

Sanierungen – steuerliche Fallstricke und Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis

gemäßig kein schädlicher Beteiligungserwerb i.S.v. § 8c KStG vorliegen⁷¹.

Der im Vergleich zum *Debt-Equity-Swap* fehlenden Vermittlung einer Gesellschafterstellung und der damit verbundenen mangelnden Kontrolle stehen andere Vorteile gegenüber. Neben der Entlastung der Handelsbilanz von Verbindlichkeiten sind bestimmte Instrumente wie etwa stille Beteiligungen auch für Zwecke von § 10 KWG als Kernkapital anzusehen⁷². Weiterhin bietet diese Art der Umwandlung von Forderungen in Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung die Möglichkeit, die bei einem *Debt-Equity-Swap* bestehende Gefahr einer gesellschaftsrechtlichen Differenzhaftung⁷³ zu vermeiden.

2. Fallbeispiel aus der Beratungspraxis

Eine typische Ausgangssituation und Struktur eines *Debt-Mezzanine-Swaps* lässt sich anhand des folgenden Fallbeispiels aus der Beratungspraxis skizzieren. Ein Zielunternehmen, das über Betriebsstätten in mehreren Gemeinden verfügt, gerät nach einem *Leveraged Buy Out* infolge der Finanz- und Wirtschaftskrise in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Einem an sich gesunden operativen Geschäft stehen eine letztlich zu hohe Verschuldung, kurzfristige Liquiditätsschwierigkeiten und die Verletzung von *Financial Covenants* aus den Akquisitionskreditverträgen gegenüber. Durch den wirtschaftlichen Einbruch betragen die Finanzverbindlichkeiten mittlerweile das über 12-fache des operativen Ergebnisses vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen (EBITDA), so dass eine Reduzierung der Finanzverbindlichkeiten unumgänglich ist. Obwohl Altgesellschafter und Drittgläubiger bereit sind, ihre Forderungen in Beteiligungen an der Zielgesellschaft umzuwandeln, scheitert der geplante *Debt-Equity-Swap* letztlich daran, dass sich nicht sämtliche Gemeinden zu einem Erlass der Gewerbesteuer bereit erklären.

In einer solchen Situation könnte als Alternativlösung etwa an die (teilweise) Umwandlung bestehender Darlehensforderungen in Genussrechte, flankiert von einem tiefen Rankrücktritt der Genussrechteinhaber, gedacht werden. Zur Erleichterung eines etwaigen Exits (insbesondere in Fällen der Beteiligung von Private Equity Investoren) bietet sich darüber hinaus die Übertragung der so gewandelten Genussrechte an eine Tochter- oder Schwestergesellschaft der Zielgesellschaft an.

IV. Fazit

Am Beispiel des Sanierungserlasses und der Sanierungsklausel (§ 8c Abs. 1a KStG) wird deutlich, mit welchen steuerlichen Unwägbarkeiten Unternehmenssanierungen verbunden sind. Gerade in wirtschaftlichen Krisensituationen von Unternehmen ist hingegen Planungssicherheit erforderlich, um zielgerichtet und schnell die betriebswirtschaftlich und rechtlich erforderlichen Restrukturierungsmaßnahmen umzusetzen zu können. Hier ist der Gesetzgeber gefragt, endlich ein „krisenfestes“ Sanierungssteuerrecht zu schaffen.

⁷¹ Für Genussscheine, die nicht die Kriterien des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG erfüllen, vgl. BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001 – DOK 2008/0349554. BStBl. I 2007. 736 = GmbHR 2007. 883 u. 1064, Rz. 7.

⁷² Z.B. die Vermögenseinlagen stiller Beteiligter gemäß § 10 Abs. 4 KWG.

⁷³ Hierzu statt vieler *Huss/Schreiber/Tschauner*, aaO (Fn. 3), S. 845; *Schmidt/Schlitt*, Der Konzern 2009, 279 (285); *Vaupel/Reers*, AG 2010, 93 (99).

Rechtsprechung

Gesellschaftsrecht

Aufsichtsrat: Haftung bei Verletzung der Überwachungspflicht hinsichtlich des Zahlungsverbots

GmbHG § 52; AktG § 116, § 93 Abs. 1 u. 2

Die Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH sind bei einer Verletzung ihrer Überwachungspflicht hinsichtlich der Beachtung des Zahlungsverbots aus § 64 S. 1 GmbHG nur dann der GmbH gegenüber nach § 93 Abs. 2, § 116 AktG, § 52 GmbHG ersatzpflichtig, wenn die Gesellschaft durch die regelwidrigen Zahlungen in ihrem Vermögen i.S.d. §§ 249 ff. BGB geschädigt worden ist. Die Aufsichtsratsmitglieder haften dagegen nicht, wenn die Zahlung – wie im Regelfall – nur zu einer Verminderung der Insolvenzmasse und damit zu einem Schaden allein der Insolvenzgläubiger geführt hat.

BGH, Ur. v. 20.9.2010 – II ZR 78/09

DOBERLUG

► Aus dem Tatbestand:

[1] Der Kläger (Kl.) ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der Stadtwerke Doberlug-Kirchhain GmbH i.L. (im Folgenden: Schuldnerin). Er macht gegen die Beklagten (Bekl.), die in unterschiedlichen Zeiträumen Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats der Schuldnerin waren, einen Ersatzanspruch geltend mit der Begründung, sie hätten es pflichtwidrig und schuldhaft zugelassen, dass der Geschäftsführer nach Eintritt der Insolvenzzreife der Schuldnerin noch „Zahlungen“ i.S.d. § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. bewirkt habe.

[2] Die Schuldnerin war in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, weil sie von ihrer Alleingesellschafterin, der Stadt Doberlug-Kirchhain, 35 Arbeitnehmer übernommen hatte und die dafür als Ausgleich gedachte Bezahlung von Arbeiten für die Stadt und den Zweckverband Trink- und Abwasser Doberlug-Kirchhain und Umland nur schleppend bzw. – seitens des Zweckverbandes – gar nicht erhielt. In den Aufsichtsratssitzungen wurden dieser Sachverhalt und die daraus für die Schuldnerin entstandene finanzielle Situation seit Mai 2000 mehrfach erörtert. Am 28.10.2002 stellte der Geschäftsführer Insolvenzantrag.

[3] Der Kl. hat behauptet, die Schuldnerin sei seit Anfang 2002 überschuldet und zahlungsunfähig gewesen. Mit der Klage hat er die Bekl. gesamtschuldnerisch auf Ersatz von im Einzelnen aufgeschlüsselten Zahlungen in Anspruch genommen, die der Geschäftsführer in der Zeit ab dem 5.3.2002 veranlasst hat oder die in dieser Zeit auf ein debitorisch geführtes Konto der Schuldnerin geflossen sind. Dabei hat der Kl. dem Umstand Rechnung getragen, dass während des maßgeblichen Zeitraums nur die Bekl. zu 1)–5) ständig, die Bekl. zu 6) u. 7) aber nur zeitweise Mitglieder des Aufsichtsrats gewesen sind.

[4] Das LG hat die Klage abgewiesen [*LG Cottbus v. 26.6.2007 – 4 O 344/05*]. Auf die Berufung des Kl. hat das OLG die Bekl. zu 1) – 5) zur Zahlung von 901.794,65€, den Bekl. zu 6) zur Zahlung von 169.390,61€ und den Bekl. zu 7) zur Zahlung von 21.216,49€, jeweils als Gesamtschuldner, verurteilt und die Berufung i.Ü. zurückgewiesen [*OLG Brandenburg v.*

Gesellschaftsrecht

17.2.2009 – 6 U 102/07, GmbHHR 2009, 657 m. Komm. Bormann]. ...

► Aus den Entscheidungsgründen:

[5] Die Revisionen haben Erfolg und führen zur Wiederherstellung des klageabweisenden landgerichtlichen Urteils.

I. ... II.

[10] ... Die Klage ist unbegründet.

[11] Dabei kann offen bleiben, ob der Geschäftsführer der Schuldnerin gegen das Zahlungsverbot aus § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. (= § 64 S. 1 GmbHG in der nach Inkrafttreten des MoMiG geltenden Fassung) verstoßen hat und ob die Bekl. ihre Überwachungspflicht verletzt haben. Denn jedenfalls kommt eine Haftung der Bekl. als Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH nach § 93 Abs. 2, § 116 S. 1 AktG, § 52 Abs. 1 GmbHG nur dann in Betracht, wenn der Gesellschaft ein Schaden i.S.d. §§ 249 ff. BGB entstanden ist. Daran fehlt es. Bezieht sich die Überwachungspflicht nämlich – wie hier – auf die Einhaltung des Zahlungsverbots aus § 64 S. 1 GmbHG, scheidet eine Ersatzpflicht regelmäßig aus, weil nicht die Gesellschaft, sondern die Insolvenzgläubiger durch die Zahlungen geschädigt sind.

1. Besondere Beratungs- und Überwachungspflichten des Aufsichtsrats bei Insolvenzreife

[12] Der Senat hat allerdings für die AG entschieden, dass sich die Beratungs- und Überwachungspflicht des Aufsichtsrats im Stadium der Insolvenzreife der Gesellschaft auch auf die in dieser Situation bestehenden besonderen Pflichten des Vorstands bezieht und dass sich bei einer Verletzung dieser Beratungs- und Überwachungspflicht Ersatzansprüche gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats ergeben können. Eine solche Ersatzpflicht hat er in einem Fall angenommen, in dem eine verbotswidrige Zahlung an ein Aufsichtsratsmitglied geleistet worden war (BGH v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, ZIP 2009, 860 = GmbHHR 2009, 654 m. Komm. Bormann, Rz. 14 ff., 24).

[13] a) Nach § 92 Abs. 2 S. 1 AktG ist der Vorstand einer AG verpflichtet, nach Eintritt der Insolvenzreife keine Zahlungen mehr zu leisten, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar sind. Diese Pflicht richtet sich zwar ausschließlich an den Vorstand. Ihr entspricht aber eine Beratungs- und Überwachungspflicht des Aufsichtsrats. Erkennt der Aufsichtsrat oder muss er erkennen, dass die Gesellschaft insolvenzreif ist, und bestehen für ihn Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Vorstand entgegen dem Verbot des § 92 Abs. 2 S. 1 AktG Zahlungen leisten wird, hat der Aufsichtsrat darauf hinzuwirken, dass der Vorstand die verbotswidrigen Zahlungen unterlässt. Ein solcher Anhaltspunkt eines Verstoßes gegen § 92 Abs. 2 S. 1 AktG besteht etwa dann, wenn die Gesellschaft Arbeitnehmer beschäftigt und der Vorstand das Unternehmen nach Eintritt der Insolvenzreife fortführt. Dann liegt es nahe, dass der Vorstand zumindest die Zahlung der Löhne und Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung veranlassen und dadurch gegen § 92 Abs. 2 S. 1 AktG verstoßen wird (vgl. BGH v. 8.6.2009 – II ZR 147/08, ZIP 2009, 1468 = GmbHHR 2009, 991 m. Komm. Bittmann, Rz. 6).

[14] Verletzt der Aufsichtsrat einer AG schuldhaft diese Überwachungspflicht, sind seine Mitglieder zum Schadensersatz verpflichtet. Das ergibt sich allerdings nicht schon aus der allgemeinen Schadensersatznorm des § 93 Abs. 2 i.V.m. § 116 S. 1 AktG. Die Ersatzpflicht folgt vielmehr aus § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, auf den § 116 AktG ebenfalls verweist. Denn durch den Verstoß des Vorstands gegen das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 1 AktG wie durch die Verletzung der entsprechenden Überwachungspflicht des Aufsichtsrats entsteht nach der Rspr. des Senats im Regelfall kein Schaden der Gesellschaft i.S.d. § 93 Abs. 2 AktG. Die verbotswidrigen Zahlungen dienen i.d.R. der Erfüllung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft und führen bei dieser nur zur Verkürzung der Bilanzsumme, nicht aber zu einem Vermögensschaden i.S.d. §§ 249 ff. BGB (*Habersack/Schümbrand*, WM 2005, 957 [959]; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 64 Rz. 4). Verringert wird nur die Insolvenzmasse in dem nachfolgenden Insolvenzverfahren, was zu einem Schaden allein der Insolvenzgläubiger führt. Diesen Drittschaden stellt das Gesetz – geleitet von dem Ziel, die Gesamtheit der Gläubiger der AG durch Wahrung von Neutralität bei der Bewirkung von Zahlungen in der Krise vor Schäden in Gestalt einer Verminderung ihrer Quote durch massenschmälernde Leistungen zu schützen – in § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG einem Schaden der Gesellschaft gleich (*Mertens/Cahn* in Köln.Komm.AktG, 3. Aufl., § 93 Rz. 134; *Spindler* in Münch.Komm.AktG, 3. Aufl., § 93 Rz. 192 ff.; *Hüfner*, AktG, 9. Aufl., § 93 Rz. 22). Damit in Übereinstimmung spricht der Senat im Zusammenhang mit § 64 S. 1 GmbHG, § 130 a Abs. 2 HGB von einem „Ersatzanspruch eigener Art“ (BGH v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 [278] = GmbHHR 2001, 190 m. Komm. *Felleisen* für § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. und v. 26.3.2007 – II ZR 310/05, ZIP 2007, 1006 = GmbHHR 2007, 596, Rz. 7 für § 130 a Abs. 3 HGB a.F.). Ansätzen im Schrifttum, eine schadensrechtliche Gesamtsaldierung vorzunehmen (*K. Schmidt*, ZHR 168 [2004], 637 [650 ff.]; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 64 Rz. 8 ff.; *Altmeyen/Wilhelm*, NJW 1999, 673 [678 ff.]; *Altmeyen*, ZIP 2001, 2201 [2205 ff.]), ist er nicht gefolgt.

[15] Da § 116 S. 1 AktG auch auf § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG verweist, gilt die Gleichstellung des Schadens der Insolvenzgläubiger mit einem Schaden der Gesellschaft auch für den Aufsichtsrat, der seine Überwachungspflicht in Bezug auf die Einhaltung des Verbots des § 92 Abs. 2 S. 1 AktG durch den Vorstand verletzt (*Semler* in Münch.Komm.AktG, 2. Aufl., § 116 Rz. 524). Auch er ist damit, wenn er seine Überwachungspflicht schuldhaft verletzt hat, zum Ersatz der verbotswidrig geleisteten Zahlungen verpflichtet.

[16] b) Diese Haftungserstreckung auf den Aufsichtsrat entspricht nicht nur dem Wortlaut der Normen, sondern auch der Entstehungsgeschichte des Gesetzes.

[17] In den Vorgängernormen zu § 93 Abs. 3 AktG und § 116 AktG gab es zunächst keinen Gleichlauf der Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat in der AG. Zwar regelte der Gesetzgeber in Art. 225 b des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (ADHGB) i.d.F. v. 11.6.1870 und nachfolgend in Art. 226 ADHGB i.d.F. v. 18.7.1884 die Haftung des Aufsichtsrats von AGen ausführlich und verwies in Art. 241 Abs. 3 ADHGB 1884 für die Haftung des Vorstands auf Art. 226 ADHGB. Nur für den Vorstand ordnete er aber in beiden Fassungen eine Ersatzpflicht für solche Zahlungen an, die nach Zahlungsunfähigkeit oder

Gesellschaftsrecht

Überschuldung der Gesellschaft geleistet wurden (Art. 241 ADHGB 1870, Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869, S. 379, 452; Art. 241 Abs. 3 S. 2 ADHGB 1884, RGBl. 1884, S. 123, 163).

[18] Die Haftung des Aufsichtsrats für Zahlungen nach Konkursreife regelte der Gesetzgeber erstmals im Handelsgesetzbuch i.d.F. v. 10.5.1897 (HGB a.F.). § 249 HGB a.F. verwies für die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats auf die nunmehr für den Vorstand in § 241 HGB a.F. im Detail geregelten Haftungstatbestände, damit auch auf die in § 241 Abs. 3 Nr. 6 HGB a.F. angeordnete Ersatzpflicht für Zahlungen nach Konkursreife. Die in Bezug genommene Vorschrift des § 241 Abs. 3 Nr. 6 HGB a.F. entspricht dem heutigen § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG.

[19] Dass die Ersatzpflicht der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der bis dahin geltenden Rechtslage auf die Überwachungspflicht hinsichtlich der Wahrung des Massesicherungsgebots ausgedehnt wurde, war beabsichtigt, wie sich aus der Entwurfsbegründung ergibt: „*Im Uebrigen ist die Verantwortlichkeit der Aufsichtsrathsmitglieder für Pflichtwidrigkeiten sachlich in der gleichen Weise wie in dem bisherigen Art. 226 geregelt, nur wird dieselbe ... insofern erweitert, als nunmehr die verschärfte Ersatzpflicht, welche einen besonderen Schadensnachweis nicht voraussetzt und von den Gesellschaftsgläubigern geltend gemacht werden kann, auch in dem Falle eintritt, daß mit Wissen und ohne Einschreiten des Aufsichtsraths Zahlungen geleistet sind, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Ueberschuldung sich ergeben hat. Ein Grund, diesen Fall anders als die übrigen im Art. 226 Abs. 2 bezeichneten Fälle zu behandeln, liegt nicht vor*“ (Begründung zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Deutsche Reich von 1895, abgedruckt bei Schubert/Schmiedel/Krampe, Quellen zum HGB von 1897, S. 127).

2. Keine uneingeschränkte Übertragung dieser Grundsätze auf den fakultativen GmbH-Aufsichtsrat

[20] Auf den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH lassen sich diese Grundsätze nicht uneingeschränkt übertragen.

[21] a) Zwar hat auch der fakultative Aufsichtsrat einer GmbH die Pflicht, die Rechtmäßigkeit des Handelns der Geschäftsleitung (*Giedinghagen* in Michalski, GmbHG, 2. Aufl., § 52 Rz. 219; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 52 Rz. 100; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl., § 52 Rz. 25) und damit auch die Einhaltung des mit dem Eintritt der Insolvenzreife entstehenden Zahlungsverbots aus § 64 S. 1 GmbHG – insoweit inhaltsgleich mit § 92 Abs. 2 S. 1 AktG – zu überwachen (RGZ 161, 129 [133]). Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen diese Überwachungspflicht sind jedoch im GmbH-Recht anders geregelt als im Aktienrecht. So verweist § 52 Abs. 1 GmbHG auf die Schadensersatznorm des § 116 AktG nur mit der ausdrücklichen Einschränkung „*in Verbindung mit § 93 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2*“. Damit wird § 93 Abs. 3 AktG für den fakultativen Aufsichtsrat über die nur partielle Verweisung in § 52 GmbHG gerade nicht in Bezug genommen, anders als in den entsprechenden Vorschriften über den obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 3 Abs. 2 MontanMitbestG, § 3 Abs. 1 S. 2 MontanMitbestGErgG, § 6 Abs. 2 InvG). Für eine Ersatzpflicht der Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats, die

ihre Überwachungspflicht hinsichtlich der Einhaltung des Zahlungsverbots aus § 64 S. 1 GmbHG verletzt haben, fehlt die in § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG angeordnete Gleichstellung des Zahlungsabflusses mit einem Schaden der Gesellschaft i.S.d. §§ 249 ff. BGB. Es bleibt vielmehr dabei, dass die Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats der Gesellschaft nur dann ersatzpflichtig sind, wenn durch die Zahlung ausnahmsweise ein eigener Schaden der Gesellschaft entstanden ist, i.Ü. aber – und damit im Regelfall – mangels eines ihr entstandenen Schadens nicht haften.

[22] b) Diese Auslegung entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers.

[23] Während die Vorschrift über den fakultativen Aufsichtsrat im ersten Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung von 1891 noch pauschal alle Normen des Aktienrechts in Bezug nahm (Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, Amtliche Ausgabe 1891, S. 15, 101), verwies der tatsächlich erlassene § 53 GmbHG i.d.F. v. 20.4.1892 nur auf Art. 226 Abs. 1 ADHGB 1884. Nicht entsprechend anwendbar waren damit die besonderen Haftungstatbestände für Aufsichtsräte von AGen, die in Art. 226 Abs. 2 ADHGB enthalten waren (RGBl. 1892, S. 477, 491).

[24] In § 52 GmbHG i.d.F. v. 1.1.1900 fehlt in der Aufzählung der Normen aus dem Aktienrecht, auf die für die Haftung des fakultativen Aufsichtsrats der GmbH verwiesen wird, § 249 Abs. 3 HGB a.F., der auf § 241 Abs. 3 HGB a.F. und damit auf die Vorgängernorm des § 93 Abs. 3 AktG verwies (RGBl. 1898, S. 846, 859). Das ist schon vom Reichsgericht nicht als redaktionelles Versehen, sondern als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gewürdigt worden: „*Ist danach ein Aufsichtsrat zu bestellen, so finden auf ihn allerdings zum großen Teile die für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Hierbei sind aber doch gerade wieder die Bestimmungen ausgenommen, die zum Schutze der Aktionäre und der Gläubiger erlassen worden sind, insbesondere der § 249 Abs. 3 HGB in Verbindung mit § 241 Abs. 3 und 4 HGB*“ (RGZ 161, 129 [139]).

[25] c) Die Auslegung des § 52 GmbHG dahingehend, dass die Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH bei einer Verletzung ihrer Überwachungspflicht hinsichtlich der Beachtung des Zahlungsverbots aus § 64 S. 1 GmbHG im Regelfall nicht ersatzpflichtig sind, entspricht nicht nur dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte, sondern auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes.

[26] Wenn die Gesellschafter einer GmbH freiwillig einen Aufsichtsrat bilden, wollen sie damit – soweit sie von ihrer in § 52 Abs. 1 GmbHG eröffneten Regelungsbefugnis keinen Gebrauch machen – nicht von der dualistischen Struktur der GmbH abweichen (vgl. BGH v. 6.3.1997 – II ZB 4/96, BGHZ 135, 48 [53 ff.] = GmbHHR 1997, 705), sondern lediglich ein Gremium schaffen, das für die Gesellschafterversammlung als dem maßgeblichen Willensbildungs- und Kontrollorgan der Gesellschaft Teilaufgaben der Überwachung der Geschäftsführer übernimmt und sicherstellt, dass diese die Geschäfte so führen, wie es dem wohlverstandenen Interesse der Gesellschafter entspricht. Anders als der obligatorische Aufsichtsrat ist der fakultative Aufsichtsrat deswegen nicht im Interesse der Allgemeinheit in die Pflicht genommen und hat keine über seine ihm von der Gesellschafterversammlung über-

Gesellschaftsrecht

tragenen Aufgaben hinausgehenden öffentlichen Belange zu wahren (RGZ 161, 129 [138f.]). Er hat demgemäß grundsätzlich nur für solche Schäden i.S.d. §§ 249 ff. BGB einzustehen, die bei der Gesellschaft – und nicht bei gesellschaftsfremden Dritten – entstanden sind (RGZ 73, 392 [393]).

3. Ergebnis: Kein Ersatzanspruch

[27] Da die Bekl. nur Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats waren, die Schuldnerin von § 52 GmbHG abweichende Haftungstatbestände nicht geschaffen hat und Anhaltspunkte für die Verursachung eines eigenen Schadens der Schuldnerin durch die Zahlungen des Geschäftsführers weder vorgetragen noch sonst ersichtlich sind, besteht somit kein Ersatzanspruch aus §§ 93, 116 AktG, § 52 GmbHG, was der Senat nach § 563 Abs. 3 ZPO selbst entscheiden kann.

Der GmbHR-Kommentar

Selbst im Behördenspiegel (9/2010, S. 21) stand schlagwortartig unter Hinweis auf die zweitinstanzliche Entscheidung, dass auch für Aufsichtsräte, die von der öffentlichen Hand beherrscht werden, die Einschläge näher kommen würden. Dies gelte auch für GmbH-Konstruktionen, die keinen obligatorischen, sondern einen gewillkürten Aufsichtsrat eingerichtet haben. Das Gericht 2. Instanz (vgl. OLG Brandenburg v. 17.2.2009 – 6 U 102/07, GmbHR 2009, 657 [662] m. Komm. *Bormann*) bemüht zur Begründung der Revisionszulassung sogar historische Dimensionen. Der II. Zivilsenat des BGH hat mit der vorstehend abgedruckten Entscheidung v. 20.9.2010 – II ZR 78/09 – Doberlug nun Klarheit und Richtung in die Thematik der Haftung von fakultativen Aufsichtsräten gebracht.

I. Die richtige Rechtsform im öffentlichen Umfeld

Die GmbH stellt eine Rechtsform dar, in der die öffentliche Trägerkörperschaft regelmäßig ihr Steuerungsinteresse am besten wahren kann (dazu *Hoppe/Uechtritz*, Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007, § 15 Rz. 43; *Altmeppen*, NJW 2003, 2561 ff.). Dies folgt auch gerade aus dem Recht der Satzungsautonomie und den daraus resultierenden Möglichkeiten, die Satzung zwischen Gesellschafts- und Kommunalrecht auszutarieren (*Bayer in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 3 Rz. 34 u. 67; *Lutter* ebenda, § 52 Rz. 3). Denn durch die Abfassung des Gesellschaftsvertrags kann z.B. den Gesellschaftern ein maßgeblicher Einfluss gesichert werden. Nach § 37 GmbHG kann den Geschäftsführern von den Gesellschaftern eine Weisung erteilt werden – was nach § 76 Abs. 1 AktG ausgeschlossen ist – und gemäß § 51 a Abs. 1 GmbHG von jedem Gesellschafter Auskunft und Einsicht in Bücher und Schriften verlangt werden, was bei der AG bezüglich der Auskunft auf die Hauptversammlung und bzgl. der Einsicht auf den Aufsichtsrat beschränkt ist. Diese Möglichkeiten sind oft mehr „reaktiver“ Art, d.h., die betreffenden Organe müssen i.d.R. erst einmal erfahren, was ansteht, um Auskunft von der Geschäftsführung zu verlangen oder eine Weisung zu erteilen. Da dies die Gesellschafterversammlung gerade bei kommunaler Trägerschaft nicht unbedingt leisten kann, drängt sich die Einrichtung eines fakultativen Auf-

sichtsrats geradezu auf. Somit hat der Gesellschaftsvertrag im vorliegenden Fall die Bildung eines fakultativen Aufsichtsrats vorgesehen und zu seinen Aufgaben ausgeführt, dass der Aufsichtsrat unter ausdrücklichem Hinweis auf die aktienrechtlichen Bestimmungen die Tätigkeit der Geschäftsführung überwacht (dazu instruktiv OVG Münster v. 24.4.2009 – 15 A 2592/07, GmbHR 2010, 92 m. Komm. *Hubertus/Walter*, Revision zugelassen durch BVerwG v. 30.6.2010 – 8 B 78.09; das Revisionsverfahren wird unter dem Az. 8 C 16.10 fortgesetzt). Im Übrigen wird in diesem Zusammenhang empfohlen, noch einmal den Sachverhalt (OLG Brandenburg v. 17.2.2009 – 6 U 102/07, GmbHR 2009, 657 m. Komm. *Bormann*) nachzulesen. Der der Entscheidung zugrunde liegende Ablauf ist nämlich Ausdruck einer politischen Haltung des wirtschaftlichen Verschiebens zwischen öffentlichem Träger und seiner GmbH, die gerade die Insolvenzreife auch im vorliegenden Fall herbeiführt hat.

II. Die besondere Stellung des fakultativen Aufsichtsrats

Der II. Zivilsenat des BGH nimmt ausführlich Stellung zur besonderen Funktion des fakultativen Aufsichtsrats, wie er sich gerade auch in der GmbH mangels Größe in öffentlicher Trägerschaft findet. Es bestehen in Deutschland ca. 7.290 öffentliche Unternehmen in privatrechtlicher Form der GmbH. Sie befinden sich im Bereich Abfall- oder Abwasserentsorgung, des ÖPNV, der Wirtschaftsförderung wie auch in der Stadtwerbung. Gerade wo private Betreiber als Mitgesellschafter mit im Boot sitzen, wird ein Aufsichtsrat sinnvoll und notwendig sein. Deshalb überlässt das GmbH-Gesetz die Entscheidung über die Implementierung eines Aufsichtsrats gerade den Vertragspartnern. Der fakultative Aufsichtsrat wird tatsächlich als ein Bindeglied zwischen der Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführung umschrieben, der wichtige Teilaufgaben wahrnimmt. Der fakultative Aufsichtsrat hat vornehmlich Kontrollfunktionen, sofern es – wie vorliegend – die Satzung festlegt und dabei auf § 90 Abs. 3, 4, 5 u. § 111 AktG verweist. Weitergehende und mögliche Satzungsbestimmungen, auch in Bezug auf die Kompetenzen des Aufsichtsrats, z.B. über die Abberufung der Geschäftsführung, finden sich vorliegend nicht (der fakultative Aufsichtsrat vertritt i.Ü. die GmbH bei Klagen gegenüber den Geschäftsführern, BGH v. 24.11.2003 – II ZR 127/01, GmbHR 2004, 259). Bei der Errichtung des fakultativen Aufsichtsrats erfolgt aber, wie *Lutter* ausführt (*Lutter in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 52 Rz. 3), die Verweisung des § 52 Abs. 1 GmbHG ferner unter Berücksichtigung der eigenen Struktur der GmbH. Genau darauf nimmt der II. Zivilsenat Bezug, indem er die dualistische Struktur der GmbH hervorhebt und damit die Stellung des fakultativen Aufsichtsrats de jure zurücknimmt. Dies hat auch Auswirkungen auf die Haftung, die der BGH gerade zum obligatorischen Aufsichtsrat mit bemerkenswerten Ausführungen abgrenzt und dort bei Verletzung der Aufsichtspflicht eine Haftung ausdrücklich bejaht. Andererseits entbindet die erkannte Haftungseinschränkung die Mitglieder des Aufsichtsrats gerade in kommunalen Gesellschaften nicht, die Geschäftsführung effektiv zu kontrollieren und nicht zuletzt die Gesellschafterversammlung kontinuierlich zu informieren.

Gesellschaftsrecht

III. Das wirtschaftsrechtliche Umfeld

Auch GmbH mit öffentlichen Anteilseignern stehen in der Kritik, und deren wirtschaftliche Probleme nehmen zu. Gerade bei GmbH mit öffentlich-rechtlichen Anteilseignern wird – unbeschadet der Regelung in der jeweiligen Gemeindeordnung – die Einrichtung eines Aufsichtsrats zur Überwachung der Geschäftsführer angeraten sein (s. oben, dazu auch *Harder/Ruter*, GmbHR 1995, 813 [815]). Dies gilt auch für eine erhöhte Überwachungsnotwendigkeit bei politisch motivierter Auswahl der Geschäftsführung. Den Vertragspartnern der Satzung ist daher anzuraten, neben der Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats auch durch die Satzungsbestimmungen der Geschäftsführung im Hinblick auf die Genehmigungspflichtigkeit von Geschäften einen engeren Rahmen zu setzen, der durchaus nach dem GmbH-Gesetz zulässig ist. Die Diskussion geht weiter – etwa zur Frage, ob Aufsichtsratssitzungen einer GmbH öffentlich sind und Ratsmitgliedern das Recht eingeräumt ist, an den Sitzungen teilzunehmen (dazu *Wilhelm*, DB 2009, 944 ff.). Immerhin hat aber die Rechtsprechung (VGH München v. 8.5.2006 – 4 BV 05.756, NVwZ-RR 2007, 622) ein Bürgerbegehren in Bayern, das darauf abzielt, bei den von einer Kommune beherrschten GmbH die Verschwiegenheitspflicht von Mitgliedern des fakultativen Aufsichtsrats partiell einzuschränken, nicht von vorneherein mit Gesellschafts- und Kommunalrecht unvereinbar erklärt. GmbH, gerade in öffentlicher Trägerschaft, bedürfen wegen ihres „Öffentlichkeitsprinzips“ einer wohl ausformulierten Satzung und starker, sowie unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder.

Dr. Ulrich Brötzmann, Rechtsanwalt, Mainz

GmbH-Konzern: Kündbarkeit einer konzerninternen Patronatserklärung nur bei entsprechender Vereinbarung

GG Art. 103 Abs. 1; GmbHG § 19, § 30, § 31, § 32a, § 32b a.F.; BGB § 280 Abs. 1; InsO § 135 a.F.

1. Verspricht eine Muttergesellschaft in einer (Patronats-) Erklärung gegenüber ihrer bereits in der Krise befindlichen Tochtergesellschaft, während eines Zeitraums, der zur Prüfung der Sanierungsfähigkeit erforderlich ist, auf Anforderung zur Vermeidung von deren Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung deren fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, kann diese Erklärung mit Wirkung für die Zukunft gekündigt werden, wenn die Parteien nach den Umständen des Einzelfalles ein entsprechendes Kündigungsrecht vereinbart haben.

2. Der Wirksamkeit der Kündigung einer solchen konzernintern getroffenen Vereinbarung stehen weder die Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts noch diejenigen des sog. Finanzplankredits entgegen (vgl. BGH v. 28.6.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116 = GmbHR 1999, 911 m. Komm. Brauer).

BGH, Urt. v. 20.9.2010 – II ZR 296/08

STAR 21

► Aus dem Tatbestand:

[1] Der Kläger (Kl.) ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der STAR 21-GmbH & Co. KG (nachfolgend: Schuldnerin). Die Beklagte (Bekl.) ist – durch eine mehr-

stufige Beteiligung von einhundertprozentigen Tochter- und Enkelgesellschaften – mittelbare Gesellschafterin der Schuldnerin. Zwischen der Bekl. und der Schuldnerin bestand ein jederzeit kündbarer cash-pool-Vertrag, nach dem die Bank täglich die Konten der Konzerntochterunternehmen der Bekl. durch Ausbuchung der Tagesumsätze der Konzerntochterunternehmen auf ein Zielkonto der Bekl. auszugleichen hatte. Der Kl. nimmt die Bekl. wegen Kündigung einer „Patronatserklärung“ auf Schadensersatz i.H. der im Rahmen des Insolvenzverfahrens angemeldeten und festgestellten Forderungen und auf Schadensersatzfeststellung im Hinblick auf noch endgültig festzustellende Forderungen in Anspruch.

[2] Die Schuldnerin war zum 31.12.2001 i.H.v. 6.340.852 € handelsbilanziell überschuldet, relevante stille Reserven waren nicht vorhanden. Eine Finanzierung durch einen Kredit zu marktüblichen Bedingungen von dritter Seite war zu diesem Zeitpunkt für die Schuldnerin ebenfalls nicht zu erreichen.

[3] Die Bekl. und die Schuldnerin schlossen am 8.2.2002 eine als „Patronatserklärung“ überschriebene Vereinbarung, in der es u.a. hieß:

1. Im Falle der Zahlungsunfähigkeit ... sowie im Falle der Überschuldung der [Schuldnerin] ist die [Bekl.] auf schriftliche Anforderung der [Schuldnerin] hin verpflichtet, Verbindlichkeiten der [Schuldnerin], sobald sie fällig geworden sind, in dem Umfang zu erfüllen, als dies zur Beseitigung der Überschuldung oder zur Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit erforderlich ist. Diese Verpflichtung ist in der Höhe begrenzt auf den Betrag von Euro 8.000.000,00 ... abzüglich des jeweiligen Betrages der Verbindlichkeiten der [Schuldnerin] gegenüber [der Bekl.].

2. Mit allen Forderungen gegen die [Schuldnerin], bis zu einem Höchstbetrag von Euro 8.000.000,00 ... sei es aus Zahlungen gemäss Nr. 1 oder aus einem anderen Rechtsgrund, tritt die [Bekl.] gegenüber allen gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen anderer Gläubiger im Rang zurück. Die Forderungen der [Bekl.] sollen nur aus dem bilanzmäßigen Reingewinn der [Schuldnerin] befriedigt werden. Im Falle der Liquidation der [Schuldnerin] soll die [Bekl.] Befriedigung nur aus dem Liquidationsüberschuss erlangen. Die Forderungen der [Bekl.] erlöschen durch Erlass, wenn über das Vermögen der [Schuldnerin] das Insolvenzverfahren formal eröffnet oder die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse abgewiesen wird.

3. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages sind nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart werden. ...

[4] Mit Schreiben v. 11.11.2002 kündigte die Bekl. diese Patronatserklärung sowie den zwischen der Bekl. und der Schuldnerin bestehenden cash-pool-Vertrag jeweils zum 12.11.2002. Am 12.11.2002 stellte die Schuldnerin sodann Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Mit Beschl. des AmtsG F v. 31.1.2003 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet.

[5] Mit Rechtsanwaltschreiben v. 18.8.2003 machte die Schuldnerin gegenüber der Bekl. Zahlungsansprüche i.H. der bis dahin nicht bestrittenen, festgestellten Insolvenzforderungen sowie Masseverbindlichkeiten geltend.

[6] In der Klageschrift v. 25.8.2005 erklärte der Kl. die Anfechtung der Kündigung der Patronatserklärung nach § 135 InsO. Die Parteien hatten zuvor im Rahmen von Vergleichsgesprächen die Verlängerung der Verjährungsfrist des § 146 Abs. 1 InsO bis zum 29.8.2005 vereinbart.

[7] Das LG hat die Bekl. ... zur Zahlung von 822.704,90 € an den Kl. verurteilt sowie festgestellt, dass die Bekl. verpflichtet ist, an den Kl. Zahlungen i.H. der in dem am 31.1.2003 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin künftig zur Insolvenztabelle endgültig-