

Newsletter

Gesellschaftsrecht/M&A

März 2013

Aktuelle Entwicklungen der Haftung bei Unterbilanz

Handelsregisteranmeldung des Ausscheidens
eines GmbH-Geschäftsführers

Pflichten des Geschäftsführers
einer GmbH in der Krise

Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach § 64 S. 3 GmbHG

Pflicht zur Due Diligence beim Unternehmenskauf?

Pflichten und Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern

Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern

Widerruf der Börsenzulassung für den
regulierten Markt – freiwilliges „Delisting“

Erleichterungen im Bilanzrecht für
Kleinstunternehmen – MicroBilG

Reform des Konzerninsolvenzrechts

Blick nach Brüssel

Inhaltsverzeichnis

Seite **3** Editorial

Beiträge

Gesellschaftsrecht/M&A

Seite **4** Aktuelle Entwicklungen der Haftung bei Unterbilanz

Seite **7** Handelsregisteranmeldung des Ausscheidens
eines GmbH-Geschäftsführers

Seite **9** Pflichten des Geschäftsführers
einer GmbH in der Krise

Seite **12** Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach § 64 S. 3 GmbHG

Seite **14** Pflicht zur Due Diligence beim Unternehmenskauf?

Seite **16** Pflichten und Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern

Seite **18** Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern

Seite **20** Widerruf der Börsenzulassung für den
regulierten Markt – freiwilliges „Delisting“

Seite **21** Erleichterungen im Bilanzrecht für
Kleinstunternehmen – MicroBilG

Seite **23** Reform des Konzerninsolvenzrechts

Seite **26** Blick nach Brüssel

Aus der Praxis

Gesellschaftsrecht/M&A

Seite **28** Veranstaltungshinweise

Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns Ihnen unseren Newsletter in einem leicht geänderten Design und einem überarbeiteten Format präsentieren zu können. Wie gewohnt informieren wir Sie in unserem Newsletter über wichtige neue Entwicklungen, Gesetzesänderungen und die aktuelle Rechtsprechung im Bereich Gesellschaftsrecht/M&A. Ergänzend möchten wir Sie über unsere Praxisgruppe Gesellschaftsrecht/M&A informieren und auf interessante Veranstaltungen in unserem Hause hinweisen.

Die Finanzkrise hinterlässt ihre Spuren auch in der ober- und höchstrichterlichen Rechtsprechung. Im Blickpunkt dieser Ausgabe stehen daher unter anderem die Pflichten des GmbH-Geschäftsführers in der Krise und Fragen der Unterbilanzhaftung. Einen weiteren Schwerpunkt bildet der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Neben den Pflichten und der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern befasste sich der BGH kürzlich mit der Wirksamkeit von Beratungsverträgen mit Aufsichtsräten und der Frage, ob der Vorstand der AG bereits vor Genehmigung eines solchen Vertrages Zahlungen an das Aufsichtsratsmitglied leisten darf.

Darüber hinaus geben wir Ihnen einen Überblick über die neueste Rechtsprechung zu der Problematik, ob die Geschäftsleitung verpflichtet ist, vor einem Unternehmenskauf eine Due-Diligence Prüfung durchzuführen. Ferner fassen wir für Sie die Erleichterungen im Bilanzrecht für Kleinstunternehmen zusammen, die sich aus der Einführung des Kleinstkapitalgesellschaften – Bilanzrechtsänderungsgesetzes ergeben und bereits für alle Geschäftsjahre, deren Abschlussstichtag auf den 31.12.2012 oder später fallen, gelten. Auch in Brüssel tut sich was: Die EU-Kommission plant die Modernisierung des europäischen Gesellschaftsrechts und der Corporate Governance Regeln im Rahmen der Strategie „Europa 2020“. Zudem schlägt die Kommission eine Frauenquote in den Aufsichtsgremien börsennotierter europäischer Unternehmen vor.

Abschließend werfen wir einen Blick über den Tellerrand und informieren Sie über eine mögliche Reform des Konzerninsolvenzrechts, die noch im Laufe des Jahres 2013 Gesetz werden könnte. Wir wünschen Ihnen eine gute Lektüre und freuen uns, wenn unser Newsletter Ihnen die Arbeit ein wenig erleichtert.

Ihr Martin Imhof und das Redaktionsteam



Dr. Martin Imhof

Rechtsanwalt, Partner
Fachanwalt für Handels-
und Gesellschaftsrecht
Standort: Düsseldorf
m.imhof@heuking.de

Beiträge

Gesellschaftsrecht/M&A

Die Kompetenzen unserer Praxisgruppe Gesellschaftsrecht/M&A reichen von der umfassenden wirtschaftsrechtlichen Betreuung eines Unternehmens im Alltag bis zur juristischen und auch steuerlichen Beratung bei komplexen Transaktionen im In- und Ausland. In unseren Beiträgen greifen wir wichtige neue Entwicklungen, Gesetzesänderungen und die aktuelle Rechtsprechung im Bereich Gesellschaftsrecht/M&A auf.

Aktuelle Entwicklungen der Haftung bei Unterbilanz

Alexander J. Thum

Rechtsanwalt
Standort: Frankfurt
a.thum@heuking.de



Unterbilanzhaftung

Kommt es bei einer GmbH zu einer Unterbilanz, können sich Gesellschafter und Geschäftsführer einer Haftung gegenüber der GmbH ausgesetzt sehen. Aktuelle Entscheidungen konkretisieren diese Risiken.

Drei jüngere Entscheidungen des BGH (Az. II ZR 56/10 und Az. II ZR 252/10) und des OLG Düsseldorf (Az. I 16 U 55/11) betreffen die Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH beim Vorliegen einer Unterbilanz. In diesem Fall können Ersatzansprüche der GmbH gegenüber ihren Gesellschaftern aus Unterbilanzhaftung (Vorbelastungshaftung) entstehen. Außerdem haften Geschäftsführer für Zahlungen an Gesellschafter, welche vermeintlich nicht zur Deckung des Stammkapitals erforderlich sind.

Die Unterbilanzhaftung der Gesellschafter entsteht, wenn das Vermögen einer GmbH nach ihrer Gründung geschmälert wird, so dass es im Zeitpunkt der Eintragung der GmbH in das Handelsregister das Stammkapital nicht mehr deckt. Folge ist eine Haftung der Gesellschafter in Höhe der eingetretenen Differenz. Eine Ausnahme bildet insoweit der in der Satzung explizit vorgesehene Gründungsaufwand.

Verwendung von Vorrats- oder Mantelgesellschaften

Die Unterbilanzhaftung besteht nicht nur bei der ursprünglichen Gründung der GmbH, sondern wegen der entsprechenden Anwendung der Gründungsvorschriften und mit Rücksicht auf die Gewährleistung der realen Kapitalausstattung der GmbH auch im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung. Eine wirtschaftliche Neugründung ist die erstmalige Verwendung einer bereits eingetragenen, aber vormals noch unternehmenslosen Vorratsgesellschaft oder die Wiederverwendung einer früher bereits aktiven, aber zwischenzeitlich unternehmenslos gewordenen

Mantelgesellschaft. Wie im Falle der Entscheidung des OLG Düsseldorf kann eine Unterbilanz etwa dadurch entstehen, dass der Kaufpreis für eine Vorratsgesellschaft vom Erwerber mit dem im Zuge des Erwerbs übergebenen Kassenkapitals der Vorratsgesellschaft gezahlt wird, ohne dies in der Handelsregisteranmeldung offen zu legen.

Stichtag für die Ermittlung der Unterbilanzhaftung ist bei der erstmaligen Gründung die Eintragung der GmbH in das Handelsregister. Im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung kommt es dagegen grds. auf den Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Handelsregister an, die i.d.R. mit Anmeldung der entsprechenden Satzungsänderungen der Vorrats- oder Mantelgesellschaft erfolgt. Bei fehlender Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung ist maßgebend, wann die Aufnahme der Geschäftstätigkeit der GmbH nach außen in Erscheinung tritt. Dies ist regelmäßig ein späterer Zeitpunkt.

Eine Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Handelsregister beseitigt die Unterbilanzhaftung nicht. Eine Offenlegung ist dennoch sinnvoll. Zwar hat der BGH nunmehr einer über die Unterbilanzhaftung hinausgehenden, zeitlichen und sachlich unbegrenzten Haftung für anschließende Verluste der GmbH (Verlustdeckungshaftung) im Falle der versäumten Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung eine Absage erteilt. Eine Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung hat also zumindest unter diesem Gesichtspunkt keine grundlegende Bedeutung mehr. Allerdings können mit einer Offenlegung Diskussionen zum konkreten Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäftstätigkeit und somit zum andernfalls maßgeblichen Stichtag für die Unterbilanzhaftung vermieden werden.

Maßgeblicher Stichtag

Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung

Haftungsrisiko für ausgeschiedene und nachfolgende Gesellschafter sowie Mitgesellschafter

Die Unterbilanzhaftung trifft nicht nur die aktuellen Gesellschafter, sondern – unter weiteren Voraussetzungen – auch ihre Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger sowie Mitgesellschafter. Damit können bspw. gewerbsmäßige Gründer von Vorratsgesellschaften ebenso von einer Unterbilanzhaftung betroffen sein, wie Erwerber von Geschäftsanteilen, wenn zum Zeitpunkt der Aktivierung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft das Vermögen nicht zur Deckung des Stammkapitals ausreicht. Dass ausreichendes Vermögen vorhanden war, muss im Zweifel der jeweilige Gesellschafter beweisen, etwa durch eine auf den entsprechenden Stichtag aufgestellte Bilanz.

Haftungsrisiko für Geschäftsführer

Im Falle einer Unterbilanz besteht außerdem ein Haftungsrisiko für Geschäftsführer. Diese dürfen an die Gesellschafter keinerlei Zahlungen aus dem zum Erhalt des Stammkapitals erforderlichen Vermögen tätigen. Kommt es gleichwohl zu solchen Zahlungen, etwa wie in dem vom BGH nunmehr entschiedenen Fall durch die Wertberichtigung eines zunächst überbewerteten Rückzahlungsanspruchs aus einem Gesellschafterdarlehen, entsteht in Höhe der Differenz ein Ersatzanspruch der GmbH gegenüber dem Geschäftsführer. Dieser Ersatzanspruch bleibt unabhängig von einer ggf. eintretenden zwischenzeitlichen Verbesserung der Vermögenssituation der GmbH bis zu seiner Erfüllung bestehen. Insbesondere ein anderweitiger Ausgleich der Unterbilanz infolge erfolgreicher Geschäftstätigkeit ist deshalb ohne Bedeutung.

Fazit: Bei der Aktivierung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft sollte die wirtschaftliche Neugründung weiterhin gegenüber dem Handelsregister offengelegt werden. Zur Vermeidung einer Unterbilanzhaftung der Gesellschafter ist sicherzustellen, dass das im Zeitpunkt der Aktivierung vorhandene Vermögen der GmbH das Stammkapital deckt. Hierzu empfiehlt sich die Aufstellung einer auf den Aktivierungszeitpunkt bezogenen Bilanz.

In zwei aktuellen Entscheidungen haben sich die Oberlandesgerichte Bamberg und Düsseldorf erneut mit der Frage der Anmeldung des Ausscheidens eines Allein-Geschäftsführers einer GmbH zum Handelsregister nach dessen Amtsniederlegung befasst.

Gemäß § 39 Abs. 1 GmbHG ist jede Beendigung des Geschäftsführeramtes zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Die Anmeldung wird gemäß § 78 GmbHG durch die Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl vorgenommen. Bereits ausgeschiedene Geschäftsführer können ihre Amtsbeendigung nach h.M. grundsätzlich nicht selbst anmelden (BayObLG Z 1981, 227; OLG Zweibrücken BeckRS 1998, 31343509). Für den Fall, dass der ausscheidende Geschäftsführer der einzige Geschäftsführer der Gesellschaft und nach seiner Amtsniederlegung niemand mehr vorhanden ist, der die Handelsregisteranmeldung vornehmen kann, stellt sich die Frage, wie die notwendige Anmeldung bewirkt werden kann. Kontrovers diskutiert und höchstrichterlich bislang noch nicht entschieden ist die Frage, ob der Allein-Geschäftsführer nach seinem Ausscheiden ausnahmsweise berechtigt ist, sein Ausscheiden selbst zum Handelsregister anzumelden, wenn die Anmeldung in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Amtsniederlegung erfolgt (so LG Köln, GmbHR 1998, 183; LG Berlin ZIP 1993, 197 f.; a.A. OLG Frankfurt NJR RR 1994, 105; BayObLG RPfleg. 1981, 406; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.6.1998 – 3 W 130/98).

Das OLG Bamberg bestätigt in seinem Beschluss vom 26. Juni 2012 die bislang wohl einheitlich obergerichtliche Rechtsprechung, wonach der Geschäftsführer einer GmbH nach erfolgter Amtsniederlegung auch dann nicht berechtigt ist, sein Ausscheiden zum Handelsregister anzumelden, wenn die Anmeldung in zeitlichem Zusammenhang nach der Amtsniederlegung erfolgt. Die Befugnis zur Handelsregisteranmeldung stehe nach § 39 Abs. 1, § 78 GmbHG ausschließlich dem Geschäftsführer zu. Für eine erweiternde Auslegung über den eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 78 GmbHG hinaus sieht das OLG Bamberg keine Notwendigkeit, zumal der Geschäftsführer notfalls klageweise die Verpflichtung der Gesellschaft zur unverzüglichen Anmeldung durchsetzen können.

Handelsregisteranmeldung des Ausscheidens eines GmbH-Geschäftsführers

OLG Bamberg, ZIP 2012, 2058

OLG Düsseldorf GmbHR 2012, 1128



Dr. Katja Plückelmann

Rechtsanwältin, Partnerin
Fachanwältin für Handels- und
Gesellschaftsrecht
Standort: Düsseldorf
k.plueckelmann@heuking.de

Keine Befugnis des Allein- Geschäftsführers zur Handelsregisteranmeldung nach erfolgter Amtsniederlegung

**Prokura berechtigt nicht
zur Handelsregisteranmeldung
des Ausscheidens eines
GmbH-Geschäftsführers**

In solchen Fällen kann die Problematik auch nicht dadurch umgangen werden, dass die Handelsregisteranmeldung durch einen – einzelvertretungsbefugten – Prokuristen vorgenommen wird. Das OLG Düsseldorf hat in seinem Beschluss vom 16. März 2012 klargestellt, dass der gesetzliche Umfang von Prokura und Handlungsvollmacht als Bevollmächtigung für die Anmeldung des Ausscheidens des Geschäftsführers einer GmbH zum Handelsregister nicht ausreicht. Die Prokura ermächtigt nach § 49 Abs. 1 HGB zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringe. Dies erfasse die Stellung von Anträgen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit aber nur, wenn es sich um Anmeldungen handle, die der Prokurist in Vertretung seines Unternehmens in dessen Eigenschaft als Gesellschafter, insbesondere auch als Kommanditist, einer anderen Gesellschaft abgibt (BGHZ 116, 190 Tz. 5-7). Eine Anmeldung von Tatsachen, welche die Rechtsform oder die Existenz des eigenen Unternehmens, also Grundlagenentscheidungen des Prinzipals betreffen, von dem der Prokurist seine Vertretungsmacht ableitet, seien indes nicht von der Prokura erfasst. Das OLG Düsseldorf stellt in Fortführung dieser Rechtsprechung klar, dass die Anmeldung nach § 39 Abs. 1 GmbHG ein Grundlagengeschäft betreffe und damit vom gesetzlichen Umfang der Prokura nicht gedeckt sei.

Fazit: Für die Praxis verweisen sowohl das OLG Bamberg als auch das OLG Düsseldorf den ausscheidenden Allein-Geschäftsführer auf die auch schon bislang angekündigten Möglichkeiten, die Amtsniederlegung unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung in das Handelsregister oder aber des Eingangs der Anmeldung beim zuständigen Registergericht zu erklären. So kann der ausscheidende Geschäftsführer die Anmeldung noch selbst vornehmen, solange sein Amt nicht beendet ist. Alternativ kann entsprechend § 29 BGB ein Notgeschäftsführer bestellt werden, der die Anmeldung vornimmt.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH wird von einem Geschäftsführer einer GmbH erwartet, dass er sich über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft stets vergewissert. Hierzu gehört insbesondere die Prüfung der Insolvenzreife. Wenn der Geschäftsführer erkennt, dass die GmbH zu einem bestimmten Stichtag nicht in der Lage ist, ihre fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten vollständig zu bedienen, hat er die Zahlungsfähigkeit der GmbH anhand einer Liquiditätsbilanz zu überprüfen (BGH, NJW 2005, 3062). Bei Anzeichen einer Krise hat er sich durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen Überblick über den Vermögensstand zu verschaffen (BGH, NJW-RR 1995, 669).

Gemäß § 64 GmbHG ist der Geschäftsführer einer GmbH zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Feststellung der Überschuldung geleistet wurden. Der Ersatzanspruch setzt insoweit ein Verschulden des Geschäftsführers voraus, wobei einfache Fahrlässigkeit genügt und mangelnde Sachkenntnis den Geschäftsführer nicht entschuldigt. Als Ausgangspunkt des subjektiven Tatbestands des § 64 GmbHG reicht die Erkennbarkeit der Insolvenzreife aus, wobei diese als Teil des Verschuldens vermutet wird (vgl. etwa BGH, NJW 2011, 2427). Es obliegt daher dem Geschäftsführer, diese Vermutung zu widerlegen. Dazu muss er die Gründe darlegen und erläutern, die ihn gehindert haben, eine tatsächlich bestehende Insolvenzreife der Gesellschaft zu erkennen.

Der Geschäftsführer handelt fahrlässig, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und Kenntnisse verschafft, die er für die Prüfung benötigt, ob er pflichtgemäß einen Insolvenzantrag stellen muss. In diesem Zusammenhang muss der Geschäftsführer, sofern er nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse verfügt, ggf. fachkundigen Rat einholen (BGH, NJW 2007, 2118). Die in diesem Kontext stehenden Pflichten des Geschäftsführers hat der BGH durch zwei Urteile im Jahr 2012 bestätigt und näher konkretisiert.

In dem Urteil vom 27. März 2012 (Az: II ZR 171/10) geht der BGH auf die Anforderungen an den heranzuziehenden Experten ein. Er betont, dass dies nicht zwingend ein Wirtschaftsprüfer oder

Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH in der Krise

Bundesgerichtshof, Urteil vom 27. März 2012 – II ZR 171/10, NZG 2012, 672; Bundesgerichtshof, Urteil vom 19. Juni 2012 – II ZR 243/11, NZG 2012, 940; Oberlandesgericht Celle, Urteil vom 9. Mai 2012 – 9 U 1/12 (rkr.), DStR 2013, 55



Dr. Götz G. Karrer

Rechtsanwalt, Partner
Fachanwalt für Handels-
und Gesellschaftsrecht
Standort: Düsseldorf
g.karrer@heuking.de

Pflicht des Geschäftsführers zur rechtzeitigen Verschaffung der erforderlichen Kenntnisse und Informationen

Pflicht zur unverzüglichen Veranlassung einer Prüfung durch einen sachkundigen Dritten

**Folgepflichten bei Veranlassung
einer Prüfung durch einen
sachkundigen Dritten**

Rechtsanwalt sein müsse, sondern grundsätzlich auch geeignete andere Berufsträger hinzugezogen werden könnten. Die Sachkompetenz und Fachkunde und damit die Qualifizierung des heranzuziehenden Berufsträgers hängen danach von den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab.

Der BGH betont in dieser Entscheidung erneut, dass sich die Pflichten des Geschäftsführers nicht in der unverzüglichen Beauftragung einer fachlich qualifizierten Person erschöpfen.

Vielmehr muss er im Folgenden auch auf eine unverzügliche Vorlage des Prüfergebnisses hinwirken. Soweit sich der dem sachkundigen Dritten erteilte Auftrag auf eine anderweitige Aufgabenstellung richtet, muss der Geschäftsführer dafür Sorge tragen, dass die Fachperson jedenfalls auch die Frage der Insolvenzsreife vorab und unverzüglich prüft und ihn ggf. unterrichtet.

Schließlich ist der Geschäftsführer verpflichtet, das Ergebnis der Prüfung einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen und sich entsprechend dem fachkundigen Rat zu verhalten (vgl. bereits BGH, NJW 2007, 2118).

**Organisationspflichten bezüglich
der jederzeitigen Übersicht über die
wirtschaftliche und finanzielle Situation
der Gesellschaft**

In dem (Versäumnis-)Urteil vom 19. Juni 2012 (Az: II ZR 243/11) bestätigt der BGH zunächst, dass der Geschäftsführer einer GmbH für eine Organisation zu sorgen habe, die die zur Wahrnehmung seiner Pflichten erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft jederzeit ermögliche (vgl. bereits BGH NJW-RR 1995, 669). Während die Vorinstanz Feststellungen über die Bilanzen der Vorjahre, einen Gewinn im Vorjahr, die Liquidität zum letzten Abschlussstichtag und etwaige weitere Einnahmen für ausreichend erachtet hat, weist der BGH darauf hin, dass diese einerseits die bilanzielle Situation ein Jahr vor dem maßgeblichen Zeitpunkt und andererseits die Frage der Zahlungsunfähigkeit betreffen. Eine mögliche Überschuldung zum relevanten Zeitpunkt, dem letzten Abschlussstichtag, und deren Erkennbarkeit für den Geschäftsführer der betroffenen Gesellschaft würden sie allerdings nicht ausschließen. Offen bleibe insbesondere, ob (nicht sofort fällige) Verbindlichkeiten in beträchtlicher Größenordnung aufgelaufen seien und der Geschäftsführer dies hätte bemerken müssen. Weiterhin hätte der Geschäftsführer ggf. mit bestimmten Verbindlichkeiten aus den Vorjahren schon zum Jahreswechsel am letzten Abschlussstichtag rechnen müssen.

Der BGH betont, dass eine (etwaige) Überschuldung auch aus betriebswirtschaftlichen Auswertungen erkennbar sein könne. Zwar seien dort grundsätzlich keine Rückstellungen für künftige Verbindlichkeiten ausgewiesen. Derartige Rückstellungen müssten dem mit der gebotenen Sorgfalt handelnden Geschäftsführer aber ohnehin bekannt sein. Um einer Haftung zu entgehen, obliege es daher dem Geschäftsführer, darzulegen und ggf. nachzuweisen, dass sich aus dem Inhalt der betriebswirtschaftlichen Auswertungen in Verbindung mit dem Kenntnisstand, der von ihm als Geschäftsführer außerdem zu erwarten war, keine Anhaltspunkte für eine Überschuldung ergaben.

Mit dem Begriff der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 64 S. 3 GmbHG befasste sich schließlich das OLG Celle in einem Urteil vom 9. Mai 2012 (Az: 9 U 1/12). Danach sei eine auf Zahlung an die Gesellschafter zurückzuführende Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 64 S. 3 GmbHG dann zu bejahen, wenn sich ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeträge im Moment der Leistung klar abzeichne, dass die Gesellschaft unter normalem Verlauf der Dinge ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen könne. Auch wenn die Gesellschaft von ihren Gesellschaftern Stützungszahlungen erhalte, gehöre dies nicht zum „normalen Lauf der Dinge“ einer wirtschaftenden Gesellschaft. Wenn die Gesellschaft in einer Situation, in der sie Geschäfte mit Jahresverlusten in Millionenhöhe mache, ihren größten Vermögenswert, nämlich ein unbelastetes Betriebsgrundstück, veräußere und die dadurch gewonnene Liquidität dafür einsetze, Gesellschafterdarlehen abzulösen, die in den vorangegangenen Jahren erforderlich geworden waren, um wirtschaftliche Verluste auszugleichen, müsse die Darlehensrückführung zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen.

Begriff der Zahlungsunfähigkeit

Fazit: Die Entscheidungen machen abermals deutlich, dass einem GmbH-Geschäftsführer bei (unterstellt) objektiv bestehender Insolvenzreife die Widerlegung der Vermutung, dass ihm die Zahlungsunfähigkeit und/oder die Überschuldung seiner Gesellschaft bekannt gewesen sei, in der Regel sehr schwer fallen wird. Er muss sich daher ständig der ihn treffenden Organisationspflichten bewusst sein und ggf. rechtzeitig fachkundigen Rat suchen.

Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach § 64 S. 3 GmbHG

BGH, NZG 2012, 1379

Dr. Mathias Schröder, LL.M.

Rechtsanwalt, Partner
Fachanwalt für Handels-
und Gesellschaftsrecht
Standort: München
m.schroeder@heuking.de



Alexander Weber, LL.M.

Rechtsanwalt
Standort: München
alexander.weber@heuking.de



Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in seiner Entscheidung vom 9.12.2012 Stellung genommen zur Frage, ob eine Gesellschaft eine Zahlung leisten darf, welche die insolvenzrechtliche Zahlungsunfähigkeit erst herbeiführte.

Nach § 64 S. 3 GmbHG ist der Geschäftsführer einer GmbH zum Ersatz von Zahlungen der GmbH an einen Gesellschafter verpflichtet, soweit die Zahlungen erkennbar zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten.

Die Haftung des Geschäftsführers aus § 64 S. 3 GmbHG ist im Zusammenhang mit § 64 S. 1 GmbHG zu sehen. § 64 S. 1 GmbHG regelt bereits eine Erstattungspflicht des Geschäftsführers der GmbH für Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der GmbH oder Feststellung der Überschuldung geleistet wurden. Diese Vorschrift bedeutet ein erhebliches Haftungsrisiko für Geschäftsführer einer GmbH. Nicht selten werden Gesellschaften, die bereits zahlungsunfähig oder überschuldet sind, operativ über längere Zeit weiter betrieben. Der im Falle der Insolvenz tätig werdende Insolvenzverwalter wird in einem solchen Fall die Inanspruchnahme der Geschäftsführer auf Grundlage des § 64 S. 1 GmbHG für sämtliche Zahlungen ab Insolvenzureife erwägen. Das Ergebnis kann eine Kumulation erheblicher Haftungssummen sein, denn nicht selten tritt die insolvenzrechtliche Zahlungsunfähigkeit Monate oder sogar Jahre vor Insolvenzantragsstellung ein. Insbesondere das Erkennen des Zeitpunktes der Zahlungsunfähigkeit ist für den Geschäftsführer damit sehr wichtig.

Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit

Für die Bestimmung der „Zahlungsunfähigkeit“ ist im Zusammenhang mit der Haftung des Geschäftsführers die Legaldefinition in 17 Abs. 2 InsO anzuwenden. Danach ist Zahlungsunfähigkeit in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat (im Gegensatz zu einer bloßen Zahlungsstockung).

Nach der Rechtsprechung des BGH tritt die Gesellschaft grundsätzlich in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit über, wenn sie nicht in der Lage ist, die zur Begleichung ihrer fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten notwendigen Finanzmittel innerhalb einer Karenz von höchstens drei Wochen zu beschaffen.

Zur Ausklammerung nur geringfügiger Liquiditätsunterdeckung geht der BGH bei einer Lücke von weniger als 10% aller fälligen Verbindlichkeiten von einer weiterhin gegebenen Schuldendienstfähigkeit aus, es sei denn, es ist bereits zu dem Zeitpunkt dieser Feststellung absehbar, dass die Schwelle von 10% demnächst erreicht wird.

§ 64 S. 3 GmbHG erweitert diese Haftungsverpflichtung zeitlich weiter, indem in der Form einer Insolvenzverursachungshaftung der Geschäftsführer auch für solche Zahlungen an Gesellschafter herangezogen werden kann, die erkennbar zur Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung führten.

Für diese Insolvenzverursachungshaftung hat der BGH nun im Wesentlichen entschieden, dass ein zur Rückzahlung fälliges Gesellschafterdarlehen bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit bereits zu berücksichtigen ist. Ferner kann ggfs. die spätere Rückzahlung des Darlehens nicht mehr kausal zur Zahlungsunfähigkeit führen, wenn diese bereits eingetreten ist. Deshalb steht mit § 64 S. 3 GmbHG der Gesellschaft (nur) dann ein Leistungsverweigerungsrecht zur Verfügung, wenn durch die Zahlung eine Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt wird (und nicht ohnehin schon bestand). Andernfalls kann die Zahlung an den Gesellschafter die Zahlungsunfähigkeit nicht mehr „herbeiführen“ im Sinn des § 64 S. 3 GmbHG.

Zur Zurückzahlung fälliges Gesellschafterdarlehen bei Prüfung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen

Fazit: § 64 S. 3 GmbHG bleibt nach der Rechtsprechung des BGH auf Fälle beschränkt, bei denen eine Zahlungsunfähigkeit noch nicht besteht und gerade durch die Zahlung auf die Gesellschafterforderung herbeigeführt würde. Neben der zeitlichen Vorverlagerung dieser Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers ist die Feststellung des Zeitpunktes der Zahlungsunfähigkeit durch den Geschäftsführer insbesondere und in erheblicher Weise relevant für die sich anschließende Haftung für sämtliche Zahlungen im Sinne des § 64 S. 1 GmbHG ab Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft.

Pflicht zur Due Diligence beim Unternehmenskauf?

Dr. Martin Imhof

Rechtsanwalt, Partner
Fachanwalt für Handels-
und Gesellschaftsrecht
Standort: Düsseldorf
m.imhof@heuking.de



Einholung fachkundiger Beratung kann erforderlich sein

Ob eine Due-Diligence-Prüfung vor einem Unternehmenskauf erfolgen muss, wird in der juristischen Literatur nicht einheitlich beantwortet. Einige halten die Due Diligence wegen der Pflicht aus § 93 Absatz 1 AktG, auf Grundlage angemessener Informationen zu handeln, für zwingend. Andere sehen eine Due Diligence lediglich als Verkehrssitte an, zu der keine grundsätzliche Verpflichtung besteht. In der Rechtsprechung des BGH findet sich bislang keine Entscheidung, die die Frage eindeutig und allgemeingültig mit Ja oder Nein beantwortet hat.

Allerdings hat der BGH jüngst die folgenden Aspekte entschieden, die zur Beantwortung der Frage herangezogen werden können:

Grundsätzlich trifft den Verkäufer die Pflicht, wesentliche Mängel des Kaufobjekts ungefragt zu offenbaren. Dies gilt selbst dann, wenn die verschwiegenen Mängel nicht kausal für den Willensentschluss des Käufers sind (BGH, 15.7.2011 - V ZR 171/10). In seiner Entscheidung vom 27.9.2011 (VI ZR 135/10) räumt der BGH allerdings ein, dass der Entscheidungsträger möglicherweise grob fahrlässig handelte, wenn er als Käufer Auskünfte nicht einholt und sich dieses Verhalten als unentschuldigbar oder nicht nachvollziehbar erweist. Zu den Sorgfaltsanforderungen des § 93 Absatz 1 AktG gehöre es, die finanziellen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Zielgesellschaft vor einem Unternehmenskauf zu prüfen. Sind keine ausreichenden und gesicherten Erkenntnisse über das zu erwerbende Unternehmen bekannt oder sind die vorhandenen Informationen unklar, ist eine Due Diligence zur Vermeidung einer Haftung der Gesellschaftsorgane erforderlich (OLG Oldenburg, Urteil vom 22.6.2006 - 1 U 34/03).

In diversen Entscheidungen zur Organhaftung macht der BGH zudem deutlich, dass Geschäftsführer, Vorstände, und Aufsichtsräte, die nicht die erforderliche eigene Erfahrung oder Kenntnis besitzen, einen geeigneten Berater oder Sachverständigen heranziehen müssen (etwa: Urteil vom 20.9.2011 - II ZR 234/09, Urteil vom 27.3.2012 - II ZR 171/10, Urteil vom 19.4.2012 - III ZR 224/10).

Die Entscheidungsträger dürfen jedoch nicht „blind“ auf die Tätigkeit etwaiger Berater vertrauen. Die Beratung durch einen Sachkundigen muss vielmehr so erfolgen, dass der Entscheidungsträger der Gesellschaft die erhobenen Informationen analysieren und prüfen kann (BGH, 13.8.2009 - 3 StR 576/08). Der Entscheidungsträger muss insbesondere untersuchen, ob dem Bericht Tatsachen in ausreichendem Umfang zugrunde gelegt wurden. Die bloße Existenz des Due-Diligence-Berichts reicht hierzu nicht.

Überprüfung des Due-Diligence-Berichts

Fazit: Auf Grundlage der BGH Rechtsprechung ist die Durchführung einer Due Diligence beim Unternehmenskauf erforderlich, damit Gesellschaftsorgane auf Grundlage ausreichender Informationen handeln. Nur so können sie eine eigene Haftung nach § 93 Absatz 2 AktG vermeiden. Von Sonderfällen abgesehen wird eine Due Diligence durchzuführen sein. Eine für jeden Unternehmenskauf bestehende Pflicht zur Durchführung einer Due Diligence folgt aus den Entscheidungen des BGH allerdings nicht.

Pflichten und Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern

OLG Braunschweig, Beschluss vom 14.6.2012 –
Ws 44/12, Ws 45/12 OLG Stuttgart,
Beschluss vom 19.6.2012 –20 W 1/12

Michael Pauli, LL.M.

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht
Standort: Düsseldorf
m.pauli@heuking.de



Vermögensbetreuungspflicht und Interessenkonflikt

Pflicht zum Tätigwerden

Die Aufgaben und Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern und eine hieraus resultierende mögliche Haftung finden nicht nur im tagespolitischen Geschehen Beachtung, sondern beschäftigen auch immer wieder die Gerichte, so zuletzt das OLG Braunschweig und das OLG Stuttgart in ihren Beschlüssen aus dem Jahr 2012, mit welchen bestehende Grundsätze weiterentwickelt werden.

Grundsätzlich hat der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Überwachungspflicht unter anderem darauf zu achten, dass der Vorstand alles Notwendige unternimmt, um das Vermögen der Gesellschaft zu mehren und Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Zur Überwachung dieser Geschäftsführungspflichten des Vorstands hat der Aufsichtsrat die Möglichkeit, Berichte anzufordern und verfügt über ein eigenes Prüfungsrecht. Auch muss er darauf achten, dass der Vorstand ein geeignetes Risikofrüherkennungs- und Überwachungssystem einführt und nutzt.

Das OLG Braunschweig setzte sich mit der Frage auseinander, inwiefern Aufsichtsratsmitgliedern in eigenen Angelegenheiten eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Gesellschaft zukommen kann. Der Aufsichtsrat habe die Aufgabe, den Vorstand bei dessen Geschäftsleitungsmaßnahmen zu überwachen. Damit sei die Pflicht verbunden, den Vorstand nicht von sich aus zu einer Handlung zu veranlassen, die dieser nicht vornehmen darf. Hiergegen hätten die Aufsichtsratsmitglieder verstoßen, weil sie unberechtigt Sitzungsgeld abgerechnet hätten. Es treffe sie eine Vermögensbetreuungspflicht.

Das OLG Braunschweig führte weiter aus, dass ein Aufsichtsratsmitglied im Hinblick auf die Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Gesellschaft weitere Anstrengungen unternehmen müsse. Wenn es von einer rechtswidrigen Vergütungspraxis Kenntnis erlangt, sei vom Aufsichtsratsvorsitzenden die Einberufung einer Sitzung zu verlangen. Sollte dem nicht entsprochen werden, kann das Aufsichtsratsmitglied selbst unter Mitteilung des Sachverhalts und der Angabe einer Tagesordnung den Aufsichtsrat einberufen. Kommt es dem nicht nach, könne eine Strafbarkeit wegen Untreue durch Unterlassen gegeben sein.

Das OLG Stuttgart hatte der Frage nachzugehen, auf welche Vorgänge sich die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats konkret beziehe. Es entschied, dass eine laufende Überwachung des Vorstands in allen Einzelheiten nicht erwartet werden könne und auch nicht geschuldet sei. Es genüge, dass sich der Aufsichtsrat ein Bild über die wesentlichen Grundlagen der Geschäftsführung und die wichtigsten Geschäftsvorfälle mache. Eine Verpflichtung, Berichte anzufordern und am Vorstand vorbei Nachforschungen anzustellen bestehe nur, wenn Anhaltspunkte hierfür vorlägen (z. B. Berichte unklar, unvollständig oder erkennbar unrichtig seien) oder der Aufsichtsrat glaubwürdige Hinweise auf ein Fehlverhalten des Vorstands erhalte.

Die Überwachungspflicht verschärfe sich indes bei Anhaltspunkten für eine Verletzung von Geschäftsführungspflichten und bei einer sich verschlechternden Lage des Unternehmens. Dann müsse der Aufsichtsrat von sich aus initiativ tätig werden, z. B. zusätzliche Vorstandsberichte einfordern oder Sondersitzungen des Aufsichtsrats einberufen.

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass in Haftungsprozessen eine Umkehr der Beweislast zu Lasten der Aufsichtsratsmitglieder erfolgt. Die Gesellschaft muss nur die Handlung der Aufsichtsratsmitglieder darlegen. Es ist dann Sache des Aufsichtsratsmitglieds, sich von einer Pflichtverletzung zu exkulpieren, d. h. darzulegen und ggf. zu beweisen, dass es nicht pflichtwidrig oder nicht schuldhaft gehandelt habe oder der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Insofern stellt dies eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen dar, wonach jede Partei die Voraussetzung der für sie günstigen Norm zu beweisen hat.

Umfang der Überwachungspflicht

Konkrete Anhaltspunkte

Beweislast

Fazit: Beide Entscheidungen verdeutlichen anschaulich, dass die Pflichten aus der Bestellung zum Aufsichtsrat „nicht auf die leichte Schulter“ zu nehmen sind, sondern es einer sorgfältigen Amtswahrnehmung bedarf. Vorbezeichnete Grundsätze gelten nicht nur für die Aktiengesellschaft, sondern können auch auf Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH Anwendung finden.

Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern

NZG 2012, 1064 (BGH, Urteil vom 10.7.2012)

Sarah-Lena Koch

Rechtsanwältin
Standort: Düsseldorf
s.koch@heuking.de



Zahlungsverbot vor Genehmigung

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in seiner Entscheidung vom 10.7.2012 entschieden, dass der Vorstand einer AG Beratungshonorare an Aufsichtsratsmitglieder grundsätzlich erst dann auszahlen darf, wenn der Aufsichtsrat dem zugrundeliegenden Beratungsvertrag zugestimmt hat.

Gemäß § 114 AktG hängt die Wirksamkeit eines Beratervertrages zwischen der AG und einem Aufsichtsratsmitglied, der eine Tätigkeit außerhalb des eigentlichen Aufsichtsratsmandats zum Gegenstand hat, von der Zustimmung des Aufsichtsrates ab. Im Kern hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob der Vorstand gegen § 114 AktG verstoße, wenn er vor Genehmigung von Beratungsverträgen mit einer Anwaltssozietät, deren Partner ein Aufsichtsratsmitglied der AG ist, Honorare an diese Sozietät auszahlt. Den §§ 113 ff. AktG unterfallen auch Verträge mit Gesellschaften, deren Gesellschafter ein Mitglied des Aufsichtsrats ist. Auf die Beteiligungsquote des Aufsichtsratsmitglieds an der beratenden Gesellschaft kommt es nicht an. Ausreichend und erforderlich ist, dass dem Aufsichtsratsmitglied mittelbar Leistungen der Gesellschaft zufließen.

Nach Ansicht des BGH dürfe der Vorstand gem. § 114 I AktG grundsätzlich keine Honorare an ein Aufsichtsratsmitglied oder dessen Sozietät zahlen, bevor der zu Grunde liegende Beratungsvertrag vom Aufsichtsrat genehmigt und damit wirksam geworden sei.

Zwar könne nach § 114 II 1 AktG der Aufsichtsrat einen Beratungsvertrag mit einem seiner Mitglieder (bzw. dessen Sozietät) auch nachträglich genehmigen, und zwar auch noch nach Zahlung der Vergütung. Daraus folge aber nicht, dass der Vorstand pflichtgemäß handelt, wenn er die Zahlung schon vor der Genehmigung des Vertrags durch den Aufsichtsrat veranlasse. Bis zur Entscheidung über die Genehmigung sei der Vertrag schwebend unwirksam. Ein Zahlungsanspruch aus dem Vertrag bestehe daher noch nicht. Eine zu diesem Zeitpunkt gewährte Zahlung erfolge deshalb ohne Rechtsgrund und sei rechtswidrig.

Der Senat betont, dass der Regelungszweck der §§ 113, 114 AktG eine präventive Kontrolle sei, die eine Beeinflussung der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds verhindern solle. Ob der Aufsichtsrat dem Vertragsschluss zustimmen werde, stehe bei der Zahlung noch nicht fest. Deshalb sei es dem Vorstand regelmäßig untersagt, auf die bloße Erwartung hin, dass der Vertrag genehmigt werde, schon eine Vergütung zu zahlen.

Präventive Kontrolle

Fazit: Beratungsverträge mit Aufsichtsräten sind häufig Gegenstand der Rechtsprechung. Die Gerichte tendieren hierbei zu einer restriktiven Auslegung der §§ 113 ff. AktG. In der Praxis ist daher beim Abschluss von Verträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern höchste Aufmerksamkeit und penible Einhaltung der gesetzlichen Regelungen geboten. Dem Vorstand obliegt hierbei die Pflicht, die Wirksamkeit des Beratungsvertrages mit dem Aufsichtsratsmitglied oder dessen Gesellschaft zu überprüfen, bevor er diesen zur Grundlage seines Handelns macht.

Widerruf der Börsenzulassung für den regulierten Markt – freiwilliges „Delisting“

BVerfG, NJW 2012, 3081

Dr. Florian Brombach, LL.M.

Rechtsanwalt

Standort: Düsseldorf

f.brombach@heuking.de



Gesellschaftsrechtliche Erfordernisse bei echtem Delisting

Verkehrsfähigkeit der Aktie nach Auffassung des BVerfG nicht vom Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG erfasst

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seinem Urteil vom 11. Juli 2012 entschieden, dass der Widerruf der Börsenzulassung für den regulierten Markt grundsätzlich keine Verletzung des Grundrechts auf Eigentum darstellt.

Das Urteil betrifft zwei Verfassungsbeschwerden von Aktionären, die sich durch ein sog. „Delisting“ in ihrem durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentumsrecht verletzt sahen.

Der Begriff „Delisting“ bezeichnet den Rückzug einer AG vom regulierten Markt. Dieser kann entweder durch Widerruf der Börsenzulassung (sog. echtes Delisting) oder durch Wegfall der Zulassungsvoraussetzungen für eine Börsennotierung (sog. unechtes Delisting) erfolgen. Einen Sonderfall des echten Delistings stellt das sog. Downgrading dar, bei dem der Widerruf der Börsenzulassung für den regulierten Markt mit dem Wechsel in den Freiverkehr verbunden wird. Auf die Mitgliedschaft als solche hat ein Delisting keinen Einfluss, allerdings wird die Möglichkeit zur Veräußerung der Aktie in tatsächlicher Hinsicht erschwert.

Der BGH verlangt im Fall des echten Delistings einen entsprechenden Beschluss der Hauptversammlung der Gesellschaft sowie die Zahlung einer angemessenen Abfindung an die Minderheitsaktionäre. Zur Begründung stützt sich der BGH auf die nach seiner Auffassung durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Verkehrsfähigkeit der Aktie, die durch das Delisting beeinträchtigt werde.

Das BVerfG hat nunmehr entschieden, dass der Widerruf der Börsenzulassung für den regulierten Markt nicht das Eigentumsrecht der betroffenen Aktionäre verletze. Die Substanz des Anteilseigentums werde durch das Delisting nicht beeinträchtigt. Bei der Verkehrsfähigkeit der Aktie handele es sich nämlich ausschließlich um einen wertbildenden Faktor. Gleichwohl seien die seitens des BGH aufgestellten Grundsätze im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Fazit: In der Praxis bleibt das Urteil des BVerfG vorerst ohne Auswirkungen. Damit setzt zumindest der vollständige Rückzug von der Börse weiterhin einen Hauptversammlungsbeschluss und eine Abfindung der Minderheitsaktionäre voraus. Demgegenüber ist nach wie vor nicht eindeutig geklärt, ob und inwieweit die vom BGH aufgestellten Grundsätze auch für den Wechsel vom regulierten Markt in den Freiverkehr gelten.

Der Deutsche Bundestag hat am 29. November 2012 das Kleinstkapitalgesellschaften-Bilanzrechtsänderungsgesetz (MicroBilG) verabschiedet. Die dort vorgesehenen Bilanzierungs-Erleichterungen für Kleinunternehmen gelten bereits für alle Geschäftsjahre, deren Abschlussstichtag auf den 31. Dezember 2012 oder später fällt. Das Gesetz dient der Umsetzung einer entsprechenden EU-Richtlinie (2012/6/EU) in nationales Recht. Zu diesem Zweck wurden unter anderem Vorschriften im HGB, im Aktiengesetz und in der Unternehmensregisterverordnung ergänzt.

Um die vorgesehenen Bilanzierungs-Erleichterungen in Anspruch nehmen zu können, muss es sich bei den betreffenden Gesellschaften um sogenannte Kleinstkapitalgesellschaften handeln – diese machen etwa die Hälfte aller Kapitalgesellschaften aus.

Der Begriff der Kleinstkapitalgesellschaft wird im neuen § 267a HGB beschrieben. Es handelt sich hierbei um Kapitalgesellschaften oder um Personenhandelsgesellschaften, bei denen keine natürliche Person unbeschränkt haftet, die an zwei aufeinander folgenden Abschlussstichtagen mindestens zwei von drei festgelegten Schwellenwerten (350.000 € Bilanzsumme / 700.000 € Umsatzerlöse / im Jahresdurchschnitt zehn Arbeitnehmer) nicht überschreiten. Gilt die Gesellschaft danach als Kleinstkapitalgesellschaft, kann sie die im MicroBilG vorgesehenen Vergünstigungen einzeln oder insgesamt in Anspruch nehmen. Daneben gelten, sofern nichts anderes geregelt ist, auch die Erleichterungen für kleine Kapitalgesellschaften. Auf Genossenschaften finden die neuen Regelungen keine Anwendung (vgl. § 336 Abs. II HGB).

Kleinstkapitalgesellschaften müssen nicht mehr die vollständige, in § 266 Abs. 2 und 3 HGB für die Bilanz vorgesehene Gliederung verwenden. Vielmehr brauchen sie nur noch die mit Buchstaben bezeichneten Posten in ihrer Bilanz aufzuführen. Dadurch reduziert sich z.B. die Aktivseite der Bilanz auf fünf Positionen.

Erleichterungen im Bilanzrecht für Kleinunternehmen – MicroBilG



Marion Sangen-Emden
Rechtsanwältin, Partnerin
Steuerberaterin
Standort: Düsseldorf
m.sangen-emen@heuking.de

Erleichterungen bei der Bilanzierung

Verkürzte Bilanz

Verkürzte Gewinn- und Verlustrechnung

Auch der Umfang der Gewinn- und Verlustrechnung wird minimiert. Statt den bisher etwa zwanzig auszuweisenden Positionen nach § 275 Abs. 2 und 3 HGB müssen nach dem neuen § 275 Abs. 5 HGB nur noch insgesamt acht Posten ausgewiesen werden (Nettoumsatzerlöse, sonstige Erträge, Materialaufwand, Personalaufwand, Abschreibungen, sonstige Aufwendungen, Steuern, Jahresergebnis).

Verzicht auf Anhang

Kleinstkapitalgesellschaften dürfen zukünftig auf die Erstellung eines Anhangs zur Bilanz verzichten, sofern sie bestimmte Angaben (insbesondere Angaben zu Haftungsverhältnissen) unter ihrer Bilanz ausweisen.

Offenlegung durch Hinterlegung

Eine Offenlegung kann nach dem MicroBilG – statt einer Veröffentlichung im Bundesanzeiger – auch durch eine dauerhafte Hinterlegung der Bilanz beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers erfolgen. Bei einer bloßen Hinterlegung können Dritte nicht mehr elektronisch auf die Bilanz zugreifen sondern nur auf Antrag eine kostenpflichtige Kopie erhalten.

Fazit: Auf den ersten Blick enthält das MicroBilG erhebliche Erleichterungen bei der Darstellung und Offenlegung der Bilanzen von Kleinstkapitalgesellschaften. Ob dies tatsächlich auch eine Vereinfachung der Rechnungslegung für diese Unternehmen bedeutet, ist allerdings zu bezweifeln. In der Praxis dürfte die vereinfachte und verkürzte Darstellung des Jahresabschlusses in Fällen der Fremdfinanzierung durch Banken für die Kapitalgeber vielfach nicht ausreichen. Darüber hinaus steht die Regelung in offenem Widerspruch zu dem sehr hohen Detaillierungsgrad der von allen bilanzierenden Unternehmen elektronisch zu übermittelnden steuerlichen E-Bilanz (Taxonomie). Eine Ausnahme von diesen steuerlichen Vorschriften wird nur im Einzelfall und auf Antrag bei wirtschaftlicher oder persönlicher Unzumutbarkeit gewährt.

Am 3. Januar 2013 hat das Bundesjustizministerium einen Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen veröffentlicht. Der Entwurf soll nach dem ESUG und der Reform des Restschuldbefreiungsverfahrens die dritte Stufe der Insolvenzrechtsreform vorbereiten. Er schafft einen neuen Gruppen-Gerichtsstand für Konzerninsolvenzen und setzt im Übrigen auf Koordination und Kooperation. Der Entwurf wird möglicherweise noch im Laufe des Jahres 2013 Gesetz.

Nach derzeitiger Rechtslage wird für jede insolvente Gesellschaft ein eigener Insolvenzverwalter bestellt. Sind mehrere Gesellschaften eines Konzerns insolvent, so ist es möglich, dass für jede von ihnen ein anderer Insolvenzverwalter bestellt wird. Dies birgt die Gefahr, dass die verschiedenen Insolvenzverwalter unterschiedliche Strategien verfolgen oder sogar gegeneinander arbeiten. Hierdurch kann ein durch eine Gruppe von Gesellschaften getragenes Unternehmen an Wert verlieren, der sich auch aus der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns ergibt.

Insolvenzen von Unternehmensgruppen lassen sich zwar auch nach derzeitiger Rechtslage häufig durch gute Vorbereitung und Koordination ohne übermäßige Reibungen in den Griff bekommen. Um die Zuständigkeit eines einzigen Gerichts zu erreichen, empfiehlt sich die zeitgleiche Antragstellung für alle insolventen gruppenangehörigen Schuldner am Sitz der Holding, flankiert durch ein Experten-Gutachten zum sogenannten COMI (Insolvenzgerichtsstand). Zudem sollten vor der Antragstellung vertrauliche Abstimmungen mit dem Insolvenzgericht und den Gesellschaftern zur Person der Insolvenzverwalter/Sachwalter/Eigenverwalter und der Mitglieder der Gläubigerausschüsse erfolgen.

Der Entwurf sieht das Recht eines jeden gruppenangehörigen Schuldners vor, einen einheitlichen Gruppen-Gerichtsstand zu beantragen. Der Antrag auf Begründung des Gruppen-Gerichtsstands ist dabei von dem Insolvenzeröffnungsantrag zu unterscheiden.

Reform des Konzerninsolvenzrechts



Prof. Dr. Georg Streit

Rechtsanwalt, Partner
Fachanwalt für Steuer-
und Insolvenzrecht
Standort: München
g.streit@heuking.de



Dr. Fabian Bürk, LL.M.

Rechtsanwalt
Standort: München
f.buerk@heuking.de

Einführung eines Gruppen-Gerichtsstands

Der Gruppen-Gerichtsstand liegt, sobald es sich für zuständig erklärt hat, bei dem Gericht, gegenüber dem der Antrag auf Begründung des Gruppen-Gerichtsstands zuerst gestellt wurde. Voraussetzung für die Entscheidung des Gerichts über seine Zuständigkeit im Sinne eines Gruppen-Gerichtsstands ist nach dem Entwurf, dass ein zulässiger Eröffnungsantrag erfolgte, die Verfahrenskonzentration im Interesse der Gläubiger liegt und der antragstellende Schuldner innerhalb der Gruppe nicht offensichtlich von wirtschaftlich untergeordneter Bedeutung ist. Ein gruppenangehöriger Schuldner könnte hiernach also gezielt einen für ihn günstigen Gruppen-Gerichtsstand beantragen.

Ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist auch der Insolvenzverwalter antragsberechtigt, sofern noch kein Gruppen-Gerichtsstand begründet wurde.

Einheitliche Verwalterbestellung

Für den Fall, dass bei verschiedenen Gerichten Insolvenzeröffnungsanträge bezüglich Schuldnern der gleichen Gruppe gestellt wurden, sieht der Entwurf zudem die Verpflichtung der Gerichte vor, sich darüber abzustimmen, ob die Bestellung eines einheitlichen Insolvenzverwalters im Interesse der Gläubiger liegt. Maßgeblich für die Entscheidung ist, ob ein solcher alle Verfahren mit der gebotenen Unabhängigkeit und ohne Interessenskonflikte wahrnehmen kann.

Allgemeine Kooperation – insbesondere Möglichkeit eines Gruppen-Gläubigerausschusses

Der Entwurf sieht zahlreiche Kooperationsrechte und -pflichten der Verfahrensbeteiligten vor. Neu ist vor allem das Antragsrecht eines jeden (vorläufigen) Gläubigerausschusses eines gruppenangehörigen Schuldners, einen Gruppen-Gläubigerausschuss zum Zwecke der Koordination zu bilden.

Neu wäre auch, dass die Insolvenzverwalter künftig, soweit dies im Interesse der Gläubiger liegt, auch dann einander zur Kooperation verpflichtet sind, wenn die Zusammenarbeit der eigenen Insolvenzmasse keinen Vorteil verschafft sondern ohne Auswirkung ist. Dies trüge wesentlich zur Erhaltung des Gesamtwerts des Konzerns bei.

Schaffung eines Koordinationsverfahrens

Zudem sieht der Entwurf ein Koordinationsverfahren vor. Antragsberechtigt sind u.a. jeder gruppenangehörige Schuldner sowie jeder (vorläufige) Gläubigerausschuss eines gruppenangehörigen Schuldners. Das gruppenschuldnerische Antragsrecht erlischt mit Verfahrenseröffnung, sodass auch hier gegebenenfalls zügiges Handeln angezeigt ist.

Kern des Koordinationsverfahrens ist die Bestellung eines Koordinationsverwalters aus dem Kreis der (vorläufigen) Insolvenzverwalter der gruppenangehörigen Schuldner. Dieser hat die Verfahren abzustimmen. Die übrigen Insolvenzverwalter sind zur Mitwirkung verpflichtet.

Der Koordinationsverwalter kann insbesondere einen Koordinationsplan vorlegen, in dem er Maßnahmen beschreibt, die für eine abgestimmte Abwicklung der Verfahren sachdienlich sind. Dieser ist grundsätzlich unverbindlich, die Insolvenzverwalter müssen Abweichungen aber gegenüber den Gläubigerversammlungen rechtfertigen. Auf Beschluss der Gläubigerversammlung eines gruppenangehörigen Schuldners ist der Koordinierungsplan der Ausarbeitung eines Insolvenzplans durch den Insolvenzverwalter verbindlich zugrunde zu legen.

Wurde ein Gruppen-Gläubigerausschuss gebildet, bedarf der Koordinationsplan dessen Zustimmung.

Fazit: Gruppenangehörigen Schuldner werden, sollte ein dem Entwurf entsprechendes Gesetz in Kraft treten, neue Gestaltungsmöglichkeiten gegeben. Gruppeninsolvenzen ließen sich zum Wohle der Gläubiger leichter in koordinierter Form an einem Gerichtsstand abwickeln.

Blick nach Brüssel

Pressemitteilung der Kommission vom
12.12.2012, IP/12/1340

Pressemitteilung der Kommission vom
14.11.2012, IP/12/1205

Dr. Martin Imhof

Rechtsanwalt, Partner
Fachanwalt für Handels-
und Gesellschaftsrecht
Standort: Düsseldorf
m.imhof@heuking.de



Kernpunkte des Aktionsplans

Die Europäische Kommission hat am 12.12.2012 die Modernisierung des europäischen Gesellschaftsrechts und der Corporate Governance- Regeln angekündigt und in diesem Zusammenhang einen Aktionsplan angenommen. Ziel der Kommission ist es, europäische Unternehmen nachhaltiger und wettbewerbsfähiger zu machen. Bereits zuvor hat sich die Kommission für eine Frauenquote stark gemacht.

Die Modernisierung des europäischen Gesellschaftsrecht und der Corporate Governance ist Teil der Strategie „Europa 2020“, in der die Kommission die Verbesserung des Unternehmensumfelds in Europa fordert. Eine in den letzten beiden Jahren durchgeführte Analyse zeige, dass die Wettbewerbsfähigkeit und Nachhaltigkeit der Unternehmen verbessert werden könne.

Der Aktionsplan sieht vor, mehr Transparenz zwischen Unternehmen und ihren Aktionären zu schaffen, um zur Verbesserung der Corporate Governance beizutragen. Außerdem soll das langfristige Engagement der Aktionäre gefördert werden. Dazu soll zum Beispiel die Transparenz in Bezug auf die Vergütungspolitik erhöht und Transaktionen mit nahe stehenden Unternehmen und Personen besser überwacht werden. Als dritten Kernpunkt sieht der Aktionsplan Initiativen im Bereich des Gesellschaftsrechts zur Unterstützung europäischer Unternehmen und zur Förderung ihres Wachstums und ihrer Wettbewerbsfähigkeit vor. Zudem ist geplant, alle wichtigen Gesellschaftsrichtlinien in ein Rechtsinstrument zu bündeln, um das EU- Gesellschaftsrecht zugänglicher und verständlicher zu gestalten.

EU- Kommission schlägt Frauenquote vor

Vorweggenommen hat die Europäische Kommission am 14.11.2012 ihren Vorschlag, dass in börsennotierten europäischen Unternehmen bis 2020 mindestens 40 Prozent der nicht geschäftsführenden Direktoren beziehungsweise Aufsichtsratsmitgliedern weiblich sein sollen. Damit folgt die Kommission der Aufforderung des europäischen Parlaments, das wiederholt eine Gleichstellungsregelung gefordert hatte. Derzeit werden die Leitungsorgane zu 85 Prozent der nicht geschäftsführenden Direktoren beziehungsweise Aufsichtsratsmitgliedern von Männern beherrscht. Trotz öffentlicher Debatten und freiwilligen Initiativen auf nationaler und europäischer Ebene hat sich der Frauenanteil in den Leitungsorganen von Unternehmen durchschnittlich um nur 0,6 Prozentpunkte jährlich erhöht.

Laut des Richtlinienvorschlags soll die Zielvorgabe von 40 Prozent für private Unternehmen bis zum Jahr 2020 umgesetzt werden. Kleine und mittlere Unternehmen (mit weniger als 250 Beschäftigten und einem weltweiten Jahresumsatz bis 50 Mio. EUR) sowie nicht börsennotierte Gesellschaften sind von der Regelung ausgenommen. Insofern werden etwa 5000 börsennotierte Unternehmen in der EU betroffen sein. Der Richtlinienvorschlag sieht vor, dass bei gleicher Qualifikation Mitglieder des unterrepräsentierten Geschlechts – in der Regel Frauen – den Aufsichtsratposten bekommen. Die Quote soll dadurch erreicht werden, dass Neuwahlen der Aufsichtsräte unter Berücksichtigung des Richtlinienvorschlags durchgeführt werden.

Etwa 5000 börsennotierte Unternehmen in der EU betroffen

Fazit: Der Aktionsplan der Kommission zur Fortschreibung eines europäischen Gesellschaftsrechts ist zu begrüßen und könnte zu einer Stärkung der europäischen Unternehmen führen. Inwieweit dieser zum Spielball der Politik wird und welche Punkte tatsächlich umgesetzt werden, bleibt abzuwarten. Dies gilt angesichts der Kritik in der EU noch stärker für den Richtlinienvorschlag für die Einführung einer Frauenquote in Aufsichtsgremien. Die Kommission hat es hier mit ihrem Vorschlag jedenfalls geschafft, eine Debatte um den Frauenanteil in Leitungsorganen zu entfachen.

Aus der Praxis

Gesellschaftsrecht/M&A

Heuking Kühn Lüer Wojtek bietet regelmäßig Veranstaltungen zu aktuellen rechtlichen Themen an. Darüber hinaus halten unsere Anwälte Vorträge auf Fachkonferenzen und Veranstaltungen der führenden Industrie. Folgend finden Sie eine Auswahl an Veranstaltungen unserer Sozietät. Eine stets aktuelle Übersicht finden Sie auf unserer Internetseite unter www.heuking.de.

Veranstaltungshinweise

Seminar Aktien- und Kapitalmarktrecht 2013

28. Februar 2013 in München
Weitere Termine im Sommer 2013

Themenüberblick

- Aktuelle Entwicklungen im Aktien und Kapitalmarktrecht
Gastvortrag der Börse München
 - Die Mittelstandsanleihe – Perspektiven für Unternehmer
 - Restrukturierung von Unternehmensanleihen – Gestaltungsmöglichkeiten und Verfahren
 - Case Study: yingiz – kreativ gestaltete Kapitalaufnahme
 - Aktien als Akquisitionswährung
-

Aktuelles zum Datenschutz

7. März 2013 in Düsseldorf
14. März 2013 in Köln

In den beiden Seminaren in Düsseldorf und Köln werden folgende Themen behandelt:

- Nutzung der IT-Infrastruktur durch die Mitarbeiter – was müssen Arbeitgeber beachten?
 - Benachrichtigung und Auskunftserteilung – worüber müssen Unternehmen informieren?
 - Datensicherheit – Einblick in die praktischen Aspekte des Datenschutzes
-

Die IKT-Industrie ist zunehmend durch übergangslose Vernetzung und Konvergenz sowie komplexere Applikationsarchitekturen und größere Datenvolumen geprägt. NGA-Netze, Big Data, Cloud Computing und S.a.a.S. stehen für konkrete Projekte und Angebote; sie stehen zugleich auch für neue Wertschöpfungsmodelle und Geschäftsprozesse. Anbieter und Kunden, Öffentliche Hand und Privatwirtschaft, Konzerne und KMU im In- und Ausland sind gleichermaßen betroffen.

Diese Veränderungen bringen komplexe rechtliche Implikationen mit sich – z.B. im Vertrags-, Datenschutz- und Regulierungsrecht sowie im Beihilfen- und Wettbewerbsrecht. Wir freuen uns auf einen aktiven Dialog mit Ihnen.

Indien erlebte in den letzten Jahren einen Wirtschaftsboom mit überdurchschnittlichen Wachstumsraten der Indischen Wirtschaft. Trotz einer zwischenzeitlich eingetretenen Abschwächung ist und bleibt Indien für deutsche Unternehmen ein bedeutender Absatzmarkt. Die Nachfrage nach deutschen Gütern und Investitionen wächst von Tag zu Tag. Indische Unternehmen spielen aber auch eine immer wichtiger werdende Rolle als Lieferanten und Partner für deutsche Firmen. Deutschland ist der wichtigste Handelspartner Indiens innerhalb der EU.

Vielleicht hat auch Ihr Unternehmen bereits erste Anknüpfungspunkte mit Indien. Wir zeigen Ihnen die wirtschaftlichen, politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen für Ihre Geschäftsverbindung nach Indien. Freuen Sie sich auf interessante Vorträge aus der Wirtschaft.

CeBIT 2013

5. bis 9. März 2013
Halle 2, Stand E46

Gemeinschaftsstand Hessen-IT
Deutsche Messe,
Messegelände,
30521 Hannover

Doing Business in India

4. Juli 2013 in Düsseldorf



**Indo-German Chamber of Commerce
Deutsch-Indische Handelskammer**
Mumbai · Delhi · Kolkata · Chennai
Bangalore · Pune · Düsseldorf



Weitere Informationen zu unseren Veranstaltungen finden Sie auf unserer Website unter **www.heuking.de/veranstaltungen**

Dieser Newsletter beinhaltet keinen Rechtsrat. Die enthaltenen Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise wieder und können eine den Besonderheiten des einzelnen Sachverhalts gerecht werdende individuelle Beratung nicht ersetzen.

www.heuking.de

Verantwortlicher Redakteur:

Rechtsanwalt Dr. Martin Imhof
bei den Rechtsanwälten und Steuerberatern Heuking Kühn Lüer Wojtek,
Georg-Glock-Straße 4, 40474 Düsseldorf

Diese und alle weiteren Ausgaben des Newsletter Gesellschaftsrecht/M&A
finden Sie im Internet unter www.heuking.de/ueber-uns/newsletter.html

Berlin

Unter den Linden 10
10117 Berlin
T +49 30 88 00 97-0
F +49 30 88 00 97-99

Brüssel

Avenue Louise 326
1050 Brüssel/Belgien
T +32 2 646 20-00
F +32 2 646 20-40

Chemnitz

Weststraße 16
09112 Chemnitz
T +49 371 38 203-0
F +49 371 38 203-100

Düsseldorf

Georg-Glock-Straße 4
40474 Düsseldorf
T +49 211 600 55-00
F +49 211 600 55-050

Frankfurt

Grüneburgweg 102
60323 Frankfurt am Main
T +49 69 975 61-0
F +49 69 975 61-200

Hamburg

Neuer Wall 63
20354 Hamburg
T +49 40 35 52 80-0
F +49 40 35 52 80-80

Köln

Magnusstraße 13
50672 Köln
T +49 221 20 52-0
F +49 221 20 52-1

München

Prinzregentenstraße 48
80538 München
T +49 89 540 31-0
F +49 89 540 31-540

Zürich

Bahnhofstrasse 3
8001 Zürich/Schweiz
T +41 44 200 71-00
F +41 44 200 71-01