

Handels- und Gesellschaftsrecht

Herausgeber:	Günter Friedel, RA Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, Luther Rechtsanwalts GmbH, Düsseldorf	www.AnwaltZertifikat.de
		Erscheinungsdatum: 16.09.2020
		Erscheinungsweise: vierzehntäglich
		Bezugspreis: 8,- € monatlich zzgl. MwSt. (6,- € für DAV-Mitglieder) inkl. Online-Archiv und Prüfungsgebühr

18/2020

Inhaltsübersicht:

AUFSÄTZE

- Anm. 1 **Die Vereinfachung des Umlaufverfahrens nach § 48 Abs. 2 GmbHG als befristete Maßnahme zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie**
von Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Düsseldorf
- Anm. 2 **Unzulässigkeit unechter Skonti bei der Abgabe verschreibungspflichtiger Fertigarzneimittel**
von Dr. Carolin Möller, RA'in und Wirtschaftsjuristin, Siebeke Lange Wilbert, Düsseldorf
- #### ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN
- Anm. 3 **Ansprüche gegen Kommanditisten bei (unerkannt) überhöhter Gewinnausschüttung**
Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.12.2019, 12 U 30/19
von Dipl.-Kfm. Jochen König, RA, WP und StB, MGK Partner, Duisburg
- Anm. 4 **Schlussbilanz für die Ermittlung der Werthaltigkeit eines als Sacheinlage einzubringenden Unternehmens**
Anmerkung zu OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.03.2020, 8 W 295/19
von Dr. Philip Cavallès, RA und Solicitor (England and Wales), Taylor Wessing, München

Zitervorschlag: Hase, AnwZert HaGesR 18/2020 Anm. 1
ISSN 1869-1331

AUFSÄTZE

1

Die Vereinfachung des Umlaufverfahrens nach § 48 Abs. 2 GmbHG als befristete Maßnahme zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie

von Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Düsseldorf

A. Einleitung

Aufgrund der Corona-Pandemie wurden innerhalb kürzester Zeit in vielen Bereichen Vorschriften erlassen, die die Auswirkungen der Krise auf das Leben der Menschen in Deutschland und die Wirtschaftskraft von Unternehmen abfedern sollten. Am 28.03.2020 trat auch das „Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der Covid-19-Pandemie“ (im Folgenden „Covid-19-MaßnahmenG“)¹ in Kraft. Das Covid-19-MaßnahmenG beinhaltet eine Vielzahl von zeitlich befristeten Regelungen, die – wie der Name schon sagt – das Gesellschaftsrecht betreffen, und zwar Aktiengesellschaften, KGaA, SE und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit², die GmbH³, Genossenschaften⁴, Vereine und Stiftungen⁵, Wohnungseigentümergeinschaften⁶ sowie das Umwandlungsrecht⁷. Die Regelung zum GmbH-Recht ist recht einfach gehalten. Um die Gefahr von Ansteckungen bei Gesellschafterversammlungen zu vermeiden, bestimmt § 2 Covid-19-MaßnahmenG, dass abweichend von § 48 Abs. 2 GmbHG Beschlüsse der Gesellschafter einer GmbH in Textform oder durch schriftliche Abgabe der Stimmen auch ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter gefasst werden können.⁸ So schlicht und überschaubar die Regelung auch erscheint, gibt sie doch Anlass zu einer Vielzahl von Fragen.

B. Die Neuregelung zur Erweiterung der präsenslosen Beschlussfassung

I. Vergleich mit der bisherigen Rechtslage

Zum Verständnis der Neuregelung muss man sich die bisherige Rechtslage vor Augen führen. Laut § 48 Abs. 1 GmbHG werden Beschlüsse der GmbH-Gesellschafter (grundsätzlich) in Gesellschafter-

versammlungen gefasst. Deren Abhaltung gilt es nun aus Ansteckungsgründen während der Pandemie aber zu vermeiden. Käme es zu einem (erneuten) *Lockdown*, wären Präsenzveranstaltungen sogar rechtlich unmöglich.

Gemäß § 48 Abs. 2 GmbHG konnte schon bisher auf eine Präsenzversammlung verzichtet werden, wenn sich sämtliche Gesellschafter:

1. in Textform⁹ mit der zu treffenden Bestimmung (Beschlussgegenstand) einverstanden erklären (einstufiges Umlaufverfahren) oder
2. mit einer schriftlichen Stimmabgabe (Abstimmungsmodalität) einverstanden erklären (zweistufiges Umlaufverfahren¹⁰).

Die zweite Alternative betrifft also den Fall, in dem die Gesellschafter sich zwar in der zu beschließenden Frage nicht einig, jedoch alle einverstanden sind, statt eine Präsenzveranstaltung durchzuführen lieber schriftlich im Umlaufverfahren abzustimmen. Dabei soll die allseitige Erklärung des Einverständnisses zur Abstimmungsmodalität (1. Stufe) formfrei möglich sein, sie soll auch konkludent erfolgen¹¹ und sogar in der Stimmabgabe zum Beschlussgegenstand selbst (2. Stufe) liegen können¹². Die Stimmabgabe selbst muss dagegen laut Gesetzeswortlaut „*schriftlich*“ erfolgen, wobei umstritten ist, ob auch hier – wie in Alt. 1 (einstufiges Umlaufverfahren) – Textform ausreicht oder Schriftform erforderlich ist.¹³ Da auch Gesellschafter, die kein Stimmrecht haben oder nach § 47 Abs. 4 GmbHG von der Abstimmung ausgeschlossen sind, in Gesellschafterversammlungen ein Teilnahmerecht haben, ist in beiden Alternativen auch deren Einverständnis zum gewählten Verfahren erforderlich.¹⁴

Dagegen sind laut BGH¹⁵ kombinierte Beschlussverfahren – also Verfahren, bei denen einerseits eine Gesellschafterversammlung stattfindet, daneben aber nicht erschienenen Gesellschaftern durch ein vorheriges¹⁶ oder nachträglich schriftlich auszuübendes Stimmrecht die Mitwirkung an der Beschlussfassung ermöglicht wird – auch dann, wenn alle Gesellschafter damit einverstanden waren, ohne eine entsprechende Satzungsgrundlage unzulässig und die getroffenen Beschlüsse nichtig. Dies gilt auch dann, wenn die nicht erschienenen Gesellschafter von ihrem schriftlichen Stimmrecht keinen Gebrauch ma-

chen, sich also die Kombination beider Verfahren letztendlich nicht ausgewirkt hat.

Da die Absätze 1 und 2 des § 48 GmbHG dispositives Recht sind, konnte durch die Satzung der GmbH auch bisher schon davon abgewichen werden.¹⁷ Insbesondere kann die Satzung eine schriftliche Beschlussfassung nach § 48 Abs. 2 GmbHG auch schon bei Einverständnis einer Mehrheit (oder auch einer Minderheit¹⁸) der Gesellschafter zulassen¹⁹ oder ein kombiniertes Beschlussverfahren vorsehen, bei welchem ein Teil der Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung und ein anderer Teil davon abgekoppelt schriftlich abstimmt. Ferner können auch Telefon- oder Videokonferenz, Stimmabgabe per E-Mail oder auch eine virtuelle Versammlung vorgesehen werden.²⁰

§ 2 Covid-19-MaßnahmenG ermöglicht nun eine Beschlussfassung ohne Gesellschafterversammlung auch dann, wenn die Satzung der GmbH dies nicht ausdrücklich vorsieht und (entgegen § 48 Abs. 2 GmbHG) nicht alle Gesellschafter dem zustimmen (vereinfachtes Umlaufverfahren). Die Regelung ist kurz und prägnant, gibt jedoch Anlass zu einer Reihe von Fragen.

II. Zeitlicher Anwendungsbereich

Die Neuregelung ist vorübergehender Natur. Sie gilt nur für Gesellschafterversammlungen und -beschlüsse, die im Jahr 2020 stattfinden.²¹ Obwohl der Wortlaut eine Rückwirkung zum 01.01.2020 zuließe, ist vom Sinn und Zweck der Regelung her nicht davon auszugehen, dass auch schon Gesellschafterbeschlüsse erfasst werden sollen, die vor dem Inkrafttreten der Neuregelung (28.03.2020) gefasst wurden.

Je nach Fortgang der Pandemie und ihrer fortbestehenden Auswirkungen kann der Bundesjustizminister durch Rechtsverordnung die Geltung auch von § 2 Covid-19-MaßnahmenG bis höchstens zum 31.12.2021 verlängern. Vereinzelt wird schon gefordert, die Regelung endgültig in das GmbHG zu übernehmen.²² Die Regelung wird aber in ihrer Ausgestaltung auch kritisiert.²³

III. Erfasste Beschlüsse (sachlicher Anwendungsbereich)

Die Neuregelung nach § 2 Covid-19-MaßnahmenG betrifft sämtliche denkbaren Gesellschafterbeschlüsse, die schon bisher ohne Gesellschafterversammlung als Umlaufbeschluss gefasst wer-

den konnten. Kombinierte Beschlussverfahren ohne Satzungsgrundlage sind hingegen nicht zulässig geworden. Im vereinfachten Umlaufverfahren können – bei Wahrung der notariellen Form – auch Satzungsänderungen beschlossen werden²⁴, nicht jedoch nach h.M.²⁵ Beschlüsse über Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel, bei denen das UmwG ausdrücklich die Abhaltung einer Gesellschafterversammlung verlangt.²⁶ Den daran geäußerten Zweifeln²⁷ ist zumindest zugestehen, dass die h.M. gesundheitspolitisch nicht überzeugend ist. Die h.M.²⁸ regt an, bei Umwandlungsvorgängen eine Präsenzversammlung abzuhalten, bei der sich möglichst viele Gesellschafter durch einen oder wenige Bevollmächtigte vertreten lassen, um die Ansteckungsgefahr zu vermindern. Hätte der Gesetzgeber allerdings diese Alternative als ausreichend zur Infektionsbekämpfung erachtet, hätte es der Regelung in § 2 Covid-19-MaßnahmenG insgesamt nicht bedurft.

Die Neuregelung wird in § 9a Abs. 2 des zum 27.03.2020 neugefassten Wirtschaftsstabilisierungsbeschleunigungsgesetzes (WStBG)²⁹ aufgegriffen, das jedoch nur auf Unternehmen des Finanzsektors und „Unternehmen der Realwirtschaft“³⁰, denen Stabilisierungsmaßnahmen gewährt werden, anwendbar ist³¹. Für solche GmbHs bestimmt § 9a Abs. 1 WStBG, dass Beschlüsse der Gesellschafterversammlung über gewisse Refinanzierungsmaßnahmen sowie über den Abschluss des Bezugsrechts unbeachtlich gegenteiliger Satzungsbestimmungen der einfachen Mehrheit der „anwesenden“ Stimmen³² bedürfen. § 9a Abs. 2 WStBG stellt klar, dass Beschlüsse nach § 48 Abs. 2 GmbHG entsprechend § 2 Covid-19-MaßnahmenG „auch durch schriftliche Abgabe der Stimmen gefasst werden“ können. Das Zusammenspiel der Regelungen ist wohl so zu verstehen, dass bei dem vereinfachten Umlaufverfahren mangels „anwesender“ Stimmen auf die einfache Mehrheit der „schriftlich abgegebenen“ Stimmen abzustellen wäre.³³ § 9a Abs. 2 WStBG betrifft im Wesentlichen Eigenkapitalmaßnahmen, die gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG der notariellen Form bedürften. Teilweise wird gefragt, ob die Regelung so zu verstehen ist, dass das notarielle Beurkundungserfordernis entfalle.³⁴ Dafür gibt das Gesetz aber nichts her.³⁵ Es wäre nicht nachvollziehbar und gesundheitspolitisch wenig gewonnen, nur im begrenzten Anwendungsbereich des WStBG das notarielle Beurkundungserfordernis entfallen zu lassen, im Übrigen aber nicht.

IV. Probleme der neuen Regelung

Das Umlaufverfahren nach § 48 Abs. 2 GmbHG hatte schon eine Vielzahl von dogmatischen Streitfragen hervorgebracht:

- Besteht ein Schriftformerfordernis für den Beschlussantrag?³⁶
- Genügt Textform für die Stimmabgabe beim zweistufigen Verfahren?³⁷
- Wem muss die Stimmabgabe zugehen?³⁸
- Wann kommt der Beschluss zustande?³⁹
- Sind eine förmliche Beschlussfeststellung und Bekanntgabe notwendig?⁴⁰
- Sind die Erklärungen im zweistufigen Verfahren zwingend in einer bestimmten Reihenfolge abzugeben?⁴¹

Die Neuregelung führt zu weiteren Fragen⁴²:

1. Berechtigung zur Einleitung des vereinfachten Umlaufverfahrens

Wird nach § 48 Abs. 2 GmbHG ein Beschluss im allseitigen Einvernehmen getroffen oder sprechen sich alle Gesellschafter für ein Umlaufverfahren aus, ist es unerheblich, von wem die Anregung kam. Erst in dem Moment, wo nicht alle einverstanden sind, ist es wesentlich, die Berechtigung zur Einleitung des Umlaufverfahrens näher zu bestimmen. Der h.M.⁴³ entspricht es, dass Initiator eines nicht einvernehmlichen Umlaufbeschlusses nur ein Geschäftsführer⁴⁴ oder eine sonstige Person sein kann, die durch die Satzung zur Einberufung von Gesellschafterversammlungen berechtigt ist. Gesellschafter, die zusammen mindestens 10% des Stammkapitals halten, müssen ihr Verlangen zunächst an die Geschäftsführung richten⁴⁵ und nur, wenn dem Verlangen nicht entsprochen wird oder Geschäftsführer nicht vorhanden sind, können sie das Umlaufverfahren selbst einleiten.⁴⁶ Die Gegenmeinung geht davon aus, dass jeder Gesellschafter jederzeit ein Umlaufverfahren nach § 2 Covid-19-MaßnahmenG initiieren kann.⁴⁷ Überzeugend ist das nicht. Dem Gesetzgeber ging es darum, eine erweiterte Alternative zu Präsenzversammlungen zu schaffen. Dies spricht dafür, die Initiative nur denjenigen einzuräumen, die auch eine Präsenzversammlung einberufen könnten.

2. Formen und Fristen bei der Einleitung

Wird eine Minderheit bei der Beschlussfassung überstimmt und hatte sie sich nicht mit dem Um-

laufverfahren einverstanden erklärt, rücken die Verfahrensformalia und -fristen als Anknüpfungspunkte für die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Mehrheitsbeschlusses in das Zentrum des Interesses. Es scheint wohl allgemeiner Konsens⁴⁸ zu sein, dass zur Einleitung eines Umlaufbeschlusses nach § 2 Covid-19-MaßnahmenG die Ladungsform entsprechend wie zu einer Gesellschafterversammlung (z.B. durch eingeschriebenen Brief⁴⁹) zu beachten ist. Außerdem dürfen die Gesellschafter zu einer Stimmabgabe frühestens für den Zeitpunkt aufgefordert werden, zu dem nach Satzung bzw. Gesetz⁵⁰ auch eine Gesellschafterversammlung abgehalten werden könnte.⁵¹

3. Mindestquorum

Strittig ist, ob die Mehrheit der Gesellschafter ihre Zustimmung mit dem Umlaufverfahren (formlos) erklären muss.⁵² Dies wird damit begründet, dass jeder Gesellschafter hinreichend Gelegenheit zur Teilnahme an der Abstimmung erhalten müsse, bzw. aus § 5 Abs. 3 Covid-19-MaßnahmenG entnommen, der unmittelbar nur für Vereine gilt. Das überzeugt nicht. Ein Gesellschafter erhält die ausreichende Teilnahmemöglichkeit am vereinfachten Umlaufverfahren durch die Einhaltung der Ladungsformen und -fristen wie bei einer Gesellschafterversammlung.⁵³ Was im (vereinfachten) Umlaufverfahren entfällt, ist die Aussprachemöglichkeit vor der Beschlussfassung, die bei einer Präsenzversammlung bestünde. Das ist jedoch zwingende Folge eines schriftlichen Umlaufverfahrens und wird vom Gesetzgeber als geringeres Übel gegenüber einer weiteren Ausbreitung der Infektion in Kauf genommen. Das Abstellen auf die Zustimmung der Mehrheit ist in diesem Zusammenhang verfehlt, weil bei einer Präsenzversammlung die Aussprachemöglichkeit auch nicht zur Disposition der Mehrheit stünde. Die Aussprache vor der Abstimmung ist gerade für die Minderheit von besonderer Bedeutung, um ihrer Sichtweise doch noch zur Mehrheit zu verhelfen. Zuzustimmen ist deswegen der Meinung⁵⁴, die kein zustimmendes Mindestquorum verlangt, um das vereinfachte Umlaufverfahren durchführen zu können. Die Satzung kann natürlich anderes regeln. Regelmäßig finden sich in den Satzungen Regelungen zu der Frage, wie viele Stimmberechtigte bzw. Stimmen an einer Beschlussfassung mitwirken müssen (Beschlussfähigkeit bzw. Mitwirkungsquorum). Dementsprechend soll ein Anwesenheitsquorum für Gesellschafterversammlungen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung⁵⁵ bzw. Analogie⁵⁶ eben-

falls auf das vereinfachte Umlaufverfahren zu erstrecken sein, wobei die Anwesenheit in der „aktiven Teilnahme“ am schriftlichen Verfahren liege. Ohne eine vergleichbare Satzungsbestimmung genügt die Mitwirkung einer Stimme, um einen Beschluss zu fassen.⁵⁷

4. Abweichende Satzungsbestimmungen

Satzungsbestimmungen können die Beschlussfassung abweichend von den §§ 47 ff. GmbHG regeln.⁵⁸ Schwierigkeiten bereiten Satzungsbestimmungen, die Regelungen zum Umlaufverfahren enthalten, die mit den Bestimmungen des § 2 Covid-19-MaßnahmenG zum vereinfachten Umlaufverfahren nicht vereinbar sind. Die Neuregelung dürfte trotz ihrer gesundheitspolitischen Zielsetzung nicht zwingender Natur sein, sondern satzungsd dispositiv.⁵⁹ Das Ergebnis muss folglich durch eine zugegebenermaßen meist schwierige Auslegung der Satzungsbestimmung gewonnen werden. Zutreffend dürfte der Vorschlag sein, als Richtschnur für die Auslegung wie folgt zu unterscheiden:⁶⁰

Findet sich in der Satzung eine Vorgabe, die lediglich eine Wiederholung der Regelung in § 48 Abs. 2 GmbHG darstellt, hindert dies die Durchführung eines vereinfachten Umlaufverfahrens nach § 2 Covid-19-MaßnahmenG nicht.⁶¹

Ist dagegen eine durchdachte Regelung feststellbar, mit denen die Gesellschafter das schriftliche Beschlussverfahren nach ihren Vorstellungen maßgeschneidert haben, so spricht dies dafür, dass diese Regelung auch in der Pandemie vorrangig anzuwenden ist und nicht durch § 2 Covid-19-MaßnahmenG ausgehebelt wird.⁶²

5. Form der Stimmabgabe

Umstritten ist bei der zweiten Alternative des § 48 Abs. 2 GmbHG (zweistufiges Umlaufverfahren), ob die Stimmabgabe in Text- oder Schriftform erfolgen muss. Der Formstreit setzt sich bei § 2 Covid-19-MaßnahmenG fort. Dabei herrscht auch noch Unklarheit, ob § 2 Covid-19-MaßnahmenG eigentlich die erste oder zweite Alternative⁶³ des § 48 Abs. 2 GmbHG aufgreift⁶⁴ (richtigerweise ist die Unterscheidung beim vereinfachten Umlaufverfahren sinnlos⁶⁵). § 2 Covid-19-MaßnahmenG sieht allerdings ausdrücklich eine Beschlussfassung „in Textform oder durch schriftliche Abgabe der Stimme“ vor. Dagegen wird vorgebracht, es handele sich wohl um ein gesetzgeberisches

Versehen⁶⁶; die Formulierung wäre also der „heißen Nadel“ geschuldet, mit der die Regelung noch Eingang in das Gesetz fand. Die Stimmabgabe sei nur in Schriftform möglich.⁶⁷ Das ist abzulehnen.⁶⁸ Bereits im Rahmen des § 48 Abs. 2 GmbHG sind die unterschiedlichen Formvorgaben ein zu beseitigendes Ärgernis und eine unnötige Fehlerquelle. Es gibt keinen Grund, dieses Ärgernis durch juristische Klimmzüge entgegen dem Gesetzeswortlaut auch bei dem *vereinfachten* Umlaufverfahren fortzuschreiben.

V. Praktische Tipps zum vereinfachten Umlaufverfahren

Zur rechtssicheren Durchführung des vereinfachten Umlaufverfahrens findet sich eine Vielzahl von Empfehlungen:

1. Dem Initiator wird geraten, bei den Einladungen zur Stimmabgabe sicherheitshalber mehrere Kommunikationskanäle nebeneinander zu nutzen.⁶⁹ Die Einladung soll einen genauen Beschlussantrag und ausreichend Begleitinformationen aufweisen.⁷⁰

2. In der Einladung soll erläutert werden, dass das Umlaufverfahren aufgrund von § 2 Covid-19-MaßnahmenG auch ohne Zustimmung der (übrigen) Gesellschafter zulässig ist und eine isolierte Ablehnung nur des schriftlichen Verfahrens nicht möglich ist.⁷¹ Ein weiterer Hinweis, dass ein Gesellschafter, der das Umlaufverfahren ablehnt, mit NEIN gegen den Sachantrag stimmen muss⁷², ist nicht veranlasst.

3. Hinzuweisen ist auf die Frist und Form der Stimmabgabe. Aus Vorsichtsgründen sollte eine schriftliche Stimmabgabe verlangt werden.⁷³

4. Erwägenswert, aber nicht überzeugend ist die Idee⁷⁴, ein angemessenes Zeitfenster vorzusehen, in welchem noch keine wirksame Stimmabgabe (i.S.d. Absendung der Stimme) möglich sei, so dass erst nach Ablauf dieser ersten Frist die angemessene Frist zur Stimmabgabe beginnen würde. Dadurch soll eine vorherige Aussprache-/Informationsmöglichkeit sichergestellt werden. Eine solche Lösung wäre zu kompliziert und fehleranfällig. Die vorherige Aussprache-/Informationsmöglichkeit wird ausreichend durch eine angemessene lange Frist zur Absendung der Stimme gewährleistet. Denkbar wäre aber das Angebot, vorbereitende elektronische Konferenzen durchzuführen.⁷⁵

5. Als Stimmöglichkeit kann für jeden einzelnen Beschlussvorschlag vorgegeben werden: Ja, Nein, Enthaltung, Keine Antwort⁷⁶. Die Wirkung der Enthaltung sollte erklärt werden. Soweit die Satzung hierzu nichts Abweichendes regelt, ist anzugeben, dass eine Enthaltung nicht als abgegebene Stimme gilt und bei der Berechnung, ob der Beschluss eine Mehrheit gefunden hat, unbeachtet bleibt⁷⁷ und somit rechtlich keinen Unterschied zu „keine Antwort“ bzw. zu der einfachen Nichtbeteiligung an der Abstimmung darstellt.

6. Verfehlt ist die Empfehlung, die Abstimmung als eine öffentliche zu erklären und durchzuführen.⁷⁸

7. Es sollte eine Beschlussfeststellung und Mitteilung an die Gesellschafter durch den Initiator erfolgen.⁷⁹

8. Bei beurkundungspflichtigen Beschlüssen (insb. Satzungsänderungen) dürfte die einfachste und kostengünstigste Lösung sein, eine Präsenzversammlung abzuhalten, bei der sämtliche Gesellschafter einem Notarmitarbeiter⁸⁰ eine Vollmacht unter Befreiung von § 181 BGB mit Stimmweisung erteilen.⁸¹ Überlegt wird auch, zusätzlich ggf. eine Videozuschaltung der Gesellschafter vorzusehen.⁸²

9. Berater sollten prüfen, welche Regelungen – nicht nur für Notfälle – sie für bestehende Satzungen anregen und in künftige Satzungen als Standard aufnehmen. Genauere Satzungsregelungen sind zum Umlaufverfahren sinnvoll, da die gesetzliche Neuregelung zeitlich begrenzt gilt und eine Reihe von Fragen offenlässt.⁸³ Empfehlenswert erscheint die Zulassung kombinierter Verfahren.⁸⁴ Die neueren technischen Möglichkeiten sollten auch stärker berücksichtigt⁸⁵ und die Möglichkeit der Durchführung virtueller Gesellschafterversammlungen geregelt werden⁸⁶.

C. Literaturempfehlungen

Rodewald/Abraham, Jenseits und nach Covid-19: Überlegungen zu Defiziten, Erhaltungs- und Erweiterungspotential krisenbedingter Sonderregelungen im Recht der GmbH, GmbHR 2020, 733.

Heckschen/Strnad, Lehren aus der Covid-19-Pandemie für die Gestaltung von Gesellschaftsverträgen, GmbHR 2020, 807.

¹ Das Covid-19-GesRMaßnahmenG ist Art. 2 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.03.2020, BGBl. Jahrg. 2020 Teil I Nr. 14 vom 27.03.2020, S. 569 ff.

² § 1 Covid-19-GesRMaßnahmenG.

³ § 2 Covid-19-GesRMaßnahmenG.

⁴ § 3 Covid-19-GesRMaßnahmenG.

⁵ § 5 Covid-19-GesRMaßnahmenG.

⁶ § 6 Covid-19-GesRMaßnahmenG.

⁷ § 4 Covid-19-GesRMaßnahmenG.

⁸ § 48 Abs. 2 GmbHG erfordert bislang das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter, um von der Abhaltung einer Gesellschafterversammlung abzusehen.

⁹ Vgl. § 126b BGB. Zur Textform zählen auch (Computer-)Fax oder E-Mail. Eine Telefonkonferenz oder telefonische Mitteilung zu Protokoll genügen dagegen nicht, vgl. Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48, Rn. 24.

¹⁰ Wicke, NZG 2020, 501.

¹¹ Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 25 m. Nachw. zur Rspr.

¹² Lohr, GmbH-StB 2020, 160; „kategorisch“ ablehnend Reif/Schüler, GmbHR 2020, 817, 819 (Rn. 29).

¹³ Vgl. Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 25 f., der zu Recht Textform für ausreichend hält.

¹⁴ Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 23; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.07.1989 - 8 U 187/88, 8 U 31/89 - ZIP 1989, 1554, 1556, für das notwendige Einverständnis sämtlicher Gesellschafter mit der schriftlichen Abstimmung. Vgl. auch Römermann in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 48 Rn. 219, wonach das Einverständnis auch der nicht stimmberechtigten Gesellschafter notwendig sei, es andererseits in solchen Fällen generell zur Anwendung von § 48 Abs. 2 Alt. 2 GmbHG komme, während die Alt. 1 ausscheide, vgl. auch Rn. 220 zu weiteren damit verbundenen Streitpunkten.

¹⁵ BGH, Urt. v. 16.01.2006 - II ZR 135/04 - GmbHR 2006, 706, Rn 10; kritisch z.B. Tebben, RNotZ 2006, 352, wonach die Entscheidung bedauerlich und die gewählte, äußerst knappe Begründung des BGH „nur

schwer einzusehen“ sei, dafür dagegen Wertenbruch, GmbHR 2019, 149 ff. (mit Übersicht zum Meinungsstand), der als entscheidenden Gesichtspunkt die zeitversetzten Abstimmungsmöglichkeiten und die damit verbundene Informationsasymmetrie herausarbeitet.

¹⁶ Wertenbruch, GmbHR 2019, 149.

¹⁷ § 45 Abs. 1 GmbHG.

¹⁸ Römermann in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 48 Rn. 286.

¹⁹ Beispiel einer solchen Satzungsklausel bei Eickhoff/Busold, DStR 2020, 1054, 1058.

²⁰ Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 48 GmbHG, Rn. 29.

²¹ § 7 Abs. 2 Covid-19-GesR MaßnahmenG.

²² Rodewald/Abraham, GmbHR 2020, 733, 734 (Rn. 4) und auf S. 738 (Rn. 36 ff.) mit weiteren Vorschlägen zur Modernisierung des GmbH-Rechts; in dieselbe Richtung gehen auch Vetter/Tielmann, NJW 2020, 1175, 1180. Kritisch zur Beibehaltung der Regelung über die gegenwärtige Notsituation hinaus Reichert/Knoche, GmbHR 2020, 461, 465 (Rn. 20).

²³ Reif/Schüler, GmbHR 2020, 817, 822 (Rn. 40): „zu kurz gedacht“; Noack in H. Schmidt, Covid-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 9 Gesellschaftsrecht, Rn. 50: „redaktionell bedenkliche Textfassung“. Miller/Nehring-Köppl, WM 2020, 911, 911 bemerken, dass die Neuregelung „das Tor zu weiteren Anwendungsproblemen“ öffne und (S. 917) „viele Ungeheimheiten sprachlicher wie inhaltlicher Natur“ aufweise, betrachten sie aber dann doch angesichts des hohen Zeitdrucks als „gelingen“.

²⁴ Die Frage ist nicht ganz unumstritten, vgl. die Darstellung bei Römermann in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 48 Rn. 207 ff. und Blasche, GmbHR 2011, 232, 237. Ausführlich zu den Möglichkeiten bei Kapitalerhöhungen, Schulte, GmbHR 2020, 689, 692 (Rn. 13 ff).

²⁵ Lohr, GmbH-StB 2020, 160, 161; Reif/Schüler, GmbHR 2020, 817, 818 (Rn. 14); Reichert/Bochmann, GmbHR 2020, R 132; Schindler in: BeckOK GmbHG, 44. Edition, Stand: 01.05.2020, § 48 Rn. 95b; Stiegler, jurisPR-HaGesR 3/2020 Anm. 2, unter II. (letzter Abs.); Wälzholz/Bayer, DNotZ 2020, 285, 297 f.

²⁶ Vgl. § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG i.V.m. den §§ 125, 193 UmwG.

²⁷ Eickhoff/Busold, DStR 2020, 1054, 1058; Wicke, NZG 2020, 501, 502 f. Vgl. auch Heckschen/Strnad, GmbHR 2020, 807, 810 (Rn. 12).

²⁸ Vgl. DNotI-Report 2020, 52, 54.

²⁹ Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen an sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Fonds „Finanzmarktstabilisierungsfonds - FMS“ und der Realwirtschaft durch den Fonds „Wirtschaftsstabilisierungsfonds - WSF“.

³⁰ Dazu Schulte, GmbHR 2020, 689, 690 (Rn. 4).

³¹ Vgl. § 2 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 4 und 5 WStBG.

³² Noack in H. Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 9 Gesellschaftsrecht, Rn. 126: gemeint sein müssen die abgegebenen Ja-/Nein-Stimmen ohne Enthaltungen.

³³ Vgl. BGH, Urt. v. 19.07.2011 - II ZR 153/09 - NZG 2011, 1142, 1144 Rn. 15.

³⁴ Reichert/Knoche, GmbHR 2020, 461, 465 (Rn. 18).

³⁵ Schulte, GmbHR 2020, 689, 691 (Rn. 9).

³⁶ Römermann in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, 3. Aufl. 2017, § 48 GmbHG Rn. 223 ff.

³⁷ Reif/Schüler, GmbHR 2020, 817, 820 (Rn. 30).

³⁸ Römermann in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, 3. Aufl. 2017, § 48 GmbHG Rn. 232 ff.

³⁹ Römermann in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, 3. Aufl. 2017, § 48 GmbHG Rn. 243 ff.

⁴⁰ Reif/Schüler, GmbHR 2020, 817, 821 (Rn. 31 ff.), Römermann in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, 3. Aufl. 2017, § 48 GmbHG Rn. 247 ff.

⁴¹ Reif/Schüler, GmbHR 2020, 817, 819 (Rn. 26 ff.); Römermann in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, 3. Aufl. 2017, § 48 GmbHG Rn. 266 ff.

⁴² Übersichtlich bei Otte/Dietlein, BB 2020, 1163, 1164 unter III.

⁴³ Ernst, ZIP 2020, 889; Otte/Dietlein, BB 2020, 1163, 1165; Reichert/Knoche, GmbHR 2020, 461, 464 (Rn. 17); Reif/Schüler, GmbHR 2020, 817, 819 (Rn. 16) und 823 (Rn. 45); Seulen/Heinrichs, DB 2020, 1225.

⁴⁴ § 49 Abs. 1 GmbHG analog.

- ⁴⁵ § 50 Abs. 1 GmbHG analog.
- ⁴⁶ § 50 Abs. 3 GmbHG analog; Otte/Dietlein, BB 2020, 1163, 1165.
- ⁴⁷ Wicke, NZG 2020, 501, 502; Wälzholz/Bayer, DNotZ 2020, 285, 291, für einstufige Verfahren nach § 48 Abs. 2 Alt. 1 GmbHG; wohl auch Miller/Nehring-Köppl, WM 2020, 911, 916.
- ⁴⁸ Otte/Dietlein, BB 2020, 1163, 1165; Wälzholz/Bayer, DNotZ 2020, 285, 293; Wicke, NZG 2020, 501, 502.
- ⁴⁹ § 51 Abs. 1 Satz 1 GmbHG analog.
- ⁵⁰ Vgl. die Ladungsfrist von einer Woche, § 51 Abs. 1 Satz 2 GmbHG analog. Wicke, NZG 2020, 501, 502.
- ⁵¹ Seulen/Heinrichs, DB 2020, 1225.
- ⁵² So Mayer/Jenne, comply 2020, 28, 30; Wicke, NZG 2020, 501, 502; Schindler in: BeckOK GmbHG, 44. Edition, Stand: 01.05.2020, § 48 Rn. 95c; DNotl-Report 2020, 52, 53; wohl auch Heckschen/Strnad, GmbHHR 2020, 807, 810 (Rn. 11). Wälzholz/Bayer, DNotZ 2020, 285, 294: Die Mehrheit könne dem Umlaufverfahren widersprechen.
- ⁵³ Eickhoff/Busold, DStR 2020, 1054, 1055.
- ⁵⁴ Eickhoff/Busold, DStR 2020, 1054, 1055; Ernst, ZIP 2020, 889, 890; Otte/Dietlein, BB 2020, 1163, 1166, mit weiteren überzeugenden Ausführungen; Reichert/Knoche, GmbHHR 2020, 461, 464 (Rn. 17); Reif/Schüler, GmbHHR 2020, 817, 843 (Rn. 52); Rodewald/Abraham, GmbHHR 2020, 733, 736 (Rn. 19), auch explizit gegen die Heranziehung von § 5 Abs. 3 Covid-19-MaßnahmenG.
- ⁵⁵ Eickhoff/Busold, DStR 2020, 1054, 1059; Seulen/Heinrichs, DB 2020, 1225, 1226.
- ⁵⁶ Miller/Nehring-Köppl, WM 2020, 911, 917.
- ⁵⁷ Ernst, ZIP 2020, 889, 891.
- ⁵⁸ Vgl. § 45 Abs. 1 GmbHG.
- ⁵⁹ Reif/Schüler, GmbHHR 2020, 817, 822 (Rn. 44); Seulen/Heinrichs, DB 2020, 1225; Stiegler, jurisPR-HaGesR 3/2020 Anm. 2, unter II. (vorletzter Abs.).
- ⁶⁰ Vgl. Ernst, ZIP 2020, 889; Miller/Nehring-Köppl, WM 2020, 911, 916.
- ⁶¹ Miller/Nehring-Köppl, WM 2020, 911, 916; vgl. auch Schulte, GmbHHR 2020, 689 (Rn. 2), der jedoch wohl immer für eine Verdrängung der Satzungsbestimmung plädiert; ebenso Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 27g; DNotl-Report 2020, 52, 54; a.A. Seulen/Heinrichs, DB 2020, 1225.
- ⁶² Ernst, ZIP 2020, 889; Miller/Nehring-Köppl, WM 2020, 911, 916: wenn § 48 Abs. 2 GmbHG nicht wiederholt, sondern abbedungen wurde.
- ⁶³ Nur 2. Alternative: Reif/Schüler, GmbHHR 2020, 817, 825 (Rn. 61); Rodewald/Abraham, GmbHHR 2020, 733, 736 (Rn. 14); DNotl-Report 2020, 52, 53; beide Alternativen: Miller/Nehring-Köppl, WM 2020, 911, 916.
- ⁶⁴ Vgl. Ernst, ZIP 2020, 889, 890, wonach das vereinfachte Umlaufverfahren immer einstufig sei.
- ⁶⁵ Im Ergebnis ebenso Lieder, ZIP 2020, 837, 845.
- ⁶⁶ Reif/Schüler, GmbHHR 2020, 817, 825 (Rn. 61).
- ⁶⁷ Reif/Schüler, GmbHHR 2020, 817, 824 (Rn. 56 und 60).
- ⁶⁸ Reichert/Knoche, GmbHHR 2020, 461, 464 (Rn. 17); Lieder, ZIP 2020, 837, 845.
- ⁶⁹ Ernst, ZIP 2020, 889.
- ⁷⁰ Otte/Dietlein, BB 2020, 1163, 1165.
- ⁷¹ Ernst, ZIP 2020, 889, 890.
- ⁷² Ernst, ZIP 2020, 889, 890.
- ⁷³ Lohr, GmbH-StB 2020, 160; Reichert/Knoche, GmbHHR 2020, 461, 462 (Rn. 6).
- ⁷⁴ Reif/Schüler, GmbHHR 2020, 817, 824 (Rn. 55).
- ⁷⁵ Eifertinger/Brugger/Wenzl, IR 2020, 148, 149; Reichert/Knoche, GmbHHR 2020, 461, 466 (Rn. 24).
- ⁷⁶ Ernst, ZIP 2020, 889, 892.
- ⁷⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 19.07.2011 - II ZR 153/09 - NZG 2011, 1142, 1143 Rn. 12 ff.
- ⁷⁸ So aber Ernst, ZIP 2020, 889, 890.
- ⁷⁹ Lohr, GmbH-StB 2020, 160, 161; Reif/Schüler, GmbHHR 2020, 817, 825 (Rn. 62); Wälzholz/Bayer, DNotZ 2020, 285, 291.
- ⁸⁰ Eickhoff/Busold, DStR 2020, 1054, 1055.
- ⁸¹ Schulte, GmbHHR 2020, 689, 690 (Rn. 6), 691 (Rn. 8).
- ⁸² Wälzholz/Bayer, DNotZ 2020, 285, 296; Wicke, NZG 2020, 501, 503.
- ⁸³ Lohr, GmbH-StB 2020, 160, 162, und Heckschen/Strnad, GmbHHR 2020, 807, 816 (Rn. 54 ff.) jeweils mit konkreten Regelungsvorschlägen. Vgl. auch Eickhoff/Busold, DStR 2020, 1054, 1058.
- ⁸⁴ Seulen/Heinrichs, DB 2020, 1225, 1226.
- ⁸⁵ Reichert/Knoche, GmbHHR 2020, 461, 467 (Rn. 28).
- ⁸⁶ Seulen/Heinrichs, DB 2020, 1225, 1226.

Unzulässigkeit unechter Skonti bei der Abgabe verschreibungspflichtiger Fertigarzneimittel

von Dr. Carolin Möller, RA'in und Wirtschaftsjuristin, Siebecke Lange Wilbert, Düsseldorf

A. Einleitung

Nachdem der BGH mit Urteil vom 05.10.2017 entschieden hatte, dass Rabatte und Skonti im pharmazeutischen Großhandel bei Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheken zulässig seien, da der damalige § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV lediglich eine Preisobergrenze, nicht aber zugleich eine Preisuntergrenze bestimmte¹, erfolgte eine Änderung der Gesetzeslage zur Rabattfähigkeit verschreibungspflichtiger Fertigarzneimittel durch Neufassung des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV mit Wirkung zum 11.05.2019.

Der neue § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV bestimmt, dass bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln, die zur Anwendung bei Menschen bestimmt sind, durch den Großhandel an Apotheken oder Tierärzte auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmens (ApU) ein Festzuschlag von 70 Cent zzgl. Umsatzsteuer zu erheben ist, während ein solcher nach der früheren Fassung der Vorschrift, die der o.g. Entscheidung des BGH vom 05.10.2017 zugrunde lag, nur erhoben werden durfte². Die Gesetzesänderung ist anlässlich der oben genannten BGH-Entscheidung vom 05.10.2017 erfolgt und verfolgte den Zweck, mittels eindeutiger Klarstellung des Gesetzeswortlauts dem Großhandel eine für seine Funktionsfähigkeit erforderliche Mindestvergütung und dadurch letztlich eine angemessene und flächendeckende Belieferung der Apotheken zu sichern³.

Der arzneimittelrechtlich regulierte Mindestpreis für die Abgabe an Apotheken und Tierärzte nach der aktuellen Gesetzeslage berechnet sich folglich wie folgt: ApU + Festzuschlag i.H.v. 70 Cent + Umsatzsteuer.

B. Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV

§ 2 AMPreisV gilt für verschreibungspflichtige Fertigarzneimittel zur Anwendung bei Menschen. Gemäß § 1 Abs. 1 AMPreisV sind „Fertigarzneimittel“ solche Arzneimittel, die im Voraus hergestellt und

in einer zur Abgabe an den Verbraucher bestimmten Packung in den Verkehr gebracht werden.

Vom Anwendungsbereich der AMPreisV ausgenommen sind gemäß § 1 Abs. 4 AMPreisV nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel.

Abgesehen davon, betrifft § 2 Abs. 1 AMPreisV nur den Vertrieb vom Großhandel an die Apotheken oder Tierärzte; also nicht etwa auch vor- oder nachgelagerte Handelsstufen. Auf Fälle des Direktvertriebs durch den pharmazeutischen Unternehmer an Apotheken oder Tierärzte findet die Vorschrift hingegen Anwendung.⁴

C. Die Entscheidung „Apotheken-Skonto“ des OLG Celle vom 19.12.2019

I. Sachverhalt

Am 19.12.2019 hatte das OLG Celle über folgenden Fall zu entscheiden: Die Beklagte (ein pharmazeutisches Unternehmen) vertrieb u.a. verschreibungspflichtige Fertigarzneimittel direkt an Apotheken. Dabei gewährte sie denjenigen Apotheken, die Mitglieder ihres „T.-Clubs“ waren, einen als „Skonto“ bezeichneten Preisnachlass i.H.v. 4,5% für den Fall fristgerechter Zahlung binnen einer von ihr gewährten Zahlungsfrist von drei Monaten und zehn Tagen. Dieser Preisnachlass berechnete sich auf den jeweiligen Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmens (ApU) zuzüglich des Festzuschlags von 70 Cent. Bei verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln mit einem ApU ab 14,86 Euro führte dieser Preisnachlass dazu, dass der im Ergebnis für dieses Medikament zu zahlende Preis den ApU unterschritt. Bei niedrigerem ApU verringerte sich der Preis (teilweise) um den Festzuschlag.

II. Entscheidung der Vorinstanz

Die Vorinstanz hatte die Klage abgewiesen und keinen Verstoß gegen die geltenden Vorschriften gesehen. Diese Entscheidung begründete sie damit, dass der Festzuschlag nach der neueren Rechtsprechung des BGH – gemeint war wohl dessen Entscheidung vom 05.10.2017, die wohlgeachtet noch auf der alten Gesetzeslage basiert – nicht zwingend zu erheben sei. Aus Sicht des Landgerichts verstoße auch eine Unterschreitung des ApU in Einzelfällen durch Gewährung von Skonti nicht gegen die Verpflichtung aus § 78 Abs. 3 Satz 1 AMG, einen einheitlichen Abgabepreis sicherzustellen. Einer grundsätzlichen Unzu-

lässigkeit von Rabatten oder Skonti stehe entgegen, dass Krankenkassen nach § 130a SGB V Rabatte erhalten und auch über gesetzlich geregelte Abschläge hinaus Rabatte vereinbaren können.

Die Beklagte verteidigte diese Entscheidung u.a. damit, dass der angebotene und gewährte „Skonto“ schon deshalb zulässig sei, weil er als Gegenleistung für die Einhaltung der im Angebot der Beklagten näher bestimmten Bedingungen gewährt werde.

III. Entscheidung des OLG Celle

Das OLG Celle entschied in seinem Urteil vom 19.12.2019, dass jedenfalls Preisnachlässe für Fälle einer nur fristgerechten Zahlung eine unzulässige Umgehung des Rabattverbots darstellen. Weiter stellt das OLG Celle klar, dass § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV einen Mindestpreis bestimmt, der in Fällen des § 78 Abs. 3 Satz 1 AMG nicht durch Gewährung von Preisnachlässen durch den Hersteller unterschritten werden darf.

Im Einzelnen: Das OLG Celle entschied, dass die Bewerbung und Gewährung des sog. „Skontos“ nach der Neufassung des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV nicht nur – wie nach der alten Rechtslage – insoweit unzulässig ist, als durch den Preisnachlass der ApU unterschritten wurde, sondern darüber hinaus auch schon, soweit das „Skonto“ den Festzuschlag nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV reduziert.⁵

Daraus folgt ein Unterlassungsanspruch aus den §§ 3 Abs. 1, 3a, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG i.V.m. § 78 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 AMG, § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a HWG, da es sich sowohl bei der Vorschrift des § 78 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 AMG (Gebot der Sicherstellung eines einheitlichen Abgabepreises durch die pharmazeutischen Unternehmen) als auch bei § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a HWG um eine Marktverhaltensregelung i.S.d. § 3a UWG handelt.

Nach der Gesetzesbegründung zu § 78 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 AMG bleibe der pharmazeutische Unternehmer bei der Preisbildung (also der Festlegung seines ApU) zwar frei, sei jedoch verpflichtet, ein bestimmtes Arzneimittel dann auch stets einheitlich zu diesem von ihm festgelegten Preis anzubieten. Er dürfe weder bei der Abgabe an den Großhandel noch bei der Abgabe unmittelbar an Apotheken unterschritten werden.⁶

§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a HWG erlaubt Barrabatte nur, wenn sie gegen keine Preisvorschriften aufgrund des Arzneimittelgesetzes verstoßen, was aber bei Unterschreitung des ApU und damit Verstoß gegen § 78 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 AMG gerade nicht der Fall ist.

Das OLG Celle betont, dass es sich bei dem ApU nicht nur um eine kalkulatorische Größe zur Bestimmung des Abgabepreises nach der AMPPreisV handelt, wofür auch die Differenzierung hinsichtlich verschreibungspflichtige und nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel in § 78 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 AMG spreche. Nur für *nicht* verschreibungspflichtige Arzneimittel ist die Verpflichtung des pharmazeutischen Unternehmers insoweit eingeschränkt, dass für diese ein einheitlicher Abgabepreis anzugeben ist, von dem jedoch im Einzelfall abgewichen werden darf.

Für verschreibungspflichtige Arzneimittel hingegen lässt § 78 Abs. 3 Satz 1 AMG keinen Raum für eine Rabattgewährung auf den ApU. Es entspricht – worauf das OLG Celle hinweist – allgemeiner Auffassung, dass für verschreibungspflichtige Arzneimittel wie sie Gegenstand des zu entscheidenden Falls waren, von dem einheitlichen Abgabepreis nicht durch die Gewährung von Rabatten durch den Hersteller abgewichen werden darf.⁷

Das OLG Celle betont, dass diese Auslegung – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht im Widerspruch dazu stehe, dass u.a. Sozialleistungsträger mit pharmazeutischen Unternehmen Preisnachlässe auf den ApU vereinbaren können. Denn dabei handelt es sich um den in § 78 Abs. 3 Satz 2 AMG speziell geregelten Ausnahmefall. Gerade der Umstand, dass es für diesen Fall eine Ausnahmenvorschrift gibt, spricht – wie das OLG Celle zutreffend erkennt – dafür, dass Rabatte auf den ApU bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln im Übrigen unzulässig sind.⁸

Aus der von der Beklagten zur Verteidigung der erstinstanzlichen Entscheidung herangezogenen Entscheidung des BGH vom 05.10.2017 ergibt sich schon deshalb nichts Gegenteiliges, weil die Verpflichtung aus § 78 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 AMG nicht Gegenstand des Verfahrens vor dem BGH war.

Ein zusätzlicher Verstoß gegen § 78 Abs. 3 Satz 1 AMG ergibt sich seit der Neufassung des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV mit Wirkung zum 11.05.2019

schließlich aus dem Verstoß gegen § 2 Abs. 1 Satz 1 AMG, da der in Letzterem vorgeschriebene Festzuschlag durch den prozentualen Preisnachlass reduziert wurde.

IV. Sonderfall „Skonti“

Ausführlich setzt sich das OLG Celle in seiner Entscheidung vom 19.12.2019 mit der Frage auseinander, ob für den gewährten streitgegenständlichen Preisnachlass als „Skonto“ etwas Abweichendes gelten kann.⁹

In der Gesetzesbegründung zu § 78 Abs. 3 AMG heißt es: „Die Vereinbarung von Skonti und Zahlungsfristen im Rahmen marktüblicher Bedingungen bleibt hiervon unberührt“¹⁰. Unter Berufung hierauf wird vertreten, die Vereinbarung von Skonti und Zahlungsfristen im Rahmen marktüblicher Bedingungen sei durch die Bindung an den ApU nicht ausgeschlossen.¹¹

Unter Hinweis auf die BGH-Entscheidung vom 05.10.2017¹² merkt das OLG Celle hierzu kritisch an, dass diese Erwägung in der Gesetzesbegründung immerhin keinen Ausdruck im Gesetzestext gefunden hat. Entsprechend werde teilweise auch die allgemeine Unzulässigkeit von Skonti angesichts der Preisbindung nach dem AMG vertreten.¹³ Die hierzu vom OLG Celle zitierte Entscheidung des OLG Stuttgart betraf jedoch die Abgabe von Arzneimitteln durch Apotheken an Endverbraucher und stützt sich argumentativ auf den Umstand, dass bei der Abgabe von Medikamenten durch Apotheken an Endabnehmer eine sofortige (Zug-um-Zug-)Bezahlung bei Abholung der Ware bzw. Einlösung des Rezepts üblich sei, es sich also um kein Geschäft mit einem handelsüblich längeren Zahlungsziel handelt.¹⁴ Vor diesem Hintergrund schieden echte Skonti in dem vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall eher aus tatsächlichen Gründen aus. Ob daraus eine prinzipielle Ablehnung der Zulässigkeit von Skonti im marktüblichen Rahmen hergeleitet werden kann, erscheint fraglich.

Bedauerlicherweise lässt das OLG Celle die Frage der Zulässigkeit echter Skonti letztlich offen und begnügt sich mit der Entscheidung, dass jedenfalls unechte Skonti wie der in dem von ihm zu entscheidenden Fall unzulässig sind.

Echte Skonti sind Preisnachlässe, die dazu dienen, einen vorfristigen Zahlungseingang (bei angemessener Frist), auf den der Verkäufer keinen

Anspruch hat, zu gewährleisten, indem der Kunde mittels Preisnachlasses zu einer vorfristigen Zahlung motiviert bzw. veranlasst wird. Mit anderen Worten: Der Preisnachlass ist beim echten Skonto eine Honorierung bzw. Gegenleistung für den wirtschaftlichen Vorteil durch ein vorfristige Zahlung, so dass der eigentliche Kaufpreis nicht unzulässigerweise verändert wird.¹⁵ Charakteristisch für ein echtes Skonto ist mithin, dass dem Preisnachlass eine adäquate wirtschaftliche Gegenleistung gegenüberstehen muss.

Wird hingegen ein Preisnachlass – wie vorliegend – für eine nur fristgerechte Zahlung (auf die der Verkäufer einen Anspruch hat) gewährt, fließt dem Verkäufer gerade kein solcher wirtschaftlicher Vorteil zu. Bei solchen Fällen handelt es sich um sog. „*unechte Skonti*“, die wie sonstige Preisnachlässe zu behandeln sind¹⁶ und eine Umgehung des Rabattverbots darstellen, ohne dass es noch darauf ankommt, ob die Höhe des Preisnachlasses von 4,5% für ein Skonto und die gewährte Zahlungsfrist von drei Monaten und zehn Tagen noch als marktüblich und angemessen angesehen werden könnten.¹⁷

D. Fazit und Praxishinweis

Es bleibt festzuhalten, dass nach der Entscheidung des OLG Celle vom 19.12.2019 auf Basis des neu gefassten § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV jedenfalls unechte Skonti, d.h. Preisnachlässe für nur fristgerechte (statt vorfristige) Zahlungen, unabhängig davon unzulässig sind, ob der sich nach Anwendung des Preisnachlasses ergebende Endpreis den vom pharmazeutischen Unternehmer festgelegten ApU unterschreitet oder nur der Festzuschlag von 70 Cent zzgl. Umsatzsteuer reduziert wird. Ebenfalls irrelevant für die Unzulässigkeit in solchen Fällen ist die konkrete Höhe des gewährten unechten Skontos.

Wünschenswert wäre eine baldige ober- oder höchstgerichtliche Entscheidung zur Frage der Zulässigkeit echter Skonti in angemessener Höhe und zu marktüblichen Bedingungen. Aus Sicht der Verfasserin sprechen unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung zu § 78 Abs. 3 AMG die besseren Argumente für die Zulässigkeit echter Skonti auf den ApU im Rahmen marktüblicher Bedingungen. Auch die Gesetzesbegründung zur Änderung des § 2 AMPPreisV enthält den Hinweis, dass im Handel allgemein übliche Skonti (nur) auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers gewährt werden können.¹⁸ Der Fest-

zuschlag von 70 Cent zuzüglich Umsatzsteuer darf – dem erklärten Zweck der Neufassung des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV entsprechend – auch durch echte Skonti nicht reduziert werden.

E. Literaturempfehlungen

OLG Celle, Urt. v. 19.12.2019 - 13 U 87/18 - Apotheken-Skonto.

von Nussbaum, „Unechte“ Skonti dürfen bei verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln nicht zur Unterschreitung von Abgabepreis und Festzuschlag führen, GRUR-Prax 2020, 352.

¹ BGH, Urt. v. 05.10.2017 - I ZR 172/16 - PharmR 2018, 8, 11.

² § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV a.F. lautete: Bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln, die zur Anwendung bei Menschen bestimmt sind, durch den Großhandel an Apotheken oder Tierärzte darf auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers ohne die Umsatzsteuer höchstens ein Zuschlag von 1,3 Prozent, höchstens jedoch 37,80 Euro, zuzüglich eines Festzuschlags von 70 Cent sowie die Umsatzsteuer erhoben werden.

³ BT-Drs. 19/6337, S. 155 f.

⁴ Vgl. z.B. OLG München, Urt. v. 23.02.2017 - 29 U 2934/16 - Preisnachlässe und Zuwendungen an Apotheken bei Abgabe von Importarzneimitteln; OLG Celle, Urt. v. 19.12.2019 - 13 U 87/18 - Apotheken-Skonto.

⁵ OLG Celle, Urt. v. 19.12.2019 - 13 U 87/18 Rn. 10 - Apotheken-Skonto.

⁶ BT-Drs. 16/3100, S. 199

⁷ OLG Celle, Urt. v. 19.12.2019 - 13 U 87/18 Rn. 22 - Apotheken-Skonto; unter Hinweis auf Kloesel/Cyran, AMG [Stand: 134. Lfg.], § 78 Tz. 38; Rehmann/Greve, AMG, 4. Aufl., 78 Rn. 2; Hofmann in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, 2. Aufl., § 78 Rn. 55; Brixius in: Bülow/Ring/Artz/Brixius, HWG, 5. Aufl., § 7 Rn. 100

⁸ OLG Celle, Urt. v. 19.12.2019 - 13 U 87/18 Rn. 27 - Apotheken-Skonto.

⁹ OLG Celle, Urt. v. 19.12.2019 - 13 U 87/18 Rn. 27 - Apotheken-Skonto.

¹⁰ BT-Drs. 16/3100, S. 199.

¹¹ Hofmann in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, 2. Aufl., § 78 Rn. 55; Rehmann/Greve, AMG, 4. Aufl., 78 Rn. 2; Kloesel/Cyran, AMG [Stand: 134. Lfg.], § 78 Tz. 42.

¹² BGH, Urt. v. 05.10.2017 - I ZR 172/16 Rn. 39.

¹³ So z.B. OLG Stuttgart, Urt. v. 25.08.2011 - 2 U 21/11, GRUR-RR 2012, 266 ff. – Skonti auf Rezeptgebühren (zur Abgabe durch Apotheken).

¹⁴ So z.B. OLG Stuttgart, Urt. v. 25.08.2011 - 2 U 21/11, GRUR-RR 2012, 266 ff. – Skonti auf Rezeptgebühren (zur Abgabe durch Apotheken).

¹⁵ OLG Celle, Urt. v. 19.12.2019 - 13 U 87/18 Rn. 30 - Apotheken-Skonto; unter Hinweis u.a. auf Mand/Rektorschek, WRP 2015, 429, 435 f. m.w.N.

¹⁶ OLG Bamberg, Urt. v. 29.06.2016 - 3 U 216/15 Rn. 11 ff.; OLG Saarbrücken, Urt. v. 31.08.2016 - 1 U 150/15 Rn. 42 ff.

¹⁷ OLG Celle, Urt. v. 19.12.2019 - 13 U 87/18 Rn. 32, 34 - Apotheken-Skonto.

¹⁸ BT-Drs. 19/6337, S. 156.

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

3

Ansprüche gegen Kommanditisten bei (unerkannt) überhöhter Gewinnausschüttung

Leitsätze:

1. Wird an den Kommanditisten entgegen § 169 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 HGB ein tatsächlich nicht erwirtschafteter Gewinn ausgeschüttet, ohne dass der Gesellschaftsvertrag eine gewinnunabhängige Ausschüttung vorsieht oder eine solche durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist, hat die Gesellschaft (außerhalb der Insolvenz) einen bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch.

2. Ist der an den Kommanditisten ausgeschüttete Gewinn zwar in der Bilanz - unrichtig - ausgewiesen, wäre aber bei richtiger bilanzieller Beurteilung nicht entstanden, setzt die Rückzahlungspflicht neben dem objektiven Verstoß des Bilanzansatzes gegen einschlägige gesetzliche Vorschriften (einschließlich GoB und von der EU übernommene IFRS/IAS) voraus, dass ein ordentlicher Kaufmann diesen Verstoß nach den im

Zeitpunkt der Bilanzerstellung bestehenden Erkenntnismöglichkeiten bei pflichtgemäßer Prüfung erkennen konnte (sog. normativ-subjektiver Fehlerbegriff). Dabei kommt es nicht auf die rein subjektiven Fähigkeiten und Kenntnisse des Kommanditisten oder des Geschäftsführers der Gesellschaft an, sondern allein auf die Erkenntnismöglichkeiten des sorgfältig handelnden Kaufmanns.

3. Die Inanspruchnahme der sog. erweiterten Kürzung gemäß § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG hängt davon ab, dass die Voraussetzungen hierfür während des gesamten Erhebungszeitraums erfüllt sind. Bei einer unterjährigen Veräußerung des letzten verwalteten Grundstücks ist dies bei der Personengesellschaft nur dann der Fall, wenn anschließend die Gesellschaft liquidiert wird und nur noch Maßnahmen zur Vermögensverwertung vorgenommen werden. Erwirtschaftet die Gesellschaft hingegen noch Kapitalerträge mit der Anlage des Veräußerungserlöses, kann die erweiterte Kürzung im Veräußerungsjahr nicht in Anspruch genommen werden. Dies war im Jahr 2014 für einen ordentlichen Kaufmann bei pflichtgemäßer Prüfung erkennbar.

4. Anders als im Falle von § 172 Abs. 5 HGB für die Außenhaftung führt die Gutgläubigkeit in Bezug auf den bezogenen Gewinn nicht zur Enthftung des Kommanditisten im Innenverhältnis.

Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.12.2019, 12 U 30/19

von Dipl.-Kfm. Jochen König, RA, WP und StB, MGK Partner, Duisburg

A. Problemstellung

Einem alten Sprichwort zufolge gibt es keine fehlerfreie Bilanz. Allerdings sind die Fehler meist überschaubar und gleichen sich im Folgejahr aufgrund der sog. Zweischneidigkeit der Bilanz wieder aus. Der Bilanzierungsfehler bleibt dann folgenlos (vgl. insgesamt zum Umgang mit Bilanzierungsfehlern den Rechnungslegungs-Standard IDW RS HFA 6). Manchmal, insbesondere wenn als Folge des Fehlers Geld oder andere Vermögensgegenstände endgültig

abgefließen sind, können sich Fehler in einem Jahresabschluss (nachfolgend kurz „JA“) allerdings nicht mehr ausgleichen. Es stellt sich dann die Frage, was gilt: der falsche, jedoch durch Gesellschafterbeschluss festgestellte oder der richtige, um die unerkannten Bilanzierungsfehler berichtigte JA?

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im Streitfall hatte eine GmbH & KG (nachfolgend kurz „die KG“) keine andere Tätigkeit mehr entfaltet, als eine ihr gehörende Gewerbeimmobilie fremdzuvermieten. Steuerlich handelte es sich bei dieser KG um einen Gewerbebetrieb kraft Rechtsform. Die KG konnte jedoch, weil sie lediglich besagte Immobilie vermietete, die sog. „erweiterte Kürzung“ nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG in Anspruch nehmen, was wirtschaftlich einer Befreiung von der Gewerbesteuer gleichkam. Die KG veräußerte das Grundstück per 01.03.2013 und erzielte dabei einen Veräußerungsgewinn von knapp 850.000 Euro. Sie legte den erzielten Kaufpreis an und erwirtschaftete damit Zinsen. Im Dezember 2014, also rund 22 Monate nach dem Verkauf der Immobilie, beschlossen die Gesellschafter die Liquidation der KG, die im Frühjahr 2015 beendet wurde. Der Gewinn aus der Veräußerung der Immobilie ging in den JA 2013 der Gesellschaft ein und wurde an die einzige Kommanditistin Anfang 2014 ausgezahlt.

Die Beteiligten hatten jedoch übersehen, dass nach allgemeiner Ansicht im Steuerrecht die „erweiterte Kürzung“ nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG voraussetzt, dass die Vermietung von Grundbesitz über den gesamten jeweiligen Erhebungszeitraum i.S.d. § 14 GewStG ausgeübt wurde. Deshalb ist das Jahr der Aufnahme und der Beendigung der Vermietungstätigkeit gewerbesteuerlich nicht privilegiert (anderes gilt nur, wenn der Zeitpunkt der Aufnahme bzw. Beendigung der Vermietungstätigkeit exakt auf den Wechsel des Erhebungszeitraums fällt). Es hätte daher entweder (a) durch einen Liquidationsbeschluss auf den Zeitpunkt des Verkaufs gewerbesteuerlich der laufende Erhebungszeitraum vorzeitig beendet oder (b) im JA der KG für das Kalenderjahr 2013 eine Rückstellung für Gewerbesteuer gebildet werden müssen. Der Liquidationsbeschluss wurde jedoch erst 22 Monate später gefasst und weder im JA 2013 noch im JA 2014 eine Gewerbesteuer-Rückstel-

lung gebildet. Nach einer Betriebsprüfung erließ die Finanzverwaltung 2017 einen Gewerbesteuer-Bescheid, mit dem eine Nachzahlung von knapp 70.000 Euro zuzüglich Nachzahlungszinsen festgesetzt wurde. Da die KG leergeschüttet und ihr Vermögen verteilt worden war, konnte diese Steuerforderung aus dem Gesellschaftsvermögen nicht beglichen werden. Die Kommanditistin weigerte sich, die im Nachhinein zu Unrecht empfangene Gewinnausschüttung zurückzuzahlen, woraufhin die KG Insolvenz anmeldete. Der Insolvenzverwalter verklagte daraufhin die alleinige Kommanditistin auf Rückzahlung desjenigen Betrages an die KG, der nur deshalb an die Beklagte geflossen war, weil verabsäumt worden war, eine gewinnmindernde Gewerbesteuer-Rückstellung im Jahresabschluss 2013 zu bilden.

Das Landgericht hatte der Klage in Höhe von knapp 70.000 Euro stattgegeben. Das OLG Düsseldorf als Berufungsinstanz hat diese Entscheidung bestätigt.

Das Besprechungsurteil prüft die Wirkung der unrichtigen Bilanzierung auf das Verhältnis zwischen der insolventen Gesellschaft und ihrer Kommanditistin in Beispiel gebender Klarheit und Stringenz durch.

Ausgangspunkt der Prüfung ist, dass die KG einen Anspruch gegen ihre Kommanditistin aus § 812 BGB hat, wenn und soweit Zahlungen ohne Rechtsgrund erfolgt sind.

Als Rechtsgrund kommt zunächst der festgestellte JA, hier des Jahres 2013, und aus diesem folgend ein Gewinnanspruch der Kommanditistin in Betracht. Hieraus resultieren zwei Prüfungen: War (i) der JA trotz der fehlenden GewSt-Rückstellung richtig und - falls dies verneint wird - welche Konsequenzen hat (ii) ein Bilanzierungsfehler, wenn dieser unbemerkt blieb und ein Kommanditist die angebliche Gewinnausschüttung in gutem Glauben vereinnahmt? Für beide vorgenannten Fragen stellt sich die Frage des guten Glaubens, für die erstere in einem weiteren, untechnischen Sinne, für die zweite im engeren gleich doppelt als Teil des Tatbestandes des § 172 Abs. 5 HGB. Allerdings ist die Gutgläubigkeit im engeren bzw. weiteren Sinne aus jeweils unterschiedlichen Perspektiven zu beurteilen.

Ob ein Jahresabschluss fehlerhaft ist, ist je nach Rechtsgebiet unterschiedlich zu beantworten. Im Steuerrecht begründet jeder, auch jeder unverschuldete Verstoß gegen (Steuer-)Bilanzrecht einen Fehler. Selbst eine spätere erstmalige höchstrichterliche Klärung einer bis dahin streitigen Frage macht vorangegangene Jahresabschlüsse fehlerhaft, denen eine andere, gut vertretbare, möglicherweise sogar die bis dahin herrschende Auffassung zugrunde lag (vgl. statt aller BFH, Großer Senat, Beschl. v. 31.01.2013 - GrS 1/10 Rn. 57 ff.). Im Rahmen eines Unternehmens- oder Anteilskaufs hingegen entscheidet der Wille der Parteien, wann eine fehlerhafte Bilanzierung sich als Verletzung einer Bilanzgarantie darstellt; dieser kann dahingehen, verschuldensunabhängig jeden, auch jeden kleinen Fehler als Verletzung der Bilanzgarantie anzusehen, wie im anderen Extremfall gewollt sein kann, dass nur massivste Fehler und/oder nur mindestens grob fahrlässig verschuldete Fehlbilanzierungen relevant sind.

Für die Besprechungsentscheidung war das Handelsbilanzrecht maßgeblich, in dem nach h.M. der normativ-subjektive Fehlerbegriff Anwendung findet: Danach ist ein Fehler (nur dann) zu bejahen, wenn objektiv ein Verstoß gegen Bilanzrecht vorliegt und dies subjektiv für einen gedachten pflichtgemäß und gewissenhaft handelnden Kaufmann im Zeitpunkt der Erstellung bzw. Feststellung des Jahresabschlusses erkennbar war (vgl. statt aller WP-Handbuch, 16. Aufl., Tz. B 281 m.w.N.). Die Erkennbarkeit des Fehlers wird bei Rechtsfragen - anders als im Steuerrecht, siehe oben - verneint, wenn diese im Zeitpunkt der Auf- und Feststellung des JA nicht höchstrichterlich entschieden oder streitig sind; in diesen Fällen ist und bleibt die Bilanzierung richtig, wenn der Bilanzierung eine vertretbare Rechtsauffassung zugrunde gelegt wurde. In tatsächlicher Hinsicht muss eine bewertungsrelevante Tatsache trotz angemessener Nachforschungen unklar/unbekannt geblieben sein. Eine an vorstehenden Maßstäben gemessene fahrlässige Verkennung der Sach- wie Rechtslage führt zur Qualifikation der Bilanzierung als fehlerhaft. Wie sich für die Besprechungsentscheidung aus den §§ 249 Abs. 1, 266 Abs. 3 B. 2 HGB unschwer ergibt, sind noch nicht festgesetzte, jedoch entstandene Steuern zwingend zurückzustellen.

Ein objektiver Verstoß gegen Bilanzrecht war daher sowohl für den JA der KG auf den 31.12.2013 wie 2014 zu bejahen. Dieser Verstoß war auch für einen gedachten ordentlichen Kaufmann bei pflichtgemäßer Prüfung erkennbar; denn die steuerliche Rechtslage war eindeutig, das Ende der steuerlichen Privilegierung im Jahr der Aufgabe der Vermietungstätigkeit (gemessen an dem Maßstab der Prüfungspflichten eines sorgfältigen Kaufmanns) fahrlässig verkannt worden. In tatsächlicher Hinsicht war der Sachverhalt sowohl eindeutig wie bekannt. Bei richtiger Bilanzierung wäre der Gewinn der Gesellschaft um die Gewerbesteuerlast und entsprechend der Gewinnanspruch der Beklagten geringer ausgefallen. Da der Kommanditist nach § 169 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 HGB nur Anspruch auf den tatsächlich erwirtschafteten, nicht aber auf Scheingewinne hat (vgl. BGH, Urt. v. 18.07.2013 - IX ZR 198/10 Rn. 39), konnte Rechtsgrund für die Zahlung damit jedenfalls nicht der Gewinnanspruch des Beklagten sein.

Als nächstes stellte sich die Frage, ob der Beklagten aus § 172 Abs. 5 HGB die Einwendung zustand, sie habe die Zahlung in gutem Glauben als Gewinn bezogen und sei aus diesem Grunde nicht zur Rückzahlung verpflichtet. Im Rahmen des § 172 Abs. 5 HGB wird allgemein doppelter guter Glaube verlangt, nämlich sowohl derjenigen, die den (fehlerhaften) JA aufgestellt als auch derjenigen, die aufgrund dieses (fehlerhaften) JA einen nicht erzielten Gewinn bezogen haben; wann guter Glaube zu bejahen ist, ist streitig (vgl. zum Meinungsstand statt aller Schmidt in: MünchKomm HGB, 4. Aufl., §§ 171, 172 Rn. 90-92, offengelassen in BGH, Urt. v. 12.07.1982 - II ZR 201/81 - BGHZ 84, 383, 385 f.).

Die Gutgläubigkeit des Beklagten musste das OLG Düsseldorf jedoch vorliegend aus der Systematik des Gesetzes heraus nicht prüfen. Denn § 172 Abs. 5 HGB privilegiert als Rückausnahme zu § 172 Abs. 4 HGB den Kommanditisten nur im Außenverhältnis zu Gesellschaftsgläubigern, nicht aber im Innenverhältnis zwischen Kommanditist und Gesellschaft (vgl. statt aller nochmals BGH, Urt. v. 18.07.2013 - IX ZR 198/10 Rn. 39, sowie Roth in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl., § 172 Rn. 9). Im Besprechungsfall hat der klagende Insolvenzverwalter jedoch die Rechte der Gesellschaft aus dem Innenver-

hältnis geltend gemacht. Eine starke Mindermeinung vertritt zwar die Auffassung, § 172 Abs. 5 HGB sei auch auf das Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter anzuwenden, da die Haftungsprivilegierung des § 172 Abs. 5 HGB sonst im Ergebnis leerliefe (vgl. insoweit statt aller K. Schmidt in: MünchKomm HGB, §§ 171, 172 Rn. 96). Der BGH hat jedoch in Kenntnis dieser Kritik (vgl. die Kommentierung von K. Schmidt in der Voraufgabe des MünchKomm HGB), die im Zeitpunkt der BGH Entscheidung bereits veröffentlicht war, in Einklang mit der jahrzehntealten h.M. (vgl. die Nachweise bei K. Schmidt in: MünchKomm HGB, §§ 171, 172 Rn. 95 mit Fn. 420) anders entschieden. Insoweit gilt für den Praktiker „Karlsruhe locuta, causa finita“. Dazu, dass die Haftungsprivilegierung des § 172 Abs. 5 HGB bei Anwendung der h.M. im Übrigen durchaus nicht wie befürchtet leerläuft, vgl. noch unten.

In ständiger Rechtsprechung lässt der BGH jedoch langjährig zu, dass nicht durch Gewinne gedeckte Ausschüttungen an Kommanditisten erfolgen und der Kommanditist diese im Verhältnis zu Gesellschaft und Mitgesellschaftern (nicht aber im Verhältnis zu außenstehenden Dritt-Gläubigern) behalten darf, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht oder die Ausschüttung durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist (vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 12.03.2013 - II ZR 73/11; BGH, Urt. v. 20.04.2017 - IX ZR 189/16 Rn. 9, und BGH, Urt. v. 20.07.2017 - IX ZR 7/17 Rn. 10). Anderes gilt nur, wenn der Gesellschaftsvertrag bzw. die Einverständniserklärung der Gesellschafter eine Rückzahlungspflicht hinreichend klar vorsehen (vgl. statt aller nochmals BGH, Urt. v. 20.04.2017 - IX ZR 189/16 Rn. 11). Solche gewinnunabhängigen Zahlungen ließ im Besprechungsfall der Gesellschaftsvertrag der KG ausdrücklich zu. Das Anrecht auf gewinnunabhängige Zahlungen bzw. ein Gesellschafterbeschluss, solche zu tätigen, sind systematisch allerdings etwas anderes als die Feststellung des Jahresabschlusses und – soweit gesellschaftsvertraglich überhaupt notwendig – ein Gewinnverwendungsbeschluss. Der Feststellung des Jahresabschlusses wohnte daher kein impliziter Beschluss inne, eine gewinnunabhängige Ausschüttung vorzunehmen; es bedarf dafür logisch eines zweiten Rechtsaktes. Da der Gesellschaftsvertrag lediglich die Möglichkeit einer gewinnunabhängigen Zahlung vorsah, ein entsprechender Beschluss aber weder expli-

zit noch mangels des Bewusstseins der Fehlbilanzierung nach Auffassung des Oberlandesgerichts konkludent gefasst wurde, schied es auch eine Zahlung auf Basis der gesellschaftsvertraglichen Regelungen über gewinnunabhängige Ausschüttungen als Rechtsgrund aus. Dies schließt eine Umdeutung des Beschlusses über die Feststellung des Jahresabschlusses – vom OLG Düsseldorf nicht erörtert – ein, da einerseits die Feststellung des Jahresabschlusses nicht wichtig war und andererseits bei Kenntnis der Steuerpflicht vermutlich keine so hohe gewinnunabhängige Zahlung beschlossen worden wäre, dass die KG ihren Zahlungsverpflichtungen nicht mehr hätte nachkommen und die Außenhaftung nach § 172 Abs. 4 HGB aufgrund der dann gegebenen Bösgläubigkeit des Beklagten aktiviert worden wäre.

Die vorstehend zitierte Rechtsprechung zur Zulässigkeit gewinnunabhängiger Ausschüttungen zeigt im Übrigen, dass die Kommanditisten – entgegen der oben skizzierten Mindermeinung – keiner Ausdehnung des § 172 Abs. 5 HGB auch auf das Innenverhältnis bedürfen. Denn wenn die Kommanditisten im Innenverhältnis wirksam vereinbaren können, dass gewinnunabhängige, nicht rückzahlbare Zahlungen an die Kommanditisten fließen dürfen, dann können sie naturgemäß als Minus zu einer solchen *bewussten*, nicht durch Gewinne unterlegten Ausschüttung erst recht vereinbaren, dass sie *unbewusst* nicht durch Gewinne unterlegte, mithin als vermeintlichen Gewinn bezogene Beträge behalten dürfen, auch wenn sich nachträglich erweist, dass dies Scheingewinne waren. Die Kommanditisten bedürfen daher nicht der schützenden Hand der Kommentarliteratur, sondern nur ihren Absichten entsprechenden Regelungen im Gesellschaftsvertrag. Zudem schützt sie ohnehin, wie das OLG Düsseldorf zutreffend anmerkt, der ihnen zustehende Entreicherungseinwand; es bedarf also nicht der Ausweitung des § 172 Abs. 5 HGB auch auf das Innenverhältnis.

Die lehrbuchmäßige Prüfung aller Rechtsgründe setzte das Oberlandesgericht mit der Prüfung fort, ob die Feststellung des Jahresabschlusses sich als abstraktes oder deklaratorisches Anerkenntnis der Gesellschaft mit ihren Gesellschaftern darstellen könne. In der Praxis gerne übersehen, stellt sich der Beschluss über die Feststellung des Jahresabschlusses je nach den Umständen des Einzelfalles häufig als Ausschluss

bekannter oder mindestens für möglich erachteter Forderungen im Sinne eines deklaratorischen Anerkenntnisses dar (vgl. BGH, Urt. v. 02.03.2009 - II ZR 264/07, Anm. König, juris-PR-HaGesR 9/2009 Anm. 4). Allein war vorliegend keinem der Beteiligten die Steuerpflichtigkeit des Gewinns 2013 und damit die Fehlerhaftigkeit der Bilanz bewusst. Folglich handelte es sich weder um einen bekannten noch einen für möglich erachteten Rückforderungsanspruch, und folglich kann der Feststellung des Jahresabschlusses nicht der Erklärungswille beigelegt werden, diesen im Sinne eines deklaratorischen Anerkenntnisses auszuschließen. Gleiches gilt für eine Qualifikation als ein abstraktes Schuldanerkenntnis. Aufgrund seines Ausnahmecharakters kann ein solches nur bei entsprechendem Parteivortrag angenommen werden, der im Besprechungsfall fehlte. Aufgrund des Ausnahmecharakters eines abstrakten Schuldanerkenntnisses wäre überdies zu fordern, dass sich der Wille der Parteien, ein solches abzugeben, zumindest ansatzweise nach außen manifestiert, etwa in einer von dem Wortlaut eines „Routine“-Beschlusses zur JA-Feststellung abweichenden Beschlussformulierung.

Nachdem damit alle potentiellen Rechtsgründe, die es der Beklagten erlaubt hätten, von Anfang an die erhaltene Zahlung zu behalten, ausgeschlossen worden waren, somit ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 BGB zu bejahen war, war abschließend noch zu prüfen, ob eine Entreicherung i.S.d. § 818 Abs. 3 BGB den Anspruch hat wieder entfallen lassen. Dies verneinte das Besprechungsurteil, da es insoweit an substantiiertem Vortrag gefehlt habe.

C. Auswirkungen für die Praxis

Bilanzierungsfehler ereignen sich in der Praxis täglich. In den entsprechenden Ständen der Kapital- und Darlehenskonten setzen sich diese über Jahre fort. Der Wert des Besprechungsurteils liegt nicht darin, dass es einen neuen dogmatischen Ansatz zur Lösung der damit verbundenen Probleme aufzeigt, sondern darin, dass es für den Praktiker eine „Segel-Anweisung“ gibt, ob aus solchen Fehlern klagbare Ansprüche folgen und wie diese nach Grund und Höhe abzu prüfen sind. Diese „Segel-Anweisung“ ist hilfreich sowohl für im Bilanzrecht nicht sattefeste Juristen wie im Gesellschaftsrecht nicht

sattelfeste Ersteller und Prüfer von Jahresabschlüssen.

4

Schlussbilanz für die Ermittlung der Werthaltigkeit eines als Sacheinlage einzubringenden Unternehmens

Leitsatz:

Eine Zwischenverfügung des Registergerichts, die die Vorlage eines Gutachtens eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers, das den Nachweis der Deckung des übergewandten Vermögens mit dem gewährten Geschäftsanteil zuzüglich des zusätzlich gewährten Darlehensanspruchs fordert, ist inhaltlich unzulässig.

Anmerkung zu OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.03.2020, 8 W 295/19

von Dr. Philip Cavallès, RA und Solicitor (England and Wales), Taylor Wessing, München

A. Problemstellung

Das OLG Stuttgart hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, in welchem Umfang die Amtsermittlungspflicht hinsichtlich der Kapitalaufbringung im Falle einer Kapitalerhöhung, respektive bei einem als Sacheinlage einzubringendem Unternehmen, besteht. Konkret beschäftigte sich der 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart mit der Fragestellung, ob eine Eintragung der Anmeldung der Ausgliederung zur Aufnahme und der Übertragung des Einzelunternehmens unter Auflösung des übertragenden Einzelunternehmens und Fortführung der Firma und Rechtsnachfolge durch die GmbH zum Handelsregister von der Einreichung eines Gutachtens eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers abhängig gemacht werden kann, das die Deckung des übergewandten Vermögens mit dem gewährten Geschäftsanteil zuzüglich des zusätzlich gewährten Darlehensanspruchs nachweist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Hintergrund der Entscheidung war die Umwandlung eines Einzelkaufmanns in eine GmbH durch Ausgliederung zur Aufnahme auf eine bestehende GmbH. Bei Anmeldung der Ausgliederung zur Aufnahme und der Übertragung des Einzelunternehmens unter Auflösung des übertragenden Einzelunternehmens und Fortführung der Firma und Rechtsnachfolge durch die GmbH zum Handelsregister legte der Antragsteller und alleinige Geschäftsführer der GmbH unter Bezugnahme auf die beglaubigte Kopie des Ausgliederungsvertrags, den Sachkapitalerhöhungsbericht gemäß § 5 Abs. 4 GmbHG analog, § 58 Abs. 1, § 159 Abs. 1 UmwG mit Bestätigung des steuerlichen Beraters gemäß § 159 Abs. 3 UmwG, die Schlussübersicht und Ausgliederungsübersicht, die Versicherung des Einzelkaufmanns, die Schlussbilanz sowie die Gesellschafterliste vor (Wilpert, GmbHR 2020, 661). Durch drei separate Schreiben, die jedoch zusammen eine Zwischenverfügung darstellen, stellte das AG - Registergericht - Ulm die Eintragung der oben bezeichneten Anmeldung zum Handelsregister unter die Bedingung, dass zuvor ein Gutachten eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers eingereicht werden müsse, das die Deckung des übergewandten Vermögens mit dem gewährten Geschäftsanteil zuzüglich des zusätzlich gewährten Darlehensanspruchs nachweist.

Die hiergegen beim OLG Stuttgart eingelegte Beschwerde war erfolgreich. Die 8. Zivilkammer des OLG hat entschieden, dass die Eintragung der Anmeldung nicht von einem Nachweis durch Vorlage eines Gutachtens eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers abhängig gemacht werden könne. Zwar sei das Registergericht gehalten, wegen § 55 Abs. 1 UmwG, §§ 57a, 9c GmbHG, eine Kapitalerbringung auch im Falle einer Kapitalerhöhung zu prüfen, wobei sich die Prüfungspflicht auch auf ein als Sacheinlage einzubringendes Unternehmen erstrecke. Die Pflicht der Vorlage eines Gutachtens eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers folge hieraus jedoch nicht. Vor dem Hintergrund des Spannungsverhältnisses der Amtsermittlungspflicht bzw. dem Gebot der hinreichenden Sachverhaltsaufklärung und dem Eintragungsanspruch des Beteiligten und dessen Interesse an einer zügigen und kostengünstigen Eintragung sei es geboten, dass kostenträchtige Unterlagen nicht generell verlangt werden dürften. Vielmehr sei dies nur

dann der Fall, wenn sich aus den bereits eingereichten Unterlagen Unklarheiten, Widersprüche, Lücken oder sonstige konkrete Anhaltspunkte für Fehlerhaftigkeiten ergäben. Zur Ermittlung der Werthaltigkeit eines zu übertragenden Unternehmens genüge in aller Regel die Schlussbilanz, die der Antragsteller vorliegend eingereicht hat. Besondere Anhaltspunkte für eine Fehlerhaftigkeit seien nicht ersichtlich gewesen. Zudem sei auch die Begründung, dass die konkrete Höhe des aufgrund des Ausgliederungsvertrages vereinbarten Darlehens nicht vermerkt und nicht bekannt sei, kein Grund für die Beibringung des verlangten Gutachtens. Genügende Angaben zur Werthaltigkeit seien bereits mittels des Gesellschaftsvertrags bzw. den sonstigen für die Anmeldung der Kapitalerhöhung notwendigen förmlichen Urkunden erbracht worden.

C. Kontext der Entscheidung

Wie das OLG Stuttgart zutreffend feststellt, ist die Beschwerde nicht bereits aus formellen Gründen aufzuheben. Eine Fristsetzung gemäß § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG kann, wie das OLG Stuttgart in Übereinstimmung mit der Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 26.04.2019 (11 W 59/18 (Wx)) korrekt entschieden hat, auch durch eine andere Entscheidungsform als durch Beschluss entschieden werden. Für Registersachen hat der Gesetzgeber dies in § 38 Abs. 1 Satz 2 FamFG geregelt, während § 382 Abs. 4 FamFG diesbezüglich zwar keine ausdrückliche Regelung trifft, jedoch auch nicht explizit normiert, dass die Fristsetzung durch Beschluss zu erfolgen hat.

Auch in Bezug auf die materiellen Gründe der Aufhebung der Zwischenverfügung ist die Entscheidung der 8. Zivilkammer des OLG Stuttgart nicht zu beanstanden. Die Amtsermittlungspflicht des Registergerichts unterliegt einem Spannungsverhältnis zwischen dem Gebot der hinreichenden Sachverhaltsaufklärung und dem Eintragungsanspruch des Beteiligten, verbunden mit dem Interesse an einer zügigen und kostengünstigen Abwicklung. Nach § 9c Abs. 1 Satz 2 GmbHG kommt im Rahmen der Werthaltigkeitsprüfung eine Verweigerung der Eintragung wegen Bewertungsmängeln nur bei nicht unerheblichen Überbewertungen in Betracht (vgl. Freitag in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 5. Aufl. 2018, Rn. 47,

48). Nach Auffassung des Gesetzgebers soll die Gesetzesformulierung klarstellen, dass nur aus den Eintragungsunterlagen selbst ersichtliche Bewertungsmängel relevant sind; amtswegige Ermittlungen nach § 26 FamFG über eine wesentliche Überbewertung sind demnach ausgeschlossen. Zwar wird die Prüfungspflicht des Registergerichts in § 9c GmbHG nicht ausdrücklich festgelegt, gleichwohl wird sie durch die gesetzliche Anordnung, dass die Eintragung bei Fehlen der Voraussetzungen abzulehnen ist, impliziert (vgl. Wicke in: MünchKomm GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 9c Rn. 1). Die Prüfungspflicht erstreckt sich dabei auf die formellen und materiellen Eintragungsvoraussetzungen, wobei gemäß § 9c Abs. 1 Satz 2 GmbHG die Sicherung der Kapitalaufbringung bei der Bewertung von Sacheinlagen aufgrund der damit einhergehenden Gläubigerrisiken gesondert hervorgehoben wird.

Im Zuge der Neufassung des GmbHG durch das MoMiG beschränkt sich die Werthaltigkeitskontrolle zur Vermeidung von Kosten und Zeitverzögerungen bei Sachgründungen nunmehr auf die Frage, ob eine „nicht unwesentliche“ Überbewertung vorgenommen wurde (vgl. Wicke in: MünchKomm GmbHG, § 9c Rn. 1). Eine vollumfängliche Überprüfung seitens des Registergerichts im Hinblick auf die wirtschaftlichen Grundlagen des Unternehmens findet grundsätzlich nicht statt. Eine Eintragung kann beispielsweise dann abgelehnt werden, wenn eine Gründung oder Ausgliederung zur Aufnahme auf eine bestehende GmbH angesichts völlig unzureichender Kapitalausstattung auf eine vorsätzliche und sittenwidrige Gläubigerschädigung ausgelegt ist und dies aus den Unterlagen ersichtlich wird (Schmidt-Leithoff in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 9c Rn. 31). Der Umfang der Prüfungspflicht des Registergerichts erstreckt sich jedoch grundsätzlich nicht auf die Solvenz der Gesellschafter, respektive den Wert des übergehenden Vermögens. Dies ist lediglich dann der Fall, falls, wie vom OLG Stuttgart zutreffend festgestellt wurde, Anhaltspunkte vorliegen, die schwerwiegende Bedenken an der Aufbringung der geschuldeten Einlageleistungen rechtfertigen (Wicke in: MünchKomm GmbHG, § 9c Rn. 10). Solche Anhaltspunkte, die eine intensiviertere Prüfung begründen könnten, bestanden im vorliegenden Fall nicht. Das Registergericht konnte und musste die Werthaltigkeitsprüfung aufgrund der eingereichten Schlussbilanz vornehmen. Wie das OLG Stuttgart weiter zutreffend

ausführt, wäre auch das Verlangen nach der Vorlage eines Sachgründungsberichts nicht zu beanstanden gewesen. Hieran hätte das Registergericht prüfen können, ob eine angemessene Bewertung der Sacheinlagen durchgeführt wurde (vgl. Altmeyen in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 9c Rn. 10). Auch der fehlende Vermerk im Ausgliederungsvertrag bzw. die fehlende Kenntnis von der konkreten Höhe des im Ausgliederungsvertrag vereinbarten Darlehens führt, wie das OLG Stuttgart zutreffend ausführt, zu keiner Vorlagepflicht eines unabhängigen Wertgutachtens. Zum einen sind die fehlenden Informationen bereits im Gesellschaftsvertrag bzw. den anderen für die Kapitalerhöhung notwendigen Dokumenten vermerkt, zum anderen sind der Kosten- und Zeitaufwand für ein unabhängiges Wertgutachten als nicht ganz unerheblich einzustufen. Die Verpflichtung zur Beibringung eines solchen, ohne ersichtliche Anhaltspunkte einer Überbewertung, steht in Widerspruch zu dem gesetzgeberischen Willen, respektive der durch das MoMiG in das GmbHG eingebrachten Grundsätze der Beschleunigung und Vereinfachung von Unternehmensgründungen und der Erhöhung der Attraktivität der GmbH als Rechtsform.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung dient der Klarheit und verschafft Rechtssicherheit hinsichtlich der Frage, welche Unterlagen bei Anmeldung einer Kapitalerbringung im Falle einer Kapitalerhöhung, insbesondere auch bei Sacheinlagen zur Eintragung beim Registergericht eingereicht werden müssen. Die Verpflichtung zur Beibringung von Dokumenten, deren Beschaffung kosten- und/oder zeitintensiv ist, darf und wird bei der Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister nur die Ausnahme bleiben.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Mehrere Schreiben des Registergerichts können bei inhaltlichem Konnex als eine einheitliche Zwischenverfügung angesehen werden.