



## BuB-Monatsbrief

Nr. 04 • April 2019

### Inhaltsverzeichnis

#### Allgemeines Bankrecht

OLG FFM, 27.2.2019	Kontoführung – Basiskonto – Entgelt – Angemessenheit nach § 41 Abs. 2 ZKG	3
OLG Naumburg, 14.11.2018; OLG Bamberg, 23.1.2019	Entgelt für Barauszahlungen – Kreditkarte – kontrollfreie Preishauptabrede	5
EuGH, 14.2.2019	Grenzüberschreitende Kreditvergabe – nationale Zulassungspflicht – Dienstleistungsfreiheit	7

#### Gesellschaftsrecht

BGH, 8.1.2019	GmbH – Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens	10
---------------	--	----

#### Insolvenzrecht

BGH, 6.12.2018	AGB-Kontrolle von Nachrangdarlehen Insolvenzrecht	13
----------------	---	----

#### Impressum

6



# **BVForms®** **Bank-Vertragsvordrucke**

## **Mehr Sicherheit in Ihrer Bankpraxis**

Von A wie AGB bis Z wie Zessionsliste – die mehr als 360 Vertragsvordrucke des Bank-Verlags stehen seit vielen Jahren für Rechtskompetenz und Sicherheit! Alle Formulare unterliegen einem ständigen inhaltlichen Monitoring unter Berücksichtigung der aktuellen Gesetzgebung, Rechtsprechung, Literatur und vor allem der Bankpraxis.

### **» Bereitstellung**

Die BV-Vordrucke werden als offene pdf-Datei mit Formularfeldern zur Verfügung gestellt. Der Download der jeweils aktuellen Vordruck-Versionen erfolgt über die webbasierte BVForms® Content-Plattform.

Sie können wählen zwischen einer Voll-Lizenz mit Zugriff auf das Vordruck-Gesamtportfolio oder einer Teil-Lizenz mit Zugriff auf ausgewählte Vordrucke.

### **» Fragen rund um das Formularwesen?**

Sprechen Sie uns einfach an!

**Michael Stoll**

Key Account Manager, 0221/5490-124

**Susanne Breithaupt**

Produktmanagerin, 0221/5490-641

## Kontoführung – Basiskonto – Entgelt – Angemessenheit nach § 41 Abs. 2 ZKG

**Bietet ein kontoführendes Institut nur ein Basiskonto an, muss bei der Beurteilung der Angemessenheit nach § 41 Abs. 2 ZKG die Höhe des Entgelts das durchschnittliche Nutzungsverhalten aller Inhaber eines solchen Basiskontos angemessen widerspiegeln.**

**Bei der Bemessung des Entgelts für ein Basiskonto darf das kontoführende Institut Kosten, die sich aus aufwändigeren Legitimationsprüfungen, verstärktem Monitoring aufgrund höherer Risiken mit Blick auf Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, Meldungen von Kontoeröffnungsablehnungen sowie Ausfallkosten durch Ausbuchungen ergeben, nicht auf alle Inhaber von Basiskonten abwälzen.**

*(OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 27.2.2019, Az. 19 U 104/18, ZIP 2019, S. 560 ff.)*

In dem der Entscheidung des OLG Frankfurt am Main zugrunde liegenden Fall hatte der Dachverband der Verbraucherzentralen als nach § 4 UKlaG klagebefugter Verband eine Bestimmung im Preis- und Leistungsverzeichnis der beklagten Bank angegriffen, nach der für ein Basiskonto ein monatlicher Grundpreis von 8,99 € verlangt wurde. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz kam das OLG zu der Auffassung, dass es sich bei der im Streit stehenden Preisregelung insofern um eine kontrollfähige Preisabrede handle, als Klauseln, die von gesetzlichen Preisregelungen abweichen, nach ständiger Rechtsprechung des BGH kontrollfähig sind. Davon sei vorliegend im Hinblick auf die Preisregelung in § 41 Abs. 2 ZKG, die für die Führung eines Basiskontos einen „angemessenen“ Preis vorschreibe, auszugehen. Bei der Beurteilung der Angemessenheit sei zunächst auf die marktüblichen Entgelte abzustellen. Der Streit darüber, ob hier ein objektiver Maßstab oder aber ein von den Kosten des konkreten Instituts abhängiger subjektiver Maßstab anzustellen sei, könne insofern offen bleiben, als sich die Beklagte mit dem von ihr vorliegend verlangten Preis zwar im oberen Segment des Marktes aber nicht darüber hinaus bewege und insofern noch von einem marktüblichen Preis ausgegangen werden könne. Auch sei einer verbreiteten Meinung, wonach Kreditinstitute besonders günstige Entgeltkonditionen, die sie für andere Kunden anbieten, auch für Inhaber von Basis-

konten anbieten müssten (sog. „Meistbegünstigungsvorgabe für Basiskonten“) nicht zu folgen, da dies vom Gesetzgeber als unverhältnismäßiger Eingriff in die Gestaltungsmöglichkeiten der Banken angesehen worden sei. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte den Banken nicht die Möglichkeit genommen werden, durch besondere Entgeltgestaltungen aus geschäftspolitischen Gründen um bestimmte Kundengruppen besonders zu werben. Insofern dürfe also das Entgelt eines Basiskontos das Entgelt eines normalen Girokontos des kontoführenden Instituts durchaus übersteigen.

Mit zu berücksichtigen im Rahmen der Angemessenheitskontrolle sei jedoch das Kriterium des Nutzerverhaltens. Hier sei zu beachten, dass die typische Zielgruppe eines Basiskontos sich regelmäßig in einer wirtschaftlich derart angespannten Lage befinde, dass nur von sehr wenigen Zahlungsvorgängen und nur selten einem Dauerauftrag auszugehen sei, da entweder Mietzahlungen wie bei Asylbewerbern und Flüchtlingen aufgrund deren Unterbringung in entsprechenden Unterkünften gar nicht anfielen oder aber vom Sozialhilfeträger unmittelbar an den Vermieter überwiesen würden. Angesichts der hohen Affinität der Zielgruppe zu Mobilgeräten wie etwa Smartphones und Tablets könne ferner ohne weiteres zu Grunde gelegt werden, dass ein nicht unerheblicher Teil von Inhabern von Basiskonten ihre Bankgeschäfte aus-

»

schließlich oder jedenfalls ganz überwiegend online erledigten.

Sofern die Beklagte ins Feld führe, dass sie bei Basiskonten typischerweise einen erhöhten Mehraufwand infolge gesetzlicher Prüfungen oder Informationspflichten sowie der Ausbuchung von ausgefallenen Kundengeldern zu verzeichnen habe, sei dies insofern unbeachtlich, als die Beklagte nach ständiger Rechtsprechung des BGH Aufwand für Tätigkeiten, zu denen sie gesetzlich oder nebenvertraglich verpflichtet sei oder die sie überwiegend im eigenen Interesse erbringe, nicht auf den Kunden

abwälzen dürfe. Demgemäß dürften Kosten, die sich aus aufwändigeren Legitimationsprüfungen, verstärktem Monitoring aufgrund höherer Risiken mit Blick auf Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, Meldungen von Kontoeröffnungsablehnungen bei der BaFin sowie Ausfallkosten durch Ausbuchungen ergeben, bei der Preisgestaltung nicht in Betracht gezogen werden.

In dieser Gesamtschau sei das vorliegend streitbefangene Entgelt unangemessen i.S.d. § 41 Abs. 2 ZKG und die zugrundeliegende Klausel folglich gemäß § 307 BGB unwirksam.

Dr. Michael Brass, UniCredit Bank AG

# die bank



Zertifikatslehrgang

**Beauftragte/r für den Schutz  
von Kundenfinanzinstrumenten  
und -geldern**

(Single/Safeguarding Officer)

**25. - 26. Juni 2019 in Köln**

mit Zertifikat  
In diesem Lehrgang kann ein Zertifikat  
„Beauftragte/r für den Schutz von  
Kundenfinanzinstrumenten und  
-geldern“ erworben werden.

mit Zertifikat

Jetzt  
anmelden

Anmeldung und Information:

Stefan Lödorf, Telefon: 0221/5490-133 oder  
events@bank-verlag.de

Bank-Verlag GmbH | Wendelinstraße 1 | 50933 Köln

## Entgelt für Barauszahlungen – Kreditkarte – kontrollfreie Preishauptabrede

**AGB-Klausel zur Berechnung eines Entgelts für Barauszahlungen mittels einer Kreditkarte am Geldautomaten als kontrollfreie Preishauptabrede im Sinne des § 307 Abs. 3 BGB.**

*(OLG Naumburg, Urt. v. 14.11.2018, Az. 5 U 71/18, WM 2019, S. 634 ff; OLG Bamberg, Urt. v. 23.1.2019, Az. 3 U 37/18, WM 2019, S. 633 ff.)*

In den beiden Entscheidungen des OLG Naumburg bzw. des OLG Bamberg zugrunde liegenden Fällen hatte ein klagebefugter Verbraucherschutzverband jeweils eine Klausel in den AGB einer Bank angegriffen, in der bei Barauszahlungen an eigene Kunden am Geldautomaten mittels einer Kreditkarte ein bestimmtes Entgelt (2 % bzw. 3 % vom Umsatz, mindestens aber 6,00 €) erhoben wurde.

In Übereinstimmung mit den jeweiligen Vorinstanzen kamen beide Oberlandesgerichte zu der Auffassung, dass die beanstandete Klausel nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 BGB unterliege. Die Barauszahlung an einem Geldautomaten mittels Kreditkarte sei eine Zahlungsdienstleistung im Sinne des § 675 f Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 BGB, das Entgelt hierfür die entsprechende Gegenleistung. Hierfür regle § 675 f Abs. 4 Satz 1 BGB lediglich, dass der Zahlungsdienstnutzer das vereinbarte Entgelt zu zahlen habe. Nur für die Erfüllung von Nebenpflichten treffe § 675 f Abs. 4 Satz 2 BGB die Regelung, dass das Entgelt „angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sein“ müsse. Damit fehle es jedoch an einer Rechtsvorschrift, die das Entgelt für die Nutzung des Geldautomaten regelt, weshalb die streitbefangene Preisklausel nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle entzogen sei.

Darüber hinaus sei auch nicht von einer Nichtigkeit der Klausel gemäß § 138 BGB auszugehen. Zwar hindere die Kontrollschranke des § 307 Abs. 3 BGB die Prüfung der Unwirksamkeit einer AGB-Klausel am Maßstab der Vorschrift des

§ 138 BGB nicht. Allerdings lagen nach Auffassung beider Oberlandesgerichte die materiellrechtlichen Voraussetzungen für eine Sittenwidrigkeit in Bezug auf die jeweils streitbefangenen Klauseln nicht vor. Während das OLG Bamberg die Frage nach einem „auffälligen Missverhältnis“ zwischen Leistung und Gegenleistung unter Berücksichtigung des eingepreisten Aufwands bei einer Barabhebung am Geldautomaten durch eine Kreditkarte (inklusive des ggf. bei jeder Abhebung anfallenden Nutzungsentgelts gegenüber den Kreditkartenunternehmen) offen ließ, da jedenfalls keine weiteren sittenwidrigen Umstände wie etwa eine verwerfliche Gesinnung der Beklagten zu erkennen seien, verneinte das OLG Naumburg bereits ein derartiges Missverhältnis. Ein solches sei nämlich nur dann gegeben, wenn sich feststellen ließe, dass das Entgelt nicht durch zusätzliche Kosten bei der Beklagten oder durch andere Gründe als die der bloßen Kapitalüberlassung gerechtfertigt wären, wovon vorliegend nicht auszugehen sei. So entstehe der Bank bei einer Bargeldabhebung am Geldautomaten mittels Kreditkarte wie bei jedem anderen Zahlungsvorgang ein gewisser Verwaltungsaufwand, der mit dem Entgelt abgedeckt werden solle. Ob dieses Entgelt den objektiven Wert der Leistung abbilde, müsse nicht weiter aufgeklärt werden. Selbst eine unterstellte nennenswerte Überschreitung müsse im vorliegenden Fall hingenommen werden, da die Beklagte ein legitimes Interesse daran habe, über ihre Entgeltstruktur der Gefahr vorzubeugen, dass ihre Kunden im größeren Umfang von der eigentlichen Dienstleistung, mittels der Kreditkarte den bargeldlosen Erwerb von Waren und Dienstleistungen bei den Vertragsfirmen

»

zu ermöglichen, auf die Inanspruchnahme von Barkrediten ausweichen. Das schützenswerte Interesse der Beklagten hieran folge aus dem Umstand, dass sie an den von ihren Vertragsfirmen mittels der Kreditkarten erzielten Umsätze prozentual beteiligt sei und ihr diese Einnahmen entgingen, wenn der Kunde nicht direkt mit der Kreditkarte einkaufe, sondern sie zu Barabhebungen benutze. Das von der Beklagten geforderte Entgelt halte sich zudem im Rahmen der branchenüblichen Entgelte bei der Abhebung am Geldautomaten mittels Kreditkarte.

**Dr. Michael Brass, UniCredit Bank AG**

### Impressum

#### Verlag und Redaktion:

Bank-Verlag GmbH  
Postfach 450209, 50877 Köln  
Wendelinstraße 1, 50933 Köln  
Tel. 0221/54 90-0  
Fax 0221/54 90-315  
E-Mail: [medien@bank-verlag.de](mailto:medien@bank-verlag.de)

#### Bereichsleitung Medien:

Bernd Tretow  
  
**Mediaberatung:**  
Katrin Frese  
Tel. 0221/54 90-327  
E-Mail: [katrin.frese@bank-verlag.de](mailto:katrin.frese@bank-verlag.de)

#### Redaktion:

Caroline Serong  
Tel. 0221/54 90-118  
E-Mail: [caroline.serong@bank-verlag.de](mailto:caroline.serong@bank-verlag.de)

#### Layout & Satz:

Cathrin Schmitz  
Tel. 0221/54 90-132  
E-Mail: [cathrin.schmitz@bank-verlag.de](mailto:cathrin.schmitz@bank-verlag.de)

#### Geschäftsführer:

Wilhelm Niehoff (Sprecher), Michael Eichler, Matthias Strobel

Erscheinungsweise: 12 x jährlich  
Kein Teil dieser Publikation darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlags vervielfältigt werden. Unter dieses Verbot fallen insbesondere die gewerbliche Vervielfältigung per Kopie, die Aufnahme in elektronische Datenbanken und die Vervielfältigung auf Datenträgern.

Die Beiträge sind mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt, die Redaktion übernimmt jedoch kein Gewähr für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der abgedruckten Inhalte. Mit Namen gekennzeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Meinung des Herausgebers wieder. Empfehlungen sind keine Aufforderungen zum

Kauf oder Verkauf von Wertpapieren sowie anderer Finanz- oder Versicherungsprodukte. Eine Haftung für Vermögensschäden ist ausgeschlossen. Für die Inhalte der Werbeanzeigen ist das jeweilige Unternehmen oder die Gesellschaft verantwortlich.

## Grenzüberschreitende Kreditvergabe – nationale Zulassungspflicht – Dienstleistungsfreiheit

**Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, nach der namentlich Kreditverträge und die auf ihnen beruhenden Rechtshandlungen, die in diesem Mitgliedstaat zwischen Schuldner und in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Kreditgebern, die nicht über eine von den zuständigen Behörden des ersten Mitgliedstaats erteilte Zulassung für die Ausübung ihrer Tätigkeit in diesem Mitgliedstaat verfügen, ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses nichtig sind, selbst wenn sie vor dem Inkrafttreten dieser Regelung geschlossen wurden.**

[...]

*(EuGH, Urt. v. 14.2.2019, Rs. C-630/17)*

Dem Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Verbraucherin mit dem Wohnsitz in Kroatien klagte vor einem kroatischen Gericht gegen eine österreichische Bank und begehrte sowohl die Feststellung der Nichtigkeit des zwischen diesen beiden Parteien abgeschlossenen grenzüberschreitenden Kreditvertrags, des damit verbundenen Vertrages zur Bestellung einer Sicherungshypothek als auch die Löschung dieser Sicherungshypothek. Die Klägerin stützte ihre Klage – in dem für die Zwecke dieser Besprechung allein interessierenden Zusammenhang – auf eine Rechtsbestimmung des kroatischen Schuldrechts, wonach jeder Vertrag nichtig ist, der gegen die Verfassung der Republik Kroatien, zwingende Rechtsnormen oder die guten Sitten verstößt. Aus Sicht der Klägerin soll die Nichtigkeit der o.g. Verträge darauf beruhen, dass die österreichische Bank (unstreitig) ein in Kroatien nicht zugelassener Kreditgeber im Sinne des „Gesetzes über die Nichtigkeit von Kreditverträgen mit Auslandsbezug“ sein soll. Dieses Gesetz ist am 14. Juli 2017 in Kraft getreten und entfaltet ausweislich seines Wortlauts eine rückwirkende Anwendung auch auf bereits laufende Vertragsbeziehungen, weshalb dem zur Streitentscheidung berufenen kroatischen Gericht die klägerseits geltend gemachte Nichtigkeit der Verträge als möglich erschien.

Das kroatische Gericht bezweifelte allerdings die Wirksamkeit des kroatischen „Gesetzes über die Nichtigkeit von Kreditverträgen mit Auslandsbe-

zug“ im Hinblick auf das vorrangig anwendbare Gemeinschaftsrecht, insbesondere dessen Grundfreiheiten. Aus diesem Grund legte das kroatische Gericht im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens dem EuGH u.a. folgende Frage zur Beantwortung vor:

„Sind die Art. 56 und 63 AEUV dahin auszulegen, dass sie den Bestimmungen des Gesetzes über die Nichtigkeit von in Kroatien mit einem nicht zugelassenen Kreditgeber geschlossenen Kreditverträgen mit Auslandsbezug, insbesondere Art. 10 dieses Gesetzes, entgegenstehen, wonach Kreditverträge und die sonstigen sich aus dem Kreditvertrag ergebenden oder auf ihm beruhenden Rechtshandlungen zwischen einem Schuldner (im Sinne von Art. 1 und Art. 2 erster Gedankenstrich dieses Gesetzes) und einem nicht zugelassenen Kreditgeber (im Sinne von Art. 2 zweiter Gedankenstrich dieses Gesetzes) ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses nichtig sind, auch wenn sie vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingegangen wurden, was zur Folge hat, dass jede Vertragspartei verpflichtet ist, der anderen Partei alles herauszugeben, was sie aufgrund des nichtigen Vertrags erlangt hat, und, wenn dies nicht möglich oder die Herausgabe aufgrund der Natur des Erfüllungsgegenstands ausgeschlossen ist, eine angemessene finanzielle Entschädigung zu leisten, die anhand der zum Zeitpunkt des Ergehens der gerichtlichen Entscheidung geltenden Preise zu bemessen ist?“

»

In einem ersten Schritt musste der EuGH herausarbeiten, welche der beiden hier in Betracht kommenden Grundfreiheiten, nämlich die Dienstleistungsfreiheit oder die Kapitalverkehrsfreiheit, für die hier in Rede stehende Beeinträchtigung der grenzüberschreitendem Kreditvergabe der richtige Prüfungsmaßstab ist. Unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung wiederholt der EuGH seine Prämisse, wonach es bei der Qualifizierung einer innerstaatliche Maßnahme, die sowohl den freien Dienstleistungsverkehr als auch den freien Kapitalverkehr betrifft, darauf ankommen soll, inwieweit die zu überprüfende Maßnahme die Ausübung dieser Grundfreiheiten berühre und ob unter den im Ausgangsverfahren gegebenen Umständen eine von ihnen hinter die andere zurücktrete. Eine gerichtliche Überprüfung der in Rede stehende Maßnahme soll grundsätzlich nur im Hinblick auf eine dieser beiden Freiheiten erfolgen, sofern nach den Umständen des Einzelfalls eine der beiden Freiheiten der anderen gegenüber völlig zweitrangig sei und ihr zugeordnet werden könne. Da im Ausgangsverfahren nach dem „Gesetz über die Nichtigkeit von Kreditverträgen mit Auslandsbezug“ die Nichtigkeit eines jeden Vertrags vorgesehen sei, der von einem nicht zugelassenen Kreditgeber mit Sitz außerhalb Kroatiens in diesem Mitgliedstaat geschlossen werde, beeinträchtige diese rechtliche Regelung den Zugang von ausländischen Wirtschaftsteilnehmern, zur Erbringung von Finanzdienstleistungen auf dem kroatischen Markt. Der EuGH schlussfolgert daraus, dass die Beeinträchtigung vorwiegend den freien Dienstleistungsverkehr berühre. Da die den freien Kapitalverkehr beschränkenden Wirkungen des kroatischen Gesetzes nach Ansicht des EuGH nur eine zwangsläufige Folge der für die Erbringung von Dienstleistungen auferlegten Beschränkungen seien, müsse die Vereinbarkeit dieser Regelung mit den Art. 63 ff. AEUV nicht geprüft werden.

In einem zweiten Schritt stellt der EuGH fest, dass die streitgegenständliche Regelung des kroatischen Gesetzes sowohl diskriminierenden Charakter habe als auch zu einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit führe.

In einem letzten Prüfungsschritt setzt sich der EuGH mit der Frage auseinander, ob die Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit durch eine der im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Ausnahmen gerechtfertigt werden kann. Es sei zu prüfen, so der EuGH, ob die dem Erlass dieses kroatischen Gesetzes zugrunde liegenden Ziele eine Ausnahme gemäß Art. 52 AEUV rechtfertigen können, und, ob dieses Gesetz zwingenden Gründen des Allgemeinwohls entspricht, soweit es in einem solchen Fall geeignet sei, die Erreichung der verfolgten Ziele zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieser Ziele erforderlich sei.

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs geht hervor, dass dann, wenn die im Ausgangsverfahren in Rede stehende einschränkende Bestimmung unmittelbar diskriminierend ist, diese nur aus den Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt werden könne. Ein derartiger Rechtfertigungsgrund setze voraus, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Aus der Stellungnahme der kroatischen Regierung ging hervor, dass das „Gesetz über die Nichtigkeit von Kreditverträgen mit Auslandsbezug“ erlassen worden sei, um zahlreiche kroatische Staatsbürger zu schützen, die Kreditverträge mit Kreditgebern geschlossen hätten, die ihre Tätigkeit ausgeübt hätten, ohne dafür von der kroatischen Nationalbank ordnungsgemäß zugelassen worden zu sein. Mit dieser Regelung sollten somit die öffentliche Ordnung, der Ruf des Finanzsektors und sein Funktionieren, die schwächere Partei eines Vertrags sowie vor allem die Rechte der Verbraucher geschützt werden. Hierzu stellt der EuGH fest, dass die kroatische Regierung allein mit ihrem bloßen Verweis auf den Begriff der öffentlichen Ordnung noch nichts Überzeugendes vorgetragen habe, was unter diesen Begriff fallen könnte. Aus Sicht des EuGH soll nicht erkennbar sein, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliege, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre. Erwägungen rein wirtschaftlicher Art könnten, so der EuGH, eine Ausnahme gemäß Art. 52 AEUV nicht rechtfertigen.

»



Der EuGH konnte in der Folge auch nicht davon überzeugt werden, dass die Beeinträchtigungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt seien.

Der EuGH wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass den Rechtfertigungsgründen, auf die sich ein Mitgliedstaat berufen möchte, angemessene Beweise oder eine Analyse der Geeignetheit und der Verhältnismäßigkeit der von ihm erlassenen restriktiven Maßnahme sowie genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens beigefügt werden müssten. Somit müsse ein Mitgliedstaat, der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs durch eine restriktive nationale Maßnahme rechtfertigen lässt, dem Gericht, das über diese Frage zu entscheiden hat, alle Umstände vorlegen, anhand deren sich dieses Gericht vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich die Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfüllt.

Da es aber an derartigen Nachweisen im vorliegenden Fall fehle, sei festzustellen, dass das „Gesetz über die Nichtigkeit von Kreditverträgen mit Auslandsbezug“ offensichtlich über das hinausgehe, was zur Erreichung der mit ihm verfolgten Ziele erforderlich sei, da es mittels einer rückwirkenden, allgemeinen und automatischen Regelung die Nichtigkeit aller Kreditverträge mit Auslandsbezug mit nicht zugelassenen Kreditgebern – mit Ausnahme von vollständig erfüllten Verträgen – vorsehe.

**Dr. Christian Wulfers, UniCredit Bank AG**

**» Ihr Ticket zum**  
größten deutschen Bankrechtskommentar  
„Bankrecht und Bankpraxis“ – online und  
mit direktem Zugriff

**BuB** Alles, was Bankrecht ist.

**» Führendes Standardwerk im Bankwesen**  
**» Überall verfügbar: online und print**  
**» Zielgruppe: Bankjuristen, Rechtsanwälte, Notare, Gerichte**

[www.bankrecht-und-bankpraxis.de](http://www.bankrecht-und-bankpraxis.de)

**Online-Probeabo**  
[medien@bank-verlag.de](mailto:medien@bank-verlag.de)

Gleich vierwöchiges kostenfreies Online-Probeabo anfordern unter [medien@bank-verlag.de](mailto:medien@bank-verlag.de)

## GmbH – Übertragung des ganzen Gesellschafts- vermögens

1. § 179a AktG ist auf die GmbH nicht analog anwendbar.
2. Die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH ist ein besonders bedeutsames Geschäft, zu dessen Vornahme der Geschäftsführer einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafterversammlung herbeiführen muss, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt nicht enthält.
3. Missachtet der Geschäftsführer bei der Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH einen im Gesellschaftsvertrag geregelten oder aus der besonderen Bedeutsamkeit des Geschäfts abgeleiteten Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung, kann der Vertragspartner der GmbH aus dem formal durch die Vertretungsmacht des Geschäftsführers gedeckten Geschäft keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten, wenn er den Missbrauch der Vertretungsmacht kennt oder er sich ihm geradezu aufdrängen muss, selbst wenn das Geschäft der Gesellschaft nicht zum Nachteil gereicht.

(BGH, Urt. v. 8.1.2019, Az. II ZR 364/18, WM 2019, S. 636 ff.)

In dem dem Urteil zugrundeliegenden Fall war die Klägerin, eine GmbH, an der G1 und G2 mit jeweils einem Geschäftsanteil im Nennbetrag von 12.500 € beteiligt waren, Eigentümerin eines Betriebsgrundstücks. G1 und G2 beschlossen am 18.12.2013 die Auflösung der GmbH zum 31.12.2013 und wurden beide jeweils alleinvertretungsberechtigte Liquidatoren. Sie beabsichtigten, im Rahmen der Liquidation die Veräußerung des Grundstücks. G1 zeigte sich am Erwerb des Grundstücks interessiert und erklärte sich bereit, die Immobilie für 230 T€ zu erwerben. G2 ließ hingegen über einen Makler und einen Rechtsanwalt Kaufvertragsverhandlungen mit dem Beklagten führen. Nachdem der Beklagte 235 T€ geboten hatte, erklärte G1 mit Schreiben vom 20.8.2014, dass er unter gewissen Voraussetzungen auch bereit sei, diesen höheren Kaufpreis zu akzeptieren. Zudem bat G1 seinen Mitgesellschafter G2 um eine kurzfristige Bestätigung, dass das Grundstück nicht an einen Dritten veräußert werde. Am 16.9.2014 schlossen die Klägerin, vertreten durch den Liquidator G2, und der Beklagte einen Kaufvertrag über das Betriebsgrundstück und vereinbarten einen Kaufpreis i.H.v. 235 T€. Am 15.10.2014 wurde zugunsten des Beklagten eine

Auflassungsvormerkung eingetragen. Die Klägerin behauptet, dass G1 bereits mit Schreiben vom 18.7.2014 dem Beklagten gegenüber mitgeteilt habe, dass er dem Verkauf des Grundstücks nicht zustimme und es an einem entsprechenden Gesellschafterbeschluss fehle. Jedenfalls habe der Beklagte nach Ansicht der Klägerin grob fahrlässig die Augen davor verschlossen, dass G2 seine Vertretungsmacht missbraucht habe.

In erster Instanz hatte das LG Frankfurt (Oder) mit Urteil vom 9.12.2015 (14 O 63/15) der Klage auf Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung stattgegeben, da der Kaufvertrag in Ermangelung einer nach § 179a AktG erforderlichen Zustimmung unwirksam sei. Das OLG Brandenburg als Berufungsgericht (5 U 18/16) hatte dieses Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Revision der Klägerin hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung.

Zunächst verneint der BGH entgegen der überwiegenden Auffassung im Schrifttum die entsprechende Anwendbarkeit des § 179a AktG,

»

wonach ein Verpflichtungsgeschäft einer Aktiengesellschaft über die Übertragung deren ganzen Gesellschaftsvermögens ohne Hauptversammlungsbeschluss nach § 177 BGB zunächst schwebend und bei Verweigerung der Zustimmung durch die Hauptversammlung endgültig unwirksam sei, auf die GmbH. Daher könne es auch dahinstehen, ob es sich bei dem verkauften Betriebsgrundstück in diesem Fall um das ganze Gesellschaftsvermögen der Klägerin gehandelt habe. In seiner Begründung zur Verneinung eines Analogieschlusses verweist der BGH darauf, dass die Einflussmöglichkeiten von GmbH-Gesellschaftern auf die Geschäftsführung aufgrund der ihnen zustehenden Mitwirkungs-, Kontroll- und Informationsrechte wesentlich stärker ausgeprägt seien, als diejenigen von Aktionären. Im Hinblick auf die hieraus folgende geringere Schutzbedürftigkeit der GmbH-Gesellschafter vor Alleingängen der Geschäftsführer sei die systemfremde Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers mit Außenwirkung (vgl. § 37 Abs. 2 GmbHG bzw. für den Liquidator § 70 Abs. 4 GmbHG) und die damit einhergehende Beeinträchtigung des redlichen Rechtsverkehrs, der durch die Unwirksamkeit beeinträchtigt würde, nicht gerechtfertigt. Diesbezüglich betont der BGH, dass § 179a AktG, der eine zur Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit organschaftlicher Vertretungsmacht im Handelsrecht (vgl. auch § 126 Abs. 2 HGB, § 82 Abs. 1 AktG, § 27 Abs. 2 GenG und § 50 Abs. 1 HGB) systemwidrige Ausnahme darstelle, nur schwer verallgemeinerungsfähig und jedenfalls nicht auf die GmbH anwendbar sei.

Nach Ansicht des BGH wird der Zweck des § 179a AktG, der Schutz der Aktionäre vor einer ohne ihre Beteiligung vorgenommenen Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens, dadurch, dass diese Vorschrift einen mit Außenwirkung verbundenen Beschlussvorbehalt vorsieht und dem Vorstand Informationspflichten zu Gunsten der Aktionäre auferlegt, bei der GmbH in Teilbereichen auf andere Weise gewährt. Denn die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens sei ein besonders bedeutsames Geschäft, zu dessen Vornahme der GmbH-Geschäftsführer einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafterversammlung herbeiführen muss, selbst wenn

der Gesellschaftsvertrag einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt nicht enthält (vgl. auch § 49 Abs. 2 GmbHG). Dieses Beschlusserfordernis sichert nicht nur das Kontrollrecht der Gesellschafterversammlung in ihrer Gesamtheit, sondern schützt zudem den Minderheitsgesellschafter vor einer unangemessenen Vertragsgestaltung oder einer Selbstbedienung des Mehrheitsgesellschafter, auch durch die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung des gefassten Beschlusses auf Antrag des Minderheitsgesellschafter.

Missachtet der GmbH-Geschäftsführer bei der Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einen im Gesellschaftsvertrag geregelten oder aus der besonderen Bedeutsamkeit des Geschäfts abgeleiteten Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung, kann der Vertragspartner der GmbH aus dem Geschäft unter Umständen wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten. Das Vertrauen des Geschäftspartners, hier des Beklagten, auf den Bestand des Geschäfts (nach § 37 Abs. 2 S. 1 GmbHG) ist dann nicht schutzwürdig, wenn er weiß oder es sich ihm geradezu aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht missbraucht.

In einem solchen Fall ist die vom Geschäftsführer abgegebene Willenserklärung unwirksam. Im Anschluss an den Beschluss des BGH vom 11.4.2006 (II ZR 337/05, ZIP 2006, 1391) setzt die Versagung des Verkehrsschutzes unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht kein Handeln zum Nachteil der Gesellschaft voraus. Auch ohne kollusives Handeln wird man eine solche Überschreitung der Vertretungsmacht nach Meinung des BGH häufig annehmen können, wenn das gesamte Unternehmen als solches übertragen werden soll, da einem verständigen Vertragspartner klar sein muss, dass ein GmbH-Geschäftsführer die GmbH nicht ohne Zustimmung der Gesellschafter unternehmenslos stellen kann.

Gleiches gilt auch, wenn – wie hier – mit einer Immobilie nur ein einzelner Vermögensgegenstand übertragen werden soll. Der Vertragspartner kann sich dann nicht damit verteidigen, dass er von dem fehlendem Zustimmungsbeschluss

»

nichts gewusst habe. Denn auch bei der Veräußerung eines Einzelgegenstands kann sich der Missbrauch aufdrängen, wenn der Vertragspartner erfährt, dass ein maßgebender Gesellschafter mit dem Geschäft nicht einverstanden ist.

Die vorgenannten Grundsätze gelten ebenso im Falle der Liquidation der Gesellschaft, denn auch in der aufgelösten Gesellschaft bleibt die hierarchische Organisation der GmbH im Wesentlichen bestehen. Die Gesellschafter können für den Liquidator bindende Beschlüsse über die Liquidation, insbesondere über die Art der Umsetzung des Gesellschaftsvermögens in Geld fassen. Vor Durchführung einzelner Verwertungsmaßnahmen kann der Liquidator, ähnlich wie der Geschäftsführer einer verbenden GmbH, bei Vornahme besonders bedeutsamer Geschäfte verpflichtet sein, eine Entscheidung der Gesellschafterversammlung herbeizuführen. Wegen des Widerspruch von G1 gegen die Veräußerung des Grundstücks an den Beklagten und des von G1 angemeldeten Eigeninteresses am Erwerb der Immobilie wäre daher G2 verpflichtet gewesen, vor Vertragsschluss mit dem Beklagten einen zustimmenden Gesellschafterbeschluss herbeizuführen. Da nach Ansicht des BGH die Annahme des Berufungsgerichts, dass ein Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Liquidator G2 nicht bewiesen sei, rechtsfehlerhaft war, hat er den Fall schließlich an das OLG zurück verwiesen.

Offen bleiben nach diesem Urteil des BGH die Fragen, ob (i) eine analoge Anwendung des § 179a AktG auf eine Publikums-KG, wie sie noch vom OLG Düsseldorf mit Urteil v. 23.11.2017 (siehe dazu Monatsbrief v. März 2018) bejaht wurde, weiterhin in Frage käme, und (ii) für den Zustimmungsbeschluss in der Gesellschafterversammlung der GmbH eine einfache Mehrheit nach § 47 Abs. 1 GmbHG genügt oder eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist. Die Einholung eines solchen Gesellschafterbeschlusses bei bedeutsamen Geschäften ist jedoch weiterhin, wenn auch nicht mehr in der Form des § 179a AktG, zu empfehlen.

**Thomas Diehl, UniCredit Bank AG**

## AGB-Kontrolle von Nachrangdarlehen

1. Die Unentgeltlichkeit einer Leistung ist nach den rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen in dem Zeitpunkt zu beurteilen, in dem die jeweilige Leistung vorgenommen wurde.
  - a) Eine erst nach der angefochtenen Rechtshandlung ausgesprochene materiell-rechtliche Anfechtung eines Vertrags führt nicht zur Inkongruenz der Leistung.
  - b) Eine im Zeitpunkt der Rechtshandlung bestehende materiell-rechtliche Anfechtbarkeit eines Vertrags begründet die Inkongruenz der Leistung nur dann, wenn dem Schuldner ein materiell-rechtliches Anfechtungsrecht zustand; es genügt nicht, wenn nur der Insolvenzgläubiger anfechten kann.
2. Eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Nachrangdarlehens geregelte vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre (qualifizierter Rangrücktritt), nach welcher Rückzahlungs- und Zinsansprüche des Darlehensgebers insbesondere bei einem Vermögensverfall des Darlehensnehmers bereits außerhalb eines Insolvenzverfahrens eingeschränkt sind, ist als Abrede über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung der Inhaltskontrolle entzogen.
3. In allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Verbrauchern ist eine qualifizierte Nachrangvereinbarung nur dann hinreichend transparent, wenn aus ihr die Rangtiefe, die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre, deren Dauer und die Erstreckung auf die Zinsen klar und unmissverständlich hervorgehen. Knüpft eine solche Klausel an das Entstehen von Insolvenzeröffnungsgründen, muss sie die erfassten Insolvenzeröffnungsgründe klar und unmissverständlich bezeichnen.

(BGH, Urt. v. 6.12.2018, Az. IX ZR 143/17, WM 2019, S. 592 ff.)

Die seit Ende 2012 überschuldete F. KGaA (Schuldnerin) gab zu ihrer Finanzierung Order-schuldverschreibungen und Genussrechte aus. Ab Sommer 2013 warb sie von Privatanlegern Nachrangdarlehen ein, mit deren Valuten sie Verbindlichkeiten gegenüber Altgläubigern bediente (Schneeballsystem). Die Beklagte gewährte der Schuldnerin am 20.8.2013 auf der Grundlage der von der Schuldnerin vorformulierten Bedingungen ein Darlehen über TEUR 30 zu 5% Zinsen. Die Darlehensbedingungen sahen vor, dass der Darlehensgeber mit seinen Forderungen gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern gegen die Darlehensnehmerin im Rang zurücktritt. Nach erfolgter Kündigung zahlte die Schuldnerin am 13.10.2013 den Darlehensbetrag nebst Zinsen zurück. Aufgrund Insolvenzantrags vom 12.11.2013 wurde am 1.4.2014 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Kläger zum Verwalter bestellt. Dieser forderte unter dem Aspekt der Insolvenzanfechtung die

Rückgewähr des Darlehensbetrags nebst Zinsen zur Insolvenzmasse. Die Beklagte lehnte dies ab und erklärte am 2.6.2015 die Anfechtung des Darlehensvertrags mit Nachrangabrede wegen arglistiger Täuschung, weil die Schuldnerin die bestehende Überschuldung verschwiegen habe. Nachdem das Berufungsgericht die Beklagte antragsgemäß verurteilt hatte, hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Klage ab.

Der Senat verneint eine **Anfechtbarkeit nach § 134 Abs. 1 InsO**. Die erst später erklärte Anfechtung der auf Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärung der Beklagten wegen arglistiger Täuschung sei nicht geeignet, rückwirkend die Voraussetzungen für eine unentgeltliche Leistung herbeizuführen. Ob Unentgeltlichkeit vorliege, beurteile sich (ungeachtet der extunc-Wirkung des § 142 Abs. 1 BGB) nach den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen zum Zeitpunkt der Vornahme der insolvenzrechtlich

»

angefochtenen Rechtshandlung. Aber selbst wenn zum Zeitpunkt der Rückzahlung des Darlehens der Darlehensvertrag nicht mehr bestanden, der Schuldner jedoch irrtümlich angenommen haben sollte, zur Rückzahlung verpflichtet zu sein, stünde ihm hinsichtlich seiner Leistung ein Bereicherungsanspruch zu, welcher einer Unentgeltlichkeit entgegenstünde.

Eine **Anfechtbarkeit nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO** scheidet mangels Inkongruenz ebenfalls aus.

Eine erst nach der angefochtenen Rechtshandlung ausgesprochene materiell-rechtliche Anfechtung des Vertrags berühre nicht das zum maßgeblichen Zeitpunkt der insolvenzrechtlich angefochtenen Rechtshandlung bestehende Recht des Gläubigers, die entsprechende Leistung zu fordern, und führe daher nicht zur Inkongruenz der Leistung. Ebenso wenig begründe ein allein dem Insolvenzgläubiger im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung zustehendes Anfechtungsrecht die Inkongruenz (anders jedoch, wenn gerade der Schuldner gemäß §§ 119, 123 BGB den Vertrag anfechten könnte).

Der Senat prüft weiter, ob sich im Streitfall die Inkongruenz der Darlehensrückzahlung aus dem Umstand ergebe, dass die Beklagte der Schuldnerin ein Nachrangdarlehen gewährt habe.

Einleitend hält der Senat fest: Inkongruent ist eine Leistung, die ein Schuldner auf einen Anspruch erbringt, der aufgrund einer [wirksamen] Nachrangvereinbarung mit einer Durchsetzungssperre behaftet ist. Inhalt und Reichweite eines Rangrücktritts und einer Durchsetzungssperre bestimmen sich nach den zwischen Schuldner und Gläubiger getroffenen Vereinbarungen.

Der Senat stellt zunächst klar, dass die Darlehensbedingungen – soweit die Bestimmungen eine vor-insolvenzliche Durchsetzungssperre und einen qualifizierten Rangrücktritt regeln – als Abrede über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung des Nachrangdarlehens gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB der Inhaltskontrolle entzogen sind. Jene Bestimmungen zielten darauf, die wechselseitigen Hauptpflichten des Nachrangdarlehens nicht nur für den Insolvenzfall, sondern unabhängig hiervon festzulegen. Ein Nachrangdarlehen stelle einen im Rahmen der

Vertragsfreiheit zulässigen eigenständigen Vertragstyp dar, der als besondere Finanzierungsform das geleistete Darlehenskapital von vornherein in einer vertraglich ausgestalteten Art und Weise binde und die wechselseitigen Ansprüche präge.

Im vorliegenden Fall erachtet der Senat die konkrete Klausel jedoch als intransparent und daher unwirksam. Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragsgegners auch daraus ergeben, dass eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist. In allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Verbrauchern sei eine qualifizierte Nachrangvereinbarung nur dann hinreichend transparent, wenn aus ihr die Rangtiefe, die vorinsolvenzrechtliche Durchsetzungssperre, deren Dauer und die Erstreckung auf die Zinsen klar und unmissverständlich hervorgingen. Allein die Verwendung der Begriffe „Nachrangigkeit“ und „qualifizierter Rangrücktritt“ sei nicht geeignet, einem juristisch nicht vorgebildeten durchschnittlichen Verbraucher die Rechtswirkungen außerhalb eines eröffneten Insolvenzverfahrens ausreichend deutlich darzustellen. Es fehle vorliegend an einer klaren, verständlichen Regelung von Voraussetzungen, Umfang und Dauer der vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre. Soweit im Streitfall eine Zahlung unter den Vorbehalt gestellt ist, dass „ein Insolvenzgrund nicht entsteht“, sei einem Durchschnittsverbraucher nicht hinreichend transparent erläutert, welche Sachverhalte diese Klausel genau erfassen soll.

**Patricia Berger, UniCredit Bank AG**