

Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des BGH im 1. Halbjahr 2016

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 2016 veröffentlichten und inhaltlich begründeten Entscheidungen vornehmlich des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes mit gesellschaftsrechtlichen Bezügen zusammengefasst.¹ 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.²

1. Recht der Personengesellschaft

Zum Recht der Personengesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

a)

Die **Grundsätze** der **fehlerhaften Gesellschaft** finden auch bei einem fehlerhaften **Beitritt** zu einer Personengesellschaft Anwendung. Der fehlerhaft vollzogene Beitritt ist damit regelmäßig nicht von Anfang an

¹ 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.

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

unwirksam, sondern kann nur mit Wirkung für die Zukunft durch eine von dem Gesellschafter erklärte Kündigung geltend gemacht werden. Bis zum Zugang der Kündigungserklärung ist der vollzogene Beitritt grundsätzlich voll wirksam, so dass sich die Rechte und Pflichten der Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag richten. Daher bleibt der Gesellschafter bis zur wirksamen Kündigung zur Leistung der von ihm nach dem Gesellschaftsvertrag zu erbringenden Beiträge verpflichtet.³

b)

Für das Vorliegen einer **Ehegatteninnengesellschaft** kommt es maßgeblich darauf an, welche Zielvorstellungen die Ehegatten mit der Vermögensbildung verfolgen, insbesondere ob sie mit ihrer Tätigkeit einen über die bloße Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck erreichen wollen. Maßgeblich ist ferner, ob ihrem Tun die Vorstellung zugrunde liegt, dass das gemeinsam geschaffene Vermögen wirtschaftlich betrachtet nicht nur dem formal Berechtigten, sondern auch dem anderen Ehegatten zustehen soll.⁴ **Indizien** für eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bewertende Zusammenarbeit ergeben sich zum Beispiel aus Planung, Umfang und Dauer der Vermögensbildung, ferner aus Absprachen über die Verwendung und Wiederanlage erzielter Erträge.⁵

Grundsätzlich ist nach der **Vereinbarung** im **Gesellschaftsvertrag** zu beantworten, mit welchem **Anteil** die Gesellschafter am **Gewinn** teilnehmen. Haben Ehegatten stillschweigend eine Innengesellschaft vereinbart, ohne hierüber ausdrückliche Absprachen zu treffen, ist – ggf. anhand einer Vertragsauslegung – zu prüfen, ob sich aus anderen feststellbaren Umständen Hinweise auf eine bestimmte **Verteilungsabsicht** ergeben. Erst wenn es hieran fehlt, greift ergänzend die Regelung des **§ 722 Abs. 1 BGB** ein. Danach gebührt jedem Gesellschafter ohne Rücksicht auf Art und Größe

³ Beschluss vom 28. April 2016 – [XII ZR 147/14](#) – juris, Rn. 4.

⁴ Urteil vom 03. Februar 2016 – [XII ZR 29/13](#) – juris, Rn. 23 = NWB 2016, 1560 = ZIP 2016, 860.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 24.

seines Beitrags ein gleich hoher Anteil. Wer mehr als die Hälfte für sich beansprucht, muss dies nach allgemeinen Grundsätzen des Beweisrechts darlegen und beweisen.⁶ Ein **Indiz** dafür, dass die Gesellschafter eine vom Grundsatz gleicher Beteiligung abweichende Verteilung gewollt haben, sind **unterschiedlich hohe Beiträge**.⁷

c)

Der **Beschluss** über die **Auflösung** einer **BGB-Innengesellschaft**, zu der auch die stille Gesellschaft gehört, führt grundsätzlich zu ihrer **sofortigen vollen Beendigung**.⁸

Da bei einer bloßen Innengesellschaft kein gesamthänderisch gebundenes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, kommt eine **Liquidation** wie bei einer (teil)rechtsfähigen Personen(handels)gesellschaft **nicht** in Betracht. Insbesondere hat die stille Gesellschaft keine Verbindlichkeiten, die im Rahmen einer Liquidationsphase vorrangig zu erfüllen sein könnten. Die Abwicklung einer stillen Gesellschaft ähnelt nur insoweit der Liquidation einer rechtsfähigen Personenhandelsgesellschaft, als der stille Gesellschafter nach der Auflösung lediglich noch einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Inhaber des Handelsgeschäfts auf Auszahlung seines Abfindungsguthabens hat, bei dem die Einzelansprüche der Gesellschafter aus dem stillen Gesellschaftsverhältnis unselbständige Rechnungspos-ten der nach § 235 Abs. 1 HGB vorzunehmenden Auseinandersetzungsbuchung sind und daher nicht mehr selbständig geltend gemacht werden können.

Für eine **mehrgliedrige stille Gesellschaft** gelten jedenfalls dann **keine Besonderheiten**, wenn ihre Auflösung nicht mit einer Liquidation des Geschäftsherrn einhergeht. Der Umstand, dass eine Vielzahl von stillen Gesellschaftern mit dem Geschäftsherrn in einem Gesellschaftsverhältnis

⁶ a.a.O., juris, Rn. 26.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁸ Urteil vom 08. Dezember 2015 – [II ZR 333/14](#) – juris, Rn. 9, i.d.F. des [Berichtigungsbeschlusses vom 15. März 2016](#) = DB 2016, 655 = DStR 2016, 880 = NWB 2016, 838 = ZInsO 2016, 824 = ZIP 2016, 523.

miteinander verbunden ist und sich hieraus Treuepflichten untereinander ergeben, die u.a. dazu führen, dass die gesellschaftsrechtlichen Abfindungs- und Auseinandersetzungsansprüche der einzelnen Beigetretenen nur im Wege einer geordneten Auseinandersetzung geltend gemacht werden können, ändert nichts daran, dass auch die mehrgliedrige stille Gesellschaft keine zu tilgenden Verbindlichkeiten hat. Schuldner der Abfindungs- und Auseinandersetzungsansprüche bleibt auch im Falle der mehrgliedrigen stillen Gesellschaft der Geschäftsherr.⁹

Es gilt auch **nichts anderes**, wenn die mehrgliedrige stille Gesellschaft in dem Sinne als „**Innen-KG**“ ausgestaltet ist, dass der Geschäftsherr eine der einem Komplementär einer Kommanditgesellschaft vergleichbare Stellung innehat und die stillen Gesellschafter Kommanditisten gleichgestellt sind.¹⁰ Die Auflösung der stillen Gesellschaft führt, auch wenn sie als sog. „Innen-KG“ ausgestaltet ist, nicht bereits als solche zur Liquidation des Geschäftsherrn. Innen- und Außenverhältnis bleiben auch nach dem Auflösungsbeschluss der stillen Gesellschaft rechtlich getrennt, Rechtsträger des Unternehmens ist nach wie vor der Geschäftsherr. Die Liquidation des Geschäftsherrn richtet sich grundsätzlich nach den für diesen geltenden Rechtsvorschriften und erfordert, wenn es sich bei dem Geschäftsherrn um eine Gesellschaft handelt, einen Auflösungsbeschluss der Gesellschafter des Geschäftsherrn.¹¹

d)

Bei einer **Personenhandelsgesellschaft** können alle Gesellschafter gleichzeitig durch **Abtretung** ihrer **Gesellschaftsanteile** aus der Gesellschaft ausscheiden und an ihre Stelle die Erwerber der Gesellschaftsanteile treten, ohne dass dadurch der Fortbestand der Gesellschaft berührt wird.¹² Für die – als rechtsfähig anerkannte – (Außen-) **Gesellschaft**

⁹ a.a.O., juris, Rn. 11.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 12.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 13.

¹² Urteil vom 03. November 2015 – [II ZR 446/13](#) – juris, Rn. 27 = DB 2016, 283 = NZG 2016, 221 = RPfleger 2016, 355 = ZfIR 2016, 154 = ZInsO 2016, 344 = ZIP 2016, 211.

bürgerlichen Rechts kann nichts anderes gelten. Da sie nicht in einem öffentlichen Register eingetragen ist, stellen die Namen der Gesellschafter zwar eine bedeutsame Identifizierungshilfe dar (siehe auch § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO). Gleichwohl ist auch in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Gesellschafterwechsel bei identischem Fortbestand der Gesellschaft möglich. Eine quantitative Begrenzung des Gesellschafterwechsels auf ein noch zulässiges Maß lässt sich nicht sinnvoll vornehmen. Schon deshalb kann auch ein **vollständiger Austausch** des gesamten Gesellschafterbestandes nicht untersagt werden, der je nach Lage des Falles keine erheblich größere Irritation des Rechtsverkehrs hervorrufen muss als der Wechsel eines (großen) Teils der Gesellschafter. Im Übrigen bleibt es Aufgabe der (neuen) Gesellschafter, mögliche Zweifel an dem identischen Fortbestand der Gesellschaft auszuräumen.¹³

e)

Zur (gerichtlichen) Geltendmachung des **Auseinandersetzungs Guthabens** nach **Auflösung** einer **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** bedarf es keiner – von den Gesellschaftern festgestellten – **Auseinandersetzungsbilanz**, wenn kein zu liquidierendes Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden ist. In diesem Fall kann der Gesellschafter, der für sich ein Guthaben beansprucht, dieses aufgrund einer vereinfachten Auseinandersetzungsrechnung unmittelbar gegenüber dem ausgleichspflichtigen Gesellschafter einklagen; Streitpunkte über die Richtigkeit der Schlussrechnung sind in diesem Prozess zu entscheiden. **Entsprechendes** gilt für den Ausgleich der Kapitalkonten nach Beendigung der Liquidation einer **OHG oder Partnerschaftsgesellschaft**.¹⁴

Eine erstellte vereinfachte Auseinandersetzungsrechnung muss den verlangten Ausgleichsanspruch nachvollziehbar und schlüssig darlegen. Zu diesem Zweck sind die für die Berechnung wesentlichen Parameter einzubeziehen. Weitergehende Anforderungen sind an eine vereinfachte Auseinanderset-

¹³ a.a.O., juris, Rn. 27.

¹⁴ Urteil vom 13. Oktober 2015 – [II ZR 214/13](#) – juris, Rn. 15 = DB 2016, 287 = NJW-RR 2016, 292 = NWB 2016, 398 = NZG 2016, 218 = ZIP 2016, 216.

zungsrechnung nicht zu stellen. Außerdem gilt zur Vermeidung eines Hin- und Herzählens auch für die an die Liquidation anschließenden Ausgleichsansprüche der Gesellschafter untereinander der Grundsatz der Gesamtabrechnung. Es besteht deswegen grundsätzlich eine **Durchsetzungssperre** hinsichtlich einzelner Rechnungsposten.¹⁵

f)

Nach § 93 InsO kann im **Insolvenzverfahren** über das Vermögen einer **Gesellschaft des bürgerlichen Rechts** die persönliche Haftung des Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft während der Dauer des Insolvenzverfahrens nur von dem Insolvenzverwalter der Gesellschaft geltend gemacht werden.¹⁶ Von dieser Regelung gehen zwei Wirkungen aus, die Sperrwirkung und die Ermächtigungswirkung.

Die **Sperrwirkung** besteht darin, dass die Gläubiger nicht mehr gegen persönlich haftende Gesellschafter vorgehen und diese auch nicht mehr befreiend an Gläubiger der Gesellschaft leisten können. Die Sperrwirkung bezieht sich auf sämtliche Insolvenzforderungen, gleich ob angemeldet oder nicht und gleich ob zur Tabelle festgestellt oder nicht. Die **Ermächtigungswirkung** verleiht dem Insolvenzverwalter die treuhänderisch gebundene Befugnis, die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschafter gebündelt einzuziehen. Sie erfasst neben den zur Tabelle festgestellten die angemeldeten, aber bestrittenen und deswegen nicht zur Tabelle festgestellten Insolvenzforderungen.¹⁷ Allerdings umfasst sie nur Haftungsansprüche derjenigen Gesellschaftsgläubiger, welche die der Haftung zugrundeliegenden Forderungen im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft angemeldet haben. Denn die Aufgabe des Insolvenzverwalters beschränkt sich auf die Befriedigung der am Insolvenzverfahren beteiligten Gläubiger.¹⁸

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹⁶ Urteil vom 17. Dezember 2015 – [IX ZR 143/13](#) – juris, Rn. 9 = DB 2016, 340 = NJW 2016, 1592 = NWB 2016, 473 = NZG 2016, 430 = NZI 2016, 445 m. Anm. Georgiev/Schmidt = ZInsO 2016, 330 = ZIP 2016, 274.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 10, 16.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 17.

Bei der gerichtlichen Geltendmachung der Gesellschafterhaftung wird der Insolvenzverwalter als **gesetzlicher Prozessstandschafter** der einzelnen Gläubiger tätig. Die Prozessführung für die Einziehung von Forderungen gegen Gesellschafter liegt während der gesamten Verfahrensdauer allein bei dem **Insolvenzverwalter**.¹⁹ Wegen des Übergangs der Prozessführungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter wird ein **Rechtsstreit** gegen die beklagten Gesellschafter mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft entsprechend **§ 17 Abs. 1 Satz 1 AnfG** – und nicht etwa nach § 240 ZPO – während der Dauer des Insolvenzverfahrens **unterbrochen**.²⁰

Die **Ermächtigungswirkung** des **§ 93 InsO** umfasst die **Befugnis** des **Insolvenzverwalters**, sich mit den **Gesellschaftern** über die einzelnen Forderungen der Gesellschaftergläubiger **zu vergleichen**.²¹ Der **Insolvenzverwalter** ist bei der Gestaltung des Vergleichs allerdings **nicht völlig frei**. Er ist stets der **Massemehrung** verpflichtet. Insolvenzzweckwidrige Vergleiche, die er schließt, also Vergleiche, welche dem Zweck des Insolvenzverfahrens – der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger – klar und eindeutig zuwiderlaufen, sind unwirksam. Ist der Vergleich für die Masse nur ungünstig, aber noch nicht insolvenzzweckwidrig, ist er wirksam. In diesem Fall kann ein Gläubiger, wenn die weiteren haftungsrechtlichen Voraussetzungen vorliegen, den Insolvenzverwalter nach § 60 InsO aber auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.²²

Ein zwischen dem Insolvenzverwalter und den Gesellschaftern über deren Haftung geschlossener Vergleich führt für diese nicht zu einer Haftungsbefreiung gegenüber solchen Insolvenzgläubigern, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben. Der Insolvenzverwalter ist insoweit nicht einzugsermächtigt. Darüber hinaus wird ein Insolvenzverwalter sich regelmäßig

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 13.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 14.

²¹ a.a.O., juris, Rn. 22.

²² a.a.O., juris, Rn.24.

nicht über die Haftung hinsichtlich solcher Forderungen vergleichen wollen, die er bestreitet. Denn er verhielte sich dann regelmäßig widersprüchlich.²³ Auch um solche Widersprüche zu vermeiden, sollte der Insolvenzverwalter, wenn er mit den Gesellschaftern einen Abfindungsvergleich schließt, die Insolvenz- und Haftungsforderungen eindeutig benennen, die in den Vergleich einbezogen werden sollen.²⁴

g)

Der **Geschäftsführer** in der **GmbH & Co. KG** wird von der Gesellschafterversammlung der GmbH bestellt. Einen **Anstellungsvertrag** kann er aber auch mit der **Kommanditgesellschaft** schließen. Ferner ist es möglich, ohne Abschluss eines Anstellungs(dienst)vertrages für den Kommanditisten, der in der GmbH & Co. KG aufgrund einer Bestellung zum Geschäftsführer der Komplementär-GmbH die dieser (allein) obliegende Geschäftsführung und Vertretung der Kommanditgesellschaft ausübt, eine Vergütung für diese Geschäftsführungstätigkeit im **Gesellschaftsvertrag** der Kommanditgesellschaft zu vereinbaren.²⁵

Bewilligen sich zwei Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH, die alleinige Gesellschafter der GmbH und alleinige Kommanditisten der Kommanditgesellschaft sind, gegenseitig von der Kommanditgesellschaft zu zahlende Tätigkeitsvergütungen, die ihnen nach dem Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft dem Grunde nach zustehen, während die Bestimmung der genauen Höhe dem Beschluss der Gesellschafterversammlung überlassen ist, ist diese Absprache wirksam, auch wenn die Geschäftsführer nicht vom **Verbot des § 181 BGB befreit** sind.²⁶

h)

In einer **GmbH & Co. KG** sind (allein) die **persönlich haftenden Gesellschafter** nach § 114 Abs. 1, § 164 Satz 1 Halbs. 1 HGB zur **Geschäfts-**

²³ a.a.O., juris, Rn. 27.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 28.

²⁵ Urteil vom 15. März 2016 – [II ZR 114/15](#) – juris, Rn. 22.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 28 ff. – Vgl. auch den amtlichen Leitsatz.

führung berechtigt und verpflichtet, sofern die Gesellschafter nichts anderes vereinbart haben.²⁷ Von der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Komplementärin ausgenommen sind vorbehaltlich anderweitiger Regelungen im Gesellschaftsvertrag sogenannte **Grundlagengeschäfte**. Hierzu gehören Maßnahmen, die das Verhältnis der Gesellschafter untereinander betreffen, also etwa die Aufnahme neuer Gesellschafter, die Regelung der Vertretungsmacht und die Organisation der Geschäftsführung. Entscheidungen auf dieser Ebene sind der **Gesellschafterversammlung der Kommanditgesellschaft vorbehalten**. Dabei sind die Kommanditisten zu beteiligen.²⁸

Der Abschluss eines **Anstellungsvertrags** mit dem **Geschäftsführer** der Komplementär-GmbH ist allenfalls dann ein **Grundlagengeschäft** und begründet damit die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung, wenn es darum geht, die grundsätzliche Zuständigkeit für die Geschäftsführung oder die sonstige Organisation der Geschäftsführung in der Kommanditgesellschaft anders als nach der gesetzlichen Regel festzulegen. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn ein Kommanditisten zum geschäftsführenden Gesellschafter bestellt werden soll, **nicht** aber, wenn lediglich die **Anstellungskonditionen** des zur Geschäftsführung nach der gesetzlichen Regelung ohnehin berufenen Geschäftsführers der Komplementär-GmbH festgelegt werden sollen.²⁹ Auch eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung der GmbH ist nicht erforderlich, wenn es nur um die **Verlängerung** eines **Anstellungsvertrags** geht und die grundsätzliche Entscheidung, einen Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers mit der Kommanditgesellschaft zuzulassen, schon zuvor gefallen ist. Dies gilt um so mehr, wenn der Anstellungsvertrag bereits die Möglichkeit der Verlängerung vorsieht und die Verlängerung unter Beibehaltung aller übrigen Vertragsbedingungen erfolgt. Ein Zustimmungserfordernis durch die Gesellschafterversammlung entfällt ferner, wenn es sich um eine GmbH & Co. KG mit **identischen Gesellschafterkreisen** in den

²⁷ Urteil vom 19. April 2016 – [II ZR 123/15](#) – juris, Rn. 26.

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 27.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 29.

beiden Gesellschaften handelt und bei der Kommanditgesellschaft ein **Beirat** besteht, dessen Zustimmung unter bestimmten Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Verlängerungsvertrags erforderlich ist.³⁰

i)

Das Recht der **Treugeber** einer **Fondsgesellschaft**, die im Innenverhältnis den Kommanditisten gleichgestellt sind, auf **Mitteilung** der **Namen** und **Adressen** der **übrigen Treugeber bzw. Mitgesellschafter** ergibt sich als **unentziehbares mitgliedschaftliches Recht** aus dem durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Vertragsverhältnis als solchem. Der Auskunftsanspruch richtet sich sowohl gegen die Fondsgesellschaft als auch gegen die Komplementärin und den geschäftsführenden Kommanditisten. Der Anspruch wird durch das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) und das Schikaneverbot (§ 226 BGB) begrenzt.³¹

Die Regelung in **§ 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG** steht der Weitergabe von Namen und Adressen der Treugeber an Mitgesellschafter bzw. Mittreugeber **nicht entgegen**.³² Der Treugeber muss sich auch **nicht** in Anlehnung an **§ 127a AktG** auf ein **Internetforum** oder auf die Einrichtung eines **Datentreuhänders** als **milderes Mittel** verweisen lassen. Es muss vielmehr den Gesellschaftern überlassen bleiben, auf welchem Weg und in welcher Weise sie sich an ihre Mitgesellschafter wenden wollen. Für den Treugeber besteht ein berechtigtes Interesse, seine Gesellschafterrechte wahrnehmen zu können, ohne auf die Fondsgesellschafter als Mittler zu den übrigen Treugebern angewiesen zu sein oder von ihnen bereitgestellte und kontrollierte Medien zu nutzen.³³

j)

Das **Einsichtsrecht** des **Kommanditisten** nach § 166 HGB ist durch den Zweck begrenzt, ihm eine sachgerechte Prüfung der Bilanz zu ermögli-

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 31.

³¹ Hinweisbeschluss vom 22. Februar 2016 – [II ZR 48/15](#) – juris, Rn. 9.

³² a.a.O., juris, Rn. 11.

³³ Hinweisbeschluss vom 22. Februar 2016 – [II ZR 48/15](#) – juris, Rn. 13.

chen. Es geht nur so weit, als nach objektiven Maßstäben Einsicht in die Bücher und Papiere der Gesellschaft für eine sachgerechte Prüfung der Bilanz erforderlich ist. Auch wenn sich das Einsichtsrecht des Kommanditisten nach § 166 HGB grundsätzlich auf alle Geschäftsunterlagen der Gesellschaft erstreckt, ist die Gesellschaft berechtigt, die Einsichtsgewährung zu verweigern, wenn sich das Einsichtsverlangen als rechtsmissbräuchlich darstellt und wenn sie die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtsmissbrauchs seitens des Gesellschafters dartut.³⁴

k)

Nach **§ 169 Abs. 1 Satz 2 HGB** hat der **Kommanditist** nur einen Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden **Gewinns**. Er kann die Auszahlung des Gewinns nicht fordern, solange sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde. Über die Regelung des § 169 Abs. 1 HGB hinaus sind Ausschüttungen an die Kommanditisten zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies als Ausschüttung von Liquiditätsüberschüssen als Alternative zur Ausschüttung von Gewinnen vorsieht oder die Ausschüttung durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist.³⁵

Wird eine Auszahlung an den Kommanditisten entgegen § 169 Abs. 1 HGB auf der Grundlage einer Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag geleistet, führt dies selbst dann **nicht** zu einer **Rückzahlungspflicht**, wenn die Auszahlung den Kapitalanteil unter die bedungene Einlage herabmindert oder eine bereits bestehende Belastung vertieft. Solche Zahlungen können zwar zu einer Haftung nach § 172 Abs. 4, § 171 Abs. 1 HGB führen. Diese Vorschriften betreffen aber ausschließlich die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern im Außenverhältnis und nicht das Verhältnis zur Gesellschaft.³⁶ Ein Rückgewähr-

³⁴ Beschluss vom 19. April 2016 – [II ZB 29/14](#) – juris, Rn. 13.

³⁵ Urteil vom 16. Februar 2016 – [II ZR 348/14](#) – juris, Rn. 9 = DB 2016, 582 = NJW-RR 2016, 550 = NWB 2016, 1130 = NZG 2016, 424 = ZIP 2016, 518.

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 10.

anspruch der Gesellschaft entsteht bei einer Rückzahlung der Einlage nicht automatisch, sondern kann sich nur aus anderen Rechtsgründen ergeben, insbesondere aus einer entsprechenden vertraglichen Abrede.³⁷

Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften sind nach ihrem **objektiven Erklärungsbefund** anhand des schriftlichen Vertrags **auszulegen** sind. Die Vorstellungen und der Wille der Gründungsgesellschafter, die in dem Gesellschaftsvertrag keinen Niederschlag gefunden haben, sind nicht zu berücksichtigen.³⁸ Die Regelungen in Gesellschaftsverträgen von Publikumsgesellschaften unterliegen unabhängig davon, ob die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBGB bzw. § 310 Abs. 4 BGB n.F. eingreift, einer ähnlichen Auslegung und **Inhaltskontrolle** wie Allgemeine Geschäftsbedingungen. Hieraus folgt in Anlehnung an § 305c Abs. 2 BGB, dass Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders gehen.³⁹

Für den einer Publikumpersonengesellschaft beitretenen Gesellschafter müssen sich die mit dem Beitritt verbundenen, nicht unmittelbar aus dem Gesetz folgenden Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag klar ergeben. Die erst nach Abschluss des Gesellschaftsvertrags beitretenen Kommanditisten müssen sich darauf verlassen können, nur solche Leistungen erbringen zu müssen, die dem Vertragstext unmissverständlich zu entnehmen sind.⁴⁰

Der einer Publikumsgesellschaft beitretenen Kommanditist hat die **berechtigte Erwartungshaltung**, dass ihm nach dem Gesellschaftsvertrag zustehende **Ansprüche** gegen die Gesellschaft vollständig **buchhalterisch erfasst** werden. Dies kann auf unterschiedliche Arten geschehen. Da die Verbuchung der Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 11.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 13.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 15.

Gesellschaftern das Innenverhältnis betrifft, besteht insoweit **Vertragsfreiheit**.⁴¹

Seite 13 von 50

Nach einer gebräuchlichen Gestaltung der **Kontenführung** in Personenhandelsgesellschaften wird neben einem festen Kapitalkonto, auf dem die vereinbarte Einlage verbucht wird, regelmäßig ein weiteres, variables Konto (gewöhnlich als Kapitalkonto II bezeichnet) geführt, auf dem Gewinnanteile, Verluste und Entnahmen gebucht werden. Da bei dieser Form des Kapitalkontos II stehengelassene Gewinne mit späteren Verlusten verrechnet werden, wird insbesondere im Hinblick auf die gesetzliche Regelung der Verlustverteilung beim Kommanditisten (§ 167 Abs. 2 und Abs. 3 HGB) häufig ein weiteres variables Konto geführt, so dass sich ein sogenanntes **Dreikontenmodell** ergibt. Auf diesem dritten Konto werden entnahmefähige Gewinne, sonstige Einlagen und Entnahmen gebucht. Dieses häufig als **Privatkonto** bezeichnete variable Konto stellt ein **Forderungskonto** dar. Sofern es nicht überzogen wird, weist dieses Konto eine Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft aus. Das Kapitalkonto II erfasst dann nur noch die nicht entnahmefähigen Gewinne sowie die Verluste.⁴²

Wenn der Gesellschaftsvertrag ein insoweit differenziertes System von Gesellschafterkonten zur Verfügung stellt, ist es naheliegend, dass dieses Kontensystem für die Verbuchung sämtlicher Ansprüche des Kommanditisten gegen die Gesellschaft genutzt wird, sofern dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes zu entnehmen ist.⁴³ Die Art der **Verbuchung** auf den Gesellschafterkonten einer Personenhandelsgesellschaft betrifft die **Rechtsbeziehungen** zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern, also das **Innenverhältnis**. Es gibt keinen Rechtssatz des Inhalts, dass eine Kommanditgesellschaft die Verbuchung so regeln muss, dass den Gesell-

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 26.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 20.

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 26.

schafterkonten zu entnehmen sein muss, ob und in welchem Umfang Einlagen zurückgeführt worden sind.⁴⁴

Aus der Sicht eines verständigen Publikumpersonengeschafters ist **nicht** mit der notwendigen **Klarheit** zu erkennen, dass Ausschüttungen aus Liquiditätsüberschüssen (nur) als **Darlehen** gewährt werden, wenn nach dem Beschluss der Gesellschafterversammlung und dem Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Forderung der Kommanditisten gegen die Gesellschaft als Guthaben auf ihrem „**Gesellschafterkonto**“ in den Fällen als unverzinsliches Darlehen gebucht wird, in denen „die Ausschüttungen nicht durch Guthaben auf den Gesellschafterkonten gedeckt sind“.⁴⁵ Denn aufgrund dieser Einschränkung ist für den Anleger nicht hinreichend klar zu erkennen, ob ihm zugeflossene Ausschüttungen als Darlehen mit der Folge gewährt werden, dass der Gesellschaft grundsätzlich ein Anspruch auf Rückzahlung zustehen soll.⁴⁶

I)

Von den **Gesellschaftern** einer **Personenhandelsgesellschaft**, über deren Vermögen das **Insolvenzverfahren** eröffnet worden ist, sind die von dem kontoführenden Kreditinstitut **einbehaltene Kapitalertragsteuer** und der darauf entfallende **Solidaritätszuschlag** in die Insolvenzmasse zu **erstatten**.⁴⁷

Die nach **§ 43 Abs. 1 Satz 1 EStG** durch Abzug auf die Kapitalerträge der Gesellschaft erhobene **Einkommen- oder Körperschaftsteuer** (Kapitalertragsteuer) ist ebenso wie der darauf entfallende **Solidaritätszuschlag** vermögensmäßig als **Abzug von Gesellschaftskapital** anzusehen und wegen der steuerlichen Anrechnung auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuer der Gesellschafter wie eine **Entnahme** zu behandeln. Der Abzug der Kapitalertragsteuer von den Kapitalerträgen der ihrerseits nicht

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 35.

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 16 f.

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 16 f.

⁴⁷ Urteil vom 05. April 2016 – [II ZR 62/15](#) – juris, Rn. 11 = DB 2016, 1251 = ZInsO 2016, 1103 = ZIP 2016, 1019.

einkommen- oder körperschaftsteuerpflichtigen Personenhandelsgesellschaft bewirkt im Hinblick auf die Anrechnung nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG eine **Vorauszahlung** auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuerschuld der Gesellschafter als Mitunternehmer nach § 2 Abs. 1 Satz 1, § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, die entweder zur Minderung ihrer Einkommensteuerschuld oder zu einer Steuererstattung nach § 36 Abs. 4 Satz 2 EStG führt. Der hierdurch erlangte Vorteil kann **zivilrechtlich** nicht anders bewertet werden, als wäre der Gesellschaft zunächst der gesamte Kapitalertrag zugeflossen und sodann von ihr im Umfang der Zinsabschläge zur Leistung einer Vorauszahlung auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuerschuld der Gesellschafter verwendet worden. Ob die Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter einen Anspruch darauf hat, dass sie ihr die Zinsabschläge erstatten, richtet sich nach dem **Gesellschaftsvertrag**.⁴⁸

Zwar ist im **Insolvenzverfahren** der Insolvenzverwalter nach § 80 InsO befugt, über die für die Masse erwirtschafteten Zinseinkünfte zu verfügen. Unter diesen Umständen ist weder damit zu rechnen, dass diese Einkünfte an die Gesellschafter ausgekehrt werden, noch, dass sie – bei einer Gewinnthesaurierung – den Wert der Gesellschaftsbeteiligungen nachhaltig erhöhen.⁴⁹ Die einkommen- oder körperschaftsteuerrechtliche Behandlung der während des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter erwirtschafteten Zinseinkünfte unterscheidet sich aber nicht von den Regeln, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten. In beiden Fällen sind Steuerschuldner ("Steuersubjekte") die Gesellschafter, nicht dagegen schuldet die Gesellschaft die Einkommen- oder Körperschaftsteuer und damit auch nicht die Kapitalertragsteuer auf die Zinserträge und den Solidaritätszuschlag.⁵⁰

Zivilrechtlich haben die Gesellschafter dagegen in der **werbenden Gesellschaft**, sofern nichts anderes vereinbart ist, **kein "Steuerentnahmerecht"**, also kein Recht, Beträge in Höhe der von ihnen auf die Kapital-

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 12.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 16.

erträge oder auf sonstige Gewinne der Gesellschaft zu zahlenden Steuern unabhängig vom Inhalt des Gesellschaftsvertrages aus dem Gesellschaftsvermögen zu entnehmen. Deshalb sind die Gesellschafter in der werbenden Gesellschaft bei Fehlen abweichender Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag verpflichtet, die als Zinsabschläge bei der Gesellschaft einbehaltenen Steuervorauszahlungen wie unberechtigte Entnahmen in das Gesellschaftsvermögen zurückzuzahlen. Damit stimmt die steuerliche Rechtslage mit der gesellschaftsrechtlichen überein. Die Gesellschafter zahlen die gesamte Einkommen- oder Körperschaftsteuer nebst Solidaritätszuschlag aus ihrem Privatvermögen. Das Gesellschaftsvermögen bleibt davon unberührt.⁵¹

Nach der Eröffnung des **Insolvenzverfahrens** ändert sich diese Interessenlage zwar insofern, als der Insolvenzverwalter nach § 80 InsO befugt ist, alle Einkünfte, die er erwirtschaftet, zur Insolvenzmasse zu ziehen. Während steuerrechtlich nach wie vor die Gesellschafter Rechtssubjekte sind, stehen zivilrechtlich (und insolvenzrechtlich) die zu versteuernden Einkünfte der Masse zu. Obwohl die Masse dazu bestimmt ist, die Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen, hat der Insolvenzverwalter keine Möglichkeit, den Zinsabschlag durch Beantragung einer sog. Nichtveranlagungsbescheinigung nach § 44a Abs. 1 EStG oder auf andere Weise abzuwenden. Er kann auch nicht die sich aus den Zinsabschlägen möglicherweise ergebenden Steuererstattungsansprüche der Gesellschafter gegen den Fiskus geltend machen. Andererseits sind die Gesellschafter, selbst wenn im Gesellschaftsvertrag ein Steuerentnahmerecht vereinbart sein sollte, wegen des alleinigen Verfügungsrechts des Insolvenzverwalters nicht mehr berechtigt, die von ihnen zu zahlende Einkommen- oder Körperschaftsteuer aus der Insolvenzmasse zu entnehmen. Dann aber sind sie auch – unabhängig vom Inhalt des Gesellschaftsvertrages – zur Erstattung der Zinsabschläge in die Masse verpflichtet. Denn die Zinsabschläge sind, da sich die steuerrechtliche Lage durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht verändert, Teil der von den Gesellschaftern geschuldeten

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 17.

Einkommen- oder Körperschaftsteuer und dürfen daher nicht die Insolvenzmasse schmälern. Dem entspricht die grundsätzliche Möglichkeit der Gesellschafter, die Zinsabschläge als Vorauszahlung auf die eigene Einkommen- oder Körperschaftsteuer steuerlich geltend zu machen.⁵²

Die Erstattungsansprüche entstehen nicht vor denjenigen Terminen, zu denen die Zinsabschläge von dem kontoführenden Kreditinstitut an den Fiskus abgeführt werden.⁵³

2. Recht der GmbH

Zum Recht der GmbH ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

a)

Enthält die **Firma** einer **Rechtsanwaltsgesellschaft mit beschränkter Haftung** inhaltlich zutreffend einen Hinweis auf eine von der Gesellschaft ausgeübte **Treuhandtätigkeit**, wird eine Irreführung der beteiligten Verkehrskreise nicht dadurch hervorgerufen, dass diese Tätigkeit in der Satzung der Gesellschaft als Unternehmenszweck nicht genannt wird.⁵⁴ Da die Treuhandtätigkeit seit jeher zum Berufsbild der Rechtsanwälte gehört, kann eine untergeordnete Treuhandtätigkeit auch ohne ausdrückliche gesetzliche Gestattung Unternehmensgegenstand einer Rechtsanwaltsgesellschaft sein.⁵⁵ Insoweit ist auch die Firmierung "ESCRO Treuhandgesellschaft mbH Rechtsanwaltsgesellschaft" nicht zu beanstanden. Der prominenten Platzierung am Ende der Firmierung entnimmt der Verkehr, dass es sich nicht um eine reine Treuhandgesellschaft, sondern um eine Rechtsanwaltsgesellschaft handelt. Der angesprochene Verkehr wird die Bezeichnung "ESCRO" als Phantasiewort einordnen, weil das englische

⁵² a.a.O., juris, Rn. 18.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁵⁴ Urteil vom 30. Juli 2015 – [I ZR 18/14](#) – juris, Rn. 26 = BRAK-Mitt 2016, 87 = DB 2016, 767 = DStR 2016, 760 m. Anm. Juretzek = GRUR 2016, 292 = WRP 2016, 321 = ZIP 2016, 319.

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 23 und Rn. 29.

Wort "escrow" selbst mit der englischen Sprache gut vertrauten Mitgliedern des angesprochenen Verkehrs kaum geläufig ist.⁵⁶

b)

Aus der Verpflichtung des **Geschäftsführers** einer GmbH, für die **ordnungsmäßige Buchführung** der Gesellschaft zu sorgen, ergibt sich eine Verteilung der **Darlegungs- und Beweislast** zu seinen Lasten, aber keine unwiderlegbare Vermutung dahin, der Inhalt einer Buchung gebe die Rechtswirklichkeit zutreffend wieder. Stützt sich die Gesellschaft im Prozess gegen ihren Geschäftsführer auf vorhandene Buchungen und Buchungsunterlagen, hat der in Anspruch genommene Geschäftsführer somit zwar für seine Behauptung, die Buchführung sei nicht ordnungsgemäß, den Nachweis zu erbringen. Hat der Geschäftsführer seiner Darlegungslast insoweit aber genügt und für sein Vorbringen Beweis angetreten, darf dies nicht unbeachtet bleiben.⁵⁷

c)

Der **Sozialversicherungsträger**, der den **Geschäftsführer** einer GmbH wegen **Vorenthaltens** von **Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung** in Anspruch nimmt und sich hierbei auf eine deliktische Haftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes stützt (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB), hat grundsätzlich alle Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen sich die Verwirklichung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Schutzgesetzes ergibt. Seine Darlegungs- und Beweislast erstreckt sich auch auf den **Vorsatz** des Geschäftsführers.⁵⁸ Den **Geschäftsführer** trifft grundsätzlich nur eine sekundäre Darlegungslast.⁵⁹

Der Geschäftsführer handelt mit **bedingtem Vorsatz**, wenn er eine für möglich gehaltene Beitragsvorenthaltung billigt und nicht auf die Erfüllung

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁵⁷ Urteil vom 19. Januar 2016 – [II ZR 61/15](#) – juris, Rn. 25 = DB 2016, 762 = DStR 2016, 923 = GmbHR 2016, 479 NotBZ 2016, 215 = NWB 2016, 992 = ZInsO 2016, 707 = ZIP 2016, 615 = ZNotP 2016, 75.

⁵⁸ Urteil vom 03. Mai 2016 – [II ZR 311/14](#) – juris, Rn. 15.

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.

der Ansprüche der Sozialversicherungsträger hinwirkt.⁶⁰ Überlässt es der Geschäftsführer anderen für das Unternehmen tätigen Personen, für die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung zu sorgen, muss er (jedenfalls) im Rahmen der ihm verbliebenen **Überwachungs-****pflicht** tätig werden, sobald Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Erfüllung der Aufgaben durch die intern damit betrauten Personen nicht mehr gewährleistet ist. Er muss dann durch geeignete Maßnahmen die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge sicherstellen. Anlass für konkrete Überwachungsmaßnahmen bieten insbesondere eine finanzielle Krisensituation oder ungeordnete Verhältnisse im Geschäftsablauf innerhalb der Gesellschaft.⁶¹

d)

Der **Insolvenzverwalter** über das Vermögen einer GmbH ist gemäß **§ 60 Abs. 1 Satz 1 InsO** allen Beteiligten zum **Schadensersatz verpflichtet**, wenn er schuldhaft diejenigen Pflichten verletzt, die ihm in dieser Eigenschaft durch die Vorschriften der InsO übertragen sind. Der **Geschäftsführer** einer GmbH gehört hinsichtlich möglicher Ansprüche aus § 64 GmbHG **nicht** zu dem durch § 60 Abs. 1 Satz 1 InsO **geschützten Personenkreis**. Darum stehen ihm ein auf diese Vorschrift gestützte Schadensersatzansprüche gegen den Insolvenzverwalter der GmbH nicht zu.⁶²

Insolvenzspezifische Pflichten hat der Verwalter gegenüber der Schuldnerin und insbesondere den Insolvenzgläubigern, aber auch gegenüber den Massegläubigern i.S.d. §§ 53 ff. InsO sowie gegenüber den Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten wahrzunehmen. Insolvenzspezifische Pflichten obliegen dem Verwalter aber nicht gegenüber den Organen der Schuldnerin. Gegenüber Vorständen einer Aktiengesellschaft oder den Geschäftsführer einer GmbH hat er deshalb nur insoweit Pflichten zu er-

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 23.

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 24.

⁶² Beschluss vom 14. April 2016 – [IX ZR 161/15](#) – juris, Rn. 3 = DB 2016, 1370 = NWB 2016, 1784 = ZInsO 2016, 1058 = ZIP 2016, 1126.

füllen, als diese ihm als Vertreter der Schuldnerin oder als Insolvenz- oder Massegläubiger gegenübertreten.⁶³

Deswegen kann der Geschäftsführer einer insolventen GmbH nicht von dem Insolvenzverwalter Schadensersatz verlangen, weil dieser es versäumt hat, **aussichtsreiche Anfechtungsansprüche** (§§ 129 ff. InsO) zu verfolgen, die den auf § 64 GmbHG gestützten Erstattungsanspruch gegen den Geschäftsführer vermindert hätten. Der Geschäftsführer steht damit im Ergebnis nicht anders als ein Bürge, zu dessen Inanspruchnahme es nur deshalb kommt, weil der Insolvenzverwalter durch eine schuldhaft Verkürzung der Masse die Befriedigung des Hauptgläubigers aus der Masse verhindert hat. Ebenso scheidet eine Schadensersatzpflicht aus, sofern der Insolvenzverwalter eine **Haftpflichtversicherung** der GmbH als Versicherungsnehmerin beendet hat, die gegen den Geschäftsführer gerichtete Ansprüche aus § 64 GmbHG abgedeckt hätte.⁶⁴

e)

Auf den **Direktor** einer **private company limited by shares**, über deren Vermögen in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, kommt nach dem Urteil des II. Zivilsenats vom 15. März 2016 die Regelung in **§ 64 Satz 1 GmbHG** zur Anwendung.⁶⁵ In dieser Sache hatte der II. Zivilsenat zuvor mit Beschluss vom 02. Dezember 2014⁶⁶ dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Auslegung der Art. 49, 54 AEUV und des Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren EulnsVO in Bezug auf § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG in der Fassung vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen folgende Fragen vorgelegt:

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁶⁵ Urteil vom 15. März 2016 – [II ZR 119/14](#) – DB 2016, 949 = DStR 2016, 1120 = GmbHR 2016, 592 = NWB 2016, 1341 = NZI 2016, 461 m. Anm. Mock ZInsO 2016, 847 = ZIP 2016, 821.

⁶⁶ Beschluss vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 119/14](#) – juris, DB 2015, 58 = EuZW 2015, 160 (LS) = EWIR 2015, 99 m. Anm. Müller = GmbHR 2015, 79 = MDR 2015, 302 = NWB 2015, 89 = NZI 2015, 85 m. Anm. Mock = ZInsO 2015, 92 = ZIP 2015, 68.

1. Betrifft eine Klage vor einem deutschen Gericht, mit der ein Direktor einer Limited, über deren Vermögen in Deutschland nach Art. 3 Abs. 1 EulnsVO das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, vom Insolvenzverwalter auf Ersatz von Zahlungen in Anspruch genommen wird, die er vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, aber nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit geleistet hat, das deutsche Insolvenzrecht im Sinne des Art. 4 Abs. 1 EulnsVO?
2. Verstößt eine Klage der vorstehenden Art gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV?

Der Gerichtshof hat dazu Folgendes festgestellt⁶⁷:

1. Art. 4 EulnsVO ist dahin auszulegen, dass in seinen Anwendungsbereich eine Klage vor einem deutschen Gericht fällt, mit der der Direktor einer Gesellschaft englischen oder walisischen Rechts, über deren Vermögen in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, vom Insolvenzverwalter dieser Gesellschaft auf der Grundlage einer nationalen Bestimmung wie § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. auf Ersatz von Zahlungen in Anspruch genommen wird, die der Direktor vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, aber nach dem Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit festgesetzt wurde, geleistet hat.
2. Die Art. 49 AEUV und 54 AEUV stehen der Anwendung einer nationalen Vorschrift wie § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. auf den Direktor einer Gesellschaft englischen oder walisischen Rechts, über deren Vermögen in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, nicht entgegen.

Vor diesem Hintergrund wird im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15. März 2016⁶⁸ nunmehr ausgeführt, von § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. werde im Regelfall nicht ein Schaden der Gesellschaft erfasst, sondern ein Schaden der künftigen Insolvenzgläubiger. Die verbotswidrigen Zahlungen dienen in der Regel der Erfüllung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft und führen bei dieser nur zu einer Verkürzung der Bilanzsumme, nicht aber zu einem Vermögensschaden. Verringert wird nur die Insolvenzmasse in dem nachfolgenden Insolvenzverfahren, was zu einem Schaden allein der Insolvenzgläubiger führt. Die Haftung nach § 64 Abs. 2 Satz 1

⁶⁷ Urteil vom 10. Dezember 2015 – C-594/14 –, DB 2016, 44 = DStR 2016, 262 = EuZW 2016, 155 = EWIR 2016, 67 = GmbHR 2016, 24 = NJW 2016, 223 m. Anm. Hübner/Weller = NZG 2016, 115 = NZI 2016, 48 m. Anm. Swierczok = ZInsO 2016, 175 = ZIP 2015, 2468.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 14 f.

GmbHG a.F. setzt im Regelfall die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraus. Es ist dann Sache des Insolvenzverwalters, den Anspruch geltend zu machen.

Dieser Gesetzeszweck trifft auf beide Gesellschaftsformen zu. Sowohl in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung als auch in der Limited haften die Gesellschafter grundsätzlich nicht mit ihrem persönlichen Vermögen für die Gesellschaftsschulden. In beiden Gesellschaftsformen werden die Geschäfte von einer dafür verantwortlichen, nicht notwendig auch als Gesellschafter beteiligten Person geführt. Bei beiden Gesellschaftsformen besteht die Gefahr, dass der Geschäftsführer oder der Direktor nach Insolvenzureife Zahlungen zu Lasten der späteren Insolvenzgläubiger leistet und damit die Insolvenzmasse verkürzt. Diese Umstände rechtfertigen es, den **GmbH-Geschäftsführer** deutschen Rechts und den **Direktor einer private company limited by shares** nach englischem oder walisischem Recht in Bezug auf die Haftung bei derartigen Zahlungen **gleichzubehandeln**.⁶⁹

Diese Rechtsanwendung steht **nicht** in **Widerspruch** zum **Unionsrecht**. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat vielmehr festgestellt, dass § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. auch auf Direktoren einer Limited anwendbar sei, über deren Vermögen im Inland das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist.⁷⁰

f)

Nach **§ 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG** obliegt es der **Gesellschafterversammlung** bzw. dem Beirat, wenn ihm diese Kompetenz übertragen wurde, einen **Vertreter** der Gesellschaft in Prozessen **zu bestimmen**, welche die GmbH gegen einen **Geschäftsführer** führt. Diese Vorschrift, die sowohl für **Aktiv-** wie auch für **Passivprozesse** gilt, soll die unvoreingenommene Prozessführung in Rechtsstreitigkeiten sicherstellen, in denen regelmäßig

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 17 f.

die Gefahr besteht, dass die nach § 35 GmbHG an sich zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Geschäftsführer befangen sind. Hiervon sind auch Prozesse gegen ausgeschiedene Geschäftsführer umfasst, insbesondere Rechtsstreitigkeiten, in denen ein Geschäftsführer seine Abberufung und fristlose Kündigung anzweifelt und demgemäß im Urkundenprozess sein Gehalt einklagt. Gleichwohl kann die Gesellschaft durch einen neuen Geschäftsführer so lange vertreten werden, wie die Gesellschafterversammlung (bzw. der Beirat) nicht von ihrer Befugnis Gebrauch macht, einen anderen besonderen Vertreter zu bestellen.⁷¹

Ist der **Beirat** gemäß § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG für die Bestellung eines Vertreters der Gesellschaft in einem Prozess gegen einen früheren Geschäftsführer zuständig, so bringen die Beiratsmitglieder ihren für eine Beschlussfassung über ihre Bestellung nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG erforderlichen Willen dadurch ausreichend klar zum Ausdruck, dass sie sich mit der Frage der Prozessvertretung befassen und dem neuen Geschäftsführer das Ergebnis, sie seien der Prozessvertreter, mitteilen, sowie auch dadurch, dass sie einen Prozessbevollmächtigten mit der Verteidigung der Gesellschaft gegen die Klage des früheren Geschäftsführers beauftragen. Die Gesellschaft kann dann auch nur durch den Beirat und nicht durch den neuen Geschäftsführer im Rechtsstreit gegen den früheren Geschäftsführer vertreten werden. Nur der Beirat kann eine wirksame Prozessvollmacht erteilen.⁷²

Einem **Stimmverbot** unterliegen die Beiratsmitglieder bei einer Beschlussfassung hinsichtlich ihrer eigenen Bestellung als Prozessvertreter grundsätzlich nicht.⁷³

⁷¹ Beschluss vom 02. Februar 2016 – [II ZB 2/15](#) – juris, Rn. 13 = GmbHR 2016, 545 = NJW-RR 2016, 671 = NWB 2016, 1416.

⁷² a.a.O., juris, Rn. 15.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 15.

g)

Aufgrund der **Treuepflicht** muss nur dann in einem bestimmten Sinn **abgestimmt** werden, wenn erstens entweder die zu beschließende Maßnahme zur Erhaltung wesentlicher Werte, welche die Gesellschafter geschaffen haben, oder zur Vermeidung erheblicher Verluste, welche die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter erleiden könnten, objektiv unabweisbar erforderlich ist und zweitens den Gesellschaftern unter Berücksichtigung ihrer eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist. Erforderlich für die Annahme einer Zustimmungspflicht ist mithin, dass der Gesellschaftszweck und das Interesse der Gesellschaft gerade die zur Abstimmung gestellte Maßnahme zwingend gebieten und der Gesellschafter seine Zustimmung ohne vertretbaren Grund verweigert. Diese **hohen Anforderungen**, die vornehmlich an die Zustimmungspflicht zu **Änderungen des Gesellschaftsvertrags** gestellt werden, bestehen auch dann, wenn die Zustimmungspflicht zu Maßnahmen der Geschäftsführung in Rede steht. Dass eine Maßnahme im Interesse der Gesellschaft liegt, die Zwecke der Gesellschaft fördert und die Zustimmung dem Gesellschafter zumutbar ist, genügt daher nicht, um eine Zustimmungspflicht des Gesellschafters zu begründen oder eine entgegenstehende Stimmabgabe als unwirksam anzusehen.⁷⁴

Soweit der Gesellschafter durch die **Treuepflicht** nicht zur Zustimmung verpflichtet ist, kann er sie zu einer vorgeschlagenen Maßnahme verweigern, selbst wenn seine Beweggründe dafür sachwidrig und unverständlich erscheinen. Das Gericht darf einen Beschluss nicht deshalb beanstanden, weil er unzweckmäßig oder nicht im Interesse der Gesellschaft erscheint. Umgekehrt kann auch die Ablehnung eines Beschlussantrags nicht allein deshalb beanstandet werden, weil der Beschluss zweckmäßig erscheint und im Interesse der Gesellschaft liegt.⁷⁵ Eine **Beschränkung** dieser **Stimmrechtsausübungsfreiheit** kommt nur im **Ausnahmefall** in

⁷⁴ BGH, Urteil vom 12. April 2016 – [II ZR 275/14](#) – juris, Rn. 13 = BB 2016, 1548 m. Anm. Königshausen = DB 2016, 1427 = NWB 2016, 1262 = ZIP 2016, 1220.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 15.

Frage.⁷⁶ Eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung besagt nicht, dass eine Maßnahme zur Erhaltung geschaffener Werte objektiv unabweisbar erforderlich ist.⁷⁷ Ob für die Ablehnung ein sachlicher Grund bestand, ist nicht entscheidend, solange die Maßnahme nicht objektiv unabweisbar erforderlich ist.⁷⁸

Eine **Stimmabgabe** kann zwar wegen **widersprüchlichen Verhaltens unbeachtlich** sein. Dafür genügt es aber nicht, wenn die zu beschließende Maßnahme als solche befürwortet wird, eine zustimmende Stimmabgabe aber gleichwohl nicht erfolgt. Ein Widerspruch ergibt sich daraus weder in der Erklärung noch zu früherem oder späteren Verhalten.⁷⁹ Aus diesem Grund liegt auch kein widersprüchliches Verhalten darin, wenn der Gesellschafter vor und nach der Stimmabgabe erklärt, er befürworte die Umsetzung der Maßnahmen. Selbst wenn darin – wie aber nicht – die Ankündigung eines bestimmten Abstimmungsverhaltens läge, wäre der Gesellschafter nicht an einer abweichenden Stimmabgabe gehindert.⁸⁰

Eine **Verletzung der Treuepflicht** kommt in Frage, wenn ein Gesellschafter sein Stimmrecht ausübt, um damit **ausschließlich eigennützige Zwecke** zu verfolgen, etwa seine Blockademacht dazu benutzt, um seinen **Lästigkeitswert** in die Höhe zu treiben und eine Abfindung zu erstreiten, oder seine Mehrheitsmacht zur Schädigung der Mitgesellschafter oder für ungerechtfertigte Sondervorteile einsetzt.⁸¹

h)

Voreinzahlungen auf eine **künftige Kapitalerhöhung** haben grundsätzlich nur dann **Tilgungswirkung**, wenn der eingezahlte Betrag im Zeitpunkt der Beschlussfassung, die üblicherweise mit der Übernahmeerklärung verbunden wird, noch als solcher im Gesellschaftsvermögen zweifelsfrei

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 19.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 23.

vorhanden ist. Dies ist dann der Fall, wenn und soweit sich der geschuldete Betrag entweder in der Kasse der Gesellschaft befindet oder der Gesellschafter auf ein Konto der Gesellschaft einzahlt, soweit dieses anschließend und fortdauernd bis zur Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses ein Guthaben ausweist.⁸²

Wird auf eine künftige Kapitalerhöhung eine Voreinzahlung geleistet, entsteht durch diese rechtsgrundlose, verfrühte Leistung auf die Kapitalerhöhung eine Forderung des Leistenden gegen die Gesellschaft aus ungerechtfertigter Bereicherung in entsprechender Höhe. Diese Rückzahlungsforderung kann durch eine offen zu legende und der registergerichtlichen Prüfung zu unterwerfende Sacheinlage eingebracht werden.⁸³

Eine **verdeckte Sacheinlage** liegt vor, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage beschlossen oder vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Verwendungsabsprache einen Sachwert oder eine Altforderung erhalten soll. Die Neufassung von § 19 Abs. 4 GmbHG durch das MoMiG hat an diesen Tatbestandsvoraussetzungen nichts geändert.⁸⁴

Eine verdeckte Sacheinlage einer **Altforderung** des Gesellschafters liegt sowohl dann vor, wenn erst die geschuldete Bareinlage eingezahlt und sodann zur Tilgung der Gesellschafterforderung zurückgezahlt wird, als auch dann, wenn in umgekehrter Reihenfolge erst die Gesellschafterforderung getilgt und der erhaltene Betrag nachfolgend ganz oder teilweise als Bareinlage zurückgezahlt wird. Es ist deshalb unerheblich, ob zunächst die Gesellschaft eine Forderung des Gesellschafters erfüllt und dieser danach auf die Einlageverpflichtung gezahlt hat. Entscheidend für die

⁸² Urteile vom 19. Januar 2016 – [II ZR 61/15](#) – juris, Rn. 14 = DB 2016, 762 = DStR 2016, 923 = GmbHR 2016, 479 = NWB 2016, 992 = NotBZ 2016, 215 = ZInsO 2016, 707 = ZIP 2016, 615 = ZNotP 2016, 75 = juris, Rn. 18 und – [II ZR 303/14](#) –.

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 26 und a.a.O., juris, Rn. 18.

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 28 und a.a.O., juris, Rn. 20.

rechtliche Betrachtung ist allein, dass die Gesellschaft als wirtschaftliches Ergebnis der als innerlich zusammengehörig zu bewertenden Vorgänge am Ende keine Zuführung neuer Liquidität, sondern lediglich die Befreiung von einer Gesellschafterforderung erhalten hat.⁸⁵

Ein **enger zeitlicher** und **sachlicher** Zusammenhang zwischen der Einzahlung des Einlagebetrags und dem Rückfluss des Geldes begründet die **Vermutung**, die (objektive) Umgehung der Sachkapitalaufbringungsregeln sei im Sinne einer Verwendungsabsprache von Anfang an in Aussicht genommen worden.⁸⁶

Die (vollständige) **Erfüllung** der fortbestehenden **Geldeinlagepflicht** des Inferenten bei verdeckter Einbringung einer Forderung kann im Falle einer Kapitalerhöhung nach Maßgabe von § 19 Abs. 4 Satz 3 und Satz 5, § 56 Abs. 2 GmbHG gelingen, wenn der Inferent nachweist, dass seine Forderung gegen die Gesellschaft im Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung vollwertig war, d.h. ihr Wert (mindestens) den Betrag der übernommenen Geldeinlagepflicht erreicht hat. Eine gegen die Gesellschaft bestehende Forderung ist nicht vollwertig, wenn das Gesellschaftsvermögen bei Befriedigung der Forderung (in Höhe des Betrags der übernommenen Geldeinlagepflicht) nicht ausreichen würde, um alle (sonstigen) fälligen Forderungen der Gesellschaftsgläubiger zu erfüllen. Ist der Wert der im Wege der verdeckten Sacheinlage eingebrachten Forderung im maßgeblichen Zeitpunkt geringer als der Betrag der übernommenen Geldeinlagepflicht, so ist der Inferent nur im Umfang des anzurechnenden (Minder-) Werts von seiner Geldeinlagepflicht befreit.⁸⁷

Liegt im maßgeblichen Zeitpunkt eine **Überschuldung** der Gesellschaft vor, ist es offensichtlich, dass die Forderung jedenfalls nicht vollwertig ist. Ob die Gesellschaft in dem maßgebenden Zeitpunkt überschuldet war, ist anhand eines **Vermögensstatus** der Gesellschaft (Überschuldungsbilanz)

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 30 und a.a.O., juris, Rn. 22.

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 31 und a.a.O., juris, Rn. 23.

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 33 und a.a.O., juris, Rn. 25.

festzustellen, in dem ihre Vermögenswerte mit den Verkehrs- oder Liquidationswerten ausgewiesen sind. Bei der Ermittlung des Vermögensstands dürfen stille Reserven berücksichtigt werden. Eine **Unterbilanz** schadet dagegen im Grundsatz nicht. Die Erfüllung eines Anspruchs kann eine Unterbilanz oder Überschuldung weder herbeiführen noch vertiefen, weil der Verminderung der Aktivseite eine entsprechende Verringerung der Verbindlichkeiten gegenübersteht, die Erfüllung also bilanzneutral ist.⁸⁸

Nach **§ 3 Abs. 4 EGGmbHG** gilt § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG in der ab dem 01. November 2008 geltenden Fassung auch für vor diesem Zeitpunkt bewirkte Einlageleistungen, soweit diese nach der vor dem 01. November 2008 geltenden Rechtslage wegen der Vereinbarung einer Einlagenrückgewähr oder wegen einer verdeckten Sacheinlage keine Erfüllung der Einlagenverpflichtung bewirkten. Die Rückwirkung bezieht sich auch auf Kapitalerhöhungen.⁸⁹

i)

Ein **Einziehungsbeschluss** ist **nichtig**, wenn zum Zeitpunkt der Beschlussfassung bereits feststeht, dass die **Abfindung** des betroffenen Gesellschafters nicht aus freiem, also nicht durch § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG **geschütztes Vermögen** gezahlt werden kann.⁹⁰

Die Gesellschafter können wirksam beschließen, dass die Einziehung (erst) mit Zahlung der ersten Rate der Abfindung sowie mit der notariellen Verpfändung der Geschäftsanteile wirksam werden soll.⁹¹ Einer solchen Bedingung steht eine Regelung im Gesellschaftsvertrag, wonach mit Zugang des Einziehungsbeschlusses der betroffene Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, nicht entgegen.⁹² Sind der betroffene Gesell-

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 34 und a.a.O., juris, Rn. 26.

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 21 und a.a.O., juris, Rn. 17.

⁹⁰ Urteil vom 10. Mai 2016 – [II ZR 342/14](#) – juris, Rn. 13 = BB 2016, 1426 = DB 2016, 1366 = NWB 2016, 1870 = ZIP 2016, 1160.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁹² a.a.O., juris, Rn. 16.

schafter und der Geschäftsführer bei der mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter erfolgenden Beschlussfassung anwesend, ist jedenfalls von einer entsprechenden konkludenten Willenserklärung auszugehen. Die für das Wirksamwerden der Einziehung erforderliche Gestaltungserklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter, die zusammen mit dem Einziehungsbeschluss die Vernichtung des Geschäftsanteils herbeiführt, ist dann gegeben.⁹³

Mit dem Wirksamwerden der Einziehung entsteht für den betroffenen Gesellschafter ein Anspruch gegen die Gesellschaft auf Zahlung einer angemessenen Abfindung, soweit die Satzung nicht eine zulässige anderweitige Regelung enthält. Der Abfindungsanspruch kann gestundet werden, so dass er erst zu den vereinbarten Zeitpunkten fällig wird.⁹⁴

Die Einziehung ist grundsätzlich unabhängig von der Zahlung der Abfindung wirksam. Kann die Gesellschaft die Abfindung wegen der Sperre aus § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG nicht zahlen, können die übrigen Gesellschafter zur anteiligen Zahlung der Abfindung verpflichtet sein. Ihre persönliche Haftung entsteht aber weder bereits mit der Fassung des Einziehungsbeschlusses noch allein aufgrund des Umstands, dass die Gesellschaft später zum Zeitpunkt der Fälligkeit gemäß § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG an der Zahlung der Abfindung gehindert ist oder sie jedenfalls unter Berufung auf dieses Hindernis verweigert.⁹⁵

Die persönliche Haftung der Gesellschafter entsteht erst, wenn sie sich treuwidrig verhalten. Dies ist anzunehmen, wenn sie die Gesellschaft fortsetzen, ohne zur Befriedigung des Abfindungsanspruchs des ausgeschiedenen Gesellschafters Sorge zu tragen. Auf die Entnahme bestimmter Vermögenswerte kommt es nicht an. Denn das Vermögen der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter erhöht sich schon infolge des Wegfalls des eingezogenen Geschäftsanteils um dessen Wert. Anderer-

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 19.

⁹⁵ a.a.O., juris, Rn. 27.

seits begründet eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft, die dazu führt, dass die Abfindung nicht mehr aus freiem Vermögen geleistet werden kann, allein keine persönliche Haftung der Gesellschafter, wenn sie die Gesellschaft auflösen und sich damit den Mehrwert nicht einverleiben.⁹⁶

Liegen die Voraussetzungen für die Annahme eines treuwidrigen Verhaltens vor, so haften die Gesellschafter auch dann persönlich, wenn die Einziehung nicht gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters, sondern mit seiner Zustimmung erfolgt. Der Grund der Haftung, dass die Gesellschafter weiterwirtschaften und sich dabei den Wert des eingezogenen Geschäftsanteils einverleiben, ohne dafür zu sorgen, dass der Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil eingezogen worden ist, dafür angemessen entschädigt wird, besteht bei einer Einziehung mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters ebenso wie bei einer Zwangseinziehung.⁹⁷

Eine **Haftung** der **Gesellschafter** kommt andererseits **nicht** ohne weiteres in Betracht, wenn objektiv ein **ausreichendes Vermögen** für die Abfindungszahlung durch die Gesellschaft vorhanden ist, die **Gesellschaft** dies aber anders sieht oder aus sonstigen Gründen die Abfindung **nicht auszahlt**. Dass die Gesellschaft nicht bezahlt, obwohl sie nach § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG zahlen dürfte, bedeutet noch nicht, dass die Gesellschafter sich treuwidrig verhalten. Der Streit um die Zahlung der Abfindung kann unterschiedliche Gründe haben. Insoweit liegt das Risiko, dass die Gesellschaft die Abfindung nicht freiwillig zahlt, bei dem Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil eingezogen worden ist. Er muss seinen Anspruch gegebenenfalls mit gerichtlicher Hilfe durchsetzen.⁹⁸

Eine **Haftung** der verbleibenden Gesellschafter entsteht grundsätzlich auch dann **nicht zwingend**, wenn im Zeitpunkt der Fälligkeit der Abfindung oder danach über das Vermögen der GmbH das **Insolvenzverfah-**

⁹⁶ a.a.O., juris, Rn. 23.

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 24.

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 25.

ren eröffnet wird oder diese jedenfalls insolvenzreif wird. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt zur **Auflösung** der Gesellschaft (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG), so dass schon aus diesem Grund ihre treuwidrige Fortsetzung durch die übrigen Gesellschafter ausscheidet.⁹⁹

Eine **individuelle Vereinbarung** der Gesellschafter hinsichtlich der subsidiären Haftung bei Ausfall der Gesellschaft, die im Zusammenhang mit der Einziehung getroffen wird, ist **zulässig**. Die Gesellschafter können nicht nur hinsichtlich der Zahlung der Abfindung abweichende Vereinbarungen treffen, soweit die ansonsten geltenden allgemeinen Grundsätze keine zwingenden Vorgaben enthalten, sondern sie können auch die subsidiäre Haftung der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter regeln. Selbst ohne eine Vereinbarung muss der ausgeschiedene Gesellschafter hinsichtlich seines Abfindungsanspruchs nur so gestellt werden, wie er bei einer Auflösung der Gesellschaft durch Beschluss der Gesellschafter stünde. Auch mit der Auflösung wird er mit seinem Abfindungsanspruch so gestellt, als sei er noch Gesellschafter.¹⁰⁰

i)

Im Anschluss an die Entscheidung vom 23. Juni 2015¹⁰¹ hat der II. Zivilsenat im Urteil vom 08. Dezember 2015¹⁰² nochmals klargestellt, dass die **Einziehung** einer zur **Sicherheit** an eine Bank **abgetretenen Forderung**, die erst nach Insolvenzzreife entstanden oder werthaltig geworden ist, auf ein debitorisches Konto einer GmbH, dann nicht ohne weiteres eine **masseschmälernde Zahlung** i.S.v. § 64 Satz 1 GmbHG ist, wenn die als Gegenleistung an den Forderungsschuldner gelieferte Ware im Sicherungseigentum der Bank stand.

⁹⁹ a.a.O., juris, Rn. 26.

¹⁰⁰ a.a.O., juris, Rn. 32.

¹⁰¹ Urteil vom 23. Juni 2015 – [II ZR 366/13](#) – juris, Rn. 11 = BGHZ 206, 52 = BB 2015, 2128 = DB 2015, 1829 = DStR 2015, 2085 = GmbHR 2015, 925 = MDR 2015, 1018 = NJW 2015, 2806 = NZG 2015, 998 = NZI 2015, 817 m. Anm. Haneke = WM 2015, 1467 = ZInsO 2015, 1616 = ZIP 2015, 1480.

¹⁰² Urteil vom 08. Dezember 2015 – [II ZR 68/14](#) – DB 2016, 465 = GmbHR 2016, 213 = NJW 2016, 1092 = NZG 2016, 225 = NZI 2016, 271 m. Anm. Poertzen = ZInsO 2016, 338 = ZIO 2016, 364.

Zwar ist der Einzug von Forderungen einer insolvenzreifen GmbH auf ein debitorisches Konto grundsätzlich eine masseschmälernde Zahlung i.S.v. § 64 Satz 1 GmbHG, weil dadurch das Aktivvermögen der Gesellschaft zu Gunsten der Bank geschmälert wird. Der auf das debitorische Konto eingezahlte Betrag wird aufgrund der Kontokorrentabrede mit dem Sollsaldo bzw. mit dem Kreditrückzahlungsanspruch der Bank verrechnet und dadurch mit Gesellschaftsmitteln an einen Gläubiger, hier an die Bank, gezahlt. Der Einzug von Forderungen, die an die Bank zur Sicherheit abgetreten waren, auf einem debitorischen Konto der GmbH und die anschließende Verrechnung mit dem Sollsaldo stellen aber keine vom Geschäftsführer einer GmbH veranlasste masseschmälernde Zahlung i.S.v. § 64 Satz 1 GmbHG dar, wenn vor Insolvenzreife die Sicherungsabtretung vereinbart und die Forderung der Gesellschaft entstanden und werthaltig geworden ist.¹⁰³

Der Geschäftsführer einer GmbH muss die sicherungsabgetretene Forderung ungeachtet der bestehenden Einziehungsermächtigung nicht durch Einziehung auf ein neu eröffnetes, kreditorisch geführtes Konto bei einer anderen Bank der Einziehung und Verrechnung auf dem debitorischen Konto entziehen.¹⁰⁴ Zwar hätte die Umleitung einer auf eine sicherungsbedingte Forderung zu leistenden Zahlung auf ein Konto bei einer anderen Bank zur Folge, dass die Forderung der GmbH auch mit Wirkung gegenüber der Zessionarin erlischt und gleiches für das an der Forderung bestehende Absonderungsrecht gilt. Die Sicherungsnehmerin hätte auch kein Ersatzabsonderungsrecht entsprechend § 48 InsO erworben, da der Einzug aufgrund der bestehenden Einzugsermächtigung berechtigt gewesen wäre.¹⁰⁵ Die Umleitung der Zahlungen auf ein anderes Konto entspräche aber nicht einem ordentlichen Geschäftsgebahren. Wenn der Gegenwert der abgetretenen Forderung nicht bei der Zessionarin, sondern unmittelbar beim Zedenten eingeht, ist die Schuldnerin meist zur Weiter-

¹⁰³ a.a.O., juris, Rn. 13.

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 14.

¹⁰⁵ a.a.O., juris, Rn. 15.

leitung an die Zessionarin verpflichtet. Die Weiterleitung ist dem Geschäftsführer nicht nach § 64 Satz 2 GmbHG verboten, weil bereits die Einziehung mit der Verpflichtung zur Weiterleitung verbunden ist und er insoweit jedenfalls mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns handelt. Die Masse würde durch den Einzug von sicherungsabgetretenen Forderungen ohne Weiterleitung nicht nur erhalten, sondern vergrößert.¹⁰⁶

Eine masseschmälernde Leistung durch die der Bank zugute kommende Zahlung liegt indes dann vor, wenn eine vor Insolvenzreife zur Sicherheit abgetretene zukünftige Forderung erst nach Eintritt der Insolvenzreife entstanden ist, oder wenn sie zwar vor Eintritt der Insolvenzreife entstanden, aber erst danach werthaltig geworden ist und der Geschäftsführer die Entstehung der Forderung oder deren Werthaltigwerden hätte verhindern können. Der Geschäftsführer kann zwar nicht verhindern, dass der Zessionar die ihm zur Sicherheit abgetretene Forderung nach Insolvenzreife verwertet. Er darf aber nicht bewirken, dass der Zessionar zu Lasten der Masse nach Insolvenzreife noch eine werthaltige Forderung erwirbt (§ 64 Satz 1 GmbHG).¹⁰⁷

k)

Zur **Darlegung** der **Zahlungsunfähigkeit** einer **GmbH** ist die Aufstellung einer **Liquiditätsbilanz entbehrlich** ist, wenn eine Zahlungseinstellung (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO) die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit begründet. Die Annahme einer Zahlungseinstellung kann nicht auf die unterbliebene Begleichung bestehender Verbindlichkeiten erheblichen Umfangs gestützt werden, wenn der Schuldner die Zahlungen verweigert hat, weil er die Forderungen für unbegründet hielt.¹⁰⁸ Zwar führt die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortdauernde Nichtbegleichung erheblicher Verbindlichkeiten zur Annahme der Zahlungseinstellung und daraus folgend der Zahlungsunfähigkeit. Etwas anderes gilt aber, wenn zum fraglichen Zeitpunkt aufgrund konkreter Umstände, die sich nachträglich ge-

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 21.

ändert haben, angenommen werden konnte, der Schuldner werde rechtzeitig in der Lage sein, die Verbindlichkeiten zu erfüllen.¹⁰⁹

Ist von einer Zahlungseinstellung auszugehen, bleibt dem beklagten Geschäftsführer der Schuldnerin die Möglichkeit, die nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO bestehende Vermutung der Zahlungsunfähigkeit der GmbH zu widerlegen, indem er konkret vorträgt und gegebenenfalls beweist, dass eine **Liquiditätsbilanz** im maßgebenden Zeitraum für die Schuldnerin eine **Deckungslücke von weniger als 10 %** ausweist. Die bloße, unter Sachverständigenbeweis gestellte Behauptung genügt allerdings nicht. Der Geschäftsführer, der mit den finanziellen Verhältnissen der insolvent gewordenen GmbH aufgrund seiner Tätigkeit vertraut ist, ist vielmehr gehalten, zu einer Liquiditätsbilanz, die Zahlungsfähigkeit belegen soll, konkret vorzutragen.¹¹⁰

Ergibt die Liquiditätsbilanz eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Unterdeckung von 10 % oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auszugehen. Das gilt nur dann nicht, wenn ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke zwar erst mehr als drei Wochen später, aber doch in absehbarer Zeit vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.¹¹¹

Wenngleich sich die nach § 178 Abs. 3 InsO bestehende Rechtskraftwirkung der **Feststellung zur Insolvenztabelle** nicht auf Dritte wie den Geschäftsführer der Schuldnerin erstreckt, kann das **Verhalten des Geschäftsführers im Anmeldeverfahren**, wie vor allem das Nichtbestreiten einer Forderung, doch eine **indizielle Bedeutung** haben. Diese (mögliche) Indizwirkung ist (erst) im Rahmen der Tatsachenfeststellung gemäß

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 29.

¹¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 30.

¹¹¹ a.a.O., juris, Rn. 31.

§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO nach Durchführung einer gebotenen Beweis-
erhebung zu würdigen.¹¹²

Seite 35 von 50

War die Schuldnerin im fraglichen Zeitraum zahlungsunfähig und damit insolvenzreif, haftet der Geschäftsführer für die von ihm veranlassten Zahlungen gemäß **§ 64 Satz 1 GmbHG**, sofern er die gegen ihn streitende Vermutung, er habe schuldhaft gehandelt, nicht widerlegt.¹¹³ Von dem **Geschäftsführer** einer GmbH wird erwartet, dass er sich über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft stets vergewissert. Hierzu gehört insbesondere die Prüfung der Insolvenzreife. Wenn der Geschäftsführer erkennt, dass die GmbH zu einem bestimmten Stichtag nicht in der Lage ist, ihre fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten vollständig zu bedienen, hat er die Zahlungsfähigkeit der GmbH anhand einer Liquiditätsbilanz zu überprüfen. Erweisen sich hierbei angestellte Prognosen trotz Aufwendung der gebotenen Sorgfalt nach Ablauf des maßgebenden Zeitraums von drei Wochen als unzutreffend mit dem Ergebnis, dass statt einer angenommenen Zahlungsstockung bereits Zahlungsunfähigkeit besteht, können zwischenzeitlich in der vertretbaren Annahme fortbestehender Zahlungsfähigkeit geleistete Zahlungen unverschuldet sein.¹¹⁴

Der Geschäftsführer handelt **fahrlässig**, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und die Kenntnisse verschafft, die er für die Prüfung benötigt, ob er pflichtgemäß Insolvenzantrag stellen muss. Dabei muss er sich, sofern er nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse verfügt, gegebenenfalls fachkundig beraten lassen. Der selbst nicht hinreichend sachkundige Geschäftsführer ist nur dann entschuldigt, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierten Person hat beraten lassen und danach keine Insolvenzreife festzustellen war. Die Sorgfalt

¹¹² a.a.O., juris, Rn. 19.

¹¹³ a.a.O., juris, Rn. 32.

¹¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 33.

eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gebietet es zudem, das Prüfergebnis einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.¹¹⁵

Der Geschäftsführer kann auch durch eine nicht ausdrücklich auf die Prüfung der Insolvenzreife bezogene Auftragserteilung an einen sachkundigen Dritten entlastet werden, wenn er sich nach den Umständen der Auftragserteilung unter Beachtung der gebotenen Sorgfalt darauf verlassen durfte, die Fachperson werde im Rahmen der anderweitigen Aufgabenstellung auch die Frage der Insolvenzreife rechtzeitig prüfen und ihn gegebenenfalls unterrichten.¹¹⁶

Die **Zahlung von einem debitorisch geführten Bankkonto** bewirkt **keinen** bloßen, für die Gemeinschaft der Gläubiger **unschädlichen Gläubigertausch**, wenn die Bank über freie Sicherheiten verfügt, die sie zu einer abgesonderten Befriedigung nach §§ 50 f. InsO berechtigt.¹¹⁷ Der **Einzug** von Forderungen einer insolvenzreifen GmbH auf ein debitorisches Konto ist zwar grundsätzlich eine masseschmälernde Zahlung i.S.v. § 64 Satz 1 GmbHG, weil dadurch das Aktivvermögen der Gesellschaft zu Gunsten der Bank geschmälert wird. Die zwischen der Schuldnerin und der Bank abgeschlossenen Globalabtretungsverträge können die Annahme masseschmälernder Zahlungen durch die Einziehung von Forderungen auf das debitorisch geführte Konto jedoch – wie der II. Zivilsenat bereits mit Urteil vom 23. Juni 2015¹¹⁸ entschieden hat – ausschließen.¹¹⁹

Die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass die auf das Kontokorrentkonto eingezogenen Forderungen von der Globalzession erfasst und vor dem (vom Kläger zu beweisenden) Eintritt der Insolvenzreife entstanden

¹¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 34.

¹¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 36.

¹¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 38.

¹¹⁸ Urteil vom 23. Juni 2015 – [II ZR 366/13](#) – juris; vgl. auch das vorstehende referierte Urteil vom 08. Dezember 2015 – [II ZR 68/14](#) –.

¹¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 39.

bzw. werthaltig gemacht worden sind, liegt bei dem beklagten **Geschäftsführer**.¹²⁰

Soweit danach eine masseschmälernde Leistung durch die der Bank zugutekommende Zahlung in Betracht kommt, ist zu beachten, dass eine Zahlung i.S.v. § 64 Satz 1 GmbHG auch ausscheidet, soweit infolge der Verminderung des Debetsaldos durch die Einziehung und Verrechnung einer Forderung weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei geworden sind.¹²¹

Sofern der Geschäftsführer nach § 64 Satz 1 GmbHG haftet, ist ihm im Urteil vorzubehalten, nach Erstattung an die Masse seine Rechte gegen den Insolvenzverwalter zu verfolgen. Dabei deckt sich der ihm zustehende Anspruch nach Rang und Höhe mit dem Betrag, den der begünstigte Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätte.¹²²

I)

Nach **§ 212 Satz 1 InsO** ist für den **Antrag auf Einstellung des Insolvenzverfahrens** wegen Wegfalls des Eröffnungsgrundes **nur die Schuldnerin antragsberechtigt**.¹²³ Ist die Schuldnerin eine GmbH, so wird diese, solange mehrere Geschäftsführer bestellt sind, durch diese gemeinschaftlich gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Dies folgt aus § 35 Abs. 1 Satz 1 und § 35 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist.¹²⁴ An dieser gemeinschaftlichen Vertretungsbefugnis ändert die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nichts. Durch die Insolvenzeröffnung wird eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung zwar gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG aufgelöst, doch dauert ihre Rechtspersönlichkeit für die Zwecke des Verfahrens fort. Die Organe blei-

¹²⁰ a.a.O., juris, Rn. 45.

¹²¹ a.a.O., juris, Rn. 46.

¹²² a.a.O., juris, Rn. 49.

¹²³ Beschluss vom 24. März 2016 – juris, Rn. 11 = [IX ZB 32/15](#) – DB 2016, 1007 = DStR 2016, 1121 = GmbHR 2016, 587 = ZInsO 2016, 906 = ZIP 2016, 817. – Siehe dazu auch Beschluss vom 24. März 2016 – [IX ZB 31/15](#) – juris.

¹²⁴ a.a.O., juris, Rn. 12.

ben so im Verfahren bestehen, wie sie sich bei Verfahrenseröffnung darstellten.¹²⁵

Nach **§ 15 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO** kann **jeder Geschäftsführer** einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung namens der Gesellschaft den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft stellen, auch wenn er nicht alleinvertretungsbefugt ist. Denn § 15 Abs. 1 Satz 1 InsO nennt als Antragsberechtigte die Mitglieder des Vertretungsorgans. Die ihnen eingeräumte Einzelvertretungsmacht geht der ansonsten geltenden Vertretungsregelung vor; sie kann durch die Satzung nicht beseitigt oder beschränkt werden. Diese Sonderregelung gilt aber nur für den Eröffnungsantrag, nicht für den Einstellungsantrag nach § 212 InsO.¹²⁶

Insoweit kommt es nicht auf die Eintragung im Handelsregister an, sondern auf die objektive Rechtslage in dem Zeitpunkt, in dem das Beschwerdegericht über den Antrag nach § 212 InsO entscheidet.¹²⁷ Die Voraussetzungen des § 212 InsO einschließlich der Antragsberechtigung müssen nicht bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung vorliegen, sondern anders als beim Antrag auf Insolvenzeröffnung, wo der Eröffnungsgrund nach § 16 InsO zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung vorliegen muss, im Zeitpunkt des Abschlusses der Beschwerdeinstanz (§ 571 Abs. 2 Satz 1 ZPO i.V.m. § 212 InsO).¹²⁸

Der Antragsteller hat seine Antragsberechtigung gegenüber dem Insolvenzgericht nachzuweisen. Sofern der Schuldner in ein öffentliches Register eingetragen ist, sind die maßgebenden gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse in der Regel aus diesem ersichtlich. Das Insolvenzgericht

¹²⁵ a.a.O., juris, Rn. 13.

¹²⁶ a.a.O., juris, Rn. 14.

¹²⁷ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹²⁸ a.a.O., juris, Rn. 37.

kann sich grundsätzlich auf die Eintragungen verlassen. Der Beweis der Unrichtigkeit des Registers ist allerdings nicht ausgeschlossen.¹²⁹

Die **Bestellung** der **Geschäftsführer** ist zu jeder Zeit **widerruflich** (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Daran ändert die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nichts. Die Gesellschafterversammlung behält auch im eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft das Recht, den oder die Geschäftsführer abuberufen.¹³⁰

Das GmbH-Gesetz enthält – anders als das AktG – keine eigenständige Regelung über die Geltendmachung von Beschlussmängeln. Die aktienrechtlichen Vorschriften sind aber entsprechend heranzuziehen, sofern ein bestimmtes Beschlussergebnis festgestellt ist.¹³¹ Entsprechend § 241 Nr. 1 AktG sind **Gesellschafterbeschlüsse nichtig**, wenn die Versammlung von einer nicht dazu befugten Person einberufen worden ist, wenn nicht alle Gesellschafter eingeladen worden sind, wenn die Einladung nicht schriftlich oder ohne Unterschrift erfolgt ist oder nicht Ort und Zeit der Versammlung angibt (vgl. § 121 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 AktG). Ein in einer Gesellschafterversammlung gefasster Beschluss ist entsprechend § 241 Nr. 1 AktG weiter dann nichtig, wenn der Einberufungsman- gel einer Nichtladung der Gesellschafter gleichkommt. Dies ist dann der Fall, wenn eine Ladung dem Gesellschafter die Teilnahme in einer Weise erschwert, die der Verhinderung seiner Teilnahme gleichsteht. Denn dann wird ihm die Ausübung dieses unverzichtbaren Gesellschafterrechts eben- so entzogen wie im Fall der Nichtladung.¹³²

Andere Verstöße gegen Gesetz oder Satzung bei der Einberufung und Einladung führen nur dann zur Nichtigkeit, wenn der Beschluss auf eine

¹²⁹ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹³⁰ a.a.O., juris, Rn. 19.

¹³¹ a.a.O., juris, Rn. 20.

¹³² a.a.O., juris, Rn. 21.

Anfechtungsklage durch Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist (§ 241 Nr. 5 AktG).¹³³

Seite 40 von 50

Nach diesen Maßstäben führt die Einladung in die Wohnung eines Beteiligten nicht zur Nichtigkeit des Beschlusses entsprechend § 241 Nr. 1 AktG.¹³⁴ Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, ist der ordnungsgemäße Versammlungsort grundsätzlich entsprechend § 121 Abs. 5 AktG der Sitz der Gesellschaft, wobei die Räumlichkeiten der Gesellschaft im Fall ihrer Eignung als Versammlungslokal der Wahl angesehen werden. Die Regelung hat den Zweck, die Gesellschafter vor einer willkürlichen Wahl des Versammlungsortes und einer daraus folgenden Beeinträchtigung ihres Teilnahmerechts zu schützen. Dieser Gesetzeszweck ist bestimmend für die Frage, wann und in welchem Maße das Einberufungsorgan von der Soll-Vorschrift des § 121 Abs. 5 AktG abweichen darf.¹³⁵

Der ausgewählte Versammlungsort und das Versammlungslokal dürfen nicht für einen Gesellschafter unzumutbar sein. Eine solche unzumutbare Auswahl, auf die sich ein Gesellschafter nicht einlassen muss, kann gegeben sein, wenn verfeindete Gesellschafter in die Wohnung des einen Gesellschafters eingeladen werden. Für die Einladung zerstrittener Mitgesellschafter in die Kanzleiräume des Rechtsanwalts der Gegenpartei gilt nichts anderes.¹³⁶

Der an einem unzulässigen Versammlungsort gefasste Gesellschafterbeschluss ist mit einem Verfahrensmangel behaftet.¹³⁷ Bei der Einladung in die Wohnung des verfeindeten Gesellschafters hängt es von den konkreten Umständen des Falles ab, ob sie (ausnahmsweise) darüber hinaus einer Verhinderung der Teilnahme und damit einer Nichtladung gleich-

¹³³ a.a.O., juris, Rn. 22.

¹³⁴ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹³⁵ a.a.O., juris, Rn. 24.

¹³⁶ a.a.O., juris, Rn. 25.

¹³⁷ a.a.O., juris, Rn. 26.

kommt. Regelmäßig wird die Teilnahme durch die Einladung in Räume des verfeindeten Gesellschafters nicht schon in einer Weise erschwert, die ihrer Verhinderung gleichkommt.¹³⁸

Nach **§ 49 Abs. 1 GmbHG** wird die **Versammlung** durch den **Geschäftsführer einberufen**. Auch im Fall einer Gesamtgeschäftsführung und Gesamtvertretung ist jeder einzelne Geschäftsführer zur Einberufung berechtigt.¹³⁹

Wird eine **Anfechtungsklage** gegen einen (Abberufungs-) Beschluss nicht erhoben, wird der Beschluss, wenn förmlich festgestellt, trotz bestehender Ladungsmängeln mit Ablauf der Anfechtungsfrist endgültig wirksam und für alle Beteiligten verbindlich.¹⁴⁰ Die Vorschriften der §§ 241 ff. AktG sind nur dann entsprechend heranzuziehen, wenn das rechtliche **Beschlussergebnis förmlich festgestellt** worden ist. Fehlt es an einer förmlichen Beschlussfeststellung, ist es dem Betroffenen unbenommen, die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Beschlusses durch eine **Beschlussfeststellungsklage nach § 256 ZPO** feststellen zu lassen. Diese Feststellungsklage ist an keine Frist gebunden, die Geltendmachung des Rechts aus dem Rechtsverhältnis, das Gegenstand der Feststellungsklage ist, unterliegt lediglich der Verwirkung. Der Erfolg der Klage hängt allein von der materiellen Rechtslage ab. Beschlussmängel führen somit regelmäßig – wie im personengesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelsystem – zur Nichtigkeit. Entsprechendes gilt für Einladungsmängel, es sei denn, es lässt sich ausschließen, dass der Mangel auf die Beschlussfassung einen Einfluss hatte.¹⁴¹

Zur **förmlichen Feststellung** des Beschlussergebnisses ist erforderlich, dass dieses Ergebnis festgestellt und verkündet wird. Erfüllt ist diese Voraussetzung stets, wenn ein Versammlungsleiter diese Feststellung trifft.

¹³⁸ a.a.O., juris, Rn. 27.

¹³⁹ a.a.O., juris, Rn. 29.

¹⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 30.

¹⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 32.

Eine förmliche Feststellung ist aber auch auf andere Weise möglich, soweit das Ziel, Unsicherheit über die Fassung eines Beschlusses zu beseitigen, erreicht wird, so etwa, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag über alle Gesellschafterbeschlüsse ein Protokoll anzufertigen, das von einem Geschäftsführer der Gesellschaft zu unterschreiben, sodann den Gesellschaftern zu übersenden und zudem im Protokollbuch zu verwahren ist. Enthält das derart unterzeichnete und übersandte Protokoll die von beiden Gesellschaftern gleichlautend getroffene Feststellung, dass beide Gesellschafter einstimmig einen Beschluss mit einem genau bezeichneten Inhalt gefasst haben, ist ausreichend förmlich festgehalten, welcher Beschluss von wem mit welchem Inhalt und welchem Stimmenverhältnis gefasst worden ist.¹⁴²

3. Recht der Aktiengesellschaft

Zum Recht der Aktiengesellschaft sind die nachfolgenden Entscheidungen ergangen.

a)

Vertrauliche Angaben bzw. ein **Geheimnis** einer **Aktiengesellschaft** i.S.d. **§ 116 Satz 1 AktG** i.V.m. **§ 93 Abs. 1 Satz 3 AktG** sind gegeben bei nicht allgemein bekannten (offenkundigen) Tatsachen, an deren Geheimhaltung ein objektives Interesse des Unternehmens besteht. Ein objektives Interesse einer Aktiengesellschaft daran, dass noch vorläufige und nicht vom Vorstand oder anderen Berufsträgern der Aktiengesellschaft überprüfte Feststellungen zum Kernbereich des Geschäftsbetriebs zumindest vorläufig geheim zu halten sind, ist ohne weiteres anzunehmen. Einem Unternehmen droht bei sofortiger Veröffentlichung oder Weitergabe solcher Informationen erheblicher wirtschaftlicher Schaden. Für die Qualifikation einer Information als vertrauliche Angabe oder Geheimnis ist die

¹⁴² a.a.O., juris, Rn. 33.

Frage der vertraglichen oder gesetzlichen Offenbarungs- bzw. Mitteilungspflicht ohne Bedeutung.¹⁴³

Seite 43 von 50

Aufgrund der Vertraulichkeit dieser Angaben besteht für ein Mitglied des **Aufsichtsrates** eine **Pflicht zur Verschwiegenheit**. Diese Pflicht besteht gegenüber allen nicht zu den Organmitgliedern der Gesellschaft gehörenden Personen, insbesondere für in den Aufsichtsrat gewählte Bankenvertreter gegenüber ihrem Arbeitgeber. Nur wenn diese Verschwiegenheitsverpflichtung absolut gilt, ist gewährleistet, dass der Aufsichtsrat seine gesetzliche Überwachungs- und Beratungsfunktion erfüllen kann, da diese das notwendige Korrelat zu den umfassenden Informationsrechten des Aufsichtsrats bildet und der Vorstand den Aufsichtsrat frühzeitig über sensible Vorfälle, Daten und Vorhaben informieren kann, ohne dass er die Weitergabe – speziell an das finanzierende Kreditinstitut oder die Hausbank – und die damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteile für das Unternehmen befürchten muss. Für solche Umstände, die unter die Verschwiegenheitspflicht aus § 116 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG fallen und durch deren Weitergabe das Aufsichtsratsmitglied seine Schweigepflicht verletzen würde, **scheidet** eine **Wissenszurechnung** – gleich auf welcher Rechtsgrundlage – von vornherein **aus**.¹⁴⁴

Eine **Kollision der Pflichten** des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber seinem Arbeitgeber und der Gesellschaft, in deren Aufsichtsrat er gewählt oder entsandt wurde, rechtfertigt eine **Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht nicht**, da diese wegen der meist nebenberuflichen Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied ganz bewusst im System angelegt ist und dieses Spannungsfeld vom Gesetzgeber gesehen und, wie der Straf tatbestand des § 404 Abs. 1 Nr. 1 AktG belegt, zugunsten der von der Schweigepflicht geschützten Gesellschaft entschieden worden ist.¹⁴⁵

¹⁴³ Urteil vom 26. April 2016 – [XI ZR 108/15](#) – juris, Rn. 31 = BB 2016, 1421 = DB 2016, 1307 = ZIP 2016, 1063. – Siehe auch die in dem hier berichteten Umfang textidentischen weiteren Urteile vom 26. April 2016 – [XI ZR 110/15](#) – [XI ZR 114/15](#) – [XI ZR 176/15](#) – und – [XI ZR 177/15](#) – sowie [XI ZR 198/15](#).

¹⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 32, 37.

¹⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 33.

Ein **Aufsichtsratsmitglied** kann **nicht im Vorhinein** für einen bestimmten Themenbereich generell von der Schweigepflicht **entbunden werden**. Das **Schweigegebot** des § 116 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG ist eine abschließende Regelung, die nicht durch Satzung oder Geschäftsordnung gemildert oder verschärft werden kann. Allein das objektiv zu beurteilende Interesse des Unternehmens an der Geheimhaltung bestimmt die Reichweite und den Inhalt der Verschwiegenheitspflicht. Deshalb ist **nicht disponibel**, welche Informationen der Geltung des § 116 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG unterliegen sollen.¹⁴⁶

Darüber hinaus ist die **Hauptversammlung** einer Aktiengesellschaft **nicht befugt**, über die Offenbarung vertraulicher Angaben und Geheimnisse zu befinden. Eine vertrauliche Angabe oder ein Geheimnis unterfällt solange der Schweigepflicht, bis sie bzw. es allgemein bekannt geworden oder durch den Vorstand freiwillig oder aufgrund gesetzlicher Pflicht offenbart worden ist. Allein der Vorstand ist "Herr der Gesellschaftsgeheimnisse" und kann im Einzelfall nach sorgfältiger Abwägung der widerstreitenden Interessen für eine Offenbarung optieren und die betreffende vertrauliche Angabe oder das Geheimnis öffentlich machen. Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Gesellschaft zur Offenbarung vertraglich oder gesetzlich verpflichtet ist. Auch hier liegt es in der Entscheidungsgewalt des Vorstandes, wann und wie er welche Informationen zur Erfüllung der Verpflichtung der Gesellschaft offenbart. Zwar ist anerkannt, dass sich der Aufsichtsrat in Einzelfällen selbst von der Verschwiegenheitspflicht befreien kann, jedoch betrifft dies nur aus dem Aufsichtsrat selbst stammende Umstände, wie Abstimmungsgegenstände und Diskussionsinhalte, und würde lediglich dazu führen, dass das Aufsichtsratsmitglied für eine tatsächlich erteilte Auskunft nicht haftbar wäre. Eine Befreiung eines Mitglieds des Aufsichtsrates von der Verschwiegenheitspflicht durch die Hauptversammlung aus Anlass seiner Bestellung ist schon aufgrund dieser Zuständigkeitsregelung rechtlich nicht möglich und kann daher eine

¹⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 34.

Wissenszurechnung an die das Aufsichtsratsmitglied entsendende Bank nicht begründen. Die gesetzliche Kompetenzverteilung innerhalb der Aktiengesellschaft stellt keine "überflüssige Förmerei" dar.¹⁴⁷

b)

Für die Angemessenheit der **Barabfindung** im Falle des **Ausschlusses** von **Minderheitsaktionären** nach §§ 327a, 327b AktG ist bei Vorliegen eines (Beherrschungs- und) Gewinnabführungsvertrags der auf den Anteil des Minderheitsaktionärs entfallende Anteil des Unternehmenswerts jedenfalls dann maßgeblich, wenn dieser höher ist als der Barwert der aufgrund des (Beherrschungs- und) Gewinnabführungsvertrags dem Minderheitsaktionär zustehenden Ausgleichszahlungen.¹⁴⁸

Verliert der Minderheitsaktionär seine mitgliedschaftliche Stellung, muss er für den Verlust seiner Rechtsposition und die Beeinträchtigung seiner vermögensrechtlichen Stellung wirtschaftlich **voll entschädigt** werden. Dabei hat die Entschädigung den "**wirklichen**" oder "**wahren**" **Wert** des Anteilseigentums widerzuspiegeln. Wenn die Abfindung nicht nach dem Anteilswert bestimmt wird, welcher in der Regel dem Börsenwert der gehaltenen Aktien zu entnehmen ist, ist hierfür der Anteil des Minderheitsaktionärs am Unternehmenswert zugrunde zu legen, der im Wege einer Schätzung zu ermitteln ist. Zu dieser **Schätzung** ist bei einem **werbenden Unternehmen** die **Ertragswertmethode** eine grundsätzlich geeignete Methode. Das schließt es aber nicht aus, nach den konkreten Umständen des einzelnen Falles eine andere Methode zur Schätzung des Unternehmenswertes anzuwenden. Entscheidend ist, dass die jeweilige Methode in der Wirtschaftswissenschaft oder Betriebswirtschaftslehre anerkannt und in der Praxis gebräuchlich ist.¹⁴⁹

¹⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 35.

¹⁴⁸ Beschluss vom 12. Januar 2016 – [II ZB 25/14](#) – = juris, Rn. 19 = AG 2016, 359 = DB 2016, 883 = DStR 2016, 974 = NWB 2016, 1416 = NZG 2016, 461 = ZIP 2016, 666. – Vgl. dazu Lorenz, GWR 2016, 163; Müller, LMK 2016, 378799.

¹⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 21.

c)

Gemäß § 278 Abs. 2 AktG bestimmt sich das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter der **Kommanditgesellschaft auf Aktien** gegenüber der Gesamtheit der Kommanditaktionäre sowie gegenüber Dritten, namentlich die **Befugnis** der **persönlich haftenden Gesellschafter** zur **Geschäftsführung** und zur **Vertretung** der Gesellschaft, nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die Kommanditgesellschaft. Gemäß §§ 117, 127, 161 Abs. 2 HGB können einem persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft die Befugnis zur Geschäftsführung und die Vertretungsmacht auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch **gerichtliche Entscheidung entzogen** werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien setzt die Klage auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht einen (mit Mehrheit zu fassenden) Beschluss der Hauptversammlung voraus. Auch dem einzigen persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien kann die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht entzogen werden.¹⁵⁰

4.

Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung

Zum Verfahrens- und Prozessrecht ist auf die folgenden Entscheidungen hinzuweisen:

a)

Der gemäß §§ 2, 3 ZPO nach freiem Ermessen festzusetzende **Beschwerdewert** für das Rechtsmittel der zur **Auskunftserteilung** verurteilten Person bemisst sich nach ihrem Interesse, die Auskunft nicht erteilen zu müssen. Dabei ist im Wesentlichen darauf abzustellen, welchen **Aufwand** an Zeit und Kosten die Erteilung der Auskunft erfordert und ob die verurteilte Person ein schützenswertes Interesse daran hat, bestimmte

¹⁵⁰ Beschluss vom 15. Dezember 2015 – [II ZR 144/14](#) – NWB 2016, 472 = juris, Rn. 6.

Tatsachen vor dem Gegner geheim zu halten. Diese zur Auskunftserteilung entwickelten Grundsätze gelten auch für die Verurteilung zur **Einsichtsgewährung** in **Unterlagen**.¹⁵¹

Kosten für die Hinzuziehung von **sachkundigen Hilfspersonen** können nur berücksichtigt werden, wenn sie zwangsläufig entstehen, weil der zur Auskunft und Gewährung der Einsichtnahme Verpflichtete zu einer sachgerechten Erfüllung des Anspruchs allein nicht in der Lage ist.¹⁵² Die abstrakte Möglichkeit, dass sich ein Einsichtsverlangen im Einzelfall als rechtsmissbräuchlich darstellen und in diesem Fall zurückgewiesen werden könnte, genügt nicht, um die Kosten für die Anwesenheit eines Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers während der Einsichtnahme in die Buchhaltung und den vorhandenen Schriftverkehr als zwangsläufig entstehenden Aufwand zur Erfüllung des Anspruchs auf Einsichtnahme in alle Unterlagen der anzuerkennen.¹⁵³

Das Rechtsbeschwerdegericht kann die Bemessung der Beschwer nur darauf überprüfen, ob das Berufungsgericht von dem nach § 3 ZPO eingeräumten Ermessen rechtsfehlerfrei Gebrauch gemacht hat. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn das Gericht bei der Bewertung des Beschwerdegegenstandes maßgebliche Tatsachen verfahrensfehlerhaft nicht berücksichtigt oder erhebliche Tatsachen unter Verstoß gegen seine Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) nicht festgestellt hat.¹⁵⁴

b)

Derjenige, welcher zur Auskunft über die Mitgesellschafter der klagenden Partei verurteilt wird, kann diese Pflicht durch Ausdruck und Übersendung einer (ohnehin) abgespeicherten Liste erfüllen. Der zur Auskunft Verpflichtete ist dadurch allenfalls mit Kosten in Höhe von bis zu 300,00 € be-

¹⁵¹ Beschluss vom 19. April 2016 – [II ZB 29/14](#) – juris, Rn. 7.

¹⁵² a.a.O., juris, Rn. 12.

¹⁵³ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 8.

schwert (§ 3 ZPO).¹⁵⁵ Soll die Auskunft jeweils von der Fondsgesellschaft, der Komplementärin, der Treuhandkommanditistin und der geschäftsführenden Kommanditistin erfüllt werden, muss dieselbe Liste viermal ausgedruckt und versandt werden. Dieser (Mehr-) Aufwand pro Auskunftserteilung ist mit bis zu 500,00 € zu bewerten.¹⁵⁶

c)

Richtet sich die Klage gegen die **Beendigung** des **Dienstverhältnisses** eines **Geschäftsführers** einer **GmbH**, bestimmen sich der **Streitwert** und die Beschwer entsprechend **§ 9 ZPO** nach dem Dreieinhalbfachen des Jahresbezugs, wenn die Bezugszeit nicht wegen einer Befristung des Dienstverhältnisses oder eines sonstigen Beendigungsgrunds geringer ist. Der Wert wird nicht dadurch erhöht, dass sich die Klage nicht nur gegen die Beendigung des Dienstverhältnisses, sondern auch gegen die Beendigung der Organstellung richtet.¹⁵⁷

d)

Wird über das Vermögen einer **GmbH** das **Insolvenzverfahren** eröffnet, so tritt eine **Unterbrechung** nach **§ 240 Satz 1 ZPO** nicht ein und hindert eine Entscheidung über eine anhängige Nichtzulassungsbeschwerde nicht, wenn die mit der Klage angegriffenen Gesellschafterbeschlüsse, die Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind, **nicht** zu einer **Vergrößerung der Insolvenzmasse** führen. Ein **Rechtsmittel**, das bereits vor der Unterbrechung des Verfahrens **unzulässig** war, kann in entsprechender Anwendung des § 249 Abs. 3 ZPO auch während der Unterbrechung des Verfahrens verworfen werden.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Beschlüsse vom 12. April 2016 – [II ZR 224/15](#) – juris, Rn. 1, 3 und vom 24. Mai 2016 – [II ZR 105/16](#) – juris, Rn. 7.

¹⁵⁶ Beschluss vom 26. April 2016 – [II ZR 12/15](#) – juris, Rn. 2.

¹⁵⁷ Beschluss vom 12. April 2016 – [II ZR 297/15](#) – juris, Rn. 2.

¹⁵⁸ Beschluss vom 01. März 2016 – [II ZR 197/14](#) – juris, Rn. 3.

e)

Streitigkeiten über die in § 128 HGB angeordnete **persönliche Haftung** des **Gesellschafters** einer **Wohnungseigentümerin** für Beitragsrückstände sind als **Wohnungseigentumssache** i.S.v. **§ 43 Nr. 2 WEG** anzusehen. § 43 WEG ist weit auszulegen. Die Norm ist gegenstands- und nicht personenbezogen zu verstehen. Daher ist auch die persönliche Haftung des Gesellschafters der Wohnungseigentümerin gemäß § 128 HGB für Beitragsrückstände einzubeziehen; dies gilt in gleicher Weise für die Haftung des Gesellschafters einer GbR gemäß § 128 HGB analog sowie für die Haftung ausgeschiedener Gesellschafter (vgl. § 160 HGB, § 736 Abs. 2 BGB).¹⁵⁹

f)

Richtet sich ein **Vollstreckungstitel** gegen eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** als Vollstreckungsschuldnerin, steht die Befugnis zur Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage der Gesellschaft zu, nicht ihren Gesellschaftern.¹⁶⁰ Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann ein Aktivprozess der Gesellschaft nicht mehr von den Gesellschaftern „als GbR“ geführt werden. Die Gesellschafter können nicht mehr in Streitgenossenschaft auf das Gesamtvermögen bezogene Prozesse führen. Vielmehr ist in derartigen Rechtsstreitigkeiten grundsätzlich nur die rechtsfähige Gesellschaft die richtige Partei, sofern nicht besondere Voraussetzungen vorliegen, unter denen Gesellschafter Ansprüche der Gesellschaft – etwa im Wege der

¹⁵⁹ Beschluss vom 21. Januar 2016 – [V ZR 108/15](#) – juris, Rn. 5 f.

¹⁶⁰ Urteile vom 03. November 2015 – [II ZR 443/13](#) und – [II ZR 446/13](#) – DB 2016, 283 = MittBayNot 2016, 248 = NZG 2016, 221 = RPfleger 2016, 355 = ZfIR 2016, 154 = ZInsO 2016, 344 = ZIP 2016, 211.

actio pro socio oder anderweitig als Prozessstandschafter – gerichtlich geltend machen können.¹⁶¹

Karlsruhe, den 15. Juli 2016

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

¹⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 19. und a.a.O., juris, Rn. 28.