

Handels- und Gesellschaftsrecht

Herausgeber: **Günter Friedel, RA** www.AnwaltZertifikat.de
Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und Erscheinungsdatum:
Gesellschaftsrecht, GSK Stockmann + Kollegen, 01.08.2012
Düsseldorf Erscheinungsweise:
vierzehntäglich

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

15/2012

Inhaltsübersicht:

AUFSÄTZE

Anm. 1 **Die Auswirkungen des Referentenentwurfs „Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“ für die Praxis**
von Claudia Gruber, RA'in, FA'in für Handels- und Gesellschaftsrecht und Mediatorin, Leipzig

Anm. 2 **Einstweiliger Rechtsschutz im bulgarischen Zivilprozess (Teil 2)**
von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte, Düsseldorf, Svetozara Angelova, RA'in, Antoaneta Dimolarova, Rozalina Gradinarova & Partners, Sofia

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Anm. 3 **Umfang der Unterbilanzhaftung bei fehlender Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH**
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 06.03.2012, II ZR 56/10
von Michael Merten, RA, Wellensiek Rechtsanwälte

Anm. 4 **Keine eintragungsfähige Amtsniederlegung des Alleingeschäftsführers einer GmbH bei gleichzeitiger Alleingesellschafter- und Geschäftsführerstellung bei deren Gesellschafterin**
Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 29.05.2012, 31 Wx 188/12
von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

Anm. 5 **Keine Eintragung des "Sprechers der Geschäftsführung" ins Handelsregister**
Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 05.03.2012, 31 Wx 47/12
von Günter Friedel, RA, Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf

Zitervorschlag: AnwZert HaGesR 15/2012, Anm. 1, Gruber
ISSN 1869-1331

AUFSÄTZE

1

Die Auswirkungen des Referentenentwurfs „Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“ für die Praxis

von Claudia Gruber, RA'in, FA'in für Handels- und Gesellschaftsrecht und Mediatorin, Leipzig

A. Einleitung

Gerade als Anwalt weiß man: unseriöse Geschäftspraktiken im Bereich Inkasso, Abmahnwesen und Telefonwerbung findet man in der Praxis leider oft. Nicht nur Verbraucher, auch Unternehmen werden zunehmend mit Methoden konfrontiert, die sich am Rande der Legalität befinden. Betroffen sind vor allem kleine und mittelständische Betriebe, darunter viele Online-Händler, die keine Rechtsabteilung haben und sich auch keine laufende anwaltliche Beratung leisten können oder wollen. Dem als unseriös empfundenen Vorgehen ist gemeinsam, dass die betroffenen Verbraucher oder Unternehmer keine oder nur sehr geringfügige Rechtsverletzungen begangen haben, aber dennoch erhebliche Verluste finanzieller oder materieller Art hinnehmen müssen oder dieser Verlust zumindest drohend im Raum steht. Ein wichtiger Aspekt bei der Neuregelung ist daher auch die Erstattbarkeit von Anwaltskosten für eigentlich nicht notwendige Anwaltstätigkeit, da der juristische Laie oftmals nicht abschätzen kann, ob ein gegen ihn gerichteter Anspruch berechtigt ist oder nicht. Das Bundesministerium für Justiz hat daher im Frühling 2012 einen Referentenentwurf vorgelegt, der sich gegen unseriöse Geschäftspraktiken richtet und der derzeit von verschiedenen Stellen begutachtet wird.

B. Der Referentenentwurf

I. Allgemein

Der Referentenentwurf stammt vom 12.03.2012 und enthält Regelungen zu den verschiedensten Änderungsbereichen, u.a. für Normen des BGB, des RDL, des UWG, des UrhG und des GKG. Die geplanten Neuregelungen dienen der Eindämmung unseriöser Praktiken in den Bereichen des Inkassowesens, der Telefonwerbung, des Abmahnwe-

sens im Wettbewerbs- und Urheberrecht sowie der Verbesserung des Verbraucherschutzes bei datenschutzrechtlichen Einwilligungen sowie bei der Telefonwerbung.

Im Folgenden werden die Hauptänderungspunkte besprochen.

II. Inkassowesen

§ 4 Abs. 5 (neu) EG-RDL sieht die Einführung von sog. „Inkasso-Regelsätzen“ für außergerichtliche Dienstleistungen vor, die – kraft § 4 Abs. 7 (neu) – auch für Rechtsanwälte gelten, „soweit sie Inkassodienstleistungen erbringen“. Diese Regelsätze sollen durch Rechtsverordnung festgelegt werden und grundsätzlich wertunabhängig, nur nach Aufwand gestaffelt, angelegt sein. Weiter sollen für alle inkassobetreibenden Unternehmen und Rechtsanwälte Informationspflichten eingeführt werden; so muss der Schuldner detailliert über Forderung und Anspruchsinhaber informieren und eine Zinsberechnung sowie eine Berechnung der Inkassokosten vorlegen. Auf Anfrage des Schuldners ist die Inkassostelle nach dem Referentenentwurf sogar verpflichtet, eine ladungsfähige Anschrift des Gläubigers mitzuteilen, sofern dadurch nicht dessen schutzwürdige Interessen verletzt werden. Die Nichteinhaltung der Informationspflichten soll eine Ordnungswidrigkeit darstellen.

Hintergrund dieser geplanten Änderung sind Beschwerden von Verbrauchern und Gewerbetreibenden über unseriöse Methoden einiger Inkassounternehmen, insbesondere die Beitreibung nicht existierender oder durch unerlaubte Telefonwerbung begründete Forderungen und das Anschwellen von Bagatellforderungen durch überhöhte Inkassokosten¹.

III. Abmahnungen

1. Urheberrechtliche Abmahnungen

Zahlreiche echte oder vermeintliche Urheberrechtsverstöße werden von Verbrauchern begangen und weisen eine geringe Schadensintensität auf. In diesen Fällen, insbesondere beim sog. „file-sharing“², werden die Abmahnkosten vom Gesetzgeber wie auch von den meisten Bürgerinnen und Bürgern als zu hoch erachtet. Die Einschränkung auf Anwaltskosten von 100 Euro, die der Gesetzgeber bereits 2008 eingeführt hat³, bringt in vie-

len Fällen keine Abhilfe, da sie nur dann gilt, wenn es sich um eine erstmalige Abmahnung in einfach gelagerten Fällen mit unerheblicher Rechtsverletzung handelt, die außerhalb des geschäftlichen Verkehrs begangen wurde. Die Rechtsprechung zu dieser Deckelung ist uneinheitlich, insbesondere hinsichtlich der Frage, wann ein einfach gelagerter Fall und eine unerhebliche Rechtsverletzung vorliegt⁴. Außerdem ist für den juristischen Laien nicht erkennbar, ob sein konkreter Fall unter die Bagatellgrenze fällt oder nicht. Abgemahnte „Bagatelltäter“ lassen sich daher aus Furcht vor hohen Gerichts- und Anwaltskosten oftmals auf für sie sehr ungünstige Vergleiche ein.

Im Referentenentwurf wird daher ein Streitwert von 500 Euro festgelegt, wenn der Beklagte eine natürliche Person ist, die urheberrechtlichen Werke nicht für gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit nutzt und nicht bereits wegen eines solchen Anspruchs des Klägers durch Vertrag oder gerichtliche Entscheidung zur Unterlassung verpflichtet ist. Die Anwaltskosten verringern sich durch diesen Streitwert ganz erheblich auf 83,45 Euro⁵. Eine weitere Neuerung soll die Kosten der Rechtsverteidigung betreffen – der zu Unrecht Abgemahnte soll, anders als bisher⁶, einen Kostenerstattungsanspruch gegen den Abmahnenden geltend machen können.

2. Wettbewerbsrechtliche Abmahnungen

Im Bereich der wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen konzentrieren sich die Änderungen auf Verstöße, die nur eine geringfügige Wettbewerbsverzerrung verursachen, wie etwa bei der Impressumspflicht, Vorschriften der AGB und der Preisangabenverordnung. Hier liefern sich Online-Händler regelrechte „Abmahnschlachten“, die nicht oder nicht vorrangig der Beseitigung oder Unterlassung rechtswidriger Handlungen dienen, sondern der Schädigung des Gegners⁷. Der neue § 8 Abs. 4 Satz 2 UWG-E sieht daher einen Erstattungsanspruch der Rechtsverteidigungskosten des ungerechtfertigt Abgemahnten vor. Außerdem soll der Streitwert generell bei 1.000 Euro liegen, wenn der Sach- und Streitstand keine genügenden Ansatzpunkte für eine Streitwertbemessung nach der Bedeutung der Sache aufweist (§ 51 Abs. 2 GKG neu).

Weiter soll der „fliegende Gerichtsstand⁸“, eingeschränkt werden. Der Gerichtsstand des Handlungsortes ist für einstweilige Verfügungen – denn

mit diesen wird bei Abmahnungen regelmäßig vorgegangen – nur noch im Ausnahmefall eröffnet, nämlich wenn der Beklagte im Inland weder eine gewerbliche oder selbstständige Niederlassung noch einen Wohnsitz hat. In allen anderen Fällen muss der Antrag beim Gericht eingebracht werden, in dessen Bezirk der Antragsgegner seine Niederlassung oder seinen Wohnsitz hat.

IV. Weitere Änderungen

Im Bereich der unlauteren Telefonwerbung ist nun nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UWG-E auch der Einsatz automatischer Anrufmaschinen (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG) ausdrücklich mit Sanktionen belegt. Bislang besteht hier eine Regelungslücke, weil die in § 20 Abs. 1 UWG genannten Telefonanrufe nur von natürlichen Personen getätigt werden können. Weiter soll ein besonders lästiger Aspekt der Telefonwerbung, nämlich die Werbung zur Teilnahme an Gewinnspielen, eingeschränkt bzw. ausgeschlossen werden, indem in § 675 Abs. 3 BGB neu die Textform für Gewinnspielverträge vorgesehen wird. Außerdem erhöht § 20 Abs. 2 UWG-E den Rahmen der Geldbuße bei Übertretung der UWG-Vorschriften von bis zu 50.000 Euro auf bis zu 300.000 Euro.

Schließlich soll ein neu geschaffener Tatbestand in § 308 Nr. 9 BGB neu dazu führen, dass datenschutzrechtliche Einwilligungen in AGB gegenüber Verbrauchern unwirksam sind. Dies gilt dann nicht, wenn der Verbraucher auf die Folgen seiner Weigerung zur Einwilligung (d.h. ob der Vertrag dennoch zustanden kommt), sowie darauf, ob er die Einwilligung widerrufen kann, hingewiesen wird und er angibt, ob er die Einwilligung erteilt. Ein automatisches Erteilen der Einwilligung ist damit nicht möglich.

C. Stellungnahmen und Ausblick

Dem Referentenentwurf wurde mit teils heftiger Kritik begegnet. Wenngleich offizielle Stellungnahmen noch nicht eingeholt wurden, gibt es zahlreiche Meinungsäußerungen von Institutionen, Verbänden oder einzelnen Bloggern. Insbesondere Rechtsanwälte nehmen daran Anstoß, für die Forderungsbeitreibung einem Pauschalverdacht als „unseriös“ ausgesetzt zu sein und mit Inkassounternehmen gleichgesetzt zu werden. Denn die Forderungsbeitreibung stellt einen bedeutenden Teil der anwaltlichen Tätigkeit dar, und der Anwalt/die

Anwältin sind bereits nach standesrechtlichen Regelungen verpflichtet, keine fragwürdigen Forderungen einzutreiben. Wenn einige schwarze Schafe es dennoch tun, dann ist das womöglich Beihilfe zum Betrug und daher als Straftatbestand verfolgbar. Zudem wird darauf hingewiesen, dass auch Rechtsanwälte, die Inkassodienstleistungen erbringen, anwaltlich tätig sind, und gerade das vom Mandanten auch erwartet wird; daher findet die Abrechnung nach RVG und nicht nach einem „Inkasso-Regelsatz“ Anwendung⁹.

Diese Überlegungen sind richtig. Die Beauftragung eines Anwalts mit der Forderungsbeitreibung erfolgt bewusst aus verschiedenen Gründen, sei es wegen seiner spezifischen Kompetenzen oder aus dem Grund, dass er das Mandat auch gerichtlich weiter betreuen kann. Ein reines Inkassomandat, in dem also der Rechtsanwalt uneingeschränkt durch ein Inkassounternehmen ersetzt werden könnte, wird an Rechtsanwälte höchstens im Ausnahmefall erteilt. Auch hinsichtlich der Informationspflichten ist die Neuregelung systemwidrig, da das besonders geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt beeinträchtigt werden kann, wenn der Anwalt zu Auskünften verpflichtet wird, die allein dem Gegner dienen¹⁰.

Die Festlegung von Regelsätzen wird auch von Unternehmerseite kritisiert: da zu befürchten sei, dass das BMJ die Vergütungssätze am unteren Rand des vertretbaren Rahmens ansetzen werde, könnte die Inkassobranche, auf die gerade das Handwerk angewiesen ist, wirtschaftlich unattraktiv werden und damit zu einer deutlichen Verringerung des Marktes führen¹¹; außerdem besteht bereits jetzt eine faktische Obergrenze der Gebühren, da nach einhelliger Rechtsprechung die Inkassokosten nur insoweit als Verzugskosten geltend gemacht werden können, die den RVG-Kosten entsprechen; bei kleineren Forderungen können daher keine unangemessen hohen Inkassokosten entstehen¹².

Die Änderungen im UrhG und im UWG werden differenziert gesehen: das Abmahnwesen wird von vielen Rechtsanwendern tatsächlich als überbordend empfunden. Andererseits ist der Schluss, den der Gesetzgeber daraus zieht – weil eine große Zahl an Abmahnungen erfolgt, muss das Prozessrecht geändert werden – nach zutreffender Meinung falsch¹³. Tatsächlich ist aber eine große Zahl an Abmahnungen gerechtfertigt, weil die Komplexität der gesetzlichen Vorgaben viele Un-

ternehmer, zumal Online-Händler, einfach überfordert. Der richtige Ansatz wäre daher, die Angabepflichten zu vereinfachen und besser klarzustellen.

Die Begrenzung der Gegenstandswerte dürfte außerdem, vor allem im Urheberrecht, zu eng sein, denn der Gegenstandswert von 500 Euro wird zu hoch bemessen sein, wenn es um das schlichte Herunterladen eines einzigen Musiktitels geht; aber er wird deutlich zu gering sein, wenn der Abgemahnte einen aktuellen Kinofilm herunterlädt oder in einer Tauschbörse für eine unbeschränkte Zahl an Usern zur Verfügung stellt¹⁴. Qualifizierte Anwälte werden außerdem oftmals nicht für die sich aus den geringen Streitwerten ergebenden Gebühren tätig werden, so dass der Rechteinhaber womöglich auf einem hohen Teil der Kosten sitzen bleibt. Im UWG-Bereich ist die Streitwertbegrenzung zwar etwas flexibler, da sie nur greift, wenn keine anderweitige Bestimmung angezeigt ist. Dennoch lehnt die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) beide Streitwertbegrenzungen ab¹⁵, während Vertreter der Verbraucher und Unternehmer diese begrüßen¹⁶.

Die faktische Abschaffung des „fliegenden Gerichtsstandes“ wird insbesondere mit dem für die Praxis relevanten Argument kritisiert, dass spezialisierte Anwälte und Gerichte oft an bestimmten Orten konzentriert sind und die Fallbearbeitung durch nicht auf diesem Gebiet spezialisierte Anwälte und Kammern deutlich mehr Zeit in Anspruch nehmen werde¹⁷.

Die Änderung in § 675 BGB hinsichtlich der Textform der Gewinnspielverträge wird von der BRAK mit der zutreffenden Begründung abgelehnt, dass dadurch eine Gesetzesgrundlage für diese Verträge geschaffen wird und ihre Anfechtung wegen Verstoß gegen § 138 BGB dadurch erschwert werden dürfte¹⁸.

Hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Änderungen ist anzumerken, dass die relevanten Parameter für eine wirksame Einwilligung in die Verwendung personenbezogener Daten bereits in § 4a BDSG enthalten sind. Der Vorteil der Neuregelung für den Verbraucher ist unklar.

Die Intention des Gesetzgebers ist verständlich und berechtigt. Mit seinem ersten Referentenentwurf hat das BMJ aber weder bei der Anwaltschaft noch in der Wirtschaft große Zustimmung gefunden. Eine Nachbesserung wird daher zweifellos er-

forderlich sein. Aus diesem Grund sind auch die Auswirkungen für die Praxis noch nicht abzuschätzen. Der weitere Gang der Gesetzgebung ist noch nicht bekannt. Es bleibt daher die weitere Entwicklung abzuwarten.

D. Literaturempfehlungen

Referentenentwurf, abrufbar unter: www.brak.de/zur-rechtspolitik/newsletter/nachrichten-aus-berlin/2012/ausgabe-11-2012-v-08062012.news.htm.

Stellungnahme BRAK, abrufbar unter: <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/mai/stellungnahme-der-brak-2012-27.pdf>.

Hullen, Zum Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken im Internet, jurisPR-ITR 9/2012, Anm. 2.

Kaufmann, Neuerungen zur Einwilligung und zur Telefonwerbung im „Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken“, ZD-Aktuell 2012, 02886.

Maaßen, Abschaffung des effektiven Rechtsschutzes durch das „Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“, GRUR-Prax 2012, 252.

⁸ Dieser ermöglicht bisher die Geltendmachung der Rechtsverletzung am jedem Ort, an dem die Handlung stattgefunden hat, bei einer Verbreitung im Internet somit praktisch überall.

⁹ BRAK-Stellungnahme, S. 3, abrufen unter: www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/mai/stellungnahme-der-brak-2012-27.pdf.

¹⁰ BRAK-Stellungnahme, S. 3, abrufen unter: www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/mai/stellungnahme-der-brak-2012-27.pdf.

¹¹ Stellungnahme des Zentralverbandes des deutschen Handwerks (ZDH), S. 3, abrufbar unter: www.zdh.de/recht-und-organisation/stellungnahmen/stellungnahme-zum-gesetz-gegen-unserioese-geschaefspraktiken.html.

¹² Stellungnahme der DIHK, S. 5, abrufen unter: www.dihk.de/themenfelder/recht-steuern/wettbewerbsrecht-immaterialgueterrecht/wettbewerbsrecht-uwg/positionen/geschaefspraktiken.

¹³ Maaßen, GRUR-Prax 2012, 252.

¹⁴ BRAK-Stellungnahme, S. 9, abrufen unter: www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/mai/stellungnahme-der-brak-2012-27.pdf.

¹⁵ BRAK-Stellungnahme, S. 8, 11, abrufen unter: www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/mai/stellungnahme-der-brak-2012-27.pdf.

¹⁶ Stellungnahme ZDH, S. 6, abrufbar unter: www.zdh.de/recht-und-organisation/stellungnahmen/stellungnahme-zum-gesetz-gegen-unserioese-geschaefspraktiken.html.

¹⁷ Maaßen, GRUR-Prax 2012, 252; BRAK-Stellungnahme, S. 6 ff., abrufen unter: www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/mai/stellungnahme-der-brak-2012-27.pdf.

¹⁸ BRAK-Stellungnahme, S. 5, abrufen unter: www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/mai/stellungnahme-der-brak-2012-27.pdf.

¹ RefEntwurf, S. 13 f.

² Filesharing bezeichnet das direkte Weitergeben von Dateien zwischen Benutzern des Internets (meist) unter Verwendung eines Filesharing-Netzwerks. Dabei befinden sich die Dateien normalerweise auf den Computern der einzelnen Teilnehmer oder bestimmten Servern, von wo sie an interessierte Nutzer verteilt werden.

³ Vgl. § 97a Abs. 2 UrhG, eingeführt durch das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums.

⁴ Vgl. jurisPR-ITR 9/2012, Anm. 2, Hullen.

⁵ Nr. 2300 VV-RVG.

⁶ Dieser Anspruch wurde dem Abgemahnten bisher nicht zugestanden, weil eine unrechtmäßige Abmahnung einfach ignoriert werden könnte und daher eine Rechtsverteidigung nicht als notwendig erachtet wurde.

⁷ Vgl. jurisPR-ITR 9/2012, Anm. 2, Hullen.

Einstweiliger Rechtsschutz im bulgarischen Zivilprozess (Teil 2)

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte, Düsseldorf, Svetozara Angelova, RA'in, Antoaneta Dimolarova, Rozalina Gradinarova & Partners, Sofia

A. Einleitung

Nachdem im ersten Teil des Beitrags¹ die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Antrags zum Erlass einer einstweiligen Verfügung, die Zuständigkeiten und der Arrest aufgezeigt wurden, sollen nunmehr die Unterlassungsverfügung und die Antragsvoraussetzungen zum Erlass einer einstweiligen Verfügung näher betrachtet werden.

Hinweis: Die Ausführungen schließen an den ersten Teil des Beitrags an. Die Gliederung wurde, um die Einheitlichkeit der Serie zu wahren, beibehalten und wird fortgeführt.

B. Die Rechtslage

III. Arten von Sicherungsmaßnahmen

2. Unterlassungsverfügung

Gemäß dem in Art. 389 Abs. 2 des bulgarischen ZPK postulierten Grundsatzes ist der Erlass des sog. Sicherungsbefehls bei allen möglichen Arten von Rechtsansprüchen zulässig. Art. 397 Abs. 1 Nr. 3 ZPK sieht vor, dass die Sicherung durch eine Sicherungshypothek oder durch eine Pfändung als auch durch „andere von dem Gericht bestimmte angemessene Maßnahmen“ zu erfolgen hat. Dies heißt in der Praxis, dass auch Unterlassungsverfügungen nach deutschem Begriffsverständnis vom bulgarischen Recht erfasst sind. Sie werden allerdings nicht ausdrücklich benannt, sondern aufgrund der allgemeinen Regelung des Art. 389 Abs. 2 des bulgarischen ZPK angewandt.

Veröffentlichte Rechtsprechung zu Unterlassungsverfügungen ist allerdings nur in sehr begrenztem Umfang vorhanden. Einige Beispiele sollen nachfolgend zitiert werden:

- Im Rahmen des Markenschutzes kann das Gericht einen Sicherungsbefehl erlassen, mittels dessen dem Antragsgegner untersagt wird, eine Handelstätigkeit unter bestimmter Handelsmarke auszuüben. Auch kann das Gericht mit dem Sicherungsbefehl anordnen, dass die Geschäftsräume, unter denen diese Tätigkeit ausgeübt wird, gesperrt werden².
- Zum Schutz eines Urheberrechts kann das Gericht einen Sicherungsbefehl erlassen, mittels dessen die Ausübung einer Tätigkeit untersagt wird, die eine rechtswidrige unerlaubte Ausnutzung eines Werks darstellt (Art. 96a des bulgarischen Urheberrechtsgesetzes).
- Im bulgarischen Wettbewerbsrecht sind ähnliche Sicherungsmaßnahmen geregelt. Sie werden allerdings nicht vom Gericht (und nicht aufgrund der ZPK) erlassen, sondern durch eine staatliche Behörde, nämlich die bulgarische Kommission zum Schutz des Wettbewerbes (in einem Sonderverfahren).

3. Antragsvoraussetzungen

Das Verfahren zum Erlass einer einstweiligen Verfügung beginnt mit einem schriftlichen Antrag des Antragstellers. In dem Antrag muss der Antragsteller ausdrücklich bestimmen,

- welche konkrete Sicherungsmaßnahme er beantragt und
- den Streitwert (dies allerdings nur bei Sicherung einer Geldforderung oder eines Anspruchs, der in eine Geldforderung übergehen kann).

Art. 394 ZPK regelt, dass das Gericht einen Sicherungsbefehl nur für einen Teil des Anspruchs erlassen kann, wenn nach Auffassung des Gerichts der andere Teil nicht hinreichend glaubhaft gemacht ist.

Über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird vom Gericht am Tage der Zustellung des Antrags entschieden. Der Antragsgegner wird über den Antrag nicht informiert (Art. 395 Abs. 1 i.V.m. Art. 396 Abs. 1 ZPK). Dies ist Ausdruck des Grundprinzips des Verfahrens: Schnelligkeit.

Bei der Prüfung der Zulässigkeit des Sicherungsantrages muss das Gericht folgende Fragen beantworten:

- Ist die „Hauptsacheklage“ generell und wahrscheinlich begründet? (Ist sie mit ausreichenden Beweisen glaubhaft gemacht?) – Dies ist der Anordnungsanspruch nach deutschem Verständnis.
- Besteht ein Sicherungsbedürfnis (Anordnungsgrund), d.h., gibt es ein Risiko für die Zwangsvollstreckung der zukünftigen Gerichtsentscheidung, da der Antragsgegner die Vollstreckung behindert?

Das Gericht vermutet, dass der Antrag begründet ist, wenn der Antragsteller überzeugende schriftliche Beweise zur Glaubhaftmachung vorlegt. Die wahrscheinliche Begründetheit wird ferner vermutet, wenn der Antragsteller bei Gericht eine Prozesssicherheit hinterlegt (Art. 391 Abs. 1 Punkt 2).

In der Praxis allerdings trifft man am häufigsten den Fall an, dass das Gericht eine Prozesssicherheit anfordert ungeachtet des Umstands, dass der Antragsteller ausreichende Beweise vorgelegt hat. Der Staat, die staatlichen Behörden und die Krankenanstalten sind von der Hinterlegung einer Prozesssicherheit freigestellt.

Eine wichtige Ausnahme von den Grundregeln des einstweiligen Rechtsschutzes ist für die Fälle vorgeschrieben, in welchen die Klage gegenüber dem Staat, den staatlichen Behörden, den Gemeinden oder den Krankenanstalten erhoben wird. Gegenüber diesen Rechtssubjekten ist der Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht zulässig (Art. 393 Abs.1 ZPK).

4. Entscheidung des Gerichts/Beschwerde

Aufgrund des Antrags wird vom Gericht ein Beschluss erlassen, mit dem die einstweilige Verfügung erlassen oder zurückgewiesen wird. Entspricht das erkennende Gericht dem Antrag, erlässt es einen „Sicherungsbefehl“ (bulgarischer Begriff „обезпечителна заповед“). Der Sicherungsbefehl ist sofort vollstreckbar. Wenn die Sicherungsmaßnahme eine Pfändung von beweglichen Sachen oder Pfändung von Geldforderungen

des Antragsgegners beinhaltet, ist für den Vollzug des Befehls der Gerichtsvollzieher zuständig. Wenn der Befehl eine Immobilie betrifft, ist das jeweilige Immobilienregister für die Eintragung des Sicherungsbefehls im Grundbuch zuständig.

Erst wenn der Sicherungsbefehl vollzogen ist, wird der Antragsgegner über die getroffene Maßnahme informiert. Von diesem Zeitpunkt an hat er das Recht, hiergegen Beschwerde einzulegen (Art. 396 Abs. 1 ZPK). Die Beschwerde hat allerdings keinen Suspensiveffekt, d.h. die Sicherungsmaßnahme gilt, obwohl der Antragsgegner eine Beschwerde eingereicht hat. Über die Beschwerde entscheidet die höhere Instanz. Die Gegenpartei wird über die Beschwerde informiert und kann innerhalb einer Woche schriftlich erwidern (Art. 396, Abs. 2 ZPK). Eine mündliche Verhandlung gibt es nicht. Das Gericht entscheidet nur aufgrund der schriftlichen Stellungnahmen der Parteien (Beschwerde und Erwidern).

Gemäß bulgarischem Zivilprozessrecht (Art. 398 Abs. 1 ZPK) kann das Gericht auf Antrag einer der Parteien die getroffene Sicherungsmaßnahme gegen andere Maßnahmen austauschen. In diesem Fall ist das Gericht verpflichtet, die Stellungnahme der Gegenpartei anzufordern und diese zu berücksichtigen. Wenn der gesicherte Anspruch einen in Geld bezifferbaren Wert hat, besteht die Möglichkeit für den Antragsgegner, ohne Zustimmung des Antragstellers gewährte Sicherungsmaßnahmen gegen Pfändung von Geld oder Wertpapieren umzutauschen (Art. 398 Abs. 2 ZPK).

Neben der Aufhebung aufgrund einer Beschwerde ist ein häufiger Fall der Aufhebung einer Sicherungsmaßnahme die Konstellation, dass das Ergebnis einer zukünftigen Klage gesichert werden soll, der Kläger dem Gericht aber nicht nachweist, dass die Klage innerhalb der festgelegten Frist erhoben wurde. In diesem Falle wird die Sicherungsmaßnahme von Amts wegen aufgehoben.

Laut Rechtsprechung ist der vorläufige Rechtsschutz auch zulässig, wenn die Parteien eine Schiedsgerichtsabrede getroffen haben. Zuständig für den Erlass der einstweiligen Verfügung ist in diesen Fällen aber nicht das Schiedsgericht, vor dem die Schiedsklage anhängig ist oder in Zukunft anhängig sein wird, sondern die ordentliche Gerichtsbarkeit, die im Hinblick auf die Zulassung einer einstweiligen Verfügung die allgemeinen Regeln der bulgarischen ZPK anwendet.

Eine Sonderform der einstweiligen Verfügung ist im bulgarischen Steuer- und Sozialversicherungskodex geregelt („Данъчно-осигурителен процесуален кодекс“; Art. 195 ff. dieses Kodexes regeln das Verfahren). Das Verfahren ist zur Sicherung von öffentlichen Forderungen (Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen) anwendbar. Zuständig für den Erlass der einstweiligen Verfügung in diesen Fällen ist nicht das Gericht, sondern der öffentliche Vollzieher – ein Organ der Steuerbehörden mit spezifischer Zuständigkeit im Bereich der Zwangsvollstreckung öffentlicher Forderungen.

C. Literaturempfehlungen

Stalev, Bulgarisches Zivilprozessrecht.

Punev, Bobatinov, Balevska und andere, Der Zivilprozesskodex – Kommentar, Probleme der Rechtsanwendung, Analyse der Rechtsprechung, Herausgeber: IK TRUD I PRAVO, 2012.

¹ Vgl. AnwZert HaGesR 14/2012, Anm. 2.

² LG Sliven, Urt. v. 08.06.2010 - r. Ziv. Rechtssache Nr. 174/2010.

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

3

Umfang der Unterbilanzhaftung bei fehlender Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH

Leitsätze:

1. Unterbleibt die mit der Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG und der Anmeldung etwaiger mit einer wirtschaftlichen Neugründung einhergehender Satzungsänderungen zu verbindende Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht, haften die Gesellschafter im Umfang einer Unterbilanz, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung entweder durch die Anmeldung der Satzungsänderungen oder durch die Aufnahme der wirtschaft-

lichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung tritt (Klarstellung zu BGH, Beschl. v. 26.11.2007 - II ZA 14/06 - NJW-RR 2008, 483 und BGH, Beschl. v. 26.11.2007 - II ZA 15/06 - DStR 2008, 933).

2. Bei fehlender Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung tragen die unter dem Gesichtspunkt der Unterbilanzhaftung in Anspruch genommenen Gesellschafter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass in dem Zeitpunkt, zu dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung getreten ist, keine Differenz zwischen dem (statutarischen) Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens bestanden hat.

3. Die Verpflichtung des Gesellschafters, eine zum Zeitpunkt einer wirtschaftlichen Neugründung bestehende Unterbilanz auszugleichen, ist eine auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung, für die der Erwerber des Geschäftsanteils haftet.

Orientierungssätze zur Anmerkung:

1. Die unterbliebene Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH gegenüber dem Registergericht führt nicht zu einer zeitlich unbeschränkten Haftung der Gesellschafter bis zur restlosen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger.

2. Der Unterbilanzhaftungsanspruch erlischt nicht durch faktische Zweckerreichung infolge einer anderweitigen Auffüllung des Haftkapitals.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 06.03.2012, II ZR 56/10

von Michael Merten, RA, Wellensiek Rechtsanwälte

A. Problemstellung

Nach der Rechtsprechung des BGH (Beschl. v. 07.07.2003 - II ZB 4/02 - BGHZ 155, 318) sind bei einer wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH die der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle und der Grundsätze der Unterbilanzhaftung anzuwenden. Vorgehend hatte das OLG München (Urt. v. 11.03.2010 - 23 U 2814/09 - ZIP 2010, 579) ent-

schieden, dass bei unterbliebener Offenlegung eine zeitlich unbeschränkte Haftung der Gesellschafter, die sich gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG a.F. auf Erwerber des Geschäftsanteils erstreckt, bestehe. Ausdrücklich offengelassen wurde dabei, ob für die Gesellschafter die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung besteht.

Mit der vorliegenden Entscheidung konkretisiert der BGH den Umfang der Unterbilanzhaftung bei fehlender Offenlegung gegenüber dem Registergericht und bestätigt die Verpflichtung der Erwerber zum Ausgleich der Unterbilanz. Zugleich statuiert der BGH eine Darlegungs- und Beweislastverteilung zu Lasten des in Anspruch genommenen Gesellschafters.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der klagende Insolvenzverwalter beanspruchte von der Beklagten als alleinige Gesellschafterin der Schuldnerin die Zahlung der zum Stichtag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 08.02.2007 bestehenden Verbindlichkeiten der GmbH. Die im Jahre 1993 in das Handelsregister eingetragene Gesellschaft verfügte Ende des Jahres 2003 über keinerlei Aktiva mehr. Im Jahre 2004 beschloss die Gesellschafterversammlung die Änderung der Firma, die Sitzverlegung und die Änderung des Unternehmensgegenstandes. Der Geschäftsführer wurde abberufen und eine neue Geschäftsführerin bestellt, die in 2004 die Geschäfte entsprechend dem geänderten Unternehmensgegenstand aufnahm. Die Änderungen wurden in das Handelsregister eingetragen. Eine Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht ist jedoch nicht erfolgt. Am 30.12.2005 erwarb die Beklagte, die vorsorglich 25.000 Euro auf das Stammkapital einzahlte, den einzigen Geschäftsanteil an der Schuldnerin.

Der BGH hat entschieden, dass die entsprechend anzuwendenden Gründungsvorschriften des GmbH-Gesetzes bei unterbliebener Offenlegung entgegen der Meinung des OLG München nicht zu einer zeitlich unbeschränkten Haftung der Gesellschafter bis zur restlosen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger führen. Die Haftung der Gesellschafter ist auf eine Unterbilanz begrenzt, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung entweder durch die Anmeldung der Satzungsänderungen oder durch die Aufnahme der wirtschaftli-

chen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung getreten ist.

Bestätigt wurde die vom Berufungsgericht entschiedene Haftung des Erwerbers eines Geschäftsanteils. Die Verpflichtung zum Ausgleich einer zum Zeitpunkt einer wirtschaftlichen Neugründung bestehenden Unterbilanz wird vom BGH als eine auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung qualifiziert, für die der Erwerber nach § 16 Abs. 3 GmbHG a.F. haftet. Denn der Grundsatz, dass ein in der Person eines Gesellschafters einmal entstandener und fällig gewordener Einlageanspruch der Gesellschaft durch einen Gesellschafterwechsel nicht mehr entzogen werden kann, gelte auch für Ansprüche auf Ausgleich der Unterbilanz. Der Unterbilanzhaftungsanspruch sei grundsätzlich wie der Anspruch auf Leistung fehlender Einlagen zu behandeln und unterliege deshalb im Hinblick auf Herkunft und Regelungszweck – ebenso wie die für Sacheinlagen geltende Differenzhaftung – denselben strengen Regeln der Kapitalaufbringung wie die ursprüngliche Einlageschuld.

Die grundsätzlich die Gesellschaft treffende Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen von Unterbilanzhaftungsansprüchen wird bei unterlassener Offenlegung einer Neugründung vom BGH als nicht sach- und interessengerecht angesehen. Die Umgehung des registergerichtlichen Präventivschutzes rechtfertigt nach Ansicht des BGH eine Beweislastumkehr. Die Gesellschafter tragen daher bei fehlender Offenlegung die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung getreten ist, keine Differenz zwischen dem statuarischen Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens bestand.

C. Kontext der Entscheidung

Die Ausführungen des BGH zu Unterbilanzhaftung des Erwerbers – anzuwenden war vorliegend noch § 16 Abs. 3 GmbHG a.F. – lassen vermuten, dass der Anspruch so wie eine rückständige Einlageverpflichtung von dem nunmehr einschlägigen § 16 Abs. 2 GmbHG n.F. erfasst ist. Erwerber müssen daher auch in den Fällen, in denen eine Neugründung nach dem 01.11.2008 erstmals nach außen in Erscheinung getreten ist, damit rechnen, auf Ausgleich einer Unterbilanz in Anspruch genommen zu werden.

D. Auswirkungen für die Praxis

Durch die klarstellende Begrenzung der Haftung auf den Umfang einer Unterbilanz, die im Zeitpunkt des Nachaußentretens der wirtschaftlichen Neugründung besteht, wurde das Risiko der Unterbilanzhaftung begrenzt, da eine zeitlich unbeschränkte Haftung der Gesellschafter bis zur restlosen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger jedenfalls nicht besteht. Ein nicht unerhebliches Haftungsrisiko, das auch den Erwerber von Stammkapitalanteilen trifft, bleibt jedoch bestehen; es ist bei fehlender Offenlegung mit einer Umkehr der Beweislast verbunden.

Erwerber von Stammkapitalanteilen sollten daher sorgfältig prüfen, ob in der Vergangenheit eine wirtschaftliche Neugründung der Gesellschaft erfolgt ist und ob nachgewiesen werden kann, dass eine Unterbilanz zu dem maßgeblichen Zeitpunkt nicht vorlag.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Der BGH beschäftigt sich weitergehend mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Anspruch der Gesellschaft auf Ausgleich einer Unterbilanz als erfüllt gilt. Er stellt in diesem Zusammenhang klar, dass ein automatisches Erlöschen des Anspruchs durch faktische Zweckerreichung infolge einer anderweitigen Auffüllung des Haftungsfonds ausgeschlossen ist. Bei einer Zahlung des Gesellschafters auf diese Einlage-schuld ist daher eine entsprechende Tilgungszweckbestimmung erforderlich.

4

Keine eintragungsfähige Amtsniederlegung des Alleingeschäftsführers einer GmbH bei gleichzeitiger Alleingeschafter- und Geschäftsführerstellung bei deren Gesellschafterin

Leitsatz:

Die ständige Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur fehlenden Eintragungsfähigkeit der Amtsniederlegung eines geschäftsführenden Alleingeschäftsführers einer GmbH gilt auch für den Geschäftsführer einer GmbH, deren Geschäftsführer Al-

leingeschafter und Geschäftsführer einer Unternehmensgesellschaft ist, die sämtliche Gesellschaftsanteile an der GmbH hält.

Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 29.05.2012, 31 Wx 188/12

von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

A. Problemstellung

Das OLG München hatte in einer Handelsregistersache als Beschwerdegericht (§ 68 FamFG, § 119 Abs. 1 Nr. 1b) GVG) zu der Frage zu judizieren, ob der Alleingeschäftsführer einer GmbH sein Amt jederzeit niederlegen und dies in das Handelsregister eintragen lassen kann, wenn er zugleich Alleingeschafter und Geschäftsführer der Gesellschafterin der betroffenen GmbH ist. Die wohl ganz einheitliche Rechtsprechung der Oberlandesgerichte hatte bisher nur zu Fällen entschieden, in denen der Alleingeschäftsführer zugleich Alleingeschafter bzw. Mehrheitsgeschafter der GmbH selbst war und dort die Zulässigkeit der Amtsniederlegung und der Eintragungsfähigkeit derselben im Interesse des Verkehrsschutzes verneint, sofern kein neuer Geschäftsführer bestellt wurde bzw. kein wichtiger Grund vorliegt (OLG Köln, Beschl. v. 01.02.2008 - 2 Wx 3/08 Rn. 5, 6, m.w.N. - ZIP 2008, 646 = ZInsO 2008, 332; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 15.02.2006 - 3 W 209/05 Rn. 8, m.w.N.; u.a. zum wichtigen Grund und auch zu Gegenstimmen; vgl. ferner Jacoby in: Bork/Schäfer, GmbHG, 2010, § 38 Rn. 5). Diese Rechtsprechung blieb allerdings in der Literatur nicht unangefochten (vgl. OLG Köln, Beschl. v. 01.02.2008 - 2 Wx 3/08).

Ausgangspunkt ist strukturell die Unwirksamkeit der Amtsniederlegung als Folge der Annahme eines Rechtsmissbrauchs, der sich in der Amtsniederlegung zeige. Rechtsprechung des BGH zu der Thematik fehlt. In der – soweit erkennbar – letzten Entscheidung in diesem Umfeld (in einer Haftungsklage gegen den Steuerberater einer GmbH; BGH, Beschl. v. 08.10.2009 - IX ZR 235/06 Rn. 2) hat der BGH lediglich auf die OLG-Rechtsprechung hingewiesen und darauf, der BGH habe bisher weder zu der Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit der Amtsniederlegung in diesen Fällen judiziert noch bestehe anlässlich des entschiedenen Falles Anlass zur Entscheidung in dieser Frage. In allen zitierten Fällen sowie in der Besprechungsentscheidung ist

die Situation zudem durch die Insolvenz der betroffenen GmbH gekennzeichnet.

Nicht entschieden wurde bisher zu der Frage, wie die Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG zu beurteilen ist bzw. ob die zitierte oberlandesgerichtliche Rechtsprechung auch dann heranzuziehen ist, wenn der betroffene Geschäftsführer nicht selbst Allein- oder Mehrheitsgesellschafter ist, sondern wenn er diese Funktionen bei der alleinigen Gesellschafterin der GmbH einnimmt. Mit anderen Worten fehlt eine Antwort darauf, welche Konsequenz die lediglich mittelbare Beherrschung der GmbH hat.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. In einer Fallkonstellation der mittelbaren Position als Alleingesellschafter war der am Register(beschwerde)verfahren Beteiligte erst am 20.01.2012 als Alleingeschäftsführer der betroffenen GmbH im Handelsregister eingetragen worden. Alleingesellschafterin ist eine UG, deren Alleingesellschafter-/geschäftsführer wiederum der Beteiligte ist. Bereits am 21.03.2012 beehrte er, seine Abberufung als Geschäftsführer im Handelsregister einzutragen, da er sein Amt niedergelegt habe. Das AG - Registergericht - Kempten (zu HRB 10644, Gusswerk W... GmbH) lehnte den Antrag ab. Bereits am 17.01.2012 war vom AG Kempten (Insolvenzgericht, Az.: IN 22/12) auf vorherigen Eigenantrag der GmbH auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt eingesetzt worden, am 27.01.2012 beschloss das Amtsgericht - zur „Sicherstellung der Fortführung des Schuldnerbetriebs“ - dem vorläufigen Insolvenzverwalter das Hausrecht zu übertragen und ihm die Berechtigung zu verleihen, „Hausverbote“ auszusprechen. Am 01.04.2012 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet (vgl. unter www.insolvenzbekanntmachungen.de sowie Besprechungsentscheidung Rn. 1; zur HRB-Nummer vgl. die Angabe der Besprechungsentscheidung zum Verfahrensgang). Das AG - Registergericht - Kempten hat der Beschwerde nicht abgeholfen, das OLG München hat sie zurückgewiesen. Die Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen.

II. Das OLG München betont mit der Rechtsprechung des BGH, dass der Geschäftsführer der GmbH sein Amt niederlegen kann, auch wenn über den wichtigen Grund der Beendi-

gung der Tätigkeit als Geschäftsführer Streit zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer besteht. Auch für die Ausnahme in den unter Abschnitt A. geschilderten Fällen der Amtsniederlegung durch den Alleingeschäftsführer, der zugleich Alleingesellschafter ist, schließt sich das Oberlandesgericht der unter Abschnitt A. dargestellten Rechtsprechung an. Diese Rechtsprechung dehnt es zugleich auf Sachverhalte aus wie den in der Entscheidung zugrundeliegenden Fall der mittelbaren Alleingesellschafterstellung des Geschäftsführers. Grund ist hier wie da die für den Rechtsverkehr bestehende Unsicherheit über die Vertretung der GmbH, die mit dem Wegfall des Geschäftsführers, der zugleich seine Gesellschafterstellung ablehnt und auch keinen neuen Geschäftsführer bestellt, „aktiv und passiv handlungsunfähig“ werde (Besprechungsentscheidung Rn. 5). Das laufende Insolvenzverfahren sei unbeachtlich, weil die Gesellschaft und deren Organe in der Insolvenz fortbestehen, wenn auch ihre Zuständigkeiten auf außerhalb der Masse liegende Gegenstände beschränkt seien.

Das MoMiG habe entgegen Literaturmeinungen an der Rechtslage vorliegend nichts geändert. Zwar werde die Gesellschaft im Falle der Führungslosigkeit (= Fehlen eines ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführers) durch den Gesellschafter in den Fällen der Passivvertretung des § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG vertreten, der zudem die Insolvenzantragspflicht in diesem Fall nach § 15a Abs. 3 InsO habe. Das Gesetz wollte damit Missbräuche bekämpfen. Eine Regelung über die „Aktivvertretung“ der Gesellschaft fehle aber. Damit könne man insoweit weiterhin die bisherige Linie der Rechtsprechung fortsetzen.

Unbeachtlich sei, ob der Beteiligte den Erwerb der Anteile an der betroffenen GmbH, der Insolvenzschuldnerin, wegen arglistiger Täuschung anfechten könne. Dies sei Gegenstand eines Feststellungsrechtsstreits gegen die Veräußerer. Mit der hier zu entscheidenden registerrechtlichen Frage habe das nichts zu tun. Die Probleme des Erwerbs sind, so das OLG München im Ergebnis, allein der Risikosphäre des Beteiligten als Erwerber der Anteile zuzurechnen und nicht den am Rechtsverkehr mit der GmbH beteiligten Dritten. Das Registergericht habe keine generelle Prüfung der materiellrechtlichen Seite vorzunehmen. Insgesamt bietet die gegebene Sachlage auch vor dem Hintergrund des MoMiG aus dem Blick des Oberlan-

desgerichts keinen Anlass, von der bisherigen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte abzuweichen.

C. Kontext der Entscheidung

I. Der Entscheidung ist zuzustimmen. Es ist evident, dass der Fall der mittelbaren Alleingesellschafterposition wie hier so zu behandeln ist, als sei der Geschäftsführer auch bei der Tochtergesellschaft Alleingesellschafter. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist auch in der Sache richtig. Der Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer kann sein Amt nicht niederlegen, wenn nicht zugleich ein anderer Geschäftsführer bestellt ist. Wer würde auch in den konkreten Situationen, die hier relevant sind (Existenzkrise der Gesellschaft vor oder nach Insolvenzantrag), die Geschäftsführerfunktion übernehmen wollen? Es gibt zwei Ausnahmen: Die eine – positive Lösung – ist die Funktionsübernahme durch eine in Sanierungen erfahrene Persönlichkeit, die das Vertrauen aller Gläubiger genießt und die beispielsweise über ein Schutzschirmverfahren gemäß § 270b InsO n.F. (ab 01.03.2012) die Sanierung über einen Insolvenzplan unter Überwachung durch einen vom Insolvenzgericht eingesetzten Sachwalter betreibt. In diesem Fall kann sich der Geschäftsführer abberufen lassen, er wird dann auch einen neuen Geschäftsführer bestellen, nämlich den Sanierungsexperten. Die andere – negative – Lösung ist die der unseriösen, durchaus strafrechtlich relevanten Firmenbestattung, der die Amtsniederlegung ohne Bestellung eines neuen Geschäftsführers bei der gegebenen Konstellation nahekommen kann.

II. Die Zulässigkeit der Amtsniederlegung des Geschäftsführers, ungeachtet des Bestehens eines wichtigen Grundes hierfür, ist aber die Regel, der Rechtsmissbrauch, wie schon die Begrifflichkeit zeigt, die absolute Ausnahme. Wie das OLG München in der Besprechungsentscheidung herausarbeitet, geht es auch um eine Risikosphärenabwägung. Ist der Alleingesellschafter – wie vorliegend – offenbar erst kurz zuvor Inhaber der Anteile geworden und hat er sich zum Geschäftsführer bestellt, so kann er bei Täuschung anlässlich des Erwerbs der Anteile den schuldrechtlichen Erwerbsvertrag gemäß § 123 BGB anfechten, der dann – ggf. erst bei Erfolg einer darauf gerichteten Feststellungsklage – rückwirkend nichtig wird (§ 142 Abs. 1 BGB). Ob damit im Einzelfall auch das Erfüllungsge-

schäft infolge Fehleridentität wegfällt, wenn das auch der Regelfall sein mag (vgl. dazu Ellenberger in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, Überbl. v. § 104 Rn. 23, m.w.N.), kann der Geschäftsverkehr ebenso wenig beurteilen wie die Begründetheit der Anfechtung. Besteht Fehleridentität, dann ist der Erwerber auch nicht Gesellschafter geworden und aus seinem Blick daher auch nicht zur Bestellung eines neuen Geschäftsführers befugt. Die Anteilsinhaber wären dann nach wie vor die bisherigen Gesellschafter, die Gesellschafterliste wäre unrichtig. Diese Problematik gehört indes allein der Risikosphäre zwischen Veräußerer und Erwerber an, der zugleich Alleingeschäftsführer ist. Die Nachteile aus diesem Spannungsverhältnis, wollte man die Amtsniederlegung ohne Bestellung eines neuen Geschäftsführers akzeptieren, trafen aber allein den Rechtsverkehr mit Dritten. Die Gesellschaft wäre in diesen Fällen „völlig [handlungsunfähig] und [es bestünde] eine unabsehbare Unklarheit hinsichtlich ihrer Vertretung [...]“ (Besprechungsentscheidung Rn. 5).

III. Das MoMiG hat hieran im vorliegenden Fall nichts geändert. Die Gesellschaft ist mit Wegfall des Geschäftsführers „führungslos“ (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG). An seine Stelle tritt für die Passivvertretung der Gesellschafter – eine Lösung, die ins Leere geht, wenn dieser seine Gesellschafterposition (zu Recht) verneint (Nichtigkeit der Anteilsübertragung wegen Fehleridentität, s.o.) und es nicht auf die formelle Rechtslage nach der Gesellschafterliste ankommt (§ 40 GmbHG), sondern eben auf die materiell-rechtliche Beurteilung. Dafür spricht der Gleichlauf mit dem Geschäftsführer, bei dem das materielle Recht und nicht die Registerlage entscheidend ist (Jacoby in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 35 Rn. 44, m.w.N., meint, die materiell-rechtliche Lage sei „in erster Linie“ maßgeblich). Das Bestreiten der Passivvertretung durch den Gesellschafter kann ebenfalls nicht zu Lasten des Verkehrsschutzes gehen. Daher spricht § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG nicht gegen die Lösung des OLG München, sondern im Gegenteil dafür. Auch die Insolvenzantragspflicht des Gesellschafters bei Führungslosigkeit nach § 15a Abs. 3 InsO führt in den vorliegenden Fällen aus denselben Gründen nicht weiter, der Schutz Dritter wäre mangelhaft (a.A. Jacoby in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 38 Rn. 5). Keine wirkliche Alternative ist auch die Möglichkeit der Bestellung eines Notgeschäftsführers gemäß § 29 BGB durch das Registergericht, ungeachtet des Umstandes, dass die

Rechtsprechung in den Fällen missbräuchlicher Amtsniederlegung die Anwendung des § 29 BGB ablehnt (vgl. Ellenberger in: Palandt, BGB, § 29 Rn. 2, m.w.N.). Der Dritte (Gläubiger usw.) müsste zudem den Antrag nach § 29 BGB stellen und auch den Notgeschäftsführer vergüten. Im Ergebnis gilt das auch für den Prozesspfleger gemäß § 57 ZPO, wenn die beklagte GmbH führungslos ist (vgl. Gehrlein in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 3. Aufl. 2011, § 57 Rn. 1, 2, 5).

IV. Auch der Umstand der Insolvenzantragstellung bzw. der Insolvenzeröffnung rechtfertigt keine andere Betrachtung, obwohl es bei der GmbH kein massereiches Vermögen (vgl. § 36 InsO) gibt, abgesehen von der Freigabe nach Insolvenzeröffnung (vgl. Eickmann in: Kreft, HK-InsO, 6. Aufl. 2011, § 35 Rn. 47, m.w.N., h.M.; a.A. mit beachtlichen Gründen Meyer in: Cranshaw/Paulus/Michel, Bankenkomentar zum Insolvenzrecht, 2011, § 36 Rn. 2, m.w.N., § 35 Rn. 67, 68, m.w.N.). Zudem berührt die Insolvenzeröffnung die Gesellschaftsorgane nicht, sie werden vielmehr nur im Hinblick auf ihre Tätigkeit gegenüber der Masse im Rahmen der Zuständigkeit des Insolvenzverwalters beschränkt. Bei Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO) besteht die Geschäftsführerfunktion fort, lediglich Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung sind beschränkt (vgl. § 276a InsO nach dem ESUG ab 01.03.2012). Im Insolvenzeröffnungsverfahren ohne „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 22 InsO) mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Schuldnervermögen bleibt die Geschäftsführerfunktion ebenfalls aufrechterhalten.

V. Es spricht daher in den hier zu beurteilenden Grenzfällen alles für die bisherige gefestigte OLG-Rechtsprechung. Probleme der Vertretungsmacht und der Gesellschafterstellung im beschriebenen Kontext können nicht zu Lasten des Verkehrsschutzes gehen. Es spielt übrigens keine Rolle, ob der Geschäftsführer sein Amt niederlegt oder ob er sich selbst in einer Gesellschafterversammlung selbst abberuft oder eine „eilvernehmliche Aufhebung des Organverhältnisses“ erfolgt (OLG Zweibrücken, Beschl. v. 15.02.2006 - 3 W 209/05 Rn. 9). Sogar dann, wenn ein wichtiger Grund tatsächlich vorliegen sollte, muss man die Aufgabe der Organstellung durch den Alleingesellschafter als Rechtsmissbrauch betrachten; die Rechtsprechung meint allerdings, dies gelte nur, wenn der wichtige Grund ungeklärt sei (OLG Hamm, Beschl. v.

21.06.1988 - 15 W 81/88 Rn. 37 ff. - ZIP 1988, 1048; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 15.02.2006 - 3 W 209/05 Rn. 8, m.w.N.).

D. Auswirkungen für die Praxis

Verhalten sich die betroffenen Geschäftsführer rechtstreu, gehen sie kein persönliches Risiko ein. Von einer Amtsniederlegung, Abberufung oder Aufhebung der Organstellung muss man angesichts der zutreffenden OLG-Rechtsprechung wie derjenigen des OLG München abraten. Dadurch der Gesellschaft entstehende Schäden könnten den missbräuchlich handelnden Geschäftsführer treffen (z.B. nach § 43 GmbHG). Ob Dritte ebenfalls Ersatzansprüche haben könnten, muss vorliegend offen bleiben. Durch die Fortführung der Amtsführung beim Geschäftsführer „wider Willen“ eingetretene Schäden können bei der Rückabwicklung des Kaufs einer GmbH wie hier außerhalb etwaiger Bereicherungs- und sonstiger Ansprüche ggf. als Ersatzanspruch gegenüber dem Verkäufer aus Delikt (§ 826 BGB) geltend gemacht werden oder als Schadensfolge aus einem Anspruch aus Verschulden bei Vertragschluss (§§ 280, 311 Abs. 2 BGB).

5

Keine Eintragung des "Sprechers der Geschäftsführung" ins Handelsregister

Leitsatz:

In das Handelsregister kann die Funktion eines von mehreren Geschäftsführern einer GmbH als "Sprecher der Geschäftsführung" nicht eingetragen werden.

Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 05.03.2012, 31 Wx 47/12

von Günter Friedel, RA, Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf

A. Problemstellung

Der 31. Zivilsenat des OLG München beschäftigt sich mit der Frage, ob ein in der Unternehmenswirklichkeit häufig verwendeter Titel „Sprecher der Geschäftsführung“ in das Handelsregister eingetragen werden kann und verneint diese.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Zur Eintragung im Handelsregister der beteiligten GmbH ist u.a. angemeldet: „Zum weiteren Geschäftsführer der Gesellschaft wurde S. G. bestellt. Die Vertretung durch den neuen Geschäftsführer ist geregelt wie folgt: Sie vertritt die Gesellschaft gemäß der Satzung. Herr. R. L., bisher bereits Geschäftsführer der Gesellschaft, ist jetzt Sprecher der Geschäftsführung.“ Nach der allgemeinen Vertretungsregelung der Gesellschaft vertritt ein Geschäftsführer die Gesellschaft allein, sofern ein Geschäftsführer bestellt ist. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten.

Das Registergericht beanstandete mit Zwischenverfügung vom 23.01.2012, dass der bisherige Geschäftsführer nicht als Sprecher der Geschäftsführung eingetragen werden könne. Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Registergericht habe zu Recht die Eintragung des bisherigen (Allein-)Geschäftsführers als „Sprecher der Geschäftsführung“ abgelehnt, da diese Tatsache nicht eintragungsfähig ist – so das OLG München. Dies wäre nur dann der Fall, wenn es sich bei der von der Beschwerdeführerin zur Eintragung angemeldete Tatsache entweder um eine eintragungspflichtige oder um eine zwar nicht eintragungspflichtige, aber eintragungsfähige Tatsache handeln würde. Beides sei nicht der Fall. Anders als das Aktienrecht kenne das GmbHG eine solche herausgehobene Stellung eines von mehreren Mitgliedern des Vertretungsorgans als „Sprecher der Geschäftsführung“ nicht.

Entgegen dem Beschwerdevorbringen stelle die zur Eintragung angemeldete Funktion des bisherigen Geschäftsführers auch keine eintragungsfähige Tatsache dar, so das OLG München weiter. Zwar sei anerkannt, dass auch nicht eintragungspflichtige Tatsachen grundsätzlich eintragungsfähig sein können, wenn für deren Eintragung ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs bestünde. Insbesondere dürfe das Handelsregister durch solche Eintragungen nicht unübersichtlich werden oder zu Missverständnissen Anlass geben. Letzteres ließe sich bei einer Eintragung der Funktion „Sprecher der Geschäftsführung“ nicht ausschließen, stellt

das Oberlandesgericht fest. Eine solche Eintragung weise vielmehr einem der Geschäftsführer eine hervorgehobene Stellung zu. Sie erwecke den Eindruck, dass dieser ermächtigt ist, allein im Namen für die Gesellschaft im Rechtsverkehr aufzutreten. Dies stünde nicht mit der allgemeinen Vertretungsregelung der GmbH in Einklang. Die für den Rechtsverkehr gebotene Eindeutigkeit und Klarheit dieser Vertretungsregelung wäre bei Eintragung der Funktion nicht mehr gewährleistet. Im Übrigen sei ein unabweisbares Bedürfnis für die Eintragung dieser an sich nicht eintragungspflichtigen Tatsache in das Handelsregister nicht ersichtlich.

C. Kontext der Entscheidung

Die vorliegende Entscheidung des OLG München bestätigt zu Recht die restriktive Eintragungspraxis der Registergerichte bei der Aufnahme von Titeln oder Zusätzen in das Handelsregister. Eingeleitet hat diese Entwicklung der BGH bereits im Jahr 1997 (BGH, Beschl. v. 10.11.1997 - II ZB 6/97 - NJW 1998, 1071).

Eintragungspflichtig ist zunächst alles, was gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist (BGH, Beschl. v. 14.02.2012 - II ZB 15/11 - GmbHR 2012, 510, 511). Das GmbHG kennt aber weder die Stellung eines „Sprechers der Geschäftsführung“ noch sieht § 43 Nr. 4 HRV (Handelsregisterverordnung) für eine solche Funktion eine Eintragungspflicht vor. Auch für eine entsprechende Anwendung der für eine Aktiengesellschaft bzw. eine Societas Europaea („SE“) geltenden Regelung in § 43 Nr. 4b HRV, wonach der Vorsitzende des Vorstandes bzw. des Leitungsorgans bei der Eintragung besonders zu bezeichnen ist, ist mangels einer gesetzlichen Regelungslücke Raum. Die sachliche Rechtfertigung hierfür liegt allein im Aktiengesetz (vgl. § 84 Abs. 2 AktG). Das GmbHG hingegen kennt eine solche herausgehobene Stellung eines von mehreren Mitgliedern des Vertretungsorgans nicht.

Eintragungspflichtig ist zudem alles, was ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift Sinn und Zweck des Handelsregisters einzutragen fordert. Hierzu zählt etwa die Gestattung des Selbstkontrahierens bei GmbH und GmbH & Co KG. (vgl. Hopt in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, § 8 Rn. 5)

Es ist anerkannt, dass auch nicht eintragungspflichtige Tatsachen grundsätzlich eintragungsfähig sein können. Dabei ist aber mit Rücksicht auf die strenge Formalisierung des Registerrechts mit gesetzlich nicht vorgesehenen Eintragungen Zurückhaltung geboten (BGH, Beschl. v. 10.11.1997 - II ZB 6/97 - NJW 1998, 1071). Lediglich die Tatsachen und Rechtsverhältnisse, für deren Eintragung ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs besteht, dürfen in das Handelsregister eingetragen werden (BGH, Beschl. v. 10.11.1997 - II ZB 6/97 - NJW 1998, 1071; BGH, Beschl. v. 14.02.2012 - II ZB 15/11 - GmbHR 2012, 510, 511; BayObLG, Beschl. v. 20.07.2000 - 3Z BR 72/00 - BayObLGZ 2000, 213, 215). Das Handelsregister hat nämlich nicht die Aufgabe, sonstige Rechtsverhältnisse der Unternehmer und Unternehmen darzustellen, insbesondere nicht solche internen Verhältnisse, die z.B. auf die Vertretung des Rechtsträgers durch Organe oder Prokuristen keinen Einfluss haben (vgl. BGH, Beschl. v. 10.11.1997 - II ZB 6/97 - NJW 1998, 1071; Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 85). Insbesondere darf das Handelsregister durch solche Eintragungen nicht unübersichtlich werden oder zu Missverständnissen Anlass geben (BGH, Beschl. v. 10.11.1997 - II ZB 6/97 - NJW 1998, 1071). Nicht eintragungsfähig ist daher etwa auch der Stellvertreterzusatz bei stellvertretenden GmbH-Geschäftsführern (BGH, Beschl. v. 10.11.1997 - II ZB 6/97 - NJW 1998, 1071), oder die Erteilung einer Handlungsvollmacht.

D. Auswirkungen für die Praxis

Zwar ist die Verwendung von besonderen Titeln wie „Sprecher der Geschäftsführung“ oder „stellvertretender Geschäftsführer“ grundsätzlich zulässig. Das Handelsregister jedoch kennt nur den oder die Geschäftsführer. Besondere Titel werden daher nicht in das Handelsregister eingetragen. Abweichungen vom üblichen Umfang der Vertretungsmacht und Pflicht eines Geschäftsführers können deswegen in der Satzung durch ausdrückliche Regelung aufgenommen werden, sind aber nicht von der Registerpublizität erfasst. Im Außenverhältnis bleibt es somit beim Grundsatz der unbeschränkten Vertretungsmacht in § 37 Abs. 2 GmbHG und der daraus resultierenden Haftung.