

Inhalt

Kündbarkeit einer Patronatserklärung

**Neue Entscheidungen zur dienstrechtlichen Stellung von
Leitungsorganen**

Neues aus dem Umwandlungsrecht

Strafbarkeit wegen Untreue bei der Führung schwarzer Kassen

Kündbarkeit einer Patronatserklärung

BGH, Urteil vom 20.09.2010, Az.: II ZR 296/08

Patronatserklärungen sind ein geläufiges Mittel zur Sicherung von Krediten, insbesondere in Konzernstrukturen und dort wiederum als Mittel zur Beseitigung von Insolvenzgründen in Konzernunternehmen. In der Praxis gibt es eine Vielzahl von Erscheinungen der Patronatserklärung, wobei insolvenzrechtlich nur sog. „harte“ Patronatserklärungen relevant sind, die einen rechtsverbindlichen und einklagbaren Anspruch des Sicherungsnehmers begründen.

Mit Urteil vom 20. September 2010 entschied der BGH, dass es zulässig ist, Patronatserklärungen mit einem Recht zur Kündigung zu versehen. Im zu entscheidenden Fall hatte eine Gesellschaft zugunsten einer mit ihr verbundenen Gesellschaft, die sich in der Krise befand, eine Patronatserklärung für denjenigen Zeitraum abgegeben, den sie benötigte, um die Sanierungsfähigkeit dieser Gesellschaft zu prüfen. Später kündigte sie die Patronatserklärung; die verbundene Gesellschaft stellte daraufhin Insolvenzantrag, dem auch stattgegeben wurde. Der Insolvenzverwalter hielt die Kündigung für unzulässig.

Der BGH sah dagegen in der Ausgestaltung der Patronatserklärung die Möglichkeit der Kündigung der Patronatserklärung und bejahte diese. Einer Kündigungsmöglichkeit stünden auch die Prinzipien des früheren Eigenkapitalersatzrechtes nicht entgegen, da diese nur das Verbot der Rückholung bereits erbrachter Leistungen, nicht aber die Pflicht zur Zuführung neuer Eigenmittel beinhalten.

Praxishinweis:

Patronatserklärungen sollten, wenn möglich, ohnehin befristet und betragsmäßig begrenzt abgegeben werden. Zusätzlich kann sich die „Patronin“ auch ein Kündigungsrecht ausbedingen. Solche Patronatserklärungen werden in der Praxis allerdings nur gegenüber der sich in der Krise befindlichen Tochtergesellschaft Relevanz entfalten. Sofern externe Kreditgeber die Abgabe einer Patronatserklärung fordern, werden sich diese aller Wahrscheinlichkeit nach nicht auf eine – zumindest kurzfristige – Kündbarkeit einlassen.

Jan-F. Schubert, Rechtsanwalt

Neue Entscheidungen zur dienstrechtlichen Stellung von Leitungsorganen**Kündigungsschutzgesetz im Einzelfall auch auf GmbH-Geschäftsführer anwendbar****BGH, Urteil vom 10.05.2010, Az.: II ZR 70/09**

Mit Urteil vom 10. Mai 2010 entschied der BGH, dass im Dienstvertrag des Geschäftsführers einer GmbH vereinbart werden kann, dass zu seinen Gunsten das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) gelten soll.

Gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG findet dieses auf Vertretungsorgane einer juristischen Person (insbesondere GmbH-Geschäftsführer und Vorstände einer AG) keine Anwendung. Der Dienstvertrag des klagenden Geschäftsführers sah jedoch folgende Regelung vor:

„Für die Kündigung gelten im Übrigen zu Gunsten des Geschäftsführers die Bestimmungen des deutschen Kündigungsschutzrechtes für Angestellte.“

Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hatte als Vorinstanz die Auffassung vertreten, dass die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes in einem Geschäftsführerdienstvertrag nicht wirksam vereinbart werden kann, weil die daraus entstehende Notwendigkeit einer Kündigungsbegründung mit den Grundsätzen des GmbH-Gesetzes, insbesondere mit der jederzeitigen Abberufungsmöglichkeit des Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung, nicht zu vereinbaren sei.

Dem hat der BGH widersprochen. Der Grundsatz der Privatautonomie, der den Vertragsparteien im Zivilrecht eine weitgehende Gestaltungsfreiheit für den abzuschließenden Vertrag einräumt, stehe über den Erwägungen des OLG. Die Gesellschafterversammlung könne auch bei Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf den Dienstvertrag des Geschäftsführers diesen jederzeit von seinem Amt als Geschäftsführer abberufen. Sich hieraus ergebende wirtschaftliche Belastungen der GmbH durch den Fortbestand des Dienstvertrages mangels ausreichendem Kündigungsgrund und damit grundsätzlich die Pflicht zur Fortzahlung der Bezüge des Geschäftsführers seien kein Grund, die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes zu verneinen. Dies ergäbe sich auch aus § 38 Abs. 1 GmbH-Gesetz, wonach die Bestellung des Geschäftsführers unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen jederzeit widerruflich sei.

Erhebliche Belastungen für die GmbH ergäben sich in der Praxis beispielsweise auch aus langfristig abgeschlossenen Geschäftsführer-anstellungsverträgen.

Praxishinweis:

Aus Sicht der Gesellschafter ist darauf zu achten, dass sich in dem mit dem Geschäftsführer abzuschließenden Dienstvertrag keine Verweise auf arbeitsrechtliche Schutzvorschriften, insbesondere auf das Kündigungsschutzgesetz, finden. Geschäftsführer in spe werden umgekehrt vermehrt darauf hinwirken, sich die Segnungen des Kündigungsschutzes dienstvertraglich zu sichern.

Schadensersatzanspruch eines ausgeschiedenen Geschäftsführers wegen altersbedingter Ablehnung der Fortführung seines befristeten Dienstvertrages

OLG Köln, Urteil vom 29.07.2010, Az.: 18 U 196/09

Das OLG Köln hat mit Urteil vom 29. Juli 2010 entschieden, dass auch der Geschäftsführer einer GmbH dem Grunde nach Anspruch auf Schadensersatz gemäß den Vorschriften des Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes (AGG) hat, wenn die Entscheidung, ihn nicht weiterhin als Geschäftsführer zu beschäftigen, auf einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot beruht.

Im entschiedenen Fall hatte der Geschäftsführer einen auf fünf Jahre befristeten Dienstvertrag abgeschlossen. Ein knappes Jahr vor Auslaufen des Dienstvertrages beschloss der Aufsichtsrat der GmbH, den Dienstvertrag nach dessen Ende mit dem dann 62-jährigen Geschäftsführer nicht fortzusetzen. Es sickerte durch, dass Grund dieser Entscheidung das Alter des ansonsten wirtschaftlich erfolgreichen Geschäftsführers sei. Die Stelle wurde dann auch mit einem 41-jährigen Nachfolger besetzt.

Der Geschäftsführer klagte auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der GmbH sowie auf eine angemessene Entschädigung nach den Grundsätzen des AGG. Das OLG Köln gab der Klage im Wesentlichen statt und stellte fest, dass die nachteilige Behandlung des Geschäftsführers wegen seines Alters weder angemessen noch durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt war. Ein solches legitimes Ziel könnten aner kennenswerte betriebs- und unternehmensbezogene Interessen der GmbH sein. Im vorliegenden Fall sei die von der GmbH angestrebte Altersgrenze von 65 Jahren keine tragfähige Begründung für die Benachteiligung des Geschäftsführers. In diesem Fall hätte sich der Neuabschluss eines Dienstvertrages über drei Jahre angeboten. Eine schlüssige und nachvollziehbare Begründung für die Altersdiskriminierung sei nicht nur für Arbeitnehmer, sondern auch für abhängig beschäftigte Organmitglieder (insbesondere GmbH-Geschäftsführer und Vorstände einer AG) geboten.

Da nach Ansicht des OLG Köln die Reichweite des AGG für Organmitglieder grundsätzliche Bedeutung hat, wurde die Revision zum BGH zugelassen.

Praxishinweis:

Die Gesellschafter bzw. der Aufsichtsrat einer Kapitalgesellschaft sind gut beraten, bei Verhandlungen mit Organmitgliedern über eine Anstellung oder deren Fortsetzung die Begründung für eine Ablehnung ausschließlich auf fachliche Gründe zu stützen oder eine Begründung überhaupt abzulehnen.

Jan-F. Schubert, Rechtsanwalt

Umwandlungsrecht**Geplante Änderung des Umwandlungsrechts**

Am 7. Juli 2010 beschloss das Bundeskabinett einen Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsrechts, mit dem die EU-Richtlinie 2009/109/EG vom 16. September 2009 in deutsches Recht umgesetzt werden soll. Der Entwurf beinhaltet Vereinfachungen bei Spaltungen und Verschmelzungen von Gesellschaften, insbesondere unter Beteiligung von Aktiengesellschaften.

Vorgesehen sind u.a. folgende Änderungen:

a) Verzicht der Beschlussfassung bei 100%iger Tochtergesellschaft

Ist bei einer sog. Upstream-Verschmelzung die übernehmende Aktiengesellschaft Alleingesellschafterin der übertragenden Tochtergesellschaft, so ist nicht nur ein Zustimmungsbeschluss bei der übernehmenden Aktiengesellschaft entbehrlich, sondern künftig auch

kein Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung der übertragenden Tochtergesellschaft mehr erforderlich.

b) Erweiterung der Möglichkeit eines „Squeeze-Out“

Nach den allgemeinen aktienrechtlichen Regelungen muss ein Mehrheitsaktionär eine Beteiligung von mindestens 95% halten, um Minderheitsaktionäre ausschließen zu können. Nach dem Regierungsentwurf sollen im Zusammenhang mit einer Verschmelzung Minderheitsaktionäre der übertragenden Tochtergesellschaft bereits dann ausgeschlossen werden können, wenn die übernehmende Muttergesellschaft mindestens 90% der Aktien an der Tochtergesellschaft hält. Voraussetzung hierfür ist, dass der Ausschluss in zeitlichem und sachlichem Zusammenhang mit der Verschmelzung vollzogen wird. Hierzu muss im Verschmelzungsvertrag bzw. in seinem Entwurf ein entsprechender Hinweis auf den beabsichtigten Ausschluss der Minderheitsaktionäre enthalten sein. Die Hauptversammlung der übertragenden Aktiengesellschaft kann einen entsprechenden Ausschließungsbeschluss dann innerhalb von drei Monaten nach Abschluss des Verschmelzungsvertrags fassen. Hierdurch kann erreicht werden, dass zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag ein 100%iges Beteiligungsverhältnis besteht mit der oben unter a) genannten Folge.

c) Vereinfachung der Vorbereitung der Hauptversammlung

Die der Unterrichtung der Aktionäre dienenden vorbereitenden Unterlagen, die in den Geschäftsräumen ausgelegt werden, können dem Aktionär mit dessen Einwilligung künftig auch elektronisch zur

Verfügung gestellt werden können, in diesem Fall müssen dann keine Abschriften mehr erteilt werden.

Unter bestimmten Voraussetzungen muss auch keine Zwischenbilanz mehr aufgestellt werden. Darüber hinaus wird es auch möglich sein, dass alle Anteilhaber aller beteiligten Rechtsträger auf die Aufstellung einer Zwischenbilanz verzichten.

d) Prüferbestellung, Prüfungsberichte

Klargestellt wird, dass der Verschmelzungs- bzw. Spaltungsprüfer auch zum Prüfer der Sacheinlage bei einer Verschmelzung mit Kapitalerhöhung bzw. zum Gründungsprüfer im Fall einer Verschmelzung zur Neugründung bestellt werden kann.

Bei verhältnismäßigen Auf- und Abspaltungen kann künftig auf die Erstellung eines Spaltungsberichts sowie auf eine Spaltungsprüfung sowie eine Zwischenbilanz verzichtet werden.

e) Unterrichtungspflichten

Nach bisheriger Rechtslage mussten die Vertretungsorgane aller an einer Spaltung unter Beteiligung von Aktiengesellschaften beteiligten Rechtsträger vor der Fassung des Verschmelzungsbeschlusses die Anteilhaber „über jede wesentliche Veränderung des Vermögens der Gesellschaft, die zwischen Abschluss des Vertrages oder der Aufstellung des Entwurfs eingetreten ist, zu unterrichten“ (§ 143 UmwG). Diese Unterrichtungspflicht wird nach dem Regierungsentwurf nicht mehr nur für Spaltungen, sondern für alle Arten von Umwandlungen und für alle Rechtsträger gelten.

Gleichzeitig ist jedoch vorgesehen, dass auf diese Unterrichtung verzichtet werden kann, wenn entweder alle Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger hierauf in notariell beurkundeter Form verzichten oder wenn der übernehmende Rechtsträger alle Anteile am übertragenden Rechtsträger hält.

Fazit:

Die vorgesehenen Änderungen des Umwandlungsrechts, insbesondere die Erleichterungen bei konzerninternen Verschmelzungen, die neuen Verzichtsmöglichkeiten sowie die Absenkung der Schwelle für einen Squeeze-out im Zusammenhang mit Verschmelzungen werden insbesondere Verschmelzungen unter Beteiligungen von Aktiengesellschaften spürbar erleichtern.

Die Richtlinie muss bis spätestens zum 30. Juni 2011 in nationales Recht umgesetzt sein.

Dr. Volker Schwarz, Rechtsanwalt

Umwandlungsrecht / GmbH & Co. KG**Verschmelzung der Komplementär-GmbH auf die Kommanditgesellschaft****OLG Hamm, Beschluss vom 24.06.2010, Az.: I-15 Wx 360/09**

Die Verschmelzung einer Komplementär-GmbH auf die Kommanditgesellschaft ist nicht möglich, wenn dadurch das Erlöschen der Kommanditgesellschaft als aufnehmender Rechtsträger eintritt.

Mit Beschluss vom 24. Juni 2010 entschied das OLG Hamm, dass eine Verschmelzung einer GmbH auf die Kommanditgesellschaft (KG), in der die GmbH die (einzige) persönlich haftende Gesellschafterin (Komplementärin) ist, nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes (UmwG) nicht zulässig ist, da die aufnehmende KG mit Wirksamwerden der Verschmelzung kraft Gesetzes erlöschen würde.

Grundsätzlich ist die Verschmelzung einer GmbH mit einer KG unproblematisch, § 3 UmwG. Das UmwG setzt jedoch nach Ansicht des OLG Hamm in Übereinstimmung mit der umwandlungsrechtlichen Literatur das Fortbestehen des aufnehmenden Rechtsträgers, hier also der KG, im Rahmen der Verschmelzung voraus. Diese Voraussetzung ist zwar im UmwG nicht explizit geregelt, sie ergibt sich jedoch nach Ansicht des OLG Hamm u.a. aus den §§ 2, 20 UmwG, die das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge verkörpern.

Vorliegend bestand die KG nur aus der übertragenden Komplementär-GmbH und einem weiteren Kommanditisten. Die aufnehmende KG wäre mit Wirksamwerden der Verschmelzung durch die Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Person erloschen und das Handelsregister wäre infolgedessen mit der Eintragung der Gesamtrechtsnachfolge der übertragenden Komplementär-GmbH auf eine nicht mehr existente KG sofort unrichtig geworden.

Praxishinweis:

In der Praxis verfügen die meisten GmbH & KGs lediglich über eine Komplementär-GmbH, so dass die Entscheidung von erheblicher Relevanz ist. Das gewünschte Ergebnis der letztendlichen liquidationslosen Beendigung der KG (Anwachsung des Vermögens beim Gesellschafter) lässt sich jedoch auch auf anderem Weg erreichen: zunächst tritt die Komplementär-GmbH, ggf. auch weitere Kommanditisten bis auf den gewünschten Zielkommanditisten, aus der KG aus, deren Vermögen dann ebenfalls im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in das Vermögen des verbleibenden Kommanditisten übergeht. Die Komplementär-GmbH wird dann auf ihren Alleingesellschafter (in der Regel der letzte Kommanditist) verschmolzen, § 3 Abs. 2 Nr. 2 UmwG.

Jan-F. Schubert, Rechtsanwalt

Strafbarkeit wegen Untreue bei der Führung schwarzer Kassen**BGH, Urteil vom 27.08.2010, Az.: 2 StR 111/09**

Der 2. Strafsenat des BGH urteilte am 27. August 2010, dass sich ein Geschäftsführer einer GmbH und ein Vorstand einer AG wegen Untreue (§ 266 StGB) strafbar machen können, wenn sie unter Verstoß gegen die §§ 43 GmbHG bzw. 93 AktG und unter Verletzung von Buchführungsvorschriften eine schwarze Kasse im Ausland einrichten.

Nach Ansicht des BGH umfassen die Sorgfaltspflichten der § 43 Abs. 1 GmbHG und § 93 Abs. 1 S. 1 AktG die Pflicht, für die Legalität des Handelns der Gesellschaft, insbesondere auch für die Erfüllung der ihr aufgetragenen Buchführungspflichten und steuerrechtlichen Pflichten Sorge zu tragen. Verstöße dagegen können auch im Verhältnis zur Gesellschaft selbst nicht mit dem Vorbringen gerechtfertigt werden, sie lägen in deren Interesse, denn auch eine profitable Pflichtverletzung liegt gemäß BGH nicht im Handlungsspielraum des geschäftsführenden Organs; vielmehr hat die Bindung an gesetzliche Vorschriften Vorrang.

Einen solchen Verstoß sieht der BGH in der Einrichtung einer „schwarzen Kriegskasse“ im Ausland, denn diese verschleierte die vorgenommenen Vermögensverschiebungen durch das Auslassen tatsächlicher und Hinzufügen fingierter Vorfälle in den Geschäftsbüchern nicht nur zur Täuschung des Finanzamts, sondern auch um Abweichungen gegenüber den unter Beteiligung der Mitgesellschafter aufgestellten Jahreswirtschaftsplänen zu verhindern, den Scheincharakter der Rechnungen gegen kritische Fragen und Kontrollen von Organvertretern der Mitgesellschafter abzusichern und die Speisung einer "Kriegskasse" zu ermöglichen.

Der BGH führt weiter aus, dass ein den Untreuetatbestand ausschließendes Einverständnis der Mehrheit der Gesellschafter voraussetzt, dass auch die Minderheitsgesellschafter mit der Frage der Billigung der Pflichtwidrigkeit befasst waren.

Praxishinweis:

Es versteht sich von selbst, dass die Einrichtung einer schwarzen Kasse unter Billigung aller Gesellschafter lediglich die Strafbarkeit wegen Untreue vermeiden kann. Gleichzeitig liegt es nahe, dass ein solches Handeln in der Folge die Verletzung steuerstrafrechtlicher Vorschriften nach sich ziehen wird.

Jan-F. Schubert, Rechtsanwalt

Über diesen Newsletter

Die Autoren dieser Ausgabe sind in der Praxisgruppe Gesellschaftsrecht und Umstrukturierungen 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: jan.schubert@heussen-law.de oder an volker.schwarz@heussen-law.de (Büro Stuttgart).

Weitere Informationen

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

Herausgeber

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524

Geschäftsführung:

RA Dr. Christof Schmidt, RA Christoph Hamm

Verantwortlich i.S.d. MDStV und des Presserechts:

Jan-F. Schubert

Büro Stuttgart:

Friedrichstraße 14

70174 Stuttgart

Telefon: +49 (0) 711 22840-141

Telefax: + 49 (0) 711 22840-111

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.