

## 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:  
04.11.2015

Erscheinungsweise:  
vierzehntäglich

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

### 21/2015

#### Inhaltsübersicht:

#### AUFSÄTZE

Anm. 1

#### **Bedarf es eines besonderen AGB-Rechts für Unternehmen?**

von Stefan H. V. Wilke, RA, Laura Bäumer, beide Deloitte Legal, Düsseldorf

Anm. 2

#### **Einstweiliger Rechtsschutz in Finnland (Teil 2)**

von Irene Hallikainen, RA'in, Hedman Partners Attorneys Ltd., Helsinki, Finnland, Esa Halmari, RA, Hedman Partners Attorneys Ltd., Helsinki, Finnland, Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwalts-gesellschaft mbB, Düsseldorf

#### ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Anm. 3

#### **Ablehnung der Aufnahme einer GmbH-Gesellschafterliste mit Testamentsvollstreckungsvermerk durch das Registergericht**

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 24.02.2015, II ZB 17/14  
von Dr. Mathias Korsten, RA, FA für Handels- und Gesellschaftsrecht und Notar, Mock Rechtsanwälte, Berlin

Anm. 4

#### **Zur gesellschafterlichen Treuepflicht bei "Sanieren oder Ausscheiden"**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 09.06.2015, II ZR 420/13  
von Dr. Michael Hippeli, LL.M., Oberregierungsrat

Anm. 5

#### **Keine Irreführung bei der Verwendung von Namen von Nichtgesellschaftern**

Anmerkung zu OLG Rostock, Beschluss vom 17.11.2014, 1 W 53/14  
von Günter Friedel, RA, Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf

**Zitervorschlag:** Wilke/Bäumer, AnwZert HaGesR 21/2015 Anm. 1  
**ISSN 1869-1331**

## AUFSÄTZE

1

### Bedarf es eines besonderen AGB-Rechts für Unternehmen?

von Stefan H. V. Wilke, RA, Laura Bäumer, beide Deloitte Legal, Düsseldorf

#### A. Einleitung

Deutsche Rechtsberater stoßen vielfach auf Unverständnis bei nationalen und internationalen Mandanten, wenn sie versuchen, die Untiefen des AGB-Rechts und hier insbesondere die (Un-)Möglichkeiten zur Vereinbarung einer sinnvollen, ggf. am Auftragsvolumen orientierten Haftungsbegrenzung, zu erklären. Denn Unternehmen sind derzeit nicht in der Lage, bei standardisierten Vertragsabschlüssen mit anderen Unternehmen ihre Haftung rechtssicher zu beschränken. Zu diesem Ergebnis kommt zuletzt auch eine durch das Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegebene Studie zum Thema „AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen – unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen“.<sup>1</sup>

Hintergrund der Studie war Kritik aus Teilen der Wirtschaft, wonach die AGB-Kontrolle die Vertragsfreiheit von Unternehmen unangemessen stark einschränke. Die zwischen August 2013 und Juli 2014 durchgeführte Studie sollte insoweit klären, ob und in welchem Umfang ein Reformbedarf besteht.

#### B. Die Rechtslage

##### I. Bisherige Positionen zum AGB-Recht

Die Kritik am AGB-Recht ist allerdings nicht neu. Bereits im Jahr 2008 gründete sich die „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“.<sup>2</sup> Sie wurde von Anwaltskanzleien sowie Wirtschaftsverbänden wie VDMA und ZVEI, der IHK Frankfurt am Main, Rechtswissenschaftlern und Syndizi ins Leben gerufen. Die Initiative argumentiert, das AGB-Gesetz sei ursprünglich als reines Verbraucherschutzgesetz geplant gewesen. Denn erst auf Vorschlag des Deutschen Juristentages von 1974 entschloss sich der Gesetzgeber, die Möglichkeit der Inhaltskontrolle von AGB auf Unternehmen auszuweiten. Das ursprüngliche gesetzgeberische Ziel allerdings, für den b2b-Bereich eine stärkere Flexi-

bilität und Elastizität zu ermöglichen, wurde dabei jedoch außer Acht gelassen. Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB im kaufmännischen Geschäftsverkehr „Indizien für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners“ sind. Auf dieser Grundlage wird im Regelfall vermutet, dass im unternehmerischen Geschäftsverkehr die gleichen Standards gelten wie gegenüber Verbrauchern.

Als ersten Erfolg der Frankfurter Initiative gaben die Bundesländer einen Prüfungsauftrag an das Bundesministerium der Justiz<sup>3</sup>, eine Anhörung zu dem Thema erfolgte im März 2012.<sup>4</sup> Wenige Monate später schloss sich der 69. Deutsche Juristentag im September 2012 in seinen Beschlüssen der Meinung an, dass das AGB-Recht im b2b-Bereich einer Reform bedürfe.<sup>5</sup> Der 69. Deutsche Juristentag beschloss konkret:

- Die von der Rechtsprechung herausgebildete weitgehende Gleichbehandlung von AGB in b2c- und b2b-Bereich, insb. die Indizierung der §§ 308, 309 BGB, ist abzulehnen.
- Im b2b-Bereich sind die Anforderungen an das Aushandeln von Vertragsbedingungen den Gepflogenheiten unternehmerischer Vertragsverhandlungen anzupassen.
- Im b2b-Bereich sollte sich der Maßstab der Inhaltskontrolle an der guten unternehmerischen Praxis einer Branche, eines Industriesektors bzw. eines Wirtschaftszweiges orientieren.

Freilich gibt es nicht nur Befürworter einer Reform des AGB-Rechts. Ebenfalls im Jahr 2012 bildete sich die Gegeninitiative „pro AGB-Recht“, welche aus 30 Wirtschaftsverbänden aller Branchen besteht.<sup>6</sup> In einer gemeinsamen Erklärung von April 2013 legte die Initiative dar, dass sich das AGB-Recht auch im Verhältnis zwischen Unternehmen bewährt habe.<sup>7</sup>

##### II. Ergebnis der Studie des BMJ

Die zuletzt durchgeführte Studie hat in einer Analyse höchstrichterlicher Rechtsprechung ergeben, dass wirkungsvolle Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse im Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB kaum möglich sind. Da § 309

Nr. 7b BGB für den unternehmerischen Rechtsverkehr Indizwirkung zugemessen wird, kommt eine Freizeichnung für grobes Verschulden grundsätzlich nicht in Betracht. Hinzu tritt das aus § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB abgeleitete Freizeichnungsverbot für wesentliche Vertragspflichten, welches auch für einfache Fahrlässigkeit gilt. Auch die verbleibende Möglichkeit, die Haftung zu beschränken, ist von wenig praktischer Relevanz, denn nach ständiger Rechtsprechung des BGH muss die Haftung für die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten mindestens den vorhersehbaren, vertragstypischen Schaden umfassen (Vorhersehbarkeitsformel).

Die Untersuchung der branchenüblichen Haftungsbeschränkungen in verschiedenen Vertragstypen ergab ferner, dass insbesondere summenmäßige Haftungsbeschränkungen, die die maximale Haftung auf einen bestimmten Prozentsatz des vereinbarten Entgeltes festsetzen, im unternehmerischen Rechtsverkehr weit verbreitet sind und in vielen Bereichen dem Marktstandard entsprechen. Letzteres gilt vor allem für Verträge des Unternehmenskaufs, des Anlagen- und Industriebaus, der Kontraktlogistik und des Outsourcings, wo die entsprechenden Haftungsbeschränkungen zentraler Bestandteil der von den Parteien vereinbarten Risikoallokation sind und typischerweise mit Haftungserleichterungen in Form von Garantien, Vertragspönalen oder Schadenspauschalen korrespondieren. Die üblichen Haftungsbeschränkungen werden den von der Rechtsprechung aus den §§ 307 ff BGB abgeleiteten Maßstäben nicht gerecht.

Die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung hängt somit entscheidend davon ab, ob die Klausel die Anforderungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB an eine Individualvereinbarung erfüllt. Hierbei handelt es sich um eine Frage des Einzelfalls. Generell besteht jedoch die Problematik, dass die Notwendigkeit von Haftungsbeschränkungen wegen deren Branchenüblichkeit in der Praxis meist von keiner der Parteien grundsätzlich infrage gestellt wird. Es fehlt mithin regelmäßig am Aushandeln (dem ernsthaften Zur-Disposition-Stellen) der Klausel, welches in der Rechtsprechung aber Voraussetzung einer Individualvereinbarung ist. Weiterhin hat die Studie ergeben, dass im unternehmerischen Rechtsverkehr Vertragsschlüsse in erheblichem Umfang auf Basis standardisierter Vertragsbedingungen mit geringem Vertragsgestaltungs- und Verhandlungsaufwand erfolgen und daher ganz überwiegend in

den Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB fallen dürften.

Ein Unternehmer, der, sei es auch nur zur Vorbereitung von Vertragsverhandlungen, einem anderen Unternehmer Klauselvorschläge unterbreitet, kann es kaum vermeiden, als Verwender von AGB behandelt zu werden.

Regelmäßig geht die Rechtsprechung davon aus, dass es sich um „vorformulierte Vertragsbedingungen handelt, die eine Vertragspartei der anderen bei Abschluss des Vertrages stellt“, § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB. Die Anforderungen der Rechtsprechung, wann eine Klausel als ausgehandelt gilt, sind hoch.

Die Studie des BMJ kommt schließlich zu dem Ergebnis, dass ein Reformbedarf des AGB-Rechts im b2b-Bereich besteht und empfiehlt als Reformvorschlag in Abkehr von der Vorhersehbarkeitsformel des BGH die Einführung einer Regelung, wonach im unternehmerischen Rechtsverkehr summenmäßige Haftungsbeschränkungen zulässig sind.<sup>8</sup> Einschränkend soll dies jedoch nur möglich sein, sofern die Haftungsbeschränkungen dem Verwender nicht jeglichen Anreiz zum sorgfältigen Handeln nehmen und er den Klauselgegner explizit auf die Haftungshöchstsumme hinweist. Darüber hinaus wird die Einführung einer an den Gegenstandswert des Vertrags knüpfenden Wertgrenze empfohlen, ab deren Erreichen die §§ 307 ff. BGB nicht mehr anwendbar sind, bzw. die Einführung einer Regelung, wonach die AGB-Kontrolle bei einem erheblichen wirtschaftlichen Ungleichgewicht (entsprechend) Anwendung findet (auch oberhalb der Wertgrenze).

### III. Weitere Reformvorschläge zur Änderung des AGB-Rechts

Der Reformvorschlag der BMJ-Studie ist bei Weitem nicht der Einzige.

#### 1. Verhandeln statt Aushandeln

Die „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“ und einige andere<sup>9</sup> schlagen vor, § 305 Abs. 1 BGB einen neuen Satz 4 hinzuzufügen:

„Wird eine Vertragsbedingung gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen

Sondervermögen verwendet, so gilt sie als ausgehandelt, wenn die Vertragsparteien über sie im Einzelnen oder im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen desselben Vertrags in einer dem Gegenstand des Vertrages und den Umständen des Vertragsschlusses angemessenen Weise verhandelt haben.“

Dieser neue Satz soll Unternehmern die Möglichkeit geben, dem strengen Maßstab, den die Rechtsprechung an das Merkmal „Aushandeln“ legt, zu entgehen. Indizien für eine verhandelte Vertragsbedingung könnten z.B. Vertragsverhandlungen über einen längeren Zeitraum, frühere inhaltsgleiche Vertragsabschlüsse, Ausnahme von Änderungswünschen, Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der vorformulierten Vertragsbedingungen, juristische Beratung oder auch die Unternehmensgröße sein.

Dieser Gesetzesvorschlag liefert eine Grundlage für eine einzelfallbezogene Wertung.<sup>10</sup> Unter diesen Umständen kann eine Klausel als in einem Vertrag, der von Anwälten oder Hausjuristen der Partei verhandelt wurde, auch dann ohne weiteres als ausgehandelt gelten, wenn sie nicht abgeändert oder nur rudimentär verhandelt wurde. Auch die Ansicht des BGH, es genüge nicht, dass die Parteien das Vertragswerk insgesamt besprochen und in Teilen abgeändert haben, während die jeweilige Haftungsklausel unverändert geblieben ist, kann auf der Basis des vorgeschlagenen Gesetzestextes korrigiert werden.

## 2. Differenzierung bei der Inhaltskontrolle

Weiterhin soll nach diesem Reformvorschlag der § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB geändert werden. Statt „auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessene Rücksicht zu nehmen“ würde der neue Satz 2 lauten:

„Vertragsbestimmungen sind unangemessen, die entgegen dem Gebot von Treu und Glauben von gängiger unternehmerischer Praxis grob abweichen“.

Alternativ vorgeschlagen wird auch die Formulierung:

„Im Handelsverkehr geltende Gewohnheiten und Gebräuche sowie Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs, insbesondere die im Vergleich zu Verbrauchern geringere Schutzbedürftigkeit bestimmter Unternehmer, sind zu beachten.“

Hierdurch wollen die Befürworter einer Reform einen neuen Maßstab für die Beurteilung von AGB zwischen Unternehmern schaffen. Diese sollen nicht mehr den strengen Maßstäben von Verbraucherverträgen unterliegen. Vielmehr soll eine Generalklausel für die Beurteilung der Inhaltskontrolle geschaffen werden.

## C. Auswirkungen für die Praxis

Die Veröffentlichung der BMJ-Studie stellt zwar noch kein Präjudiz für eine eventuelle Gesetzesreform dar. Sie zeigt zusammen mit den weiteren Reformvorschlägen allerdings ganz klar, dass für den b2b-Verkehr die Notwendigkeit zum Handeln für den Gesetzgeber besteht, um Unternehmen einen angemessenen und rechtssicheren Rahmen für sinnvolle Haftungsbegrenzungen in AGB zu geben. In Anbetracht der in der Beratungspraxis ständig vorzufindenden Bestrebungen, klare und insbesondere summenmäßige Haftungsbegrenzungen in Standardverträgen und in AGB zu formulieren, sind die Durchführung sowie die Ergebnisse der BMJ-Studie jedoch sehr zu begrüßen. Der Weg hin zu einem AGB-Recht für den unternehmerischen Verkehr dürfte jedoch noch sehr langwierig sein.

## D. Literaturempfehlungen

Berger, Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr, NJW 2010, 465.

Schäfer, Anerkannt, gut und bewährt – eine Analyse des Kampfs um das „Kleingedruckte“, BB 2012, 1231.

---

<sup>1</sup> [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf?__blob=publicationFile).

- <sup>2</sup> <http://www.zvei.org/Downloads/Recht/AGB-Recht-Positionspapier-Endfassung-20110210.pdf>.
- <sup>3</sup> [http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/de/Documents/legal/FJ\\_2\\_2015\\_D\\_V2\\_safe.pdf](http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/de/Documents/legal/FJ_2_2015_D_V2_safe.pdf), S. 19.
- <sup>4</sup> Abrufbar unter: [http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/de/Documents/legal/FJ\\_2\\_2015\\_D\\_V2\\_safe.pdf](http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/de/Documents/legal/FJ_2_2015_D_V2_safe.pdf), S. 19.
- <sup>5</sup> [http://www.djt.de/fileadmin/downloads/69/120921\\_djt\\_69\\_beschluesse\\_web\\_rz.pdf](http://www.djt.de/fileadmin/downloads/69/120921_djt_69_beschluesse_web_rz.pdf).
- <sup>6</sup> <http://www.pro-agb-recht.de/>.
- <sup>7</sup> <http://www.pro-agb-recht.de/presse/pm0413.pdf>.
- <sup>8</sup> [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf?__blob=publicationFile), S. 135.
- <sup>9</sup> <http://www.zvei.org/Downloads/Recht/AGB-Recht-Positionspapier-Endfassung-20110210.pdf>, S. 3.
- <sup>10</sup> Berger, NJW 2010, 465, 468.

## 2

### Einstweiliger Rechtsschutz in Finnland (Teil 2)

von Irene Hallikainen, RA'in, Hedman Partners Attorneys Ltd., Helsinki, Finnland, Esa Halmari, RA, Hedman Partners Attorneys Ltd., Helsinki, Finnland, Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft mbB, Düsseldorf

#### A. Einleitung

Sinn und Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes ist, dem Gläubiger vor Erlass der rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren einen vorläufigen Schutz zu gewähren. Da bis zum Erlass eines rechtskräftigen Urteils im Hauptsacheverfahren ein erheblicher Zeitraum verstreichen kann, besteht das Risiko, dass die gegnerische Partei zwischenzeitlich Maßnahmen ergreift, die zur Folge haben, dass eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren für den Gläubiger keinen wirtschaftlichen Wert mehr hat. Um dieses „Verlustrisiko“ zu vermeiden, hat der Gläubiger ein Interesse daran, den gegenwärtigen Zustand schnell und vorläufig „einzufrieren“, nicht selten bevor er überhaupt ein Hauptsacheverfahren eingeleitet hat.

Nachdem im ersten Teil des Beitrags der einstweilige Rechtsschutz im Allgemeinen vorgestellt worden ist, sollen nunmehr das anzuwendende Verfahren sowie die Zwangsvollstreckung näher betrachtet werden.

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

#### B. Die Rechtslage

##### II. Anzuwendendes Verfahren

###### 1. Zuständige Gerichte

Das für den Erlass von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zuständige Gericht ist dasjenige Gericht, vor dem das Hauptsacheverfahren anhängig ist. Die in allgemeinen Zivilsachen in Finnland zuständigen Gerichte sind die Bezirksgerichte (*käräjäoikeus*) in der ersten Instanz, die Berufungsgerichte (*hovioikeus*) in der zweiten Instanz und der Oberste Gerichtshof (*korkein oikeus*) in der höchsten Instanz.<sup>1</sup>

So lange die Frist zur Einlegung der Berufung noch nicht abgelaufen ist, ist das erstinstanzliche Gericht für einstweiligen Rechtsschutz zuständig.

Ist noch kein Hauptsacheverfahren anhängig, ist Gerichtsstand der Ort, an dem der Antragsgegner seinen Wohnsitz bzw. eingetragenen Sitz hat oder an dem die Hauptverwaltung ansässig ist.

Sofern der Rechtsstreit ein gewerbliches Schutzrecht, ein Urheberrecht oder einen sonstigen Sachverhalt betrifft, das in den Anwendungsbereich des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb fällt (1061/1978), ist der Antrag vor dem Handelsgericht zu stellen (vgl. I. 2. im ersten Teil des Beitrags).

###### 2. Antragstellung

Der Antrag auf Erlass von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ist grundsätzlich schriftlich einzureichen (zu den Einzelheiten vgl. Art. 5 Kap. 7 ZPO). Wird der Antrag im Rahmen eines bereits anhängigen Hauptsacheverfahrens gestellt, kann er mündlich anlässlich einer Verhandlung in dem Hauptsacheverfahren gestellt werden. Das

Gericht hat den Antrag mit Dringlichkeit zu bearbeiten.

Wenn der Antragsteller darlegen und glaubhaft machen kann, dass die Einräumung rechtlichen Gehörs gegenüber dem Antragsgegner den Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes gefährden würde, kann das Gericht ohne vorherige Anhörung des Gegners („ex parte“) eine vorläufige Maßnahme erlassen. In solchen Fällen einer „ex-parte“-Entscheidung findet die Anhörung des Antragsgegners auf dessen Antrag nach der Vollstreckung der erlassenen Verfügung statt. Nach Anhörung der Gegenseite entscheidet das Gericht, ob die Maßnahme in Kraft bleibt oder aufgehoben wird.

Das Gericht entscheidet in der Regel nur durch die Kammervorsitzenden; das Verfahren findet in der Regel nur schriftlich statt.

Aufgrund der Dringlichkeit des Verfahrens prüft das Gericht die Tatbestandsvoraussetzungen für den Erlass der begehrten Verfügung im summarischen Verfahren. Die Anforderungen an das Maß der Substantiierung sind daher recht gering. Soweit es um das wahrscheinliche Risiko geht, dass der Antragsgegner Vermögensgegenstände beiseiteschafft, kann die bloße Behauptung des Risikos ausreichend sein, es sei denn, das behauptete Risiko wird unter den konkreten Umständen als deutlich gering eingeschätzt.<sup>2</sup> Was das behauptete Recht/den behaupteten Anspruch betrifft, so ist es regelmäßig ausreichend, wenn dieser Anspruch nicht als offensichtlich unbegründet einzustufen ist.<sup>3</sup>

### **3. Einzuhaltende Fristen zur Einleitung eines Hauptsacheverfahrens**

Wenn das erkennende Gericht vor Anhängigkeit eines Hauptsacheverfahrens eine einstweilige Verfügung erlassen hat, so hat der Antragsteller binnen einer Frist von einem Monat das Hauptsacheverfahren vor dem Gericht oder, sofern es sich um ein Schiedsverfahren handelt, vor dem Schiedsgericht einzuleiten. Wenn der Antragsteller diese Frist nicht wahrt, wird die einstweilige Verfügung auf gegnerischen Antrag aufgehoben.<sup>4</sup>

### **4. Berufung**

Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes können mit der Berufung angefochten werden.

Die Berufung kann eingelegt werden, solange das Hauptsacheverfahren noch in der ersten Instanz anhängig ist. Die Einlegung einer Berufung hat keine aufschiebende Wirkung, so dass die Zwangsvollstreckung aus der Verfügung fortgesetzt werden kann. Dies ist dann nicht der Fall, wenn das Berufungsgericht die Zwangsvollstreckung aus der angefochtenen Verfügung untersagt oder aussetzt. Wenn der Antrag auf Erlass einer Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes durch das Gericht der ersten Instanz abgewiesen wurde, kann der Antragsteller hiergegen ebenfalls Berufung einlegen.

### **III. Zwangsvollstreckung**

Nach Erlass einer Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes muss der Antragsteller die Zwangsvollstreckung bei den zuständigen Behörden beantragen. Kapitel 8 in Verbindung mit den Kapiteln 3 und 4 ZVG normiert die Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen im Einzelnen.

Der Antragsteller hat dem Gerichtsvollzieher bei Antragstellung eine Sicherheit auszuhändigen, die den möglichen Schaden abdeckt, der dem Antragsgegner aus der Zwangsvollstreckung entstehen kann. In der Gerichtspraxis verlangt der Gerichtsvollzieher eine Bankgarantie, die häufig recht hoch ausfällt. Der Antragsteller haftet für sämtliche Schäden, die dem Antragsgegner aus der Zwangsvollstreckung entstehen, falls sich im Nachhinein erweist, dass der einstweilige Rechtsschutz zu Unrecht ergangen ist.

Der Antragsgegner kann die Zwangsvollstreckung aus einem dinglichen Arrest verhindern, indem er in Höhe der Forderung eine Sicherheitsleistung erbringt. Handelt es sich um andere Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, wie sie in den Artikeln 2 und 3 des Kapitels 7 ZPO geregelt werden, so kann eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung ausgesetzt oder aufgehoben werden, wenn die durch den Gegner angebotene Sicherheitsleistung durch den Antragsteller akzeptiert wird oder der Gerichtsvollzieher der Auffassung ist, dass die Sicherheitsleistung angemessen und ausreichend ist, um dem Sicherungsinteresse des Antragstellers zu entsprechen.

Auf Antrag des Antragstellers kann die Zwangsvollstreckung aufgehoben werden. Die Zwangsvollstreckung ist auch dann aufzuheben, wenn die Klage im Hauptsacheverfahren als unbegründet

zurückgewiesen wurde. Das Gleiche gilt, wenn der Grund, weshalb die Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes erlassen wurden, nicht mehr fortbesteht. Des Weiteren hat der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung auf Antrag des Antragsgegners aufzuheben, wenn das Hauptsacheverfahren nicht fristgerecht eingeleitet wurde.

Wenn das Gericht in dem Hauptsacheverfahren eine Entscheidung getroffen hat, so bestimmt es auch darüber, wie lange die einstweilige Maßnahme in Kraft bleibt.

Sollte die Klage in dem Hauptsacheverfahren zurückgewiesen werden, kann das Gericht gleichzeitig bestimmen, dass die einstweiligen Maßnahmen in Kraft bleiben, bis eine rechtskräftige Entscheidung im Hauptsacheverfahren ergeht. Wenn der Antragsteller die Klage zurücknimmt, werden von Amts wegen die einstweiligen Maßnahmen aufgehoben.

#### IV. Kosten und Schaden

Die Kosten für die Einleitung der Maßnahmen einstweiligen Rechtsschutzes als auch deren Vollstreckung werden zunächst durch den Antragsteller getragen. Über die Frage, welche Partei schlussendlich diese Kosten zu tragen hat, entscheidet auf Antrag das Gericht im Hauptsacheverfahren.

#### C. Literaturempfehlungen

Linna, Ulosottokaaren pääkohdat. Talentum. 2008 (*Essentials of Enforcement Code*).

Frände, Havansi, Helenius, Koulu, Lappalainen, Lindfors, Niemi, Rautio, Virolainen, Prosessioikeus.

Sanoma Pro Oy. 2012. (*Procedural Law*).

<sup>2</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs KKO: 2008.92.

<sup>3</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes KKO: 1994:132 und KKO: 2010:89.

<sup>4</sup> Art. 4 Kap. 8 ZVG.

## ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

### 3

#### **Ablehnung der Aufnahme einer GmbH-Gesellschafterliste mit Testamentsvollstreckungsvermerk durch das Registergericht**

##### **Leitsatz:**

**Das Registergericht darf die Aufnahme einer mit einem Testamentsvollstreckervermerk versehenen Gesellschafterliste ablehnen.**

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 24.02.2015, II ZB 17/14

von Dr. Mathias Korsten, RA, FA für Handels- und Gesellschaftsrecht und Notar, Mock Rechtsanwälte, Berlin

#### **A. Problemstellung**

Nach einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter einer GmbH oder des Umfangs ihrer Beteiligungen ist eine neue Liste der Gesellschafter beim Handelsregister einzureichen. Diese Gesellschafterliste muss gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG Angaben zum Namen, Vornamen, Geburtsdatum und Wohnort der Gesellschafter enthalten sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern aller Geschäftsanteile. Demgegenüber gehört ein Testamentsvollstreckervermerk nicht zu den gesetzlich vorgesehenen Angaben in der Gesellschafterliste.

Der BGH hatte am 24.02.2015 darüber zu entscheiden, ob das Registergericht die Aufnahme einer Gesellschafterliste, in der bezogen auf Geschäftsanteile vermerkt ist, dass diese unter Testamentsvollstreckung stehen, ablehnen darf.

<sup>1</sup> Darstellung der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Finnland, vgl. den Internetauftritt des Europäischen Justizportals unter [https://e-justice.europa.eu/content\\_ordinary\\_courts-18-fi-de.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-fi-de.do?member=1).

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Dem Beschluss des BGH vom 24.02.2015 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Geschäftsführer einer GmbH reichte im März 2014 beim Registergericht eine neue Liste der Gesellschafter ein. Diese Gesellschafterliste enthielt über die zuvor zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste hinausgehend die Angabe, dass betreffend die Geschäftsanteile 2 und 3 Testamentsvollstreckung angeordnet ist und er, der Geschäftsführer, zum Testamentsvollstrecker bestellt wurde. Das AG Bonn als Registergericht wies den Antrag auf Einstellung dieser eingereichten Gesellschafterliste zurück.

Die Beschwerde der GmbH gegen diese Zurückweisung des AG Bonn wies das OLG Köln mit Beschluss vom 21.07.2014 (I-2 Wx 191/14, 2 Wx 191/14) zurück. Die zugelassene Rechtsbeschwerde der GmbH zum BGH hatte ebenfalls keinen Erfolg. Der BGH stellte in seiner Entscheidung vom 24.02.2015 fest, dass das Registergericht die Aufnahme der im März 2014 eingereichten, mit einem Testamentsvollstrecker versehenen Gesellschafterliste ablehnen durfte, weil sie unzulässige Angaben enthielt.

Der BGH bestätigte zunächst seine Rechtsprechung, wonach das Registergericht prüfen darf, ob eine Gesellschafterliste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht (vgl. auch BGH, Beschl. v. 17.12.2013 - II ZB 6/13 Rn. 8; Beschl. v. 20.09.2011 - II ZB 17/10 Rn. 10). Dieses formale Prüfungsrecht umfasst die Prüfung, ob Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligungen eingetreten sind sowie ob die geänderte Eintragung in der eingereichten Gesellschafterliste von dem Geschäftsführer (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) oder dem Notar stammen, der an den Veränderungen mitgewirkt hat (§ 40 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG). Weiterhin kommt der BGH in seinem Beschluss vom 24.02.2015 zum Ergebnis, dass das Registergericht eine Gesellschafterliste, die unzulässige Angaben enthält, ebenfalls zurückweisen darf. Damit räumt der BGH dem Registergericht ein formales Prüfungsrecht auch dahingehend ein, Gesellschafterlisten auf unzulässige Angaben, auch soweit diese inhaltlich richtig sind, zu prüfen. Einen Testaments-

vollstreckervermerk sieht der BGH dabei als eine solche unzulässige Angabe an.

Der BGH begründet die Unzulässigkeit, einen Testamentsvollstreckervermerk in eine Gesellschafterliste aufzunehmen, zunächst damit, dass ein solcher Vermerk nicht zu den gesetzlich vorgesehenen Angaben des § 40 GmbHG gehöre. Es steht laut BGH nicht im Belieben der Beteiligten, den Inhalt der von ihnen eingereichten Gesellschafterliste abweichend von den gesetzlichen Vorgaben um weitere, ihnen sinnvoll erscheinende Bestandteile freiwillig zu ergänzen. Es genüge nicht allein, dass eine gesetzlich nicht vorgesehene Angabe eine für Dritte im Hinblick auf weitere Nachforschungen „sinnvolle“ Information darstellt. Der Gesetzgeber habe mit seinen Vorgaben in § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG und § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG zur Ausgestaltung der Listenangaben eine erforderliche Abwägung zur Frage, betreffend welcher Angaben das Informationsinteresse des Rechtsverkehrs eine Aufnahme in die Gesellschafterliste rechtfertige, getroffen.

Der BGH weist darauf hin, dass Voraussetzung für die Aufnahme von Informationen in die Gesellschafterliste entgegen dem Wortlaut des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG über die dort vorgesehenen Vorgaben hinaus - wenn überhaupt zulässig - ein erhebliches praktisches Bedürfnis des Rechtsverkehrs sei. Das Vorliegen eines solchen besonderen praktischen Bedürfnisses prüft der BGH in Hinblick auf die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks anschließend unter sechs möglichen Gesichtspunkten (vgl. BGH, Beschl. v. 24.02.2015 - II ZB 17/14 Rn. 13 ff.), wobei er jeweils zum Ergebnis gelangt, dass der Rechtsverkehr nicht besonders schutzwürdig sei:

- So müsse zunächst die Ladung, Teilnahme und die Stimmabgabe durch den (Dauer-)Testamentsvollstrecker anstelle des Erben nicht durch eine entsprechende Angabe in der Gesellschafterliste sichergestellt werden. Die Legitimationswirkung von § 16 Abs. 1 GmbHG solle sich nur auf die Inhaberschaft an GmbH-Geschäftsanteilen beziehen. Deswegen seien nach einem Erbfall nur der oder die Erben in die Gesellschafterliste neu aufzunehmen, nicht jedoch der Testamentsvollstrecker als Amtswalter, auch wenn sich dessen Befugnisse auf die Ausübung der Stimmrechte in Gesellschaf-



tersammlungen der GmbH beziehen sollten.

- Ein erhebliches praktisches Bedürfnis zur Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in eine Gesellschafterliste bestehe auch nicht vor dem Hintergrund, einen Dritten davor zu schützen, dass er vom Erben als nicht zur Verfügung Berechtigten einen Geschäftsanteil erwerben will. Gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG solle ein Dritter nur darauf vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person auch wirklich Gesellschafter ist. Dieser Gutgläubenschutz nach Maßgabe der Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 GmbHG beziehe sich demgegenüber nicht auf das Verfügungsrecht der in der Gesellschafterliste aufgenommenen Person.
- Ein Bedürfnis des Rechtsverkehrs sei auch nicht darin zu sehen, dass der Testamentsvollstreckter unter Hinweis auf den Testamentsvollstreckervermerk in der Gesellschafterliste seine Rechtsstellung aufzeigen könne. Insoweit wird der Testamentsvollstreckter darauf verwiesen, sein Verfügungsrecht durch Vorlage eines Testamentsvollstreckervermerks nachzuweisen.
- Ein hinreichendes praktisches Bedürfnis für die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in die Gesellschafterliste sei auch nicht darin zu sehen, dass Eigengläubiger eines Gesellschafters davor gewarnt werden sollten, Vollstreckungsmaßnahmen in einen der Testamentsvollstreckung unterfallenden Geschäftsanteil vorzunehmen. Insoweit weist der BGH darauf hin, dass die Aufnahme von Gesellschaftern in die Gesellschafterliste gegenüber Gläubigern keinen Beweis für deren Gesellschafterstellung biete. Gläubiger von Geschäftsanteilen einer GmbH können also nicht darauf vertrauen, dass Schuldner Inhaber eines Geschäftsanteils sind und sie deren Geschäftsanteile wirksam pfänden können.
- Ferner lasse sich auch nicht aus der Vorschrift zur Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG ein praktisches Bedürfnis herleiten, einen Testamentsvollstreckervermerk in einer Gesellschafterliste als zulässige Angabe anzuerkennen, unter anderem deshalb, weil sich aus § 24 GmbHG kein unmittelbarer Anspruch der Gläubiger gegen einen Gesellschafter ergebe.
- Schließlich folge ein erhebliches praktisches Bedürfnis auch nicht aus einem Interesse

des Rechtsverkehrs, die Personen zu kennen, die entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausüben. Zwar sollten die Änderungen von § 16 GmbHG durch das MoMiG Transparenz über die Anteilsstrukturen der GmbH schaffen und Geldwäsche verhindern; allerdings habe der Gesetzgeber auf zusätzliche Angaben in der GmbH-Gesellschafterliste zu den Anteilsverhältnissen, etwa für die praktisch bedeutsamen Fälle der mittelbaren Einflussnahme, insbesondere durch Treuhandverhältnisse, verzichtet. So kommt der BGH auch insoweit zum Schluss, dass das allgemeine Informationsbedürfnis über die Verhältnisse der Gesellschafter allein kein erhebliches praktisches Bedürfnis für die Ergänzung der Liste über die gesetzlich geforderten Angaben hinaus begründe.

Abschließend führt der BGH in seiner Entscheidung vom 24.02.2015 noch ein Argument an, welches konkret gegen die Zulässigkeit der Aufnahme eines Testamentsvollstreckervermerks bzw. generell gegen freiwillige Informationen in einer Gesellschafterliste einer GmbH spricht. Es existiere keine gesetzliche Verpflichtung zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste, soweit die angeordnete Testamentsvollstreckung wieder entfällt bzw. die sonstige freiwillige Information unzutreffend wird.

### C. Kontext der Entscheidung

Bereits in seiner Entscheidung vom 20.09.2011 (BGH, Beschl. v. 20.09.2011 - II ZB 17/10 Rn. 10) hatte der BGH herausgestellt, dass es nicht im Belieben der Beteiligten stehe, den Inhalt der von ihnen eingereichten Gesellschafterliste abweichend von den gesetzlichen Vorgaben um weitere, ihnen sinnvoll erscheinende Bestandteile zu ergänzen. Nach dieser Entscheidung hielt der BGH das Registergericht für berechtigt, eine Gesellschafterliste zurückzuweisen, in der lediglich auf die Abtretung eines Geschäftsanteils unter der noch nicht eingetretenen aufschiebenden Bedingung hingewiesen wurde. Eine solche Gesellschafterliste würde nämlich nur eine Ankündigung einer künftigen Änderung enthalten, ohne dass eine Veränderung in den Personen der Gesellschafter tatsächlich bereits eingetreten ist.

Zugleich wies der BGH in seiner vorbezeichneten Entscheidung vom 20.09.2011 allerdings darauf hin, dass bei einer Veränderung i.S.d. § 40 Abs. 1 GmbHG, die die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste notwendig werden lässt, die zur Erstellung der neuen Liste verpflichtete Person zu entscheiden berechtigt sei, wie sie diese Veränderung in der Gesellschafterliste darstellt. Diesen Grundsatz hatte der BGH bereits in seiner Entscheidung vom 01.03.2011 (II ZB 6/10) herausgearbeitet. Nach diesem BGH-Beschluss vom 01.03.2011 darf es etwa vom Registergericht nicht beanstandet werden, wenn in einer Gesellschafterliste eine Umnummerierung abgetretener Geschäftsanteile unter Kennzeichnung ihrer Herkunft durch Durchstreichen der bisherigen laufenden Nummern und durch Veränderungsnachweise unter den laufenden Nummern dargestellt wird.

Die hier besprochene Entscheidung vom 24.02.2015 konkretisiert nunmehr die Rechtsprechungslinie des BGH, welche in den hier zitierten Entscheidungen des BGH vom 01.03.2011 und 20.09.2011 vorgezeichnet wurde. So betrifft es nicht mehr die Darstellungsweise einer Veränderung in der Person eines Gesellschafters, wenn die neue Liste der Gesellschafter einer GmbH den Hinweis auf eine angeordnete Testamentsvollstreckung enthält. Der Hinweis auf die Testamentsvollstreckung beinhaltet nämlich eine zusätzliche Information, die sich nicht auf den Grund einer Veränderung bezieht. An den Begründungsaufwand des BGH in der hier besprochenen Entscheidung stellten sich deshalb unter Berücksichtigung der vorbezeichneten BGH-Entscheidungen vom 01.03.2011 und 20.09.2011 keine erhöhten Anforderungen.

Erhöhte Anforderungen an den Begründungsaufwand der hier besprochenen Entscheidung stellten sich allerdings unter Berücksichtigung der BGH-Entscheidung vom 14.02.2012 (II ZB 15/11). In dieser Entscheidung kam der BGH zum Ergebnis, dass auf Antrag des Testamentsvollstreckers ein Testamentsvollstreckervermerk in das Handelsregister einzutragen sei, wenn über den Nachlass eines Kommanditisten Dauertestamentsvollstreckung angeordnet ist. Dabei ist die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in Bezug auf einen KG-Anteil im Handelsregister ebenfalls gesetzlich nicht vorgesehen. Vor diesem Hintergrund lag es zu-

mindest nicht fern, dass der BGH diese Rechtsprechung zur Eintragungsfähigkeit von Testamentsvollstreckervermerken im Handelsregister dahingehend sinngemäß übernehmen würde, dass auch in einer Gesellschafterliste der Hinweis auf angeordnete Testamentsvollstreckung aufgenommen werden darf. Gegen eine solche Übernahme dieser Rechtsprechung hat sich allerdings der BGH – unter Herausarbeitung der in dieser Anmerkung in Teil B wiedergegebenen spezifischen Funktion der Gesellschafterliste in Hinblick auf den Schutz des Rechtsverkehrs – in seiner hier besprochenen Entscheidung gewandt.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Die hier besprochene Entscheidung des BGH zeigt für die Praxis wichtige Leitlinien für die inhaltliche Ausgestaltung von Gesellschafterlisten gemäß § 40 GmbHG auf. Sie verdeutlicht, in welcher Weise in einer zum Handelsregister einzureichenden neuen GmbH-Gesellschafterliste Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung darzustellen sind. Geschäftsführer und Notare haben nach der BGH-Rechtsprechung zu beachten, dass sie in einer neuen Gesellschafterliste vom Grundsatz her nur Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der einzelnen Gesellschafter sowie Nennbeträge und laufende Nummern aller Geschäftsanteile anzugeben haben, wobei ihnen grundsätzlich die Darstellungsweise der erfolgten Änderung i.S.d. § 40 Abs. 1 GmbHG obliegt. Demgegenüber soll es gerade nicht im Belieben der Geschäftsführer und Notare stehen, in die Gesellschafterliste zusätzliche, nicht in § 40 Abs. 1 GmbHG vorgesehene Angaben mit aufzunehmen. Soweit Geschäftsführer entsprechend unzulässige Angaben in der Gesellschafterliste verzeichnen möchten, erscheint dies auch vor dem Hintergrund des § 40 Abs. 3 GmbHG problematisch. Gemäß § 40 Abs. 3 GmbHG haften Geschäftsführer, welche die ihnen nach § 40 Abs. 1 GmbHG obliegende Pflicht verletzen, gegenüber denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat, und den Gläubigern der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden als Gesamtschuldner.

## Zur gesellschaftlicherlichen Treuepflicht bei "Sanieren oder Ausscheiden"

### Leitsatz:

**Der Gesellschaftsvertrag einer Publikums-personengesellschaft muss für eine Zustimmungspflicht des Gesellschafters zu seinem Ausscheiden aus gesellschaftlicherlicher Treuepflicht in besonders gelagerten Ausnahmefällen keine ausdrückliche Regelung enthalten, weil diese Treuepflicht jedem Gesellschaftsverhältnis ohne ausdrückliche Regelung immanent ist. Ein Gesellschaftsvertrag kann allerdings diese Treuepflicht ausdrücklich oder im Wege der Auslegung konkretisierender Regelungen enthalten, die insbesondere die aus der Treuepflicht folgende Zustimmungspflicht für bestimmte Sachverhalte einschränken oder an weitere Voraussetzungen knüpfen (Fortführung von BGH, Urt. v. 19.10.2009 - II ZR 240/08 - BGHZ 183, 1 "Sanieren oder Ausscheiden"; BGH, Urt. v. 25.01.2011 - II ZR 122/09 - ZIP 2011, 768).**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 09.06.2015, II ZR 420/13

von Dr. Michael Hippeli, LL.M., Oberregierungsrat

### A. Problemstellung

„Sanieren oder Ausscheiden“ ist mittlerweile ein echter Klassiker des Gesellschaftsrechts. Dabei geht es in den neueren Fällen und ging es auch jetzt um die vorinsolvenzliche Sanierung von notleidenden Publikumsfonds und die Frage des Umgangs mit nicht an der Sanierung mithelfenden Gesellschaftern. Können diese aus der Gesellschaft herausgedrängt und zur Zahlung ihres quotalen Anteils an der negativen Auseinandersetzungsbilanz in Anspruch genommen werden? Die „Sanieren oder Ausscheiden“-Rechtsprechung des BGH hält dies nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters für möglich, sei es durch antizipierte Zustimmung in Form einer eindeutigen Regelung im Gesellschaftsvertrag oder durch einen nachträglichen Beschluss der Gesellschafter über ei-

ne Ausschlussregelung im Rahmen der Durchführung einer Sanierung der Gesellschaft.

In der vorliegenden Entscheidung des BGH ging es um die Frage, ob der konkrete Gesellschaftsvertrag eine antizipierte Zustimmung zum Ausschluss im Sanierungszusammenhang bedeutete oder nicht. Diese Frage konnte nicht auf der Tatsachenebene beurteilt werden, sondern erforderte, da keine ausdrückliche Regelung enthalten war, eine rechtliche Beurteilung des gesamten Gesellschaftsvertrages.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin ist eine Publikums-GbR, die von einem (ausgeschiedenen) Gesellschafter im Klagewege eine pro-rata-Deckung des in der Auseinandersetzungsbilanz ausgewiesenen Fehlbetrags verlangte. Aus dem Gesellschaftsvertrag der 1995 errichteten Klägerin ergibt sich u.a., dass jeder Gesellschafter zu einem Nachschuss entsprechend seiner Beteiligungsquote verpflichtet ist. Der Beklagte trat der Klägerin schon 1996 bei.

Im Jahre 2009 stellte sich heraus, dass die Klägerin deutlich überschuldet war, von dritter Seite wurde daher ein Sanierungskonzept eingeholt. Dieses sah ein Modell nach Maßgabe von „Sanieren oder Ausscheiden“ vor und wurde auch von der Gesellschafterversammlung der Klägerin mehrheitlich beschlossen. Das Nominalkapital wurde auf 1/1.000 herabgesetzt und sodann in etwa der gleichen Größenordnung wieder erhöht, um hieraus den erforderlichen Sanierungsbetrag zu generieren. Die Altgesellschafter sollten entsprechend ihrer ursprünglichen Beteiligungshöhe wunschgemäß an der Kapitalerhöhung teilnehmen. Ein Mehrheitsbeschluss sah vor, dass die nicht zeichnenden Gesellschafter zum festgelegten Sanierungstichtag automatisch aus der Klägerin ausscheiden würden. Der Beklagte wollte Gesellschafter der Klägerin bleiben ohne an ihrer Sanierung mitzuwirken und stimmte dementsprechend gegen die Beschlüsse.

Die Klägerin klagte nun auf quotale Deckung des zum Sanierungstichtag in ihrer Auseinandersetzungsbilanz ausgewiesenen Fehlbetrags, schließlich sei der Beklagte wirksam ausgeschieden. Das Landgericht wies diese Klage

ebenso ab wie das Oberlandesgericht in der Berufungsinstanz.

Die hiergegen gerichtete Revision zum BGH hatte nun aber Erfolg. Der BGH hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das Oberlandesgericht zurück. Der BGH stellt dabei fest, dass bislang Feststellungen zur Sanierungsbedürftigkeit der Klägerin als zentrale Grundlage eines Zahlungsanspruchs fehlen. Wenn aber Sanierungsbedürftigkeit, Sanierungsfähigkeit und zuzumutendes Ausscheiden in der angenommenen Weise bestünden, wäre der Beklagte aufgrund seiner gesellschaftlicher Treuepflicht verpflichtet gewesen, dem Ausschließungsbeschluss zuzustimmen. Zutreffend habe das Oberlandesgericht erkannt, dass die Grundsätze zur Zustimmungspflicht aus gesellschaftlicher Treuepflicht auch bei einer Publikums-GbR gelten und dass die Klägerin nicht schon zahlungsunfähig sein müsse, wenn Sie ihren Anspruch geltend mache. Ein Gesellschafter handele schließlich insgesamt treupflichtwidrig, wenn er an der Sanierung nicht mitwirken, dennoch aber in der Gesellschaft bleiben will.

Die Gesellschafterstellung könne man grundsätzlich nicht ohne Zustimmung verlieren, gleichwohl gebe es in besonders gelagerten Ausnahmefällen aus Gründen der gesellschaftlicher Treuepflicht mitunter eine Verpflichtung zur Zustimmung hinsichtlich der Ausschließung. Auch wenn der einschlägige Gesellschaftsvertrag keine ausdrückliche Regelung beinhalte und der Beklagte auch dem Ausschließungsbeschluss nicht zugestimmt habe, so sei zu berücksichtigen, dass Grundlage der gesellschaftlicher Treuepflicht der Gesellschaftsvertrag in genereller Hinsicht sei, welcher seinerseits Inhalt und Umfang der Treuepflicht ausforme. In besonders gelagerten Ausnahmefällen sei es möglich, dass die Festlegungen zur Zustimmung zur Ausschließung im Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich fixiert seien, sondern erst im Wege der Auslegung ermittelt werden könnten. Gegenschlüssig hierzu gelte aus der Existenz entsprechend auslegbarer Fundierungen, dass die anderen Gesellschafter nicht ohne weiteres darauf vertrauen dürften, einen Mitgesellschafter ohne seine Zustimmung auszuschließen. Vorliegend fehle im Gesellschaftsvertrag jedenfalls eine der Zustimmungspflicht des Beklagten zu seinem Ausscheiden entgegengesetzte Regelung. Daher

gelte die Grundkonstellation, wonach eine allgemein dem Gesellschaftsvertrag innewohnende Treuepflicht zur Zustimmung zum sanierungsbezogenen eigenen Ausschluss besteht.

### C. Kontext der Entscheidung

Die gesellschaftlicher Treuepflicht ist im gesamten Gesellschaftsrecht regelmäßig das, was § 242 BGB im allgemeinen Zivilrecht ist (vgl. zur dogmatischen Fundierung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht Eisenhardt/Wackerbarth, Gesellschaftsrecht I, 15. Aufl. 2011, S. 29; Rüge in: Mehrbrey, Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, 2013, § 32 Rn. 75). Faires und billigenwertes Verhalten gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern wird als allgemeine Loyalitätspflicht begriffen.

Im Fall „Sanieren oder Ausscheiden“ hat sich eine gewisse Kasuistik des BGH zu dieser allgemeinen Loyalitätspflicht herausgebildet, die nun auch in der vorliegenden Entscheidung zum Tragen kam. Grundsätzlich ist anerkannt, dass es Zustimmungs- und Mitwirkungspflichten des einzelnen Gesellschafters gibt. An sich gehen diese Zustimmungs- und Mitwirkungspflichten aber nicht so weit, dass ein Gesellschafter gegen seine eigenen Interessen handeln muss (ähnlich Nordmann, in: Büchel/v. Rechenberg, Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2015, S. 443). Bei einem Sanierungskonzept mit Kapitalschnitt und anschließender Kapitalerhöhung samt Ausschluss der nicht zustimmenden Gesellschafter ist dies aber der Fall. Denn der betroffene Gesellschafter steht dann vor der Wahl, entweder der Gesellschaft im Rahmen der Kapitalerhöhung Liquidität zuzuführen mit unsicherer Prognose, ob die Gesellschaft nicht doch noch in die Insolvenz rutscht und er dem schlechten Geld dann noch gutes Geld hinterhergeworfen hat. Oder aber er stimmt seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft zu und „enteignet“ sich damit selbst.

Gleichwohl ist es im Hinblick auf eine Gesellschaftergerechtigkeit angebracht, dass die Gesellschafter im Falle der Durchführung einer Sanierung entweder den einen oder den anderen Weg beschreiten. Denn es wäre höchst ungerrecht, wenn nur einige Gesellschafter der Gesellschaft Mittel zuführen und diese damit stabilisieren mit der Aussicht darauf, dass sämtliche

Gesellschaftsanteile wieder werthaltig werden. Kurz gesagt: Nur wer Risiken eingeht, soll im Besserungsfalle auch Chancen haben. Dies ist ein allgemeines Rechtsprinzip, das etwa auch im öffentlichen Übernahmerecht gilt. Auch dort wird der als Kontrollerwerber einsteigende Sanierer privilegiert, indem er bei Vorliegen der Voraussetzungen regelmäßig i.S.d. § 37 Abs. 1 und Abs. 2 WpÜG i.V.m. § 9 Satz 1 Nr. 3 WpÜG-Angebotsverordnung eine Befreiung von einem Pflichtangebot erhält, während die Aktien der (zwar in der Gesellschaft bleibenden, nicht an der Sanierung mithelfenden) Altaktionäre deutlich verwässert werden.

Dogmatisch sollte genau danach unterschieden werden, ob die einschlägige Treuepflicht auf Zustimmung zur Ausschließung der Gesellschaft oder den Mitgesellchaftern gegenüber besteht. Was die Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber anbelangt, so wird im Sanierungskontext regelmäßig darauf abgestellt, dass die Gesellschaft in ihrem Bestand gegenüber Maßnahmen ihrer Gesellchafter nicht geschützt ist. Folglich steht es im Belieben der Gesellchafter, den Zweck der Gesellschaft zu verändern und (anstelle der Sanierung) die Auflösung der Gesellschaft zu beschließen (BGH, Urt. v. 28.01.1980 - II ZR 124/78 - BGHZ 76, 352, 353; BGH, Urt. vom 01.02.1988 - II ZR 75/87 - BGHZ 103, 184, 191 f.; BGH, Urt. v. 20.03.1995 - II ZR 205/94 - BGHZ 129, 136, 151). Damit besteht gerade keine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft auf Zustimmung zur sanierungsbezogenen Ausschließung. Anders ist dies aber im Verhältnis zu den Mitgesellchaftern. Einzelne Gesellchafter müssen als Ausfluss der Treuepflicht auf die gesellschaftsbezogenen Belange der Mehrheit angemessen Rücksicht nehmen (BGH, Urt. v. 20.03.1995 - II ZR 205/94 - BGHZ 129, 136, 152). Der einzelne Gesellchafter darf im Falle der Sanierungsbedürftigkeit der Gesellschaft eine sinnvolle und mehrheitlich angestrebte Sanierung nicht aus eigenem nützigen Gründen verhindern, wenn es beim Scheitern der Sanierung zu einem Zusammenbruch der Gesellschaft käme, hierbei die Stellung des einzelnen Gesellchafters ungünstiger wäre als im Falle des Ausscheidens, und die konkrete Sanierungsmaßnahme als nachhaltig und mildestes Mittel zur Sanierung erscheint (zur AG: BGH, Urt. v. 20.03.1995 - II ZR 205/94 - BGHZ 129, 136, 152 f.; zur Publikums-OHG: BGH, Urt. v. 19.10.2009 - II ZR 240/08 - BGHZ 183, 1 ff. („Sanieren oder Ausscheiden I“); zur

Publikums-GbR: BGH, Urt. v. 25.01.2011 - II ZR 122/09 - NZG 2011, 510, 512 („Sanieren oder Ausscheiden II“) sowie OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.06.2014 - I-16 U 149/13 - ZIP 2014, 2183, 2186).

Dass die insgesamt sehr rigiden Vorgaben für „Sanieren oder Ausscheiden“ 1:1 auch bei einer Publikums-GbR gelten, hat der BGH bereits 2011 angenommen (BGH, Urt. v. 25.01.2011 - II ZR 122/09 - NZG 2011, 510, 512 („Sanieren oder Ausscheiden II“); so auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.06.2014 - I-16 U 149/13 - ZIP 2014, 2183, 2186) und führt dies nun fort. Dabei überrascht es etwas, dass der BGH seinerzeit und auch nun keinerlei Modifizierungen im Vergleich zu „normalen“ Personengesellschaften vornimmt bzw. mit keinerlei Differenzierungen aufwartet (ähnlich Berjasevic, EWIR 2015, 177, 178 anlässlich OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.06.2014 - I-16 U 149/13 - ZIP 2014, 2183), denn an sich variiert die Ausprägung der gesellschaftlicher Treuepflicht anhand der Struktur der Gesellschaft in Form der Größe des betroffenen Kreises an Mitgesellchaftern und des konkreten personalistisch oder kapitalistisch ausgerichteten Zwecks (Rüve in: Mehrbrey, Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, 2013, § 32 Rn. 77; Ulmer/Schäfer in: MünchKomm BGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2013, § 709 Rn. 225; Grunewald, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2014, S. 14 f.).

Das Novum der vorliegenden Entscheidung („Sanieren oder Ausscheiden III“) ist, dass die Existenz des Gesellschaftsvertrags grundsätzlich per se eine konkretisierte Treuepflicht zur Zustimmung zum eigenen Ausschluss im Sanierungsfalle bedeutet, während in „Sanieren oder Ausscheiden I+II“ noch nach einer konkreten Regelung dessen im Gesellschaftsvertrag gesucht wurde. Nunmehr wird der Gesellschaftsvertrag in Umkehrung der alten Maßstäbe nur noch daraufhin untersucht, ob er unmittelbar oder mittelbar Festlegungen enthält, die gegen die Annahme einer grundsätzlichen Zustimmung zum eigenen Ausschluss sprechen.

Diese Neujustierung ist allerdings nicht unproblematisch, denn sie fundiert nach wie vor auf der in „Sanieren oder Ausscheiden I+II“ judizierten und nun fortgeführten Erwartungshaltung der Mitgesellchafter in ihrer Eigenschaft als Treueadressaten („... die auf dem konkreten Gesellschaftsverhältnis beruhende berechnete

Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter ...“).

Es stellt sich aber die Frage, welche Erwartung Mitgesellschafter überhaupt haben können, wenn nicht ohne weiteres klar ist, ob eine Zustimmung des betroffenen Gesellschafters zu seiner sanierungsbezogenen Ausschließung besteht und erst juristische Auslegungsmethoden zur Klärung dessen bemüht werden müssen. Außerdem hatten „Sanieren oder Ausscheiden I +II“ zur Vorgabe gemacht, dass eine „eindeutige Regelung im Gesellschaftsvertrag“ besteht. Nicht sonderlich konsistent wirkt es vor diesem Hintergrund, dass „Sanieren oder Ausscheiden III“ nun den Gesellschaftsvertrag insgesamt als eine solche Regelung begreift, wenngleich mit dem Vorbehalt, dass nach Auslegung des gesamten Gesellschaftsvertrages doch wieder alles anders sein kann. Dass diese Vorgaben zudem nur „in besonders gelagerten Ausnahmefällen“ gelten sollen, erschwert den Überblick weiter, denn es ist nicht erkennbar, wann derartige Ausnahmefälle vorliegen sollen und wann nicht.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Auswirkungen für die Praxis sind zweifellos hoch. Nunmehr sind Publikumsfonds gehalten, im Falle einer avisierten vorinsolvenzlichen Sanierung stets noch einmal genauestens den gesamten Gesellschaftsvertrag durchprüfen zu lassen. Erst hierdurch kann (allerdings nicht mit völliger Rechtssicherheit) halbwegs ergründet werden, wie es um die Zustimmung etwaiger der Sanierung fernbleibender Gesellschafter zu ihrer Ausschließung und die Aussichten in einem ggf. nachfolgenden Prozess gegen betroffene (Alt-)Gesellschafter steht.

## 5

### Keine Irreführung bei der Verwendung von Namen von Nichtgesellschaftern

#### Leitsatz:

**Die Bildung einer Personenfirma bei einer GmbH unter Verwendung des Nachnamens eines Nicht-Gesellschafters oder Minderheitsgesellschafters verstößt weder gegen die Anforderung des § 4 GmbHG noch ge-**

### gen das Irreführungsverbot aus § 18 Abs. 2 HGB.

Anmerkung zu OLG Rostock, Beschluss vom 17.11.2014, 1 W 53/14

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

#### A. Problemstellung

Der 1. Zivilsenat des OLG Rostock musste die Frage der Zulässigkeit einer Personenfirma im Hinblick auf eine mögliche Irreführung klären und sieht diese im konkreten Fall als zulässig an.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die beantragte Eintragung einer Gesellschaft mit der Firmierung „B Versicherungsmakler GmbH“ in das Handelsregister.

Die B Versicherungsmakler GmbH wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 22.01.2014 neu gegründet. Gegenstand des Unternehmens ist die Vermittlung von Versicherungen aller Art. Einziger Gesellschafter war zum Zeitpunkt der Gründung der Antragsteller Herr A H. Namensgeber der Gesellschaft ist der Versicherungsmakler J B, der seinen Versicherungsbestand an den Antragsteller veräußert hatte und in die Gesellschaft später mit einem Anteil von 2% am Stammkapital aufgenommen wurde.

Das AG Stralsund – Registergericht – äußerte mit Zwischenverfügung vom 10.03.2014 Bedenken gegen die beabsichtigte Firmierung, da kein Bezug des Namensgebers zur GmbH bestehe. Daraufhin legte der Verfahrensbevollmächtigte mit Schreiben vom 11.03.2014 einen Vertrag vor, mit dem der Namensgeber der Verwendung seines Namens zustimmte. In einer vom Registergericht eingeholten gutachterlichen Stellungnahme vom 01.04.2014 meldete auch die Industrie- und Handelskammer (IHK) Rostock Einwände gegen die Firmierung an. Es bestünde eine Irreführungsgefahr gem. § 18 Abs. 2 HGB und der Grundsatz der Firmenwahrheit sei verletzt. Dieser Auffassung trat das Amtsgericht bei und forderte mit weiterer Verfügung vom 03.06.2014 den Antragsteller auf,

die Firma zu ändern. Begründend führte das Gericht aus, es sei weder ersichtlich, dass es sich um einen Fall der Firmenfortführung nach § 22 HGB handle, noch habe der namensgebende Minderheitsgesellschafter (2%) bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft.

Das OLG Rostock hat die Zwischenverfügung des AG Mannheim - Registergericht - vom 24.09.2013 (...) aufgehoben. Das Registergericht wird angewiesen, über den Eintragungsantrag der Gesellschaft vom 27.06.2013 (UR-Nr. ...) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu entscheiden.

Die Firma „B Versicherungsmakler GmbH“ verstößt nach Ansicht des OLG Rostock weder gegen § 4 GmbHG noch gegen § 18 Abs. 2 HGB. Die Firma des Beschwerdeführers enthalte die Abkürzung „GmbH“. Damit sei der Anforderung des § 4 GmbHG Genüge getan. Eine Personenfirma ohne Gesellschafterbezug sei seit der Handelsrechtsreform gesetzlich nicht (mehr) verboten. Entgegen der Rechtsansicht des Amtsgerichts kann auch kein Verstoß gegen das sich aus § 18 Abs. 2 HGB ergebende Irreführungsverbot, mit dem der Grundsatz der Firmenwahrheit zu sichern gesucht wird, festgestellt werden. Soll der Name eines Nicht-Gesellschafters - so wie im hier besprochenen Fall im Gesellschaftsvertrag vom 22.01.2014 ursprünglich vorgesehen - in die Firma aufgenommen werden, begründe dieses Vorgehen nur dann eine Irreführungsfahr, wenn der gewählte Name für die angesprochenen Verkehrskreise von Relevanz ist - etwa bei der Verwendung des Namens einer Person des öffentlichen Lebens - und eine maßgebliche Beteiligung des Namensgebers nahelege. Wieso solches beim Namen „B“ der Fall sein soll, sei weder vom Registergericht noch von der IHK Rostock dargetan; es gebe auch ansonsten keine naheliegenden Anhaltspunkte dafür. Den angesprochenen Verkehrskreisen sei es grundsätzlich gleichgültig, wer als Gesellschafter an einer GmbH beteiligt ist, es sei denn, es liege der genannte Ausnahmefall vor. Beim Namensgeber B handle es sich seit der Änderung des Gesellschaftsvertrags durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 28.05.2014 sogar um einen Gesellschafter der GmbH. Dass der Namensgeber B nur Minderheitsgesellschafter sei, spiele schon allein deshalb keine Rolle, weil die persönliche Haftung

eines Gesellschafters - anders als in einer Personengesellschaft - keine Bedeutung habe.

### C. Kontext der Entscheidung

Der Entscheidung des OLG Rostock ist im Ergebnis zuzustimmen.

Gem. § 17 Abs. 1 HGB ist die Firma der Name der GmbH, unter dem sie als juristische Person im Rechtsverkehr auftritt. Durch ihre Firma wird die GmbH gekennzeichnet und individualisiert (Pfisterer in: Saenger/Inhvester, GmbHG, 2. Aufl., § 4 Rn. 2). Trotz der Bedeutung der Firma existiert seit der Handelsrechtsreform im Jahre 1998 (HRefG v. 22.06.1998, BGBl I, 1479) mit dem geänderten § 4 lediglich eine Norm im GmbHG, die eine inhaltliche Vorgabe zur Firmenbildung enthält. Angesichts der weitgehenden Liberalisierung des Firmenrechts schreibt § 4 GmbHG nur noch die zwingende Notwendigkeit eines Rechtsformzusatzes bei Bildung der Firma einer GmbH vor. Die Firma muss den Zusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten. Hingegen ist es aufgrund der Änderung des § 4 GmbHG zum 01.01.1999 nicht mehr erforderlich, dass - soweit die GmbH eine Personenfirma führt - diese notwendigerweise die Namen von Gesellschaftern enthält, oder eine Sachfirma, die sich auf den Unternehmensgegenstand bezieht (Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 4 Rn. 1; Pfisterer in: Saenger/Inhvester, GmbHG, § 4 Rn. 4). Eine Personenfirma ohne Gesellschafterbezug ist folglich seit der Reform gesetzlich nicht (mehr) verboten (OLG Jena, Beschl. v. 22.06.2010 - 6 W 30/10 - NZG 2010, 1354; Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 18. Aufl., § 4 Rn. 34). Bei der Bildung einer GmbH-Firma sind neben § 4 GmbHG die firmenrechtlichen Vorschriften des HGB zu beachten. Das Irreführungsverbot aus § 18 Abs. 2 HGB untersagt die Bildung einer Firma, die Angaben enthält, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, ersichtlich irreführen. Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf eine Kapitalgesellschaft ist lediglich ergänzend zu berücksichtigen, dass der Rechtsverkehr nicht darüber getäuscht werden kann, dass eine persönliche Haftung der namensgebenden Person nicht infrage kommt. Für eine Kapitalgesellschaft - und damit auch für eine

GmbH - ist bereits durch den Rechtsformzusatz klargestellt, dass es überhaupt keinen persönlich haftenden Gesellschafter gibt. Insgesamt wird damit die Eignung einer Firma zur Irreführung bei einer Kapitalgesellschaft noch seltener angenommen werden können als bei einer Personenhandelsgesellschaft (vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 22.11.2013 - 11 Wx 86/13). Soll der Name eines Nicht-Gesellschafters in die Firma aufgenommen werden, begründet dieses Vorgehen unstreitig dann eine Irreführungsgefahr, wenn der gewählte Name für die angesprochenen Verkehrskreise von Relevanz ist - etwa bei der Verwendung des Namens einer Person des öffentlichen Lebens - und eine maßgebliche Beteiligung des Namensgebers nahelegt (OLG Thüringen, Beschl. v. 22.6.2010 - 6 W 30/10 - DNotZ 2010, 935; LG München I, Beschl. v. 26.10.2006 - 17 HK T 16920/06 - MittBayNot 2007, 71; Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 4 Rn. 12). Dann kann der Namensträger Bedeutung für die wirtschaftlichen Entscheidungen der angesprochenen Verkehrskreise haben, die dem Namensträger ein gewisses Vertrauen entgegenbringen (OLG Jena, Beschl. v. 22.06.2010 - 6 W 30/10; Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, § 4 Rn. 35). Die neue Rechtsprechung stellt auch klar, dass die Grenze zur Unzulässigkeit dann überschritten wird, wenn konkret darüber irreführt wird, dass eine Person mit dem verwendeten Namen eine wesentliche Rolle in dem Unternehmen spielt oder gespielt hat oder es sich um einen regional, national oder international bekannten Namen handelt. Die Literatur hat sich dem wohl überwiegend angeschlossen (Roth in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, 8. Aufl. 2015, § 18 Rn. 15c; Heidinger in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 18 Rn. 36). Für die Wahl einer Personenfirma ist, folgt man der Entwicklung in der neuen Rechtsprechung, keine besondere Beziehung erforderlich, sodass die Wahl eines fremden Personennamens zur Firmenbildung nahezu ohne Einschränkung möglich ist.

Richtigerweise ist eine wesentliche Irreführungsgefahr bereits stets dann zu befürchten, wenn kein klarer, enger Bezug des Namensgebers zum Unternehmen besteht (vgl. z.B. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 22.11.2013 - Wx 86/13; Ruß, MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 18 Rn. 16). Ausschlaggebend ist, ob der gewählte Name für die wirtschaftlichen Entscheidungen der angesprochenen Verkehrskreise relevant ist und dem Namensträger ein besonderes

Vertrauen entgegengebracht wird. Im Ergebnis sollte zumindest irgendein Bezug zum verwendeten Namen bestehen. Die Aufnahme eines fremden Eigennamens in die Firmierung kann, auch wenn dieser weder regional noch überregional sehr bekannt ist, den guten Ruf und die Bonität einer anderen Person für eigene Zwecke ausnutzen. Zudem könnten auf diesem Weg die strengen Vorschriften über die Firmenfortführung nach § 22 HGB ohne große Probleme umgangen werden.

Auch im vom OLG Rostock entschiedenen Fall bestand ein besonderer Bezug zum gewählten Namen, da der Namensgeber der Verwendung seines Namens zugestimmt hatte und wohl auch ein Versicherungsbestand übernommen wurde. Als er zudem Minderheitsgesellschafter wurde, bestand endgültig ein Gesellschafterbezug. Die Höhe der Beteiligung spielt hierbei keine Rolle.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Die Frage, worin der erforderliche Bezug zum Unternehmen besteht, ist jeweils einzelfallabhängig zu beantworten. Im konkreten Fall hätte z.B. geprüft werden können, ob sich die Bezeichnung des bisherigen Inhabers bereits außerhalb des Handelsregisters verselbstständigt hat und so der Rechtsverkehr tatsächlich keine oder nur vage Verbindungen zwischen Firma und Inhaber, Gesellschafter oder Geschäftsführer herstellt. Die Verwendung des Namens eines Nicht-Gesellschafters ist daher nicht ohne weiteres zulässig. Ein hinreichender Bezug zum Namensgeber kann sich etwa aus der Übernahme des Kundenstammes ergeben.

Abzuwarten bleibt, ob in der obergerichtlichen Rechtsprechung demnächst ein Fall zur Klärung ansteht, indem tatsächlich keinerlei Bezug zum gewählten Personennamen in der Firma besteht.