



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 24/15

Verkündet am:
17. Oktober 2017
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ConsulTrust

GmbHG § 57

Nach der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister kann ein Mangel der Form der Übernahmeerklärung nicht mehr mit Erfolg gerügt werden.

GWB § 41 Abs. 1 aF

Der Verstoß eines Rechtsgeschäfts gegen das Vollzugsverbot führte auch unter der Geltung von § 41 Abs. 1 GWB in der Fassung der 7. GWB-Novelle nicht zu dessen Nichtigkeit, sondern nur zur schwebenden Unwirksamkeit.

BGH, Urteil vom 17. Oktober 2017 - KZR 24/15 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 2017 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher, Sunder und Dr. Deichfuß

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 12. Mai 2015 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Die Streithelferin der Beklagten trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin macht gegen die Beklagten, ihre ehemaligen Geschäftsführer, Schadensersatzansprüche nach § 43 GmbHG geltend.

2 Bis zum 27. März 2006 war die B. GmbH (im Folgenden: B.) Inhaberin aller Geschäftsanteile der Klägerin. Die Beklagten sind die alleinigen Gesellschafter der B. und zugleich deren Geschäftsführer, zudem waren sie Geschäftsführer der Klägerin.

3 Nach Gesprächen zwischen den Beklagten und der C. Gruppe über deren Beteiligung an der Klägerin wurde am 27. März 2006 ein umfangreiches Vertragswerk protokolliert. Im Rahmen einer Gesellschafterversammlung der Klägerin wurde beschlossen, dass die ConsulTrust GmbH (im Folgenden ConsulTrust) als Treuhänderin für die C. SE über deren Tochtergesellschaft C. GmbH im Zusammenhang mit einer Erhöhung des Stammkapitals von bislang 25.000 Euro um 75.000 Euro 75% der Geschäftsanteile der Klägerin erwerben sollte. Der Beschluss über die Kapitalerhöhung der Klägerin und die Zulassung der ConsulTrust zur Übernahme des neuen Anteils wurde notariell beurkundet. Am selben Tag wurde ein Beteiligungsrahmenvertrag notariell beurkundet, dem elf weitere, im Rahmen der Beurkundung unterzeichnete Dokumente als Anlage beigefügt wurden. Der Vertrag über die Beteiligung der ConsulTrust an der Klägerin (im Folgenden: Beteiligungsvertrag) und die Gesellschaftervereinbarung über Andienungs- und Erwerbspflichten (im Folgenden: Gesellschaftervereinbarung) wurden vom Notar verlesen. Die weiteren Dokumente wurden nicht vom Notar verlesen, sondern der notariellen Urkunde über den Beteiligungsrahmenvertrag zu Informationszwecken beigefügt.

4 Die Beklagten wurden erneut zu Geschäftsführern der Klägerin bestellt.

5 Die Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister erfolgte am
9. Juni 2006.

6 Am 16. Juli 2009 beschloss die Gesellschafterversammlung der Klägerin
unter Mitwirkung der ConsulTrust, gegen die Beklagten, die im Dezember 2008
als Geschäftsführer abberufen worden waren, Ansprüche gemäß § 43 Abs. 2
GmbHG geltend zu machen.

7 Im November 2011 wurde der Erwerb der Anteile an der Klägerin durch
die ConsulTrust nachträglich beim Bundeskartellamt als Zusammenschlussvor-
haben gemeldet. Das Bundeskartellamt stellte das Verfahren zur Entflechtung
des bereits vollzogenen Zusammenschlusses mit Beschluss vom 5. Dezember
2011 ein und begründete dies damit, dass die Voraussetzungen für eine Unter-
sagung nicht vorlägen (§ 41 Abs. 3 GWB i.V. mit § 36 Abs. 1 GWB).

8 Mit Schreiben vom 2. Dezember 2011 erklärte die B. gegenüber
der ConsulTrust, sie halte sämtliche am 27. März 2006 beurkundeten Rechts-
geschäfte für unwirksam, vorsorglich würden diese widerrufen, aufgehoben,
zurückgenommen und gekündigt.

9 Die Streithelferin, ein Versicherer, der mit der C. SE eine
D&O-Versicherung abgeschlossen hat, ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Be-
klagten beigetreten.

10 Die Beklagten halten die Schadensersatzklage für unzulässig. Sie sind
der Auffassung, die ConsulTrust sei nie wirksam Gesellschafterin der Klägerin
geworden. Die im März 2006 abgeschlossenen Verträge seien nach der zum
Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung von § 41 Abs. 1 GWB un-
wirksam, weil mit ihnen ein Zusammenschluss vollzogen worden sei, den das
Bundeskartellamt nicht freigegeben habe. Die nachfolgende Einstellung des
Entflechtungsverfahrens durch das Bundeskartellamt habe diesen Verstoß nicht
geheilt. Zudem sei der Vertrag über den Anteilserwerb wegen Nichteinhaltung

der nach § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG erforderlichen Form nicht wirksam. Da mit-
hin die B. nach wie vor Alleingeschafterin der Klägerin sei, sei der
Beschluss der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 16. Juli 2009 un-
wirksam.

11 Die Beklagten haben Zwischenfeststellungswiderklage erhoben, mit der
sie beantragen festzustellen, dass die ConsulTrust nicht Gesellschafterin der
Klägerin geworden ist.

12 Das Landgericht hat die Zwischenfeststellungswiderklage durch Teil-
Urteil abgewiesen. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer
vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, der die Klägerin entgegentritt,
verfolgen die Beklagten und ihre Streithelferin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

- 13 Die zulässige Revision ist unbegründet.
- 14 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung (OLG Frankfurt, WuW/E DE-R 4864) im Wesentlichen wie folgt begründet.
- 15 Die ConsulTrust sei im Wege der Kapitalerhöhung Gesellschafterin der Klägerin geworden. Der Beschluss der Altgesellschafterin der Klägerin über die Erhöhung des Stammkapitals sowie darüber, wer zur Übernahme zugelassen werde, sei formgerecht gefasst worden. Die ConsulTrust habe das ihr eingeräumte Übernahmerecht ausgeübt und eine dem Erhöhungsbetrag entsprechende Stammeinlage übernommen. Die B. habe diese Übernahmeerklärung konkludent dadurch angenommen, dass die Kapitalerhöhung zum Handelsregister angemeldet worden sei. Nachdem die Kapitalerhöhung in das Handelsregister eingetragen worden sei, sei davon auszugehen, dass die Anmeldung formgerecht erfolgt sei.
- 16 Die Übernahme sei auch nicht wegen Verstoßes gegen § 15 Abs. 4 GmbHG unwirksam. Sie habe nicht der notariellen Beurkundung nach dieser Vorschrift bedurft. Zwar enthalte die Gesellschaftervereinbarung gegenseitige Pflichten zur Andienung der Geschäftsanteile. Der Beurkundungspflicht unterlägen über den Wortlaut des § 15 Abs. 4 GmbHG hinaus auch solche Verpflichtungen, die mit einer Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils in Zusammenhang stünden. Weder das Anliegen der Beweiserleichterung noch die Unterbindung des leichten und spekulativen Handels mit GmbH-Anteilen rechtfertigten es indes, auch die Überenahmevereinbarung der Formvorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG zu unterwerfen. Bei der Übernahme handele es sich zudem um einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang, der eigenen Formvorschriften unterliege. Dies schließe es aus, sie darüber hinaus gehenden Formvorschriften zu unterwerfen.

- 17 Ob die Gesellschaftervereinbarung wirksam beurkundet sei, sei unerheblich, da eine etwaige Formnichtigkeit dieser Vereinbarung jedenfalls nicht entsprechend § 139 BGB zur Unwirksamkeit der Übernahmevereinbarung führe. Denn nach Ziffer 6.1 des Beteiligungsvertrags und der Gesellschaftervereinbarung solle im Fall einer teilweisen Unwirksamkeit der jeweiligen Vereinbarung diese im Übrigen aufrechterhalten bleiben.
- 18 Auch das Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 GWB in der Fassung der 7. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen stehe der Wirksamkeit der Anteilsübernahme nicht entgegen. Der Verstoß gegen das Vollzugsverbot sei durch die Einstellung des Entflechtungsverfahrens durch das Bundeskartellamt mit Rückwirkung geheilt worden.
- 19 Die Übernahme sei auch nicht an den Erklärungen der B. vom 2. Dezember 2011 gescheitert. Der auf die Erhöhung des Stammkapitals und die Zulassung der ConsulTrust zur Übernahme gerichtete Gesellschafterbeschluss der Klägerin habe allenfalls bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister formlos widerrufen werden können, auch habe dieser Beschluss nicht gegen das Vollzugsverbot verstoßen. Eine Rechtsgrundlage für eine Kündigung oder einen Widerruf der Übernahmeerklärung durch die B. sei nicht ersichtlich. Eine freie Widerruflichkeit dieser Erklärung sei nach dem Beteiligungsvertrag ausgeschlossen. Selbst wenn dieser formunwirksam sei, sei die B. als Partei dieses Vertrags nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, alles Erforderliche zu tun, um die Wirksamkeit des Vertrags herbeizuführen.
- 20 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.
- 21 1. Die Zwischenfeststellungswiderklage der Beklagten ist zulässig.

- 22 a) Nach § 256 Abs. 2 ZPO kann der Beklagte bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung durch Erhebung einer Widerklage beantragen, dass ein im Laufe des Prozesses streitiges Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung festgestellt werde, wenn von dem Bestehen oder Nichtbestehen dieses Rechtsverhältnisses die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen (BGH, Urteil vom 9. März 1994 - VIII ZR 165/93, BGHZ 125, 251, 255; Urteil vom 25. Oktober 2007 - VII ZR 27/06, NJW-RR 2008, 262 Rn. 10).
- 23 b) Der Zulässigkeit der Zwischenfeststellungswiderklage der Beklagten steht nicht entgegen, dass sie an dem Rechtsverhältnis, dessen Nichtbestehen sie festgestellt wissen wollen, nicht beteiligt sind. Gegenstand einer Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO kann auch ein Rechtsverhältnis zwischen einer Partei und einem Dritten sein, sofern das zu klärende Rechtsverhältnis für die Entscheidung der Hauptsache vorgreiflich ist und die Entscheidung über den Streitgegenstand hinaus Bedeutung gewinnen kann (BGH, Beschluss vom 7. November 1997 - BLw 26/97, WM 1997, 2403, 2404; Urteil vom 15. Juni 2005 - XII ZR 82/02, NZM 2005, 704; Urteil vom 5. Mai 2011 - VII ZR 179/10, NJW 2011, 2195 Rn. 20).
- 24 Die danach zu fordernde Vorgreiflichkeit besteht, denn für die Entscheidung des Rechtsstreits ist von Bedeutung, ob die ConsulTrust Mitgesellschafterin der Klägerin geworden oder die B. Alleingesellschafterin geblieben ist.
- 25 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haftet der Geschäftsführer einer GmbH, der zugleich ihr alleiniger Gesellschafter ist, grundsätzlich nicht nach § 43 Abs. 2 GmbHG. Dies beruht auf der Erwägung, dass der Geschäftsführer einer Gesellschaft bei Personengleichheit mit dem Gesellschafter, der in der Gesellschaft letztlich allein weisungsberechtigt ist, praktisch seine

eigenen Weisungen ausführt (BGH, Urteil vom 28. September 1992 - II ZR 299/91, BGHZ 119, 257, 261; Urteil vom 10. Mai 1993 - II ZR 74/92, BGHZ 122, 333, 336; Urteil vom 21. Juni 1999 - II ZR 47/98, BGHZ 142, 92, 95; Urteil vom 31. Januar 2000 - II ZR 189/99, NJW 2000, 1571). Unter solchen Umständen bedarf es keines förmlichen Gesellschafterbeschlusses, um die Annahme eines Handelns auf Weisung des Gesellschafters zu begründen (BGHZ 119, 257, 261). Diese Rechtsprechung findet auch Anwendung, wenn es um die Haftung mehrerer Geschäftsführer geht, die einverständlich gehandelt haben und zusammen die alleinigen Gesellschafter der GmbH sind, also zusammengekommen über die gleiche Rechtsmacht verfügen wie ein Alleingesellschafter (BGHZ 122, 333, 336; 142, 92, 95). Eine andere Beurteilung ist hier auch nicht dadurch veranlasst, dass die Beklagten nicht unmittelbar, sondern über die zwischengeschaltete B. , deren alleinige Geschäftsführer sie sind, mittelbar die alleinigen Gesellschafter der Klägerin waren. Hätte sich hieran, wie die Beklagten geltend machen, nichts geändert, wäre also die ConsulTrust nicht Mitgesellschafterin der Klägerin geworden, wäre dies für die Frage einer Haftung der Beklagten nach § 43 Abs. 2 GmbHG von Bedeutung.

26 2. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die ConsulTrust durch Übernahme eines Geschäftsanteils Gesellschafterin der Klägerin geworden ist.

27 a) Eine Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH kann nur durch einen satzungsändernden Beschluss der Gesellschafter erfolgen, der nach § 53 Abs. 2 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die B. als damalige Alleingesellschafterin der Klägerin am 27. März 2006 einen Beschluss über die Erhöhung des Stammkapitals der Klägerin von 25.000 Euro auf 100.000 Euro zusammen mit dem Beschluss gefasst, die ConsulTrust zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils zuzulassen. Diese Beschlüsse sind notariell beurkundet worden.

28 Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, dass die ConsulTrust das ihr eingeräumte Recht zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils am gleichen Tag in notariell beglaubigter Form und damit entsprechend den in § 55 Abs. 1 GmbHG bestimmten Erfordernissen ausgeübt hat.

29 Schließlich hat das Berufungsgericht festgestellt, dass diese Übernahmeerklärung konkludent dadurch angenommen wurde, dass die Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister erfolgte. Die Übernahme der neuen Geschäftsanteile erfolgt durch Vertrag zwischen der Gesellschaft, handelnd durch den bisherigen Alleingesellschafter, und dem Übernehmer (BGH, Urteil vom 30. November 1967 - II ZR 68/65, BGHZ 49, 117, 119 mwN). Die Anmeldung zum Handelsregister ist nach §§ 57 Abs. 1, 78 GmbHG von sämtlichen Geschäftsführern der Gesellschaft vorzunehmen, dies waren im maßgeblichen Zeitraum die Beklagten.

30 Seine Feststellung, dass die Klägerin die Kapitalerhöhung ordnungsgemäß angemeldet hat, hat das Berufungsgericht darauf gestützt, dass die Kapitalerhöhung in das Handelsregister eingetragen wurde, was nach §§ 57a, 9c GmbHG nur erfolgen darf, wenn eine den einschlägigen Bestimmungen entsprechende Anmeldung vorgelegt wurde.

31 Diese Feststellungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen und werden von der Revision nicht angegriffen.

32 Durch die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister sind die neuen Geschäftsanteile entstanden und hat die ConsulTrust die Stellung einer Gesellschafterin der Klägerin erlangt (BGH, Urteil vom 3. November 2015 - II ZR 13/14, ZIP 2015, 2315 Rn. 13).

33 b) Die Revision macht geltend, unter den hier vorliegenden Umständen habe die Überenahmevereinbarung der notariellen Beurkundung bedurft. Sie folgert dies daraus, dass die B. als bisherige Alleingesellschafterin und

die ConsulTrust als Übernehmerin mit der Übernahme eine Reihe von weiteren Verträgen schlossen, darunter auch die Gesellschaftervereinbarung, die u.a. wechselseitige Andienungspflichten hinsichtlich der Geschäftsanteile an der Klägerin vorsieht, und meint, wegen des von den Parteien gewollten engen wirtschaftlichen Zusammenhangs dieser Beschlüsse und Vereinbarungen unterfalle auch die Übernahmevereinbarung dem Erfordernis der notariellen Beurkundung nach § 15 Abs. 4 GmbHG.

34 Ob diese Auffassung zutrifft, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Selbst wenn die Übernahmeverklärung durch die ConsulTrust GmbH und die Annahmeerklärung der Klägerin formunwirksam gewesen wären, wurde dieser Mangel durch die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister geheilt.

35 Nach der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister können Mängel der Übernahmevereinbarung mit Rücksicht auf den Schutz des Vertrauens des Geschäftsverkehrs auf die ungeschmälerte Erhaltung der im Register eingetragenen Kapitalgrundlage nur noch eingeschränkt geltend gemacht werden. Neben dem Fehlen einer Übernahmeverklärung können grundsätzlich nur solche Mängel gerügt werden, die in Zweifel stellen, ob die betreffende Erklärung in zurechenbarer Weise veranlasst worden ist, insbesondere mangelnde Geschäftsfähigkeit und fehlende Vollmacht (Scholz/Priester, GmbHG, 11. Auflage, § 57 Rn. 53; MünchKomm.GmbHG/Lieder, 2. Auflage, § 57 Rn. 78 ff.; Ulmer/Casper in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Auflage, § 57 Rn. 52 f.; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Auflage, § 57 Rn. 26). Eine Anfechtbarkeit der Übernahmeverklärung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder anderer Willensmängel scheidet dagegen aus (BGH, Urteil vom 15. Oktober 2007 - II ZR 216/06, NZG 2008, 73 Rn. 22). Nichts anderes gilt für die Berufung auf Mängel der Form der Übernahmeverklärung (Scholz/Priester, GmbHG, 11. Auflage, § 55 Rn. 83; MünchKomm.GmbHG/Lieder, 2. Auflage, § 55

Rn. 131; Ulmer/Casper in Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Auflage, § 55 Rn. 76).

36 3. Die Angriffe der Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, das Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 GWB stehe der Wirksamkeit der Übernahme des Geschäftsanteils an der Klägerin durch die ConsulTrust nicht entgegen, bleiben ebenfalls erfolglos.

37 a) Das Berufungsgericht hat zugrunde gelegt, dass die Anteilsübernahme der Zusammenschlusskontrolle unterlag. § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB in der zum Zeitpunkt dieses Rechtsgeschäfts geltenden Fassung der 7. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 15. Juli 2005 (im Folgenden: GWB aF) bestimmt, dass die beteiligten Unternehmen einen Zusammenschluss, der vom Bundeskartellamt nicht freigegeben wurde, nicht vor Ablauf der Fristen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 GWB aF vollziehen dürfen. Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind nach § 41 Abs. 1 Satz 2 GWB aF unwirksam.

38 b) Nach nahezu einhelliger Auffassung in der Literatur, der das Berufungsgericht beigetreten ist, führte ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot auch unter der Geltung von § 41 Abs. 1 GWB aF nicht zur unheilbaren Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts, sondern nur zu dessen schwebender Unwirksamkeit. Diese Unwirksamkeit entfällt rückwirkend mit der Einstellung des Entflechtungsverfahrens durch das Bundeskartellamt (Ruppelt in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage, § 41 Rn. 2; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, § 41 GWB Rn. 12 f.; Bechtold, GWB, 6. Auflage, § 41 Rn. 8; Schulte in Schulte/Just, Kartellrecht, § 41 GWB Rn. 13, Riesenkampff/Lehr in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 41 GWB Rn. 5; MünchKomm.GWB/Mäger, § 41 Rn. 19; Kuhn in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand September 2014, § 41 GWB Rn. 51; Thomas in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, § 41

GWB Rn. 56; Colbus/Marquier, EWS 2012, 305, 307; Lettl, WuW 2009, 249; BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, BT-Drucks. 16/13500, S. 21; anders Topel in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage, § 50 Rn. 9; s. auch - nicht tragend - BKartA, WuW DE-V 1553 Rn. 172).

39 c) Diese Auffassung trifft zu.

40 Der Bundesgerichtshof hat bereits zur Rechtslage vor Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle entschieden, dass ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot nicht zur unheilbaren Nichtigkeit des Zusammenschlusses führt, sondern lediglich zur schwebenden Unwirksamkeit, und zur Begründung ausgeführt, es wäre unverständlich, wenn die Verletzung der Anmeldepflicht neben der schwebenden Unwirksamkeit und der Bußgeldsanktion weitere Sanktionen zur Folge hätte. Sehe das Bundeskartellamt von einer Untersagung ab, bedeute dies, dass gegen den Zusammenschluss unter dem Gesichtspunkt der Bestimmungen über die Zusammenschlusskontrolle keine Bedenken bestünden (BGH, Beschluss vom 31. Oktober 1978 - KVR 3/77, WuW/E BGH 1556, 1559 - Weichschaum III). Daher wäre es unverhältnismäßig, eine Maßnahme, die materiell nicht gegen die Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle verstößt, als unheilbar nichtig anzusehen.

41 Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle hieran etwas ändern wollte, sind nicht ersichtlich. Danach entfiel die Unwirksamkeit rückwirkend mit der Einstellung des Entflechtungsverfahrens durch das Bundeskartellamt.

42 d) Anders als die Revision meint, steht dem nicht entgegen, dass der Gesetzgeber im Rahmen der 8. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Wirkung zum 30. Juni 2013 eine Bestimmung in das Gesetz eingefügt hat, nach welcher Rechtsgeschäfte, die gegen das Vollzugsverbot verstoßen, von der Unwirksamkeitsfolge ausgenommen sind, wenn der nicht angemeldete Zusammenschluss nach Vollzug angezeigt und das Entflecht-

tungsverfahren eingestellt wurde, weil die Voraussetzungen für eine Untersagung des Zusammenschlusses nicht vorlagen (§ 41 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GWB). Wie der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zum Entwurf der 8. GWB-Novelle zu entnehmen ist, wurde darin lediglich eine Klarstellung gesehen (BT-Drucks. 17/9852, S. 20 und 30).

43 4. Der Eintritt der ConsulTrust als neue Gesellschafterin der Klägerin wird auch durch die im Schreiben der B. vom 2. Dezember 2011 enthaltenen Erklärungen nicht in Frage gestellt. Insoweit bedarf die Frage, ob der B. ein Grund hierfür zur Seite stand, keiner Entscheidung.

44 a) Ein Widerruf der Erklärungen, mit denen die B. als damalige Alleingeschafterin der Klägerin gegenüber der ConsulTrust die Verpflichtung einging, das Stammkapital der Klägerin zu erhöhen und die ConsulTrust zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils zuzulassen, beträfe nur das schuldrechtliche Geschäft und ließe die Wirksamkeit der Übernahmevereinbarung als dingliches Geschäft, das zwischen der Klägerin und der ConsulTrust als Übernehmerin geschlossen wurde, unberührt.

45 b) Die schwebende Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts hat grundsätzlich nicht zur Folge, dass den Parteien die Befugnis zusteht, sich einseitig hiervon zu lösen (BGH, Urteil vom 15. Oktober 1992 - IX ZR 43/92, NJW 1993, 648, 651). Auch Sinn und Zweck des Vollzugsverbots (§ 41 Abs. 1 GWB) erfordern es nicht, den Parteien eine solche Befugnis einzuräumen.

46 c) Wie bereits ausgeführt können nach der Eintragung der Kapitalerhöhung nur noch solche Mängel geltend gemacht werden, die infrage stellen, dass die Erklärungen, die die Übernahmevereinbarung zustande brachten, zu-rechenbar veranlasst wurden. Dass die Annahme der Übernahmeerklärung mit solchen Mängeln behaftet war, zeigt die Revision nicht auf.

47 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO.

Limperg

Kirchhoff

Bacher

Sunder

Deichfuß

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 11.06.2013 - 3-6 O 79/12 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 12.05.2015 - 11 U 71/13 (Kart) -