



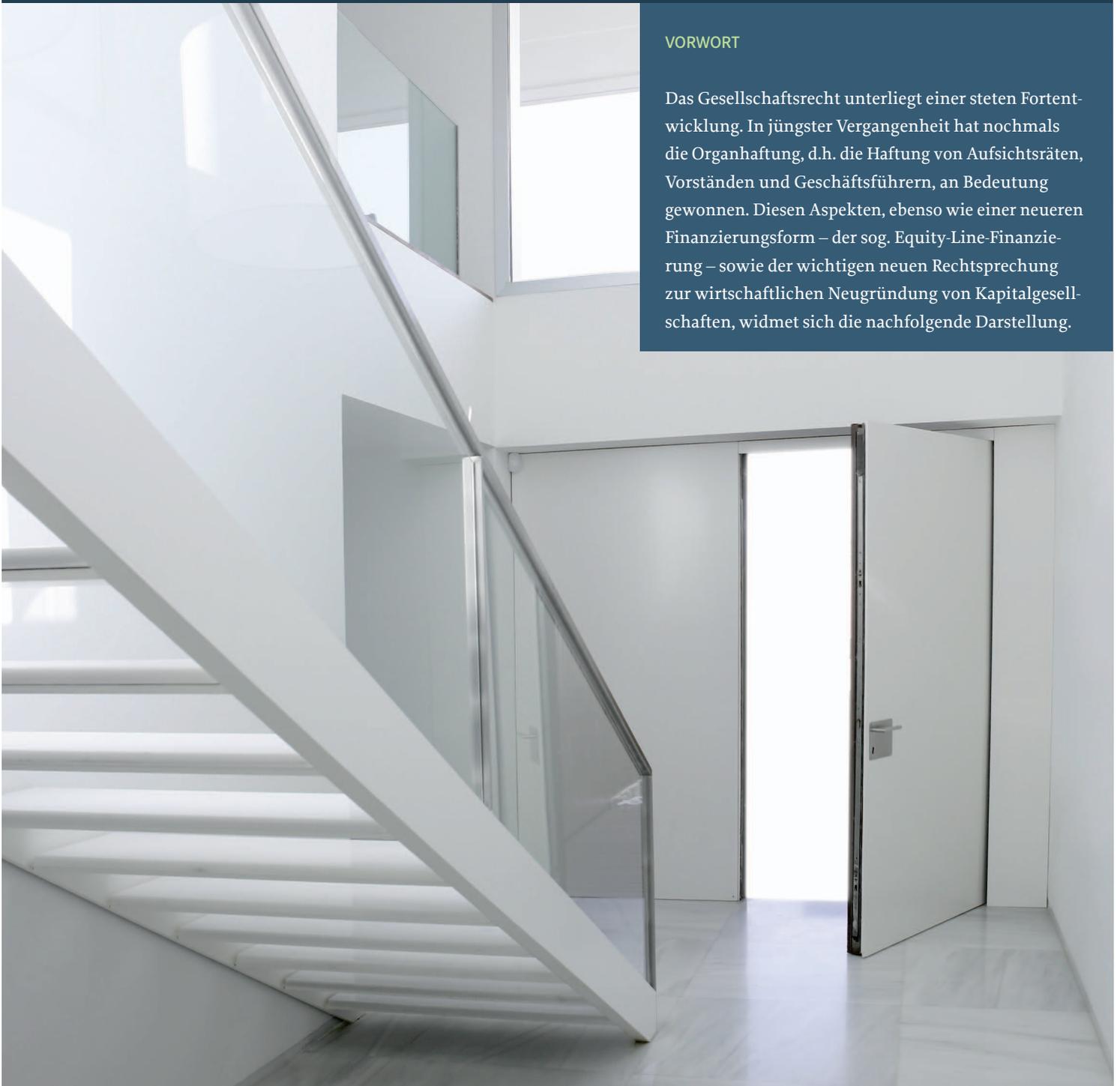
AUSGABE 01 | 2011

Newsletter

Gesellschaftsrecht und Steuern, Mergers & Acquisitions

VORWORT

Das Gesellschaftsrecht unterliegt einer steten Fortentwicklung. In jüngster Vergangenheit hat nochmals die Organhaftung, d.h. die Haftung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern, an Bedeutung gewonnen. Diesen Aspekten, ebenso wie einer neueren Finanzierungsform – der sog. Equity-Line-Finanzierung – sowie der wichtigen neuen Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Neugründung von Kapitalgesellschaften, widmet sich die nachfolgende Darstellung.



RECHTE UND PFLICHTEN DES AUFSICHTSRATES 2011

Wurden die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates in früherer Zeit nur vereinzelt thematisiert, so haben öffentlichkeitswirksame Unternehmenszusammenbrüche und -krisen bereits in den 1990er Jahren dazu geführt, dass die Rolle des Aufsichtsrates verstärkt gesetzgeberisches Interesse auf sich gezogen hat. So begann etwa im Jahre 1998 mit dem Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), bereits eine Verschärfung der Pflichten und Ausweitung des Verantwortungsbereiches des Aufsichtsrates und seiner Mitglieder. Kein Honorariengremium sollte er sein, sondern ein mit verantwortungsvollen Aufgaben der Unternehmensführung betrauter kritischer Berater des Vorstandes. Konsequenterweise wird diese Tendenz mit den jüngsten Gesetzesänderungen der letzten zwei Jahre, etwa durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008, das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) vom 25. Mai 2009 und jüngst das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 31. Juli 2009 (VorstAG). Die für die Mitglieder des Aufsichtsrates besonders bedeutsamen Änderungen, die die Praxis im Jahre 2011 zu beachten haben wird, sollen im Folgenden kurz dargestellt werden.

1. ÄNDERUNGEN DURCH DAS MOMIG

Das MoMiG, das überwiegend allein mit einer Änderung des GmbH-Rechts in Verbindung gebracht wird, hat auch zu Änderungen im Aktienrecht und insbesondere zu einer wichtigen Erweiterung des Pflichtenkataloges des Aufsichtsrates geführt. Ebenso wie die Gesellschafterversammlung der GmbH ist nunmehr auch jedes Mitglied des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft bei Führungslosigkeit der Gesellschaft nach § 15 Abs. 1 S. 2 InsO berechtigt und im Falle des § 15 a Abs. 3 InsO gar verpflichtet, bei Vorliegen eines Eröffnungsgrundes für das Insolvenzverfahren einen Insolvenzantrag für die Gesellschaft zu stellen.

Der gänzlich neue § 15 a InsO schreibt nunmehr rechtsformübergreifend alle Antragspflichten bei juristischen Personen fest, die zuvor in den jeweiligen Einzelgesetzen enthalten waren. Ziel dieser Änderung war die Schaffung einer einheitlichen, rechtsformneutralen Insolvenzantragspflicht, die auch ausländische Gesellschaften mit einbezieht (BR-Drs. 354/07 (B), S. 26 f.). In der Vergangenheit war es den Mitgliedern des Aufsichtsrates lediglich möglich, auf die Antragstellung durch das exekutive Entscheidungsorgan (Vorstand bzw. ggf. Geschäftsführer) hinzuwirken, etwa durch Einberufung der Hauptversammlung nach § 111 Abs. 3 S. 1 AktG.

Eine Pflicht zur Antragsstellung besteht für das einzelne Aufsichtsratsmitglied freilich allein bei Führungslosigkeit und Kenntnis derselben sowie des Eröffnungsgrundes (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, vgl. §§ 16-19 InsO). Die Führungslosigkeit ist in § 10 Abs. 2 S. 2 InsO legal definiert als das Fehlen eines organschaftlichen Vertreters; allein die fehlende Erreichbarkeit dieses Vertreters soll dabei nicht ausreichen

(AG Hamburg NJW 2009, 304; Römermann NZI 2008, 641; Uhlenbrock/Hirte, § 15 Rn. 2A; krit. unter Verweis auf die Missbrauchsgefahren Wälzholz, DStR 2007, 1914, 1916).

Eine pflichtwidrig unterlassene Insolvenzantragstellung liegt zudem dann nicht vor, wenn sich das betroffene Mitglied des Aufsichtsrates durch den vollen Beweis darüber entlasten kann, dass es darlegt, entweder vom Antragsgrund oder von der Führungslosigkeit keine positive Kenntnis gehabt zu haben. Nach der Regierungsbegründung genügt ein bloßes „Kenntnis“ zwar nicht, um eine entsprechende Pflicht auszulösen (vgl. BT-Drucks 16/6140, S. 55 f.). Umgekehrt bleibt derjenige, der sich bewusst der Kenntnis solcher Umstände verschlossen hat, zum Antrag verpflichtet (BT-Drucks a.a.O., S. 56). Überdies dürfte bei Kenntnis um die Führungslosigkeit eine Nachforschungspflicht hinsichtlich eines möglicherweise gegebenen Insolvenzgrundes bestehen, so wie umgekehrt die Kenntnis von einem Antragsgrund die Verpflichtung nach sich zieht zu hinterfragen, ob die Gesellschaft nicht führungslos ist (BT-Drucks a.a.O., S. 55; Nerlich/Römermann/Mönning, § 15a Rn. 18.). Eine Zurechnung des Wissens eines Aufsichtsratsmitglieds um das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Eröffnungsgrundes den anderen Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber erfolgt hingegen nicht.

Soweit unter den genannten Voraussetzungen die gesetzliche Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrages besteht, schließt sich hieran im Falle des unerlaubten Zuwartens zugleich auch die Gefahr einer Haftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft an, denn § 15 a InsO ist ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB. Die strafrechtlichen Konsequenzen unterlassener Antragsstellung sind in § 15 a Abs. 4, 5 InsO (verschärft) geregelt. Danach ist nun auch die fahrlässige Tatbegehung möglich.

2. ÄNDERUNGEN DURCH DAS BILMOG

Dass die Mitglieder des Aufsichtsrates bestimmte Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich zumindest aneignen müssen, um die gewöhnlicherweise anfallenden Geschäftsvorfälle in der Regel ohne Hinzuziehung externer Fachkräfte bewältigen zu können, hat der 2. Zivilsenat des BGH bereits am Rande einer Entscheidung zu Beginn der 1980er Jahre aus § 111 Abs. 5 AktG und der dort verankerten Höchstpersönlichkeit der Amtsführung herausgelesen (BGH, Urt. v. 15.11.1982 – II ZR 27/82, BGHZ 85, 293, 298 = NJW 1983, 991; vgl. MüKo AktG/Kopff, § 107 Rn. 94). Der durch das BilMoG geänderte § 100 Abs. 5 AktG nimmt diesen Grundsatz auf.

Danach muss eine kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaft i.S.d. § 264 d HGB ihren Aufsichtsrat mit mindestens einem Mitglied besetzen, welches unabhängig ist und über Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügt. Wie der Sachverstand des Aufsichtsratsmitgliedes auf einem der beiden Gebiete erworben wurde, ist dabei gleichgültig (vgl. OLG München Hinweisbeschl. v. 28.4.2010 – 23 U 5517/09, NZG 2010, 784). Im Zusammenhang hiermit, kann nunmehr nach § 107 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 AktG fakultativ ein Prüfungsausschuss zur Überwachung des Rechnungslegungsprozesses sowie weiterer Mechanismen zur Kontrolle der Abschlussprüfung gebildet werden, wobei diesem Ausschuss mindestens ein Mitglied angehören muss, das über die besonderen Qualifikation nach § 100 Abs. 5 AktG verfügt.

Die Norm findet freilich erst auf die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern nach Inkrafttreten des BilMoG Anwendung (Hüffer, AktG § 100 Rn 12, Art. 6 Abs. 4 EGAktG). Zukünftige Kandidaten sollten jedoch beachten, dass sich mit der Übernahme der Stellung des sachverständigen Aufsichtsratsmitgliedes auch ihre eigene Haftung verschärfen kann. Denn die bei der Funktionsausübung geschuldete Sorgfalt mag gerade im Rahmen der §§ 116, 93 AktG einer gewissen Standardisierung unterliegen, überdurchschnittliche Kenntnisse und Erfahrungen korrelieren indes auch mit einer überdurchschnittlich scharfen Haftung (Kropff in FS K. Schmidt (2009), S. 2022, 2039).

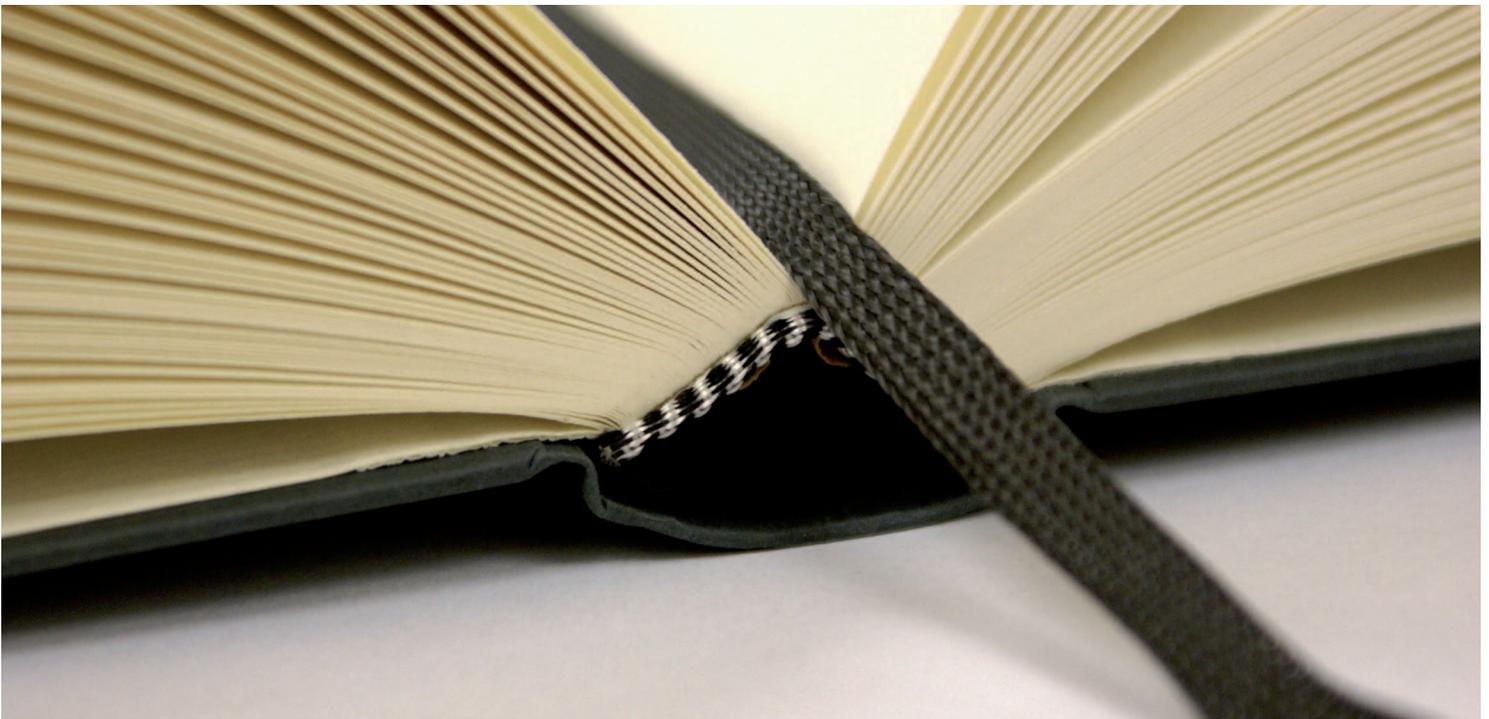
3. ÄNDERUNGEN DURCH DAS VORSTAG

Nicht zuletzt im Zuge der Finanzkrise sind die sog. Managergehälter in den Fokus öffentlicher Diskussion gelangt. Im Kern geht es dabei immer wieder um die Frage der Angemessenheit der Gehälter und die Struktur von leistungsbezogenen Vergütungsbestandteilen, sog. Boni. Kernstück der Neuregelungen des VorstAG ist § 87 Abs. 1 AktG, der die Grundsätze zur Vergütung der Bezüge der Vorstandsmitglieder festlegt und gleichzeitig die Rechtspflicht des Aufsichtsrates begründet, für eine angemessene Festsetzung der Bezüge zu sorgen (MünchKomm-AktG/Spindler, § 87 Rn 79). Dort finden sich nunmehr konkrete Kriterien für die Angemessenheit der Vorstandsvergütung. Angemessen ist dabei nur eine sich nun auch an der Leistung des einzelnen

Vorstandsmitgliedes orientierende Vergütung, welche die Branchen-, Größen- und Landesüblichkeit nicht ohne besondere Gründe übersteigen darf. Bei börsennotierten AGs ist die Vergütungsstruktur auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten. Variable Vergütungsbestandteile sollen eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben. Für außerordentliche Entwicklungen soll der Aufsichtsrat eine Begrenzungsmöglichkeit vereinbaren.

Die Rechtsmacht des Aufsichtsrates bei einer wesentlichen Verschlechterung der Verhältnisse der AG eine Reduzierung der Gehälter zu erreichen, ist durch den neuen § 87 Abs. 2 AktG gegenüber der Vorfassung erweitert worden. Soweit auf Grund einer Verschlechterung der Lage der Gesellschaft, die Weitergewährung der Bezüge unbillig für die Gesellschaft wäre, soll der Aufsichtsrat die Bezüge künftig herabsetzen; das vormalige Wesentlichkeitserfordernis scheidet somit aus (Hüffer, AktG § 87 Rn 9). Für die ersten drei Jahre nach Ausscheiden aus der Gesellschaft kann darüber hinaus auch das Ruhegehalt ebenso wie Leistungen verwandter Art herabgesetzt werden.

Kommt der Aufsichtsrat seiner Pflicht zur Festsetzung der Vergütung schuldhaft nicht nach, entsteht ein Schadenersatzanspruch der Gesellschaft nach §§ 116, 93 Abs. 2 AktG. Dies ist in § 116 S. 3 AktG nunmehr klargestellt. Obgleich § 116 S. 3 nur auf § 87 Abs. 1 AktG und damit die Festsetzung der Bezüge verweist, ist das Unterlassen der Herabsetzung unangemessener Bezüge nach § 87 Abs. 2 AktG sinnvoller Weise ebenfalls nur als Pflichtverletzung greifbar. Dafür spricht nicht zuletzt auch der Wortlaut des § 87 Abs. 2 AktG. Der Aufsichtsrat ist damit fortlaufend zur Überprüfung der Vergütungsstruktur angehalten. In seiner Bedeutung kaum zu unterschätzen ist schließlich die Neuregelung in § 107 Abs. 3 S. 3 AktG: Die vormalig bestehende Möglichkeit, die Vergütungsentscheidung im Kreise der Anteilseigner zu treffen, ist danach nicht mehr gegeben. Die Entscheidung über die



Festlegung der Angemessenheit der Vorstandsvergütung nach § 87 Abs. 1, 2 AktG kann zur abschließenden Behandlung nicht mehr an einen Ausschuss delegiert werden, es muss zwingend das Plenum des (Gesamt-)Aufsichtsrates entscheiden.

4. AUSBLICK Aufsichtsratsmitglieder sehen sich einem wachsenden Pflichtenkatalog gegenüber. Angefangen bei der persönlichen Eignung mindestens eines Aufsichtsratsmitgliedes zur Überprüfung der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung über die schadensersatzbewährte Pflicht zur Angemessenheitskontrolle der Vorstandsbezüge bis zur Insolvenzantragspflicht bei Führungslosigkeit der Gesellschaft. Betrachtet man das wesentlich flexiblere soft law des Corporate Governance Codex, das in der Vergangenheit bereits häufig gesetzliche Neuerungen vorweggenommen hat, so scheint es kaum gewagt anzunehmen, dass auf die Aufsichtsratsmitglieder auch zukünftig weitere gesetzliche Pflichten und zusätzliche Verantwortung zukommen dürften.

Der Gesetzgeber muss sich vor dem Hintergrund dieser Entwicklung freilich die Frage gefallen lassen, ob die Ausgestaltung des Aufsichtsamtes als typisches Nebenamt im Übrigen noch angemessen ist oder ob es nicht vielmehr hohe Zeit ist, auch die sonstigen Rahmenbedingungen für eine verantwortungsvolle Amtsausübung an den gesteigerten Pflichtenrahmen anzupassen. So wäre es nur konsequent, aufgrund der gestiegenen Anforderungen etwa die zulässige Höchstzahl weiterer Aufsichtsratsmandate nach § 100 Abs. 2 AktG weiter zu begrenzen (wie es etwa der Deutsche Corporate Governance Kodex in Ziff. 5.4.5 S. 2 bereits in bestimmten Fällen vorsieht) oder die erforderlichen Sitzungsfrequenzen des Aufsichtsrates zu erhöhen (§ 110 Abs. 3 AktG).

WOHLTÄTER ODER STRAFTÄTER? DIE RECHTLICHEN GRENZEN VON SPONSORING UND SPENDEN DURCH AKTIENGESSELLSCHAFTEN

Im Bereich von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen und Sport ist die finanzielle Unterstützung durch Wirtschaftsunternehmen heutzutage nicht mehr wegzudenken. Angesichts leerer Staatskassen ist zu erwarten, dass das Bedürfnis nach privaten Initiativen in diesen Bereichen in Zukunft noch steigen dürfte. Gleichzeitig nimmt die Sensibilität für den Umgang des Vorstands mit Mitteln der Gesellschaft zu, wie die gestiegene Zahl der wegen Untreue eingeleiteten Ermittlungen und Verfahren verdeutlicht. Es lohnt daher, die gesellschaftsrechtlichen und strafrechtlichen Grenzen solcher freigiebigen Zuwendungen durch Aktiengesellschaften etwas näher zu beleuchten.

1. AUSGANGSPUNKT: UNTERNEHMERISCHES ERMESSEN

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft leitet die Geschäfte der Gesellschaft gem. § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung. Dabei wird ihm ein weiter Ermessensspielraum zugebilligt. Der Vorstand muss sich bei der Ausübung des ihm eingeräumten unternehmerischen Ermessens vom Unternehmensinteresse leiten lassen. Mit dem Begriff des Unternehmensinteresses werden die gebündelten – zum Teil durchaus gegenläufigen – Interessen der verschiedenen Stakeholder des Unternehmens bezeichnet. Dies sind insbesondere die Interessen der Eigenkapitalgeber (Aktionäre), Arbeitnehmer und Gläubiger der Gesellschaft, aufgrund der in Art. 14 Abs. 2 des Grundgesetzes statuierten Sozialpflichtigkeit des Eigentums aber auch das Interesse der Allgemeinheit bzw. des Gemeinwohls. Der Vorstand hat bei seinen Ermessensentscheidungen die vorgenannten Interessen jeweils in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Vor diesem Hintergrund wird es grundsätzlich für zulässig gehalten, wenn der Vorstand freigiebige Zuwendungen der Aktiengesellschaft zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen und Sport veranlasst.

Demzufolge gelten in der Regel als aktienrechtlich zulässig:

- das klassische Sponsoring, bei dem Geld oder geldwerte Vorteile zur Förderung von Personen, Gruppen oder Organisationen in sportlichen, kulturellen oder ähnlich bedeutsamen gesellschaftlichen Bereichen vergeben werden, damit aber zugleich eigene unternehmensbezogene Ziele der Werbung oder imageverbessernden Öffentlichkeitsarbeit verfolgt werden,
- steuerlich absetzbare Spenden an gemeinnützige Organisationen, die ohne die Erwartung einer unmittelbaren Gegenleistung erbracht werden,
- das ohne jede Gegenleistung und mitunter sogar anonym betriebene Mäzenatentum.

Im Einzelfall lässt sich zwischen einem rein altruistischen, ausschließlich dem Gemeinwohl dienenden und einem langfristig eigennützigem Handeln, das auf eine für den Erfolg des Unternehmens wesentliche imageverbessernde Öffentlichkeitsarbeit zielt, kaum eine scharfe Unterscheidung treffen. Auch solche Zuwendungen, die nicht offen zu Werbezwecken

eingesetzt werden, können den Public Relations dienen, wenn sie nach dem Grundsatz eingesetzt werden: „Tue Gutes und rede darüber“.

2. GESELLSCHAFTSRECHTLICHE GRENZEN

Allerdings ergibt sich für die aus der Leitungsbefugnis abgeleitete Vorstandskompetenz zur Ausreichung freigiebiger Zuwendungen kein unbegrenzter Ermessensfreiraum. Der Vorstand hat bei der Ausübung seines unternehmerischen Ermessens gem. § 93 Abs. 1 AktG stets die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Er muss daher freiwillige Vermögensopfer der Aktiengesellschaft mit der Sorgfalt eines Treuhänders erbringen, der über Geld verfügt, das ihm nicht gehört. Jedenfalls vermeidet der Vorstand Haftungsrisiken wegen der fehlerhaften Ausübung des unternehmerischen Ermessens, wenn er entsprechend der „Business-Judgment-Rule“ gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bei unternehmerischen Entscheidungen vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Der Bundesgerichtshof (Urteil vom 06.12.2001, 1 StR 215/01, NJW 2002, 1585) hat die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit von Unternehmensspenden – Gleiches dürfte grundsätzlich für das Sponsoring gelten – anhand der folgenden Kriterien konkretisiert:

NÄHE ZUM UNTERNEHMENSgegenSTAND

Je entfernter die Verbindung zwischen dem geförderten Zweck und dem Unternehmensgegenstand der Gesellschaft ist, desto enger ist der Ermessensspielraum des Vorstands.

ANGEMESSENHEIT IM HINBLICK AUF DIE ERTRAGS- UND VERMÖGENSLAGE

Das Volumen der Unternehmensspenden muss im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage der Gesellschaft angemessen sein. In der Literatur werden teilweise Zuwendungen für gemeinnützige Zwecke, die unter 1, 2 oder 5 % des ausgeschütteten Gewinns nach Steuern liegen, grundsätzlich für gesellschaftsrechtlich

unbedenklich gehalten. Angesichts der stets erforderlichen Ermessensentscheidung des Vorstands im Einzelfall unter Berücksichtigung der aktuellen Ertrags- und Vermögenslage der konkreten Gesellschaft erscheint die Festlegung solcher allgemeinen Grenzwerte indes nicht als hilfreich. Besondere Beurteilungsschwierigkeiten ergeben sich bei einer angespannten Finanzlage der Gesellschaft. Nach dem Bundesgerichtshof ist der Vorstand in Verlustjahren zwar nicht verpflichtet, auf Unternehmensspenden gänzlich zu verzichten. Allerdings sei bei dauerhafter oder längerfristiger Ertragsschwäche eine besonders sorgfältige Prüfung der Spendenpraxis unter dem Gesichtspunkt des Unternehmensinteresses erforderlich.

INNERGESELLSCHAFTLICHE TRANSPARENZ

Je weniger das geförderte Interesse mit dem Unternehmensgegenstand der Gesellschaft verbunden ist, umso höher sind die Anforderungen an die gesellschaftsinterne Publizität und Transparenz der Zuwendung.

KEINE SACHWIDRIGEN PERSÖNLICHEN MOTIVE

Der Vorstand darf sich bei seiner Entscheidung über die Auswahl der Zuwendungsempfänger und die Höhe der Zuwendungen nicht von sachwidrigen Motiven, insbesondere nicht von rein persönlichen Präferenzen leiten lassen. Über bedeutsamere Zuwendungen, mit denen ein Vorstandsmitglied persönliche Vorlieben oder Interessen verfolgen würde, darf dieses Vorstandsmitglied nicht allein entscheiden, auch wenn es nach der internen Geschäftsverteilung für die Vergabe von Fördermitteln an sich zuständig ist.

VORSTANDSHAFTUNG BEI VERSTÖSSEN

Überschreitet der Vorstand im Einzelfall die aufgezeigten Grenzen seines Ermessens so liegt eine gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung vor, die eine Schadensersatzpflicht des Vorstandes gegenüber der Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG begründet.

3. SCHWELLE ZUR STRAFBARKEIT

Nach dem Bundesgerichtshof genügt indes nicht jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung zugleich auch für die Annahme einer Pflichtwidrigkeit im Sinne des Untreuetatbestands des § 266 StGB. Die gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung müsse hierfür vielmehr gravierend sein. Ob eine Pflichtverletzung des Vorstands bei der Vergabe von Unternehmensspenden gravierend sei, bestimme sich aufgrund einer Gesamtschau insbesondere der oben dargelegten gesellschaftsrechtlichen Kriterien (fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage der Gesellschaft, fehlende innerbetriebliche Transparenz, Vorliegen sachwidriger persönlicher Motive). Jedenfalls dann, wenn bei der Spendenvergabe sämtliche dieser Kriterien erfüllt seien, liege auch eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB vor.

DR. JOERN CHRISTIAN NISSEN/
KERSTIN LASKOWSKI

Überschreitet der Vorstand im Einzelfall die aufgezeigten Grenzen seines Ermessens so liegt eine gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung vor, die eine Schadensersatzpflicht des Vorstandes gegenüber der Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG begründet.

VERLÄNGERUNG DER HAFTUNGSFRIST FÜR VORSTÄNDE EINER BÖRSEN-NOTIERTEN AG UND BANKEN DURCH RESTRUKTURIERUNGSGESETZ UND AUSWIRKUNGEN AUF D & O-VERSICHERUNGEN

Jüngstes gesetzgeberisches Kind der Finanzmarktkrise ist das sogenannte Restrukturierungsgesetz, das – soweit erkennbar – der Schlusstein einer Reihe von gesetzgeberischen Kraftakten (Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17.10.2008, BGBl. I 2008, Seite 1982, Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz vom 07.04.2009, BGBl. I 2009, Seite 725, Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht vom 29.07.2009, BGBl. I 2009, Seite 2305) zur Stabilisierung der Finanzmärkte bildet. Dieses Ziel versucht das Restrukturierungsgesetz zum einen durch die Schaffung neuer Regularien zur Sanierung und Restrukturierung von Banken („Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten“ und „Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute“) und zum anderen durch Eingriffe in bereits bestehende Normengefüge zu erreichen.

Gegenstand dieser Darstellung ist ein auf den ersten Blick unscheinbarer Eingriff in das Aktiengesetz (§ 93 Abs. 6 AktiG n.F.) und das Gesetz über das Kreditwesen (§ 52a KWG) und die Auswirkungen dieses Eingriffe auf bereits bestehende D & O Versicherungen. Zu beachten ist dabei, dass der Begriff des Kreditinstitutes gemäß § 1 Abs. 1 KWG rechtsformunabhängig ist. Das Folgende gilt deshalb auch für andere Unternehmen als Aktiengesellschaften, wenn diese ein Kreditinstitut im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG sind.

Haftungsansprüche gegen Vorstände von Aktiengesellschaften wegen Pflichtverletzungen richten sich nach § 93 AktG, der durch den Verweis des § 116 Satz 1 AktG auch für Aufsichtsratsmitglieder einer AG gilt. Das Restrukturierungsgesetz hat den Umfang der Sorgfaltspflichten eines Vorstandes einer AG unverändert gelassen. Vorstände und Aufsichtsräte einer AG haften also unverändert dafür, ihren Pflichten mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nachzukommen. Es hat aber die Verjährungsfrist für Ansprüche aus der Verletzung von Sorgfaltspflichten von bislang fünf auf nunmehr zehn Jahre verlängert. Entsprechendes gilt gem. § 52a Abs. 1 KWG für Ansprüche eines Kreditinstitutes gegen ihre Geschäftsleiter, Vorstände oder Aufsichtsratsmitglieder.

Gemäß § 24 EGAktG hat diese Verlängerung der Verjährungsfristen rückwirkenden Charakter. Sie gilt für alle Schadensersatzansprüche aus Sorgfaltspflichtverletzungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Restrukturierungsgesetzes am 15. Dezember 2010 noch nicht verjährt waren. Für Ansprüche, die zu diesem Zeitpunkt bereits verjährt waren, gilt die Verlängerung der Verjährungsfrist dagegen nicht (so auch ausdrücklich § 52a Abs. 2 KWG). Diese Form der tatbestandlichen Rückanknüpfung begegnet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Diese unechte Rückwirkung führt jedoch zu einer Reihe von Problemen im Zusammenhang mit dem Versicherungsschutz, den Vorstände und Aufsichtsräte in Bezug auf diese Haftung z.T. genießen.

Regelmäßig lassen sich Vorstände und Aufsichtsräte größerer Aktiengesellschaften und Kreditinstitute als Teil ihres Dienstvertrages von ihrem Arbeitgeber zusichern, dass dieser für sie eine sogenannte D & O-Versicherung (Directors & Officers-Versicherung) abschließt, mit der die Vorstände oder Aufsichtsratsmitglieder gegen die Inanspruchnahme wegen der Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten geschützt werden. Zumeist erschöpfen sich die dienstvertraglichen Regelungen darin, dass dem Vorstand oder Aufsichtsrat eine „angemessene“ oder „marktübliche“ D & O-Versicherung mit einem bestimmten Mindestversicherungsschutz gewährt wird.

Im Unterschied zu handelsüblichen Haftpflichtversicherungen, bei denen Versicherungsschutz für jeden Versicherungsfall gewährt wird, der in den Versicherungszeitraum fällt, folgen die meisten D & O Versicherungen dem „claims-made“ Prinzip. Das bedeutet, dass Versicherungsschutz nur gewährt wird, wenn der Versicherungsfall in den Versicherungszeitraum fällt und während des Versicherungszeitraumes der Versicherung gemeldet wird. Um zu verhindern, dass Vorstände oder Aufsichtsräte Haftungsansprüchen erst nach Beendigung ihres Vorstands- oder Aufsichtsratsmandates ausgesetzt sind und zu diesem Zeitpunkt kein Versicherungsschutz mehr besteht, sehen die meisten D & O Versicherungen einen sogenannten Nachversicherungszeitraum vor. Werden der Versicherung Ansprüche in Bezug auf den Versicherungszeitraum vor Ablauf des Nachversicherungszeitraumes gemeldet, wird abweichend von der obigen Regel dennoch Versicherungsschutz gewährt. Der Nachmeldezeitraum und die Verjährungsfrist des § 93 Abs. 6 AktG (a.F.) sind zumeist identisch.

Durch die Verlängerung der Verjährungsfrist wurde aber erneut ein Sachverhalt geschaffen, der ursprünglich durch die Nachmeldefrist bereits gelöst schien. Nunmehr kann es zu dem Fall kommen, dass Vorstände oder Aufsichtsräte einer Aktiengesellschaft Sorgfaltspflichten

während ihrer Amtszeit verletzen, aber deswegen erst so spät in Anspruch genommen werden, dass wegen Ablaufs des Nachmeldezeitraumes kein Versicherungsschutz mehr besteht. Am unproblematischsten dürfte dieses Szenario für Vorstände und Aufsichtsräte sein, die derzeit noch im Amt sind und einen dienstvertraglichen Anspruch auf eine D & O-Versicherung haben. In aller Regel werden die Parteien dieses Dienstvertrages nämlich keinen konkreten Nachmeldezeitraum vereinbart haben. Dieses Detail wird in der kautelarjuristischen Praxis zumeist über die Begriffe der „Angemessenheit“ oder der „Marktüblichkeit“ dienstvertraglich geregelt werden. Beide Begriffe sind selbstverständlich auslegungsfähig und -bedürftig. Soweit der Dienstvertrag im übrigen keine spezifischeren Regelungen vorsieht, ist davon auszugehen, dass sich die Auslegung dessen, was als „marktüblich“ oder „angemessen“ zu betrachten ist, im Laufe des Vertrages wandeln kann. Bereits mit Wirksamkeit des Restrukturierungsgesetzes ist davon auszugehen, dass eine D & O Versicherung, die nur noch einen fünfjährigen Nachversicherungszeitraum vorsieht, wohl nicht mehr angemessen ist. Entsprechendes sollte mit einer geringen zeitlichen Verzögerung für den Begriff der „Marktüblichkeit“ gelten, da mit Wirksamwerden des Restrukturierungsgesetzes für D & O Neuabschlüsse ein Nachversicherungszeitraum von 10 Jahren kurzfristig marktüblich werden wird. Damit wird man in aller Regel davon ausgehen können, dass für solche Vorstände und Aufsichtsräte ein dienstvertraglicher Anspruch auf eine Verlängerung des Nachmeldezeitraumes für ihre D & O Versicherung besteht.

Anders zu beurteilen ist dieser Sachverhalt jedoch für Vorstände oder Aufsichtsräte, deren Amtszeit abgelaufen ist und die unter Umständen dem baldigen Ablauf ihrer Verjährungsfristen für eventuelle Ansprüche wegen Pflichtverletzungen entgegenblicken. In solchen Fällen dürfte es weitaus schwerer sein, für die betroffenen Vorstände und Aufsichtsräte einen dienstvertraglichen Anspruch auf Verlängerung des Nachmeldezeitraumes zu begründen. Dies wird wohl nicht im Wege der Auslegung des Dienstvertrages und der in ihm enthaltenen Begriffe der „Angemessenheit“ bzw. der „Marktüblichkeit“ möglich sein. Da der Dienstvertrag bereits beendet wurde, wird es nach den üblichen Auslegungskriterien des BGB nur schwerlich möglich sein, Sachverhaltsumstände bei der Auslegung eines Vertrages zu berücksichtigen, die erst nach Vertragsbeendigung aufgetreten sind. Möglich ist dann nur noch eine Vertragsanpassung gem. § 313 BGB wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage.

§ 313 BGB ist eine gesetzliche Ausformung des Gedankens von Treu und Glauben und ermöglicht eine Anpassung von Verträgen auch über ihren Wortlaut hinaus. Dies ist aber nur möglich, wenn eine „Geschäftsgrundlage“, also ein Umstand, von dem beide Parteien bei Abschluss eines Vertrages stillschweigend ausgegangen sind, ohne ihn vertraglich gesondert zu regeln, sich entweder nachvertraglich ändert oder vollständig wegfällt. Ohne an dieser Stelle zu tief in die Anforderungen, die Rechtsprechung

und juristische Lehre an eine Anwendung des § 313 BGB stellen, eingehen zu wollen, dürfte aber durchaus fraglich sein, ob die Übereinstimmung von Verjährungsfristen für Ansprüche aus Sorgfaltspflichtverletzungen und dem vom Dienstherrn mit der Versicherung vereinbarten Nachmeldezeitraum nicht ein Umstand ist, der einseitig in die Risikosphäre des ehemaligen Vorstandes oder Aufsichtsrates fällt. Es ist anerkannt, dass Umstände, die einseitig in die Risikosphäre einer der Vertragsparteien fällt, keine Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB sein können.

Hinzu kommt der eher praktisch als juristisch relevante Gesichtspunkt, dass die betroffene Aktiengesellschaft oder das Kreditinstitut nach Beendigung des Dienstverhältnisses mit einem ehemaligen Vorstand oder Aufsichtsrat unter Umständen nicht sonderlich motiviert sein dürften, eine für sie unter Umständen kostspielige Vertragsergänzung mit ihrer D & O Versicherung zugunsten des ehemaligen Vorstandes oder Aufsichtsrates zu vereinbaren.

Im Ergebnis ist die Rechtslage für ehemalige Vorstände oder Aufsichtsräte in Bezug auf eine Verlängerung des Nachmeldezeitraumes recht unklar und somit schwer einzuschätzen, welche Rechtsposition diesbezüglich Rechtsprechung und Literatur einmal einnehmen werden.

WOLF KANSTEINER

EQUITY-LINE-FINANZIERUNGEN – EIN NEUES FINANZIERUNGSMITTEL AM KAPITALMARKT

Equity-Line-Finanzierungen, bei denen es sich um „Eigenkapital auf Abruf“ handelt, sind in den USA ein etabliertes Finanzierungsinstrument für börsennotierte Unternehmen. Auch in Deutschland kommt dieses alternative Finanzierungsinstrument immer öfter zur Anwendung. Vielen börsennotierten Aktiengesellschaften steht Fremdkapital nicht oder nicht in ausreichendem Umfang zur Verfügung. Das kann insbesondere an dem gesamtwirtschaftlichen Umfeld oder aber auch an der Branche liegen, in welchem das Unternehmen tätig ist. Beispielsweise ist es derzeit für Biotech-Unternehmen schwer, sich über Fremdkapital zu finanzieren. Aber auch Eigenkapitalfinanzierungen haben ihre Tücken. Neue Aktien aus Kapitalerhöhungen sind in einem schwierigen Börsenumfeld nicht immer ausreichend platzierbar. Hier kann die Equity-Line-Finanzierung Abhilfe schaffen.

Die Grundstruktur der Equity-Line-Finanzierung stellt sich wie folgt dar: Ein Finanzierungsgeber verpflichtet sich gegenüber einer börsennotierten Aktiengesellschaft vertraglich, über einen bestimmten Zeitraum (beispielsweise drei Jahre) auf Verlangen der Gesellschaft neue Aktien aus genehmigtem Kapital bis zu einem vorher bestimmten Gesamtvolumen zu zeichnen. Der Gesellschaft selbst hingegen steht ein freies Ermessen zu, ob und in welchem Umfang sie von diesem ihr zustehenden Andienungsrecht Gebrauch macht. Die Equity-Line-Finanzierung wird in vorher festgelegten Tranchen und somit durch eine Vielzahl von einzelnen Kapitalerhöhungen aus genehmigtem Kapital ausgeübt. Das Grundkapital der Aktiengesellschaft erhöht sich demnach sukzessive. Das geht solange, bis entweder der vereinbarte Zeitraum abgelaufen oder das Gesamtvolumen erreicht ist. Dabei erfolgen die Kapitalerhöhungen unter Ausschluss

des Bezugsrechts der anderen Aktionäre und sind somit nur in einem begrenzten Umfang zulässig. Insgesamt dürfen sie einen Betrag von 10 % des vorhandenen Grundkapitals nicht übersteigen. Da dieses zur Verfügung stehende genehmigte Kapital in der Regel schnell „verbraucht“ sein wird und ggf. nicht ausreicht, das Gesamtvolumen der Equity-Line-Finanzierung abzudecken, lassen sich die Aktiengesellschaften in der Praxis zum Teil jährlich ein neues genehmigtes Kapital von der Hauptversammlung gewähren. Denn dann steht wieder ein neuer Betrag in Höhe von 10 % des Grundkapitals für den Bezugsrechtsausschluss bereit. Unmittelbar nach Eintragung der Durchführung der jeweiligen Kapitalerhöhung in das Handelsregister, also nach Schaffung der neuen Aktien, ist innerhalb eines vorgegebenen Zeitraums für die Handelbarkeit dieser Aktien an der Börse zu sorgen. Somit erhöht sich neben dem Grundkapital auch die Anzahl der an der Börse handelbaren Aktien sukzessive. Was auf dem ersten Blick verlockend klingt, ist juristisch äußerst komplex. Beispielsweise darf der Ausgabebetrag, also der Betrag, zu dem die neuen Aktien an den Finanzierungsgeber ausgeben werden, bestimmte Grenzen nicht



unterschreiten. Der Finanzierungsgeber hat ein Interesse daran, die Aktien möglichst günstig zu erwerben, um sie anschließend zeitnah mit einer Gewinnmarge am Kapitalmarkt zu veräußern. Er wird also versuchen, einen möglichst niedrigen Ausgabebetrag durchzusetzen. Die Aktiengesellschaft wiederum möchte einen möglichst hohen Betrag für ihre Aktien einnehmen und den Verwässerungseffekt für ihre Aktionäre in Grenzen halten. Üblich dürfte es sein, einen Abschlag von 3 bis 5 % auf den Durchschnittskurs der Aktien während eines vorher definierten Zeitraumes vor Ausübung des Andienungsrechts festzulegen.

Vorsicht ist auch bei der genauen Ausgestaltung von Gebühren geboten. Der Finanzierungsgeber wird sich in der Regel nicht mit einem Abschlag auf den Börsenkurs zufrieden geben, sondern darüber hinaus auch eine Strukturierungs- und/oder Bereitstellungsgebühr für die Möglichkeit der Ausübung des Andienungsrechts verlangen. In diesem Zusammenhang müssen die aktienrechtlichen Bestimmungen zur Kapitalaufbringung- bzw. -erhaltung beachtet werden.

Die konkrete Ausübung einer einzelnen Tranche ist in der Praxis recht kompliziert. Insbesondere ist hier ein enger Zeitplan einzuhalten, in welchen sowohl das Registergericht als auch die Börse – also Dritte – eingebunden sind. Da die Equity-Line-Finanzierung nur den wenigsten Registerrichtern geläufig sein dürfte, sind Nachfragen des Gerichts nicht ausgeschlossen. Das kann den engen Zeitplan durcheinanderwirbeln und

sowohl für die Gesellschaft als auch den Finanzierungsgeber unangenehme Folgen haben, wenn in Hinblick auf die neuen Aktien bereits Dispositionen vorgenommen wurden. Somit empfiehlt es sich, gegebenenfalls die Durchführung der einzelnen Tranchen bzw. der einzelnen Kapitalerhöhungen sowie den Zeitplan im Vorfeld mit dem zuständigen Registergericht bzw. der Börse abzustimmen.

Im Ergebnis ist die Equity-Line-Finanzierung juristisch zwar komplex. Wird sie aber richtig strukturiert, kann dieses alternative Finanzierungsinstrument erheblich zur Stärkung der Finanzkraft von börsennotierten Aktiengesellschaften beitragen. Unternehmen der Biotech-Branche haben in diesem Bereich in Deutschland eine Vorreiterrolle gespielt und bereits von diesem Finanzierungsinstrument Gebrauch gemacht. Weitere Unternehmen dürften folgen.

DR. CHRISTIAN BECKER/
DR. BERNT PAUDTKE

Im Ergebnis ist die Equity-Line-Finanzierung juristisch zwar komplex. Wird sie aber richtig strukturiert, kann dieses alternative Finanzierungsinstrument erheblich zur Stärkung der Finanzkraft von börsennotierten Aktiengesellschaften beitragen.

HAFTUNGSPROBLEMATIK BEI WIRTSCHAFTLICHER NEUGRÜNDUNG EINER GMBH

I. EINLEITUNG

Nicht nur für Unternehmensgründer ist die Kapitalgesellschaft in Form einer GmbH eine äußerst beliebte Gesellschaftsform, um ihr Unternehmen zu organisieren und am Geschäftsverkehr teilzunehmen. Ihr besonderer Anreiz besteht in der Möglichkeit, eine persönliche Haftung des Gesellschafters mit seinem eigenen Vermögen zu vermeiden und stattdessen lediglich bis zur Höhe der Stammeinlage bzw. mit dem Gesellschaftsvermögen zu haften. Bei einem Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften zur rechtlichen Gründung einer GmbH (die sogenannten Gründungsvorschriften) setzt sich der Gesellschafter jedoch der Gefahr einer persönlichen Haftung aus. Sinn und Zweck der Gründungsvorschriften ist es, im Zeitpunkt des Entstehens der Gesellschaft die gesetzlich und gesellschaftsvertraglich vorgeschriebene Kapitalausstattung zum Schutze von Gläubigern zu gewährleisten, da sie letztlich die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen legitimiert.

Die wirtschaftliche Neugründung einer GmbH wird der rechtlichen Gründung einer GmbH gleichgestellt mit der Folge, dass gesetzliche Vorschriften, die vom Gesetzgeber für den Fall der Schaffung einer bisher nicht existenten juristischen Person geschaffen wurden, auf die unternehmerische Neuausrichtung einer bereits bestehenden GmbH entsprechend angewandt werden. Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs folgend finden so die Gründungsvorschriften mitsamt ihrem Haftungsmodell über den Bereich der rechtlichen Gründung einer GmbH hinaus auch auf die Fälle der sogenannten wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH Anwendung. Hieraus entstehen im Einzelfall für den Erwerber einer GmbH oder auch einen bisherigen Gesellschafter bei Neuausrichtung der GmbH erhebliche Risiken, trotz der allgemeinen Haftungsbegrenzung bei Wahl der GmbH mit dem persönlichen Vermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft eintreten zu müssen.

II. WIRTSCHAFTLICHE NEUGRÜNDUNG

Unter den Begriff der wirtschaftlichen Neugründung fällt der Erwerb einer Vorrats-GmbH, der Erwerb einer Mantel-GmbH sowie die Wiederaufnahme eines Geschäftsbetriebes durch eine bis dahin inaktive GmbH bei Identität der Gesellschafter.

1. Erwerb einer Vorrats-GmbH

Die Vorrats-GmbHs werden von professionellen als juristische Dienstleister tätige Unternehmen gegründet, mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Stammkapital ausgestattet und – wie es der Name bereits vermuten lässt – auf Vorrat gehalten. Trotz voller Einzahlung des Stammkapitals, garantierter Lastenfreiheit und dem Fehlen bisheriger Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr gilt der Erwerb einer

Vorrats-GmbH als wirtschaftliche Neugründung der GmbH (vgl. BGH, Beschluss v. 9.12.2002 – II ZB 12/02, NJW 2003, S. 892, 893). Die Rechtsprechung stellt insoweit darauf ab, dass die GmbH als unternehmensloser Rechtsträger besteht und im Zuge des Erwerbs mit einem Unternehmen ausgestattet wird (BGH, Beschluss v. 7.7.2003 – II ZB 4/02, NJW 2003, S. 3198, 3199).

2. Erwerb einer Mantel-GmbH

Als wirtschaftliche Neugründung einer GmbH gilt ebenfalls der Erwerb eines sogenannten GmbH-Mantels. Hiermit ist Erwerb einer inaktiv gewordenen GmbH gemeint, also eine Gesellschaft, die zwar rechtlich besteht und in der Vergangenheit bereits aktiv am Geschäftsverkehr teilgenommen hat, deren Geschäftsbetrieb allerdings bis zum Verkauf an den Erwerber endgültig eingestellt war. Erst der Erwerber begründet nach dem Verkauf wieder einen Geschäftsbetrieb der GmbH (vgl. BGH, Beschluss v. 7.7.2003 – II ZB 4/02, NJW 2003, S. 3198, 3199). In der Praxis ist diese Form der wirtschaftlichen Neugründung aber von marginaler Bedeutung. Zu groß und unüberschaubar ist die Gefahr, mitsamt dem GmbH-Mantel auch dem Erwerber bisher verborgen gebliebene Altschulden der GmbH zu erwerben.

Als wirtschaftliche
Neugründung einer
GmbH gilt ebenfalls
der Erwerb
eines sogenannten
GmbH-Mantels.



3. Wiederaufnahme eines Geschäftsbetriebes durch eine GmbH

Für Rechtsprechung und Literatur fällt unter den Begriff der wirtschaftlichen Neugründung aber auch die Konstellation, dass eine bereits bestehende GmbH, die in der Vergangenheit ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hatte, ihren Geschäftsbetrieb wieder aufnimmt. Dabei ist es unerheblich, dass der Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes kein in der Zwischenzeit erfolgter Verkauf bzw. Gesellschafterwechsel zugrunde liegt (vgl. OLG München, Urteil v. 11.3.2010 – 23 U 2814/09). Insofern ist eine in der Praxis mitunter diffizile Abgrenzung von der nicht zur wirtschaftlichen Neugründung zählenden Sanierung oder Umorganisation einer GmbH vorzunehmen. Entscheidend für die Negierung einer wirtschaftlichen Gründung soll sein, dass die zu sanierende oder neu zu organisierende GmbH, wenngleich ihr Tätigkeitsbereich wesentlich umgestaltet, erweitert oder eingeschränkt sein mag, noch ihren Geschäftsbetrieb fortführt (vgl. BGH, Beschluss v. 7.7.2003 – II ZB 4/02, NJW 2003, S. 3198, 3200).

III. HAFTUNG

1. Haftungsbegründung Die Einordnung des Erwerbs einer Vorrats- oder Mantel-GmbH wie auch der Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes durch eine GmbH als wirtschaftliche Neugründung hat zur Folge, dass die Vorschriften zur Gründung einer GmbH, die der Gewährleistung der Kapitalausstattung der Gesellschaft dienen, entsprechend anzuwenden sind und der Erwerb bzw. die Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes mit Blick auf die reale Aufbringung des Stammkapitals der GmbH zugleich der Kontrolle des Registergerichts unterworfen ist. Demnach ist die wirtschaftliche Neugründung gegenüber dem Registergericht offenzulegen und vom Geschäftsführer der GmbH entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2, 3 GmbHG beschriebenen Leistungen auf das Stammkapital erbracht worden

sind und er über den Gegenstand der Leistungen weiterhin frei verfügen kann (vgl. BGH, Beschluss v. 9.12.2002 – II ZB 12/02, NJW 2003, S. 892). Wie bei der rechtlichen Gründung einer GmbH dient die Versicherung des Geschäftsführers auch bei der wirtschaftlichen Neugründung der Demonstration, dass gegebenenfalls schon entstandene Verluste der Gesellschaft die von den Gesellschaftern geschuldeten und geleisteten Zahlungen auf das Stammkapital nicht ganz oder auch nur teilweise aufgebraucht haben.

Sofern die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung der GmbH gegenüber dem Registergericht – sei es durch Verkennen der Rechtslage, bloße Versäumnis der Gesellschafter oder aus anderen Gründen – unterbleibt, so führt dies dazu, dass die Gesellschafter persönlich und grundsätzlich zeitlich unbeschränkt haften. Das für die rechtliche Gründung einer GmbH einschlägige Haftungsmodell der Unterbilanzhaftung findet Anwendung. Die Höhe der die Gesellschafter treffenden Haftung entspricht dabei im Einzelfall der Wertdifferenz zwischen dem gesetzlichen bzw. gesellschaftsvertraglichen Stammkapital und dem tatsächlichen Gesellschaftsvermögen zum Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht. Als maßgeblicher Zeitraum für eine Haftung des Gesellschafters gilt insofern die Zeitspanne vom Erwerb der Vorrats- oder Mantel-GmbH bzw. Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs bis zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung (so das OLG München, Urteil v. 11.3.2010 – 23 U 2814/09, m.w.N.).

Schließlich ist zu beachten, dass die Unterbilanzhaftung anlässlich der unterlassenen Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung nicht nur diejenigen Gesellschafter trifft, die an dem Vorgang der Neugründung, sei es durch Erwerb einer Vorrats- oder Mantel-GmbH oder durch die Wiederaufnahme eines Geschäftsbetriebs, unmittelbar beteiligt waren. Unlängst hat das Oberlandesgericht München entschieden, dass selbst Gesellschafter, die ihren Geschäftsanteil an der GmbH erst nach deren wirtschaftlichen Neugründung und damit von einer bereits wieder aktiven GmbH erworben haben, von der Unterbilanzhaftung betroffen sind. Ob der neue Gesellschafter von der wirtschaftlichen Neugründung positive Kenntnis hatte, soll für die Frage der Anwendbarkeit der Grundsätze der Unterbilanzhaftung keine Rolle spielen (vgl. OLG München, Urteil v. 11.3.2010 – 23 U 2814/09).

Außerdem kann nach § 11 Abs. 2 GmbHG analog auch eine Handelndenhaftung in Betracht kommen, falls vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung bereits im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist. Dies setzt allerdings voraus, dass nicht alle Gesellschafter der Aufnahme der Geschäfte zugestimmt haben.

2. Begrenzung der Haftung

Für die Gesellschafter einer GmbH ergeben sich durch die Anwendung der Gründungsvorschriften, insbesondere der Grundsätze der Unterbilanzhaftung, auf die wirtschaftliche Neugründung erhebliche Haftungsrisiken, obwohl sie sich durch die bewusste Wahl der Gesellschaftsform der GmbH gerade vor einer unbeschränkten Haftung mit dem eigenen Vermögen für Schulden der Gesellschaft schützen wollten. Die von dem Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung zum Schutze der Gläubiger entwickelten Grundsätze zur Haftung bei wirtschaftlicher Neugründung werden nicht in jedem Einzelfall den Anforderungen der Praxis gerecht und führen zu einer nicht immer berechtigten Inanspruchnahme der Gesellschafter. Insofern ist es nicht verwunderlich, dass Stimmen in Rechtsprechung und Literatur sich der Bedenken aus der Praxis angenommen haben und für eine Einschränkung der Haftung im Falle der wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH plädieren.

a) Das Kammergericht hat sich mit seinem noch nicht rechtskräftigen Urteil aus dem Jahre 2009 der hier vertretenen Auffassung angeschlossen, dass die durch die Anwendung der Gründungsvorschriften und des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung auf die Fälle der wirtschaftlichen Neugründung geschaffenen Haftungsrisiken für Gesellschafter einer GmbH einer Korrektur bedürfen (vgl. KG, Urteil v. 7.12.2009 – 23 U 24/09, NZG 2010, S. 387). Der dem Kammergericht zur Entscheidung vorliegende Fall befasste sich mit der Frage, ob die Gesellschafter einer GmbH wegen der unterbliebenen Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung wie auch der fehlenden Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 2 GmbHG entsprechend den Grundsätzen der Unterbilanzhaftung haftbar sein sollen, obwohl zum Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäfte das Stammkapital der GmbH von den Gesellschaftern vollständig eingezahlt war. Das Kammergericht entschied, dass bei dieser Konstellation eine Haftung der Gesellschafter für nach Aufnahme der

Geschäftstätigkeit entstandene Verluste nach den Grundsätzen der Bilanzhaftung nicht in Betracht kommt. Dieses sich in Widerspruch zu Entscheidungen anderer Gerichte setzende Urteil begründet das Kammergericht überzeugend mit dem Argument, dass Sinn und Zweck der Anwendung der Gründungsvorschriften auf wirtschaftliche Neugründungen, nämlich die Sicherung der realen Kapitalaufbringung zum Schutze von Gläubigern der Gesellschaft, eine Haftung der Gesellschafter bei tatsächlichem Vorhandensein des vollständigen Stammkapitals bei Aufnahme der Geschäfte nicht begründen können (so auch Beck'scher Online-Kommentar GmbHG/Jaeger, § 3 Rn 43).

b) Wie schon das Kammergericht hat auch das Oberlandesgericht München die Notwendigkeit erkannt, das Haftungsrisiko für Gesellschafter bei wirtschaftlicher Neugründung einer GmbH einzudämmen, und gesteht den Gesellschaftern die Möglichkeit einer Haftungsbefreiung zu, sofern ihnen der Nachweis gelingt, dass im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung das gesellschaftsvertragliche Stammkapital durch das Gesellschaftsvermögen der GmbH gedeckt war (vgl. OLG München, Urteil v. 11.3.2010 – 23 U 2814/09). Darüber hinaus hat das Oberlandesgericht München zumindest einen Vorschlag aus der Rechtsliteratur in Erwägung gezogen, die Haftung der Gesellschafter auf die Differenz zwischen dem nach Gesellschaftsvertrag postulierten Stammkapital und dem im Zeitpunkt der im Zuge des Erwerbs bzw. der Reorganisation erfolgenden Anmeldung von Satzungsänderungen tatsächlich vorhandenem Gesellschaftsvermögen zu beschränken (sogenannte Differenzhaftung) (vgl. München, Urteil v. 11.3.2010 – 23 U 2814/09; Ulmer GmbHG, § 3, Rn 166).

c) Schließlich hat der Bundesgerichtshof in einem Beschluss aus dem Jahre 2010 seine Rechtsprechung zur Haftung bei der wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH fortgeführt und zugleich klargestellt, dass eine Haftung nicht in Betracht kommt, wenn eine GmbH ihren Geschäftsbetrieb erst nach Ablauf üblicher Anlauf- und Vorlaufzeiten nach ihrer Gründung und Eintragung aufnimmt, aber bereits konkrete Aktivitäten zur Planung und Vorbereitung der Aufnahme des Geschäftsbetriebes entfaltet, sofern der in der Folge aufgenommene Geschäftsbetrieb sich noch innerhalb des gesellschaftsvertraglichen Unternehmensgegenstandes bewegt (BGH, Beschluss v. 18.1.2010 – II ZR 61/09, NZI 2010, S. 316).

IV. AUSBLICK

Es hat sich gezeigt, dass angesichts der vom Bundesgerichtshof oktroyierten Anwendung der Gründungsvorschriften mitsamt des Haftungsinstituts der Unterbilanzhaftung Unternehmer durch die Wahl einer GmbH zur Organisation ihres Unternehmens und Betreibung ihres Geschäftsbetriebs nicht ohne weiteres dem Risiko entgehen können, mit dem eigenen Vermögen für Schulden der Gesellschaft zu haften.

Dabei ist zurzeit noch völlig ungeklärt, ob die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die gleich einem Rechtschöpfungsakt Rechtspflichten und Haftungsgründe praeter legem festlegt, überhaupt verfassungsrechtlich unbedenklich und akzeptabel ist. Zumal für den Schutz der Gläubiger der eingetragenen Gesellschaft, also der eigentliche Sinn und Zweck der entsprechenden Anwendung der Gründungsvorschriften auf die wirtschaftliche Neugründung, bereits anderweitig, nämlich durch Ausschüttungsverbote, den Grundsätzen zur Existenzvernichtungshaftung und auch durch die Haftung von Leitungs- und Aufsichtsorganen, gesorgt ist. Die rechtliche Beratung wird auch in Zukunft im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Neugründung in besonderem Maße in die Pflicht genommen, ihre Mandanten über diese möglichen Haftungsrisiken aufzuklären und durch eine entsprechende Gestaltung dafür Sorge tragen müssen, den Eintritt eines Haftungsfalls zu vermeiden.

DR. WERNER MIELKE /
DR. MARIO RIECHMANN

INHALTSVERZEICHNIS

- 2 Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates 2011
- 5 Wohltäter oder Straftäter? Die rechtlichen Grenzen von Sponsoring und Spenden durch Aktiengesellschaften
- 7 Verlängerung der Haftungsfrist für Vorstände einer börsennotierten AG und Banken durch Restrukturierungsgesetz und Auswirkungen auf D & O-Versicherungen
- 9 Equity-Line-Finanzierungen – Ein neues Finanzierungsinstrument am Kapitalmarkt
- 11 Haftungsproblematik bei wirtschaftlicher Neugründung einer GmbH

UNSERE STANDORTE

BERLIN

Klingelhöferstraße 5
D-10785 Berlin

ESSEN

Alfredstraße 220
D-45131 Essen

FRANKFURT/M.

Neue Mainzer Straße 69-75
D-60311 Frankfurt/M.

KÖLN

Sachsenring 81
D-50677 Köln

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22
D-80538 München

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

— Dr. Roland Hoffmann-Theinert
rhoffmann-theinert@goerg.de / Tel +49 – 30 – 88 45 03-112
— Wolf Kansteiner
wkansteiner@goerg.de / Tel +49 – 30 – 88 45 03-180

ESSEN

— Dr. Joern Christian Nissen
jnissen@goerg.de / Tel +49 – 201 – 38 444-341

FRANKFURT/M.

— Werner Leipnitz
wleipnitz@goerg.de / Tel +49 – 69 – 17 00 00-130
— Dr. Werner Mielke
wmielke@goerg.de / Tel +49 – 69 – 17 00 00-190

KÖLN

— Dr. Michael Dolfen
mdolfen@goerg.de / Tel +49 – 221 – 33 660-604
— Dr. Wolfgang König
wkoenig@goerg.de / Tel +49 – 221 – 33 660-614
— Dr. Oliver Wilken
owilken@goerg.de / Tel +49 – 221 – 33 660-674

MÜNCHEN

— Dr. Christian Becker
cbecker@goerg.de / Tel +49 – 89 – 30 90 667-39
— Dr. Bernt Paudtke
bpaudtke@goerg.de / Tel +49 – 89 – 30 90 667-71

Dieser Newsletter wurde nach bestem Wissen und Gewissen, jedoch als generelle Leitlinie erstellt und kann nicht die Beratung im Einzelfall ersetzen. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden. Sollten Sie den Bezug dieses Newsletters nicht mehr wünschen, bitten wir um entsprechende Mitteilung per E-Mail an jlang@goerg.de