

A thick, black, curved line that starts from the top left and arcs towards the bottom left, framing the main title.

Geschäftsführerhaftung aus anwaltlicher und notarieller Sicht

Online-Seminar, 19. Mai 2021

Dr. Ralf Ek und Simon Parviz

Geschäftsführerherausforderungen in der Coronapandemie

Beeinträchtigung der laufenden Geschäftstätigkeit und –überwachung (Beispiele Lieferstörungen, Complianceverstöße im Homeoffice oder Cyberangriffe)

Nutzung staatlicher Hilfsprogramme

Prüfung von Insolvenzrisiken, auch bei Geschäftspartnern

Haftungsrisiko des GmbH-Geschäftsführers

Innenhaftung

Haftung aus Pflichtverletzungen gegenüber der „eigenen“ Gesellschaft

Außenhaftung

Haftung aus Pflichtverletzungen gegenüber Dritten (Banken, Kunden, Lieferanten, Finanzamt, Sozialversicherungen, Mitarbeitern, einzelnen Gesellschaftern), z.B. aus § 69 AO (Steuern) oder § 826 BGB (vorsätzlich sittenwidrige Schädigung)

Innenhaftung: § 43 GmbHG

- (1) Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die **Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes** anzuwenden.
- (2) **Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden.**
- (3) Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn den Bestimmungen des § 30 zuwider Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gemacht oder den Bestimmungen des § 33 zuwider eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben worden sind. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 9b Abs. 1 entsprechende Anwendung. Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, dass dieselben in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.
- (4) Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in **fünf Jahren**.

Innenhaftung: Zusammenfassung

Grundsätzlich sehr weitgehende Haftung zu Lasten von GmbH-Geschäftsführern

Pflicht, in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden

Grundsätzlich Haftung für jede Form von Vorsatz und Fahrlässigkeit

Unbegrenzte Haftung der Höhe nach

Lange Verjährungsfrist von fünf Jahren

Ungünstige Beweislastverteilung gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG analog (Pflichtwidrigkeit und Verschulden des Geschäftsführers werden vermutet)

Innenhaftung: Pflichtenkreise

Einhaltung der Gesetze und gesellschaftsinternen Kompetenzen

Sorgfältige Unternehmensleitung unter Beachtung der Vorgaben der Gesellschafter und der Satzung

Kooperative Zusammenarbeit mit Mitgeschäftsführern und anderen Gesellschaftsorganen

Beachtung der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft

Business Judgement Rule

§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG

Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

BGH NJW 2017, 578

Sind die in § 93 I AktG normierten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und ist damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit im Sinne von § 266 StGB begründet; für eine gesonderte Prüfung der Pflichtverletzung als „gravierend“ bzw. „evident“ ist insoweit kein Raum.

Business Judgement Rule: Voraussetzungen

Unternehmerische Entscheidung (unter Unsicherheit und bei Handlungsalternativen)

Beschaffung angemessener Informationen

- ▶ Nutzung aller verfügbaren Erkenntnisquellen (BGH NJW 2013, 3636)
- ▶ Abhängig u.a. von Tragweite und Risiko der Maßnahme sowie Relevanz, Zeit und Kosten
- ▶ Due Diligence bei Unternehmenskauf (OLG Oldenburg NZG 2007, 434; LG München I ZIP 2010, 2451)
- ▶ Gutachten: Erstellung durch unabhängigen und spezialisierten Experten auf Basis ausreichender Tatsachengrundlage mit nachfolgender Plausibilitätsprüfung durch die Geschäftsleitung (vgl. für Rechtsrat BGH NZG 2011, 1271 (Ision) und BGH AG 2017, 662), zu Fairness Opinions vgl. OLG Köln NZG 2013, 548; OLG Stuttgart BeckRS 2018, 35625

Handeln im Interesse der Gesellschaft / frei von Sonderinteressen

Innenhaftung: Praxisrelevante Beispiele I

Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht

- ▶ Fehlerhafte Kalkulation eines Angebots – BGH NZG 2008, 314
- ▶ vorzeitige Ablösung eines Darlehens trotz höherer Vorfälligkeitsentschädigung – BGH NZG 2008, 751
- ▶ Nichtabsicherung eines Exportgeschäftes – OLG Jena NZG 2001, 86
- ▶ Kauf eines Unternehmens bei Interesse des Geschäftsführers an der Vermeidung von Verlusten – OLG Frankfurt GmbH 2017, 974
- ▶ Abschluss eines Rahmenvertrages ohne zuvor bestehende Kundenschutzklausel – OLG München GmbH 2018, 518

Innenhaftung: Praxisrelevante Beispiele II

Verstoß gegen die Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflicht

Verstoß gegen Überwachungspflicht anderer Geschäftsführer

- ▶ Ressortaufteilung (BGH NZG 2019, 225)
 - Klare und eindeutige Aufteilung
 - Vollständige Aufteilung aller Geschäftsführungsaufgaben
 - Aufgabenwahrnehmung durch fachlich und persönlich geeignete Personen
 - Überwachung und Eingriffspflicht

Innenhaftung: Praxisrelevante Beispiele III

Verstoß gegen die Treuepflicht

- ▶ Auszahlung von nicht mit Gesellschaftern verabredetem Gehalt – BGH DStR 2002, 227
- ▶ Verwendung der Firmenkreditkarte für private Zwecke – OLG Koblenz GmbHR 2007, 874
- ▶ Auszahlung nicht betrieblich veranlasster Spesen – OLG München GmbHR 2013, 813
- ▶ Zahlungen an eine vom Geschäftsführer beherrschte Gesellschaft ohne adäquate Gegenleistungen – OLG Naumburg ZIP 2014, 1735
- ▶ Bezahlung von Fortbildungsmaßnahmen für Bekannte des Geschäftsführers – OLG Koblenz GmbHR 2014, 599
- ▶ Anschaffung/Anmietung von Gegenständen für private Zwecke – OLG München GmbHR 2018, 1058

Innenhaftung: Praxisrelevante Beispiele IV

Kompetenzüberschreitung

- ▶ Folgen im Innenverhältnis und Außenverhältnis
- ▶ Praxisrelevant: Haftung und fristlose Kündigung

Einberufung der Gesellschafterversammlung bei hälftigem Verlust des Stammkapitals

Schadensersatzpflicht in der Insolvenz – Arens GWR 2021, 64 zu den Änderungen der Geschäftsführerplichten durch das SanInsFoG

- ▶ Krisenfrüherkennungs- und Krisenmanagementsysteme – Nickert/Nickert GmbH 2021, 401
- ▶ Fristen bei der Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO)
- ▶ Neufassung von § 15b InsO
- ▶ In der Praxis: Einschaltung spezialisierter Berater

Innenhaftung: Weitere Haftungsvoraussetzungen

Verschulden

- ▶ Eine Pflichtverletzung ist vom GF dann zu vertreten, wenn er die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht eingehalten und dabei zumindest fahrlässig gehandelt hat
- ▶ Mangelnde eigene Fähigkeiten und Kenntnisse muss der Geschäftsführer durch Einschaltung unabhängiger, qualifizierter und fachlich geeigneter Berater ausgleichen – BGH NZG 2011, 1271; OLG Düsseldorf AG 2016, 410

Schaden und Kausalität

- ▶ Durch die schuldhafte Pflichtverletzung des Geschäftsführers muss ein adäquat kausaler Schaden bei der Gesellschaft eingetreten sein. Für die Berechnung des Schaden gelten die allgemeinen Grundsätze (Differenzhypothese). Der zu ersetzende Schaden umfasst neben dem eingetretenen Vermögensverlust auch den nach regelmäßigen Umständen zu erwartenden entgangenen Gewinn gemäß § 252 BGB – BGH NJW 2009, 2598
- ▶ Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten ist möglich – BGH NZG 2018, 733

Innenhaftung: Weitere Haftungsvoraussetzungen

Darlegungs- und Beweislast

- ▶ Die Gesellschaft hat grundsätzlich die Beweislast hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale der die Haftung des Geschäftsführers begründenden Normen
- ▶ § 93 Abs. 2 S. 2 AktG findet jedoch analog Anwendung und sieht hiervon insofern abweichend eine Beweislastumkehr vor, als in Frage steht, ob der Geschäftsführer die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes beachtet hat (also bezogen auf Pflichtwidrigkeit des Verhaltens und Verschulden) – BGH NZG 2011, 549
- ▶ Problematisch ist Beweislastumkehr bei ausgeschiedenen Geschäftsführern (Einsichtnahmerecht) – BGHZ 152, 280; OLG Köln NZG 2020, 110 (bei Erben); zu Details Groh ZIP 2021, 724; zum Datenschutzrecht bei Haftungsfällen vgl. Hirschfeld/Gerhold ZIP 2021, 394

Verjährung

- ▶ Gemäß § 43 Abs. 4 GmbHG verjähren die Ansprüche aus § 43 Abs. 1-3 GmbHG innerhalb von fünf Jahren
- ▶ Schadenersatzansprüche aufgrund anderer Haftungsnormen als § 43 GmbHG verjähren selbständig – in der Regel gilt daher die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB

Außenhaftung des Geschäftsführers: Beispiele

Verletzungen von Innenhaftungsregeln i.d.R. nicht ausreichend – BGH NJW 2019, 2164

Verletzung von Schutzgesetzen

- ▶ **Subventionsbetrug** – BGH WM 2014, 367
- ▶ **Untreue** – BGH NJW 2018, 3093; OLG Thüringen GmbHR 2011, 813 (Mithaftung für „Schwester-GmbH“)
- ▶ **Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen** – BGH WM 2019, 419 (Beschäftigung von Scheinselbständigen); BGH NJW 2017, 886 (zum Vorsatz)
- ▶ **Insolvenzverschleppung** – BGH ZIP 2012, 1455 (Schadenersatz für Neugläubiger); BGH ZIP 2012, 723 (Beweiserleichterung bei Verletzung der Buchführungspflicht)

Sittenwidrige Schädigung

- ▶ Spekulation zu Lasten Dritter – BGH NJW 2008, 2437

Schuldbetritt

- ▶ Zahlungszusage des Geschäftsführers einer zahlungsunfähigen GmbH – BGH GmbHR 2021, 313

Neue Entwicklungen mit Haftungspotential

Compliancestärkung – LG München I NZG 2014, 345

- ▶ Konzern-Compliance – Schockenhoff / Roßkopf / Arnold AG 2021, 66; Fleischer/Korch ZIP 2021, 709
- ▶ Hinweisgeberschutzgesetz – Dilling CCZ 2021, 60
- ▶ Sorgfaltspflichtengesetz – Wagner / Ruttloff / Wagner / Hahn CB 2021, 89
- ▶ Verbandssanktionengesetz – Voges / Perchermeier GWR 2021, 96

Geschäftsgeheimnisse – LG Düsseldorf CB 2021, 124 zu angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen

Datenschutz – Adelberg / Spittka / Zapf CB 2021, 96

Transparenzregister - Reuter BB 2021, 707

Maßnahmen zur Haftungsminimierung

Corporate Compliance und Kontrolle der Haftungsrisiken

Beschränkung der Innenhaftung (Auswahl)

- ▶ Modifizierung des Haftungsmaßstabs
- ▶ Ausschlussfristen für Geltendmachung von Schadenersatz
- ▶ Generalbereinigung / Generalquittung
- ▶ Ressortverteilung
- ▶ **Entlastung** (zur Reichweite der Präklusionswirkung OLG Düsseldorf GmbHR 2021, 30)
- ▶ **Weisungsbeschlüsse der Gesellschafterversammlung** (außer bei Nichtigkeit oder bei Verstößen gegen öffentliches Recht und §§ 30, 31 GmbHG)

Freistellung von Außenhaftung

D&O-Versicherung (zur Deckung von Ansprüchen bei verbotenen Zahlungen in der Krise vgl. BGH NZG 2021, 291)

Die 10 goldenen Regeln für Geschäftsführer (Lutter GmbHHR 2000, 31)

Einhaltung der Gesetze (insbesondere Kapitalerhaltung, Buchführung, Sozialversicherungsbeiträge, rechtzeitige Insolvenzanmeldung u.v.m.)

Einhaltung von Satzung und Geschäftsordnung

Einhaltung der Regeln des Dienstvertrages

Einhaltung von Weisungen der Gesellschafter, sofern diese nicht offensichtlich gesetzeswidrig, nichtig oder kapitalerhaltungswidrig sind

Ordnungsgemäße Organisation der Gesellschaft

Kontrolle der Organisation

Regelmäßige Kontrolle der Liquidität und Finanzlage der Gesellschaft

Vermeidung übergroßer Risiken

Vermeidung, mindestens aber Offenlegung aller Konflikte zwischen den Interessen der GmbH und den Eigeninteressen des Geschäftsführers

Sorgfältige Vorbereitung (und Dokumentation) geschäftlicher und unternehmerischer Entscheidungen

In „eigener“ Sache

Literaturtipp zur Vertiefung



Haftungsfragen bei Kapitalerhöhungsmaßnahmen

Insbesondere hinsichtlich der Versicherung, dass die Einlage zur freien Verfügung des Geschäftsführers erbracht worden ist

Möglichkeiten der Kapitalerhöhung

- ▶ Übernahme eines neuen Geschäftsanteils / Erhöhung des Nennwerts der bestehenden Geschäftsanteile
- ▶ Barkapitalerhöhung
- ▶ Sachkapitalerhöhung
- ▶ Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln

Verfahren einer regulären Kapitalerhöhung bei einer GmbH

- ▶ Satzungsändernder Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Kapitalerhöhung (§ 55 Abs. 1 GmbHG)
- ▶ Ggf. Zulassungsbeschluss (§ 55 Abs. 2 GmbHG)
- ▶ Übernahme der neuen Stammeinlage (§ 55 Abs. 1 GmbHG)
- ▶ Erbringung der tatsächlichen Leistung auf das erhöhte Kapital, Anmeldung und Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister (§ 57 GmbHG)

Bei jedem dieser Schritte können Fehler passieren, die eine Haftung auslösen!

Übernahme eines neuen Geschäftsanteils / Erhöhung des Nennwerts der bestehenden Geschäftsanteile

- ▶ Voraussetzung für diese Art der Kapitalerhöhung: Inhaber muss zu Gründern gehören oder den Anteil voll geleistet haben
- ▶ Aufstockung muss ausdrücklich in den Kapitalerhöhungsbeschluss aufgenommen werden
- ▶ Übernehmer des Erhöhungsbetrags muss eine notariell beglaubigte/beurkundete Übernahmeerklärung abgeben

Barkapitalerhöhung

- ▶ Bei der Anmeldung der Barkapitalerhöhung müssen alle (§ 78 GmbHG) Geschäftsführer versichern, dass der Einlagebetrag für die Gesellschaftszwecke zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung geleistet wurde (vgl. BHG DNotZ 2002, 808)
- ▶ Die Darlegungs- und Beweislast für die Einzahlung liegt beim betroffenen Gesellschafter
- ▶ Erklärung muss sich auch darauf beziehen, dass die zur freien Verfügung eingezahlten Beträge auch in der Folgezeit nicht an den Einleger zurückgezahlt werden
- ▶ Eine Rückzahlung ist nur unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG zulässig
- ▶ Bei Bareinlagen müssen die neuen Stammeinlagen nur zum Zeitpunkt der Anmeldung gedeckt sein
- ▶ Der Geschäftsführer muss gegenüber dem Registergericht versichern, dass ihm die Einlage endgültig zur freien Verfügung steht, also wirksam geleistet wurde (§ 57 Abs. 2 GmbHG)
- ▶ Wenn diese Erklärung falsch ist, haftet der Geschäftsführer persönlich (§ 57 Abs. 4 i. V. m. § 9a Abs. 1 GmbHG)

Sachkapitalerhöhung

- ▶ Hier sind die Grundsätze der Differenzhaftung anwendbar
- ▶ Bei einer Verschmelzung von GmbHs im Wege der Aufnahme mit Kapitalerhöhung beim übernehmenden Rechtsträger trifft die Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger im Fall der Überbewertung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers mangels gesetzlicher Grundlage jedoch keine Differenzhaftung
- ▶ Auch hier haftet der Geschäftsführer persönlich für eine falsche Erklärung bzgl. der Einlage
- ▶ Im Rahmen von § 82 GmbHG ergeben sich für den Geschäftsführer sogar strafrechtliche Konsequenzen, wenn er falsche Angaben tätigt
 - so z. B., wenn er fälschlicherweise erklärt, dass der auf die Bar- oder Sacheinlagepflicht hin geleistete Gegenstand sich endgültig in der freien Verfügung der Gesellschaft befindet (§ 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG)
 - weitere Beispiele: falsche Angaben bzgl. Kapitalerhöhungsmaßnahmen (§ 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) oder im Rahmen der diesbezüglich vor dem Registergericht abzugebenden Erklärung gemäß § 57i Abs. 1 S. 2 GmbHG (§ 82 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG)

Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln

- ▶ Das Verfahren hierzu ist gesetzlich geregelt in §§ 57c – 57o GmbHG
- ▶ Hier wird kein frisches Kapital von außen zugeführt, sondern Kapital-/Gewinnrücklagen in haftendes Kapital umgewandelt
- ▶ Dem Beschluss ist eine Bilanz zugrunde zu legen, deren Stichtag max. 8 Monate vor der Anmeldung des Beschlusses zur Eintragung ins Handelsregister liegen darf (§§ 57e Abs. 1, 57f Abs. 1 S. 2 GmbHG)
- ▶ Die Bilanz muss bei prüfungspflichtigen Gesellschaftern mit einem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers versehen sein (§§ 57e Abs. 1, 57f Abs. 2 GmbHG)
- ▶ Wird die Erhöhung ohne Prüfung und mit Bestätigungsvermerk versehenem Abschluss beschlossen, so ist der Beschluss nichtig (eine Heilung ist dann nur durch Neuvernahme möglich)

Weitere Hinweise

- ▶ Bei Beschlussmängeln ist der Beschluss nichtig □ Rückabwicklung der Kapitalerhöhung (§§ 241 ff. AktG analog)
- ▶ Wenn eine Heilung (durch Eintragung; § 242 AktG analog) nicht möglich ist, führt die Eintragung zum vorläufigen Bestand der Kapitalerhöhung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeit
- ▶ Im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungsmaßnahmen ist die notarielle Belehrung von enormer Bedeutung
 - Bsp.: Urkunde muss Hinweise auf die Haftung der alten und der neuen Gesellschafter (die Übernehmer haften auch für die nicht erbrachten Stammeinlagen der früheren Gesellschafter und umgekehrt) sowie das Wirksamwerden der Kapitalerhöhung (§ 54 Abs. 3 GmbHG) enthalten
- ▶ Weitere notarielle Aufklärungspflichten:
 - Differenzhaftung bei der Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen
 - Voreinzahlungen und die damit zusammenhängenden Risiken
 - Problematik der Verrechnung von Gesellschafterforderungen

Persönliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers

- ▶ § 57 Abs. 4 GmbHG: der Geschäftsführer haftet für falsche Angaben im Rahmen von Kapitalerhöhungsmaßnahmen entsprechend § 9a GmbHG, sofern die Angaben zum Zweck der Kapitalerhöhung gemacht wurden
- ▶ Sofern im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung Leistungsversprechen abgegeben wurden, steht der Betrag der Kapitalerhöhung nicht mehr zur freien Verfügung der Geschäftsführung
- ▶ Im Rahmen des Verschuldens ist bereits leichte Fahrlässigkeit, am Maßstab der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ausgerichtet, ausreichend
- ▶ Den Geschäftsführer betrifft insoweit auch eine Sorgfaltspflicht zur Überprüfung der Angaben der übrigen Beteiligten
- ▶ Folge der Haftung: Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Haftenden (Ziel: die Gesellschaft ist so zu stellen, wie sie stünde, wenn die entsprechende Angabe richtig gewesen wäre)

Fragen rund um die Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG)

Allgemeines

- ▶ Gesellschafterliste = Visitenkarte der GmbH
- ▶ Sie enthält: Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der Gesellschafter bzw. bei juristischen Personen die Firma, den Gesellschaftssitz, das zuständige Register und die Registernummer, sowie die Nennbeträge, die laufenden Nummern von der von jedem Gesellschafter übernommenen Geschäftsanteile und die prozentuale Beteiligung am Stammkapital, § 40 Abs. 1 GmbHG
- ▶ Sofern sich eine personelle Änderung der Gesellschafter oder eine Änderung des Umfangs der Beteiligung an Geschäftsanteilen ergibt, gilt als Gesellschafter nur, wer in der beim Handelsregister eingereichten Liste eingetragen ist (§ 16 Abs. 1 GmbHG)
- ▶ Die Gesellschafterliste hat folglich Rechtsschein, sodass auch ein gutgläubiger Erwerb von (Rechten an) Geschäftsanteilen möglich ist, § 16 Abs. 3 GmbHG
- ▶ Sobald eine Veränderung wirksam geworden ist, ist der Geschäftsführer dazu verpflichtet, unverzüglich eine aktualisierte Liste beim Handelsregister einzureichen, bzw., sofern ein Notar an der Liste mitwirkt, auf diesen im Hinblick auf das Einreichen einer neuen Liste hinzuwirken (BGH NJW 2014, 2026)
- ▶ Sofern der Geschäftsführer die Liste nicht regelmäßig überprüft und die Liste daher falsch ist, haftet er gegenüber der Gesellschaft nach § 43 GmbHG persönlich (zusätzlich zur Haftung nach § 40 Abs. 3 GmbHG gegenüber Gläubigern der Gesellschaft und Personen, deren Beteiligung sich geändert hat)

Prüfungspflicht des Notars

- ▶ Sobald ein Notar an der Veränderung einer Gesellschaft mitgewirkt hat, ist er auch verpflichtet eine neue Gesellschafterliste zu erstellen und einzureichen (sein Verantwortungsbereich)
- ▶ Da dies in der Praxis sehr oft der Fall ist, wird der gesetzliche Regelfall der Listenerstellung durch den Geschäftsführer zur Ausnahme
- ▶ Diskutiert wird, ob der Notar nur auf Mitteilung und Nachweis tätig werden muss/darf; allerdings begründet § 40 Abs. 2 GmbHG eine Amtspflicht des Notars allein aufgrund seiner Mitwirkung, unabhängig von einer etwaigen Weisung
- ▶ Entscheidend ist also, ob eine Mitwirkung des Notars vorliegt
 - unmittelbare Mitwirkung: wenn Notar die Veränderung beurkundet
 - bei nur mittelbarer Mitwirkung/bedingter Abtretung kann Notar keine/unsichere Kenntnis von der Veränderung haben; dann kann er mangels Auskunftsrecht/Nachforschungspflicht keine Gesellschafterliste einreichen, bis ihm die Veränderung mitgeteilt/nachgewiesen wurde
- ▶ Umfang der Prüfungspflicht:
 - gesetzlich nicht geregelt
 - Liste soll so schnell wie möglich ins Handelsregister aufgenommen werden
 - gleichzeitig soll verhindert werden, dass der Falsche in der Gesellschafterliste ausgewiesen wird
 - Sobald Notar Zweifel an der Wirksamkeit der Veränderung, an der er mitgewirkt hat, hat, darf er die Liste nicht einreichen, bis diese Zweifel beseitigt sind
 - Prüfungspflicht des Notars orientiert sich dem Umfang nach am Prüfungsmaßstab des Handelsregisters

Prüfungspflicht des Notars

- ▶ Dem Notar steht für die Überzeugungsbildung allerdings kein gesetzlich normiertes Auskunftsrecht gegenüber den Parteien zu (in Ausnahmefällen aus mitgliedschaftlicher Treuepflicht)
- ▶ Entscheidend ist, dass der Notar von der Wirksamkeit der Veränderung nach pflichtgemäßem Ermessen selbst überzeugt ist
- ▶ Der Notar kann die Mitwirkung an der Gesellschafterliste folglich nur verweigern, wenn er von der Unwirksamkeit der Veränderung überzeugt ist

Erstellen der Gesellschafterliste

- ▶ Bei entsprechender Zuständigkeit des Notars, muss dieser die Liste unterschrieben und zum Handelsregister einreichen (nicht der Geschäftsführer)
- ▶ Die Gesellschafterliste ist mit einer Notarbescheinigung zu versehen
- ▶ Davon zu unterscheiden: Notar erstellt im Auftrag des Geschäftsführers einen Entwurf der Gesellschafterliste; wenn diese vom Geschäftsführer unterzeichnet ist, kann der Notar die Liste auch als Bote zum Handelsregister einreichen
- ▶ Gesellschafterliste genießt keinen öffentlichen Glauben; die Eintragung in die Gesellschafterliste ist keine Voraussetzung für den wirksamen Erwerb eines Geschäftsanteils (ebenso bzgl. der Voreintragung in der bisherigen Gesellschafterliste für eine wirksame Geschäftsanteilsabtretung)
- ▶ Eine fehlende Voreintragung verhindert jedoch den gutgläubigen Erwerb vom nicht eingetragenen Veräußerer (insoweit gibt es also einen Rechtsschein)

Zeitpunkt der Einreichung der Gesellschafterliste

- ▶ § 40 Abs. 2 GmbHG: unverzüglich (=ohne schuldhaftes Zögern) nach Wirksamwerden der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen zu erstellen, zu unterzeichnen und beim Handelsregister einzureichen
- ▶ Bzgl. einer angemessenen Prüfungszeit werden max. 14 Tage angenommen
- ▶ Wann die Veränderung wirksam wird, hängt vom materiellen Recht ab (sofort/aufschiebend bedingt/mit Eintragung)
- ▶ Die Gesellschafterliste hat sachlich dem Stand am Tag der Einreichung zu entsprechen
 - Prüfungspflicht des Notars bzgl. Wirksamkeit der Veränderung vor Einreichung
 - später eintretende Unwirksamkeitsgründe sind für die Einreichungspflicht des Notars unbeachtlich; für die Einreichung der nächsten Liste nach Eintritt der Unwirksamkeit ist der Geschäftsführer zuständig
 - in der Praxis v.a. relevant bei Treuhandverträgen mit vereinbarter Rückfallklausel
- ▶ Notar sollte die Parteien darüber informieren, dass er die Liste erst einreichen kann, wenn alle Wirksamkeitsvoraussetzungen gegeben sind und darüber, welche Rechtsfolgen eine materiell unrichtige Gesellschafterliste hat
- ▶ Die notarielle Pflicht zur Einreichung einer aktualisierten Liste besteht erst nach Wirksamwerden der beurkundeten Veränderung (OLG Jena Beschluss v. 28.07.2010 – 6 W 256/10)
 - beachte: Wirksamkeit von Kapitalerhöhungen vollzieht sich erst mit Eintragung ins Handelsregister
 - es besteht daher weder Verpflichtung noch Berechtigung des Notars, die Gesellschafterliste gleich mit Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister einzureichen (MüKo, § 40, Rn. 282)
- ▶ Auswirkungen einer Anfechtungs-/Nichtigkeitsklage eines für die Änderung der Gesellschafterstellung relevanten Beschlusses / Anfechtung einer Geschäftsanteilsabtretung:
 - bloße Anfechtbarkeit hat keinen Einfluss auf die Rechtswirksamkeit
 - eine getätigte Anfechtungserklärung muss jedoch durch den Geschäftsführer/Notar geprüft werden
 - eine Anfechtung nach Einreichung der Liste stellt trotz ex-tunc-Wirkung einen erst später eintretenden Unwirksamkeitsgrund dar
- ▶ Nach Erstellen der Liste, muss der Notar diese in einfacher Abschrift an Gesellschaft übermitteln (§ 40 Abs. 2 Hs. 2 GmbHG); ab diesem Zeitpunkt hat der Geschäftsführer die Pflicht, bei Fehlern der Liste für eine Berichtigung zu sorgen

Korrektur einer fehlerhaften Gesellschafterliste

- ▶ Eine einmal beim Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste kann nicht nachträglich wieder gelöscht werden
- ▶ Sofern die Gesellschafterliste fehlerbehaftet ist, muss dies durch das Einreichen einer neuen Liste korrigiert werden → Pflicht des Notars

Haftung

- ▶ § 40 Abs. 3 GmbHG: nicht der Notar haftet für eine falsche Gesellschafterliste, sondern der Geschäftsführer
→ wenn die Gesellschafterliste nicht / verspätet / inhaltlich falsch eingereicht wurde
- ▶ Der Geschäftsführer haftet hierbei nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft und gegenüber Personen, deren Beteiligung an der GmbH sich geändert hat
- ▶ § 40 Abs. 2 GmbHG begründet jedoch eine Amtspflicht des Notars
→ bei schuldhafter Verletzung dieser Amtspflicht, kann der Notar nach der allgemeinen Notarhaftung (§ 19 BNotO) zum Schadensersatz verpflichtet sein
→ diese Haftung gilt auch, wenn die Liste nicht unverzüglich eingereicht wird
→ Haftung des Notars erstreckt sich aber nur demjenigen gegenüber, der von der Amtspflicht des Notars erfasst ist (primär also die Beteiligten; nicht dagegen alle gegenwärtigen und zukünftigen Gesellschafter oder Gläubiger der Gesellschaft), da Amtspflicht des Notars keine drittgerichtete Pflicht darstellt

Haftungsfragen bei der Verpfändung von Anteilen/Vermögensgegenständen bei Finanzierungen zugunsten der finanzierenden Bank

insbes. Haftungsfragen auf der Ebene von Tochter-/Enkelgesellschaften

Innenverhältnis zwischen GmbH und Gesellschafter:

- ▶ Die Verpfändung eines GmbH-Anteils unterliegt gemäß § 1274 Abs. 1 BGB, § 15 Abs. 3 GmbHG der notariellen Beurkundungspflicht
- ▶ Beurkundungspflichtig sind hierbei insbesondere der Pfandgegenstand und die eigentliche Pfandbestellung
- ▶ Haftungsrisiken bestehen v.a. im mehrstufigen Konzern
 - GmbH-Mutter ist alleinige Darlehensnehmerin und Tochter verpfändet ihren Anteil an der Enkeltochter
 - daraus kann ein unterbilanzprovozierender Rückfluss von gesellschaftsrechtlichem Eigenkapital von der Tochter- auf die Mutterebene hervorgerufen werden, § 30 Abs. 1 GmbHG
 - nach außen hin scheint es, als ob die Verpfändung nur dem konzernexternen Pfandgläubiger zugutekommt; zumindest indirekt findet jedoch ein Stammkapitalrückfluss an die Mutter statt
 - dieser Vorgang kann eine unzulässige Einlagenrückgewähr darstellen
 - kann der Regressanspruch gegen die Mutter wegen deren Krisenzustands nur teilweise/gar nicht aktiviert werden, ist eine Verpfändung durch die Tochter bei nicht ausreichendem Eigenkapital von vornherein unzulässig
 - wurden die Anteile der Enkeltochter dennoch verpfändet, ist die begünstigende Mutter einschließlich etwaiger Mitgesellschafter sowie die Geschäftsführer der Tochter hierfür haftbar (DNotZ 2005, 425; Mertens, ZIP 1998, 1787)
- ▶ Konsequenz daraus: Tochter kann gegenüber Mutter im konzerninternen Innenverhältnis die Erfüllung der bestellten Sicherheiten verweigern und die Mutter muss etwaige Verwertungserlöse an die Tochter herausgeben

Innenverhältnis zwischen GmbH und Gesellschafter

- ▶ Sofern sich die Mutter in der Krise befindet und eine Anteilsverpfändung dennoch durchgeführt werden soll, ist eine haftungsvermeidende Ausweichgestaltung notwendig:
- ▶ 1. Möglichkeit:
 - bei der Tochter werden Mittel in die Kapitalrücklage als Ausgleich für die passivierungspflichtige Verpfändung eingestellt
 - so wird die auf der Passivseite zu bildende Rückstellung bilanziell ausgeglichen
- ▶ 2. Möglichkeit:
 - Beteiligung der Tochter (zumindest partiell) als Kreditnehmer
 - Folge: auch die Tochter trägt Eigenverantwortung für die Anteilsverpfändung
- ▶ 3. Möglichkeit:
 - Weiterreichen des an die Mutter ausgezahlten Kreditkapitals (mind. In der Höhe der Rückstellung) an die Tochter, um so den nötigen Ausgleich herbeizuführen

Außenverhältnis zwischen GmbH und Pfandgläubiger

- ▶ grds. können dem Pfandgläubiger die Rechtsfolgen der Eigenkapitalhaftung im GmbH-Konzern nicht entgegengehalten werden
 - er haftet als Dritter nur in extremen Ausnahmefällen für eine verpfändungsbedingte Unterbilanz (z.B. bei einem kollusiven Zusammenwirken mit dem Kreditnehmer, §§ 138, 826 BGB)
- ▶ Verwertungskonsequenzen sind für den Pfandgläubiger auch bei gesellschaftsbesicherten, eigenkapitalersetzenden Darlehen möglich (§ 32a Abs. 2 GmbHG)
 - hat der Pfandgläubiger der Gesellschaft in einem kritischen Zeitpunkt Kredit gewährt und ihm ein Gesellschafter seinen Anteil verpfändet, kann er bei Insolvenz der Gesellschaft nur für den Betrag verhältnismäßig Befriedigung verlangen, mit dem er bei Inanspruchnahme der Sicherheit des Gesellschafters ausgefallen ist
- ▶ Sonst besteht für den Pfandgläubiger eine Kapitalerhaltungshaftung nur, wenn seine Position gesellschafterähnlich wird
 - dann droht ihm aus der Kapitalerhaltungs- und –wiederherstellungsverpflichtung: das Verbot zur Einziehung noch ausstehender Raten, die Verpflichtung zur Rückzahlung erhaltener Tilgungsleistungen sowie eine Anfechtung nach § 6 AnfG bzw. § 135 InsO
- ▶ Wann ist die Position eines Pfandgläubigers gesellschafterähnlich:
 - laut BGH kommt es darauf an, wie stark die Gesellschafterrechte vom Pfandgläubiger ausgeprägt sind
 - Kriterien: wem stehen die laufenden Nutzungen und Erträge zu, wer entscheidet über das Ausschüttungsverhalten der GmbH mit und wer bestimmt die strategischen Geschicke der Gesellschaft (BGHZ 119, 191)

Für Ihre Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.



Dr. Ralf Ek, LL.M.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels-
und Gesellschaftsrecht, Advokat (Schweden)

Partner

Baker Tilly Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Friedrich-Ebert-Anlage 54
60325 Frankfurt am Main

T: +49 69 366002-452

F: +49 69 366002-160

ralf.ek@bakertilly.de



Simon Parviz

Rechtsanwalt und Notar,
Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht

Partner

Baker Tilly Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Friedrich-Ebert-Anlage 54
60325 Frankfurt am Main

T: +49 69 366002-150

M: +49 151 27580273

simon.parviz@bakertilly.de