

GWR Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Handels- und Gesellschaftsrecht · Kapitalmarktrecht · Finanzierung

9/2012

4. Jahrgang · 11. Mai 2012

Seiten 193–214

Herausgegeben von:

Professor Dr. Wulf Goette, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D.

Professor Dr. Mathias Habersack, LMU München

Dr. Wolfgang Weitnauer, Rechtsanwalt in München

Dr. Hildegard Ziemons, Rechtsanwältin in Frankfurt a. M.

Beiträge

<i>Wolfgang Weitnauer</i>	Der Rangrücktritt – Welche Anforderungen gelten nach aktueller Rechtsprechung?	193
<i>Josef Nachmann/Stefan Blank</i>	Gesellschaftersicherheiten in der Insolvenz – Wann haftet der Gesellschafter für doppelbesicherte Drittdarlehen?	198

Rechtsprechung

Handels- und Gesellschaftsrecht

BGH 06.03.2012 – II ZR 56/10	Unterbilanzhaftung von Gesellschaftern bei fehlender Offenlegung der Neugründung der GmbH (<i>Sabine Kröger</i>)	201
BGH 28.02.2012 – II ZR 115/11	Maßgebliche Beteiligung besteht auch, wenn alleinvertretungsberechtigter Gesellschaftergeschäftsführer nur 50% an hilfeleistender GmbH hält (<i>Kolja Petrovicki</i>)	202
BGH 28.02.2012 – II ZR 244/10	Hinweispflicht des Abwicklers einer AG gegenüber Nachfolger bei besonders wichtigen Angelegenheiten (<i>Oliver Rothley</i>)	203
OLG Celle 27.03.2012 – 9 W 37/12	(Außen-)GbR kann Komplementärin einer KG sein (<i>Johannes Pitsch/Jens Schubert</i>)	204
OLG Frankfurt a. M. 24.01.2012 – 20 W 504/10	Bestandskraft eines Kapitalschnitts nach Eintragung der hiermit verknüpften Verschmelzung (<i>Klaus von der Linden</i>)	205
OLG München 05.03.2012 – 31 Wx 47/12	Keine Eintragung eines GmbH-Geschäftsführers als (<i>Peter Ries</i>)	206

Allgemeines Vertragsrecht und Unternehmenskauf

BGH 10.02.2012 – V ZR 51/11	Beseitigung des Nichtigkeitsgrunds bei sittenwidrigem Vertrag verlangt auch dessen Neuvernahme oder Bestätigung (<i>Lars Eckhoff</i>) ..	207
--------------------------------	--	-----

Insolvenzrecht

BGH 08.03.2012 – IX ZR 78/11	Wertersatzanspruch des Aussonderungsberechtigten infolge einer Sicherungsmaßnahme (<i>Hannah Krings</i>)	208
---------------------------------	--	-----

Arbeitsrecht

BAG 16.02.2012 – 6 AZR 553/10	Verlust des Sonderkündigungsschutzes nach wahrheitswidriger Verneinung der Frage nach Schwerbehinderung (<i>Axel Bertram</i>)	209
BAG 13.10.2011 – 8 AZR 455/10	Betriebsteilübergang setzt Bestehen einer abgrenzbaren organisatorischen wirtschaftlichen Einheit beim Veräußerer voraus (<i>Luisa Einsporn</i>)	210

BAG 13.10.2011 – 8 AZR 608/10	Benachteiligung wegen Schwerbehinderung bei fehlender Beteiligung der Agentur für Arbeit an Auswahlverfahren (<i>Sebastian Juli</i>)	211
LAG Baden-Württemberg 17.01.2012 – 22 Sa 77/11	Mitarbeiterbeteiligungsmodell und Karenzentschädigung (<i>Rhea-Christina Klages</i>)	212
Steuerrecht		
BFH 15.02.2012 – I B 7/11	Verfassungskonforme Auslegung der Übergangsregelung zur Abschaffung der Mehrmütterorganshaft (<i>Johannes Frey/Stephanie Bruhn</i>)	213
BFH 11.01.2012 – I R 25/10	Rückerstattung von Kapitalertragsteuer analog § 50d I EStG bei beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften (<i>Simon Weppner</i>)	214

Hinweis an unsere Leser:

Die vorliegende Druckausgabe der GWR ist textidentisch mit der elektronisch versandten Version. Abonnenten erhalten zugleich über beck-online Zugriff auf die besprochenen Urteile im Volltext, das elektronische Archiv der GWR sowie alle zitierten Gesetzestexte.

Zitervorschlag: GWR Jahr, Seite (z. B. GWR 2012, 95). Innerhalb der Datenbank beck-online können Sie auch GWR Jahr, Dokumentnummer als Fundstelle in das Suchfeld eingeben. Die Dokumentnummern finden Sie im Heft in der Kopfzeile jedes Beitrags neben der Seitenzahl.

GWR – Impressum

ISSN 1868-1816

Herausgeber: Professor Dr. Wulf Goette, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D., Honorarprofessor der Universität Heidelberg, Of Counsel Gleiss Lutz, Maybachstr. 6, 70469 Stuttgart. Professor Dr. Mathias Habersack, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht, Ludwig-Maximilians-Universität München, Ludwigstraße 29, 80539 München, Tel.: 089/21 80-27 33, Fax: 089/21 80-27 00, E-Mail: mathias.habersack@jura.uni-muenchen.de. Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Weitnauer, Weitnauer Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater Partnerschaft, Ohmstraße 22, 80802 München, Tel.: 089/38 39 95-0, Fax: 089/38 39 95-99, E-Mail: wolfgang.weitnauer@weitnauer.net, Internet: www.weitnauer.net. Rechtsanwältin Dr. Hildegard Ziemons, CMS Hasche Sigle, Barckhausstraße 12–16, 60325 Frankfurt a. M., Tel.: 069/7 17 01-3 43, Fax: 069/7 17 01-4 05 34, E-Mail: Hildegard.Ziemons@cms-hs.com, Internet: www.cms-hs.com

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Weitnauer (verantwortlich für den Inhalt), Adresse s. o.

Verlagsredaktion: Verantwortliche Redakteurin: Ass. Jur. Martina Berthaler, LL. M. Eur., E-Mail: martina.berthaler@beck.de. Verlag C. H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Tel.: 089/3 81 89-590, Fax: 089/3 81 89-5 79. GWR im Internet: <http://www.gwr-online.de>

Manuskripte: Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden.

Anzeigenabteilung: Verlag C. H. Beck, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München, Tel.: Susanne Raff 089/3 81 89-601, Julie von Steuben 089/3 81 89-608, Bertram Götz 089/3 81 89-610, Fax: 089/3 81 89-782.

Disposition: Herstellung Anzeigen, technische Daten; Tel.: 089/3 81 89-598, Fax: 089/3 81 89-589, E-Mail: anzeigen@beck.de
Verantwortlich für den Anzeigenteil: Fritz Leberherz

Verlag: Verlag C. H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München, Tel.: 089/3 81 89-0, Fax: 089/3 81 89-398, Postbank München: Nr. 62 29-802, BLZ 700 100 80. Der Verlag ist oHG. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Erscheinungsweise: Zweimal monatlich. Bezugspreise 2012: 198,00 € jährlich (inkl. 12,95 € MwSt.). Vorzugspreis für Bezieher des Fachmoduls Handels- und Gesellschaftsrecht premium: 140,00 € jährlich (inkl. 9,16 € MwSt.). Das Abonnement umfasst jeweils den Zugang für drei Nutzer für das Modul GWR Online innerhalb der Datenbank beck-online. Einzelheft: 9,50 € (inkl. 0,67 € MwSt.). Versandkosten jeweils zuzüglich. Die Rechnungstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden. Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag. KundenServiceCenter: Tel.: 089/3 81 89-750, Fax: 089/3 81 89-358, E-Mail: bestellung@beck.de. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahreschluss erfolgen. Adressänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an. Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

Druck: Kessler Druck und Medien GmbH & Co. KG, Michael-Schäffer-Straße 1, 86399 Bobingen.

9/2012

4. Jahrgang · 11. Mai 2012

Seiten 193–214

Herausgegeben von:

Professor Dr. Wulf Goette, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D.

Professor Dr. Mathias Habersack, LMU München

Dr. Wolfgang Weitnauer, Rechtsanwalt in München

Dr. Hildegard Ziemons, Rechtsanwältin in Frankfurt a. M.

Beiträge

Der Rangrücktritt – Welche Anforderungen gelten nach aktueller Rechtsprechung?

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Weitnauer, M. C. L., Weitnauer Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater, München

Der BFH hat unlängst mit seinem Urteil vom 30.11.2011 zur Passivierung von Verbindlichkeiten bei Rangrücktritt aufhorchen lassen (I R 100/10, GWR 2012, 167 [Bay] = DStR 2012, 450). Das Urteil bezog sich nicht auf die Passivierung in der Überschuldungs-, sondern der Steuerbilanz und besagte (so der Leitsatz), dass eine Verbindlichkeit, die nur aus künftigen Gewinnen oder einem etwaigen Liquidationsüberschuss erfüllt zu werden braucht, mangels gegenwärtiger wirtschaftlicher Belastung nicht als solche in der Steuerbilanz ausgewiesen werden kann, sondern, soweit sie passiviert ist, erfolgswirksam aufzulösen ist. Gerade wenn sich ein Unternehmen in einer wirtschaftlichen Schieflage befindet, kann daher eine nicht ausreichend formulierte Rangrücktrittsvereinbarung zu einer unliebsamen, da steuerwirksamen Ergebniserhöhung führen, obwohl sich am Bestand der Belastung ansonsten nichts ändert. Insbesondere der Titel, mit dem das Urteil versehen wurde („keine Passivierung bei sog. qualifiziertem Rangrücktritt“) alarmierte, da er suggerierte, als hätte man diese Aussage wiederum auf die Steuer- und nicht die Überschuldungsbilanz als Sonderbilanz zu beziehen.

Im Folgenden soll dem Inhalt und den Auswirkungen dieses Urteils im Kontext weiterer neuerer zivilgerichtlicher Rechtsprechung zum Rangrücktritt näher nachgegangen werden.

I. Zweck und Gestaltung des Rangrücktritts

1. Bedeutung des Rangrücktritts

a) Vertragliche Rangfolgenabrede

Im Kern ist der Rangrücktritt eine Vereinbarung zwischen einem Gläubiger und der Gesellschaft, durch die der Gläubiger hinter die Forderungen anderer Gläubiger zurücktritt. Er betritt damit, soweit er nicht ausdrücklich erklärt, sich auf Dauer wie ein Eigenkapitalinvestor behandeln lassen zu wollen, eine Zwischenebene zwi-

schen Fremd- und Eigenkapital, das sog. „Mezzanine“-Geschoss. Es wird eine kaskadenartige Bedienungsfolge geschaffen. Erst wenn das erste Becken der Fremdverbindlichkeiten des Unternehmens gefüllt ist, fließt das verfügbare Vermögen weiter auf die mezzanine Ebene und dann erst weiter auf die des Eigenkapitals, wo es dann im Zweifel im Verhältnis der Kapitalanteile verteilt wird, § 29 III GmbHG, § 271 II AktG.

b) Schaffung „wirtschaftlichen“ Eigenkapitals

Ein solcher Nachrang ist typisch für mezzanine Finanzierungsformen wie Nachrangdarlehen, Genussrechte oder auch stille Beteiligungen, die häufig bei der Beteiligungsfinanzierung neben Eigenkapital eingesetzt werden, um den Finanzierungsbedarf des Unternehmens zu decken, ohne, anders als dies mit der nur offenen Beteiligung geschähe, die Beteiligungsquote der Altgesellschafter (weiter) zu verwässern, zugleich aber um den eingeschränkten Mitteln und Sicherheiten der Gesellschaft gerecht zu werden. Anders als Fremdkapital („senior debt“) wird mezzanines Kapital („junior debt“) daher auch längerfristig, in der Regel mindestens für die Dauer von fünf Jahren, ohne Sicherheiten und endfällig, dafür aber zu einem höheren, dem erhöhten Risiko gerecht werdenden Zins gewährt. Insoweit besteht im Einzelnen Gestaltungsfreiheit. Doch kann mezzanines Kapital, das den vorgenannten Grundkriterien entspricht und bei dem insbesondere der Nachrang nicht auf den Insolvenzfall beschränkt ist, sondern für die gesamte Laufzeit wirkt, beim **Rating** des Unternehmens als wirtschaftliches Eigenkapital angesetzt werden, ohne dass dies irgendwelche Auswirkungen auf die handelsbilanzielle Behandlung als Fremdkapital und der Zinsen (Festvergütung) als Zinsaufwand und nicht Gewinnverwendung hätte. Hierdurch werden die für die Bonitätsprüfung maßgeblichen Kennziffern des Verschuldungsgrads (Verhältnis der zinstragenden Fi-

anzverbindlichkeiten zum wirtschaftlichen Eigenkapital) bzw. des „debt coverage“ (Verhältnis zinstragender Finanzverbindlichkeiten zum EBITDA) verbessert (Gerdes, BC 2006, 57 ff.).

c) Vermeidung einer bilanziellen Überschuldung

Der Rangrücktritt ist aber gerade auch bei in die Krise geratenen oder bei sich plangemäß in der Verlustzone befindlichen Unternehmen, etwa jungen forschungslastigen Technologieunternehmen, geboten, um eine bilanzielle Überschuldung zu vermeiden. Zwar ist nach der ursprünglich durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17.10.2008 eingeführten und dann bis Ende 2013 verlängerten Übergangsregelung des § 19 II 1, 2. HS InsO die in einem Überschuldungsstatus festgestellte förmliche Überschuldung kein Insolvenzgrund, sofern eine **positive Fortführungsprognose** besteht. Dies ist dann der Fall, wenn die Finanzplanung des Unternehmens belegt, dass dieses im Prognosezeitraum, der im Regelfall das laufende und das kommende Geschäftsjahr umfasst, seine fälligen Schulden bedienen kann. Kann eine solche Prognose nicht eindeutig getroffen werden oder fällt sie negativ aus, ist für den dann zu erstellenden Überschuldungsstatus weiterhin entscheidend, was der BGH in seinem Urteil vom 08.01.2001 zur Passivierung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen entschieden hatte (BGHZ 146, 264, 261 = NZG 2001, 361 ff.). Funktionales Eigenkapital kann nicht einfach mit statutarischem gleichgesetzt werden, sondern es bedarf einer ausdrücklichen Erklärung des Gesellschafters, dass er

„erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise – auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt“

werden solle. Eine solche Erklärung genüge – so der BGH – dem Gläubigerinteresse; hingegen sei ein auch die Mitgesellschafter begünstigender Verzicht nicht geboten. Der ausdrückliche Rangrücktritt sei aber auch angesichts und trotz eines eigenkapitalersetzenden Charakters der Gesellschafterforderung geboten, um dem Geschäftsführer das Risiko der Einschätzung des Eigenkapitalersatzcharakters abzunehmen, durch das er sich der persönlichen Haftbarkeit und auch Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung aussetzt.

2. Ausgestaltung des Rangrücktritts

a) Ausdrückliche Erklärung

Der materielle Nachrang reicht nicht, um die Passivierung einer Verbindlichkeit in der Überschuldungsbilanz zu vermeiden (BGH, NZG 2010, 701, 702). Daher bedarf es eines ausdrücklichen Nachrangs selbst dann, wenn Darlehen oder mezzanines Kapital von vornherein in die Finanzplanung der Gesellschaft durch eine Kombination mit Eigenkapital einbezogen sind und eine Kündigung auch in der Krise gemäß § 490 BGB ausdrücklich ausgeschlossen worden ist. Dies hat der BGH (a. a. O.) für diesen Fall der **„gesplitteten Einlage“** bekräftigt, da beispielsweise auch eine vertragliche Be-

schränkung der Kündigung des Darlehens auf den Fall der gleichzeitigen Beendigung der Gesellschafterstellung die Rückzahlung nicht ausschließt; dies gelte insbesondere auch, weil die Gesellschaft ihrerseits das Darlehen vorzeitig zurückzahlen könne. Allein dadurch, dass der Gesellschafter ein Darlehen auch ohne Krise der Gesellschaft dieser belassen müsse, sei noch kein Nachrang vereinbart.

b) Keine Ausnahme von Sicherheiten

Soweit die Forderungen, für die der Nachrang erklärt wird, ihrerseits, beispielsweise durch Grundschulden, besichert sind, muss klargestellt sein, dass der im Rang zurücktretende Gläubiger sich nicht die vorzugsweise Befriedigung gemäß § 49 InsO vorbehält, wie etwa im Fall des OLG Düsseldorf (GWR 2012, 61 [Bay] = BeckRS 2011, 27231) mit der Einschränkung: *„Die Rechte aus der Grundschuld werden durch diese Erklärung nicht berührt“*. In dem entschiedenen Fall hat das OLG Düsseldorf wegen des Auseinanderfallens von Rangrücktritt und dem vorbehaltenen Recht zur vorzugsweisen Befriedigung dem erklärten Rangrücktritt jede Wirkung versagt. Denkbar wäre allerdings auch gewesen, jedenfalls an dem erklärten Nachrang festzuhalten und hieran einen etwaigen späteren Versuch der abgesonderten Befriedigung scheitern zu lassen, um das Vertrauen der Geschäftsführung in die abgegebene Rangrücktrittserklärung zu schützen.

c) Widerrufsvorbehalt

Ist der Nachrang Vertragsbestandteil mezzaninen Kapitals, verbietet es sich allein schon wegen der Vertragsnatur und der Verknüpfung mit den übrigen Konditionen der mezzaninen Kapitalgewährung, dem mezzaninen Kapitalgeber ein hierauf beschränktes Widerrufsrecht einzuräumen. Anders kann es sich aber beim qualifizierten Rangrücktritt verhalten, der ausschließlich mit dem Zweck der Ausräumung eines Überschuldungsstatustands erklärt worden ist. Denn dieser wird auch nach der Vorgabe des BGH in seinem Urteil vom 08.01.2001 (NZG 2010, 361, vgl. oben) nur zeitlich beschränkt *„bis zur Abwendung der Krise“* erklärt. Doch ist die Gesellschaft ihrerseits sicherlich gut beraten, sich insoweit nicht auf ein Widerrufsrecht nach Belieben des Gläubigers einzulassen, sondern dies etwa dergestalt zu präzisieren, dass ein Recht des Gläubigers auf Aufhebung des qualifizierten Rangrücktritts nur dann besteht, sofern oder soweit der Rangrücktritt nicht mehr erforderlich ist, um eine Überschuldung der Gesellschaft abzuwenden.

Für „Altfälle“ ist überdies zu beachten, dass nach dem Urteil des OLG Koblenz (GWR 2012, 130 [Schraudner] = BeckRS 2012, 04143) ein vor Inkrafttreten des MoMiG zum 01.11.2008 „bis auf Widerruf“ erklärter Rangrücktritt ergänzend so auszulegen ist, dass der Widerruf nach Ausscheiden des Gesellschafters trotz ausdrücklichem Ausschluss des Widerrufsrechts für diesen Fall selbst dann möglich ist, wenn hierdurch ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag entsteht. Denn die Parteien hätten bei Abschluss der Rangrücktrittsvereinbarung nicht bedacht, dass nach § 30 I 3 GmbHG

eine Rückzahlung auch für diesen Fall möglich werden könnte.

d) Ausgestaltung des Rangrücktritts

Für die Begriffsdefinition erscheint es sinnvoll, sich der Terminologie des BMF-Schreibens vom 08.09.2006 zur Rücktrittsvereinbarung (IV B 2 – S 2133 – 10/06, BStBl. I 2006, 497 = DStR 2006, 1700) zu bedienen. Gemeinsamer Inhalt eines Rangrücktritts ist die Erklärung des Gläubigers, wegen seiner Forderung erst nach Befriedigung sämtlicher anderer Gläubiger der Gesellschaft berücksichtigt werden zu wollen. Darüber hinaus kann aber der Rangrücktritt unterschiedlich weit bzw. mit unterschiedlich weitgehenden Durchbrechungen erklärt werden:

aa) Qualifizierter Rangrücktritt

Im Zusammenhang mit der „Entsperrung“ der **Gesellschafterfremdfinanzierung** für die Vorinsolvenz-Phase durch das MoMiG wurde § 19 II 2 InsO eingefügt, wonach es zum Zweck der Vermeidung der Passivierung einer solchen Verbindlichkeit nun nur noch der Erklärung bedarf, hiermit für den Fall der Insolvenz, also den der Verfahrenseröffnung, im Rang hinter die Insolvenzforderungen gemäß § 39 I Nr. 1 bis 5 InsO zurückzutreten. Eines weitergehenden (qualifizierten) Rangrücktritts für die Vorinsolvenzphase bedarf es somit für die Gesellschafterfremdfinanzierung nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht. Damit bliebe die Forderung – im Widerspruch zur Nichtberücksichtigung im Überschuldungsstatus – für die Zeit vor Insolvenzeröffnung durchsetzbar. Aus diesem Grunde wurde diese zeitliche Einschränkung bereits mit einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers erklärt (vgl. *Haas*, DStR 2009, 326, 327). Es erscheint daher ratsam, den auf die Insolvenz bezogenen Rangrücktritt durch einen solchen für die Zeit vor Insolvenz zu ergänzen.

Auch im Hinblick darauf, dass es ein Korrektiv für die Rückführung fälliger Fremdverbindlichkeiten, anders als für Gesellschafterdarlehen (§§ 135, 136 InsO), im Insolvenzanfechtungsrecht nicht gibt, erscheint fraglich, ob man § 19 II 2 InsO über seinen Wortlaut hinaus auf sonstige Fremdverbindlichkeiten anwenden kann (verneinend *Bußhardt*, in: *Braun*, InsO, 4. Aufl. 2010, § 19 Rn. 14). Insoweit wird man weiterhin vom Erfordernis eines qualifizierten Rangrücktritts entsprechend dem BGH-Urteil vom 08.01.2001 auszugehen haben.

Ob das Erfordernis, das der BGH im Urteil vom 08.01.2001 für den qualifizierten Rangrücktritt aufgestellt hat, nämlich dass die Tilgung nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen der Gesellschaft erfolgen darf, einen Rücktritt auf den Rang des § 199 S. 2 InsO verlangt, hat der BGH in seinem Hinweisbeschluss vom 01.03.2010 (NZG 2010, 701, 702, vgl. bereits oben Ziff. 2a) zumindest offengelassen; so auch der BGH in seinem Urteil vom 14.05.2007 (NZG 2007, 545, Tz. 10), das eine Rangrücktrittsvereinbarung betraf, die den Vorrang gegenüber Gesellschaftern ausdrücklich vorsah. Aus insolvenzrechtlichen Gründen und aus Gründen des Gläubigerschutzes scheint die Gleichstellung mit den satzungsmäßigen Einlagen nicht

geboten (so schon *Habersack*, NZG 2001, 361, 366; *Klein*, GmbHR 2005, 663, 669 sowie ferner *Kozikowski/Schubert*, in: *Beck'scher Bilanzkommentar*, 7. Aufl. 2010, § 247 HGB Rn. 232). Auch die Neuregelung des § 19 II 2 InsO beruhte gerade darauf, dass der Gesetzgeber das Erfordernis eines Rangrücktritts bis auf die Ebene des § 199 S. 2 InsO als zu weitgehend empfand (*Roth*, GmbHR 2008, 1184, 1191). Ohnehin bliebe offen, wie und in welchem Verhältnis derartige im Rang zurückgestufte Ansprüche, gerade auch von Nichtgesellschaftern, mit einer anteilmäßigen Erlösverteilung in Einklang gebracht werden sollten. Auch der BGH hat in dem Hinweisbeschluss vom 01.03.2010 (NZG 2010, 701) zumindest durchklingen lassen, dass er einen Rücktritt auf die Ebene des § 199 S. 2 InsO nicht mehr zwingend fordert, jedoch zumindest einen Rücktritt auf die letzte Stelle der Klasse des § 39 II InsO für erforderlich hält. Damit kann, da § 39 II InsO nur eine Auslegungsregelung für den Fall des nicht näher spezifizierten Nachrangs enthält, wohl nur gemeint sein, dass der jeweilige Gläubiger entsprechend § 19 II 2 InsO den Rangrücktritt explizit hinter die Forderungen aus § 39 I Nr. 1–5 InsO, aber auch hinter solche Forderungen erklären muss, die lediglich mit einem einfachen Rangrücktritt (nachfolgend bb) ausgestattet sind.

Dies alles schließt nicht aus, dass im Verhältnis nachrangiger Gläubiger untereinander ebenso ein Rangverhältnis vereinbart werden kann (anders als im Verhältnis des einzelnen Nachranggläubigers zur Gesellschaft) wie im Verhältnis der Gesellschafter zueinander, so wie dies mit der Vereinbarung von Liquidationspräferenzen gerade bei Private Equity- oder Venture Capital-Finanzierungen Standard ist (hierzu *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, 4. Aufl. 2011, Teil F, Rn. 168 ff.).

Im Ergebnis bedeutet dies, dass gegenüber Drittgläubigern letztlich Gleiches gilt, wie für den vereinbarten Rangrücktritt seitens eines Gesellschafters nach § 19 II 2 InsO. Eine unterschiedliche Behandlung wäre auch, wegen der gleich zu beurteilenden Frage der Überschuldung, nicht sachgerecht. Daher erschiene eine Formulierung des qualifizierten Rangrücktritts in allen diesen Fällen wie folgt ausreichend:

„Sofern und soweit dies zur Abwendung einer (auch nur bilanziellen) Überschuldung vor Insolvenz erforderlich ist, tritt [XY] hiermit mit seinen Forderungen aus [___] im Rang hinter sämtliche Gesellschaftsgläubiger sowie einfache Nachranggläubiger, deren Forderungen aus künftigen Gewinnen, Liquidationsüberschüssen oder sonstigem freien Vermögen zurückgezahlt werden können, zurück; für den Fall der Insolvenz gilt dieser Rangrücktritt mit der Maßgabe, dass die Forderungen Rang hinter den Forderungen aus § 39 I Nr. 1 bis 5 InsO haben. Die Gesellschaft nimmt diesen Rangrücktritt an.“

bb) Einfacher Rangrücktritt

Im Fall des einfachen Rangrücktritts vereinbarten Schuldner und Gläubiger was folgt:

„Hiermit tritt [XY] mit seinen Forderungen aus [___] im Rang hinter alle anderen gegenwärtigen und künftigen

gen Gläubiger der Gesellschaft zurück; eine Rückzahlung der Verbindlichkeit hat nur dann zu erfolgen, wenn die Gesellschaft hierzu aus zukünftigen Gewinnen, aus einem Liquidationsüberschuss oder aus anderem freien Vermögen in der Lage ist“ (so das BMF-Schreiben vom 08.09.2006, a. a. O., Tz. 1).

Ein solcher Nachrang wird üblicherweise bei der mezzaninen Finanzierung verwandt und genügt als solches noch nicht den vom BGH an den qualifizierten Rangrücktritt gestellten Vorgaben. Die Rückführbarkeit aus sonstigem freien Vermögen bedeutet, dass dies nur dann gestattet sein soll, wenn ein die sonstigen Verbindlichkeiten übersteigendes Vermögen vorhanden ist (*Schildknecht*, DStR 2005, 181, 182). Gerade dieser Ausnahmetatbestand für die Rückzahlbarkeit verdeutlicht, dass diese Gestaltung des Rangrücktritts den Verbindlichkeitscharakter unberührt lässt; denn eine Auskehrung des Vermögens an Aktionäre ist bei der AG gemäß § 57 AktG ausgeschlossen. Anders könnte es sich nur dann verhalten, wenn eine Rückzahlbarkeit nur aus Liquidationsüberschüssen vorgesehen würde. Denn in diesem Falle wäre im Ergebnis Gleiches geregelt wie durch den Rangrücktritt auf die Ebene des § 199 S. 2 InsO (i. V. m. § 29 III GmbHG, § 271 II AktG).

II. Bilanzielle und steuerliche Auswirkungen

1. Folgen des qualifizierten Rangrücktritts

Wird der qualifizierte Rangrücktritt „bis zur Abwendung der Krise“ beschränkt, stellt dies keinen Verzicht auf die Forderung dar (BFH, NZG 2006, 197). Anders könnte dies allenfalls dann zu sehen sein, wenn ein Gesellschafter ohne jede Bedingung erklärt, seine Forderung als Einlage behandeln zu wollen. Eine solche Einbringung der Forderung in die Kapitalrücklage gemäß § 272 II Nr. 4 HGB ist nur bei Werthaltigkeit der Forderung steuerneutral und dann als Einlage mit eigenkapitalerhöhender Wirkung zu behandeln. Würde in einem solchen Fall der Rangrücktritt auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage erklärt werden und wäre die fragliche Forderungen auch werthaltig, wäre dies steuerneutral als Einlage mit eigenkapitalerhöhender Wirkung zu verstehen; gegenüber Dritten und im Falle mangelnder Werthaltigkeit der Forderung führt aber der Erlass bzw. die Einbringung auf Seiten der Gesellschaft zu einem außerordentlichen Ertrag und auf Seiten des Gläubigers zu einer erfolgswirksamen Ausbuchung der Forderung (vgl. auch *Weidmann*, BB 2012, 1059, 1062; BFH, BStBl. II 1998, 307, 310 = NJW 1997, 2837; BFH, DB 1998, 237, 238 = NZG 1998, 197).

Für den Fall des auf die Krisenabwendung beschränkten qualifizierten Rangrücktritts hat das BMF-Schreiben vom 08.09.2006 (a. a. O.) in Tz. 7 klargestellt, dass es in diesem Fall bei der Passivierung der Verbindlichkeit verbleibt, da diese durch eine solche qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung nicht von Einnahmen oder Gewinnen abhängig gemacht wird, sondern ihre Begleichung nur zeitlich aufschiebend bedingt verweigert werden darf. Daher greift insoweit das **steuerliche Passivierungsverbot** des § 5 IIa EStG **nicht**. Nach die-

ser Bestimmung dürfen in der Steuerbilanz vom Anfall künftiger Einnahmen oder Gewinne abhängige Verpflichtungen erst passiviert werden, wenn solche Einnahmen oder Gewinne angefallen sind. Mangels entsprechender Abhängigkeit beim qualifizierten Rangrücktritt gilt somit hierfür § 5 IIa EStG nicht. Hieran hat auch das eingangs erwähnte Urteil des BFH vom 30.11.2011 nichts geändert, da es sich – anders als der Titel vermuten lässt – nicht auf den Fall eines qualifizierten Rangrücktritts bezog. Für den Fall eines nicht näher präzisierten Rangrücktritts hatte der BFH (NZG 2006, 197) die Anwendung des § 5 IIa EStG abgelehnt; einer ausdrücklichen Erwähnung der Rückzahlbarkeit aus sonstigem freien Vermögen bedürfte es nicht. Auch dies hat das Urteil des BFH vom 30.11.2011 (DStR 2012, 450) nicht in Frage gestellt.

2. Folgen des einfachen Rangrücktritts

Im Hinblick auf das steuerliche Passivierungsverbot des § 5 IIa EStG heißt es bei der Formulierung des einfachen Rangrücktritts aufzupassen. Denn erfasst die Rangrücktrittserklärung – wie im Fall des BFH – nicht die Rückzahlbarkeit aus sonstigem freien Vermögen ist sie i. S. v. § 5 IIa EStG rein erfolgsabhängig ausgestaltet und es fehlt an einer gegenwärtigen wirtschaftlichen Belastung des Unternehmens. Der BFH stellt daher diesen Fall wirtschaftlich dem **Erlass gegen Besserungsschein** gleich (DStR 2012, 450, Tz. 20). Daher hätte die Verbindlichkeit in der Steuerbilanz nicht passiviert werden dürfen. Dies steht nicht in Widerspruch zum BMF-Schreiben vom 08.09.2006 (a. a. O.), sondern liegt auf seiner Linie, da es unter Tz. 6 genau für diesen Fall des fehlenden Hinweises auf die Tilgungsmöglichkeit aus sonstigem freien Vermögen die Passivierung ausschließt. Würde man den Verzichtsgedanken des BFH konsequent fortdenken, läge es nahe, dann einen solchen wirtschaftlichen Verzicht als Einlage zu behandeln, doch stellt der BFH ausdrücklich klar (DStR 2012, 450, Tz. 22), dass die wirtschaftliche Verzichts Wirkung zu einer Behandlung des Darlehens als Einlage zumindest dann nicht führt, wenn es aus künftigen Gewinnen zu tilgen bleibt, da es dann keine eigenkapitalgleiche Qualität erhält. Anders, und dies lässt der BFH offen, mag es sich aber dann verhalten, wenn der einfache Rangrücktritt nur die Tilgung aus Liquidationsüberschüssen zulässt. Hier käme es wohl darauf an, ob im Zeitpunkt eines solchen Rangrücktritts eine Liquidation unmittelbar droht oder nicht; nur in ersterem Falle bliebe es bei der Passivierung in der Steuerbilanz.

Festzuhalten ist aber, dass es unbeschadet des steuerlichen Passivierungsverbots des § 5 IIa EStG **handelsbilanziell** beim **Fremdkapitalcharakter** der auch mit einem Nachrang, sei es einfach oder qualifiziert, versehenen Verbindlichkeit verbleibt. Dies hat insbesondere auch Bedeutung für die Frage, ob durch eine Entnahme oder den Erwerb eigener Geschäftsanteile in das Stammkapital eingegriffen wird, §§ 30, 33 GmbHG.

Übersichtsartig stellt sich die Passivierung einer Rangrücktrittsforderung daher wie folgt dar:

Art des Rangrücktritts	Passivierung in Überschuldungsbilanz	Passivierung in Steuerbilanz	Passivierung in Handelsbilanz
Bis zur Abwendung der Krise erklärter qualifizierter Rangrücktritt	nein	ja	ja
Einfacher Rangrücktritt mit Bedienung nur aus künftigen Gewinnen	ja	nein	ja
Einfacher Rangrücktritt mit Bedienung nur aus Liquidationsüberschuss	nein	Nach BFH (Urteil v. 30.11.2011, I R 100/10) nur ja, wenn Liquidation droht oder sie begonnen hat	ja
Einfacher Rangrücktritt mit Tilgung nur bzw. auch aus sonstigem freien Vermögen	ja	ja	ja

III. Ergebnis

Bei der Formulierung eines Rangrücktritts ist Vorsicht am Platz. Ungenügende Formulierungen können entweder dazu führen, dass der Insolvenzgrund der Überschuldung nicht ausgeräumt wird, wenn kein qualifizier-

ter Rangrücktritt erklärt wird (solange die positive Fortführungsprognose für die Beurteilung der Überschuldung maßgeblich ist, hat dies allerdings nur geringere Bedeutung), oder die Passivierung einer Verbindlichkeit in der Steuerbilanz aufzulösen ist, wenn die Rückzahlbarkeit rein erfolgswirksam ausgestaltet wurde. ■

Geschaftersicherheiten in der Insolvenz – Wann haftet der Geschafter für doppelbesicherte Drittdarlehen?

Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter Josef Nachmann und Rechtsanwalt Stefan Blank, beide Nachmann Rechtsanwälte, München

Mit Urteil vom 01.12.2011 (IX ZR 11/11, NZG 2012, 35) hat sich der BGH erstmals nach Inkrafttreten des MoMiG mit der Frage der Haftung des Geschafters für doppelbesicherte Drittdarlehen beschäftigt. In Fortführung der Rechtsprechung des BGH hat das OLG Stuttgart mit rechtskräftigem Urteil vom 14.03.2012 (14 U 28/11, GWR 2012, 160 [Schneider] = BeckRS 2012, 06348) entschieden, dass ein Verzicht des Gläubigers auf die Geschaftersicherheit nicht zu einem Ausschluss der Insolvenzanfechtung gegen den Geschafter führt und damit den Regressanspruch des Insolvenzverwalters in diesem Fall ebenfalls bejaht. Der Beitrag bewertet diese beiden Urteile hinsichtlich ihrer Auswirkungen für die Praxis und gibt Handlungsempfehlungen.

I. Die Entscheidung des BGH vom 01.12.2011 – IX ZR 11/11

1. Sachverhalt

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin, einer GmbH, der Beklagte alleiniger Geschafter und Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin. Zur Sicherung von Krediten, welche der Insolvenzschuldnerin durch ihre Bank gewährt worden waren, bestellte der Beklagte an seinen Grundstücken Grundschulden. Außerdem waren die Kredite durch Sicherungseigentum an Fahrzeugen der Insolvenzschuldnerin gesichert. Nachdem über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, verwertete der Kläger die Fahrzeuge der Insolvenzschuldnerin, zahlte den Verwertungserlös an die Bank aus und forderte vom Beklagten Erstattung des ausgekehrten (Netto-)Verwertungserlöses zur Insolvenzmasse.

2. Ausgangslage

Seit Inkrafttreten des MoMiG am 01.11.2008 bestand auf Seiten aller Betroffener erhebliche Rechtsunsicherheit bei der Beurteilung der Frage, ob ein Geschafter bei der Verwertung einer Geschaftersicherheit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens den an den Gläubiger ausgekehrten Betrag zur Insolvenzmasse erstatten muss. Diese Frage hat der BGH nunmehr in seiner Entscheidung vom 01.12.2011 mit der Bejahung der Erstattungspflicht abschließend geklärt.

Nach wie vor höchstrichterlich nicht geklärt ist die Frage, ob ein Verzicht des Gläubigers auf die Geschaftersicherheit zu einem Ausschluss der Insolvenzanfechtung gegen den Geschafter führt und dieser dadurch von seiner Haftung frei wird. Zur Klärung dieser Frage dürfte nunmehr die aktuelle Entscheidung des OLG Stuttgart vom 14.03.2012 (a. a. O.) beitragen.

2.1 Sach- und Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG

Vor Inkrafttreten des MoMiG wurde der Ausgleichsanspruch der Masse gegen den befreiten Geschafter durch den BGH nicht über die Vorschriften der Insolvenzanfechtung, sondern gesellschaftsrechtlich über eine analoge Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG a. F. begründet.

2.2 Sach- und Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG

Seit Inkrafttreten des MoMiG gibt es für diesen Fall keine gesetzliche Grundlage mehr. So kommen die Anfechtungsregeln der §§ 135 II, 143 III 1 InsO in derartigen Fallkonstellationen regelmäßig nicht unmittelbar zur Anwendung. Während diese nur solche Rechtshandlungen erfassen, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind, erfolgt die Befreiung der Geschaftersicherheit durch Erlösauskehrung und damit erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Andererseits verbietet sich nunmehr ein Rückgriff auf die gesellschaftsrechtlichen Regelungen wegen des Nichtanwendungsbefehls in § 30 I 3 GmbHG.

Daher wurde in der Kommentar- und Aufsatzliteratur (vgl. u. a. Bork, in: FS Ganter, 2010, 135, 147; Löser, ZInsO 2010, 28, 29) nahezu einhellig die Auffassung vertreten, dass die Doppelsicherung im Insolvenzverfahren im Gesetzgebungsverfahren zum MoMiG nicht bedacht worden sei und folglich eine planwidrige Regelungslücke vorliege. Diese könne nur dadurch geschlossen werden, dass entweder der Drittgläubiger über eine Analogie zu § 44a InsO verpflichtet sei, zunächst die Geschaftersicherheit und dann erst die Gesellschaftssicherheit zu verwerten (so u. a. K. Schmidt, BB 2008, 1966, 1970). Andere wiederum vertreten die Auffassung, der Gläubiger bleibe – wie im früheren Recht – berechtigt zu wählen, welche Sicherheit er zieht. Im letzteren Fall soll dem Insolvenzverwalter jedoch ein Ausgleichsanspruch gegen den Geschafter zustehen, sei es in entsprechender Anwendung von § 135 II InsO (so Kleindiek, in: HK-InsO, 6. Aufl. 2011, § 44a Rn. 12, § 143 Rn. 37), § 143 III InsO (Graf-Schlicker/Neußner, InsO, 2. Aufl. 2010, § 44a Rn. 10), § 135 I Nr. 2 InsO (Mitlehner, EWIR 2011, 195, 196), sei es als Regressanspruch wegen Krisenfinanzierung (Altmeyden, ZIP 2011, 741 ff.), sei es aus § 812 BGB (Löser, ZInsO 2010, 28, 29; Mikolajczak, ZIP 2011, 1285, 1291).

Erheblich zur Rechtsunsicherheit trug zuletzt die einheitliche Rechtsprechung des OLG Hamm bei. Während der 27. Zivilsenat des OLG Hamm in diesem Fall eine Haftung des Geschafters in Höhe der bei der

Verwertung einer Doppelsicherheit frei gewordenen Gesellschaftersicherheit unter Verweis auf eine entsprechende Anwendung des § 135 II InsO angenommen hat (Urteil vom 07.04.2011, I-27 U 94/10, GWR 2011, 319 [Römermann]), hat der 8. Zivilsenat des OLG Hamm eine solche Haftung abgelehnt (Urteil vom 29.12.2010, I-8 U 85/10, BeckRS 2011, 01859).

3. Entscheidung

Die Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Haftung des Gesellschafters für doppelbesicherte Drittdarlehen hat der BGH mit Urteil vom 01.12.2011 (IX ZR 11/11, a. a. O.) nunmehr beseitigt und eine Erstattungspflicht des Gesellschafters analog § 143 III 1 InsO bejaht. Nach der Entscheidung des BGH ist der Gesellschafter zur Erstattung des an den Gläubiger ausgekehrten Betrages zur Insolvenzmasse verpflichtet, wenn die am Gesellschaftsvermögen und am Vermögen eines Gesellschafters gesicherte Forderung eines Darlehensgläubigers nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft durch Verwertung der Gesellschaftsicherheit befriedigt wird. Dieser Anspruch folgt aus einer analogen Anwendung des § 143 III 1 InsO.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz, dem 8. Zivilsenat des OLG Hamm, gibt es nach Auffassung des BGH keine Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber bewusst von einer Regelung des vorliegenden Problems abgesehen hat. Der Fall der Doppelbesicherung ist im Gesetzgebungsverfahren schlichtweg nicht bedacht worden. Die somit gegebene planwidrige Regelungslücke schließt der BGH mit einer analogen Anwendung des § 143 III 1 InsO und begründet dieses Ergebnis u. a. damit, dass bei wertender Betrachtung kein Unterschied zwischen der Rückzahlung eines gesellschaftergesicherten Darlehens innerhalb der Fristen des § 135 I Nr. 2 InsO und derjenigen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens besteht.

Ausdrücklich lehnt der BGH in seiner Entscheidung eine entsprechende Anwendung des § 44a InsO ab, da ein solch erheblicher Eingriff in die Rechtsstellung des Drittdarlehensgebers nicht ohne eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers vorgenommen werden können soll.

4. Praxisfolgen

Die Entscheidung beseitigt eine handwerkliche Ungenauigkeit des Gesetzgebers. Der BGH setzt mit dieser Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung zum früheren Eigenkapitalersatzrecht konsequent fort. Die Kernaussage des BGH, „die Gesellschaftersicherheit muss im wirtschaftlichen Ergebnis vorrangig verwertet werden“, zeigt deutlich, dass für den BGH ein Absenken des unter dem alten Recht erreichten Schutzniveaus nicht in Betracht kommt.

Weiterhin versucht der BGH über die Lösung eines Regressanspruchs einen Kompromiss im Interessenwiderstreit zwischen der Gläubigergesamtheit der insolventen Gesellschaft, dem Gesellschafter und dem Drittdarlehensgeber herzustellen. Wäre hingegen im Falle der Doppelbesicherung der Regressanspruch gegen den Ge-

sellschafter davon abhängig, ob die Verwertung vor oder nach dem Stichtag der Insolvenzeröffnung erfolgt, so würde dieses Ergebnis dem Zufall, im schlimmsten Falle sogar dem Missbrauch „Tür und Tor“ öffnen. Gleiches gilt für den Fall, dass ein Regressanspruch – wie es der 8. Zivilsenat des OLG Hamm entschieden hat – nicht gegeben ist. Ein solches Ergebnis würde in der Praxis dazu führen, dass der Gesellschafter, der die Sicherung gewährt hat, ein erhebliches Eigeninteresse daran hat, den Drittgläubiger dazu zu bewegen, zum Nachteil der Masse zuerst die Gesellschaftsicherheit zu verwerten.

5. Handlungsempfehlung

Die Entscheidung des BGH bedeutet für den Drittgläubiger, dass er – wie im früheren Recht – ein Wahlrecht hat, welche Sicherheit er in Anspruch nimmt: die Gesellschaftsicherheit oder die Gesellschaftersicherheit. Der Drittgläubiger ist daher gehalten, sich frühzeitig ein Bild über die Werthaltigkeit der jeweiligen Sicherheit zu verschaffen, um entscheiden zu können, welcher Weg für ihn am Ende den größeren Erfolg verspricht.

Die Entscheidung des BGH dürfte aber auch für Insolvenzverfahren, die nach Inkrafttreten des MoMiG am 01.11.2008 und vor dem 01.01.2009 eröffnet worden sind, praktische Relevanz haben. Die nach § 146 I InsO maßgebliche dreijährige Regelverjährungsfrist des § 195 BGB beginnt zwar grundsätzlich mit dem Schluss desjenigen Jahres, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Wurde eine anfechtbare Rechtshandlung aber erst nach Insolvenzeröffnung vorgenommen, so entsteht der Anfechtungsanspruch nicht vor dem Zeitpunkt der Vornahme dieser Rechtshandlung. Diese Grundsätze dürften auch im Fall der Verwertung der Gesellschaftsicherheit nach Verfahrensöffnung gelten, sodass hier auf den Zeitpunkt der Entstehung des Regressanspruchs und nicht auf die Verfahrenseröffnung abzustellen ist.

II. Entscheidung des OLG Stuttgart vom 14.03.2012 – 14 U 28/11

Zwischenzeitlich hat das OLG Stuttgart (GWR 2012, 160 [Schneider] = BeckRS 2012, 06348) in Weiterentwicklung der Grundsätze der Rechtsprechung des BGH entschieden, dass ein Verzicht des Gläubigers auf die Gesellschaftersicherheit nicht zu einem Ausschluss der Insolvenzanfechtung gegen den Gesellschafter führt und damit den Regressanspruch des Insolvenzverwalters auch in diesem Fall bejaht.

1. Sachverhalt

Der Kläger macht als Insolvenzverwalter der Insolvenzschildnerin, einer GmbH, Insolvenzanfechtungsansprüche gegen den beklagten Geschäftsführer und Gesellschafter der Insolvenzschildnerin geltend. Der Beklagte hatte sich für Gesellschaftsverbindlichkeiten gegenüber einer Bank mit einer Höchstbetragsbürgschaft verbürgt. Daneben war die Bank durch eine Globalzession und Sicherungsübereignung der Vermögensgegenstände der Gesellschaft gesichert. Nach Insolvenzeröffnung hat der Kläger das sicherungsübereignete und sicherungsze-

dierte Gesellschaftsvermögen verwertet und den Nettoerlös an die Bank ausgekehrt. Die Bank ihrerseits hat nach Zahlung eines Teilbetrages durch den Beklagten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf die restliche Bürgschaftsschuld gegen den Beklagten verzichtet. Der Kläger verlangt nunmehr vom Beklagten Regress in Höhe des an die Bank ausgekehrten Verwertungserlöses.

2. Entscheidung

Das OLG Stuttgart hatte sich in dieser Entscheidung gleich mit zwei umstrittenen Rechtsfragen aus dem Bereich der Haftung des Gesellschafters bei doppelbesicherter Drittdarlehens zu beschäftigen. Dabei hatte sich das OLG Stuttgart zunächst der Entscheidung des BGH vom 01.12.2011 angeschlossen und den Regressanspruch des Insolvenzverwalters gegen den Gesellschafter der Insolvenzschildnerin in analoger Anwendung des § 143 III InsO bejaht.

Darüber hinaus ist das OLG Stuttgart zu dem Ergebnis gekommen, dass der Anspruch aus §§ 135 II, 143 III InsO gegen den Gesellschafter auch dann besteht, wenn der Gläubiger in Absprache mit dem Gesellschafter vor Rückführung der Gesellschaftsschuld durch die Insolvenzschildnerin innerhalb eines Jahres vor dem Insolvenzeröffnungsantrag oder nach diesem Antrag auf die weitere Inanspruchnahme des Gesellschafters aus der Gesellschaftersicherheit verzichtet.

Dieses Ergebnis begründet das OLG Stuttgart unter Hinweis auf eine Entscheidung des BGH vom 02.06.1997 (II ZR 211/95, NJW 1997, 3171) zur Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG damit, dass ein solcher Erlassvertrag nur im Verhältnis zwischen Gläubiger und Gesellschafter Wirkung hat. Auf den Anspruch aus § 143 III InsO hat er dagegen ebenso wenig Auswirkungen wie auf die Pflicht des Drittgläubigers nach § 44a InsO, im Insolvenzverfahren vorrangig den Gesellschafter in Anspruch zu nehmen. Entscheidend ist, dass auch nach der neuen Rechtslage die Gesellschafter im Innenverhältnis in Höhe der gewährten Sicherheit vorrangig für die Rückzahlung des Darlehens aufzukommen haben, sofern die Rückzahlung innerhalb eines Jahres vor Insolvenzantragstellung erfolgt. Dies ergibt sich aus §§ 39 I Nr. 5, 44a, 135 II, 143 III InsO und ihren jeweiligen Folgen für die Gesellschaftersicherheit. Die Gesellschaftersicherheit muss demnach nach der gesetzgeberischen Wertung im wirtschaftlichen Ergebnis nach wie vor vorrangig verwertet werden. Dieser Wertung des Gesetzgebers widerspräche es, wenn der Gesellschafter von dem Rückgriffsanspruch aus §§ 135 II, 143 III InsO dadurch befreit werden könnte, dass er mit dem Gläubiger einen Erlassvertrag hinsichtlich seiner Sicherheit, hier der Bürgschaft, abschließt. Die Bestellung einer Sicherheit für ein Drittdarlehens ist wirtschaftlich als ein der Darlehensgewährung entsprechendes Vorgehen i. S. v. § 39 I Nr. 5 InsO anzusehen. Der Verzicht auf die Sicherheit steht deshalb wirtschaftlich einer Rückzahlung durch die Gesellschaft i. S. v. § 135 I Nr. 2 InsO gleich.

3. Praxisfolgen

Auch das OLG Stuttgart stellt im Rahmen seiner Urteilsbegründung auf die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des MoMiG ab und führt damit die Rechtsprechung des BGH in der Entscheidung vom 01.12.2011 konsequent fort.

Diese Entscheidung ist auch im Ergebnis zu begrüßen, erscheint es doch angemessen, einen Regressanspruch dann zu bejahen, wenn zum Zeitpunkt des Verzichts bereits eine Gesellschaftersicherheit bestellt war, da der Gesellschafter in diesem Fall auf Kosten der Masse etwas erlangt hat. Ein anderes Ergebnis würde auch hier ein erhebliches Missbrauchspotential z. B. durch kollusives Zusammenwirken begründen. Der Gesellschafter, der Sicherheit gewährt hat, hat gerade in diesem Fall ein erhebliches Eigeninteresse daran, mit dem Drittgläubiger eine entsprechende Vereinbarung zu treffen, wonach dieser gegen Zahlung einer lediglich symbolischen Summe auf die weitere Inanspruchnahme des Gesellschafters aus der Gesellschaftersicherheit verzichtet, um sich so dem Regressanspruch des Insolvenzverwalters zu entziehen. Eine solche Möglichkeit wäre gerade aus Sicht der Masse schlechterdings untragbar.

4. Handlungsempfehlung

In Anbetracht der Entscheidung des OLG Stuttgart und der daraus erwachsenden Folgen ist im Rahmen einer (vorinsolvenzlichen) Beratung der Gesellschafter deutlich darauf hinzuweisen, dass durch die Stellung von Gesellschaftersicherheiten diese quasi „verstrickt“ sind und aufgrund der Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters die bloße Vereinbarung mit dem besicherten Gläubiger nicht zu einer Entlassung des Gesellschafters aus seiner Verantwortung gegenüber der Gesellschaft führt.

Weiterhin ist ein Gesellschafter darauf hinzuweisen, dass es für diesen wenig zielführend sein dürfte, im zeitlichen Vorfeld einer Insolvenz bzw. nach deren Eintritt noch über die Freigabe von Sicherheiten mit dem besicherten Gläubiger zu verhandeln. Trotz einer wirksamen Verzichtserklärung zwischen den Parteien sieht sich der Gesellschafter nach wie vor dem Regressanspruch des Insolvenzverwalters ausgesetzt.

III. Fazit

Zwei begrüßenswerte Entscheidungen, die die bisherige Rechtsprechung zum früheren Eigenkapitalersatzrecht konsequent fortsetzen und somit für Rechtssicherheit in diesem Bereich sorgen sollten. Gerade die Entscheidung des BGH vom 01.12.2011 zeigt deutlich, dass auch nach Inkrafttreten des MoMiG im Grundsatz die Gesellschaftersicherheit vorrangig zu verwerten ist. Diese Entscheidung dürfte – wie bereits die konsequente Fortführung in der Entscheidung des OLG Stuttgart vom 14.03.2012 zeigt – als Fingerzeig für die weitere Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich zu verstehen sein. ■

Rechtsprechung

Handels- und Gesellschaftsrecht

BGH: Unterbilanzhaftung von Gesellschaftern bei fehlender Offenlegung der Neugründung der GmbH

GmbHG §§ 7 II, III, 8 II, 9c, 16 II

Unterbleibt die mit der Versicherung entsprechend § 8 II GmbHG und der Anmeldung etwaiger mit einer wirtschaftlichen Neugründung einhergehender Satzungsänderungen zu verbindende Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht, haften die Gesellschafter im Umfang einer Unterbilanz, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung entweder durch die Anmeldung der Satzungsänderungen oder durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung tritt. Die Verpflichtung zum Ausgleich der Unterbilanz ist eine auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung, für die der Erwerber des Geschäftsanteils haftet. (Leitsätze 1 und 3 des Gerichts, von der Verfasserin bearbeitet)

BGH, Urteil vom 06.03.2012 – II ZR 56/10
(OLG München), BeckRS 2012, 08739

Sachverhalt

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen einer im Dezember 1993 gegründeten GmbH, die Ende 2003 über keinerlei Aktiva mehr verfügte. Im Juli 2004 beschloss die Gesellschafterversammlung eine Änderung der Firma, des Unternehmensgegenstands und des Gesellschaftssitzes und bestellte eine neue Geschäftsführerin. Diese meldete die Satzungs- und Geschäftsführungsänderungen zur Eintragung in das Handelsregister an, ohne die wirtschaftliche Neugründung offenzulegen, und nahm die Geschäfte entsprechend dem neuen Unternehmensgegenstand auf. Die Beklagte erwarb Ende 2005 den einzigen Geschäftsanteil an der GmbH. Anfang 2007 wurde über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger beansprucht von der Beklagten als Geschäftsanteilserwerberin einen Betrag in Höhe der zur Insolvenztabelle festgestellten Forderungen.

Entscheidung

Der BGH bestätigt, dass es sich bei der Aufnahme der Geschäfte der GmbH mit geändertem Unternehmensgegenstand um eine „wirtschaftliche Neugründung“ handelt. Als wirtschaftliche Neugründung sei es anzusehen, wenn eine durch Eintragung in das Handelsregister bereits entstandene GmbH als unternehmensloser Rechtsträger besteht und sodann mit einem Unternehmen ausgestattet wird. Hierbei mache es keinen Unterschied, ob eine bewusst für eine spätere Verwendung „auf Vorrat“ gegründete GmbH aktiviert oder ob ein „alter Mantel“ einer unternehmenslos gewordenen GmbH wiederverwendet wird.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH haften im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung die Gesell-

schafter für die Auffüllung des Gesellschaftsvermögens bis zur Höhe des in der Satzung ausgewiesenen Stammkapitals (sog. Unterbilanzhaftung). Zudem sei die wirtschaftliche Neugründung gegenüber dem Registergericht offenzulegen. Unterbleibe dies, komme es für eine etwaige Unterbilanzhaftung der Gründungsgesellschafter und deren Rechtsnachfolger darauf an, ob im Zeitpunkt, zu dem die wirtschaftliche Neugründung erstmals nach außen in Erscheinung getreten ist, eine Deckungslücke zwischen dem Vermögen der GmbH und deren satzungsmäßigen Stammkapital bestanden hat.

Praxisfolgen

Die Entscheidung beseitigt die bestehenden erheblichen Rechtsunsicherheiten hinsichtlich des möglichen Haftungsumfangs von GmbH-Gesellschaftern bei unterlassener Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung.

Der BGH lehnt ausdrücklich die weit verbreitete Auffassung einer zeitlich unbegrenzten Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter ab (so schon KG, GWR 2010, 87 [Römermann]). Vielmehr stellt er für eine Haftung allein darauf ab, ob im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung eine Deckungslücke zum satzungsmäßigen Stammkapital bestand. Er ermöglicht den Gesellschaftern damit zugleich, einer Unterbilanzhaftung zu entgehen, indem sie nachweisen, dass im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung das statutarische Kapital vorhanden war. Der BGH stellt aber – mit der bislang schon vorherrschenden Meinung (vgl. u. a. OLG Düsseldorf, NZG 2004, 380; Wicke, NZG 2005, 409, 414) – auch klar, dass die Haftungsverpflichtung sämtliche Gesellschafter trifft, auch wenn diese im Zeitpunkt der Offenlegungsverpflichtung noch nicht an der GmbH beteiligt gewesen sein sollten. Die Haftung gilt wegen § 16 II GmbHG (§ 16 III GmbHG a. F.) auch für den Rechtsnachfolger.

Das bei Käufen einer Vorratsgesellschaft oder stillgelegten Mantelgesellschaft im Rahmen einer Due Diligence vom Geschäftsanteilskäufer zu prüfende Risiko einer möglichen Unterbilanzhaftung ist zwar durch das BGH-Urteil nicht entfallen. Jedoch ist es kalkulierbarer geworden und dürfte sich auf die Prüfung des Vorliegens derjenigen Verbindlichkeiten der GmbH konzentrieren, die im Zeitpunkt der Anmeldung der eine wirtschaftliche Neugründung begründenden Satzungsänderungen zum Handelsregister und im Zeitpunkt der tatsächlichen Aufnahme der neuen wirtschaftlichen Tätigkeit das Gesellschaftsvermögen vermindert haben könnten.

Rechtsanwältin Sabine Kröger,
Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht,
SKW Schwarz Rechtsanwälte, München

BGH: Maßgebliche Beteiligung besteht auch, wenn alleinvertretungsberechtigter Gesellschaftergeschäftsführer nur 50% an hilfeleistender GmbH hält

GmbHG §§ 30, 31 I, 46 Nr. 6; InsO §§ 129, 133 I, 143 I

1. Eine maßgebliche Beteiligung, aufgrund derer die Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatzrecht ausnahmsweise auch für Finanzierungshilfen Dritter gelten, liegt auch dann vor, wenn der Gesellschafter einer hilfenehmenden GmbH nur zu 50% an der hilfeleistenden GmbH beteiligt, aber zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist.
2. Wenn der klagende Insolvenzverwalter sein Begehren zusätzlich auf den Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung stützt, liegt darin nicht stets eine Klageänderung. (Leitsätze des Verfassers)

BGH, Versäumnisurteil vom 28.02.2012 – II ZR 115/11 (KG), BeckRS 2012, 08660

Sachverhalt

Alleingesellschafter der inzwischen insolventen F-GmbH war eine natürliche Person, die zugleich mit einer Beteiligung von 50% der Geschäftsanteile an der beklagten (weiteren) GmbH beteiligt und deren Alleingeschäftsführer war. Die Beklagte hatte einen Darlehensrückzahlungsanspruch gegen die F-GmbH, die F-GmbH hatte gegen die Beklagte einen Zahlungsanspruch in derselben Höhe. Mit diesen Forderungen rechneten die Beklagte und die F-GmbH im Jahr 2004 gegeneinander auf. Gemäß Gesellschaftsvertrag der Beklagten bedürfen Gesellschafterbeschlüsse der einfachen Mehrheit und gilt bei Stimmgleichheit ein Antrag als abgelehnt. Die Klägerin ist Insolvenzverwalterin der F-GmbH und nahm die Beklagte auf Zahlung in Höhe der bei der F-GmbH im Jahr 2004 entstandenen Unterbilanz in Anspruch, weil die durch Aufrechnung erfolgte Tilgung des Darlehens die verbotene Rückführung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens sei. Nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin ihren Anspruch auch auf den Aspekt der Insolvenzanfechtung gestützt. LG und KG hielten die Klage für unbegründet.

Entscheidung

Der BGH hat das Urteil des KG aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen. Entgegen der Auffassung des KG sei die Beklagte Normadressatin der Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatzrecht (§§ 30, 31 GmbHG a.F. analog), weil der Alleingesellschafter der F-GmbH auf die Entscheidung der Beklagten, den Darlehensrückzahlungsanspruch durchzusetzen, einen bestimmenden Einfluss ausüben konnte. Da der Alleingesellschafter der F-GmbH Inhaber eines Geschäftsanteils von 50% an der Beklagten

ist, könnten ohne seine Zustimmung keine Gesellschafterbeschlüsse gefasst werden. Dass auch er keine Stimmenmehrheit hat, sei ohne Bedeutung. Denn als alleiniger Geschäftsführer der Beklagten könne er deren Geschäfte nach seinen Vorstellungen führen, über den Abzug der Hilfeleistung entscheiden und gegenteilige Weisungen der Gesellschafterversammlung durch seine Sperrminorität verhindern. Ferner habe die Vorinstanz die Prüfung der Insolvenzanfechtung zu Unrecht verweigert.

Praxisfolgen

Den bisherigen Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatzrecht ist zwar mit dem MoMiG der Boden entzogen worden, sie gelten aber weiterhin für Altfälle, d.h. jedenfalls für Insolvenzverfahren, die vor dem 01.11.2008 eröffnet waren (*Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh zu § 64 Rn. 102, 147). Solche Altfälle werden die Praxis noch längere Zeit beschäftigen. Die Entscheidung knüpft nahtlos an die bisherige BGH-Rechtsprechung an, wonach die Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatzrecht ausnahmsweise auch für Finanzierungshilfen Dritter gelten, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung einem Gesellschafter gleichsteht, etwa weil ein Gesellschafter sowohl an der hilfeleistenden als auch an der hilfenehmenden Gesellschaft maßgeblich beteiligt ist. Eine maßgebliche Beteiligung liegt vor, wenn der Gesellschafter auf Entscheidungen der hilfeleistenden Gesellschaft bestimmenden Einfluss ausüben kann. Bislang war klar, dass hierfür – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung der Stimmkraft in der Satzung – eine Beteiligung von mehr als 50% genügt (BGH, NZG 2008, 507 m.w.N.). Der BGH entwickelt dies weiter und lässt auch eine Beteiligung von „nur“ 50% ausreichen, wenn hinzukommt, dass der so beteiligte Gesellschafter zugleich alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Hilfeleistenden ist.

Auch für Neufälle, bei denen sich die Rechtsfolgen der Umqualifizierung einer Gesellschafterforderung in funktionales Eigenkapital nunmehr auf den Nachrang und die Anfechtbarkeit im eröffneten Insolvenzverfahren konzentrieren (*Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh zu § 64 Rn. 93), enthält die Entscheidung eine wichtige Aussage: Es liegt nicht grundsätzlich eine Klageänderung vor, wenn der Insolvenzverwalter seine Klage später auch auf den rechtlichen Aspekt der Insolvenzanfechtung stützt.

Rechtsanwalt Dr. Kolja Petrovicki, LL.M. (UPenn),
CMS Hasche Sigle, Frankfurt a.M. ■

BGH: Hinweispflicht des Abwicklers einer AG gegenüber Nachfolger bei besonders wichtigen Angelegenheiten

AktG §§ 93 II, 268 II

Der abberufene Abwickler einer Aktiengesellschaft kann verpflichtet sein, einen Nachfolger auf dringend zu erledigende oder für die Gesellschaft besonders wichtige Angelegenheiten ausdrücklich hinzuweisen. (Leitsatz des Gerichts)

BGH, Urteil vom 28.02.2012 – II ZR 244/10 (OLG München), BeckRS 2012, 08661

Sachverhalt

Der Beklagte zu 1 war Mehrheitsaktionär und Vorstand einer AG, der Beklagte zu 2 deren Abwickler. Die AG, vertreten durch den Beklagten zu 2, und der Beklagte zu 1 schlossen im Jahr 2002 eine Vereinbarung, wonach der Beklagte zu 1 von der AG bestimmte Grundstücke erwarb und ein Teilkaufpreis i. H. v. 600.000 Euro durch Verrechnung mit Pensionsansprüchen des Beklagten zu 1 gegen die AG beglichen wurde. Seiner gleichzeitig begründeten Verpflichtung, bestimmte Verbindlichkeiten der AG aus deren Unterstützungskasse und gegenüber einigen Pensionären zu übernehmen, kam der Beklagte zu 1 nicht nach. Im Jahr 2006 wurde der Beklagte zu 2 als Abwickler abberufen und der Streithelfer des Klägers zum neuen Abwickler bestellt. Dieser stellte im Jahr 2006 Insolvenzantrag, bevor 2007 der Kläger als Insolvenzverwalter der AG bestellt wurde. Dieser klagte auf Zahlung von 600.000 Euro durch die Beklagten und Feststellung, dass der Beklagte zu 2 verpflichtet sei, den Schaden zu ersetzen, der der Insolvenzmasse dadurch entstanden ist, dass die besagte Vereinbarung dem Kläger vorenthalten wurde.

In erster Instanz wurde der Beklagte zu 1 verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Berufungsgericht wies die Berufung des Beklagten zu 1 zurück, verurteilte auch den Beklagten zu 2 antragsgemäß und gab dem Feststellungsantrag statt.

Entscheidung

Auf die Revision des Beklagten zu 2 wurde die Entscheidung des Berufungsgerichts insoweit aufgehoben, als sie zum Nachteil des Beklagten zu 2 ergangen ist, und die Sache in diesem Umfang an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der BGH erkannte zunächst, dass das Berufungsgericht hinsichtlich der Verurteilung des Beklagten zu 2 zur Zahlung rechtsfehlerhaft keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die AG im Zeitpunkt der Verrechnung – die hier einer Zahlung seitens der AG gleichkam – zahlungsunfähig oder überschuldet war. Diese Feststellung wäre aber zwingend erforderlich gewesen, um einen

Zahlungsanspruch aus §§ 92 II, 93 III Nr. 6 AktG a.F. zu bejahen. Die Feststellung einer drohenden Zahlungsunfähigkeit reiche hierfür nicht aus.

Darüber hinaus sei auch die ausgesprochene Feststellung rechtsfehlerhaft. Der Beklagte zu 2 habe pflichtwidrig gehandelt, als er seinen Nachfolger bei der Übergabe des Amtes nicht auf die Vereinbarung mit dem Beklagten zu 1 hingewiesen hat. Ein Abwickler könne sich zwar bei der Übergabe der Geschäfte an einen Nachfolger im Allgemeinen auf die Übergabe der Unterlagen beschränken und müsse dem Nachfolger nicht jeden laufenden oder vergangenen Geschäftsvorfall erläutern oder einen Hinweis auf dokumentierte vertragliche Vereinbarungen geben. Die nachwirkende Treuepflicht gebiete es jedoch, dass er auf dringend zu erledigende oder für die Gesellschaft besonders wichtige Angelegenheiten ausdrücklich hinweist, wenn nicht erwartet werden kann, dass der Nachfolger in der zur Verfügung stehenden Zeit dazu in den Unterlagen der Gesellschaft ausreichende Informationen findet.

Die Durchsetzung der Verpflichtung des Beklagten zu 1 zur Übernahme der Pensionsverbindlichkeiten sei im vorliegenden Fall für die AG eine Angelegenheit von besonderer Bedeutung gewesen, weil der neue Abwickler vor allem prüfen sollte, ob aufgrund der Pensionszahlungsverpflichtungen die Zahlungsunfähigkeit drohte und ein Insolvenzantrag gestellt werden musste. Die Erfüllung der Vereinbarung sei möglicherweise geeignet gewesen, die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zu vermeiden. Diese dem Grunde nach festgestellte Pflichtverletzung rechtfertige aber nicht den Urteilsanspruch, da das Vorenthalten der Vereinbarung gegenüber dem Kläger ein anderer tatsächlicher Vorgang sei als die unterlassene Information des nachfolgenden Abwicklers. Der unterschiedliche Zeitpunkt führt laut BGH dazu, dass jeweils ein anderer Schaden zu ersetzen ist.

Praxisfolgen

Die Entscheidung konkretisiert und verschärft die Sorgfaltspflichten des Abwicklers einer AG im Rahmen der Übergabe seines Amtes an einen neuen Abwickler. Aus Gründen der Rechtssicherheit dürfte es sich für einen Abwickler in diesem Zusammenhang künftig empfehlen, eine zusammenfassende schriftliche Darstellung über die wesentlichen und dringlichsten Angelegenheiten der Gesellschaft einschließlich der größten Forderungspositionen zu erstellen und dem Nachfolger zum Zwecke der Enthftung zu übergeben.

*Rechtsanwalt Dr. Oliver Rothley,
Taylor Wessing, München*



OLG Celle: (Außen-)GbR kann Komplementärin einer KG sein

HGB §§ 15 III, 105, 106, 161; BGB § 705

Einer (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts kommt nicht nur die Fähigkeit zu, Kommanditistin, sondern auch Komplementärin einer Kommanditgesellschaft zu sein und als solche mitsamt ihren Gesellschaftern und, soweit erforderlich, Vertretungsverhältnis in das Handelsregister eingetragen zu werden. (Leitsatz des Gerichts)

OLG Celle, Beschluss vom 27.03.2012 – 9 W 37/12, rechtskräftig (AG Tostedt), BeckRS 2012, 08393

Sachverhalt

Eine KG, deren Komplementärin eine GbR ist, beantragte die Eintragung in das Handelsregister. Das Registergericht lehnte die Eintragung per Zwischenverfügung ab.

Entscheidung

Das OLG Celle hat die Zwischenverfügung des Registergerichts aufgehoben und es zugleich angewiesen, unter Beachtung seiner Auffassung über die Handelsregisteranmeldung zu entscheiden. Der Ansicht des Registergerichts, wonach die Eintragung im vorliegenden Fall zu einer Zweckentfremdung des Handelsregisters führte, könne nicht gefolgt werden. So stünden der Handelsregistereintragung der KG mitsamt deren Komplementärin weder rechtliche noch tatsächliche Erwägungen entgegen. Insbesondere der Umstand, dass bei der Eintragung alle erforderlichen Angaben über die GbR, wie etwa Namen, Geburtstage und Wohnorte der Gesellschafter, erfasst werden müssten, sei kein Hindernis. Denn dies müsse auch dann geschehen, wenn eine GbR, wie in § 162 I 2 HGB vorgesehen, als Kommanditistin angemeldet werde. Durch die persönliche Haftung der Gesellschafter der Komplementärin und die Eintragung ebendieser Gesellschafter in das Register, komme es überdies nicht zu einer Beeinträchtigung des Vertrauens des Rechtsverkehrs in Bezug auf die publizierten Vermögens- und Haftungsverhältnisse.

Praxisfolgen

Mit dem Beschluss schließt sich das OLG Celle der mittlerweile wohl h.M. in der Literatur an (vgl. *K. Schmidt*, in: MünchKommHGB, 3. Aufl. 2011, § 105 Rn. 97 ff. m. w. N.; *Weitemeyer*, in: Oetker, HGB, 2. Aufl. 2011, § 105 Rn. 35). In der Rechtsprechung hatte zuvor bereits

das LG Berlin der GbR die Komplementärfähigkeit zuerkannt (BB 2003, 1351 ff.).

Erneut wird somit die GbR in ihrer praktischen Bedeutung aufgewertet. Nach Zuerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit (vgl. BGH, NJW 2001, 1056 ff.) und der Kommanditistenfähigkeit (zunächst durch den BGH, NJW 2001, 3121 ff. und sodann durch den Gesetzgeber mit der Einführung des § 162 I 2 HGB) scheint nun auch die Komplementärfähigkeit der GbR geklärt zu sein. Der mangelnden Registerpublizität der GbR wird dadurch begegnet, dass neben den Angaben über die Gesellschaft auch die Namen, Geburtstage und Wohnorte der Gesellschafter, sowie – bei Abweichen von den §§ 714, 709 BGB – auch die Vertretungsverhältnisse dieser Gesellschaft in das Register aufzunehmen sind. Werden nachfolgende Veränderungen des Gesellschafterbstands nicht in das Register eingetragen, kommt eine Haftung der zu Unrecht eingetragenen und bekannt gemachten Gesellschafter gemäß § 15 III HGB in Betracht (*K. Schmidt*, in: MünchKommHGB, 3. Aufl. 2011, § 105 Rn. 100). Bei der Entscheidung für die GbR als Komplementärin sind die vorgenannten Publizitätsanforderungen und insbesondere die damit einhergehende verminderte Flexibilität zu berücksichtigen.

In der Praxis stellt sich darüber hinaus regelmäßig die Frage, ob eine KG, deren Komplementärin eine GbR ist, einen Zusatz in ihrer Firma aufnehmen muss. Jedenfalls nach der bisherigen Rechtsprechung erfordert der Grundsatz der Firmenwahrheit gemäß §§ 18 II, 19 II HGB die Firmierung der Gesellschaft als „GbR & Co. KG“ (so ausdrücklich LG Berlin, BB 2003, 1351, 1353; hier vom OLG Celle offengelassen). Indes ist die gesonderte Unterrichtung und Warnung des Rechtsverkehrs nur erforderlich, wenn in der KG an keiner Stelle eine natürliche Person haftet. Verfügt die Komplementär-GbR über natürliche Personen als Gesellschafter, so erscheint die Firmierung als „GbR & Co. KG“ nicht zwingend. Dieses Ergebnis stünde auch mit der Rechtslage bei sonstigen mehrstöckigen Gesellschaften in Einklang (vgl. *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, § 19 Rn. 25; *Burgard*, in: Staub, HGB, 5. Aufl. 2009, § 19 Rn. 16).

*Rechtsanwalt Johannes Pitsch,
Rechtsanwalt Dr. Jens Schubert,
beide Peters Rechtsanwälte, Düsseldorf*

OLG Frankfurt a. M.: Bestandskraft eines Kapitalschnitts nach Eintragung der hiermit verknüpften Verschmelzung

UmwG §§ 20, 69; AktG § 229

Wird eine Verschmelzung unter Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft durchgeführt, erlangt mit der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister auch die Kapitalerhöhung Bestandskraft. Dasselbe gilt für eine vereinfachte Kapitalherabsetzung, die mit der Kapitalerhöhung und der Verschmelzung eine untrennbare Einheit bildet. (Leitsatz des Verfassers)

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 24.01.2012 – 20 W 504/10, rechtskräftig (AG Darmstadt), BeckRS 2012, 08135

Sachverhalt

Im Zusammenhang mit einer Verschmelzung beschloss die Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft einen Kapitalschnitt. In einem ersten Schritt wurde das Grundkapital zum Ausgleich von Wertminderungen und zur Deckung sonstiger Verluste herabgesetzt (§ 229 AktG). In einem zweiten Schritt wurde es zur Gewährung von Anteilsrechten an die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft wieder erhöht (§ 69 UmwG). Sowohl die Kapitalmaßnahmen als auch die Verschmelzung wurden in das Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft eingetragen. Dem OLG Frankfurt a. M. lag die Frage vor, ob die Kapitalmaßnahmen an dem Bestandsschutz der Verschmelzung teilhaben.

Entscheidung

Nach Auffassung des Senats schützt § 20 II UmwG neben der Verschmelzung auch die beiden Kapitalmaßnahmen. Die Kapitalerhöhung sei notwendiger Annex der Verschmelzung und müsse daher wie diese in Bestandskraft erwachsen. Nichts anderes gelte im vorliegenden Fall für die Herabsetzung. Ausweislich der zum Handelsregister eingereichten Unterlagen sei sie notwendiges Glied einer Kette von Maßnahmen, die zur Fusion der Gesellschaften führten. Als solches könne sie nicht herausgebrochen werden, ohne die Verschmelzung selbst zu Fall zu bringen. Denn bei Unwirksamkeit der Herabsetzung würde die unverzichtbare Erhöhung des Grundkapitals auf einem falschen Ausgangswert aufsetzen. Wolle man dennoch an der Kapitalerhöhung festhalten, verzerre sich die verschmelzungsvertraglich vereinbarte Relation der Beteiligungen am Grundkapital. Vor diesem Hintergrund seien Kapitalherabsetzung, Kapitalerhöhung und Verschmelzung für die Zwecke des § 20 II UmwG als untrennbare Einheit zu begreifen.

Praxisfolgen

Mit Blick auf die Kapitalerhöhung entspricht die Entscheidung der herrschenden und zutreffenden Ansicht

im Schrifttum. Eine Verschmelzung wird wirksam mit ihrer Eintragung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers (§ 20 I UmwG). Beurkundungsmängel des Verschmelzungsvertrags werden durch die Eintragung geheilt, können also nicht mehr gegen die Wirksamkeit der Verschmelzung vorgebracht werden (§ 20 I Nr. 4 UmwG). Auch anderweitige Mängel der Verschmelzung lassen die Wirkungen der Eintragung unberührt (§ 20 II UmwG). Auf diese Weise ordnet das Gesetz einen umfassenden Bestandsschutz an und beugt nachträglichen „Entschmelzungen“ vor (RegBegr. UmwBerG, BT-Drs. 12/6699, S. 91). Als wesentliche Elemente der Verschmelzung sind der Übergang von Vermögen (§ 20 I Nr. 1 UmwG) und das Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers (§ 20 I Nr. 2 UmwG) in ihrem Bestand geschützt. Gleiches gilt für die Gewährung von Anteilsrechten an die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers (§ 20 I Nr. 3 UmwG). Erhöht die übernehmende Gesellschaft dazu ihr Stamm- oder Grundkapital (§§ 55, 69 UmwG), muss der Bestandsschutz auch diese Maßnahme umfassen (*Marsch-Barnier*, in: *Kallmeyer, UmwG*, 4. Aufl. 2010, § 20 Rn. 42). Das ist geboten, weil die Kapitalerhöhung sich als integraler Bestandteil bzw. als notwendiger Annex der Verschmelzung darstellt (BGH, NJW-RR 2007, 1409, 1410, Tz. 13). Bei Licht betrachtet ist die Verschmelzung nach §§ 55, 69 UmwG sogar nur eine besondere Spielart der Kapitalerhöhung, die gegen Sacheinlage des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers und unter Ausschluss des Bezugsrechts zugunsten seiner Anteilsinhaber erfolgt (*Grunewald*, in: *Lutter, UmwG*, 4. Aufl. 2009, § 69 Rn. 7).

Für die Kapitalherabsetzung als unerlässliche Vorstufe der Kapitalerhöhung gelten ähnliche Überlegungen. Sie bezweckt, dass die Erträge aus der Kapitalerhöhung nicht zum Verlustausgleich verbraucht werden. Das rechtfertigt es, beide Kapitalmaßnahmen und die Verschmelzung als Einheit zu sehen und insgesamt unter Bestandsschutz zu stellen. Anders liegt der Fall nur, wenn die Kapitalmaßnahmen überhaupt nicht oder nicht in ausreichender Höhe beschlossen worden sind. Dann wird mit der Eintragung allein die Verschmelzung selbst wirksam. Es kommen aber keine Anteile zustande, die als Gegenleistung für die Vermögenübertragung ausgekehrt werden könnten. Den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers stehen nur Ansprüche gegen den übernehmenden Rechtsträger auf Beschaffung und Übertragung von Anteilen zu. Alternativ muss der übernehmende Rechtsträger eine Entschädigung in Geld leisten (*Kübler*, in: *Semler/Stengel, UmwG*, 3. Aufl. 2012, § 20 Rn. 96).

*Rechtsanwalt Dr. Klaus von der Linden,
Linklaters LLP, Düsseldorf*

OLG München: Keine Eintragung eines GmbH-Geschäftsführers als „Sprecher der Geschäftsführung“

§ 10 GmbHG; § 43 Nr. 4 HRV

In das Handelsregister kann die Funktion eines von mehreren Geschäftsführern einer GmbH als „Sprecher der Geschäftsführung“ nicht eingetragen werden. (Leitsatz des Gerichts)

OLG München, Beschluss vom 05.03.2012 – 31 Wx 47/12, rechtskräftig (AG Ingolstadt), BeckRS 2012, 05824

Sachverhalt

Zur Eintragung im Handelsregister der beteiligten GmbH wurde u. a. angemeldet: „Herr. R.L., bisher bereits Geschäftsführer der Gesellschaft, ist jetzt Sprecher der Geschäftsführung.“ Das Amtsgericht lehnte die Eintragung ab.

Entscheidung

Auf die Beschwerde bestätigte das OLG die Entscheidung des Amtsgerichts. Grundsätzlich könnten nur die nach dem Gesetz eintragungspflichtigen und eintragungsfähigen Tatsachen eingetragen werden.

Eine Eintragungspflicht bestehe weder nach dem GmbHG noch nach § 43 Ziffer 4 HRV (Handelsregisterverordnung). Auch für eine entsprechende Anwendung der für eine AG bzw. eine Societas Europaea geltenden Regelung in § 43 Ziffer 4b HRV, wonach der Vorsitzende des Vorstandes bzw. des Leitungsorgans bei der Eintragung besonders zu bezeichnen ist, sei mangels einer gesetzlichen Regelungslücke kein Raum. Die sachliche Rechtfertigung ergebe sich in diesem Fall allein aus dem Aktiengesetz (vgl. § 84 II AktG).

Andere Tatsachen seien nur eintragungsfähig, wenn dafür ein erhebliches Bedürfnis für den Rechtsverkehr besteht. Ein solches fehle für die beantragte Eintragung. Es bestehe bei Durchführung der beantragten Eintragung sogar die Gefahr, dass der falsche Eindruck erweckt wird, dass der „Sprecher der Geschäftsführung“ eine besondere Stellung habe. So könne dies so verstanden werden, dass der „Sprecher“ allein im Namen für die Gesellschaft im Rechtsverkehr auftreten dürfe. Dies stehe jedoch nicht mit der allgemeinen Vertretungsregelung der GmbH in Einklang. Bei Eintragung der Funktion wäre die für den Rechtsverkehr ge-

botene Eindeutigkeit und Klarheit dieser Vertretungsregelung nicht mehr gewährleistet.

Praxisfolgen

Dem OLG München ist zuzustimmen. In das Handelsregister können nur die im Gesetz und in der Handelsregisterverordnung (§§ 40, 43 HRV) vorgesehenen Tatsachen eingetragen werden. Bezüglich Geschäftsführern und Vorständen sind dies die persönlichen Daten und deren Vertretungsbefugnis.

Die Rechtsprechung lässt darüber hinaus nur Eintragungen zu, wenn ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der entsprechenden Information besteht (vgl. zuletzt BGH, II ZB 15/11, DStR 2012, 866 = GWR 2012, 178 [*Krafka*]). Als Beispiel für ein erhebliches Bedürfnis an der Information seien genannt der Rechtsnachfolgevermerk beim Übergang von Kommanditeilen (zur Vermeidung der Haftung des Veräußerers) und die Anordnung von Dauer-Testamentsvollstreckung bei Kommanditeilen (BGH, a. a. O.).

Nicht einmal der Stellvertreterzusatz der Organe (vgl. § 44 GmbHG, § 94 AktG) wird eingetragen, da auch stellvertretende Organe uneingeschränkte Vertretungsmacht haben (vgl. § 37 II GmbHG, § 82 I AktG) und der „Stellvertreterzusatz“ den Eindruck erweckt, dass der Stellvertreter „weniger“ vertreten kann (vgl. BGH, NJW 1998, 1071 für Geschäftsführer).

Gleiches gilt auch im vorliegenden Fall. Der Sprecher der Geschäftsführung hat keine besondere oder gesonderte Vertretungsbefugnis. Er vertritt im Rahmen der konkreten oder abstrakten Vertretungsbefugnis genauso wie alle anderen Geschäftsführer. Durch eine Eintragung in das Handelsregister würde im Rechtsverkehr, insbesondere bei Laien, der falsche Eindruck erweckt, der „Sprecher“ habe eine besondere Vertretungsbefugnis.

Hinzuweisen ist, dass nach den selben Gesichtspunkten auch der „Vorstandssprecher“ (*Krafka*, in: Münch-KommHGB, 3. Auflage 2010, § 8 Rn. 39) und eine „Generalvollmacht“ (OLG Hamburg, NZG 2009, 957 = GWR 2009, 35 [*Miras*]) nicht eintragungsfähig sind.

*Prof. Dr. Peter Ries,
HWR Berlin und Amtsgericht Charlottenburg* ■

Allgemeines Vertragsrecht und Unternehmenskauf

BGH: Beseitigung des Nichtigkeitsgrunds bei sittenwidrigem Vertrag verlangt auch dessen Neuvernahme oder Bestätigung

BGB §§ 138 I, 141 I

1. Vereinbarungen, mit denen Parteien die im Ursprungsvertrag vereinbarten Hauptleistungen nachträglich ändern, sind bei der Prüfung, ob das Rechtsgeschäft wegen eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung nach § 138 BGB nichtig ist, grundsätzlich zu berücksichtigen.
2. Um einem nach § 138 I BGB nichtigen Vertrag Rechtswirksamkeit zu verschaffen, müssen sich die Parteien nicht nur über die zur Beseitigung des Nichtigkeitsgrunds erforderlichen Änderungen oder Ergänzungen verständigen, sondern auch das Geschäft nach § 141 I BGB bestätigen oder insgesamt neu abschließen. (Leitsätze des Gerichts, Leitsatz 1 vom Verfasser gekürzt)

BGH, Urteil vom 10.02.2012 – V ZR 51/11
(OLG Düsseldorf), BeckRS 2012, 06739

Sachverhalt

Die Klägerin ist Treuhänderin im vereinfachten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin, die mit notariellem Vertrag von der Beklagten eine Eigentumswohnung zum Preis von 54.000 Euro erworben hatte. Unmittelbar nach dem Notartermin wurde der Kaufpreis mündlich auf 43.000 Euro herabgesetzt, die auch bezahlt wurden. Der tatsächliche Wert der Wohnung belief sich auf 25.000 Euro. Die Klägerin verlangte Rückzahlung des Kaufpreises. Der Kaufvertrag sei gemäß § 138 I BGB nichtig, da zwischen dem vereinbarten Kaufpreis von 54.000 Euro und dem tatsächlichen Wert von 25.000 Euro ein besonders grobes Missverhältnis bestehe. Das OLG hatte der Klage stattgegeben; hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten.

Entscheidung

Der BGH hat die Revision der Beklagten zurückgewiesen. Der Vertrag sei als wucherähnliches Geschäft sittenwidrig, da der Kaufpreis mehr als doppelt so hoch wie der Wert der Wohnung gewesen sei. Dies lasse auf eine verwerfliche Gesinnung der Beklagten schließen, die sie nicht widerlegt habe. Im Gegensatz zur Ansicht der Beklagten ändere auch die spätere Herabsetzung des Kaufpreises hieran nichts. Hierbei handele es sich zwar nicht um eine nicht zu berücksichtigende Änderung der Umstände, sondern vielmehr um eine grundsätzlich zu berücksichtigende Änderung des Vertrages. Änderten die Parteien den Vertrag, so änderten sie auch die Beurteilung desselben am Maßstab des § 138 BGB. Dies würde im vorliegenden Fall bei einer wirksamen Änderung dazu führen, dass der Kaufpreis den Wert der Wohnung nur noch um 72% überstiege. Das reichte

dann nicht aus, um zur Vermutung eines groben Missverhältnisses im Rahmen des § 138 I BGB zu führen. Allerdings fehle es vorliegend an der Wirksamkeit der Änderung, da ein sittenwidriges Rechtsgeschäft nicht geheilt werden könne. Vielmehr sei eine Neuvernahme oder eine Bestätigung gemäß § 141 I BGB notwendig. Die Parteien hätten den Vertrag aber nicht neu abschließen, sondern lediglich die Preisvereinbarung ändern wollen. Eine Bestätigung gemäß § 141 BGB setze voraus, dass die Parteien den Grund der Nichtigkeit kennen, woran es hier ebenfalls fehle. Der Kaufvertrag bleibe daher nichtig.

Praxisfolgen

Die Ausführungen des BGH überzeugen nur teilweise. Richtig ist, dass nachträgliche Änderungen der Hauptleistungspflichten Auswirkungen auf das Wesen eines Vertrages haben. Sie bei einer Wirksamkeitsprüfung unberücksichtigt zu lassen, würde der Dispositionsfreiheit der Parteien zuwiderlaufen.

Zu kritisieren ist allerdings die sehr formalistische Ansicht des BGH im Hinblick auf die Umdeutung einer Änderungserklärung in einen Neuabschluss bzw. eine Bestätigung des Vertrags. Dieser noch im Urteil des BGH vom 10.05.1995 (NJW 1995, 2290) angedeuteten Möglichkeit hat der BGH jetzt eine klare Absage erteilt. Im Ergebnis wird damit der Anwendungsbereich dieses Urteils begrenzt bleiben, da (wie auch im vorliegenden Fall) oftmals der Wille der Parteien zum Neuabschluss bzw. der Bestätigung des Rechtsgeschäfts fehlen wird und sich die Parteien gar nicht der Unwirksamkeit des ursprünglichen Vertrages bewusst sind. Dies führt letztlich dazu, dass der richtige Ansatz des BGH, nachträgliche Vertragsänderungen bei einer Unwirksamkeits-/Nichtigkeitsprüfung zu berücksichtigen, oftmals wegen der hohen Wirksamkeitsanforderungen ins Leere läuft, obwohl die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit eine Bestätigung oder einen Neuabschluss des Rechtsgeschäfts vorgenommen hätten.

Rechtsanwender in der Praxis – sowohl Rechtsanwälte als auch die Vertragsparteien selbst – sollten daher insbesondere bei späteren Vertragsänderungen sehr genau prüfen, ob der ursprüngliche Vertrag wirksam war und in Zweifelsfällen ausdrücklich regeln, dass das ursprüngliche Rechtsgeschäft bestätigt bzw. neu abgeschlossen wird. Nur so werden sich von beiden Parteien ungewollte Rechtsfolgen verhindern lassen.

Rechtsanwalt Lars Eckhoff, LL.M. (Wellington),
CMS Hasche Sigle, Köln

BGH: Wertersatzanspruch des Aussonderungsberechtigten infolge einer Sicherungsmaßnahme

InsO §§ 21 II 1 Nr. 5, 47, 55 II, 169 S. 2

Ordnert das Gericht als Sicherungsmaßnahme an, dass ein der Aussonderung unterliegender Gegenstand von dem Berechtigten nicht herausverlangt werden darf, steht dem Aussonderungsberechtigten gegen den vorläufigen Insolvenzverwalter wegen eines durch Nutzung oder Beschädigung eingetretenen Wertverlusts ein Ersatzanspruch zu. Nach Verfahrenseröffnung gilt der Anspruch als Masseverbindlichkeit. (Leitsatz des Gerichts)

BGH, Urteil vom 08.03.2012 – IX ZR 78/11 (OLG Braunschweig), BeckRS 2012, 07788

Sachverhalt

Die Klägerin vermietete mehrere LKWs an die Schuldnerin. Auf den gegen die Schuldnerin gestellten Insolvenzantrag wurde der Beklagte durch Beschluss vom 19.02.2009 zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt; zudem ordnete das Gericht die Sicherung der Insolvenzmasse nach § 21 II 1 Nr. 5 InsO an. Am 01.03.2009 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter ernannt. Die von der Klägerin vermieteten LKWs nutzte der Beklagte bis zum 31.07.2009, ohne hierfür zu zahlen. Die Klägerin nahm ihn wegen rückständiger Miete inkl. Nebenkosten und Beschädigungen in Anspruch. Erstinstanzlich wurde der Beklagte zu Zahlungen ab dem 01.04.2009 verurteilt. Das Berufungsgericht erkannte einen Wertersatzanspruch überdies auch für die Zeit vom 19.02.2009 bis zum 31.03.2009 dem Grunde nach an und ordnete ihn als Masseverbindlichkeit ein. Der Beklagte begehrte mit der Revision die Abweisung der dem Grunde nach zuerkannten Klageforderung.

Entscheidung

Der Senat bejaht einen Wertersatzanspruch gemäß § 21 II 1 Nr. 5 S. 1 HS 3 InsO dem Grunde nach.

Ein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung in Form von Zinsen i. S. d. § 169 S. 2 InsO bestehe nicht; diese könnten gemäß § 21 II 1 Nr. 5 S. 1 HS 2 InsO nur für den Zeitraum von drei Monaten nach der Anordnung verlangt werden, hier also erst ab dem 01.04.2009. Ersatz für den durch die Nutzung der Fahrzeuge eingetretenen Wertverlust könne die Klägerin aber nach § 21 II 1 Nr. 5 S. 1 HS 3 InsO für den gesamten Zeitraum beanspruchen. Der Wortlaut sei zwar nicht eindeutig, ihm sei aber dennoch zwingend zu entnehmen, dass sowohl Absonderungs- als auch Aussonderungsberechtigten ein Wertersatzanspruch zustehe. Dies folge daraus, dass § 21 II 1 Nr. 5 S. 1 HS 1 InsO als Grundtatbestand eines Verwertungs- und Einziehungsstopps mit Aus- und Absonderungsrechten belastete Gegenstände erfasse. Die nachfolgenden Halbsätze könnten daher nicht losgelöst hiervon ausgelegt

werden. Nach Verfahrenseröffnung gelte der Wertersatzanspruch gemäß § 55 II InsO als Masseverbindlichkeit.

Hinsichtlich seiner Höhe sei grundsätzlich danach zu unterscheiden, ob daneben ein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung besteht. Sei dies der Fall, stelle dieser Anspruch bereits die vertragsmäßige Gegenleistung für die zeitlich begrenzte Überlassung der Sache dar und es bestehe – sofern sich die Nutzung als vertragsgemäß darstellt – ein Anspruch auf (ergänzenden) Wertersatz. Der Klägerin stehe kein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung für die Zeit vor dem 01.04.2009 zu. Sie könne das für die vertragsgemäße Abnutzung der Sache vereinbarte Entgelt nur als Insolvenzforderung geltend machen. Da sie aber dennoch keine Wertminderung hinnehmen müssen solle, bemesse sich die Höhe ihres Wertersatzanspruchs – der bereits bei vertragsgemäßer Abnutzung entstehe – hier nach der Differenz des Wertes des Aussonderungsguts bei Beginn und Ende der Nutzung. Entscheidend für die Feststellung der Höhe des Wertersatzanspruchs sei hier folglich der Zeitraum vom 16.02.2009 bis zum 31.07.2009.

Praxisfolgen

Der Senat sorgt mit der Entscheidung für (weitere) Klarheit. So dürfte nun unstrittig sein, dass die Anordnung nach § 21 II 1 Nr. 5 InsO Ersatzansprüche sowohl ab als auch aussonderungsberechtigter Gläubiger nach sich ziehen kann und dass die hieraus resultierende Nutzungsausfallentschädigungsansprüche einerseits und Wertersatzansprüche andererseits gemäß § 55 II InsO im eröffneten Insolvenzverfahren als Masseverbindlichkeiten gelten.

Von erheblicher praktischer Relevanz sind ferner die teils nur angedeuteten Ausführungen zur Anspruchshöhe, wenn Nutzungsausfallentschädigungsanspruch und Wertersatzanspruch zusammentreffen: Kann der Gläubiger – wie hier – für eine gewisse Zeit keine Nutzungsausfallentschädigung beanspruchen, wird seine Forderung faktisch durch einen Wertersatzanspruch ersetzt, da dieser bereits bei vertragsgemäßer Nutzung entsteht. Führt man sich die Begründung des Senats vor Augen, müsste, wenn der Gläubiger seine Entgeltforderung für die Gebrauchsüberlassung vor Insolvenzeröffnung zwar „nur“ zur Tabelle anmeldet, am Schluss des Verfahrens jedoch mit einer erheblichen Quote befriedigt wird, konsequenterweise die erhaltene Quote (ggf. rückwirkend) auf den Wertersatzanspruch angerechnet werden.

*Rechtsanwältin Dr. Hannah Krings,
CMS Hasche Sigle, Köln*



BAG: Verlust des Sonderkündigungsschutzes nach wahrheitswidriger Verneinung der Frage nach Schwerbehinderung

SGB IX §§ 85, 90 I; KSchG § 1 III; AGG § 3 I; BGB §§ 241 II, 242

1. Die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderung bzw. einem diesbezüglich gestellten Antrag ist im bestehenden Arbeitsverhältnis jedenfalls nach sechs Monaten, d. h. ggf. nach Erwerb des Behindertenschutzes gemäß §§ 85 ff. SGB IX, zulässig. Das gilt insbesondere zur Vorbereitung von beabsichtigten Kündigungen.
2. Verneint der schwerbehinderte Arbeitnehmer die Frage nach seiner Schwerbehinderung im Vorfeld einer Kündigung wahrheitswidrig, ist es ihm im Kündigungsschutzprozess unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf seine Schwerbehinderteneigenschaft zu berufen. (1. Leitsatz, 2. Orientierungssatz des Gerichts)

BAG, Urteil vom 16.02.2012 – 6 AZR 553/10
(LAG Hamm), BeckRS 2012, 68156

Sachverhalt

Der spätere Beklagte war vorläufiger Insolvenzverwalter über das Vermögen der Arbeitgeberin. Zugleich war ihm das Recht zur Ausübung der Arbeitgeberbefugnisse einschließlich der Ermächtigung, Kündigungen auszusprechen, übertragen worden. Der Beklagte gab Fragebögen an die Arbeitnehmer aus, in denen neben den übrigen Sozialdaten auch das Vorliegen einer Schwerbehinderung bzw. einer Gleichstellung erfragt wurde. Der schwerbehinderte Kläger beantwortete die Fragen nach Schwerbehinderung und Gleichstellung jeweils mit „Nein“. Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers, ohne zuvor die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen. Der Kläger war der Ansicht, die ohne Beteiligung des Integrationsamtes erklärte Kündigung sei aufgrund seines Sonderkündigungsschutzes als Schwerbehinderter unwirksam.

Entscheidung

Das BAG hielt die Kündigung auch ohne Beteiligung des Integrationsamtes für wirksam. Die Frage nach der Schwerbehinderung sei im bestehenden Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Frist des § 90 I Nr. 1 SGB IX zulässig, um dem Arbeitgeber im Hinblick auf seine Verpflichtungen aus dem SGB IX ein rechtstreu Verhalten zu ermöglichen. Eine solche Frage habe der Arbeitnehmer aufgrund einer Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB wahrheitsgemäß zu beantworten. Dies stelle keine Diskriminierung wegen einer Behinderung i. S. v. § 3 I 1 AGG dar. Da der Kläger die berechtigte Frage nach dem Bestehen einer Schwerbehinderung wahrheitswidrig verneint hatte, sei es ihm verwehrt, sich im Prozess auf den Sonderkündigungsschutz als Schwerbehinderter zu berufen. Der Kläger habe durch das Leugnen seiner anerkannten Schwerbehinderung

den Beklagten in dem Glauben bestärkt, er könne ohne Beteiligung des Integrationsamtes wirksam kündigen und ihn davon abgehalten, vor der Kündigung die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen. Das spätere Berufen auf den Sonderkündigungsschutz sei als widersprüchliches Verhalten unbeachtlich.

Weiter hat das BAG festgestellt, dass nicht nur ein „halbstarker“ vorläufiger Insolvenzverwalter, der zur Kündigung bestimmbarer Arten von Dauerschuldverhältnissen ermächtigt ist, sondern auch ein „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter, dem das Insolvenzgericht keine Arbeitgeberbefugnisse erteilt hat, einen Auskunftsanspruch gegen die bei der Insolvenzschriftnerin beschäftigten Arbeitnehmer habe. Dieser Auskunftsanspruch bestehe bereits im Eröffnungsverfahren.

Praxisfolgen

Das BAG hat nicht nur die seit langem ungeklärte Frage entschieden, ob ein Arbeitgeber im laufenden Arbeitsverhältnis nach dem Bestehen einer Schwerbehinderung fragen darf. Völlig neu ist die Rechtsfolge, die das BAG aus der wahrheitswidrigen Verneinung dieser Frage herleitet, nämlich der Verlust des gesetzlichen Sonderkündigungsschutzes. Vor diesem Hintergrund ist vor betriebsbedingten Kündigungen unbedingt anzuraten, im Rahmen einer Fragebogenaktion (die zur Ermittlung der übrigen Sozialdaten meist ohnehin unerlässlich ist) ausdrücklich nach Schwerbehinderung, Gleichstellung und entsprechend gestellten Anträgen zu fragen. Verneinen Arbeitnehmer diese Frage, können sie sich später nicht mehr auf einen zu diesem Zeitpunkt bereits bestehenden Sonderkündigungsschutz berufen.

Interessant ist zudem, dass das BAG in einem Nebensatz auch die Möglichkeit erwähnt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auffordert, ihn über künftig gestellte Anträge auf Anerkennung als Schwerbehinderter bzw. Gleichstellung zu unterrichten. Dies könnte die Möglichkeit eröffnen, Arbeitnehmer nach Ablauf der ersten sechs Monate standardisiert nach dem Bestehen einer Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung zu befragen und gleichzeitig Unterrichtung über etwa in Zukunft gestellte Anträge zu verlangen. Solange ein Arbeitnehmer eine derartige Unterrichtung unterlässt, könnte er sich möglicherweise im Falle späterer (auch verhaltens- oder personenbedingter) Kündigungen nicht auf den Sonderkündigungsschutz berufen. Insoweit bleibt die Fortsetzung der Rechtsprechung mit Spannung zu erwarten.

Rechtsanwalt Axel Bertram,
Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Bird & Bird LLP, München

BAG: Betriebsteilübergang setzt Bestehen einer abgrenzbaren organisatorischen wirtschaftlichen Einheit beim Veräußerer voraus

BGB § 613 a I 1; RL 2001/23/EG Art. 1

Ein Übergang eines Betriebsteils auf einen Erwerber i. S. d. § 613 a I 1 BGB liegt nur dann vor, wenn die übernommenen Betriebsmittel und/oder Beschäftigten bereits beim Veräußerer eine abgrenzbare organisatorische wirtschaftliche Einheit, d. h. einen Betriebsteil dargestellt haben. (Leitsatz und Orientierungssatz des Gerichts)

BAG, Urteil vom 13.10.2011 – 8 AZR 455/10 (LAG Düsseldorf), BeckRS 2012, 66797

Sachverhalt

Der Kläger war bei der ET-GmbH, einem Unternehmen der Mess- und Regeltechnik, als Leiter der Abteilung F&E tätig. Die aus 13 Mitarbeitern bestehende Abteilung gliederte sich in drei Gruppen, von denen eine ebenfalls vom Kläger geleitet wurde. Ende 2005 verkaufte die ET-GmbH einige von der Abteilung F&E entwickelte Produktlinien an die F-GmbH (Rechtsvorgängerin der Beklagten). Die F-GmbH erwarb auch die Rechte an der Software, den Patenten, den Patentanmeldungen und an den die übernommenen Produktlinien betreffenden Erfindungen sowie an den Produktnamen und dem technischen Know-how. Weiterhin erwarb sie die Entwicklungshardware, das zu den Produktlinien gehörige Inventar sowie eine Kunden- und Lieferantenliste. Aus der vom Kläger geleiteten Abteilung wechselten vier Arbeitnehmer zur F-GmbH. Deren PC-Arbeitsplätze sowie das dazugehörige Betriebssystem übernahm die F-GmbH ebenfalls. Eine Übernahme des Klägers lehnte sie ab. Der Kläger berief sich auf das Vorliegen eines Betriebsteilübergangs und verlangte Weiterbeschäftigung bei der F-GmbH.

Entscheidung

Das BAG hat, anders als zuvor das LAG, zugunsten der Beklagten entschieden. Nach Auffassung des BAG hat kein Betriebsteilübergang auf die Rechtsvorgängerin der Beklagten stattgefunden. Es habe bereits an einem übergangsfähigen Betriebsteil bei der ET-GmbH gefehlt. Der Übergang eines Betriebsteils setze voraus, dass bereits beim Veräußerer eine organisatorisch abgrenzbare wirtschaftliche Einheit vorgelegen habe, die nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden dürfe. Die von der Rechtsvorgängerin der Beklagten erworbenen Produktlinien und Betriebsmittel hätten bereits bei der ET-GmbH keinen übergangsfähigen Betriebsteil dargestellt. So habe die Rechtsvorgängerin der Beklagten insbesondere keine Abteilung übernommen, sondern

nur Teile davon. Auch sei keine der innerhalb der vom Kläger geleiteten Abteilung bestehenden Gruppen vollständig übernommen worden. Zudem war nach Auffassung des BAG eine organisatorische Einheit bei der ET-GmbH bereits deshalb zu verneinen, weil die vier übernommenen Mitarbeiter und die übergegangenen Rechte und Sachen nicht nur einer der drei Gruppen der Abteilung zugeordnet werden konnten. Die Tätigkeit der vier übernommenen Mitarbeiter habe auch nicht losgelöst von der Tätigkeit der übrigen neun nicht übernommenen Mitarbeiter als organisatorisch abtrennbare Tätigkeit betrachtet werden können. Die veräußerten Produktlinien seien nicht nur von den vier übernommenen Mitarbeitern entwickelt bzw. hergestellt worden, sondern gemeinsam von allen in der Abteilung beschäftigten Mitarbeitern.

Praxisfolgen

Das BAG hat nicht nur anders als zuvor das LAG entschieden, sondern auch entgegen der *Klarenberg*-Entscheidung des EuGH (NJW 2009, 2029), dem die Sache zur Vorabentscheidung vorlag. Das LAG Düsseldorf hatte dem EuGH die Frage vorgelegt, ob ein Betriebsteilübergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG nur dann vorliegt, wenn der Betriebsteil beim Erwerber als organisatorisch selbstständiger Betriebsteil fortgeführt wird. Der EuGH entschied, dass Art. 1 RL 2001/23/EG auch dann anwendbar ist, wenn der Betriebsteil zwar seine organisatorische Eigenständigkeit nicht wahrte, aber die funktionelle Verknüpfung zwischen den übernommenen Produktionsfaktoren beibehalten wird und der Erwerber diese nutzt, um einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.

Diese Auffassung mag zwar Zuspruch verdienen, allerdings kam es hierauf im Fall *Klarenberg* nicht an. Es fehlte bereits an einer übergangsfähigen, organisatorisch abgrenzbaren wirtschaftlichen Einheit bei der veräußernden ET-GmbH. Dass eine Übernahme nur dann unter die RL 2001/23/EG fällt, wenn die übernommenen Betriebsmittel bereits beim Erwerber eine organisatorisch abgrenzbare wirtschaftliche Einheit dargestellt haben, hatte der EuGH bereits in der Vergangenheit klargestellt (u. a. NZI 2007, 672). Einer Vorabentscheidung durch den EuGH hätte es hier somit nicht bedurft, da das LAG eine Vorlagefrage gestellt hat, auf die es letztlich nicht ankam.

*Rechtsanwältin Luisa Einsporn,
Baker & McKenzie, Düsseldorf*

BAG: Benachteiligung wegen Schwerbehinderung bei fehlender Beteiligung der Agentur für Arbeit an Auswahlverfahren

AGG §§ 1, 3, 6, 7, 15 II, IV, 22; ArbGG § 61 b I; SGB IX §§ 68, 71, 73, 81, 82; GG Art. 33 II

1. Ein Nachteil im Rahmen einer Auswahlentscheidung liegt bereits dann vor, wenn der Bewerber nicht in die Auswahl einbezogen wird, sondern vorab ausscheidet. Die Benachteiligung liegt in der Versagung einer Chance.
2. Bewerber sind vergleichbar, wenn sie die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen. Für die Dauer des Auswahlverfahrens bleibt der Arbeitgeber an das von ihm bekannt gegebene Anforderungsprofil gebunden.
3. Ein schwerbehinderter Bewerber kann sich auf Verstöße gegen den besonderen Schwerbehindertenschutz des SGB IX i. S. v. Indiztatsachen nach § 22 AGG berufen, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehinderteneigenschaft des Bewerbers zumindest hätte kennen müssen.
4. Liegen darüber hinaus Verstöße des Arbeitgebers gegen bewerbungsunabhängige Förderpflichten nach dem SGB IX vor, kommt es auf die Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderteneigenschaft des konkreten Bewerbers nicht an.
5. Allein aus der Zahl von Entschädigungsklagen kann nicht geschlossen werden, die Bewerbung sei nicht ernsthaft und damit rechtsmissbräuchlich gewesen. (Orientierungssätze des Gerichts, vom Verfasser bearbeitet)

BAG, Urteil vom 13.10.2011 – 8 AZR 608/10 (LAG Baden-Württemberg), BeckRS 2012, 65090

Sachverhalt

Die Parteien streiten über einen Entschädigungsanspruch nach § 15 II AGG. Der Kläger hat ein Studium an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung mit 7 Punkten abgeschlossen. Die beklagte Gemeinde hat zur Mutterschaftsvertretung eine Stelle „für eine/n Mitarbeiter/in mit der Qualifikation des gehobenen nicht-technischen Verwaltungsdienstes und umfassenden Kenntnissen“ ausgeschrieben. Mit der Agentur für Arbeit hat die Beklagte keine Verbindung aufgenommen. Sie hat nicht geprüft, ob die Stelle mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden konnte, insbesondere mit einem bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten. Der Kläger ist anerkannt schwerbehindert, hat im Bewerbungsschreiben jedoch nur auf eine „Behinderung“ hingewiesen. Die Beklagte hat die Stelle mit einer Bewerberin besetzt, die ein vergleichbares Studium mit 8 Punkten bestanden hat. Der Kläger wurde zu keinem Vorstellungsgespräch eingeladen, weshalb er sich wegen seiner Behinderung benachteiligt sieht. In mindestens 27 weiteren Fällen betrieb er ebenfalls Entschädigungsklagen. Sowohl vor dem ArbG als auch vor dem LAG war der Kläger mit seiner Klage auf Entschädigung erfolglos.

Entscheidung

Das BAG hat der Revision des Klägers stattgegeben und das Verfahren zur Entscheidung über die Entschädigungshöhe an das LAG zurückverwiesen.

Die Beklagte habe den Kläger benachteiligt, weil sie den Kläger im Gegensatz zu der später eingestellten Bewerberin nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen habe. Der Kläger sei für die Stelle objektiv geeignet gewesen, da er die von der Beklagten bekannt gegebenen und für die Dauer des Auswahlverfahrens verbindlichen Anforderungen erfülle. Die Beklagte habe keine Mindestnote verlangt und die geforderten „umfassenden Kenntnisse“ nicht konkretisiert. Wegen der Beweislastumkehr aus § 22 AGG müsse der Kläger lediglich Indizien vortragen, die seine Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals im Rahmen eines „Motivbündels“ vermuten lassen. Weil die Beklagte keine Kenntnis von der Schwerbehinderung des Klägers hätte haben müssen, hätte sie zwar die Schwerbehindertenvertretung nicht beteiligen (§ 81 I 9 SGB IX) und den Kläger auch nicht zwingend zu einem Vorstellungsgespräch einladen müssen (§ 82 S. 2 SGB IX). Ein Indiz i. S. v. § 22 AGG liege jedoch darin, dass die Beklagte ihre Prüf- und Meldepflichten nach § 81 I SGB IX verletzt und insbesondere vor Besetzung der Stelle keinen Kontakt mit der Agentur für Arbeit aufgenommen habe.

Die bessere Qualifizierung der erfolgreichen Bewerberin wirke sich gemäß § 15 II 2 AGG allenfalls auf die Höhe der Entschädigung aus. Allein aus der Vielzahl der Entschädigungsklagen könne nicht auf eine fehlende Ernsthaftigkeit der Bewerbung geschlossen werden, weshalb die Klage auch nicht rechtsmissbräuchlich sei.

Praxisfolgen

Sämtliche Arbeitgeber müssen vor Besetzung einer freien Stelle die Prüf- und Meldepflichten nach § 81 I SGB IX erfüllen, also insbesondere frühzeitig prüfen, ob die Stelle mit einem bei der Arbeitsagentur arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten Schwerbehinderten besetzt werden kann. Zur Vermeidung einer Beweislastumkehr sollten schwerbehinderte Bewerber, die die bekannt gegebenen formalen Voraussetzungen erfüllen, in jedem Fall zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden. Damit erhöht das BAG erneut die Chancen schwerbehinderter Menschen auf ein Vorstellungsgespräch, nicht jedoch auf einen Arbeitsplatz.

*Rechtsanwalt Sebastian Juli,
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Kanzlei Röhrborn Biester Juli Arbeitsrecht,
Düsseldorf*

LAG Baden-Württemberg: Mitarbeiterbeteiligungsmodell und Karenzentschädigung

HGB §§ 74, 74c; BGB §§ 133, 157, 305

1. Im Mitarbeiterbeteiligungsmodell der Kombination von Virtual Stock Options und Phantom Stocks verfallene erdiente Gewinnbezugsrechte beim vorzeitigen Ausscheiden des Arbeitnehmers nur, wenn dies ausgehandelt und ausdrücklich vereinbart ist.
2. Erfolgsbeteiligungen aus früheren Teilverkäufen sind bei einer derartigen Gestaltung in die Berechnung einer Karenzentschädigung nicht einzurechnen. (Leitsätze des Gerichts)

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 17.01.2012 – 22 Sa 77/11 (ArbG Karlsruhe), BeckRS 2012, 68072
Die Revision ist anhängig beim BAG unter Az. 3 AZN 163/12.

Sachverhalt

Die Parteien streiten um die Berechnung einer Karenzentschädigung sowie im Wege der Stufenklage über die Erteilung von Auskünften. Der Kläger war für die Beklagte als Vertriebsleiter tätig. Sein Gehalt bestand aus einem fixen Gehaltsanteil sowie aus variablen Gehaltsanteilen, denen ein jährlich vereinbartes Individualziel zugrunde lag. Bei Erreichen des Individualziels stand dem Kläger zusätzlich eine Erfolgsbeteiligung zu. Diese bestand in einem bedingten, virtuellen Bezugsrecht auf einen Anteil am Veräußerungserlös der Anteile der Beklagten. Darüber hinaus fand eine Erweiterung des Bezugsrechts auf Dividendenzahlungen der Beklagten statt, sofern in drei Jahren nach Vertragsbeginn kein Börsengang beziehungsweise kein Trade Sales stattgefunden hat. Das Arbeitsverhältnis des Klägers endete durch Eigenkündigung zum 16.01.2009. Bis zu diesem Zeitpunkt befand sich der Kläger ab dem 01.04.2008 in genehmigter Elternzeit ohne Vergütungsanspruch. Ihm war ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot auferlegt, die Entschädigung betrug 50% des durchschnittlichen Monatsgehaltes, das sich aus den vorangegangenen 12 Monatsgehältern berechnet.

Die Vorinstanz hat die vom Kläger eingeklagte Karenzentschädigung vollständig ausgeurteilt; gleiches gilt für den Auskunftsanspruch, was die von der Beklagten erfolgten Anteilsveräußerungen ab 01.01.2008 bis zum 30.09.2009 angeht.

Entscheidung

Die Berufung der Beklagten hatte nur in Bezug auf die Höhe der Karenzentschädigung Erfolg. Ansonsten hat das LAG sie zurückgewiesen.

Für die Berechnung der Karenzentschädigung seien nicht die §§ 74ff. HGB, sondern die Regelung zum nachver-

traglichen Wettbewerbsverbot im Arbeitsvertrag maßgebend. Dabei handele es sich um eine Individualabrede und keine vorformulierte Vertragsbedingung, deren Auslegung sich nach den §§ 133, 157 BGB richte. Entscheidend sei der Begriff „durchschnittliches Monatsgehalt“. Dazu zähle neben dem Fixgehalt die variablen Gehaltsbestandteile, nicht jedoch die im Arbeitsvertrag geregelte Erfolgsbeteiligung, soweit der Kläger deren Unverfallbarkeit auch für den Karenzzeitraum geltend gemacht hat.

Das LAG hat dem Kläger einen Auskunftsanspruch über die Anteilsveräußerung an der Beklagten auch nach seinem Ausscheiden zuerkannt. Der Arbeitsvertrag des Klägers sei als Kombination von Virtual Stock Options und Phantom Stocks auszulegen. Bereits erdiente Gewinnbezugsrechte blieben bei vorzeitigem Ausscheiden eines Arbeitnehmers unberührt. Etwas anderes ergebe sich nur dann, wenn ein Verfall explizit ausgehandelt und ausdrücklich vereinbart sei. Eine derartige Vereinbarung gebe es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht. Dem Kläger sei vielmehr eine Veräußerungsbeteiligung für die erdienten Gewinnbezugsrechte in den Vertragsverhandlungen zugesichert worden.

Praxisfolgen

Bei dem Urteil des LAG handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung. Es geht nicht nur um ein Mitarbeiterbeteiligungsmodell in Form von Aktienoptionen, sondern um den Sonderfall der Virtual Stock Options kombiniert mit einem weiteren Sonderfall, dem Phantom Stocks. Darüber hinaus wurde eine Karenzentschädigung vereinbart, die sich nicht an den § 74ff. HGB orientiert. Schließlich liegt kein Formulararbeitsvertrag vor, sondern einzelne mit dem Arbeitnehmer ausgehandelte Individualabreden.

Offen bleibt daher, inwieweit die Entscheidung überhaupt generalisierend und verallgemeinernd übertragen werden kann. Das gilt gerade vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung des BAG zum Verfall von Aktienoptionen mittels Ausgleichsquittung mangels Formular-Arbeitsvertrag keine Anwendung findet.

Der Beklagten wurde die Revision vorbehalten. Abzuwarten bleibt, wie das BAG bei einem derartigen Mitarbeiterbeteiligungsmodell entscheidet.

*Rechtsanwältin Dr. Rhea-Christina Klagges,
Rechtsanwälte Schrader Straube Siebert,
Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hannover*

BFH: Verfassungskonforme Auslegung der Übergangsregelung zur Abschaffung der Mehrmütterorganschaft

KStG §§ 14 I 1 Nr. 2 S. 3, Nr. 1, 34 I

Die Regelungen zur Abschaffung der Mehrmütterorganschaft enthalten eine Regelungslücke, die durch verfassungskonforme Auslegung der Übergangsregelungen zu schließen sind. (Leitsatz der Verfasser)

BFH, Beschluss vom 15.02.2012 – I B 7/11 (FG München), BeckRS 2012, 94556

Sachverhalt

Die Klägerin und Beschwerdeführerin, eine KG, war zwischen 2001 und 2003 zu 19,05% an der P-GmbH beteiligt. Ihr Komplementär war zu weiteren 33,33% an der P-GmbH beteiligt. Die Klägerin und die P-GmbH schlossen am 31.05.2001 einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag. Für die Jahre 2001 und 2002 wurde die Organschaft zwischen der Klägerin als Organträgerin und der P-GmbH als Organgesellschaft anerkannt. Mit dem Steuervergünstigungsabbaugesetz (StVergAbG) vom 16.05.2003 wurden §§ 14 I 1 Nr. 2, 34 I KStG dahingehend geändert, dass ab dem Veranlagungszeitraum 2003 die Voraussetzungen der finanziellen Eingliederung im Verhältnis zur Personengesellschaft als Organträgerin selbst erfüllt sein müssen. Danach ist es für die finanzielle Eingliederung erforderlich, dass zumindest die Anteile, die die Mehrheit der Stimmrechte an der Organgesellschaft vermitteln, während des gesamten Wirtschaftsjahres im Gesamthandsvermögen der Personengesellschaft gehalten werden.

Dem StVergAbG ging ein entsprechender Kabinettsbeschluss vom 20.11.2002 voraus. Für das Streitjahr 2003 erkannte das Finanzamt die Organschaft nicht mehr an. Der hiergegen gerichtete Einspruch blieb ebenso erfolglos wie die Klage beim FG München (Urteil vom 30.11.2010, 2 K 2315/08). Die Beschwerde richtet sich gegen die Nichtzulassung der Revision.

Entscheidung

Der BFH erkennt in § 34 I KStG i. V. m. § 14 I 1 Nr. 2 KStG eine verdeckte Regelungslücke in Bezug auf Gewinnabführungsverträge, die vor dem 21.11.2002 geschlossen worden sind. Diese Lücke sei im Wege der Rechtsfortbildung dahin zu schließen, dass es für die steuerliche Anerkennung von Organschaftsverhältnissen in bestimmten Altfällen genügt, wenn die Voraussetzungen des geänderten § 14 I 1 Nr. 2 S. 3 KStG i. V. m. § 14 I 1 Nr. 1 KStG zum Ende des ersten Wirtschaftsjahres 2003 der Organgesellschaft erfüllt waren. Da diesem Erfordernis im Streitfall nicht entsprochen worden ist, hat der BFH die Nichtanerkennung der Organschaft im Ergebnis bestätigt. Nach seiner Ansicht sind hier die Maßstäbe der sog. unechten Rückwirkung

(tatbestandliche Rückanknüpfung) zugrunde zu legen. Diese sei dadurch gekennzeichnet, dass die belastenden Rechtsfolgen einer Norm erst nach deren Verkündung eintreten, tatbestandlich aber auch von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden. Der BFH erteilt in diesem Zusammenhang der Argumentation des FG eine Absage, nach der bereits der Kabinettsbeschluss und Veröffentlichungen in der Tages- und Fachpresse zum Verlust eines schutzwürdigen Vertrauens der Klägerin führten. Laut BFH ist eine Gesetzesinitiative nur schwerlich ein tragfähiger Grund, einer Gesellschaft Umstrukturierungsmaßnahmen vor Verabschiedung eines Gesetzes durch die gesetzgebende Körperschaft zuzumuten.

Praxisfolgen

Der BFH führt überzeugend aus, dass es dem Steuerpflichtigen nicht zuzumuten ist – in einer Art vorausseilendem Gehorsam – auf mögliche Gesetzesänderungen zu reagieren, ohne zu wissen, ob diese Änderungen tatsächlich gesetzlich umgesetzt werden. Dem Steuerpflichtigen muss also grundsätzlich eine Frist gewährt werden, um sich der neuen Rechtslage anzupassen. Diese Frist beginnt erst mit Wirksamwerden des Änderungsgesetzes. Dies muss jedenfalls für Dauersachverhalte wie der steuerlichen Organschaft gelten.

Es bleibt abzuwarten, ob der dargestellte Grundsatz auch bei konkreten Transaktionen gilt, bei denen beispielsweise die Regelungen zum Wegfall von Verlusten Anwendung finden. Dies wird insbesondere der Gesetzgeber im Auge behalten müssen, da fraglich ist, ob der BFH bei künftigen Anwendungsregelungen eine verdeckte Regelungslücke erkennt.

Die Entscheidung entspricht im Ergebnis dem BMF-Schreiben vom 10.11.2005 (IV B 7-S 2770-24/05, BeckVerw 067646). Hiernach wird eine im Veranlagungszeitraum 2002 steuerlich wirksame Organschaft für die Zukunft steuerlich weiter anerkannt, wenn u. a. die Voraussetzungen des Haltens der Organbeteiligung im Gesamthandsvermögen bis zum 31.12.2003 vorgelegen haben. Nach Rechtslage vor dem StVergAbG konnte ein Organschaftsverhältnis zu einer Organgesellschaft dadurch begründet werden, dass sich mehrere Unternehmen, die allein die Voraussetzungen der finanziellen Eingliederung nicht erfüllen, zu einer sog. Willenbildungs-GbR zusammenschließen (sog. Mehrmütterorganschaft).

*Rechtsanwalt Dr. Johannes Frey, LL.M. (Georgetown),
Attorney-at-Law (New York),
Rechtsanwältin Stephanie Bruhn,
beide Shearman & Sterling LLP, München*

BFH: Rückerstattung von Kapitalertragsteuer analog § 50d I EStG bei beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften

EStG § 50d I, II; KStG §§ 8b I, V, 31 I, 32 I Nr. 2; Richtlinie 90/435/EWG Art. 2 lit. a, 5

1. Die nachträgliche Erstattung einbehaltener und abgeführter Kapitalertragsteuer kann, wenn die Voraussetzungen des § 50d I EStG nicht erfüllt sind, die Einbehaltung und Abführung aber gegen unionsrechtliche Grundfreiheiten verstößt, auf eine analoge Anwendung des § 50d I EStG gestützt werden.
2. Eine vorherige Freistellung von der Pflicht zur Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragsteuer nach § 50d II EStG ist nicht zulässig.
3. Zuständig für die Entscheidung über eine Erstattung sind die Finanzämter. (Leitsätze des Verfassers)

BFH, Urteil vom 11.01.2012 – I R 25/10 (FG Köln), BeckRS 2012, 94801

Sachverhalt

Die Klägerin, eine französische Gesellschaft in der Rechtsform der „société par action simplifiée“ (S.A.S.), hatte am 13.07.2002 beim Bundesamt für Finanzen (BfF, seit 01.01.2006 Bundeszentralamt für Steuern, BZSt) die vollständige Befreiung vom Kapitalertragsteuerabzug für die von der inländischen F-GmbH (100%ige Tochter der Klägerin) an sie ausgeschütteten Dividenden gemäß § 43b I EStG i. V.m. § 50d II EStG beantragt. Aufgrund des DBA zwischen Deutschland und Frankreich gewährte das BfF nur eine teilweise Freistellung vom Kapitalertragsteuerabzug.

Hiergegen legte die Klägerin beim FG Köln Klage ein und beantragte vollständige Befreiung von der Abzugsbesteuerung unter Berufung auf die entsprechende Anwendung der Richtlinie des Rates vom 23.07.1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (RL 90/435/EWG; Mutter/Tochter-Richtlinie). Die beantragte Befreiung betraf den Zeitraum vor Aufnahme der S.A.S. in den Katalog der Gesellschaften im Sinne der Mutter/Tochter-Richtlinie in Anlage 2 zu § 43b I EStG (16.12.2004).

Das BfF und das FG Köln lehnten die vollständige Befreiung der Klägerin von der Abzugsbesteuerung ab.

Entscheidung

Der BFH weist die Klage im Hinblick auf die Erteilung einer Freistellungsbescheinigung nach § 50d II EStG für den vor dem 16.12.2004 liegenden Zeitraum ab.

Als Begründung führt er im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „Gaz de

France“ (IStR 2009, 774 ff.) aus, dass die S.A.S. im streitgegenständlichen Zeitraum nicht in Anlage 2 zu § 43b I EStG aufgeführt und deshalb nicht nach §§ 43b I, 50d II EStG zur Freistellung berechtigt gewesen sei.

Jedoch sieht der BFH in der bei beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften nach § 36 II Nr. 2 KStG definitiv wirkenden Abzugsbesteuerung einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit. Denn anders als bei nationalen Kapitalgesellschaften finde bei beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften keine Anrechnung oder Rückerstattung der Kapitalertragsteuer nach § 31 I KStG i. V.m. §§ 36 II, Nr. 2, IV 2 EStG statt, sodass sich die weitgehende Steuerbefreiung des § 8b I KStG für diese nicht auswirke. Aus diesem Grund bejahet der BFH einen Anspruch auf Rückerstattung der Kapitalertragsteuer nach § 50d I EStG analog. Der diesbezügliche Antrag sei entgegen der Ansicht der Klägerin jedoch nicht an das BfF bzw. BZSt, sondern an das für die Klägerin zuständige FA zu richten.

Praxisfolgen

Der BFH folgt den vom EuGH vorgegebenen Leitlinien zur Anwendung der „Mutter/Tochter“-Richtlinie und den unionsrechtlichen Grundfreiheiten. Die Entscheidung stellt klar, dass die Abgeltungswirkung des § 32 I Nr. 2 KStG für beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften wegen Verstoßes gegen die Kapitalverkehrsfreiheit keine Anwendung findet. Beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften können die abgezogene und einbehaltene Kapitalertragsteuer deshalb nach § 50d I EStG analog zurückfordern. Dies dürfte über den vom BFH entschiedenen Fall hinaus auch für die Fälle gelten, in denen beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften die Mindestanteilsquote des § 43b II EStG nicht erfüllen (vgl. EuGH, NZG 2011, 1313 = GWR 2011, 533 [Meyerle]). Der Freistellungsantrag (§ 155 I 3 AO) ist an das nach § 20 III, IV AO zuständige FA zu richten.

Abzuwarten bleibt, ob die zuständigen Finanzämter eine Anlaufhemmung gemäß § 170 II Nr. 1 AO (drei Jahre) wegen Wegfalls der Abgeltungswirkung nach § 32 I Nr. 2 KStG bejahen werden. Sollte das der Fall sein, könnte die Kapitalertragsteuer wegen der dann geltenden dreijährigen Anlaufhemmung noch rückwirkend bis zum Jahr 2005 (einschließlich) zurückgefordert werden.

Rechtsanwalt/Steuerberater Dr. Simon Weppner,
M. C. L., Taylor Wessing, Düsseldorf