

Rechtsprechung Entscheidung des OLG München zum Cash Pooling

Das OLG München hat mit (nicht rechtskräftigem) Urteil vom 24. November 2005 (23 U 3480/05, GmbHR 2006, S. 144 ff.) die vom BGH mit Urteil vom 24. November 2003 aufgestellten Kapitalerhaltungsgrundsätze ausdrücklich auch auf Cash Pool-Systeme angewandt und den Geschäftsführer einer an einem Cash Pool teilnehmenden GmbH zur Zahlung von Schadenersatz verurteilt.

Der BGH hatte in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass Kreditgewährungen an Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zu Lasten des gebundenen Vermögens der GmbH erfolgen, auch dann grundsätzlich als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen i.S.v. § 30 GmbHG zu bewerten sind, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter im Einzelfall vollwertig sein sollte (II ZR 171/01, BGHZ 157, S. 72 ff.). Die Einzelheiten im Zusammenhang mit dieser geänderten Rechtsprechung sind auch mehr als 2 Jahre danach noch unklar und streitig. In dem vom OLG München entschiedenen Fall ging es um Zahlungen an Schwestergesellschaften der GmbH. Das OLG München folgt damit, ohne diese Frage zu diskutieren, der derzeit herrschenden Meinung in der Literatur, wonach die BGH-Rechtsprechung nicht nur für Kreditgewährungen an die direkten Gesellschafter anwendbar ist, sondern im Konzern für sämtliche konzerninternen Kredite, die nicht an Tochtergesellschaften oder darunter hängende Gesellschaften vergeben werden (also für alle sog. upstream loans). Im ungünstigsten Fall muss zusätzlich damit gerechnet werden, dass die Rechtsprechung auch auf die Gewährung von Sicherheiten zu Gunsten der Muttergesellschaft oder anderer verbundener Unternehmen, mit Ausnahme von Tochtergesellschaften (sog. upstream Besicherung) Anwendung findet und zwar in der Weise, dass bereits die Bestellung jedweder Sicherheiten als Auszahlung i.S.v. § 30 Abs. 1 GmbHG einzustufen ist.

Die Rechtsprechung führt dazu, dass die von einer GmbH ausgereichten upstream loans und upstream Besicherungen zusammen das frei verfügbare Vermögen der GmbH nicht überschreiten dürfen. Das frei verfügbare Vermögen ergibt sich, vereinfacht gesagt, aus dem bilanziellen Eigenkapital der GmbH abzüglich Stamm- bzw. Grundkapital. Wenn ein Verstoß gegen § 30 GmbHG vorliegt, ist der Geschäftsführer der darlehensgewährenden oder

sicherheitgebenden (Tochter-) GmbH verpflichtet, das Darlehen sofort zur Rückzahlung fällig zu stellen und mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln die Rückzahlung zu betreiben bzw. die Rückgabe der Sicherheit zu verlangen. Anderenfalls könnte er von der GmbH (im Insolvenzfall vertreten durch den Insolvenzverwalter) in die **persönliche Haftung** genommen werden, wenn und soweit der Gesellschaft ein Schaden entsteht (§§ 43 Abs. 2, 31 Abs. 6 GmbHG). Das ist regelmäßig der Fall, wenn das Darlehen ausfällt. Mit dieser Begründung hat das OLG München die Verurteilung des Geschäftsführers zur Zahlung von € 1,2 Mio. durch das Landgericht bestätigt. Eventuell entgegenstehende Weisungen der Gesellschafterversammlung sind in einem solchen Fall übrigens unbeachtlich, wären also nicht zu befolgen bzw. würden zu keiner Entlassung aus der Haftung führen, weil der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nicht durch eine Gesellschafterweisung „geheilt“ werden kann.

Es ist in der Literatur umstritten, ob Cash Pool-Systeme, deren wirtschaftlicher Vorteil offenkundig ist, im Hinblick auf § 30 GmbHG zu privilegieren sind. Das OLG München hat sich nun ausdrücklich gegen eine Privilegierung ausgesprochen. Cash Pool-Systeme mit so genanntem **zero balancing**, bei denen die teilnehmenden Konten täglich zu Lasten bzw. zu Gunsten des Zielkontos glattgestellt werden, sind deshalb mit erheblichen **Haftungsrisiken** verbunden.

Die Banken sehen in ihren Cash Pool-Standardvereinbarungen üblicherweise eine gesamtschuldnerische Haftung sämtlicher Cash Pool-Teilnehmer für alle Forderungen der Banken aus dem Cash Pool vor. Manchmal werden zusätzlich die den Banken von den einzelnen Teilnehmern gewährten Sicherheiten auf die Forderungen aus dem Cash Pool erstreckt.

Wenn nun im Rahmen der täglichen Durchführung des Cash Pools die von einer GmbH ausgereichten upstream loans zusammen mit den upstream-Besicherungen ihr frei verfügbares Vermögen übersteigen, besteht folglich das **Risiko eines Verstoßes gegen § 30 GmbHG**.

Wie hilft sich die Praxis? Abhilfe durch Abschluss eines Beherrschungsvertrages?

Nach der derzeit wohl herrschenden Meinung in der Literatur findet das kapitalschutzrechtliche Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG in entsprechender Anwendung von § 291 Abs. 3 AktG keine Anwendung, wenn die GmbH Untergesellschaft eines Beherrschungsvertrages ist. Beruht die Teilnahme an dem Cash Pool danach auf einer entsprechenden Weisung der Obergesellschaft, stellt sich bei der Untergesellschaft das oben dargestellte Risiko nicht.

Wir müssen jedoch darauf hinweisen, dass der BGH die Frage der entsprechenden Anwendung des § 291 Abs. 3 AktG im GmbH-Konzern noch nicht entschieden hat und daher nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein solcher Fall von der Rechtsprechung anders entschieden würde.

Auch das OLG München hat diese Frage offen gelassen. Deshalb empfiehlt es sich grundsätzlich, die von der Rechtsprechung aufgestellten **Grundsätze auch bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages zu beachten.**

Bestellung werthaltiger Sicherheiten?

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 24. November 2003 ausdrücklich offen gelassen, ob die Gewährung eines Darlehens aus gebundenem Vermögen ausnahmsweise zulässig sein kann, wenn

1. die Darlehensvergabe im Interesse der Gesellschaft liegt,
2. die Darlehensbedingungen dem Drittvergleich standhalten und
3. die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters selbst bei Anlegung strengster Maßstäbe außerhalb jedes vernünftigen Zweifels steht oder die Rückzahlung des Darlehens durch werthaltige Sicherheiten voll gewährleistet ist.

Bei Cash Pool-Vereinbarungen kann vor allem die Umsetzung der dritten Voraussetzung problematisch sein. Da eine über jeden Zweifel erhabene Kreditwürdigkeit in der Praxis wohl nur selten vorkommt, bleibt im Wesentlichen die Bestellung werthaltiger Sicherheiten, wobei man in der Literatur mittlerweile fast einig darin ist, dass darunter nur dingliche Sicherheiten, wie z.B. Grundschulden, oder Personalsicherheiten, die von externen Dritten gegeben werden, also insbesondere Bankbürgschaften, fallen. Die Bestellung solcher Sicherheiten wird den wirtschaftlichen **Vorteil eines Cash Pools erheblich schmälern** und in der Praxis deshalb regelmäßig nicht in Betracht kommen.

Außerordentliches Kündigungs- oder Aussetzungsrecht zugunsten der Teilnehmer

Eine andere Möglichkeit, den Anforderungen der Rechtsprechung zur Kapitalerhaltung gerecht zu werden, besteht darin, den beteiligten Gesellschaften die Möglichkeit zu geben, im Falle eines sich abzeichnenden Verstoßes gegen § 30 GmbHG entsprechend zu reagieren. Sie müssen in einem solchen Fall die Möglichkeit haben, die Cash Pool-Vereinbarung aus wichtigem Grund außerordentlich zu kündigen oder die Teilnahme auszusetzen, also die

Zahlung weiterer Beträge in den Cash Pool zu verweigern, so lange, bis sich das Problem nicht mehr stellt.

Wir haben die Erfahrung gemacht, dass die Mustervereinbarungen der Banken zum größten Teil nicht auf die geänderte Rechtsprechung angepasst wurden. Bestehende Cash Pool-Vereinbarungen sollten vor dem genannten Hintergrund überprüft werden. Wenn ein drohender Verstoß gegen § 30 GmbHG nicht als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vorgesehen ist, sollte zumindest eine **Erklärung der Banken eingeholt** werden, dass sie dies als wichtigen Grund i.S.v. § 314 BGB akzeptieren.

Entschärfung der Haftungs- und Sicherungsklauseln

Zudem sollte darauf hingewirkt werden, dass die Haftungs- und Sicherungsklauseln abgeschwächt werden. Unproblematisch ist eine Sicherheitsbestellung nur, soweit die betreffende Gesellschaft selbst Darlehen über den Cash Pool in Anspruch nimmt. Der Grund dafür liegt darin, dass die Gesellschaft insoweit wirtschaftlich den ihr selbst gewährten Kredit absichert und deshalb ein Konflikt mit Kapitalerhaltungsvorschriften ausgeschlossen ist. Da die Banken einen völligen Verzicht auf die gesamtschuldnerische Haftung und die ggf. bestellten Sicherheiten üblicherweise nicht akzeptieren, sollte zumindest eine so genannte „**Limitation Clause**“ eingefügt werden, wonach eine Inanspruchnahme der Haftung oder Sicherheit für einen Betrag, der den an die jeweilige Gesellschaft ausgereichten Darlehensbetrag übersteigt, ausgeschlossen ist, soweit die Durchsetzung der Haftung oder Sicherheit einen Verstoß gegen § 30 GmbHG darstellen würde.

Die neue **Rechtsprechung** soll wegen der massenhaft erfahrenen Kritik anlässlich der derzeit anhängigen, einschlägigen Verfahren angeblich **auf dem Prüfstand** stehen. Öffentliche Äußerungen aus dem Kreise der für die Entscheidung zuständigen BGH-Richter lassen nach unserem Eindruck tatsächlich eine Trendwende erwarten. Abgesehen davon ist aus dem Bundesjustizministerium zu hören, dass im Rahmen der anstehenden **Reform des GmbH-Gesetzes** auch darüber nachgedacht wird, die Zulässigkeit des Cash Pooling ausdrücklich im Gesetz zu verankern.

Dirk Krome

Rechtsprechung Verdeckte Einlage bei Gründung oder Kapitalerhöhung

Zur Frage der wirksamen Erfüllung der Verpflichtung des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft in Bezug auf Leistungen zum Grund- oder Stammkapital gibt es nun ein neueres Urteil des OLG München vom 6. Oktober 2005 (Az. 23 U 2381/05, Der Betrieb 2005, Seite 2462). Das OLG München hat entschieden, dass eine verdeckte Einlage auch in dem Falle vorliegen kann, in dem der eine Einlage auf das Stamm- oder Grundkapital schuldende Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft im zeitlichen Zusammenhang mit der Einlageschuld nicht selbst Sachmittel an die Kapitalgesellschaft veräußert, sondern ein mit dem Gesellschafter verbundenes Unternehmen.

Grundsätzlich gilt Folgendes: Die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft haben ihre Einlagen auf die von ihnen übernommenen Gesellschaftsanteile entweder in bar oder durch die Gewährung von Sachmitteln zu erbringen, sog. Sacheinlagen. Im Gegensatz zu Bareinlagen sind Sacheinlagen vor der Anmeldung der Errichtung der Kapitalgesellschaft bzw. der Kapitalerhöhung in vollem Umfang zu leisten. Erforderlich ist des Weiteren ein Sachgründungs- bzw. Sachkapitalerhöhungsbericht der Geschäftsleitung und ein Gutachten, welches die Kongruenz des Verkehrswertes der Sacheinlage und die Höhe der vom Gesellschafter übernommenen Einlage bestätigt. Letzteres wird in der Regel durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erstellt.

Die Erbringung einer Sacheinlage ist also komplizierter und kostspieliger als die Erbringung einer Bareinlage. In der Praxis werden die Anforderungen einer Sacheinlage häufig dadurch umgangen, dass de iure eine Bareinlage beschlossen wird, diese sich de facto jedoch als Sacheinlage herausstellt (so genannte verdeckte oder verschleierte Sacheinlage). Die Umgehung erfolgt dadurch, dass die Kapitalgesellschaft in zeitlichem Zusammenhang mit der vom Gesellschafter übernommenen Einlageverpflichtung eine Sachleistung vom Gesellschafter (eines oder mehrere Wirtschaftsgüter) erwirbt. Die der Kapitalgesellschaft zur Verfügung gestellten Barmittel fließen als Gegenleistung für die Übertragung dieser Wirtschaftsgüter an den Gesellschafter zurück.

Nach der herrschenden Rechtsprechung und Literaturmeinung hat ein so handelnder Gesellschafter seine Verpflichtung zur Erbringung der Bareinlage nicht erfüllt. Der Anspruch der Kapitalgesellschaft auf Bareinlage besteht daher weiterhin. Ihre Geschäftsführung hat die Einlage nochmals einzufordern, sonst setzt sie sich selbst einer Ersatzpflicht aus. Die Bareinlageverpflichtung verjährt erst nach zehn Jahren (§ 54 Abs. 4 AktG, § 19 Abs. 6 GmbHG).

Zwar steht dem Gesellschafter als Ausgleich für die - rechtsgrundlos - erbrachte Sacheinlage ein Bereicherungsanspruch gegen die Kapitalgesellschaft zu. Aber: zu den ersten Schritten eines Insolvenzverwalters im Insolvenzfall gehört die Überprüfung der ordnungsgemäßen

Kapitalaufbringung in der insolventen Gesellschaft. Und im Insolvenzfall ist dieser Bereicherungsanspruch oft so gut wie nichts wert.

Umstritten ist, ob von einer verdeckten Einlage auch dann gesprochen werden kann, wenn die Sachleistung nicht direkt vom Gesellschafter bewirkt wird, sondern von einem mit ihm verbundenen Unternehmen.

Beispiel:

Die Holdinggesellschaft H ist Alleingesellschafterin zweier Tochtergesellschaften T1 und T2. H beschließt eine Barkapitalerhöhung bei T1. Im zeitlichen Zusammenhang mit der Barkapitalerhöhung erwirbt T1 von T2 entgeltlich einen Teilbetrieb. [H möchte das operative Geschäft bei T1 und T2 neu ordnen. Dabei soll ein Teilbetrieb von T2 auf T1 übertragen werden.]

Die Literaturmeinungen zu dieser Frage divergieren. Als Argument gegen eine verdeckte Einlage wird ins Feld geführt, dass der Gesellschafter selbst (im Beispielfall H) die entsprechende Sacheinlage gar nicht hätte erbringen können. Von daher könne auch keine Umgehung der Vorschriften über eine Sacheinlage vorliegen.

Das OLG München hat in der eingangs zitierten Entscheidung die Streitfrage dahingehend entschieden, dass auch in einem solchen Falle von einer verdeckten Sacheinlage auszugehen ist. Hierzu führt das OLG München im Leitsatz aus:

„Wird die im Rahmen einer Kapitalerhöhung in einer GmbH auf die in bar zu erbringende Stammeinlage geleistete Zahlung absprachegemäß zum Kauf eines Unternehmens verwendet, so liegt kein gewöhnliches Umsatzgeschäft, sondern eine verdeckte Sacheinlage vor, wenn alle Beteiligten (Gesellschafter, Einleger sowie der Unternehmensverkäufer) einem Unternehmensverbund angehören, bei dem die gemeinsame Muttergesellschaft jeweils unmittelbar oder unmittelbar sämtliche Anteile hält.“

Das OLG München hält sich nicht lange mit dogmatischen Erwägungen auf, sondern wendet die Regeln der verdeckten Sacheinlage aus Gründen des Gläubigerschutzes im Konzern analog an. Der Gedanke, dass Gesellschaftsgläubiger auf das Vorhandensein neuer Barmittel vertrauen dürfen, erschwert allerdings den Austausch von Lieferungen und Leistungen im Konzern im zeitlichen Zusammenhang mit Kapitalmaßnahmen erheblich. Die Abgrenzung von - zulässigen - Umsatzgeschäften und - unzulässigen - außerordentlichen Rechtsgeschäften (solche außerhalb des Unternehmensgegenstandes?) erscheint ohnehin zweifelhaft, da es ein Thesaurierungsgebot hinsichtlich eingelegerter Barmittel in der Kapitalgesell

schaft nicht gibt, sondern diese Mittel der Gesellschaft als „working capital“ uneingeschränkt zur Verfügung stehen sollen.

Die Revision beim Bundesgerichtshof ist anhängig, eine Entscheidung jedoch noch nicht terminiert. Angesichts der restriktiven Haltung des BGH im Bezug auf die Erbringung und die Erhaltung von Stammkapital bzw. Grundkapital ist zu erwarten, dass der BGH die Entscheidung bestätigt. Für die Praxis ist daher bei entsprechenden Vorgängen Vorsicht geboten. Dies gilt u.E. auch, wenn die Muttergesellschaft nicht alleinige Gesellschafterin, sondern nur Mehrheitsgesellschafterin der betreffenden Tochtergesellschaften ist.

Jan Schubert

Rechtsprechung Die SEVIC-Entscheidung des EuGH zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen

Die Mobilität von Gesellschaften in Europa ist in der letzten Zeit sowohl durch die Rechtsprechung als auch den Gesetzgeber erheblich erleichtert worden. Nun hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) sich am 13. Dezember 2005 (Rs. C-411/03) auch des Problems der grenzüberschreitenden Verschmelzungen angenommen. Die deutsche SEVIC Systems AG wollte eine luxemburgische Gesellschaft durch Verschmelzung aufnehmen. Das deutsche Registergericht lehnte die Eintragung der Verschmelzung unter Verweis auf § 1 Umwandlungsgesetz ab, der nur die Verschmelzung zwischen Gesellschaften mit Sitz in Deutschland gestatte. Der EuGH entschied, dass die generelle Verweigerung der Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung in einem deutschen Handelsregister unter Verweis auf die Unanwendbarkeit des Umwandlungsgesetzes einen Verstoß gegen die in den Art. 43, 48 EG-Vertrag verankerte Niederlassungsfreiheit darstelle, wenn die Eintragung der Verschmelzung zweier inländischer Gesellschaften unter denselben Voraussetzungen möglich wäre. Eine solche Ungleichbehandlung sei nur zulässig, wenn mit ihr ein legitimes, mit dem EG-Vertrag vereinbartes Ziel verfolgt würde und sie durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt sei. Zusätzlich muss ihre Anwendung zur Erreichung des damit verfolgten Zieles geeignet sein und darf nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich ist.

Mit seiner wegweisenden Entscheidung erhöht der EuGH in begrüßenswerter Weise den Grad an Rechtssicherheit für solche Transaktionen. Vor der SEVIC-Entscheidung war man, wie auch HEUSSEN bei der Umsetzung einer der wenigen grenzüberschreitenden Ver

schmelzungen nach Deutschland hinein („Hineinverschmelzung“), auf das Wohlwollen des Handelsregisters angewiesen. Zwingende Gründe des Allgemeinwohls zur Verweigerung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zumindest auf eine deutsche Gesellschaft bestehen nach allgemeiner Auffassung nicht.

Jedoch bleiben auch nach der erfreulichen Entscheidung des EuGH zentrale Fragen im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Umwandlungen offen:

Nicht vom EuGH zu klären waren Fragen der konkreten Umsetzung einer grenzüberschreitenden Hineinverschmelzung in der Praxis. Einige dieser Fragen könnten nun durch die nachfolgend erörterte jüngst verabschiedete Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten beantwortet werden, die grundsätzlich jede an dem Verschmelzungsvorgang beteiligte Gesellschaft den Bestimmungen des für sie maßgeblichen nationalen Rechts unterstellt. Das Urteil des EuGH enthält auch keine Ausführungen dazu, ob auch die Verschmelzung einer deutschen Gesellschaft auf eine ausländische Gesellschaft („Hinausverschmelzung“) in gleichem Umfang von der Niederlassungsfreiheit gedeckt ist. Nach der herrschenden Meinung ist die Hinausverschmelzung zurzeit noch unzulässig und führt zur Liquidation der deutschen Gesellschaft. Weiterhin hatte der EuGH weder über die Zulässigkeit anderer Umwandlungsvorgänge wie z.B. der grenzüberschreitenden Spaltung noch der Verschmelzung mit Gesellschaften aus Drittstaaten zu entscheiden. Ungeklärt bleibt auch die steuerrechtliche Behandlung. Bislang wird die steuerliche Buchwertfortführung bei grenzüberschreitenden Vorgängen nicht anerkannt. Eine steuerneutrale grenzüberschreitende Verschmelzung wäre erst mit der längst überfälligen Umsetzung der Fusionssteuerrichtlinie möglich, die allerdings noch in diesem Jahr erfolgen könnte.

Bislang war eine Hinausverschmelzung nur durch Errichtung einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE) umzusetzen. Diese Möglichkeit stand lediglich Aktiengesellschaften offen. Gesellschaften anderer Rechtsform mussten daher zunächst einen Formwechsel in eine Aktiengesellschaft vornehmen. Mit der neuen Richtlinie ist dieser Umweg zumindest für die GmbH nun nicht mehr erforderlich.

Fast zeitgleich mit der SEVIC-Entscheidung trat die Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (2005/56/EG, ABIEG Nr. 310 vom 15. Dezember 2005) in Kraft. Sie sieht vor, dass neben der SE nun auch andere Kapitalgesellschaften, wie z.B. AG oder GmbH, an grenzüberschreitenden Verschmelzungen beteiligt sein können. Die Regelungen der Richtlinie beschränken sich dabei auf das erforderliche Mindestmaß und verweisen ansonsten auf die für die beteiligten Gesellschaften nach ihrem jeweiligen nationalen Recht geltenden Bestimmungen. Die in der Richtlinie enthaltenen Regelungen zur Arbeitnehmermitbestimmung entsprechen weitgehend den Bestimmungen der Richtlinie zur Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE. Eine ausführliche Besprechung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen, ihre Umsetzung in nationales Recht sowie der Unterschiede zu innerstaatlichen Verschmelzungen kann hier aus Platzgründen nicht vorgenommen werden und erfolgt in der nächsten Ausgabe unseres Newsletters.

Das Bundesministerium der Justiz hat zur Umsetzung dieser Richtlinie bereits am 13. Februar diesen Jahres einen Gesetzesentwurf vorgelegt, der vorsieht, dass für grenzüberschreitende Verschmelzungen im Wesentlichen dieselben Bestimmungen wie für innerstaatliche Transaktionen gelten. Zur Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie zur Arbeitnehmermitbestimmung soll noch ein gesonderter Gesetzesentwurf vorgelegt werden.

Mit der SEVIC-Entscheidung hat der EuGH die europäische Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften einen wichtigen Schritt weitergetrieben, indem er die grenzüberschreitende Verschmelzung aller Gesellschaftsformen für zulässig erklärt, die nach ihrem Heimatrecht verschmelzungsfähig sind. Mit Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in deutsches Recht wird neben dem Fall der Hineinverschmelzung auch die Hinausverschmelzung von Kapitalgesellschaften verbindlich geregelt. Die SEVIC-Entscheidung wird jedoch auch nach Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie von grundlegender Bedeutung für die Verschmelzung von Personengesellschaften bleiben.

Anette Binder

Gesetzgebung Alternativen zur GmbH: Reformvorschläge zur „Unternehmensgründergesellschaft“ und zum "eingetragenen Kaufmann mit beschränkter Haftung"

Derzeit wird vielfach darüber diskutiert, welche Konsequenzen das deutsche Gesellschaftsrecht aus der durch die Entscheidungen des EuGH in Sachen „Überseering“ und „Inspire Art“ geschaffenen Situation ziehen soll. Wie allgemein bekannt sein dürfte, hat der EuGH durch die o.g. Entscheidungen erreicht, dass Gesellschaften, die in anderen EU-Staaten wirksam gegründet worden sind, in Deutschland nunmehr als rechts- und parteifähig angesehen werden. In der Folge wurden mehrere zehntausend englische „Limiteds“ gegründet, die ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben und auch hier ihr Geschäft betreiben. Mit dieser Entwicklung hin zu einer starken Verbreitung ausländischer Gesellschaften ist erhebliche Rechtsunsicherheit verbunden, was z.B. Fragen des Haftungsregimes, der Mitbestimmung oder der Konsequenzen eines Versäumnisses der rechtzeitigen Offenlegung der sog. annual returns gegenüber dem englischen Gesellschaftsregister („Companies House“) anbelangt.

Das Bundeskabinett hatte am 01. Juni 2005 den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH (MindestkapG) vorgelegt, wonach durch eine geplante Änderung von § 5 Abs. 1 GmbHG das Mindest-Stammkapital von 25.000 € auf 10.000 € herabgesetzt worden wäre; auf Geschäftsbriefen sollte danach zudem der Betrag des gezeichneten und eingezahlten Kapitals ausgewiesen werden sollte. Verstöße hiergegen sollten mit einem Bußgeld geahndet werden. Der Bundesrat hat diese Entwicklung jedoch sodann im September 2005 zunächst aufgehoben, indem er den Gesetzentwurf abgelehnt hat.

Unmittelbar vor der Bundestagswahl am 18. September 2005 wurde sodann von Seiten der CDU/CSU vorgeschlagen, die sog. „Unternehmensgründergesellschaft“ (UGG) einzuführen. Hierbei soll es sich um eine neue Gesellschaftsform handeln, die ohne das Erfordernis der Aufbringung eines Mindestkapitals neben die Rechtsform der GmbH tritt. Daran, dass für eine solche

„kleine“ Kapitalgesellschaft ein Bedürfnis besteht, kann angesichts der Vielzahl der zwischenzeitlich gegründeten Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland eigentlich kein Zweifel bestehen. Gerade für Unternehmensgründungen, deren Start erleichtert werden soll, bietet sich dieser Gesellschaftstyp an, da er die Transaktionskosten für die Gründer reduziert und diesen eine erhöhte Rechtssicherheit bietet. Sollte sich im Laufe der Zeit herausstellen, dass sich das jeweilige Unternehmen erfolgreich am Markt behaupten kann, kommt später eine Umwandlung in eine GmbH in Betracht. Ferner lassen sich durch die Einführung einer neuen inländischen Rechtsform ohne Mindestkapital die bekannten Versäumnisse der bisherigen Reformansätze vermeiden. Diese wurden darin gesehen, dass im Falle einer Abschaffung des Mindestkapitals ein Bedürfnis nach der Übernahme ähnlicher Schutzinstrumente entsteht, wie sie das englische Recht vorsieht, also z.B. die deutlich geringeren Anforderungen an die Stellung eines Insolvenzantrages durch Gläubiger (hier ist die bloße Nichtzahlung nach Fristsetzung ausreichend; die Erlangung eines Titels und die Durchführung eines Vollstreckungsversuchs sind nicht erforderlich). Es wären somit erhebliche Rechtsänderungen für die Vielzahl der bereits bestehenden GmbHs eingetreten, die den Interessen von GmbH-Gesellschaftern und Geschäftsführern nicht entsprochen hätten. Aber auch die Herabsetzung des Stammkapitals auf 10.000 € hätte das hergebrachte System der GmbH erodiert, ohne die Vorzüge des englischen Systems der Gesellschaftsgründung ohne Mindestkapital zu ermöglichen.

Sollte es also zu einer Einführung der UGG kommen, ist über die Entwicklung von Schutzinstrumenten nach englischem Vorbild nachzudenken, etwa über eine Herabsetzung der Anforderungen an die Stellung von Insolvenzanträgen sowie über die passende Strukturierung einer Haftung von Geschäftsführung und Gesellschaftern. Einer weiteren Ausgestaltung der GmbH, etwa im Sinne einer Verschärfung des Gläubigerschutzinstrumentariums, bedürfte es demgegenüber nicht. Im Ergebnis wäre ein Angebot von drei Typen der Kapitalgesellschaften für Klein-, Mittel- und Großunternehmen ein Gewinn für die Attraktivität des Standortes Deutschland.

Als Alternative hierzu hat die Bayerische Justizministerin Merk verschiedentlich die Einführung eines "eingetragenen Kaufmanns mit beschränkter Haftung" vorgeschlagen (vgl. etwa Handelsblatt vom 23.01.2006). Einzelkaufleute sollen danach ihre Haftung auf ihr gewerbliches Vermögen beschränken können. Das Vermögen des einzelkaufmännischen Unternehmens soll inventarisiert und die Liste samt einer Eröffnungsbilanz beim Handelsregister eingereicht werden. Das so inventarisierte Vermögen darf der Unternehmer nicht angreifen,

andernfalls verliert er das Haftungsprivileg und muss wieder unbeschränkt persönlich haften. Bei diesem Modell würde sich eine Änderung des GmbH-Rechts erübrigen.

Welches der beiden Modelle sich durchsetzt, ist nicht absehbar, zumal der bayerische Vorschlag bislang über den Status eines "Eckpunktepapiers" nicht hinausgekommen ist.

Dr. Sven Reckewerth

Dr. André Turiaux

Gesetzgebung **Änderungen des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) durch Umsetzung der EU-Übernahmerichtlinie**

Die Bundesregierung hat den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der EU-Übernahmerichtlinie (Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote) – das **Übernahmerichtlinie-Umsetzungsgesetz** – erarbeitet. Das Umsetzungsgesetz soll die Anforderungen der EU-Übernahmerichtlinie in innerstaatliches Recht umsetzen. Die Umsetzung hat bis zum 20. Mai 2006 zu erfolgen.

Die neuen Regelungen sollen dem Schutz der Aktionärsinteressen dienen. Mit der Festlegung von Mindestvorgaben bei der Abwicklung von Übernahmeangeboten soll insoweit zudem EU-weit eine gesteigerte Transparenz geschaffen werden.

Die EU-Übernahmerichtlinie gewährt den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung bestimmte Wahlrechte, die von Deutschland durch nationale Bestimmungen genutzt werden. So soll das „**Verhinderungsverbot**“ (§ 33a WpÜG-E) in Deutschland auch künftig nicht die Regel, sondern eine von den Aktionären ausdrücklich in Form einer Satzungsänderung zu beschließende Sonderform sein:

- So wie bisher in § 33 Abs. 1 WpÜG festgeschrieben und abweichend von dem EU-weit als Standard vorgesehenen Verhinderungsverbot soll der **Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrates** in einem deutschen Unternehmen auch künftig Beschlüsse zur Abwehr feindlicher Übernahmen fassen können.

- Alternativ sollen deutsche Gesellschaften mittels Satzungsänderung künftig auf diese dem Vorstand und dem Aufsichtsrat gewährte Möglichkeit der Vornahme von Abwehrmaßnahmen **freiwillig verzichten** können (§ 33a Abs. 1 WpÜG-E).

Unverändert können deutsche Unternehmen auch auf der Grundlage eines 18 Monate lang gültigen **Vorratsbeschluss** der Hauptversammlung ohne Einberufung einer weiteren Hauptversammlung Abwehrmaßnahmen einleiten.

Auch die **Europäische Durchbrechungsregel** soll unter Nutzung eines Wahlrechts nicht als gesetzlicher Regelfall gelten (§ 33b WpÜG-E). Die Europäische Durchbrechungsregel sieht vor, dass im Falle eines Übernahmeangebotes bestimmte vertragliche oder satzungsmäßige Stimmbindungsvereinbarungen und Übertragungsbeschränkungen keine Wirksamkeit entfalten, also diese Abwehrmechanismen nicht zur Verfügung stehen. Sofern die Aktionäre die Nichtgeltung dieser Abwehrmechanismen nicht ausdrücklich satzungsändernd beschließen, gelten diese daher ohne weiteres fort und werden auch im Übernahmefall nicht „durchbrochen“.

Ferner enthält der Gesetzentwurf Bestimmungen über die nach einem Übernahmeangebot in der Gesellschaft verbliebenen Aktionäre. Wie bereits im Aktiengesetz vorgesehen, kann nun im Zusammenhang einer Übernahme ein Bieter die verbliebenen Aktionäre im Wege eines **Squeeze Out** aus der Gesellschaft ausschließen (§§ 39a-39c WpÜG-E). Voraussetzung ist, dass der Bieter 95% der Aktien an der Gesellschaft hält. Die Aktien sind innerhalb von drei Monaten gegen eine angemessene Abfindung zu übertragen. Der **Antrag** auf ein Squeeze Out nach den neuen WpÜG-Regelungen ist ausschließlich beim Landgericht Frankfurt am Main zu stellen. Das nach dem WpÜG-E geregelte Squeeze Out ist gegenüber der bereits aktienrechtlich geregelten Ausschlussmöglichkeit von Aktionären für den Bieter nicht zuletzt aufgrund des gerichtlichen Antragsverfahrens vorteilhaft. Hierdurch wird ein zügiger und kostengünstiger Ausschluss verbleibender Aktionäre ermöglicht. Langjährige gerichtliche Auseinandersetzungen im Spruch- oder Klageverfahren infolge der Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen werden hierdurch vermieden.

Im Hinblick auf die erforderlichen Angebotsunterlagen wird der **Europäische Pass** eingeführt. Die in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums gebilligten

Angebotsunterlagen werden im Inland ohne weiteres Billigungsverfahren anerkannt (§ 11a WpÜG-E).

Zur Erhöhung der Markttransparenz sind ferner Änderungen bei den **Ermittlungsbefugnissen** der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (**BaFin**) vorgesehen (§ 40 WpÜG-E). Damit sollen Schwierigkeiten beim Nachweis abgestimmten Vorgehens sowie von unzulässigen Absprachen von Großaktionären zur Kontrolle von Unternehmen vermieden werden.

Insgesamt bietet der Gesetzentwurf zum Übernahmerichtlinie-Umsetzungsgesetz sowohl den Aktionären der Zielgesellschaft als auch dem Bieter einen höheren Gestaltungsspielraum im Rahmen eines Übernahmeangebots. In welche Richtung diese neue Flexibilität genutzt wird, sollte in jedem Einzelfall sorgfältig auf die vorliegenden Begebenheiten abgestimmt werden.

Das weitere Gesetzgebungsverfahren bleibt abzuwarten.

Dr. Ulrich Keunecke

Praxis Sind Aktienoptionen Insiderpapiere?

Nicht an einem organisierten Markt handelbare Aktienoptionen galten bislang nicht als Insiderpapiere im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen (§§ 12 ff. Wertpapierhandelsgesetz – WpHG-), vgl. etwa zuletzt die (strafrechtliche) Entscheidung des OLG Karlsruhe (Beschluss vom 04.02. 2004 - 3 Ws 195/03, abgedr. etwa in NZG 2004, 377).

Durch das am 30. 10. 2004 in Kraft getretene Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz - AnSVG) soll sich dies nun nach Auffassung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) geändert haben. Nach Auffassung der BaFin gehören Aktienoptionen nunmehr (anders als bislang) auch zu den Insiderpapieren gem. § 12 WpHG.

Dies ergibt sich aus S. 17, 26 des Emittentenleitfadens, den die BaFin im Juli 2005 erlassen hat. Der Leitfaden soll die Neuregelungen und deren Handhabung durch die BaFin erläutern. Es handelt sich dabei aber nicht um Rechtsverordnung, sondern nur um eine Verwaltungsvorschrift, an die die Gerichte nicht gebunden sind. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass die Praxis sich im Zweifeln am Inhalt des Leitfadens orientieren wird. Nach Auffassung der BaFin sind Aktienoptionen Insiderpapiere i.S.d. § 12 WpHG, weil ihr "Preis" von Kurs der Aktien abhängt, zu deren Bezug sie berechtigen. Dies scheint die BaFin zu unterstellen, und das wird auch in der juristischen Literatur bislang weitgehend akzeptiert.

Die Folgen dieser Sichtweise lassen jedoch Zweifel an der Richtigkeit dieser Einstufung aufkommen. Die Insidervorschriften setzen einen Markt voraus, der geschützt werden muss. Sie zielen letzten Endes auf die Gleichbehandlung ab: der Insider soll nicht aufgrund nur ihm bekannter Informationen vorteilhafte Geschäfte tätigen. Daher sollen die Informationen allgemein bekannt gemacht werden, so dass alle Marktteilnehmer zu gleichen Konditionen handeln können. Einen Markt für Aktienoptionen gibt es jedoch üblicherweise nicht. Die Zeichnung von Optionen im Rahmen eines Stock Option Planes dürfte in der Praxis auch keine Insiderprobleme aufwerfen: bei den Teilnehmern an Stock Option Plänen für Mitarbeiter handelt es sich um einen eng begrenzten Kreis, so dass sich Gleichbehandlungsprobleme mit außenstehenden Personen nicht stellen. Andere Personen können mangels Mitarbeiterzugehörigkeit die betreffenden Aktienoptionen gar nicht erwerben, könnten also, selbst wenn ihnen die gleichen Informationen wie den Insidern zustünden, keine vergleichbaren Geschäfte (eben mit Aktienoptionen) durchführen.

Üblicherweise steht z.B. für die Ausübung der Optionen mehrmals im Jahr nur ein kurzes Zeitfenster von einigen Wochen zur Verfügung. Was soll nun der Vorstand eines Unternehmens tun, dem Optionen gewährt worden sind? Naturgemäß steht ihm im Regelfall Insiderwissen zur Verfügung. Soll er aber deswegen die Optionen nicht ausüben dürfen? Das würde dem Sinn und Zweck eines Stock Option Plans völlig zuwider laufen. Der mit den Optionen beabsichtigte Anreizeffekt ginge verloren. Der Stock Option Plan ist nur sinnvoll, wenn die Teilnehmer auch Aktien erwerben können, und er zwingt zur Ausübung in einem bestimmten, engen Zeitfenster. Hindert man nun die Ausübung der Optionen durch die Insidervorschriften, ist mangels Marktrelevanz niemand geholfen, aber der Stock Option Plan entwertet.

Die besseren Argumente sprechen also dafür, entgegen der Auffassung der BaFin Aktienoptionen nicht als Insiderpapiere zu behandeln.

Wegen der möglichen strafrechtlichen Folgen werden die Inhaber von Aktienoptionen bis zu einer gerichtlichen Klärung dieser Fragen dennoch gut daran tun, die Auffassung der BaFin zu berücksichtigen und entsprechend sensibel mit den Optionen zu verfahren. Die betroffenen Gesellschaften sollten Vorsichtsmaßnahmen erwägen, z.B. eine Änderung der Stock Option Pläne, der Erlass oder die Änderung etwa bestehender Insider-Richtlinien oder auch eine bloße Belehrung der Teilnehmer an den Stock Option Plänen.

Entwarnung kann hingegen bereits jetzt für sogenannte Wertsteigerungsrechte in Form von stock appreciation rights oder phantom stocks gegeben werden: auch nach Auffassung der BaFin sind dies keine Insiderpapiere.

Dr. André Turiaux

Die Autoren dieser Ausgabe sind in der Praxisgruppe Corporate unserer Kanzlei tätig.
Sie können sie wie folgt erreichen:

Anette Binder, Rechtsanwältin

HEUSSEN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Frankfurt a.M.
Pollux, 28. OG
Platz der Einheit
60327 Frankfurt a.M.
Tel. +49-69-15242-151
Fax +49-69-15242-111
anette.binder@heussen-law.de

Dr. Ulrich Keunecke, Dipl. pol., Rechtsanwalt

HEUSSEN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Berlin
Lise-Meitner-Str. 1
10589 Berlin
Tel. +49-30-7009 4929
Fax +49-30-7009 4989
ulrich.keunecke@heussen-law.de

Dirk Krome, Rechtsanwalt

HEUSSEN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Stuttgart
Friedrichstr. 14
70174 Stuttgart
Tel. +49-711-22840-230
Fax +49-711-22840-100
dirk.krome@heussen-law.de

Dr. Sven Reckwerth, Rechtsanwalt

HEUSSEN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH München
Brienner Str. 9
80333 München
Tel. +49-89-29097-380
Fax +49-89-29097-168
sven.reckwerth@heussen-law.de

Jan-F. Schubert, Rechtsanwalt

HEUSSEN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Stuttgart
Friedrichstraße 14
70174 Stuttgart
Tel. +711-22840-141
Fax +711-22840-111
jan.schubert@heussen-law.de

Dr. André Turiaux, Rechtsanwalt

HEUSSEN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH München

Brienner Str. 9

80333 München

Tel. +49-89-29097-171

Fax +49-89-29097-168

andre.turiaux@heussen-law.de

Herausgeber

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Pollux, 28. OG
Platz der Einheit
D-60327 Frankfurt am Main
Telefon: (069) 15242-0
Telefax: (069) 15242-111

Geschäftsführung: Christian Weinheimer

Handelsregister: Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524
Steuer-Nr.: 04523553147
USt.-Id.-Nr. DE 812 44 99 16

Büro Berlin:
Lise-Meitner-Straße 1
10589 Berlin
Telefon: (030) 7009-4900
Telefax: (030) 7009-4989

Büro München:
Brienner Straße 9 / Amiraplatz
D-80333 München
Telefon: (089) 29097-0
Telefax: (089) 29097-200

Büro Stuttgart:
Friedrichstraße 14
70174 Stuttgart
Telefon: (0711) 22840-0
Telefax: (0711) 22840-111

Verantwortlich i.S.d. MDStV: Dr. André Turiaux

Über diesen Newsletter

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 eMail oder telefonisch unter (089) 29097-171 mitzuteilen.

Sofern Sie zu bestimmten Themen oder zum Newsletter insgesamt Fragen oder Anregungen haben, können Sie sich jederzeit gerne an die Ihnen bekannten Ansprechpartner oder die Autoren der Beiträge wenden. Gerne greifen wir auch Ihre Ideen für künftige Beiträge oder weitere Empfänger des Newsletters auf. Bitte wenden Sie sich an: andre.turiaux@heussen-law.de, oder dagmar.knigge@heussen-law.de.

Haftungsausschluss

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen aus dem Gesellschaftsrecht 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.

Weitere Informationen

Besuchen Sie auch unsere Homepage unter der URL <http://www.heussen-law.de>