die Entscheidung des Darlehensnehmers ausreichend sind, um über das Festhalten an dem Darlehensvertrag zu entscheiden, so war auch die Rechtsfolge (Erstattung des Erlangten) im Falle des Widerrufs auf 14 Tage beschränkt.

Mit Umsetzung der Heininger-Rechtsprechung des EuGH hat der Gesetzgeber den § 495 BGB a.F. modifiziert. Es bestand zunächst die Überlegung, abhängig von der Art des Widerrufsrechts (Haustürgeschäft, Fernabsatz, Verbraucherdarlehen), unterschiedliche Widerrufsbelehrungen in das Gesetz aufzunehmen. Hiervon hat der Gesetzgeber dann aber Abstand genommen und sich für eine einheitliche Lösung entschieden, und zwar mit folgender Begründung (BT-Drs. 14/9266, S. 45):

„Eine einheitliche Lösung ist aber nur möglich, wenn das Ausbleiben oder die Unvollständigkeit der Widerrufsbelehrung dazu führt, dass die Widerrufsfrist nicht läuft. Ein solches Modell ist dem Unternehmer zuzumuten, wenn die Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht leicht und sicher möglich ist.“

Diese „leichte und sichere“ Belehrung sollte dadurch ermöglicht werden, dass dem Unternehmer eine den gesetzlichen Anforderungen genügende Musterwiderrufsbelehrung zur Verfügung gestellt wird. Zuständig für die Musterwiderrufsbelehrung sollte das BMJ sein. Dieses Modell ist allerdings gescheitert. So war schon nicht geklärt, ob die Verordnungsermächtigung an das BMJ überhaupt dem Rechtsstaatsgebot entsprach. Schlimmer wirkte sich aber aus, dass die durch das BMJ entworfene Musterwiderrufsbelehrung so gravierende Fehler aufwies, dass sie den gesetzlichen Vorgaben erkennbar nicht entsprach. Den Banken stand damit zwar eine Musterwiderrufsbelehrung zur Verfügung, diese war aber entgegen den Motiven des Gesetzgebers weder leicht noch war sie sicher. Damit bestand ein ganz erhebliches Risiko, diese Musterwiderrufsbelehrung zu verwenden, da der Vorwurf im Raum stand, die Bank würde seinen Kunden sehenden Auges eine fehlerhafte Widerrufsbelehrung stellen.

Es lässt sich deshalb auch für die Zeit nach dem Abzahlungsgesetz gut argumentieren, dass es kein „ewiges Widerrufsrecht“ geben kann, gerade weil der Gesetzgeber das von ihm verfolgte Ziel, eine leichte und sichere Musterbelehrung zu normieren, nicht erreicht hatte. Mit dem OLG Hamburg ist deshalb zutreffend davon auszugehen, dass die Ausübung des Widerrufs-



**Dr. Nicolai von Holst**  
Rechtsanwalt, Partner  
Service Line Banking & Finance  
Tel: + 49 (0)30 25468 221  
nvonholst@deloitte.de



**Tobias Gronemann**  
Rechtsanwalt, Associate  
Service Line Commercial  
Tel: + 49 (0)30 25468 5696  
togronemann@deloitte.de

rechts Jahre nach Abschluss des Darlehensvertrages rechtsmissbräuchlich ist.

Das OLG Brandenburg hat diese Frage übrigens ebenfalls erkannt und in seinem Urteil vom 20. Januar 2016 – 4 U 79/15 für den Zeitraum bis 1. April 2008 bewusst offen gelassen (vgl. Rz. 78):

„Soweit die Beklagte selbst bei Vertragsschluss die Musterbelehrung gemäß Anlage 2 zur BGB-InfoV in der ab dem 8. Dezember 2004 geltenden Fassung als nicht ordnungsgemäß erkannt hat, hätte es ihr freigestanden, das Folgemuster, das ab dem 1. April 2008 gültig war, wortgetreu zu übernehmen, und auf diese „leichte und sichere“ Weise die Schutzwirkung des § 14 BGB-InfoV in Anspruch nehmen zu können.“

Für den Zeitraum bis 1. April 2008 ist ein Rechtsmissbrauch auch nach dem OLG Brandenburg damit nicht ausgeschlossen.

Bei dem BGH ist für den 5. April 2016 – XI ZR 478/15 eine weitere mündliche Verhandlung zum Thema „Rechtsmissbrauch des Widerrufsrechts“ angesetzt. Nachdem bereits zwei Verhandlungstermine im Juni und Dezember 2015 aufgehoben wurden, weil sich die Parteien verglichen hatten, bleibt abzuwarten, ob es diesmal zu einer Entscheidung kommt. Das OLG Hamburg hat jedenfalls einen – weiteren – Weg aufgezeigt, den Rechtsmissbrauch des Widerrufsrechts anzunehmen.

# Ihre Ansprechpartner

## Berlin

Neues Kranzler Eck  
Kurfürstendamm 23  
10719 Berlin  
Tel: +49 (0)30 25468 04  
Fax: +49 (0)30 25468 136

### Torsten Bloch

RA/Notar, Partner  
tbloch@deloitte.de

## Hamburg

Dammtorstraße 12  
20354 Hamburg  
Tel: +49 (0)40 378538 0  
Fax: +49 (0)40 378538 11

### Dr. Matthias Mielke

RA, Partner  
mmielke@deloitte.de

## Stuttgart

Löffelstraße 42  
70597 Stuttgart  
Tel: +49 (0)711 66962 0  
Fax: +49 (0)711 66962 62

### Dr. Peter Maser

RA, Partner  
pmaser@deloitte.de

## Verantwortlicher Redakteur

### Frauke Heudtlaß

RAin, Partnerin  
fheudtlass@deloitte.de

## Düsseldorf

Schwannstraße 6  
40476 Düsseldorf  
Tel: +49 (0)211 8772 04  
Fax: +49 (0)211 8772 2537

### Klaus Heeke

RA, Partner  
kheeke@deloitte.de

## Hannover

Georgstraße 52  
30159 Hannover  
Tel: +49 (0)511 307559 3  
Fax: +49 (0)511 307559 50

### Dr. Harald Stang

RA/StB, Partner  
hstang@deloitte.de

## Frankfurt am Main

Franklinstraße 48  
60486 Frankfurt am Main  
Tel: +49 (0)69 7191884 0  
Fax: +49 (0)69 7191884 4

### Andreas Jentgens

RA, Partner  
ajentgens@deloitte.de

## München

Rosenheimer Platz 6  
81669 München  
Tel: +49 (0)89 29036 8901  
Fax: +49 (0)89 29036 8911

### Thomas Northhoff

RA, Partner  
tnorthhoff@deloitte.de

### Dr. Michael Fischer

RA, Partner  
mifischer@deloitte.de

Für mehr Informationen besuchen Sie unsere Webseite auf [www.deloittelegal.de](http://www.deloittelegal.de)

Deloitte Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH („Deloitte Legal“) als verantwortliche Stelle i.S.d. BDSG ist die Rechtsberatungspraxis der Deloitte & Touche GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft („Deloitte“). Deloitte Legal und, soweit gesetzlich zulässig, Deloitte und die mit ihr verbundenen Unternehmen nutzen Ihre Daten im Rahmen individueller Vertragsbeziehungen sowie für eigene Marketingzwecke. Sie können der Verwendung Ihrer Daten für Marketingzwecke jederzeit durch entsprechende Mitteilung an Deloitte, Business Development, Kurfürstendamm 23, 10719 Berlin, oder [kontakt@deloitte.de](mailto:kontakt@deloitte.de) widersprechen, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Diese Veröffentlichung enthält ausschließlich allgemeine Informationen und weder die Deloitte Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH noch Deloitte Touche Tohmatsu Limited („DTTL“), noch eines der Mitgliedsunternehmen von DTTL oder ihre verbundenen Unternehmen (insgesamt das „Deloitte Netzwerk“) erbringen mittels dieser Veröffentlichung professionelle Beratungs- oder Dienstleistungen. Bevor Sie eine Entscheidung treffen oder Handlung vornehmen, die Auswirkungen auf Ihre Finanzen oder Ihre geschäftlichen Aktivitäten haben könnte, sollten Sie einen qualifizierten Berater aufsuchen. Keines der Mitgliedsunternehmen des Deloitte Netzwerks ist verantwortlich für Verluste jedweder Art, die jemandem im Vertrauen auf diese Veröffentlichung erlitten hat.

Deloitte erbringt Dienstleistungen in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Steuerberatung, Corporate Finance und Consulting für Unternehmen und Institutionen aus allen Wirtschaftszweigen; Rechtsberatung wird in Deutschland von Deloitte Legal erbracht. Mit einem weltweiten Netzwerk von Mitgliedsgesellschaften in mehr als 150 Ländern verbindet Deloitte herausragende Kompetenz mit erstklassigen Leistungen und unterstützt Kunden bei der Lösung ihrer komplexen unternehmerischen Herausforderungen. Making an impact that matters – für mehr als 225.000 Mitarbeiter von Deloitte ist dies gemeinsames Leitbild und individueller Anspruch zugleich.

Deloitte Legal bezieht sich auf die Rechtsberatungspraxen der Mitgliedsunternehmen von Deloitte Touche Tohmatsu Limited, deren verbundene Unternehmen oder Partnerfirmen, die Rechtsdienstleistungen erbringen. Deloitte Tax bezieht sich auf die Steuerberatungspraxen der Mitgliedsunternehmen von Deloitte Touche Tohmatsu Limited oder die mit ihr verbundenen Unternehmen.

Deloitte bezieht sich auf Deloitte Touche Tohmatsu Limited („DTTL“), eine „private company limited by guarantee“ (Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach britischem Recht), ihr Netzwerk von Mitgliedsunternehmen und ihre verbundenen Unternehmen. DTTL und jedes ihrer Mitgliedsunternehmen sind rechtlich selbstständig und unabhängig. DTTL (auch „Deloitte Global“ genannt) erbringt selbst keine Leistungen gegenüber Mandanten. Eine detailliertere Beschreibung von DTTL und ihren Mitgliedsunternehmen finden Sie auf [www.deloitte.com/de/UeberUns](http://www.deloitte.com/de/UeberUns).