

füllung oder auf Schadensersatz, so sind für diese Klage – vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung nach Art. 23 EuGVVO – gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVVO auch die deutschen Gerichte zuständig. Denn mit einer solchen Klage werden Ansprüche aus einem Vertrag geltend gemacht²⁹, und die nach diesem Vertrag geschuldeten Dienstleistungen sind bei dortiger Geschäftsführertätigkeit in der Bundesrepublik erbracht worden³⁰. Daneben können nach Art. 2 Abs. 1, Art. 60 Abs. 1 u. Abs. 2 S. 1 EuGVVO aber auch die Gerichte am Ort des *registered office* als dem Satzungssitz der Limited und somit die englischen Gerichte angerufen werden³¹, die nach dem zuvor Gesagten freilich deutsches Recht anzuwenden haben. Zum gleichen Ergebnis – wahlweise Zuständigkeit des Gerichts am Satzungssitz und des Gerichts am Tätigkeitsort – kommt man über Art. 19 EuGVVO, wenn man den Anstellungsvertrag als Arbeitsvertrag i.S.d. Art. 18 EuGVVO einordnet³²; in diesem Fall ist eine Gerichtsstandsvereinbarung allerdings nur eingeschränkt unter den Voraussetzungen des Art. 21 EuGVVO zulässig³³. Will der *director* vor einem deutschen Gericht gegen die Beendigung seines Anstellungsvertrags klagen, so muss er dies vor einem ordentlichen Gericht tun; denn Rechtsstreitigkeiten mit Vertretungsorganen juristischer Personen sind nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG von der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ausgenommen.

V. Zusammenfassung

Bei einer in der Bundesrepublik tätigen englischen Limited richten sich die gesellschaftsrechtliche Bestellung und Abberufung des *director* nach dem Gesellschaftsstatut und damit nach englischem Recht. Für den Abschluss und die Beendigung des schuldrechtlichen Anstellungsvertrags gilt dagegen nach dem Vertragsstatut regelmäßig deutsches Recht. Für Klagen des *director* einer in Deutschland tätigen Limited gegen einen Abberufungsbeschluss sind ausschließlich die englischen Gerichte zuständig. Rechtsstreitigkeiten aus dem Anstellungsverhältnis können dagegen wahlweise vor deutschen oder vor englischen Gerichten anhängig gemacht werden. Jedenfalls im Hinblick auf die Begründung und Beendigung der Organstellung des *director* bleibt es somit auch dann, wenn die Limited ihre Geschäftstätigkeit von vornherein nur in der Bundesrepublik ausübt, bei der Anwendbarkeit englischen Rechts und der Zuständigkeit englischer Gerichte. Hierdurch können sich im Vergleich zur deutschen GmbH nicht unerhebliche Mehrkosten für rechtliche Beratung und Vertretung ergeben, die die Kostensparnis bei der Gründung der Limited deutlich schmälern.

29 Vgl. OLG Koblenz v. 23.2.1990 – 2 U 1795/89, ZIP 1991, 1098 (1100); OLG München v. 25.6.1999 – 23 U 4834/98, GmbHR 1999, 981 f.; *Geimer* in Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. 2004, A.1 Art. 5 EuGVVO Rz. 24; *Leible* in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2005, § 11 Rz. 18.

30 Vgl. OLG Celle v. 12.1.2000 – 9 U 126/99, NZG 2000, 595 = GmbHR 2000, 1151 (LS); OLG München v. 25.6.1999 – 23 U 4834/98, GmbHR 1999, 981 (982); *Lehmann*, GmbHR 2005, 978 (981).

31 Vgl. *Altmeppen/Wilhelm*, DB 2004, 1083 (1087).

32 So auf der Grundlage einer autonomen Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs der EuGVVO *Mankowski*, RIW 2004, 167 (169 ff.); vgl. auch *Geimer* in Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. 2004, A.1 Art. 18 EuGVVO Rz. 23 f.; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2005, Art. 18 EuGVVO Rz. 2. A.A. *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2003, Art. 5 EuGVVO Rz. 8.

33 *Mankowski*, RIW 2004, 167 (168).

GmbH-Praxis

GmbH-Beratung

*Sigmund Perwein**

Die Rechte der GmbH nach dem Kapitalerhaltungsgrundsatz

Verjährungsfälle für den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters?

Das Auszahlungsverbot in § 30 Abs. 1 GmbHG bzw. der Erstattungsanspruch in § 31 Abs. 1 GmbHG lassen nach der Rechtsprechung des BGH den im übrigen wirksam zustande gekommenen Auszahlungsanspruch des Gesellschafters unberührt. Nur wie ist es um dessen Realisierung unter dem Blickwinkel der Verjährung bestellt? Die Schuldrechtsreform hat durch die Änderung der Verjährungsfristen und die Einengung des Tatbestands des § 202 BGB a.F. durch die Nachfolgevorschrift § 205 BGB die „Symmetrie“ zwischen den Rechten/Ansprüchen der Gesellschaft und denen des Gesellschafters aus dem Lot gebracht, was durch die Verlängerung der Verjährungsfrist für den gutgläubigen Gesellschafter in § 31 Abs. 5 GmbHG seit 15.12.2004 noch verschärft wurde. Die sich daraus ergebende verschlechterte Rechtslage für den Gesellschafter ist Inhalt dieses Beitrags.

I. Ausgangslage

Soweit und solange eine GmbH eine Unterbilanz¹ aufweist, dürfen an einen Gesellschafter keine Zahlungen erfolgen, die nicht in der Erfüllung eines gewöhnlichen Verkehrsgeschäft bestehen, der Auszahlung der Gesellschaft also eine vollwertige Gegenleistung des Gesellschafters gegenüber steht. Hauptanwendungsfälle verbotener Rückzahlungen sind in der Praxis demgemäß die Rückzahlung eines der Gesellschaft hingegebenen Darlehens und die Zahlung einer Abfindung an einen ausgeschiedenen Gesellschafter. Der Gesellschaft steht während des Bestehens einer Unterbilanz ein noch näher zu betrachtendes „Leistungsverweigerungsrecht“² zu, welches Reflex des Auszahlungsverbots ist. Erfolgt gleichwohl eine Auszahlung ist der Empfänger, also in der Regel der Gesellschafter, zur Rückzahlung verpflichtet. Was aber geschieht mit dem Anspruch des Gesellschafters, also z.B. seinem Anspruch auf Rückzahlung des der Gesellschaft hingegebenen Darlehens nach erfolgter ordentlicher Kündigung des Darlehensvertrags oder seinem Anspruch auf Auszahlung der durch einen Gutachter festgestellten Abfindung für seinen GmbH-Anteil? Zu unterscheiden sind hierbei die zwei im Folgenden erörterte Konstellationen.

II. GmbH verweigert Zahlung unter Hinweis auf § 30 Abs. 1 GmbHG

Nehmen wir zur Veranschaulichung ein Beispiel:

1 Vgl. hierzu nur *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 30 Rz. 12.

2 Vgl. hierzu nur *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 30 Rz. 12.

2 Vgl. so expressis verbis *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 30 Rz. 31 f. m.w.N.

GmbH-Beratung

Der Gesellschafter kündigt sein am 1.2.2002 hingegebenes Darlehen auf den 31.1.2003. Die GmbH verweigert am 1.2.2003 die Rückzahlung des Darlehens unter Hinweis auf eine mittlerweile eingetretene Unterbilanz. Nach nachhaltiger Wiederherstellung des Eigenkapitals der GmbH macht der Gesellschafter am 1.2.2007 Rückzahlung des Darlehens geltend; die GmbH beruft sich daraufhin auf Verjährung.

Gemäß §§ 195, 199 BGB wäre der Darlehensrückzahlungsanspruch des Gesellschafters tatsächlich bereits mit Ablauf des 31.12.2006 verjährt, wenn der Anspruch des Gesellschafters trotz des durch die GmbH geltend gemachten „Leistungsverweigerungsrechts“ am 1.2.2003 bereits entstanden und fällig gewesen wäre.

Unter der Geltung des BGB i.d.F. vor dem 1.1.2002 wäre dem Gesellschafter hier § 202 BGB a.F. mit der Folge der Hemmung der Verjährung zur Seite gestanden, da die Geltendmachung des Auszahlungsverbots gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG als gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht i.S. dieser Vorschrift angesehen werden konnte. Der Regelungsgehalt des § 202 BGB a.F. wurde aber durch die Schuldrechtsreform³ in § 205 BGB nur unvollständig übernommen. Gemäß § 205 BGB hat nur noch ein vertraglich vereinbartes Leistungsverweigerungsrecht verjährungshemmende Wirkung, nicht aber mehr das Bestehen eines gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts.

Diese Sachlage lässt es lohnend erscheinen, sich mit der Rechtsnatur und den Rechtsfolgen des „Leistungsverweigerungsrechts“ aus § 30 Abs. 1 GmbHG auf den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters zu beschäftigen. Eine Blick in Literatur und Rechtsprechung lässt indes schnell erkennen, dass Rechtsnatur und Rechtsfolgen mehr im Dunkeln liegen, als dem Praktiker recht sein kann.

Der BGH bleibt in seinen Entscheidungen zumeist eher unkonkret, was damit zusammenhängen mag, dass die veröffentlichten Entscheidungen entweder die Situation der Rückforderung verbotswidriger Auszahlungen durch den Konkurs- bzw. Insolvenzverwalter betrafen oder aber die Frage wirksamer Einlagenzahlung in Verrechnungsfällen bei der GmbH & Co. KG. So ist einzig in der Entscheidung des BGH v. 28.9.1981⁴ von einer „einredebehafteten“ (Darlehens-)Forderung die Rede, im Ur. v. 29.9.1977⁵ hingegen davon, dass die GmbH nur „mit der Maßgabe“ erfüllen darf, dass das Eigenkapital nicht geschmälert wird, in der Entscheidung v. 23.6.1997⁶, dass „ein entsprechendes Verpflichtungsgeschäft nicht erfüllt werden darf“, soweit das Eigenkapital angegriffen würde, und im Ur. v. 25.6.2001⁷, dass „eine Forderung, soweit und solange deren Erfüllung § 30 GmbHG zuwiderliefe, von der Gesellschaft nicht erfüllt werden“ darf.

In der Literatur ist davon die Rede, dass die „Verpflichtung (zur Zahlung an den Gesellschafter) unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit Abs. 1“ steht⁸. Kort⁹ benutzt in seiner vor der Schuldrechtsreform veröffentlichten, umfangreichen Abhandlung ganz verschiedene Begrifflichkeiten und dokumentiert hierdurch exemplarisch das schillernde Rechtsgebilde, welches das „Leistungsverweigerungsrecht“ in § 30 Abs. 1 GmbHG offensichtlich darstellt: so heißt es zunächst, dass „das Verpflichtungsgeschäft (...) unter dem (stillschweigenden) Vorbehalt steht“, dass § 30 GmbHG nicht verletzt wird¹⁰; an anderer Stelle ist davon die Rede, dass „der Auszahlungsanspruch unter dem Vorbehalt (steht)“, dass § 30 GmbHG nicht verletzt wird¹¹, während es im nächsten Satz wie folgt heißt: „Die Durchsetzbarkeit des Auszahlungsanspruchs ist somit von dem

jeweiligen Bestand des Gesellschaftsvermögens abhängig.“ Nach Lutter/Hommelhoff¹² ist „die Verbindlichkeit durchaus entstanden, aber gehemmt“. Für Heidinger¹³ besteht „jedoch generell kein Anspruch des Gesellschafters“, solange die Auszahlung gegen § 30 GmbHG verstoßen würde, während laut Roth/Altmeyen¹⁴ das Auszahlungsverbot den Anspruch des Gesellschafters auf Leistung „(schon) hindert bzw. vernichtet“, der Anspruch des Gesellschafters also „nicht nur (als) einredebehaftet“ ansehen ist.

Versucht man dies zusammenzufassen, kommt man zu zwei möglichen, rechtlich fundamental gegensätzlichen Charakterisierungen:

- (1) die Entstehung des Auszahlungsanspruchs steht unter der (aufschiebenden oder auflösenden?) Bedingung, dass keine Unterbilanz besteht oder diese weggefallen ist (was bedeutet, dass das „Leistungsverweigerungsrecht“ in § 30 Abs. 1 GmbHG zum Kreis der anspruchshindernden Einreden gehört),
- (2) dem entstandenen Auszahlungsanspruch steht das geltend gemachte „Leistungsverweigerungsrecht“ als vorübergehende rechts-(durchsetzungs-)hemmende Einrede gegenüber.

Nimmt man hierzu die weit überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass die verbotswidrige Zahlung grundsätzlich keine Erfüllungswirkung hat und der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters fortbesteht und nicht etwa – nach Erstattung an die GmbH – neu entsteht, so kann dies nur zur Schlussfolgerung führen, dass das „Leistungsverweigerungsrecht“ in § 30 Abs. 1 GmbHG keine anspruchshindernde, sondern bloße rechts(durchsetzungs)hemmende Wirkung hat.

Für unser obiges Beispiel bedeutet dies, dass trotz Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts durch die GmbH der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters am 1.2.2003 entstanden und fällig war, und dessen Verjährung mit Ablauf des 31.12.2003 zu laufen begonnen hat.

Während ein Gesellschafter nach der Rechtslage vor der Schuldrechtsreform grundsätzlich zuwarten konnte, bis die Unterbilanz nachhaltig beseitigt war, weil sein Anspruch auf Darlehensrück- oder Abfindungszahlung erst nach 30 Jahren verjäherte, sind es seit 1.1.2002 nur noch 3 Jahre, ein Zeitraum der leicht vergehen kann bis eine bestehende Unterbilanz nachhaltig überwunden ist.

Der Gesellschafter muss jetzt also aktiv werden und Feststellungsklage erheben. Denkbar wäre stattdessen auch,

3 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I 2001, 3138.

4 BGH v. 28.9.1981 – II ZR 223/80, BGHZ 81, 365 (369) = GmbHR 1982, 181 und im Leitsatz.

5 BGH v. 29.9.1977 – II ZR 157/76, BGHZ 69, 274 (280) = GmbHR 1978, 64 (LS).

6 BGH v. 23.6.1997 – II ZR 220/95, BGHZ 136, 125 (130) = GmbHR 1997, 790.

7 BGH v. 25.6.2001 – II ZR 38/99, BGHZ 148, 167 (171) = GmbHR 2001, 771 m. Komm. Hamier.

8 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 30 Rz. 32.

9 Kort, ZGR 2001, 615 ff.

10 Kort, ZGR 2001, 615 (625).

11 Kort, ZGR 2001, 615 (628).

12 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 30 Rz. 38.

13 Heidinger in Michalski, GmbHG, 2002, § 30 Rz. 88.

14 Roth/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 30 Rz. 81.

GmbH-Beratung

dass er mit der GmbH eine Vereinbarung trifft, welche inhaltlich der ohnehin bestehenden Rechtslage – Leistungsverweigerungsrecht aus § 30 Abs. 1 GmbHG während der Dauer der Unterbilanz – entspricht, um so dem Umstand Rechnung zu tragen, dass gemäß § 205 BGB nunmehr vertragliche, nicht aber gesetzliche Leistungsverweigerungsrechte verjährungshemmend sind, was aber rechtlich nicht unproblematisch ist. Denn nach verbreiteter Ansicht soll § 205 BGB keine Anwendung finden, wenn gesetzliche Leistungsverweigerungsrechte (lediglich) vertraglich nachvollzogen werden¹⁵. Ob eine analoge Anwendung des § 205 BGB auf gesetzliche Leistungsverweigerungsrechte möglich ist, ist strittig¹⁶ und m.E. abzulehnen, nachdem die Schuldrechtsreform mit der Ausgestaltung des § 205 BGB bewusst auf die Übernahme der alten Rechtslage aus § 202 BGB a.F. verzichtet hat. Die gleichen Bedenken dürften auch für einen befristeten Verzicht der GmbH auf die Einrede der Verjährung gelten.

III. GmbH fordert die verbotswidrig erfolgte Zahlung zurück

Zur Veranschaulichung sei das obige **Beispiel** wie folgt abgeändert:

Der Gesellschafter kündigt sein Darlehen auf den 30.9.2003 und erhält am 5.10.2003 Rückzahlung seines Darlehens, obwohl zu diesem Zeitpunkt eine Unterbilanz besteht. Nach einem Wechsel in der Geschäftsführung macht die GmbH am 1.11.2004 gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG Rückzahlung geltend; der Gesellschafter zahlt am 1.4.2005 zurück, um einer Klage der GmbH zu entgehen. Nach nachhaltiger Wiederherstellung des Eigenkapitals der GmbH macht der Gesellschafter am 1.2.2007 Rückzahlung des Darlehens geltend; die GmbH beruht sich daraufhin auf Verjährung.

Auch hier wäre gemäß §§ 195, 199 BGB der Darlehensrückzahlungsanspruch des Gesellschafters tatsächlich bereits mit Ablauf des 31.12.2006 verjährt, denn nach der bereits erwähnten Rechtsprechung des BGH war durch die verbotswidrige Zahlung der GmbH am 5.10.2003 der am 1.10.2003 fällige gewordenen Anspruch auf Darlehensrückgewähr nicht erfüllt worden. Es entstand deshalb mit Rückzahlung an die GmbH am 1.4.2005 nicht etwa ein „neuer“ Darlehensrückgewähranspruch, für den eine eigene Verjährungsfrist gelten würde, sondern es verbleibt beim „alten“, in unserem Beispiel nunmehr verjährten Anspruch.

Unter der Geltung des § 202 a.F. BGB wäre hier zwar sicherlich ab 1.11.2004, spätestens aber ab 1.4.2005 Hemmung der Verjährung eingetreten, denn das Rückzahlungsverlangen steht spätestens nach Eingang der Zahlung des Gesellschafters der Sache nach einer „nachträglichen“ Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts aus § 30 Abs. 1 GmbHG gleich, doch diese günstige Rechtsfolge gilt unter dem Regime des § 205 n.F. BGB nicht mehr.

Obwohl die sonstigen Voraussetzungen vorliegen – der Anspruch des Gesellschafters ist ja fällig – verwehrt der BGH dem Gesellschafter auch die Aufrechnung¹⁷, so dass

er in unserem Beispiel gegen den am 1.11.2004 durch die GmbH geltend gemachten Rückzahlungsanspruch auch nicht mit seinem Anspruch auf Darlehensrückgewähr aufrechnen kann.

Diese Konstellation ist für den Gesellschafter sogar noch gefährlicher, als wenn die GmbH die Zahlung ursprünglich verweigert hätte. Solange der Gesellschafter noch auf sein Geld wartet, wird er eher daran denken, seinen Anspruch gegen Verjährung zu sichern, während er sich nach Erhalt des Geldes vermeintlich sicher wähnt, wo doch die Uhr tickt. Dies gilt insbesondere seit vom 15.12.2004 an die Verjährungsfrist in § 31 Abs. 5 GmbHG von 5 auf 10 Jahre verlängert worden ist¹⁸. So kann der Anspruch des Gesellschafters schon „ewig“ verjährt sein, wenn die Gesellschaft dann im 5. oder 6. Jahr nach Zahlung kommt und gestützt auf § 31 Abs. 1 GmbHG Rückzahlung fordert.

IV. Zusammenfassung

Es ist derzeit rechtlich unklar, ob die Verjährung des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters während des Bestehens eines Auszahlungsverbots gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG oder in der Konstellation verbotswidrige Auszahlung/Erstattung nach § 31 GmbHG gehemmt ist oder nicht, wobei die h.M. in Rechtsprechung und Literatur wohl dazu neigt, dies zu verneinen. Der Gesellschafter muss seinen Anspruch demgemäß gegen Verjährung sichern. Dies gilt umso mehr, seit durch die Änderung der Regelverjährung durch die Schuldrechtsreform und die eingeschränkte Übernahme des Regelungsgehalts des § 202 BGB a.F. in § 205 BGB der Anspruch zu verjähren droht, während die Unterbilanz noch nicht überwunden ist oder die (längere) Verjährungsfrist für den Erstattungsanspruch gemäß § 31 GmbHG noch nicht abgelaufen ist.

Rechtsprechung

Gesellschaftsrecht

Gesellschafter-Geschäftsführer: Nachweis des Zugangs der Erklärung einer Amtsniederlegung bei Anmeldung zum Handelsregister

GmbHG § 39, § 46 Nr. 5, § 78; BGB § 132 BGB

Bei der Anmeldung der Amtsniederlegung eines Geschäftsführers, der auch Gesellschafter ist, zum Handelsregister ist der Zugang oder die Zustellung der Niederlegungserklärung gegenüber einem weiteren Gesellschafter durch Urkunden nachzuweisen.

OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 19.7.2006 – 20 W 229/06

► Aus den Gründen:

I.

Der Antragsteller (Ast.) meldete unter dem 31.10.2005 zur Eintragung in das Handelsregister an, dass er nicht mehr Geschäftsführer der Gesellschaft sei und versicherte zugleich an Eides statt, er habe das beigefügte Schreiben über seine Amtsniederlegung v. 6.10.2005 dem einzigen neben ihm vorhandenen Mitgesellschafter in Paris vorgelegt, der dieses Schreiben zwar zur Kenntnis genommen,

¹⁵ Vgl. nur *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl. 2006, § 205 Rz. 1.

¹⁶ Vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl. 2006, § 205 Rz. 3.

¹⁷ BGH v. 29.5.2000 – II ZR 118/98, GmbHR 2000, 771.

¹⁸ Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 9.12.2004, BGBl. I 2004, 3214.