

Newsletter

- Gesellschaftsrecht / M&A / Corporate Structuring -

(I / 2006)

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	
II.	Gesetzgebung und Gesetzgebungsvorhaben	
1.	Regierungsentwurf eines Gesetzes über das elektronische Handels- und Unternehmensregister (EHUG)	Seite 3
2.	Aktionärsforumsverordnung (AktFoV)	Seite 4
3.	RiL 2005/56/EG – Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten	Seite 4
III.	Personengesellschaftsrecht	
1.	Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund bei einer zweigliedrigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts	Seite 7
2.	Anforderung an Zustimmung zu einem Ergebnisabführungsvertrag mit 100%-igem Tochterunternehmen bei einer GmbH & Co. KG	Seite 9
3.	Haftung des Neugesellschafters für Altverbindlichkeiten: Kein Vertrauensschutz bei Kenntnis der Altverbindlichkeiten zum Beitrittszeitpunkt	Seite 12
IV.	GmbH-Recht	
1.	Verschärfte Haftung des Geschäftsführers bei Insolvenz	Seite 14
2.	Geschäftsführerbestellung unter auflösender Bedingung	Seite 15
V.	Aktienrecht	
1.	Keine Vorabberichtspflicht des Vorstands einer Aktiengesellschaft vor Gebrauchmachen eines genehmigten Kapitals	Seite 17
2.	Rechtsschutz der Aktionäre gegen rechtswidriges kompetenzüberschreitendes Handeln der Verwaltungsorgane der Aktiengesellschaft	Seite 18
VI.	Corporate Structuring / M&A	
	Grenzüberschreitende Verschmelzungen im Lichte der Niederlassungsfreiheit	Seite 21
VII.	Stiftungsrecht	
	Insolvenzanfechtung einer Zuwendung an eine Stiftung	Seite 23

I. Einleitung

Der erste Newsletter unserer Fachbereiche Gesellschaftsrecht / M&A / Corporate Structuring des Jahres 2006 stellt vorwiegend obergerichtliche Entscheidungen und Rechtsentwicklungen aus dem Bereich Gesellschaftsrecht vor, die für die Praxis besonders bedeutsam sind.

Aufgrund des Regierungswechsels waren in den vergangenen Monaten wesentliche gesetzgeberische Aktivitäten nicht zu verzeichnen. Von besonderer praktischer Bedeutung ist jedoch der vorgelegte Regierungsentwurf eines Gesetzes über das elektronische Handels- und Unternehmensregister, über den wir ausführlich berichten.

Hervorzuheben ist die zum Aktienrecht ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofes in den beiden Commerzbank / Mangusta-Fällen. Der BGH hatte über die Ausnutzung von genehmigtem Kapital zu entscheiden und hat die Gelegenheit genutzt, grundlegende Ausführungen zu diesem in der Praxis sehr bedeutsamen Finanzierungsinstrument zu tätigen. Aus dem Personengesellschaftsrecht ist die Entscheidung des OLG Hamburg hervorzuheben. Die Entscheidung beschäftigt sich mit konzernrechtlichen Fragestellungen und insbesondere mit der Übertragung konzernrechtlicher Vorschriften auf Personengesellschaften.

Einige in diesem Newsletter besprochene Entscheidungen sind noch nicht rechtskräftig. Wir werden über den weiteren Fortgang dieser Verfahren in unseren kommenden Ausgaben berichten.

Sollten Sie Fragen im Zusammenhang mit einzelnen Themen unseres Newsletters haben, können Sie uns jederzeit gerne und völlig unverbindlich ansprechen. Die Kontaktdaten unserer Ansprechpartner aus den Fachgebieten Gesellschaftsrecht / M&A / Corporate Structuring finden Sie am Ende unseres Newsletters.

II. Gesetzgebung und Gesetzgebungsvorhaben

1. Regierungsentwurf eines Gesetzes über das elektronische Handels- und Unternehmensregister (EHUG).

Anmerkungen von Heike Hoffmann

Das Bundeskabinett hat in seiner Sitzung vom 14. Dezember 2005 den Entwurf eines Gesetzes über elektronische Handelsregister, Genossenschaftsregister und das Unternehmensregister (EHUG) verabschiedet. Ab dem 1. Januar 2007 können im Internet wesentliche publikationspflichtige Daten eines Unternehmens online abgerufen werden.

Der Gesetzesentwurf sieht die Schaffung eines zentralen Unternehmensregisters vor, über das die wichtigsten veröffentlichungspflichtigen Unternehmensdaten elektronisch unter www.unternehmensregister.de abgerufen werden können. Damit wird eine zentrale Stelle geschaffen, an der alle wesentlichen Unternehmensdaten, deren Offenlegung von der Rechtsordnung vorgesehen ist, gebündelt zum Online-Abruf zur Verfügung stehen. Der Rechts- und Wirtschaftsverkehr wird künftig nicht mehr verschiedene Informationsquellen bemühen müssen, um die wesentlichen publizitätspflichtigen Angaben über ein Unternehmen zu erhalten. Mit dem Gesetzesvorhaben werden zwei EU-Richtlinien sowie Beschlüsse der Regierungskommission „Corporate Governance“ umgesetzt.

Auch die Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister sollen zum 1. Januar 2007 auf den elektronischen Betrieb umgestellt werden. Zuständig für die Führung der Register bleiben die Amtsgerichte. Um die Verwaltung der Register zu beschleunigen, können Unterlagen in Zukunft nur noch elektronisch eingereicht werden. Die Bundesländer können allerdings Übergangsfristen vorsehen, nach denen die Unterlagen bis spätestens Ende 2009 auch noch in Papierform eingereicht werden können. Aus Gründen der Rechtssicherheit bleibt für die Anmeldungen zur Eintragung eine öffentliche Beglaubigung erforderlich. Weil die Register elektronisch geführt werden, können Handelsregistereintragungen künftig auch elektronisch bekannt gemacht werden.

Um die Veröffentlichung der Jahresabschlüsse zu erleichtern, sollen außerdem für ihre zentrale Entgegennahme, Speicherung und Veröffentlichung nicht mehr die Amtsgerichte, sondern der elektronische Bundesanzeiger zuständig sein. Ziel ist es, die Gerichte von justizfernem Verwaltungsaufwand zu entlasten und den elektronischen Bundesanzeiger zu einem zentralen Veröffentlichungsorgan für wirtschaftsrechtliche Bekanntmachungen auszubauen.

2. Aktionärsforumsverordnung (AktFoV)

Anmerkungen von Heike Hoffmann

Am 1. Dezember 2005 ist die Aktionärsforumsverordnung (AktFoV) in Kraft getreten. Seit dem können Aktionäre im Internet unter den Adressen www.ebundesanzeiger.de und www.aktionaersforum.de zu einem gemeinsamen aktienrechtlichen Antrag oder zur Ausübung des Stimmrechts in einer Hauptversammlung aufrufen.

Das Aktionärsforum ist die konsequente Antwort des Gesellschaftsrechts auf die Veränderungen der Kapitalmärkte. Aktien vieler Gesellschaften befinden sich im breiteren Streubesitz als früher. Gleichzeitig ist eine zunehmende Internationalisierung der Anteilseigner festzustellen. Somit bietet die moderne Informationstechnologie Möglichkeiten, die Kommunikation zwischen den Aktionären zu erleichtern und die Kontrolle durch die Aktionäre zu verbessern.

Mit dem Gesetz zur Unternehmenskontrolle und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), das zum 1. November 2005 in Kraft getreten ist und welches im Rahmen unsers Newsletters vom November 2005 dargestellt worden ist, wurde das Aktionärsforum als eine neuartige elektronische Plattform im Internet geschaffen. Mit dem Erlass der dazugehörigen Aktionärsforumsverordnung kann das Aktionärsforum voll funktionsfähig an den Start gehen. Aktionäre und Aktionärsvereinigungen können sich beim Aktionärsregister registrieren und anschließend Aufrufe an Mitaktionäre platzieren. Sie können dabei Adressen angeben, um die Kontaktaufnahme zu erleichtern. Eine Begründung für das Aktionärsbegehren darf im Forum nicht abgegeben werden. Dazu kann der Aktionär aber auf seine Internetseite verweisen, die eine nähere Begründung erhält. Die betroffenen Gesellschaften können ihrerseits im Aktionärsforum einen Hinweis auf ihre Website platzieren und dort dem Aufruf entgegentreten oder eine Gegendarstellung abgeben. Das Forum selbst dient nicht zur Auseinandersetzung über Inhalte, sondern ist eine rein elektronische „Pinwand“, um anderen Aktionären die Kontaktaufnahme und anschließende gemeinsame Aktionen zu ermöglichen.

3. RiL 2005/56/EG – Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten

Anmerkungen von Alexandra Asako Kowalsky

Die gesetzliche Regelung grenzüberschreitender Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften ist ein seit geraumer Zeit bestehendes Projekt der Europäischen Union. Die am 26. Oktober 2005 verabschiedete und am 15. Dezember 2005 in Kraft getretene Richtlinie 2005/56/EG ("Verschmelzungsrichtlinie") stellt nunmehr ein gesellschaftsrechtliches Instrumentarium zur Verfügung, um die grenzüberschreitende Verschmelzung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu ermöglichen. Die Richtlinie muss innerhalb von 2 Jahren, also bis zum Dezember 2007 in nationales Recht umgesetzt werden.

Die Verschmelzungsrichtlinie lässt drei Arten der Verschmelzung zu: Die Verschmelzung auf einen bestehenden Rechtsträger, die Verschmelzung auf einen neu zu gründenden Rechtsträger sowie die Verschmelzung einer 100%igen Tochtergesellschaft auf ihre Mutter.

Das in der Verschmelzungsrichtlinie niedergelegte Verfahren ähnelt insoweit den bekannten nationalen Regularien aus dem Umwandlungsgesetz:

- Erstellung eines Verschmelzungsplanes;
- Erstellung eines Sachverständigenberichtes durch Verschmelzungsprüfer;
- Bildung eines Verhandlungsgremiums durch Arbeitnehmer, falls Mitbestimmung relevant ist;
- Zustimmung der Hauptversammlungen zum Verschmelzungsvertrag und einer evtl. Mitbestimmungslösung;
- Bescheinigung von Behörde, Notar oder Gericht über den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf;
- Eintragung im öffentlichen Register des jeweiligen Mitgliedsstaates.

Die Rechtsfolge entspricht ebenfalls dem deutschen Umwandlungsrecht: Das Vermögen der übertragenden Gesellschaft geht auf den übernehmenden Rechtsträger über, die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft werden solche der übernehmenden und die übertragende Gesellschaft erlischt ohne Auflösung.

Erwähnenswert ist die Regulierung der Mitbestimmung, die die Verabschiedung der Verschmelzungsrichtlinie so lange hinausgezögert hatte. Die langen Geburtswehen der Verschmelzungsrichtlinie basierten auf der europaweit einmaligen arbeitnehmerfreundlichen deutschen Mitbestimmungsregelung, zu deren Import die übrigen Mitgliedsstaaten nicht bereit waren. Der in der Verschmelzungsrichtlinie enthaltene Mitbestimmungskompromiss weist im Kern jetzt folgende Struktur auf:

Im Prinzip gilt das nationale Mitbestimmungsrecht des übernehmenden Rechtsträgers (Sitzlandprinzip). Sofern eine der beteiligten Gesellschaften mindestens 500 Arbeitnehmer beschäftigt und im nationalen Recht eines der beteiligten Rechtsträger eine Form der Mitbestimmung besteht, wird eine Verhandlungspflicht ausgelöst, bei der sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf eine Lösung einigen können.

Wird keine Verhandlungslösung erzielt, kommt als Auffangregelung das am weitesten gehende nationale Mitbestimmungsmodell der Staaten der beteiligten Rechtsträger zur Anwendung, sofern vor der Umwandlung mindestens 33,3% der Arbeitnehmer der beteiligten Kapitalgesellschaften in irgend einer Form der Mitbestimmung unterlagen. Insoweit ist die Schwelle höher als bei der SE (europäische Aktiengesellschaft), die 25% beträgt.

Die Richtlinie ist als wichtiger Schritt zur Erleichterung von grenzüberschreitenden Verschmelzungen zu begrüßen und sollte besonders mittleren und kleineren Unternehmen zu-

gute kommen, denen das Statut einer europäischen Aktiengesellschaft aufgrund hoher Transaktionskosten keine praktikable Lösung zu bieten vermag.

Voraussichtlich zum Zeitpunkt der Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in nationales Recht wird auch die steuerliche Fusionsrichtlinie, die steuerneutrale Verschmelzungen in der EU ermöglichen soll, umgesetzt sein. Damit steht europaweit agierenden Konzernen auch ohne die aufwendige Gründung einer SE ein effektives Instrumentarium zur Umstrukturierung ihrer Aktivitäten zur Verfügung.

III. Personengesellschaftsrecht

1. Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund bei einer zweigliedrigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts

BGH vom 21. November 2005 – II ZR 367/03

Anmerkungen von Carsten Hoth

Leitsätze:

1. Eine zweigliedrige Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann aus wichtigem Grund gekündigt werden, wenn dem kündigenden Gesellschafter nach der Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände eine Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses nicht zumutbar ist.
2. Die Frage der Zumutbarkeit kann nicht ohne Berücksichtigung der beiderseitigen Verhaltensweisen der Gesellschafter beantwortet werden. Dies gilt bei wechselseitigen Kündigungen auch dann, wenn das vorangegangene Fehlverhalten des kündigenden Gesellschafters nicht so schwerwiegend ist, dass es die fristlose Kündigung seines Mitgesellschafters rechtfertigt.
3. Die unwirksame fristlose Kündigung eines Gesellschafters kann nicht als wichtiger Grund für die Kündigung des anderen Gesellschafters bewertet werden, ohne dessen vorangegangenes Fehlverhalten in die Gesamtabwägung einzubeziehen.
4. Veranlasst ein Gesellschafter die Bauaufsichtsbehörde, gegen seinen Mitgesellschafters einzuschreiten, der auf dem Gesellschaftsgrundstück das genehmigte Bauvorhaben ausführt, obgleich die Baugenehmigung wenige Wochen zuvor infolge Zeitablaufs erloschen war, ist sein Vorgehen nicht schon deshalb gerechtfertigt, weil das von ihm initiierte Verwaltungshandeln rechtmäßig ist.

Anmerkungen:

Der BGH musste sich in dieser Entscheidung mit der Frage beschäftigen, wie mit wechselseitigen fristlosen Kündigungen bei zweigliedrigen Personengesellschaften zu verfahren ist. Das Thema ist von hoher praktischer Bedeutung. Leben sich die beiden Gesellschafter auseinander, wird oftmals von jeder Seite versucht, die Gesellschaft in die eigenen Hände zu bekommen. Dies gelingt in aller Regel nur über eine fristlose Kündigung wegen des Vorliegens wichtiger Gründe. Besonders in streitigen Auseinandersetzungen werden solche Kündigungen von beiden Gesellschaftern ausgesprochen. Es stellt sich dann die Frage, welche Kündigung wirksam ist.

In dem hier zur Entscheidung anstehenden Fall waren die beiden Parteien Gesellschafter einer zweigliedrigen Grundstücksgesellschaft bürgerlichen Rechts. Sie nutzten als Gesell-

schaft bürgerlichen Rechts ein ca. 8.000 m² großes Grundstück. In § 7 des Gesellschaftsvertrages vom November 1989 war jedem Gesellschafter eine Grundstücksteilfläche zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen. Der Kläger durfte dort ein Gartenbauunternehmen betreiben, währenddessen der Beklagte auf seiner Teilfläche ein Wohnhaus errichten wollte. Der Gesellschaftsvertrag enthielt weiterhin die Regelung, dass im Falle einer außerordentlichen Kündigung der Gesellschafter, gegen den sich die Kündigung richtet, aus der Gesellschaft ausscheidet.

Der Kläger errichtete auf seinem Grundstücksteil mit einem Gesamtaufwand von DM 1,5 Mio. die geplante Betriebsstätte. Der Beklagte machte von der ihm im Dezember 1993 erteilten Baugenehmigung für sein Bauvorhaben zunächst keinen Gebrauch. Ab Januar 1996 kam es zu Unstimmigkeiten zwischen den Gesellschaftern. Im Frühjahr 1996 begann der Beklagte schließlich mit seinem Bauvorhaben. Im Juli 1996 widerrief der Kläger die dem Beklagten gegenüber der unteren Bauaufsichtsbehörde erteilte Architektenvollmacht zur Durchführung des Bauvorhabens des Beklagten auf dem Gesellschaftsgrundstück, ohne den Beklagten hiervon in Kenntnis zu setzen. Hierdurch von den laufenden Bauarbeiten des Beklagten in Kenntnis gesetzt, ordnete die untere Bauaufsichtsbehörde Anfang 1997 wegen des zeitlichen Ablaufs der Baugenehmigung die Einstellung der Bauarbeiten des Beklagten an. Die Rechtmäßigkeit der Baueinstellungsverfügung wurde durch Urteil rechtskräftig bestätigt.

Der Beklagte kündigte am 21. Februar 1997 den Gesellschaftsvertrag aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung. Er begründete seine Kündigung damit, dass die Bauaufsichtsbehörde auf Veranlassung des Klägers eingeschritten sei.

Am 25. Februar 1997 erklärte der Kläger seinerseits die fristlose Kündigung des Gesellschaftsvertrages mit der Begründung, wegen der seiner Meinung nach unwirksamen fristlosen Kündigung durch den Beklagten sei das Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern nunmehr endgültig zerrüttet. Für die Kündigung durch den Beklagten habe kein hinreichender Anlass bestanden. Sie habe vielmehr darauf abgezielt, dem Kläger seinen Grundstücksanteil zu entziehen. Wegen der existenziellen Bedeutung des Grundstücks für den Kläger, der dort seinen Gartenbaubetrieb aufgebaut hat, sei ihm die weitere Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit dem Beklagten nicht zuzumuten.

Landgericht und Oberlandesgericht entschieden, dass der Beklagte durch die fristlose Kündigung des Klägers aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Der BGH hat das Urteil zur neuerlichen Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Eine fristlose Kündigung ist nur dann rechtmäßig, wenn für eine Vertragspartei ein weiteres Verbleiben in der Gesellschaft unzumutbar ist. Ob dies der Fall ist, ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nach der Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände zu entscheiden.

Die Vorinstanzen hatten die Kündigung durch den Beklagten für unrechtmäßig erklärt, weil das Verhalten des Klägers auf ein rechtmäßiges Vorgehen der Bauverwaltung gerichtet war. Dagegen wendet sich der BGH. Auch wenn das Einschreiten der Bauverwaltung rechtmäßig war, stellt das Verhalten des Klägers eine schwerwiegende Verletzung seiner gesellschaftsrechtlichen Pflichten dar, das durch die Rechtmäßigkeit des von ihm initiierten Verwaltungshandelns nicht gerechtfertigt wird. Die Ausführung von Bauarbeiten auf dem Grundstücksanteil des Beklagten wenige Wochen nach Erlöschen der Baugenehmigung infolge Zeitablaufs waren nicht geeignet, schutzwürdige Interessen des Klägers zu beeinträchtigen oder fremde Rechtsgüter zu gefährden.

Verallgemeinernd lassen sich die Ausführungen des Bundesgerichtshofes dahingehend verstehen, dass aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Treuepflicht die Ausübung formaler Rechtspositionen durchaus pflichtwidrig sein kann. Für die Praxis bedeutet dies, dass jeder Gesellschafter bei einem Vorgehen gegen einen seiner Mitgesellschafter nicht nur prüfen muss, ob dessen Verhalten rechtswidrig ist. Vielmehr muss der Gesellschafter durch das Verhalten seines Mitgesellschafters auch unmittelbar in seinen eigenen Rechten verletzt sein.

Der BGH weist weiterhin daraufhin, dass im Rahmen der Gesamtabwägung auch berücksichtigt werden muss, dass der Kläger im Falle des Ausscheidens aus der Gesellschaft zugleich den auf dem Gesellschaftsgrundstück errichteten Betrieb und demzufolge die Existenzgrundlage seiner Familie verlieren würde.

Für die Praxis von Bedeutung sind weiterhin die Ausführungen des BGH zur Kündigung als wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung. Ein Gesellschafter kann seine fristlose Kündigung nicht allein damit begründen, dass ihm durch seinen Mitgesellschafter zuvor unberechtigt fristlos gekündigt wurde.

2. Anforderung an Zustimmung zu einem Ergebnisabführungsvertrag mit 100%igem Tochterunternehmen bei einer GmbH & Co. KG

OLG Hamburg vom 29. Juli 2005 – 11 U 286/04 (nicht rechtskräftig)

Anmerkungen von Carsten Hoth

Leitsätze:

- 1. Ist der Zweck einer GmbH & Co. KG auch darauf gerichtet, sich an gleichartigen Unternehmen zu beteiligen oder solche zu erwerben, so stellt der Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrags mit einem 100%-igen Tochterunternehmen kein Grundlagengeschäft, sondern eine Maßnahme der Geschäftsführung dar, so dass für die Zustimmung zum Ergebnisabführungsvertrag keine Einstimmigkeit erforderlich ist.**

2. **Sieht der Gesellschaftsvertrag einer GmbH & Co. KG für den Abschluss von Unternehmensverträgen eine Mehrheitsentscheidung vor, so gilt für die Zustimmung zu einem Ergebnisabführungsvertrag mit einem 100%-igen Tochterunternehmen die Regelung des § 293 II, I 2 AktG analog. Ist im Gesellschaftsvertrag keine größere Mehrheit vereinbart, muss die Zustimmung deshalb mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit erfolgen.**

Anmerkungen:

Eine Entscheidung des OLG Hamburg vom 29. Juli 2005 beschäftigt sich mit der Übertragung aktienrechtlicher Konzernvorschriften auf das Personengesellschaftsrecht.

Die Klägerin hält 25 % der Kommanditanteile der O-GmbH & Co. KG. Die restlichen Kommanditanteile halten die drei Beklagten. Die GmbH & Co. KG schloss Ende 2001 mit der A-GmbH, einem 100%-igen Tochterunternehmen, einen Ergebnisabführungsvertrag. In einer Gesellschafterversammlung der GmbH & Co. KG am 15. April 2002 stimmten lediglich die Beklagten, also 75 % der Kommanditanteile, für den Abschluss des Ergebnisabführungsvertrages, währenddessen der Kläger dem Abschluss nicht zustimmte.

Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Feststellung, dass der zwischen der GmbH & Co. KG und der A-GmbH abgeschlossene Ergebnisabführungsvertrag mangels wirksamer Zustimmung der Gesellschafterversammlung der O-GmbH & Co. KG fehlerhaft ist. Landgericht und Oberlandesgericht wiesen die Klage ab.

Das Oberlandesgericht begründet ausführlich, dass der Ergebnisabführungsvertrag zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit von 75 % der Gesellschafterversammlung bedarf.

Eine solche qualifizierte Mehrheit genügt jedoch nur, wenn es sich bei dem Abschluss des Ergebnisabführungsvertrages für die in Frage stehende Gesellschaft nicht um ein so genanntes „Grundlagengeschäft“ handelt. Hierunter werden solche Geschäfte verstanden, die in die Grundlagen der Beziehungen der Gesellschafter untereinander eingreifen. Diese Geschäfte bedürfen in der Regel der Zustimmung aller Gesellschafter. Grundsätzlich ist die Eingliederung einer Gesellschaft in einen Konzern durch einen Unternehmensvertrag als ein solches Grundlagengeschäft anzusehen, was dazu führt, dass bei der Obergesellschaft ein einstimmiger Beschluss gefasst werden muss.

Nach der Auffassung des OLG Hamburg ist dies jedoch anders zu beurteilen, wenn es auch Gegenstand der Personengesellschaft ist, gleichartige oder ähnliche Unternehmungen zu errichten oder zu erwerben oder sich an solchen zu beteiligen. In einem solchen Fall ist die Eingliederung einer Tochtergesellschaft durch den Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrages bereits im Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft angelegt.

Handelt es sich nicht um ein Grundlagengeschäft, ist der Abschluss des Ergebnisabführungsvertrages eine Maßnahme der Geschäftsführung. Bei den Maßnahmen der Geschäfts-

führung wird zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften unterschieden (§ 116 Abs. 1 und 2 HGB). Außergewöhnliche Geschäfte sind solche, die nach Art und Inhalt Ausnahmecharakter haben. Das OLG Hamburg sieht den Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrages als ein solch außergewöhnliches Rechtsgeschäft an. Dies hat zur Folge, dass ein Gesellschafterbeschluss erforderlich ist (§ 116 Abs. 2 HGB), der der Zustimmung aller Kommanditisten bedarf.

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Gesellschaftsvertrag fand sich allerdings die Regelung, dass über die Zulässigkeit von außergewöhnlichen Rechtsgeschäften mit einer Mehrheit von 63 % der Anteile beschlossen werden kann. Unabhängig davon, ob man dieses Quorum oder in Anlehnung an § 293 AktG eine Mehrheit von 75 % verlangt, war im konkreten Fall des OLG Hamburg jedenfalls auch die Mehrheit des § 293 AktG erreicht. Gleichwohl setzt sich das OLG mit der Frage auseinander, ob § 293 Abs. 2 AktG, der von seinem Wortlaut her nur gilt, wenn Obergesellschaft eine AG oder KGaA ist, auch anwendbar ist auf den Fall einer GmbH & Co. KG als Obergesellschaft.

Das OLG Hamburg begründet in Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur, warum § 293 AktG auch auf den Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrages anzuwenden ist, bei dem die Obergesellschaft eine GmbH & Co. KG ist. Nach § 293 AktG ist ein Gewinnabführungsvertrag nur wirksam, wenn auch die Hauptversammlung der Obergesellschaft zustimmt. Diesen Grundsatz haben Rechtsprechung und Literatur auch auf die GmbH als Obergesellschaft übertragen mit der Folge, dass deren Gesellschafterversammlung mit der qualifizierten Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen zustimmen muss. Nach der Auffassung des Oberlandesgerichtes greift der vom BGH als Grund für die Anwendbarkeit auf eine GmbH als Obergesellschaft genannte Schutzzweck von § 293 AktG, der auf der risikobehafteten Verlustausgleichspflicht gegenüber der Untergesellschaft beruht, auch für eine GmbH & Co. KG.

Gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg wurde zwischenzeitlich Revision eingelegt. Es bleibt daher abzuwarten, wie der BGH die Fragen beurteilt, ob für eine GmbH & Co. KG der Abschluss eines Unternehmensvertrages ein Grundlagengeschäft ist, das Einstimmigkeit erfordert, und ob § 293 AktG auch für einen Gewinnabführungsvertrag gilt, der zwischen einer GmbH & Co. KG als Obergesellschaft und einer GmbH abgeschlossen wird.

Für die Praxis empfiehlt sich in jedem Fall bei einer vergleichbaren Gestaltung die Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit für den Abschluss des Ergebnisabführungsvertrages zu verlangen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese Regelung nur gilt, wenn auch in dem Gesellschaftsvertrag der Erwerb von Beteiligungen zum Gesellschaftszweck gehört. Ist dies nicht der Fall, sollte aus Vorsichtsgründen ein einstimmiger Gesellschafterbeschluss gefasst werden.

3. Haftung des Neugesellschafters für Altverbindlichkeiten: Kein Vertrauensschutz bei Kenntnis der Altverbindlichkeiten zum Beitrittszeitpunkt

BGH vom 12. Dezember 2005 – II ZR 283/03

Anmerkungen von Carsten Hoth

Leitsatz:

Der Neugesellschafter ist in seinem Vertrauen auf den Fortbestand der vor der Publikation des Senatsurteils vom 7.4.2003 (BGHZ 154, 370 ff.) bestehenden Rechtslage nicht geschützt, sondern haftet analog § 130HGB, wenn er die Altverbindlichkeiten, für die er in Anspruch genommen wird, bei seinem Eintritt in die Gesellschaft kennt oder wenn er deren Vorhandensein bei auch nur geringer Aufmerksamkeit hätte erkennen können. Letzteres ist bei einer BGB-Gesellschaft hinsichtlich der Verbindlichkeiten aus Versorgungsverträgen (Gas, Strom, Wasser) für in ihren Eigentum stehende Mietshäuser der Fall.

Anmerkungen:

Fragen im Zusammenhang mit der Haftung von BGB-Gesellschaftern für so genannte Altverbindlichkeiten haben in der jüngeren Zeit verstärkt die Obergerichte beschäftigt. Das vorliegende Urteil des Bundesgerichtshofes bildet nunmehr den vorläufigen Abschlusspunkt einer Entwicklung, die Anfang 2001 mit dem Grundsatzurteil des BGH zur Rechtsfähigkeit und akzessorischen Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ergangen ist. Die Sachverhalte der hier in Frage stehenden Themenstellung ähneln sich regelmäßig. Die Klägerin verlangt von dem Beklagten die Bezahlung von Gasrechnungen auf der Basis eines in 1999 abgeschlossenen Gaslieferungsvertrages. Das Gas wurde in der vorliegenden Fallgestaltung in der Zeit vom Dezember 2000 bis April 2001 in zwei Mietshäuser geliefert, die im Eigentum einer BGB-Gesellschaft stehen. Der Beklagte gehörte der Gesellschaft ab dem 1. Dezember 2000 an. Gegen die Inanspruchnahme durch die Klägerin trägt der Beklagte vor, dass die zwischen der BGB-Gesellschaft und der Klägerin abgeschlossenen Gaslieferungsverträge zu einer Zeit abgeschlossen worden sein, in der er nicht Gesellschafter gewesen sei. Für derartige Altschulden hafte er nicht persönlich.

Die Klägerin obsiegte in allen Instanzen.

Seit einer Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahr 2003 ist anerkannt, dass in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eintretende Gesellschafter analog § 130 HGB auch für Altverbindlichkeiten eintreten müssen. Zu den Altverbindlichkeiten gehören insbesondere auch die Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen. Dies mag insoweit überraschen, als die Lieferungen aus Dauerschuldverhältnissen (wie hier aus dem Gaslieferungsvertrag) über einen längeren Zeitraum erfolgen und entsprechende Zahlungsansprüche des Lieferanten auch erst mit Lieferung entstehen. Die ganz herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung sieht dies anders. Rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten aus Dauerschuld-

verhältnissen werden bereits dann begründet, wenn das Rechtsgeschäft abgeschlossen ist und sich ohne Hinzutreten weiterer rechtsgeschäftlicher Akte die konkrete, einzelne Verbindlichkeit ergibt. Im Hinblick auf Dauerschuldverhältnisse bedeutet dies, dass es für die Begründung der hieraus resultierenden Forderungen auf den Abschluss des Dauerschuldvertrages und nicht auf die daraus hervorgehende Einzelverbindlichkeit ankommt.

Bei den Zahlungsverpflichtungen aus dem Gaslieferungsvertrag, der unstreitig zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wurde, als der Beklagte noch nicht Gesellschafter war, handelt es sich also um so genannte Altverbindlichkeiten. Für diese Verbindlichkeiten haftet der Beklagte analog § 130 HGB persönlich und unbeschränkt. § 130 HGB regelt für die offene Handelsgesellschaft und (über § 161 Abs. 2 HGB) auch für die KG, dass ein Gesellschafter, der in eine bestehende Gesellschaft eintritt, auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten haftet. Für das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts fehlt eine entsprechende Vorschrift, weshalb seit der Entscheidung des BGH aus April 2003 § 130 HGB analog angewendet wird.

Vor dem Urteil des BGH vom 7. April 2003 kam eine Haftung des Neugesellschafters für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten nur in Betracht, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorlag. Fehlte es hieran, war seine Haftung auf seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen beschränkt. In dem Urteil vom 7. April 2003 hatte der BGH nicht nur die analoge Anwendung von § 130 HGB ausgesprochen. Zugleich hat der BGH entschieden, dass die Grundsätze der persönlichen Haftung erst auf künftige, dem Urteilserlass nachfolgende Beitrittsfälle Anwendung finden sollte und zur Begründung insoweit auf Erwägungen des Vertrauensschutzes abgestellt.

Übertragen auf den vorliegenden Fall müsste dies bedeuten, dass der Beklagte für die Verbindlichkeiten aus den Gaslieferungsverträgen nicht haften würde, weil die Fälle vor April 2003 liegen.

Der BGH hat jedoch anders entschieden. Das Urteil des BGH vom 7. April 2003 sei nicht dahingehend zu verstehen, dass ein Neugesellschafter für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft vor Publikation der genannten Entscheidung unter keinen Umständen hafte. Der BGH entscheidet nunmehr für Verbindlichkeiten, die der Neugesellschafter kennt oder die er bei nur geringer Aufmerksamkeit hätte erkennen können, entsprechend der materiellen Rechtslage mit der Folge, dass der Neugesellschafter auch für Altverbindlichkeiten vor 2003 haftet.

Vor dem Hintergrund der nunmehr aufgestellten Kriterien wird man davon ausgehen müssen, dass – einige besondere Fälle abgesehen – im Regelfall der in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts neu eintretende Gesellschafter auch für solche Verbindlichkeiten haftet, die vor April 2003 entstanden sind. Für den Gesellschafter, der einer BGB-Gesellschaft beiträgt, bedeutet dies eine besonders sorgfältige Prüfung der bestehenden Altverbindlichkeiten, insbesondere der Dauerschuldverhältnisse, um hinreichend Gewissheit über den Umfang einer möglicherweise eintretenden persönlichen Haftung zu haben.

IV. GmbH-Recht

1. Verschärfte Haftung des Geschäftsführers bei Insolvenz

BGH, Urteil vom 11. Juli 2005 – II ZR 235/03

Anmerkungen von Burkhard Niesert

Die Haftung des Geschäftsführers einer GmbH hat sich durch mehrere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) wesentlich verschärft. Insbesondere stellt der BGH beim Insolvenzfall für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife nicht mehr auf einen möglichen Schaden des Unternehmens ab. Vielmehr verpflichtet er den Geschäftsführer einer insolventen GmbH zur Erstattung sämtlicher Zahlungen an Dritte. Der BGH stützt sich insoweit auf den Wortlaut des § 64 Abs. 2 GmbHG.

Um einer grenzenlosen Erstattungspflicht entgegenzuwirken, hat der BGH zwar mit Urteil vom 11.07.2005 eine Einschränkung vorgenommen. Danach muss das Gericht im Rahmen der Verurteilung zur Erstattung von Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife dem ersatzpflichtigen Geschäftsführer einen Anspruch auf die fiktive Quote auf die geleisteten Zahlungen zugestehen. Letztlich ist ein Geschäftsführer, der über längere Zeit nach Insolvenzeintritt Zahlungen getätigt hat, damit jedoch selbst im Regelfall insolvent. Denn er ist im Hinblick auf seine Erstattungspflicht vorleistungspflichtig.

Entlasten kann sich der Geschäftsführer lediglich mit Hilfe des § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Danach sind solche Zahlungen nicht zu ersetzen, die auch nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind.

Die vordergründig einfache Exkulpationsmöglichkeit wird im Regelfall jedoch nicht eintreten. Denn das OLG Celle hat insoweit bereits Ende 2003 entschieden, unter § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG fielen nur solche Zahlungen, die seitens der Gesellschaft auch bei rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags noch geleistet worden wären. Dies dürfte nur für einen geringen Anteil der Zahlungen zutreffen. Entscheidend ist nach Ansicht des OLG Celle, wann ein voraussichtlich eingesetzter Insolvenzverwalter insbesondere die Beendigung von Dauer-schuldverhältnissen wie Mietverträge hätte bewirken können.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist dem Geschäftsführer einer GmbH dringend anzuraten, im Rahmen seines allgemeinen Kontrollsystems die Tatbestände der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit im Sinne der Rechtsprechung möglichst frühzeitig zu überprüfen. Ansonsten kann sich der Geschäftsführer schon durch einige wenige Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife selbst ruinieren.

2. Geschäftsführerbestellung unter auflösender Bedingung

BGH, Urteil vom 24. Oktober 2005 – II ZR 55/04

Anmerkungen von Claudia Grothaus

Leitsatz:

Der Geschäftsführer einer GmbH kann unter einer auflösenden Bedingung bestellt werden. Sieht der Bestellungsakt vor, dass das Amt endet, wenn der Geschäftsführer ab einem bestimmten Zeitpunkt der GmbH nicht seine volle Arbeitskraft zur Verfügung stellt, so verliert der Geschäftsführer automatisch sein Amt, wenn er zu dem genannten Zeitpunkt diese Voraussetzung nicht erfüllt, etwa weil er außerdem einer weiteren Tätigkeit nachgeht.

Anmerkungen:

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Die klagende GmbH (Klägerin zu 2) ist persönlich haftende Gesellschafterin einer GmbH & Co. KG. Gesellschafter sind unter anderem der Kläger zu 1 und die Beklagten zu 1 und 2. Der Kläger zu 1 und der Beklagte zu 1 wurden durch Beschluss vom 25.03.1994 zu Geschäftsführern der GmbH bestellt. In dem Beschluss ist weiter geregelt, dass wenn der Beklagte zu 1 ab dem 31.12.1996 nicht seine volle Arbeitskraft zur Verfügung stellt, er als Geschäftsführer aus der klagenden GmbH ausscheide. Insoweit sei seine Bestellung befristet. Hintergrund der Regelung war, dass der Beklagte zu 1 als Geschäftsführer einer anderen Gesellschaft tätig war. Er sollte die Möglichkeit haben, seine Tätigkeit dort mit einer längeren Übergangsfrist zu beenden. Der Beklagte zu 1 nahm allerdings bis Februar 2003 die Funktion des Geschäftsführers der anderen Gesellschaft wahr. Die Kläger, die GmbH und ihr Geschäftsführer, begehren die Feststellung, dass der Beklagte zu 1 nicht mehr Geschäftsführer der klagenden GmbH sei.

Das OLG hat der Klage stattgegeben. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Der BGH stellt zunächst klar, dass die Feststellungsklage die richtige Klageart sei. Sodann nimmt er mit dieser Entscheidung zu der in der Literatur umstrittenen Frage der Bestellung eines Geschäftsführers unter einer auflösenden Bedingung Stellung.

Wird ein Geschäftsführer unter einer auflösenden Bedingung bestellt, endet sein Amt automatisch mit Bedingungseintritt. Eines Abberufungsbeschlusses bedarf es nicht. Die Literatur lehnt diese Möglichkeit überwiegend aus Gründen der Rechtssicherheit ab. Es müsse für jedermann deutlich sein, welche Person die im öffentlichen Interesse stehenden Pflichten eines Geschäftsführers einer GmbH zu erfüllen haben. Der BGH tritt dem entgegen. Er führt aus, dass das Gesetz in § 158 BGB ausdrücklich vorsehe, die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von einer Bedingung abhängig zu machen. Zudem kann auch die Abberufung eines

Geschäftsführers aus anderen Gründen mit rechtlichen Zweifeln behaftet sein. Dies sei bei einer satzungsmäßigen Festlegung der Abberufung eines Geschäftsführers nur aus wichtigem Grund der Fall. Zweifelsfragen können sich auch bei Amtsunfähigkeit oder Zweifeln an einer wirksamen Amtsniederlegung eines Geschäftsführers ergeben. Da es auch andere Zweifelsfälle bei der Abberufung eines Geschäftsführers gebe, stünden Erwägungen der Rechtssicherheit der Bestellung eines Geschäftsführers unter ein einer auflösenden Bedingung nicht entgegen. Gleiches gelte für Erwägungen des Gläubigerschutzes.

V. Aktienrecht

1. Keine Vorabberichtspflicht des Vorstands einer Aktiengesellschaft vor Gebrauchmachen eines genehmigten Kapitals

BGH, Urt. v. 10.10.2005 – II ZR 148/03 („Mangusta / Commerzbank I“)

Anmerkungen von Maximilian Koch

Leitsatz:

Im Rahmen des genehmigten Kapitals (§§ 202 ff. AktG) ist der Vorstand nicht verpflichtet, vor Ausübung der Ermächtigung zur Kapitalerhöhung und zum Bezugsrechtsausschluss die Aktionäre (schriftlich) über den Bezugsrechtsausschluss und dessen Gründe zu unterrichten; vielmehr ist er lediglich gehalten, nach Inanspruchnahme der Ermächtigung über die Einzelheiten seines Vorgehens auf der nächsten ordentlichen Hauptversammlung der Gesellschaft zu berichten und Rede und Antwort zu stehen.

Anmerkungen:

Die beiden Urteile des BGH „Mangusta / Commerzbank I“ und „Mangusta / Commerzbank II“ sind im Rahmen zweier Verfahren ergangen, die ein Aktionär der Commerzbank AG im Zusammenhang mit der Ausnutzung genehmigter Kapitalia der Commerzbank AG angestrengt hatte. Er hatte zunächst im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens mit dem Ziel, die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister zu verhindern, insbesondere vorgebracht, dass der Vorstand vor Ausnutzung des genehmigten Kapitals einen Vorabbericht an die Aktionäre erstatten und danach eine Wartefrist abwarten müsse, bevor dieser die Kapitalmaßnahme umsetzen dürfe.

Der BGH lehnt in „Mangusta / Commerzbank I“ diese Rechtsansicht klar ab. In seinem früheren Grundsatzurteil zum Fall „Siemens / Nold“ aus dem Jahre 1997 (BGHZ 136, 133 ff.) war die Frage, ob der Vorstand vor Ausübung des genehmigten Kapitals unter Bezugsrechtsausschluss einen Vorabbericht erstatten müsste, noch offen geblieben. In der Folgezeit war vereinzelt in der Literatur und in Andeutungen auch in der untergerichtlichen Rechtsprechung die Ansicht vertreten worden, der Vorstand müsse vor Ausnutzung des genehmigten Kapitals einen solchen Vorabbericht an die Aktionäre erstatten. Eine ausdrückliche Bestimmung im Aktiengesetz hierzu gibt es jedoch nicht. Interessanterweise sind solche (vorsorglichen) Vorabberichte in der Rechtspraxis trotz dieser unklaren Rechtslage nicht üblich geworden.

Der BGH führt - im Ergebnis konsequent - den mit der Entscheidung „Siemens / Nold“ eingeschlagenen Weg fort. Vor dieser Entscheidung musste der Vorstand der Hauptversammlung gemäß der bis dahin maßgeblichen Rechtsprechung konkrete Angaben über die Pläne der Gesellschaft machen, damit die Hauptversammlung über den Bezugsrechtsausschluss oder

die Ermächtigung des Vorstands hierzu entscheiden konnte. In „Siemens / Nold“ gab der BGH diese restriktive Linie auf. Das Institut des genehmigten Kapitals war danach - seinem gesetzgeberischen Zweck entsprechend - wieder ein praktikables und flexibles Instrument der Eigenkapitalbeschaffung geworden. Es genügt seitdem, dass die Vorhaben, für die das genehmigte Kapital mit der Möglichkeit des Bezugsrechtsausschlusses geschaffen werden soll, abstrakt umschrieben werden. Zum Ausgleich ist der Vorstand stärker in die Pflicht genommen, bei der Ausnutzung des genehmigten Kapitals sehr sorgfältig abzuwägen, ob ein Bezugsrechtsausschluss sachlich gerechtfertigt ist. Er macht sich gegebenenfalls schadensersatzpflichtig, wenn er das genehmigte Kapital pflichtwidrig ausnutzt.

Nach Ausnutzung des genehmigten Kapitals muss er der nächsten ordentlichen Hauptversammlung Rede und Antwort stehen. Müsste der Vorstand hingegen erst einen Vorabbericht erstatten und eine Wartezeit einhalten, bevor er das genehmigte Kapital unter Bezugsrechtsausschluss ausüben dürfte, wäre die mit „Siemens / Nold“ gewonnene Flexibilität zu einem erheblichen Teil wieder verloren. Außerdem würde ein Vorabbericht in Verbindung mit einer Wartefrist einzelnen Aktionären ein erhebliches Missbrauchspotenzial bieten. Diese wären dann viel eher in der Lage, eine Obstruktionspolitik zum Schaden der Gesellschaft zu betreiben, und könnten versuchen, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Kapitalerhöhung vorzugehen mit der formalen Begründung, die im Vorabbericht angeführten Gründe seien unzureichend.

Das Urteil des BGH „Mangusta / Commerzbank I“ trägt zur Rechtssicherheit bei und bestätigt höchstrichterlich, was in der Praxis bereits ganz überwiegend gelebt wird: Der Vorstand ist nicht verpflichtet, vor Ausnutzung eines vorhandenen genehmigten Kapitals einen Vorabbericht an die Aktionäre zu erstatten und danach eine Wartefrist einzuhalten, bevor er die Kapitalmaßnahme durchführen kann.

2. Rechtsschutz der Aktionäre gegen rechtswidriges kompetenzüberschreitendes Handeln der Verwaltungsorgane der Aktiengesellschaft

**BGH, Urt. v. 10.10.2005 – II ZR 90/03 (OLG Frankfurt am Main)
(„Mangusta / Commerzbank II)**

Anmerkungen von Maximilian Koch

Leitsatz:

Pflichtwidriges, kompetenzüberschreitendes Organhandeln des Vorstands und des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft bei der Ausnutzung eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss (§§ 203, 204 AktG) kann der in seinen Mitgliedschaftsrechten beeinträchtigte Aktionär zum Gegenstand einer gegen die Gesellschaft gerichteten allgemeinen Feststellungsklage (§ 256 ZPO) machen.

Anmerkungen:

Der BGH stellt in der Entscheidung „Mangusta / Commerzbank II“ klar, dass Aktionäre, Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüsse nicht mit einer Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage entsprechend den Regeln des Aktiengesetzes angreifen können, sondern unter Umständen allenfalls mit der allgemeinen Feststellungsklage.

Das System des deutschen Aktienrechts geht von einer strengen Gewaltenteilung zwischen der Verwaltung, bestehend aus Vorstand und Aufsichtsrat, einerseits und der Hauptversammlung, dem Organ der Aktionäre, andererseits aus. Im Rahmen dieser aktienrechtlichen Kompetenzordnung obliegt die Kontrolle des Vorstandes dem Aufsichtsrat. Obwohl Vorstand und Aufsichtsrat bei der Ausnutzung eines genehmigten Kapitals zusammenwirken müssen und deshalb die Vorstandskontrolle strukturell weniger wirksam ist, verbleibt es bei der Rechenschaftspflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der nächsten ordentlichen Hauptversammlung. Die Aktionäre haben die Möglichkeit, die Entlastung zu verweigern, etwaige Regress- und Schadenersatzansprüche geltend zu machen, eine vorbeugende Unterlassungsklage mit dem Ziel zu erheben, die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister zu verhindern, sowie eine allgemeine Feststellungsklage zu erheben, um die Frage der Pflichtwidrigkeit der Maßnahme gerichtlich klären zu lassen.

Die allgemeine Feststellungsklage ist hier also nicht gegenüber der vorbeugenden Unterlassungsklage subsidiär, sondern ein gleichwertiger Rechtsbehelf.

Das Feststellungsinteresse des klagenden Aktionärs folgte in dem entschiedenen Fall zum einen daraus, dass der rechtswidrige Bezugsrechtsausschluss unmittelbar in die Mitgliedschaftsrechte des klagenden Aktionärs eingriff, und zum anderen daraus, dass die Überschreitung der Ermächtigung des genehmigten Kapitals durch Vorstand und Aufsichtsrat einen Eingriff in die Kompetenzen der Hauptversammlung und damit der Verwaltungsrechte der Aktionäre darstellte. Umgekehrt lässt sich daraus aber nicht schließen, dass die Aktionäre jegliche Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands mit einer allgemeinen Feststellungsklage angreifen könnten. Vielmehr wird diese nur bei solchen Vorstandsmaßnahmen in Betracht kommen können, die - wie bei der Ausübung eines genehmigten Kapitals unter Bezugsrechtsausschluss - die Aktionärsrechte konkret berühren.

Weiterhin stellt der BGH in dieser Entscheidung klar, dass die im Wege einer Feststellungsklage als nichtig festgestellten Beschlüsse des Vorstands und Aufsichtsrats zur Erhöhung des Grundkapitals die Wirksamkeit der durchgeführten und in das Handelsregister eingetragenen Kapitalerhöhung und der damit entstandenen neuen Aktien nicht berührt. Sobald die Kapitalerhöhung in das Handelsregister eingetragen ist, ist diese ebenso wirksam wie die im Rahmen der Kapitalerhöhung ausgegebenen Aktien. Die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung hat umgekehrt aber nicht zur Folge, dass die Mängel der zugrunde liegenden Beschlüsse der Verwaltung der Gesellschaft geheilt würden. Die fortbestehende Nichtigkeit dieser Beschlüsse kann daher mit der allgemeinen Feststellungsklage weiterhin festgestellt werden, um beispielsweise die Grundlage für die Verfolgung möglicher Sekundäransprüche zu schaf-

fen. Nach herrschender Meinung heilt die Eintragung der Kapitalerhöhung jedoch folgende Mängel nicht: das gänzliche Fehlen oder die erfolgreiche Anfechtung und damit Vernichtung der Hauptversammlungsermächtigung sowie die betragsmäßige oder zeitliche Überschreitung der Ermächtigung. Dass der BGH von dieser herrschenden Meinung abweichen wollte, ist der Urteilsbegründung nicht zu entnehmen.

Der BGH betont einerseits die strenge Gewaltenteilung in der Aktiengesellschaft; andererseits erkennt er aber ausdrücklich die allgemeine Feststellungsklage gegen Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüsse bei der Ausübung der genehmigten Kapitals an. Angesichts der Tatsache, dass das deutsche Aktienrecht ein differenziertes System der Schadensersatzverfolgung bereit hält, das missbräuchliche Aktionärsklagen ausschließen soll, birgt die allgemeine Feststellungsklage in besonderem Maße die Gefahr solcher Klagen einzelner Aktionäre. Davon unabhängig hat die jüngste, in 2005 in Kraft getretene Aktienrechtsnovelle die Rechte der Aktionäre gestärkt, Schadensersatzansprüche gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder durchzusetzen. Für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder ist die Gefahr einer persönlichen Inanspruchnahme auf Schadensersatz in den vergangenen Jahren tendenziell gestiegen. Weil der Vorstand den Aktionären auf der nächsten ordentlichen Hauptversammlung rechenschaftspflichtig ist, wenn er von dem genehmigten Kapital Gebrauch macht, haben die Aktionäre spätestens dann einen Anlass, die durchgeführte Kapitalmaßnahme und deren Umstände näher zu hinterfragen.

Für die Praxis bedeutet das BGH-Urteil „Mangusta / Commerzbank II“, dass die Entscheidungen von Vorstand und Aufsichtsrat bei Kapitalerhöhungen aus genehmigtem Kapital sehr sorgfältig vorbereitet werden müssen. Zwischen den Beschlüssen des Vorstands und des Aufsichtsrats sowie der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister sollte möglichst wenig Zeit verstreichen, um die Gefahr zu minimieren, dass die Kapitalmaßnahme noch mit einer einstweiligen Verfügung behindert wird. Der Ablauf der Kapitalerhöhung sollte deshalb rechtzeitig mit dem Registergericht koordiniert werden. Dies erfordert eine professionelle Planung der Kapitalerhöhung und eine sorgfältige Dokumentation der Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüsse sowie der ihnen zugrunde liegenden maßgeblichen Erwägungen. Bei börsennotierten Unternehmen ist darüber hinaus insbesondere das Erfordernis einer Ad-hoc-Mitteilung im Rahmen der Planung und Umsetzung der Kapitalmaßnahme zu berücksichtigen. Soll das Bezugsrecht der Altaktionäre bei der Kapitalerhöhung ausgeschlossen werden, ist darüber hinaus eine sorgfältige Abwägung des Bezugsrechtsausschlusses und eine genaue Dokumentation der für den Bezugsrechtsausschluss maßgeblichen Erwägungen erforderlich. In jedem Fall ist es ratsam, für die Planung, Koordination, Dokumentation und Durchführung der Kapitalerhöhung frühzeitig einen Rechtsanwalt hinzuziehen, der über entsprechende Erfahrung in der aktienrechtlichen Beratung verfügt. Insbesondere um die Gefahr der persönlichen Haftung zu minimieren, kann es im Einzelfall für den Vorstand und Aufsichtsrat auch empfehlenswert sein, externe Gutachten zur Angemessenheit des Bezugsrechtsausschlusses einzuholen (z. B. Fairness Opinions, Wirtschaftsprüfergutachten sowie Rechtsgutachten).

VI. Corporate Structuring / M&A

Grenzüberschreitende Verschmelzungen im Licht der Niederlassungsfreiheit

EuGH, Große Kammer, Urteil vom 13.12.2005 - Rs. C-411/03

Anmerkungen von Alexandra Asako Kowalsky

Leitsatz:

Die Art. 43 EGV und 48 EGV stehen dem entgegen, dass in einem Mitgliedsstaat die Eintragung einer Verschmelzung durch Auflösung ohne Abwicklung einer Gesellschaft und durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf eine andere Gesellschaft in das nationale Handelsregister generell verweigert wird, wenn eine der beiden Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat hat, während eine solche Eintragung, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, möglich ist, wenn beide an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ihren Sitz im erstgenannten Mitgliedsstaat haben.

Anmerkungen:

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Eine luxemburgische Aktiengesellschaft (SA) sollte durch Aufnahme auf die deutsche SEVIC AG verschmolzen werden. Das deutsche Handelsregister lehnte die Eintragung mit der Begründung ab, dass das deutsche Umwandlungsrecht nur die Verschmelzung von Gesellschaften mit Sitz in Deutschland vorsehe (§ 1 Abs. 1 UmwG). Auf die Beschwerde der SEVIC AG legte das LG Koblenz dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Beschränkung der Umwandlungsmöglichkeiten nach deutschem Recht auf inländische Gesellschaften dem Europarecht widerspreche.

Der EuGH hat mit bemerkenswerter Deutlichkeit entschieden, dass die Verschmelzung aus oder in einen (anderen) Mitgliedsstaat eine Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit darstellt. Nationale Regelungen, die eine Verschmelzung einer inländischen mit einer Gesellschaft aus einem Mitgliedsstaat untersagen, verstoßen gegen die Niederlassungsfreiheit.

Die Entscheidung basiert auf folgenden Erwägungen: Die Grundfreiheitsrechte, also auch die Niederlassungsfreiheit, stellen nach gefestigter EuGH-Rechtsprechung Beschränkungsverbote dar (Gebhard-Entscheidung, EuGH Slg. 1995 I-4816). Beschränkungsverbot bedeutet insoweit, dass die Niederlassungsfreiheit jede Beschränkung verbietet, die nicht gerechtfertigt ist. Eine Beschränkung ist lediglich gerechtfertigt, insofern

- zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu Grunde liegen,

- diese geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten und
- sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.

Die Verschmelzung ist aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge schneller und kostengünstiger durchzuführen als beispielsweise eine Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände mit anschließender Auflösung des übertragenden Rechtsträgers. Der EuGH sieht in der Versagung der grenzüberschreitenden Verschmelzung insofern eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, als damit den Beteiligten ein effizientes und wirtschaftliches Instrumentarium genommen wird.

Der EuGH schließt in seinem Urteil dennoch nicht aus, dass zwingende Gründe des Allgemeininteresses (etwa Gläubiger-, Minderheitsgesellschafter- oder Arbeitnehmerschutz) eine die Niederlassungsfreiheit beschränkende Maßnahme, also die Versagung der Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, rechtfertigen könnten.

Eine pauschale Ablehnung der Eintragung aber sei eine Maßnahme, die über das hinausgehe, was zur Erreichung notwendiger Ziele erforderlich ist.

Die Entscheidung trägt den wirtschaftlichen Notwendigkeiten der Marktakteure Rechnung, die sich den sich ständig verändernden Marktbedingungen des europäischen Binnenmarktes anpassen müssen.

Auch unsere Kanzlei hat in Einzelfällen bereits vor der Entscheidung des EuGH in enger Zusammenarbeit mit den zuständigen Registerrichtern die Eintragung grenzüberschreitender Verschmelzungen durchsetzen können. Die notwendige Überzeugungsarbeit bedingte aber Geschwindigkeits- und Kostennachteile. Nunmehr besteht eine größere Sicherheit bei der Planung von grenzüberschreitenden Umwandlungen.

Angesichts der Komplexität der Regularien und der Tatsache, dass Richtersprüche dazu bestimmt sind, Einzelfragen zu lösen und keine Kodifizierungskraft eines gesamten Rechtsbereichs bewirken können, müssen grenzüberschreitende Umwandlungen indes sorgfältig geplant werden.

Mit der SE (Europäische Aktiengesellschaft), der hier besprochenen SEVIC-Entscheidung sowie der Verschmelzungsrichtlinie vom 15. Dezember 2005 steht nunmehr ein umfassendes Instrumentarium zur Planung und Implementierung von grenzüberschreitenden Umwandlungen zur Verfügung.

VII. Stiftungsrecht

Insolvenzanfechtung einer Zuwendung an eine Stiftung

Landgericht Baden-Baden - 3 O 98/03 (nicht rechtskräftig)

Anmerkungen von Heike Hoffmann

Leitsatz:

Die unentgeltliche Grundstücksübertragung durch den Stifter auf eine Stiftung im Wege eines „Einbringungsvertrages“ stellt sich als Benachteiligung der Insolvenzgläubiger dar. Es handelt sich bei einer solchen Übertragung auch um eine unentgeltliche Leistung im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO, da ihr keine Gegenleistung gegenübersteht. Somit ist eine Anfechtbarkeit gemäß § 134 Abs. 1 InsO gegeben.

Anmerkungen:

Das Urteil des Landgerichts Baden-Baden vom 16. Juni 2005 hat sich mit dem Konflikt zwischen Gläubigerschutz und Stiftungsautonomie beschäftigt.

Das Landgericht Baden-Baden war mit einem Rechtsstreit eines Insolvenzverwalters gegen eine Stiftung befasst, in welchem der Insolvenzverwalter die Rückgewähr des Eigentums an diversen Grundstücken an die Insolvenzmasse geltend gemacht hatte, die der Stiftung durch den Schuldner im Wege eines Einbringungsvertrages übereignet worden sind.

Der Insolvenzverwalter hat seine Klage gegen die Stiftung auf den Anfechtungstatbestand der unentgeltlichen Leistung gemäß § 134 InsO gestützt. Das Landgericht Baden-Baden hat die Klage für zulässig und begründet erachtet und die beklagte Stiftung verurteilt, dem Insolvenzschuldner die Grundstücke zu übertragen.

Dabei hat das LG Baden-Baden entschieden, dass die auf Grund des Einbringungsvertrages erfolgte Übertragung der streitbefangenen Grundstücke auf die Stiftung eine unentgeltliche Leistung im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO darstellt. Nach Ansicht des Gericht ist schon die Errichtung einer Stiftung als unentgeltliche Leistung nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar. Auch endgültig unentgeltliche Zuwendungen an bereits existierende Stiftungen unterliegen nach dieser Entscheidung dem Schenkungsrecht und unterfallen somit stets § 134 InsO.

Das Landgericht Baden-Baden ist mit dieser Entscheidung im Ergebnis der überwiegend vertretenen Ansicht gefolgt, dass die gesetzlich qualifizierten Wertungen des Insolvenzrechts und des damit verbundenen Gläubigerschutzes höher zu bewerten sind als die Wertungen des Stiftungsrechts.

Der Anwendung von Anfechtungsvorschriften im Stiftungsrecht liegt eine besondere Komplexität zu Grunde. Denn die Anfechtung von Vermögenszuwendungen, sei es im Rahmen der Stiftungerrichtung, der Zuwendung an eine bereits bestehende Stiftung oder eine Ausschüttung der Stiftungsleistung an die Destinatäre, kann die Erfüllung des Stiftungszwecks gefährden und die Stiftung sogar in ihrer Existenz bedrohen. Andererseits ist jedoch das Interesse des Insolvenzverwalters zu vergegenwärtigen, Anfechtungsansprüche auch gegen Stiftungen durchzusetzen, um eine Flucht des Schuldners in die Stiftung zu vermeiden.

Vor diesem Hintergrund wirft die Entscheidung des LG Baden-Baden zahlreiche Fragen auf, über die im vorliegenden Fall nicht entschieden worden ist: Sind die Leistungen an Destinatäre der Stiftung nach den Vorschriften der InsO anfechtbar? Ist die Stiftungsgenehmigung an sich durch den Insolvenzverwalter anfechtbar/anzufechten? Sind Leistungen der Stiftung aus dem Ertrag der Stiftung, zum Unterhalt des Stifters und seinen Angehörigen, die nach Behauptung der Beklagten im vorliegenden Fall auf Lebenszeit gewährt worden sind, möglicherweise anfechtbar?

Gerichtliche Entscheidungen zu den aufgeworfenen Fragen bleiben ebenso wie das Berufungsurteil des OLG Karlsruhe in dem dargestellten Verfahren abzuwarten. Außer Acht zu lassen ist die Anfechtbarkeit von Stiftungszuwendungen und Stiftungsakten bereits jetzt nicht mehr.

Ansprechpartner

Düsseldorf

Trinkausstraße 7
40213 Düsseldorf
Telefon: (0211) 882929

RA Hans Stefan Korsch
Partner
korsch@mkrq.com

RA Dipl.-Kfm. Dr. Maximilian Koch
Partner
koch@mkrq.com

RA Dr. Carsten Hoth
hoth@mkrq.com

RAin Claudia Grothaus
grothaus@mkrq.com

RAin Alexandra Asako Kowalsky
kowalsky@mkrq.com

Köln

Erfststraße 19a
50672 Köln
Telefon: (0221) 500035

RA Burkhard Niesert
Partner
niesert@mkrq.com

RAin Heike Hoffmann
hoffmann@mkrq.com