

## NEWSLETTER CORPORATE

Januar 2012

- › **„Wegzugsbesteuerung“** –  
Besteuerung stiller Reserven bei Verlegung  
des Verwaltungssitzes in das Ausland **S. 1**
  
- › **Zur Pflichtverletzung des Vorstands** einer  
AG bei unternehmerischen Entscheidungen **S. 3**
  
- › **Zur Strafbarkeit des Handelns eines GmbH-  
Geschäftsführers** auch bei Zustimmung der  
Gesellschafter **S. 5**
  
- › **Zahlung von Bezügen** an den Gesellschafter-  
Geschäftsführer einer GmbH in der Krise der  
Gesellschaft **S. 7**
  
- › **Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen** **S. 9**
  
- › **Zur Weisungsunabhängigkeit** des Vorstands  
einer AG **S. 11**

**„Wegzugsbesteuerung“ - Besteuerung stiller Reserven bei Verlegung des Verwaltungssitzes in das Ausland**

***Gerichtshof der Europäischen Union, Entscheidung vom 29. November 2011,  
Az.: C-371/10***

**Im Fall der Verlegung des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedsstaat der EU oder des EWR kann der Mitgliedsstaat des bisherigen Verwaltungssitzes vorschreiben, dass stille Reserven aufzudecken und der Besteuerung zu unterwerfen sind. Die aus der Aufdeckung stiller Reserven resultierende Steuer kann auf den Zeitpunkt der Verlegung des Verwaltungssitzes festgesetzt, darf jedoch nicht sofort eingezogen werden.**

Der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) lag ein Fall zugrunde, in dem eine nach niederländischem Recht gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Jahr 2000 ihren Verwaltungssitz aus den Niederlanden nach Großbritannien verlegt hatte. Seit 1996 war die Gesellschaft Inhaberin einer Forderung von mehr als 33.000.000 GBP gegen eine britische Gesellschaft. Aufgrund einer Kurssteigerung im Zeitraum des Erwerbs der Forderung bis zum Tag der Verlegung des Verwaltungssitzes von den Niederlanden nach Großbritannien erhöhte sich der Gegenwert der Forderung in niederländischer Währung um mehr als 22.000.000 NLG. Die Gesellschaft hatte diesen Gewinn nicht realisiert. Ab der Sitzverlegung erzielte die Gesellschaft keinen steuerpflichtigen Gewinn mehr in den Niederlanden. Nach der entsprechenden Regelung des niederländischen Steuerrechts hatte die Gesellschaft eine Schlussrechnung über die latenten Wertzuwächse zum Zeitpunkt der Verlegung des Verwaltungssitzes zu erstellen. Die niederländische Steuerbehörde war der Ansicht, der nicht realisierte Kursgewinn sei zu diesem Zeitpunkt zu versteuern. Hiergegen wandte sich die Gesellschaft, das zuständige niederländische Gericht legte die Angelegenheit dem EuGH zur Klärung der Frage vor, ob die Regelungen des niederländischen Steuerrechts gegen die europarechtliche Niederlassungsfreiheit verstoße.

Das deutsche Steuerrecht enthält in §§ 12 Abs. 1 KStG; 4 Abs. 1 EStG vergleichbare Regelungen.

Der EuGH entschied, dass die niederländischen Regelungen in der Tat teilweise gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen. Zunächst habe ein Mitgliedsstaat aus Gründen der Wahrung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedsstaaten das Recht, nicht realisierte Wertzuwächse zum Zeitpunkt des Wegzugs des Steuerpflichtigen zu besteuern. Anderenfalls bestehe die Gefahr, dass dieser Mitgliedsstaat die Steuerhoheit für die in seinem Hoheitsgebiet durchgeführten Tätigkeiten nicht mehr ausüben könne. Jedoch seien die entsprechenden Maßnahmen auf das zu beschränken, was zur Erreichung des verfolgten Zwecks notwendig sei. Im Rahmen der Prüfung dieser Verhältnismäßigkeit

unterscheidet der Gerichtshof dann zwischen der Festsetzung des Steuerbetrags und der Einziehung desselben.

Der EuGH entschied zunächst, dass der Wegzugsstaat den Steuerbetrag zum Zeitpunkt des Wegzugs endgültig festsetzen kann. In diesem Zusammenhang muss dieser Mitgliedsstaat später eintretende Wertminderungen nicht mehr berücksichtigen.

Im Gegensatz dazu ist nach Ansicht des Gerichts jedoch eine Regelung unverhältnismäßig, die die sofortige Einziehung der Steuer auf nicht realisierte Wertzuwächse zum Zeitpunkt der Verlegung des Sitzes vorschreibt, da dies nicht notwendig ist, um das Besteuerungsrecht des Wegzugsstaats zu wahren. Der im Lauf der Zeit sich erhöhenden Gefahr, dass die Steuer nicht mehr eingezogen werden kann, kann nach Ansicht des EuGH durch nationale Regelungen begegnet werden, die z.B. die Gestellung einer Bankbürgschaft vorschreiben.

**Fazit:**

Nach deutschem Recht können Gesellschaften ihren Verwaltungssitz in das Hoheitsgebiet eines anderen EU-/EWR-Staates verlegen. Gem. §§ 12 Abs. 1 KStG, 4 Abs. 1 EStG müssen sie hierbei ggf. ihre stillen Reserven aufdecken und der Besteuerung zuführen. Dasselbe gilt im Fall grenzüberschreitender Umstrukturierungen wie z.B. Verschmelzungen nach dem Umwandlungsgesetz.

Hierbei ist es nach dem Urteil des EuGH zwar zulässig, dass Deutschland von seinem Besteuerungsrecht insoweit Gebrauch macht, als die stillen Reserven aufgedeckt und zur Grundlage einer endgültigen Besteuerung gemacht werden, auch wenn der entsprechende Gewinn nicht realisiert wird. Nicht zulässig ist es danach jedoch, dass die Steuer sofort fällig ist. Der deutsche Gesetzgeber ist deswegen aufgefordert, Regelungen zu schaffen, die die Fälligkeit der Steuer hinausschieben. Gegen Steuerbescheide, die die festgesetzte Steuer auf stille Reserven im Fall der Verlegung des Verwaltungssitzes in das EU- oder EWR-Ausland oder in umwandlungsrechtlichen Fällen für sofort fällig erklären, kann unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH vorgegangen werden.

*Dr. Volker Schwarz, Rechtsanwalt*

## **Zur Pflichtverletzung des Vorstandes einer AG bei unternehmerischen Entscheidungen**

***Bundesgerichtshof, Urteil vom 20. September 2011, Az: II ZR 234/09***

### **Zur Anforderung an die Sorgfaltspflichten eines nicht sachkundigen Vorstands / erhöhte Sorgfaltspflichten eines sachkundigen Aufsichtsrats**

Zur Erinnerung: Die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft (AG) haben grundsätzlich einen weiten Entscheidungsspielraum, innerhalb dessen sie autonom und weisungsfrei handeln können. Sie sind jedoch gem. § 93 AktG der von ihnen geleiteten AG dann zum Schadenersatz verpflichtet, wenn sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung nicht walten lassen.

Im vorletzten Newsletter Gesellschaftsrecht, Ausgabe Juli 2011, wurde über ein Urteil des Bundesgerichtshof (BGH) vom 22. Februar 2011 berichtet, das sich mit der Pflichtverletzung eines Vorstandes einer AG bei unternehmerischen Entscheidungen befasste und in dem es unter anderem um die angemessene Ermittlung der Entscheidungsgrundlage durch den Vorstand ging.

Mit diesem Problem hatte sich nun der BGH im o.a. Urteil erneut zu befassen. Anknüpfungspunkt war eine rechtswidrige (Sach-)Kapitalerhöhung bei einer AG. Die Sacheinlage des an der Kapitalerhöhung teilnehmenden Aktionärs wurde de facto durch Einbringung von Aktien, die der Aktionär an der AG selbst besaß, geleistet. Eigene Aktien der AG sind jedoch nach herrschender Meinung kein tauglicher Einlagegegenstand, weil der AG hierdurch kein neues Kapital zugeführt wird (zu den gesetzlichen Regelungen siehe §§ 71 ff, 183, 27 AktG).

Nachdem die AG insolvent wurde, nahm der Insolvenzverwalter Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats auf Schadenersatz in Anspruch, da sie neue Aktien ausgegeben hatten, obwohl die Einlageverpflichtung nicht erfüllt worden war, §§ 116, 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG.

Die vom Insolvenzverwalter in Anspruch genommenen Vorstände versuchten sich unter anderem mit dem Argument zu entlasten, dass sie durch den ebenfalls beklagten Aufsichtsrat, der gleichzeitig zugelassener Rechtsanwalt war, bzw. dessen Kanzlei falsch beraten worden seien. Der BGH hat dies mit dem Argument zurückgewiesen, dass der Vorstand nicht mit der notwendigen Sorgfalt die Rechtslage habe überprüfen lassen und damit den Rechtsirrtum zu vertreten habe; die Kanzlei habe die Auskunft mündlich erteilt. Eine schlichte Anfrage bei einer vom Vorstand für fachkundig gehaltenen Person reiche bei derart komplexen Sachverhalten nicht aus. Vielmehr sei es erforderlich, dass der Vorstand

aus eigener Verantwortung heraus dem fachkundigen Berater detaillierte Vorgaben zur gutachterlichen Bewertung des anstehenden Sachverhaltes macht und darüber hinaus das Ergebnis der externen Begutachtung einer eigenen sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht.

Ebenso wenig durfte sich der Vorstand auf die Einschätzung des – ebenfalls beklagten – Aufsichtsratsmitglieds verlassen. Das Argument, der Aufsichtsrat habe den Vorstand ungenügend überwacht oder fehlerhaft beraten, ließ der BGH ebenfalls nicht gelten, da Aufsichtsratspflichten und Vorstandspflichten nebeneinander bestehen. Mit anderen Worten: Der Vorstand kann seine Verantwortung insofern nicht delegieren.

Weiter stellt der BGH an das beklagte Aufsichtsratsmitglied aufgrund dessen Fachkenntnis erhöhte Anforderungen. Er hätte bei der Bewertung der Rechtmäßigkeit der von ihm selbst vorgeschlagenen Sacheinlage sorgfältiger vorgehen müssen und dabei erkennen können, dass der von ihm vorgeschlagene Weg nicht gangbar sei. Aufsichtsratsmitglieder, die über besondere Fachkenntnisse verfügen, sind nach Ansicht des BGH gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, diese Sachkenntnis auch auszuschöpfen, zumal sie nicht zuletzt gerade wegen ihrer Sachkenntnis in den Aufsichtsrat gewählt worden seien.

#### **Fazit:**

Die beklagten Vorstände hatten bei ihrer unternehmerischen Entscheidung nach Ansicht des BGH keine angemessene Informationsgrundlage und verstießen somit gegen ihre Sorgfaltspflichten. Dem BGH reicht es nicht aus, dass im Rahmen der Entscheidungsfindung sachkundige Dritte in irgendeiner Form involviert sind. Der Vorstand ist auch in diesem Fall dazu verpflichtet, Auftragserteilung und Leistungskontrolle formal sauber und umfassend zu gestalten – und muss dies letztendlich auch dokumentieren zu können. Andernfalls besteht eine Verpflichtung zum Schadenersatz; im vorliegenden Fall waren dies, obwohl nur eine Teilklage erhoben wurde, immerhin EUR 10 Mio.

Eine ausführliche Urteilsrezension erfolgt in der Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ), Heft 2, 2012.

*Jan-F. Schubert, Rechtsanwalt*

## **Zur Strafbarkeit des Handelns eines GmbH-Geschäftsführers auch bei Zustimmung der Gesellschafter**

***Bundesgerichtshof, Beschluss vom 30. August 2011, Az.: 3 StR 228/11***

**Zahlungen, die der GmbH-Geschäftsführer aus dem Vermögen der GmbH vornimmt, ohne dass der GmbH eine adäquate Gegenleistung zufließt, können den Straftatbestand der Untreue erfüllen. Die Strafbarkeit kann nicht immer durch einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafterversammlung ausgeschlossen werden.**

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte ein (faktischer) GmbH-Geschäftsführer u. a. mehrmals verschiedene Beträge vom Geschäftskonto der Gesellschaft an seine Tochter, seine Ehefrau, die zunächst Mitgesellschafterin, später dann Alleingesellschafterin der Gesellschaft war, und an den Vermieter seiner Privatwohnung überwiesen. Diesen Überweisungen standen keine adäquaten Gegenleistungen zugunsten der Gesellschaft gegenüber.

Das erstinstanzliche Gericht hat den Geschäftsführer in diesem Zusammenhang wegen Untreue (§ 266 StGB) in mehreren Fällen verurteilt. Unter anderem hiergegen wandte sich der Geschäftsführer mit seiner Revision.

In Übereinstimmung mit seiner ständigen Rechtsprechung stellt der Bundesgerichtshof (BGH) zunächst fest, dass einem Geschäftsführer einer GmbH die Pflicht zur Betreuung des Vermögens der Gesellschaft obliegt. Um den Straftatbestand der Untreue zu erfüllen, muss ein Geschäftsführer jedoch objektiv pflichtwidrig handeln. Eine solche objektive Pflichtwidrigkeit ist in der Regel auch im Fall wirtschaftlich nachteiliger, nicht mit dem Gesellschaftszweck übereinstimmender Dispositionen dann ausgeschlossen, wenn der Inhaber des zu betreuenden Vermögens mit der betreffenden Handlung einverstanden ist. In einem solchen Fall ist der Straftatbestand des § 266 StGB regelmäßig nicht erfüllt. Bei juristischen Personen tritt an die Stelle des Vermögensinhabers dessen oberstes Willensbildungsorgan für die Regelung der inneren Angelegenheiten, bei einer GmbH ist dies die Gesamtheit ihrer Gesellschafter.

Das Einverständnis der Gesellschafter vermag jedoch nicht in jedem Fall die Strafbarkeit auszuschließen. Zwar können der GmbH mit Zustimmung ihrer Gesellschafter grundsätzlich Vermögenswerte entzogen werden, weil sie gegenüber ihren Gesellschaftern keinen Anspruch auf ihren ungeschmälernten Bestand hat. Ein Einverständnis der Gesellschafter ist allerdings unwirksam und die Vermögensverfügung des Geschäftsführers deshalb missbräuchlich, wenn unter Verstoß gegen Gesellschaftsrecht die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet wird, etwa wenn entgegen dem gesetzlichen Verbot des § 30 GmbHG das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen an die Gesellschafter

zurückgezahlt wird oder wenn entgegen § 64 GmbHG eine Überschuldung der GmbH herbeigeführt oder vertieft oder deren Liquidität gefährdet wird.

Zu der Frage des Einverständnisses hatte das Landgericht keine Feststellungen getroffen, weswegen das Urteil u.a. insoweit aufgehoben und zurückverwiesen wurde.

### **Fazit:**

Das Gesetz verpflichtet den Geschäftsführer einer GmbH, das Stammkapital der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter zurück zu zahlen (§ 30 GmbHG), Zahlungen, die eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft herbeiführen oder vertiefen, zu unterlassen (§ 64 GmbHG) sowie grundsätzlich in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden (§ 43 GmbHG). Verstöße gegen diese Obliegenheiten verpflichten den Geschäftsführer nicht nur zum Schadensersatz, sondern können daneben eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers begründen. Die Strafbarkeit ist auch bei Zustimmung der Gesellschafter zu der vorgenommenen Zahlung oder auch bei einer entsprechenden Weisung an den Geschäftsführer nicht ausgeschlossen. Der Geschäftsführer ist in jedem Fall, auch außerhalb einer Krise der Gesellschaft, verpflichtet zu überprüfen, ob die beabsichtigte bzw. geforderte Auszahlung die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet bzw. ob die Zahlung gegen die in §§ 30, 64 GmbHG geregelten Grundsätze verstößt. Er hat alle Handlungen zu vermeiden, die eine Krise zur Folge haben. Diese Vorschriften sollte der Geschäftsführer bereits in seinem eigenen Interesse beachten und auf ihre Einhaltung ggf. auch gegenüber den Gesellschaftern dringen. Im Zweifel hat er nach ständiger Rechtsprechung sachverständigen Rat einzuholen.

*Dr. Volker Schwarz, Rechtsanwalt*



## Zahlung von Bezügen an den Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH in der Krise der Gesellschaft

*Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 7. Dezember 2011, Az.: I-16 U 19/10*

**Die Vergütung eines Gesellschafter-Geschäftsführers stellt keine verbotene Rückzahlung des Stammkapitals dar, wenn sie angemessen und üblich ist, was der Fall ist, wenn einem Dritten ähnliche Bezüge bezahlt worden wären. Bei der Bestimmung der Angemessenheit steht den Gesellschaftern ein Ermessensspielraum zu. In eng zu fassenden Ausnahmefällen kann ein Gesellschafter-Geschäftsführer gehalten sein, von sich aus auf eine Herabsetzung seiner Bezüge hinzuwirken.**

In dem vom Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf entschiedenen Fall stand der alleinigen Geschäftsführerin einer GmbH, die zugleich auch Gesellschafterin war, ein Grundgehalt sowie eine Gewinnbeteiligung zu. Die Geschäftsführerin veranlasste aufgrund der entsprechenden Regelung im Geschäftsführeranstellungsvertrag in den Jahren 2003 bis 2005 sowie 2007 die Zahlung von Tantiemen in Höhe von über 100.000 € an sich, wobei in den Jahren 2003 und 2004 nach den Jahresabschlüssen der Gesellschaft jeweils eine Unterbilanz bestand. Die Gesellschaft verlangte die Rückzahlung der gezahlten Tantiemen.

Das Gericht urteilte, dass die Gesellschaft unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Anspruch auf die Rückzahlung der ausgezahlten Tantiemen hat.

Gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Entgegen diesem Verbot geleistete Zahlungen müssen gem. § 31 Abs. 1 GmbHG an die Gesellschaft zurück erstattet werden. Zwar wurden im vorliegenden Fall in den Jahren 2003 und 2004 Zahlungen geleistet, obwohl jeweils eine Unterbilanz bestand, jedoch erfolgten die Zahlungen nicht aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses sondern beruhten auf dem Geschäftsführeranstellungsvertrag, mit anderen Worten erfolgte vorliegend keine Leistung an den Gesellschafter sondern an den Geschäftsführer. Eine Zahlung an den Geschäftsführer jedoch ist zulässig, wenn sie angemessen und auch bei einem Fremdgeschäftsführer üblich wäre, da in diesem Fall der Gesellschaft eine gleichwertige Gegenleistung in Form der Dienste des Geschäftsführers zukomme. Bei der Bestimmung der dem Geschäftsführer zustehenden Vergütung steht den Gesellschaftern ein nicht gerichtlich überprüfbarer Ermessensspielraum zu. Die Zahlungen an die Beklagte erfolgten damit nicht wegen ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin, sondern an sie als Geschäftsführerin. Es lagen damit keine Zahlungen vor, die gem. § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verboten gewesen wären. Der Umstand, dass in dem betreffenden Zeitraum eine Unterbilanz bestand, ändert hieran nichts.

Das Gericht führte weiter aus, dass ein Geschäftsführer einer GmbH aufgrund seiner Treuepflicht verpflichtet sein kann, einer Herabsetzung seiner Bezüge zuzustimmen, wenn der Gesellschaft durch die Zahlung der Vergütung Mittel entzogen werden, die sie zum Überleben braucht. Dies jedoch kann nur in eng zu fassenden Ausnahmefällen gerechtfertigt sein, wenn sich eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft zur wirtschaftlichen Krise ausweitert. Allerdings ist dies aufgrund der üblichen wirtschaftlichen Schwankungen nicht bereits bei einzelnen negativen Jahresabschlüssen der Fall, zumal sich im vorliegenden Fall die Gesellschaft in der Folgezeit wieder wirtschaftlich erholt hat. Ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer ggf. von sich aus auf die Reduzierung seiner Bezüge hinwirken muss, hat das Gericht ausdrücklich offen gelassen, da diese Frage im vorliegenden Fall nicht relevant war.

**Fazit:**

Zahlungen an Gesellschafter, die eine Unterbilanz verursachen oder vertiefen, sind gem. § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG unzulässig und müssen gem. § 31 Abs. 1 GmbHG zurück erstattet werden. Soweit die Bezüge eines Gesellschafter-Geschäftsführers üblich und angemessen sind, insbesondere einem Drittvergleich standhalten, stellt die Bezahlung der Bezüge jedoch grundsätzlich keine verbotene Rückzahlung auf das Stammkapital gem. § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG dar.

Befindet sich eine GmbH in einer wirtschaftlichen Krise, kann ein Geschäftsführer im Extremfall verpflichtet sein, einer Herabsetzung seiner Bezüge zuzustimmen. Ggf. kann er nach den Ausführungen des OLG Düsseldorf sogar verpflichtet sein, selbst auf eine solche Herabsetzung hinzuwirken. Wann dies der Fall ist, hat das Gericht nicht entschieden.

Geschäftsführer sind im Fall einer Krise der Gesellschaft auf jeden Fall gut beraten, nicht auf ein entsprechendes Verlangen der (Mit-)Gesellschafter zu warten sondern ggf. den Umfang ihrer Bezüge im Verhältnis zur Finanzlage der Gesellschaft zu beachten und ggf. von sich aus zu prüfen, ob sie auf eine Verringerung ihrer Bezüge hinwirken sollten, evtl. in Form eines Verzichts mit Besserungsabrede.

*Dr. Volker Schwarz, Rechtsanwalt*

## Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen

***Oberlandesgericht München, Beschluss vom 15. November 2011, Az: 7 U 2413/11***

### **Zum Verhältnis von Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen und Stammkapitalziffer bei der GmbH**

GmbH-Geschäftsanteile können der Einziehung unterliegen, § 34 GmbH-Gesetz. Die Einziehung hat die Vernichtung des betroffenen Geschäftsanteils zur Folge. Sie stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsposition des betroffenen Gesellschafters dar und bedarf zu ihrer Rechtmäßigkeit einer Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag der GmbH, insbesondere dann, wenn die Einziehung, was die Regel ist, gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters erfolgt.

Die Einziehung erfolgt durch einfachen Beschluss der Gesellschafterversammlung der GmbH. Sie bleibt ohne Wirkung auf das statutarische Stammkapital der GmbH. Nach der Rechtslage bis Ende Oktober 2008 war es möglich, dass die Summe der Nominalbeträge der Geschäftsanteile als Folge der Einziehung mit dem Betrag des Stammkapitals nicht mehr übereinstimmte. Die Gesellschafter konnten (mussten jedoch nicht) Maßnahmen zur Deckungsgleichheit ergreifen, wie beispielsweise die Aufstockung bestehender Geschäftsanteile. § 5 Abs. 3 Satz 3 GmbH-Gesetz a.F. verlangte lediglich, dass der Gesamtbetrag der Stammeinlagen mit dem Stammkapital übereinstimmen musste.

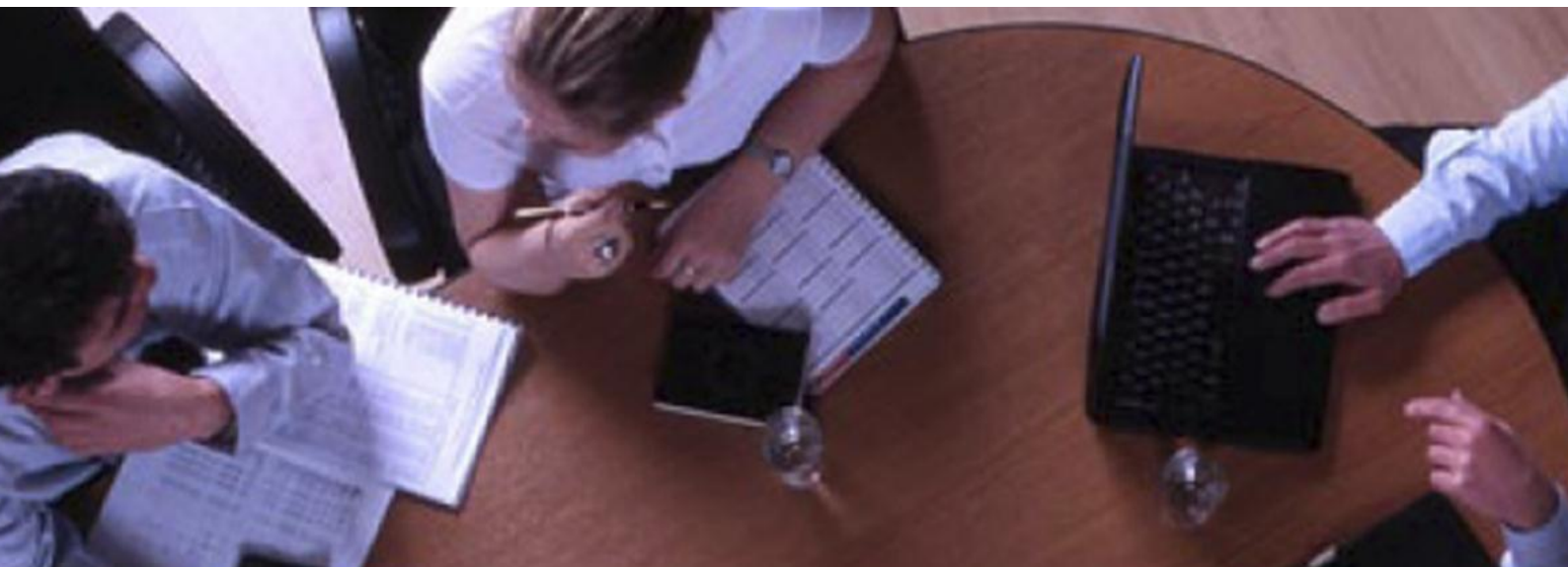
Dies hat sich durch die letzte grundlegende GmbH-Reform (sog. MoMiG vom 23. Oktober 2008 [Bundesgesetzblatt I Seite 2026]) geändert. Seit dem 1. November 2008 bestimmt § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbH-Gesetz, dass die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen muss. Ein Auseinanderklaffen der Nennwerte der Geschäftsanteile und der Stammkapitalziffer ist seither nicht mehr zulässig. Im Rahmen eines Einziehungsbeschlusses müssen deswegen zugleich Maßnahmen ergriffen werden, dem gesetzlichen Gebot nach Deckungsgleichheit der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile und des Stammkapitals zu genügen. Dies kann durch Aufstockung der Nennbeträge der nach der Einziehung verbliebenen Geschäftsanteile, durch Bildung eines neuen Geschäftsanteils oder durch eine Kapitalherabsetzung geschehen.

Dieses gesetzliche Gebot hatten die Gesellschafter im dem Beschluss des Oberlandesgericht (OLG) München zugrundeliegenden Fall nicht beachtet. Der Einziehungsbeschluss war daher nach Ansicht des OLG München nichtig. Angesichts der klaren Formulierung des § 5 Abs. 3 GmbH-Gesetz n.F. wird sich eine abweichende Meinung auch kaum vertreten lassen.

**Fazit:**

Einziehungsbeschlüsse gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters beinhalten ein hohes Streitpotential. In der Regel wird sich der betroffene Gesellschafter nicht auf die Kompensation durch ein Einziehungsentgelt verweisen lassen und daher nach Wegen suchen, den Einziehungsbeschluss anzugreifen. Die gerichtlichen Entscheidungen in diesem Bereich ranken sich meist um die Frage, ob die für eine Einziehung notwendigen gesellschaftsvertraglichen Bedingungen erfüllt sind (hier wiederum der Klassiker: das Vorliegen eines wichtigen Grundes). Fehlt es jedoch bereits an den wirksamen formalen Voraussetzungen des Gesellschafterbeschlusses, so verbucht der betroffene Gesellschafter auf unkompliziertem Wege einen Prozesserverfolg und der gesamte Vorgang muss wiederholt werden.

*Jan-F. Schubert, Rechtsanwalt*



## Zur Weisungsunabhängigkeit des Vorstandes einer AG

***Oberlandesgericht Frankfurt/Main, Urteil vom 17. August 2011, Az.: 13 U 100/10***

### **Der unternehmerische Ermessensspielraum des AG-Vorstandes erlaubt ein Handeln gegen die Interessen eines (Haupt-)Aktionärs der AG.**

Die klagende Aktiengesellschaft machte gegen ihren früheren (Mit-)Vorstand und Mitaktionär einen Schadensersatzanspruch geltend, weil er in Kenntnis seiner unmittelbar bevorstehenden Abberufung als Vorstand einen Beratervertrag mit einem externen Dienstleister mit einer Laufzeit von nahezu eineinhalb Jahren abgeschlossen hatte. Das erstinstanzliche Landgericht hatte den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt und hierzu ausgeführt, er habe pflichtwidrig gehandelt, weil er den Beratervertrag ohne vorherige „informelle Rücksprache mit dem Aufsichtsrat zu nehmen“ abgeschlossen habe. Hierzu sei er jedoch aufgrund der besonderen Situation im Unternehmen verpflichtet gewesen. Ihm habe klar sein müssen, dass aufgrund der veränderten Struktur der Gesellschaft eine Verlängerung der Zusammenarbeit mit dem externen Dienstleister nicht die Zustimmung des neuen Mehrheitsaktionärs finden würde.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Das Gericht stellte klar, dass dem Beklagten kein pflichtwidriges Verhalten vorzuwerfen ist. Gemäß § 76 f. Aktiengesetz (AktG) nimmt der Vorstand einer AG deren Leitungs- und Geschäftsführungsaufgaben eigenverantwortlich wahr, er ist – im Gegensatz zum Geschäftsführer einer GmbH – im Regelfall gerade nicht von den Weisungen der Gesellschafter abhängig, soweit nicht Beschränkungen gemäß § 82 Abs. 2 AktG eingreifen. Als Vorstand hatte der Beklagte die (vermeintlichen) Interessen der klagenden Gesellschaft zu wahren und nicht diejenigen deren Mehrheitsaktionärin, an deren Weisungen er auch nicht gebunden ist. Der Beklagte durfte im Rahmen der von ihm getroffenen unternehmerischen Entscheidung, hinsichtlich derer ihm ein weiter Beurteilungsspielraum zuzubilligen ist (sogenannte Business Judgement Rule), aus der gebotenen ex ante Sicht davon ausgehen; dass er die wohl verstandenen Interessen der Gesellschaft wahrt. Nach Ansicht des Gerichts war die Entscheidung des Vorstands im vorliegenden Fall objektiv nachvollziehbar und erscheint auch gerechtfertigt.

Der Beklagte war auch nicht verpflichtet, Rücksprache mit dem Aufsichtsrat zu halten. Eine explizite Zustimmung desselben war nach dem im Anstellungsvertrag enthaltenen Katalog entsprechender Geschäfte nicht notwendig. Ein anderer Grund, warum der Aufsichtsrat hätte involviert werden müssen, war nicht ersichtlich. Dem Aufsichtsrat obliegt die Überwachung der Geschäftsführung, nicht jedoch handelt es sich bei diesem um ein Geschäftsführungsorgan, weswegen ihm auch keine entsprechenden Aufgaben übertragen werden dürfen.

Die Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft haben die Pflicht, im Rahmen von Gesetz und Ordnung den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden. Maßgeblich hierfür ist, wie ein pflichtbewusster, selbständig tätiger Leiter eines Unternehmens der konkreten Art, der nicht mit eigenen Mitteln wirtschaftet sondern ähnlich wie ein Treuhänder fremden Vermögensinteressen verpflichtet ist, zu handeln hat. Bezugspunkt ist hierbei die Gesellschaft und nicht der Aktionär, auch wenn es der Haupt- oder sogar Alleinaktionär ist. Hierbei ist es das Recht des Vorstands, Entscheidungen nach eigenem Ermessen zu treffen. Der dem Vorstand hierbei zukommende Ermessensspielraum schließt auch die Gefahr von Fehleinschätzungen und Fehlbeurteilungen ein („Business Judgement Rule“).

**Fazit:**

Das Gericht bestätigt unter Verweis auf die zwischenzeitlich gefestigte Rechtsprechung zur sog. „Business Judgement Rule“, dass dem Vorstand einer Aktiengesellschaft bei geschäftlichen Entscheidungen ein Ermessensspielraum zusteht, von dem er, auch auf die Gefahr von Fehleinschätzungen hin, Gebrauch machen darf. Er muss vor einer Entscheidung jedoch die vorhandenen Informationsquellen ausschöpfen. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG stellt klar, dass keine Verletzung der einem Vorstand obliegenden Pflichten vorliegt, „wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ Zu seiner eigenen Absicherung sollte das Vorstandsmitglied die Grundlagen von Entscheidungen möglichst vollständig dokumentieren.

Entgegen einiger weniger Stimmen in der juristischen Literatur, die in Anlehnung an eine dem angelsächsischen Rechtskreis entstammende Rechtsfigur bei geschäftlichen Entscheidungen grundsätzlich einen Vorrang der Interessen der Aktionäre fordern, findet sich für diese Forderung im deutschen Recht kein Anknüpfungspunkt. Im Rahmen der Business Judgement Rule darf der Vorstand bei seinen Entscheidungen zwar den Gedanken des sog. Shareholder Value berücksichtigen, er muss ihm jedoch keinen Vorrang einräumen.

*Dr. Volker Schwarz, Rechtsanwalt*

## Über diesen Newsletter

Die Autoren dieser Ausgabe sind im Fachbereich Corporate unserer Kanzlei tätig.

Mit unserem Newsletter möchten wir unsere Mandanten und interessierte Dritte über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur informieren. Sollten Sie an diesen Informationen nicht interessiert sein, bitten wir Sie, uns dies per E-Mail mitzuteilen.

Sofern Sie zu bestimmten Themen oder zum Newsletter insgesamt Fragen oder Anregungen haben, können Sie sich jederzeit gerne an die Ihnen bekannten Ansprechpartner wenden. Gerne greifen wir auch Ihre Ideen für künftige Beiträge oder weitere Empfänger des Newsletters auf. Bitte wenden Sie sich an:

[volker.schwarz@heussen-law.de](mailto:volker.schwarz@heussen-law.de) oder [jan.schubert@heussen-law.de](mailto:jan.schubert@heussen-law.de).

## Ihre Ansprechpartner:

### Büro Stuttgart:



**Dr. Volker Schwarz**  
Rechtsanwalt

**Fachbereich:** Corporate

**Schwerpunkte:** Gesellschafts-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Umwandlungsrecht  
Unternehmensstrukturierungen

[volker.schwarz@heussen-law.de](mailto:volker.schwarz@heussen-law.de)



**Jan-F. Schubert**  
Rechtsanwalt

**Fachbereiche:** Corporate, Dispute Resolution

**Schwerpunkte:** Unternehmensstrukturierungen, Umwandlungsrecht, Vertragsrecht, M & A

[jan.schubert@heussen-law.de](mailto:jan.schubert@heussen-law.de)

### Büro München:



**Dr. Christof Schmidt**  
Rechtsanwalt

**Fachbereich:** Corporate

**Schwerpunkt:** Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Konzeption und Beratung von Fonds

[christof.schmidt@heussen-law.de](mailto:christof.schmidt@heussen-law.de)



**Dr. Georg Anders**  
Rechtsanwalt

**Fachbereich:** Corporate

**Schwerpunkt:** Gesellschafts- und Handelsrecht, Erneuerbare Energien

[georg.anders@heussen-law.de](mailto:georg.anders@heussen-law.de)

**Büro Frankfurt:**



**Georg-René Lubinski**  
Rechtsanwalt

**Fachbereich:** Corporate  
**Schwerpunkt:** Gesellschaftsrecht, M & A, Erneuerbare Energien

[Georg-rene.lubinski@heussen-law.de](mailto:Georg-rene.lubinski@heussen-law.de)



**Norbert Pahl**  
Rechtsanwalt

**Fachbereich:** Corporate  
**Schwerpunkt:** Bank- und Kapitalmarktrecht

[norbert.pahl@heussen-law.de](mailto:norbert.pahl@heussen-law.de)

**Büro Berlin:**



**Dr. Lutz Steffen**  
Rechtsanwalt

**Fachbereich:** Corporate  
**Schwerpunkt:** Gesellschafts-, Konzern- und Umwandlungsrecht

[lutz.steffen@heussen-law.de](mailto:lutz.steffen@heussen-law.de)

[www.heussen-law.de](http://www.heussen-law.de)

**Herausgeber**

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524  
Geschäftsführung: RA Christoph Hamm

Verantwortlich i.S.d. MDStV und des Presserechts:  
RA Dr. Volker Schwarz

**Haftungsausschluss**

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen im Überblick dar und ersetzt nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall. Wir bitten um Ihr Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Angaben trotz sorgfältiger Recherche keine Haftung übernehmen.