



FORUM JURIS

02/2006

**Raupach
& Wollert-Elmendorff**

Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Berlin Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg Hannover München Stuttgart



FORUM JURIS

02/2006



FORUM JURIS

Das Recht kommt zu Ihnen.

Sehr geehrte Damen und Herren,
liebe Mandanten,

die Rechtsform der deutschen GmbH ist zunehmend der Konkurrenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit beschränkter Haftung ausgesetzt. Das Bundesministerium der Justiz hat auf diese Situation reagiert und am 29. Mai 2006 einen Referentenentwurf unter dem Titel „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ veröffentlicht. Die in diesem Referentenentwurf geplanten Neuerungen im Recht der GmbH dienen insoweit vornehmlich dem Zweck, die Rechtsform der deutschen GmbH im Wettbewerb zu anderen europäischen Gesellschaftsformen attraktiver zu gestalten und enthalten bspw. eine Herabsetzung des Mindeststammkapitals, Erleichterungen in der Gründung sowie eine ausdrückliche Regelung zu Cash Pooling.

Der Referentenentwurf zum MoMiG ist folgerichtig ein zentrales Thema der Ausgabe 02/2006 unseres FORUM JURIS.

Aus dem Bereich der Gesetzgebung stellen wir ferner die Regelungen des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und die Änderungen des deutschen Genossenschaftsrechts vor.

In zwei weiteren Beiträgen dieser Ausgabe wird das rechtliche Umfeld, in dem sich Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften bewegen, behandelt. So befassen wir uns zum einen mit den Voraussetzungen und der Zulässigkeit von Beraterverträgen zwischen der AG und Aufsichtsratsmitgliedern, und zum anderen wird die Amtsniederlegung von Rolf-E. Breuer als Aufsichtsrats-Vorsitzendem der Deutschen Bank AG zum Anlass genommen, die haftungsrechtlichen Konsequenzen des Kirch-Urteils des BGH zu würdigen.

Ferner finden Sie Informationen zu aktuellen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs betreffend

- die Formbedürftigkeit von Verlustübernahme-erklärungen,
- die sog. kombinierte Beschlussfassung in der GmbH,
- die Frage der nachhaltigen Wiederherstellung des Stammkapitals und
- die Haftung von Banken im Rahmen von Immobilien-/Fondsfinanzierungen.

Weitere Beiträge erörtern

- die Rentenversicherungspflicht von Gesellschafter-Geschäftsführern und
- die Möglichkeit der Pfändung von Internet-Domains.

Unter der Rubrik „*In eigener Sache*“ stellen wir Ihnen unsere Service Line *Real Estate* vor.

Für Rückfragen und Anmerkungen zur aktuellen Ausgabe von FORUM JURIS und einzelnen Beiträgen stehen Ihnen Ihre Ansprechpartner selbstverständlich gern zur Verfügung.

Referentenentwurf zur Reform des GmbH-Rechts

Am 29. Mai 2006 hat das Bundesministerium der Justiz einen Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ vorgelegt. Dabei handelt es sich um das erste große Reformvorhaben im GmbH-Recht seit der Novelle von 1980. Ziel dieses Gesetzes ist erstens, die internationale Wettbewerbsfähigkeit der GmbH als Rechtsform insbesondere in Konkurrenz zur britischen Limited zu verbessern und zweitens, bestimmte Missbrauchssachverhalte in der Krise und Insolvenz der Gesellschaft zu beseitigen. Obwohl der Referentenentwurf ein Inkrafttreten bereits zum 1. Oktober 2007 vorsieht, ist mit einer Umsetzung in bindendes Gesetzesrecht nicht vor dem 1. Januar 2008 zu rechnen.

Im Einzelnen enthält der Referentenentwurf des MoMiG derzeit folgende zum Teil einschneidende Änderungen des GmbH-Rechts sowie des Aktiengesetzes und anderer Gesetze:

1. Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf € 10.000,00

Durch die Herabsetzung des Mindeststammkapitals von bisher € 25.000,00 auf € 10.000,00 hat der Gesetzgeber eine in der vorangegangenen Legislaturperiode gescheiterte Gesetzesinitiative (Mindestkapitalgesetz – MindestkapG) wieder aufgegriffen und sich zugleich gegen eine völlige Abschaffung des gesetzlichen Mindeststammkapitals ausgesprochen. Kleinunternehmen und Existenzgründern soll durch die Herabsetzung die Rechtsform der GmbH näher gebracht werden. Nach wie vor muss bei Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister die Bareinlage lediglich zu einem Viertel erbracht sein. Die für Ein-Personen-Gesellschaften bisher gesetzlich vorgeschriebene Sicherung der im Zeitpunkt der Anmeldung noch nicht erbrachten Einlageleistungen entfällt künftig. In der öffentlichen Debatte wird die geplante Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf € 10.000,00 in ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung überschätzt. Die Mehrzahl der Unternehmen wird auch künftig einen deutlich höheren Kapitalbedarf aufweisen, so dass der Herabsetzung des Mindeststammkapitals eine vorrangig rechtspolitische und symbolische Bedeutung zukommt.

2. Weitere Erleichterungen der GmbH-Gründung

Ist der Gegenstand des Unternehmens genehmigungspflichtig (Betriebserlaubnis, Eintragung in die Handwerksrolle, etc.), war bisher die Genehmigung bereits bei der Anmeldung zum Handelsregister vorzulegen. Künftig wird für die Anmeldung die Versicherung der Geschäftsführung, dass die Genehmigung bei der zuständigen Stelle beantragt worden ist, ausreichen. Der endgültige Nachweis der erteilten Genehmigung muss sodann innerhalb von drei Monaten nach Eintragung der Gesellschaft erbracht werden. Anderenfalls wird die Gesellschaft von Amts wegen gelöscht. Darin ist eine wichtige Gründungserleichterung zu sehen, da bisher die Vorlage der bereits erteilten Genehmigung in vielen Fällen zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen bei der Anmeldung der Gesellschaft führte. Zudem mussten in vielen Fällen Vorbescheide beantragt werden, da die Genehmigung oft nur der (bei Anmeldung noch nicht existenten) GmbH erteilt werden konnte. Wurde das operative Geschäft dennoch vor Eintragung der Gesellschaft aufgenommen, sahen sich die für die Gesellschaft Handelnden der persönlichen Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG sowie einer möglichen Unterbilanzhaftung der Gesellschafter ausgesetzt.

3. Vereinfachung der Anteilstückelung und Stimmrechtsverteilung

Das MoMiG sieht vor, dass der Betrag einer Stammeinlage nur noch auf volle EURO lauten muss, also nicht mehr durch 50 teilbar sein muss. Auch der Mindestnominalwert von € 100,00 wird aufgegeben. Durch diese Vorschrift werden die oft insbesondere bei Kapitalerhöhungen und Geschäftsanteilstellungen entstandenen Kosten durch die satzungsändernde Aufrundung des Stammkapitals bzw. der einzelnen Stammeinlagen vermieden. Entsprechend der Vereinfachung der Anteilstückelung wird künftig auf jeden EURO Nennkapital (statt wie bisher auf € 50,00 nominal) eine Stimme in der Gesellschafterversammlung entfallen.



4. Zulässigkeit eines ausländischen GmbH-Verwaltungssitzes

Durch die Streichung des Gebots der Einheit von Verwaltungssitz und Satzungssitz (bisher § 4 a Abs. 2 GmbHG) wird eine deutsche GmbH künftig ihren Verwaltungssitz abweichend von dem in Deutschland gelegenen Satzungssitz bestimmen können. Durch diese Flexibilisierung wird eine GmbH künftig ausschließlich im Ausland geschäftlich tätig sein können. Zum Zweck des Nachweises des notwendigen in Deutschland gelegenen Satzungssitzes bedarf es künftig nur noch der Angabe einer Geschäftsanschrift im Inland, die in das Handelsregister einzutragen ist. Der Gesetzgeber beabsichtigt mit dieser Anpassung an andere ausländische Gesellschaftsformen eine erhöhte Wettbewerbsfähigkeit der GmbH im europäischen Ausland, insbesondere im Vergleich zur britischen Limited. Ausländische Konzerne werden aufgrund dieser Neuregelung deutsche GmbHs und AGs (Streichung der parallelen Norm in § 5 Abs. 2 AktG) mit Sitz im Ausland gründen können. Dies entspricht der durch die EuGH-Urteile *Überseering* (Rs. C-208/00) und *Inspire Art* (Rs. C-167/01) eingeschlagenen Richtung, die im umgekehrten Fall bereits zur Anerkennung ausländischer Gesellschaften in Deutschland geführt hat.

5. Kapitalschutz, insbesondere bei Cash Pooling

Mit Blick auf die anhaltende Unsicherheit um die kapitalerhaltungsrechtliche Zulässigkeit von Cash Pool-Systemen in Deutschland im Nachgang zum Urteil des BGH vom 24. November 2003 (II ZR 171/01, Forum Juris 3/2004 und 1/2005) sieht der Referentenentwurf eine Ergänzung des Auszahlungsverbot in § 30 Abs. 1 GmbHG vor: „Wird das Stammkapital durch eine Vorleistung aufgrund eines Vertrags mit einem Gesellschafter angegriffen, so gilt das Verbot des Satzes 1 nicht, wenn die Leistung im Interesse der Gesellschaft liegt.“ Unter „Vorleistung“ sind insbesondere Darlehensvergaben und Stundungsgewährungen an den Gesellschafter zu verstehen. Eine nahezu identische Ergänzung wird in der aktienrechtlichen Kapitalschutzvorschrift des § 57 AktG vorgenommen.

Damit knüpft der Gesetzgeber ausdrücklich an die durch das BGH-Urteil vom 24. November 2003 entstandene Rechtsunsicherheit, insbesondere mit Blick auf die Praxis des Cash Pooling, an und eröffnet einen Ausweg aus dem kapitalschutzrechtlichen Dilemma. Die Entwurfsbegründung weist ausdrücklich darauf hin, dass ein Cash Pooling „in der üblichen Ausgestaltung“ regelmäßig im Interesse der Tochtergesellschaft liege und die Ausleihungen kurzfristig seien. Ob die Teilnahme am Cash Pool und jede einzelne Pooleinzahlung jeweils im Interesse der Gesellschaft liegt und damit den Anforderungen des Befreiungstatbestandes nach § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG-E genügt, soll anhand einer Gesamtbetrachtung der „Interessen-Indizien“ beurteilt werden. In einer nicht abschließenden Liste möglicher „Interessen-Indizien“ werden die aus der BGH-Rechtsprechung bekannten Ausnahmekriterien (Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs, Drittvergleich, Bonität des Schuldners bzw. adäquate Besicherung) sowie die kurzfristige Kündbarkeit aufgeführt, aber auch Vorkehrungen, „die es dem Geschäftsführer der Tochtergesellschaft ermöglichen, eine wesentliche Verschlechterung der Bonität des Schuldners frühzeitig zu erkennen“. In aller Deutlichkeit stellt die Entwurfsbegründung fest, dass „Leistungen aus und im Rahmen der freien Rücklagen im Hinblick auf die Kapitalerhaltungsregeln völlig unproblematisch sind, gleichviel ob damit eine Kreditierung verbunden ist oder nicht“.

6. Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen

Obwohl das deutsche Rechtssystem keinen gutgläubigen Erwerb von Forderungen und sonstigen Rechten kennt, sollen GmbH-Geschäftsanteile künftig unter bestimmten Voraussetzungen gutgläubig erworben werden können. Zu Gunsten des Erwerbers wird der Inhalt der Gesellschafterliste insoweit als richtig gelten, als die den Geschäftsanteil betreffende Eintragung im Zeitpunkt des Erwerbs seit mindestens drei Jahren unrichtig in der Gesellschafterliste enthalten und kein Widerspruch zum Handelsregister eingereicht worden ist. Wie bei jedem gutgläubigen Erwerb wird dies nicht gelten, wenn dem Erwerber die Unrichtigkeit bekannt ist. Dadurch wird in der Praxis der Nachweis der Anteilshaberschaft erleichtert, und der damit verbundene Zusatzaufwand, etwa im Rahmen einer Due Diligence, reduziert. Zugleich wird die Bedeutung der Gesellschafterliste aufgewertet, denn künftig soll gegenüber der Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter gelten, der in der beim Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste aufgeführt ist. Bei Anteilsänderungen hat der beurkundende Notar die Gesellschafterliste unmittelbar nach der Beurkundung einzureichen.

Allerdings wird der Veräußerer auch künftig sämtliche Anteilsänderungen und Gesellschafterwechsel der letzten drei Jahre nachweisen müssen. Es bleibt abzuwarten, ob sich die nun einsetzenden öffentlichen Erörterungen des MoMiG über die dogmatischen Schwierigkeiten eines gutgläubigen Anteilserwerbs hinwegsetzen und sich von dem vorgeschlagenen Konzept überzeugen lassen werden.

7. Abschaffung des eigenkapitalersetzenden Darlehens

Die Regeln über das Eigenkapitalersatzrecht (§§ 32a, 32b GmbHG) sollen aufgehoben und in die Insolvenzordnung eingefügt werden. Die vom BGH entwickelten Rechtsprechungsregeln werden ausdrücklich abgeschafft. Daraus folgt eine deutliche Entwirrung des bisherigen, kaum noch überschaubaren Nebeneinanders von Novellenregeln (§§ 32a, 32b GmbHG) und Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG analog). Bisher gilt, dass der Rückforderungsanspruch des Gesellschafters, der der GmbH in der „Krise der Gesellschaft“ ein Darlehen gewährt, im Falle der nachfolgenden Insolvenz der Gesellschaft nachrangig, also erst nach Erfüllung der Gesellschaftsschulden gegenüber

außenstehenden Dritten, bedient wird. Gleiches gilt nach ständiger Rechtsprechung in analoger Anwendung für die Darlehensrückforderungsansprüche eines Aktionärs gegenüber der AG. Dagegen sieht das MoMiG vor, dass jegliche Darlehensforderungen eines Gesellschafters gegenüber seiner Gesellschaft in der Insolvenz der GmbH bzw. AG ohnehin nachrangig sein sollen. Außerhalb der Insolvenz aber werden Gesellschafterdarlehen wie jedes andere Darlehen behandelt. Dies bedeutet, dass künftig nicht mehr zu überprüfen ist, ob ein Gesellschafterdarlehen „eigenkapitalersetzend“ ist. Zugleich wird die mitunter schwierige Definition der „Krise“ der Gesellschaft entbehrlich.

Bisher besagen die vom BGH entwickelten Rechtsprechungsregeln, dass die Gesellschaft auf eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen weder Tilgungs- noch Zinsdienste leisten darf (§ 30 Abs. 1 GmbHG analog). Geschieht dies doch, muss der Gesellschafter die Tilgungsrate bzw. Zinszahlung unverzüglich zurückerstatten (§ 31 Abs. 1 GmbHG analog). Zudem haftet der Geschäftsführer der Gesellschaft wegen Verstoßes gegen das Auszahlungsverbot persönlich nach § 43 Abs. 3 GmbHG bzw. § 93 AktG. Nach dem Referentenentwurf des MoMiG soll der Geschäftsführer außerhalb der Insolvenz der Gesellschaft jedes Gesellschafterdarlehen vereinbarungsgemäß bedienen können und müssen – ungeachtet einer möglicherweise bestehenden Gesellschaftskrise. Verstöße gegen §§ 30, 31 GmbHG analog sind durch Tilgungs- und Zinszahlungen auf Gesellschafterdarlehen nicht mehr denkbar, und die persönliche Haftung des Geschäftsführers entfällt. Das Kleinbeteiligungsprivileg, demzufolge die Eigenkapitalersatzregeln auf nicht geschäftsführende Gesellschafter mit höchstens 10%iger Beteiligung nicht anwendbar sind, bleibt im Rahmen der Neuregelung in der Insolvenzordnung bestehen. Allerdings wird die Kleinbeteiligungsschwelle sowohl für die GmbH als auch für die AG einheitlich auf 10% festgelegt (§ 39 Abs. 5 InsO-E). Auch das Sanierungsprivileg, demzufolge die Eigenkapitalersatzregeln auf Sanierungsdarlehen eines Erwerbers in der Krise keine Anwendung finden, soll erhalten bleiben (§ 39 Abs. 4 InsO-E).

8. Erweiterung der Insolvenzverschleppungshaftung

Allerdings bleibt die persönliche Geschäftsführerhaftung für solche Fälle bestehen, in denen gerade durch die Zahlung bzw. Rückzahlung die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft erst hervorgerufen wird (§ 64 Abs. 2 GmbHG-E). Für die fehlende Erkennbarkeit der Zahlungsunfähigkeit trägt der Geschäftsführer die Darlegungs- und Beweislast. Da der Gesetzgeber § 64 Abs. 2 GmbHG explizit als insolvenzrechtliche Norm einordnet, findet diese Haftungsregelung auch auf ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz in Deutschland Anwendung, die der GmbH vergleichbar sind (z. B. Limited, BV, etc.).

9. Bekämpfung der „Bestattungsfälle“

Den so genannten „Firmenbestattern“, die durch Anteilsübertragung mit anschließender Sitzverlegung, Firmenänderung und Gesellschafter-/Geschäftsführerwechsel eine ordnungsgemäße Liquidation der Gesellschaft zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger vereiteln, sagt der Referentenentwurf des MoMiG den Kampf an. Die Zustellung an die Gesellschaft wird durch die künftige Pflicht zur Hinterlegung einer zustellungsfähigen Adresse beim Handelsregister sowie die Vereinfachung der öffentlichen Zustellung erleichtert und beschleunigt. Damit entfällt die oft ergebnislose und dennoch zeit- und kostenaufwändige Suche nach dem Aufenthalt eines „abgetauchten“ Geschäftsführers. Zudem kann ein zusätzlicher Empfangsberechtigter in das Handelsregister eingetragen werden. Im Falle ihrer Führungslosigkeit soll die Gesellschaft durch jeden Gesellschafter vertreten werden. Der Gesellschafter wird zukünftig ein eigenes Insolvenzantragsrecht haben. Bei Verletzung der korrespondierenden Insolvenzantragspflicht gelten für den Gesellschafter dann insbesondere die Haftungsregeln der Insolvenzverschleppung (§ 64 Abs. 2 GmbHG) mit ihren strafrechtlichen Konsequenzen (§ 84 GmbHG-E).



10. Bestellungsverbote für Geschäftsführer

Der bestehende Katalog der Bestellungsverbote für Geschäftsführer wird um einige Tatbestände erweitert, insbesondere um die aktien- bzw. GmbH-rechtlichen Straftatbestände der vorsätzlich falschen Angaben und vorsätzlich unrichtigen Darstellungen der Vermögensverhältnisse und Beteiligungen der Gesellschaft (§§ 399, 400 AktG, § 82 GmbHG) sowie den Straftatbestand der vorsätzlichen Pflichtverletzung bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit (§ 401 AktG, § 84 GmbHG). Die Bestellungsverbote gelten auch für gesetzliche Vertreter der deutschen Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft.

Hinweis:

Obwohl der Referentenentwurf derzeit keine Änderung der seit längerem kontrovers diskutierten Sacheinlagevorschriften vorsieht, steht zu erwarten, dass ein Vorschlag für eine Deregulierung der Sacheinlagevorschriften nachgetragen wird.

Das Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts

Zeitgleich mit der Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE) ist am 18. August 2006 das Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts in Kraft getreten. Das Gesetz dient zur Umsetzung der Verordnung als auch zur Implementierung der Richtlinie 2003/72/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, welche bis zum 18. August 2006 umgesetzt werden musste. Die Verordnung gilt zwar unmittelbar, jedoch machen in ihr enthaltene Wahlmöglichkeiten und Verweise auf nationales Recht ein Ausführungsgesetz erforderlich.

Zusätzlich zum Gemeinschaftsrecht haben die internationalen Rechnungslegungsstandards (IAS/IFRS) den Anstoß zur Novellierung des Genossenschaftsrechts gegeben. Aufgrund des den Mitgliedern zustehenden Kündigungsrechts in Verbindung mit einem Anspruch auf sofortige Auszahlung des Geschäftsanteils legte eine Anwendung von IAS 32 nahe, bisher nach Handelsrecht definiertes Eigenkapital als Fremdkapital auszuweisen. Durch entsprechende Satzungsgestaltung sollen genossenschaftliche Geschäftsguthaben auch bei einer Bilanzierung nach IAS/IFRS einem Eigenkapitalausweis uneingeschränkt zugänglich werden.

Neben den bereits aufgeführten Zielen dient das Gesetz zur Modernisierung des Genossenschaftsrechts und zur Steigerung der Attraktivität der Rechtsform der Genossenschaft. Hierzu sollen die Gründung von Genossenschaften erleichtert und die Rahmenbedingungen für kleine Genossenschaften verbessert werden.

Die Neuerungen des Genossenschaftsgesetzes

1. Erweiterung des Förderungsauftrages um soziale und kulturelle Belange

Während bisher aufgrund der in § 1 Abs. 1 GenG enthaltenen beispielhaften Aufzählung der Begriff der „Förderung“ mehrheitlich ökonomisch interpretiert wurde, erfolgt durch die ersatzlose Streichung der Aufzählung als auch die Einfügung der Worte „soziale und kulturelle Belange“ eine Klarstellung. Hierdurch fordert der Gesetzgeber künftig zur verstärkten Gründung von Schulgenossenschaften, Sportgenossenschaften, Mediengenossenschaften aber auch Theater- oder Museumsgenossenschaften auf.

2. Erleichterungen für kleinere Genossenschaften

Richtungsweisend für die Erleichterungen war das Statut der Europäischen Genossenschaft. Durch eine Anpassung der nationalen Regelungen sollte auch eine Minderung der Attraktivität der deutschen Genossenschaft gegenüber der Europäischen Genossenschaft vermieden werden.

Indem die in § 4 GenG vorgeschriebene Mindestanzahl der Gründungsmitglieder von bisher sieben auf drei herabgesetzt wird, soll der Zugang zur Rechtsform der Genossenschaft vornehmlich für kleine bis mittlere Unternehmen erleichtert werden.

Dem Ziel des erweiterten Zugangs dient auch die Zulassung von Sacheinlagen im Rahmen der Gründung und des Beitritts zur Genossenschaft durch die Satzung, welche jetzt § 7a Abs. 3 GenG vorsieht. In der Praxis dürfte dieses vorwiegend Dienstleistungs- und Produktionsgenossenschaften mit einem engen, überschaubaren Mitgliederkreis betreffen.

Hinsichtlich so genannter „Kleinstgenossenschaften“, d. h. Genossenschaften mit maximal 20 Mitgliedern, erlaubt der neu eingefügte § 9 Abs. 1 S. 2 GenG den Verzicht auf einen Aufsichtsrat. Ferner eröffnet der geänderte § 24 Abs. 2 GenG diesen Genossenschaften die Möglichkeit, per Satzung das Bestehen des Vorstandes aus nur einer Person festzulegen.

3. Stärkung der Eigenkapitalbasis

Die Stärkung des Eigenkapitals bezweckt zum einen die Möglichkeit, „investierende“ Mitglieder aufzunehmen, als auch die Option, in der Satzung ein Mindestkapital vorzusehen.

In Übereinstimmung mit Art. 14 Abs. 1 UAbs. 2 der GenossenschaftsVO ermöglicht der neu eingefügte § 8 Abs. 2 GenG Personen, die für die Nutzung oder Produktion der Güter bzw. die Nutzung oder Erbringung der Dienste der Genossenschaft nicht in Frage kommen, als investierende Mitglieder zuzulassen. Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, so muss mittels entsprechender Satzungsregelung die Gewährleistung des Förderzweckes sichergestellt werden. So dürfen die zu fördernden Mitglieder nicht überstimmt und Beschlüsse, die nach Gesetz oder Satzung einer qualifizierten Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen bedürfen, von den investierenden Mitgliedern nicht verhindert werden können.

Des Weiteren darf die Zahl der investierenden Mitglieder im Aufsichtsrat ein Viertel der Organmitglieder nicht übersteigen.

Entgegen der bisherigen Regelung schafft der neu eingefügte § 8 a GenG die Möglichkeit, ein Mindestkapital in der Satzung festzulegen. Hierdurch kann es zur Aussetzung der Auszahlung von Genossenschaftsanteilen kommen, falls durch die Auszahlung das Mindestkapital unterschritten würde. Diese Aussetzungssperre würde selbst im Falle der Kündigung einzelner Geschäftsanteile greifen.

Ergänzend zur Möglichkeit der Mindestkapitalfestlegung kann gemäß des ebenfalls neu eingefügten § 73 Abs. 4 GenG die Satzung die Guthabenauszahlung unter einen Zustimmungsvorbehalt stellen.

Wird von den nun möglich gewordenen Satzungsregelungen Gebrauch gemacht, so soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers einer Ausweisung von genossenschaftlichen Geschäftsguthaben als Eigenkapital nach IAS 32 nichts mehr im Wege stehen. Eine Verschlechterung der Eigenkapitalquote sollte auf diesem Wege vermieden werden.

4. Ausweitung des Mehrstimmrechtes bei Unternehmensgenossenschaften

Unternehmensgenossenschaften, d. h. solche, die aus über 75 v.H. Unternehmern i.S.v. § 14 BGB bestehen, können gemäß des geänderten § 43 Abs. 3 GenG in der Satzung die Gewährung von Mehrstimmen vorsehen. Jedoch darf jedes mehrstimmberechtigte Mitglied nicht mehr als zehn v.H. der in der Generalversammlung anwesenden Stimmen ausüben.

5. Stärkung der Mitgliedsrechte

Die Rechte der Mitglieder werden zum einen durch die Möglichkeit, in der Satzung das Fassen von Beschlüssen in schriftlicher oder elektronischer Form vorzusehen, als auch zum anderen durch die Einführung des Rechts, bei Erreichen eines Quorums eine Generalversammlung zur etwaigen Auflösung der Vertreterversammlung einberufen zu können, gestärkt.

Der neu eingefügte § 43 Abs. 7 GenG schafft die Möglichkeit, auch die an der Teilnahme an der Generalversammlung verhinderten Mitglieder an der Entscheidungsfindung unmittelbar partizipieren zu lassen. Konnten diese bisher nur auf die Möglichkeit der Ertei-

lung einer Stimmvollmacht verwiesen werden, so kann die Satzung zukünftig eine Regelung dahingehend vorsehen, dass Beschlüsse auch schriftlich oder in elektronischer Form gefasst werden können.

Der neu eingefügte § 43 a Abs. 7 GenG ermöglicht die unverzügliche Einberufung einer Generalversammlung zur Abschaffung der Generalversammlung, wenn zehn v.H. der Mitglieder oder ein in der Satzung bestimmtes niedrigeres Quorum eine entsprechende Eingabe machen. Zur Einberufung einer außerordentlichen General- oder Vertreterversammlung reicht ebenfalls gemäß des geänderten § 45 Abs. 1 S. 1 GenG bereits die Eingabe von zehn v.H. der Mitglieder bzw. ein in der Satzung bestimmtes niedrigeres Quorum aus.

6. Stärkung der Rechte des Aufsichtsrates

Der geänderte § 39 Abs. 1 GenG sieht bei Klagen gegen den Vorstand die Vertretung der Genossenschaft durch den Aufsichtsrat oder, falls dieser aufgrund der geringen Mitgliederzahl nicht vorhanden ist, durch einen Bevollmächtigten vor.

7. Sonstige Neuerungen

Neben der sprachlichen Modernisierung enthält das Gesetz eine Reihe von kleineren Neuerungen. Beispielfür die Einberufung der Generalversammlung auf zwei Wochen (§ 46 Abs. 1 S. 1 GenG) und die Implementierung der durch das Bilanzrechtsreformgesetz geänderten handelsrechtlichen Befangenheitsregeln für Kreditgenossenschaften in § 55 Abs. 2 GenG aufgeführt.

In sprachlicher Hinsicht wurden insbesondere die Begriffe „Genosse“ durch „Mitglied“ und „Statut“ durch „Satzung“ ersetzt.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass das Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts zu begrüßen ist.

Beraterverträge von Aufsichtsratsmitgliedern sind nur in Grenzen zulässig

Aufsichtsräte sollen Gesellschaften überwachen und erhalten dafür eine Vergütung. Diese ist im Verhältnis zur Bedeutung und zum Risiko der Tätigkeit eines Aufsichtsrates nicht selten recht bescheiden. Weil Aufsichtsräte neben ihrer Überwachungstätigkeit oft zugleich professionelle Dienstleister sind, kommt es in der Unternehmenspraxis häufig vor, dass Aufsichtsräte mit den von ihnen überwachten Gesellschaften Beraterverträge schließen. Die Unternehmen werden bei Abschluss solcher Beraterverträge – von Sonderfällen abgesehen – pikanterweise von den Vorständen vertreten, also denjenigen Personen, die der Aufsichtsrat beaufsichtigen soll.

Dass es bei dieser Konstellation zu schlagzeilenrächigen Interessenkonflikten kommen kann, liegt auf der Hand. Bekanntes Beispiel dafür ist das des Aufsichtsratsvorsitzenden der Bankgesellschaft Berlin, eines Rechtsanwalts: Während dieser einerseits die Bankgesellschaft Berlin überwachte, beriet seine Kanzlei das Finanzinstitut offenbar auf der Basis einer Mandatsvereinbarung.

Vergütungsregelung in der Satzung oder durch die Hauptversammlung

Ein solches Vorgehen ist nach geltender Rechtslage nicht grundsätzlich unzulässig. Maßgeblich ist vielmehr die konkrete Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses. Das Aktiengesetz (AktG) bestimmt, dass eine angemessene Vergütung für die Tätigkeit eines Aufsichtsrats nur in der Satzung der Gesellschaft oder von der Hauptversammlung festgestellt werden darf (§ 113 AktG). Mit dieser Regelung will der Gesetzgeber Gläubiger und Aktionäre vor überhöhten Aufsichtsratsvergütungen schützen und eine Festsetzung der Vergütung des Aufsichtsrats durch den von ihm überwachten Vorstand verhindern. Konsequenz dieser gesetzlichen Regelung: Verträge zwischen Aufsichtsräten und Gesellschaft sind unwirksam, wenn Gegenstand der Verträge Tätigkeiten sind, die gleichzeitig zu den Pflichten eines Aufsichtsrats gehören.



Abgrenzung zulässiger und unzulässiger Beraterverträge

Erhebliche praktische Schwierigkeiten bestehen aber bei der Abgrenzung zwischen den organschaftlichen Pflichten eines Aufsichtsrats – hier sind Verträge mit der Gesellschaft unzulässig – und sonstigen Tätigkeiten für eine Gesellschaft. Hier gilt folgende Grundregel: Zulässig sind Vereinbarungen über konkrete Dienstleistungen eines Aufsichtsrats, die das operative Tagesgeschäft einer Gesellschaft betreffen; unzulässig sind Beratungsvereinbarungen, die übergeordnete Fragen der Unternehmensführung zum Gegenstand haben.

Beraterverträge sind zustimmungspflichtig

Soweit aber Beraterverträge zwischen einem Mitglied des Aufsichtsrats und der Gesellschaft Bereiche betreffen, die nicht zu den Überwachungs- und damit verbundenen Beratungspflichten eines Aufsichtsrats gehören, sind diese Verträge zulässig. Aus Gründen der Transparenz bedürfen sie jedoch der Zustimmung des Aufsichtsratsgremiums (§ 114 AktG), soweit es sich um Dienstverträge, beispielsweise Beraterverträge oder Werkverträge, handelt. Arbeitsverträge hingegen werden – wohl im Hinblick auf die Arbeitnehmervertreter im mitbestimmten Aufsichtsrat – von der Zustimmungspflicht ausdrücklich ausgenommen. Fehlt die Zustimmung des Aufsichtsrats zu einem zustimmungspflichtigen Vertrag, ist dieser nichtig.

In der Praxis sollten Aufsichtsräte und Vorstände darauf achten, dass eine möglichst klare Trennung zwischen der Funktion des Aufsichtsrats und der des Dienstleisters gewahrt und gegebenenfalls dokumentiert wird. Weitsichtige Aktionäre sollten Wert darauf legen, dass Aufsichtsräte wirklich eine der Bedeutung und dem Umfang angemessene Vergütung erhalten.

Das Kirch-Urteil des Bundesgerichtshofs – haftungsrechtliche Konsequenzen und Fragen zum Verhältnis von Aufsichtsrat und Vorstand einer Aktiengesellschaft

Mit Urteil vom 24. Januar 2006 hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, dass dem Medienunternehmer *Leo Kirch* Schadensersatzansprüche gegen die *Deutsche Bank AG* (im Folgenden: „*Deutsche Bank*“) und deren ehemaligen Aufsichtsratsvorsitzenden *Rolf-E. Breuer* zustehen, weil *Breuer* in einem Interview im Frühjahr 2002 kreditgefährdende Aussagen zu Lasten des Medienkonzerns von *Kirch* getätigt hat und dieser daraufhin am Markt keine Kredite mehr generieren bzw. bestehende Kredite verlängern konnte (BGH, Urteil vom 24. Januar 2006, Az.: XI ZR 384/03, NJW 2006, Seiten 830 ff.). In Reaktion auf das Urteil legte *Breuer* Anfang Mai 2006 sein Amt als Aufsichtsratsvorsitzender der *Deutschen Bank* nieder. Sowohl die Entscheidung des BGH als auch die Amtsniederlegung *Breuers* greifen einige für das gesellschaftsrechtliche Haftungssystem und das Verhältnis von Aufsichtsrat zu Vorstand einer Aktiengesellschaft grundlegende Aspekte auf.

I. Zum Sachverhalt des Kirch-Urteils

Im Mai 1998 gewährte die *Deutsche Bank* der zum *Kirch*-Konzern gehörenden *PrintBeteiligungs GmbH* ein Darlehen über € 1,4 Mrd., welches durch Verpfändung der von der *PrintBeteiligungs GmbH* an der *Axel Springer AG* gehaltenen Anteile gesichert wurde. Zudem sicherte die *TaurusHolding GmbH & Co. KG* (im Folgenden: „*TaurusHolding*“), die Muttergesellschaft des *Kirch*-Konzerns, der *Deutschen Bank* zu, bei einem Absinken des Kurswertes der verpfändeten Aktien der *Axel Springer AG* unter € 55,- je Aktie der *Deutschen Bank* weitere Sicherheiten zu stellen. Als zu Beginn des Jahres 2002 die *Kirch*-Gruppe in massive finanzielle Probleme geriet und diese öffentlich diskutiert wurden, gab *Breuer* – damals noch Vorstandssprecher der *Deutschen Bank* – Anfang Februar 2002 dem amerikanischen Wirtschafts-Fernsehsender *Bloomberg TV* ein Interview, in dem er u.a. folgende Aussagen tätigte:

Bloomberg: „*Kirch hat sehr, sehr viele Schulden, sehr hohe Schulden. Wie exponiert ist die Deutsche Bank?*“

Breuer: „*Relativ komfortabel (...) – der Kredit, den wir haben, ist*

1. zahlenmäßig nicht einer der größten, sondern relativ im mittleren Bereich und

2. voll gesichert durch ein Pfandrecht auf Kirchs Aktien am Springer Verlag.

Uns kann eigentlich nichts passieren (...).“

Bloomberg: „*Die Frage ist ja, ob man mehr ihm [Kirch] hilft, weiter zu machen.*“

Breuer: „*Das halte ich für relativ fraglich. Was alles man darüber lesen und hören kann ist ja, dass der Finanzsektor nicht bereit ist, auf unveränderter Basis noch weitere Fremd- oder gar Eigenmittel zur Verfügung zu stellen. Es können also nur Dritte sein, die sich gegebenenfalls für eine – wie Sie gesagt haben – Stützung interessieren.“*

Anfang April 2002 stellte die *KirchMedia GmbH & Co. KGaA*, eine weitere Gesellschaft des *Kirch*-Konzerns, Insolvenzantrag. In dessen Folge machte *Kirch* gegenüber der *Deutschen Bank* und *Breuer* Schäden geltend, die die Aussagen *Breuers* im zitierten Interview bei ihm (*Kirch*), der *TaurusHolding* und der *PrintBeteiligungs GmbH* hervorgerufen hätten, da es der *Kirch*-Gruppe wegen der Aussagen *Breuers* unmöglich geworden sei, am Markt neue Kredite aufzunehmen oder bestehende zu verlängern. Etwaige Ansprüche der *TaurusHolding* und der *PrintBeteiligungs GmbH* waren an *Kirch* abgetreten worden.

II. Zur rechtlichen Würdigung durch den BGH

Der BGH bejaht in seinem Urteil eine Schadensersatzverpflichtung sowohl der *Deutschen Bank*, die sich die Aussagen *Breuers* als ihres Vorstandssprechers zurechnen lassen muss, als auch *Breuers* persönlich. Dabei haften die *Deutsche Bank* und *Breuer* gesamtschuldnerisch. Die *Deutsche Bank* – so der BGH – habe gegenüber der *PrintBeteiligungs GmbH* ihre Loyalitäts- und Interessenwahrungspflichten aus dem Darlehensvertrag verletzt sowie die Pflicht, die Kreditwürdigkeit der *PrintBeteiligungs GmbH* nicht zu gefährden; zudem habe sie in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der *PrintBeteiligungs GmbH* eingegriffen. Durch die Aussagen *Breuers* seien die Kreditwürdigkeit der *Kirch-Gruppe* sowie daraus folgend die Geschäftsbeziehungen zu Banken sowie zu anderen potenziellen Kreditgebern und damit auch die ungestörte Fortführung der *PrintBeteiligungs GmbH* beeinträchtigt worden. *Breuer* selbst sei mangels eigener vertraglicher Beziehungen zur *PrintBeteiligungs GmbH* keine Vertragsverletzung, sondern allein eine Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes der *PrintBeteiligungs GmbH* vorzuwerfen. Originäre Ansprüche *Kirchs* persönlich oder der *TaurusHolding* verneinte der BGH hingegen.

III. Haftungsrechtliche Konsequenzen des Urteils

1. Die Verneinung von Ansprüchen der *TaurusHolding* – kein „umgekehrter“ Konzerndurchgriff

Die Verneinung von Ansprüchen der *TaurusHolding* bedeutet zunächst eine Stärkung des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips und damit einhergehend eine gewisse Absage an das in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur ohnehin umstrittene Prinzip der Konzernvertrauenshaftung. Zwar hatte die *TaurusHolding* gegenüber der *Deutschen Bank* durch ihre Zusicherung, im Falle des Kursabsinkens der Aktien der *Axel Springer AG* weitere Sicherheiten zu stellen, ein gewisses „Konzernvertrauen“ auf das Entstehen für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaft erzeugt. Jedoch entschied der BGH, dass dies nicht dazu führe, dass die *TaurusHolding* in den Schutzbereich des Darlehensvertrags miteinbezogen würde und hierüber Schadensersatzansprüche herleiten könne. Der BGH bekräftigt hierdurch, dass eine Verbindung

mehrerer Gesellschaften – mehrerer juristischer Personen – in einem Konzern die rechtliche Trennung der Gesellschaften grundsätzlich unberührt lässt und dass erzeugtes Konzernvertrauen jedenfalls nicht zu einer „umgekehrten“ Konzernvertrauenshaftung führt, in deren Wege die „Konzernvertrauen“ erweckende Konzernmutter Haftungsansprüche gegenüber dem vertragsbrüchigen Vertragspartner ihrer Konzerntochter herleiten könnte. Ein „umgekehrter“ Konzerndurchgriff findet insofern nicht statt.

2. Die persönliche Haftung *Breuers* – kein haftungsbegrenzender Internalisierungsvorbehalt

Indem der BGH die persönliche Haftung *Breuers* bejahte, revidierte er das insofern noch anders lautende Urteil des *Oberlandesgerichts München* in der Berufungsinanz. Ansatzpunkt für die Haftung *Breuers* ist nach dem BGH, dass *Breuer* durch die von ihm als seinerzeitigem Vorstandssprecher der *Deutschen Bank* getätigten Aussagen zwar zunächst lediglich eine Pflicht verletzte, die ihm intern gegenüber der *Deutschen Bank* und nicht gegenüber der *PrintBeteiligungs GmbH* oblag, nämlich die organschaftliche Pflicht, alles zu unterlassen, was die *Deutsche Bank* schädigen könnte, „insbesondere sie einem Schadensersatzanspruch der *PrintBeteiligungs GmbH* in Millionenhöhe“ auszusetzen. Jedoch ist zu beachten, dass die Verletzung interner Pflichten im vorliegenden Falle zu einem erheblichen Drittschaden geführt hat, so dass es durchaus vertretbar erscheint, den rechtssystematischen Grundsatz zu begrenzen, dass eine Verletzung interner Pflichten einer Organsperson grundsätzlich nicht zu deren persönlichen Außenhaftung führen kann (sog. „Internalisierungsvorbehalt“). Der BGH betont nämlich, dass es die ureigenste Aufgabe einer Organsperson ist, dafür Sorge zu tragen, dass die juristische Person ihre Pflichten ordnungsgemäß erfüllt und nicht verletzt. Dementsprechend muss dann das, was der juristischen Person versagt ist, auch der für sie handelnden Organsperson versagt sein. Es geht – so der BGH – „nicht an, anzunehmen, Pflichten seien nur an den Unternehmensträger, nicht aber an das Organ adressiert, gleichzeitig aber die Möglichkeit einer eigenen deliktsrechtlichen Haftung des Organs mit dem Argument zu leugnen, dessen Verhalten sei Handeln der juristischen Person selbst, so dass das Organ seinem Unternehmen gar nicht selbständig gegenübertrete [...]“.

IV. Innergesellschaftlicher Regress der Deutschen Bank gegen Breuer

Aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung der *Deutschen Bank* und *Breuers* kann die *Deutsche Bank* im Falle ihrer Inanspruchnahme möglicherweise Regress beim eigentlichen Schadensverursacher und somit Primärverantwortlichen, *Breuer*, nehmen. Als Regressnorm einschlägig ist insofern insbesondere der spezielle § 93 Abs. 2 AktG, wonach Vorstandsmitglieder einer AG bei einer Verletzung ihrer Pflichten der Gesellschaft gegenüber Schadensersatz leisten müssen. Durchzusetzen hat diese Schadensersatzansprüche seitens der Gesellschaft nach § 112 AktG dann der Aufsichtsrat, welcher gemäß §§ 116, 93 AktG wiederum selber haftet, sofern er die Durchsetzung der Schadensersatzansprüche vernachlässigt. Da der Aufsichtsrat bei seinem Handeln stets dem Unternehmenswohl verpflichtet ist, darf er von der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches gegen ein Vorstandsmitglied allerdings (und nur) dann absehen, wenn die Anspruchsdurchsetzung der AG mehr schadet als ein Verzicht hierauf, z. B. wenn negative Auswirkungen auf Geschäftstätigkeit und Ansehen der Gesellschaft in der Öffentlichkeit oder eine Beeinträchtigung des Betriebsklimas auf dem Spiel stehen. Die konkrete Entscheidung des Aufsichtsrats der *Deutschen Bank* bleibt abzuwarten.

V. Die Niederlegung des Amtes des Aufsichtsratsvorsitzenden durch Breuer als Folge einer Interessenkollision

Die Niederlegung des Amtes des Aufsichtsratsvorsitzenden durch *Breuer* Anfang Mai 2006 erscheint im Ergebnis durchaus konsequent. Aufgrund seiner grundsätzlichen Regresspflicht gegenüber der *Deutschen Bank* einerseits und seiner Pflicht als Aufsichtsratsvorsitzender andererseits, die Regressansprüche der *Deutschen Bank* (gegen sich selbst) durchzusetzen, befand sich *Breuer* im Amt des Aufsichtsratsvorsitzenden in einer Situation erheblicher Interessenkollision. In einer solchen Situation aber kann durchaus angenommen werden – was im Einzelnen allerdings umstritten ist –, dass aus der allgemeinen aktienrechtlichen Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft die Pflicht des Aufsichtsratsmitgliedes folgt, sein Amt niederzulegen. Zudem entspricht die Amtsniederlegung *Breuers* auch den Regeln des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) – welchen *Breuer* als Mitglied der entsprechenden Regierungskommission im Übrigen selbst mit beschlossen hat: Nach Nr. 5.5.2 DCGK soll jedes Aufsichtsratsmitglied Interessenkonflikte offen legen, und nach Nr. 5.5.3 DCGK soll der Aufsichtsrat die Hauptversammlung hierüber unterrichten; bei wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikten in der Person eines Aufsichtsratsmitgliedes soll dessen Mandat enden. Im Fall *Breuer* erscheint es nun durchaus möglich, angesichts der möglichen Schadensdimension und der daraus resultierenden Regresssumme, einen solch nachhaltigen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt zwischen der Tätigkeit *Breuers* als Aufsichtsratsvorsitzendem der *Deutschen Bank* und als Privatperson anzunehmen.



VI. Praktische Relevanz

Die praktische Relevanz des *Kirch*-Urteils findet sich insbesondere mit Blick auf die Haftungsrisiken der Tätigkeit eines Vorstandsvorsitzenden, welche auch auf andere exponierte Organe und Organspersonen übertragen werden können: Zum einen veranschaulichen die zitierten Passagen aus dem Interview *Breuers* und die durch sie ausgelösten Folgen für den *Kirch*-Konzern (und letztendlich auch für die *Deutsche Bank* und *Breuer* selbst), dass eine Organsperson die möglichen Folgen öffentlicher Äußerungen bezüglich geschäftlicher Angelegenheiten stets sorgsam und im Vorhinein abzuschätzen hat, mögen die Aussagen auch nur Offensichtliches oder Bekanntes beinhalten. Unbedachte, leichtfertig getätigte Äußerungen einer Organsperson sind auch nicht vom Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 GG) gedeckt, wenn sich aus ihnen vertrags- oder sonstiges pflichtwidriges Verhalten ergibt. Dies hat der *BGH* an mehreren Stellen im Urteil betont (z. B. Randziffern 41, 99, 102 des Urteils). Zum anderen hat sich nach dem *Kirch*-Urteil und der in ihm enthaltenen Absage des *BGH* an einen Internalisierungsvorbehalt auch das persönliche Haftungsrisiko von Organspersonen ganz allgemein erweitert. Auch dies unterstreicht die Notwendigkeit zur gebotenen Vorsicht bei der Vornahme geschäftlicher Handlungen; diese liegt nicht zuletzt im Eigeninteresse der Organsperson.

Doch keine allgemeine Rentenversicherungspflicht für Gesellschafter-Geschäftsführer

Selbstständige unterliegen der Rentenversicherungspflicht, wenn sie keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind (§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI, so genannte „arbeitnehmerähnliche Selbstständige“). Die rot-grüne Regierung hatte durch Einführung dieser Vorschrift mit dem Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. Dezember 1998 mit Wirkung ab 1. Januar 1999 versucht, die Erosion des versicherten Personenkreises durch die wachsende Überführung von versicherungspflichtigen Beschäftigten in arbeitnehmerähnliche selbstständige Tätigkeiten aufzuhalten und um offenkundig auch Lächer in der Rentenkasse zu stopfen. Begründet wurde die Einführung der Norm mit dem einem Arbeitnehmer vergleichbaren Schutzbedürfnis dieser von einem Auftraggeber abhängigen Selbstständigen.

Die Gesetzesänderung traf viele Selbstständige, die ihre eigene Tätigkeit niemals als abhängig und damit sozialversicherungspflichtig eingeschätzt haben und deshalb bereits privat für die Altersversorgung disponiert hatten, hart. Bis zum Urteil des Bundessozialgerichts vom 24. November 2005 (Az.: B 12 RA 1/04 R) waren es jedoch eher Handelsvertreter und freiberufliche Berater, die sich mit der Rentenversicherungspflicht konfrontiert sahen, soweit sie auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig waren und keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigten. Das Wesentlichkeitsmerkmal wird von der Deutschen Rentenversicherung dann als erfüllt angesehen, wenn der Selbstständige mehr als 5/6tel seiner gesamten Einkünfte aus der Tätigkeit für lediglich einen Auftraggeber erhält. Nicht wenige Selbstständige stellten daraufhin Familienmitglieder ein, um der Versicherungspflicht zu entgehen, wenn sie tatsächlich nur einen Hauptauftraggeber hatten.

Das Bundessozialgericht erstreckte die Reichweite des § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI in seinem Urteil vom 24. November 2005 jedoch auch auf potentiell alle selbstständigen GmbH-Geschäftsführer, also alle Gesellschafter-Geschäftsführer, die in der Gesellschafterversammlung maßgeblichen Einfluss auf die Belange der Gesellschaft nehmen können. Zu dieser Einschätzung gelangte das Gericht, weil es für die Frage der Abhängigkeit von im Wesentlichen einem Auftraggeber auf die GmbH selbst als Auftraggeber des Gesellschafter-Geschäftsführers abstellte. Es hätte nahe gelegen, zu prüfen, ob die GmbH selbst lediglich von einem Auftraggeber abhängig war oder aber über mehrere Kunden oder Vertragspartner verfügte. Denn häufig wird versucht, ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis durch Gründung einer Ein-Personen-GmbH zu vermeiden, deren Gesellschafter-Geschäftsführer gleichermaßen sozial von dem einen Auftraggeber abhängig ist. Nach Ansicht des Bundessozialgerichts sei jedoch die GmbH der einzig in Betracht kommende Auftraggeber, es sei irrelevant, wie viele Auftraggeber die GmbH selbst habe.

Als Konsequenz wären alle GmbH-Geschäftsführer der Rentenversicherungspflicht unterworfen, die nicht selbst versicherungspflichtige Arbeitnehmer beschäftigen, da sie stets nur die GmbH als Auftraggeber hätten vorweisen können. Diese Auslegung des § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI befand jedoch sogar die Deutsche Rentenversicherung als zu weitgehend. In einer Pressemitteilung vom 4. April 2006 teilte sie mit, dass sie das Urteil nicht anwenden und bei der gewohnten Verwaltungshandhabung bleiben wolle, die auf die Anzahl der Auftraggeber und der Beschäftigten der GmbH abstelle. Das Urteil entspreche nicht dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung.

Das um Stellungnahme gebetene Ministerium für Arbeit und Soziales pflichtete der Deutschen Rentenversicherung bei und stellte einen Änderungsantrag vom 17. Mai 2006 zum Haushaltbegleitgesetz 2006, mit dem eine gesetzliche Klarstellung des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI bezweckt wird, die zu einer Fortführung der bisherigen Verwaltungspraxis der Sozialversicherungsträger führen soll. Es kommt also nicht auf das Binnenverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer, sondern auf die Verhältnisse zwischen Gesellschaft und Dritten an. Die Gesetzesänderung ist am 1. Juli 2006 in Kraft getreten und bringt Rechtssicherheit in der Frage der rentenversicherungsrechtlichen Behandlung von selbstständigen Gesellschafter-Geschäftsführern.

Weiterhin schwierig bleibt die Abgrenzung von selbstständigem Gesellschafter-Geschäftsführer und stets rentenversicherungspflichtigem abhängigen Fremdgeschäftsführer, für die die Rechtsprechung der Sozialgerichte eine Fülle von Kriterien entwickelt hat. Wenn zum Beispiel die Kapitalbeteiligung des Geschäftsführers weniger als 50 % beträgt, ist anhand dieser Kriterien nach wie vor im Einzelfall zu prüfen, ob eine abhängige oder eine selbstständige Beschäftigung vorliegt.

Die Verwirrung über das Urteil des Bundessozialgerichts zeigt, dass alle Selbstständigen stets über die Entwicklungen im Bereich des Rechts der Rentenversicherung informiert bleiben sollten. Bei den im Bereich der arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen häufigen Zweifelsfragen kann eine rechtzeitige Beratung Selbstständige, die bereits privat für ihr Alter vorgesorgt haben, vor dem Schrecken hoher Beitragsnachforderungen der Sozialversicherungsträger bewahren.



Zur Formbedürftigkeit der Verlustübernahmeerklärung eines Gesellschafters

Die Erklärung eines Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft, er werde alle ihr entstehenden Verluste ausgleichen, stellt keine unentgeltliche, notariell zu beurkundende Verpflichtung dar. Diese vom Gesellschafter eingegangene Verpflichtung wird auch durch den Eintritt der Insolvenz der Gesellschaft nicht hin-fällig, sofern die Beteiligten dies nicht ausdrücklich vereinbart haben.

Dies entschied der BGH in seinem Urteil vom 8. Mai 2006 (II ZR 94/05) und hob das Berufungsurteil des OLG München auf, um die Sache aufgrund ungeklärter Sachverhaltsfragen zur neuen Verhandlung an einen anderen Senat des OLG zurückzuverweisen. Gegenstand des von der Presse aufmerksam verfolgten Verfahrens war die Klage des Insolvenzverwalters der *Sportgate AG* gegen *Boris Becker*, der – mit 5% beteiligt – zu den Gründungsgesellschaftern der eine Internetplattform betreibenden Gesellschaft gehörte. In der Gründungsphase der Gesellschaft hatte *Becker* an der Bar eines Washingtoner Hotels schriftlich folgende Erklärung abgegeben:

„Ich verpflichte mich hiermit gegenüber der Sportgate AG i.G. sowohl unverzüglich Verluste, die während des Geschäftsganges eintreten, bis zu einer Summe von 1,5 Millionen Euro mittels geeigneter Maßnahmen auszugleichen, als auch die Versorgung der Gesellschaft in dieser Zeit mit flüssigen Mitteln sicher zu stellen, so dass die Gesellschaft jederzeit ihren finanziellen Verpflichtungen nachkommen kann.“

Kurz nach Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister wurde über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter der *Sportgate AG* hielt *Becker* aufgrund der abgegebenen Erklärung für verpflichtet, die Verluste der Gesellschaft bis zu einer Höhe von 1,5 Millionen Euro auszugleichen.

Während das Berufungsgericht der Auffassung war, dass die Erklärung schon deshalb nichtig sei, weil sie eine Schenkung an die Gesellschaft darstelle und als solche der notariellen Beurkundung bedurft hätte, entschied der BGH anders. Er sah allein in der Abgrenzung zwischen Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit einer Leistung im Zusammenhang mit Finanzierungszusagen oder bei der Kreditsicherheitenstellung durch einen Gesellschafter nichts gewonnen und argumen-

tierte, dass derartige Zusagen regelmäßig ohne unmittelbare Gegenleistung, wohl aber vor dem Hintergrund abgegeben werden, dass sich der Gesellschafter davon eine Stärkung der Gesellschaft und damit mittelbar eine Verbesserung seiner durch die Mitgliedschaft vermittelten Vermögenslage verspreche. Die Erklärung werde im Hinblick auf die eigene Gesellschaftserstellung (*causa societatis*) abgegeben. Das Bestehen einer solchen *causa* für das Eingehen einer solchen Verpflichtung schließe die Anwendung der Schenkungsregeln aus.

Weiterhin war nach Auffassung des BGH aus der Erklärung auch nicht ersichtlich, dass die Verpflichtung zur Übernahme der Verluste nur auf die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschränkt sei. Die Verlustübernahmeerklärung werde ihrem Inhalt nach durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht unerfüllbar. Da die Klage lediglich auf die Verlustübernahmeerklärung gestützt war, bedurfte dagegen die Frage, ob die darüber hinaus in der Erklärung enthaltene Zusage, die Schuldnerin mit Liquidität auszustatten, nur eine Pflicht zur Abwendung der Insolvenz beinhaltete, keiner Klärung.

Das Urteil des BGH steht mit der bisherigen wohl herrschenden Meinung zur zivilrechtlichen Einordnung von Patronats-, Verlustübernahmeerklärungen und verdeckten Einlagen im Einklang, auf die die Schenkungsregelungen der § 516ff BGB keine Anwendung finden sollen und die deshalb grundsätzlich nicht formbedürftig sind.

Kombinierte Beschlussfassung bei der GmbH

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einer neueren Entscheidung (II ZR 135/04) abschließend zu der Frage Stellung genommen, welche Anforderungen Beschlüsse erfüllen müssen, die im Wege der sogenannten kombinierten Beschlussfassung getroffen werden. Eine kombinierte Beschlussfassung liegt vor, wenn hinsichtlich desselben Beschlussgegenstandes einige Gesellschafter ihre Stimme in der Gesellschafterversammlung, andere Gesellschafter hingegen ihre Stimme schriftlich abgeben. Dieses Verfahren ist gesetzlich nicht geregelt. § 48 GmbHG sieht lediglich vor, dass Beschlüsse in Versammlungen oder alternativ im schriftlichen Verfahren gefasst werden.

In der juristischen Literatur bestand lange Zeit Unklarheit, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Kombination beider Beschlussarten zulässig ist. Es wurde überwiegend die Ansicht vertreten, dass eine kombinierte Beschlussfassung in allseitigem Einverständnis zulässig sei. Als Argument wurde angeführt, dass die Gesellschafter selbst Herren des Beschlussverfahrens seien und es daher keiner besonderen Satzungsregelung bedürfe, wenn alle Gesellschafter ihr Einverständnis mit dem Beschlussverfahren erklärt hätten.

Nachdem der BGH in einer früheren Entscheidung die Frage offen lassen konnte, ob eine kombinierte Beschlussfassung auch ohne entsprechende Satzungsgrundlage durchgeführt werden kann, hat er nunmehr in der oben genannten neueren Entscheidung klargestellt, dass eine kombinierte Beschlussfassung nur dann möglich ist, wenn dies ausdrücklich in der Satzung vorgesehen wurde. Ohne eine entsprechende Regelung in der Satzung ist der Beschluss ansonsten nichtig, selbst wenn sämtliche Gesellschafter sich mit dem Abstimmungsverfahren einverstanden erklärt haben.

Der BGH begründet dies damit, dass es ansonsten zu Wertungswidersprüchen mit den Einberufungsvorschriften einer Gesellschafterversammlung kommen könne. Einberufungsmängel würden hier zur Nichtigkeit der Beschlüsse führen. Sofern nun überhaupt kein zugelassenes Abstimmungsverfahren stattgefunden habe, müsste dies daher ebenfalls die Nichtigkeit der Beschlüsse zur Folge haben.

Für die Praxis gilt daher, dass – mangels einer anderweitigen Satzungsbestimmung – die Beschlüsse entweder in Gesellschafterversammlungen oder im Wege des schriftlichen Verfahrens gefasst werden müssen. Die Notwendigkeit einer kombinierten Beschlussfassung dürfte meist gering sein, da über Stimmrechtsvertreter oder über das schriftliche Verfahren gemäß § 48 Abs. 2 Alt. 2 GmbHG ausreichend Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um schnell und unkompliziert Beschlüsse fassen zu können. Wollen die Gesellschafter sich die Möglichkeit einer kombinierten Beschlussfassung offen halten, so ist zwingend die Satzung entsprechend anzupassen.

Des Weiteren ist darauf zu achten, dass – wie bei der schriftlichen Abstimmung auch – der Beschluss im kombinierten Verfahren förmlich festgestellt wird. Nach Auffassung des BGH gilt der Beschluss bei (teilweiser) schriftlicher Abstimmung in der Regel erst dann als gefasst, wenn er vom Geschäftsführer festgestellt und allen Gesellschaftern mitgeteilt wurde.

Eigenkapitalersatzrecht – Nachhaltige Wiederherstellung des Stammkapitals (OLG München v. 24. Februar 2006 – 7 U 4776/05)

Mit der oben genannten Entscheidung hat das OLG München der laufenden Rechtsprechung des BGH für die GmbH folgend bestätigt, dass eine vollständige Entschuldung einer Gesellschaft (GmbH) die Verstrickung von Eigenkapital ersetzenden Darlehen nur dann beendet, wenn das Stammkapital der GmbH nachhaltig wiederhergestellt ist.

Sachverhalt der Entscheidung

Verkürzt ging es in der o.g. Entscheidung des OLG München um folgenden Sachverhalt:

B war Gesellschafter und Geschäftsführer der M-GmbH, der er ein Darlehen gewährt hatte, für das er bereits einen Rangrücktritt erklärt hatte. 1999 kündigte die Hausbank der M-GmbH die Kredite. Daraufhin veräußerte die M-GmbH wesentliche Aktiva (Nutzungsrechte) und tilgte mit dem Erlös sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft, u.a. auch die Darlehen, die B und weitere Gesellschafter zur Verfügung gestellt hatten. In der Folgezeit erwirtschaftete die M-GmbH weitere Verluste, so dass sie 2001 erneut Darlehen von Gesellschaftern aufnehmen musste. Danach liefen weiter hohe Verluste auf und schließlich wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter verlangte nun von B Zahlung in Höhe des Betrages des an ihn zurückgezahlten Gesellschafterdarlehens. Das LG hat B entsprechend verurteilt. Das OLG München hat die Berufung des B zurückgewiesen.



Aus den Gründen der Entscheidung

Das OLG München bejahte die Krise der M-GmbH im Jahre 1999 nach der Kündigung der Kredite durch die Hausbank, da sie von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen erhalten hätte und ohne Zufuhr von Liquidität abzuwickeln gewesen wäre. Nach Auffassung des Gerichts lagen keine substantiellen Einwendungen gegen diese Bewertung vor.

Nach Auffassung des Gerichts bestand die Krise zum Zeitpunkt der Rückgewähr der eigenkapitalersatzrechtlich verstrickten Gesellschafterleistungen des B fort und damit auch die Verstrickung des Gesellschafterdarlehens des B.

Denn nach gefestigter Rechtsprechung des BGH endet eine Verstrickung erst und nur dann, wenn es der Gesellschaft gelingt, die Krise zu überwinden. Eine Überwindung der Krise ist jedoch regelmäßig erst dann anzunehmen, wenn es zu einer nachhaltigen Erholung der Gesellschaft kommt und diese mit hinreichender Sicherheit aus eigenen Kräften überleben kann (durchgreifende Besserung der Lage).

Eine solche Erholung hat das Gericht verneint und insbesondere darauf gestützt, dass die M-GmbH erneut der Unterstützung durch ein Gesellschafterdarlehen bedurfte (das wiederum als eigenkapitalersetzend einzustufen war) und aus ihrer gewöhnlichen Geschäftstätigkeit fortlaufend hohe Verluste erwirtschaftete, die einer Einschätzung, es liege bereits eine nachhaltige Erholung vor, nach Auffassung des Gerichts entgegenstehen.

Nach Auffassung des Gerichts beendet auch eine vollständige Entschuldung die Verstrickung nur dann, wenn das Stammkapital nachhaltig wiederhergestellt ist. Bei Fortführung der Gesellschaft kommt es bei der Beurteilung der nachhaltigen Erholung der Gesellschaft auf die günstige Fortführungsprognose an.

Dabei sind stille Reserven nur dann geeignet, die bestehende Kreditwürdigkeit und damit Krise einer GmbH auszuräumen, wenn ein Dritter mit Blick auf solche stillen Reserven bereit ist, weiteren Kredit zu marktüblichen Bedingungen zur Verfügung zu stellen.

Zusammengefasst ergibt sich aus den Urteilsgründen – die mit der laufenden BGH-Rechtsprechung übereinstimmen – folgendes:

Die wirksame Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens, das bereits einmal eigenkapitalersetzenden Charakter hatte, setzt voraus, dass

- das Stammkapital der Gesellschaft vollständig wiederhergestellt ist und
- die Krise der Gesellschaft beendet ist (d.h. nachhaltige Erholung der Gesellschaft); bei Fortführung der Gesellschaft setzt dies voraus, dass die Gesellschaft auch langfristig mit hinreichender Sicherheit aus eigenen Kräften überleben kann.

Folgen für die Praxis

Für die Praxis ergibt sich daraus, dass eine Rückzahlung von eigenkapitalersetzenden Darlehen an den Gesellschafter – insbesondere nach zuvor erfolgter Rangrücktrittsvereinbarung – nur ausnahmsweise in Betracht zu ziehen sein wird. Dies kommt danach u.E. insbesondere nur dann in Frage, wenn zumindest für einen Zeitraum von ein bis zwei Jahren aus den laufenden Geschäften keine Verluste erwirtschaftet werden. Selbstverständlich darf hierbei das Stammkapital durch die Rückzahlung der Gesellschafterdarlehen nicht angegriffen werden. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist jeweils eine Frage des Einzelfalls.



Neuer Wind in Sachen Immobilien-/Fondsfinanzierungen

Nachdem im Juni 2004 der II. Zivilsenat des BGH (Gesellschaftssenat) die Rechte der Verbraucher bei der Finanzierung von Immobilien-/Fondskäufen erheblich gestärkt hatte, hat nunmehr der XI. Zivilsenat des BGH (Bankensenat) in mehreren Entscheidungen die vorangegangenen Urteile in maßgeblichen Punkten relativiert. Mit diesen Urteilen von Ende April/Anfang Mai 2006 wurde nunmehr auch der Streit der beiden vorgenannten Senate dahingehend bereinigt, dass zukünftig ausschließlich der XI. Senat (Bankensenat) die alleinige Zuständigkeit hat.

Der XI. Senat des BGH hat seine Auffassung zementiert, wonach ein Verbundgeschäft nicht vorliegen kann, soweit der Kreditvertrag von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht und der Kredit zu Bedingungen gewährt wurde, die für grundpfandrechtl. Kredite üblich sind. Anwendbar sind auch die Rechtscheinsvorschriften der §§ 171, 172 BGB. Die Verbundregeln des Verbraucherkreditgesetzes (VerbrKrG) stehen dem nicht entgegen. Ein Kreditvertrag, der aufgrund fehlender Pflichtangaben nach § 4 VerbrKrG nichtig wäre, wird gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG gültig, soweit die Darlehensvaluta aufgrund wirksamer Anweisung des Kreditnehmers ausbezahlt wurde. Die Wirksamkeit ist im übrigen auch gegeben, wenn die Darlehensvaluta nicht an den Kreditnehmer direkt, sondern an einen Dritten aufgrund wirksamer Anweisung ausgezahlt wurde.

Der BGH hat jedoch im Interesse der Effektivierung des Verbraucherschutzes bei realkreditfinanzierten Immobilienkäufen und -fondsbeteiligungen, die nicht als verbundenes Geschäft behandelt werden können, die Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht der kreditgebenden Banken zu deren Lasten verschärft. So besteht unter gewissen Voraussetzungen eine widerlegbare Vermutung für das Vorliegen einer Aufklärungspflichtverletzung der finanzierenden Banken unter dem Gesichtspunkt des konkreten Wissensvorsprungs. Die Voraussetzungen hierfür sind, dass Verkäufer oder Fondsiniciator, die beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutionalisierter Art und Weise zusammengewirkt haben. Hierfür genügt jedoch nicht allein, dass zwischen den oben Genannten ständige Geschäftsbeziehungen bestanden. Ein „institutionalisiertes“ Zusammenwirken besteht dann, wenn eine Vertriebsvereinbarung bzw. konkrete Vertriebsabsprachen bestanden, den Verkäufern oder dem Fondsiniciator von der finanzierenden Bank Büroräume überlassen wurden, wenn die Vermittler unbe-

anstandet Kreditformulare der Bank benutzten oder die Vermittler haben der Bank wiederholt Finanzierungen von Eigentumswohnungen oder Fondsbeteiligungen des selben Objekts vermittelt. Weitere Voraussetzung ist, dass der Verkaufs- oder Fondsprospekt evident unrichtig ist. Dies ist dann der Fall, wenn sich die Angaben als objektiv falsch herausstellen und die Bank sich der Kenntnis von der Unrichtigkeit und der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen hat.

Der XI. Senat hat nunmehr unmißverständlich festgestellt, dass der Bank bei Vorliegen eines Verbundgeschäftes und im Falle des Widerrufs kein Zahlungsanspruch auf die Darlehensvaluta gegen den Darlehensnehmer zusteht. Festgehalten hat er auch, dass der Kreditnehmer der finanzierenden Bank gegenüber – unter Berufung auf die Grundsätze des Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriffs – keine Ansprüche entgegenhalten kann, die ihm gegenüber Gründungsgesellschaftern, Fondsiniciatoren, maßgeblichen Betreibern, Managern und Prospektherausgebern zustehen. Der im Jahre 2004 vom II. Zivilsenat des BGH kreierte erweiterte Rückforderungsdurchgriff reduziert sich nunmehr auf die Fallgestaltung, dass der Anleger vom Vermittler arglistig getäuscht wurde. Im übrigen ist dieser Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriff nunmehr kein isolierter Forderungsanspruch gegen die Bank; der arglistig getäuschte Kreditnehmer kann vielmehr lediglich gemäß § 9 Abs. 3 Satz VerbrKrG die Rückzahlung des Kredits verweigern.

Ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss kann der Anleger und Kreditnehmer gegenüber der Bank geltend machen, soweit er durch den Vermittler arglistig getäuscht wurde. In der arglistigen Täuschung durch den Vermittler liegt zugleich auch ein vorsätzliches Verschulden. Dieses vorsätzliche Verschulden ist jedoch zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches aus Verschulden bei Vertragsschluss notwendig.

Der XI. Senat des BGHs musste sich bereits von diversen Oberlandesgerichten die Kritik gefallen lassen, dass die Urteile teilweise nicht begründet bzw. nicht nachvollziehbar wären. Insoweit dürfte das Kapitel „Haftung der Banken bei fehlgeschlagenen Immobilien- und Immobilienfondsfinaanzierungen“ noch nicht endgültig abgeschlossen sein.

Zur Pfändung von Internet-Domains

I. Einleitung

Die Problematik der Pfändung einer Internet-Domain hat aus Sicht des Immaterialgüterrechts grundlegende Fragen aufgeworfen, die angesichts der wirtschaftlichen Werthaltigkeit vieler Domains von nicht minderer praktischer Relevanz sind. Es bedarf nicht nur der Klärung, ob die Pfändung einer Domain überhaupt möglich ist, sondern im Bejahensfall auch, was der genaue Gegenstand der Pfändung ist: Ist es die Domain als solche, womit sie gleichzeitig als absolutes Recht vergleichbar einem Markenrecht anerkannt würde, oder sind es die Ansprüche, die der Domain-Inhaber gegenüber der Registrierungsstelle DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft („DENIC“) hat. Bereits bei der Formulierung des Pfändungsantrages ist die Rechtspraxis auf Rechtssicherheit bei diesen Fragen angewiesen, will sie nicht Gefahr laufen, dass die Pfändung einer Domain ins Leere geht.

II. Entscheidung des BGH

Der BGH hat nunmehr in einem praktisch bedeutsamen Beschluss vom Mai diesen Jahres (Az: VII ZB 5/05) zu diesen Fragen Stellung genommen und eine lange geführte Kontroverse in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur entschieden, indem er zunächst die generelle Verwertbarkeit von Domains im Wege der Pfändung bejaht hat. Gleichzeitig hat er entschieden, dass Pfändungsgegenstand nicht die Domain als solche ist, sondern die Ansprüche des Domaininhabers gegen die Registrierungsstelle DENIC. Eine Pfändung der Domain als solche könne nicht erfolgen, da sie kein der Pfändung zugängliches absolutes Recht verkörpere, das sich in den Bestand der existierenden Immaterialgüterrechte einreihe. Dazu fehle es an grundlegenden Voraussetzungen. So bedürften Immaterialgüterrechte der gesetzlichen Anerkennung, was bei den auf privater Basis eingetragenen Domains nicht der Fall sei. Zudem sei im Bereich der Kennzeichenrechte vor der Registereintragung eine gewisse Mindestprüfung der angemeldeten Kennzeichen erforderlich, wozu es bei den ungeprüft eingetragenen Domains ebenfalls nicht komme. Und schließlich wäre die nicht erwünschte Konsequenz einer Anerkennung von Domains als absoluten Rechten, dass der Schutzstandard der gegenwärtigen Kennzeichenrechte unterlaufen würde. Den gegenständlichen Fall hat der BGH dem Instanzgericht zur Entscheidung unter Berücksichtigung der vorgenannten Gesichtspunkte zurückverwiesen.

In dem entschiedenen Fall hat der BGH im Unterschied zur Vorinstanz auch die Art und Weise bestätigt, in der die Ansprüche des Domain-Inhabers gepfändet wurden. Es genüge, die Hauptforderung des Domain-Inhabers gegenüber der DENIC auf Aufrechterhaltung und Umregistrierung zu pfänden. Dies ist bemerkenswert, da damit keine Pfändung eines Übertragungsanspruchs erfolgt, der nach den Geschäftsbedingungen der DENIC auch nicht existiert. Diese sehen nämlich vor, dass anstelle einer Übertragung eine Kündigung und Neuregistrierung erfolgen muss, um den Domain-Inhaber zu wechseln.

III. Weitere Auswirkungen der BGH-Entscheidung für die Praxis

Zusätzlich zur Zulässigkeit einer Pfändung von Internet-Domains hat der BGH auch die Verwertung der gepfändeten Ansprüche des Schuldners gegen die DENIC durch Überweisung an Zahlungs statt zu einem Schätzwert bestätigt. Gerade die Möglichkeit der Verwertung zu einem Schätzwert führt zu einer Erleichterung der nur schwer zu bewertenden Domains. Allerdings hat der BGH in dem zitierten Urteil offen gelassen, welche Grundsätze für die Schätzung gelten bzw. an welchen Maßstäben sich eine solche Schätzung orientieren muss.

IV. Bewertung und Ausblick

Angesichts der Verbreitung von Domains ist durch die BGH-Entscheidung in einem wirtschaftlich bedeutsamen Feld Rechtssicherheit hergestellt und der Vollstreckungszugriff der Gläubiger bzw. der Inhaber von ordnungsgemäß bestellten Pfandrechten auf Internet-Domains sichergestellt worden. Die zunehmende wirtschaftliche Bedeutung von Domains, die auch als Kaufgegenstand, Lizenzobjekt und Kreditsicherheit im Rechtsverkehr eine wachsende Rolle spielen, spiegelt sich damit auch im Vollstreckungsrecht wieder. Offen gelassen hat der BGH allerdings die Grundsätze, die für die Ermittlung eines Schätzwertes gelten sollen.

Wir stellen vor: Service Line Real Estate

An verschiedenen Standorten unserer Gesellschaft arbeiten erfahrene Rechtsanwälte in dem Bereich Immobilienrecht. Das fachliche Know-how dieser Kollegen ist bei *Raupach & Wollert-Elmendorff* in der Service Line *Real Estate* standortübergreifend zusammengefasst.

Ein Überblick über unser Beratungsangebot:

- Überprüfung und Entwurf von Kauf- und gewerblichen Miet- bzw. Pachtverträgen
- Durchführung von legal due diligences im Vorfeld des Erwerbs von Immobilien
- Beratung der öffentlichen Hand und von Unternehmen im Bereich des öffentlichen und privaten Baurechts
- Beratung von Immobilienfonds und Kapitalanlegern
- Vertretung von Unternehmen in den vorgenannten immobilienrechtlichen Bereichen vor den jeweiligen Gerichten
- Allgemeine immobilienrechtliche Fragen.

Wir beraten Unternehmen aus den unterschiedlichsten Branchen und Größen. Mittelständisch geprägte Unternehmen gehören ebenso zu unseren Mandanten wie börsennotierte Gesellschaften und deutsche Tochterunternehmen mittlerer und großer internationaler Konzerne. Besonderes Augenmerk richten wir dabei im Rahmen der allgemeinen Beratung unserer Mandanten auf die immobilienrechtlichen Implikationen, die sich im Hinblick auf konkrete vertragliche Gestaltungen unabhängig von der Größe des Mandanten ergeben können, so z.B. bezüglich der Einhaltung der Schriftform der §§ 550, 578 BGB beim Abschluss von langfristigen gewerblichen Miet- bzw. Pachtverträgen.

Im Rahmen von Immobilienkäufen bzw. -verkäufen begleiten wir unsere Mandanten von der rechtlichen Prüfung der Immobilie (z. B. Mietverträge, behördliche Bescheide, baurechtliche Situation usw.) über die Strukturierung der Transaktion bis hin zur Vertragsgestaltung. Auch im Rahmen späterer Verhandlungen, Gespräche und rechtlicher Fragestellungen zwischen den Vertragsparteien stehen wir unseren Mandanten

rechtsberatend zur Seite. Soweit notwendig oder gewünscht, vermitteln wir auch Kontakte zu Beratern, die außerhalb der Rechtsberatung tätig sind. Hierzu gehören insbesondere Immobilienwertgutachter, technische und bautechnische Gutachter, Facility Management-Gesellschaften und Banken, die die Akquisition von Immobilien finanzieren.

Innerhalb der Service Line *Real Estate* verstehen wir es als unsere Hauptaufgabe, die von unseren Mandanten vorgegebenen wirtschaftlichen und strukturellen Zielsetzungen optimal auf die immobilienrechtlichen Erfordernisse abzustimmen.

Wir arbeiten eng mit den anderen Service Lines von *Raupach & Wollert-Elmendorff* zusammen. Bei grenzüberschreitenden Projekten greifen wir zudem auf ein Netzwerk international kooperierender Rechtsanwaltskanzleien mit ca. 1.500 Rechtsanwälten weltweit zurück. Die spezialisierten Rechtsanwälte an den europäischen Standorten unserer Kooperationskanzleien sind für den Bereich *Immobilienrecht* in der *EU European Real Estate Law Service Line* zusammengefasst. Die internationale Zusammenarbeit ermöglicht es uns, unseren Mandanten innerhalb kürzester Zeit kompetente Lösungsansätze auch für grenzüberschreitende Fragestellungen anzubieten.

Noch Fragen zu unserer Service Line *Real Estate*?

Ihre Ansprechpartner stehen Ihnen selbstverständlich gern zur Verfügung.



Impressum

Unsere Autoren in dieser Ausgabe

RAin Sara Melanie **Bandehzadeh**, LL.M., Hamburg

RA Dr. Sebastian **Baum**, EMLE, Hamburg

RA Dr. Peter C. **Fischer**, M.C.J., Frankfurt am Main

RA Christian **Hald**, Stuttgart

RA Dr. Christoph **Herrlich**, München

RA Timo **Kläner**, Berlin

RA Dr. Karsten **Raupach**, München

RAin Sandra **Schauerte**, Hannover

RA Dr. Dr. Boris **Schilmar**, Düsseldorf

RA Michael K. **Schneider**, Stuttgart

RA Eckhard **von Voigt**, MBA, Berlin



Ansprechpartner

Büro Berlin

Neues Kranzler Eck
Kurfürstendamm 23
10719 Berlin
Tel: (+49-30) 2 54 68-04
Fax: (+49-30) 2 54 68-136

Ansprechpartner:
RA/Notar Torsten Bloch
Email: tbloch@raupach-we.de

Büro Düsseldorf

Schwannstraße 6
40476 Düsseldorf
Tel: (+49-211) 87 72-04
Fax: (+49-211) 87 72-2537

Ansprechpartner:
RA Georg Lehmann
Email: glehmann@raupach-we.de

Büro Frankfurt am Main

Franklinstraße 48
60486 Frankfurt am Main
Tel: (+49-69) 71 91 884-0
Fax: (+49-69) 71 91 884-4

Ansprechpartner:
RA Dr. Peter C. Fischer, M.C.J.
Email: pfischer@raupach-we.de

Büro Hamburg

Hanse-Forum
Axel-Springer-Platz 3
20355 Hamburg
Tel: (+49-40) 37 85 38-0
Fax: (+49-40) 37 85 38-11

Ansprechpartner:
RA Matthias Mielke
Email: mmielke@raupach-we.de

Büro Hannover

Georgstraße 52
30159 Hannover
Tel: (+49-511) 30 75 59-3
Fax: (+49-511) 30 75 59-50

Ansprechpartner:
RA/StB Dr. Harald Stang
Email: hstang@raupach-we.de

Büro München

Rosenheimer Platz 6
81669 München
Tel: (+49-89) 2 90 36 89-01
Fax: (+49-89) 2 90 36 89-11

Ansprechpartner:
RA Dr. Martin Imbeck
Email: mimbeck@raupach-we.de

Büro Stuttgart

Löffelstraße 427
70597 Stuttgart
Tel: (49-711) 6 69 62-0
Fax: (49-711) 6 69 62-62

Ansprechpartner:
RA Dr. Peter Maser
Email: pmaser@raupach-we.de

www.raupach-we.de

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Die Mandanteninformation ist insbesondere nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen.



