

Handels- und Gesellschaftsrecht

Herausgeber: **Günter Friedel, RA, Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf**
Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, Luther Rechtsanwalts GmbH, Düsseldorf

www.AnwaltZertifikat.de

Erscheinungsdatum:
11.02.2015

Erscheinungsweise:
vierzehntäglich

Bezugspreis:
8,- € monatlich
zzgl. MwSt.
(6,- € für DAV-Mitglieder)
inkl. Online-Archiv und
Prüfungsgebühr

2/2015

Inhaltsübersicht:

AUFSÄTZE

Anm. 1

Die Geschäftsführerhaftung in der Personengesellschaft (Teil 1): Anspruchsvoraussetzungen; Darlegungs- und Beweislast

von Dr. Felix Podewils, RA, Frankfurt am Main

Anm. 2

Einstweiliger Rechtsschutz in Spanien (Teil 2)

von Prof. Dr. Cristina Carretero González, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, Spanien, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft mbB, Düsseldorf

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Anm. 3

Erweiternde Auslegung von § 47 Abs. 4 GmbHG bei Beteiligung des Geschäftsführers an prospektivem Vertragspartner

Anmerkung zu KG Berlin, Urteil vom 08.05.2014, 12 U 22/13
von Dr. Felix Podewils, RA

Anm. 4

Status ausländischer Gesellschaften nach Löschung im Register - Rest-/ Spaltgesellschaft und inländische Personengesellschaft

Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 11.04.2014, I-12 U 142/13
von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

Anm. 5

Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes bei Personengesellschaften

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13
von Dr. Felix Podewils, RA

Zitervorschlag: Podewils, AnwZert HaGesR 2/2015 Anm. 1
ISSN 1869-1331

AUFSÄTZE

1

Die Geschäftsführerhaftung in der Personengesellschaft (Teil 1): Anspruchsvoraussetzungen; Darlegungs- und Beweislast

von Dr. Felix Podewils, RA, Frankfurt am Main

A. Einleitung

Die Haftung der (organschaftlichen) Geschäftsführer für Pflichtverletzungen wird bislang überwiegend in Bezug auf GmbH/AG-Fälle erörtert. Allerdings gibt es nach wie vor viele große Unternehmen, die als Familiengesellschaften in der Rechtsform einer Personengesellschaft betrieben werden.

Dieser Beitrag befasst sich mit der Geschäftsführerhaftung in der Personengesellschaft unter Darstellung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden zum Kapitalgesellschaftsrecht. Im nachfolgenden ersten Teil werden die Voraussetzungen einer Inanspruchnahme dargestellt, einschließlich der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Der zweite Teil des Beitrags ist dann der Frage gewidmet, ob und inwieweit von der Verfolgung eines grundsätzlich bestehenden Haftungsanspruchs abgesehen werden kann.

B. Die Rechtslage

I. Objektive Darstellung der Rechtslage

1. Haftungsgrundlage

Anders als im Kapitalgesellschaftsrecht darf die organschaftliche Geschäftsführung bei einer Personengesellschaft zwingend nur durch einen oder mehrere der persönlich haftenden Gesellschafter wahrgenommen werden.¹ Bei den Personengesellschaften beruht die Haftung daher nicht auf einer speziellen Haftungsnorm – vergleichbar § 43 GmbHG, § 93 AktG – sondern auf § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Gesellschaftsvertrags.²

Im Personen- wie im Kapitalgesellschaftsrecht können im Einzelfall noch deliktische Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit der Verletzung eines Schutzgesetzes oder auch § 826 BGB in Betracht kommen. Als Schutzgesetz kommt na-

mentlich der Untreuetatbestand des § 266 StGB in Betracht, was aber voraussetzt, dass der Geschäftsführer sowohl in Bezug auf die Verletzung seiner Vermögensbetreuungspflicht als auch den hierdurch bei der Gesellschaft verursachten Nachteil vorsätzlich handelt.³

Anspruchsinhaberin ist die betroffene Gesellschaft; der Schadensersatzanspruch zählt zu den Sozialansprüchen.⁴

2. Pflichtverletzung

Als Pflichtverletzung kommt die Unterlassung gebotener oder die Vornahme unzumutbarer oder sogar rechtswidriger Geschäftsführungshandlungen ebenso wie die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis in Betracht.⁵ So folgt aus der generellen Sorgfaltspflicht insbesondere die Pflicht zum sorgsamem Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen.⁶ Insoweit besteht kein Unterschied zwischen Kapital- und Personengesellschaften.

a) Überwachungspflichten

Der Geschäftsführer einer Personengesellschaft ist ebenfalls zur Überwachung und Kontrolle der Mitarbeiter im Unternehmen verpflichtet. In größeren Unternehmen kann dabei die Einrichtung eines entsprechenden Überwachungssystems im Unternehmen und dessen regelmäßige Überprüfung geboten sein.⁷

Besteht die Geschäftsführung aus mehreren Personen, werden oftmals Zuständigkeiten aufgeteilt. Allein die fehlende Ressortzuständigkeit entlastet den Geschäftsleiter jedoch nicht von der Haftung. Rechtsformübergreifend gilt der Grundsatz der Gesamtverantwortung in der Unternehmensleitung: Auch die an sich nicht ressortzuständigen Geschäftsleiter sind zumindest zur Überwachung des bzw. der zuständigen Personen verpflichtet; es gilt das Prinzip gegenseitiger Überwachung.⁸

Die Intensität der erforderlichen Überwachung hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Beispielsweise erhöht sich das Ausmaß der erforderlichen Kontrolle, wenn bereits Verdachtsmomente für pflichtwidriges Verhalten bestehen oder in Krisenzeiten.⁹

b) Geschäftschancenlehre

Nach der sog. Geschäftschancenlehre (entsprechend der U.S.-amerikanischen „corporate opportunities doctrine“) ist es einem Gesellschaftsorgan verboten, eine Geschäftschance im Geschäftszweig der Gesellschaft ohne ausdrückliche Erlaubnis an sich zu ziehen und das Geschäft auf eigene Rechnung zu betreiben; vielmehr müssen sich bietende Geschäftschancen zunächst für die Gesellschaft wahrgenommen werden.

Die Rechtsprechung hat die Geschäftschancenlehre zunächst für die Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften entwickelt¹⁰ und später auf OHG und KG übertragen.¹¹ Unlängst hat der BGH entschieden, dass die Geschäftschancenlehre auch für den Geschäftsführer einer GbR gelten soll – jedenfalls dann, wenn diese gewerblich tätig oder eine „Erwerbsgesellschaft“ bzw. „unternehmenstragende“ Gesellschaft ist.¹² Ob die Geschäftschancenlehre generell auf alle BGB-Gesellschaften anwendbar ist, hat der BGH offengelassen. Dies bleibt letztlich eine Einzelfallfrage.¹³ Die Geschäftschancenlehre gilt damit jedenfalls weitestgehend einheitlich für Kapital- und Personengesellschaften.¹⁴

c) „Business Judgment Rule“

Ebenfalls aus dem U.S.-amerikanischen Gesellschaftsrecht entstammt die „Business Judgment Rule“, die der Geschäftsleitung für unternehmerische Entscheidungen aufgrund der Eigenart der kaufmännischen Betätigung einen Ermessensspielraum zugesteht – freilich nur im Rahmen der geltenden Gesetze sowie der Regelungen des Gesellschaftsvertrages.¹⁵ Selbst wenn sich eine Risikoerschätzung ex post als unzutreffend erweist, ist die Grenze des unternehmerischen Ermessens erst überschritten, wenn aus der Sicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters das hohe Risiko eines Schadens unabweisbar ist und keine vernünftigen Gründe für die Maßnahme sprechen.

In Deutschland ist die „Business Judgment Rule“ in § 91 Abs. 1 Satz 2 AktG mittlerweile kodifiziert. Nach dieser Bestimmung – die freilich nur im Aktienrecht verankert wurde – liegt keine Pflichtverletzung vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Ganz überwiegend wird je-

doch davon ausgegangen, dass die entsprechenden Grundsätze auch für die GmbH¹⁶ und die Personengesellschaften gelten.¹⁷

3. Verschuldensmaßstab

§ 708 BGB enthält eine über die §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB auch auf die Personenhandelsgesellschaften anwendbare Haftungsprivilegierung der Geschäftsführer auf die *diligentia quam in suis*, die eigenübliche Sorgfalt, ausgenommen grobe Fahrlässigkeit. Hintergrund dieser Regelung ist die vom Gesetzgeber unterstellte enge persönliche Verbundenheit der Gesellschafter und das besondere Vertrauensverhältnis im Rahmen einer Personengesellschaft; die Gesellschafter seien daher bereit, die Mitgesellschafter so zu nehmen, wie sie sind, und könnten keine größere Sorgfalt erwarten, als diese in eigenen Angelegenheiten anwenden.¹⁸ Dieser Gedanke ist freilich nicht bei allen Personengesellschaften zutreffend; dementsprechend ist nach wohl einhelliger Meinung § 708 BGB nicht auf Publikumpersonengesellschaften und auch nicht auf sonstige kapitalistisch strukturierte Gesellschaften anzuwenden.¹⁹

Im Übrigen kann der Maßstab des § 708 BGB im Gesellschaftsvertrag abbedungen werden, was jedenfalls für unternehmerisch tätige Personengesellschaften regelmäßig sinnvoll ist.²⁰

4. Darlegungs- und Beweislast

Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast entspricht im Personengesellschaftsrecht den Grundsätzen des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG.²¹ Hiernach muss die Gesellschaft zunächst nur den Schadenseintritt und dessen Verursachung durch ein objektiv pflichtwidriges Handeln oder Unterlassen des jeweils in Anspruch zu nehmenden Geschäftsführers darlegen und ggf. beweisen. Es obliegt dann dem Geschäftsführer, darzulegen und gegebenenfalls nachzuweisen, dass er seine Sorgfaltspflicht erfüllt hat und welche Maßnahmen er diesbezüglich veranlasst hat.²² Ob die mögliche Pflichtverletzung in einem positiven Tun oder einem Unterlassen besteht, ist hierfür irrelevant.²³

Ob diese Beweiserleichterung auch gegenüber bereits ausgeschiedenen Geschäftsleitern besteht, wird bezweifelt, da sie zu den maßgeblichen Gesellschaftsunterlagen und weiteren Informationsquellen keinen oder keinen ungehinderten Zugang mehr haben. Die herrschende Meinung lässt die Beweiserleichterung auch in diesen Fällen

zu; allerdings muss die Gesellschaft die mögliche Pflichtverletzung im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast näher bezeichnen und dem ausgeschiedenen Geschäftsleiter Zugang zu den maßgeblichen Unterlagen und Informationen gewähren.²⁴ Darüber hinaus muss die Gesellschaft grundsätzlich auch die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem der Gesellschaft entstandenen Schaden darlegen und im Bestreitensfalle nachweisen.²⁵ Allerdings greift insoweit die Beweiserleichterung des § 287 ZPO.²⁶ Gleiches gilt für die ebenfalls im Grundsatz der Gesellschaft obliegende Beweislast betreffend die Höhe des von ihr geltend gemachten Schadens, so dass es genügt, wenn die Gesellschaft Tatsachen vorträgt und ggf. unter Beweis stellt, die für eine Schätzung hinreichende Anhaltspunkte bieten.²⁷

II. Rechtliche Würdigung

In den anspruchsbegründenden Voraussetzungen ist die Geschäftsleiterhaftung für fehlerhafte Geschäftsführung bei unternehmenstragenden Personengesellschaften dem Kapitalgesellschaftsrecht somit weitgehend angeglichen.²⁸

Allerdings gibt es durchaus noch rechtsformbedingte Unterschiede: Der Vorstand einer AG ist gemäß § 76 Abs. 1 AktG zur eigenverantwortlichen Unternehmensleitung berufen. Der Geschäftsführer einer GmbH hingegen ist nach § 37 GmbHG den Weisungen der Gesellschafter unterworfen und zudem in bestimmten Fällen auch ohne Weisung zur Vorlage wichtiger Entscheidungen an die Gesellschafterversammlung verpflichtet.²⁹ Im Personengesellschaftsrecht ergeben sich vergleichbare Einschränkungen der Kompetenz der Geschäftsleitung zum einen aus § 116 Abs. 2 HGB, wonach außergewöhnliche Geschäfte der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfen, und zum anderen aus den einschlägigen Regelungen im Gesellschaftsvertrag.

So ist eine an sich unternehmerisch vertretbare, vielleicht sogar überaus vernünftig erscheinende Geschäftsentscheidung dennoch pflichtwidrig, wenn sie entgegen der bestehenden Kompetenzverteilung bzw. einer sonstigen Vereinbarung der Gesellschafter erfolgt.³⁰ Umgekehrt ist das Handeln des Geschäftsführers nicht pflichtwidrig, wenn es auf einem wirksamen Gesellschafterbeschluss beruht, ohne dass es noch auf die „Business Judgment Rule“ ankäme.³¹ Voraussetzung hierfür ist freilich, dass der Geschäftsführer die Gesellschafter vor der Beschlussfassung ord-

nungsgemäß über die wesentlichen Fakten zur anstehenden Entscheidung informiert hat.³²

C. Auswirkungen für die Praxis

In der Praxis sollten Haftungsfälle – im Interesse aller Beteiligten – durch geeignete Maßnahmen zur Überwachung der Geschäftsführung möglichst vermieden werden. Hieran sollte bereits bei der Regelung der Geschäftsführungsbefugnisse im Gesellschaftsvertrag gedacht werden. Zwar wird jedenfalls bei größeren Gesellschaften üblicherweise von der dispositiv vorgesehenen Gesamtgeschäftsführungsbefugnis abgewichen. Für bedeutende Geschäfte ist es jedoch empfehlenswert, entweder eine Beschlussfassung der Gesellschafter oder aber zumindest ein Vier-Augen-Prinzip vorzusehen.

Ferner sollte der für den Geschäftsführer einschlägige Haftungsmaßstab ausdrücklich festgehalten werden, damit keine Unsicherheit aufkommen kann, ob § 708 BGB ggf. anwendbar ist. Im Einzelfall ist der Abschluss einer „D & O“-Versicherung zu überlegen.

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt.

D. Literaturempfehlungen

Podewils, Die Geschäftsführerhaftung in der Personengesellschaft, BB 2014, 2632.

Stengel in: Beck'sches Handbuch Personengesellschaften, 4. Aufl. 2014, § 3 Rn. 220 ff.

¹ BGH, Urt. v. 06.02.1958 - II ZR 210/56 - BGHZ 26, 330; Schäfer in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2013, § 709 Rn. 5.

² Stengel in: Beck'sches Handbuch Personengesellschaften, 4. Aufl. 2014, § 3 Rn. 220; Podewils, BB 2014, 2632.

³ BGH, Urt. v. 17.03.1987 - VI ZR 282/85 - BGHZ 100, 190.

⁴ Habermeier in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 2003, § 705 Rn. 40; Schäfer in: Staub, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 212.

⁵ Vgl. Habermeier in: Staudinger, BGB, § 708 Rn. 19 ff.; Weipert in: Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, Band I, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 60.

- ⁶ Vgl. zur AG: BGH, Urt. v. 21.12.2005 - 3 StR 470/04 - BGHSt 50, 331; Podewils, BB 2014, 2632.
- ⁷ Hauschka in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 1 Rn. 22 ff.; Binder, ZGR 2007, 745, 750 f.; Podewils, BB 2014, 2632.
- ⁸ BGH, Urt. v. 01.03.1993 - II ZR 81/94 - DStR 1994, 1092, 1093; BGH, Urt. v. 14.11.1994 - II ZR 160/93 - NJW 1995, 1353, 1356; Fleischer, NZG 2003, 449, 450 ff.; Schmidt-Husson in: Hauschka, Corporate Compliance, § 7 Rn. 8 ff.
- ⁹ BGH, Urt. v. 15.10.1996 - VI ZR 319/95 - BGHZ 133, 370, 377 ff.; eingehend auch Fleischer, NZG 2003, 449, 453 ff.
- ¹⁰ BGH, Urt. v. 26.10.1964 - II ZR 127/62 - WM 1964, 1320, 1321 f.
- ¹¹ BGH, Urt. v. 23.09.1985 - II ZR 257/84 - NJW 1986, 584, 585; BGH, Urt. v. 08.05.1989 - II ZR 229/88 - NJW 1989, 2687.
- ¹² BGH, Urt. v. 04.12.2012 - II ZR 159/10 - NJW-RR 2013, 363 m. Anm. Podewils, jurisPR-HaGesR 4/2013, Anm. 3.
- ¹³ Plückelmann in: Gummert, Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 2005, § 4 Rn. 223.
- ¹⁴ Plückelmann in: Gummert, Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, § 4 Rn. 215 ff.
- ¹⁵ Fleischer, ZIP 2004, 685.
- ¹⁶ So BGH, Beschl. v. 14.07.2008 - II ZR 202/07 - NZG 2008, 751; BGH, Urt. v. 04.11.2002 - II ZR 224/00 - BGHZ 152, 280, 282; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43 Rn. 22 ff.; einschränkend Fleischer, NZG 2011, 521.
- ¹⁷ Bachmann, NZG 2013, 1121, 1122; Schäfer in: Staub, HGB, 5. Aufl. 2009, § 114 Rn. 40 u. 55; Weitemeyer in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 114 Rn. 26; Rawert in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2011, § 114 Rn. 56; Finckh in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrechtskommentar, 2. Aufl. 2014, § 114 HGB Rn. 28 und 33.
- ¹⁸ Vgl. Schäfer in: MünchKomm BGB, § 708 Rn. 5; Weipert in: Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, § 7 Rn. 58.
- ¹⁹ BGH, Urt. v. 12.11.1979 - II ZR 174/77 - BGHZ 75, 321; 327 f.; Schäfer in: MünchKomm BGB, § 708 Rn. 5; Schäfer in: Staub, HGB, § 114 Rn. 63.
- ²⁰ Servatius in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrechtskommentar, § 708 BGB Rn. 10.
- ²¹ Vgl. Stengel in: Beck'sches Handbuch Personengesellschaften, § 3 Rn. 227; Schäfer in: MünchKomm BGB, § 708 Rn. 19; Roth in: Baumbach/Hopt, HGB, § 114 Rn. 15.
- ²² Roth in: Baumbach/Hopt, HGB, § 114 Rn. 15; Finckh in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 114 HGB Rn. 40.
- ²³ BGH, Urt. v. 04.11.2002 - II ZR 224/00 - BGHZ 152, 280, 284 f.; Podewils, BB 2014, 2632, 2635.
- ²⁴ BGH, Urt. v. 04.11.2002 - II ZR 224/00 - BGHZ 152, 280, 285.
- ²⁵ Vgl. Koch in: Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 93 Rn. 53.
- ²⁶ BGH, Urt. v. 04.11.2002 - II ZR 224/00 - BGHZ 152, 280, 287.
- ²⁷ Finckh in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 114 HGB Rn. 39; so wohl auch BGH, Urt. v. 04.11.2002 - II ZR 224/00 - BGHZ 152, 280.
- ²⁸ So auch Stengel in: Beck'sches Handbuch Personengesellschaften, § 3 Rn. 220 ff.
- ²⁹ BGH, Urt. v. 05.12.1983 - II ZR 56/82 - NJW 1984, 1461, 1462; Fleischer, NZG 2011, 521, 524 f.
- ³⁰ BGH, Urt. v. 04.11.1996 - II ZR 48/95 - NJW 1997, 314.
- ³¹ Rawert in: MünchKomm HGB, § 114 Rn. 58; Schäfer in: Staub, HGB, § 114 Rn. 51; Finckh in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrechtskommentar, § 114 HGB Rn. 34.
- ³² Rawert in: MünchKomm HGB, § 114 Rn. 58; Finckh in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrechtskommentar, § 114 HGB Rn. 34.

2

Einstweiliger Rechtsschutz in Spanien (Teil 2)

von Prof. Dr. Cristina Carretero González, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, Spanien, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwalts-gesellschaft mbB, Düsseldorf

A. Einleitung

Im ersten Teil des Beitrags¹ wurden die Voraussetzungen für den Erlass einstweiliger Maßnahmen, die charakteristischen Merkmale, die persönlichen Voraussetzungen sowie die verschiedenen Arten von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes in Spanien vorgestellt. Nunmehr soll vorliegend der Ablauf des auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichteten Verfahrens aufgezeigt, die Rechtsbehelfe des Antragsgegners, die Möglichkeiten zur Änderung einstweiliger Verfügun-

gen und die Aufhebung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes sowie die ersatzweise Sicherheitsleistung dargestellt werden.

Hinweis: Die Gliederung wird – um die Einheitlichkeit der Serie zu wahren – beibehalten und wird fortgesetzt.

B. Die Rechtslage

VII. Der Ablauf des auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichteten Verfahrens

Der einstweilige Rechtsschutz in Spanien richtet sich nach der spanischen Zivilprozessordnung („Ley de Enjuiciamiento Civil²“, nachstehend „ZPO“ genannt).

Das Verfahren, gerichtet auf den Erlass einer Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes, lässt sich wie folgt untergliedern:

- der verfahrenseinleitende Antrag,
- die Anhörung des Antragsgegners als Grundsatz,
- die mündliche Verhandlung,
- der Erlass der Verfügung,
- alternativ hierzu: die Zurückweisung des Antrags und andere Möglichkeiten,
- die Zahlung einer Sicherheit,
- die Vollstreckung der Verfügung.

1. Der verfahrenseinleitende Antrag

Der verfahrenseinleitende Schriftsatz ist klar und sorgfältig zu verfassen, aus ihm muss schlüssig hervorgehen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass der Verfügung vorliegen³. Dem verfahrenseinleitenden Antrag sind zur Glaubhaftmachung Urkunden oder andere Beweismittel beizufügen, die den Vortrag untermauern, dass die Voraussetzungen für den Erlass der begehrten Verfügung erfüllt sind⁴. Geht es beispielsweise um Rechte des geistigen Eigentums, so kann der Antragsteller beispielweise den förmlichen Nachweis des Patents oder der eingetragenen Marke (des spanischen Patent- und Markenamts) vorlegen. In anderen Verfahren kann es sich auch um ein Sachverständigengutachten handeln. Wenn der Antragsteller die Untersagung oder Beendigung rechtswidriger Tätigkeiten des Antragsgegners begehrt, so kann er das Gericht auch im Wege der Dringlichkeit ersuchen, die Berichte anzu-

fordern oder die Ermittlungen aufzugeben, die der Antragsteller selbst nicht vorlegen oder durchführen kann und die erforderlich sind, um den Antrag zu untermauern⁵.

Wenn der Antragsteller nicht mit der Antragschrift sogleich die erforderlichen Mittel der Glaubhaftmachung vorlegt, kann sein Antrag zurückgewiesen werden, denn sämtliche Mittel der Glaubhaftmachung müssen grundsätzlich zusammen mit dem Antrag vorgelegt werden⁶. Ist es dem Antragsteller objektiv nicht möglich, bereits mit der Antragschrift alle Beweismittel vorzulegen, kann er beantragen, dass das Gericht einen Beweisaufnahmetermin bestimmt, anlässlich dessen das Gericht den Gegner zur Vorlage bestimmter Beweismittel auffordert.

Der Antragsteller hat sogleich in der Antragschrift eine Sicherheitsleistung anzubieten. Hierbei hat er die Art oder die Arten der Sicherheitsleistung zu benennen und den vorgeschlagenen Betrag zu rechtfertigen⁷.

2. Grundsätzlich vorherige Anhörung des Antragsgegners

Grundsätzlich entscheidet das Gericht erst nach vorheriger Anhörung des Antragsgegners über den Erlass der begehrten Verfügung.⁸ Wenn allerdings der Antragsteller dies explizit beantragt und eine besondere Dringlichkeit darlegt und glaubhaft macht, wonach eine vorherige Anhörung des Antragsgegners die mit der Verfügung begehrte Wirkung unterlaufen würde, kann das Gericht von der vorherigen Anhörung des Antragsgegners absehen. Es hat dann binnen einer Frist von fünf Tagen die Verfügung zu erlassen, wobei es gesondert zu begründen hat, weshalb die Voraussetzungen für die Verfügung als auch für den Erlass der Verfügung ohne vorherige Anhörung des Antragsgegners vorliegen⁹.

Gegen die Entscheidung des Gerichts als solche, die begehrte Verfügung ohne vorherige Anhörung des Antragsgegners zu erlassen, gibt es kein Rechtsmittel. Der gerichtliche Beschluss zur Begründung der besonderen Eilbedürftigkeit wird den Parteien unverzüglich zugestellt. Sofern dies nicht früher möglich war, erfolgt dies spätestens unverzüglich nach Vollstreckung der Maßnahmen¹⁰.

3. Die mündliche Verhandlung

Mit Ausnahme vorbezeichneter Fälle besonderer Dringlichkeit wird das Gericht nach Zugang des verfahrenseinleitenden Antrags die Parteien zur mündlichen Verhandlung laden, die binnen einer Frist von zehn Tagen nach Zugang der Antragschrift abgehalten wird¹¹. Anlässlich der mündlichen Verhandlung können die Parteien sämtliche Argumente zur Unterstützung ihres Rechtsstandpunkts vortragen. Sie können jegliches präsen- te Beweismittel vorlegen, das zugelassen und untersucht wird, wenn es in Bezug auf die Voraussetzungen für den Erlass der Verfügung entscheidungserheblich ist¹².

Die Parteien können, falls dies zum Beweis entscheidungserheblicher Tatsachen erforderlich ist, beantragen, dass durch das Gericht Beweismittel gewürdigt werden, was, falls dies bei der mündlichen Verhandlung selbst nicht möglich ist, innerhalb einer Frist von fünf Tagen stattzufinden hat¹³. Die Parteien können anlässlich der mündlichen Verhandlung auch Anträge stellen hinsichtlich der Art und des Betrags der Sicherheitsleistung. Auch kann der Antragsgegner einer potenziellen Verfügung beantragen, anstelle des Erlasses der begehrten Verfügung eine ersatzweise Sicherheitsleistung zuzulassen¹⁴. Gegen die Anordnung des Erscheinens einer Partei zur mündlichen Verhandlung bei Gericht oder den Inhalt des gerichtlich für erforderlich erachteten Beweismittels können die Parteien kein Rechtsmittel einlegen. Hiervon unberührt bleibt das Recht einer Partei, wenn das Verfahren abgeschlossen wurde, in einem Verfahren gegen die Verfügung beispielsweise vorzutragen, dass einer Partei das Erscheinen vor Gericht nicht möglich war oder erschwert wurde¹⁵.

4. Beschluss über die einstweilige Verfügung

Nach Abschluss der mündlichen Verhandlung wird das Gericht über die begehrte Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes entscheiden. Das Gericht hat seine Entscheidung hierbei innerhalb einer Frist von fünf Tagen zu treffen¹⁶.

Das erkennende Gericht wird dann unter Berücksichtigung der von den Parteien vorgebrachten Anträge und Begründungen, des für den Antragsteller mit dem Zuwarten bis zu einer gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache einhergehenden Risikos und nach einer summarischen Prü-

fung der Sach- und Rechtslage prüfen, ob die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erfüllt sind. Wenn es zu dieser Überzeugung gelangt, so wird es mit größtmöglicher Sorgfalt („con toda precisión“) die Maßnahme oder die Verfügung bestimmen, die konkrete Art dieser Verfügung festlegen sowie ferner die Art und den Betrag der Sicherheitsleistung sowie den Zeitraum bestimmen, innerhalb dessen der Antragsteller diese beizubringen hat¹⁷.

Gegen den Beschluss, der den Erlass einer Verfügung anordnet, kann das Rechtsmittel der Berufung eingelegt werden, ohne dass diesem jedoch aufschiebende Wirkung zukommt¹⁸. In der Regel ist die „Audiencia Provincial“ (je Provinz gibt es ein solches Berufungsgericht) für die Berufung zuständig.

5. Zurückweisung des Antrages und andere Möglichkeiten

Trifft das Gericht die Entscheidung, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen, so kann diese mit dem Rechtsmittel der Berufung binnen einer Frist von fünf Tagen angegriffen werden. Der Antragsteller kann vor der ersten Instanz jedoch auch seinen Antrag wiederholen, falls sich die Umstände, die noch zum Zeitpunkt der Antragstellung vorherrschten, zwischenzeitlich änderten¹⁹.

6. Die Erbringung einer Sicherheitsleistung

Die Voraussetzungen einer Sicherheitsleistung werden stets vor Vollstreckung der Verfügung durch das Gericht festgelegt²⁰. Das Gericht entscheidet durch eine Zwischenverfügung über die Eignung und die Hinlänglichkeit des Betrags der Sicherheitsleistung²¹.

7. Die Vollstreckung der Verfügung

Wurde die Verfügung erlassen und die Sicherheitsleistung durch den Antragsteller erbracht, wird die Verfügung unverzüglich von Amts wegen vollstreckt²².

Hat der Antragsteller einen Arrest beantragt, so wird dieser nach den gesonderten Regelungen der Art. 584 ff. ZPO über die Pfändung vollstreckt. Das Gericht wird je nach Bedarf eine Entscheidung über die Verlängerung, Verkürzung oder Änderung des dinglichen Arrests treffen²³. Wenn das

Gericht eine vorläufige Vermögensverwaltung angeordnet hat, so wird diese gemäß den weiteren Bestimmungen der Art. 630 ff. ZPO ausgeführt²⁴. Wenn das Gericht eine vorsorgliche Vormerkung verfügte, so wird diese vollstreckt gemäß den Regeln des zuständigen Registers.

Die natürlichen oder juristischen Personen, die durch die einstweilige Verfügung zur Verwahrung der Vermögenswerte, als Vermögensverwalter oder in anderer Weise verantwortlich für die Vermögenswerte oder Rechte eines Antragsgegners bestimmt wurden, können über diese Vermögenswerte nur nach vorangehender Ermächtigung durch gerichtlichen Beschluss verfügen. Zudem können sie darüber auch nur dann verfügen, wenn solche außergewöhnlichen Umstände vorliegen, dass die Verwahrung dieser Gegenstände so teuer wäre, dass das Vermögen des Antragsgegners hierdurch stärker belastet würde, als wenn der Gegenstand veräußert würde²⁵.

VIII. Rechtsbehelfe des Antragsgegners für den Fall, dass dem Erlass der einstweiligen Verfügung keine vorherige Anhörung vorausging

Für den Fall, dass die Verfügung erlassen wurde, ohne dass dem Antragsgegner zuvor rechtliches Gehör gewährt wurde, kann dieser binnen einer Frist von 20 Tagen, gerechnet ab der Benachrichtigung über die gerichtliche Verfügung, Widerspruch („oposición“) einlegen²⁶.

Im Rahmen der Widerspruchsbegründung gegen die dem Antragsgegner gegenüber erlassene einstweilige Verfügung kann er sämtliche Tatsachen und Gründe vortragen, die gegen die Eignung, das Erfordernis, den Umfang, die Art oder andere Umstände der getroffenen Verfügung sprechen.²⁷ Der Antragsgegner kann auch als Ersatz für die Verfügung eine Sicherheitsleistung anbieten²⁸.

Nach Eingang bei Gericht wird der Widerspruch an den Antragsteller weitergeleitet und das Verfahren wird fortgesetzt (d.h. eine mündliche Verhandlung wird anberaamt)²⁹. Nachdem die mündliche Verhandlung stattgefunden hat, wird das Gericht binnen einer Frist von fünf Tagen über die Begründetheit des Widerspruchs durch Beschluss entscheiden³⁰. Für den Fall, dass das Gericht die Verfügung aufrechterhält, erlegt es dem Antragsgegner die Kosten des Widerspruchsverfahrens auf³¹. Hebt es hingegen die Verfügung auf, so auferlegt

es dem Antragsteller die Kosten als auch den Ersatz des Schadens, der durch die Verfügung und deren etwaige Vollstreckung entstanden ist³². Der Beschluss des Gerichts über den Widerspruch ist (ohne aufschiebende Wirkung) mit der Berufung anfechtbar³³.

Liegt eine rechtskräftige Entscheidung über den Beschluss des Gerichts vor, durch den dem Widerspruch des Antragsgegners stattgegeben wurde, bestimmt das Gericht noch als Bestandteil des Verfügungsverfahrens auf Antrag des Antragsgegners die Höhe des Schadens, den die Vollstreckung der aufgehobenen Verfügung verursachte.³⁴ Die Bemessung des Schadens folgt hierbei nach den Bestimmungen der Art. 712 ff. ZPO. Wurde dieser Schaden gerichtlich festgestellt, hat der Antragsteller diesen Schaden zu ersetzen. Kommt er dieser Aufforderung nicht nach, wird durch das Gericht von Amts wegen die Vollstreckung veranlasst³⁵.

IX. Die Möglichkeiten zur Änderung einstweiliger Verfügungen

Einstweilige Verfügungen können geändert werden, sofern eine der Parteien Tatsachen und Umstände darlegt und glaubhaft macht, die zum Zeitpunkt der Antragstellung oder innerhalb der Frist zur Einlegung des Widerspruchs nicht berücksichtigt werden konnten³⁶. Das weitere Verfahren als Entscheidung über die beantragte Änderung der Verfügung erfolgt auf der Grundlage der Art. 734 ff. ZPO, d.h. nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

X. Die Aufhebung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes

Wenn die Hauptsacheklage in erster und zweiter Instanz abgewiesen wurde, wird das Gericht unverzüglich die Aufhebung einer erlassenen Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes anordnen, es sei denn, der Kläger (Berufungsführer) beantragt ihre Aufrechterhaltung oder Bestimmung einer anderen Maßnahme während des Verlaufes der Rechtsmittelinstanz in der Hauptsache³⁷.

Im Falle eines solchen Antrages des Antragstellers wird das Gericht nach Anhörung der Gegenseite unter Berücksichtigung der einzelnen Umstände des streitgegenständlichen Sachverhalts sowie nach Erhöhung der Sicherheitsleistung in der ge-

eigneten Art über den Antrag im Beschlusswege entscheiden³⁸.

Gibt das Gericht der Klage teilweise statt, so wird es nach Anhörung der Gegenseite über die Aufrechterhaltung, Aufhebung oder Änderung der erlassenen Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes entscheiden³⁹.

Wenn das Urteil in der Hauptsache rechtskräftig wurde, sei es in der Sache selbst, sei es aus verfahrensrechtlichen Gründen, wird das Gericht von Amts wegen sämtliche getroffenen Verfügungen aufheben. Das Verfahren wird gemäß Art. 742 ZPO fortgesetzt zur Bemessung der Schäden, die dem Antragsgegner möglicherweise entstanden sind⁴⁰. Die gleichen Grundsätze finden Anwendung, wenn der Kläger auf die Klage verzichtet oder von dem Verfahren Abstand nimmt⁴¹.

XI. Ersatzweise Sicherheitsleistung („caución sustitutoria“)

1. Grundsätzliches

Die Partei, gegen die eine einstweilige Verfügung beantragt oder angewandt wurde, kann das Gericht bitten, als Ersatz für die Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes eine Sicherheitsleistung beizubringen, die nach Auffassung des Gerichts ausreichend ist, um die wirksame Vollstreckung des durch den Antragsteller begehrten Urteils sicherzustellen⁴². Bei seiner Entscheidung über den Antrag auf Beibringung einer ersatzweisen Sicherheitsleistung hat das Gericht den Antrag auf Erlass der begehrten Verfügung, die Art und den Inhalt der mit der Hauptsacheklage geltend gemachten Forderung und die Frage zu berücksichtigen, ob der Antragsgegner gutgläubig handelt⁴³. Das Gericht wird auch berücksichtigen, ob die begehrte Verfügung das Vermögen oder die finanzielle Tätigkeit des Antragsgegners ernsthaft und unverhältnismäßig eingrenzen oder behindern würde, im Verhältnis zu der Sicherheit, die die beantragte Maßnahme für den Antragsteller darstellen würde (Abwägung)⁴⁴.

2. Das Verfahren gerichtet auf Beibringung einer ersatzweisen Sicherheitsleistung

Der Antrag auf Beibringung einer ersatzweisen Sicherheitsleistung anstelle einer Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes kann gemäß den Bestimmungen des Art. 734 ZPO erfolgen (d.h.

im Rahmen einer mündlichen Verhandlung) oder, falls die Verfügung bereits erlassen wurde, im Rahmen eines Widerspruchs oder durch einen begründeten Antrag, dem Unterlagen beigelegt werden, aus denen die Zahlungsfähigkeit, die Folgen des Erlasses der Verfügung und die weitestgehend detaillierte Bewertung des Risikos hervorgeht, das für den Antragsgegner bei weiteren Zuwarten mit einer Entscheidung entsteht⁴⁵.

Binnen einer Frist von fünf Tagen, nachdem der vorgenannte Antrag des Antragsgegners dem Antragsteller zugestellt wurde, wird das Gericht die Parteien zu einer mündlichen Verhandlung laden, anlässlich derer über den Antrag auf Beibringung einer ersatzweisen Sicherheitsleistung entschieden wird⁴⁶.

Nach Durchführung der mündlichen Verhandlung wird das Gericht binnen einer Frist von fünf Tagen seine Entscheidung treffen⁴⁷. Gegen die Entscheidung des Gerichts, eine ersatzweise Sicherheitsleistung zu gewähren oder zurückzuweisen, ist kein Rechtsbehelf statthaft.

Die ersatzweise Sicherheitsleistung kann in jeglicher Form beigebracht werden, wie sie in Art. 529 Abs. 3 Unterabsatz 2 ZPO benannt werden⁴⁸.

¹ AnwZert HaGesR 1/2015, Anm. 2.

² Ley de Enjuiciamiento Civil vom 07.01.2000.

³ Art. 731 Abs. 1 ZPO.

⁴ Art. 732 Abs. 2 Unterabs. 1 ZPO.

⁵ Art. 732 Abs. 2 Unterabs. 2 ZPO.

⁶ Art. 732 Abs. 2 Unterabs. 3 ZPO.

⁷ Art. 732 Abs. 3 ZPO.

⁸ Art. 733 Abs. 1 ZPO.

⁹ Art. 733 Abs. 2 ZPO.

¹⁰ Art. 733 Abs. 2 Unterabs. 2 ZPO.

¹¹ Art. 734 Abs. 1 ZPO.

¹² Art. 734 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

¹³ Art. 734 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

¹⁴ Art. 734 Abs. 2 Unterabs. 2 ZPO.

¹⁵ Vgl. hierzu Art. 734 Abs. 3 ZPO.

¹⁶ Art. 735 Abs. 1 ZPO.

¹⁷ Art. 735 Abs. 2 Unterabs. 1 ZPO.

¹⁸ Art. 735 Abs. 2 Unterabs. 2 ZPO.

¹⁹ Art. 736 Abs. 2 ZPO.

²⁰ Art. 737 Abs. 1 ZPO.

²¹ Art. 737 Abs. 2 ZPO.

²² Art. 738 Abs. 1 ZPO.

²³ Art. 738 Abs. 2 Unterabs. 1 ZPO.

²⁴ Art. 738 Abs. 2 Unterabs. 2 ZPO.

²⁵ Art. 738 Abs. 3 ZPO.

- 26 Art. 739 ZPO.
 27 Art. 740 Abs. 1 ZPO.
 28 Art. 740 Abs. 2 ZPO.
 29 Art. 741 Abs. 1, Art. 734 ZPO.
 30 Art. 741 Abs. 2 Unterabs. 1 ZPO.
 31 Art. 741 Abs. 2 Unterabs. 2 ZPO.
 32 Art. 741 Abs. 2 Unterabs. 3 ZPO.
 33 Art. 741 Abs. 3 ZPO.
 34 Art. 742 HS. 1 ZPO.
 35 Art. 742 HS. 2 ZPO.
 36 Art. 743 Abs. 1 ZPO.
 37 Art. 744 Abs. 1 HS. 1 ZPO.
 38 Art. 744 Abs. 1 HS. 2 ZPO.
 39 Art. 744 Abs. 2 ZPO.
 40 Art. 745 Abs. 1 ZPO.
 41 Art. 745 Abs. 2 ZPO.
 42 Art. 746 Abs. 1 ZPO.
 43 Art. 746 Abs. 2 Satz 1 ZPO.
 44 Art. 746 Abs. 2 Satz 2 ZPO.
 45 Art. 747 Abs. 1 Unterabs. 1 ZPO.
 46 Art. 747 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 1, Art. 734 ZPO.
 47 Art. 747 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 2 ZPO.
 48 Art. 747 Abs. 3 ZPO.

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

3

Erweiternde Auslegung von § 47 Abs. 4 GmbHG bei Beteiligung des Geschäftsführers an prospektivem Vertragspartner

Leitsätze:

1. Nach § 47 Abs. 4 GmbHG darf ein Gesellschafter bei einer Beschlussfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts ihm gegenüber betrifft, nicht mitstimmen. § 47 Abs. 4 GmbHG ist entsprechend anzuwenden, wenn der Gesellschafter der GmbH zugleich zu 50% Gesellschafter der Vertragspartnerin und auch deren alleiniger Geschäftsführer ist. Das Stimmverbot soll eine Interessenkollision verhindern. Das Gesetz will verbandsfremde Sonderinteressen von der Einwirkung auf Verbandsentscheidungen fernhalten. Deshalb ist eine weite Auslegung oder auch eine Analogie angemessen.

2. Da es für die Anwendung des § 47 Abs. 4 GmbHG auf die Interessenidentität und nicht auf die Herrschaftsverhältnisse in

der Drittgemeinschaft ankommt, genügt eine erhebliche Beteiligung des GmbH-Gesellschafters an der Drittgemeinschaft jedenfalls dann, wenn der Gesellschafter in der Drittgemeinschaft eine unternehmerische Funktion wahrnimmt.

Anmerkung zu KG Berlin, Urteil vom 08.05.2014, 12 U 22/13

von Dr. Felix Podewils, RA

A. Problemstellung

Im GmbH-Recht – wie allgemein im Gesellschaftsrecht – kann das Stimmrecht des Gesellschafters in bestimmten Konfliktlagen ausgeschlossen sein, wenn nämlich der Gesellschafter bei der Stimmabgabe zum „Richter in eigener Sache“ würde. Für die GmbH ist dies in § 47 Abs. 4 GmbHG normiert. Das KG Berlin hat sich unlängst zu einer entsprechenden bzw. analogen Anwendung geäußert.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger wandte sich mit der Anfechtungsklage gegen einen Beschluss der beklagten GmbH, an der er als Gesellschafter beteiligt war. Der Geschäftsanteil des Klägers war von einem Gläubiger gepfändet. Der angegriffene Gesellschafterbeschluss sah vor, dass die GmbH mit einer anderen Gesellschaft, einer UG, einen Mietvertrag über eine Gaststätte zu bestimmten Konditionen abschließen sollte. An dieser UG war ein weiterer GmbH-Gesellschafter zu 50% beteiligt und dort zugleich als deren alleiniger Geschäftsführer tätig.

Das KG Berlin gab dem Kläger Recht. Vorab stellte das Kammergericht fest, dass die Pfändung und Überweisung des Gesellschaftsanteils des Klägers keine Auswirkungen auf das vorliegende Verfahren hatte, da die Verwaltungsrechte und das Stimmrecht ohne Einschränkung bei dem betroffenen Gesellschafter verbleiben (vgl. Zöllner in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 47 Rn. 35).

Die Begründetheit der Anfechtungsklage ergab sich daraus, dass der Mitgesellschafter, der zugleich Gesellschafter-Geschäftsführer der UG als prospektiver Vertragspartnerin war, an der

Beschlussfassung nicht hätte teilnehmen dürfen.

Gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG hat ein Gesellschafter kein Stimmrecht und darf ein solches auch nicht für andere ausüben, wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts ihm gegenüber betrifft. Zwar war die besagte UG nicht Gesellschafterin der Beklagten und § 47 Abs. 4 GmbHG damit seinem Wortlaut nach nicht einschlägig. Nach Sinn und Zweck sei das Stimmverbot aber vorliegend ebenfalls anwendbar, da ebenfalls eine Kollision zwischen dem Gesellschaftsinteresse und den Sonderinteressen des Mitgesellschafters gegeben sei. Hierfür genüge eine erhebliche Beteiligung des Mitgesellschafters an der Drittgesellschaft, also der UG, jedenfalls dann, wenn dieser dort eine unternehmerische Funktion wahrnehme.

Ob es sich dogmatisch um eine erweiternde Auslegung von § 47 Abs. 4 GmbHG oder bereits um eine Analogie handele, ließ das Kammergericht ausdrücklich offen.

C. Kontext der Entscheidung

Grundsätzliche Einigkeit besteht dahingehend, dass § 47 Abs. 4 GmbHG einerseits in manchen Fällen eng auszulegen bzw. teleologisch zu reduzieren ist, jedoch andererseits der Wortlaut zuweilen zu eng gefasst ist.

Eine Ausnahme von § 47 Abs. 4 GmbHG gilt beispielsweise für die Ein-Mann-GmbH sowie für den Fall, dass sämtliche Gesellschafter gleichermaßen „befangen“ sind (vgl. BGH, Beschl. v. 24.10.1988 - II ZB 7/88 - BGHZ 105, 324, 333; Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 47 Rn. 29).

Umgekehrt ist ein Stimmrechtsausschluss gerechtfertigt, wenn der Betroffene nicht selbst Gesellschafter ist, sondern der Geschäftsanteil einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft gehört, an der er maßgeblich beteiligt ist bzw. die er maßgeblich beeinflussen kann (vgl. OLG Celle, Urt. v. 24.03.1999 - 9 U 196/98 - NZG 1999, 1161; OLG Brandenburg, Urt. v. 20.09.2000 - 7 U 71/00 - GmbHR 2001, 624, 626; OLG Karlsruhe, Urt. v. 04.05.1999 - 8 U 153/97 - NZG 2000, 264, 265; Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 47 Rn. 29, m.w.N.; eingehend auch Bacher, GmbHR 2001, 610).

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des KG Berlin verdient grundsätzlich Zustimmung. Allerdings ist bislang nicht abschließend geklärt, wann ein maßgeblicher Einfluss bzw. eine maßgebliche Beteiligung im Einzelnen anzunehmen ist. Dies lassen sowohl das KG Berlin als auch die obig zitierte Rechtsprechung offen. In der vom KG Berlin entschiedenen Konstellation war die Antwort eindeutig.

M.E. sollte diesbezüglich dem Umstand, ob der Betroffene in der Drittgesellschaft geschäftsführungsbefugt ist oder nicht, nur eine untergeordnete Bedeutung eingeräumt werden. Das Interesse am Abschluss wirtschaftlich vorteilhafter Rechtsgeschäfte wird nämlich jedenfalls typischerweise nicht durch die Geschäftsführerstellung, sondern durch die vermögensmäßige Beteiligung als Gesellschafter vermittelt.

Vor diesem Hintergrund erscheint es überlegenswert, nicht nur auf die absolute Beteiligungshöhe bei der Drittgesellschaft abzustellen, sondern ebenfalls das Verhältnis der jeweiligen Beteiligungen zueinander einzubeziehen. Wer beispielsweise 70% an der beschlussfassenden GmbH hält, dürfte tendenziell keinen Anlass haben, ein für diese nachteiliges Rechtsgeschäft zu unterstützen, wenn er an der Drittgesellschaft nur zu 50% beteiligt ist.

4

Status ausländischer Gesellschaften nach Löschung im Register - Rest-/Spaltgesellschaft und inländische Personengesellschaft

Leitsätze:

1. Die im Gründungsstaat erloschene englische Limited besteht in Deutschland als Rest- oder Spaltgesellschaft fort, solange sie noch Vermögen besitzt, das ansonsten keinem Rechtsträger zugeordnet werden kann.

2. Die Rest- oder Spaltgesellschaft unterliegt grundsätzlich dem deutschen Gesellschaftsrecht. Sie wird regelmäßig in der Rechtsform einer OHG oder Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführt.

3. Diese Einordnung scheidet aus, wenn die Gesellschaft nur über einen einzigen Gesellschafter verfügt hat. In diesem Falle wird sie als Einzelunternehmen des früheren Gesellschafters fortgeführt. Dieser wird Rechtsnachfolger und Inhaber ihrer inländischen Forderungen.

Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 11.04.2014, I-12 U 142/13

von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

A. Problemstellung

Aufgrund der grenzüberschreitenden Tätigkeiten der Unternehmen, insbesondere im europäischen Binnenmarkt der EU und des EWR, sind zunehmend Fälle zu beurteilen, die dadurch geprägt sind, dass eine ausländische Gesellschaft, namentlich eine sog. „Scheinauslandsgesellschaft“ mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Inland, nach Löschung im Register des Herkunftsstaats noch Abwicklungstätigkeiten im Inland entfaltet oder unter ihrem Namen („Firma“) sogar neue Geschäfte getätigt werden. Bei all diesen Fallkonstellationen stellt sich die Frage der Aktiv- bzw. der Passivlegitimation der betroffenen Gesellschaft bzw. nach deren rechtlichem Charakter oder nach der rechtlichen Beurteilung der Struktur, unter der gehandelt wird. Das OLG Hamm hatte sich in der Besprechungsentscheidung mit dem Fall einer englischen „Limited“ auseinanderzusetzen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt, Instanzenzug

Kläger des vorliegenden Rechtsstreits ist der Alleingesellschafter einer in England gegründeten F. Ltd. mit einer Zweigniederlassung in Deutschland. Geschäftsmodell der F. waren „Trocknungs- und Sanierungsarbeiten nach Wasser- und/oder Brandschäden“. Mit der späteren Beklagten hatte diese Gesellschaft am 24.02./08.04.2010 einen Rahmenvertrag geschlossen, dessen Gegenstand die Tätigkeit der F. als Subunternehmerin der Beklagten im Umfeld der „Wasser- und Brandschadenbehebung“ war. U.a. war vertraglich verabredet, dass Aufträge schriftlich zu erteilen und zu bestätigen waren. Leistungen mussten durch „Rechnungen, Lieferscheine und Stundennachweise“ do-

kumentiert werden, Fälligkeit war 30 Tage nach erfolgter Abnahme.

Die F. wurde am 03.08.2010 im englischen „Handelsregister“ gelöscht. Zwischen den Klageparteien kam es in der Folge zum Streit über offene Rechnungen aus dem Jahr 2010 in Höhe von 7.484,46 Euro, die nebst außergerichtlichen Anwaltskosten den Streitgegenstand der Klage bildeten; sämtliche Rechnungen betrafen Aufträge, die vor dem 03.08.2010, der Löschung der Gesellschaft, an die Limited erteilt worden waren. Da im Mittelpunkt der Besprechungsentscheidung die Frage der Aktivlegitimation des Klägers steht, soll nachfolgend auf Einzelheiten der Darstellung der behaupteten streitgegenständlichen Forderungen des Klägers im Wesentlichen verzichtet werden.

Im Kern behauptete der Kläger im Ergebnis, die Entgeltansprüche seien vertragsgemäß zustande gekommen und fällig. Die Ansprüche der erloschenen F., um die es danach ging, seien auf ihn, den Kläger, durch Universalsukzession übergegangen. Die Beklagte hat dem widersprochen und den Klagevortrag für unsubstantiiert gehalten. Neben der Verneinung des Vorliegens der vertraglichen Voraussetzungen der geltend gemachten Forderungen und der Behauptung von Aufrechnungspositionen hat sie die Aktivlegitimation des Klägers bestritten. Die F. bestehe nach ihrer Löschung als Restgesellschaft in Deutschland fort, der Kläger sei nicht Inhaber (etwaiger) Forderungen der F. Nach richterlichem Hinweis, die F. bestehe als Restgesellschaft fort, hat das LG Siegen die Klage abgewiesen und zwar mit der Begründung der fehlenden Aktivlegitimation des Klägers (LG Siegen, Urt. v. 01.10.2013 - 8 O 49/11). Die dagegen gerichtete Berufung des Klägers zum OLG Hamm war in der Hauptsache erfolgreich. Die Revision wurde nicht zugelassen.

II. Begründung des Berufungsurteils

1. Das OLG Hamm hat die Aktivlegitimation des Klägers bejaht. Das gesellschaftsrechtliche Schicksal der F. als ausländischer Gesellschaft aus der EU wird aus dem zutreffenden Blick des Oberlandesgerichts als Folge der „Art. 43, 48 EGV“ (seit dem Vertrag von Lissabon v. 13.12.2007/01.12.2009 [Inkrafttreten] sind die Art. 49, 54 AEUV einschlägig) zur Niederlassungsfreiheit von dem ausländischen Gründungsstatut bestimmt. Hier sei daher das

englische Recht maßgeblich, das auch das „Personalstatut“ der Gesellschaft umfasse und nach dem sich damit auch die Gründung der Gesellschaft und ihre Rechtsfähigkeit richten. Mit der Löschung im englischen Handelsregister als konstitutivem Akt sei die Gesellschaft erloschen. Nach englischem Recht gehe das Vermögen auf die Krone über, allerdings nur das Inlandsvermögen in England, nicht indes Auslandsvermögen. Bei den streitgegenständlichen Ansprüchen handele es sich um Auslandsvermögen der Gesellschaft in Deutschland.

Die in England erloschene Gesellschaft bleibe nach überwiegender Auffassung in Deutschland, der das Oberlandesgericht zustimmt, als Rest- oder Spaltgesellschaft aufrechterhalten, da das hiesige Recht keine „verselbstständigten Vermögenseinheiten“ bzw. kein „herrenloses“ Vermögen kenne. Eine solche Gesellschaft müsse daher bis zur Beendigung der Liquidation als Rechtsträger von Vermögen fortexistieren. Auch für Gesellschaften inländischen Rechts bedeute die Auflösung lediglich ihre Fortsetzung zum Zwecke ihrer Abwicklung. Die Rest- oder Spaltgesellschaft (als Rechtsträger von Vermögen einer erloschenen ausländischen Gesellschaft aus dem Raum der EU und des EWR) unterliege deutschem Gesellschaftsrecht. Die Niederlassungsfreiheit könne nach Erlöschen der Gesellschaft im Gründungsstaat keinen Anwendungsbereich mehr beanspruchen. Daher sei ab diesem Zeitpunkt im Inland die Sitztheorie anzuwenden, jedenfalls dann, wenn die Gesellschaft weiterhin trotz ihrer Löschung im Herkunftsstaat im Inland mit ihrer Zweigniederlassung werbend tätig werde. Dadurch werde dem Schutz des Rechtsverkehrs besser entsprochen als mit der Gründungstheorie. Der Grundsatz der Maßgeblichkeit der Rechtsordnung mit der engsten Beziehung zu dem zu beurteilenden Sachverhalt im Kollisionsrecht spreche ebenfalls dafür. Der Herkunftsstaat habe kein anzuerkennendes Interesse mehr an der Beibehaltung der Gründungstheorie, denn er sehe die Gesellschaft ja gerade als nicht mehr bestehend an.

2. Dieser Ansatz habe zum Ergebnis, dass die Rest- oder Spaltgesellschaft bei Fortsetzung ihrer Tätigkeit im Inland je nach ihrer Struktur als OHG oder als BGB-Gesellschaft fortbestehe.

Anders sei dies indes bei der vormals ausländischen Einpersonengesellschaft, die nicht mehr

als Gesellschaft fortgeführt werden könne, da es eine Einpersonen-Personengesellschaft nicht gibt, sondern nur als „Einzelunternehmen des Gesellschafters“. So seien die Dinge hier zu beurteilen. Das OLG Hamm zieht hierzu Beispiele aus dem inländischen Recht heran; es verweist u.a. auf die Gesamtrechtsnachfolge bei der KG, wenn nur noch der einzige Kommanditist als Gesellschafter verblieben ist (vgl. BGH, Urt. v. 15.03.2004 - II ZR 247/01 Rn. 4 - WM 2004, 1138; BGH, Urt. v. 16.12.1999 - VII ZR 53/97 - Rn. 11 NZG 2000, 474, zu § 142 HGB a.F.) sowie auf die Rechtsnachfolge des letzten verbliebenen Gesellschafters in das Vermögen der BGB-Gesellschaft (BGH, Beschl. v. 18.02.2002 - II ZR 331/00 - Rn. 5 NJW 2002, 1207; OLG Hamm, Beschl. v. 29.08.1995 - 15 W 243/94 - Rn. 13 NJW-RR 1996, 1446, Fall der Anwachsung gemäß § 738 BGB) bzw. der OHG (BGH, Urt. v. 25.03.1999 - I ZR 77/97 - Rn. 15 NJW-RR 2000, 631 "Generika-Werbung", zu § 142 HGB a.F.).

3. Das Oberlandesgericht geht ferner davon aus, dass die streitgegenständlichen Forderungen des Klägers berechnete Ansprüche aus Werkleistungen nach § 631 BGB sind. Auf die Einzelheiten hierzu und die Verneinung aufrechenbarer Gegenansprüche der Beklagten ist vorliegend nicht weiter einzugehen.

C. Kontext der Entscheidung

I. Hintergrund der Rest- bzw. Spaltgesellschaft

1. Hintergrund

Die Rechtsfigur der Rest- bzw. Spaltgesellschaft war zunächst ein über Jahrzehnte bis in die jüngste Zeit wirkendes Folgephänomen zur rechtlichen Bewältigung von Problemen bei der Zuordnung von Vermögen einer Gesellschaft in verschiedenen Staaten und weiteren gesellschaftsrechtlichen Fragen von Unternehmen infolge von Enteignungen in der DDR sowie in der Nachkriegszeit des 2. Weltkrieges im Ausland (vgl. statt aller OGHBrZ, Urt. v. 31.03.1949 - I ZS 169/48 - NJW 1949, 502; BGH, Urt. v. 18.02.1957 - II ZR 287/54 - BGHZ 23, 333; BGH Urt. v. 31.03.1971 - VIII ZR 40/69 - BGHZ 56, 66; BGH, Urt. v. 25.09.1989 - II ZR 53/89 Rn. 12 - ZIP 1989, 1546; BGH, Beschl. v. 08.01.2007 - II ARZ 1/05 - AG 2007, 166). Ausgangspunkt war dort zunächst die völkerrechtliche Territorialität von

Enteignungen (vgl. OGHBrZ, Urt. v. 31.03.1949 - I ZS 169/48 - NJW 1949, 502).

2. Aktuelle Entwicklungen als Folge der Gründungs- und der Sitztheorie in der Judikatur von EuGH und BGH

In den letzten Jahren hat das Rechtsinstrument der Rest-/Spaltgesellschaft unter völlig anderem Aspekt eine Renaissance erlebt.

Die mittlerweile gefestigte Rechtsprechung des EuGH, die u.a. auf die Urteile „Überseering“ (v. 05.11.2002 - C-208/00 - EuGHE 2002, 9919) und „Inspire Art“ (v. 30.09.2003 - C-167/01 - EuGHE 2003, 10155) sowie „Cartesio“ (v. 16.12.2008 - C-210/06 - EuGHE 2008, 9641) zurückgeht, wendet im Interesse der Niederlassungsfreiheit der Unternehmen innerhalb der EU die Gründungstheorie an, wonach sich die gesellschaftsrechtlichen Strukturen einer Gesellschaft aus der EU umfassend nach dem Recht des Herkunftsmitgliedstaats richten. Damit war die Entwicklung der Figur der sog. „Scheinauslandsgesellschaft“ möglich, deren statutarischer Sitz im Ausland, der tatsächliche Verwaltungssitz aber im Inland liegt; dort wird auch im Wesentlichen das operative Geschäft geführt.

Der BGH hat sich der Gründungstheorie für die EU-Staaten und diejenigen des EWR sowie diejenigen Staaten angeschlossen, die – wie die USA – mit Deutschland mit einem entsprechenden völkerrechtlichen Vertrag verbunden sind (vgl. BGH, Urt. v. 12.07.2011 - II ZR 28/10 Rn. 17 f. m.w.N. - BGHZ 190, 242, 246, EU-Staaten). Auf Gesellschaften aus Drittstaaten wendet der BGH unverändert die Sitztheorie an, z.B. im Verkehr mit der Schweiz (vgl. BGH, Urt. v. 27.10.2008 - II ZR 158/06 Rn. 20 f. - BGHZ 178, 192 „Trabrennbahn“; BGH, Urt. v. 27.10.2008 - II ZR 290/07 Rn. 22 - ZInsO 2009, 149), so dass juristische Personen aus Drittstaaten mit Verwaltungssitz im Inland ohne Neugründung in Deutschland nach Maßgabe des hiesigen Gesellschaftsrechts keine juristischen Personen sind, sondern rechtsfähige Personengesellschaften. Die unerfreuliche Folge aus dem Blick der Gesellschafter ist die Haftung für die Gesellschaftsschulden. Die Sitztheorie stimmt mit dem Ergebnis der Gründungstheorie naturgemäß dann überein, wenn die ausländische Gesellschaft aus einem Drittstaat den statutarischen und den tatsächlichen Verwaltungssitz in ein- und demselben Drittstaat hat, mag sie

auch im Inland tätig werden, denn dann bleibt das Statut des Gründungsstaates so oder so maßgeblich (vgl. nur das Beispiel einer kanadischen Gesellschaft, VG Frankfurt, Beschl. v. 11.12.2012 - 1 L 4060/12.F Rn. 16 - ZIP 2013, 317).

II. Erloschene Gesellschaften, insbesondere „Scheinauslandsgesellschaften“

Ein weiteres Phänomen tritt auf, wenn die betroffene juristische Person in dem Register ihres Herkunftsstaates gelöscht wird bzw. erlischt und die in der Praxis mindestens überwiegend inländischen Gesellschafter ungeachtet dessen nicht nur noch offene Geschäfte abwickeln, sondern darüber hinaus ggf. unter Missachtung des ausländischen und der Grundzüge des inländischen Gesellschaftsrechts die Geschäfte der scheinbar noch bestehenden, in Wahrheit nicht mehr existenten Gesellschaft, fortführen. Der Schwerpunkt in diesem gesamten Umfeld liegt auf der „Limited“ nach dem Recht von England und Wales, der „private limited company by shares“.

III. Folgen der Löschung einer Gesellschaft nach dem Recht von England und Wales

Wird die Gesellschaft im Register des Companies House in Cardiff nach Maßgabe des Companies Act gelöscht, erlischt sie und ihr Vermögen wird zu herrenlosem Gut („bona vacantia“), das, je nach Zuständigkeit, von der Krone oder dem Herzogtum Lancaster bzw. dem Herzog von Cornwall abzuwickeln ist (s. 1012 ff. Companies Act, 2006). Allerdings vertreten die englischen Behörden die Auffassung, dass außerhalb von England und Wales belegenes Vermögen nicht ihrem hoheitlichen Zugriff unterliegen kann. Hierzu kann auf die Verlautbarung des englischen Treasury Solicitor's Department/Bona Vacantia Division zu den „bona vacantia“ verwiesen werden (vgl. die Publikation BVC 1 – „Bona vacantia dissolving companies (BVC1)“, Stand: 06.12.2013, abrufbar unter: www.gov.uk/government/publications/bona-vacantia-dissolved-companies-bvc1, abgerufen am 13.12.2014, „Part of Bona vacantia companies guidelines“, mit unterschiedlichen Zuständigkeiten in den verschiedenen Teilen des Vereinigten Königreichs). In dieser Verlautbarung BVC 1 wird deutlich festgehalten, dass „BVD do not deal with foreign assets but may deal with assets in England and Wales which

are owned by a foreign company.“ Damit ist die rechtliche Position des Gründungsstatuts der „gelöschten“ Gesellschaft umschrieben, so dass es der Rechtsordnung des „belegenen Vermögenswerts“ obliegt, die durch die Löschung der Gesellschaft entstandene Problematik zu lösen (vgl. in diesem Sinne Cranshaw, jurisPR-HaGesR 1/2011 Anm. 4).

IV. Beispiel einer liechtensteinischen Gesellschaft

Die verschiedenen Ansätze der Rechtsordnungen zeigt eine Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 24.01.2013 (9 U 129/11 - ZIP 2013, 1237):

Das Oberlandesgericht hatte sich mit der Aktivlegitimation einer liechtensteinischen Aktiengesellschaft zu befassen, die seit dem 11.01.2001 im „Öffentlichkeitsregister“ von Liechtenstein nach dem dortigen „Personen- und Gesellschaftsrecht“ (PGR) gelöscht ist und die weiterhin Alleingeschafterin einer deutschen GmbH war. Diese letztere Gesellschaft geriet in die Insolvenz, aufgrund Gläubigerantrags vom 12.10.1998 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der GmbH am 23.03.1999 eröffnet. Die liechtensteinische Muttergesellschaft verklagte Jahre später den Konkursverwalter und eine Bankgläubigerin sowie das Land (Baden-Württemberg) wegen angeblicher Verschleuderung von Massegrundstücken der GmbH, wodurch es zu einem Schaden der Muttergesellschaft gekommen sei. Das OLG Karlsruhe bejahte die Parteifähigkeit der liechtensteinischen AG im Inland nach § 50 Abs. 1 ZPO, wobei sich das Oberlandesgericht auf die Judikatur des BGH stützen kann (BGH, Urt. v. 19.09.2005 - II ZR 372/03 - ZIP 2005, 1869 m. Anm. Cranshaw, jurisPR-InsR 18/2005 Anm. 4). Dies gelte auch für eine im Öffentlichkeitsregister gelöschte Gesellschaft, soweit sie im Inland Vermögenspositionen darlegen könne, wie etwa die behauptete streitgegenständliche Forderung. Maßgeblich sei das liechtensteinische Recht, das ebenfalls die Parteifähigkeit bejahe, wenn Vermögensansprüche geltend gemacht würden; zu dieser Frage hatte das Oberlandesgericht ein Gutachten eingeholt (vgl. § 293 ZPO). Die jüngste Judikatur des Staatsgerichtshofs von Liechtenstein geht darüber hinaus; er hat mit Entscheidung vom 10.12.2013 ausgeführt, eine gelöschte juristische Person sei schon deshalb parteifähig, weil für sie nach Art. 141 PGR ein Kurator (Prozesspfleger) bestellt werden könne (StGH

2013/160 Rn. 2.6 der Begründung, abrufbar unter: www.gerichtsentscheide.li, mit Verlinkungen, abgerufen am 13.12.2014; ebenso Entscheid. v. 04.02.2014 - StGH 2013/199 Rn. 2.3-2.5 der Begründung, auch bezüglich ausländischer juristischer Personen).

V. Fazit: Anwendung der „Sitztheorie“ und die Figur der Rest- bzw. Spaltgesellschaft als Auffanglösung

1. Differenzierung zwischen Rest- oder Spaltgesellschaft und Anwendung der Sitztheorie

Dem OLG Hamm kann nicht ohne Einschränkungen beigespflichtet werden, soweit die Entscheidung nicht zwischen der Abwicklung der erloschenen Gesellschaft und der Weiterführung ihrer Geschäfte im Inland durch die Beteiligten differenziert. Fehlt es im ausländischen Recht (EU-Staaten, EWR usw.) an einer Lösung, wie die Abwicklung von Vermögenswerten der nach dem Gründungsstatut erloschenen (gelöschten) Gesellschaft in einem anderen Staat zu handhaben ist, füllt zunächst die auf der Sitztheorie beruhende Figur der Rest- bzw. Spaltgesellschaft eine Lücke. Dabei ist, wie erwähnt, zu differenzieren. Werden schwebende Geschäfte der vormals existierenden juristischen Person lediglich abgewickelt, wie im Fall der Besprechungsentscheidung, spricht Entsprechendes dafür, für diese Zwecke die Fortexistenz einer juristischen Person anzunehmen und auch Aktiv- und Passivlegitimation einschließlich „Insolvenzfähigkeit“ zu bejahen unter gleichzeitiger Heranziehung des Haftungsregimes des ausländischen Gründungsstatuts für die Haftung von Gesellschaftern und Organmitgliedern im Außenverhältnis. Das ist genau der Kern der „Restgesellschaft“ (so auch OLG Jena, Beschl. v. 22.08.2007 - 6 W 244/07 Rn. 29 ff. - ZIP 2007, 1709, kritisch dazu Röder, RIW 2007, 866; zustimmend zur Restgesellschaft Leible/Lehmann, GmbHR 2007, 1095; wie hier Schmidt, ZIP 2007, 1712). Die Fortexistenz der Restgesellschaft liegt auch im Interesse der Gläubiger des gelöschten/erloschenen Verbandes (zutreffend OLG Jena, Beschl. v. 22.08.2007 - 6 W 244/07 Rn. 30 f.).

Voraussetzung und Legitimation des Rechtsinstruments einer „Rest-/Spaltgesellschaft“ ist stets das Vorhandensein von Vermögen im Inland, das nicht herrenlos werden darf, ein Phä-

nomen, das nach englischem Recht eintritt (vgl. o.), aus welchem Grunde die bisherige Rechtsprechung in diesem Umfeld auch zur englischen Limited angesiedelt ist (wie hier KG Berlin, Beschl. v. 17.03.2014 - 20 U 254/12 Rn. 15 ff., 19, 21 - ZInsO 2014, 1618; OLG Brandenburg, Urt. v. 15.07.2009 - 3 U 146/08 Rn. 16 - ZInsO 2009, 1695; OLG Nürnberg, Beschl. v. 10.08.2007 - 13 U 1097/07 Rn. 10 ff., 15 - NZG 2008, 76; teilweise a.A. wohl Thorn in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, Anh. EGBGB 12 (IPR) Rn. 8, „nach Löschung [...] deutsche Personengesellschaft“).

2. Übereinstimmung der Lösung mit der Gründungstheorie

Die vorstehend skizzierte Lösung bietet sich auch deshalb an, weil beispielsweise der in England gelöschte „Verband“ wieder im Register eingetragen werden kann und dann fortbesteht (vgl. 1024 ff. CA 2006, „Restoration to the register“). Die Eintragung wirkt zurück und fingiert die Fortexistenz der Gesellschaft (vgl. 1028 (1) CA bzw. vgl. 1032 (1) CA: „[...] that the company is deemed to have continued in existence as if it had not been dissolved [...]“ (vgl. dazu auch OLG Brandenburg, Urt. v. 15.07.2009 - 3 U 146/08 Rn. 17)).

3. Fortführung der Geschäfte der gelöschten Gesellschaft außerhalb von Abwicklungstätigkeiten

Führt das frühere Vertretungsorgan der gelöschten „Scheinauslandsgesellschaft“ deren Geschäfte entgegen der Löschung im Register des Herkunftsmitgliedstaats erkennbar außerhalb von Abwicklungsmaßnahmen werbend fort, dann besteht mit dem OLG Hamm in der Besprechungsentscheidung kein Anlass, auf das Gründungsstatut zu rekurrieren, es gibt auch keinen Bezug dazu. Vorliegend hat das der Alleingesellschafter der englischen Gesellschaft ebenso gesehen (wenn auch rechtsfehlerhaft), hat er sich doch auf Gesamtrechtsnachfolge in die Ansprüche der Gesellschaft berufen, was wiederum voraussetzt, dass eben nicht die Gesellschaft als Anspruchsinhaber und Klägerin betrachtet wird, also gerade nicht die Grundsätze der Rest- bzw. Spaltgesellschaft heranzuziehen sind.

Insoweit hat das OLG Hamm unzutreffend geurteilt, da die dort streitgegenständlichen Forde-

rungen solche waren, die vor der Löschung der Gesellschaft in England begründet worden waren, wenn auch die Rechnungen selbst teilweise aus der Zeit danach stammten. Nach der hier vertretenen Meinung hat das OLG Hamm die Aktivlegitimation des Klägers nicht zutreffend bejaht, denn es hat die Restgesellschaft wie die inländische Personengesellschaft behandelt, aus der alle anderen Gesellschafter ausgeschieden sind (Besprechungsentscheidung Rn. 26).

Wird die „werbende“ Tätigkeit der gelöschten Gesellschaft allerdings fortgesetzt, so ist dies ganz ähnlich der Weiterführung der Fortsetzung der Aktivitäten der Vorgesellschaft einer Kapitalgesellschaft des inländischen Rechts, bei der die Eintragung im Handelsregister nach Gründung der Gesellschaft endgültig nicht zustande kommt. Auch dort handeln mehrere Gesellschafter, die gegenüber Dritten im Außenverhältnis tätig werden, als Personengesellschaft, je nach Einzelfall entweder als OHG oder als BGB-Gesellschaft (vgl. dazu Schroeter in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 11 Rn. 48, m.w.N.). Bei der Einpersonengesellschaft wird der Alleingesellschafter notwendig als Einzelunternehmer tätig, entweder nach § 1 HGB oder ohne die Notwendigkeit der Eintragung im Handelsregister. Dasselbe gilt für den deren Geschäfte fortsetzenden Alleingesellschafter der erloschenen ausländischen Gesellschaft.

Dementsprechend führen die Gesellschafter der gelöschten „Limited“ bei Neugeschäften, die mit der Abwicklung des gelöschten Verbandes nichts (mehr) zu tun haben, diesen als OHG, GbR oder als Einzelunternehmen weiter (so auch OLG Celle, Beschl. v. 29.05.2012 - 6 U 15/12 Rn. 7 f. - NJW-RR 2012, 1065 m. Anm. Cranshaw, jurisPR-HaGesR 8/2012 Anm. 4; Besprechungsentscheidung Rn. 23 ff., aber eben mit der Annahme, die Rest- oder Spaltgesellschaft sei generell bis zur Liquidation OHG oder GbR bzw. - bei nur einem Gesellschafter - Einzelunternehmen).

Die Bejahung einer Personengesellschaft bzw. eines Einzelunternehmens ist auch nicht unbillig, kann der Betroffene doch zum einen grundsätzlich von einem solchen Procedere Abstand nehmen oder die Fortsetzung der Geschäfte hintanstellen, bis die etwa in Frage kommende „Wiedereintragung“ im ausländischen Register und damit die Fortexistenz der Gesellschaft (unter Aufrechterhaltung des Ausschlusses der

persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft) erreicht ist. Andernfalls haftet er für die von ihm getätigten Geschäfte wie jeder Einzelunternehmer. Nach der Besprechungsentscheidung hat der Gesellschafter aber keine Wahl, er haftet danach offenbar auf jeden Fall, auch wenn er nur schwebende Geschäfte abwickelt.

D. Auswirkungen für die Praxis

I. Die Aktivlegitimation wie die Passivlegitimation der „Scheinauslandsgesellschaft“ hängt von dem Recht des Herkunftsmitgliedstaats auch dann ab, wenn die Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates im Register gelöscht bzw. erloschen ist und die dortige Rechtsordnung auch hierfür Regelungen getroffen hat. Dies zeigt das liechtensteinische Beispiel anschaulich; danach bedarf es der Figur der Restgesellschaft nicht. Es verbleibt dann bei der Anwendung der Gründungstheorie nach der Judikatur des EuGH zur Niederlassungsfreiheit und der dieser Rechtsprechung folgenden des BGH. Begünstigt von dieser „gesellschaftsfreundlichen“ Lösung sind Gesellschaften aus der EU, dem EWR, den USA und Staaten mit etwa vergleichbaren Abkommen; Kanada wird aufgrund des CETA-Abkommens dazu gehören.

II. Für Gesellschaften aus Drittstaaten wie die Schweiz gilt unverändert die Sitztheorie; für juristische Personen mit Verwaltungssitz in Deutschland bedarf es einer Neugründung, ansonsten entsteht eine rechtsfähige Personengesellschaft (OHG oder GbR) oder ein Einzelunternehmen.

III. Fehlt es, wie in England, an Mechanismen, wie bestehendes Auslandsvermögen der erloschenen Gesellschaft behandelt wird, bleibt im Inland die Heranziehung der Theorie zur Rest- oder Spaltgesellschaft, die aber nur die Abwicklung vorhandenen Vermögens betrifft und von der Fortexistenz des erloschen Verbandes im Inland bis zum Abschluss der Liquidation ausgeht.

IV. Werden aber werbende Geschäfte der erloschenen bzw. gelöschten Gesellschaft fortgesetzt, bleibt als Auffanglösung nur die Konstruktion einer Personengesellschaft nach Maßgabe der Sitztheorie. Die damit verbundenen Haftungsrisiken können die Handelnden, meist die Gesellschafter, nur vermeiden, wenn sie die Fortsetzung der geschäftlichen Aktivitäten

des erloschenen Verbandes unterlassen und Sorge tragen, die erloschene Gesellschaft, soweit möglich, nach den Vorschriften des Gesellschaftsrechts des Herkunftsstaats zu reaktivieren.

5

Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes bei Personengesellschaften

Leitsätze:

1. Die formelle Legitimation einer auf eine Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft gestützten Mehrheitsentscheidung ist auch bei einem Beschluss, mit dem die nach dem Gesellschaftsvertrag vorgesehene Einwilligung der Gesellschafterversammlung zur Abtretung eines Gesellschaftsanteils erklärt wird, bereits dann gegeben, wenn die Auslegung des Gesellschaftsvertrags nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ergibt, dass dieser Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll.

2. Dem früheren Bestimmtheitsgrundsatz kommt für die formelle Legitimation einer Mehrheitsentscheidung keine Bedeutung mehr zu. Er ist bei der Auslegung auch nicht in Gestalt einer Auslegungsregel des Inhalts zu berücksichtigen, dass eine allgemeine Mehrheitsklausel restriktiv auszulegen ist oder sie jedenfalls dann, wenn sie außerhalb eines konkreten Anlasses vereinbart wurde, Beschlussgegenstände, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen oder ungewöhnliche Geschäfte beinhalten, regelmäßig nicht erfasst (Fortführung von BGH, Urte. v. 15.01.2007 - II ZR 245/05 - BGHZ 170, 283 "OTTO"; BGH, Urte. v. 24.11.2008 - II ZR 116/08 - BGHZ 179, 13 "Schutzgemeinschaftsvertrag II").

Orientierungssatz zur Anmerkung:

Der Bestimmtheitsgrundsatz bei Personengesellschaften wird vom BGH aufgegeben.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13

von Dr. Felix Podewils, RA

A. Problemstellung

Im Personengesellschaftsrecht ist gesetzlich Einstimmigkeit für Gesellschafterbeschlüsse vorgesehen, §§ 709 Abs. 1 BGB, 119 Abs. 1 HGB. Die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung von Mehrheitsentscheidungen ist jedoch möglich, sinnvoll und in aller Regel praktisch sogar geboten. Zu den formellen Voraussetzungen für Beschlüsse aufgrund einer solchen Mehrheitsklausel hat der BGH sich unlängst erneut geäußert und bei diesem Anlass seine bisherige Rechtsprechung neu justiert.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger sowie sein Bruder waren die beiden alleinigen Kommanditisten einer GmbH & Co. KG. Mit den Stimmen der Komplementär-GmbH sowie des Bruders beschloss die Gesellschafterversammlung über die Zustimmung zur Übertragung von Kommanditanteilen auf eine Stiftung. Der Kläger hielt den Beschluss für nichtig, da er hätte einstimmig gefasst werden müssen.

Der Gesellschaftsvertrag enthielt eine allgemeine Mehrheitsklausel, wonach Gesellschafterbeschlüsse nur der einfachen Mehrheit der vorhandenen Stimmen bedürften, soweit dies im Gesellschaftsvertrag oder Gesetz nicht ausdrücklich abweichend bestimmt sei. Zur Übertragung von Kommanditanteilen enthielt der Vertrag lediglich die Aussage, dass hierfür eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich sei. An anderen Stellen sah der Gesellschaftsvertrag hingegen spezifische Regelungen vor, etwa ein Einstimmigkeitsprinzip für Änderungen des Gesellschaftsvertrags und für Entnahmen aus dem Rücklagenkonto sowie ferner ein qualifiziertes Mehrheitsanfordernis von 75% für vom Vertrag abweichende Rücklagenzuweisungen und Zinsentnahmen vom Darlehenskonto eines Kommanditisten.

Das OLG Hamm hatte in der Berufungsinstanz befunden, dass die allgemeine Mehrheitsklausel nur auf gewöhnliche Beschlussgegenstände Anwendung findet. Im Lichte des sog. Bestimmtheitsgrundsatzes fehle es daher an einer eindeutigen gesellschaftsvertraglichen Legitimation für eine Mehrheitsentscheidung über Anteilsübertragungen.

Der Schutz der Gesellschafterminderheit gegenüber Mehrheitsentscheidungen erfolgt auf zwei Ebenen: Zum einen muss die Mehrheitsklausel formell den entsprechenden Beschlussgegenstand abdecken, zum anderen darf die auf getroffene Mehrheitsentscheidung nicht treuwidrig sein (eingehend Schäfer, ZGR 2013, 237).

Hieran hält der BGH fest. Hingegen erklärt er ausdrücklich die Aufgabe des sog. Bestimmtheitsgrundsatzes für außergewöhnliche Geschäfte bzw. Grundlagengeschäfte. Hier sei vielmehr nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen gemäß den §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, ob der betreffende Beschlussgegenstand der Entscheidung der Mehrheit unterworfen sein soll oder nicht.

Bezogen auf den vorliegenden Fall ging der BGH grundsätzlich davon aus, dass die Zustimmung zu Anteilsabtretungen nach dem Vertragstext der Mehrheitsklausel unterfalle. Dies nicht zuletzt deswegen, weil die besagte Mehrheitsklausel – wie bereits beschrieben – einen ausdrücklichen Vorbehalt für abweichende gesellschaftsvertragliche Regelungen enthielt und an verschiedenen weiteren Stellen hiervon in differenzierter Weise Gebrauch gemacht worden war.

Der BGH verwies den Rechtsstreit zurück an die Berufungsinstanz zwecks Neuentscheidung unter Nachholung tatrichterlicher Feststellungen, insbesondere auch im Hinblick auf eine mögliche Treuwidrigkeit des Beschlusses.

C. Kontext der Entscheidung

Der Bestimmtheitsgrundsatz entsprang der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG, Urte. v. 23.11.1917 - II 242/17 - RGZ 91, 166) und wurde sodann vom BGH übernommen (vgl. BGH, Urte. v. 12.11.1952 - II ZR 260/51 - BGHZ 8, 35, 41 f.).

In der „OTTO“-Entscheidung hat der BGH allerdings klar gestellt, dass eine konkrete Auflistung der von der Mehrheitsklausel erfassten Beschlussgegenstände nicht erforderlich ist, sich dies vielmehr nur hinreichend deutlich aus der Auslegung des Gesellschaftsvertrags ergeben muss (BGH, Urte. v. 15.01.2007 - II ZR 245/05 - BGHZ 287; vgl. bereits K. Schmidt, ZHR 158, 205-228 (1994)). In späteren Entscheidungen

wurde der Bestimmtheitsgrundsatz zwar noch beibehalten, in seiner praktischen Relevanz jedoch bereits zurückgedrängt (vgl. BGH, Urt. v. 24.11.2008 - II ZR 116/08 - BGHZ 179, 13; BGH, Urt. v. 16.10.2012 - II ZR 239/11 - NZG 2013, 63).

D. Auswirkungen für die Praxis

Nunmehr hat der BGH den Bestimmtheitsgrundsatz endgültig zu Grabe getragen. Insbesondere soll es nach dem BGH ausdrücklich keinen Unterschied machen, ob es sich um einen gewöhnlichen oder außergewöhnlichen Beschlussgegenstand handelt. Maßgeblich ist allein die Auslegung des Gesellschaftsvertrages.

Für die Praxis bedeutet dies, dass Mehrheitsentscheidungen nicht schon deswegen unter formellen Gesichtspunkten leichter angegriffen werden können, weil es sich um ein außergewöhnliches Geschäft handelt. Bezogen auf den hier entschiedenen Fall sei aber angemerkt, dass es sich bei einem Wechsel im Gesellschafterbestand zwar unzweifelhaft um ein Grundlagengeschäft handelt (Habermeier in: Staudinger, BGB, 13. Neubearbeitung, 2003, § 709 Rn. 2). Allerdings ist die Möglichkeit einer Anteilsabtretung grundsätzlich nicht überraschend, jedenfalls aber dann nicht, wenn – wie vorliegend – diese im Gesellschaftsvertrag bereits genannt ist.

M.E. würde sich daher im gegebenen Sachverhalt auch bei Zugrundelegung des bisherigen Bestimmtheitsgrundsatzes ergeben, dass die Beschlussfassung von der Mehrheitsklausel gedeckt war.

Bei der Abfassung von Gesellschaftsverträgen wird der Bestimmtheitsgrundsatz noch in der Gestalt des Gebotes klarer und rechtssicherer Gestaltung in gewisser Weise „fortleben“.