

## **Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des BGH im 1. Halbjahr 2015**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof  
Dr. Peter Rädler, LL.M. (Cantab)  
und Dr. Christoph Hülsmann, Fachanwalt für Steuerrecht, Karlsruhe

In der nachstehenden Übersicht sind die im 1. Halbjahr 2015 veröffentlichten und inhaltlich begründeten Entscheidungen vornehmlich des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes mit gesellschaftsrechtlichen Bezügen zusammengefasst.<sup>1</sup> Die Gliederung der nachfolgenden Zusammenfassung orientiert sich an den in § 14i FAO aufgeführten gesellschaftsrechtlichen Schwerpunkten, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht“ erforderlich und im Rahmen der Fortbildung nachzuweisen sind.<sup>2</sup>

Die folgenden Entscheidungen sind aus dem Berichtszeitraum hervorzuheben:

- Mit Urteil vom 03. Februar 2015 hat der II. Zivilsenat entschieden, dass in einer Publikumsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG keine Verpflichtung besteht, den Kommanditisten mit der Einladung zur Gesellschafterversammlung auch den Prüfungsbericht zu übersenden (dazu Ziff. 1 Buchst. e);
- der IX. Zivilsenat hat im Beschluss vom 30. April 2015 klargestellt, dass die Insolvenzanfechtung der Rückgewähr eines Gesellschafterdarle-

---

<sup>1</sup> Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des BGH können [hier](#) auf dessen Internetseiten kostenfrei im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des BGH verlinkt.

<sup>2</sup> Siehe auch unsere weiteren Rechtsprechungsübersichten, die unter dem Menüpunkt „[News-letter](#)“ auf unserer Homepage abrufbar sind.

hens binnen eines Jahres vor Stellung eines Insolvenzantrags gemäß MoMiG keine Krise der Gesellschaft voraussetzt; die Anfechtung ist nicht mehr auf solche Fälle beschränkt, in denen zurückgezahlte Gesellschafterdarlehen eigenkapitalersetzend waren (dazu Ziff. 2 Buchst. a);

- grundlegende Aussagen zur Funktion und Reichweite des Handelsregisters trifft der II. Zivilsenat in den Beschlüssen vom 03. Februar 2015 und vom 24. Februar 2015 (dazu Ziff. 2 Buchst. d und e);
- nach dem Urteil des II. Zivilsenats vom 19. April 2015 ist es für nicht börsennotierte Aktiengesellschaften möglich, getrennte Niederschriften für Beschlüsse zu erstellen, die notariell zu beurkunden sind, und solchen, die lediglich vom Aufsichtsratsvorsitzenden zu unterzeichnen sind (dazu Ziff. 3 Buchst. a);
- im Urteil vom 28. April 2015 behandelt der II. Zivilsenat die Voraussetzungen, unter denen ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft auf der Grundlage einer beauftragten Rechtsauskunft einen Rechtsirrtum geltend machen kann (dazu Ziff. 3 Buchst. b);
- im Urteil vom 05. März 2015 stellt der IX. Zivilsenat die Anforderungen und Rechtsfolgen einer qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarung dar, die zur Vermeidung einer Insolvenz getroffen wird (dazu Ziff. 5 Buchst. a).

## **1.**

### **Recht der Personengesellschaft**

Zum Recht der Personengesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

a)

Nach § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung vom 02. Januar 2002 (BGBl. I 2002 S. 42) stand einem **Verbraucher** ein **Widerrufsrecht** gemäß § 355 BGB a.F. bei einem Vertrag mit einem Unternehmer zu, wenn der Verbraucher zum Vertragsabschluss durch mündliche Verhandlung an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung bestimmt worden war (sog. Haustürgeschäft). Diese Vorschrift findet auf Verträge über den Beitritt zu einer Gesellschaft Anwendung, die der Kapitalanlage dienen sollen.<sup>3</sup> Beteiligt sich ein **Kapitalanleger** als **atypisch stiller Gesellschafter**, genügt eine **Widerrufsbelehrung** nur dann den Anforderungen des § 355 Abs. 2 BGB a.F., wenn sie den Hinweis enthält, dass ein wirksamer Widerruf nach dem Vollzug des Beitritts zur Anwendung der **Grundsätze** über die **fehlerhafte Gesellschaft** führt. Erforderlich ist damit die Klarstellung, dass dem fehlerhaft beigetretenden Anleger ein **Abfindungsanspruch** entsprechend dem Wert seines Gesellschaftsanteils im Zeitpunkt seines Ausscheidens zusteht.<sup>4</sup> Denn sobald die Gesellschaft in Vollzug gesetzt ist, stehen die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft einem Rückabwicklungsbegehren des Anlegers entgegen. Dies gilt auch dann, wenn dem Anleger ein Verbraucherwiderrufsrecht zusteht und er sich an einer zweigliedrigen stillen Gesellschaft beteiligt hatte.<sup>5</sup>

b)

Eine **stille Gesellschaft** kann gemäß § 234 Abs. 1 Satz 2 HGB, § 723 BGB aus **wichtigen Gründen ohne** Einhaltung einer **Frist gekündigt** werden.<sup>6</sup> Dem steht nicht entgegen, dass die Gesellschaft fest für eine bestimmte Zeit geschlossen worden war. Das unentziehbare Recht zur außerordentlichen Kündigung setzt voraus, dass dem Kündigenden eine Fortsetzung der Gesellschaft bis zum Vertragsende oder bis zum nächs-

<sup>3</sup> Hinweisbeschluss vom 10. Februar 2015 – [II ZR 163/14](#) – juris, Rn. 13. – Die Revision wurde daraufhin zurück genommen, vgl. Beschluss vom 19. Mai 2015.

<sup>4</sup> Hinweisbeschluss vom 10. Februar 2015 – [II ZR 163/14](#) – juris, Rn. 15.

<sup>5</sup> Hinweisbeschluss vom 10. Februar 2015 – [II ZR 163/14](#) – juris, Rn. 23.

<sup>6</sup> Urteil vom 03. Februar 2015 – [II ZR 335/13](#) – DB 2015, 1336 = DSStR 2015, 1516 = NJW 2015, 1956 = NZG 2015, 674 = WM 2015, 1114 = ZIP 2015, 1116.

ten ordentlichen Kündigungstermin nicht zugemutet werden kann. Dies ist anzunehmen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern grundlegend gestört oder ein gedeihliches Zusammenwirken aus sonstigen, zum Beispiel aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr möglich ist. Die Feststellung des wichtigen Grundes erfordert die eingehende (tatrichterliche) **Würdigung der Gesamtumstände** des Einzelfalles.<sup>7</sup>

Die **wirksame Kündigung** führt zur **Auflösung** der stillen Gesellschaft und zur **Auseinandersetzung** nach Maßgabe des § 235 HGB, bei der die **Einzelansprüche unselbstständige Rechnungsposten** werden. Der Anspruch des stillen Gesellschafters auf Auszahlung des Auseinandersetzungs Guthabens wird regelmäßig erst nach dieser Auseinandersetzung fällig. Entsprechend der Durchsetzungssperre bei der Auflösung einer Personengesellschaft gilt auch für die Beendigung einer stillen Gesellschaft das **Prinzip der Gesamtabrechnung**. Erst der Saldo der Auseinandersetzungsrechnung ergibt, wer von wem noch etwas fordern kann.<sup>8</sup> Dementsprechend kann die selbstständige Geltendmachung von **Einzelansprüchen** durch den stillen Gesellschafter vor Beendigung der Auseinandersetzung nur zugelassen werden, wenn dadurch das Ergebnis der Auseinandersetzung (teilweise) in zulässiger Weise vorweggenommen wird und insbesondere die **Gefahr von Hin- und Herzahlungen** während des Auseinandersetzungsverfahrens ausgeschlossen ist. Diese Gefahr besteht jedoch solange, wie nicht mit Sicherheit feststeht, dass sich im Rahmen der (weiteren) Auseinandersetzung in jedem Fall ein positiver Saldo für den ausscheidenden Gesellschafter ergeben wird.<sup>9</sup>

Die **gerichtliche Geltendmachung** nicht mehr isoliert einklagbarer, weil in eine Auseinandersetzungsrechnung einzubeziehender Forderungen enthält ohne weiteres das **Feststellungsbegehren**, dass die entsprechen-

---

<sup>7</sup> Urteil vom 03. Februar 2015 – [II ZR 335/13](#) – juris, Rn. 16.

<sup>8</sup> Urteil vom 03. Februar 2015 – [II ZR 335/13](#) – juris, Rn. 15.

<sup>9</sup> Urteil vom 03. Februar 2015 – [II ZR 335/13](#) – juris, Rn. 22.

den Forderungen in die **Auseinandersetzungsbuchung** (als unselbstständige Rechnungsposten) **eingestellt** werden müssen.<sup>10</sup>

**c)**

Für die **Annahme** eines **mehrgliedrigen stillen Gesellschaftsverhältnisses** kommt es allein auf die **Auslegung** der **vertraglichen Vereinbarungen** nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen an.<sup>11</sup> Es ist nicht erforderlich, dass im Gesellschaftsvertrag das Wort „mehrgliedrig“ ausdrücklich aufgeführt wird. Für das Vorliegen eines mehrgliedrigen Innenverbands kann vor allem sprechen, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag die Kündigung eines stillen Gesellschafters (oder des Geschäftsinhabers) nicht die Auflösung der atypisch stillen Gesellschaft insgesamt, sondern lediglich das Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters zur Folge hat. Es führt aber nicht zwingend zur Annahme mehrerer bloß zweigliedriger Gesellschaftsverhältnisse, wenn sich die stillen Gesellschafter jeweils von vornherein mit unterschiedlichen Laufzeiten an der Gesellschaft beteiligen und wenn sie ihr Gesellschaftsverhältnis unabhängig von den anderen Gesellschaftern gesondert beenden können.<sup>12</sup>

**Nach Invollzugsetzung** einer solchen mehrgliedrigen stillen Gesellschaft gelten für den Fall etwaiger **anfänglicher Mängel** die **Grundsätze** über die **fehlerhafte Gesellschaft**. Dies schließt es aber nicht aus, dass ein Anleger, der sich an der mehrgliedrigen stillen Gesellschaft beteiligt hat, das stille Gesellschaftsverhältnis durch **sofort wirksame Kündigung** beenden kann, wenn sein Beitritt auf einem pflichtwidrigen Verhalten der für die Gesellschaft handelnden Personen beruht. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Emissionsprospekt erhebliche Fehler aufweist und die Aufklärung durch den Anlagevermittler fehlerhaft gewesen ist. In der Erklärung eines Gesellschafters, seinen Beitritt mit rückwirkenden

---

<sup>10</sup> Urteil vom 03. Februar 2015 – [II ZR 335/13](#) – juris, Rn. 25.

<sup>11</sup> Urteile vom 27. Januar 2015 – [II ZR 349/13](#) – juris, Rn. 10 und vom 27. Januar 2015 – [II ZR 350/13](#) – juris, Rn. 11.

<sup>12</sup> Urteile vom 27. Januar 2015 – [II ZR 349/13](#) – juris, Rn. 11 und vom 27. Januar 2015 – [II ZR 350/13](#) – juris, Rn. 12.

der Kraft beseitigen zu wollen, kommt in der Regel sein Wille zum Ausdruck, die Bindung an die Gesellschaft und an die Mitgesellschafter jedenfalls mit sofortiger Wirkung zu beenden. Daher kann in der Erhebung einer **Klage auf Schadensersatz** wegen **Rückabwicklung** einer Beteiligung die **Kündigung** des (stillen) Gesellschaftsverhältnisses gesehen werden.<sup>13</sup>

Der aufgrund einer solchen Kündigung ausscheidende Gesellschafter kann unter Anrechnung des ihm bei Beendigung seines (fehlerhaften) Gesellschaftsverhältnisses gegebenenfalls zustehenden **Abfindungsanspruchs** von dem Geschäftsinhaber **Ersatz** eines **darüber hinausgehenden Schadens** verlangen, wenn dadurch die **gleichmäßige Befriedigung** etwaiger Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche der **übrigen stillen Gesellschafter** nicht gefährdet wird.<sup>14</sup> Reicht das Vermögen der Gesellschaft im Zeitpunkt der Entscheidung über die Klage zur Befriedigung etwaiger (hypothetischer) Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche der übrigen Gesellschafter und des Schadensersatzanspruchs des aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Klägers nicht aus, so ist das auf Zahlung eines bestimmten Schadensersatzbetrages gerichtete **Leistungsbegehren** dahin **auszulegen**, dass jedenfalls die **Feststellung** des Bestehens eines **Schadensersatzanspruchs** in der möglichen Höhe begehrt wird.<sup>15</sup>

#### d)

Der einem **Gesellschafter** einer Personengesellschaft (hier: Prozesskostenhilfefonds in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft) aufgrund der Regelungen im Treuhand- und im Gesellschaftsvertrag **gleichgestellte Treugeber** kann seine **Beteiligung** nach der Lehre von der **fehlerhaften Gesellschaft** zwar **nicht** – etwa aufgrund einer Irrtumsanfechtung des

---

<sup>13</sup> Urteile vom 27. Januar 2015 – [II ZR 349/13](#) – juris, Rn. 14 und vom 27. Januar 2015 – [II ZR 350/13](#) – juris, Rn. 15.

<sup>14</sup> Urteile vom 27. Januar 2015 – [II ZR 349/13](#) – juris, Rn. 12 und vom 27. Januar 2015 – [II ZR 350/13](#) – juris, Rn. 13.

<sup>15</sup> Urteile vom 27. Januar 2015 – [II ZR 349/13](#) – juris, Rn. 15 und vom 27. Januar 2015 – [II ZR 350/13](#) – juris, Rn. 16.

Beitrittsvertrags – mit Wirkung **ex tunc lösen**.<sup>16</sup> Er kann seine Gesellschafterstellung jedoch durch eine Kündigung mit Wirkung **ex nunc beenden**.<sup>17</sup>

Eine **Gleichstellung** des **Treuebers** mit einem **Kommanditisten** ist anzunehmen, wenn nach dem Inhalt des **Gesellschaftsvertrags**, den der Bundesgerichtshof grundsätzlich selbst auslegen kann, sowie unter Berücksichtigung des **Treuhandvertrags** und der **Beitrittserklärung** des Treuebers es sich bei dem Rechtsverhältnis zwischen der Treuhandkommanditistin und der Gesellschaft sowie dem Treueber **nicht** um ein **einfaches Treuhandverhältnis** handelt, sondern um eine von **gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerte Treuhandbeziehung**.<sup>18</sup> Denn die Beteiligten einer offenen oder qualifizierten Treuhand können ihr gesellschafterliches Innenverhältnis so gestalten, als ob der Treueber selbst Gesellschafter wäre, ohne hierbei bezogen auf das Innenverhältnis durch zwingendes Recht eingeschränkt zu sein.<sup>19</sup>

Liegt eine solche Gleichstellung vor, hat der Treueber ebenso wie ein Kommanditist ein **Recht** auf eine **außerordentliche Kündigung**.<sup>20</sup> Ein **Kündigungsgrund** kann sich ergeben, wenn der Treueber zum einen bei Abschluss des Treuhandvertrags über die Umstände, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung waren oder hätten sein können, **nicht verständlich** und **vollständig aufgeklärt** wurde, und zum anderen dieser **Aufklärungsmangel** für seine Beitrittsentscheidung **ursächlich** geworden ist.<sup>21</sup> In der Erhebung einer **Klage auf Rückzahlung** der Einlage Zug um Zug gegen Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung oder auf Feststellung, dass aus dem Beteiligungsvertrag keine Rechte mehr hergeleitet werden können, kann eine (konkludente) **Kündigungs-**

<sup>16</sup> Versäumnisurteil vom 20. Januar 2015 – [II ZR 444/13](#) – DB 2015, 675 = DNotZ 2015, 454 = DStR 2015, 840 = NJW 2015, 1169 = NZG 2015, 387 = MDR 2015, 477 = WM 2015, 561 = ZIP 2015, 630.

<sup>17</sup> Versäumnisurteil vom 20. Januar 2015 – [II ZR 444/13](#) – juris, Rn. 11.

<sup>18</sup> Versäumnisurteil vom 20. Januar 2015 – [II ZR 444/13](#) – juris, Rn. 9.

<sup>19</sup> Versäumnisurteil vom 20. Januar 2015 – [II ZR 444/13](#) – juris, Rn. 8.

<sup>20</sup> Versäumnisurteil vom 20. Januar 2015 – [II ZR 444/13](#) – juris, Rn. 10.

<sup>21</sup> Versäumnisurteil vom 20. Januar 2015 – [II ZR 444/13](#) – juris, Rn. 7.

**erklärung** gesehen werden. Denn hiermit gibt der Kläger zu erkennen, dass er nicht weiter (Quasi-) Gesellschafter sein will.<sup>22</sup>

**e)**

In einer **Publikumsgesellschaft** in der Rechtsform einer **GmbH & Co. KG** folgt aus einer nach § 316 Abs. 1 HGB oder aufgrund des Gesellschaftsvertrags bestehenden **Prüfungspflicht nicht die Verpflichtung**, den **Prüfungsbericht** den **Kommanditisten** mit der Einladung zu der Gesellschafterversammlung **zu übersenden**, die über die Feststellung des Jahresabschlusses zu beschließen hat.<sup>23</sup> Dies gilt auch dann, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag allen Gesellschaftern mit der Einladung zu der Gesellschafterversammlung der Entwurf des Jahresabschlusses zu übersenden ist. Die in einer daraufhin stattfindenden Gesellschafterversammlung gefassten **Beschlüsse** sind daher auch **nicht** allein deshalb **nichtig**, weil den Gesellschaftern innerhalb der im Gesellschaftsvertrag bestimmten Einladungsfrist zwar die Entwürfe der Jahresabschlüsse, nicht aber die zugehörigen Prüfungsberichte oder zumindest deren Ergebnisse übersandt wurden.<sup>24</sup>

Besteht eine **gesetzliche Prüfungspflicht**, kann der Jahresabschluss zwar nicht festgestellt werden, wenn eine Prüfung nicht stattgefunden hat (§ 316 Abs. 1 Satz 2 HGB). Es gibt auch **keine gesetzliche Grundlage** für die Annahme, mit der Einladung zur Gesellschafterversammlung über die Feststellung des Jahresabschlusses müsse ein **Prüfungsbericht vorgelegt** werden.<sup>25</sup> Dies ergibt sich auch nicht aus einer gesetzlichen oder einer ihr gleichgestellten vertraglichen Prüfungspflicht. Nach § 166 Abs. 1 HGB kann ein **Kommanditist** zwar die abschriftliche Mitteilung des (fest-

---

<sup>22</sup> Versäumnisurteil vom 20. Januar 2015 – [II ZR 444/13](#) – juris, Rn. 12.

<sup>23</sup> Urteil vom 03. Februar 2015 – [II ZR 105/13](#) – DB 2015, 976 = DStR 2015, 1011 = MDR 2015, 600 = NZG 2015, 511 = WM 2015, 763 = ZIP 2015, 778.

<sup>24</sup> Urteil vom 03. Februar 2015 – [II ZR 105/13](#) – juris, Rn. 8.

<sup>25</sup> Urteil vom 03. Februar 2015 – [II ZR 105/13](#) – juris, Rn. 9.



gestellten) Jahresabschlusses verlangen; er ist aber hinsichtlich vorliegender Prüfungsberichte auf ein **Einsichtsrecht** verwiesen.<sup>26</sup>

Die Kommanditisten einer Publikumsgesellschaft müssen über den **Prüfungsbericht** ebenso wenig in der gleichen Art und Weise unterrichtet werden wie über den Entwurf des Jahresabschlusses. Gegen einen solchen Gleichlauf der Informationen spricht gerade bei Personengesellschaften mit zahlreichen Mitgliedern der Umstand, dass der Prüfungsbericht **vertrauliche Informationen** enthalten kann, die dem Jahresabschluss gerade nicht zu entnehmen sind. Der Prüfungsbericht unterliegt **nicht** der für Jahresabschlüsse unter den Voraussetzungen des § 325 HGB geltenden **Pflicht zur Offenlegung**.<sup>27</sup>

Außerdem kann **§ 42a Abs. 1 GmbHG nicht analog** auf eine Publikumsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG angewendet werden, in der die Kommanditisten nicht zugleich Gesellschafter der GmbH sind. An der für eine entsprechende Anwendung erforderlichen Vergleichbarkeit fehlt es nämlich schon deshalb, weil die Mitwirkungsrechte von Kommanditisten wesentlich schwächer ausgebildet sind als die gesetzlichen Befugnisse der Gesellschafter einer GmbH.<sup>28</sup> Darüber hinaus kann der angesprochene Informationsgleichlauf unbeschadet der in § 42a Abs. 1 Satz 2 GmbHG getroffenen Regelung auch **nicht als rechtsformübergreifender Grundsatz** anerkannt werden.

**Ebenso wenig** muss den Kommanditisten zur Meidung eines (schwerwiegenden) Einladungsmangels mit dem Entwurf des Jahresabschlusses das **Ergebnis des Prüfungsberichts** übersandt werden. Der das Prüfungsergebnis zusammenfassende Bestätigungsvermerk (§ 322 HGB) enthält zwar keine vertraulichen Informationen und ist gemäß § 325 Abs. 1 Satz 2 HGB mit dem festgestellten Jahresabschluss zur Offenlegung ein-

---

<sup>26</sup> Urteil vom 03. Februar 2015 – [II ZR 105/13](#) – juris, Rn. 10.

<sup>27</sup> Urteil vom 03. Februar 2015 – [II ZR 105/13](#) – juris, Rn. 14.

<sup>28</sup> Urteil vom 03. Februar 2015 – [II ZR 105/13](#) – juris, Rn. 11.

zureichen. Danach mag es zwar auch in einer Publikums-Kommanditgesellschaft erwägenswert sein, den Kommanditisten den **Bestätigungsvermerk**, sofern er bereits vorliegt, zusammen mit dem Entwurf des Jahresabschlusses zur Vorbereitung der zur Feststellung des Jahresabschlusses anberaumten Gesellschafterversammlung zu übermitteln.<sup>29</sup> Es besteht aber **keine** dahingehende – von den besonderen Umständen des Einzelfalls unabhängige – **Verpflichtung**, deren Nichterfüllung zur Nichtigkeit des Feststellungsbeschlusses führen würde.<sup>30</sup>

Eine **Nichtigkeit** von Gesellschafterbeschlüssen **kann** sich jedoch aus einem **wesentlichen Informationsmangel** ergeben, wenn Informationswünschen und Einsichtsbegehren der Gesellschafter ohne tragfähigen Grund nicht entsprochen wird. Allerdings führen bei Personengesellschaften Einladungs- und andere Verfahrensmängel nur dann zur Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass sein Zustandekommen durch den Fehler **beeinflusst** ist.<sup>31</sup>

## 2. Recht der GmbH

Das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung hatten die nachfolgenden Entscheidungen zum Gegenstand:

### a)

Der für ein **Gesellschafterdarlehen** durch **§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO** angeordnete **Nachrang** kann nicht dadurch unterlaufen werden, dass der Gesellschafter als Darlehensgeber seine Beteiligung an der Gesellschaft aufgibt.<sup>32</sup> Für die **Anfechtung** nach **§ 135 Abs. 1 InsO** ist es daher grundsätzlich unerheblich, dass ein Gesellschafter seine Gesellschaftsbeteili-

---

<sup>29</sup> Urteil vom 03. Februar 2015 – [II ZR 105/13](#) – juris, Rn. 15.

<sup>30</sup> Urteil vom 03. Februar 2015 – [II ZR 105/13](#) – juris, Rn. 16.

<sup>31</sup> Urteil vom 03. Februar 2015 – [II ZR 105/13](#) – juris, Rn. 22.

<sup>32</sup> Beschluss vom 30. April 2015 – [IX ZR 196/13](#) – DB 2015, 1345 = GmbHR 2015, 704 = MDR 2015, 731 = WM 2015, 1119 = ZIP 2015, 1130.

gung an einen Dritten abgetreten hatte, bevor die GmbH die letzte Tilgungszahlung an ihn zur Rückführung des von ihm als Alleingesellschafter der Gesellschaft gewährten Kredits geleistet hatte. Allerdings ist in Fällen einer Übertragung der Gesellschafterstellung ein **zeitlich unbegrenzter Nachrang** der Darlehensforderung **unangemessen**. Deshalb bleibt der Nachrang **nur** erhalten, wenn der Gesellschafter seine Gesellschafterposition **innerhalb eines Jahres** vor Antragstellung aufgibt.<sup>33</sup>

Nach den eindeutigen gesetzlichen Vorgaben kommt es auf die **Krise** der Gesellschaft **nicht mehr an** (vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 und Abs. 2 InsO). Der Gesetzgeber hat mit § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO i.d.F. von Art. 9 Nr. 5 des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) bewusst auf das **Merkmal** der **Kapitalersetzung verzichtet**. Die Neuregelung verweist **jedes Gesellschafterdarlehen** bei Eintritt der Gesellschaftsinsolvenz in den **Nachrang**. Dasselbe gilt nach Maßgabe von Art. 9 Nr. 8 MoMiG für die Neufassung von § 135 InsO. Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen sind innerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n.F. stets anfechtbar. Die Anfechtung beschränkt sich nicht mehr auf solche Fälle, in denen zurückgezahlte Gesellschafterdarlehen eigenkapitalersetzend waren und die Befriedigung der Gesellschafter ihrer Finanzierungsfolgenverantwortung widersprach. Dieses Gesetzesverständnis ist eindeutig und unumstritten.<sup>34</sup>

**Weder** für eine **teleologische Reduktion** des § 135 InsO in dem Sinne, dass dem Gesellschafter der Entlastungsbeweis ermöglicht wird, zum Zeitpunkt der Rückführung des Darlehens habe noch kein Insolvenzgrund vorgelegen, **noch** für eine **analoge Anwendung** des § 136 Abs. 2 InsO bleibt im Hinblick auf das Gesamtkonzept der neuen Regelungen Raum. Der Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung die Rechtslage erheblich einfacher und übersichtlicher gestalten und dadurch zu einer größeren

---

<sup>33</sup> Beschluss vom 30. April 2015 – [IX ZR 196/13](#) – juris, Rn. 3.

<sup>34</sup> Beschluss vom 30. April 2015 – [IX ZR 196/13](#) – juris, Rn. 5.

Rechtssicherheit und einfacheren Handhabbarkeit der Eigenkapitalgrundsätze gelangen. Er hat dabei unter Abwägung der Interessen sowohl der Insolvenzgläubiger als auch der Gesellschafter die Rückzahlung des Gesellschafterkredits und eines durch den Gesellschafter abgesicherten Kredits nicht mehr dem Kapitalerhaltungsrecht unterworfen, sondern dem durch  **feste Fristen**  gekennzeichneten Insolvenzanfechtungsrecht. Damit hat er zwar  **einerseits**  die  **Haftung**  der Gesellschafter in der Insolvenz der Gesellschaft im letzten Jahr vor Insolvenzantragstellung durch Verzicht auf das Merkmal der Gesellschaftskrise  **verschärft** ,  **andererseits**  aber auch  **entschärft** , weil Rückzahlungen, die  **außerhalb**  der  **Anfechtungsfrist**  erfolgen,  **nicht**  mehr unter Rückgriff auf  **§ 31 GmbHG**  erstattet werden müssen. Im Übrigen ist infolge der Beseitigung des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG der Anspruch des Insolvenzverwalters gegen den Gesellschafter auf  **unentgeltliche Nutzung**  eines überlassenen Wirtschaftsguts zu ihren Gunsten  **entfallen** .<sup>35</sup> Weder das Gesetz noch die sich am Gesetzeswortlaut und den Intentionen des Gesetzgebers orientierende Auslegung des § 135 InsO verstößt gegen  **Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG** .<sup>36</sup>

**b)**

Wird eine  **GmbH**  durch die  **Eröffnung**  des  **Insolvenzverfahrens**  über das Vermögen der Gesellschaft  **aufgelöst** , kann sie  **nur**  in den in  **§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG**  genannten Fällen  **fortgesetzt**  werden. Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschaft über ein das satzungsgemäße Stammkapital übersteigendes Vermögen verfügt und alle Gläubiger im Insolvenzverfahren befriedigt wurden.<sup>37</sup> Für die  **Parallelvorschrift**  des  **§ 274 Abs. 2 Nr. 1 AktG**  hatte der Bundesgerichtshof zum alten Konkursrecht bereits entschieden, dass eine Fortsetzung der Gesellschaft nach Auflösung durch

---

<sup>35</sup> Beschluss vom 30. April 2015 – [IX ZR 196/13](#) – juris, Rn. 7.

<sup>36</sup> Beschluss vom 30. April 2015 – [IX ZR 196/13](#) – juris, Rn. 8.

<sup>37</sup> Beschluss vom 28. April 2015 – [II ZB 13/14](#) – juris, Rn. 7.

die Eröffnung des Konkursverfahrens nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zulässig ist. Für § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG gilt nichts anderes.<sup>38</sup>

Die Regelung in § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG ordnet nicht nur die Auflösung der Gesellschaft im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen an, sondern sieht ausdrücklich die Möglichkeit der Fortsetzung vor, wenn das Verfahren auf Antrag der Gesellschaft gemäß §§ 212, 213 InsO eingestellt wird oder nach Bestätigung eines Insolvenzplans, welcher den Fortbestand der Gesellschaft vorsieht, aufgehoben wird. Der Gesetzgeber hat mit § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG **zwei gangbare Wege** aufgezeigt, die sowohl den Erhalt der Gesellschaft als auch deren weitere Teilnahme am Marktgeschehen ermöglichen.<sup>39</sup>

Eine **Erweiterung** der von Gesetzes wegen beschränkten Fortsetzungsmöglichkeiten ist auch dann **nicht geboten**, wenn ein das satzungsgemäße Stammkapital übersteigendes **Vermögen** vorhanden ist und alle **Gläubiger** im Insolvenzverfahren **befriedigt** werden.<sup>40</sup> Für eine solche Fortsetzungsmöglichkeit besteht schon **kein Bedürfnis**. Denn gerade nach Beseitigung der Insolvenzreife und nach der Befriedigung aller Gläubiger kann der Weg des **§ 212 InsO** beschritten und eine Einstellung des Insolvenzverfahrens wegen Wegfalls des Insolvenzgrundes herbeigeführt werden. Danach kann die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen werden.<sup>41</sup> Lassen die Beteiligten diese gesetzlich eingeräumte Möglichkeit der Fortsetzung ungenutzt, ist kein Grund dafür ersichtlich, eine nicht im Gesetz vorgesehene Möglichkeit zur Fortsetzung der Gesellschaft durch einen schlichten Fortsetzungsbeschluss zu eröffnen. Dagegen spricht vielmehr, dass anders als im Fall des § 212 InsO dann keine **gerichtliche Prüfung** stattfindet, ob die Insolvenzreife überwunden ist.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> Beschluss vom 28. April 2015 – [II ZB 13/14](#) – juris, Rn. 10.

<sup>39</sup> Beschluss vom 28. April 2015 – [II ZB 13/14](#) – juris, Rn. 11.

<sup>40</sup> Beschluss vom 28. April 2015 – [II ZB 13/14](#) – juris, Rn. 13.

<sup>41</sup> Beschluss vom 28. April 2015 – [II ZB 13/14](#) – juris, Rn. 14.

<sup>42</sup> Beschluss vom 28. April 2015 – [II ZB 13/14](#) – juris, Rn. 15.

c)

Wird gegen eine GmbH ein **Insolvenzantrag** gestellt, hat der **Geschäftsführer** über die rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Verhältnisse der von ihm vertretenen Gesellschaft **Auskunft zu erteilen**.<sup>43</sup> Dies gilt auch für die **gegen die Gesellschafter und ihn selbst gerichtete Ansprüche der Gesellschaft**.<sup>44</sup> Der Geschäftsführer ist hingegen **nicht** verpflichtet, über seine **eigenen Vermögensverhältnisse** und die **Realisierbarkeit** etwaiger gegen ihn gerichteter Ansprüche Angaben zu machen. Denn die Auskunftspflicht der organschaftlichen Vertreter aus § 101 Abs. 1 InsO bezieht sich nur auf das Vermögen der früher oder gegenwärtig von ihnen geleiteten Gesellschaft.<sup>45</sup> Dieser Auskunftspflicht unterliegen **auch Geschäftsführer** einer GmbH, die **binnen zwei Jahren** vor Antragstellung als Geschäftsführer der GmbH **abberufen** wurden (§ 20 Abs. 1 Satz 2, § 97, § 101 Abs. 1 Satz 2 InsO).<sup>46</sup>

**Auskunft** ist über **alle** das Verfahren betreffenden **Verhältnisse** der Gesellschaft zu erteilen (§§ 20, 97 InsO). Der Begriff ist **weit auszulegen** und umfasst sämtliche rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Verhältnisse, die für das Verfahren in irgendeiner Weise von Bedeutung sein können.<sup>47</sup> Von dem Geschäftsführer einer GmbH ist folglich über **alle Aktiva** und **Passiva** der Gesellschaft sowie die zugrunde liegenden **tatsächlichen Umstände** Auskunft zu erteilen.<sup>48</sup> **Ansprüche** der insolventen Gesellschaft **gegen Gesellschafter** und **Geschäftsführer** sind Bestandteil der Insolvenzmasse.<sup>49</sup>

**Verweigert** der Verpflichtete die **Auskunft**, kann das Gericht ihn **zwangsweise vorführen** lassen und nach Anhörung in **Haft** nehmen. Vor Anord-

---

<sup>43</sup> Beschluss vom 05. März 2015 – [IX ZB 62/14](#) – DB 2015, 979 = GmbHR 2015, 538 = NJW-RR 2015, 683 = NZG 2015, 563 = NZI 2015, 380 m. Anm. Kluth = MDR 2015, 486 = wistra 2015, 242 = WM 2015, 729 = ZInsO 2015, 740 = ZIP 2015, 791.

<sup>44</sup> Beschluss vom 05. März 2015 – [IX ZB 62/14](#) – juris, Rn. 11.

<sup>45</sup> Beschluss vom 05. März 2015 – [IX ZB 62/14](#) – juris, Rn. 9, 16.

<sup>46</sup> Beschluss vom 05. März 2015 – [IX ZB 62/14](#) – juris, Rn. 10.

<sup>47</sup> Beschluss vom 05. März 2015 – [IX ZB 62/14](#) – juris, Rn. 11.

<sup>48</sup> Beschluss vom 05. März 2015 – [IX ZB 62/14](#) – juris, Rn. 12.

<sup>49</sup> Beschluss vom 05. März 2015 – [IX ZB 62/14](#) – juris, Rn. 11.

nung der Erzwingungshaft kann von einer weiteren Anhörung abgesehen werden, wenn bereits zuvor im Rahmen der Vorführungsanordnung auf die Möglichkeit der Haft hingewiesen wurde. Die Erteilung der Auskunft kann auch gegenüber einem **ehemaligen Vertretungsorgan** im Wege der Haft erzwungen werden. In der Haftanordnung müssen die **Mitwirkungspflichten** jedoch hinreichend **konkretisiert** werden.<sup>50</sup>

**d)**

Das **Registergericht** darf **prüfen**, ob die **Gesellschafterliste** den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht.<sup>51</sup> Bei Beanstandungen darf es die Entgegennahme verweigern. Dieses **formale Prüfungsrecht** umfasst die Prüfung, ob Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eingetreten sind und ob die geänderten Eintragungen in der eingereichten Gesellschafterliste von dem Geschäftsführer (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) oder dem Notar stammen, der an den Veränderungen mitgewirkt hat (§ 40 Abs. 2 GmbHG).<sup>52</sup>

Ein **Testamentsvollstreckervermerk** gehört **nicht** zu den **gesetzlich vorgesehenen Angaben** in der Gesellschafterliste. Mit einem **Erbfall** ist zwar eine **Veränderung** in den **Personen** der **Gesellschafter** eingetreten. Die Aufnahme eines **Testamentsvollstreckervermerks** in die aus diesem Anlass neu einzureichende Gesellschafterliste ist aber **nicht** vorgesehen. Das **Registergericht** darf daher die **Aufnahme** einer solchen – mit einem Testamentsvollstreckervermerk versehenen – Gesellschafterliste **ablehnen**.<sup>53</sup>

Es steht **nicht** im **Belieben** der Beteiligten, den Inhalt der von ihnen eingereichten **Gesellschafterliste** abweichend von den gesetzlichen Vorgaben um weitere, ihnen sinnvoll erscheinende Bestandteile **freiwillig**

<sup>50</sup> Beschluss vom 05. März 2015 – [IX ZB 62/14](#) – juris, Rn. 8.

<sup>51</sup> Beschluss vom 24. Februar 2015 – [II ZB 17/14](#) – DNotI-Report 2015, 53 = DNotZ 2015, 456 = DStR 2015, 1121 = GmbHR 2015, 526 = NJW 2015, 1303 = NZG 2015, 519 = WM 2015, 725 = ZEV 2015, 285 = ZIP 2015, 732.

<sup>52</sup> Beschluss vom 24. Februar 2015 – [II ZB 17/14](#) – juris, Rn. 7.

<sup>53</sup> Beschluss vom 24. Februar 2015 – [II ZB 17/14](#) – juris, Rn. 8.

zu ergänzen. Dem steht der **Grundsatz** der **Registerklarheit** entgegen, der entsprechend auch für die Gesellschafterliste gilt. Im Gegensatz zum Aktienregister nach § 67 AktG ist die Gesellschafterliste von jedermann einzusehen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 HGB) und jederzeit elektronisch abrufbar (§ 9 Abs. 1 HGB). Es liegt daher im Interesse des Rechtsverkehrs, dass die abrufbaren Informationen übersichtlich und geordnet sind, um Missverständnisse zu vermeiden.<sup>54</sup>

Wenn überhaupt entgegen dem Wortlaut von § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG über die gesetzlich vorgesehenen Angaben in die Gesellschafterliste hinaus Informationen aufgenommen werden können, setzt das mindestens voraus, dass ein **erhebliches praktisches Bedürfnis** des Rechtsverkehrs an der entsprechenden Information besteht. Bei der Aufnahme von zusätzlichen Informationen in die Gesellschafterliste ist zudem zu beachten, dass der Gesetzgeber sie nicht als allgemeines Register zur Information des Rechtsverkehrs über die Verhältnisse in der Gesellschaft ausgestaltet hat, sondern die Wirkungen der Aufnahme eines Inhabers von Geschäftsanteilen in die Liste gegenständlich auf das Verhältnis zur Gesellschaft (§ 16 Abs. 1 GmbHG) und zu einem Erwerber (§ 16 Abs. 3 GmbHG) beschränkt hat.<sup>55</sup> Dass im **Verhältnis zur Gesellschaft** im Fall einer Veränderung, wie sie mit der **Erbfolge** unzweifelhaft vorliegt, der in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragene Erbe als Inhaber des Geschäftsanteils gilt (§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG), begründet **kein Bedürfnis** für die Eintragung eines **Testamentsvollstreckervermerks**. Als **Legitimationsausweis** gegenüber der Gesellschaft für die Ausübung der Stimmrechte **genügt** das **Testamentsvollstreckerverzeugnis**, das auch über Beschränkungen der Nachlassverwaltung Auskunft gibt (§ 2368 Abs. 1 BGB).<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Beschluss vom 24. Februar 2015 – [II ZB 17/14](#) – juris, Rn. 9.

<sup>55</sup> Beschluss vom 24. Februar 2015 – [II ZB 17/14](#) – juris, Rn. 12.

<sup>56</sup> Beschluss vom 24. Februar 2015 – [II ZB 17/14](#) – juris, Rn. 13.



Ein **Bedürfnis** zur Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks besteht auch **nicht** zur **Verhinderung** eines **gutgläubigen Erwerbs** des Geschäftsanteils von dem Erben. Nach § 2211 Abs. 2 BGB finden zwar hinsichtlich von Verfügungen des Erben über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand die Vorschriften derjenigen entsprechende Anwendung, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten. Die Regelung in **§ 16 Abs. 3 GmbHG** schützt aber **nicht** den **guten Glauben** in die **unbeschränkte Verfügungsbefugnis** des in die Gesellschafterliste aufgenommenen Gesellschafters gegenüber einem Erwerber. Damit vermittelt § 16 Abs. 3 GmbHG gerade keinen Gutgläubensschutz gegenüber einer Verfügung des durch die Testamentsvollstreckung beschränkten Erben.<sup>57</sup>

Ein **Bedarf** für einen Testamentsvollstreckervermerk in der Gesellschafterliste wird **ebenso wenig** dadurch begründet, dass der **Geschäftsanteil** während der Dauer der Testamentsvollstreckung **nur** den **Nachlassgläubigern**, nicht auch den Eigengläubigern des Gesellschafter-Erben als **Haftungsmasse** zur Verfügung steht. Wegen einer solchen unmittelbaren haftungsrechtlichen Außenwirkung der Testamentsvollstreckung ist für den **Kommanditanteil** ein **praktisches Bedürfnis** für die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks **anerkannt**. Bei der **GmbH** kommt der Gesellschafterliste aber **nicht** die Aufgabe zu, Dritten verlässlich darüber Auskunft zu geben, inwieweit ein Geschäftsanteil als Haftungsmasse zur Verfügung steht. Gegenüber Gläubigern von Gesellschaftern beweist die Aufnahme in die Gesellschafterliste nicht die Gesellschafterstellung. Die Gläubiger des in die Gesellschafterliste Aufgenommenen können nicht darauf vertrauen, dass dieser auch Inhaber des Geschäftsanteils ist und sie den Geschäftsanteil wirksam pfänden können.<sup>58</sup> Im Gegensatz zur Kommanditgesellschaft besteht bei der GmbH auch kein Bedürfnis, die Gesellschaftsgläubiger durch die Verlautbarung der Testamentsvollstreckung vor einem unberechtigten Vertrauen in die Wirksamkeit einer

---

<sup>57</sup> Beschluss vom 24. Februar 2015 – [II ZB 17/14](#) – juris, Rn. 14.

<sup>58</sup> Beschluss vom 24. Februar 2015 – [II ZB 17/14](#) – juris, Rn. 16.

**Haftsummenerhöhung** zu schützen. Die Gesellschafter haften grundsätzlich nicht persönlich, § 13 Abs. 2 GmbHG.<sup>59</sup>

Ein erhebliches **praktisches Bedürfnis** folgt auch **nicht** aus einem **Interesse** des **Rechtsverkehrs**, die **Personen** zu **kennen**, die **entscheidenden Einfluss** auf die Geschicke der Gesellschaft haben, wie dies für die Kommanditgesellschaft im Hinblick auf das Widerspruchsrecht der Kommanditisten nach § 164 Satz 1 HGB vom II. Zivilsenat angenommen wird. Die Gesellschafterliste dient nicht in erster Linie dazu, die Personen, die entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft haben, kenntlich zu machen. Die Änderungen von § 16 GmbHG durch das MoMiG hatten unter anderem den Zweck, **Transparenz** über die **Anteilseignerstrukturen** der GmbH zu schaffen und **Geldwäsche zu verhindern**. Die Transparenz über die Anteilseigner wird durch die Liste der Inhaber von Geschäftsanteilen hergestellt. Auf eine über die Anteilsverhältnisse hinausgehende Information über diejenigen Personen, die entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft haben, wie sie im Kapitalmarktrecht vorgesehen ist (vgl. §§ 21 ff. WpHG, für den Testamentsvollstrecker § 22 Abs. 1 Nr. 6 WpHG), hat der Gesetzgeber verzichtet, so dass etwa die praktisch bedeutenderen Fälle der mittelbaren Einflussnahme insbesondere durch **Treuhandverhältnisse nicht offenlegt** werden müssen. Das allgemeine Informationsbedürfnis über die Verhältnisse der Gesellschafter allein begründet noch kein erhebliches praktisches Bedürfnis für eine Ergänzung der Liste über die gesetzlich geforderten Angaben hinaus.<sup>60</sup>

**e)**

Aus **§ 5 Abs. 1** des Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (**Transsexuellengesetz – TSG**) folgt **kein Anspruch** der Geschäftsführerin einer

---

<sup>59</sup> Beschluss vom 24. Februar 2015 – [II ZB 17/14](#) – juris, Rn. 18.

<sup>60</sup> Beschluss vom 24. Februar 2015 – [II ZB 17/14](#) – juris, Rn. 20.

GmbH auf vollständige **Löschung** ihres **vormals männlichen Vornamens** im **Handelsregister**.<sup>61</sup>

Seite 19 von 50

Ob durch die Möglichkeit der Einsichtnahme in das Handelsregister die früher geführten Vornamen durch staatliche Stellen **offenbart** werden, ist bereits **zweifelhaft**.<sup>62</sup> Gegenüber dem aus dem **Recht** auf **informationelle Selbstbestimmung** folgenden **Offenbarungsverbot** gemäß § 5 TSG überwiegt aber jedenfalls das **öffentliche Interesse** daran, die **Richtigkeit** und **Vollständigkeit** des **Handelsregisters** zu gewährleisten.<sup>63</sup> Ein nachträglicher Eingriff in eine abgeschlossene Eintragung des Registers stellt insgesamt die Zuverlässigkeit des elektronischen Registers in Frage. Das Handelsregister verliert seine Eignung für die Zwecke des sicheren elektronischen Rechtsverkehrs, wenn **nachträgliche Änderungen** abgeschlossener Eintragungen möglich würden.<sup>64</sup> Im Einzelnen:

Nach **§ 5 Abs. 1 TSG** ist es staatlichen Organen wie Verwaltungsbehörden und Gerichten verboten, die bis zur Entscheidung über die Namensänderung geführten Vornamen zu offenbaren. Einem Auskunftersuchen, das zur Preisgabe der ursprünglich geführten Vornamen führt, dürfen Verwaltungsbehörden und Gerichte deshalb grundsätzlich nicht nachkommen. **Sinn und Zweck** des **Offenbarungsverbotes** ist es, den von der Namensänderung Betroffenen vor einer **grundlosen Aufdeckung** der von ihm vor der Entscheidung geführten Vornamen zu **schützen**.<sup>65</sup> Ein „Offenbaren“ der früheren Vornamen kann man nur annehmen, wenn sich aus den aus dem Handelsregister ersichtlichen Angaben ergibt, dass es sich bei den eingetragenen Geschäftsführern um dieselbe Person handelt. Für den in das Handelsregister Einsehenden geht dies aus den Eintragungen jedoch nicht hervor. Selbst wenn man einen **weiten Anwendungsbereich** des § 5 Abs. 1 TSG befürwortet und ein Offenbaren im Sinne von § 5

---

<sup>61</sup> Beschluss vom 03. Februar 2015 – [II ZB 12/14](#) – DB 2015, 1215 = GmbHR 2015, 751 = MDR 2015, 663 = NZG 2015, 685 = WM 2015, 1016 = ZIP 2015, 1064.

<sup>62</sup> Beschluss vom 03. Februar 2015 – [II ZB 12/14](#) – juris, Rn. 8.

<sup>63</sup> Beschluss vom 03. Februar 2015 – [II ZB 12/14](#) – juris, Rn. 9.

<sup>64</sup> Beschluss vom 03. Februar 2015 – [II ZB 12/14](#) – juris, Rn. 20 f.

<sup>65</sup> Beschluss vom 03. Februar 2015 – [II ZB 12/14](#) – juris, Rn. 10.

Abs. 1 TSG nicht auf eine unmittelbare Erkennbarkeit der früheren Vornamen beschränkt, besteht **kein Anspruch** der Geschäftsführerin auf **vollständige Löschung** ihres vormals männlichen Vornamens. Der Anspruch, die früheren Vornamen nicht zu offenbaren bzw. nicht offenbaren zu müssen, besteht nicht schrankenlos. § 5 Abs. 1 TSG konkretisiert diese Anforderungen dergestalt, dass die früheren Vornamen (nur) dann ohne Zustimmung der Betroffenen offenbart oder ausgeforscht werden dürfen, wenn besondere Gründe des öffentlichen Interesses dies erfordern oder ein rechtliches Interesse daran glaubhaft gemacht wird.<sup>66</sup> **Besondere Gründe des öffentlichen Interesses** erfordern aber die Erkennbarkeit der früheren Vornamen der Geschäftsführerin im Handelsregister.<sup>67</sup>

Die fortwährende Erkennbarkeit der früheren Vornamen rechtfertigt sich durch das besonders **schützenswerte Interesse des Rechtsverkehrs**, sich über die Vertretungsverhältnisse der am geschäftlichen Verkehr teilnehmenden Kapitalgesellschaften informieren und vergewissern zu können.<sup>68</sup> Die **Person des Geschäftsführers** gehört zu den **Grundinformationen** über eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, zu deren Offenlegung die Gesellschaft gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2, § 10 Abs. 1 GmbHG schon bei ihrer erstmaligen Anmeldung zum Handelsregister verpflichtet ist. Um die **Aktualität des Registers** sicherzustellen und damit die Sicherheit des Rechtsverkehrs über die Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft auch in der Folgezeit zu gewährleisten, ist die Gesellschaft gemäß § 39 Abs. 1 GmbHG dazu verpflichtet, **jede Änderung** in der Person des Geschäftsführers zum Handelsregister **anzumelden**. Da der Identifikation einer Person für Dritte durch die Namensgebung entscheidende Bedeutung zukommt, gehört zu den beim Handelsregister anmeldepflichtigen Umständen nach allgemeiner Meinung auch die Änderung des Vor- oder Familiennamens des Geschäftsführers.<sup>69</sup> Der mit der Offenlegung verbundene Zweck, die gebotene **Sicherheit im Rechtsverkehr** zu gewährleis-

---

<sup>66</sup> Beschluss vom 03. Februar 2015 – [II ZB 12/14](#) – juris, Rn. 12.

<sup>67</sup> Beschluss vom 03. Februar 2015 – [II ZB 12/14](#) – juris, Rn. 13.

<sup>68</sup> Beschluss vom 03. Februar 2015 – [II ZB 12/14](#) – juris, Rn. 14.

<sup>69</sup> Beschluss vom 03. Februar 2015 – [II ZB 12/14](#) – juris, Rn. 16.

ten, erfordert, dass auch die **früheren Eintragungen** weiterhin aus dem Handelsregister **erkennbar** bleiben.<sup>70</sup>

Das **Handelsregister** ist das Publizitätsmittel, das die offenzulegenden Informationen zu den zentralen Unternehmensdaten für den Rechtsverkehr bereit hält und ihm zugänglich macht, sog. **Informations- und Publizitätsfunktion**. Die Gewährleistung der Zuverlässigkeit, Vollständigkeit und Lückenlosigkeit des Handelsregisters, die das Vertrauen des Rechtsverkehrs in das Handelsregister rechtfertigen (vgl. § 15 HGB), erfordert den **Ausschluss** von **Eingriffen** in **abgeschlossene Eintragungen**, wie sie durch die vollständige Entfernung früheren Vornamen erfolgen würden. Nur durch einen solchen Ausschluss wird die erforderliche **Widerspruchsfreiheit** der **Registereintragungen** gewährleistet. Diese wird gefährdet, wenn durch einen Eingriff in abgeschlossene Eintragungen deren Inhalt derart verändert wird, dass für ein- und dieselbe laufende Nummer eines Registereintrags der Öffentlichkeit unterschiedliche Inhalte zugänglich sind, deren Widersprüchlichkeit durch zu unterschiedlichen Zeitpunkten erstellte Ausdrücke Eingang in den Rechtsverkehr findet.<sup>71</sup>

Das Registerrecht **gewährleistet** die erforderliche **Widerspruchsfreiheit** des Handelsregisters – unabhängig davon, ob es wie vormals in Papierform oder wie heute in elektronischer Form geführt wird – durch eine **Vielzahl von Regelungen**: Nach § 12 Satz 1 HRV darf nichts durch technische Eingriffe oder sonstige Maßnahmen aus dem Register entfernt werden, entsprechend dem vormaligen **Verbot** des **Radierens** und des unleserlich Machens. Abgeschlossene Eintragungen können wegen der damit eingetretenen Offenlegung der darin enthaltenen Tatsachen bzw. Rechtsverhältnisse **nicht** mehr mit der **Beschwerde** angegriffen werden (§ 383 Abs. 3 FamFG). Auch die **Löschung** einer **Eintragung** gemäß §§ 393 ff. FamFG vollzieht sich **ihrerseits als Eintragung**, die gemäß § 14 HRV mit einer laufenden Nummer zu versehen und durch einen

---

<sup>70</sup> Beschluss vom 03. Februar 2015 – [II ZB 12/14](#) – juris, Rn. 17.

<sup>71</sup> Beschluss vom 03. Februar 2015 – [II ZB 12/14](#) – juris, Rn. 19.

Querstrich von der folgenden Eintragung räumlich zu trennen ist, um den Vorgang der Löschung als solchen im Register für Dritte nachvollziehbar zu machen. Selbst wenn die ursprüngliche Eintragung unzulässig war, wird diese nicht etwa im Nachhinein aus dem Register (technisch) entfernt; die Löschung erfolgt gemäß § 395 Abs. 1 Satz 2 FamFG vielmehr durch Eintragung eines **Vermerks** unter einer neuen laufenden Nummer sowie Rötung der unzulässigen Eintragung (vgl. §§ 16, 19 HRV). Auch bloße Berichtigungen, insbesondere bei Schreibfehlern, sind als solche im Register kenntlich zu machen (§ 17 Abs. 1 Satz 2 HRV).<sup>72</sup>

Das schützenswerte Interesse des Rechtsverkehrs an der Verlässlichkeit der Eintragungen im Handelsregister einschließlich der **Unveränderbarkeit früherer Eintragungen** überwiegt das Interesse der Geschäftsführerin, die sich aus der Rötung ihrer früheren Vornamen – ohnehin nicht zwingend – ergebende Möglichkeit des Rückschlusses eines Einsichtnehmenden, es handele sich um denselben Geschäftsführer, zu verhindern oder selbst auf eine – ebenfalls nicht sehr wahrscheinliche – Nachfrage im Geschäftsverkehr ihre früheren Vornamen möglicherweise offenbaren zu müssen.<sup>73</sup>

Ein **aktueller Ausdruck** aus dem Registerblatt enthält nur den **letzten Stand** der Eintragungen (vgl. § 30a Abs. 4 Satz 3 HRV), so dass aus ihm die früheren Vornamen der Beteiligten nicht ersichtlich werden. Als gelöschter Registereintrag lassen sich die früheren Vornamen nur dem **chronologischen Ausdruck** entnehmen, der alle Eintragungen des Registerblatts wiedergibt (vgl. § 30a Abs. 4 Satz 2 HRV). Dieser Ausdruck ist nur gegen eine Gebühr von mindestens 4,50 € erhältlich, so dass in tatsächlicher Hinsicht eine gewisse Hürde gegen die Einsichtnahme durch jedermann besteht. Die kostenfreie Einsicht erhält ein Dritter nur durch Einsichtnahme in den Räumen des Registergerichts.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> Beschluss vom 03. Februar 2015 – [II ZB 12/14](#) – juris, Rn. 20.

<sup>73</sup> Beschluss vom 03. Februar 2015 – [II ZB 12/14](#) – juris, Rn. 21.

<sup>74</sup> Beschluss vom 03. Februar 2015 – [II ZB 12/14](#) – juris, Rn. 22.

f)

Wird der **Erwerb** eines **Geschäftsanteils** an einer GmbH nach § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. ordnungsgemäß bei der Gesellschaft **angemeldet**, gilt der Gesellschaft gegenüber der **Erwerber** auch dann als **Gesellschafter**, wenn durch den Beitritt die Voraussetzungen für eine **Freistellung** der Gesellschaft vom Verbot des **§ 1 GWB entfallen** sind.<sup>75</sup>

Nach der **Lehre** von der **fehlerhaften Gesellschaft** wird eine Gesellschaft, die an einem Gründungsmangel leidet und dennoch in Vollzug gesetzt worden ist, grundsätzlich als wirksam behandelt. Diese **Grundsätze** werden auf den **Erwerb** eines **Geschäftsanteils** an einer **GmbH nicht** angewendet, weil im Verhältnis des Anteilserwerbers zur Gesellschaft diese schon durch **§ 16 Abs. 1 GmbH a.F.** geschützt ist. Danach gilt der Gesellschaft gegenüber im Fall der Veräußerung des Geschäftsanteils derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei den Geschäftsführern angemeldet ist. Die Frage, ob ein Mangel des Erwerbsvertrags mit Rückwirkung geltend gemacht werden kann, betrifft also nur das Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber. Das rechtfertigt es nicht, von den hergebrachten Grundsätzen einer rückwirkenden Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit abzuweichen.<sup>76</sup>

Die **Nichtigkeit** eines **Anteilskauf- und -abtretungsvertrags** nach **§ 134 BGB, § 1 GWB** steht der Annahme nicht entgegen, dass der als **Käufer** an einem solchen Vertrag Beteiligte **gegenüber der Gesellschaft** als **Erwerber** des Geschäftsanteils und damit als Gesellschafter gilt.<sup>77</sup> Denn die Regelung des § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. kommt im Einklang mit der herrschenden Meinung auch bei Anteilsübertragungsverträgen zur Anwen-

---

<sup>75</sup> Urteil vom 27. Januar 2015 – [KZR 90/13](#) – Dentalartikel – AG 2015, 393 = DB 2015, 971 = GmbHR 2015, 532 = NJW-RR 2015, 659 = NZG 2015, 478 = NZKart 2015, 240 = MDR 2015, 528 = WM 2015, 680 = WRP 2015, 586 = WuW 2015, 629 = ZIP 2015, 678.

<sup>76</sup> Urteil vom 27. Januar 2015 – [KZR 90/13](#) – Dentalartikel – juris, Rn. 15.

<sup>77</sup> Urteil vom 27. Januar 2015 – [KZR 90/13](#) – Dentalartikel – juris, Rn. 16.

derung, die gegen § 1 GWB verstoßen und daher nach § 134 BGB nichtig sind.<sup>78</sup>

Der Bundesgerichtshof hat bei der Anwendung des § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. bislang **nicht** zwischen Verstößen gegen § 1 GWB und anderen **Unwirksamkeitsgründen differenziert**. Er hat vielmehr im Gegenteil seine Auffassung, ein fehlerhafter Beitritt zu einer GmbH sei nicht nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft zu beurteilen, damit begründet, dass nach § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. die Gesellschaft unabhängig von der wahren Rechtslage jeden, dessen Anteilserwerb bei ihr angemeldet und nachgewiesen worden sei, als Gesellschafter behandeln dürfe und müsse.<sup>79</sup> Diese **Auslegung** des § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. entspricht nicht nur dem **Wortlaut** der Norm, sondern auch ihrem **Sinn und Zweck**.

Für die Gesellschaft wie für den Veräußerer und den Erwerber soll bei einem unwirksamen Beitritt durch die **Fiktion** eines **wirksamen Erwerbs** der Gesellschafterstellung **Rechtssicherheit** geschaffen werden. Insbesondere soll die Gesellschaft nicht darüber streiten müssen, wer zur **Zahlung** der **Einlage** verpflichtet ist. Insoweit dient die Vorschrift auch dem **Gläubigerschutz**. Die Gläubiger sollen darauf vertrauen dürfen, dass diejenigen, die ihren Beitritt ordnungsgemäß angemeldet haben und dementsprechend von der Gesellschaft als Gesellschafter behandelt werden, auch tatsächlich wie ein Gesellschafter den gesellschaftsrechtlichen Bindungen unterliegen, etwa dem Verbot, aus der Gesellschaft Vermögen zu entnehmen, soweit dadurch eine Unterbilanz entsteht oder vertieft wird. Dieses **Schutzbedürfnis** der **Gesellschaft** wie ihrer **Gläubiger** und der am Erwerb des Geschäftsanteils beteiligten Gesellschafter besteht grundsätzlich **auch** dann, wenn der **Beitritt** wegen Verstoßes gegen **§ 1 GWB nichtig** ist.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Urteil vom 27. Januar 2015 – [KZR 90/13](#) – Dentalartikel – juris, Rn. 19.

<sup>79</sup> Urteil vom 27. Januar 2015 – [KZR 90/13](#) – Dentalartikel – juris, Rn. 20.

<sup>80</sup> Urteil vom 27. Januar 2015 – [KZR 90/13](#) – Dentalartikel – juris, Rn. 21.



Die Anwendung des § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. auf nach § 134 BGB, § 1 GWB nichtige Gesellschaftsbeitritte steht auch **nicht im Widerspruch** zu der an eine kartellrechtswidrige Vereinbarung geknüpften Nichtigkeitsfolge oder sonstigen vorrangigen **kartellrechtlichen Wertungen**.<sup>81</sup> Selbst wenn der Zweck der Gesellschaft auf einen Verstoß gegen das Kartellverbot gerichtet ist, bedarf es regelmäßig keiner von Gesetzes wegen eintretenden Nichtigkeit. Vielmehr kann jeder Gesellschafter, jeder Geschäftsführer und jeder Aufsichtsrat eine **Nichtigkeitsklage** nach § 75 GmbHG erheben mit der Folge, dass die Gesellschaft nach §§ 77 Abs. 1, 65 ff. GmbHG abzuwickeln ist. Bei Gefährdungen des Gemeinwohls kann die Gesellschaft auch nach § 62 Abs. 1 GmbHG durch die Verwaltungsbehörde von Amts wegen aufgelöst werden. Daneben kann das Registergericht die Gesellschaft nach §§ 395, 397 FamFG **von Amts wegen löschen**. Ferner kann die Kartellbehörde mit einer Verfügung, gegebenenfalls auch mit einem **Bußgeldbescheid**, auf eine Beseitigung des rechtswidrigen Zustands hinwirken.<sup>82</sup>

Ähnlich verhält es sich bei einem kartellrechtswidrigen Beitritt zu einer GmbH. § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. ändert an der Nichtigkeit des Erwerbsvorgangs nach den allgemeinen Regeln nichts. Gerade für den Fall der Nichtigkeit ordnet das Gesetz an, dass der (Schein-) Erwerber der Gesellschaft gegenüber als Erwerber gilt. Im Verhältnis zum Veräußerer verbleibt es überdies uneingeschränkt dabei, dass der Erwerbsvertrag von Anfang an nichtig ist. Der Anteilserwerber muss also damit rechnen, von dem Veräußerer jederzeit aus **ungerechtfertigter Bereicherung** in Anspruch genommen zu werden.<sup>83</sup>

Offen bleiben kann die Frage, inwieweit die gesellschaftsrechtlichen Rechtsbehelfe anwendbar sind, wenn die Anteilsübertragung wegen der dadurch veränderten Zusammensetzung des Gesellschafterkreises zum

---

81 Urteil vom 27. Januar 2015 – [KZR 90/13](#) – Dentalartikel – juris, Rn. 22.

82 Urteil vom 27. Januar 2015 – [KZR 90/13](#) – Dentalartikel – juris, Rn. 24.

83 Urteil vom 27. Januar 2015 – [KZR 90/13](#) – Dentalartikel – juris, Rn. 25.

Wegfall der Freistellungsfähigkeit geführt hat. Denn jedenfalls hat die Gesellschaft mit der **Einziehung des Geschäftsanteils** nach § 34 GmbHG – oder der **Ausschließung des Gesellschafters** – ein Mittel in der Hand, den kartellrechtswidrigen Zustand – insoweit ebenso wie mit einer Nichtigkeitsklage – zu beenden, ohne aber die Gesellschaft auflösen zu müssen. Dass die Einziehung nur zu einem Untergang des Geschäftsanteils mit Wirkung ex nunc führt, entspricht den dargestellten Rechtsbehelfen bei nichtigen Gesellschaftsverträgen und ist schon deshalb nicht systemwidrig.<sup>84</sup>

**g)**

**Kundenschutzklauseln**, die zwischen einer **GmbH** und einem ihrer **Gesellschafter** anlässlich dessen **Ausscheidens** aus der Gesellschaft vereinbart werden und mit denen diesem verboten wird, Kunden der Gesellschaft nach seinem Ausscheiden Angebote zu unterbreiten oder diese auf sonstige Weise abzuwerben, sich an solchen Abwerbungsversuchen durch Dritte zu beteiligen oder dieses zu fördern, sind nach **§ 138 BGB sittenwidrig** und **nichtig**, wenn sie in **zeitlicher Hinsicht** das notwendige Maß übersteigen, das **regelmäßig maximal zwei Jahre** beträgt.<sup>85</sup> In Ausnahmefällen kann eine längere Dauer in Frage kommen, wenn schutzwürdige Interessen an einem längeren Abwerbeverbot gegeben sind.<sup>86</sup> Ein die zeitlichen Schranken übersteigendes Wettbewerbsverbot kann im Wege der **geltungserhaltenden Reduktion** auf das noch zu billigende zeitliche Maß zurückgeführt werden.<sup>87</sup>

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind mit Rücksicht auf die grundgesetzlich geschützte Berufsausübungsfreiheit nur dann gerechtfertigt und nicht nach § 138 BGB sittenwidrig, wenn und soweit sie notwendig sind,

---

<sup>84</sup> Urteil vom 27. Januar 2015 – [KZR 90/13](#) – Dentalartikel – juris, Rn. 27.

<sup>85</sup> Urteil vom 20. Januar 2015 – [II ZR 369/13](#) – DB 2015, 484 = DStR 2015, 838 = DNotZ 2015, 390 = GmbHR 2015, 308 = GRUR-Prax 2015, 129 m. Bespr. Becker = GWR 2015, 120 m. Bespr. Reichard = NJW 2015, 1012 = NotBZ 2015, 191 = NZG 2015, 354 = MDR 2015, 408 = WM 2015, 441 = ZIP 2015, 472 = ZNotP 2015, 69.

<sup>86</sup> Urteil vom 20. Januar 2015 – [II ZR 369/13](#) – juris, Rn. 13.

<sup>87</sup> Urteil vom 20. Januar 2015 – [II ZR 369/13](#) – juris, Rn. 14.

um einen Vertragspartner vor einer illoyalen Verwertung der Erfolge seiner Arbeit durch den anderen Vertragspartner **zu schützen**. Sie sind nur wirksam, wenn sie in **räumlicher, gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht** das **notwendige Maß** nicht überschreiten. Das betrifft auch nachvertragliche Wettbewerbsverbote, die erst anlässlich der Beendigung der gesellschaftsrechtlichen Beziehung vereinbart werden.<sup>88</sup> Eine vereinbarte Dauer eines Wettbewerbsverbots von fünf Jahren überschreitet regelmäßig das zum Schutz erforderliche Maß.<sup>89</sup>

Die mit einer Kundenschutzklausel verbundene **Wettbewerbsbeschränkung** ist nur so lange **gerechtfertigt**, als die **Beziehungen zu den Kunden noch fortwirken**. Bei einer Freiberufersozietät wird regelmäßig ein Zeitraum von **zwei Jahren** als **ausreichend** für den Schutz der Interessen der Beteiligten angesehen, weil sich danach die Mandantenbeziehungen typischerweise gelockert haben. Die zeitliche Grenze von zwei Jahren wurde in anderen Bereichen übernommen. Auch ein **Abwerbverbot** von **Arbeitnehmern** darf grundsätzlich **nur auf zwei Jahre** beschränkt sein.<sup>90</sup> In einem Ausnahmefall kann ein schutzwürdiges Interesse eines Unternehmers an einem länger andauernden Abwerbverbot gegebenenfalls bestehen. Bei **Kapitalgesellschaften**, die **gewerbliche Dienstleistungen** erbringen, kann grundsätzlich **kein längerer Zeitraum** gelten. Die Begrenzung der Wettbewerbsverbote gründet nicht darin, dass Wettbewerbsverbote mit dem Berufszweck von freien Berufen nicht vereinbar wären, sondern in der grundgesetzlich geschützten **Berufsausübungsfreiheit**. Diese kommt auch Gewerbetreibenden und Gesellschaftern jedenfalls einer personalistisch geführten GmbH zu. Soweit sie Dienstleistungen anbieten, bestehen hinsichtlich der Kundenbindung nicht von vorneherein Unterschiede zu den Kundenbeziehungen von Freiberuflern.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Urteil vom 20. Januar 2015 – [II ZR 369/13](#) – juris, Rn. 8.

<sup>89</sup> Urteil vom 20. Januar 2015 – [II ZR 369/13](#) – juris, Rn. 9

<sup>90</sup> Urteil vom 20. Januar 2015 – [II ZR 369/13](#) – juris, Rn. 11.

<sup>91</sup> Urteil vom 20. Januar 2015 – [II ZR 369/13](#) – juris, Rn. 12.

h)

Bei der **Abstimmung** über die **Einziehung** seines **Geschäftsanteils** aus **wichtigem Grund** hat der **betroffene Gesellschafter kein Stimmrecht** (vgl. auch § 47 Abs. 4 GmbHG).<sup>92</sup>

Eine Einziehung ist nur zulässig, wenn die auf den einzuziehenden Geschäftsanteil zu erbringende Einlageleistung voll erbracht ist. Denn nach § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG darf der Gesellschafter von seiner Pflicht zur Leistung der Einlage nicht befreit werden. Das würde aber geschehen, wenn ein Geschäftsanteil, auf den die Einlage noch nicht eingezahlt ist, eingezogen würde.<sup>93</sup> Im Regelfall ist die Einlage als Bareinlage geschuldet. Statt einer Bareinlage kann auch eine Sacheinlage vereinbart werden.<sup>94</sup> Ob ein Verhalten eines Gesellschafters einen zur Einziehung berechtigenden Verstoß gegen ein im Gesellschaftsvertrag vereinbartes Wettbewerbsverbot darstellt, ist eine Frage der Auslegung des Gesellschaftsvertrags, die dem Tatrichter obliegt.<sup>95</sup>

Der **Beschluss** über die Einziehung des Geschäftsanteils ist **nicht** deshalb **nichtig**, weil die Gesellschafterversammlung nicht gleichzeitig Maßnahmen ergreift, um ein **Auseinanderfallen** der **Summe der Nennbeträge** der nach der Einziehung verbleibenden **Geschäftsanteile** und dem **Stammkapital** der Gesellschaft zu verhindern.<sup>96</sup> In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und im Schrifttum ist umstritten, ob ein Einziehungsbeschluss auch dann wirksam sein kann, wenn durch die Einziehung eine Divergenz zwischen der Summe der Nennbeträge der verbleibenden Geschäftsanteile und dem Stammkapital entsteht, oder ob in diesem Fall – jedenfalls nach Inkrafttreten des MoMiG – der Einziehungs-

<sup>92</sup> Urteil vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 322/13](#) – BB 2015, 782 = DB 2015, 672 = DNotI-Report 2015, 61 = DNotZ 2015, 447 m. Anm. Lubberich = DStR 2015, 1194 m. Anm. Albert = GmbHR 2015, 416 = NJW 2015, 1385 m. Anm. Wanner-Laufer = NotBZ 2015, 228 = NZG 2015, 429 = MDR 2015, 478 = WM 2015, 579 = ZIP 2015, 579 = ZNotP 2015, 109.

<sup>93</sup> Urteil vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 322/13](#) – juris, Rn. 31.

<sup>94</sup> Urteil vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 322/13](#) – juris, Rn. 32.

<sup>95</sup> Urteil vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 322/13](#) – juris, Rn. 36.

<sup>96</sup> Urteil vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 322/13](#) – juris, Rn. 17.

beschluss **nichtig** oder jedenfalls **anfechtbar** ist.<sup>97</sup> Nach Ansicht des II. Zivilsenats liegt in dem Auseinanderfallen der Summe der Nennbeträge der verbleibenden Geschäftsanteile und dem Stammkapital **kein Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund**.<sup>98</sup>

Aus der **Begründung** des **Regierungsentwurfs** des **MoMiG** lässt sich für die zu lösende Frage **nichts Entscheidendes** herleiten. Entsprechend der Regelung in § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG wird dort zwar ausgeführt, ein Auseinanderfallen der Summe der Nennbeträge der verbleibenden Geschäftsanteile und des Stammkapitals sei unzulässig, nicht aber, welche Rechtsfolge sich daraus in Bezug auf die Wirksamkeit von Einziehungsbeschlüssen ergeben soll. Die **Gesetzessystematik** spricht **dagegen**, aus § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG die **Nichtigkeit** eines Einziehungsbeschlusses herzuleiten. Das Gesetz verweist bei der Kapitalerhöhung in § 55 Abs. 4 GmbHG ausdrücklich auf § 5 Abs. 3 GmbHG und verlangt bei der vereinfachten Kapitalherabsetzung in § 58a Abs. 3 Satz 1 GmbHG eine Anpassung der Nennbeträge der Geschäftsanteile an das herabgesetzte Stammkapital. In § 34 GmbHG fehlt dagegen ein solcher Verweis, obwohl er bei der Einziehung zumindest ebenso nahe gelegen hätte wie bei den Kapitalmaßnahmen.<sup>99</sup>

Die **Interessen** der **Gläubiger** gebieten **keine Übereinstimmung** der Summe der **Nennbeträge** der Geschäftsanteile mit dem **Stammkapital**. Die für die Gläubiger in diesem Zusammenhang wichtige Höhe des Stammkapitals bleibt durch die Einziehung unberührt. Die **Transparenz** der **Beteiligungsverhältnisse** ist durch die **Gesellschafterliste** sichergestellt. Darin sind die noch verbleibenden Gesellschafter mit den unverändert gebliebenen Nennbeträgen ihrer Geschäftsanteile aufzuführen. Ob darüber hinaus auch die Einziehung in der Liste zu vermerken ist, wurde ebenso offen gelassen wie die Frage, ob das Registergericht anlässlich

---

<sup>97</sup> Urteil vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 322/13](#) – juris, Rn. 18.

<sup>98</sup> Urteil vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 322/13](#) – juris, Rn. 22.

<sup>99</sup> Urteil vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 322/13](#) – juris, Rn. 25.

eines späteren Eintragungsantrags darauf bestehen kann, dass die Divergenz zwischen der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile und dem Stammkapital beseitigt wird.<sup>100</sup>

i)

Im Hinweisbeschluss vom 15. September 2014,<sup>101</sup> der zur Zurücknahme der zugelassenen Revision führte, hat der II. Zivilsenat entsprechend seiner bisherigen Rechtsprechung bestätigt, dass das bloße Zulassen von Zahlungen auf Forderungen, die nach den **vor Inkrafttreten des MoMiG** geltenden Eigenkapitalersatzregeln „gesperrt“ waren und daher von den Geschäftsführern der GmbH nicht hätten bedient werden dürfen, einen Anspruch wegen eines **existenzvernichtenden Eingriffs** nicht begründet. Die **Haftung** wegen existenzvernichtenden Eingriffs ist zwar **nicht subsidiär** gegenüber der Haftung aus §§ 30, 31 GmbHG. Die Existenzvernichtungshaftung knüpft an den einheitlichen, zur Insolvenz der Gesellschaft führenden Eingriff in das Gesellschaftsvermögen an. Es ist daher nicht zwingend geboten, die Schadensersatzhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs nur jenseits der Grenze der §§ 30, 31 GmbHG eingreifen zu lassen. Gleichwohl geht es bei der Existenzvernichtungshaftung allein darum, die insoweit bestehenden **Schutzlücken** der §§ 30, 31 GmbHG **zu schließen**. Dies dient dem **wirksamen Schutz** des **Vermögens** der **Gesellschaft** vor derartigen Eingriffen. Wenn der Gesellschafter aber Zahlungen unter Verstoß gegen die Eigenkapitalersatzregeln – ebenso wie unter Verstoß gegen § 30 GmbHG in direkter Anwendung – entgegennimmt, führt das zu einem Rückzahlungsanspruch (analog) § 31 Abs. 1 GmbHG.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Urteil vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 322/13](#) – juris, Rn. 25.

<sup>101</sup> Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZR 442/13](#) – GmbHR 2015, 644 m. Anm. Ulrich/Schlichting = ZInsO 2015, 1216.

<sup>102</sup> Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZR 442/13](#) – juris, Rn. 9.

### 3. Recht der Aktiengesellschaft

Zum Recht der Aktiengesellschaft sind die nachfolgenden Entscheidungen ergangen:

#### a)

Die Auslegung von § 130 Abs. 1 AktG ergibt, dass bei **nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften** dann, wenn in der Hauptversammlung ein Beschluss gefasst wird, der nach dem Gesetz eine **qualifizierte Mehrheit** voraussetzt, nicht die gesamte Niederschrift von einem Notar beurkundet werden muss, sondern dass die Niederschrift in notariell beurkundete und in vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete **Abschnitte teilbar** ist.<sup>103</sup> Nach § 241 Nr. 2 AktG ist ein Beschluss der Hauptversammlung nichtig, wenn er nicht nach § 130 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 AktG beurkundet ist.<sup>104</sup> Nach § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG ist jeder Beschluss der Hauptversammlung durch eine über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden. Bei nichtbörsennotierten Gesellschaften reicht eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu unterzeichnende Niederschrift aus, soweit keine Beschlüsse gefasst werden, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt (§ 130 Abs. 1 Satz 3 AktG). Wenn auf einer Hauptversammlung einer nichtbörsennotierten Aktiengesellschaft ein Beschluss gefasst wird, für den das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt und der damit stets durch eine notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden ist, muss ein **anderer, nicht** diesen **Mehrheitserfordernissen** unterliegender Beschluss nicht in der vom Notar aufgenommenen Niederschrift beurkundet sein, sondern es **genügt** dafür eine vom **Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Niederschrift**.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 14.

<sup>104</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 12.

<sup>105</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 13.

Eine solche **Teilbarkeit** des **Hauptversammlungsprotokolls** legt zunächst der **Wortlaut** von **§ 130 Abs. 1 AktG** nahe.<sup>106</sup> Für die **Trennbarkeit** der Niederschrift in notariell beurkundungsbedürftige Beschlüsse und in Beschlüsse, bei denen die Niederschrift durch den Aufsichtsratsvorsitzenden genügt, und **gegen** eine **einheitliche Protokollierung** der gesamten Hauptversammlung spricht die **Entstehungsgeschichte** des Gesetzes.<sup>107</sup> Dass der Gesetzgeber mit der Gesetzesänderung die kleine Aktiengesellschaft durch Erleichterungen und Deregulierung für mittelständische Unternehmen attraktiv machen, auf Formalitäten wie bei den großen Publikumsgesellschaften verzichten sowie Kosten senken wollte, besagt dagegen nichts dazu, ob eine gemischte Protokollierung möglich oder ausgeschlossen ist. Allerdings spricht eine beabsichtigte **Angleichung** an das **GmbH-Recht** für eine **Trennbarkeit** in notariell beurkundete und nicht notariell beurkundete Beschlüsse, die bei der GmbH allgemein anerkannt ist, wenn auch wegen der weniger aufwändigen Einladung und des überschaubaren Gesellschafterkreises häufig mehrere Versammlungen abgehalten werden.<sup>108</sup>

Systematisch sieht § 130 Abs. 5 AktG zwar als Regelfall die Einreichung einer öffentlich beglaubigten Abschrift der Niederschrift vor, während nur im Fall des § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats unterzeichnete Abschrift genügt. Wenn eine **gemischte Protokollierung** durch Notar und Aufsichtsratsvorsitzenden möglich ist, lässt sich das aber auch dahin verstehen, dass eine öffentlich beglaubigte Abschrift nur einzureichen ist, soweit notariell beurkundet ist.<sup>109</sup>

Wenn erst nach der **Beschlussfeststellung Widersprüche** „gesammelt“ werden, ist zwar grundsätzlich eine Zuordnung von Erklärungen bzw. Widersprüchen zum Beschlussgegenstand erforderlich. Das führt aber nicht dazu, dass Erklärungen und Widersprüche auch in derselben Form wie

---

<sup>106</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 15 f.

<sup>107</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 17.

<sup>108</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 18.

<sup>109</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 19



der dazugehörige Beschluss protokolliert sein müssen. Die Protokollierung eines – grundsätzlich an keine Form gebundenen – Widerspruchs kann ebenso wie die von Fragen bzw. Auskunftsverweigerungsgründen auch der privatschriftlichen Niederschrift des Aufsichtsratsvorsitzenden überlassen bleiben, weil es sich nicht um die Beschlussfassung im engeren Sinn handelt. Auch eine nur vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Niederschrift muss Fragen, Auskunftsverweigerungsgründe und Widersprüche dokumentieren; es ist kein Grund ersichtlich, warum er sie nicht auch dann protokollieren kann, wenn der Beschluss, auf den sich die Frage oder der Widerspruch bezieht, notariell beurkundet werden muss.<sup>110</sup>

Bei der Protokollierung von **Verfahrensbeschlüssen** wie der Absetzung oder Vertagung von Tagesordnungspunkten oder über einen Debattenschluss entstehen **keine besonderen Schwierigkeiten** durch eine gemischte Niederschrift. Verfahrensbeschlüsse bedürfen grundsätzlich nicht derselben (qualifizierten) Mehrheit wie Sachbeschlüsse, auf die sie sich beziehen, sondern können mit einfacher Mehrheit gefasst werden. Sie sind daher nicht schon deshalb notariell zu protokollieren, weil sie einem Beschluss zuzuordnen sind, für den eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit vorgeschrieben ist. Wenn wegen der verschiedenen Urkunden eine eindeutige Zuordnung der Verfahrensbeschlüsse nicht mehr sinnvoll möglich ist, liegt dies nicht an der Beurkundung durch verschiedene Personen, sondern an einer unklaren Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter oder einer unklaren Protokollierung.<sup>111</sup>

Etwaige durch eine einander **widersprechende Protokollierung** von Fragen bzw. Antwortverweigerungsgründen oder eines Widerspruchs im Falle verschiedener Niederschriften des Notars und des Aufsichtsratsvorsitzenden entstehende **Beweisprobleme** sind **lösbar**. Sie können auch bei der

---

<sup>110</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 22.

<sup>111</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 24.

vollständigen Protokollierung in notarieller Form auftreten, ohne dass dabei die Wirksamkeit der Protokollierung in Frage gestellt ist.<sup>112</sup>

**Unterschiedliche Feststellungen** zu den **gefassten Beschlüssen** und eine **unterschiedliche Wiedergabe** des Inhalts der Belege über die Einberufung nach § 130 Abs. 3 AktG führen ebenfalls nicht zu unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Beweisführung. Dem notariellen Protokoll kommt nach § 415 Abs. 1 ZPO besondere Beweiskraft zu, während das privatschriftliche Protokoll durch den Aufsichtsratsvorsitzenden grundsätzlich der **freien Beweiswürdigung** gemäß **§ 286 ZPO** unterliegt, so dass mit einem anderen Inhalt der privatschriftlichen Niederschrift allein kein Gegenbeweis gegen den Inhalt der vom Notar gefertigten Niederschrift geführt ist (§ 415 Abs. 2 ZPO). Eine Beweiswürdigung zum Beschlussinhalt kann aber auch bei einem ausschließlich notariell geführten Protokoll einer Hauptversammlung erforderlich werden, wenn – wie nicht selten – neben dem notariellen Protokoll eine privatschriftliche Aufzeichnung gefertigt wird.<sup>113</sup>

Es kommt **nicht entscheidend** darauf an, ob in der Tagesordnung eine **einheitliche Beschlussvorlage** angekündigt ist und **einheitlich abgestimmt** wird. Allein aus dem Umstand, dass mehrere Beschlussgegenstände in einem Beschluss gemeinsam zur Abstimmung gestellt werden, lässt sich nicht schließen, dass im Fall der Nichtigkeit eines Gegenstandes auch der andere Gegenstand nach dem Willen der Aktionäre nichtig sein soll. Wenn die einheitliche Abstimmung maßgeblich sein soll, wird nicht der **Inhalt des Beschlusses** der Auslegung zugrunde gelegt, sondern ein **äußerer Umstand** als Abgrenzungsmerkmal genommen. Dieser äußere Umstand ist **als Abgrenzungsmerkmal untauglich**. Die Fassung eines einheitlichen Beschlusses ist gerade Voraussetzung dafür, dass die Gesamtnichtigkeit des Beschlusses nach § 139 BGB in Frage steht. Für den

---

<sup>112</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 25.

<sup>113</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 26.

Fall mehrerer, rechtlich oder sachlich zusammenhängender Beschlüsse gilt § 139 BGB nicht.<sup>114</sup>

Seite 35 von 50

Da es **nicht** auf die **subjektiven Vorstellungen** des einzelnen **Aktionärs**, sondern auf die **Auslegung** des **Beschlusses** ankommt, ist nicht deshalb grundsätzlich von Gesamtnichtigkeit auszugehen, weil bei Satzungsänderungen ein Aktionär möglicherweise gerade wegen der nichtigen, geänderten, aber gewünschten Bestimmung trotz Bedenken gegen einen anderen Teil der Änderungen für den Beschlussantrag gestimmt hat. In solchen Fällen bestünde das hypothetisch folgerichtige Verhalten außerdem eher darin, ähnlich wie bei Blockabstimmungen gegen den einheitlichen Beschlussantrag zu stimmen.<sup>115</sup> **Maßgebliches Auslegungskriterium** für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens ist vielmehr, ob nach dem Beschlussinhalt ein **innerer Zusammenhang** zwischen den **Beschlussgegenständen** besteht oder hergestellt ist. In der Rechtsprechung ist deshalb beispielsweise bei der Kapitalerhöhung der nichtige Bezugsrechtsausschluss nicht auf die Billigung des genehmigten Kapitals erstreckt worden oder im Schrifttum die Umstellung von Nennbetrags- auf Stückaktien nicht auf die Änderung des Unternehmensgegenstands.<sup>116</sup>

Der **Beschluss** zur **Ermächtigung** des **Vorstands** zum **Erwerb eigener Aktien** ist **nichtig** nach **§ 241 Nr. 3 AktG**, wenn er entgegen **§ 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG keine Frist zur Geltungsdauer** der Ermächtigung festlegt. Die Vorschrift des § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG dient dem **Gläubigerschutz**.<sup>117</sup> Das Recht, die **Nichtigkeit** eines Beschlusses geltend zu machen, kann **verwirkt** werden. Dies setzt voraus, dass ein Recht über eine **längere Zeitspanne** nicht geltend gemacht wird und **Umstände** vorliegen, die es aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Interessenlage als geboten erschei-

---

<sup>114</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 31.

<sup>115</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 32.

<sup>116</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 33.

<sup>117</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 36.

nen lassen, dem Anspruchsinhaber die Inanspruchnahme seines Rechts zu verwehren.<sup>118</sup>

Seite 36 von 50

**b)**

Ein **Vorstandsmitglied verletzt** seine **Pflichten**, wenn es die aktienrechtliche **Kompetenzverteilung missachtet** (vgl. § 82 Abs. 2 AktG).<sup>119</sup>

Für die Entscheidung über die Vergütung der Vorstandsmitglieder und für den Abschluss der die Vergütung betreffenden Verträge ist der Aufsichtsrat zuständig (§ 84 Abs. 1, § 87, § 112 AktG). Der Abschluss dieser Verträge fällt selbst dann in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats, wenn sie von der Gesellschaft nicht mit dem Vorstandsmitglied selbst, sondern einem Dritten abgeschlossen werden und mit diesem eine Vergütung für die Vorstandstätigkeit vereinbart wird. Nur dadurch ist der Gleichlauf von Bestellungs- und Anstellungskompetenz gewährleistet.

Unter diese „Drittanstellungsverträge“ fällt bei der Bestellung eines **vorübergehenden Vorstandsmitglieds**, das selbst in einem Vertragsverhältnis zu einem Dritten steht, auch der Abschluss eines Vertrags über die Vergütung dieses Dritten für die Vermittlung sowie Stellung des Vorstandsmitglieds und für seine Vorstandstätigkeit. Dies ist anzunehmen bei einem **Beratervertrag** zwischen der **AG** und einer **GmbH**, der die **Vergütung** dieser Gesellschaft für die **Vorstandstätigkeit** des **Geschäftsführers der GmbH** regelt.<sup>120</sup>

Ein Mitglied des **Vorstands** einer Aktiengesellschaft hat darauf hinzuwirken, dass seine **Vorstandskollegen die Kompetenzordnung achten** und ihre **Kompetenzen nicht überschreiten**. Vorstandsmitglieder verletzen ihre Pflichten nicht nur dann, wenn sie eigenhändig tätig werden oder

---

<sup>118</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – juris, Rn. 38.

<sup>119</sup> Urteil vom 28. April 2015 – [II ZR 63/14](#) – DB 2015, 1459 = NZG 2015, 792 = WM 2015, 1197 = ZIP 2015, 1220.

<sup>120</sup> Urteil vom 28. April 2015 – [II ZR 63/14](#) – juris, Rn. 25.

Kollegialentscheidungen treffen, sondern auch, wenn sie gegen pflichtwidrige Handlungen anderer Vorstandsmitglieder nicht einschreiten.<sup>121</sup>

Von einem **Verschulden** des Vorstandsmitglieds ist bei Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung **grundsätzlich auszugehen**. Mangelnde Fähigkeiten und Kenntnisse, die dem verlangten Standard nicht genügen, stellen keinen Entschuldigungsgrund dar. Das gilt erst recht für einen **Rechtsirrtum**. Grundsätzlich trifft den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen. Ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft kann sich **nur ausnahmsweise** wegen eines Rechtsirrtums **entlasten**, wenn es sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und den erteilten Rechtsrat einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht.<sup>122</sup> Insoweit liegen sowohl die Darlegungs- als auch die Beweislast beim Vorstandsmitglied.<sup>123</sup> Im Hinblick auf die **Unabhängigkeit** des **Beraters** ist nicht dessen persönliche Unabhängigkeit gemeint, sondern der Umstand, dass der Berater seine Rechtsauskunft sachlich unabhängig, also unbeeinflusst von unmittelbaren oder mittelbaren Vorgaben hinsichtlich des Ergebnisses erteilt hat. Für eine Beurteilung sind nähere Darlegung der Umstände der Auftragserteilung und des weiteren Verlaufs der Beratung erforderlich.<sup>124</sup>

**Grundlage** für die **Plausibilitätsprüfung** ist die (**unzutreffende**) **Rechtsauskunft** und **nicht die wirkliche Rechtslage**.<sup>125</sup> Denn die Plausibilitätsprüfung besteht nicht in einer rechtlichen Überprüfung der erhaltenen Rechtsauskunft. Sie beinhaltet vielmehr eine Überprüfung, ob dem Berater nach dem Inhalt der Auskunft alle erforderlichen Informationen zur Verfügung standen, er die Informationen verarbeitet hat und alle sich in

---

<sup>121</sup> Urteil vom 28. April 2015 – [II ZR 63/14](#) – juris, Rn. 27.

<sup>122</sup> Urteil vom 28. April 2015 – [II ZR 63/14](#) – juris, Rn. 28.

<sup>123</sup> Urteil vom 28. April 2015 – [II ZR 63/14](#) – juris, Rn. 34 f.

<sup>124</sup> Urteil vom 28. April 2015 – [II ZR 63/14](#) – juris, Rn. 36.

<sup>125</sup> Urteil vom 28. April 2015 – [II ZR 63/14](#) – juris, Rn. 37.

der Sache für einen Rechtsunkundigen aufdrängenden Fragen widerspruchsfrei beantwortet hat oder sich aufgrund der Auskunft weitere Fragen aufdrängen.<sup>126</sup> Eine **Entlastung** aufgrund eines **Rechtsirrtums** verlangt **nicht**, dass ein **Prüfauftrag** ausdrücklich für eine **bestimmte Rechtsfrage** erteilt wird, sondern nur, dass die Prüfung aus der Sicht des nicht fachkundigen Organs die zweifelhafte Frage umfasst. Selbst wenn sich der dem sachkundigen Dritten erteilte Auftrag auf eine anderweitige Aufgabenstellung richtet, kann es das Organ entlasten, wenn es sich nach den Umständen der Auftragserteilung darauf verlassen durfte, die Fachperson habe im Rahmen der anderweitigen Aufgabenstellung auch die zweifelhafte Frage geprüft.<sup>127</sup>

Im fraglichen Rechtsstreit genügte für das Vorstandsmitglied als **Rechtsauskunft**, ob die Maßnahme in die **Kompetenz** des **Vorstands** fiel und der Vorstand eigenverantwortlich handeln durfte. Diese Fragen wurden in der erteilten Auskunft beantwortet. Von einem **juristischen Laien** kann insoweit **nicht erwartet** werden, dass es die **rechtliche Unterscheidung** zwischen **Vertretungsmacht** einerseits und **Zustimmungsbedürftigkeit** andererseits von sich aus kennt. Schon aus diesem Grund muss sich für ihn in Anbetracht der für die Vertretungsverhältnisse der Aktiengesellschaft grundlegenden Vorschrift des **§ 112 AktG** auch nicht aufdrängen, dass hinsichtlich des beabsichtigten Vertragsschlusses mit einer Gesellschaft, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer zugleich Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft ist, nicht lediglich ein satzungsmäßiges Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats, sondern dessen gesetzliche Zuständigkeit zum Abschluss des Beratervertrags in Rede steht.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> Urteil vom 28. April 2015 – [II ZR 63/14](#) – juris, Rn. 33.

<sup>127</sup> Urteil vom 28. April 2015 – [II ZR 63/14](#) – juris, Rn. 30.

<sup>128</sup> Urteil vom 28. April 2015 – [II ZR 63/14](#) – juris, Rn. 32.

c)

Enthält das Rubrum eines mit einer Aktiengesellschaft abgeschlossenen **Mietvertrags** oder eines Nachtrags **keine Angaben** über die **Vertretungsregelung** der Gesellschaft, so ist die **Schriftform** des Vertrags auch dann **gewahrt**, wenn **nur ein Vorstandsmitglied ohne Vertretungszusatz unterzeichnet** hat.<sup>129</sup>

Handelt es sich bei einer **Mietvertragspartei** um eine **Kapitalgesellschaft**, die von **mehreren Personen vertreten** wird, kann der Eindruck, die Urkunde sei in Bezug auf die Unterschriften noch unvollständig, nicht entstehen, wenn ein Mitglied des Vorstands und ein Prokurist unterzeichnet haben. Ein **Rechtsnachfolger**, dessen **Schutz** die **Schriftform** in erster Linie dient, kann in diesem Fall ohne weiteres erkennen, dass die Unterzeichnung für alle Vorstandsmitglieder erfolgt ist. Denn nach § 78 Abs. 3 AktG kann die Satzung der Gesellschaft unter anderem bestimmen, dass einzelne Vorstandsmitglieder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind. Deshalb genügt die Unterzeichnung durch ein Vorstandsmitglied und einen mit dem Zusatz „ppa“ unterschreibenden Prokuristen dem Schriftformerfordernis.<sup>130</sup>

Wird die **Vertretungsregelung** der Aktiengesellschaft **im Rubrum** des Mietvertrages angegeben, kann der ohne Vertretungszusatz geleisteten einzelnen Unterschrift nicht entnommen werden, ob die übrigen Vorstandsmitglieder noch unterzeichnen müssen. Deshalb kann der Eindruck entstehen, es bedürfe zur Wirksamkeit der Vereinbarung einer weiteren Unterschrift. Bei einer solchen Gestaltung folgen die **Zweifel** an der **Vollständigkeit** der **Unterschriftsleistung** unmittelbar aus der Urkunde selbst.<sup>131</sup> Enthält das **Rubrum** eines Mietvertrags jedoch **keine Angaben** zur Vertretungsregelung der Aktiengesellschaft, heißt es dort beispiels-

---

<sup>129</sup> Urteil vom 22. April 2015 – [XII ZR 55/14](#) – DB 2015, 1404 = Grundeigentum 2015, 783 = MDR 2015, 698 = NJW 2015, 2034 = IBRRS 2015, 1159 = IMR 2015, 2843 m. Bespr. Neuhaus = ZIP 2015, 783.

<sup>130</sup> Urteil vom 22. April 2015 – [XII ZR 55/14](#) – juris, Rn. 17.

<sup>131</sup> Urteil vom 22. April 2015 – [XII ZR 55/14](#) – juris, Rn. 20.

weise lediglich „X AG, vertreten durch den Vorstand“, so können **Zweifel** daran, ob das unterzeichnende Vorstandsmitglied nur für sich oder auch für weitere Vorstandsmitglieder unterschreiben will, **nicht auftreten**.<sup>132</sup>

Für die Beurteilung, ob die Urkunde den Eindruck der Unvollständigkeit erwecken kann, ist **nicht** auf die aus dem **Handelsregister** ersichtliche **Vertretungsregelung** abzustellen, sondern auf die **Angaben** im **Mietvertrag** bzw. dem betreffenden Nachtrag. Allein aus diesen muss sich eindeutig entnehmen lassen, ob der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften zustande gekommen ist oder ob dessen Wirksamkeit so lange hinausgeschoben sein soll, bis weitere Unterschriften geleistet werden. Entscheidend ist mithin auf die äußere Form der Vertragsurkunde abzustellen. Danach würde auch eine Unterzeichnung als Vertreter ohne Vertretungsmacht der Einhaltung der Schriftform nicht entgegenstehen. Ob der Vertrag bereits mit dieser Unterzeichnung wirksam zustande kommt oder mangels Vollmacht des Unterzeichnenden erst noch der Genehmigung der von ihm vertretenen Partei bedarf, ist **keine Frage der Schriftform**, sondern der wirksamen Vertretung der Gesellschaft beim **Vertragschluss**. Denn § 550 BGB will den Erwerber lediglich über den Inhalt eines gesetzlich auf ihn übergehenden Vertrages informieren und nicht darüber, ob ein wirksamer Vertrag besteht. Das Handelsregister gibt demgegenüber Auskunft über die tatsächlichen Vertretungsverhältnisse, auf die es für die Wahrung der Schriftform nicht ankommt.<sup>133</sup>

**d)**

Der nach § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG bestellte **besondere Vertreter** kann der **Anfechtungsklage** gegen den Beschluss über die Verfolgung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen ein Aufsichtsratsmitglied der Aktiengesellschaft und einen Generalbevollmächtigten aus Geschäftsvorfällen zwischen der Aktiengesellschaft und ihr nahestehenden Unternehmen und über seine Bestellung **auf Seiten** der **Gesellschaft** als **Nebenin-**

---

<sup>132</sup> Urteil vom 22. April 2015 – [XII ZR 55/14](#) – juris, Rn. 22.

<sup>133</sup> Urteil vom 22. April 2015 – [XII ZR 55/14](#) – juris, Rn. 24.



**tervenient beitreten.** Nach § 66 Abs. 1 ZPO kann derjenige einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit zur Unterstützung beitreten, der ein rechtliches Interesse am Obsiegen einer Partei hat. Der besondere Vertreter hat ein **rechtliches Interesse** am **Obsiegen** der Gesellschaft im Anfechtungsprozess gegen seine Bestellung und die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.<sup>134</sup>

Der Beitritt ist **nicht** schon deshalb **unzulässig**, weil der besondere Vertreter als **Organ nicht parteifähig** ist. Zwar müssen die allgemeinen Prozesshandlungsvoraussetzungen, zu denen die Parteifähigkeit gehört, auch in der Person des Nebenintervenienten vorliegen und ist der besondere Vertreter im Rahmen seines Aufgabenkreises Organ der Gesellschaft. Der Beitritt setzt aber keine der Anfechtungsbefugnis entsprechende besondere aktienrechtliche „Nebeninterventionsbefugnis“ voraus.<sup>135</sup> Der besondere Vertreter ist als **natürliche Person parteifähig** (§ 50 ZPO). Ob er beim Beitritt im Rahmen der ihm als besonderem Vertreter zugewiesenen Aufgaben als Organ oder Organmitglied handelt, ist für seine Rechts- und Parteifähigkeit ohne Bedeutung.

Im **Anfechtungsstreit** um seine **Bestellung** vertritt der besondere Vertreter nicht die **Gesellschaft**; sie wird vielmehr durch **Vorstand** und **Aufsichtsrat vertreten** (§ 246 Abs. 2 Satz 2 AktG). Gegen eine **nachlässige Prozessführung** durch Vorstand und Aufsichtsrat im Anfechtungsprozess über die Bestellung haben die Aktionäre die Möglichkeit, auf Seiten der Gesellschaft beizutreten und so eine Säumnis der Gesellschaft oder ein zur Nichtigerklärung führendes Anerkenntnis abzuwenden.<sup>136</sup>

Das **Interventionsinteresse** des besonderen Vertreters folgt allerdings **nicht** bereits aus einer **Rechtskrafterstreckung**. Regelmäßig ist ein rechtliches Interesse eines Dritten gegeben, gegenüber dem die Ent-

---

<sup>134</sup> Beschluss vom 28. April 2015 – [II ZB 19/14](#) – juris, Rn. 12, 17.

<sup>135</sup> Beschluss vom 28. April 2015 – [II ZB 19/14](#) – juris, Rn. 13.

<sup>136</sup> Beschluss vom 28. April 2015 – [II ZB 19/14](#) – juris, Rn. 16.

scheidung Rechtskraft bewirkt. § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG ordnet eine solche Rechtskrafterstreckung für den Fall der Nichtigkeitserklärung aber **nur** gegenüber allen Aktionären, den Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats an. Der besondere Vertreter zählt nicht dazu. Der besondere Vertreter tritt zwar für seinen Aufgabenbereich an die Stelle des Vorstands. Dieser Aufgabenbereich besteht aber nur in der Geltendmachung von Ersatzansprüchen. Dazu muss nicht gesichert werden, dass ein Beschluss der Gesellschaft auch ihm gegenüber nach einer erfolgreichen Anfechtungsklage unabhängig davon nichtig ist, ob er seinen Aufgabenbereich betrifft.<sup>137</sup>

Das **Interventionsinteresse** des gemeinsamen Vertreters folgt aber aus der **Gestaltungswirkung** einer Entscheidung, die seine Bestellung und die Entscheidung für eine Verfolgung von Ersatzansprüchen für nichtig erklärt. Bei gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsclagen kommt wegen der Gestaltungswirkung des § 241 Nr. 5 AktG eine Nebenintervention desjenigen Dritten in Betracht, der von der Nichtigkeitserklärung betroffen ist. Die **Nichtigkeitserklärung** des **Bestellungsbeschlusses** und des **Beschlusses** über die **Geltendmachung** von **Ersatzansprüchen** betrifft den besonderen Vertreter unmittelbar, weil er sein **Amt** und seinen **Auftrag verliert**.<sup>138</sup>

Dagegen **fehlt** ein **rechtliches Interesse** für den Beitritt hinsichtlich der Anfechtungsklage gegen den **Beschluss** über die **Sonderprüfung**. Weder erstreckt sich die Rechtskraft einer Nichtigkeitserklärung auf den besonderen Vertreter noch ist er von der Gestaltungswirkung der Nichtigkeitserklärung betroffen. Der Gegenstand des geltend zu machenden Ersatzanspruchs und der Sonderprüfung sind allenfalls teilweise identisch. Die Sonderprüfung dient hier insbesondere nicht der Ermittlung von Tatsachen für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs.<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> Beschluss vom 28. April 2015 – [II ZB 19/14](#) – juris, Rn. 18.

<sup>138</sup> Beschluss vom 28. April 2015 – [II ZB 19/14](#) – juris, Rn. 19.

<sup>139</sup> Beschluss vom 28. April 2015 – [II ZB 19/14](#) – juris, Rn. 20.

#### 4. Umwandlungsrecht

Zum Umwandlungsrecht ist auf folgende Entscheidung hinzuweisen:

Ein **Statusverfahren** ist mit der **Verschmelzung** der **betroffenen Gesellschaft** auf eine andere Gesellschaft **erledigt**.<sup>140</sup> Denn damit ist die **übertragende Gesellschaft erloschen** (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG).<sup>141</sup> Eine bereits eingelegte Rechtsbeschwerde des übertragenden Rechtsträgers wird damit unzulässig, wenn nicht ausnahmsweise ein berechtigtes Interesse an der Feststellung besteht, dass die angefochtene Entscheidung den Rechtsbeschwerdeführer in seinen Rechten verletzt hat.<sup>142</sup>

#### 5. Bilanzrecht

Das Bilanzrecht hatten die nachfolgenden Entscheidungen zum Gegenstand:

##### a)

Mit dem richtungsweisenden Urteil vom 05. März 2015 hat der IX. Zivilsenat eine Reihe von Unklarheiten bezüglich der **Voraussetzungen** und der **Rechtsfolgen** einer **Rangrücktrittsvereinbarung** ausräumt und die hieraus resultierenden Rechtsunsicherheiten beseitigt.<sup>143</sup>

Eine **qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung** stellt einen **Schuld- oder Schuldänderungsvertrag** dar, nach dessen Inhalt die **Forderung** des Gläubigers **nicht mehr passiviert** wird und **nur** im Falle eines die Ver-

---

<sup>140</sup> Beschluss vom 27. Januar 2015 – [II ZB 7/14](#) – AG 2015, 348 = BD 2015, 861 = Der Konzern 2015, 162 = FGPrax 2015, 135 = NJW 2015, 1449 = NZG 2015, 438 = MDR 2015, 476 = WM 2015, 678 = ZIP 2015, 655.

<sup>141</sup> Beschluss vom 27. Januar 2015 – [II ZB 7/14](#) – juris, Rn. 4 f.

<sup>142</sup> Beschluss vom 27. Januar 2015 – [II ZB 7/14](#) – juris, Rn. 6 f.

<sup>143</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – BB 2015, 973 m. Anm. Poelzig = DB 2015, 732 m. Anm. Schmidt-Hern = DStR 2015, 767 = GmbHR 2015, 472 = JZ 2015, 520 = NJW 2015, 1672 = NZI 2015, 315 m. Anm. Schäfer = MDR 2015, 544 = ZInsO 2015, 681 = ZIP 2015, 638.

bindlichkeiten **übersteigenden Aktivvermögens befriedigt** werden darf. Als Vertrag zugunsten der Gläubigergesamtheit (§ 328 Abs. 1 BGB) kann die Vereinbarung ab Eintritt der Insolvenzreife nicht durch eine Abrede des Schuldners mit dem Gläubiger der Forderung aufgehoben werden. Wird eine mit einem qualifizierten Rangrücktritt versehene Verbindlichkeit trotz Insolvenzreife beglichen, kann die Zahlung mangels eines Rechtsgrundes kondiziert werden (§ 812 Abs. 1 BGB). Eine trotz eines qualifizierten Rangrücktritts im Stadium der Insolvenzreife bewirkte Zahlung kann als unentgeltliche Leistung angefochten werden (§ 134 InsO).

Im Streitfall war in einem Vertrag über ein **nachrangiges Darlehen** zwischen einer GmbH als Darlehensnehmerin und der Darlehensgeberin ein **Rangrücktritt** vereinbart, nach dem die **Gläubigerin** mit ihrem Anspruch auf Rückzahlung des Nominalbetrags des Darlehens und ihrem Anspruch auf Zinszahlung dergestalt im Rang hinter die Forderungen aller bestehenden und künftigen Gläubiger der Schuldnerin zurücktritt, dass sie erst **nach Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger** und, soweit ein Liquidationsüberschuss oder ein die sonstigen Verbindlichkeiten übersteigendes Vermögen der Gesellschaft hierfür zur Verfügung steht, nur zugleich mit, im Rang jedoch **vor den Einlagerückgewähransprüchen** der Gesellschafter der Schuldnerin Erfüllung dieser Ansprüche verlangen kann. Der Nachrang sollte nach dem Vertrag zwar **auch im Insolvenzverfahren** gelten, aber im Übrigen nur, solange und soweit durch eine teilweise oder vollständige Befriedigung des im Rang zurückgetretenen Anspruchs der Gläubigerin eine Überschuldung oder eine Zahlungsunfähigkeit im insolvenzrechtlichen Sinne der Schuldnerin entsteht oder zu entstehen droht.<sup>144</sup>

Einer Gesellschaft gewährte **Darlehen** müssen grundsätzlich **passiviert** werden und können zu ihrer **Überschuldung** (§ 19 InsO) beitragen. **Rangrücktrittsvereinbarungen** dienen deshalb dem **Zweck**, eine Forderung im Überschuldungstatus einer Gesellschaft unberücksichtigt zu las-

---

<sup>144</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 2.

sen und dadurch ihre **Insolvenz zu vermeiden**.<sup>145</sup> Inhalt und Reichweite eines Rangrücktritts können Gläubiger und Schuldner der Forderung frei vereinbaren. Es kann vorgesehen werden, dass der Nachrang nur für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Geltung haben soll. Eine solche Abrede wäre indessen nicht geeignet, eine Überschuldung des Unternehmens abzuwenden, weil der Gläubiger nicht gehindert wäre, seine Forderung vor Verfahrenseröffnung durchzusetzen. Falls ein Gläubiger vereinbarungsgemäß hinter bestimmte einzelne Gläubiger zurücktritt, lässt sich eine Überschuldung ebenfalls nicht verhindern, weil die betroffene Forderung dann als letztrangige Verbindlichkeit bestehen bleibt, die weiterhin das Schuldnervermögen belastet.<sup>146</sup>

Soll eine Rangrücktrittsvereinbarung die **Vermeidung** einer **Insolvenz** sicherstellen, muss sie nach der bis zum Inkrafttreten des MoMiG am 01. November 2008 und den damit verbundenen Modifizierungen der §§ 19 Abs. 2 Satz 2, 39 Abs. 2 InsO maßgeblichen Gesetzeslage sowohl **vor** als **nach Verfahrenseröffnung** ausschließen, dass eine Darlehensforderung als Verbindlichkeit in die Bilanz aufgenommen wird. Demzufolge muss sich der Regelungsbereich einer Rangrücktrittsvereinbarung auf den Zeitraum vor und nach Insolvenzeröffnung erstrecken. Ein Rangrücktritt ist als **rechtsgeschäftliches Zahlungsverbot** des Inhalts auszugestalten, dass die Forderung des Gläubigers außerhalb des Insolvenzverfahrens nur aus **ungebundenem Vermögen** und in der Insolvenz nur im **Rang nach** den Forderungen **sämtlicher normaler Insolvenzgläubiger** (§ 38 InsO) befriedigt werden darf. Der Gläubiger muss auf Grund der Rangrücktrittsvereinbarung **dauerhaft gehindert** sein, seine Forderung geltend zu machen. **Unzureichend** ist ein lediglich **zeitlich begrenzter Rücktritt**.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 13.

<sup>146</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 15.

<sup>147</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 16.

Die Annahme, ein **Rangrücktritt** stelle einen **bedingten Forderungserlass** dar, läuft dem **Parteiwillen entgegen**, weil er zu dem überschießenden Ergebnis führen würde, dass infolge des Forderungsverzichts **akzessorische Sicherheiten erlöschen** und der Anspruch auf **Verzinsung** der Forderung entfällt. Auch die Annahme eines **pactum de non petendo** und damit einer **Stundungsvereinbarung** erscheint **nicht sachgerecht**, weil dadurch ein bloßes, in seiner Ausübung vom Belieben des Schuldners abhängiges **Leistungsverweigerungsrecht** begründet wird und die Forderung ungeachtet der Stundungsvereinbarung weiterhin im Überschuldungsstatus zu berücksichtigen ist.<sup>148</sup> Liegt der Zweck einer Rangrücktrittsvereinbarung darin, dass die betroffene Forderung zur Vermeidung einer Insolvenz nicht als Verbindlichkeit in der Überschuldungsbilanz erscheint, bildet die Übereinkunft einen **verfügbaren Schuldänderungsvertrag** (§ 311 Abs. 1 BGB). Auf Grund des Schuld- oder Schuldänderungsvertrags wird die Forderung mit dinglicher Kraft inhaltlich dahin umgewandelt, dass sie nicht mehr zu passivieren ist.<sup>149</sup>

Eine **Rangrücktrittsvereinbarung** kann als **Vertrag zu Gunsten Dritter** (§ 328 Abs. 1 BGB), der zum Vorteil **aller Gläubiger** des Schuldners Rechte begründet, **nicht** durch eine **Abrede** des **Schuldners** mit dem **Forderungsgläubiger aufgehoben** werden. Deshalb kann dahinstehen, ob in der Zahlung der Schuldnerin ein einer konkludenten Annahme (§ 151 BGB) zugängliches Angebot auf Aufhebung der Rangrücktrittsvereinbarung erkannt werden kann.<sup>150</sup> Den Partnern einer Rangrücktrittsvereinbarung ist bewusst, dass ihre Abrede dazu dient, einen anderenfalls möglicherweise eingreifenden Insolvenzgrund (§§ 17 ff. InsO) zu verhindern oder zu beseitigen. Zu Gunsten der bisherigen Gläubiger, aber auch der nach Abschluss der Vereinbarung hinzutretenden Neugläubiger wird auf Grund der Rangrücktrittserklärung rechtsverbindlich bekundet, dass die zurücktretende Forderung mangels einer Passivierungspflicht nicht die

---

<sup>148</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 31.

<sup>149</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 32.

<sup>150</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 35.

Insolvenz des Schuldners auslösen wird, was – sofern nicht andere insolvenzverursachende Umstände hinzukommen – eine volle Befriedigung der übrigen Gläubigerforderungen erwarten lässt. Mithin ist der Wille der Vertragspartner bei Abschluss einer Rangrücktrittsvereinbarung notwendigerweise auf eine Begünstigung der Gläubiger des Forderungsschuldners gerichtet.<sup>151</sup>

Ein **Rangrücktritt** muss, weil ein zeitlicher begrenzter Verzicht die Passivierungspflicht nicht beseitigt, **auf Dauer** gerichtet sein. Im Interesse des **Gläubigerschutzes** ist es unumgänglich, eine Bindung der Vertragsparteien an eine Rangrücktrittserklärung anzuerkennen, die eine freie Aufhebung des Übereinkommens ausschließt. Darum kann die mit einer Rangrücktrittserklärung verbundene Vorsorge gegen den Eintritt eines Insolvenzgrunds nur verwirklicht werden, wenn den **Gläubigern** eine **gesicherte Rechtsposition** verschafft wird. Diese Wertung entspricht der Rechtsnatur der Rangrücktrittserklärung. Anderenfalls unterläge es dem Belieben der Partner einer Rangrücktrittsvereinbarung, einen Insolvenzgrund vorübergehend zu beseitigen oder wieder eingreifen zu lassen. Ohne gesicherte Rechtsposition der Gläubiger kann eine Suspendierung der öffentlich-rechtlichen Insolvenzantragspflicht nicht gerechtfertigt werden. Deshalb wird die Begründung eines selbständigen Rechts der Gläubiger bei einem Rangrücktritt stets miterklärt.<sup>152</sup> Der Kreis der hierdurch **begünstigten Gläubiger** ist **hinreichend** bestimmt.<sup>153</sup>

Eine **nachträgliche Rangrücktrittsvereinbarung** bildet einen **Schuldänderungsvertrag** (§ 311 Abs. 1 BGB). Nach seinem Inhalt steht der Schuldnerin gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ein **Bereicherungsanspruch** wegen einer rechtsgrundlosen Leistung gegen die Gläubigerin zu, sofern sie deren **Forderung** trotz Geltung des Rangrücktritts **beglichen** hat. Gleiches gilt, wenn die Begründung der Forderung mit einem

---

<sup>151</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 37.

<sup>152</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 38.

<sup>153</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 39.

quotifizierten Rangrücktritt versehen wird.<sup>154</sup> Allerdings kann dem aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB folgenden Bereicherungsanspruch **§ 814 BGB** entgegenstehen, sofern die Schuldnerin die Zahlung in Kenntnis ihrer Insolvenzreife und der folglich durchgreifenden Zahlungssperre bewirkt hat.<sup>155</sup> Der **Kondiktionsausschluss** des § 814 BGB greift erst ein, wenn der Leistende nicht nur die **Tatumstände** kennt, aus denen sich ergibt, dass er nicht verpflichtet ist, sondern darüber hinaus auch weiß, dass er nach der **Rechtslage** nichts schuldet. Die Regelung gilt **nur für freiwillige Leistungen**. Zahlt ein Schuldner hingegen zwar in Kenntnis der Nichtschuld, jedoch nur unter Druck oder unter Zwang, so steht die Kenntnis der Nichtschuld einer Kondiktion nicht entgegen.<sup>156</sup>

Nach **§ 134 InsO** sind **unentgeltliche Leistungen** des Schuldners in den letzten **vier Jahren vor dem Antrag** auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens **anfechtbar**. Leistung des Schuldners in diesem Sinne ist jede Schmälerung des Schuldnervermögens, durch welche die Insolvenzgläubiger unmittelbar oder mittelbar benachteiligt werden. Die Zahlungen zur **Tilgung des Darlehens** haben infolge des **Vermögensabflusses** eine **objektive Gläubigerbenachteiligung** im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO bewirkt.<sup>157</sup> Die Zahlungen erfolgten im Rechtsstreit auch **unentgeltlich**.<sup>158</sup> Die Regelung des § 134 Abs. 1 InsO will Gläubiger entgeltlich begründete Rechte gegen die Folgen unentgeltlicher Verfügungen des Schuldners innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor Insolvenzeröffnung schützen. Der insolvenzrechtliche Begriff der unentgeltlichen Leistung setzt eine **Ei-nigung** über die **Unentgeltlichkeit** als solche **nicht** voraus. Maßgebend ist in erster Linie der objektive Sachverhalt. Erst wenn feststeht, dass der Zahlungsempfänger einen Gegenwert für seine Zuwendung erbracht hat, ist zu prüfen, ob gleichwohl der Hauptzweck des Geschäfts Freigiebigkeit gewesen ist. Bei Zahlung auf eine **Nichtschuld** fehlt es – selbst wenn

---

<sup>154</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 27.

<sup>155</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 43.

<sup>156</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 45.

<sup>157</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 47.

<sup>158</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 48.



§ 814 BGB einer Rückforderung entgegensteht – an der Entgeltlichkeit der Leistung.<sup>159</sup> Zudem ist § 814 BGB auf das anfechtungsrechtliche Rückgewährverhältnis des § 143 Abs. 1 InsO nicht anzuwenden.<sup>160</sup> Nach diesen Grundsätzen ist die Zahlung der Schuldnerin als **unentgeltlich** zu bewerten, weil sie infolge des im Rahmen der **Rangrücktrittsvereinbarung** getroffenen **Zahlungsverbots** eines **Rechtsgrunds entbehrt**.<sup>161</sup>

Die Gewährung eines nach **früherem Recht kapitalersetzenden Darlehens** oder auch das **Stehenlassen** eines **Darlehens** mit der Folge seiner **Umqualifizierung** in Gesellschaftskapital ist als **unentgeltliche Leistung** des Gesellschafters an seine Gesellschaft zu bewerten. Der durch die Überlassung eigenkapitalersetzender Mittel bewirkte Rangrücktritt des Anspruchs auf Rückzahlung, der in der Insolvenz dessen wirtschaftliche Wertlosigkeit zur Folge hat, wird ohne ausgleichende Gegenleistung der Gesellschaft gewährt. Wird umgekehrt ein kraft Eigenkapitalersatzrecht **gesperrter Zahlungsanspruch** befriedigt, liegt wegen der verbotenen Zahlung aus dem Stammkapital eine unentgeltliche Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter vor.<sup>162</sup>

**b)**

Soll der in **§ 133 Abs. 1 Satz 1 InsO** vorausgesetzte **Benachteiligungsvorsatz** des Schuldners maßgeblich auf eine im Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen bestehende, dem Schuldner bekannte **Zahlungsunfähigkeit** gestützt werden, muss diese festgestellt werden.<sup>163</sup> Die Darlegungs- und Beweislast trägt der anfechtende Insolvenzverwalter. Zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit einer GmbH bedarf es im Insolvenzanfechtungsprozess **nicht zwingend** einer **Liquiditätsbilanz**, wenn auf andere Weise festgestellt werden kann, ob diese einen wesentlichen Teil ihrer fälligen

---

<sup>159</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 49.

<sup>160</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 49.

<sup>161</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 46.

<sup>162</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [IX ZR 133/14](#) – juris, Rn. 51.

<sup>163</sup> Beschluss vom 26. März 2015 – [IX ZR 134/13](#) – BB 2015, 1428 = DB 2015, 1218 = MDR 2015, 674 = NJW 2015, 1824 = NZG 2015, 796 = NZI 2015, 511 = WM 2015, 1025 = ZInsO 2015, 1056 = ZIP 2015, 1077.

Verbindlichkeiten nicht bezahlen konnte. Hat die GmbH ihre Zahlungen eingestellt, begründet dies auch für die Insolvenzanfechtung die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO). Dem Anfechtungsgegner bleibt es aber unbenommen, der Annahme der Zahlungsunfähigkeit der GmbH mit dem Antrag auf Erstellung einer Liquiditätsbilanz durch einen **Sachverständigen** entgegenzutreten, sei es um die Beweiswirkung der für die Zahlungsunfähigkeit sprechenden Indizien zu erschüttern oder um die Vermutung des § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO zu widerlegen.<sup>164</sup>

**c)**

Die zum Nachweis einer **Zahlungsunfähigkeit** zu erstellende **insolvenzrechtliche Liquiditätsbilanz** ist grundsätzlich **nicht** mit einer **Handelsbilanz** gleichzusetzen.<sup>165</sup> Die Handelsbilanz ist nicht geeignet, eine Überschuldung darzutun. Handelsrechtliche Rückstellungspflichten – etwa aus § 249 HGB – sind auf die Liquiditätsbilanz nicht anzuwenden.<sup>166</sup> Soll die Prognose der drohenden Zahlungsunfähigkeit auf künftig fällig werdende Verbindlichkeiten gestützt werden, setzt dies voraus, dass aufgrund gegebener Umstände eine Fälligestellung im Prognosezeitraum überwiegend wahrscheinlich ist.<sup>167</sup>

Karlsruhe, den 07. August 2015

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

---

<sup>164</sup> Beschluss vom 26. März 2015 – [IX ZR 134/13](#) – juris, Rn. 6.

<sup>165</sup> Beschluss vom 05. Februar 2015 – [IX ZR 211/13](#) – WM 2015, 841 = ZInsO 2015, 841.

<sup>166</sup> Beschluss vom 05. Februar 2015 – [IX ZR 211/13](#) – juris, Rn. 12.

<sup>167</sup> Beschluss vom 05. Februar 2015 – [IX ZR 211/13](#) – juris, Rn. 13.