

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:
19.11.2014

Erscheinungsweise:
vierzehntäglich

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

22/2014

Inhaltsübersicht:

AUFSÄTZE

Anm. 1

Außenhaftung des Geschäftsführers für Wettbewerbshandlungen der von ihm vertretenen Gesellschaft

BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 - WM 2014, 1479 „Geschäftsführerhaftung“
von Dr. Carolin Möller, RA'in und Wirtschaftsjuristin, advotec.

Anm. 2

Einstweiliger Rechtsschutz in der Schweiz

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft mbB, Düsseldorf, Dr. Thomas Weibel, LL.M., RA, Vischer AG, Zürich, Sandra Altherr, RA'in, Vischer AG, Zürich

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Anm. 3

Anwendung der Grundsätze über Vorgründungsgesellschaft auch auf Verhältnis vor Durchführung einer Kapitalerhöhung bei GmbH ("Vorbeteiligungsgesellschaft")

Anmerkung zu OLG Schleswig, Urteil vom 04.07.2014, 17 U 24/14
von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

Anm. 4

Kündigung bzw. Ausschluss eines Gesellschafters bei zweigliedriger Gesellschaft

Anmerkung zu OLG Koblenz, Urteil vom 15.07.2014, 3 U 1462/12
von Frank Hollstein, RA, Simmons & Simmons LLP, Frankfurt am Main

Anm. 5

Insolvenzanfechtung von im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren und im Schutzschirmverfahren vorgenommenen Rechtshandlungen

Anmerkung zu OLG Dresden, Urteil vom 18.06.2014, 13 U 0106/14
von Johannes Landry, RA und Partner, ARQIS Rechtsanwälte, Düsseldorf

Zitiervorschlag: Möller, AnwZert HaGesR 22/2014 Anm. 1
ISSN 1869-1331

AUFSÄTZE

1

Außenhaftung des Geschäftsführers für Wettbewerbshandlungen der von ihm vertretenen Gesellschaft

BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 - WM 2014, 1479 „Geschäftsführerhaftung“

von Dr. Carolin Möller, RA'in und Wirtschaftsjuristin, advotec.

A. Einleitung

In der anwaltlichen Praxis ist es – gerade auch im Wettbewerbsrecht – üblich, neben der als Verletzer in Anspruch genommenen Gesellschaft auch deren Geschäftsführer persönlich zu verklagen bzw. in ein einstweiliges Verfügungsverfahren als zusätzlichen Antragsgegner einzubeziehen. Eine gesetzliche Regelung der Außenhaftung des Geschäftsführers für wettbewerbswidrige Handlungen der von ihm vertretenen Gesellschaft sucht man allerdings vergebens. Der BGH hat am 18.06.2014 zur Frage der Außenhaftung des Geschäftsführers für Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft Stellung genommen¹.

B. Die Rechtslage

I. Gründe für die persönliche Inanspruchnahme des Geschäftsführers

Einer der Gründe hierfür ist das Bestreben, sich mittels einer personellen Erweiterung der Haftungsgrundlage gegen etwaige bei der Gesellschaft bestehende Insolvenzkrisen abzusichern. Ein weiterer Grund ist der von einer auch persönlichen Inanspruchnahme des Geschäftsführers ausgehender Anreiz für diesen, alles ihm Mögliche zur Unterlassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens der Gesellschaft zu unternehmen. Ferner erhöht die persönliche Inanspruchnahme in der Regel den Lästigkeitsfaktor, was für die Verletzten im Hinblick auf etwaige Vergleichsverhandlungen günstig sein kann. Schließlich ermöglicht ein Titel gegen den Geschäftsführer persönlich, im Falle der Fortsetzung der beanstandeten wettbewerbswidrigen Handlungen durch diesen außerhalb der mit in Anspruch genommenen Gesellschaft, ein Ordnungsmittelverfahren gegen diesen zu führen

und den Titel unabhängig von dem Verhalten der Gesellschaft gegen ihn zu vollstrecken.

Für den Geschäftsführer ist die persönliche Haftung für Wettbewerbsverstöße – insbesondere in Großunternehmen, in denen das operative Geschäft häufig auf untergeordneten Ebenen gesteuert wird – mit erheblichen persönlichen Risiken verbunden. Bei der Bestimmung seiner Außenhaftung ist auch sein Interesse daran, nicht mit einem uferlosen und damit existenzbedrohenden Haftungsrisiko belastet zu werden, zu berücksichtigen.

II. Voraussetzungen der Haftung des Geschäftsführers

Einigkeit besteht, dass der Geschäftsführer in jedem Fall für sein eigenes deliktisches Handeln verantwortlich ist; er also gegenüber dem Verletzten haftet, wenn er den Wettbewerbsverstoß selbst begangen hat.² Die Rechtsprechung ist aber lange Zeit ohne nähere Auseinandersetzung mit der Problematik von einer persönlichen Haftung des Geschäftsführers auch schon aufgrund seiner Organstellung und der damit verbundenen Pflicht zur ordnungsgemäßen Führung der Geschäfte ausgegangen.³

In dem „Sporthosen“-Urteil stellte der BGH klar, dass eine persönliche Haftung des Geschäftsführers (als Störer) ausscheidet, wenn dieser weder persönlich an der verletzenden Handlung teilgenommen hat, noch Kenntnis von ihr hatte.⁴ Ausgehend hiervon wurde die Haftungsfrage in der Folgezeit über die „Störerhaftung“ dahingehend gelöst, dass der Geschäftsführer immer dann haften sollte, wenn er willentlich und adäquat kausal in irgendeiner Weise zur Verwirklichung des Wettbewerbsverstoßes beigetragen hat.⁵ Jedenfalls bei Kenntnis von den Verstößen wurde eine Haftung dann regelmäßig bejaht.⁶

Mit der Aufgabe der Grundsätze der Störerhaftung für das Wettbewerbsrecht kam das Fundament der Begründung der persönlichen Haftung des Geschäftsführers für Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft als Störer ins Wanken.⁷

Eine gesetzliche Regelung der Außenhaftung des Geschäftsführers für wettbewerbswidrige Handlungen der von ihm vertretenen Gesellschaft sucht man weiterhin vergebens. Am 18.06.2014 hat nun der BGH zur Frage der Außenhaftung des Ge-

schäftsführers für Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft Stellung genommen⁸.

C. Die Entscheidung des BGH vom 18.06.2014⁹

I. Sachverhalt

Der beklagte Geschäftsführer war alleiniger Geschäftsführer der ebenfalls beklagten GmbH, welche im Auftrag eines Wettbewerbers der Klägerin Gaslieferverträge vertrieben und hierzu selbstständige Handelsvertreter beauftragt hatte. Den Behauptungen der Klägerin zufolge hätten die werbenden Handelsvertreter bzw. die von diesen eingesetzten Personen versucht, Verbraucher mit unzutreffenden und irreführenden Angaben dazu zu bringen, ihre bestehenden Verträge mit der Klägerin zu kündigen und neue Verträge mit der beklagten GmbH abzuschließen. Die Klägerin hatte die Auffassung vertreten, der Geschäftsführer hafte für die behaupteten Wettbewerbsverstöße persönlich, weil er von ihnen Kenntnis gehabt und seinen Betrieb nicht in einer Weise organisiert habe, die die Einhaltung von Rechtsvorschriften sichergestellt habe.

II. Entscheidung

Der BGH hat – wie bereits die Vorinstanz¹⁰ – eine persönliche Haftung des Geschäftsführers abgelehnt. Der BGH stellt zunächst im Einklang mit der Rechtsprechung zur Aufgabe der Störerhaftung im Wettbewerbsrecht klar, dass eine Störerhaftung des Geschäftsführers schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil es bei Wettbewerbsverstößen um Verhaltensunrecht (nicht um die Verletzung eines absoluten Rechts, zu der ein Störer in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal beitragen könnte) geht.¹¹

Es komme in dem entschiedenen Fall aber auch keine Haftung als Täter in Betracht. Der BGH führt zutreffend aus, dass die Täterhaftung nach den im Strafrecht entwickelten Rechtsgrundsätzen zu beurteilen ist.¹² Täter kann daher nur sein, wer Zuwiderhandlungen selbst oder in mittelbarer Täterschaft bzw. gemeinschaftlich in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken begeht (vgl. § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Geschäftsführer haftet demnach für Wettbewerbsverstöße dann, wenn er sie selbst begangen oder in Auftrag gegeben hat.

Nach der bisherigen Rechtsprechung bestünde eine persönliche Geschäftsführerhaftung darüber

hinaus, wenn der Geschäftsführer Kenntnis von den Wettbewerbsverstößen hatte und es unterlassen hat, sie zu verhindern.¹³ Der BGH stellt klar, dass diese Rechtsprechung, die auf der Störerhaftung basiert, nach der Aufgabe der Störerhaftung im Wettbewerbsrecht in dieser Allgemeinheit nicht mehr aufrechterhalten werden kann.¹⁴

Das Unterlassen der Verhinderung könne einem positiven Tun vielmehr nur dann gleichgestellt werden, wenn der Täter (vorliegend der Geschäftsführer) rechtlich verpflichtet war, den tatbestandlichen Erfolg zu verhindern und das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch positives Tun entspricht.¹⁵ Voraussetzung einer persönlichen Haftung wegen Unterlassen ist also eine Garantenstellung des Geschäftsführers gegenüber dem Verletzten.¹⁶ Resultieren kann eine Garantenstellung aus Ingerenz (vorangegangenen gefährdenden Tun), Gesetz, Vertrag oder der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens.¹⁷

Die schlichte Kenntnis von den Wettbewerbsverstößen kann keine Haftung des Geschäftsführers begründen. Vielmehr ist erforderlich, dass der Wettbewerbsverstoß auf einem Verhalten beruht, das nach seinem äußeren Erscheinungsbild und mangels abweichender Feststellungen dem Geschäftsführer anzulasten ist. Das wäre der Fall bei Handlungen, über die typischerweise auf Geschäftsführungsebene entschieden wird¹⁸, beispielsweise bei der rechtsverletzenden Benutzung einer Firmierung, dem allgemeinen Werbeauftritt des Unternehmens, dem allgemeinen Konzept der Kundenwerbung¹⁹, dem Inhalt einer Presseerklärung, in dem der Geschäftsführer selbst zu Wort kam²⁰ oder dem allgemeinen Internetauftritt des Unternehmens²¹.

Hingegen bestehe für den Geschäftsführer keine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht gegenüber außenstehenden Dritten (dem Verletzten), wenn er Kenntnis von begangenen oder bevorstehenden Wettbewerbsverstößen der von ihm vertretenen Gesellschaft erlangt, ohne eine weitere Verletzung zu verhindern.²² Denn der Haftung wegen Verletzung einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht liege der Gedanke zugrunde, dass derjenige, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle schafft oder nicht beseitigt, die ihm zumutbaren und notwendigen Maßnahmen zur Abwehr von daraus drohenden Gefahren für Dritte ergreifen muss.²³ Allein die Organstellung und die allgemeine Verantwortlich-

keit für den Geschäftsbetrieb begründen aber keine Verpflichtung des Geschäftsführers gegenüber Dritten, Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft zu verhindern. Zwar umfasst die dem Geschäftsführer nach § 43 GmbHG obliegende Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung auch die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass Rechtsverletzungen unterbleiben. Diese Verpflichtung aber besteht allein gegenüber der Gesellschaft. Ihre Verletzung kann dementsprechend lediglich eine Haftung gegenüber der Gesellschaft, nicht jedoch eine Außenhaftung begründen.²⁴

Eine Erfolgsabwendungspflicht könne sich allenfalls in begrenztem Umfang aufgrund besonderer Umstände ergeben. Im Zusammenhang mit der Organisation der vertretenen Gesellschaft komme dies etwa in Betracht, wenn der Geschäftsführer sich bewusst die Möglichkeit entzieht, Kenntnis von Wettbewerbsverstößen in seinem Unternehmen oder durch die von diesem beauftragten Dritten zu erlangen und dementsprechend zu deren Verhinderung Einfluss zu nehmen, beispielsweise, wenn er sich dauerhaft im Ausland aufhält.²⁵ Dasselbe dürfte gelten, wenn die Überwachung der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vollständig unterlassen wird.

In dem zu entscheidenden Fall waren diese besonderen Voraussetzungen nicht erfüllt. Insbesondere sei die Übertragung von Tätigkeiten auf Subunternehmen eine wettbewerbsrechtlich grundsätzlich unbedenkliche Unternehmensentscheidung, die nicht per se als Gefahrenquelle für Wettbewerbsverstöße, mit der eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht, für die Einhaltung der Wettbewerbsvorschriften durch die Subunternehmer zu sorgen, verbunden wäre, qualifiziert werden könne.

Der BGH weist darauf hin, dass eine persönliche Haftung des Geschäftsführers für (nicht von ihm persönlich begangene) Wettbewerbsverstöße der von ihm vertretenen Gesellschaft aber dann besteht, wenn der Geschäftsführer ein auf Rechtsverletzungen angelegtes Geschäftsmodell selbst ins Werk gesetzt hat.²⁶

Der ebenfalls vom BGH angesprochenen persönlichen Haftung des Geschäftsführers im Falle einer Garantenstellung aufgrund einer persönlich übernommenen Erfolgsabwendungspflicht dem Dritten gegenüber²⁷ kommt im Wettbewerbsrecht praktisch kaum Bedeutung zu, weil bei Wettbewerbsverstößen die Parteien regelmäßig vorab

nicht in Kontakt miteinander stehen und damit auch die Inanspruchnahme besonderen, u.U. haftungsbegründenden Vertrauens regelmäßig ausscheidet.

D. Fazit

Allein die Organstellung und/oder die allgemeine Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für wettbewerbswidrige Handlungen der von ihm vertretenen Gesellschaft begründen keine Außenhaftung des Geschäftsführers. Dementsprechend bedarf es auch keines der in der Literatur zuvor entwickelten Ansätze zur Beschränkung der sich sonst (d.h. bei Annahme einer Außenhaftung bereits aufgrund einer Verletzung der gegenüber der Gesellschaft bestehenden Pflicht, deren Geschäfte so zu organisieren, dass die Vorschriften des Wettbewerbsrechts eingehalten werden) ergebenden uferlosen Geschäftsführerhaftung.²⁸

Der Geschäftsführer haftet für wettbewerbswidrige Handlungen der Gesellschaft vielmehr grundsätzlich nur dann persönlich, wenn er daran entweder durch positives Tun beteiligt war²⁹ oder er die Wettbewerbsverstöße aufgrund einer Garantenstellung nach allgemeinen Grundsätzen des Deliktsrechts zu verhindern verpflichtet war. Allein die Organstellung und/oder die allgemeine Verantwortlichkeit für den Geschäftsbetrieb begründen dabei keine Verpflichtung des Geschäftsführers gegenüber Dritten, Wettbewerbsverstöße der von ihm vertretenen Gesellschaft zu verhindern. Eine persönliche Haftung kommt allerdings dann in Betracht, wenn er ein auf Rechtsverletzungen angelegtes Geschäftsmodell selbst ins Werk gesetzt hat (dann wegen Verletzung einer eigenen wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht).³⁰

E. Rechtliche Würdigung

Mit seiner Entscheidung vom 18.06.2014 schränkt der BGH die Außenhaftung des Geschäftsführers für Wettbewerbsverstöße der von ihm vertretenen Gesellschaft ein. Eine Haftung nach den Grundsätzen der Störerhaftung bei Kenntnis und Unterlassen der Verhinderung der Verstöße lehnt der BGH eindeutig ab. Wie schon zuvor in der Literatur³¹ und der Vorinstanz³² vertreten, stellt der BGH klar, dass die Verletzung von gegenüber der Gesellschaft bestehenden internen Sicherungspflichten eine Außenhaftung nicht begründen kann. Eine Haftung wegen Organisationsverschulden trifft primär die Gesellschaft als Unternehmensträgerin.³³ Eine Eigenhaftung des Geschäftsführers für

Organisationsmängel ist demgegenüber der Ausnahmefall. Im Hinblick auf wettbewerbswidrige Vertriebshandlungen wäre hierfür die Etablierung von Vertriebsstrukturen durch den Geschäftsführer selbst erforderlich, die in einem beachtlich erhöhten Maße die Gefahr bergen, dass der Geschäftsführer die Möglichkeiten der Kenntnis- und Einflussnahme, die üblicherweise über die unternehmensinterne Hierarchie und Organisation ein wettbewerbskonformes Auftreten der Unternehmensmitarbeiter gewährleisten, verliert.³⁴

Zutreffend haben sowohl der BGH als auch bereits die Vorinstanz klargestellt, dass grundsätzlich zulässige und unbedenkliche Vertriebsstrukturen und Unternehmensentscheidungen nicht nachträglich deshalb als haftungsbegründende Organisationsmängel qualifiziert werden können, weil im Einzelfall im Rahmen dieser Strukturen ein Wettbewerbsverstoß begangen wurde.³⁵

Die restriktive Handhabung der Außenhaftung des Geschäftsführers für Wettbewerbsverstöße der GmbH schränkt die Haftungsrisiken des Geschäftsführers gegenüber Dritten im Hinblick auf Unterlassungsansprüche deutlich ein. Im Hinblick auf etwaige Schadensersatzansprüche besteht für ihn jedoch die Gefahr, dass Verletzte, die einen Titel gegen die Gesellschaft erstritten haben, im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu dessen Vollstreckung den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen ihn pfänden und es so indirekt doch zu einer persönlichen Haftung gegenüber dem Verletzten kommt. Denn die Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft aus § 43 GmbHG bleibt selbstverständlich unberührt.

F. Auswirkungen für die Praxis

Die früher gängige Praxis der Gerichte, in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten neben der in Anspruch genommenen Gesellschaft in der Regel und ohne nähere Ausführungen auch deren Geschäftsführer als Gesamtschuldner zu verurteilen, wird mit dem Urteil des BGH vom 18.06.2014 endgültig ihr Ende gefunden haben. Künftig wird in der anwaltlichen Praxis in Wettbewerbsstreitigkeiten immer dann, wenn der Geschäftsführer den Wettbewerbsverstoß nicht persönlich begangen hat, im Einzelfall genau zu prüfen sein, ob ausnahmsweise eine persönliche Mithaftung des Geschäftsführers in Betracht kommt. Da eine Außenhaftung des Geschäftsführers von den Gerichten nur noch ausnahmsweise bejaht werden wird,

empfiehlt sich die Mitinanspruchnahme des Geschäftsführers für Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft nur noch bei Vorliegen besonderer Umstände, etwa wenn der Geschäftsführer selbst ein auf Rechtsverletzungen angelegtes Geschäftsmodell ins Werk gesetzt hat oder er sich dauerhaft im Ausland aufhält, ohne sich um den Geschäftsbetrieb und dessen Überwachung zu kümmern.

G. Literaturempfehlungen

Ruess/Delpy, Neues zur Haftung der Geschäftsführer für wettbewerbsrechtliche Verstöße, GWR 2013, 455.

Werner, Die Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers für die Verletzung gewerblicher Schutzrechte, GRUR 2009, 820.

Keller, Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers bei Wettbewerbsverstößen und Verletzung gewerblicher Schutzrechte, GmbHR 2005, 1235.

-
- ¹ BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 - WM 2014, 1479 „Geschäftsführerhaftung“.
 - ² Werner, GRUR 2009, 820, 821; Keller, GmbHR 2005, 1235, 1236; BGH, Urt. v. 12.03.1996 - VI ZR 90/95 - NJW 1996, 1535, 1536; BGH, Urt. v. 26.09.1985 - I ZR 86/83 - GRUR 1986, 248, 250 „Sporthosen“; BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 - WM 2014, 1479; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.01.1997 - 20 U 230/95; KG Berlin, Urt. v. 13.11.2012 - 5 U 30/12 - GRUR-RR 2013, 172, 173 „Haftung des Geschäftsführers einer GmbH - Haustürwerbung“.
 - ³ RG, GRUR 1936, 1084, 1089 „Standard-Lampen“; BGH, GRUR 1957, 342, 347 „Underberg“; vgl. dazu auch Götting, GRUR 1994, 6, 11.
 - ⁴ BGH, Urt. v. 26.09.1985 - I ZR 86/83 - GRUR 1986, 248 „Sporthosen“.
 - ⁵ BGH, Urt. v. 18.10.2001 - I ZR 22/99 - GRUR 2002, 618 „Meißner Dekor“; BGH, Urt. v. 21.09.1989 - I ZR 27/88 - GRUR 1990, 463, 464 „Firmenrufnummer“.
 - ⁶ Vgl. dazu Werner, GRUR 2009, 820, 824; Keller, GmbHR 2005, 1235, 1237.
 - ⁷ BGH, Urt. v. 12.07.2012 - I ZR 54/11 Rn. 49 „Solarinitiative“; BGH, Urt. v. 22.07.2010 - I ZR 139/08 Rn. 48 „Kinderhochstühle im Internet“.

- 8 BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 - WM 2014, 1479.
- 9 BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 - WM 2014, 1479 „Geschäftsführerhaftung“.
- 10 KG Berlin, Urt. v. 13.11.2012 - 5 U 30/12 - GRUR-RR 2013, 172.
- 11 BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 Rn. 11 (unter Verweis auf BGH, Urt. v. 22.07.2010 - I ZR 139/08 Rn. 49 „Kinderhochstühle im Internet“; BGH, Urt. v. 12.07.2012 - I ZR 54/11 Rn. 49 „Solarinitiative“).
- 12 BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 Rn. 13 (unter Verweis auf BGH, Urt. v. 22.07.2010 - I ZR 139/08 Rn. 30 „Kinderhochstühle im Internet“; BGH, Urt. v. 22.06.2011 - I ZR 159/10 Rn. 24 - GRUR 2011, 1018 „Automobil-Onlinebörse“); so auch Werner, GRUR 2009, 820, 821.
- 13 BGH, Urt. v. 26.09.1985 - I ZR 86/83 - GRUR 1986, 248, 251 „Sporthosen“; BGH, Urt. v. 09.06.2005 - I ZR 279/02 - GRUR 2005, 1061, 1064 „Telefonische Gewinnauskunft“; so auch Werner, GRUR 2009, 820, 821.
- 14 BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 Rn. 15.
- 15 BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 Rn. 16.
- 16 BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 Rn. 16; vgl. auch BGH, Urt. v. 05.12.1989 - VI ZR 335/88 - BGHZ 109, 297, 303; BGH, Urt. v. 10.07.2012 - VI ZR 341/10 Rn. 18 - BGHZ 194, 26.
- 17 BGH, Urt. v. 06.04.2000 - I ZR 67/98 - GRUR 2001, 82, 83 „Neu in Bielefeld I“; BGH, Urt. v. 12.01.2010 - 1 StR 272/09 Rn. 58 - NJW 2010, 1087; Hühner, GRURPrax 2013, 459, 460 f.; KG Berlin, Urt. v. 13.11.2012 - 5 U 30/12 - GRUR-RR 2013, 172, 173 „Haftung des Geschäftsführers einer GmbH - Haustürwerbung“; Werner, GRUR 2009, 820, 821.
- 18 BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 Rn. 19.
- 19 BGH, Urt. v. 30.06.2011 - I ZR 157/10 Rn. 1, 32 - GRUR 2012, 184 „Branchenbuch Berg“.
- 20 BGH, Urt. v. 17.08.2011 - I ZR 108/09 Rn. 5, 70 - GRUR 2011, 1043 „TÜV II“.
- 21 BGH, Urt. v. 19.04.2012 - I ZR 86/10 Rn. 2 - GRUR 2012, 1145 „Pelikan“.
- 22 BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 Rn. 20.
- 23 BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 Rn. 21; BGH, Urt. v. 12.07.2012 - I ZR 54/11 Rn. 51 „Solarinitiative“.
- 24 BGH, Urt. v. 05.12.1989 - VI ZR 335/88 - BGHZ 109, 297, 303; BGH, Urt. v. 13.04.1994 - II ZR 16/93 - BGHZ 125, 366, 375; BGH, Urt. v. 10.07.2012 - VI ZR 341/10 Rn. 22 f - BGHZ 194, 26.
- 25 BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 Rn. 26; vgl. OLG Nürnberg, Urt. v. 17.05.1983 - 3 U 681/83 - GRUR 1983, 595; OLG Hamburg, Urt. v. 17.04.2002 - 5 U 24/01 - GRUR-RR 2002, 240, 243; OLG Hamburg, Urt. v. 14.12.2005 - 5 U 200/04 - GRUR-RR 2006, 182, 183 „Miss 17“; KG Berlin, Urt. v. 13.11.2012 - 5 U 30/12 - GRUR-RR 2013, 172, 173 „Haftung des Geschäftsführers einer GmbH - Haustürwerbung“.
- 26 BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 Rn. 31; vgl. BGH, Urt. v. 15.01.2009 - I ZR 57/07 Rn. 21 f. - GRUR 2009, 841 „Cybersky“.
- 27 Vgl. dazu auch Ruess/Delpy, GWR 2013, 455, 458.
- 28 Teile der Literatur befürworteten eine Beschränkung der Außenhaftung nach dem Kriterium des im Einzelfall Zumutbaren (Ottofülling, GmbHR 1991, 304, 309). Andere Stimmen in der Literatur befürworteten eine Außenhaftung nur bei besonders schutzrechtssensiblen Unternehmensbereichen (Meier, WRP 1986, 71, 75). Wieder andere wollten die Außenhaftung von dem Ausmaß der Partizipation des Geschäftsführers am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft abhängig machen (Keller, GmbHR 2005, 1235, 1242).
- 29 Vgl. dazu auch Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl. 2014, § 8 Rn 140; Ruess/Delpy, GWR 2013, 455, 458.
- 30 Vgl. die Leitsätze von BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12.
- 31 Melullis in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 80 Rn. 26; Keller, GmbHR 2005, 1235, 1237, 1241; Werner, GRUR 2009, 820, 823; eine aus den Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft resultierende besondere Verkehrspflicht im Verhältnis zu Dritten bezweifelnd auch Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 8 Rn 140.
- 32 KG Berlin, Urt. v. 13.11.2012 - 5 U 30/12 - GRUR-RR 2013, 172, 173 „Haftung des Geschäftsführers einer GmbH - Haustürwerbung“.
- 33 KG Berlin, Urt. v. 13.11.2012 - 5 U 30/12 - GRUR-RR 2013, 172, 173 „Haftung des Geschäftsführers einer GmbH - Haustürwerbung“; Keller, GmbHR 2005, 1235, 1240; Werner, GRUR 2009, 820, 824.
- 34 KG Berlin, Urt. v. 13.11.2012 - 5 U 30/12 - GRUR-RR 2013, 172, 173 „Haftung des Geschäftsführers einer GmbH - Haustürwerbung“.

³⁵ BGH, Urt. v. 18.06.2014 - I ZR 242/12 Rn. 31 - WM 2014, 1479 „Geschäftsführerhaftung“; KG Berlin, Urt. v. 13.11.2012 - 5 U 30/12 - GRUR-RR 2013, 172, 173 „Haftung des Geschäftsführers einer GmbH - Haustürwerbung“.

2

Einstweiliger Rechtsschutz in der Schweiz

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwalts-gesellschaft mbB, Düsseldorf, Dr. Thomas Weibel, LL.M., RA, Vischer AG, Zürich, Sandra Altherr, RA'in, Vischer AG, Zürich

A. Einleitung

Zwischen der Einleitung eines Zivilprozesses und seiner Erledigung über mehrere Instanzen können auch in der Schweiz mitunter Jahre vergehen. Diese Zeitverzögerung kann ohne weiteres dazu führen, dass das Prozessergebnis für die rechtssuchende Partei weitgehend wertlos ist, da die Güter, welche durch Einleitung eines Verfahrens hätten geschützt werden sollen, im Urteilszeitpunkt nicht mehr von Relevanz sind oder das vollstreckbare Vermögen des Schuldners nicht mehr zur Verfügung steht.

Dieser Problematik wirkt der sogenannte vorsorgliche Rechtsschutz entgegen. Die Konstellationen, in welchen Maßnahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes angezeigt sind, können naturgemäß nicht abschließend aufgezählt werden. Im Allgemeinen liegt einer vorsorglichen Maßnahme zu meist eine der folgenden drei Motivationen zugrunde: Wahrung eines bestehenden – und gefährdeten – Zustands für die Dauer eines Gerichtsverfahrens, Verbot einer unmittelbar bevorstehenden schädigenden Handlung oder Beweissicherung. Zum vorsorglichen Rechtsschutz im weiteren Sinne ist daneben nach schweizerischem Verständnis auch das vorprozessuale Beweissicherungsverfahren zu zählen.

Die Begriffe einstweiliger, vorsorglicher oder provisorischer Rechtsschutz werden in der Praxis synonym verwendet. Für die Zwecke des vorliegenden Artikels wird vom vorsorglichen Rechtsschutz gesprochen.

Ganz grundsätzlich ist hervorzuheben, dass Schweizer Gerichte vorsorglichen Rechtsschutz nicht leichtfertig, sondern nur nach sorgfältiger Prüfung der Voraussetzungen anordnen. Dies insbesondere deshalb, da eine sich im Nachhinein als ungerechtfertigt erweisende Maßnahme dem Antragsteller erheblichen Schaden zufügen kann.

B. Die Rechtslage

I. Voraussetzungen des vorsorglichen Rechtsschutzes

Folgende rechtliche Voraussetzungen müssen nach Art. 261 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (im Folgenden „ZPO“) für die Gewährung von vorsorglichem Rechtsschutz erfüllt sein¹:

- Dem Antragsteller steht ein Anspruch zu, welcher verletzt oder gefährdet ist.
- Aus dieser Situation droht dem Antragsteller ein schwerer Nachteil.
- Dieser Nachteil wäre irreparabel oder irreversibel und nicht einfach durch Geld auszugleichen.
- Der Nachteil droht unmittelbar, weshalb dringliches Handeln vonnöten ist.
- Die beantragte vorsorgliche Maßnahme muss verhältnismäßig sein.

Der Antragsteller hat diese Voraussetzungen nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich mit dem reduzierten Beweismaß des Glaubhaftmachens darzulegen. Eine Tatsache ist dann glaubhaft gemacht, wenn das Gericht von ihrer Wahrheit nicht überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, auch wenn möglicherweise nicht sämtliche Zweifel beseitigt sind². Zur Glaubhaftmachung stehen dem Gesuchsteller lediglich solche Beweise zur Verfügung, die ohne Umstände und Zeitverlust abgenommen werden können; im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, dass praktisch ausschließlich der Urkundenbeweis möglich ist. Die eidesstattliche Versicherung zur Glaubhaftmachung eines Anspruchs, wie sie in Deutschland üblich ist, ist im schweizerischen Prozessrecht nicht vorgesehen.

Vorsorgliche Maßnahmen sind grundsätzlich vor und nach Einleitung des Hauptprozesses möglich. In dringlichen Fällen ist das vorprozessuale Ersuchen um vorsorgliche Maßnahmen die Regel. Nach Gewährung des vorsorglichen Rechtsschutzes setzt das Gericht dem Antragsteller in solchen

Fällen gemäß Art. 263 ZPO eine Frist, innerhalb derer die Klage im Hauptsacheverfahren einzureichen ist (Prosequierung der vorsorglichen Maßnahme); bei Nichtbeachtung dieser Frist verfallen die verhängten vorsorglichen Maßnahmen.

Die vorsorglichen Maßnahmen können ferner „provisorisch“ oder „superprovisorisch“ (Art. 265 ZPO) beantragt werden. Ist der Überraschungseffekt entscheidend, wird der Antragsteller eine superprovisorische Verfügung beantragen, worauf das Gericht ohne vorherige Anhörung des Antragsgegners entscheidet. Zur Wahrung der Rechte des Antragsgegners lädt das Gericht zeitgleich mit dem Erlass der superprovisorischen Verfügung zu einer Bestätigungsverhandlung oder setzt eine Frist zur Stellungnahme an.

In Fällen ohne die vorgenannte besondere Dringlichkeit kann um eine provisorische Verfügung ersucht werden. In diesem Fall wird das Gericht dem Antragsgegner vor Erlass seiner Verfügung rechtliches Gehör gewähren.

II. Welche vorsorglichen Maßnahmen kommen in Betracht?

Gegenstand einer vorsorglichen Maßnahme kann nach Art. 262 ZPO grundsätzlich jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den konkret drohenden Nachteil abzuwenden. Insofern ist eine abschließende Aufzählung in Frage kommender Maßnahmen begriffsnotwendig ausgeschlossen. Lediglich die wichtigsten Unterkategorien vorsorglicher Maßnahmen sollen nachstehend Erwähnung finden:

1. Befehle und Verbote

Mittels Befehlen und Verboten kann dem Antragsgegner zum Schutz oder zur Durchsetzung der Rechtsposition des Antragstellers ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben oder verboten werden. Es gibt sogar vereinzelt Gerichtsentscheidungen, selbst des Bundesgerichts, wonach ein Gesuchsgegner auf dem Weg des vorsorglichen Rechtsschutzes verpflichtet werden kann, einen offensichtlich zu Unrecht beendeten oder schlecht erfüllten Vertrag weiter zu erfüllen³.

Daneben dienen Befehle und Verbote auch dazu, die Verfügung über einen bestimmten Vermögenswert zu verhindern. Die Anordnung des Gerichts ergeht gemäss Art. 343 ZPO beispielsweise mit der Androhung einer Sanktionierung nach

Art. 292 des Strafgesetzbuchs (Buße in der Höhe von maximal 10.000 CHF infolge Widerhandlung gegen eine amtliche Verfügung). Die Erfahrung zeigt, dass derartige Strafdrohungen in der Praxis meistens ihre Wirkung entfalten und den Gesuchsgegner vom inkriminierten Verhalten abhalten.

2. Anweisungen an Registerbehörden

Eine weitere Möglichkeit zur vorsorglichen Wahrung und zum Schutz der Rechtsposition des Antragstellers stellen Anweisungen an Registerbehörden (Grundbuchamt, Handelsregisteramt) dar. Ein bedeutender Anwendungsfall einer solchen Anweisung an eine Registerbehörde – hier: das Grundbuchamt – ist das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Nr. 3 ZGB). Dieses kann nach Glaubhaftmachung des Bestands der Forderung durch den Bauunternehmer oder Handwerker zugunsten der Forderung des Bauunternehmers oder Handwerkers auf dem Weg einer vorsorglichen Maßnahme und damit ohne vorherigen Zivilprozess als dingliche Sicherung provisorisch im Grundbuch eingetragen werden. Eine Gefährdung der Forderungserfüllung ist nicht vorausgesetzt; es reicht, dass dem Gericht die Erbringung der Leistung und ihre Nichtbezahlung glaubhaft gemacht werden. Erst – aber immerhin – im anschließenden Hauptprozess werden diese Punkte sowie die Frage etwaiger Einwendungen und Einreden des Bauherrn bzw. Grundeigentümers ohne Beweismittelbeschränkung vertieft geprüft.

3. Vermögensarrest

Von großer praktischer Bedeutung ist sodann der Vermögensarrest nach Art. 271 ff. SchKG (Schweizerisches Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs), welcher eine Sicherungsmaßnahme zum Schutz gefährdeter Gläubigerrechte darstellt⁴. Auf dem Betreuungsweg vollstreckbare, fällige Forderungen auf Geldzahlung können unter gewissen Voraussetzungen durch Arrestlegung auf realisierbaren Vermögenswerten des Schuldners gesichert werden. Erforderlich ist üblicherweise ein bestimmter Arrestgrund. Ein solcher liegt nach Art. 271 Abs. 1 SchKG etwa vor, wenn der Schuldner Vermögensgegenstände beiseiteschafft, Anstalten zur Flucht trifft oder über keinen festen Wohnsitz verfügt. Nach erfolgtem Arrest muss der Gläubiger seine Forderung gegenüber dem Schuldner wiederum prozessual durch-

setzen, soweit er noch kein Urteil erstritten hat; andernfalls verfällt der Arrestbeschluss.

Die Voraussetzung der Gefährdung der Gläubigerinteressen ist dann ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Gläubiger gegenüber dem Schuldner über einen definitiven „Rechtsöffnungstitel“ verfügt. Ein solcher Rechtsöffnungstitel stellt etwa ein vollstreckbares Urteil aus der Schweiz oder auch aus einem Mitgliedstaat des Lugano-Übereinkommens dar⁵; Rechtskraft ist nicht (mehr) Voraussetzung⁶. In einem solchen Fall dient der Arrest der Sicherung der späteren Urteilsvollstreckung.

Die mit Arrest zu belegenden Vermögenswerte müssen gegenüber dem angerufenen Gericht zumindest der Gattung nach bezeichnet und ihr Standort ausgewiesen werden. Der sogenannte „Sucharrest“, welcher vom Gläubiger aufgrund vager Vermutungen gleichsam „auf gut Glück“ beantragt wird, ist unzulässig.

III. Zuständigkeit für den Erlass vorsorglicher Maßnahmen

Für den Erlass vorsorglicher Maßnahmen bestehen regelmäßig mehrere konkurrierende Gerichtsstände. Grundsätzlich gilt, dass vorsorgliche Maßnahmen stets bei dem Gericht beantragt werden können, das auch für die Beurteilung der Hauptsache zuständig ist (Art. 13 ZPO). Vorsorgliche Maßnahmen werden somit üblicherweise durch die erstinstanzlichen kantonalen Gerichte (Bezirksgerichte, Zivilgerichte, Zivilkreisgerichte) beschlossen⁷. In den Kantonen mit gesondertem Handelsgericht (Zürich, Bern, Aargau, St. Gallen) ist dieses auch für den Erlass vorsorglicher Maßnahmen zuständig.

Daneben kann im Hinblick auf den Erlass vorsorglicher Maßnahmen auch das Gericht an dem Ort angerufen werden, an welchem die Maßnahme vollstreckt werden soll. Dies gilt mit Blick auf die Zuständigkeitsnorm in Art. 31 LugÜ auch im eurointernationalen Verhältnis.

IV. Vollstreckbarkeit ausländischer vorsorglicher Maßnahmen

Im Anwendungsbereich der Art. 32 ff. LugÜ (Lugano-Übereinkommen) sind vorsorgliche Maßnahmen aus dem Ausland – nicht hingegen superprovisorische Verfügungen, welche ohne vorheri-

ge Anhörung des Gesuchsgegners erlassen wurden – in der Schweiz grundsätzlich vollstreckbar⁸.

Außerhalb des Geltungsbereichs des LugÜ ist die Vollstreckbarkeit vorsorglicher Maßnahmen in Anwendung des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG) umstritten. Eine höchstrichterliche Rechtsprechung besteht bis jetzt nicht; die Entscheidungen der oberen kantonalen Instanzen gehen auseinander⁹.

V. Abwehr vorsorglicher Maßnahmen

Vorsorgliche Maßnahmen bergen für den Gesuchsgegner ein erhebliches Schadenspotential. Vor diesem Hintergrund ist es dringend notwendig, dass er sich gegen drohende Maßnahmen zur Wehr zu setzen weiß.

1. Schutzschrift

Dies gestaltet sich insbesondere im Zusammenhang mit einer begehrten superprovisorischen Maßnahme – welche nach dem Gesagten ohne Anhörung des Gesuchsgegners erlassen werden kann – schwierig. Wie in Deutschland kann die abwehrende Partei ihre Rechtsposition aber mit einer Schutzschrift i.S.v. Art. 270 ZPO verbessern. Die abwehrende Partei legt gleichsam auf Vorrat dar, weshalb ein etwaiges Gesuch um Erlass superprovisorischer Maßnahmen nicht begründet ist. Die Einreichung einer Schutzschrift erfordert ein geschicktes prozesstaktisches Vorgehen der abwehrenden Partei. Zum einen muss sie das Verhalten eines zukünftigen Prozessgegners antizipieren; zum anderen muss die Schutzschrift inhaltlich bereits diejenigen Punkte behandeln, welche für den späteren Entscheid über ein Maßnahmenbegehren relevant sein werden. Eine Schutzschrift verliert gemäß Art. 271 Abs. 3 ZPO nach Ablauf von sechs Monaten ihre Geltung und ist gegebenenfalls zu erneuern. Sie wirkt zudem – vergleichbar dem deutschen Recht – nur bei dem Gericht, bei dem sie eingereicht wurde, was die abwehrende Partei bei konkurrierenden Gerichtsständen vor praktische – insbesondere logistische – Schwierigkeiten stellen kann, zumal kein zentrales Schutzschriftenregister existiert.

2. Kautio

Wie bereits dargelegt, ist das Schadenspotential einer vorsorglichen Maßnahme für den Antragsgegner erheblich. Das Gericht kann deshalb den Erlass und die Aufrechterhaltung vorsorglicher

Maßnahmen gemäß Art. 264 ZPO von der Leistung einer Kautions abhängig machen. Das kann dazu führen, dass ein Antragsteller letztlich auf vorsorglichen Rechtsschutz verzichtet. Eine wirksame Abwehrstrategie beinhaltet daher regelmäßig auch, dass der Antragsgegner das Gericht durch Formulierung eines substantiierten Kautionsantrags vom hohen Schadenspotential einer beantragten Maßnahme zu überzeugen versucht¹⁰.

3. Dringlichkeit

Dringlichkeit ist in jedem Fall eine Voraussetzung der vorsorglichen Maßnahme. Das beste Argument gegen eine zeitliche Dringlichkeit ist ein bisheriges Zuwarten des Antragstellers. Hat dieser eine angebliche Gefahr oder eine Rechtswidrigkeit während längerer Zeit toleriert, dann ist keine Eile mehr geboten und Dringlichkeit zu verneinen. Eine Möglichkeit der Abwehr befürchteten vorsorglichen Rechtsschutzes ist es daher auch, den mutmaßlichen Antragsteller in einen Schriftwechsel oder in Verhandlungen über die angeblichen Verletzungshandlungen zu verstricken.

C. Fazit

Im vorsorglichen Maßnahmeverfahren werden die eigentlichen inhaltlichen Streitfragen noch nicht geklärt; dies bleibt dem späteren materiellen Prozess vorbehalten. Gelingt es dem Antragsteller indessen, das Gericht von der Notwendigkeit vorsorglicher Maßnahmen zu überzeugen, so hat er dennoch schon viel gewonnen, zumal dem vorsorglichen Maßnahmeverfahren eine starke präjudizielle Wirkung zukommt. Dies gilt noch akzentuierter vor dem Hintergrund, dass (ordentliche) gerichtliche Verfahren laufend komplexer, umfangreicher und damit länger werden. Wer im Maßnahmeverfahren die Nase vorn hat, ist regelmäßig in einer – oft machentscheidend – besseren Startposition.

D. Literaturempfehlungen

Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2012.

Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010.

Stahelin/Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013.

Berger/Güngerich, Zivilprozessrecht, 2014.

Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 261-269.

Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 261-269.

Brunner/Gasser/Schwander, DIKE-Kommentar zur schweizerischen ZPO, 2011, Art. 261-269.

¹ BGE 131 III 473, 476 E. 2.3.

² BGE 130 III 321, 325 E. 3.3.

³ BGE 125 III 451; BGE 133 III 360.

⁴ BGE 108 II 180, 182 E. 2 b.

⁵ Stoffel in: BSK SchKG II, Art. 271 N 103.

⁶ Stoffel in: BSK SchKG II, Art. 271 N 103.

⁷ Im Unterschied zum Zivilverfahrensrecht ist die Gerichtsorganisation mit der Schweizer Zivilprozessordnung nicht vereinheitlicht worden; entsprechend groß ist die Vielfalt kantonaler Regelungen und damit auch der Bezeichnungen für die erstinstanzlichen Gerichte in Zivilsachen.

⁸ Huber in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 261 N 51; Schuler in: BSK LugÜ, Art. 32 N 31.

⁹ Schramm/Buhr, Handkommentar zum internationalen Privatrecht, Art. 25 N 21 f.

¹⁰ BGE 131 III 473, 476 E. 2.3.

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

3

Anwendung der Grundsätze über Vorgründungsgesellschaft auch auf Verhältnis vor Durchführung einer Kapitalerhöhung bei GmbH ("Vorbeteiligungsgesellschaft")

Leitsätze:

1. Auch in der Vorphase der Durchführung einer Kapitalerhöhung (hier bei einer GmbH) können die Übernehmer der neu gebildeten Gesellschaftsanteile, die Altgesellschafter und auch die bereits bestehende Gesell-

schaft in einer Weise zusammen wirken, auf die wie bei einer Vorgründungsgesellschaft die §§ 705 ff. BGB anzuwenden sind ("Vorbeteiligungsgesellschaft"). Die Formgebundenheit der Übernahme der Anteile steht so lange nicht entgegen, wie die Übernehmer nicht zur Übernahme der Anteile verpflichtet sind.

2. Scheitert die Durchführung der Kapitalerhöhung und sind hierauf schon Aufwendungen getätigt werden, erfolgt die Auseinandersetzung in diesem Falle nicht nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragschluss, sondern nach den §§ 738 ff. BGB.

Anmerkung zu OLG Schleswig, Urteil vom 04.07.2014, 17 U 24/14

von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

A. Problemstellung

Das OLG Schleswig hat sich im Kern mit der Frage auseinandergesetzt, ob und wie die Beteiligten im Vorfeld einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft untereinander verpflichtet sind, wenn das Projekt scheitert und im Hinblick auf die geplante Beteiligung bereits Aufwendungen getätigt wurden. Äußerer Rahmen war die Rückforderung eines Betrages, der auf eine geplante Kapitaleinlage bei einer GmbH an diese bezahlt worden war. Das Oberlandesgericht hat dazu die Figur der „Vorbeteiligungsgesellschaft“ in Analogie zur „Vorgründungsgesellschaft“ entwickelt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt

1. Die Klägerin, eine KG, verfolgt vorliegend die noch offene Rückzahlung des Teiles einer Einlage (10.510 Euro von 12.000 Euro) bei einer GmbH, die sie im Vorgriff auf die erst geplante Beteiligung an der Kapitalerhöhung dieser Gesellschaft bereits erbracht hatte. Die Beteiligung ist jedoch gescheitert. Die beklagte GmbH macht Gegenansprüche auf Schadensersatz geltend. Dem liegt der im Folgenden umrissene weitere Sachverhalt zugrunde.

2. Im Rahmen eines Projektes zu Erstellung und Betrieb einer Biogasanlage hatten sich die Beteiligten im Juli 2008 zu entsprechenden Planun-

gen mit bereits vorbereitenden Umsetzungsmaßnahmen zusammengefunden. Beteiligt waren damals die spätere Klägerin, deren Schwestergesellschaft und der spätere Geschäftsführer der Beklagten („C.“), der offensichtlich ein landwirtschaftliches Unternehmen betreibt und in diesem ersten Projektstadium auch Eigentümer des Grundstücks war, auf welchem die Biogasanlage realisiert werden sollte. Noch nicht abschließend geklärt war, welche rechtliche Struktur das Projekt erhalten sollte. Einigkeit bestand allerdings dahingehend, dass sich die Klägerin bzw. deren Konzern finanziell beteiligt. Die Palette der Überlegungen reichte von einem partiarischen Darlehen (aus dem Konzernkreis, dem die spätere Klägerin angehört) an eine noch zu gründende GmbH als Projektträgerin (die heutige Beklagte) über eine stille Beteiligung an derselben bis zu einer unmittelbaren gesellschaftsrechtlichen Beteiligung. Diese letzte Variante konkretisierte sich erst im August 2009 dahingehend, dass die Klägerin sich an einer Kapitalerhöhung bei der Beklagten i.H.v.12.000 Euro, ihre Schwestergesellschaft i.H.v.12.500 Euro beteiligen sollten. Die Beklagte wurde im August 2008 von C. gegründet. Ihr Zweck ist der Betrieb einer Biogasanlage auf dem oben erwähnten Grundstück von C. Die Gründung der GmbH erfolgte im Einvernehmen mit der Klägerin. Geschäftsführer der Beklagten wurden C. sowie E., der zugleich Komplementär der Klägerin sowie Vorstand einer konzernzugehörigen Ax. AG war, also aus dem Konzernumfeld der Klägerin kam.

3. Um das Projekt weiter voranzutreiben, schloss die Beklagte im September 2008, vertreten durch E., mehrere Projektverträge, nämlich mit C. einen Pachtvertrag über das Grundstück für den Betrieb der Anlage sowie einen „Dienstleistungsvertrag“, der ihn gegen ein monatliches Entgelt verpflichtete, den Anlagenbetrieb „zu gewährleisten“. Ferner wurde ein Liefervertrag „für Einsatzstoffe“ mit C. vereinbart, der die Lieferung größerer jährlicher Mengen von Mais, Rindergülle und Gras über 20 Jahre vorsah. Mit einer F.-Bank kam es im Juli 2009 zu verschiedenen Verträgen der Beklagten über Investitionsdarlehen sowie einen Betriebsmittelkredit im Gesamtvolumen von 860.000 Euro.

Erst im August 2009 beschloss die Gesellschafterversammlung der Beklagten (Alleingesellschafter war unverändert C.) eine Kapitalerhöhung von 25.000 Euro um weitere 25.000 Euro

auf 50.000 Euro, von dem die Klägerin die oben bereits erwähnten 12.000 Euro, ihre Schwestergesellschaft 12.500 Euro übernehmen konnten. Hierzu kam es jedoch im Ergebnis nicht mehr. Ebenfalls noch im August 2009 fand zunächst noch eine „außerordentliche Gesellschafterversammlung“ statt, wonach die Klägerin und ihre Schwestergesellschaft bis Mitte September 2009 Beträge von 86.000 Euro bzw. 90.000 Euro auf ein „Rücklagenkonto“ bei der Beklagten zahlen sollten. Auch dies unterblieb, ein von der Klägerin am 22.09.2009 gezahlter Teilbetrag wurde noch am selben Tag storniert.

4. Zwischenzeitlich hatten sich nämlich Unstimmigkeiten zwischen den Beteiligten manifestiert. So hatte z.B. C. eine Rechnung über die Lieferung von „Substraten“ für die Anlage („Gesamtpflanzensilage“) an die Beklagte mit einem Preis von 105 Euro pro Tonne zugeleitet, der später auf 40 Euro pro Tonne in einer korrigierten Rechnung ermäßigt worden ist. Der im Prozess relevante Gesamtwert der Lieferung von 39.990 Euro ist im vorliegenden Rechtsstreit Gegenstand der Aufrechnung gegen die Rückforderung der Klägerin auf Erstattung des auf ihre künftige Einlage bereits vorausbezahlten Betrages. Die Beklagte wirft der Klägerin vor, durch ihr Verhalten sei das gemeinsame Projekt gescheitert, die Lieferung des Substrats wertlos geworden und das Substrat selbst zu entsorgen gewesen. Hieraus resultiere ein Ersatzanspruch der Beklagten, welchen sie dem nichtstreitigen Rückzahlungsanspruch der Klägerin entgegenhalten könne. Insgesamt führten die Zerwürfnisse der Beteiligten im September 2009 zum Scheitern des Projektes. Diese resultierten u.a. aus den Schwierigkeiten im Kontext mit der erwähnten Substratlieferung, aus Maßnahmen der Geschäftsführer der Beklagten untereinander, die diese nicht miteinander abgestimmt hatten, einem (negativen) Bautenstandsbericht der Dekra und einem das Zerwürfnis fördernden E-Mail-Verkehr der Geschäftsführer C. und E. der Beklagten, die in verschiedenen Lagern standen. Schließlich hob der Alleingesellschafter der Beklagten, C., den Kapitalerhöhungsbeschluss auf, berief E. als Geschäftsführer ab und vereitelte letztlich den Beitritt der Klägerin und ihrer Schwestergesellschaft zu der Beklagten. Er gründete schließlich eine neue Gesellschaft, die auch mittlerweile die fertiggestellte Anlage ohne die Beteiligung der Klägerin und ihrer Schwestergesellschaft betreibt.

II. Gang des Rechtsstreits bis zur Berufung, Ergebnis des Berufungsurteils

Das erstinstanzliche LG Itzehoe hat der Rückforderungsklage auf die vorausgeleistete Einlage unter dem Aspekt des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt.1 BGB stattgegeben und die von der Beklagten behauptete Aufrechnung zurückgewiesen. Die Klägerin habe sich zur Beteiligung an einer Kapitalerhöhung einschließlich der Zahlung einer Einlage noch nicht verpflichtet gehabt. Ein Anspruch der Beklagten aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen Abbruchs derselben verneint das Landgericht ebenfalls, weil es hierfür eines schwerwiegenden Verstoßes der ersatzpflichtigen Partei bedürfe; hieran fehlt es vorliegend schon deshalb, weil „die Beklagte“ (d.h. deren Gesellschafterversammlung und hier wiederum C. als alleiniger Gesellschafter) den Kapitalerhöhungsbeschluss rückgängig gemacht und damit die Beteiligung der Klägerin vereitelt habe. Das sieht die Beklagte unter Bezugnahme auf das geschilderte Verhalten der Klägerin im Kontext mit den vereinbarten Zahlungen und weiterer Sachverhaltsdetails, auf die hier nicht weiter einzugehen ist, anders. Sie hält aufgrund eines aufrechenbaren Ersatzanspruches aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen die Klage für unbegründet.

Das OLG Schleswig hat entsprechend einem Hinweis in der mündlichen Verhandlung die Grundsätze der Rechtsprechung zur Vorgründungsgesellschaft angewendet. Es hat das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage zwar nicht abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den unstreitigen Anspruch der Klägerin auf „Erstattung“ des in Erwartung der Beteiligung an der Beklagten vorausgezahlten „Einlagebetrages“ aber nur als Rechnungsposten angesehen, der im Rahmen einer noch vorzunehmenden Auseinandersetzung der aus dem Blick des Oberlandesgerichts bestehenden GbR zwischen den Beteiligten zu berücksichtigen sei. Das Oberlandesgericht hat die Revision zugelassen, weil die Grundsätze der Vorgründungsgesellschaft bislang, soweit ersichtlich, nur im Falle von Neugründungen, nicht indes von Kapitalerhöhungen bei bereits existenten Gesellschaften, angewandt worden seien.

III. Begründung des Berufungsurteils

1. Den unstreitigen Rückzahlungsanspruch der Klägerin hat das OLG Schleswig nicht weiter behandelt und dem Landgericht zugestimmt. Das Oberlandesgericht hat einen aufrechenbaren Schadensersatzanspruch der Beklagten unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss verneint. Hierfür fehle es an einem „schutzwürdigen Vertrauen“ der Beklagten. Ein Anspruch auf Verschulden bei Vertragsschluss (durch Abbruch von Vertragsverhandlungen) sei vielmehr erst dann zu bejahen, wenn der Vertragspartner zu verlorenen Aufwendungen veranlasst werde und zwar zu einem Zeitpunkt, zu dem der Ersatzpflichtige bereits wisse, er werde den gemeinsam beabsichtigten und beiderseits in Vorbereitung befindlichen Vertrag nicht abschließen und er dennoch den Vertragspartner nicht darüber unterrichte, dass er von dem Vertragsschluss Abstand genommen habe. Das Oberlandesgericht begründet dies mit hier ebenfalls nicht weiter zu erörternden Sachverhaltsdetails, die es vertretbar und für die Revision jedenfalls bindend auslegt (vgl. § 559 ZPO).

2. Den Anspruch der Klägerin auf die Erstattung der Einlage lässt das OLG Schleswig jedoch derzeit an der Durchsetzungssperre des § 730 BGB scheitern, wonach während der Liquidation der BGB-Gesellschaft Einzelansprüche der Gesellschafter untereinander nicht mehr selbstständig geltend gemacht werden können, sondern nur noch als unselbstständige Rechnungsposten der Auseinandersetzung der Gesellschaft. Zu diesem Zweck deutet das Oberlandesgericht den Klageantrag prozessrechtlich zutreffend (weil sachdienlich gemäß § 263 ZPO) von einem Zahlungs- in einen Feststellungsantrag auf Einstellung des Klagebetrages in die „Auseinandersetzungsbilanz“ der GbR um.

3. Das Oberlandesgericht bejaht eine gesellschaftsrechtliche Verbindung der Beteiligten, obwohl Anteile an der Beklagten nicht übernommen worden seien. Man habe die gemeinsame Errichtung einer Biogasanlage gemeinschaftlich verfolgt und sich dazu zunächst dahingehend geeinigt, dieses Ziel durch miteinander „abgestimmte Maßnahmen zu fördern und zu ermöglichen“ (Besprechungsurteil Rn. 36). Für diese Folgerung bezieht sich das Oberlandesgericht auf die oben geschilderten Abläufe und Sachverhalte, deren Würdigung revisionsrechtlich ebenfalls hinzunehmen sein dürf-

te. Die daraus abgeleitete rechtliche Würdigung des Oberlandesgerichts geht dahin, dass vorliegend die Grundsätze der Vorgründungsgesellschaft heranzuziehen seien. Gesellschaftszweck einer solchen eigenständigen Gesellschaft, die nach Rechtsprechung und Literatur (der sich das Oberlandesgericht anschließt) BGB-Gesellschaft ist, sei das Zusammenwirken der künftigen Gesellschafter mit dem Ziel der Gründung einer GmbH. Im vorliegenden Fall sieht sich das OLG Schleswig an der unmittelbaren Heranziehung dieser Grundsätze gehindert, weil es meint, bei der Vorgehensweise der Beteiligten müssten zwei Phasen unterschieden werden, nämlich einmal „das fernere Ziel“ der Errichtung und des Betriebs einer Biogasanlage und das Nahziel eines gemeinschaftlichen Vorgehens zur Vorbereitung der Umsetzung des „Fernziels“, wozu es eben bereits gemeinsam verabredeter vorbereitender Maßnahmen bedurft hätte. Ob man dieser Wertung zustimmt, ist Tatsachenfrage und soll hier gleichfalls nicht weiter erörtert werden.

4. Das Oberlandesgericht verwendet in seiner weiteren Argumentation eine Parallele zur Vorgründungsgesellschaft insoweit, als es daraus den Begriff der „Vorbeteiligungsgesellschaft“ entwickelt, denn anstelle der sofortigen gemeinsamen Gründung der beabsichtigten GmbH sei diese zunächst von C. in Abstimmung mit der Klägerin allein gegründet worden, wobei die Art der ökonomischen Beteiligung der Klägerin und ihrer Schwestergesellschaft noch verhandelt werden sollten. Wie bei der Vorgründungsgesellschaft, so das Oberlandesgericht im Ergebnis, sei es aber auch hier zu einer komplexen Situation mit möglichen gegenseitigen „Ausgleichs- und Ersatzansprüchen“ der Beteiligten gekommen. Nach einem Scheitern der Beteiligungsabsicht könnten bei einer solchen Vorgehensweise wie im vorliegenden Fall genauso wie bei einer Vorgründungsgesellschaft Aufwendungen entstehen, die entweder bei der unterbleibenden Umsetzung eines solchen Projekts noch werthaltig und verwertbar bleiben oder die vergebliche, „frustrierte“, Aufwendungen sind. Hieraus resultiert aus dem Blick des Oberlandesgerichts die analoge Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze zur Vorgründungsgesellschaft. Gesellschafter sei aber bei einer solchen Konstellation auch die bereits gegründete GmbH, an der die Beteiligung geplant sei. Die Übernahme neuer Gesellschaftsanteile sei nämlich ein „korporationsrechtlicher Ver-

trag“ (Besprechungsurteil Rn. 44) zwischen der bestehenden GmbH und dem Übernehmer von Geschäftsanteilen.

Als Folge der Analogie sei die bestehende GmbH Gesellschafterin der Vorbeteiligungsgesellschaft und damit zutreffend Beklagte des Anspruchs auf Rückerstattung des rechtsgrundlos vorausbezahlten Einlagebetrages. Ohne Bedeutung sei die Identität der GmbH als Gesellschafterin der Vorbeteiligungsgesellschaft und zugleich als Gesellschaft, an der die geplante Beteiligung angestrebt werde. Rechtstechnisch begründet das OLG Schleswig dies u.a. im Einklang mit der höchstrichterlichen Judikatur damit, dass die GmbH nicht Gesamtrechtsnachfolgerin der Vorgründungsgesellschaft ist. Wiederum aus dem Sachverhalt folgert das OLG Schleswig das Erreichen des Stadiums einer Vorbeteiligungsgesellschaft unter den Beteiligten. Formbedürftig sei diese Gesellschaft indes nicht gewesen (vgl. § 55 Abs. 1 GmbHG zur Formbedürftigkeit der Übernahme eines Geschäftsanteils an einer GmbH bei Kapitalerhöhung), weil man hier nur das Ziel gehabt habe, die Beteiligung an der GmbH durch vorbereitende Maßnahmen und durch Planung voranzutreiben. Eine Verpflichtung zum Beitritt sei damit nicht gemeint gewesen, denn eine solche sei tatsächlich formbedürftig. Auch einen etwaigen Zwang, die Beteiligung im Hinblick auf ökonomische Erwägungen einzugehen, also einen mittelbaren Zwang mit der Folge der Umgehung von Formvorschriften durch die gewählte Vorgehensweise, habe es nicht gegeben. Damit könne auch unter diesem Aspekt eine Formbedürftigkeit verneint werden.

C. Kontext der Entscheidung

I. Rückforderungsanspruch und Aufrechnung mit einem behaupteten Anspruch aus culpa in contrahendo (cic)

Die beklagte Partei hat das getan, was zu erwarten war. Sie hat dem unstreitigen Anspruch aus Kondiktion auf Erstattung des vorzeitig auf eine noch nicht bestehende Einlageschuld gezahlten Betrages einen vorgestellten eigenen Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen treuwidrigen Abbruchs der Vertragsverhandlungen entgegengesetzt. Die Auffassung des OLG Schleswig dazu (vgl. o. unter B.III.1.) ist mit der höchstrichterlichen Judikatur vereinbar, zumal das Ergebnis des Oberlandesgerichts

weitgehend von der Würdigung von Details des Sachverhalts geprägt ist, wogegen man in der Revision nur schwer erfolgreich argumentieren kann. Die Verneinung des Anspruchs aus cic ist jedenfalls gut vertretbar. Im Ergebnis hat das Oberlandesgericht aber die Ansprüche aus culpa in contrahendo bzw. die vergeblichen Aufwendungen des anderen Gesellschafters über die Struktur der Vorbeteiligungsgesellschaft (vgl. unter C.II.) in die Abwicklung der GbR verlagert, ohne dass hier wie bei culpa in contrahendo zwingend ein Verschulden erforderlich wäre.

II. Die gesellschaftsrechtliche Konstruktion einer Vorbeteiligungsgesellschaft

Die strukturelle Lösung des Berufungsurteils über eine Vorbeteiligungsgesellschaft erscheint sachgerecht, da damit über die Auseinandersetzung einer BGB-Gesellschaft (§§ 730 ff., 738 ff. BGB) gegenseitige Aufwendungen der Beteiligten dort gebündelt werden können, ohne dass jeweils getrennte Ansprüche prozessual verfolgt und einzelnen, ggf. sogar im Rahmen der Zwangsvollstreckung, wechselseitig verfolgt werden. Die Durchsetzungssperre des § 730 BGB (vgl. dazu Sprau in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 730 Rn. 6, m.w.N.) ist sicherlich auch in Fällen wie dem vorliegenden hilfreich, sie hindert in der Auseinandersetzung der BGB-Gesellschaft überflüssige „Hin- und Herzahlungen“ und weitere negative Effekte, die die sachgerechte Auseinandersetzung stören. Entscheidend ist, ob tatsächlich eine Vorbeteiligungsgesellschaft, analog einer Vorgründungsgesellschaft, zustande gekommen ist. Das ist quaestio facti. Das besondere Problem liegt darin, dass der Gesellschaftsvertrag regelmäßig nur durch konkludentes Handeln zustande gekommen sein kann, so dass dem Verhalten der Beteiligten entscheidende Bedeutung zukommt.

Soweit das Oberlandesgericht Ausführungen zur Struktur der Vorgründungsgesellschaft als GbR macht bzw. zur fehlenden Identität mit der späteren GmbH, bewegt er sich auf gewohnten Pfaden (vgl. Schroeter in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 11 Rn. 4 ff., 5, Charakter der Vorgründungsgesellschaft als GbR; Rn. 9 zur fehlenden Identität bzw. „Diskontinuität“ der Vorgründungsgesellschaft zur GmbH; vgl. auch BGH, Urt. v. 07.05.1984 - II ZR 276/83 Rn. 7 - BGHZ 91, 148, 151; BGH, Urt. v. 25.10.2000 - VIII ZR 306/99 - NJW-RR 2001, 1042). Da die Be-

teiligung an der GmbH durch Kapitalerhöhung ein „körperschaftsrechtlicher Akt“ unter Beteiligung der Gesellschaft selbst ist (BGH, Urt. v. 30.11.1967 - II ZR 68/65 - NJW 1968, 398), war diese vorliegend zutreffend zugleich Gesellschafterin der Vorbeteiligungsgesellschaft und Beklagte.

III. Formbedürftigkeit des Gesellschaftsvertrages?

Auf die Frage der Formbedürftigkeit oder der Umgehung der Formvorschrift des § 55 GmbHG kommt es, entgegen der Auffassung des OLG Schleswig, letztlich nicht an. Bejahte man nämlich, revisionsrechtlich unangreifbar, eine Umgehung der Formvorschriften durch die Beteiligten, ist kein wirksamer Gesellschaftsvertrag zustande gekommen. In einem solchen Fall wird man aber konsequent die Grundsätze über die in „Vollzug gesetzte“ fehlerhafte (faktische) Gesellschaft heranzuziehen haben mit der Folge, dass eine sofortige Beendigung der Vorbeteiligungsgesellschaft durch fristlose Kündigung der Beteiligung möglich ist (vgl. dazu Sprau in: Palandt, BGB, § 705 Rn. 17 ff.). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Beteiligten an die bisher getätigten Geschäfte im Allgemeinen gebunden sind und insgesamt zur Auseinandersetzung der Gesellschaft nach den hierfür geltenden Regeln verpflichtet bleiben.

D. Auswirkungen für die Praxis

I. Strukturfehler eines Projekts als Ursache der „Vorbeteiligungsgesellschaft“?

Das Urteil versucht, offenbare Unzulänglichkeiten der Projektumsetzung der Beteiligten zu korrigieren. Dem Konzept des OLG Schleswig ist zuzustimmen. Richtiger ist es allerdings, ein solches langjähriges Vorhaben mit beträchtlichen Errichtungskosten einer Anlage, Betriebskosten und entsprechenden Finanzierungslasten bei gleichzeitiger Verflechtung offenkundig divergierender Interessen Beteiligter, von Anfang an vertragsrechtlich professioneller zu strukturieren. Eine konkludent abgeschlossene GbR nach dem Urteil eines Gerichts ist immer nur eine Hilfskonstruktion, die Fehler der von den Beteiligten gewählten Struktur aufdeckt und „notdürftig“ zu korrigieren sucht, indem das Gericht die Zielsetzungen der Beteiligten soweit als möglich analysiert und versucht, sie rechtlich zutreffend, zumindest vertretbar, zu kana-

lisieren und die Folgerungen aus den anzuwendenden rechtlichen Instrumenten zu ziehen.

II. Typische Merkmale bzw. Problemfelder des vorliegenden Falles

Typisch war hier die Interessenlage des C., Landwirt und Grundeigentümer, der offenbar u.a. durch Bioenergie Erträge generieren und seinen Betrieb rentabler machen wollte. Die Firmengruppe um E. wollte ebenso offenkundig aus dem Projektmanagement und später fortlaufend am Betrieb verdienen – über die gesellschaftsrechtliche Beteiligung. Da lag es nahe, zunächst eine Einigung zu finden, wie man die jeweilige Projektbeteiligung organisieren wollte, um erst dann die GmbH als Projektträger zu gründen und wiederum danach die einzelnen Projektverträge intern unter den Beteiligten abzuschließen, was schon mit der GmbH i.Gr. möglich gewesen wäre. Die Probleme entstanden vorliegend typisch durch zwar (irgendwie) abgestimmte, aber vertraglich nicht ordnungsgemäß verabredete Vorgänge zulasten der nur bei einem Partner befindlichen GmbH. Für außenstehende Gläubiger ist das ein unbefriedigender Zustand. Die zwischen den Beteiligten auftretenden Ursachen des Scheiterns durch Unstimmigkeiten in der Geschäftsführung der GmbH selbst sind Managementfehler, die wirtschaftspsychologisch immer wieder vorkommen und als solche nicht stets vermeidbar sind. Sie hätten aber nicht die Folge des Scheiterns des Projekts haben müssen.

III. Folgerung

In Fällen wie hier werden sich die Beteiligten künftig auch mit der Struktur der Vorbeteiligungsgesellschaft auseinandersetzen müssen, soweit die weitere Judikatur dem OLG Schleswig folgt. Der Ansatz erscheint sachgerecht, wenn anders eine ökonomisch und rechtlich ausgewogene Lösung nicht herbeizuführen ist.

4

Kündigung bzw. Ausschluss eines Gesellschafters bei zweigliedriger Gesellschaft

Orientierungssätze zur Anmerkung:

1. Bei einer zweigliedrigen Gesellschaft ist eine Ausschließung eines Gesellschafters

unter Fortbestand der Gesellschaft grundsätzlich nicht möglich, da § 737 BGB, der den Ausschluss eines Gesellschafters behandelt, nicht unmittelbar anwendbar ist. Bei einer zweigliedrigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts steht den Mitgesellschaftern jedoch analog § 737 Satz 1 BGB, § 140 Abs. 1 Satz 2 HGB ein durch einseitige Erklärung auszuübendes Übernahmerecht zu, wenn der Gesellschaftsvertrag für den Fall der Kündigung eine Übernahme- oder Fortsetzungsklausel enthält.

2. Die Ausschließung eines Gesellschafters muss unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls das äußerste Mittel darstellen, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden und von dem ausscheidenden Gesellschafter drohende Gefahren zu begegnen.

3. Der wichtige Grund muss auf solchen Umständen in der Person des Gesellschafters gründen, die die Fortsetzung der Gesellschaft mit ihm für den Mitgesellschafter unzumutbar machen.

Anmerkung zu OLG Koblenz, Urteil vom 15.07.2014, 3 U 1462/12

von Frank Hollstein, RA, Simmons & Simmons LLP, Frankfurt am Main

A. Problemstellung

Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern werfen regelmäßig schwierige Fragestellungen auf. Dies gilt umso mehr, wenn der Streit eskaliert, so dass eine Fortsetzung der Gesellschaft mit dem alten Gesellschafterbestand nicht mehr in Frage kommt. Häufig streiten die Gesellschafter im Anschluss über die Wirksamkeit einer Kündigung oder sogar eines Ausschlusses eines Gesellschafters.

Auch wenn die Gesellschafter die Voraussetzungen und Modalitäten einer Trennung im Gesellschaftsvertrag weitgehend flexibel gestalten können, sind doch einige gesetzliche Besonderheiten zu beachten. Dies gilt umso mehr, wenn in der Gesellschaft nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters nur noch ein einziger weiterer Gesellschafter verbleibt. Insbesondere stellt sich dann auch die Frage, ob und in welcher Rechtsform das zuvor durch die Ge-

sellschaft betriebene Geschäft durch den verbliebenen Gesellschafter weitergeführt werden kann. Weiterhin ist relevant, inwieweit der zurückbleibende Gesellschafter für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft allein und (möglicherweise unbegrenzt mit seinem Privatvermögen) haften muss.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im vorliegenden Fall hatten sich zwei Gesellschafter in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR oder BGB-Gesellschaft) zum Zwecke des Betriebs eines Binnenschiffes zusammengeschlossen. Während der eine Gesellschafter die Position des Geschäfts- und Schiffsführers übernahm, hatte sich der andere Gesellschafter um die Befrachtung des Schiffes zu kümmern. Der Gesellschaftsvertrag erlaubte die Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund. Weiterhin war dort bestimmt, dass die Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt werden sollte. In der Folge kam es zwischen den Gesellschaftern zum Zerwürfnis. Der Schiffsführer übernahm auch die Befrachtung, wobei er ein Konkurrenzunternehmen des anderen Gesellschafters einschaltete. Weil er jedoch an die GbR gerichtete Rechnungen nicht rechtzeitig weiterleitete, wurde der eigentlich mit der Befrachtung befasste Gesellschafter von Gläubigern der Gesellschaft persönlich in Anspruch genommen. Hierauf erklärte er schließlich den sofortigen Ausschluss des Schiffsführer-Gesellschafters aus der GbR.

Gegenstand der folgenden Gerichtsverfahren war unter anderem die Frage, ob der Ausschluss des Gesellschafters aus der GbR wirksam war. Dies wurde zunächst vom Gericht erster Instanz und dann auch in der vorliegenden Entscheidung vom OLG Koblenz bejaht.

In seinen Entscheidungsgründen hat das Oberlandesgericht zunächst ausgeführt, dass § 737 Satz 1 BGB, welcher den Ausschluss eines Gesellschafters regelt, bei zweigliedrigen Gesellschaften nicht unmittelbar anwendbar sei. Jedoch stehe dem verbleibenden Gesellschafter analog § 737 Satz 1 BGB, § 140 Abs. 1 Satz 2 HGB ein Übernahmerecht zu, wenn der Gesellschaftsvertrag eine sog. „Fortsetzungsklausel“ enthält. Da bei der GbR der unveränderte Gesellschafterbestand Gesellschaftsgrundlage ist, führt gemäß §§ 723 ff. BGB das Ausscheiden ei-

nes Gesellschafters durch Kündigung (bzw. Ausschluss), Tod oder Insolvenz grundsätzlich zur Auflösung der Gesellschaft (gesetzliches Leitbild). Mit einer Fortsetzungsklausel soll erreicht werden, dass eine Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Gesellschafters von den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt werden kann.

C. Kontext der Entscheidung

Da eine GbR mindestens zwei Gesellschafter haben muss, stellte sich vorliegend als erstes die Frage, ob der Ausschluss eines Gesellschafters bei einer zweigliedrigen Gesellschaft überhaupt zulässig ist. Dies war insbesondere vor dem Hintergrund relevant, dass der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft mit den verbliebenen Gesellschaftern vorsah. In Fortführung der bestehenden Rechtsprechungslinie (OLG München, Urt. v. 24.06.1998 - 15 U 1625/98 - NZG 1998, 937; OLG Frankfurt, Urt. v. 20.10.2005 - 16 U 3/05 - NJW-RR 2006, 405) hat das OLG Koblenz für die Rechtsform der GbR zwei wesentliche Aussagen bestätigt:

1. Der Ausschluss eines Gesellschafters unter Fortführung der Gesellschaft mit nur einem verbleibenden Gesellschafter ist nicht möglich.
2. Enthält der Gesellschaftsvertrag eine Übernahme- oder Fortsetzungsklausel, so kann der verbliebene Gesellschafter zumindest den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft (wenn auch in anderer Rechtsform) allein fortführen.

Somit ist im Grundsatz abgesichert, dass ein Geschäftsbetrieb als integratives Ganzes durch einen Gesellschafter (nämlich den letztverbliebenen) allein weitergeführt werden kann, wenn der vorletzte Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Insbesondere wird dadurch verhindert, dass wertvolle Unternehmenssubstanz zerschlagen werden muss.

Die vorliegende Entscheidung betraf eine zweigliedrige GbR. Vergleichbare Problematiken entstehen aber auch bei den Personenhandels-gesellschaften (OHG, KG) sowie bei der Partnerschaft nach dem Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG).

Die Rechtslage ist in Teilen mit der bei der GbR vergleichbar. Für die Partnerschaftsgesellschaft

hat beispielsweise das KG Berlin (Beschl. v. 03.04.2007 - 1 W 305/06) entschieden, dass die Partnerschaft im Falle des Ausscheidens des vorletzten Partners in jedem Fall erlischt. Vermögen und Verbindlichkeiten der Partnerschaft gehen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den letzten Partner über. Dies ist so auch auf die OHG übertragbar.

Besonderheiten können sich aber bei der KG ergeben. Diese sind dem besonderen rechtlichen Konstrukt geschuldet, namentlich des Nebeneinanders von unbeschränkt und beschränkt haftenden Gesellschaftern. Insbesondere im insolvenzrechtlichen Kontext ist zwischen der Insolvenz eines Kommanditisten und der eines (des) Komplementärs zu differenzieren. In einer neueren Entscheidung hat der BGH für den Fall der (Nur-)Insolvenz des Komplementärs (hier: GmbH) entschieden, dass dieser jedenfalls aus der KG ausscheide (BGH, Urt. v. 15.03.2004 - II ZR 247/01 - ZIP 2004, 1047). Infolgedessen würde die KG, unter Gesamtrechtsnachfolge des verbliebenen einzigen Kommanditisten, liquidationslos vollbeendet. Um der Tatsache angemessen Rechnung zu tragen, dass ein Kommanditist nur begrenzt auf seine Einlage haftet (und als Gegenstück gesellschaftsrechtlich von der Vertretung und oft auch von der Geschäftsführung der KG ausgeschlossen bleibt), hat der BGH entschieden, dass die Haftung des Kommanditisten in diesem Fall auf das übergegangene Vermögen der KG beschränkt ist. Für den Fall der Simultaninsolvenz von Komplementär und Kommanditgesellschaft wird teilweise für einen Verbleib des Komplementärs in der KG und eine gemeinsame Abwicklung beider Gesellschaften plädiert.

D. Auswirkungen für die Praxis

Zu beachten ist jedoch auch, dass die Übernahme/Fortführung eines Geschäftsbetriebs durch einen Gesellschafter nicht immer in dessen Interesse liegen muss. Dies kann insbesondere auf Situationen zutreffen, in welchen sich die Gesellschaft in der Nähe einer Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit (Insolvenzrisiko!) befindet. Regelmäßig geht nämlich die Übernahme des Geschäftsbetriebs auch mit einer persönlichen, oft unbegrenzten Haftung einher. Hier ist das Bestreben, einen „Wettlauf der Kündigungen“ zu vermeiden, bei dem sich die Gesellschafter angesichts der drohenden Insolvenz vorzeitig aus der Gesellschaft zu verab-

schieden suchen und es letztlich dem Zufall überlassen bleibt, welcher Gesellschafter übrig bleibt, bei dem dann die Gesamtrechtsnachfolge inklusive Haftung eintritt.

Hier sollten und können die Gesellschafter Vorsorge treffen. Zum einen ist es in Ausschlussfällen möglich, sollte der verbliebene Gesellschafter nicht übereinstimmend sein, anstelle der Ausschließung eines (d.h. des vorletzten) Gesellschafters gleich die Auflösung der Gesellschaft mit anschließender förmlicher Liquidation zu beschließen. Für Kündigungsfälle (Wettlauf der Kündigungen), sollte im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, dass der letzte Gesellschafter durch Erklärung einer „Anschlusskündigung“ erreichen kann, dass die Gesellschaft unter Beteiligung aller Gesellschafter, deren Kündigung bis dahin noch nicht wirksam geworden ist, förmlich zu liquidieren ist.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Sehr ausführlich hat sich das OLG Koblenz auch zu den Anforderungen geäußert, die an den für einen Ausschluss eines Gesellschafters erforderlichen wichtigen Grund zu stellen sind. Anknüpfend an bestehende BGH-Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 17.02.1955 - II ZR 316/53 - BGHZ 16, 317 = WM 1955, 437) hat das Oberlandesgericht bekräftigt, dass die Ausschließung eines Gesellschafters immer nur das letzte Mittel darstellen darf. Sie komme nur dann in Betracht, wenn ein Schaden für die Gesellschaft oder eine von dem auszuschließenden Gesellschafter ausgehende Gefahr nicht mehr anderweitig abgewendet werden könne. Zu prüfen seien hierbei immer sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalles. Im Ergebnis dürfe dem oder den verbleibenden Gesellschaftern die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem auszuschließenden Mitgesellschafter nicht mehr zumutbar sein. Neben der Schwere der Verfehlung des Gesellschafters und dem daraus folgenden Grad der Zerstörung des Vertrauensverhältnisses der Gesellschafter untereinander sei immer auch das Verhalten der anderen Gesellschafter zu berücksichtigen. Nicht selten nämlich ist ein Streit gerade nicht auf das Verhalten nur eines einzelnen Gesellschafters zurückzuführen, sondern mehrere oder sogar alle Gesellschafter haben „ihren“ Beitrag zu dem Zerwürfnis geleistet. Entscheidend ist hier zum einen, dass eine Mitverursachung den Ausschluss eines Gesell-

schafters nicht per se ausschließt. In Anknüpfung an das Urteil des BGH vom 31.03.2003 (II ZR 8/01 - NZG 2003, 625) bliebe ein Ausschluss jedenfalls dann zulässig, wenn das Zerwürfnis „überwiegend“ durch den auszuschließenden Gesellschafter verursacht wurde.

5

Insolvenzanfechtung von im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren und im Schutzschirmverfahren vorgenommenen Rechtshandlungen

Orientierungssätze zur Anmerkung:

1. Das Insolvenzanfechtungsrecht nach den §§ 129 ff. InsO ist auch auf im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO und im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO vorgenommene Rechtshandlungen anwendbar.

2. Auch ein Antrag auf Einleitung eines Schutzschirmverfahrens stellt einen die Deckungsanfechtung ermöglichenden Eröffnungsantrag dar.

3. Erklärt ein Insolvenzplan die Vorschrift des § 259 Abs. 3 InsO für anwendbar, ist der Sachwalter nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens aktivlegitimiert, rechtshängige Anfechtungsrechtsstreite für Rechnung des Schuldners fortzuführen. Das Rechtsschutzbedürfnis ist durch die Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht entfallen.

4. Im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren und im Schutzschirmverfahren kann der Schuldner nur Masseverbindlichkeiten begründen, wenn und soweit er vom Insolvenzgericht hierzu ermächtigt worden ist.

Anmerkung zu OLG Dresden, Urteil vom 18.06.2014, 13 U 0106/14

von Johannes Landry, RA und Partner, ARQIS Rechtsanwälte, Düsseldorf

A. Problemstellung

Das OLG Dresden musste sich mit der grundlegenden Frage beschäftigen, ob im Schutzschirmverfahren vorgenommene Rechtshandlungen überhaupt einer Insolvenzanfechtung

unterliegen können. Im Hinblick auf die regelmäßige Betriebsfortführung im Schutzschirmverfahren ist diese Frage von grundsätzlicher Bedeutung und eine nähere Herausarbeitung der Voraussetzungen für eine Anfechtung im Interesse aller Beteiligten wünschenswert. Wenn nämlich Vertragspartner nicht wissen, ob und wie sie im Schutzschirmverfahren anfechtungsfest Geschäfte mit dem Schuldner machen können, werden sie hiervon ggf. lieber Abstand nehmen. Bestehende Sanierungschancen würden hierdurch nicht gerade erhöht. Außerdem hat das OLG Dresden in einem „Rundumschlag“ zur Aktivlegitimation bei Anfechtungsrechtsstreiten nach Aufhebung eines Insolvenzverfahrens, dem Rechtsschutzbedürfnis einer Anfechtungsklage nach Verfahrensaufhebung, der Befugnis zur Begründung von Masseverbindlichkeiten im Schutzschirmverfahren sowie objektiven und subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen Stellung genommen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Schuldnerin beantragte am 27.02.2013 beim AG Leipzig die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen sowie die Anordnung der Eigenverwaltung, die Bestellung eines vorläufigen Sachwalters und die Bestimmung einer Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans. Mit Beschluss vom 04.03.2013 ordnete das Insolvenzgericht die Vorlage eines Insolvenzplans binnen einer Frist von drei Monaten an und bestellte den Kläger zum vorläufigen Sachwalter. Die Schuldnerin teilte der Beklagten mit Schreiben vom 07.03.2013 und 19.03.2013 unter Übersendung des vorgenannten Beschlusses mit, dass sie sich „im Schutzschirmverfahren gemäß § 270b InsO befindet“. Der Kläger hatte dem Insolvenzgericht mit Schreiben vom 13.03.2013 angezeigt, dass bei der Schuldnerin Zahlungsunfähigkeit eingetreten sei. Am 22.03.2013 und am 22.04.2013 zahlte die Schuldnerin an die Beklagte Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von insgesamt 71.998,11 Euro. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 30.04.2013 wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung wurde der Insolvenzplan von den Insolvenzgläubigern angenommen und das Insolvenzverfahren mit Beschluss vom 01.07.2013 aufgehoben. Mit am 04.06.2013 beim LG Dresden eingereichter und der Beklagten am 20.06.2013 zugestellter Klage hat der Kläger die beiden Zahlungen an die Beklagte angefochten und die Rückzahlung von

insgesamt 71.998,11 Euro von dieser verlangt. Er hat sich hierbei auf eine im Insolvenzplan enthaltene Ermächtigung gestützt.

Das LG Dresden hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG Dresden die Entscheidung des LG Dresden abgeändert und die Beklagte verurteilt, an die Schuldnerin 71.998,11 Euro zu zahlen. Eine Anfechtbarkeit wegen kongruenter Deckung nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO sei zu bejahen. Das Insolvenzanfechtungsrecht nach den §§ 129 ff. InsO sei sowohl auf Rechtshandlungen anwendbar, die im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO als auch im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO vorgenommen werden. Auch ein Antrag auf Einleitung eines Schutzschirmverfahrens stelle einen die Deckungsanfechtung grundsätzlich ermöglichenden Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung dar.

Die Beklagte sei auch Insolvenzgläubigerin und habe Befriedigung nicht als Massegläubigerin erhalten. Das Insolvenzgericht habe in seinem Beschluss vom 04.03.2013 mangels eines darauf gerichteten Antrags der Schuldnerin keine Anordnung getroffen, dass diese Masseverbindlichkeiten begründen dürfe. Ebenso wenig habe das Insolvenzgericht den vorläufigen Sachwalter zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigt. Im Übrigen sei dem Gesetz weder eine generelle Ermächtigung des Schuldners zu entnehmen, im Eröffnungsverfahren nach § 270a Abs. 1 InsO Masseverbindlichkeiten zu begründen, noch könne die für Steuerverbindlichkeiten geltende Vorschrift des § 55 Abs. 4 InsO analog auf Gesamtsozialversicherungsbeiträge angewandt werden.

Bei einem Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung sei der Sachwalter gemäß § 259 Abs. 3 InsO auch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens zur Fortführung von Anfechtungsprozessen befugt, wenn der Insolvenzplan dies im gestaltenden Teil vorsehe. Hierfür sei es ausreichend, wenn der Insolvenzplan allgemein § 259 Abs. 3 InsO für anwendbar erklärt, selbst wenn mehrere Prozesse anhängig sind. Allerdings müssten die fortzuführenden Rechtsstreite bei Verfahrensaufhebung bereits rechtshängig sein. Die Fortführung des Rechtsstreits erfolge für Rechnung des Schuldners. Der Kläger sei als ge-

willkürter Prozessstandschafter aktivlegitimiert, Zahlung an die Schuldnerin zu verlangen.

Das Rechtsschutzbedürfnis sei durch die Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht entfallen. Dies ergebe sich bereits aus der Vorschrift des § 259 Abs. 3 InsO, die ausdrücklich die Möglichkeit der Fortführung von Anfechtungsprozessen nach Verfahrensaufhebung vorsieht.

Im Übrigen lägen auch die weiteren für eine Insolvenzanfechtung nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO erforderlichen Voraussetzungen vor: Die angefochtenen Zahlungen erfolgten nach Stellung des Insolvenzantrags, von dem die Beklagte durch die Schreiben der Schuldnerin im Zeitpunkt der ersten angefochtenen Zahlung Kenntnis gehabt hat. Eine Gläubigerbenachteiligung sei in der durch die Zahlungen verursachten Verkürzung der Aktivmasse zu sehen. Diese scheide nur aus, wenn die Insolvenzmasse zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht. Hier von sei jedoch nicht auszugehen, da das Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung eröffnet wurde, so dass bereits eine ggf. durch den Anfechtungsgegner zu entkräftende Vermutung gegen eine zur Befriedigung aller Gläubiger ausreichende Masse spreche.

C. Kontext der Entscheidung

Das OLG Dresden bestätigt in seiner Entscheidung die bisherige Rechtsprechung zu zahlreichen Fragen. Das bemerkenswerte an der Entscheidung ist dabei nicht die Bestätigung der zu den einzelnen behandelten Fragen vorliegenden Rechtsprechung, sondern die Summe der Einzelfragen, die das Oberlandesgericht überzeugend einer umfassenden Würdigung unterzogen und stimmig in die bisher vorliegende Rechtsprechung eingeordnet hat.

Soweit ersichtlich hat mit dieser Entscheidung erstmalig ein höheres Gericht ausdrücklich erklärt, dass sowohl im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren als auch im Schutzschirmverfahren vorgenommene Rechtshandlungen grundsätzlich der Insolvenzanfechtung unterliegen und nicht per se privilegiert sind. Damit hat das OLG Dresden zu der bislang in der gerichtlichen Praxis erstaunlicherweise kaum behandelten Frage der Anfechtungsrisiken einer Betriebsfortführung im Schutzschirmverfahren Stellung bezogen und diese konsequent

beantwortet: Soweit nicht im Eröffnungsverfahren Masseverbindlichkeiten begründet worden sind, besteht kein Anlass, andere Maßstäbe anzulegen als in einem Eröffnungsverfahren ohne vorläufige Eigenverwaltung. Das Gesetz enthält hierfür keinen Anhaltspunkt. Ebenfalls konsequent im System der Insolvenzanfechtung ist die Feststellung, dass ein Antrag auf Einleitung eines Schutzschirmverfahrens einen die Deckungsanfechtung ermöglichenden Eröffnungsantrag darstellt. Schließlich setzen die §§ 129 ff. InsO nur einen Eröffnungsantrag voraus und schließen eine beantragte Eigenverwaltung oder einen Schutzschirm nicht aus dem Anwendungsbereich aus. Sowohl der im konkreten Fall bejahte Anfechtungsgrund des § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO als auch die Vorschrift des § 270b InsO verwenden die identische Terminologie und sprechen von einem Eröffnungsantrag. Es wäre nicht nachzuvollziehen, wenn demselben Begriff in beiden Vorschriften unterschiedliche Bedeutungen zukommen würden.

Bereits im Jahr 2005 hatte der BGH entschieden, dass eine Regelung im gestaltenden Teil des Insolvenzplans hinreichend bestimmt sei, die § 259 Abs. 3 InsO für anwendbar erklärt, ohne den Wortlaut der Vorschrift zu wiederholen (BGH, Urt. v. 06.10.2005 - IX ZR 36/02 - ZIP 2006, 39 m. Anm. Bähr/Landry, EWIR 2006, 87). Hierin sei eine ausreichende Ermächtigung des Insolvenzverwalters zu sehen, nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens Anfechtungsrechtsstreite fortzuführen. Es sei weder erforderlich, den Wortlaut der Vorschrift im Insolvenzplan zu wiederholen, noch müssten die fortzuführenden Anfechtungsprozesse im Insolvenzplan konkret bezeichnet werden. Ansonsten könnten Anfechtungsrechtsstreite aufgrund von Tatsachen, die nach Abstimmung über den Insolvenzplan bekannt werden, nicht mehr fortgeführt werden. In weiteren Urteilen hatte der BGH entschieden, dass die Befugnis zur Fortführung von Anfechtungsrechtsstreiten über den Wortlaut der Vorschrift des § 259 Abs. 3 InsO hinaus nur für bereits rechtshängige Klagen gilt (BGH, Urt. v. 10.12.2009 - IX ZR 206/08 - NZI 2010, 99; BGH, Urt. v. 11.04.2013 - IX ZR 122/12 - NZI 2013, 489, 490). Unter Berufung auf diese Rechtsprechung hat das OLG Dresden die Befugnis des Klägers zur Fortführung des Rechtsstreits gegen die Beklagte bejaht, da die Klage der Beklagten bereits vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens zugestellt worden ist. In diesem Zusammenhang stellt das Oberlandesge-

richt zudem zutreffend klar, dass mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens das Rechtsschutzbedürfnis nicht entfallen ist. Anderenfalls wäre die Vorschrift des § 259 Abs. 3 InsO auch kaum verständlich.

Im Übrigen äußert sich das OLG Dresden zu der Frage der Befugnis zur Begründung von Masseverbindlichkeiten im vorläufigen Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren und erteilt einer vom AG Montabaur getroffenen Entscheidung, wonach ein Schuldner im Eröffnungsverfahren nach § 270a InsO generell Masseverbindlichkeiten begründen könne, ohne vom Insolvenzgericht besonders hierzu ermächtigt werden zu müssen, eine Absage (vgl. AG Montabaur, Beschl. v. 27.12.2012 - 14 IN 282/12 - NZI 2013, 350, 351). Nebenbei lehnt das OLG Dresden auch den untauglichen Versuch ab, über eine analoge Anwendung des ausschließlich für Steuerverbindlichkeiten geltenden § 55 Abs. 4 InsO auf Sozialversicherungsbeiträge Masseverbindlichkeiten zu konstruieren.

Schließlich musste sich das OLG Dresden aufgrund des Vortrags der Beklagten mit der Frage des Vorliegens einer Gläubigerbenachteiligung auseinandersetzen. Das OLG Dresden bejaht zutreffend die für eine Insolvenzanfechtung erforderliche Gläubigerbenachteiligung, weil durch die Zahlung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge die Aktivmasse verkürzt worden ist und sich dadurch die Befriedigungsaussichten der Gläubiger verschlechtert haben. Es folgt damit der BGH-Rechtsprechung, dass anderes nur gelten könne, wenn die vorhandene Insolvenzmasse zur Befriedigung aller Gläubiger ausreiche. Bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung spreche allerdings bereits eine Vermutung für eine Gläubigerbenachteiligung, weil die Masse eben nicht zur Befriedigung aller Gläubiger ausreiche. Das Gegenteil hat der Anfechtungsgegner zu beweisen (BGH, Urt. v. 20.02.2014 - IX ZR 164/13 - ZIP 2014, 584, 586).

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung enthält einige wichtige Klarstellungen zum Thema der Insolvenzanfechtung, insbesondere im Kontext einer Eigenverwaltung und gibt den Beteiligten wichtige Verhaltensregeln an die Hand. Vor allem stärkt sie das Instrument der Insolvenzanfechtung und schiebt Versuchen, bestimmte Konstellationen von dieser auszunehmen, einen Riegel vor. Für

den Lieferanten eines Schuldners im Schutzschirmverfahren heißt dies aber auch, dass er gesteigerte Vorsicht walten lassen muss. So reicht es keinesfalls, sich darauf zu verlassen, dass seine Forderungen im Schutzschirm den Rang einer Masseverbindlichkeit haben. Wenn er dies nicht sicherstellt bzw. sich davon überzeugt, dass das Gericht eine entsprechende Ermächtigung ausgesprochen hat, läuft er nicht nur Gefahr, bloß eine Insolvenzforderung zu haben. Soweit er Befriedigung erhält, unterliegt diese möglicherweise auch einer späteren Anfechtung. Schuldner und Sachwalter sollten sorgfältig darauf achten, dass eine Befugnis zur Erteilung von Masseverbindlichkeiten im für die Betriebsfortführung erforderlichen Umfang erteilt wird.

Auf der anderen Seite sollten Sachwalter und Schuldner potenzielle Anfechtungsgegner stets über den gestellten Insolvenzantrag informieren, um diese bösgläubig zu machen und eine Insolvenzanfechtung im eröffneten Insolvenzverfahren zu ermöglichen.

Schließlich sollte der Sachwalter dafür Sorge tragen, dass sämtliche Anfechtungsrechtsstreite vor Verfahrensaufhebung rechtshängig gemacht werden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass entsprechende Klagen zurückgewiesen werden.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Das OLG Dresden hat außerdem zu der Frage Stellung genommen, ob die Abführung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen durch den Arbeitgeber die Voraussetzungen eines Bargeschäfts erfüllt und dies zutreffend verneint. Die Zahlung beruhe weder auf einer hierfür erforderlichen Vereinbarung mit dem Sozialversicherungsträger, noch bestünde ein Gegenleistungsverhältnis, aufgrund dessen eine den übrigen Gläubigern zur Verfügung stehende Leistung in das Vermögen der Schuldnerin gelangt sei: Die durch das kassenärztliche Versicherungssystem bereitgestellten Leistungen kämen nicht der Masse zugute und die Arbeitsleistung werde von den bei der Beklagten versicherten Arbeitnehmern der Schuldnerin erbracht und eben nicht von der Beklagten, so dass es auch hier an einer Gegenleistung fehle.