

14.06.2017

Gesellschaftsrecht/Mergers & Acquisitions | Aktien- & Kapitalmarktrecht

In unserem Überblick Rechtsprechung im Gesellschaftsrecht bereiten wir aktuelle Themen zum Gesellschaftsrecht/M&A prägnant für Sie auf. Wir filtern dazu die wesentliche neue Rechtsprechung und fassen diese mit Verlinkungen zusammen.

:

- ▶ [Wirtschaftliche Tätigkeit eines gemeinnützigen Vereins](#)
- ▶ [Mindestanforderungen an Schiedsvereinbarungen bei KG](#)
- ▶ [Abberufung eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers](#)
- ▶ [Korrektur der Gesellschafterliste durch Geschäftsführer \(I\)](#)
- ▶ [Verlustabzugsbeschränkungen bei Beteiligungserwerb](#)
- ▶ [Anwendbarkeit von § 51a GmbHG in Einheits-GmbH & Co. KG](#)
- ▶ [Andienungspflicht des Gesellschafters hinsichtlich Erfindung](#)
- ▶ [Haftung für verbotswidrige Auszahlung an Mitgesellschafter](#)
- ▶ [Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot](#)
- ▶ [Erlöschen einer Notarvollmacht bei Insolvenz](#)
- ▶ [Gerichtsstand bei Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit](#)
- ▶ [Korrektur der Gesellschafterliste durch Geschäftsführer \(II\)](#)
- ▶ [Geschäftsführerhaftung des Gesellschafter-Geschäftsführers](#)

## Wirtschaftliche Tätigkeit eines gemeinnützigen Vereins

**BGH, Beschluss vom 16. Mai 2017 – II ZB 7/16**

Im zu entscheidenden Fall betreibt ein eingetragener Verein Kindertagesstätten. Laut Vereinsatzung verfolgt der Verein ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke. Das zuständige Finanzamt hatte den Verein von der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer befreit, weil er ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigten gemeinnützigen Zwecken im Sinne der [§§ 51ff. AO](#) diene. Das AG Charlottenburg leitete ein Amtslöschungsverfahren gegen den Verein ein und kündigte die Amtslöschung an. Den dagegen erhobenen Widerspruch wies das AG Charlottenburg mit der Begründung zurück, dass der Verein mittlerweile neun Kindertagesstätten betreibe und er nicht (mehr) als ideeller Verein im Sinne von [§ 21 BGB](#) anzusehen sei. Sein Zweck sei vielmehr auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. Die Beschwerde hiergegen hatte vor dem KG Berlin keinen Erfolg.

Der BGH hob den Beschluss des KG Berlin auf und stellte das Amtslöschungsverfahren ein. Der Verein sei als nicht wirtschaftlicher Verein im Sinne des [§ 21 BGB](#) anzusehen, weil sein Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei. Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes im Sinne der [§§ 21 und 22 BGB](#) seien erfüllt, wenn der Verein planmäßig, auf Dauer angelegt und nach außen gerichtet, d.h. über den vereinsinternen Bereich hinausgehend, eigenunternehmerische Tätigkeiten entfaltet, die auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abzielen. Mit dem Zweck und der Tätigkeit eines Idealvereins sei es aber auch unter Berücksichtigung der Schutzzwecke der [§§ 21 und 22 BGB](#) nicht unvereinbar, wenn dieser in dem erörterten Umfang einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb führt. Ein Verein könne auch dann ein nicht wirtschaftlicher Verein sein, wenn er zur Erreichung seiner ideellen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, sofern diese dem nicht wirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind (sogenanntes Nebenzweckprivileg).

Im Gegensatz zur Auffassung des Beschwerdegerichts ist der BGH der Ansicht, dass die wirtschaftliche Tätigkeit des vorliegenden Vereins seinem nicht wirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung ist. Sie unterfalle damit dem sogenannten Nebenzweckprivileg und mache den Beteiligten daher nicht zu einem wirtschaftlichen Verein. Der Verein sei eben nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet.

Für die Beurteilung dieser Frage hielt der BGH auch die Anerkennung des Vereins als gemeinnützig im Sinne der §§ 51ff. AO für von entscheidender Bedeutung. Zwar seien die Voraussetzungen der Anerkennung als gemeinnützig im Sinne der §§ 51ff. AO nicht automatisch gleichbedeutend damit, ob ein Verein nicht auf einen Geschäftsbetrieb im Sinne des § 21 BGB ausgerichtet ist. Eine Indizwirkung komme diesem Umstand gleichwohl zu. Die Gesetzgebungshistorie zeige, dass der Gesetzgeber den gemeinnützigen Verein als einen Regelfall eines Idealvereins angesehen habe, der nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei. Gemeinnützige Vereine hätten nicht aus dem Anwendungsbereich dieser Norm herausgenommen werden sollen. Es hätten lediglich diejenigen Vereine als Idealverein im Sinne des § 21 BGB ausscheiden sollen, deren ausschließlicher oder Hauptzweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist.

Auch sei zu berücksichtigen, dass das Handeln eines Idealvereins nicht wie bei Gesellschaften (als dessen Gegenstück) auf Geschäftsgewinn und den wirtschaftlichen Vorteil des Einzelnen abziele. Die Mitglieder dürften bei ihrem Ausscheiden oder bei Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft nicht mehr als ihre eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert ihrer geleisteten Sacheinlagen zurückerhalten. Die erwirtschafteten Mittel müssten zeitnah dem gemeinnützigen Zweck zugeführt werden. Aufgrund des Ausschüttungsverbotes sei auch die Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils für den Einzelnen jedenfalls im Wege von bei Gesellschaften üblichen Gewinnausschüttungen nicht möglich. Laut seiner Satzung stehe der ideelle Vereinszweck des vorliegenden Vereins, den er mittels des Betriebs seiner Kindertagesstätten verwirklicht, im Vordergrund. Der Verein sei selbstlos tätig und die Vereinsmittel seien ausschließlich und unmittelbar für gemeinnützige Zwecke einzusetzen. Die wirtschaftliche Betätigung sei danach nicht Haupt- bzw. Selbstzweck, sondern dem ideellen Hauptzweck zugeordnet.

Gegen eine Einordnung des vorliegenden Vereins als Idealverein spricht aus Sicht des BGH auch nicht der Umfang seines Geschäftsbetriebs. Wenn ein Verein einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb in einer bestimmten Größe unterhalte, um die erforderlichen Mittel zur Erreichung des ideellen Zwecks zu erwirtschaften, entstünden keine größeren Gefahren für den Rechtsverkehr, als wenn mittels des Geschäftsbetriebs unmittelbar der ideelle Zweck verfolgt werde. Eine Verlagerung von wirtschaftlichen Aktivitäten auf einen Idealverein sei nicht zu erwarten, wenn der Verein als gemeinnützig anerkannt ist, da die Einhaltung der Voraussetzungen des § 55 AO und insbesondere das Verbot der Gewinnausschüttung an die Mitglieder einer solchen Gefahr entgegenstünden. Es werde zudem der Anreiz gesenkt, erhebliche unternehmerische Risiken einzugehen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die Einhaltung der Voraussetzungen der Anerkennung als gemeinnützig im Sinne der §§ 51ff. AO und damit einhergehend unter anderem auch das Ausschüttungsverbot durch die Finanzverwaltung in effektiverer Weise überwacht würden, als den Registergerichten dies bei ihrer Sach- und Personalausstattung möglich sei.

Pressemitteilung des BGH

## Mindestanforderungen an Schiedsvereinbarungen bei KG

**BGH, Beschluss vom 6. April 2017 – I ZB 23/16**

Die Antragsgegnerinnen waren Kommanditistinnen einer GmbH & Co. KG. Sie wurden durch Beschluss der Gesellschafterversammlung mit den Stimmen der Antragstellerinnen durch Einziehung der Kommanditanteile aus der Gesellschaft ausgeschlossen. Gegen diesen Beschluss leiteten die Antragsgegnerinnen unter Berufung auf die im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag enthaltene Schiedsvereinbarung und den seinerzeit gleichzeitig geschlossenen Schiedsgerichtsvertrag ein Schiedsverfahren ein. Zwei Jahre vor dem Ausschluss war der Gesellschaftsvertrag neu gefasst worden; eine Schiedsklausel enthielt die Neufassung nicht mehr. Der ursprünglich geschlossene Schiedsvertrag bezog sich auf die ursprüngliche Fassung des Gesellschaftsvertrages und besagte, dass die Parteien sich wegen aller aus diesem Gesellschaftsvertrag entstehenden Streitigkeiten einem Schiedsgericht unterwerfen. Nach Bildung des Schiedsgerichts rügten die Antragstellerinnen dessen Zuständigkeit. Mit Zwischenentscheid erklärte sich das Schiedsgericht für zuständig. Die Antragstellerinnen beantragten, das Schiedsgericht für unzuständig zu erklären, hilfsweise, die Unwirksamkeit des Zwischenentscheids festzustellen.

Das OLG Oldenburg wies den Antrag zurück. Auf die Rechtsbeschwerde der Antragstellerinnen hob der BGH den Beschluss des OLG Oldenburg aber nun auf und erklärte das Schiedsgericht für unzuständig.

Der BGH stellte zunächst entgegen der Ansicht des OLG Oldenburg fest, dass unabhängig davon, ob die Schiedsklausel bei der Neufassung des Gesellschaftsvertrags wirksam aufgehoben werden konnte, der gesonderte Schiedsgerichtsvertrag der Gesellschafter jedenfalls nicht mehr Grundlage für ein etwaiges Schiedsverfahren darstellen konnte. Durch die sprachliche

Bezugnahme des Schiedsgerichtsvertrags auf die Schiedsklausel im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag sei der Schiedsgerichtsvertrag schon nach seinem Wortlaut auf eine spätere Neufassung des Gesellschaftsvertrags und daraus resultierende Streitigkeiten nicht mehr anwendbar. Hätten die Gesellschafter keine Koppelung des Schiedsgerichtsvertrags an den damaligen Gesellschaftsvertrag gewollt, hätten sie davon absehen müssen, ihn konkret auf den Gesellschaftsvertrag zu beziehen. Wäre die Schiedsklausel in einer Neufassung des Gesellschaftsvertrags ohne Anpassung des Schiedsgerichtsvertrags erhalten geblieben, so mag zwar nahe liegen, den Schiedsgerichtsvertrag auch unter Geltung des neu gefassten Gesellschaftsvertrags weiterhin anzuwenden. Dies sei jedoch nicht geschehen, da der neu gefasste Gesellschaftsvertrag keine Schiedsklausel enthalte.

Ferner ist aus Sicht des BGH die Ansicht des OLG Oldenburg, die hier in Rede stehende Beschlussmängelstreitigkeit sei bei einer Personengesellschaft ohne Weiteres schiedsfähig, nicht zutreffend: Nach der zu einer GmbH ergangenen Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 6. April 2009 – II ZR 255/08 „Schiedsfähigkeit II“) bestehen für die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen in Gesellschaftsverträgen gewisse inhaltliche Mindestanforderungen, wenn sie auch Beschlussmängelstreitigkeiten erfassen sollen. Zu diesen Mindestanforderungen gehöre insbesondere, dass neben den Gesellschaftsorganen jeder Gesellschafter über die Einleitung und den Verlauf des Schiedsverfahrens informiert und dadurch in die Lage versetzt werden muss, dem Verfahren zumindest als Nebenintervenient beizutreten. Sämtliche Gesellschafter müssten an der Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter mitwirken können, sofern nicht die Auswahl durch eine neutrale Stelle erfolge; dabei könne bei Beteiligung mehrerer Gesellschafter auf einer Seite des Streitverhältnisses das Mehrheitsprinzip Anwendung finden. Weiter müsse gewährleistet sein, dass alle denselben Streitgegenstand betreffenden Beschlussmängelstreitigkeiten bei einem Schiedsgericht konzentriert werden. Der BGH habe diese Anforderungen zwar im Zusammenhang mit der Satzung einer GmbH formuliert. Sie seien jedoch aus den grundlegenden Maßstäben des § 138 BGB und des Rechtsstaatsprinzips entwickelt worden. Sie würden deshalb jedenfalls im Grundsatz auch für Personengesellschaften wie KGs gelten, sofern bei diesen gegenüber Kapitalgesellschaften keine Abweichungen geboten seien.

In jedem Fall müssten die Kommanditisten einer KG ebenso wie die Gesellschafter einer GmbH vor Benachteiligung und Entziehung des notwendigen Rechtsschutzes bewahrt werden, sodass auf entsprechende Regelungen in Schiedsabreden für eine KG grundsätzlich nicht verzichtet werden könne. Da der Schiedsgerichtsvertrag keine Regelungen zum Schutz der Kommanditisten bei Beschlussmängelstreitigkeiten enthält, werde der Streitfall von der Schiedsklausel nicht erfasst. Das Schiedsgericht sei demzufolge unzuständig.

## Abberufung eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers

**BGH, Urteil vom 4. April 2017 – II ZR 77/16**

Die Beklagte ist eine GmbH, an der der Kläger zu 49% und der zum Alleingeschäftsführer bestellte weitere Gesellschafter zu 51% beteiligt sind. Laut Gesellschaftsvertrag der Beklagten entscheidet die Gesellschafterversammlung über die Abberufung und die Bestellung von Geschäftsführern. Die Leitung der Gesellschafterversammlung und die Feststellung der Abstimmungsergebnisse obliegen dem Gesellschafter, der über die meisten Stimmen verfügt. Nachdem der Geschäftsführer zu einer Gesellschafterversammlung geladen hatte, beantragte der Kläger die Aufnahme weiterer Tagesordnungspunkte, die die sofortige Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund, die fristlose Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrags aus wichtigem Grund und die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer zum Gegenstand hatten. In der Versammlung stimmte der Kläger für die Beschlussanträge; der Geschäftsführer stimmte dagegen und stellte als Versammlungsleiter die Ablehnung der Beschlussanträge fest. Der Kläger focht die ablehnenden Beschlüsse an und stellte entsprechende positive Beschlussfeststellungsanträge. Das LG Gera und das OLG Jena wiesen die Klage jeweils ab.

Die Revision des Klägers hatte vor dem BGH ebenfalls keinen Erfolg. Für eine Nichtigkeit der ablehnenden Beschlüsse fehle es am Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Abberufung des Geschäftsführers der Beklagten und zur Kündigung seines Anstellungsvertrags.

Der BGH legte zunächst dar, dass bei der Beschlussfassung über die gewöhnliche Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH dieser ebenso wenig einem Stimmverbot unterliege wie bei der Beschlussfassung über die ordentliche Kündigung seines Anstellungsvertrags. Bei solchen, die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft betreffenden Beschlüssen sei dem Gesellschafter die Mitwirkung nicht schon zu versagen, wenn der Beschlussinhalt zugleich auf seinen persönlichen Rechtskreis einwirkt. Anderes gelte aber, wenn es gerade um die Billigung oder Missbilligung seines Verhaltens als

Gesellschafter oder Geschäftsführer gehe und er dadurch zum Richter in eigener Sache werde. Aus diesem Grund unterliege der Gesellschafter bei der Beschlussfassung über seine Abberufung als Geschäftsführer aus wichtigem Grund in gleicher Weise einem Stimmverbot wie bei dem Beschluss über die außerordentliche Kündigung seines Anstellungsvertrags. Die Voraussetzungen für die Annahme eines solchen Stimmrechtsverbots sei zwar in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum streitig. Eine Entscheidung dieses Meinungsstreits hielt der BGH vorliegend jedoch für entbehrlich.

Denn auch wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer der Beklagten auf die Behauptung eines wichtigen Grundes durch den Kläger hin mit seinem Stimmrecht ausgeschlossen gewesen wäre, sei es für die gerichtliche Beschlussüberprüfung ohne Bedeutung, dass er als Versammlungsleiter seine Stimme dennoch gezählt habe. Bei der gerichtlichen Überprüfung der Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen, die die Abberufung oder die Kündigung des Anstellungsvertrags eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH aus wichtigem Grund betreffen, sei nämlich darauf abzustellen, ob tatsächlich ein wichtiger Grund im Zeitpunkt der Beschlussfassung vorlag oder nicht. Das Gericht dürfe nicht schon aufgrund der schlüssigen Behauptung von einem Abberufungsgrund ausgehen, über dessen Vorliegen die Parteien gerade streiten. Eine Anfechtungsklage des Mehrheitsgesellschafters gegen seine Abberufung als Geschäftsführer könne infolgedessen nicht schon abgewiesen werden, weil die Stimme des Betroffenen vermeintlich zu Recht nicht gezählt worden sei. Denn dann würde das Vorliegen eines wichtigen Grundes gerade nicht geklärt und dem Betroffenen der Rechtsschutz verweigert.

Das tatsächliche Vorliegen eines wichtigen Grundes sei auch für die positive Beschlussfeststellungsklage gegen einen die Abberufung mit den Stimmen des Betroffenen ablehnenden Beschluss von Bedeutung, weil das Gericht das Zustandekommen eines wirksamen Beschlusses nur feststellen könne, wenn ein wichtiger Grund für die Abberufung tatsächlich vorliegt. Für die Kündigung des Anstellungsvertrags aus wichtigem Grund gelte nichts anderes. Deshalb könne die Anfechtungsklage gegen die die Abberufung und die Kündigung des Anstellungsvertrags ablehnenden Beschlüsse nicht losgelöst vom tatsächlichen Vorliegen eines wichtigen Grundes mit der formalen Begründung Erfolg haben, der als Versammlungsleiter bestimmte Gesellschafter-Geschäftsführer der Beklagten hätte seine ablehnende Stimme allein auf die Behauptung eines wichtigen Grundes durch den Kläger hin nicht zählen dürfen.

Das Vorliegen des wichtigen Grundes hat nach Ansicht des BGH im Rechtsstreit derjenige darzulegen und zu beweisen, der sich darauf beruft. Das OLG Jena habe hier rechtsfehlerfrei festgestellt, dass bei der fraglichen Gesellschafterversammlung kein wichtiger Grund für die sofortige Abberufung und die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags des Geschäftsführers der Beklagten vorgelegen habe.

## Korrektur der Gesellschafterliste durch Geschäftsführer (I)

**BGH, Beschluss vom 7. Februar 2017 – II ZR 28/15**

Die Beklagte ist eine GmbH. Die Streithelferin der Klägerin ist Gesellschafterin der Beklagten. Die Klägerin als Käuferin und ihre Streithelferin schlossen einen notariellen Geschäftsanteilsübertragungs- und Abtretungsvertrag für einen Teilgeschäftsanteil an der Beklagten. Die Wirksamkeit der Abtretung sollte zunächst unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung der Gesellschafter stehen. Im Folgenden reichte der Notar beim Handelsregister eine Gesellschafterliste der Beklagten ein, in der die Klägerin mit dem erworbenen Geschäftsanteil als Gesellschafterin ausgewiesen war. Zwei Monate später teilte der Geschäftsführer der Klägerin mit, dass beabsichtigt sei, die kürzlich eingereichte Gesellschafterliste dahingehend berichtigen zu lassen, dass nicht mehr die Klägerin, sondern wieder deren Streithelferin als Gesellschafterin eingetragen sei. Hiergegen widersprach die Streithelferin. Wiederum zwei Monate später übten mehrere Gesellschafter der Beklagten im Hinblick auf die von der Klägerin gekauften Anteile ein Vorkaufsrecht aus. Auch beschloss die Gesellschafterversammlung gegen die Stimmen der Klägerin und ihrer Streithelferin, den Geschäftsführer anzuweisen, eine neue korrigierte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen, die die Streithelferin der Klägerin, nicht aber die Klägerin als Gesellschafterin ausweist. Gegen diese Beschlüsse wendete sich die Klägerin. Das LG Mannheim erklärte die Gesellschafterbeschlüsse für nichtig. Das Berufungsgericht wies die Berufung zurück. Der BGH hatte daraufhin diese Berufungsentscheidung aufgehoben, weil die Anträge im Tatbestand nicht mitgeteilt worden waren (Urteil vom 17. Dezember 2013 – II ZR 21/12 ). Im erneuten Berufungsverfahren stellte das Berufungsgericht fest, dass der Geschäftsführer der Beklagten berechtigt sei, eine neue Gesellschafterliste bei dem für die Beklagte zuständigen Handelsregister einzureichen. Auf die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im Berufungsurteil hat der BGH die Revision zugelassen, soweit sie die Frage betrifft, ob der Geschäftsführer angewiesen werden könne, eine korrigierte Gesellschafterliste einzureichen. Nachdem der Notar auf Ersuchen der Streithelferin der Klägerin eine neue Gesellschafterliste eingereicht hat, haben die Beteiligten die Hauptsache

übereinstimmend für erledigt erklärt, sodass vorliegend lediglich noch über die Kostenverteilung zu entscheiden war.

Der BGH stellte im Anschluss an seine Entscheidung vom 17. Dezember 2013 zunächst fest, dass der Geschäftsführer einer GmbH grundsätzlich zur Korrektur einer unrichtigen, vom Notar nach [§ 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG](#) eingereichten Gesellschafterliste befugt ist. Der angegriffene Beschluss sei daher aus diesem Grund nicht anfechtbar. Offen sei aber die umstrittene Frage, ob die Gesellschafter entgegen dem allgemeinen Grundsatz, dass sie als Herren der Gesellschaft zu Weisungen an den Geschäftsführer befugt sind, zur Listenkorrektur keine Weisungen erteilen dürfen. Der Ausgang des Verfahrens sei insofern also unsicher und die Verfahrenskosten dahingehend zu teilen. Eine Entscheidung dieser Frage durch den BGH blieb also in diesem Verfahren offen.

## Verlustabzugsbeschränkungen bei Beteiligungserwerb

**BVerfG, Beschluss vom 29. März 2017 – 2 BvL 6/11**

Grundsätzlich ist es Unternehmen möglich, in einem Geschäftsjahr entstandene Verluste in kommende steuerliche Veranlagungszeiträume vorzutragen. Ein solcher Verlustvortrag kann dann gegen einen in einem späteren Veranlagungszeitraum entstandenen Gewinn gerechnet werden und eine sonst entstehende Steuerlast senken. Um einen Missbrauch mit dieser Verlustvortragsregelung bzw. einen Handel mit solchen Verlustvorträgen zu unterbinden, sieht der hier infrage stehende [§ 8c Abs. 1 S. 1 KStG](#) (in der bis 31. Dezember 2015 geltenden Fassung) vor, dass nicht genutzte Verluste einer Kapitalgesellschaft dann anteilig nicht mehr genutzt werden können, wenn innerhalb von fünf Jahren mehr als 25% und bis zu 50% des gezeichneten Kapitals an einer Kapitalgesellschaft an einen Erwerber unmittelbar übertragen werden.

Das BVerfG hat mit dem vorliegenden Beschluss diese Regelung für nicht mit dem Gleichheitssatz des Artikel 3 GG vereinbar und demzufolge für verfassungswidrig erklärt. Den Gesetzgeber hat das Gericht aufgefordert, bis zum 31. Dezember 2018 rückwirkend zum 1. Januar 2008 eine Neuregelung zu treffen.

Der Gesetzgeber unterwerfe mit dem [Körperschaftsteuergesetz](#) das Einkommen von Körperschaften einer eigenen, von derjenigen der dahinter stehenden Personen/Gesellschafter getrennten Besteuerung (Trennungsprinzip), die als solche verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. [§ 8c Abs. 1 S.1 KStG](#) in der streitgegenständlichen Fassung behandle Kapitalgesellschaften bei der Bestimmung ihrer steuerpflichtigen Einkünfte unterschiedlich, je nachdem, ob innerhalb von fünf Jahren mittelbar oder unmittelbar mehr als 25% des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, Beteiligungsrechte oder der Stimmrechte an der Kapitalgesellschaft an einen Erwerber oder diesem nahe stehende Personen übertragen worden sind (schädlicher Beteiligungserwerb) oder nicht. Die nicht genutzten Verluste der Kapitalgesellschaft, der ein schädlicher Beteiligungserwerb zugerechnet werde, würden untergehen, soweit sie rechnerisch auf den übertragenen Anteil entfallen, obwohl die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Kapitalgesellschaft als solcher, an die die Körperschaftsteuer anknüpft, durch die bloße Anteilsübertragung nicht verändert werde. Für die Ungleichbehandlung dieser Kapitalgesellschaften im Vergleich zu Kapitalgesellschaften ohne schädlichen Beteiligungserwerb fehle ein rechtfertigender Grund.

Vgl. zum Inhalt der Entscheidung des BVerfG den Beitrag „[Verlustabzugsbeschränkungen des § 8c KStG in Teilen verfassungswidrig](#)“ von Ulrike Sommer und Georg Edelmann auf der Noerr-Homepage.

[Pressemitteilung](#) des BVerfG

## Anwendbarkeit von § 51a GmbHG in der Einheits-GmbH & Co. KG

**OLG Celle, Beschluss vom 14. März 2017 – 9 W 18/17**

Die Antragstellerin in vorliegendem Beschwerdeverfahren ist Kommanditistin einer GmbH & Co. KG, die ihrerseits alleinige Gesellschafterin ihrer eigenen Komplementär-GmbH ist (sogenannte Einheits-GmbH & Co. KG). Sie macht gegen die Komplementär-GmbH Auskunfts- und Einsichtsansprüche geltend. Das LG Hannover hatte die Anträge in erster Instanz zurückgewiesen, weil diese nicht – wie es für die verfolgten Rechte nach [§ 51a](#) und [§ 51b GmbHG](#) schon nach dem Wortlaut der Vorschrift erforderlich sei – Gesellschafterin der Antragsgegnerin, der Komplementär-GmbH sei.

Das OLG Celle gab dem LG Hannover Recht und wies die Beschwerde der Kommanditistin zurück. Kommanditisten stünden gegen die KG die Rechte aus [§ 166 HGB](#) zu. Es entspreche einhelliger Auffassung, dass ihnen daneben grundsätzlich keine Informationsrechte nach [§ 51a GmbHG](#) zustünden, wenn sie nicht zugleich auch Gesellschafter der Komplementär-GmbH sind.

Der Auffassung, bei einer Einheits-GmbH & Co. KG sei dies anders zu sehen, weil das Informationsrecht in der Komplementär-GmbH schwerlich von deren Geschäftsführer ausgeübt werden könne, lehnte das OLG Celle ab: Zum einen bestehe kein Anlass, einem Gesellschafter, der lediglich Kommanditist an der KG sei, dieselben Rechte einzuräumen, als habe er sich zusätzlich unmittelbar an der GmbH beteiligt. Zum anderen bestehe auch kein Bedürfnis, einen Kommanditisten – gegen den Wortlaut des § 51a GmbHG – in dieser Weise besser zu stellen, nur weil die KG, an der er sich beteiligt hat, alleinige Gesellschafterin ihrer Komplementärin ist. Vielmehr sei er in gleicher Weise in der Lage und gehalten, Informationsrechte – seiner selbst gewählten gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsstufe entsprechend – auf dem vom Gesetz dafür vorgegebenen Weg des § 166 HGB, insbesondere dessen Abs. 3, zu verfolgen. Dieses Informationsrecht umfasse bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (auf den sich die Antragstellerin vorliegend beruft) zudem auch Auskünfte über die Geschäftsführung des Komplementärs und die damit im Zusammenhang stehenden Unterlagen der KG.

## Andienungspflicht des Gesellschafters hinsichtlich Erfindung

**OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 13. April 2017 – 6 U 69/16**

Das OLG Frankfurt am Main bestätigte in diesem Berufungsurteil eine Entscheidung des LG Frankfurt am Main, in der die Verpflichtung des beklagten Gesellschafters einer GmbH festgestellt wurde, von ihm gemachte Erfindungen der GmbH anzudienen. Der Gesellschaftsvertrag sah keine ausdrückliche Abrede über eine Andienungspflicht der Gesellschafter vor.

Der beklagte Gesellschafter war selbst nicht Geschäftsführer der Gesellschaft, jedoch wie ein Geschäftsführer in die Unternehmensleitung eingebunden, obwohl er formal lediglich als kaufmännischer Leiter bei der Klägerin angestellt war. Er war jedoch umfassend zur Leitung des Unternehmens befugt, keinen Weisungen des Geschäftsführers unterworfen und hinsichtlich seiner Arbeitszeitgestaltung weitgehend frei. Der Beklagte stellte Mitarbeiter ein und bestimmte die Unternehmensziele und die kaufmännische Entwicklung des Unternehmens. Sein Gehalt entsprach dem des Geschäftsführers und wurde im Einvernehmen dieser beiden Personen jeweils angepasst. Vor dem Hintergrund dieser exponierten Stellung im Unternehmen und seines Einsatzes auch im technischen Bereich mit dem Ziel, auf technische Neuerungen bedacht zu sein, ergebe sich aus einer ergänzenden Auslegung des Gesellschaftsvertrages sowie aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht eine entschädigungslose Andienungspflicht hinsichtlich von ihm gemachter Erfindungen: Mache der Gesellschafter, der wie ein Geschäftsführer in die Leitung der Gesellschaft eingebunden ist, im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit eine Erfindung, könne für ihn nach den Gesamtumständen die Pflicht bestehen, diese Erfindung der Gesellschaft (entschädigungslos) anzudienen, wenn die Leitungsfunktion des Gesellschafters auch den technischen Bereich betraf, die Erfindung dem Geschäftsgegenstand der Gesellschaft zuzuordnen ist und die Erfindung überwiegend auf Mitteln, Erfahrungen und Vorarbeiten des Unternehmens beruhte. Verstoße der Gesellschafter gegen die ihn treffende Andienungspflicht und melde die Erfindung im eigenen Namen als Patent an, stehe der Gesellschaft ein Anspruch auf Übertragung der Anmeldung bzw. des aufgrund dieser Anmeldung erteilten Patents – gegebenenfalls Zug um Zug gegen Zahlung der Kosten für die Anmeldung und Aufrechterhaltung des Schutzrechts – zu.

## Haftung für verbotswidrige Auszahlung an Mitgesellschafter

**OLG Hamm, Urteil vom 13. März 2017 – 8 U 79/16**

Der Kläger, Insolvenzverwalter einer GmbH, verlangt von der Beklagten, Mehrheitsgesellschafterin der GmbH, unter dem Gesichtspunkt der Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG die Erstattung einer Auszahlung an den weiteren, ehemaligen Mitgesellschafter und alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer. Der Mitgesellschafter hatte im Zeitpunkt einer Unterbilanz bei der GmbH Barauszahlungen und Zahlungen mit der Firmenkreditkarte getätigt, hinsichtlich derer er keine Auskünfte oder Nachweise erbrachte. Hierfür wurde er wegen Untreue verurteilt. Da die Zwangsvollstreckung beim verurteilten Geschäftsführer ohne Erfolg blieb, fordert der Insolvenzverwalter nun von der Beklagten den Ausgleich der entnommenen Beträge gemäß § 30, § 31 GmbHG wegen verdeckter Gewinnausschüttungen. Der Klage hatte das LG Arnsberg in erster Instanz stattgegeben.

Das OLG Hamm bestätigte diese Entscheidung und wies die Berufung zurück. Der Kläger könne von der Beklagten aus § 30, § 31 Abs. 3 GmbHG, §§ 80, 148 InsO die geforderte Zahlung verlangen. Eine Unterbilanz lag im maßgeblichen Zeitraum der Zahlungen aus Sicht des OLG Hamm unstrittig vor. Die hierfür erforderliche verbotswidrige Zahlung an einen Gesellschafter im Sinne von § 30 Abs. 1 GmbHG bei Vorliegen einer Unterbilanz sei ebenfalls erfolgt. Die Darlegungs- und Beweislast liege nach

allgemeinen Grundsätzen für sämtliche Voraussetzungen des § 31 Abs. 3 GmbHG grundsätzlich bei der Gesellschaft bzw. hier bei dem Insolvenzverwalter, der vorliegend Privatauskehrungen und verdeckte Gewinnausschüttungen behauptet habe. Das Bestreiten von verdeckten Gewinnausschüttungen durch die Beklagte sei vorliegend nicht erheblich, da sie selbst die Strafanzeige gegen den Mitgesellschafter erstattet und damit vorgetragen habe, die Abhebungen und Kontobelastungen seien ausschließlich zu privaten Zwecken getätigt worden. Die Beklagte habe gewusst, dass der Mitgesellschafter für die betreffenden Ausgaben keine Belege eingereicht hatte. Insofern stelle sich der diesbezügliche Vortrag der Beklagten als widersprüchlich und unbeachtlich dar.

Die Leistungen seien auch an den Gesellschafter-Geschäftsführer aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses erfolgt und nicht nur im Rahmen einer Drittbeziehung, bei der der Gesellschafter der Gesellschaft wie ein unabhängiger Dritter gegenüberstehe. Die Haftung der Beklagten scheidet insbesondere nicht aus dem Grunde aus, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer vermeintlich außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses deliktisch Untreuehandlungen begangen habe. Denn dieser habe die verbotenen Zahlungen nur erlangen können, weil er in seiner Funktion als Geschäftsführer Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen gehabt habe, im Rahmen seiner Vertretung für die Gesellschaft die Gelder entnehmen und mittels der ihm zur Verfügung stehenden Kreditkarte die weiteren Zahlungen zulasten der Gesellschaft veranlassen konnte. Im Allgemeinen müsse die Vermögensminderung von der Gesellschaft veranlasst worden sein, um als Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG qualifiziert werden zu können. Entscheidend dabei sei, ob das Handeln des Organs in den ihm zugewiesenen Wirkungskreis fiel. Hieran könne es fehlen, wenn das Organ durch Überschreiten der ihm zustehenden Vertretungsmacht sein schadenstiftendes Verhalten so sehr außerhalb seines Aufgabenbereichs stellt, dass ein innerer Zusammenhang zwischen dem Handeln und dem allgemeinen Rahmen der ihm übertragenen Geschäfte nicht mehr erkennbar und daher der Schluss geboten sei, dass das Organ nur bei Gelegenheit, nicht aber in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen gehandelt hat. In einem solchen Fall habe der Gesellschafter außerhalb ihm eingeräumter Vertretungsbefugnisse wie ein außenstehender Dritter gehandelt. Demgegenüber sei jedoch der Wille des (Gesellschafter-)Geschäftsführers der Gesellschaft zuzurechnen, selbst wenn er seine Befugnisse im Innenverhältnis überschritten habe. Verstöße gegen § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG können insofern aus Sicht des OLG Hamm mit einer strafbaren Untreue des Geschäftsführers zusammentreffen. Ein allgemeiner Rechtssatz dahingehend, dass strafbare Handlungen zulasten der Gesellschaft insgesamt nicht erfasst würden, sei nicht begründet.

Auch im Streitfall konnte der Gesellschafter-Geschäftsführer im Rahmen seiner Vertretung für die Gesellschaft die Barabhebungen tätigen und für sich die Firmenkreditkarte einsetzen. Dabei habe er im Rahmen seiner nach außen rechtlich zulässigen Vertretung für die Gesellschaft gehandelt. Er handelte damit nach Ansicht des OLG Hamm nicht derart außerhalb seines Wirkungskreises, dass ein Zusammenhang mit den Geschäften der Gesellschaft nicht mehr erkennbar war. Der nötige Gesellschaftsbezug war daher gegeben.

Auch habe kein Drittgeschäft vorgelegen, das von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des § 30 Abs. 1 GmbHG falle. Ein bedeutsamer Anwendungsfall hierfür sei etwa die Zahlung des üblichen und angemessenen Geschäftsführergehalts an den Geschäftsführer. Ein solches Drittgeschäft sei vorliegend jedoch nicht anzunehmen. Einen kompensierenden Vergütungsanspruch behauptet selbst die – insoweit darlegungs- und beweisbelastete – Beklagte nicht.

Den Einwand der Beklagten, sie würde durch ihre Haftung doppelt belastet, einmal im Rahmen der Vermögensminderung bei der Gesellschaft und einmal durch die nunmehrige Ausfallhaftung, lehnte das OLG Hamm ab. Im Rahmen der §§ 30, 31 GmbHG werde der Schutz der Gesellschaftsgläubiger bis zur Höhe der Stammkapitalziffer höher gewichtet als das insofern gegenläufige Gesellschafterinteresse.

## Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot

**OLG Hamm, Beschluss vom 1. März 2017 – 27 W 141/16**

Das OLG Hamm bestätigte in vorliegendem Beschwerdeverfahren die Ansicht des Registergerichts Essen, das die Eintragung der folgenden Vertretungsregelung ins Handelsregister einer GmbH & Co. KG ablehnte: „(...) Von den Beschränkungen des § 181 BGB ist jeder persönlich haftende Gesellschafter befreit – ist er keine natürliche Person, sind es auch seine Vertretungsorgane.“ Die hier zur Eintragung angemeldete Vertretungsregelung werde der Funktion des Handelsregisters, Tatsachen und Rechtsverhältnisse der Kaufleute und Handelsgesellschaften zu verlautbaren, die für den Rechtsverkehr von wesentlicher Bedeutung sind, nicht gerecht: Die Komplementär-GmbH habe als vertretungsberechtigtes Organ ihren Geschäftsführer. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern vor diesem Hintergrund die Beteiligten ein Interesse daran haben sollten, mit der gewählten

Formulierung „ist er keine natürliche Person, sind es auch seine Vertretungsorgane“ keine sich nur auf diese Rechtsform konkretisierende, sondern eine allgemeiner gefasste Regelung zu treffen. Im Handelsregister seien stets nur die aktuellen Vertretungsverhältnisse zu vermerken, mithin nicht aufgrund des Gesellschaftsvertrages bloß mögliche, derzeit aber noch nicht realisierte Vertretungsbefugnisse. Da eine Auswechslung der Komplementärgesellschaft ohnehin zwingend zum Register angemeldet und eingetragen werden müsste, was ohne Weiteres mit einer Anmeldung und Eintragung der dann gewählten Vertretungsregelung verbunden werden könne, bestehe für eine vorgreifliche Anmeldung der dann beabsichtigten Vertretungsregelung für diesen – hier nicht einmal konkret absehbaren – Fall derzeit keinerlei Bedürfnis des Rechtsverkehrs.

## Erlöschen einer Notarvollmacht bei Insolvenz

**OLG München, Beschluss vom 22. Mai 2017 – 34 Wx 87/17**

Eine grundbesitzende GbR verkaufte unter Mitwirkung ihrer durch die jeweiligen Geschäftsführer handelnden beiden Gesellschafterinnen Wohnungs- und Teileigentum an einen Käufer. Die Einigung über den Eigentumsübergang enthielt ausdrücklich keine Bewilligung und keinen Eintragungsantrag. Die Beteiligten bevollmächtigten vielmehr den Notar, in einer Eigenurkunde die Bewilligung für die Beteiligten und den Antrag im Namen des Käufers zum Vollzug der Rechtsänderung gegenüber dem Grundbuchamt abzugeben. Nach Eintragung der bewilligten Vormerkung zur Sicherung des Eigentumsübertragungsanspruchs wurde am Anteil einer der Gesellschafterinnen der GbR vermerkt, dass Verfügungen der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters bedürfen, und später, dass das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Kurz darauf beantragte der Urkundsnotar namens des Erwerbers die Eintragung der Auflassung unter Löschung der Vermerke zur (vorläufigen) Insolvenz und legte hierzu eine Eigenurkunde vor, in welcher er den Vollzug der Auflassung unter Bezugnahme auf die ihm erteilte Vollmacht bewilligte. Das Grundbuchamt beanstandete im Rahmen zweier Zwischenverfügungen, dass mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die von der Insolvenzschuldnerin erteilte vorgenannte Notarvollmacht nach [§ 117 Abs. 1 InsO](#) erloschen sei. Die erloschene Vollmacht lebe durch die nachträgliche Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters auch nicht wieder auf. Die Bewilligung sei daher nicht von einer gültigen Vollmacht gedeckt. Der Mangel könne nur durch Zustimmung des Insolvenzverwalters zum Kaufvertrag geheilt werden.

Der Argumentation des Grundbuchamtes folgte auch das OLG München in seiner Beschwerdeentscheidung in weiten Teilen. Bei Erklärung der Bewilligung durch den Notar sei die GbR nicht wirksam vertreten worden. Die GbR werde nach Maßgabe des [§ 714 BGB](#) in Verbindung mit [§ 709 BGB](#) im Zweifel durch alle Gesellschafter gemeinschaftlich vertreten. Insofern könnten die Gesellschafter auch einen Dritten – wie hier den beurkundenden Notar – entsprechend bevollmächtigen. Die vorliegend eingeräumte Vollmacht zur Erklärung der Bewilligung ist nach Ansicht des OLG München jedoch mit der Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen einer der Vollmachtgeberinnen insoweit erloschen und habe demnach nicht mehr wie erforderlich noch im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts bestanden.

Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters werde die Gesellschaft gemäß [§ 728 Abs. 2 S. 1 und 2](#), [§ 727 Abs. 2 S. 3 BGB](#) nicht aufgelöst, sondern die werbende Gesellschaft werde kraft Gesetzes zur Liquidationsgesellschaft. Der insolvente Gesellschafter scheidet nicht aus der Gesellschaft aus, sondern bleibe während des Auflösungsverfahrens deren Gesellschafter. Dass hier abweichend vom gesetzlichen Regelfall etwas anderes gelten könnte, sei nicht anzunehmen. In die Insolvenzmasse, [§ 35 Abs. 1 InsO](#), falle somit nicht lediglich ein Anspruch der insolventen Gesellschafterin auf Zahlung eines Abfindungsguthabens, sondern der Anteil der Insolvenzschuldnerin an der GbR. Bei der sich nach gesellschaftsrechtlichen Liquidationsregeln ([§§ 730 ff. BGB](#)) außerhalb des Insolvenzverfahrens ([§ 84 Abs. 1 InsO](#)) vollziehenden Auseinandersetzung würden die Gesellschafterrechte der Insolvenzschuldnerin in der GbR gemäß [§ 80 Abs. 1 InsO](#) vom Insolvenzverwalter wahrgenommen. Wegen der Insolvenzbefangenheit des Anteils sei im Rahmen der gesetzlich (dispositiv) angeordneten Gesamtgeschäftsführung (vgl. [§ 730 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 BGB](#)) die Mitwirkung des Insolvenzverwalters erforderlich. In dieser Weise betreffe die Insolvenz eines Gesellschafters zwar nicht die Verfügungsbefugnis der GbR in Bezug auf die im Gesellschaftsvermögen vorhandenen und vom Insolvenzbeschluss nicht erfassten Grundstücke, wohl aber die Vertretung der GbR bei der Verfügung über ein solches Grundstück bei Erklärung der Bewilligung.

Anders als bei [§ 168 BGB](#), wonach die von einem gesetzlichen oder organschaftlichen Vertreter ohne zeitliche Begrenzung erteilte Vollmacht nicht ohne Weiteres mit dem Ende der gesetzlichen oder organschaftlichen Vertretungsmacht erlischt, erlischt aus Sicht des OLG München nach [§ 117 Abs. 1 InsO](#) eine vom Insolvenzschuldner zuvor erteilte Vollmacht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen insoweit, als sie sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen „bezieht“. Diese gesetzlich angeordnete Erlöschungswirkung gelte auch für die hier von der Insolvenzschuldnerin dem Notar



erteilte Vollmacht.

Da in die Insolvenzmasse ( § 35 Abs. 1 InsO ) nur der Gesellschaftsanteil falle, beziehe sich zwar die erteilte Vollmacht unmittelbar nicht auf einen vom Insolvenzbeschluss erfassten Gegenstand des Gesellschaftsvermögens. Unter die Vorschrift des § 117 Abs. 1 InsO fallen nach Ansicht des OLG München jedoch grundsätzlich alle Vollmachten des Insolvenzschuldners, die sich auf dessen Vermögensangelegenheiten beziehen. Zu diesen Angelegenheiten zähle auch die Ausübung vermögensrechtlicher Befugnisse im Zusammenhang mit der Gesellschaftsbeteiligung.

Dass § 117 Abs. 1 InsO greift, folge zudem als Kehrseite aus dem nach § 80 Abs. 1 InsO bestehenden Erfordernis der Mitwirkung des Insolvenzverwalters bei der Vertretung der GbR. Die Insolvenzbefangenheit des Gesellschaftsanteils wirke sich – wie dargestellt – auf die Vertretung der Gesellschaft im Auflösungsverfahren aus, weil im Rahmen der Gesamtgeschäftsführung (§ 730 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 BGB) die Mitwirkung des Insolvenzverwalters gemäß § 80 Abs. 1 InsO notwendig sei. Nach § 80 Abs. 1 InsO aber gehe das Recht des Schuldners, „das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen“ zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über. Aus dem Zusammenspiel dieser gesetzlichen Bestimmungen ergebe sich, dass der von § 117 Abs. 1 InsO vorausgesetzte „Bezug“ der von der Insolvenzschuldnerin erteilten Vollmacht zur Insolvenzmasse ausreicht mit der Konsequenz, dass die erteilte Vollmacht zur Vertretung bei ihrem Handeln für die Gesellschaft kraft Gesetzes mit der Verfahrenseröffnung erloschen ist. Eine unterschiedliche Reichweite der aus § 80 Abs. 1 InsO abgeleiteten Notwendigkeit der Mitwirkung des Insolvenzverwalters einerseits und des Erlöschens der vom Schuldner erteilten Vollmacht andererseits komme nicht in Betracht. Stehe dem Insolvenzverwalter nach § 80 Abs. 1 InsO das Recht zu, mit Blick auf die Insolvenzbefangenheit des Gesellschaftsanteils anstelle der Insolvenzschuldnerin an der Auseinandersetzung mitzuwirken, und trete dabei an die Stelle der insolventen Gesellschafterin deren Insolvenzverwalter, der die Funktionen der Insolvenzschuldnerin als Geschäftsführungsorgan der GbR wahrnimmt, so erlöschen nach § 117 Abs. 1 InsO auch die von der Insolvenzschuldnerin als Anteilshaberin und daher Teil des Vertretungsorgans erteilten Vollmachten.

Die Vollmacht ist nach Ansicht des OLG München auch nicht durch eine nachträgliche Freigabe des Gesellschaftsanteils aus der Insolvenzmasse durch den Insolvenzverwalter wieder aufgelebt.

Die Bewilligung, zu deren Erklärung der Notar im maßgeblichen Zeitpunkt nicht (mehr) von beiden Gesellschafterinnen der GbR als deren Vertretungsorgane bevollmächtigt war, kann aus Sicht des OLG München aber durch Genehmigung nach § 185 BGB in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO Wirksamkeit erlangen. Einer Genehmigung des Kaufvertrages hingegen bedürfe es für den Vollzug der Auflassung nicht.

## Gerichtsstand bei Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit

### OLG München, Beschluss vom 18. Mai 2017 – 34 AR 80/17

Der Antragsteller macht als Insolvenzverwalter einer GmbH gegen beide Geschäftsführer Ersatzansprüche wegen pflichtwidriger Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der GmbH nach § 64 S. 1 GmbHG geltend. Es besteht Uneinigkeit darüber, welches das zuständige Gericht für die Klage ist. Der Insolvenzverwalter und der eine Geschäftsführer haben ihren allgemeinen Gerichtsstand im Landgerichtsbezirk München II, der zweite Geschäftsführer im Landgerichtsbezirk München I. Die GmbH hatte vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihren Sitz in München.

Das OLG München stellte fest, dass der auf Wiederauffüllung der Masse gerichtete Ersatzanspruch eigener Art am Sitz der Gesellschaft zu erfüllen ist. Für auf § 64 S. 1 GmbHG gestützte Zahlungsansprüche gegen den Geschäftsführer einer GmbH sei der Gerichtsstand des Erfüllungsortes ( § 29 Abs. 1 ZPO ) am Sitz der Gesellschaft begründet. Dem stehe nicht entgegen, dass die Bestimmung im Ergebnis den Insolvenzgläubigern zugutekomme. Denn Gläubiger des Anspruchs nach dem Gesetz seien nicht die Insolvenzgläubiger, sondern ausdrücklich die mit den Geschäftsführern durch den Anstellungsvertrag in vertraglichen Beziehungen stehende Gesellschaft. Diese werde durch eventuelle Rückzahlungen in den Stand versetzt, ihren Verbindlichkeiten so weit wie möglich nachzukommen. Die Vorschrift knüpfe daher – ebenso wie § 43 Abs. 2 GmbHG – an die organschaftliche Sonderrechtsbeziehung zwischen der Gesellschaft und den Geschäftsführern an. Deshalb bestehe für auf § 64 S. 1 GmbHG gestützte Ansprüche ebenso wie für auf § 43 Abs. 2 GmbHG gestützte Ansprüche ein gemeinsamer Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft. Damit stehe für sämtliche Streitgenossen ein einheitlicher Gerichtsstand zur Verfügung. Unter diesen Umständen scheide eine gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO aus. Eine Bestimmung nach dieser Vorschrift könne grundsätzlich nicht erfolgen, wenn ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand besteht oder bestanden

hat.

## Korrektur der Gesellschafterliste durch Geschäftsführer (II)

**OLG Rostock, Beschluss vom 25. Januar 2017 – 1 W 55/16**

In einem weiteren Verfahren zur Befugnis des Geschäftsführers zur Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste trotz Mitwirkung eines Notars an den Veränderungen hat das OLG Rostock sich mit den Grenzen dieser erstmals im „Listenkorrektur-Urteil“ (Urteil vom 17. Dezember 2013 – II ZR 21/12 ) festgestellten Befugnis befasst.

Die Beteiligte 1 in diesem Beschwerdeverfahren ist eine 2006 gegründete GmbH. Der Beteiligte 2 ist Geschäftsführer und war bei Gründung der GmbH auch Alleingesellschafter. Gemäß einer im September 2015 ins Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste verfügte die GmbH zu diesem Zeitpunkt über zwei Gesellschafter, den Geschäftsführer sowie eine weitere Gesellschafterin, jeweils mit einem Geschäftsanteil in Höhe von EUR 12.500. Im Dezember 2015 übertrug die weitere Gesellschafterin an den Geschäftsführer ihren Geschäftsanteil. Die Übertragung stand unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen und vorbehaltlosen Zahlung des Kaufpreises. Der Notar sollte unverzüglich nach Wirksamwerden der Anteilsübertragung eine neue Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einreichen und die Parteien des Anteilskaufvertrages verpflichteten sich, dem Notar schriftlich zu bestätigen, „dass die Anteilsübertragung in vollem Umfang wirksam ist und vollzogen werden kann“. Der Geschäftsführer erstellte im Mai 2016 eine geänderte Gesellschafterliste, die ihn als Alleingesellschafter auswies und die er über einen anderen Notar als Boten zum Handelsregister einreichte. Das Handelsregister lehnte die Freigabe der geänderten Gesellschafterliste im elektronischen Registerportal ab. Nach § 40 Abs. 2 GmbHG obliege es dem Notar, die geänderte Gesellschafterliste beim Registergericht einzureichen. Da das bisher nicht geschehen sei, seien materielle Mängel bei der Anteilsübertragung zu vermuten. Das Registergericht sehe sich deshalb auch unter haftungsrechtlichen Aspekten gehindert, die Gesellschafterliste ins elektronische Handelsregister aufzunehmen.

Das OLG Rostock hielt die hiergegen erhobene Beschwerde für unbegründet. Das Registergericht habe die Entgegennahme der (geänderten) Gesellschafterliste zur Aufnahme in das elektronisch geführte Handelsregister zu Recht abgelehnt, weil sie nicht von dem nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG zur Einreichung verpflichteten Notar, sondern dem Geschäftsführer der Gesellschaft – mittels eines Boten – vorgelegt worden sei, dem eine Befugnis in diesem Fall jedoch nicht zugestanden habe.

Das OLG Rostock stellte zunächst klar, dass das Registergericht bei einer Listeneinreichung prüfen dürfe, ob die Gesellschafterliste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht, und berechtigt sei, bei Beanstandungen die Entgegennahme zu verweigern. Dieses formale Prüfungsrecht gebe dem Registergericht die Befugnis, die Gesellschafterliste jedenfalls dann zurückzuweisen, wenn für das AG ohne Weiteres ein Sachverhalt feststeht, nach dem entweder eine vom Notar einzureichende Gesellschafterliste oder aber eine vom Geschäftsführer einzureichende Liste vorzulegen ist, und die dann tatsächlich vorgelegte Gesellschafterliste nicht diesem Unterschriftserfordernis entspricht. Im Hinblick auf die durch die Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner eintretende Legitimations- und Rechtsscheinwirkung (vgl. § 16 GmbHG ) dürfe das Registergericht nicht wissentlich an der Schaffung eines falschen Rechtsscheins mitwirken und damit möglicherweise die Grundlage für Schädigungen Dritter oder von Gesellschaftern schaffen.

Im Anschluss an das „Listenkorrektur-Urteil“ des BGH stellte das OLG Rostock im Folgenden klar, dass eine Berechtigung des Geschäftsführers zur Listeneinreichung auch in Fällen bestehen könne, in denen gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG der Notar zur Einreichung verpflichtet sei. Im vorliegenden Fall habe ein Notar am eingereichten Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsvertrag gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG mitgewirkt. Nach der gesetzlichen Regelung von § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG musste es mithin dem Notar obliegen, eine von ihm unterschriebene (neue) Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Das vermochte das Registergericht im Rahmen seiner formalen Prüfungskompetenz – ohne dass es weiterer inhaltlicher (materiell-rechtlicher) Untersuchung bedurfte – zu beurteilen und durfte deshalb die Einreichung durch den Geschäftsführer nicht genügen lassen. Ein Fall der Listenkorrektur im Sinne der vorerwähnten BGH-Rechtsprechung habe vorliegend nicht vorgelegen, da der Notar gar nicht tätig geworden sei.

Zwar könne im Anschluss an die BGH-Rechtsprechung nicht mehr an der ausschließlichen Notarzuständigkeit in Fällen des § 40 Abs. 2 GmbHG festgehalten werden, jedoch sei die Berechtigung eines Geschäftsführers zur Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste auf solche Fälle zu begrenzen, in denen es sich um eine Korrektur einer vom Notar eingereichten Liste handelt. Anlass für weitergehende Folgerungen aus der BGH-Rechtsprechung sehe das OLG Rostock auch vor dem Hintergrund

der Gesetzesbegründung im Regierungsentwurf zum MoMiG nicht. In der Gesetzesbegründung führe der Gesetzgeber aus, dass die Formulierung „anstelle“ in § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG klarstelle, dass die Erstellung und Einreichung der Liste allein im Verantwortungsbereich des Notars liegen. Habe ein Notar an einer Veränderung mitgewirkt, entfalle die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Erstellung und Einreichung einer Liste, die diese Veränderung umsetzt. Mit dieser Konkretisierung des Gesetzgebers lasse sich aber eine Berechtigung des Geschäftsführers, in den Fällen des § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG generell zur Listeneinreichung beim Registergericht befugt zu sein, nicht vereinbaren.

Vorliegend habe die Einreichung der neuen Gesellschafterliste durch den Notar im Übrigen auch der Parteivereinbarung entsprochen. Im Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsvertrag hätten diese vereinbart, dass der beurkundende Notar verpflichtet sei, eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, wenn die Anteilsübertragung wirksam geworden ist. Dazu hätten ihm die Beteiligten mitzuteilen, dass die Anteilsübertragung wirksam sei und vollzogen werden könne. Da diese Mitteilung durch die Parteien noch nicht erfolgt sei, habe der Notar auch noch nicht tätig werden können. Es habe insofern auch keine „Unklarheit“ über die Wirksamkeit beim Notar vorgelegen, die eine subsidiäre Befugnis des Geschäftsführers rechtfertigen könnte. Vielmehr verhalte sich der Notar den Weisungen im Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsvertrag entsprechend.

## Geschäftsführerhaftung des Gesellschafter-Geschäftsführers

**LG München II, Urteil vom 26. Januar 2017 – 3 O 3420/15**

Der Kläger macht gegenüber dem Beklagten Ansprüche aus Geschäftsführerhaftung geltend. Der Beklagte war alleiniger Geschäftsführer einer GmbH, an der er mit 1% für eigene Rechnung beteiligt war und zudem zu 99% aufgrund eines Treuhandverhältnisses für den Kläger. Nach außen trat der Beklagte als alleiniger Gesellschafter auf. Der Beklagte war zudem alleiniger Geschäftsführer einer Tochter-GmbH. Im Februar 2012 kündigte der Kläger das Treuhandverhältnis. Der Kläger behauptet, der Beklagte habe im Jahr 2011 eine Vielzahl von Zahlungen zulasten des Geschäftskontos der beiden Gesellschaften veranlasst, die ohne Vertragsgrundlage oder sonstige Rechtfertigungen erfolgt seien.

Das LG München II wies die Klage ab. Ein Schadensersatzanspruch des Klägers nach § 43 Abs. 2 GmbHG oder wegen der Verletzung der Pflichten aus dem Geschäftsführeranstellungsvertrag scheidet nach Auffassung des Gerichts aus. Eine solche Haftung komme nicht in Betracht, weil der Beklagte im streitgegenständlichen Zeitraum Alleingesellschafter der GmbH war. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass der Beklagte die Gesellschaftsanteile nur treuhänderisch gehalten hat, da Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten nur der Treuhänder sei.

An einer Pflichtverletzung im Sinne des § 43 Abs. 2 GmbHG fehlt es aus Sicht des LG München II grundsätzlich dann, wenn die Gesellschaftsversammlung den Geschäftsführer zu dem – im vorliegenden Prozess beanstandeten – Verhalten anweist. Soweit der Geschäftsführer dadurch nicht gegen gesetzliche Pflichten verstößt, müsse er die Weisung befolgen und hafte der Gesellschaft nicht aus § 43 Abs. 2 GmbHG. Diese Grundsätze würden erst recht gelten, wenn die Gesellschaft nur einen Gesellschafter hat und auch dann, wenn der Geschäftsführer bewusst für das Gesellschaftsvermögen nachteilige Entscheidungen treffe und Maßnahmen ergreife. Es bedürfe dazu keines förmlichen Gesellschafterbeschlusses. Entsprechendes gelte, wenn der alleinige Gesellschafter zugleich als Geschäftsführer der Gesellschaft handele und praktisch seine eigene Weisung ausführe. Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen sei ausschließlich dann denkbar, wenn der Geschäftsführer gegen zwingende Stammkapitalerhaltungsvorschriften verstößt oder wenn er Weisungen zu existenzvernichtenden Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen erteilt oder diesen zustimmt. Hierzu sei aber vom Kläger trotz entsprechenden Hinweises des Gerichts nicht vorgetragen worden. Auch die Tatsache, dass es sich bei der einen GmbH um eine hundertprozentige Beteiligungsgesellschaft der anderen GmbH handelt, ändere an der rechtlichen Beurteilung nichts. Denn der Beklagte war bei beiden GmbHs Alleingesellschafter, sodass sein Wille dem Willen beider Gesellschaften entsprach und somit eine Pflichtwidrigkeit ausscheide.

Aus den genannten Gründen verneinte das LG München II auch einen Anspruch des Klägers gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 StGB sowie gemäß § 826 BGB.

## Contact Person



**Prof. Dr. Christian C.-W. Pleister**

Co-Leiter Private Equity

Mitglied der Practice Group Gesellschaftsrecht/Mergers & Acquisitions  
Rechtsanwalt

T +49 30 20942309



**Dr. Gerald Reger**

Co-Leiter Aktien- & Kapitalmarktrecht

Mitglied der Practice Group Gesellschaftsrecht/Mergers & Acquisitions  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht

T +49 89 28628155



**Jens Gehlich**

Mitglied der Practice Group Gesellschaftsrecht/Mergers & Acquisitions  
Leiter Büro Dresden  
Rechtsanwalt, Steuerberater

T +49 351 8166091



**Dr. Jens Liese**

Mitglied der Practice Group Gesellschaftsrecht/Mergers & Acquisitions  
Mitglied der Practice Group Telekommunikation  
Rechtsanwalt

T +49 211 49986248



**Dr. Thorsten Reinhard**

Mitglied der Practice Group Gesellschaftsrecht/Mergers & Acquisitions  
Rechtsanwalt und Notar, Amtssitz Frankfurt a. M.

T +49 69 971477251

[www.noerr.com](http://www.noerr.com)   [twitter.com/NoerrLLP](https://twitter.com/NoerrLLP)   [xing.com/companies/NoerrLLP](https://xing.com/companies/NoerrLLP)