

# GesR. aktuell

Februar 2010

## Neue Gesichtspunkte zur Nachfolgeplanung – aktuelle Änderungen zum Erbrecht und zur Patientenverfügung

Rechtsanwalt Dr. Volker Besch

Zum 1. Januar 2010 sind neue gesetzliche Bestimmungen zum Erbrecht in Kraft getreten, die bei einer ausgewogenen Nachfolgeplanung Berücksichtigung finden sollten. In der Öffentlichkeit werden hier häufig an erster Stelle die neuen gesetzlichen Vorschriften zur Entziehung des Pflichtteilsanspruchs und zur Verjährung genannt.

Pflichtteilsansprüche stehen dem Ehegatten und den Eltern sowie Nachkommen des Erblassers zu. Will der Erblasser auch diese gänzlich „enterben“, sollen diese also nichts aus dem Nachlass erhalten, geht dies nur, wenn ein Grund vorliegt, den Pflichtteil zu entziehen. Die hier zulässigen Gründe hat der Gesetzgeber nunmehr in § 2333 BGB teilweise neu gefasst. Eine Entziehung des Pflichtteils ist bspw. dann möglich, wenn ein Pflichtteilsberechtigter rechtskräftig wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Haftstrafe von mehr als einem Jahr ohne Bewährung verurteilt worden ist und es daher für den Erblasser unzumutbar ist, dass der Pflichtteilsberechtigte an seinem Nachlass partizipiert. Wichtig ist hierbei, dass der Erblasser die Gründe, die zur Unzumutbarkeit führen, im Testament

niederlegen muss. Ob die Neuregelung wirklich von praktischer Bedeutung ist, bleibt jedoch abzuwarten.

Von größerer praktischer Bedeutung sind hingegen die neuen Bestimmungen zur Anrechnung von Schenkungen, die ein Erblasser zu Lebzeiten gemacht hat (§ 2325 BGB). Nach der bisherigen Rechtslage galt, dass eine Schenkung innerhalb von zehn Jahren vor dem Tod des Erblassers voll zum Erbe hinzuzählte und somit bei der Berechnung von Pflichtteilsansprüchen voll zu berücksichtigen war. Künftig wird die Anrechnung auf den Pflichtteil mit einer Quote geregelt. Durch die neue gesetzliche Regelung ist nun vorgesehen, dass eine Schenkung für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs immer weniger Berücksichtigung findet, je länger sie zurückliegt. Somit wird eine Schenkung im ersten Jahr vor dem Erbfall voll in die Berechnung eingezogen. Im zweiten Jahr wird sie nur noch zu 9/10, im dritten Jahr zu 8/10 und dann weiter absteigend berücksichtigt. Die Neuregelung wird somit zur Entlastung von Erben führen, die Pflichtteilsberechtigten hingegen benachteiligen.

Eine weitere Neuerung besteht in der Honorierung von Pflegeleistungen beim Erbausgleich. Das neue Erbrecht sieht in § 2057a BGB vor, dass Abkömmlinge, also in der Regel Kinder, die ihre Eltern längere Zeit gepflegt haben, bei der Auseinandersetzung des Erbes auch einen größeren Anteil vom Erbe erhalten sollen. Zukünftig können somit Pflegeleistungen durch Abkömmlinge in der Erbauseinandersetzung im erhöhten Umfang berücksichtigt werden. Neu ist insofern, dass der Abkömmling nicht nur dann einen solchen Anspruch hat, wenn er ganz auf sein berufliches Einkommen verzichtet hat, sondern auch, wenn er neben seiner beruflichen Tätigkeit die Pflegeleistungen erbracht hat. Der Streit innerhalb der Familie scheint vielfach vorprogrammiert zu sein. Denn mangels einer gesetzlichen Regelung zu der Frage, welche Sätze für die Abrechnung der Pflege in Ansatz zu bringen sind, ist es außerordentlich schwer zu bewerten, in welcher Höhe eine Entschädigung im konkreten Fall zu berechnen ist. Wenn ohnehin die Errich-

tung eines Testaments geplant ist, ist daher zu empfehlen, hierüber eine eindeutige Regelung im Testament zu treffen. Ist die Errichtung eines Testaments nicht geplant, wird es sich kaum vermeiden lassen, Art und Umfang der von Kindern erbrachten Pflegeleistungen ausführlich zu dokumentieren.

Jede sorgfältige Nachfolgeplanung erfordert die Auseinandersetzung mit der Frage, ob und ggf. in welchem Umfang man seinen letzten Lebensabschnitt durch Vollmachten, Vorsorgevollmachten und/oder Patientenverfügungen regeln möchte. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf das eigene Schicksal, sondern auch im Interesse der eigenen Familie. Unternehmerisch tätige Personen haben hier auch die Wahrung der Unternehmenskontinuität vor Augen. Im Zusammenhang mit diesen Fragestellungen sind die zum 1. September 2009 nach einer langen rechtspolitischen Diskussion in Kraft getretenen Bestimmungen zur Patientenverfügung in den §§ 1901a ff. BGB – auch bezeichnet als Patientenverfügungsgesetz – zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber hat bestätigt, dass Patientenverfügungen privatschriftlich formuliert werden können. Frühere schriftliche Verfügungen bleiben wirksam. Eine zwingende vorherige ärztliche Beratung sieht das Gesetz nicht vor. Gleichwohl ist dringend zu empfehlen, den Inhalt einer Patientenverfügung inhaltlich mit einem Arzt seines Vertrauens abzustimmen und individuell aufzusetzen, da nur so sichergestellt werden kann, dass der wahre Wille in einer für einen später behandelnden Arzt klar verständlich formuliert wird.

Oftmals bestehen Unklarheiten darüber, was sich zweckmäßig und sicher mit einer Vollmacht, z.B. einer Generalvollmacht oder einer Vorsorgevollmacht, und was sich mit einer Patientenverfügung regeln lässt. Um hier zu erreichen, dass der eigene Wille auch tatsächlich umgesetzt wird, sollte zur Abrundung der eigenen Nachfolgeplanung bei der Formulierung einer Vorsorgevollmacht wie auch einer Patientenverfügung neben der ärztlichen Beratung auch die rechtliche Expertise jedenfalls einfließen.

### Unsere Themen

- Neue Gesichtspunkte zur Nachfolgeplanung – aktuelle Änderungen zum Erbrecht und zur Patientenverfügung
- Der Financial Expert nach dem BilMoG – erforderliche Qualifikationen von Aufsichtsratsmitgliedern mittelständischer Aktiengesellschaften
- Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung und seine Bedeutung für GmbH-Geschäftsführer
- Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger für Verbindlichkeiten eines Dritten
- Aktuelle Rechtsprechung

# Der Financial Expert nach dem BilMoG – erforderliche Qualifikationen von Aufsichtsratsmitgliedern mittelständischer Aktiengesellschaften

Rechtsanwalt Dr. Volker Besch

Nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) vom 25. Mai 2009 muss der Aufsichtsrat eines kapitalmarktorientierten Unternehmens mindestens mit einem unabhängigen Mitglied besetzt sein, das über Fachexpertise auf dem Gebiet der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügt. Eine entsprechende Verpflichtung ist in § 100 Abs. 5 Aktiengesetz (AktG) statuiert. In der Praxis wird insoweit von einem Financial Expert gesprochen. Die Kenntnisse, über die der Financial Expert verfügen muss, lassen sich aus § 107 Abs. 3 AktG ableiten. Hierzu gehören Kenntnisse auf den Gebieten der Rechnungslegung, der Wirksamkeit interner Kontrollsysteme, des Risikomanagements, interner Revisionssysteme und der Abschlussprüfung, insbesondere in Bezug auf die Unabhängigkeit von Abschlussprüfern und der von Abschlussprüfern zusätzlich erbrachten Leistungen.

Für mittelständische, in der Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) betriebene Unternehmen stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Vorschrift des § 105 Abs. 5 AktG Anwendung findet und falls ja, ob die aktuellen Mitglieder des Aufsichtsrats über die erforderlichen Qualifikationen verfügen. § 100 Abs. 5 AktG macht insoweit zur Voraussetzung, dass es sich um einen Aufsichtsrat bei einer Gesellschaft im Sinne des § 264d Handelsgesetzbuch (HGB) handelt. § 264d HGB spricht wiederum von einer kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaft. Eine Kapitalgesellschaft ist demnach kapitalmarktorientiert, wenn sie einen organi-

sierten Markt im Sinne des Wertpapierhandelsgesetzes durch von ihr ausgegebene Wertpapiere im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 Wertpapierhandelsgesetz in Anspruch nimmt oder die Zulassung solcher Wertpapiere zum Handel an einem organisierten Markt beantragt. Wertpapiere sind in diesem Zusammenhang nicht nur Aktien, sondern auch andere Anteile an in- oder ausländischen juristischen Personen, Personengesellschaften und sonstigen Unternehmen, soweit sie Aktien vergleichbar sind, und Zertifikate, die Aktien vertreten sowie Schuldscheine wie Genussscheine und Inhaberschuldverschreibungen etc.

In der allergrößten praktischen Bedeutung trifft die Pflicht zur Bestellung eines Financial Experts im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft daher börsennotierte Unternehmen. Die mittelständisch geprägte, nicht an einer Wertpapierbörse zugelassene AG mit einer typischerweise überschaubaren Anzahl von Aktionären fällt somit nicht in den Anwendungsbereich der neuen Vorschriften zum Financial Expert. Eine gesetzliche Pflicht, dass mindestens ein Aufsichtsratsmitglied über die Qualifikationen des § 100 Abs. 5 AktG verfügen muss, besteht demnach für solche mittelständische Unternehmen nicht.

Ungeachtet dessen, sollten die Aufsichtsratsmitglieder dieser Unternehmen angesichts der nach allgemeinen Grundsätzen steigenden Anforderungen an die Sorgfaltspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern gleichwohl über angemessene Qualifikationen verfügen, um ihren Verpflich-



Dr. Volker Besch ist bei Blanke Meier Evers als Partner für die Bereiche Gesellschaftsrecht, M&A und Unternehmensnachfolge zuständig.

tungen zur Beratung und Überwachung des Vorstandes einer AG im ausreichenden Maße nachkommen zu können. Erst zuletzt hat der Bundesgerichtshof wieder entschieden, dass der Aufsichtsrat sich zur Erfüllung seiner Beratungs- und Überwachungspflichten ein genaues Bild von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft verschaffen und insbesondere in Krisensituationen alle ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen muss (BGH, Urt. v. 16.03.2009, Az. II ZR 280/07). Zu den erforderlichen Qualifikationen eines Aufsichtsratsmitglieds gehört sicherlich auch die Fähigkeit, den dem Aufsichtsrat vom Vorstand zur Prüfung vorgelegten Jahresabschluss der Gesellschaft ggf. nebst dem Bericht des Abschlussprüfers einer kritischen Würdigung unterziehen zu können. Etwaige Pflichtverstöße in diesem Zusammenhang können ansonsten zur Haftung des Aufsichtsrats gemäß §§ 116, 93 AktG führen. Letztlich muss damit auch das Aufsichtsratsmitglied einer mittelständischen AG über gewisse Grundkenntnisse über die Erstellung und Prüfung von Jahresabschlüssen verfügen.

## Aktuelle Rechtsprechung

### Bestellung eines Nicht-EU-Ausländers zum GmbH-Geschäftsführer

Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 16. April 2009 – I-3 Wx 85/09

Ein Nicht-EU-Ausländer kann nach der Reform des GmbH-Rechts selbst dann zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt werden, wenn er keinen Aufenthaltstitel hat und daher nicht ohne weiteres nach Deutschland einreisen kann.

### Keine Haftung von Treugeber-Gesellschaftern gegenüber Gläubigern der Gesellschaft

Bundesgerichtshof, Urteil vom 21. April 2009 – XI ZR 148/08

Einen Treugeber, der nicht selbst Gesellschafter einer Personengesellschaft wird, sondern für den ein Gesellschafter den Geschäftsanteil treuhänderisch hält, trifft keine Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft. Anleger, die

lediglich über einen Treuhänder an einer Publikumsgesellschaft beteiligt sind, müssen also nicht fürchten, von Gläubigern der Gesellschaft persönlich in Anspruch genommen zu werden.

### Teilnahme von Beratern an Gesellschafterversammlungen; Stimmverbot

Bundesgerichtshof, Urteil vom 27. April 2009 – II ZR 167/07

Ein Gesellschafter (hier: einer GmbH) kann einen Anspruch auf die Teilnahme eines Beraters an einer Gesellschafterversammlung auf Grund einer Regelung in der Satzung oder auf Grund der gesellschaftlicher Treuepflicht haben, insbesondere wenn schwerwiegende Entscheidungen zu fällen sind und dem Gesellschafter die erforderliche Sachkunde fehlt. Beschlüsse einer Gesellschafterversammlung sind anfechtbar, wenn einem Gesellschafter durch die Wahl des Termins die Teilnahme eines Beraters unzumutbar abgeschnitten wird (z. B. bei angezeigter, urlaubsbedingter Verhinderung des Beraters). Soll ein Geschäftsführer aus wichtigem Grund wegen einer Pflichtverletzung abberufen werden, ist ein Gesellschafter, der die Pflichtverlet-

zung gemeinsam mit dem Geschäftsführer begangen hat, von der Abstimmung ausgeschlossen.

### Kündigung der Gesellschaft durch Gläubiger eines Gesellschafters

Bundesgerichtshof, Hinweisbeschluss vom 25. Mai 2009 – II ZR 60/08

Der Gläubiger eines Gesellschafters einer OHG oder KG kann die Gesellschaft kündigen (Folge: Ausschluss des Gesellschafters aus der Gesellschaft), wenn er einen ernsthaften Vollstreckungsversuch in das sonstige Vermögen des Gesellschafters unternommen hat. Den Ausgang weiterer Vollstreckungsversuche, insbesondere in das unbewegliche Vermögen, braucht er nicht abzuwarten.

### Zahlung von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung nach Insolvenzreife

Bundesgerichtshof, Urteil vom 8. Juni 2009 – II ZR 147/08

Die Zahlung von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung durch den Geschäftsführer ist nach der Insolvenzreife der Gesellschaft mit der Sorgfalt eines

# Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung und seine Bedeutung für GmbH-Geschäftsführer

Rechtsanwalt Falko Fährdrich

Im Zuge der Finanzmarktkrise sind die Managergehälter wieder einmal verstärkt in die Kritik geraten. Der Gesetzgeber hat hierauf mit dem Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 18. Juni 2009 reagiert. Das Gesetz soll insbesondere Anreize für eine nachhaltige Unternehmensentwicklung setzen und es erleichtern, Managergehälter bei einer Verschlechterung der Situation des Unternehmens herabzusetzen.

Schon bisher schrieb das Aktiengesetz vor, dass die Gesamtbezüge des Vorstandsmitglieds einer AG in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft stehen mussten. Das VorstAG hat dies dahingehend ergänzt, dass die Bezüge die „übliche Vergütung“ nicht ohne besondere Gründe übersteigen dürfen. Dies schränkt den Entscheidungsspielraum des Aufsichtsrats ein, auch wenn der Gesetzgeber keine konkreten Obergrenzen festgelegt hat. Bei börsennotierten Aktiengesellschaften muss die Vergütungsstruktur auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung ausgerichtet sein. So sollen Boni eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben. Aktienoptionen darf das Vorstandsmitglied frühestens vier Jahre nach Einräumung der Option ausüben. Ferner wird der Aufsichtsrat durch das VorstAG angehalten, die Bezüge, Ruhegehälter usw. auf eine angemessene Höhe herabzusetzen, wenn sich die Lage der Gesellschaft verschlechtert. Diese Herabsetzungsmöglichkeit gilt auch für schon vor Verabschiedung des VorstAG bestellte Vorstandsmitglieder, während die Begrenzung auf die übliche Vergütung

nur Neuverträge betrifft. Falls der Aufsichtsrat eine unangemessene Vergütung festsetzt, ist er der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig.

Inwieweit diese Regelungen auch für GmbH-Geschäftsführer gelten, ist im VorstAG nicht klar geregelt und in der juristischen Literatur umstritten. Aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt sich jedoch, dass sie selbst bei einer GmbH mit Aufsichtsrat keine Anwendung finden sollen. Es bleibt für die GmbH also grundsätzlich bei der bisherigen Rechtslage. Danach liegt die Entscheidung über die Geschäftsführervergütung weitgehend im Ermessen der Gesellschafter. Lediglich bei einer paritätisch mitbestimmten GmbH, also einer GmbH, die wegen einer Arbeitnehmerzahl von mehr als 2 000 einen zur Hälfte mit Arbeitnehmervertretern besetzten Aufsichtsrat hat, ist umstritten, ob der Aufsichtsrat über die Höhe der Vergütung entscheidet und diese angemessen sein muss. Jedenfalls bei einer mitbestimmungsfreien oder nur drittelmitbestimmten GmbH (501 bis 2 000 Arbeitnehmer) erfolgt eine Angemessenheitskontrolle nur in engen Grenzen. Überhöhte Vergütungen können mit Blick auf einen erforderlichen Schutz von Minderheitsgesellschaftern in Ausnahmefällen sittenwidrig sein oder gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstoßen. Ist ein Geschäftsführer zugleich Gesellschafter der GmbH, kann eine Vergütung, die einem Drittvergleich nicht standhält, als verdeckte Einlagenrückgewähr verboten und als verdeckte Gewinnausschüttung zu versteuern sein. Bei diesem Drittvergleich ist unter anderem die Größe und wirtschaftliche Situation des Unternehmens sowie die Qualifika-



Falko Fährdrich ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Unternehmensnachfolge und Energierecht tätig

tion und Aufgabe des Geschäftsführers zu berücksichtigen. Zur Beurteilung, was marktüblich ist und dem Drittvergleich damit standhält, können die Vergleichswerte von Geschäftsführervergütungen in einschlägigen Handbüchern zu Rate gezogen werden. Geschäftsführer können schließlich aufgrund ihrer organschaftlichen Treuepflicht bei einer wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft verpflichtet sein, einer Herabsetzung ihrer Bezüge zuzustimmen.

Wesentliche Änderungen dürften sich durch das VorstAG für die Vergütung eines GmbH-Geschäftsführers nicht ergeben. Für eine paritätisch mitbestimmte GmbH dürfte es aber nunmehr unzulässig sein, die Festsetzung der Vergütung auf einen Ausschuss des Aufsichtsrats zu delegieren, also die Arbeitnehmervertreter von der Entscheidung über die Höhe der Vergütung auszuschließen.

ordentlichen Geschäftsmanns nicht vereinbar. Der Geschäftsführer hat der Gesellschaft die entsprechenden Beträge zu erstatten.

## Keine Haftung des Scheingesellschafters für Stammeinlage

Oberlandesgericht Frankfurt a. M., Urteil vom 17. Juni 2009 – 13 U 104/08 (nicht rechtskräftig)

Wenn der Vertrag über die Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils diesen Geschäftsanteil nicht bestimmt genug bezeichnet, ist die Abtretung unwirksam. Der vermeintliche Erwerber ist Scheingesellschafter. Ein solcher Scheingesellschafter kann jedenfalls nach seinem Ausscheiden im Insolvenzfall nicht zur Zahlung der Stammeinlage durch den Insolvenzverwalter herangezogen werden.

## Untreuestrafbarkeit bei Handlungen zum Nachteil von Konzerngesellschaften

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 31. Juli 2009 – 2 StR 95/09

Der Vorstand einer herrschenden Gesellschaft kann sich bei existenzgefährden-

den Eingriffen zu Lasten einer konzernintegrierten GmbH (hier: Darlehensabforderungen zugunsten der Konzernmutter) wegen Untreue zum Nachteil der GmbH strafbar machen, selbst wenn er mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter der GmbH handelt.

## Sanieren oder Ausscheiden

Bundesgerichtshof, Urteil vom 19. Oktober 2009 – II ZR 240/08

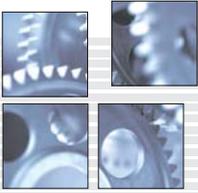
Beschließen die Gesellschafter einer zahlungsunfähigen und überschuldeten Publikumpersonengesellschaft mit der im Gesellschaftsvertrag für Änderungen des Vertrages vereinbarten Mehrheit die Gesellschaft in der Weise zu sanieren, dass das Kapital "herabgesetzt" und jedem Gesellschafter frei gestellt wird, eine neue Beitragspflicht einzugehen ("Kapitalerhöhung"), dass ein nicht sanierungswilliger Gesellschafter aber aus der Gesellschaft ausscheiden muss, so sind die nicht zahlungsbereiten Gesellschafter aus gesellschaftlicher Treuepflicht jedenfalls dann verpflichtet, diesem Gesellschafterbeschluss zuzustimmen, wenn sie infolge ihrer mit dem Ausscheiden verbundenen Pflicht, den auf sie ent-

fallenden Auseinandersetzungsfehlbetrag zu leisten, finanziell nicht schlechter stehen, als sie im Falle der sofortigen Liquidation stünden. Die Treuepflicht eines nachschussunwilligen Gesellschafters kann also sein Ausscheiden aus der Gesellschaft gebieten.

## Kartellrechtliche Unzulässigkeit von Wettbewerbsverboten

Oberlandesgericht Frankfurt a. M., Urteil vom 17. März 2009 – 11 U 61/08

Nach Auffassung des Oberlandesgerichts darf einem Gesellschafter (hier: einer KG) nur dann ein Wettbewerbsverbot auferlegt werden, wenn der die Geschäftsführung der Gesellschaft maßgeblich beeinflussen kann. Dies sei bei dem Kommanditisten einer GmbH & Co. KG, der in der KG und der GmbH über einen Stimmenanteil von jeweils nur 1/3 verfügt, regelmäßig nicht der Fall. Daher sei ein ihm auferlegtes Wettbewerbsverbot als Einschränkung des Wettbewerbs kartellrechtlich unzulässig. Ob der Bundesgerichtshof diese Einschätzung teilen würde, ist allerdings fraglich



## Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger für Verbindlichkeiten eines Dritten

Rechtsanwalt Dr. Jochen Rotstegge

Mit Urteil vom 24. November 2009 hat der Bundesgerichtshof bestätigt und die bestehende Rechtsprechung verfestigt, dass Bürgschaften von Personen, die nahe Angehörige eines Hauptschuldners sind und deren Bürgschaft der Absicherung von Verbindlichkeiten der ihnen nahe stehenden Personen dient, gegen die guten Sitten verstoßen und nichtig sind (§ 138 BGB), wenn der Bürge zum Zeitpunkt der Abgabe der Bürgschaftserklärung durch die zu erwartende finanzielle Belastung krass überfordert wird. Diese Rechtsprechung basiert auf der Annahme, dass derartige Bürgschaftsverträge erkennbarer Ausdruck einer strukturellen Unterlegenheit des Bürgen sind und für diesen eine nicht hinnehmbare, mit seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen unvereinbare Belastung begründen. Der Bürge ist in einer derartigen Konstellation durch die emotionale Verbundenheit zu seinem Angehörigen fremdbestimmt und geht die finanzielle Verantwortung in Form der Abgabe der Bürgschaftserklärung nicht aus freiem Willen und in Kenntnis der Tragweite der finanziellen Folgen ein.

Indikator für die Beurteilung einer finanziellen Überforderung eines solchen Bürgen ist, ob bei Gesamtwürdigung aller Umstände der Bürge im Zeitpunkt des Vertragsschlusses voraussichtlich in der Lage sein wird, die zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner vereinbarte Zinslast aus dem pfändbaren Teil seines Einkommens und/oder seinem sonstigen Vermögen bei Eintritt des Sicherungsfalls dauerhaft zu tragen. Das Leistungsvermögen des Bürgen ist dabei aufgrund einer Prognose zu beurteilen, die aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Gläubigers bei Vertragsschluss auf den Zeitpunkt auszurichten ist, zu dem die Bürgschaft tatsächlich fällig geworden ist, d. h., es ist maßgeblich, mit welchem Stand der Hauptforderungen bei Fälligkeit der Bürgschaft vernünftigerweise zu rechnen war, als der Bürge diese Verbindlichkeit übernahm.

Im vorliegenden, vom Bundesgerichtshof zu entscheidenden Fall hatte die Tochter eines Anteilseigners und Vorstandes einer Gesellschaft für alle gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus der Geschäftsbeziehung der Hauptschuldnerin mit dem Kreditinstitut neben einer weiteren Sicherung auf einem ihr gehörenden Grundstück eine Bürgschaft bis zu einem Höchstbetrag von DM 370.000,00 übernommen. Am Tage der Bürgschaftsübernahme valutierten die Verbindlichkeiten der Hauptschuldnerin gegenüber dem Kreditinstitut bereits in Höhe von DM 363.570,30 aus einem Darlehensvertrag (inkl. Zinsen in Höhe von 8,25 % p.a.) und in Höhe von DM 314.690,00 aus einem Kontokorrentkredit (inkl. Zinsen in Höhe von 10,00 % p.a.). Die Tochter selbst erzielte zu diesem Zeitpunkt ein Monatseinkommen von DM 2.200,00 und war Eigentümerin eines Grundstücks mit einem Verkehrswert von DM 385.000,00, welches jedoch in Höhe eines Betrages von DM 370.000,00 dinglich belastet war. Die seinerzeit nur aus dem Kontokorrentkredit zu bedienenden Zinsen beliefen sich auf einen Betrag von DM 2.443,83 pro Monat. Zudem wurde zwischen dem Kreditinstitut und der Gesellschaft über eine Erweiterung des Kreditvolumens verhandelt, weshalb auch nicht zugunsten der Bürgin von einer Verringerung des Haftungsrisikos ausgegangen werden konnte.

Da die Zinsbelastung alleine aus dem Kontokorrentverhältnis das gesamte, der Bürgin zur Verfügung stehende Monatseinkommen überstieg, lag die Annahme einer krassen finanziellen Überforderung auf der Hand. Wesentlich ist, dass der Bundesgerichtshof bestätigt hat, dass anderweitige Sicherheiten auch nur in dem Umfang zu berücksichtigen sind, wie sie dauerhaft und werthaltig zur Verfügung stehen und nicht bereits durch andere Belastungen in ihrem Wert reduziert sind. Eine einmalige Verwertung eines Sicherungsgegenstandes ermöglicht dabei regelmäßig nicht eine dauerhafte Zinstragung, wenn nicht ein



Dr. Jochen Rotstegge ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht und M&A tätig

hoher Erlös in der Verwertung erzielt wird, der eine wesentliche Befriedigung der Hauptverbindlichkeit ermöglicht. Dies wird künftig bei der Frage der Beurteilung der finanziellen Überforderung eines Bürgen zu berücksichtigen sein.

### Ihre kompetenten Partner im Gesellschaftsrecht

- **Dr. Gernot Blanke**  
Steuerrecht, Gesellschaftsrecht, Unternehmensfinanzierung
- **Dr. Volker Besch**  
Gesellschaftsrecht, M&A, Unternehmensnachfolge
- **Rainer Heidorn**  
Gesellschafts- und Steuerrecht, Projektfinanzierung
- **Lars Schlüter**  
Handels- und Gesellschaftsrecht, Recht der erneuerbaren Energien
- **Mirja Sabetta**  
Gesellschaftsrecht, Recht der erneuerbaren Energien
- **Dr. Jochen Rotstegge**  
Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, M&A
- **Falko Fähndrich**  
Gesellschaftsrecht, Unternehmensnachfolge, Energierecht

Verlag und Herausgeber: Blanke Meier Evers  
Rechtsanwälte in Partnerschaft  
Kurfürstenallee 23  
28211 Bremen  
Tel: +49 (0)421 - 94 94 6 - 0  
Fax: +49 (0)421 - 94 94 6 - 66  
Internet: www.bme-law.de  
E-Mail: info@bme-law.de

Redaktion: Rechtsanwalt Falko Fähndrich  
Druck: Schintz Druck, Bremen  
Layout und DTP: Stefanie Schürle