



Auszüge aus den Originalunterlagen Fachanwalt für Handels- & Gesellschaftsrecht

Sie finden nachstehend **Auszüge aus:**

- Ausbildungsleitfaden des Grundkurses (13 Seiten)
- Skript von RA Fahlbusch „Handelsrecht“
 - o Deckblatt
 - o Fließtext (3 Seiten)
- Skript von RA Wissmann „Personengesellschaftsrecht“
 - o Deckblatt
 - o Gliederung (1 Seite)
 - o Fließtext (3 Seiten)
- Skript von RA Wissmann „GmbH-Recht“
 - o Deckblatt
 - o Fließtext (5 Seiten)
- Skript von RA Fahlbusch „Bezüge zum Familien-/Erbrecht und Insolvenzrecht“
 - o Deckblatt
 - o Fließtext (4 Seiten)
- Skript von RA Wissmann „Aktien gesellschaftsrecht“
 - o Deckblatt
 - o Fließtext (4 Seiten)
- Entscheidungssammlung I. von RA Fahlbusch „Höchstrichterliche Rechtsprechung zu anwaltsrelevanten Schwerpunkten“
 - o Deckblatt
 - o Gliederung (1 Seite)
 - o Fließtext (10 Seiten)



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

Skripten online

- Entscheidungssammlung II. von RA Wissmann „Höchstrichterliche Rechtsprechung zu anwaltsrelevanten Schwerpunkten“
 - o Deckblatt
 - o Gliederung (2 Seite)
 - o Fließtext (3 Seiten)

Bitte beachten Sie: Wir haben uns bemüht, typische und für die Gesamtunterlage repräsentative Auszüge aus den Lehrgangunterlagen auszuwählen. Sie stellen aber natürlich nur einen verschwindend kleinen Teil der Unterrichtsmaterialien dar und sind nicht fortlaufend.



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

in Kooperation mit:

oVs Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

JURIS[®]

Ausbildungsleitfaden Fachanwalt für Handels- & Gesellschaftsrecht

**Auszüge
aus den
Originalunterlagen**

Inhalt

Einleitung	1
I. Kursbegleitende Unterlagen Fernkurs (Skripten, Lehrbücher u.a.)	3
II. Gerichtsentscheidungen und vertiefende (Sekundär-)Literatur Fernkurs	6
III. Hinweise der fachlichen Leitung	9
IV. Lernzielkontrollen	11

Einleitung

Dieser Ausbildungsleitfaden (ALF) stellt die Arbeits- & Lernanleitung insbesondere für den Fernstudienteil des Lehrgangs dar. Er soll Sie gezielt und sicher durch den Pflichtstoff führen. Der Lern- und Arbeitsaufwand für die Durcharbeitung der Unterrichtsmaterialien des Fernkurses ist mit 90-120 Zeitstunden anzusetzen.

Wir empfehlen dringend, sich bei Ihrem online-gestützten Eigenstudium an diesem Leitfaden zu orientieren.

Für die Struktur unserer Fachanwaltsausbildung im Handels- & Gesellschaftsrecht gilt:

☐ Die Grundzüge des materiellen Rechts (vielleicht mit Ausnahme des Aktienrechts) haben Sie sich bereits in Ihrer juristischen Ausbildung zur Vorbereitung der beiden Staatsexamina erarbeitet. Es ist erforderlich, diese Grundlagen schon im Fernkurs anhand der Skripten aufzufrischen und anhand der angegebenen Sekundärliteratur zu unterfüttern, weil die Schwerpunkte im Präsenzunterricht auf den für den Fachanwalt unverzichtbaren Spezialgebieten liegen (müssen), die niemals Gegenstand der Juristenausbildung waren, z.B. dem Steuerrecht und dem Bilanzrecht.

☐ Die Notwendigkeit zur Auffrischung und Unterfütterung bereits vorhandener Kenntnisse im Gesellschaftsrecht wird je nach Vorkenntnissen und anwaltlicher Erfahrung individuell sehr unterschiedlich sein. Der Online-Zugang zur Sekundärliteratur (OVS-Verlagsmodul Gesellschaftsrecht) bietet Ihnen alle Möglichkeiten, nach Ihren persönlichen Bedürfnissen anhand gesellschaftsrechtlicher Standardwerke die notwendige Vertiefungsarbeit zu leisten.

Wichtig: Die Grundzüge des materiellen Handels- und Gesellschaftsrechts müssen bereits nach Abschluss des Fernkurses „sitzen“, Schwerpunkte des Fernunterrichtsstoffs werden in der Unterrichtseinheit GesR 1 fachanwaltspezifisch vertieft und in den Unterrichtseinheiten des Präsenzkurses dann von den Dozenten vorausgesetzt.

Die Unterlage für den Fernkurs Handels- & Gesellschaftsrecht besteht aus:

- Skript „**Handelsrecht**“ von RA Wolfgang Fahlbusch (**Skript HR**)
- Skript „**Personengesellschaftsrecht**“ von RA Wissmann (**Skript PersGR**)
- Skript „**GmbH-Recht**“ von RA Wissmann (**Skript GmbHR**)
- Skript „**Aktiengesellschaftsrecht**“ von RA Wissmann (**Skript AktR**)
- Skript „**Bezüge des Gesellschaftsrechts zum Erbrecht, Familienrecht und Insolvenzrecht**“ von RA Wolfgang Fahlbusch (**Skript Bezüge**)
- **Entscheidungssammlung I.** „Höchstrichterliche Rechtsprechung zu anwaltsrelevanten Schwerpunkten des Handels- & Gesellschaftsrechts“, Auswahl, Bearbeitung und Kommentierung durch RA Wolfgang Fahlbusch. (**ES I.**)

- **Entscheidungssammlung II.** „Höchstrichterliche Rechtsprechung zu anwaltsrelevanten Schwerpunkten des Handels- & Gesellschaftsrechts“, Auswahl, Bearbeitung und Kommentierung durch RA Manfred Wissmann. **(ES II.)**

Im ALF sind die Skriptbezeichnungen im folgenden abgekürzt wie vorstehend in Klammern angegeben.

Auf den folgenden Seiten finden Sie unter I. die Übersicht über die Inhalte der Skripten und den zur Bearbeitung erforderlichen Zeitaufwand, unter II. Hinweise zur vertiefenden Sekundärliteratur und unter III. eine Strukturierung des Ausbildungsstoffs.

I. Kursbegleitende Unterlagen Fernkurs (Skripten, Lehrbücher u.a.)

Die nachstehenden Übersichten beziehen sich auf die Skripten HR, PersGR, GmbHR, AktR und Bezüge.

I. Handelsrecht	Teilbereiche des Fachgebiets (Handelsrecht)	Unterlage(n)	Autor/Dozent	ca. Zeit- bedarf (in Min.)
	B. Der Kaufmann	<u>Skript HR</u> S. 4-9	Fahlbusch	10
	[...]			
	G. Das Handelsgeschäft	<u>Skript HR</u> S. 29-35	Fahlbusch	25
	H. Die besonderen Handelsgeschäfte	<u>Skript HR</u> S. 35-44	Fahlbusch	25

Der Zeitaufwand für das erstmalige Durcharbeiten des Skripts HR ist mit nur 3 Stunden angesetzt. Für die Wiederholung sowie die individuelle Vertiefung von Einzelfragen (anhand der unter II. aufgeführten Rechtsprechung) sollten Sie mindestens weitere 5 Stunden einkalkulieren.

II. Personengesellschaftsrecht	Teilbereiche des Fachgebiets (Gesellschaftsrecht)	Unterlage(n)	Autor/Dozent	ca. Zeit- bedarf (in h)
	1. Personengesellschaftsrecht / Gesellschaftsrecht	<u>Skript PersGR</u>	Wissmann	1
	2. Die einzelnen Personengesellschaften	<u>Skript PersGR</u>	Wissmann	20

III. GmbH-Recht	Teilbereiche des Fachgebiets (Gesellschaftsrecht)	Unterlage(n)	Autor/Dozent	ca. Zeit- bedarf (in h)
	Recht der GmbH	<u>Skript GmbHR</u>	Wissmann	16

IV. Aktienrecht	Teilbereiche des Fachgebiets (Gesellschaftsrecht)	Unterlage(n)	Autor/Dozent	ca. Zeit- bedarf (in h)
	Recht der Aktiengesellschaft	<u>Skript AktR</u>	Wissmann	14

Der Zeitaufwand für das erstmalige Durcharbeiten der Skripten PersGR, GmbHR und AktR ist mit insgesamt 51 Stunden anzusetzen. Für die (unbedingt erforderliche) Wiederholung sowie die individuelle Vertiefung von Einzelfragen (etwa anhand der unter II. aufgeführten Rechtsprechung und Literatur) müssen Sie mindestens weitere 30-50 Stunden einkalkulieren.

V. Bezüge des Gesellschaftsrechts zu anderen Gebieten	Teilbereiche des Fachgebiets (Gesellschaftsrecht)	Unterlage(n)	Autor/Dozent	ca. Zeit- bedarf (in Min.)
	Bezüge des GesR zum ErbR	<u>Skript Bezüge</u>	Fahlbusch	20
	Bezüge des GesR zum FamR	<u>Skript Bezüge</u>	Fahlbusch	30
	Bezüge des GesR zum InsR	<u>Skript Bezüge</u>	Fahlbusch	130

Der Zeitaufwand für das erstmalige Durcharbeiten des Skripts Bezüge ist mit nur 3 Stunden angesetzt. Für die Wiederholung sowie die individuelle Vertiefung von Einzelfragen (anhand der unter II. aufgeführten Rechtsprechung) sollten Sie mindestens weitere 5 Stunden einkalkulieren.

Empfohlene Reihenfolge für die Bearbeitung im Eigenstudium:

Das **Handelsrecht** kann vor das Gesellschaftsrecht gezogen werden, dies ist aber nicht zwingend.

Innerhalb des **Gesellschaftsrechts** kann man mit den Personengesellschaften beginnen und sich erst dann mit dem Recht der GmbH und der Aktiengesellschaft befassen; die umgekehrte Reihenfolge geht auch.

Die Thematik **Bezüge des GesR zum ErbR, FamR und InsR** wird ebenfalls Gegenstand der vertiefenden Unterrichtseinheit GesR 1 sein. Das Skript von RA Fahlbusch dient in erster Linie der Nacharbeit, es muss also vor dem Termin nicht mit derselben Intensität durchgearbeitet werden wie die übrigen Skripten.

II. Gerichtsentscheidungen und vertiefende (Sekundär-)Literatur Fernkurs

Im **Skript HR** sind Entscheidungen fett gedruckt. Nachstehend ist differenziert, ob die Entscheidungen unbedingt gelesen werden müssen (nur wenige) oder nur zur Lektüre empfohlen sind (die meisten). Die zitierten Fachaufsätze zum Handelsrecht sind teils obligatorische Lektüre, teils fakultativ. Näheres entnehmen Sie bitte der nachstehenden Aufstellung.

Die Seitenzahlen hinter der jeweiligen Fundstelle geben den Standort im Skript an, wo die Entscheidung zitiert und thematisch eingebettet ist.

	Hinweis auf Gerichtsentscheidungen (Handelsrecht)	Unbedingt lesen	Zur Lektüre empfohlen
II. HR	BGHZ 114, 257 (S. 5)		x
	BGH ZIP 2010, 484, 485 (S. 7)		x
II. PersGR	BGH ZIP 2007, 386 (S. 12)		x
	[...]		
	BGH WM 2007, 1381 (S. 41)		x

In den Skripten **PersGR**, **GmbHR**, **AktR** sind alle fett gedruckten Entscheidungen nur zur Lektüre empfohlen, sie müssen also nicht unbedingt gelesen werden.

	Hinweis auf Gerichtsentscheidungen (Gesellschaftsrecht)	Unbedingt lesen	Zur Lektüre empfohlen
II. PersGR	Alle im Skript PersGR fett gedruckten Entscheidungen sind nicht obligatorisch, sondern nur dann zur Lektüre empfohlen, wenn individueller Vertiefungsbedarf besteht.		x

III. GmbHR	Hinweis auf Gerichtsentscheidungen (Gesellschaftsrecht)	Unbedingt lesen	Zur Lektüre empfohlen
	Alle im Skript GmbHR fett gedruckten Entscheidungen sind nicht obligatorisch, sondern nur dann zur Lektüre empfohlen, wenn individueller Vertiefungsbedarf besteht.		

IV. AktR	Hinweis auf Gerichtsentscheidungen (Gesellschaftsrecht)	Unbedingt lesen	Zur Lektüre empfohlen
	Alle im Skript AktR fett gedruckten Entscheidungen sind nicht obligatorisch, sondern nur dann zur Lektüre empfohlen, wenn individueller Vertiefungsbedarf besteht.		

I. Handelsrecht		
Hinweis auf Fachaufsätze (Handelsrecht)	Unbedingt lesen	Zur Lektüre empfohlen
Schulze-Osterloh , Der Wechsel der Eintragungsgrundlagen in der Kaufmannseigenschaft und der Anwendungsbereich des § 5 HGB, ZIP 2007, 2390 ff		x
Lettl , Das Recht zur Fortführung der Firma nach Unternehmensveräußerung, WM 2006, 1841 ff	x	
Lettl , Die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäftes wegen Firmenfortführung nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB, WM 2006, 2336 ff	x	
Schulte , Zwei Jahre MoMiG-Aktuelle Probleme des Handelsregisterverfahrens, GmbHR 2011, 1128 ff.	x	
Müller , Zu den Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Rügeobliegenheiten, WM 2011, 1249 ff.		x
Herresthal , Der Fixhandelskauf, ZIP 2006, 883 ff		x

Im Recht der Personengesellschaften sowie im GmbH-Recht und im Aktiengesellschaftsrecht sind im Fernkursteil des Lehrgangs keine Fachaufsätze zur Lektüre empfohlen.

III. Hinweise der fachlichen Leitung

Wir versuchen, den umfangreichen Stoff des Handels- & Gesellschaftsrechts zu **strukturieren**.

Aus den nachstehenden Rubriken können Sie ersehen, wie die einzelnen Skripten/Inhalte im Gesamtgefüge der Ausbildung einzuordnen sind. Die nachstehenden Rubriken lassen also erkennen, welcher Stoff besonders wichtig ist („Ausbildungsschwerpunkt“), wo man sich auf die Grundzüge des jeweiligen Skripts oder Kapitels beschränken kann („Grundzüge lernen“) und wo Sie davon ausgehen können, dass die Thematik in den späteren Unterrichtseinheiten nochmals vertieft wird. Es können also durchaus bei einem Themenbereich die beiden rechten Spalten gleichzeitig angekreuzt sein (Teilnehmer muss Grundzüge lernen *und* der Stoff wird später vertieft); es kann auch sein, dass sich das Kreuz nur in der mittleren Spalte findet, wenn die Grundzüge reichen und später in UE 2-4 keine Vertiefung mehr erfolgt.

Fachliche Inhalte / Schwerpunktbildung (Handels- & Gesellschaftsrecht)	Ausbildungs- schwerpunkt (muss vor GesR 1 „sitzen“)	Grundzüge lernen	Wird in GesR 1-4 noch vertieft
1. Skript HR		x	x
2. Skript PersGR	x		x
3. Skript GmbHR	x		x
4. Skript AktR		x	x
5. Skript Bezüge		x	x

Aus der Tabelle ist ersichtlich, dass Sie sich bei der Vorbereitung auf die späteren Unterrichtseinheiten des Präsenzkurses nur im HR, im AktR sowie bei den Bezügen des Gesellschaftsrechts zu anderen Rechtsgebieten auf die Grundzüge beschränken können. **Personengesellschaftsrecht und GmbH-Recht muss sofort vertieft bearbeitet und nach Abschluss der Fernkurses beherrscht werden.**

Die besondere Schwierigkeit der Fachanwaltsausbildung im Handels- & Gesellschaftsrecht liegt darin, dass von der FAO (und natürlich auch in der Praxis des Fachanwalts) fundierte Grundkenntnisse des Betrieblichen Rechnungswesens, der Bilanzierung nach Handels- und Steuerrecht sowie der Besteuerung der Personen- und Kapitalgesellschaften verlangt werden – allesamt in der Juristenausbildung vernachlässigte Teilbereiche des Fachgebiets.

Diese spezifischen Teilbereiche, bei denen man keine fundierten Vorkenntnisse erwarten kann, bilden den Schwerpunkt der Unterrichtseinheiten GesR 2 und 3 des Vertiefungskurses, ergänzt um Spezialfragen in der Einheit GesR 4.

Daraus folgt, dass die Grundlagen des materiellen Handels- & Gesellschaftsrechts schon im Fernkurs weitgehend abschließend erarbeitet werden müssen. Die anwaltspezifische Vertiefung in GesR 1 beschränkt sich hier auf die wichtigsten Schwerpunkte.

IV. Lernzielkontrollen

Begleitende Lernzielkontrollen sind obligatorisch. Häuslich zu bearbeiten sind mehrere Klausuraufgaben, die den gesamten Pflichtstoff des Eigenstudiums (Fernstudienteil des Lehrgangs) abdecken. 4 von 6 Klausuren müssen „mit Erfolg“ bestanden werden, damit der Teilnehmer später zu den lehrgangsabschließenden schriftlichen Leistungskontrollen gemäß § 4 a FAO zugelassen wird. Einzelne nicht bestandene Klausuren können wiederholt werden.

Die Lernzielkontrollen sind dem Teilnehmer über den passwortgeschützten Zugang zu „Skripten online & Community“ zugänglich. Sie werden korrigiert und benotet. Die ebenfalls online zur Verfügung stehenden Musterlösungen ermöglichen die Kontrolle des Lernerfolgs.



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

in Kooperation mit:



Fachanwalt für Handels- & Gesellschaftsrecht (Fernkurs) Skript „Handelsrecht“

Wolfgang C. Fahlbusch

- Gelegenheitskommission, die vorliegt, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betrieb seines Handelsgewerbes ein Kommissions-geschäft vornimmt, § 406 Abs. 1 S. 2 HGB.

2. Die Rechtsstellung des Kommissionärs

Der *Kommissionär* schließt mit seinem Auftraggeber, dem *Kommittenten*, einen *Kommissionsvertrag* ab, mit dem *Dritten* das *Ausführungsgeschäft*.

Darüber hinaus besteht noch das *Abwicklungsgeschäft* zwischen Kommissionär und Kommittenten, durch das der Kommissionär die aus dem Ausführungsgeschäft erlangten Rechte oder Sachen auf den Kommittenten überträgt.

a) Der Kommissionsvertrag

Der - formfreie - Kommissionsvertrag regelt die vertraglichen Rechte und Pflichten im Verhältnis des Kommissionärs zum Kommittenten. Es handelt sich um einen, formlos gültigen, gegenseitigen Vertrag über eine entgeltliche Geschäftsbesorgung, § 675 BGB der bei Einzelgeschäften einen Werkvertrag, bei ständiger Verbindung einen Dienst-vertrag darstellt (BGH ZinsO 2011,784, 786; Steck NJW 2002, 3203 ff; Baumbach/Hopt 34. Aufl., § 383 Rdn. 6, 7;).

Für den Abschluss eines Kommissionsvertrages sprechen insbesondere eine Provisionsabrede, Lieferung/Zahlung unmittelbar zwischen Auftraggeber und Drittem; gegen den Abschluss eines Kommissionsvertrages und für Kaufvertrag sprechen die Vereinbarung über Lieferung von Waren oder Wertpapieren, die der andere Teil bereits besitzt oder auf deren Lieferung er bereits einen Anspruch hat (BGH NJW 1975, 777).

Der Kommissionsvertrag ist ein *gegenseitiger Vertrag*, auf den die §§ 320 ff BGB Anwendung finden, wobei der *Provisionsanspruch* des Kommissionärs nach § 396 Abs. 1 HGB und der Anspruch auf *Vornahme* des Ausführungsgeschäftes nach § 384 Abs. 1 HGB sowie der Provisionsanspruch auch mit dem Anspruch des Kommittenten auf *Herausgabe* des Erlangten nach § 384 Abs. 2 HGB im *Gegen-seitigkeitsverhältnis* stehen.

Den Kommissionär trifft insbesondere die Pflicht zur Durchführung des übernommenen Geschäftes, wozu die Ausführung des Geschäftes mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, §§ 384 Abs. 1, 347 HGB und die Herausgabe des durch die Ausführung Erlangten, *sog. Abwicklungsgeschäft*, § 384 Abs. 2 HS 2 HGB gehören.

Dabei hat der Kommissionär die Interessen des Kommittenten wahrzunehmen, er hat sich somit um möglichst günstige Vertragsbedingungen zu bemühen, *sog. Treuepflicht*, §§ 384 Abs. 1, 387 HGB.

Bei von dem Kommissionär zu vertretender Unmöglichkeit der Herausgabe steht dem *Kommittenten* ein *Schadensersatzanspruch* gegen den Kommissionär nach §§ 283, 280 Abs. 1 BGB zu (**BGH WM 2007, 1381, 1382**).

Demgegenüber hat der *Kommissionär* nach Ausführung des Geschäftes, d.h. nach Erfüllung des Ausführungsgeschäftes durch den Dritten einen *Provisionsanspruch*, § 396 Abs. 1 HGB. Der Anspruch entsteht bereits mit dem Abschluss des Aus-führungsgeschäftes, aufschiebend bedingt durch die Erfüllung seitens des Dritten. Ausnahmsweise besteht der Provisionsanspruch nach § 396 Abs. 1 S. 2 HGB auch ohne Ausführung, wenn dies ortsüblich ist oder nur aus einem in der Person des Kommittenten unterliegenden Grund unterbleibt.

Eine besondere Vergütung erhält der Kommissionär, wenn er sich verpflichtet hat, für die Erfüllung des Dritten einzustehen, *sog. Delkredererisiko*, § 394 HGB, daneben kann der Kommissionär Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, §§ 396 Abs. 2 HGB, 675, 670 BGB.

Alle Ansprüche des Kommissionärs sind durch ein *gesetzliches Pfandrecht* am Kommissionsgut gesichert, § 397 HGB. Es sichert auch Forderungen aus früheren Kommissionsgeschäften.

Das Pfandrecht kann gemäß § 366 Abs. 3 HGB auch *gutgläubig* an schuldnerfremden Sachen erworben werden, steht das Kommissionsgut jedoch noch im Eigentum des Kommissionärs selbst, z.B. bei *Einkaufskommission*, so steht ihm nach § 398 HGB statt eines Pfandrechts ein pfandähnliches Befriedigungsrecht zu.

An den Forderungen aus dem *Ausführungsgeschäft* steht dem Kommissionär wegen seiner eigenen Forderungen ein entsprechendes Recht auf bevorzugte Befriedigung zu, *vgl. § 399 HGB*, so dass er die Forderungen selbst einziehen kann.

Der Kommissionär ist, von entgegenstehenden Weisungen abgesehen, berechtigt, beim Ein- und Verkauf von Waren und Wertpapieren, die einen Börsen- und Marktpreis haben, bzw. bei denen ein solcher amtlich festgestellt wird, selbst als Verkäufer oder Käufer einzutreten und das Gut selbst zu liefern oder zu übernehmen, *sog. „Selbsteintrittsrecht“*, § 400 Abs. 1 HGB. Auch bei dem Selbsteintritt behält der Kommissionär seine Ansprüche auf Provision und Aufwendersersatz, § 403 HGB, weiterhin steht ihm das gesetzliche Pfandrecht und das Recht auf Befriedigung aus eigener Kommissionsware zu, §§ 404, 397, 398 HGB.

Bei Insolvenz des Kommittenten vor Ausführung der Kommission erlischt der Kommissionsvertrag nach §§ 115, 116 InsO, bei Insolvenz des Kommissionärs erlischt der Kommissionsvertrag nicht, dem Insolvenzverwalter steht danach ein Wahlrecht nach § 103 InsO zu.

b) Das Ausführungsgeschäft

Das *Ausführungsgeschäft* ist das Vertragsverhältnis zwischen dem *Kommissionär*, der im eigenen Namen für fremde Rechnung - in mittelbarer Stellvertretung - handelt, und dem *Dritten*. Vereinbarungen aus dem Innenverhältnis zwischen Kommissionär und Kommittenten berühren das Außenverhältnis zum Dritten grundsätzlich nicht, auch dann nicht, wenn dieser von der Kommission Kenntnis hat, *arg. e § 392 Abs. 1 HGB*.

Eine Ausnahme gilt nur für Schadensersatzansprüche des Kommissionärs aus dem Ausführungsgeschäft, z.B. §§ 280 ff BGB.

Zwar ist der *Kommissionär* als *Gläubiger* Anspruchsinhaber, jedoch tritt der Schaden *nicht* bei ihm, sondern bei dem, für dessen Rechnung er handelt - dem *Kommittenten* -, ein. Dieser hat den *Schaden*, ist jedoch nicht Vertragspartner und somit nicht Anspruchsinhaber. Der Kommissionär kann den Schaden des Kommittenten gegenüber dem Dritten im Wege der *sog. Drittschadensliquidation* geltend machen

(*Baumbach/Hopt 34. Aufl. § 383 Rdn. 21; Palandt/Grüneberg 69. Aufl., 108 ff vor § 249 m w N*).

Der *Verkaufskommissionär* ist, wenn der Kommittenten ihm nicht schon das Eigentum an der Ware übertragen hat, ermächtigt, das Eigentum des Kommittenten an den Dritten zu übertragen, § 185 BGB.

Der Einkaufskommissionär erwirbt das Eigentum an der gekauften Sache zunächst selbst und muss es dann auf Grund besonderen Rechtsgeschäfts, §§ 929 ff BGB, auf den Kommittenten übertragen, §

384 Abs. 2 HGB. Die Eigentumsübertragung ohne Durchgangserwerb kann dadurch erfolgen, dass der Kommissionär nicht in mittelbarer Stellvertretung handelt, sondern stattdessen in offener Vertretung des Kommittenten oder auf Grund des Geschäftes an den, den es angeht

(Baumbach/Hopt 34. Aufl. § 383 Rdn. 27, 28).

c) Rechte des Kommittenten an Forderungen aus dem Ausführungs- geschäft

Die Forderungen aus dem Geschäft stehen nicht dem Kommittenten, sondern dem Kommissionär zu, da das Ausführungsgeschäft nur Rechte und Pflichten zwischen dem Kommissionär und dem Dritten begründet.

Der Kommittent kann die Forderung gegen den Dritten erst nach Abtretung durch den Kommissionär geltend machen, § 392 Abs. 1 HGB. Zwar ist der Kommissionär nach § 384 Abs. 2 HGB zu Abtretung verpflichtet, er kann jedoch, solange die Abtretung noch nicht erfolgt ist, über die Forderung als Berechtigter verfügen, z.B. durch Abtretung an einen Dritten.

Einschränkungen ergeben sich jedoch aus § 392 Abs. 2 HGB, wonach noch nicht abgetretene Forderungen im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten. Tritt danach der Kommissionär die Forderungen an einen Gläubiger zur Deckung oder Sicherheit ab, so stellt die *Abtretung* nach § 392 Abs. 2 HGB die Verfügung eines *Nichtberechtigten* dar, mit der Folge, dass der Gläubiger die Forderung im Verhältnis zum Kommittenten nicht wirksam erwirbt, da auch ein gutgläubiger Erwerb der Forderung ausscheidet (BGH NJW 1988, 3203, 3204).

Neugeschäfte des Kommissionärs, z.B. der Verkauf der Forderung an einen Dritten oder Sicherungsabtretungen verstoßen dagegen *nicht* gegen § 392 Abs. 2 HGB, und zwar auch dann nicht, wenn der Zessionar gewusst hat, dass es sich um eine Kommissionsforderung handelt (Schlegelberger/Hefermehl, § 392 Rdn. 14; Baumbach/Hopt, 34. Aufl., 392 Rdn.10). Der Kommissionär ist dann gegenüber dem Kommittenten zum *Schadensersatz* nach §§ 283, 280 Abs. 1 BGB verpflichtet, da er die Erfüllung des Abwicklungsgeschäftes nach § 384 Abs. 2 HGB schuldhaft unmöglich gemacht hat.

Streitig ist, ob unter § 392 Abs. 2 HGB auch das *Surrogat* der Forderung fällt, somit bei der Verkaufskommission der Kaufpreis und bei der Einkaufskommission das Kommissionsgut, die der Kommissionär auf Grund des Ausführungsgeschäftes bereits erlangt hat sowie Leistungen, die an erfüllungsstatt erbracht worden sind.

Die h. M. (BGH NJW 1974, 456,457; OLG Hamm WM 2004, 1252; a. A. Baumbach / Hopt, 34. Aufl., § 392 Rdn.7 m. w. N.) lehnt eine analoge Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB ab, da die Vorschrift sich ausschließlich auf Forderungen beziehe und somit auf die dingliche Rechtslage am Erlös bzw. am Kommissionsgut nicht angewandt werden könne. Für eine analoge Anwendung bestünde auch kein Bedürfnis, da der Kommittent sich selbst schützen könne, indem er vertraglich dafür Sorge trage, dass der Dritte unmittelbar an ihn leiste oder er auf Grund entsprechender vertraglicher Vereinbarung mit dem Kommissionär nach §§ 929, 930 BGB Eigentümer werde.

Weiterhin kann der Kommittent der *Pfändung* der außenstehenden Forderung gegen den *Dritten* - Vertragspartner des Ausführungsgeschäftes - durch Gläubiger des Kommissionärs widersprechen, sog. *Drittwiderspruchsklage*, § 771 ZPO, auch steht ihm in der Insolvenz des Kommissionärs ein *Aussonderungsrecht* nach § 47 InsO zu (BGHZ 104, 123, 127; Baumbach/Hopt 34. Aufl., § 392 Rdn. 9).



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

in Kooperation mit:

ols Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Juris[®]

Fachanwalt für Handels- & Gesellschaftsrecht (Fernkurs)

Skript „Personengesellschaftsrecht“

Manfred Wissmann

7. Prozessuale Hinweise	52
a) Parteifähigkeit und Zustellungen	52
b) Prozessfähigkeit	53
8. Kündigung	53
9. Vertragsmuster	55
a) Halten von GmbH-Anteile durch Ehegatten (Zwischenholding)	55
b) Vertrag über eine Rechtsanwalts-Sozietät	59
10. Vor- und Nachteile der GbR und anderer Rechtsformen	63
a) Die Vor- und Nachteile der GbR sind zusammengefasst	63
b) Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) & Co. KG oder die GmbH & Co. KG haben folgende Vor- und Nachteile	63
c) Partnerschaftsgesellschaft	63
d) GmbH	63
e) Aktiengesellschaft	64
11. Literaturhinweise	64
II. OHG	64
1. Einführung	64
2. Gründung	65
3. Geschäftsführung und Vertretung	67
4. Beschlüsse	69
5. Sonstige Rechte und Pflichten	71
a) Informationsrecht	71
b) Wettbewerbsverbot	71
c) Beiträge und Gesellschaftsvermögen	72
d) Gewinn und Verlust	72
6. Haftung	72
7. Gesellschafterwechsel	73
a) Neuaufnahme eines Gesellschafters	73
b) Gesellschafterwechsel	73
III. KG	74
1. Einführung	74
2. Gründung	74
3. Geschäftsführung und Vertretung	75
4. Beschlüsse der Gesellschafter	76
5. Sonstige Rechte und Pflichten	76
a) Informationsrecht	76
b) Wettbewerbsverbot	77
c) Einlagen	78
6. Haftung	78
7. Gesellschafterwechsel	80

4. Beschlüsse der Gesellschafter

Auch hier gibt es keine wirklichen Abweichungen zur OHG. Hier bietet sich umso mehr an, Beschlüsse dem Mehrheitsprinzip zu unterwerfen, die Rechte der Gesellschafter zu beschreiben.

Der BGH hatte sich in einem Urteil vom 21.6.2011²¹⁰ mit der Frage auseinanderzusetzen, wie eine Klausel in dem Gesellschaftsvertrag einer KG auszulegen ist, die bestimmt, dass ein KG-Gesellschafter dann ausscheidet, wenn die übrigen Gesellschafter (aus wichtigem Grund) sein Ausscheiden verlangen durch Erklärung ihm gegenüber.

Der BGH legt dar, dass in einem solchen Falle die Gesellschafter einen Gesellschafterbeschluss zu fassen haben über die Ausschließung und danach eine Ausschließungserklärung abzugeben haben gegenüber dem betroffenen Gesellschafter, die sich auf diesen Gesellschafterbeschluss bezieht. Ein Ausscheidungsverlangen setze notwendigerweise immer eine Meinungsbildung voraus, so dass dieses nicht ohne einen vorhergehenden Gesellschafterbeschluss möglich sei. Das dem auszuschließenden Gesellschafter gegenüber ausgesprochene Ausscheidungsverlangen sei somit lediglich die Umsetzung des Gesellschafterbeschlusses. Diese Auslegung entspreche der ständigen Rechtsprechung, dass das Klageerfordernis des § 140 HGB ersetzt werden könne durch eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Ausschließung durch Gesellschafterbeschluss; dies stehe auch im Einklang mit dem Wortlaut des Gesellschaftsvertrages im vorliegenden Fall.

Handelt es sich um eine Vielzahl von Kommanditisten, insbesondere bei Publikumsgesellschaften, wird man anstelle häufig stattfindender Gesellschafterversammlungen nur eine einzige pro Jahr regelmäßig stattfinden lassen, ansonsten aber die Stimmenmacht letztlich delegieren und ausüben lassen durch einen Gesellschafterbeirat. Dieser kann auf Grund des Gesellschaftsvertrages ein Organ der Gesellschaft sein. Er kann für die Kommanditisten handeln. Man kann dem Beirat viele oder wenige Rechte erteilen, z. B. kann man ihn ausgestalten wie einen aktienrechtlichen Aufsichtsrat.

Seine Grenzen sind diejenigen der Änderungen des Gesellschaftsvertrages und Grundlagenentscheidungen (Eingriff in den Kernbereich der Gesellschafter).

Aber typische Beschlüsse können beinhalten: die Feststellung des Jahresabschlusses, die Bestellung von Abschlussprüfern, Gewinnverteilungs- und Entnahmebeschlüsse.

Der Gesellschaftsvertrag kann sogar dem Beirat die Befugnis zuweisen, die Gesellschafter zur Erhöhung ihrer Einlagen oder Haftsummen zu verpflichten, wenn - Kernbereichslehre - eine Obergrenze hierfür vorgesehen ist.²¹¹ Auch kann dem Beirat die Zustimmung zur Aufnahme weiterer Gesellschafter oder die Ausschließung eines Gesellschafter überlassen werden.

Geregelt werden sollte die Zahl der Mitglieder, gegebenenfalls persönliche Voraussetzungen, die Amtszeit, die Beendigung des Amtes durch Abberufung, Amtsniederlegung oder Zeitablauf, die Neubesetzung des Beirats und die innere Ordnung sowie die Vergütung.

5. Sonstige Rechte und Pflichten

a) Informationsrecht

Das Informationsrecht der persönlich haftenden Gesellschafter in der OHG, § 118 HGB, wird hier nochmals reduziert in § 166 HGB. Der Kommanditist kann nur noch eine abschriftliche Mitteilung des

²¹⁰ II ZR 262/09, NJW 2011, 2648 = NZG 2011, 901 = DStR 2011, 1529.

²¹¹ Mutter in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 33 m. w. N.

Jahresabschlusses verlangen und dessen Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papier prüfen. Ein allgemeines Bucheinsichtsrecht hat der Kommanditist nicht.

Neben dem allgemeinen Informationsrecht besteht nach § 166 Abs. 3 HGB ein außerordentliches Informationsrecht. Ist ein wichtiger Grund vorhanden, kann über einen gerichtlichen Antrag auch sonstige Aufklärung sowie die Vorlegung von Büchern und Papieren verlangt werden.

Ist der Kommanditist aber gleichzeitig GmbH-Gesellschafter der Komplementär-GmbH, so sind Angelegenheiten der Kommanditgesellschaft zugleich Angelegenheiten der GmbH. Auf diese Weise erstreckt sich das große Informationsrecht der GmbH-Gesellschafter gemäß § 51 a GmbHG auf die Angelegenheiten der KG.²¹²

b) Wettbewerbsverbot

Nach § 165 HGB finden die Vorschriften der §§ 112 und 113 HGB auf den Kommanditisten keine Anwendung. Kommanditisten, die keine Geschäftsführungsbefugnis haben und nur äußerst begrenzte Informationsrechte, werden wettbewerbsrechtlich nicht als „gefährlich“ eingestuft.

Letztlich ist das Wettbewerbsverbot, wie bereits bei der OHG erwähnt, Ausfluss der Treuepflicht des Gesellschafters. Haben die Kommanditisten nicht die vom Gesetzgeber erwartete klassische, einflusslose Stellung, so könnte sich die Treuepflicht erhöhen und zu einem Wettbewerbsverbot verdichten. Dies hat der **BGH** in der Angelegenheit **Heumann, Ogilvy & Mather** festgehalten.²¹³ Wenn der Kommanditist - so dort - mehrheitlicher Gesellschafter ist, könne er, so der BGH, über seine Weisungsrechte Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen und daraus resultiere der Konflikt zwischen den persönlichen Interessen des Kommanditisten einerseits und den Interessen der Gesellschaft andererseits, so dass hier die erhöhte Treuepflicht zu einem Wettbewerbsverbot führe. Das mag im konkret entschiedenen Fall noch einleuchtend sein, wo der Kommanditist auch gleichzeitig GmbH-Gesellschafter war (in der Komplementär-GmbH). Dort hat nämlich der Gesellschafter über § 37 GmbHG Weisungsrechte gegenüber dem Geschäftsführer. Wäre der Kommanditist aber reiner Kommanditist, so hat er gar keine Weisungsrechte. Wie sich dann seine Situation zu einer erhöhten Treuepflicht verdichten kann, ist zumindest in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen.

Der BGH hat seine Rechtsprechung zu diesem Wettbewerbsverbot bestätigt.²¹⁴

Das Urteil vom 9.3.2009 hatte sich mit der Gruner + Jahr AG & Co. KG (die Kommanditistin war ebenfalls AG) zu befassen. In dem hier interessierenden Teil des Urteils erklärt der BGH, dass sich das in § 112 Abs. 1 HGB u. a. normierte ... Verbot des Geschäftemachens im gleichen Handelszweig ... nicht nur an die Komplementär-GmbH, sondern *entgegen dem engen Wortlaut des § 165 HGB* - gleichermaßen an die Mehrheitskommanditistin, die zugleich Mehrheitsaktionärin der Komplementärin war, richtete. Der BGH bezog sich dabei auf sein altes Urteil Heumann, Ogilvy & Mather.

Für einen normalen Juristen, der nicht die höheren Weihen eines BGH-Richters empfangen hat, ist es schon erstaunlich, dass man das glatte Gegenteil des Wortlauts des § 165 HGB anwenden kann mit dem Argument, die gesetzliche Regelung beruhe auf einem „zu engen Wortlaut“.

²¹² OLG Hamburg, Urteil vom 6.7.1984, 11 U 68/84, GmbHR 1985, 120; OLG Hamm, Urteil vom 6.2.1986, 8 W 52/85, NJW 1986, 1693 = WM 1986, 740 = GmbHR 1986, 384, allgemeine Auffassung in der Literatur.

²¹³ **BGH, Urteil vom 5.12.1983, II ZR 242/82, BGHZ 89, 162, 171 = NJW 1984, 1351 = ZIP 1984, 446 = WM 1984, 227 = DB 1984, 495.**

²¹⁴ **Urteil vom 9.3.2009, II ZR 170/07 „Vorstandsdoppelmandat“, BGHZ 180, 105 = AG 2009, 500 = NZG 2009, 744 = GmbHR 2009, 881 = DStR 2009, 1322 = DB 2009, 561**, vgl. auch Grohmann/Gruschinske: Kein Wettbewerbsverbot des Vorstands einer AG & Co. KG zugunsten der KG, zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 9.3.2009, GmbHR 2009, 846; mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit eines Wettbewerbsverbots befasst sich OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 17.3.2009, 11 U 61/08, NZG 2009, 903 = GmbHR 2009, 884.

Auch hier kann wieder vertraglich das Wettbewerbsverbot - wie bei der OHG - entsprechend definiert werden.

c) Einlagen

Von allen Gesellschaftern wird ein Beitrag erwartet, vom Kommanditisten mit Sicherheit eine so genannte Einlage. Zu unterscheiden ist zwischen *Pflichteinlage* und *Haftelinlage*.

Die Pflichteinlage ist der Betrag, den sich der Gesellschafter verpflichtet, in das Gesellschaftsvermögen zu leisten. Die Haftelinlage ist oft gleich hoch wie die Pflichteinlage, muss es jedoch nicht sein. Haftelinlage ist dasjenige, was der Gesellschafter im Außenverhältnis gegenüber den Gläubigern als Haftungsbetrag übernimmt. Dieser Betrag (der Haftelinlage) wird in das Handelsregister eingetragen.

Die Haftelinlage kann theoretisch höher sein als die Pflichteinlage. Dann haftet der Gesellschafter im Außenverhältnis zu einem höheren Betrag, wie er sich verpflichtet hat im Innenverhältnis in das Gesellschaftsvermögen einzulegen. Dieser Fall ist relativ selten.

Viel häufiger ist der Fall vorzufinden, dass die Pflichteinlage größer ist als die Haftelinlage. Dann wird der Gesellschafter nur mit z. B. 10 % der gesamten (Pflicht-) Einlage als Kommanditist (mit entsprechend reduzierter Haftelinlage) im Handelsregister eingetragen. Das geschieht nicht nur aus Bescheidenheit, sondern auch, um gegebenenfalls Eintragungskosten zu sparen, die sich nach dem nominalen Kapitalbetrag richten.

Der Betrag der Haftelinlage hat auch eine steuerliche Bedeutung, vgl. § 15 a EStG.

6. Haftung

Die Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters ist wie bei der OHG. Besonderheiten gibt es nur bei der Kommanditistenhaftung. Dessen Haftung ist, wie § 161 Abs. 1 HGB sagt, „auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt“.

Konkretisiert wird dies dann in § 171 Abs. 1 HGB, wonach der Kommanditist den Gläubigern „bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar“ haftet. Die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist.

Das gilt im Außenverhältnis gemäß § 172 Abs. 1 HGB jedoch nur, soweit dies im Handelsregister eingetragen ist.

Und § 176 Abs. 1 HGB stellt klar, dass jeder Kommanditist wie ein persönlich haftender Gesellschafter haftet, wenn die Gesellschaft vor Eintragung im Handelsregister die Geschäfte aufgenommen hat. Dies gilt entsprechend gemäß § 176 Abs. 2 HGB, wenn der Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt für die Zeit zwischen seinem Eintritt und der Eintragung der begrenzten Haftung in das Handelsregister.

Voraussetzung für die begrenzte Haftung ist natürlich zunächst, dass es sich überhaupt um einen Kommanditisten handelt. Dies ergibt sich aus den Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander, idealerweise aus einem schriftlichen Gesellschaftsvertrag. Hieraus ergibt sich dann hoffentlich auch die vereinbarte Haftsumme. Ist keine weitere Bestimmung getroffen, sind Haftelinlage und Pflichteinlage höhenmäßig identisch.

Die Haftungsbeschränkung des (im Handelsregister eingetragenen) Kommanditisten ist also

- a) summenmäßig beschränkt bzw.
- b) gegenständlich beschränkt.



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

in Kooperation mit:



Fachanwalt für Handels- & Gesellschaftsrecht (Fernkurs)

Skript „GmbH Recht“

Manfred Wissmann

lungsverbots aus § 64 S. 1 GmbHG auf die Möglichkeit zu verzichten, die Voraussetzung für eine Einstellung des Ordnungswidrigkeitsverfahren nach § 47 OWiG oder jedenfalls für die Verhängung einer geringeren Geldbuße zu schaffen und sich von der persönlichen Haftung für die Steuerschuld zu befreien. Es ist aber zu beachten, dass eine Zahlung an eine Einzugsstelle der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes widerspricht, wenn es zur Tilgung von Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung geleistet wird. Denn nur das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen ist in § 266a StGB unter Strafe gestellt und begründet eine Schadenersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB. Hinsichtlich der Arbeitgeberanteile fehle es deshalb an einem Interessenkonflikt und damit an einem Grund, den Anwendungsbereich des Zahlungsverbots aus § 64 S. 1 GmbHG einzuschränken.²³⁸ Eine Vermutung für Arbeitnehmeranteile bestehe nicht. Die Tilgungsreihenfolge richte sich vielmehr nach § 4 BVV.

§ 64 GmbHG ist nunmehr aber durch das MoMiG um einen weiteren Satz 3 erweitert worden, der wie folgt lautet:

„Die gleiche Verpflichtung trifft die Geschäftsführer für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar.“

Bei Zahlungen an Gesellschafter, insbesondere bei an Gesellschafter ausgereichte Darlehen, ging man ja mit dem MoMiG in teilweiser Abänderung der §§ 30, 31 GmbHG auf die nunmehr reine und strikte Bilanzbetrachtung zurück: Darlehen dürfen gewährt werden, wenn sie „werthaltig“ sind zum Zeitpunkt der Herausgabe des Darlehens. Der vorerwähnte Satz muss aber die Aufmerksamkeit des Geschäftsführers auf den Umstand legen, dass nicht allein der Aktivtausch in der Bilanz maßgeblich ist, sondern auch zu beachten ist, dass durch die Weggabe der Liquidität eine Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt werden kann. Sollte er dies erkennen, dann muss der Geschäftsführer einerseits die Auszahlung an den Gesellschafter verweigern bzw. andererseits gegebenenfalls für das herausgegebene Geld haften. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 16.3.2009²³⁹ klargestellt, dass das Zahlungsverbot gemäß § 64 S. 1 GmbHG nicht erst ab dem Ende der Insolvenzantragspflicht gilt, sondern bereits ab Eintritt der Insolvenzreife.²⁴⁰

VIII. Stellung des Geschäftsführers als Organ der GmbH

1. Bestellung und Abberufung

a) Bestellung

Die GmbH ist eine juristische Person, § 13 Abs. 1 GmbHG. Für sie muss daher ein Organ handeln, nämlich der Geschäftsführer, § 6 Abs. 1 GmbHG. Der Geschäftsführer muss eine natürliche Person sein, § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG, und muss unbeschränkt geschäftsfähig sein.²⁴¹

Gemäß § 6 Abs. 2 S. 2 f. GmbHG darf der Geschäftsführer nicht wegen einer Straftat nach den §§ 283 bis 283d StGB verurteilt worden sein und zwar 5 Jahre seit Rechtskraft des Urteils, aber ohne Einrechnung eventueller Verwahrung in einer Anstalt. Häufig wird verkannt, dass die bloße Tatsache, dass ein Geschäftsführer in eigener Person oder für eine Gesellschaft Insolvenz anmelden musste, ihn nicht an der Ausübung seines Amtes hindert. Weitgehend unbekannt ist auch, dass die Bestrafung

²³⁸ So bereits BGH, Urteil vom 8.6.2009, II ZR 147/08, ZIP 2009, 1468 = NJW 2009, 2599 = DB 2009, 1697.

²³⁹ II ZR 280/07, ZIP 2009, 860 = NJW 2009, 2454 = NZG 2009, 550.

²⁴⁰ Zur Haftung eines Stiftungsvorstandes für in der Krise geleistete Zahlungen s. Passarge, Zur Haftung des Stiftungsvorstandes für in der Krise geleistete Zahlungen gem. §§ 92 III, 93 III Nr. 6 AktG analog, NZG 2008, 605.

²⁴¹ Minderjährige können auch nicht mit entsprechender Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht Geschäftsführer werden, so OLG Hamm, Beschluss vom 13.04.1992, 15 W 25/92, BB 1992, 1231 = DB 1992, 1401.

wegen nicht rechtzeitiger Bilanzerstellung dazu führt, dass das Geschäftsführeramt nicht mehr ausgeübt werden kann. Häufig wird die Bilanz nicht rechtzeitig (d.h. also innerhalb von 3 bzw. 6 Monaten nach Bilanzstichtag) aufgestellt. Erleidet diese Gesellschaft ein Insolvenzverfahren, so wird dieses „milde“ Delikt z.B. mit einem Strafbefehl in Höhe von € 500,00 bis € 1.000,00 „geahndet“. Gleichwohl: Der Betroffene ist auf 5 Jahre gehindert, Geschäftsführer zu sein.

Das MoMiG hat Änderungen gebracht. Neben den zuvor erwähnten Umständen, kann Geschäftsführer nunmehr auch nicht sein, wer verurteilt worden ist wegen

- Insolvenzverschleppung, nämlich Unterlassen der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens,
- falscher Angaben nach § 82 GmbHG (bzw. § 399 AktG),
- unrichtiger Darstellung gemäß § 400 AktG, § 331 HGB, § 313 UmwG, § 17 Publizitätsgesetz,
- §§ 263 bis 264a, 265b bis 266a (bei Freiheitsstrafen von mindestens einem Jahr).

Damit sind nunmehr auch erfasst Betrug, Computerbetrug, Subventionsbetrug, Kapitalanlagebetrug, Versicherungsmissbrauch, Kreditbetrug, Untreue, Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt.

Der Katalog der möglichen strafbaren Handlungen ist also gravierend erweitert worden, insbesondere nochmals in letzter Minute durch entsprechende Stellungnahme des Rechtsausschusses und dementsprechender Entscheidung im Bundestag.

Der BGH hat mit Beschluss vom 7.6.2011²⁴² weitere Klarheit gebracht bezüglich der Anforderungen an die Versicherung des Geschäftsführers. Im vorliegenden Fall hatte ein Geschäftsführer bei der Versicherung nach § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 und 3 sowie S. 3 GmbHG erklärt, dass „während der letzten fünf Jahre ... keine Verurteilung wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten ...“ vorgelegen habe. Der BGH stellt klar, dass dieser Sachverhalt sich grundlegend unterscheidet von der in 2010 zu entscheidenden Sachlage²⁴³, in der versichert worden war, dass der Geschäftsführer „noch nie, weder im Inland noch im Ausland, wegen einer Straftat verurteilt worden sei“.

Gemäß BGH genügt die im vorliegenden Fall abgegebene Versicherung, die sich nur auf die Verurteilung, jedoch nicht auf die Rechtskraft bezieht, nicht den Anforderungen des § 39 Abs. 3 S. 1 sowie des § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG. Der Zeitpunkt, auf den sich die Versicherung zu beziehen hat, ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 Halbs. 2 GmbHG der Eintritt der Rechtskraft eines Urteils. Das Bestellungsverbot knüpfe ersichtlich - wegen des damit verbundenen Eingriffs in die grundrechtlich geschützte Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung nach Art. 12 GG sowie wegen des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Unschuldsumutung - schon aus verfassungsrechtlichen Gründen an eine rechtskräftige Verurteilung an.

Eine Versicherung wie im vorliegenden Fall, in der ein Geschäftsführer nur auf den Zeitpunkt der Verurteilung selbst abstellt, vermittele dem Registergericht nicht die nach dem Gesetz erforderlichen Angaben über das Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 sowie S. 3 GmbHG.

In diesem Zusammenhang wurde auch folgender Abs. 5 in § 6 GmbHG eingefügt:

„Gesellschafter, die vorsätzlich oder grob fahrlässig einer Person, die nicht Geschäftsführer sein kann, die Führung der Geschäfte überlassen, haften der Gesellschaft solidarisch für den Schaden, der dadurch entsteht, dass diese Person die ihr gegenüber der Gesellschaft bestehenden Obliegenheiten verletzt.“

Damit haben wir eine neu eingeführte Gesellschafterhaftung.

²⁴² II ZB 24/10, NZG 2011, 871 = BeckRS 2011, 17815.

²⁴³ BGH, Beschluss vom 17.5.2010, II ZR 5/10, ZIP 2010, 1337.

Wird ein Geschäftsführer im Widerspruch zu obigen Qualifikationserfordernissen bestellt, so ist seine Bestellung nichtig. Tritt eine der Beschränkungen zu einem späteren Zeitpunkt ein, verliert der Geschäftsführer automatisch sein Amt. Dritte werden gemäß § 15 Abs. 3 HGB geschützt.

Auch Ausländer können aus Sicht des Gesellschaftsrechts zu Geschäftsführern bestellt werden. Das Gesetz stellt keine Anforderungen an Staatsangehörigkeit, Wohnsitz und/ oder gewöhnlichen Aufenthaltsort.²⁴⁴ Auch das Fehlen einer Aufenthaltsgenehmigung oder Arbeits- oder Gewerbeerlaubnis stellt nach bisheriger Betrachtung kein Bestellungs- oder Eintragungshindernis dar.²⁴⁵ Hiergegen kämpfte früher das OLG Köln an.²⁴⁶ Zweifelhaft erscheint die Auffassung des OLG Köln auch deshalb, weil eine persönliche Anwesenheit des Geschäftsführers im Inland nicht erforderlich ist.²⁴⁷ Diese Auffassungen sind nur noch von „historischem Wert“. Aufgrund der Neuregelungen des § 4a GmbHG im Rahmen des MoMiG ist klar, dass zwar der formale Satzungssitz in Deutschland sein muss, der tatsächliche Sitz aber im Ausland möglich ist.²⁴⁸ Dementsprechend ist es zulässig, dass ein Geschäftsführer im Ausland bestellt wird und auch dort verbleibt. Weder ein Aufenthalt, noch eine vorübergehende Anwesenheit in Deutschland, noch eine Ausreisemöglichkeit nach Deutschland sind also zu prüfen.

Selbst soweit Beurkundungen durch ausländische Notare (etwa bei Gründung oder Kapitalerhöhung, natürlich auch bei der Geschäftsführerbestellung) anerkannt werden, so vertraten manche Handelsregister die Auffassung, der Notar könne die Belehrung gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG nicht vornehmen.²⁴⁹ Auch das ist inzwischen Historie. In § 8 Abs. 3 S. 2, 2. Hs. GmbHG hat der Gesetzgeber klargestellt, dass diese Belehrung durch einen deutschen Notar, einen ausländischen Notar oder einen Vertreter eines „vergleichbaren rechtsberatenden Berufs“, also einen Rechtsanwalt, erfolgen kann. Diese Belehrung muss dann schriftlich erfolgen und den Beteiligten kann man nur raten, dass sie sich die Belehrung durch den Geschäftsführer „quittieren“ lassen.

Die Satzung kann beliebige (willkürliche) weitere Voraussetzungen für das Amt des Geschäftsführers festlegen, etwa die Zugehörigkeit zu einem Familienstamm oder einen bestimmten Ausbildungsstand o. Ä.

Verblüffendes kam vom Gesetzgeber für die Geschäftsführer im Rahmen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AAG).²⁵⁰ Im dortigen § 6 Abs. 3 heißt es, dass die Vorschriften des 2. Abschnitts (Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung) für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg für Selbständige und Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer oder Geschäftsführerinnen und Vorstände entsprechend gelten. Daher darf bei der Bestellung zum Geschäftsführer nicht mehr benachteiligt werden aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität.

Grundsätzlich wird der Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung bestellt, § 46 Nr. 5 GmbHG. Dies kann – insbesondere bei Gründung – bereits in der Satzung geschehen. Empfehlenswert ist jedoch die Bestellung außerhalb der Satzung. Zwar muss die Satzung bei Abberufung des

²⁴⁴ Zuletzt OLG Zweibrücken (Änderung seiner Rechtsauffassung), Beschluss vom 9.9.2010, 3 W 70/10, GmbHR, 2010, 1260 = BeckRS 2010, 26821; sowie früher bereits LG Hildesheim, GmbHR 1995, 655 m.w.N.

²⁴⁵ OLG Düsseldorf, GmbHR 1978, 110 = DB 1977, 1840; OLG Frankfurt, BB 1977, 1169 = NJW 1977, 1595.

²⁴⁶ OLG Köln, Beschluss vom 30.09.1998, 2 Wx 22/98, RIW 1999, 145 = DB 1999, 38 = GmbH StB 1999, 36 = GmbHR 1999, 182; erneut durch Beschluss vom 26.10.1998, 2 Wx 29/98, BB 1999, 493 = GmbHR 1999, 344 = NZG 1999, 269. Die Prüfungspflicht des Registergerichts soll sich aus § 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG ergeben: Der Wortlaut ist anders.

²⁴⁷ Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, a. a. O., § 6 Rn. 9.

²⁴⁸ Vgl. z. B. Bayer in Lutter/Hommelhoff, a. a. O., § 4a Rn. 15.

²⁴⁹ Zur Kontroverse vgl. Wolff, Schriftliche notarielle Belehrung eines im Ausland weilenden Geschäftsführers?, GmbHR 1998, 35 und Bartovics, Nochmals: Die Belehrung des im Ausland weilenden Geschäftsführers, GmbHR 1998, 778.

²⁵⁰ Vom 14.8.2006, BGBl I, 1897.

betroffenen Geschäftsführers nicht geändert werden: Sie wird lediglich unrichtig. Es erscheint jedoch unzumutbar, über Jahre hinweg eine unrichtige Satzungsbestimmung „mitschleppen“. Bei der Bestellung innerhalb der Satzung ist zu prüfen, ob hierdurch dem Geschäftsführer (meist Gesellschafter-Geschäftsführer) gleichzeitig ein Sonderrecht zur Geschäftsführung eingeräumt werden soll. In diesem Fall wäre seine Abberufung lediglich aus wichtigem Grund möglich. Ein derartiges Sonderrecht im Sinne des § 45 Abs. 1 GmbHG müsste ausdrücklich ausgesprochen werden: Die bloße Bestimmung, dass der Geschäftsführer nur aus wichtigem Grund abberufen werden darf, reicht für diese Annahme nicht aus.²⁵¹ Zu prüfen ist dann auch, ob gleichzeitig eine Tätigkeitspflicht mitbegründet werden soll. Die bloße Bestellung des Geschäftsführers in der Satzung bedeutet – falls nicht eine gesonderte Bestimmung vorhanden ist – nicht, dass die Satzung insoweit nicht geändert werden könnte und damit auch der Geschäftsführer abberufen wird.²⁵²

Weiterhin kann – anstelle der Gesellschafterversammlung – in der Satzung das Recht zur Bestellung des Geschäftsführers einem Beirat, einem einzelnen Gesellschafter oder einem Gesellschafterstamm, schließlich sogar einem außen stehenden Gremium übertragen werden. Nicht übertragbar soll das Recht zur Abberufung auf wichtigem Grund sein.

Schließlich ist denkbar, dass der Geschäftsführer vom zuständigen Amtsgericht als so genannter Notgeschäftsführer bestellt wird, § 29 BGB, sowie eine Prozesspflegerbestellung, § 57 ZPO, im Rahmen eines Zivilprozesses zur Vertretung für einzelne Rechtshandlungen in einem Gerichtsprozess.

Im Rahmen der „normalen“ Geschäftsführerbestellung werden folgende Einzelhandlungen unterschieden:

Bestimmung des Geschäftsführers	durch die Gesellschafterversammlung
Bestellung des Geschäftsführers	Erklärung der Gesellschafter gegenüber dem Geschäftsführer und Erklärung der Annahme des Amtes durch den Geschäftsführer
Anstellung des Geschäftsführers	Vertrag zwischen der Gesellschaft (vertreten durch die Gesellschafter) und dem Geschäftsführer

Zu unterscheiden ist das Verhältnis zwischen Anstellungsvertrag und Organstellung. Hierzu nachfolgende Skizze:

Außenverhältnis	Innenverhältnis
Rechtliches „Können“ Vertretungsbefugnis	Rechtliches „Dürfen“ Geschäftsführungsbefugnis
Bestellung/Abberufung/Organstellung	Anstellungsvertrag/Dienstvertrag

Vom „Außenverhältnis“ spricht man, wenn die Beziehungen der GmbH zu außerhalb der GmbH stehenden Dritten, etwa Vertragspartnern, Kunden oder Ähnliches betrachtet werden. Ob bestimmte Handlungen vom Geschäftsführer ausgeübt und Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden dürfen, regelt das so genannte „Innenverhältnis“, das heißt seine Beziehung zur Gesellschaft. Das rechtliche „Können“ wird durch die Bestellung zum Geschäftsführer eingeräumt, das rechtliche „Dürfen“ durch

²⁵¹ BGH, Urteil vom 4.11.1968, II ZR63/67, NJW 1969, 131 = BB 1968, 1399 = DB 1968, 2166.

²⁵² BGH, Urteil vom 16.2.1981, II ZR 89/79, BB 1981, 926 = WM 1981, 438.

die Vertragsbeziehungen zwischen der Gesellschaft (Gesellschafter) und dem Geschäftsführer geregelt.

Dementsprechend ist die Beendigung der Organstellung (also z.B. durch Abberufung als Geschäftsführer) nicht identisch mit der Beendigung des Anstellungsvertrages und umgekehrt.

Bei der Beschlussfassung zur Bestellung eines Geschäftsführers wirken alle Gesellschafter mit, auch der Gesellschafter, der gegebenenfalls zum Geschäftsführer bestellt werden soll. Bei der Ein-Mann-GmbH wählt sich der (alleinige) Gesellschafter selbst.

Die Bestellung zum Geschäftsführer ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, § 39 Abs. 1 GmbHG, wobei die Anmeldung notariell (öffentlich) beglaubigt werden muss, § 12 Abs. 1 S. 1 HGB.

b) Abberufung

Das Organverhältnis kann enden, ohne dass es einer Beschlussfassung bedarf. Dies ist bei Eintritt der Amtsunfähigkeit der Fall (vgl. § 6 Abs. 2 GmbHG), aber auch bei einer Bestellung unter Befristung oder unter auflösender Bedingung. Auch im Fall der aufnehmenden Verschmelzung endet die Organstellung des Geschäftsführers der aufgenommenen Gesellschaft automatisch. Ebenso beendet der Tod des Geschäftsführers das organschaftliche Amt.

Gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG ist die Bestellung des Geschäftsführers jederzeit widerruflich, außer es ist in der Satzung gemäß § 38 Abs. 2 GmbHG abweichend geregelt – hierzu unten Näheres. Dadurch endet die Organstellung des Geschäftsführers im Außenverhältnis. Das Recht zum jederzeitigen Widerruf beruht zum einen auf der dem Geschäftsführer zwingend eingeräumten unbegrenzten Vertretungsmacht für die GmbH, vgl. § 37 Abs. 2 GmbHG, und andererseits auf dem grundsätzlich unbegrenzten Weisungsrecht der Gesellschafter. Daher bedarf die Abberufung weder einer Begründung noch einer vorherigen Anhörung des betroffenen Geschäftsführers.²⁵³

Der Widerruf der Bestellung wird erst mit Zugang der Abberufungserklärung beim betreffenden Geschäftsführer wirksam. Dementsprechend kann sich zumindest der Fremdgeschäftsführer auch grundsätzlich nicht mit einer einstweiligen Verfügung gegen die Abberufung zur Wehr setzen.²⁵⁴ Die Erklärung wird von den Gesellschaftern oder einem Bevollmächtigten (formlos) abgegeben. Ist der Beschluss in Anwesenheit des Betroffenen gefasst worden, bedarf es keiner zusätzlichen Erklärung.

Der Widerruf ist beim Handelsregister anzumelden, § 39 GmbHG, jedoch ist die Anmeldung nicht Wirksamkeitsvoraussetzung (also deklaratorisch).²⁵⁵ Solange der (abberufene) Geschäftsführer noch im Handelsregister eingetragen ist, sind gutgläubige Dritte aufgrund von § 15 HGB geschützt,²⁵⁶ so dass es im Interesse der GmbH liegt, die Anmeldung beschleunigt vorzunehmen. Der abberufene Geschäftsführer kann seine Abberufung nicht selbst zum Handelsregister anmelden. Dies muss ein (vertretungsbefugter) Mitgeschäftsführer oder ein neu zu bestellender Geschäftsführer veranlassen. Gegebenenfalls kann der abberufene Geschäftsführer zu diesem Zweck die Bestellung eines Notgeschäftsführers beantragen. Bei der Anmeldung der Geschäftsführerabberufung ist nicht notwendig,

²⁵³ Bereits BGH, Urteil vom 28.10.2002, II ZR 146/02, NJW 2003, 351 = NZG 2003, 84 = GmbHR 2003, 100 und für das Genossenschaftsrecht, BGH, Urteil vom 4.7.1960, II ZR 168/58, NJW 1960, 1861 = BB 1960, 797.

²⁵⁴ OLG Hamm, Urteil vom 17.9.2001, 8 U 126/01, NZG 2002, 50. Dies gilt natürlich nicht für den (überstimmten oder von der Stimmabgabe ausgeschlossenen) Gesellschafter-Geschäftsführer, der sich über eine Anfechtungsklage als Gesellschafter gerichtlich gegen die Abberufung wehren kann. Inwieweit hier eine einstweilige Verfügung möglich ist, ist offen.

²⁵⁵ BGH, Urteil vom 6.11.1995, II ZR 181/94, DStR 1995, 1967 = NJW 1996 = BB 1996, 129 = DB 1996, 31.

²⁵⁶ BGH, Urteil vom 1.7.1991, II ZR 292/90, DStR 1991, 1321 = NJW 1991, 2566 = BB 1991, 1584 = DB 1991, 1823 = BGHZ 115, 78, 80.



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

in Kooperation mit:



Fachanwalt für Handels- & Gesellschaftsrecht (Fernkurs)

Skript „Bezüge zum Familienrecht, Erbrecht & Insolvenzrecht“

Wolfgang C. Fahlbusch

Zeitraum seinen Anspruch selbst nicht durchgesetzt, wird ihm zugemutet, ihn auch während des Insolvenzverfahrens nicht geltend machen zu können.

Selbst wenn der Schuldner bis zur Insolvenzantragstellung die entsprechenden Vergütungen tatsächlich ausgezahlt hat, kann der vorläufige Insolvenzverwalter jegliche Zahlungen einstellen, so dass bei längeren Insolvenzeröffnungsverfahren der Ausgleichsanspruch nach § 135 Abs. 3 InsO entwertet ist (Wälzholz GmbH 2008, 841, 848).

Der Ausgleichsanspruch ist nach Verfahrenseröffnung Masseverbindlichkeit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

Rückständige Entgeltforderungen sind einfache Insolvenzforderungen, § 108 Abs. 3 InsO, gestundete oder einvernehmlich stehen gelassene Forderungen nur nachrangige Insolvenzforderungen i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, geleistete Zahlungen sind nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar. Ein Bargeschäft i. S. d. § 142 InsO greift nicht ein, weil diese Privilegierung dem Gesellschafter nicht zugutekommt (Hirte WM 2008, 1429, 1432 m. w. N.).

Nicht geregelt ist dagegen, ob eine vor der Insolvenzverfahrenseröffnung erfolgte Beendigung des Nutzungsrechtsverhältnisses und Rückgabe des Nutzungsgegenstandes der Insolvenzanfechtung unterliegt (Schmidt Der Betrieb 2008, 1727, 1734).

Darüber hinaus ist die Regelung insoweit widersprüchlich, als in den Fällen der Nutzungsüberlassung die Zahlung des Entgelts nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO angefochten werden kann, wenn es sich um Leistungen auf Forderungen handelt, die einem Darlehen wirtschaftlich entsprechen und innerhalb des letzten Jahres vor dem Insolvenzeröffnungsantrag oder danach vorgenommen worden sind. Andererseits soll für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem Gesellschafter für die Nutzungsüberlassung ein Entgelt gezahlt werden (LG Kiel ZIP 2011, 968, 969; Henkel ZinsO 2010, 2209 ff; Hölzle ZIP 2010, 913 ff; Bitter ZIP 2010, 1, 7 ff; Wälzholz GmbH 2008, 841, 848 m. w. N.; Harle GmbH 2009, 1093, 1094; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG 19. Aufl. § 30 Anh. Rdn. 92 – Betriebsaufspaltung).

IV. (Durchgriffs-) Haftung des Gesellschafters

Grundsätzlich haftet der Gesellschafter nach Eintragung der GmbH in das Handelsregister aufgrund des Trennungsprinzips für die Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht persönlich, sondern nur das Gesellschaftsvermögen, vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG.

Eine Haftung des Gesellschafters kann sich jedoch ausnahmsweise unter dem Gesichtspunkt der sog. (Durchgriffs-) Haftung ergeben (Bitter ZinsO 2010, 1505 ff; Bauer ZinsO 2011, 1273 ff; Baumbach/Hueck/Fastrich 19. Aufl., § 13 Rdn. 43 ff m. w. N.).

Diese kommt in folgenden Fallgruppen in Betracht:

Sog. Rechtsformmissbrauch, Institutsmisbrauch

Bei dem sog. Rechtsformmissbrauch, Institutsmisbrauch wird die Rechtsform der GmbH als juristischer Person missbraucht oder dem Zweck der Rechtsordnung zuwider eingesetzt. Der Gesellschafter der GmbH haftet nach § 826 BGB, wenn die Zwischenschaltung der GmbH ausschließlich den Zweck hat, den Gläubigern haftendes Vermögen zu entziehen und sie so zu benachteiligen (BGH NJW-RR. 1992, 1061; DB 1988, 1848). Weiterhin haften der Gesellschafter einer GmbH und eine von ihm beherrschte Schwestergesellschaft der GmbH den Gesellschaftsgläubigern nach § 826 BGB auf Schadensersatz, wenn sie der GmbH planmäßig deren Vermögen entziehen und es auf die Schwestergesellschaft verlagern, um den Zugriff der Gesellschaftsgläubiger zu verhindern und auf diese Weise das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen ohne Rücksicht auf die

entstandenen Schulden fortführen zu können (BGH ZIP 2004, 2138, 2139; m. Anm. Blöse GmbHR 2004, 1530; Bitter ZinsO 2010 1505, 1578 ff).

Vermögensvermischung

Eine Vermögensvermischung liegt vor, wenn die Abgrenzung zwischen Gesellschaft- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder in anderer Weise verschleiert worden ist. Die Durchgriffshaftung kann danach nur diejenigen Gesellschafter treffen, die aufgrund des ihnen gegebenen Einflusses in der Gesellschaft für den Vermögensvermischungstatbestand verantwortlich sind (BGH ZIP 2006, 467, 469; 1994, 867, 868; KG ZIP 2008, 1535, 1536; Baumbach/Hueck/Fastrich 19. Aufl., § 13 Rdn. 45 m. w. N.).

Indizien für eine Vermögensvermischung sind das Fehlen qualifizierten Personals, keine Inanspruchnahme externer Hilfe durch einen Steuerberater, keine Erstellung von Bilanzen (KG ZIP 2008, 1535, 1536; OLG Celle OLG - Report 2001, 283).

Sog. materielle Unterkapitalisierung

Eine Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung - bei der Eigenkapital der Gesellschaft nicht in angemessenem Verhältnis zu dem Umfang der Geschäftstätigkeit steht - wird von der Rechtsprechung des BGH im Wege der Rechtsfortbildung abgelehnt (ZIP 2008, 1232, 1234, 1235; Anm. Altmeppen 1201 ff; NJW 1999, 2809; a. A. Lutter/Hommelhoff 16. Aufl., § 13 Rdn. 7; Petrak GmbHR 2007, 1009 ff).

Anhang: Deliktische Innenhaftung nach § 826 BGB bei sog. existenzvernichtendem Eingriff

Ein sog. existenzvernichtender Eingriff liegt vor, wenn ein Alleingesellschafter oder im Konsens handelnde Gesellschafter der Gesellschaft unter Missachtung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger durch offene oder verdeckte Entnahmen oder andere Eingriffe der Gesellschaft Vermögenswerte entziehen und dadurch deren Fähigkeit, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen, beeinträchtigen (BGH ZIP 2008, 308, 310; 455, 456; 1329; 2007, 1552, 1554 f; Bitter ZinsO 2010, 1505, 1520 ff; Bauer ZinsO 2011, 1273 ff; Gehrlein WM 2008, 761 ff; Kölbl BB 2009, 1194 ff).

Wegen existenzvernichtenden Eingriffs haftet auch derjenige, der zwar nicht an der GmbH, wohl aber an einer Gesellschaft beteiligt ist, die ihrerseits Gesellschafterin der GmbH ist (Gesellschafter - Gesellschafter), jedenfalls wenn er einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft darin ausüben kann (BGH WM 2005, 176, 177).

Eine Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters für missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen kommt auch im Stadium der Liquidation der Gesellschaft, §§ 69 ff GmbHG, in Betracht (BGH ZIP 2009, 802, 806).

Anspruchsgrundlage für die Haftung des Gesellschafters wegen *existenzvernichtenden Eingriffs* ist nach der - nunmehr geänderten - Rechtsprechung des BGH § 826 BGB (BGH ZIP 2007, 1552, 1554 f; Bitter ZinsO 2010, 1505, 1520 ff; Haas ZIP 2009, 1257 ff; Weller ZIP 2007, 1681 ff; Gehrlein WM 2008, 761 ff; Schwab ZIP 2008, 341 ff; Baumbach/Hueck/Fastrich 19. Aufl., § 13 Rdn. 57 ff m. w. N.). Danach ist das bisherige Konzept des BGH einer eigenständigen Haftungsfigur, die an den Missbrauch der Rechtsform anknüpft und als (*Durchgriffsaußen-*) *Haftung* des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ausgestaltet, aber mit einer Subsidiaritätsklausel im Verhältnis zu den §§ 30, 31 GmbHG versehen ist (BGH ZIP 2005, 1734 f), *aufgegeben*.

Statt dessen knüpft die *Existenzvernichtungshaftung* des Gesellschafters an die missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens an und wird - in

Gestalt einer schadensersatzrechtlichen *Innenhaftung* gegenüber der Gesellschaft - allein in § 826 BGB als eine *besondere Fallgruppe* der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung eingeordnet.

Schadensersatzansprüche aus Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB sind gegenüber Erstattungsansprüchen aus §§ 31, 30 GmbH nicht subsidiär, vielmehr besteht zwischen ihnen - soweit sie sich überschneiden - *Anspruchsgrundlagenkonkurrenz* (BGH a.a.O.).

Im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist der, der Gesellschaft *originär* zustehende, Schadensersatzanspruch wegen Existenzvernichtung aus § 826 BGB von dem *Insolvenzverwalter* geltend zu machen, ohne dass es - gegenüber dem bisherigen (Durchgriffsaußen-) Haftungsmodell (BGH ZIP 2005, 1734, 1738) - der analogen Anwendung des § 93 InsO bedarf (BGH ZIP 2007, 1552, 1556).

Die Voraussetzungen der Haftung des Gesellschafters wegen existenzvernichtenden Eingriffs sind nicht abschließend geklärt (BGH ZIP 2007, 1552, 1554 f; Gehrlein WM 2008, 761 ff).

Es kommen folgende Fallgruppen nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung in Betracht (Bitter ZinsO 2010, 1505, 1520 ff; Heeg/Manthey GmbH 2008, 798 ff; Baumbach/Hueck/Fastrich 19. Aufl., § 13 Rdn.72 m. w. N.):

- Existenzvernichtung durch Vermögensabzug zu Gunsten von Gesellschaftern oder diesen zuzurechnenden Personen, insbesondere im Konzern, z. B. Übertragung wesentlicher Patente oder Produktionsmittel auf andere Gesellschafter (BGH ZIP 2005, 117, 118; Henze, NZG 2003, 649, 658)
- Auferlegung existenzvernichtender Risiken, z. B. Haftungsverbund mit anderen Gesellschaften, cash pooling mit wirtschaftlich gefährdeten Gesellschaften (BGH NJW 2000, 1571, 1572; Henze a.a.O.)
- Bestellung von Sicherheiten für Gesellschafter oder andere konzernangehörige Unternehmen
- Faktische Betriebsstilllegung trotz weiter laufender Kosten außerhalb eines Liquidationsverfahrens
- Kündigung und Übertragung von betriebsnotwendigen Miet- oder Pachtverträgen ohne sachlichen Grund
- Prozessuale Vereitelung der Durchsetzung des gegen ihn selbst als Alleingesellschafter bestehenden Anspruchs der Gesellschaft durch Herbeiführung des der Rechtskraft fähigen Versäumnisurteils unter gleichzeitigem Missbrauch seiner Organstellung als deren Liquidator (BGH ZIP 2009, 802, 804)

Der Gesellschafter kann beweisen, dass der Gesellschaft im Vergleich zu der Vermögenslage bei einem redlichen Verhalten nur ein begrenzter - und dann in diesem Umfang auszugleichender - Nachteil entstanden ist (BGH ZIP 2007, 1552, 1555; Röhrich ZIP 2005, 505, 515).

V. Haftung des Geschäftsführers

1. Haftung gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung)

a) Haftung auf Schadensersatz nach § 43 Abs. 2 GmbHG

Der Geschäftsführer haftet der Gesellschaft gegenüber, von den Sonderregelungen nach §§ 9, 9a, 31 Abs. 6, 57 Abs. 4 GmbHG abgesehen, nach § 43 Abs. 2 GmbHG auf Schadensersatz, wenn er die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Geschäftsmanns verletzt (BGH ZIP 2008, 736, 737; Baumbach/

Hueck/Zöllner/Noack 19. Aufl., § 43 Rdn. 14 ff). Die Gesellschaft trägt die Beweislast dafür, dass ihr ein Schaden entstanden ist (BGH ZIP 2008, 736, 737; 2002, 2314, 2316).

b) Haftung auf Schadensersatz nach § 43 Abs. 3 GmbHG

Der Geschäftsführer ist weiterhin nach § 43 Abs. 3 GmbHG schadensersatzpflichtig, wenn den Bestimmungen des § 30 GmbHG zuwider Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft geleistet worden sind (BGH ZIP 2003, 2068, 2071; Baumbach/Hueck/Zöllner /Noack 19. Aufl. § 43 Rdn. 48, 49 m.w.N.).

c) Haftung nach § 64 Satz 1 (§ 64 Abs. 2 Satz 1 a. F.) GmbHG

Nach § 64 Satz 1 GmbHG ist der Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Diese Vorschrift setzt keinen Schaden der Gesellschaft voraus, sondern begründet einen Ersatzanspruch eigener Art, der die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger vor der Insolvenzeröffnung sichern soll (BGH ZIP 2008, 1026, 1027; 2007, 1501; 2001, 235, 239; Bayer/Illhardt GmbHR 2011, 856ff; Bitter ZinsO 2010, 1505, 1512; Rodewald GmbHR 2010, 1301 ff; Röhrich ZIP 2005, 505, 509; Schmidt ZIP 2005, 2177, 2179).

Die Haftung nach § 64 Satz 1 GmbHG knüpft, entsprechend ihrem Normzweck der Masseerhaltung, in zeitlicher Hinsicht daran, dass der Geschäftsführer nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (Krüger/Wigand ZinsO 2011, 314ff) bzw. der gleichgestellten Feststellung der Überschuldung Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen leistet.

aa. Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO

Zahlungsunfähig ist der Schuldner, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen, § 17 Abs. 2 S. 1 InsO (Pape WM 2008, 1949 ff; IDW PS 800, abgedruckt in ZIP 2009, 201 ff). Nach außen erkennbar wird die Zahlungsunfähigkeit in der Regel, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, § 17 Abs. 2 S. 2 InsO. Diese – widerlegbare - gesetzliche Vermutung indiziert die Zahlungsunfähigkeit (BGH ZIP 2006, 2222, 2223; Pape WM 2008, 1949, 1956 ff).

Von der Zahlungsunfähigkeit ist die sog. Zahlungsstockung (BGH ZIP 2009, 1235, 1237; 2007, 1469, 1471; 2006, 2222, 2223; Bork ZIP 2008, 1749 ff; Hess/Pape Rdn. 97) zu unterscheiden, bei der ein nur kurzfristiger Geldmangel umgehend durch Kreditaufnahme behoben werden kann. Ist die Schuldnerin nicht in der Lage, sich innerhalb von drei Wochen die zur Begleichung der fälligen Forderungen benötigten finanziellen Mittel zu beschaffen, handelt es sich nicht nur um eine bloße Zahlungsstockung. Beträgt die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke der Schuldnerin weniger als 10% ihrer fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist allerdings regelmäßig Zahlungsunfähigkeit noch nicht eingetreten, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10% erreichen wird. Beträgt die Liquiditätslücke der Schuldnerin 10% oder mehr, ist dagegen regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zuzumuten ist (BGH ZIP 2009, 1235, 1237; 2007, 1666; 1469, 1471; MK - Eilenberger 2. Aufl. § 17 Rdn.10 ff; Heidelberger K - Kirchhoff, 5. Aufl., § 17 Rdn. 18/45).

Eine Forderung ist in der Regel i. S. d. § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im allgemeinen ergibt, sog. „ernsthafte Einforderung“ (BGH ZIP 2009, 1235, 1237 m. Anm. Schulz ZIP 2009, 2281; 2008, 706, 707; 420, 422; 2007, 1796, 1798).



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

in Kooperation mit:



Fachanwalt für Handels- & Gesellschaftsrecht (Fernkurs)

Skript „Aktiengesellschaft“

Manfred Wissmann

XI. Muster für Gründungsprüfungsbericht

Gründungsprüfungsbericht gemäß § 33 Abs. 3 AktG

Ich, der unterzeichnende Notar, erstatte hiermit im Auftrag der Gründer, Herrn Frank Grafmüller und Herrn Manfred Wissmann folgenden Prüfungsbericht über den Hergang der Gründung der Mentalis Software AG mit Sitz in Mannheim:

Zur Gründung lagen vor:

1. Die notarielle Niederschrift über die Gründung der Aktiengesellschaft vom ____ . Januar 2010 zu meiner Urkunde _____/2010, worin auch der Aufsichtsrat bestellt ist;
2. die Niederschrift der konstituierenden Aufsichtsratssitzung vom ____ . Januar 2010 über die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und seiner Stellvertreterin und die Bestellung des Vorstands der Gesellschaft;
3. der Gründungsbericht der Gründer vom ____ . Januar 2010;
4. Gründungsprüfungsbericht von Vorstand und Aufsichtsrat vom ____ . Januar 2010;
5. die Quittung der _____ Bank vom ____ . Januar 2010, wonach insgesamt € 50.000,00 seitens der beiden Gründer auf das Konto der Gesellschaft einbezahlt worden sind;
6. die Bescheinigung der _____ Bank vom ____ . Januar 2010, wonach der Vorstand in der Verfügung über den eingezahlten Betrag nicht beschränkt ist.

Die Gesellschaft Mentalis Software AG mit Sitz in Mannheim ist am ____ . Januar 2010 zu meiner Urkunde _____/2010 errichtet worden. Das Grundkapital beträgt € 50.000,00 (in Worten: Euro fünfzigtausend). Der Gründer Frank Grafmüller hat 16.500 Stückaktien gegen Bareinlage von € 16.500,00 und der Gründer Manfred Wissmann 33.500 Stückaktien gegen Bareinlage in Höhe von € 33.500,00 übernommen. Die Aktien lauten auf den Namen und sind nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbar. Das Kapital in Höhe von 25 % des Ausgabebetrages, also € 12.500,00 ist nach der mir schriftlich erteilten Auskunft der _____ Bank in _____ vom ____ . Januar 2010 auf ein Konto der Gründungsgesellschaft eingezahlt worden. Nach Bestätigung derselben Bank vom ____ . Januar 2010 kann der Vorstand der Gründungsgesellschaft uneingeschränkt über das Guthaben auf diesem Konto verfügen.

Die Aufsichtsratsmitglieder Frau Jessica Brunn und Frau Dr. Vera Lieberwirth sind an der Gründung nicht beteiligt.

Der Aufsichtsrat besteht aus den Mitgliedern: Herr Prof. Dr. Frank Grafmüller, Frau Jessica Brunn und Frau Dr. Vera Lieberwirth. Gesetzliche Hinderungsgründe nach §§ 100, 105 AktG sind nicht ersichtlich. Der Aufsichtsrat hat nach der Niederschrift vom ____ . Januar 2010 Herrn Prof. Dr. Frank Grafmüller zum Vorsitzenden und Frau _____ zu dessen Stellvertreterin gewählt und als Vorstand Herrn Rechtsanwalt Manfred Wissmann bestellt. Hinderungsgründe nach § 76 Abs. 3 AktG sind nicht ersichtlich. Der Vorstand vertritt die Gesellschaft allein.

Die Angaben im Bericht der Gründer vom ____ . Januar 2010 und dem Prüfungsbericht der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats der Gesellschaft vom ____ . Januar 2010 stimmen mit meinen Feststellungen überein. Es ist kein Anlass dafür gegeben, dass ein Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats sich einen besonderen Vorteil oder für die Gründung und/oder ihrer Vorbereitung eine Entschädigung ausbedungen hat. Sacheinlagen oder -übernahmen sind nicht erfolgt. Auch im Übrigen entsprechen die Gründungsurkunde und die Satzung der Gesellschaft nach meinen Feststellungen

den gesetzlichen Vorschriften. Insbesondere sind die erforderlichen Angaben nach §§ 23 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 AktG enthalten.

Die Angaben der Gründer über die Übernahme der Aktien, über die Einlagen auf das Grundkapital und über die Festsetzungen der Satzung zum Gründungsaufwand, zu den Sondervorteilen und zu den Sacheinlagen sind richtig und vollständig. Die Gründung entspricht nach meiner Feststellung insgesamt den gesetzlichen Vorschriften.

Viernheim, den ____ . Januar 2010

Horst Dieter Müller
Notar

XII. Muster für Handelsregisteranmeldung

Amtsgericht Mannheim
Handelsregister

68149 Mannheim

**Neueintragung einer Aktiengesellschaft
hier: Mentalis Software AG**

Sehr geehrte Damen und Herren,

als sämtliche Gründer, Mitglieder des Vorstands und Mitglieder des Aufsichtsrats legen wir in der Anlage vor:

1. a) Erste Ausfertigung der notariellen Urkunde des Notars Horst Dieter Müller, Mannheim, vom __. Januar 2010 (UR ____/2010) über die Gründung der Gesellschaft nebst Feststellung der Satzung, Übernahme der Aktien durch die beiden Gründer und Bestellung der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats,
b) die Niederschrift über die erste Sitzung des Aufsichtsrats vom __. Januar 2009 über die Bestellung des ersten Vorstandes,
c) Gründungsbericht der Gründer,
d) Prüfungsbericht der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats,
e) Bestätigung der __ Bank _____ über die Einzahlung des Betrages von € 12.500,00 auf ein Konto der Gesellschaft sowie Bestätigung, dass dieser Betrag endgültig zur freien Verfügung des Vorstands steht,
f) Gründungsprüfung durch den beurkundenden Notar Horst Dieter Müller.
2. Gründer der Gesellschaft sind Herr Prof. Dr. Frank Grafmüller und Herr Manfred Wissmann.
3. Mitglieder des ersten Aufsichtsrats sind:
 - a) Herr Prof. Dr. Frank Grafmüller, Heidelberg,
 - b) Frau Jessica Brunn, Heidelberg,
 - c) Frau Dr. Lieberwirth, Mannheim.
4. Zum Aufsichtsratsvorsitzenden wurde in der Aufsichtsratssitzung vom __. Januar 2010 bestellt:

Herr Prof. Dr. Frank Grafmüller, Heidelberg,

zu seiner Stellvertreterin

Frau Dr. Vera Lieberwirth, Mannheim.

Es wird ausdrücklich bestätigt, dass Aufsichtsratsersatzmitglieder nicht gewählt worden sind.

Es wird versichert, dass die persönlichen Voraussetzungen im Sinne der §§ 100 oder 105 AktG für alle bestellten Aufsichtsratsmitglieder gegeben sind und alle dort genannten Ausschlussgründe bei keinem der Aufsichtsratsmitglieder vorliegen.

5. Einziges Vorstandsmitglied ist Herr Manfred Wissmann, Mannheim.
6. Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt € 50.000,00 und ist eingeteilt in 50.000 Stückaktien mit einem auf die Aktien entfallenden rechnerischen Betrag von € 1,00. Die Aktien wurden gegen Bareinlage zum Nominalbetrag ausgegeben. Auf jede Aktie ist der entsprechende Betrag in Höhe von 25 % auf das Konto bei der Gesellschaft eingezahlt worden. Der eingezahlte Betrag von insgesamt € 12.500,00 steht zur freien Verfügung des Vorstands, soweit er nicht für die Bezahlung des Gründungsaufwandes zu verwenden ist, so dass dieser Betrag ansonsten nicht vorbelastet ist.
7. Zur Vertretung ist in der Satzung geregelt:

Ist nur ein Vorstand bestellt, vertritt dieser die Gesellschaft allein. Sind mehrere Vorstandsmitglieder bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Vorstandsmitglieder gemeinschaftlich oder durch ein Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Der Aufsichtsrat kann einem oder mehreren Vorstandsmitgliedern Alleinvertretungsberechtigung erteilen und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien, wobei hierbei § 112 AktG zu beachten ist.
8. Der Vorstand ist berechtigt, die Gesellschaft allein zu vertreten. Er ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, soweit nicht die Gesellschaft gemäß § 112 AktG vom Aufsichtsrat vertreten wird.
9. Der Vorstand versichert:

Es liegen bei mir keine Umstände vor, die meiner Bestellung nach § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 und 3 sowie S. 3 und 4 AktG entgegenstehen. Ich wurde über meine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht von dem Notar belehrt. Ich versichere, dass ich weder wegen einer Straftat noch nach §§ 283 bis 283 d StGB verurteilt worden bin, noch dass mir durch gerichtliches Urteil oder durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezweiges untersagt wurde.
10. Das Geschäftslokal der Gesellschaft befindet sich in der Augustaanlage 32, 68165 Mannheim.

Die Unterzeichnenden erteilen hiermit sämtlichen Angestellten des Notars Horst Dieter Müller, Mannheim, jeweils einzeln und unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB **Vollmacht**, sie bei der Abgabe von berichtigenden oder ergänzenden Erklärungen zu dieser Urkunde zu vertreten, soweit dies durch eventuelle Beanstandung des Registergerichts oder aus sonstigen Gründen erforderlich sein sollte.

Mannheim, den ____ . Januar 2010

Gründer:

Prof. Dr. Frank Grafmüller

Manfred Wissmann

Vorstand:

Manfred Wissmann

Aufsichtsrat:

Prof. Dr. Frank Grafmüller

Jessica Brunn

Dr. Vera Lieberwirth



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

in Kooperation mit:

obs Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

juris[®]

Fachanwalt für Handels- & Gesellschaftsrecht (Fernkurs)

Entscheidungssammlung I.

„Höchststrichterliche Rechtsprechung zu anwaltsrelevanten Schwerpunkten“

Wolfgang Fahlbusch, Rechtsanwalt

11. Keine Rechtskrafterstreckung eines Urteils gegen die Gesellschafter auf die GbR	66
C1 Personengesellschaftsrecht.....	66
12. Voraussetzungen der Zwangsverwaltung des Grundstücks einer GbR	71
C1 Personengesellschaftsrecht.....	71
13. Neugründung einer UG (haftungsbeschränkt) durch Abspaltung; Sacheinlageverbot	78
C2 Kapitalgesellschaftsrecht	78
14. Kapitalerhöhung einer UG (haftungsbeschränkt) auf den Betrag des Mindeststammkapitals; Sacheinlageverbot	82
C2 Kapitalgesellschaftsrecht	82
15. Handelndenhaftung bei Neugründung einer Vorratsgesellschaft	87
C2 Kapitalgesellschaftsrecht	87
16. Verdeckte Sacheinlage bei Tilgung eines durch die Gesellschafter verbürgten Ehegatten-Darlehens mittels Bareinlage	91
C2 Kapitalgesellschaftsrecht	91
17. Zum (Nach-) Rang der Darlehensrückforderung einer dem Insolvenzschuldner nahestehende Person.....	96
C2 Kapitalgesellschaftsrecht	96
18. Zum Wegfall der für die UG (haftungsbeschränkt) geltenden Beschränkungen.....	104
C2 Kapitalgesellschaftsrecht	104
19. Wirtschaftliche Neugründung durch Mantelverwendung nur bei „leerer Hülse“	110
C2 Kapitalgesellschaftsrecht	110
20. Rückwirkende Anrechnung bei der verdeckten Sacheinlage verfassungsgemäß	114
C2 Kapitalgesellschaftsrecht	114
21. Nichtigkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters bei Beeinträchtigung des Stammkapitals	131
C2 Kapitalgesellschaftsrecht	131
22. Unzulässigkeit einer Klage gegen eine GmbH nach Amtsniederlegung des einzigen Gesellschafters	135
C2 Kapitalgesellschaftsrecht	135
23. Zur gemeinschaftsbezogenen Zuwendung in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft...	141
D1 Personengesellschaftsrecht / Familienrecht	141
24. Treuepflichten der Gesellschafter eines Immobilienfonds in Sanierungsfällen.....	149
E1 (Vor-) Sanierungsphase	149
25. Passivierungspflicht der „sog. gesplitteten Einlage“ in der Überschuldungsbilanz	158
E1 (Vor-) Sanierungsphase	158
26. Kündbarkeit einer Patronatserklärung in der Krise der Tochtergesellschaft.....	162
E2 Sanierungsphase	162

BGH Beschluss vom 01.03.2010 II ZR 13/09 (OLG Köln) Bormann GmbHG 2010, 752, 753	Passivierungspflicht der „sog. gesplitteten Einlage“ in der Überschuldungsbilanz	§§ 30, 31 GmbHG a.F.	E1 (Vor-) Sanierungspha- se
--	--	-------------------------	--------------------------------

I. Leitsatz

Darlehen, die ein Gesellschafter aufgrund eines Versprechens im Gesellschaftsvertrag neben der Einlage gewährt hat ("gesplittete Einlage"), sind in der Überschuldungsbilanz zu passivieren, soweit nicht ausdrücklich ein - bis zum Inkrafttreten des MoMiG sog. qualifizierter - Rangrücktritt erklärt ist.

II. Gründe

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor und sie hat auch keine Aussicht auf Erfolg (§ 552 a ZPO).

I.

Ein Zulassungsgrund besteht nicht.

1.

Soweit das Berufungsgericht die Revision im Hinblick auf die Fortgeltung der Rechtsprechungsregeln für Darlehensrückzahlungen vor Inkrafttreten des MoMiG zugelassen hat, ist der Zulassungsgrund entfallen. Der Senat hat nach Erlass des Berufungsurteils bereits mehrfach entschieden, dass die Rechtsprechungsregeln jedenfalls dann weiterhin gelten, wenn das Insolvenzverfahren vor dem 1. November 2008 eröffnet wurde (BGHZ 179, 249 Tz. 15 ff. "Gut Buschow"; BGHZ 179, 285 Tz. 8; Urt. v. 6. April 2009 - II ZR 277/07, ZIP 2009, 1273; v. 20. Juli 2009 - II ZR 36/08, ZIP 2009, 1806). Ob ein Zulassungsgrund besteht, ist nach dem Zeitpunkt der Entscheidung des Revisionsgerichts, nicht dem Erlass des Berufungsurteils zu beurteilen (BGH, Urt. v. 20. Januar 2005 - I ZR 255/02, NJW-RR 2005, 650).

2.

Auch zur Frage, ob im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Darlehen der Gesellschafter ("gesplittete Einlage") zu passivieren sind, besteht kein Zulassungsgrund.

Grundsätzliche Bedeutung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO hat eine Rechtssache, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und die deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt, wobei insbesondere erforderlich ist, dass die betreffende Rechtsfrage in einem gewissen Umfang umstritten ist (st. Rspr. siehe nur BGHZ 154, 288, 291).

Eine solche klärungsbedürftige Rechtsfrage stellt sich nicht. **Der Senat hat bereits entschieden, dass auf das erfüllte Finanzplankreditversprechen die Regeln des Eigenkapitalersatzrechts angewandt werden und der Finanzplankredit keine eigenständige Kategorie des Eigenkapitalersatzrechts ist, vielmehr für die Qualifizierung von Darlehen, die auf Grund einer Vereinbarung der Gesellschaft zur Verfügung gestellt wurden, die allgemeinen Grundsätze über eigenkapitalersetzende Leistungen gelten (BGHZ 142, 116, 122). Für eigenkapitalersetzende Darlehen ist geklärt, dass sie in der Überschuldungsbilanz als Verbindlichkeiten zu passivieren sind, außer es liegt ein sog. qualifizierter Rangrücktritt vor (BGHZ 146, 264, 271). Dementsprechend sind auch dann, wenn eine so genannte gesplittete Einlage vereinbart ist, die Darlehensrückzahlungsansprüche zu passivieren, soweit nicht ausnahmsweise ein solcher qualifizierter Rangrücktritt erklärt ist (Roth/Altmeppen, GmbHG 6. Aufl. § 32a a. F. Rdn. 79; Altmeppen, FS Sigle, S. 211, 216; Scholz/K. Schmidt, GmbHG 10. Aufl. §§ 32 a, 32 b Rdn. 101; Habersack in Ulmer/Winter, GmbHG §§ 32 a, b Rdn. 249 unter Aufgabe von ZHR 161 [1997], 457, 490; Michalski/Heidinger, GmbHG §§ 32 a, 32 b Rdn. 393; Sieger/ Aleth, GmbHR 2000, 462, 470; a.A. Ekkenga, WM 2006, 1986, 1989).**

II.

Die Revision hat auch keinen Erfolg.

1.

Das Berufungsgericht ist zur Recht davon ausgegangen, dass die Rechtsprechungsregeln noch anwendbar sind, wenn - wie hier - das Insolvenzverfahren vor dem 1. November 2008 eröffnet wurde.

2.

Der Kläger kann entsprechend § 31 GmbHG a.F. Erstattung der auf das Darlehen des Erblassers in den Jahren 2002 bis 2004 zurückbezahlten 122.367,20 € verlangen. Das Darlehen war eigenkapitalersetzend. Die Gesellschaft war überschuldet, weil die mit den Mitgesellschaftern bereits im Gesellschaftsvertrag vereinbarten, valuierten Darlehen zu passivieren waren.

a)

Die im Rahmen einer so genannten gesplitteten Einlage gewährten Darlehen der Gesellschafter waren als Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu passivieren. Auch wenn eine Kündigung durch den Gesellschafter ausgeschlossen ist, ist rechtlich ein Darlehen ver-

einbart, für das eine Rückzahlungspflicht besteht und das als Verbindlichkeit im Überschuldungsstatus zu passivieren ist, sofern nicht ein - hier nur in Gestalt einer "qualifizierten" Erklärung in Betracht kommender - Rangrücktritt erklärt ist. Der im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Ausschluss des Kündigungsrechts des Gesellschafters kann grundsätzlich wieder aufgehoben und das Darlehen damit fällig gestellt werden. Dass die Darlehen nur zusammen mit der Gesellschafterstellung gekündigt werden können, schließt eine Rückzahlung ebenfalls nicht aus. So kommt eine Kündigung bei Ausscheiden aus der Gesellschaft in Frage, etwa durch die jedenfalls ab 31. Dezember 2010 mögliche Kündigung der Gesellschafterstellung, bei Ausschluss oder bei Einziehung. Schließlich darf die Gesellschaft das Darlehen unter Umständen ihrerseits kündigen oder kann es auch ohne vorherige Kündigung zurückzahlen.

b)

Ein qualifizierter Rangrücktritt ist nicht erklärt. Eine ausdrückliche Rangrücktrittserklärung fehlt. Dass das Darlehen bereits im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist und nicht ohne die Gesellschafterstellung gekündigt werden kann, bedeutet noch keinen qualifizierten Rangrücktritt und ersetzt die ausdrückliche Rangrücktrittserklärung nicht.

Damit, dass der Gesellschafter ein solches Darlehen auch ohne Krise der Gesellschaft belassen muss, ist der Rang seiner Rückzahlungsforderung in der Insolvenz noch nicht bestimmt, insbesondere ist kein Nachrang vereinbart. Aber selbst wenn der Ausschluss der Kündigung bis zur Insolvenzeröffnung nicht aufgehoben wird und darin eine konkludente Nachrangvereinbarung zu sehen wäre, wäre eine Rückzahlung noch vor dem Liquidationserlös im Rang jedenfalls des § 39 Abs. 2 InsO a.F. geschuldet (vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG 10. Aufl. §§ 32 a, 32 b Rdn. 95). Ein Rücktritt in den Rang von § 39 Abs. 2 InsO a.F. genügt jedoch den Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt solange nicht, wie der Gesellschafter in dieser Klasse nicht an die letzte Stelle tritt (vgl. Sen.Urt. v. 14. Mai 2007 - II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265 Tz. 10). Dass die Darlehen der Mitgesellschafter bei ihrem Ausscheiden nach § 14 Nr. 6 des Gesellschaftsvertrags in drei Jahresraten zurückzuzahlen waren, führt entgegen der Revision schon materiell nicht zu einem Nachrang, da mit der Insolvenzeröffnung die Gesamtforderung als fällig gilt (§ 41 InsO).

Die rechtliche Einordnung als nachrangige Forderung reicht ebenfalls nicht aus, um die Passivierung in der Überschuldungsbilanz zu vermeiden. Auch bei materiellem Nachrang ist eine ausdrückliche Rangrücktrittserklärung notwendig, um den Rangrücktritt außer Streit zu stellen und dem Geschäftsführer eine zweifelsfreie und rechtssichere Beurteilungsgrundlage zu geben (BGHZ 146, 264, 273). Das gilt auch für die gesplittete Einlage (Habersack in Ulmer/Winter, GmbHG §§ 32 a, b Rdn. 249).

III. Anmerkungen/Hinweise für die Praxis

In der Beratungspraxis der Unternehmenssanierung ist die **sog. Rangrücktrittserklärung** von Gesellschafterdarlehen in der **Überschuldungsbilanz** nach §§ 19 Abs. 2 S. 2, 39 Abs. 1 Nr. 5,

Abs. 2 InsO von erheblicher Bedeutung. Mit der o.a. Entscheidung ist klargestellt, dass sich die Rangrücktrittserklärung auch auf die „sog. gesplittete Einlage“ beziehen muss.

Beschluss vom 23.09.2010 31 Wx 149/10 (OLG München) Nawe BB 2010, 2531 ff	Zum Wegfall der für die UG (haftungsbeschränkt) geltenden Beschränkungen	§ 5 Abs. 1, 5 a Abs. 1 bis 4 GmbHG	C2 Kapitalgesellschafts- recht
--	--	---	-----------------------------------

I. Leitsätze

1. **Eine Beschlussfassung zur Kapitalerhöhung, mit der das Mindeststammkapital im Sinne des § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht wird, führt noch nicht zu einem Wegfall der für eine "UG (haftungsbeschränkt)" geltenden Beschränkungen im Sinne des § 5a Abs. 1 bis 4 GmbHG.**
2. **Die Beschränkungen des § 5a Abs. 1 bis 4 GmbHG entfallen erst dann, wenn eine Volleinzahlung des Stammkapitals im Sinne des § 5 Abs. 1 GmbHG erbracht worden ist.**

II. Sachverhalt

Die Beteiligte zu 1, die mit Gesellschaftsvertrag vom 3.2.2010 gegründet worden war, wurde am 2.3.2010 unter der Firma V. UG (haftungsbeschränkt) im Handelsregister eingetragen. **Mit notariell beglaubigtem Schreiben vom 25.3.2010 hat der bisherige Geschäftsführer (= Beteiligter zu 2) und der neu einzutragende Geschäftsführer (= Beteiligter zu 3) die Erhöhung des Stammkapitals in Höhe von 2.000 € um 23.000 € auf 25.000 € angemeldet. Zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile in Höhe von 10.500 € (= Geschäftsanteil Nr. 2) wurde der bisherige Gesellschafter (= Beteiligter zu 2) und in Höhe von 12.500 € (= Geschäftsanteil Nr. 3) der neue Gesellschafter (= Beteiligter zu 3) zugelassen. Beide Gesellschafter haben versichert, dass auf den neuen Geschäftsanteil Nr. 2 ein Betrag in Höhe von 5.250 € und auf den Geschäftsanteil Nr. 3 ein Betrag in Höhe von 6.250 € bar erbracht worden sei, so dass sich der geleistete Betrag in Höhe von 11.500 € uneingeschränkt zur freien Verfügung der Geschäftsführer der Gesellschaft befinde.**

Mit Verfügung vom 14.6.2010 beanstandete das Registergericht, dass die angemeldete Änderung des § 1 der Satzung (Umfirmierung in V. GmbH) nicht eingetragen werden könne. Gemäß § 5a Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 5a Abs. 5 GmbHG müsse eine Gesellschaft, die mit einem Stammkapital von unter 25.000 € (§ 5 Abs. 1 GmbHG) gegründet wurde, den Rechtsformzusatz „Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG haftungsbeschränkt“ führen. Werde das Stammkapital erhöht, falle die Bestimmung des § 5a Abs. 1 GmbHG erst dann weg, wenn der Mindestbetrag des § 5 Abs. 1 GmbHG tatsächlich erreicht werde. Dies sei vorliegend mangels

Volleinzahlung nicht der Fall. Auch die angemeldete Änderung des § 4 der Satzung (Stammkapital) sei nicht eintragbar. Eine Änderung des Stammkapitals sei nur insoweit eintragbar, als Volleinzahlung erfolgt sei. Satzungsänderung und Eintragung im Handelsregister sei nur in Höhe des tatsächlich geleisteten Stammkapitalbetrags von nun 12.500 € (richtig. 13.500 €) möglich (§ 5a Abs. 5 GmbHG i. V. m. § 5a Abs. 2 Satz 1 GmbHG).

Gegen diese Verfügung legte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsteller Beschwerde ein.
.....

Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und dem Senat vorgelegt.

III. Gründe

Die zulässige Beschwerde (§ 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG) ist nicht begründet. Das Registergericht hat zu Recht beanstandet, dass die Voraussetzungen des § 5a Abs. 5 GmbHG für die beantragte Eintragung der Änderung der Satzung hinsichtlich der Umfirmierung der „UG (haftungsbeschränkt)“ in eine „reguläre“ GmbH und der Eintragung des Stammkapitals nicht vorliegen.

1. Die von den Gesellschaftern tatsächlich erbrachte Kapitalerhöhung auf ein Stammkapital in Höhe von insgesamt 13.500 € ist gemäß § 5a Abs. 5 GmbHG für eine Umfirmierung der „UG (haftungsbeschränkt)“ in eine GmbH nicht ausreichend und kann nicht Grundlage für die beantragten Eintragungen der Änderung des Stammkapitals und der „Umfirmierung“ sein. Die beantragten Eintragungen lassen sich entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht auf den Wortlaut des § 5a Abs. 5 GmbHG und der Intention des Gesetzgebers stützen, dass bei einer Umfirmierung der „UG (haftungsbeschränkt)“ in eine „reguläre“ GmbH durch Erhöhung des Stammkapitals auf 25.000 € (und höher) die allgemeinen Regeln der §§ 56a, 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG Anwendung finden und es daher einer Volleinzahlung des Stammkapitals nicht bedarf.

2. Ob im Rahmen einer Umfirmierung von einer „UG (haftungsbeschränkt)“ zu einer regulären GmbH eine Volleinzahlung des Stammkapitals erforderlich ist, betrifft die Frage, zu welchem Zeitpunkt die für die „UG (haftungsbeschränkt)“ in § 5 Abs. 1 bis 4 GmbHG geregelten Beschränkungen wegfallen.

a) Diese Frage wird in der Literatur nicht einheitlich beantwortet.

aa)

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass die Sonderregeln bereits für diejenige Kapitalerhöhung nicht mehr gelten, mit der das Mindeststammkapital der GmbH erreicht wird (Roth/Altmeyen/Altmeyen GmbHG 6. Auflage § 5a Rn. 26; Wicke GWR 2010, 259; Klose GmbHG 2009, 294 296). Für eine solche Auslegung spreche der Wortlaut des § 5a Abs. 5 GmbHG, da andernfalls der Gesetzgeber hätte formulieren müssen: „Hat die Gesellschaft ihr Stammkapital so erhöht, dass...“ (Schreiber DZWIR 2009, 492, 497) bzw. eine solche Auslegung sei mittels teleologischer Reduktion der Vorschrift geboten (Freitag/ Riemenschneider ZIP 2007, 1485, 1491; Waldenberger/Sieber GmbHR 2009, 114, 119). Es sei nicht ersichtlich, dass die In-

tention des Gesetzgebers gewesen sei, die Gesellschafter einer „UG (haftungsbeschränkt)“ beim Übergang in die reguläre GmbH schlechter zu stellen, als wenn sie von vornherein eine reguläre GmbH gegründet hätten (MüKo/Rieder GmbHG 2010 § 5a GmbHG Rn. 40). **Ebenso ist die sich daran anschließende Frage, ob eine Kapitalerhöhung (auch) durch Erbringung einer Sacheinlage erfolgen könne, sofern diese das Mindeststammkapital erreicht, streitig** (dafür: Wicke GWR 2010, 259; Berninger GmbHR 2010, 63, 66; MüKo/Rieder a.a.O. Rn. 42; offenbar auch Freitag/Riemenschneider a.a.O. S. 1491; dagegen: Seibert GmbHR 2007, 673, 676; generell gegen eine Anwendung des § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG nach erfolgter Gründung der „UG (haftungsbeschränkt)“: Hennrichs NZG 2009, 1161).

bb)

Andererseits wird im Schrifttum auch die Auffassung vertreten, dass die Sondervorschriften erst dann keine Anwendung mehr finden, wenn eine Barkapitalerhöhung (die Erbringung einer Sacheinlage sei insofern nicht ausreichend) tatsächlich den Betrag der Mindeststammeinlage in Höhe von 25.000 € (§ 5 Abs. 1 GmbHG) erreicht habe oder diesen übersteige. Erst mit der Leistung der Einlagen und der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister sei diese durchgeführt (Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG 19. Auflage § 5a Rn. 32; Heckschen DStR 2009, 166, 170; Tamm MDR 2010, 1025, 1026).

b)

Eine obergerichtliche Entscheidung zu dieser Frage liegt - soweit erkennbar - bisher nicht vor.

c)

Der erkennende Senat teilt die Auffassung, dass die Sonderregelungen des § 5a Abs. 1 bis 4 GmbHG erst dann keine Anwendung mehr finden bzw. § 56a GmbHG und § 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG erst dann gelten, wenn die geleistete Bareinzahlung den Betrag des Stammkapitals in Höhe von 25.000 € (§ 5 Abs. 1 GmbHG) tatsächlich erreicht oder überschritten hat.

aa) Entgegen der in der Literatur vertretenen Ansicht (vgl. oben) spricht nicht bereits der Wortlaut des § 5a Abs. 5 Hs. 1 GmbHG dafür, dass die Sondervorschriften für diejenige Kapitalerhöhung nicht mehr gelten, mit der das Mindeststammkapital der GmbH erreicht wird. Im Gegenteil: **Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist der maßgebliche Zeitpunkt für den Wechsel der anzuwendenden Vorschriften der (wirksamen) Erhöhung des Stammkapitals. Für die Wirksamkeit der Erhöhung des Stammkapitals bedarf es aber neben dem Beschluss der Gesellschafter zur Kapitalerhöhung zudem dessen Eintragung in das Handelsregister (Baumbach/Hueck/Zöllner a.a.O. § 55 Rn. 49). Diese kann aber erst dann erfolgen, wenn gemäß § 57 Abs. 2 GmbHG die Einlagen auf das neue Stammkapital bewirkt worden sind. Bis dahin wird also die „UG (haftungsbeschränkt)“ den Sondervorschriften des § 5a GmbHG unterstellt, sodass aufgrund der Sonderregelung des § 5a Abs. 2 Satz 1 GmbHG das Stammkapital in voller Höhe einzuzahlen ist. Erst mit der darauf anschließenden Eintragung der Kapitalerhöhung können dann gemäß § 5a Abs. 5 Hs. 1 GmbHG die Vorschriften für die reguläre GmbH und damit auch die §§ 7 Abs. 2 Satz 1, 56a GmbHG Anwendung finden. §**

5a Abs. 5 GmbHG bildet insofern in systematischer Hinsicht eine Klammer um sämtliche Regelungen, die in § 5a Abs. 1 bis 4 GmbHG enthalten sind (Heckschen DStR 2009, 166, 170), so dass auch § 5a Abs. 2 GmbHG nicht nur für den Gründungsakt (in diesem Sinne Klose a.a.O. S. 295, Hennrichs a.a.O S. 1163), sondern auch für Kapitalerhöhungen Anwendung findet (Heckschen a.a.O S. 170). Eine am Wortlaut orientierte Auslegung des § 5 Abs. 5 Hs. 1 GmbHG spricht daher nach Auffassung des Senats für die tatsächliche Volleinzahlung der Kapitalerhöhung und nicht dagegen.

bb) Ein Erfordernis für eine teleologische Reduktion des § 5a Abs. 5 Hs. 1 GmbHG besteht nach Auffassung des Senats nicht. Der Einwand, dass es nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen sei, die Gesellschafter einer „UG (haftungsbeschränkt)“ beim Übergang in die reguläre GmbH schlechter zu stellen, als wenn sie von vornherein eine reguläre GmbH gegründet hätten (vgl. oben), greift nicht.

(1) Konkrete Anhaltspunkte für eine solche Intention lassen sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Vielmehr wird für den Entfall der Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 4 (§ 5a GmbHG) und der Möglichkeit der Umfirmierung nach § 4 GmbHG lediglich darauf abgestellt, dass das Mindeststammkapitalerfordernis im Sinne des § 5 Abs. 1 GmbHG infolge einer durchgeführten (!) Kapitalerhöhung erfüllt wird (BT-Drs. 16/6140 S. 32).

(2) Auch ergibt sich aus den Regelungen in § 5a GmbHG nicht, dass der Gesetzgeber die „UG (haftungsbeschränkt)“ generell der „regulären“ GmbH gleichstellen wollte.

Hauptanliegen des Gesetzgebers war es, durch die Neueinführung der haftungsbeschränkten Unternehmergeellschaft (UG) in § 5a GmbHG es jungen Existenzgründern sehr einfach zu machen, ihre unternehmerischen Ziele in Angriff zu nehmen und in der Kombination mit der Vereinfachung der Gründung unter Verwendung der Mustersatzung ein bis dahin nicht bekanntes Maß an Flexibilität, Schnelligkeit, Einfachheit und Kostengünstigkeit zu erreichen (BT-DRs 16/6140 S. 31). Für die Umsetzung der angedachten Vereinfachung des Gründungsaktes wollte der Gesetzgeber keine neue Rechtsform unterhalb oder neben der GmbH schaffen, sondern innerhalb der Vorschriften des GmbHG einige Erleichterungen vorsehen, die durch eine deutlich andere Firmierung flankiert sind. Demgemäß sollen grundsätzlich alle Vorschriften des GmbHG und des gesamten deutschen Rechts, die die GmbH betreffen, ohne weiteres auch für diese Gesellschaft Anwendung finden.

Eine Ausnahme gilt jedoch für diejenigen Bereiche, die durch § 5a GmbHG eine Sonderregelung erfahren haben (BT-Drs 16/ 6140 S. 31). Darin findet sich u.a. auch in § 5a Abs. 2 GmbHG die Modifikation der Vorschrift des § 7 Abs. 2 GmbHG hinsichtlich der Erbringung des Stammkapitals, die bei der „UG (haftungsbeschränkt)“ im Vergleich zur „regulären“ GmbH eine „Benachteiligung“ insofern zur Folge hat, dass Sacheinlagen ausgeschlossen sind (§ 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG) und dass das Stammkapital in voller Höhe einzubezahlen ist (vgl. Beispiel in Baumbach/Hueck/Fastrich a.a.O. Rn 33: GmbH: Einzahlung von Mindestkapital in Höhe von 12.500 € - „UG (haftungsbeschränkt)“: Volleinzahlung des Stammkapitals in Höhe von 20.000 €). Es ist daher gerade nicht so, dass der Gesetzgeber die „UG (haftungsbeschränkt)“ mit der „regulären“ GmbH unabhängig von der Firmungsart gleichgestellt wissen wollte. Etwaige Unterschiede zwi-

schen „UG (haftungsbeschränkt)“ und der „regulären“ GmbH sind daher systembedingt und hängen von der Wahl des Einstiegsmodells ab (so zutreffend Baumbach/Hueck/Fastrich a.a.O. § 5a Rn. 33).

cc) **Die vom Senat geteilte Auffassung steht im Übrigen anders als die Gegenansicht, die im Ergebnis auf die Beschlussfassung abstellt (Baumbach/Hueck/Fastrich a.a.O. § 5a Rn. 33), auch in systematischer Hinsicht mit den sonstigen Regelungen des GmbHG hinsichtlich der Erhöhung des Stammkapitals, die nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich Anwendung finden sollen, in Einklang (vgl. oben).**

(1) **Ausführungen dazu, dass der Gesetzgeber im Rahmen des § 5a Abs. 5 GmbHG die Beschlussfassung und nicht die Eintragung der Kapitalerhöhung als ausreichend erachtet hat, finden sich in der Gesetzesbegründung nicht. Solche wären aber naheliegend gewesen, da der Gesetzgeber bei einem Abstellen auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung eine Ausnahmegvorschrift zu den allgemeinen Vorschriften der §§ 55, 57 GmbHG geschaffen hätte.**

(2) **Ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung würde zudem Missbräuchen insofern Vorschub leisten, als die Beschränkungen des § 5a Abs. 1 bis 4 GmbHG selbst dann entfallen würden, wenn die Einlage später nicht erbracht wird (Klose a.a.O S. 297).**

(3) Auch stellt sich bei der vom Senat geteilten Auffassung nicht die bei Zugrundelegung der Gegenansicht zwingend anschließende Folgefrage, ob auch Sacheinlagen für eine Kapitalerhöhung möglich sind. Zudem bedarf es keiner analogen Anwendung des § 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, um eine Besserstellung der „UG haftungsbeschränkt“ im Vergleich zur „regulären“ GmbH zu vermeiden. Denn bei der „UG haftungsbeschränkt“ müsste ansonsten bei einer Stammkapitalerhöhung nach § 56a, 7 Abs. 2 S. 1 GmbH nur ein Viertel des Erhöhungsbetrages einbezahlt werden, was im Vergleich zur Neugründung einer „regulären“ GmbH im Hinblick auf den hier geltenden Halbeinzahlungsgrundsatz des § 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG die „UG (haftungsbeschränkt)“ ungerechtfertigt begünstigen würde (vgl. dazu Klose a.a.O. S. 297).

IV. Anmerkungen/Hinweise für die Praxis

Ergänzend zu der o.a. Entscheidung hat der Bundesgerichtshof mit den Beschlüssen vom 11. 4. 2011, Akt. Z. 9/10 und 19.4.2011, Akt. Z. 25/10 (ZIP 2011, 955; 1054) die bisher in der Rechtsprechung und Literatur (Werner GmbHR 2011, 459 ff) heftig umstrittenen Fragen des **Sacheinlageverbots** nach **§ 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG** geklärt (Berninger GmbHR 2011, 953 ff)

Danach kann eine UG (haftungsbeschränkt) grundsätzlich **nicht** als übernehmender Rechtsträger (**Zielgesellschaft**) bei Umwandlungsvorgängen - Verschmelzung/Spaltungen - wegen des Sacheinlageverbots nach § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG zur Neugründung eingesetzt werden. Die Entscheidungsgründe lassen den Schluss zu, sämtliche Formen der Neugründung einer UG (haftungsbeschränkt) durch Umwandlungsvorgänge wegen des Sacheinlageverbots nach § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG als unzulässig zu erachten.

Im umgekehrten Fall, soweit eine UG (haftungsbeschränkt) als übertragender Rechtsträger an Umwandlungsvorgängen - Verschmelzung/Spaltung - zur **Aufnahme** beteiligt ist, dürfte die UG (haftungsbeschränkt) dagegen verwandt werden, soweit mit der Verschmelzung/ Spaltung auf die UG ein Vermögen übertragen wird, dass die Erhöhung des Stammkapitals auf den Mindestbetrag von 25.000 €, § 5 Abs. 1 GmbHG, zulässt.

Weiterhin gilt das **Sacheinlageverbot** nach **§ 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG** nicht nur für die Gründung einer UG (haftungsbeschränkt), sondern auch für die nach der (Erst-) Eintragung erfolgende Kapitalerhöhung. Es gilt so lange, bis das Kapital einer UG (haftungsbeschränkt) auf das Mindeststammkapital der GmbH von 25.000 €, § 5 Abs. 1 GmbHG, erreicht ist. Das Sacheinlagenverbot soll nach dem Sinn und Zweck von **§ 5a Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 GmbHG** jedoch dann nicht mehr gelten, wenn die Mindeststammkapitalgrenze nach **§ 5 Abs. 1 GmbH G** durch die Kapitalerhöhung erreicht ist, da anderenfalls ein Wertungswiderspruch zur Gründung einer GmbH ohne den Zwischenschritt einer UG (haftungsbeschränkt)-Gründung vorläge (Berninger a.a.O., 955 ff).



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

in Kooperation mit:

ojs Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Juris[®]

Fachanwalt für Handels- & Gesellschaftsrecht (Fernkurs)

Entscheidungssammlung II.

„Höchststrichterliche Rechtsprechung zu anwaltsrelevanten Schwerpunkten“

Manfred Wissmann, Rechtsanwalt

11. Voraussetzung für wichtigen Grund i. S. § 166 Abs. 3 HGB für Einsicht in Geschäftsunterlagen durch Kommanditist	63
B2 OHG/KG/GmbH & Co. KG	63
12. Abstellen auf Zeitpunkt der Verurteilung unzureichend bei Versicherung des GmbH- GF:	66
C1 GmbH	66
13. Stimmberechtigung des herrschenden Gesellschafters in der GmbH bei Kündigung des BGV	69
C1 GmbH	69
14. Anmeldung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers bei Verwendung einer Mustersatzung	74
C1 GmbH	74
15. Persönliche GmbH-Gesellschafterhaftung nach Abtretung von Bankforderungen an Mehrheitsgesellschafter	77
C1 GmbH	77
16. Kein Schadenersatz nach § 628 Abs. 2 BGB bei Kündigung aus wichtigem Grund durch GF), Rev. b. BGH, II ZR 76/11	80
C1 GmbH	80
17. Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des Neugläubigerschadens - § 43 Abs. 4 GmbHG findet keine entsprechende Anwendung	87
C1 GmbH	87
18. Fortwirkung der eigenkapitalersatzrechtlichen Bindung bei Schuldübernahme in GmbH	93
C1 GmbH	93
19. Begriff „schwängere Arbeitnehmerin“ als Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft, Richtlinie 92/85/EWG, Richtlinie 76/207/EWG	98
C1 GmbH	98
20. Firmenzusatz „UG (haftungsbeschränkt)“ muss ohne Zwischeneinfügung weiterer Namensbestandteile gegeben sein	107
C1 GmbH	107
21. GmbH-Geschäftsführer: Anspruch auf Weiterbeschäftigung in leitender Funktion nach Abberufung	109
C1 GmbH	109
22. Modalitäten der Bevollmächtigung eines Stimmrechtsvertreters einer AG und Pflichtangaben für Einberufung der HV	112
C2 AG	112
23. Kein Stimmverbot in der Einmann-AG (UNI-CREDIT)	116
C2 AG	116
24. HV Deutsche Bank 2009, zur Nichtigkeit von HV-Beschlüssen bei Berichtspflicht des Vorstands bei Schaffung neuen genehmigten Kapitals	118
C2 AG	118

25. Voraussetzungen einer baren Zuzahlung bei Verschmelzung von Aktiengesellschaften - T-Online International AG	130
C2 AG	130
26. Anspruch des Minderheitsaktionärs auf Zahlung des festen Ausgleichs.....	134
C2 AG	134
27. Anspruch auf Ausgleichszahlungen bei BGV	134
C2 AG	134
28. Bestimmung des maßgeblichen Sitzes einer Gesellschaft in der EU nach Art. 22 Nr. 2 EuGVVO und Unwirksamkeit einer abweichenden Klausel im Gesellschaftsvertrag	140
C3 Internationales Privatrecht	140
29. Gerichtszuständigkeit des Sitzstaates für Rechtsstreitigkeiten über Organbeschlüsse	146
C3 Internationales Privatrecht	146
30. Betriebsaufspaltung zwischen Mehrheitsaktionär und Aktiengesellschaft bei personeller Verflechtung.....	154
C4 Steuerrecht bei GmbH/AG	154

OLG Hamm, Beschluss vom 14.4.2011 15 Wx 499/10	Anmeldung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers bei Verwendung einer Mustersatzung	§§ 2 Abs. 1a, 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG, § 181 BGB - BeckRS 2011, 11187; NZG 2011, 705	C1 GmbH
---	---	---	---------

I. Leitsatz

Bei einer nach der Mustersatzung gegründeten GmbH kann die Anmeldung der konkreten Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers nicht mit dem Zusatz verbunden werden, dieser sei einzelvertretungsberechtigt (Rn.10).

II. Sachverhalt

- 1 Der Beteiligte gründete durch notarielle Urkunde vom 11.02.2009 (UR-Nr. 155/2009 des Notars S) die im Rubrum bezeichnete Gesellschaft nach dem Musterprotokoll (Anlage zu § 2 Abs. 1 a GmbHG) und bestellte sich dabei selbst zum Geschäftsführer. Mit unterschiftsbeglaubigtem Schreiben vom 11.02.2009 (UR-Nr. 156/2009 des Notars S) meldete er die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister an. Die Anmeldung enthält folgende Angaben zur Vertretungsregelung:
- 2 *„Die Gesellschaft wird durch einen Geschäftsführer allein vertreten, wenn er alleiniger Geschäftsführer ist. Hat die Gesellschaft mehrere Geschäftsführer, vertreten sie die Gesellschaft gemeinsam. Die Geschäftsführer können von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden.*
- 3 *Ich bin einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit“.*
- 4 Mit Zwischenverfügung vom 30.03.2009 beanstandete das Amtsgericht - soweit im Verfahren der weiteren Beschwerde noch von Bedeutung - u.a. die Anmeldung der Einzelvertretungsbefugnis des Geschäftsführers, da sich diese nicht aus dem Musterprotokoll ergebe (Ziffer 3. der Zwischenverfügung). Mit Verfügung vom 25.09.2009 stellte das Amtsgericht klar, dass sich diese Beanstandung in der Zwischenverfügung nur auf die konkrete Vertretungsregelung in der Anmeldung bezogen habe.
- 5 Gegen die Zwischenverfügung vom 30.03.2009 hat der Beteiligte mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 11.08.2009 Beschwerde eingelegt. Die Kammer für Handelssachen des Landgerichts Detmold hat die Beschwerde durch Beschluss vom 26.07.2010 zurückgewiesen, dabei aber in den Entscheidungsgründen sinngemäß ausgeführt, dass die in den Ziffern 1. und 2. der Zwischenverfügung vom 30.03.2009 genannten Eintragungshindernisse beseitigt sein dürften und dass auch die angemeldete allgemeine Vertretungsregelung nicht zu beanstanden sei. Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beteiligte mit seiner weiteren Beschwerde, soweit das Landgericht (mit der in dem Beschluss auf Seite 3 unter Buchstabe b) gegebenen Begründung) die amtsgerichtliche Zwischenverfügung zu Ziffer 3. - also die Beanstandung der angemeldeten konkreten Vertretungsregelung - bestätigt hat.

III. Aus den Gründen

- 6 Die nach den §§ 27, 29 FGG i.V.m. Art. 111 Abs. 1 S. 1 FGG-RG statthafte und auch im Übrigen zulässige weitere Beschwerde ist unbegründet, da die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 27 Abs. 1 FGG).
- 7 Es bestehen bereits Bedenken gegen die Zulässigkeit der Erstbeschwerde. Es ist zweifelhaft, ob der Beteiligte überhaupt befugt war, die Erstbeschwerde im eigenen Namen statt im Namen der Gesellschaft einzulegen. ... in der Sache rechtsfehlerfrei zurückgewiesen hat.
- 8 **Die angemeldete konkrete Vertretungsregelung ist im vorliegenden Fall nicht eintragungsfähig, soweit sich der Beteiligte als „einzelvertretungsberechtigt“ bezeichnet.**
- 9 Die weitere Beschwerde unterscheidet insoweit nicht hinreichend zwischen der allgemeinen/abstrakten und der besonderen/konkreten Vertretungsbefugnis. **Nach den §§ 8 Abs. 4 Nr. 2, 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG sind Art und Umfang der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer in der Anmeldung anzugeben und in das Handelsregister einzutragen. Dabei ist die für die Geschäftsführer generell bestehende Vertretungsbefugnis (allgemeine bzw. abstrakte Vertretungsregelung) anzugeben; soweit die Vertretungsbefugnis für bestimmte Geschäftsführer abweichend von der allgemeinen Vertretungsregelung bestimmt ist - und nur dann -, muss diese spezielle Befugnis (besondere bzw. konkrete Vertretungsregelung) zusätzlich angegeben werden** (Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl., Rn. 948 f., 987 f.; Senat FGPrax 2010, 44 = NZG 2009, 1431 ff. = Rpfleger 2010, 144 f.; BayObLG NJW-RR 1998, 400; OLG Stuttgart FGPrax 2009, 182 f. = NZG 2009, 754 f.; OLG Bremen NJW 2010, 542).
- 10 Im vorliegenden Fall erfolgte die Gründung der Gesellschaft im vereinfachten Verfahren unter Verwendung des Musterprotokolls (Anlage zu § 2 Abs. 1 a GmbHG). **Die Regelung in Ziffer 4. Satz 2 des Musterprotokolls („Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs befreit“) stellt eine konkrete Vertretungsregelung für den im Rahmen der Gründung bestellten, namentlich benannten Geschäftsführer dar; demgegenüber enthält das Musterprotokoll keine allgemeine/abstrakte Vertretungsregelung, so dass diese sich nach dem Gesetz (§ 35 GmbHG) richtet** (Senat a.a.O.; Krafka/Willer/Kühn a.a.O., Rn. 941c). ... **Wenn also nach der Gründung der Gesellschaft unter Verwendung des Musterprotokolls ein weiterer Geschäftsführer bestellt wird, verliert der bei der Gründung bestellte Geschäftsführer nach der allgemeinen gesetzlichen Regelung die Einzelvertretungsmacht** (Baumbach/Hueck a.a.O.; Roth/Altmeppen a.a.O., § 2, Rn. 56; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 2, Rn. 47; Michalski, GmbHG, 2. Aufl., § 2, Rn. 111). **Da bei der Gründung der Gesellschaft im vereinfachten Verfahren keine über das Musterprotokoll hinausgehenden, vom Gesetz abweichenden Bestimmungen getroffen werden dürfen** (§ 2 Abs. 1a S. 3 GmbHG) - was hier auch nicht geschehen ist - **kann dem im Rahmen der Gründung bestellten Geschäftsführer nicht von vornherein eine (besondere/konkrete) Einzelvertretungsbefugnis für den Fall der späteren Bestellung weiterer Geschäftsführer eingeräumt werden** (Michalski a.a.O.).
- 11 Wenn die von dem Beteiligten angemeldete konkrete Vertretungsregelung („Ich bin einzelvertretungsberechtigt ...“) der Anmeldung entsprechend eingetragen würde, könnte diese Regelung im Rechtsverkehr als nächstliegende Bedeutung dahingehend verstanden werden, dass der Beteiligte stets - also auch im Falle der späteren Bestellung weiterer Geschäftsführer - einzelvertretungsberechtigt ist, was jedoch nach dem oben Gesagten von dem Musterprotokoll und dem Gesetz gerade nicht gedeckt ist. Dieses haben bereits die Vorinstanzen zutreffend dargelegt.
- 12 Der Beteiligte beruft sich allerdings mit der weiteren Beschwerde darauf, dass er zur Zeit - also solange er der einzige Geschäftsführer ist - sehr wohl einzelvertretungsberechtigt ist. Dieses ist

aber bereits durch die einzutragende allgemeine Vertretungsregelung zu verlautbaren; nichts anderes besagen auch die von dem Beteiligten mit der weiteren Beschwerde angeführte Entscheidung des OLG Düsseldorf (NJW 1989, 3100) und die darin in Bezug genommene Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 63, 261 ff. = NJW 1975, 213 f.). **Dagegen ist es unzulässig, (zusätzlich) eine den Rechtsverkehr verwirrende konkrete Vertretungsregelung einzutragen, wonach der Beteiligte einzelvertretungsbefugt ist, nur weil er derzeit der einzige Geschäftsführer ist** (vgl. Krafka/Willer/Kühn a.a.O., Rn. 995). ...

IV. Anmerkungen für die Praxis

Diese Entscheidung behandelt eigentlich Formalia, da sie nicht die materielle Rechtslage diskutiert, sondern die Form einer Anmeldung bei einer Gründung mittels Mustersatzung.

Der Gründungsgeschäftsführer einer im vereinfachten Verfahren gegründeten Gesellschaft ist einzelvertretungsberechtigt, weil und solange er einziger Geschäftsführer ist. Gemäß § 2 Abs. 1a S. 3 GmbHG kann bei einer Gründung im vereinfachten Verfahren die abstrakte Vertretungsregelung auch nicht abgeändert werden. Diese ergibt sich aus § 35 GmbHG. Konkrete Vertretungsregeln sind bei der Anmeldung des Geschäftsführers hingegen nur dann anzugeben, soweit sie für bestimmte Geschäftsführer abweichend von der allgemeinen abstrakten Regelung bestimmt sind. Dies sei im vorliegenden Falle nicht gegeben, weshalb es der gesonderten Erwähnung der Einzelvertretungsbefugnis des Geschäftsführers jedenfalls bei der Gründung nicht bedürfe.

Weshalb also der Streit um des Kaisers Bart? Der BGH meint, dass sofern die konkrete Vertretungsbefugnis gleichwohl eingetragen würde, bestünde die Gefahr der Irreführung des Rechtsverkehrs. Falls später ein weiterer Geschäftsführer bestellt würde, verliere der bei der Gründung bestellte Geschäftsführer seine Einzelvertretungsmacht (§§ 35, 2 Abs. 1a S. 3 GmbHG). Der Rechtsverkehr könne aber die angemeldete konkrete Vertretungsregelung dann so verstehen, als sei der Gründungsgeschäftsführer stets, also auch im Falle der späteren Bestellung weiterer Geschäftsführer, automatisch weiter einzelvertretungsberechtigt.