

Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des BGH im 1. Halbjahr 2018

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 2018 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 Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Zum Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden auch: GbR) ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

a)

Wird eine **Publikumsgesellschaft bürgerlichen Rechts** nach einer **Kündigung** vor Eintritt der Kündigungswirkung aufgelöst, scheidet der kündigende Gesellschafter, sofern dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes

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 „[Newsletter](#)“ auf unserer Homepage abrufbar sind.

entnommen werden kann, nicht mit Wirksamwerden der Kündigung aus, sondern verbleibt in der **Liquidationsgesellschaft**.³

Nach **§ 65 GenG** endet die Mitgliedschaft nicht, wenn die Genossenschaft vor dem Zeitpunkt, zu dem die Kündigung wirksam geworden wäre, aufgelöst wird. Diese Bestimmung ist Teil einer Gesamtregelung des Verhältnisses von Kündigung und Auflösung im Genossenschaftsrecht. Nach **§ 75 GenG** bleibt die Mitgliedschaft eines kündigenden Genossen sogar dann bestehen, wenn erst nach dem (vorläufigen) Ausscheiden innerhalb von sechs Monaten die Auflösung beschlossen wird.⁴

Eine **entsprechende Anwendung** dieser Regelung auf Publikumsgesellschaften bürgerlichen Rechts kommt **nicht** in Betracht. Der Gesetzgeber hat die Genossenschaften einem detaillierten und weitgehend unabdingbaren (§ 18 Satz 2 GenG) Regelwerk unterworfen, das auf andere, stärker durch den **Grundsatz der Vertragsfreiheit** geprägte Gesellschaftsformen grundsätzlich nicht, auch nicht teilweise, übertragen werden kann. Zudem enthält **§ 73 GenG** besondere Bestimmungen zur Auseinandersetzung mit einem ausgeschiedenen Mitglied und der Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens, während abweichend davon der aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts Ausscheidende grundsätzlich so zu stellen ist, wie er im Fall der Auseinandersetzung nach Auflösung der Gesellschaft stehen würde (§ 738 Abs. 1 BGB).⁵

Ein **kündigungsbedingtes Ausscheiden** aus einer **werbenden Gesellschaft** dient in Abgrenzung zu der nach dem Gesetz an sich eintretenden Auflösungswirkung der **Fortführung der Gesellschaft** unter den verbleibenden Mitgliedern. Angesichts dessen verliert die Ausscheidenswirkung einer Kündigung im Regelfall ihren Geltungsgrund durch die mit einem **Auflösungsbeschluss** eintretende Änderung des Gesellschaftszwecks, welcher anstelle auf eine Fortführung der Unternehmung nunmehr auf die Li-

³ Urteil vom 06. Februar 2018 – [II ZR 1/16](#) – juris, LS 1 und Rn. 42.

⁴ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 25.

quidation der Gesellschaft und die anteilsgemäße Beteiligung der Gesellschafter am Liquidationserlös gerichtet ist.⁶

Bei einer **Publikums-Kommanditgesellschaft** ist eine **Kündigung** der Beteiligung aus wichtigem Grund, etwa wegen arglistiger Täuschung, in der **Liquidation** der Gesellschaft **ausgeschlossen**. Denn das Interesse an der reibungslosen und zügigen Liquidation verbietet es, einem einzelnen Gesellschafter ein gesondertes Ausscheiden noch während des Auseinandersetzungsverfahrens zu gestatten.⁷ Bei einer **GbR** soll durch eine Fortsetzungsklausel nach § 736 BGB im Kündigungsfall gerade der Fortbestand der Gesellschaft zwischen den übrigen Teilnehmern gesichert werden. Die Vorschriften der §§ 736 ff. BGB gehen dementsprechend von dem Weiterbestehen der verbenden Gesellschaft aus. Ein **Austritt im Abwicklungsstadium** ist **weder gesetzlich vorgesehen noch** wäre er **geeignet**, für den ausscheidenden Gesellschafter andere Rechtsfolgen auszulösen als die, welche bei einer Auflösung der Gesellschaft ohnehin eintreten.⁸

Diese Erwägungen gelten grundsätzlich auch für das **Zusammentreffen** einer **Ausscheidenskündigung** mit einem während der Kündigungsfrist gefassten und wirksam gewordenen **Auflösungsbeschluss**. Der Liquidationszweck einerseits und die in § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelte Anbindung des Abfindungsanspruchs an ein fiktives Liquidationsergebnis andererseits schließen jedenfalls bei einer Publikumsgesellschaft das Ausscheiden des kündigenden Gesellschafter und seine gesonderte Abfindung grundsätzlich aus, sofern dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes entnommen werden kann.⁹

Zwar kann die **Gestaltungswirkung** einer **Kündigung** nach deren Erklärung **nicht** gegen den Willen des Kündigenden durch einen Mehrheitsbe-

⁶ a.a.O., juris, Rn. 28.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 29.

⁸ a.a.O., juris, Rn. 30.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 31.

schluss der Gesellschafter **geändert** werden. Eine unzulässige Änderung der Kündigungswirkung in diesem Sinne liegt aber nicht vor, wenn der auf das Ausscheiden aus einer werbenden Gesellschaft gerichteten Kündigung durch einen während der Kündigungsfrist gefassten Auflösungsbeschluss ihre **rechtliche Grundlage** genommen wird. Dementsprechend ist für eine Kündigung mit auflösender Wirkung bereits entschieden worden, dass die Kündigung ihre auflösende Kraft verliert, wenn während der Kündigungsfrist ein sofort wirkender Auflösungsgrund eintritt, nach dem sich dann auch weitere gesellschaftsvertraglich vereinbarte Folgen richten.¹⁰

Ein Gesellschafter erwirbt mit seinem Beitritt auch **keine gesicherte Rechtsposition** im Sinne einer **Anwartschaft** auf eine **Abfindung** anstelle einer Beteiligung an einem etwaigen Auseinandersetzungsguthaben. Vielmehr richtet sich der Abfindungsanspruch, der als solcher erst mit dem Ausscheiden des Gesellschafters entsteht, nach dem Gesetz auf das, was der Gesellschafter im Fall der Auseinandersetzung erhalten würde (§ 738 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dementsprechend umfasst die gesicherte Rechtsposition des Gesellschafters einen Anspruch auf Zahlung der Abfindung oder des Auseinandersetzungsguthabens.¹¹

Um die Fortführung der werbenden Gesellschaft nach dem kündigungsbedingten Ausscheiden eines Gesellschafters zu gewährleisten, werden Abfindungsregelungen nicht selten im Interesse der Kapitalerhaltung restriktiv ausgestaltet. Die **vertragliche Abfindung** bleibt dann hinter dem Betrag zurück, den der Ausscheidende nach § 738 BGB bzw. im Fall der Liquidation erhalten würde. Diese **Slechterstellung** des kündigenden Gesellschafters verliert ihre Geltungsberechtigung, wenn die Gesellschaft nicht weitergeführt, sondern während der Kündigungsfrist aufgelöst wird. Der kündigende Gesellschafter ist dann proportional am **Liquidationserlös** zu beteiligen.¹²

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 33.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 34.

¹² a.a.O., juris, Rn. 39.

b)

Eine teilrechtsfähige (Außen-) **GbR** kann sich als **Vermieterin** in entsprechender Anwendung des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB auf einen **Eigenbedarf** eines oder mehrerer ihrer **Gesellschafter** oder deren **Angehörigen** berufen.¹³

2.

Recht der Personenhandelsgesellschaft

Zum Recht der Personenhandelsgesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

a)

Zur **substantiierten Darlegung** einer **Forderung gegen den Kommanditisten** nach **§ 171 Abs. 2, § 172 Abs. 4 HGB** ist es ausreichend, wenn der Insolvenzverwalter die **Insolvenztabelle** mit festgestellten Forderungen vorlegt, die nicht aus der Insolvenzmasse befriedigt werden können.¹⁴

Die mittelbar aus **§ 201 Abs. 2 InsO** folgende **Rechtskraftwirkung** der widerspruchslos erfolgten Feststellung von Forderungen zur Insolvenztabelle nimmt gemäß § 129 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB auch dem **Kommanditisten** die der Gesellschaft **abgesprochenen Einwendungen** gegen die Gläubigerforderungen. Die Feststellung der Forderungen zur Insolvenztabelle hat für den Insolvenzverwalter und die Gläubiger gemäß § 178 Abs. 3 InsO die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils. Für den Schuldner ergibt sich die Rechtskraftwirkung nicht aus § 178 Abs. 3 InsO, weil dieser dort nicht genannt ist. Sie folgt aber mittelbar aus § 201 Abs. 2 InsO. Nach dieser Vorschrift können Insolvenzgläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht vom Schuldner im Prüfungstermin bestritten worden sind, nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens aus der Eintragung in

¹³ Urteil vom 21. März 2018 – [VIII ZR 104/17](#) – juris, Rn. 14.

¹⁴ Urteil vom 20. Februar 2018 i.d.F. des Berichtigungsbeschlusses vom 07. Mai 2018 – [II ZR 272/16](#) – juris, Rn. 15 und LS 1.

die Tabelle wie aus einem vollstreckbaren Urteil die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreiben. Eine nicht bestrittene Forderung steht einer Forderung gleich, bei der ein erhobener Widerspruch beseitigt ist.¹⁵

Diese **Wirkung** tritt auch **außerhalb** des **Insolvenzverfahrens** ein. § 201 Abs. 1 InsO regelt nur die während des Insolvenzverfahrens nicht mögliche Vollstreckung (§ 89 InsO) nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens. Die Rechtskraftwirkung außerhalb der Vollstreckung besteht schon vor Aufhebung des Verfahrens, sobald die Feststellung zur Tabelle erfolgt ist. Die **Rechtskraftwirkung** eines Titels gegenüber der Gesellschaft **beschränkt** grundsätzlich die **Einwendungsmöglichkeiten** für den persönlich haftenden Gesellschafter. Gegen die aus § 128 HGB begründete persönliche Haftung eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft kann ein Gesellschafter gemäß § 129 Abs. 1 HGB von persönlichen Einwendungen abgesehen nur die Einwendungen geltend machen, die auch von der Gesellschaft erhoben werden können. Ist im Gesellschaftsprozess ein rechtskräftiges Urteil gegen die Gesellschaft ergangen, wirkt dies auch gegen die Gesellschafter, indem es ihnen die Einwendungen nimmt, die der Gesellschaft abgesprochen wurden.¹⁶

Diese Grundsätze gelten gemäß **§ 161 Abs. 2 HGB** auch für die **Haftung** des **persönlich haftenden Gesellschafters** der KG und die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft nach §§ 171, 172 Abs. 4 HGB.¹⁷ Eine einschränkende Auslegung des § 129 Abs. 1 HGB wie bei der Haftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters kommt bei der Haftung eines Kommanditisten einer KG, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, nicht in Betracht.¹⁸

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 21.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 24.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 25.

b)

Eine **Treuhandkommanditistin** ist als **Beteiligungsverwalterin** oder als **Einzahlungstreuhanderin** aus dem Treuhandverhältnis **nicht verpflichtet** ist, einem Direktkommanditisten als **Anleger** für seine Beitrittsentscheidung ein **richtiges Bild** über das Beteiligungsobjekt **zu vermitteln**.¹⁹

Bei einer **Publikumpersonengesellschaft** haftet ein mit einer eigenen Kapitaleinlage beteiligter **Treuhandkommanditist** wegen der **Verletzung** von **Aufklärungspflichten** bei der Anbahnung des Aufnahmevertrags auch gegenüber nach ihm eintretenden Direktkommanditisten. Auf die Höhe der **Kapitaleinlage** des Altgesellschafters kommt es nicht an.²⁰

Die **Prospekthaftung** im weiteren Sinn ist ein Anwendungsfall der **Haftung** für **Verschulden bei Vertragsschluss** nach § 280 Abs. 1, 3, §§ 282, 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB. Danach obliegen demjenigen, welcher selbst oder durch einen Verhandlungshelfen einen Vertragsschluss anbaut, Schutz- und Aufklärungspflichten gegenüber seinem Verhandlungspartner, bei deren Verletzung er auf Schadensersatz haftet. Abgesehen von dem **Sonderfall** des **§ 311 Abs. 3 BGB**, in welchem auch ein Dritter haften kann, wenn er in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen hat, trifft die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss denjenigen, der den **Vertrag im eigenen Namen** abschließen will. Das sind bei einem **Beitritt** zu einer KG grundsätzlich die schon zuvor beigetretenen Gesellschafter. Denn der Aufnahmevertrag wird bei einer Personengesellschaft zwischen dem neu eintretenden Gesellschafter und den **Altgesellschaftern** geschlossen. Da **Anknüpfungspunkt** für die Aufklärungspflichten die Anbahnung des **Aufnahmevertrags** ist, haftet ein mit einer eigenen Kapitaleinlage beteiligter Treuhandkommanditist auch gegenüber den neu eintretenden Direktkommanditisten, mit denen er (und die anderen Gesellschafter) den Aufnahmevertrag schließen. Gegenüber einem beitriftswilligen Neugesellschafter haftet der bereits vor diesem bei-

¹⁹ Urteil vom 17. April 2018 – [II ZR 265/16](#) – juris, Rn. 14.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 16.

getretene Altgesellschafter. Der hierfür **maßgebliche** und die Schutzpflichten begründende **Zeitpunkt** ist regelmäßig der **Abschluss** des **Aufnahmevertrags** des Altgesellschafters. Auf die für die Erlangung der Gesellschafterstellung lediglich **deklaratorische Eintragung** in das **Handelsregister** kommt es **nicht** an.²¹ Bei einer Publikumspersonengesellschaft ist eine **Haftung** wegen Verschuldens bei Vertragsschluss insoweit **ausgeschlossen**, als sie sich gegen **Altgesellschafter** richten würde, die **nach** der **Gründung** der Gesellschaft **rein kapitalistisch** als Anleger beigetreten sind.²²

Die einen **nicht rein kapitalistisch als Anleger** mit eigener Einlage einer Publikumsgesellschaft beigetretenen Altgesellschafter treffenden **Aufklärungspflichten** bei der Anbahnung des Aufnahmevertrags gegenüber den nach ihm rein kapitalistisch als Anleger beitretenden Gesellschaftern sind **unabhängig** von der **Höhe** der **Beteiligung** des Altgesellschafters und der **Anzahl** weiterer **Gesellschafter**.²³

c)

Jede **Zuwendung** an den **Kommanditisten**, durch die dem Gesellschaftsvermögen ein Wert ohne eine entsprechende Gegenleistung entzogen wird, stellt eine **Rückzahlung** der **Einlage** gemäß **§ 172 Abs. 4 HGB** darstellt. Auf den Empfangswillen des Kommanditisten kommt es nicht an.²⁴

Die Anwendung des **Verbraucherdarlehensrechts** (§§ 491 ff. BGB) auf Rückzahlungen nach § 172 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 HGB **liegt fern**.²⁵ Aus der entsprechenden Anwendung des Verbraucherkreditrechts auf den **Schuldbeitritt** zu einem Kreditvertrag **folgt nichts** anderes. Die analoge Anwendung beruht beim Schuldbeitritt darauf, dass der Vertrag über einen Schuldbeitritt einem Kreditvertrag bei wertender Betrachtung gleichzu-

²¹ a.a.O., juris, Rn. 17.

²² a.a.O., juris, Rn. 19.

²³ a.a.O., juris, Rn. 21.

²⁴ Beschluss vom 20. März 2018 – [II ZR 239/16](#) – juris, Rn. 16.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 20.

stellen ist, wenn es sich bei dem Vertrag, zu welchem der Beitritt erklärt wird, um einen Kreditvertrag i.S.d. Verbraucherkreditrechts handelt. Da das Verbraucherkreditrecht die Beteiligung Dritter auf Seiten des Kreditnehmers nicht regelt, besteht im Fall des Schuldbeitritts zu einem Kreditvertrag eine **Lücke**, die durch eine entsprechende Anwendung geschlossen werden muss.²⁶

Bei der **Einlagenrückgewähr** fehlt es bereits an einem **Kreditvertrag**, der als Anknüpfungspunkt dienen könnte. Eine Ausschüttung bei möglicher späterer Rückzahlungspflicht ist kein Kreditvertrag. Zudem bestehen grundsätzliche **Unterschiede** zwischen der **Haftung** aus einem **Schuldbeitritt** und der **Haftung** des **Kommanditisten**. Letztere beruht auf einer gesetzlichen Regelung und nicht wie beim Schuldbeitritt zu einem Verbraucherdarlehen auf einer vertraglichen Vereinbarung. Schließlich ist die **Interessenslage** nicht vergleichbar. Das Verbraucherkreditrecht bezweckt den Schutz des Vertragspartners, die §§ 171, 172 HGB hingegen den Schutz der Gläubiger der Gesellschaft.²⁷

d)

Der **Beschluss** einer **Publikumsgesellschaft** ist genauso wie der **Gesellschaftsvertrag** nach seinem **objektiven Erklärungsbefund auszulegen**. Es bedarf ebenso wie bei Gesellschaftsverträgen wegen der körperchaftlichen Struktur dieser Gesellschaften mit einer Vielzahl von persönlich nicht miteinander verbundenen Gesellschaftern und einem wechselnden Mitgliederbestand grundsätzlich einer **einheitlichen objektiven Auslegung**, um den Inhalt des Beschlusses auch für später beitretende Gesellschafter verlässlich zu bestimmen. Dies gilt insbesondere dann, wenn einem Beschluss zumindest mittelbar gesellschaftsvertragsändernde Wirkung zukommt.²⁸ Maßgeblich für die Auslegung sind danach **Wortlaut, Zusammenhang und Zweck** des Beschlusses aus der Sicht eines verständigen Publikumpersonengesellschafters. Umstände, die in dem Be-

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 24.

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 25.

²⁸ Urteil vom 06. März 2018 – [II ZR 1/17](#) – juris, LS und Rn. 16.

schluss keinen Niederschlag gefunden haben und bei einem Publikums-
gesellschaftler nicht als allgemein bekannt vorausgesetzt werden können
oder für ihn anhand des Beschlussantrags oder -protokolls nicht ohne wei-
teres erkennbar sind, können zur Auslegung grundsätzlich nicht herange-
zogen werden.²⁹

e)

Ist ein **Anleger** durch entscheidungserhebliche **Prospektfehler** zum Bei-
tritt einer KG bewogen worden, kann er im Rahmen der **Prospekthaftung**
im weiteren Sinne grundsätzlich auch einen etwaigen **Minderwert** seiner
Kommanditbeteiligung als **erstattungsfähigen Schaden** geltend ma-
chen.³⁰

Ein **Schadensersatzanspruch** aus **Prospekthaftung** im weiteren Sinne
ist als Fall der Haftung wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungs-
pflichten gemäß §§ 280, 311 Abs. 1 und 2, § 241 Abs. 2 BGB grundsätz-
lich nur auf **Ersatz** des **Vertrauensschadens**, d.h. des **negativen Inter-
esses** gerichtet. Der Geschädigte hat danach Anspruch auf Erstattung
des Schadens, den er dadurch erlitten hat, dass er auf die Richtigkeit und
Vollständigkeit der Prospektangaben vertraut hat. Er ist so zu stellen, wie
er bei Offenbarung bzw. richtiger Darstellung der für seinen Vertrags-
schluss maßgeblichen Umstände stünde. Ein Anspruch auf das **Erfül-
lungsinteresse** kommt im Rahmen der Haftung wegen vorvertraglicher
Pflichtverletzung nur **ausnahmsweise** unter der Voraussetzung in Be-
tracht, dass ohne die haftungsbegründende Pflichtverletzung ein **Vertrag**
zu anderen, für den Geschädigten **günstigeren Bedingungen** mit einem
Dritten oder auch demselben Vertragspartner zustande gekommen wäre.
Dies hat der **Geschädigte darzulegen** und zu beweisen.³¹

Der durch Verletzung von Mitteilungs- oder Aufklärungspflichten zum Ver-
tragsschluss veranlasste **Geschädigte** kann im Rahmen des **Vertrauens-**

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 17.

³⁰ Urteil vom 06. Februar 2018 – [II ZR 17/17](#) – juris, LS und Rn. 8.

³¹ a.a.O., juris, Rn. 9.

schadensersatzes zwischen **zwei Möglichkeiten** des Schadensausgleichs wählen. Er kann entweder die **Rückabwicklung** des Vertrages verlangen oder **stattdessen** an dem **Vertrag festhalten** und den **Ersatz** der durch das Verschulden des anderen Teils veranlassten **Mehraufwendungen** verlangen (sog. „kleiner Schadensersatz“). In diesem Fall wird der Vertrag nicht angepasst, sondern der zu ersetzende Vertrauensschaden auf die berechtigten Erwartungen des Geschädigten reduziert, die durch den zustande gekommenen Vertrag nicht befriedigt werden.³²

Bei einem **Kaufvertrag** geschieht dies durch die Herabsetzung der Leistung des Geschädigten auf das tatsächlich angemessene Maß. Der Geschädigte wird damit so behandelt, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem **niedrigeren Preis** abzuschließen. Sein Schaden ist danach der Betrag, um den er den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat. Da es sich hierbei nur um die Bemessung des verbliebenen Vertrauensschadens handelt, braucht der Geschädigte in diesem Fall auch nicht nachzuweisen, dass sich der Vertragspartner auf einen Vertragsschluss zu einem niedrigeren Preis eingelassen hätte. Entscheidend ist vielmehr allein, wie der Geschädigte sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung verhalten hätte. Verbleibende **Unklarheiten** gehen zu **Lasten** des **aufklärungspflichtigen Verkäufers**.³³ Diese Grundsätze gelten auch für die **Beteiligung** als **Kommanditist** an einer KG.³⁴

Für die **Bemessung** des verbliebenen **Vertrauensschadens** des Anlegers anhand der Differenz zwischen seinem geleisteten Beteiligungsbeitrag und dem tatsächlichen Wert seiner Beteiligung kommt es **nicht** darauf an, ob sich der **Vertragspartner** auf einen **Vertragsschluss** zum tatsächlichen **Beteiligungswert eingelassen** hätte, da der tatsächliche Beteiligungswert nur ein **Rechnungsposten** bei der Schadensberechnung ist. Ob der Anlege seine Beteiligung tatsächlich gegen Zahlung eines Betrags

³² a.a.O., juris, Rn. 12.

³³ a.a.O., juris, Rn. 13.

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 14.

in der Höhe des von ihnen behaupteten geringeren Werts der Beteiligung hätten zeichnen können, ist daher unerheblich.³⁵

Eine **teilweise Erstattung** des Anlagebetrages als "kleiner Schadensersatz" führt auch **nicht** zu einem **Wiederaufleben** der **Kommanditistenhaftung** wegen teilweiser Rückerstattung der Einlage gemäß § 172 Abs. 4 HGB führen. Dem steht bereits entgegen, dass sich der **Anspruch** aus Prospekthaftung im weiteren Sinne **nicht gegen** die **KG** richtet, **sondern** gegen die **Initiatoren** der **Gesellschaft**, die **Gründungsgesellschafter** und gegen diejenigen, die sonst für die Mängel ihres Beitritts verantwortlich sind. Eine etwaige Schadensersatzzahlung von diesen hätte damit auch keinen Einfluss auf das von dem Anleger in voller Höhe eingebrachte und der KG weiterhin zur Verfügung stehende Kommanditkapital.³⁶

Diese Art der **Schadensberechnung** führt auch **nicht** zu einer dem Schadensrecht fremden "**Gewinnmaximierung**", weil danach ein Anleger sogar dann die teilweise Erstattung seines eingesetzten Kapitals verlangen könnte, wenn er im Laufe der Beteiligung viel höhere Ausschüttungen erhalten sollte, als selbst nach den (überhöhten) Ertragsprognosen im Prospekt zu erwarten gewesen sind.³⁷

Maßgeblich für die **Bemessung** des zu erstattenden Vertrauensschadens beim "**kleinen Schadensersatz**" in Form der vom anderen Teil verursachten **Mehraufwendungen** ist grundsätzlich der **Vergleich der Werte** von **Leistung** und **Gegenleistung** im **Zeitpunkt** des **Vertragsschlusses**. Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass ein Schaden zu verneinen sein kann, wenn der Vertragsschluss trotz der Abweichung vom Prospekt insgesamt nicht nachteilig ist, weil der Wert der Gegenleistung seine eigene Leistung zumindest erreicht, es sei denn, die erworbene Anlage ist von der im Prospekt beschriebenen grundlegend verschieden oder für die Zwecke des Anlegers nicht brauchbar. Auch hiernach ist für die Feststel-

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 17.

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 18.

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 19.

lung eines erstattungsfähigen Minderwerts auf einen Vergleich der Werte von Leistung und Gegenleistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen.³⁸

Eine **schadensmindernde Berücksichtigung** späterer, nicht prognostizierter **Ausschüttungen** käme nur im Rahmen einer **Vorteilsausgleichung** in Betracht. Hierfür fehlt es aber an dem dafür notwendigen **inneren Zusammenhang**, sofern der Anleger die Ausschüttungen auch bei einem Erwerb der Beteiligung zu einem ihrem damaligen tatsächlichen Wert entsprechenden Anlagebetrag erzielt hätte.³⁹

Der Anleger muss auch nicht im Gegenzug zu einer Erstattung des überzahlten Anlagebetrages eine entsprechende Reduzierung des Nennwerts seiner Gesellschaftsbeteiligung hinnehmen. Dass der Nennwert der Beteiligung im Fall einer solchen Teilerstattung höher ist als die vom Anleger bei wirtschaftlicher Betrachtung tatsächlich geleistete Zahlung, ändert nichts daran, dass er die Beteiligung für einen überhöhten Betrag erworben hatte und ihm dadurch ein zu erstattender Vertrauensschaden entstanden ist.

f)

Der gegen einen **Treugeber** gerichtete **Anspruch** auf **Leistung** der **Einlage** steht unmittelbar der **(Publikums) GmbH & Co. KG** zu, wenn der Treugeber im Innenverhältnis die Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters (**Quasi-Gesellschafter**) hat bzw. haben soll. Aus dieser Stellung ergeben sich einerseits gegen die Gesellschaft bestehende Rechte der Treugeber; andererseits können gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen wie die Verpflichtung zur Leistung der Einlage im Innenverhältnis die Treugeber unmittelbar treffen.⁴⁰

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 20.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁴⁰ Urteil vom 30. Januar 2018 – [II ZR 137/16](#) – juris, Rn. 13; vgl. auch die gleichlautenden Urteile vom 30. Januar 2018 – [II ZR 108/16](#) – und – [II ZR 242/16](#) – sowie die Urteile vom 13. März 2018 – [II ZR 243/16](#) – und vom 15. Mai 2018 – [II ZR 222/17](#) – und – [II ZR 92/16](#) –.

Im Fall einer sog. **offenen** oder **qualifizierten Treuhand**, gerade bei der treuhänderischen Zusammenfassung zahlreicher Geldgeber, können die an der Gesellschaft Beteiligten ihr **gesellschafterliches Innenverhältnis** so gestalten, als ob die **Treugeber** selbst **Gesellschafter** wären. Ein solches Vertragsverhältnis mit den Gesellschaftern ist regelmäßig anzunehmen, wenn – wie bei Publikumsgesellschaften häufig – die mittelbare Beteiligung erst noch zu werbender Anleger und damit eine **Verzahnung** von **Gesellschaft** und **Treuhand** im **Gesellschaftsvertrag** von vornherein **vorgesehen** ist und im Hinblick darauf bestimmte Rechte und Pflichten der Anleger schon im Gesellschaftsvertrag, den der Bundesgerichtshof selbst auslegen kann, geregelt sind.⁴¹

Selbst wenn die Verträge weder eine **ausdrückliche Gleichstellung** von Treugebern mit Direktkommanditisten im Innenverhältnis noch **Regelungen** über **unmittelbare Rechte** und **Pflichten** der **Treugeber** im Verhältnis zur Gesellschaft oder eine Verpflichtung zur Zahlung der Einlage unmittelbar an die Gesellschaft vorsehen, kann gleichwohl den Treugebern aufgrund der **vertraglichen Konstruktion** eine den Direktkommanditisten entsprechende Stellung zukommen.⁴² Es spricht auch nicht zwingend gegen die Annahme einer Gleichstellung, dass dem Treugeberkommanditisten die Gesellschafterrechte und -pflichten nach der Konstruktion des Treuhandvertrages zunächst nur durch Vermittlung des Treuhänders zustehen sollen, wenn im Treuhandvertrag zugleich die wesentlichen Schritte für eine Angleichung dieser nur mittelbaren Befugnisse an eine unmittelbare Berechtigung angelegt bzw. vollzogen sind.⁴³

Einer Gleichstellung der Treugeberkommanditisten mit den Direktkommanditisten steht schließlich auch nicht entgegen, dass die **Beteiligungssumme** nach der Beitrittserklärung, der Zusatzvereinbarung und des Treuhandvertrags **nicht unmittelbar** auf das **Konto** der **Gesellschaft**, sondern ausdrücklich ausschließlich auf das **Konto** der **Treuhandkom-**

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 14, 16. – Ebenso Urteil vom 30. Januar 2018 – [II ZR 95/16](#) – juris, Rn. 19.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 22.

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 24.

manditistin zu zahlen ist.⁴⁴ Die Verpflichtung zur unmittelbaren Zahlung der Einlage an die Gesellschaft ist zwar ein Gesichtspunkt, der für eine Gleichstellung der Treugeberkommanditisten mit Direktkommanditisten spricht, aber **keine notwendige Voraussetzung**. Ob eine solche **Gleichstellung** vorliegt, beurteilt sich vielmehr maßgeblich aufgrund einer **Gesamtwürdigung** sämtlicher vertraglicher Regelungen zur Stellung des Treugebers. Daher können auch im Ausgangspunkt nur mittelbar begründete Rechte und Pflichten bei entsprechender vertraglicher Verstärkung ohne zusätzliche Pflicht zur unmittelbaren Zahlung an die Gesellschaft eine Gleichstellung des Treugeberkommanditisten begründen.⁴⁵ Dies gilt umso mehr, wenn sich aus den vertraglichen Vorgaben ergibt, dass die Einzahlung des Treugeberkommanditisten jedenfalls im Ergebnis eine Zahlung an die Gesellschaft darstellt, bei der die Treuhandkommanditistin **nur als Mittler** zwischengeschaltet ist.⁴⁶

Die **Abwicklungsanordnung** der **BaFin** wirkt gemäß **§ 38 Abs. 1 Satz 2 KWG** wie ein gesellschafts- bzw. handelsrechtlicher **Auflösungsbeschluss** und führt zur **Liquidation** des Unternehmens. Die Durchführung der Liquidation richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag, sofern dieser hierzu Regelungen enthält, andernfalls nach den gesetzlichen Regelungen.⁴⁷

Der nach § 38 Abs. 2 KWG bestellte **Abwickler** hat grundsätzlich die gleiche **Stellung** wie ein von den Gesellschaftsorganen oder Gesellschaftern **bestellter Liquidator**. Nach § 161 Abs. 2, § 149 Abs. 1 Satz 1 HGB obliegt es dem Liquidator u.a., die Forderungen der Gesellschaft einzuziehen. Hierunter fällt auch die **Einziehung rückständiger Einlagen**, wenn und **soweit** sie für die **Durchführung** der **Liquidation**, insbesondere für die **Befriedigung** der **Gläubiger benötigt** werden.⁴⁸

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 28.

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 29.

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 30.

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 33.

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 34.

Die **Einlageverpflichtung** ist mit **Zeichnung** der Beteiligung in voller Höhe gemäß der Beitrittserklärung nebst Zusatzvereinbarung **entstanden**.⁴⁹ Die **Einforderung** der rückständigen Einlagen stellt **kein** neues, **werbendes Geschäft** dar, das ab dem Zeitpunkt der sofort vollziehbaren Abwicklungsanordnung gemäß § 38 KWG, § 149 HGB grundsätzlich untersagt wäre. Es handelt sich **lediglich** um die **Abwicklung** der bereits bestehenden vertraglichen Vereinbarungen durch Einforderung bzw. Erfüllung der daraus resultierenden Leistungspflichten, die zudem gerade dem geänderten, der Abwicklungsanordnung entsprechenden, Gesellschaftszweck der Liquidation dienen soll.⁵⁰ Aus diesem Grund greift auch der Einwand nicht durch, die Leistungspflicht sei wegen Unmöglichkeit der Gegenleistung gemäß § 275 Abs. 1, § 326 Abs. 1 BGB entfallen. Da sich der Gesellschaftszweck mit der Abwicklungsanordnung von der werbenden Tätigkeit in eine Liquidation geändert hat, kann der Treugeber die Leistung seiner Einlage nicht mehr von der Erbringung der für die werbende Tätigkeit zugesagten Gegenleistung abhängig machen, sondern hat seine Einlage zu leisten, soweit sie für die Abwicklung erforderlich ist.⁵¹

Grundsätzlich dürfen **ausstehende Einlagen** im Rahmen der **Liquidation** einer Fondsgesellschaft **nur eingefordert** werden, **wenn** und **soweit** dies zur Durchführung der **Abwicklung**, d.h. für die Befriedigung der Gläubiger oder für liquidationszweckgemäße Tätigkeiten **erforderlich** ist. Dabei ist der Liquidator zwar **nicht** gehalten, die zu Liquidationszwecken benötigten Beträge so einzufordern, dass alle **Gesellschafter gleichmäßig belastet** werden. Vielmehr steht die Entscheidung darüber, ob und in welchem Umfang er gegenüber den einzelnen Gesellschaftern rückständige Einlageforderungen geltend macht, in seinem **plichtgemäß** auszuübenden **Ermes-**
sen. Voraussetzung dafür bleibt jedoch, dass der jeweils eingeforderte Betrag für die Abwicklung erforderlich sein muss. Der **Ausgleich** zwischen den **Gesellschaftern** erfolgt demgegenüber grundsätzlich erst im Rahmen

49 a.a.O., juris, Rn. 36.

50 a.a.O., juris, Rn. 38.

51 a.a.O., juris, Rn. 39.

der sich an die Abwicklung anschließenden **Auseinandersetzung** bzw. der **Schlussabrechnung**.⁵²

Den auf Zahlung rückständiger Einlage in Anspruch genommenen **Gesellschafter** trifft die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass der eingeforderte Betrag für die Abwicklung nicht benötigt wird, der **Abwickler** hat aber die insoweit bedeutsamen **Verhältnisse der Gesellschaft** darzustellen, soweit nur er dazu imstande ist; insoweit hat er im Einzelnen darzulegen, wozu die eingeforderten Beträge im Rahmen der Abwicklung benötigt werden.⁵³

Maßgeblicher Zeitpunkt für die **Beurteilung** dieser **Erforderlichkeit** ist der **Schluss der mündlichen Verhandlung** (vgl. § 128 Abs. 2, § 136 Abs. 4, §§ 296a, 310 ZPO), so dass eine etwaige positive Entwicklung der Liquiditätssituation im Laufe des Verfahrens zu berücksichtigen ist. Dabei ist auch eine etwaige Verbesserung der Liquidität durch bereits eingezogene rückständige Einlagen anderer Gesellschafter berücksichtigungsfähig. Der Gleichbehandlungsgrundsatz steht nicht entgegen, da abschließend noch ein Ausgleich unter den Gesellschaftern durchzuführen ist.⁵⁴

Der **Abwickler** einer **Publikums-KG** ist auch ohne gesellschaftsvertragliche Ermächtigung zur **Einforderung rückständiger Einlagen** zum Zweck des Ausgleichs unter den Gesellschaftern **befugt**, sofern keine anderweitige gesellschaftsvertragliche Regelung existiert.⁵⁵ Das gilt auch für einen nach § 38 Abs. 2 KWG bestellten Abwickler der Gesellschaft.⁵⁶ Jedenfalls im Fall der Auflösung einer Publikums-KG in Form einer Massengesellschaft ist eine solche Befugnis des Liquidators deshalb zu bejahen, weil andernfalls der erforderliche Ausgleich unter den Gesellschaftern bei der für Massengesellschaften typischen Vielzahl von Gesellschaftern, die

⁵² a.a.O., juris, Rn. 41. – Ebenso Urteil vom 30. Januar 2018 – [II ZR 95/16](#) – juris, Rn. 58.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 42. – Ebenso Urteil vom 30. Januar 2018 – [II ZR 95/16](#) – juris, Rn. 59.

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 43. – Ebenso Urteil vom 30. Januar 2018 – [II ZR 95/16](#) – juris, Rn. 60.

⁵⁵ Urteil vom 30. Januar 2018 – [II ZR 95/16](#) – juris, LS 1 und Rn. 67.

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 49. – Ebenso Urteil vom 30. Januar 2018 – [II ZR 95/16](#) – juris, Rn. 61.

untereinander nicht persönlich verbunden sind, nicht gewährleistet, zumindest aber in unzumutbarer Weise erschwert wäre. Schon dieser Gesichtspunkt rechtfertigt es, jedenfalls bei Publikumsgesellschaften eine Befugnis des Liquidators zum Innenausgleich auch ohne zumindest indirekte Ermächtigung durch die Gesellschafter – wie etwa in der Form einer von einer Gesellschafterversammlung festgestellten (vorläufige) Schlussrechnung unter Einbezug des Innenausgleichs anzunehmen.⁵⁷ Das gilt auch dann, wenn die Abwicklung der Gesellschaft nach § 38 KWG angeordnet wurde.⁵⁸ Die Einforderung rückständiger Einlagen zum Ausgleich zwischen den Gesellschaftern kommt im Regelfall jedoch erst dann in Betracht, wenn und soweit ein im Rahmen der Auseinandersetzungsrechnung **zu erstellender Ausgleichungsplan** einen Passivsaldo zu Lasten des in Anspruch genommenen Gesellschafters aufweist.⁵⁹

Ein Ausgleichungsplan kann ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn es unter **besonderen Umständen**, insbesondere wenn die Abwicklung längere Zeit dauert und den Belangen der Gläubiger schon vorher voll Rechnung getragen ist, nach dem **Grundsatz** der **Gleichbehandlung** gerechtfertigt ist, auch ohne Ausgleichungsplan Vorschüsse an die ausgleichsberechtigten Gesellschafter zu zahlen und dementsprechend rückständige Einlagen einzufordern. Das setzt aber in jedem Fall die Feststellung voraus, dass der in Anspruch genommene Gesellschafter im Ergebnis noch etwas einzuzahlen hat. In diesem Fall muss der Liquidator den geltend gemachten Ausgleichsanspruch dartun und beweisen.⁶⁰

g)

Als **actio pro socio** wird die **Geltendmachung** eines **Anspruchs** aus dem **Gesellschaftsverhältnis** durch einen **Gesellschafter** im **eigenen Namen gegen** einen **Mitgesellschafter** auf Leistung an die Gesellschaft

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 60.

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 61.

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 63.

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 65.

bezeichnet. Sie wurzelt im Gesellschaftsverhältnis und ist Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts des Gesellschafters.⁶¹

Seite 19 von 42

Mit dem **Schadensersatzanspruch** der **KG** gegen den **Geschäftsführer** der **Komplementär-GmbH** wird **kein Anspruch** gegen einen **Mitgesellschafter** geltend gemacht, sondern gegen einen **Nichtgesellschafter**. Die **Einziehung** einer **Gesellschaftsforderung** ist bei einer Personengesellschaft ein **Akt** der **Geschäftsführung**, die grundsätzlich Aufgabe der geschäftsführenden Gesellschafter ist. Demgemäß braucht auch kein Gesellschafter zu dulden, dass ein **nichtberechtigter Gesellschafter** die in der klageweisen Geltendmachung einer Forderung gegen Dritte liegende Geschäftsführungsmaßnahme allein trifft und damit die gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen über die Geschäftsführungsbefugnis durchbricht. Dies gilt auch für die GmbH & Co. KG. Die Geltendmachung von **Schadensersatzforderungen** der KG gemäß **§ 43 Abs. 2 GmbHG analog** gegen einen **Fremdgeschäftsführer** obliegt deren geschäftsführender Gesellschafterin, folglich der Komplementär-GmbH.⁶²

Eine actio pro socio für Ansprüche der KG gegen einen geschäftsführenden Gesellschafter ist zwar möglich, jedoch nicht gegenüber Dritten, also Nichtgesellschaftern.⁶³ Eine Erweiterung dieser Grundsätze dahin, dass die Kommanditisten einer GmbH & Co. KG Ansprüche der Gesellschaft gegen Dritte (actio pro societate) und damit auch gegen den Fremdgeschäftsführer der Komplementär-GmbH geltend machen können, ist nicht angezeigt.⁶⁴ Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass ein Fremdgeschäftsführer einer Komplementär-GmbH regelmäßig Ansprüche der KG gegen sich selbst nicht geltend machen wird.⁶⁵

⁶¹ Urteil vom 19. Dezember 2017 – [II ZR 255/16](#) – juris, Rn. 11 = BB 2018, 271 = DB 2018, 247 = NWB 2018, 320 = WM 2018, 235 = ZIP 2018, 276.

⁶² a.a.O., juris, Rn. 12.

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 15.

Es besteht kein Bedürfnis, den Kommanditisten einer GmbH & Co. KG den unmittelbaren Durchgriff auf den Fremdgeschäftsführer wegen Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft in Folge der Verletzung von Geschäftsführerpflichten zu ermöglichen. Die Verletzung der Pflichten des Geschäftsführers bei der Geschäftsführung für die GmbH als Komplementärin und zugleich für die KG muss sich im Innenverhältnis zwischen Komplementär-GmbH und KG erstere nach § 31 BGB zurechnen lassen. Die Komplementär-GmbH ist damit gegenüber der KG zum Schadensersatz verpflichtet, hat aber selbst einen Ersatzanspruch gegen ihren Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG. Die Ansprüche der KG gegen die Komplementär-GmbH können die Kommanditisten im Wege der actio pro socio geltend machen. Sie können daher auch einen Titel gegen die Komplementär-GmbH erstreiten und daraus in deren Anspruch gegen ihren Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG vollstrecken.⁶⁶

h)

Die Vorschriften der **§§ 60, 61 InsO** können in der **Eigenverwaltung** einer juristischen Person (im Streitfall: GmbH & Co. KG) **analog** auf die vertretungsberechtigten **Geschäftsleiter** angewendet werden.⁶⁷

Das Gesetz enthält im Blick auf die Haftung der Geschäftsleiter bei Anordnung der Eigenverwaltung über das Vermögen einer insolventen Gesellschaft eine **unbeabsichtigte Regelungslücke**, weil die Verweisung des § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO auf §§ 60, 61 InsO die Organe des Schuldners nicht unmittelbar erfasst.⁶⁸

Der Gesetzgeber hat die Frage nicht behandelt, ob die Organe einer Gesellschaft in der Eigenverwaltung den Beteiligten für Pflichtwidrigkeiten nach §§ 60, 61 InsO haften. Ausdrücklich sieht das Gesetz durch § 274 Abs. 1, § 60 Abs. 1 InsO eine Haftung des Sachwalters vor, wenn er seine Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen, missachtet (BT-Drucks.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁶⁷ Urteil vom 26. April 2018 – [IX ZR 238/17](#) – juris, Rn. 13.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 15.

12/2443, S. 224). Die Überwachung betrifft gemäß § 274 Abs. 2 InsO ausdrücklich die Geschäftsführung und nicht die Person des Schuldners. Trifft den Aufsichtspflichtigen eine Haftung, erscheint es folgerichtig, gleichermaßen die Geschäftsleiter als überwachte, unmittelbar handelnde Personen einer Haftung zu unterwerfen, zumal sich mit der Eigenverwaltung besondere Pflichten der Geschäftsleitung verbinden. Diese Bewandnis hat der Gesetzgeber, soweit er sich mit einer Verweisung des § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO auf §§ 60, 61 InsO begnügte, ersichtlich nicht ergründet.

Da die Geschäftsleiter in der Insolvenz einer eigenverwalteten Gesellschaft über ihre organschaftlichen Befugnisse hinaus originäre Aufgaben eines Insolvenzverwalters wahrnehmen, ist ein besonderes Haftungsbedürfnis für etwaige Pflichtverletzungen anzuerkennen.⁶⁹ Dementsprechend betrifft die Überwachung der Geschäftsleiter durch den Sachwalter in erster Linie die ordnungsgemäße Wahrnehmung ihrer insolvenzrechtlichen Befugnisse. Infolge des schwerpunktmäßigen insolvenzrechtlichen Verantwortungsbereichs wird der Geschäftsleiter in der Eigenverwaltung als Amtswalter mit gesetzlich bestimmten Rechten und Pflichten bezeichnet, gleichsam als **Insolvenzverwalter in eigener Sache**. Die zugunsten der Beteiligten wahrzunehmenden insolvenzrechtlichen Schutzpflichten hängen nicht davon ab, ob unter der Leitung eines Insolvenzverwalters ein Regelverfahren oder in der Verantwortung der Vertretungsorgane ein Eigenverwaltungsverfahren stattfindet.⁷⁰

Werden die Geschäftsleiter ihren insolvenzspezifischen Pflichten nicht gerecht, verbinden sich damit naturgemäß haftungsrechtliche Folgerungen. Es entspricht einem **allgemeinen Grundsatz**, dass jeder, der über erhebliche **Herrschafts- und Einflussmöglichkeiten** verfügt, im Falle eines **Fehlgebrauchs** einer **persönlichen Haftung** zu unterwerfen ist. Die persönliche Haftung soll die Verantwortlichen dazu anhalten, von ihren Befugnissen unter Wahrung der Belange betroffener Dritter sorgfältig

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 28.

Gebrauch zu machen. Ebenso soll die ordnungsgemäße Amtsausübung des Insolvenzverwalters durch seine Haftung gefördert werden. Diese Erwägungen gelten gleichermaßen für die Tätigkeit der Vertretungsorgane in der Eigenverwaltung einer Gesellschaft. Bei diesem Befund besteht ebenso wie im Regelverfahren ein Haftungsbedürfnis, wenn Geschäftsleiter einer eigenverwalteten Gesellschaft die ihnen übertragenen insolvenzrechtlichen Befugnisse fehlerhaft ausüben.⁷¹

Die **gesetzliche Geschäftsleiterhaftung** insbesondere aus **§ 43 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG** ist als **reine Binnenhaftung** nicht geeignet, die berechtigten Interessen der Beteiligten wirksam zu schützen, die durch Pflichtwidrigkeiten der Vertretungsorgane einer in Eigenverwaltung geführten Gesellschaft geschädigt werden.⁷² Überdies begründen Pflichtwidrigkeiten der Geschäftsleiter zum Nachteil am Insolvenzverfahren Beteiligten nicht ohne weiteres einen gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ersatzfähigen Eigenschaden der Gesellschaft.⁷³ Den Belangen der Verfahrensbeteiligten wird ebenfalls nicht hinreichend genügt, indem die Gesellschaft selbst im Falle etwaiger Pflichtverletzungen ihrer Organe kraft der Verweisung des § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO einer Haftung aus §§ 60, 61 InsO unterworfen wird, die sie als Eigenschaden gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG zum Rückgriff gegen den Geschäftsleiter berechtigt.⁷⁴

Der **Zweck** der **§§ 60, 61 InsO**, für Pflichtverletzungen neben dem Schuldner einen personenverschiedenen, leistungsfähigen Dritten in Regress zu nehmen, wird zudem verfehlt, wenn sich die Haftung aus §§ 60, 61 InsO allein unmittelbar gegen den Schuldner selbst richtet. Da die Vorschriften der §§ 60, 61 InsO Geschädigte mit Hilfe eines Direktanspruchs der Ungelegenheit entheben sollen, sich aus Ansprüchen des Schuldners gegen den Verwalter zu befriedigen, wäre es nicht sachgerecht, eine Haftung der

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 29.

⁷² a.a.O., juris, Rn. 30.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 32.

⁷⁴ a.a.O., juris, Rn. 33.

Gesellschaft aus §§ 60, 61 InsO zu statuieren, um auf der Grundlage des in § 43 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG wurzelnden Freistellungsanspruchs der Gesellschaft gegen den Geschäftsleiter Rückgriff zu nehmen. Der Direktanspruch des Beteiligten gegen den Geschäftsleiter aus §§ 60, 61 InsO bewirkt zudem, dass mit seiner Geltendmachung faktisch der Freistellungsanspruch des daneben selbst haftenden Schuldners durchgesetzt wird.⁷⁵ Vor diesem Hintergrund wird eine **um Ansprüche aus §§ 60, 61 InsO aufgestockte Binnenhaftung** der Geschäftsleiter den schutzwürdigen Belangen außenstehender Gläubiger nur **unvollkommen** gerecht.⁷⁶

Ebenso scheiden im Falle der Nichterfüllung vertraglicher Verbindlichkeiten durch die in Eigenverwaltung geführte Gesellschaft regelmäßig **Ansprüche** der Gläubiger aus **Verschulden** bei **Vertragsschluss** (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 3 BGB) gegen die Geschäftsleiter aus, weil dieser typischer Weise **keinen Vertrauenstatbestand** schafft, der eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss rechtfertigen könnte.⁷⁷

Ansprüche der Beteiligten des Insolvenzverfahrens gegen die Geschäftsleiter können **nicht** auf **§ 43 Abs. 2 GmbHG** in Verbindung mit den Grundsätzen des **Vertrages** mit **Schutzwirkung zugunsten Dritter** gestützt werden.⁷⁸ Pflichtwidrigkeiten des Geschäftsführers im Rahmen der Eigenverwaltung über das Vermögen einer GmbH können einen eigenen, gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG zu ersetzenden Schaden der Gesellschaft hervorrufen. Würde der Geschäftsführer neben diesem Schadensersatzanspruch auch Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger ausgesetzt, käme es durch die damit verbundene Außenhaftung zu einer **schrankenlosen Haftungserweiterung**, die mit § 43 Abs. 2 GmbHG **unvereinbar** ist.⁷⁹

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 35.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 36.

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 37.

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 42.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 46.

Die bestehende **Gesetzeslücke** ist dahin zu **schließen**, dass die Geschäftsleiter einer eigenverwalteten Gesellschaft den Beteiligten entsprechend dem Regelungsplan des Gesetzes für die Verletzung ihnen obliegender insolvenzspezifischer Pflichten **analog §§ 60, 61 InsO** auf **Schadensersatz haften**. Die gebotene haftungsrechtliche Gleichstellung einer insolventen, in Eigenverwaltung befindlichen Gesellschaft (§ 270 Abs. 1 InsO) mit einer im Regelinsolvenzverfahren befindlichen Gesellschaft kann angesichts fehlender anderweitiger hinreichend geeigneter rechtlicher Instrumentarien nur verwirklicht werden, indem die Geschäftsleiter der eigenverwalteten Gesellschaft gegenüber den Beteiligten einer Haftung nach §§ 60, 61 InsO unterworfen werden.⁸⁰

Die **Geschäftsleiter** werden **nach Eröffnung** des **Eigenverwaltungsverfahrens** nicht mehr allein aufgrund ihrer **gesellschaftsrechtlichen Leitungsmacht** tätig, sondern nehmen auch und vor allem **insolvenzrechtliche Rechte** und **Pflichten** für die Gesellschaft wahr. In der Eigenverwaltung üben die Geschäftsleiter gleich einem Insolvenzverwalter frei von Anordnungen der gesellschaftsrechtlichen Überwachungsorgane (§ 276a Satz 1 InsO für die Gesellschaft die Verfügungsbefugnis aus. Die Geschäftsleiter entscheiden für den Schuldner über die Erfüllung beiderseits nicht vollständig abgewickelter Verträge (§ 279 InsO) wie auch über die Ausübung von Sonderkündigungsrechten (§§ 109, 113 InsO) und sind dazu berufen, Gegenstände zu verwerten (§ 282 Abs. 1 Satz 1 InsO), an denen Absonderungsrechte bestehen. Ferner können Geschäftsleiter die Feststellung einer Forderung zur Tabelle kraft ihres Widerspruchs verhindern (§ 283 Abs. 1 Satz 1 InsO) und durch die Insolvenz unterbrochene (§ 240 InsO) Rechtsstreitigkeiten aufnehmen. Bei der Ausübung ihrer Kompetenzen haben die Geschäftsleiter vorrangig auf die Belange der Gläubiger Bedacht zu nehmen.⁸¹

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 50.

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 53.

Es wäre ungereimt, im Falle einer **Pflichtverletzung** der **Geschäftsleiter** nur den auf eine bloße **Überwachung** ihrer Geschäftsführung beschränkten **Sachwalter haftbar** zu machen (§§ 60, 274 Abs. 1 InsO), hingegen die von ihm kontrollierten **Geschäftsleiter als Entscheidungsträger** der Eigenverwaltung von einer insolvenzrechtlichen Haftung zu entlasten. Da dem Schuldner selbst im Eigenverwaltungsverfahren die Funktionen des Insolvenzverwalters obliegen, erscheint eine **Haftung** seiner sich tatsächlich dieser Kompetenzen bedienenden Vertretungsorgane aus §§ 60, 61 InsO **unabweisbar**.⁸²

Der Geschäftsleiter haftet in der Eigenverwaltung nicht nur **nach Maßgabe** des **§ 60 InsO** sondern auch aus der Vorschrift des **§ 61 InsO**. Zwar verweist § 274 Abs. 1 InsO bei der Haftung des Sachwalters nur auf § 60 InsO und nicht auch auf § 61 InsO. Die beschränkte Verweisung beruht darauf, dass der Schuldner verwaltungs- und verfügungsbefugt bleibt und den Sachwalter, der selbst keine Verbindlichkeiten begründen kann, insoweit keine Verantwortung trifft. Ist allerdings nach Maßgabe des § 277 Abs. 1 Satz 1 InsO angeordnet worden, dass bestimmte Rechtsgeschäfte nur mit Zustimmung des Sachwalters wirksam sind, unterliegt dieser nach §§ 61, 277 Abs. 1 Satz 3 InsO einer Haftung, sofern er für nicht erfüllbare Geschäfte sein Einverständnis erteilt. Im Blick auf ihre umfassende Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und die Verantwortung für sämtliche von ihnen eingegangenen Verbindlichkeiten trifft die Geschäftsleiter der Gesellschaft stets eine Haftung auch aus § 61 InsO. Es ist kein tragfähiger Grund ersichtlich, Geschäftsleiter im Unterschied zu dem Insolvenzverwalter bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten durch die Nichtanwendung des § 61 InsO zu privilegieren.⁸³

⁸² a.a.O., juris, Rn. 47.

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 64.

3.

Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Zum Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (im Folgenden: GmbH) ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

a)

Ist der **GmbH-Geschäftsführer** im **Außenverhältnis** zur **Alleinvertretung** berechtigt (§ 35 Abs. 1 GmbHG), so steht der Wirksamkeit einer von ihm in dieser Funktion getroffenen Vereinbarung nicht entgegen, dass er im **Innenverhältnis** für dieses Rechtsgeschäft die **Zustimmung** eines weiteren Geschäftsführers hätte einholen müssen. Eine eventuelle Beschränkung der Vertretungsmacht im Innenverhältnis lässt die Wirksamkeit einer Vereinbarung im Außenverhältnis unberührt (§ 37 Abs. 2 GmbHG).⁸⁴

Die Bestimmung des **§ 37 Abs. 2 GmbHG** ist Ausdruck des Prinzips, dass der Handelsverkehr auf dem Gebiet der rechtsgeschäftlichen und organchaftlichen Vertretungsbefugnis **klare Verhältnisse** erfordert. Wer einen Vertrag mit der GmbH abschließen will, braucht sich deshalb grundsätzlich nicht darum zu kümmern, ob der Geschäftsführer die sich aus dem Innenverhältnis ergebenden Schranken seiner Befugnis einhält. Nachforschungen hierüber sollen dem redlichen Geschäftsverkehr erspart bleiben.⁸⁵ Die im Interesse des **Verkehrsschutzes** angeordnete rechtliche Unbeachtlichkeit von Beschränkungen der Vertretungsbefugnis gegenüber dem Vertragspartner gilt jedoch **nicht ausnahmslos**. Das Vertrauen des **Geschäftspartners** auf den Bestand des Geschäfts ist vielmehr nicht schutzwürdig, wenn er **weiß** oder es sich ihm geradezu **aufdrängen** muss, dass der Geschäftsführer seine **Vertretungsmacht missbraucht**. In einem solchen Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht kann er aus dem formal durch die Vertretungsmacht des Geschäftsführers gedeckten Geschäft keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten. Dabei ergibt

⁸⁴ Urteil vom 18. Oktober 2017 – [I ZR 6/16](#) – juris, Rn. 20.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 21.

sich die Begrenzung des in § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zum Ausdruck kommenden Verkehrsschutzes allein aus der **fehlenden Schutzbedürftigkeit** des **bösgläubigen Geschäftspartners**. Die Versagung des Verkehrsschutzes unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht setzt nicht zusätzlich voraus, dass Geschäftsführer und Vertragspartner zum Nachteil der Gesellschaft handeln.⁸⁶

Diese Grundsätze sind nicht uneingeschränkt auf ein **Insichgeschäft** gemäß § 181 BGB anzuwenden.⁸⁷ Da es gemäß **§ 166 Abs. 1 BGB** für das Kennen und das Kennenmüssen nicht auf die Person des Vertretenen, sondern auf die **Person des Vertreters** ankommt, ist bei einem auf beiden Seiten durch einen Vertreter abgeschlossenen Insichgeschäft auf Seiten des Vertragspartners stets positive Kenntnis von einem eventuellen Verstoß gegen interne Begrenzungen der Vertretungsmacht des Geschäftsführers gegeben. In diesen Fällen wäre bei einer uneingeschränkten Anwendung der dargestellten Grundsätze des für den Geschäftspartner offensichtlichen Missbrauchs der Vertretungsmacht stets von einer Unwirksamkeit auszugehen. Damit käme allerdings in diesen Fällen – entgegen der Wertentscheidung des § 181 BGB – ein Insichgeschäft auch dann nicht in Betracht, wenn es ausschließlich in der **Erfüllung** einer die Gesellschaft treffenden **Verbindlichkeit** besteht und daher die Gesellschaft ohnehin nach Treu und Glauben gehalten wäre, das schwebend unwirksame Geschäft entsprechend § 177 Abs. 1 BGB zu genehmigen (Einrede des dolo agit qui petit quod statim redditures est).⁸⁸

Dementsprechend setzt eine Unwirksamkeit eines Insichgeschäfts gemäß § 181 BGB unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht voraus, dass das **Insichgeschäft** für den Vertretenen **nachteilig** ist.⁸⁹

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 23.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 24.

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 25.

b)

Wird der **Geschäftsführer** aus **§ 64 Satz 1 GmbHG** i.V.m. **§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO** in Anspruch genommen, ist es ihm im Blick auf die Feststellung der **Zahlungsunfähigkeit** der Schuldnerin im fraglichen Zeitraum nicht von vorneherein verwehrt, sich auf die **Unrichtigkeit** der von ihm nach §§ 238, 239 HGB, § 41 GmbHG zu verantwortenden **Buchhaltung** zu berufen. Aus seiner Verpflichtung, für die ordnungsmäßige Buchführung der Gesellschaft zu sorgen, ergibt sich **keine unwiderlegbare Vermutung** zu seinen Lasten dahin, der Inhalt einer Buchung gebe die Rechtswirklichkeit zutreffend wieder.⁹⁰ Der Geschäftsführer kann sich jedoch nicht auf die Behauptung beschränken, die Buchhaltung sei im fraglichen Zeitraum nicht mehr ordnungsgemäß geführt worden. Da er mit den finanziellen Verhältnissen der insolvent gewordenen Gesellschaft aufgrund seiner Tätigkeit vertraut ist, ist er vielmehr gehalten, im Einzelnen **substantiiert darzulegen** und ggf. zu **beweisen**, welche der in der Buchhaltung vorhandenen Buchungen in welcher Hinsicht unrichtig sein sollen. Ihm obliegt es daher, im Einzelnen vorzutragen und ggf. zu beweisen, welche der vom Kläger in die Liquiditätsbilanz eingestellten Verbindlichkeiten konkret nicht bestanden haben oder nicht fällig gewesen sein sollen.⁹¹

Mit der Auferlegung dieser Darlegungs- und Beweislast wird vom Geschäftsführer nichts Unmögliches verlangt. Denn er ist berechtigt, zum Zwecke seiner Beweisführung **Einsicht** in die **Buchhaltung** der Gesellschaft zu nehmen. Dass sich die Buchhaltungsunterlagen der Schuldnerin beim **Insolvenzverwalter** befinden, vermag den Geschäftsführer nicht zu entlasten.⁹² Anderes ergibt sich auch nicht daraus, wenn die Buchhaltung nicht von dem Geschäftsführer selbst sondern von seinen Mitarbeitern geführt wurde. Er kann sich nicht darauf berufen, eine eigene Kenntnis von den Buchungsvorgängen über die vorhandenen Unterlagen hinaus könne von ihm im Hinblick auf die **Delegation der Buchführung** und insbesondere in Anbetracht des inzwischen verstrichenen Zeitraums nicht

⁹⁰ Urteil vom 19. Dezember 2017 – [II ZR 88/16](#) – juris, Rn. 22.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 23.

⁹² a.a.O., juris, Rn. 24.

erwartet werden. Als Geschäftsführer ist er nach § 41 GmbHG zwar nicht zur eigenhändigen Buchführung verpflichtet, sondern darf die technische Buchführung auch auf Unternehmensangehörige delegieren. Das enthebt ihn aber nicht von seiner grundsätzlichen Verantwortlichkeit für eine ordnungsgemäße Buchführung zu sorgen.⁹³

Auch der Einwand, eine Verletzung der ihm obliegenden **Auswahl-, Einweisungs- und Überwachungspflicht** sei weder vorgetragen noch festgestellt, trägt nicht. Ob dem Geschäftsführer eine Verletzung seiner Pflichten aus § 41 GmbHG vorzuwerfen ist oder nicht, ändert nichts an der Verteilung der **Darlegungs- und Beweislast**, da die Buchungsvorgänge unabhängig davon im Verhältnis zum Kläger grundsätzlich allein im Wahrnehmungs- und Verantwortungsbereich des Beklagten als Geschäftsführer liegen.⁹⁴

c)

Stille Gesellschafter fallen grundsätzlich **nicht** in den Anwendungsbereich der **Eigenkapitalersatzregeln**. Sie sind **nicht Normadressat** der eigenkapitalersetzenden Regelungen gemäß **§ 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a.F.** Das ist aber dann **anders**, wenn der atypische stille Gesellschafter aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung des stillen Gesellschaftsverhältnisses hinsichtlich seiner vermögensmäßigen Beteiligung und seines Einflusses auf die Geschicke der Gesellschaft **wirtschaftliche weitgehend einem GmbH-Gesellschafter gleichsteht**. Dies ist der Fall, wenn der stille Gesellschafter zwar nicht am Vermögen, wohl aber ganz überwiegend (im Streitfall: 95%) am **Gewinn** und **Verlust** der GmbH beteiligt ist und zudem die Möglichkeit hat, aufgrund der ihm von anderen Gesellschaftern erteilten Vollmacht bzw. seiner gesetzlichen Vertretungsmacht hinsichtlich eines minderjährigen Gesellschafters (im Streitfall: Tochter)

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 26.

die (Stimm-) **Rechte der Gesellschafter** in der Gesellschafterversammlung in vollem Umfang auszuüben.⁹⁵

Seite 30 von 42

Eine **Gesellschafterleistung** wirkt **eigenkapitalersetzend**, wenn der Gesellschafter eine außerhalb der **Krise** gewährte **Leistung** bei Eintritt der Krise **weder entzieht**, obwohl dies möglich ist, **noch** die Gesellschaft in die **Liquidation** führt. Eine Krise liegt vor, wenn die Gesellschaft insolvenzreif oder kreditunwürdig ist. **Kreditunwürdig** ist die Gesellschaft, wenn sie im Zeitpunkt der Leistung des Gesellschafters von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen hätte erhalten können und ohne die Leistung des Gesellschafters hätte liquidiert werden müssen. Die Frage der Kreditwürdigkeit ist immer im Hinblick auf die konkrete Gesellschafterhilfe zu beurteilen, um deren eigenkapitalersetzenden Charakter es geht. Es kommt darauf an, ob die Gesellschaft in der Lage gewesen wäre, sich den mit den Darlehenszahlungen des Gesellschafters verbundenen und bei Eintritt der Krise stehengelassenen Kredit, der zur Wiederaufnahme und Fortführung des Geschäftsbetriebs erforderlich war, aus eigener Kraft zu beschaffen. Bei dem Merkmal der Kreditwürdigkeit geht es gerade darum festzustellen, ob die Gesellschaft einen zur Fortführung ihres Geschäftsbetriebs erforderlichen Kreditbedarf nicht aus eigener Kraft decken kann und deshalb liquidiert werden müsste, wenn nicht der Gesellschafter mit seiner Leistung einspringt oder eingesprungen wäre.⁹⁶

Danach lässt sich **Kreditwürdigkeit** nicht bereits damit verneinen, dass eine GmbH insbesondere angesichts einer erbrachten Einlage keinen Kreditbedarf besessen habe. Wurde nämlich bereits eine Gesellschafterhilfe als Darlehen gewährt, kommt es für die Umqualifizierung in eine eigenkapitalersetzende Leistung **nicht** darauf an, ob ein **zusätzlicher Kreditbedarf** der Gesellschaft bestand, um den Geschäftsbetrieb fortzuführen bzw.

⁹⁵ Urteil vom 23. Januar 2018 – [II ZR 246/15](#) – juris, Rn. 14.

⁹⁶ a.a.O., juris, Rn. 15.

wiederaufnehmen zu können, sondern darauf, ob die GmbH sich den stehengelassenen Kredit aus eigener Kraft hätte beschaffen können.⁹⁷

Eine **Kreditunwürdigkeit** lässt sich auch nicht deshalb verneinen, weil letztlich der **(stille) Gesellschafter** mit seinem Vermögen hinter der Gesellschaft gestanden und zur Stellung von Sicherheiten bereit gewesen sei. Eine Gleichsetzung der Kreditgewährung durch einen Gesellschafter mit der Kreditgewährung durch einen außenstehenden Dritten ist rechtlich unzulässig. Es kommt vielmehr darauf an, ob die GmbH ihren Kreditbedarf aus eigener Kraft, also ohne die Leistung des Gesellschafters, decken konnte, um ihre Kreditwürdigkeit annehmen zu können.⁹⁸

Für die **Beurteilung** der Kreditunwürdigkeit durch einen wirtschaftlich denkenden außenstehenden Kreditgeber ist u.a. eine bereits seit längerem bestehende, ansteigende **rechnerische Überschuldung** einer GmbH von wesentlicher Bedeutung. Hingegen spricht es gegen die Kreditunwürdigkeit, wenn die Gesellschaft noch über **Vermögensgegenstände** verfügt, die ein außenstehender Kreditgeber als **Sicherheit** akzeptieren würde.⁹⁹

Bei **Ansprüchen**, die tatbestandlich auf einer Überschuldung aufbauen, ist der **zweistufige Überschuldungsbegriff** maßgeblich, wenn die Haftung an eine angebliche Überschuldung vor dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 01. Januar 1999 anknüpft.¹⁰⁰ Eine **positive Fortführungsprognose** setzt in **subjektiver Hinsicht** den **Fortführungswillen** des Schuldners bzw. seiner Organe und in **objektiver Hinsicht** die sich aus einem aussagekräftigen Unternehmenskonzept herzuleitende **Lebensfähigkeit des Unternehmens** voraus. Dem schlüssigen und realisierbaren Unternehmenskonzept muss grundsätzlich ein **Ertrags- und Finanzplan** zugrunde liegen, der für einen angemessenen Prognosezeitraum aufzustellen ist. Die objektive Überlebensfähigkeit der Gesellschaft

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁹⁹ a.a.O., juris, Rn. 19.

¹⁰⁰ a.a.O., juris, Rn. 22.

kann sich zwar auch aus den übrigen Umständen ergeben. Es muss dann aber zumindest erkennbar sein, dass sich die eine künftige Ertragskraft der Schuldnerin begründenden Umstände, welche auf der Beurteilung von Fakten und der Einschätzung künftiger Entwicklungen der Gesellschaft, ihrer Absatz- und Gewinnchancen für ihre Produkte und der allgemeinen Wirtschafts- und Marktverhältnisse beruhen müssen, aus der entwickelten Verwaltungsstrategie ergeben. Es ergibt sich auch noch keine positive Fortführungsprognose aus dem Umstand, dass es erst später zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH gekommen ist.¹⁰¹

d)

Die Regelung in **§ 73 Abs. 3 GmbHG**, wonach Liquidatoren solidarisch zum Ersatz verpflichtet sind, wenn sie die Vorschriften zur Liquidation (insbes. Einhaltung des Sperrjahres nach § 73 GmbHG) nicht einhalten, ist **kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB**.¹⁰² Gegen die Einordnung als Schutzgesetz spricht sowohl der **Wille des historischen Gesetzgebers**¹⁰³ als auch der Gesetzeszweck¹⁰⁴ sowie der in der Vorschrift enthaltene **Verweis auf § 43 Abs. 3 bis Abs. 4 GmbHG**.¹⁰⁵

Zwar dienen die in § 73 GmbHG normierte **Ausschüttungssperre** und angeordnete **Haftung der Liquidatoren** auch dem **Schutz der Gläubiger**, indem die Liquidatoren zum Ersatz der verteilten Beträge solidarisch verpflichtet sind, wenn sie den § 73 Abs. 1 und Abs. 2 zuwider handelnd das Vermögen der Gesellschaft vor Tilgung und Sicherstellung der Schulden der Gesellschaft und vor Ablauf eines Sperrjahres verteilen oder den geschuldeten Betrag eines bekannten Gläubigers nicht hinterlegen. Dies macht § 73 GmbHG indes nicht zum Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2

¹⁰¹ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹⁰² Urteil vom 13. März 2018 – [II ZR 158/16](#) – juris, LS 1 und Rn. 13.

¹⁰³ a.a.O., juris, Rn. 16 bis 20.

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 21 bis 25.

¹⁰⁵ a.a.O., juris, Rn. 26 bis 28.

BGB.¹⁰⁶ Die Ausformung der Haftung nach § 73 Abs. 3 GmbHG als reine **Innenhaftung** gegenüber der Gesellschaft entspricht derjenigen der Kapitalerhaltungsvorschriften in **§§ 30, 31 GmbHG**. Bei diesen handelt es sich **nicht** um **Schutzgesetze** i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. Der intendierte Gläubigerschutz wird dadurch erreicht, dass die Gläubiger die sich aus der Verletzung von § 30 GmbHG ergebenden Erstattungs- und Schadensersatzansprüche der Gesellschaft pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen können.¹⁰⁷

Die Regelung in § 73 GmbHG geht auch nicht mit der von ihm normierten „**totalen Ausschüttungssperre**“ über den Schutz des § 30 GmbHG hinaus, wenngleich die Vorschrift jegliche Ausschüttung verbietet, bevor die Voraussetzungen von § 73 Abs. 1 und 2 GmbHG erfüllt sind, selbst wenn reichhaltige Rücklagen vorhanden sind. Im Ergebnis wird hierdurch lediglich das Kapitalerhaltungsgebot strenger gefasst, nicht jedoch werden zusätzliche Pflichten gegenüber außenstehenden Dritten begründet. § 73 GmbHG regelt wie §§ 30, 43 GmbHG oder § 93 AktG, für die bereits höchstrichterlich geklärt ist, dass sie keine Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB sind, allein die Pflichten des Liquidators aus seinem durch die Bestellung begründeten Rechtsverhältnis zur Gesellschaft. Deren Verletzung ist ebenso wenig wie die Kapitalerhaltungsregel der Parallelnorm des § 30 GmbHG geeignet, zugunsten außenstehender Dritter Ansprüche zu begründen.¹⁰⁸

Aufgrund der in § 73 Abs. 3 Satz 2 GmbHG enthaltenen **Verweisung** auf **§ 43 Abs. 3** und **Abs. 4 GmbHG** ist insbesondere auch § 43 Abs. 3 Satz 2 GmbHG anzuwenden und damit gleichzeitig § 9b Abs. 1 GmbHG. Die darin normierten Vergleichs- und Verzichtverbote der Gesellschaft auf Ersatzansprüche wären entbehrlich, wenn den Gläubigern ein eigener deliktischer Schadensersatzanspruch zustünde.¹⁰⁹ Daneben bestimmt

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 24.

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 25.

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 26.

§ 43 Abs. 4 GmbHG eine **spezielle Verjährungsregel**. Durch die Annahme, § 73 GmbHG stelle ein Schutzgesetz dar, würde diese unterlaufen. Denn die regelmäßige Verjährung (§§ 195, 199 BGB) eines Anspruchs nach § 823 Abs. 2 BGB könnte nach den Umständen des Einzelfalles und für die einzelnen Gläubiger unterschiedlich kürzer, aber auch länger ausfallen.¹¹⁰

Ein **Liquidator** einer GmbH, der bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter eine **Verbindlichkeit** der Gesellschaft gegenüber einem Gläubiger **nicht berücksichtigt** hat, ist dem Gläubiger **analog § 268 Abs. 2 Satz 1, § 93 Abs. 5 AktG** unmittelbar zum **Ersatz** bis zur Höhe der verteilten Beträge verpflichtet, wenn die Gesellschaft bereits im Handelsregister gelöscht ist.¹¹¹

Es besteht eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, die nachträglich dadurch entstanden ist, dass infolge der wirtschaftlichen Entwicklung eine neue Frage aufgetaucht ist, die im Rahmen des Regelungszwecks der § 73 GmbHG nunmehr der Regelung bedürfen, die aber der Gesetzgeber noch nicht gesehen hatte.¹¹²

Gemäß § 73 Abs. 3 GmbHG haftet der Liquidator allein der Gesellschaft gegenüber, wenn er bei der Liquidation gegen seine Pflichten nach § 73 Abs. 1 und 2 GmbHG verstößt. Das GmbHG enthält indes keine Bestimmung, die den Gläubigern das Recht einräumt, diesen Anspruch der Gesellschaft gegen den Liquidator aus § 73 Abs. 3 GmbHG unmittelbar im eigenen Namen geltend zu machen. Der Gläubiger hat lediglich die Möglichkeit, einen Titel gegen die Gesellschaft zu erwirken und sich im Rahmen der Zwangsvollstreckung nach §§ 829, 835 ZPO den Anspruch der Gesellschaft gegen den Liquidator nach § 73 Abs. 3 GmbHG pfänden und überweisen zu lassen.¹¹³

¹¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 28.

¹¹¹ a.a.O., juris, LS 2 und Rn. 30.

¹¹² a.a.O., juris, Rn. 32 f.

¹¹³ a.a.O., juris, Rn. 35.

Später hat der Gesetzgeber erkannt, dass es infolge der wirtschaftlichen Entwicklungen über Jahrzehnte entgegen seiner ursprünglichen Regelungsabsicht notwendig ist, dem Gesellschaftsgläubiger einen unmittelbaren Anspruch gegen den Abwickler im Falle der Verletzung seiner Pflichten aus § 73 GmbHG entsprechend den Regelungen im Aktienrecht zu gewähren.¹¹⁴ Auch wenn die beabsichtigte Streichung des § 73 Abs. 3 GmbHG letztlich nicht erfolgte, womit der Gesetzgeber über § 823 Abs. 2 BGB einen Direktanspruch begründen wollte, so bleibt doch die Erkenntnis der Notwendigkeit eines Direktanspruchs infolge veränderter wirtschaftlicher Umstände durch den Gesetzgeber bestehen.¹¹⁵

Die **planwidrige Regelungslücke** ist durch eine entsprechende Anwendung der § 268 Abs. 2 i.V.m. § 93 Abs. 5 AktG zu schließen. Ein unmittelbarer Anspruch des Gläubigers gegen den Liquidator besteht jedenfalls dann, wenn die Liquidation der GmbH beendet und lediglich ein Gläubiger vorhanden ist. Denn insoweit ist die bestehende Interessenlage bei § 73 Abs. 3 GmbHG mit der vergleichbar, die in den § 268 Abs. 2 i.V.m. § 93 Abs. 5 AktG geregelt ist. Davon ist der Gesetzgeber selbst ausgegangen, der dem Gläubiger die Möglichkeit zur Inanspruchnahme der Abwickler in gleicher Weise wie im Aktienrecht eröffnen wollte.¹¹⁶

Der Liquidator der GmbH, der gegen das liquidationsspezifische Kapitalerhaltungsgebot nach § 73 Abs. 1 GmbHG verstoßen hat, ist gemäß § 73 Abs. 3 GmbHG der Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet. Der Anspruch aus § 73 Abs. 3 GmbHG hat dieselbe Rechtsnatur wie der Anspruch aus § 268 Abs. 2, § 93 Abs. 3 Nr. 5 AktG (pflichtwidrige Verteilung von Gesellschaftsvermögen) für den der Direktanspruch nach

¹¹⁴ BT-Drucks. VI/3088 S. 207; BT-Drucks. 7/253 S. 207 jeweils zu § 224 GmbHG-E.

¹¹⁵ BGH, a.a.O., juris, Rn. 36.

¹¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 46 unter Verweis auf BT-Drucks. VI/3088, S. 207; BT-Drucks. 7/253, S. 207 zu § 224 GmbHG-E.

§ 93 Abs. 5 AktG besteht. Genauso wie **§ 73 GmbHG** handelt es sich bei **§ 93 Abs. 3 Nr. 5 AktG** um eine **Kapitalerhaltungsvorschrift**.¹¹⁷

Der **Direktanspruch** nach **§ 93 Abs. 5 AktG** setzt voraus, dass der Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen kann. Diese Situation liegt regelmäßig dann vor, wenn bereits Gesellschaftsvermögen unter Verstoß gegen Gläubigerschutzvorschriften verteilt worden ist und das übrige Vermögen der juristischen Person keine Aussicht auf Befriedigung mehr bietet oder die Liquidation bereits beendet ist.¹¹⁸

Nach dem **Recht der GmbH** müssten die Gläubiger in derselben Situation zunächst die Gesellschaft verklagen und dann die Zwangsvollstreckung in ihren Schadensersatzanspruch gegen den Liquidator aus § 73 Abs. 3 GmbHG betreiben. Diesen **unnötigen Umweg** vermeidet die entsprechende Anwendung der § 268 Abs. 2, § 93 Abs. 5 AktG und vereinfacht so die Gläubigerbefriedigung. Mit dem Direktanspruch werden die Gefahren ausgeschaltet, die bei einem nur mittelbaren verbandsinternen Schutz die Befriedigung der Gläubiger vereiteln können. Ein sachlicher Grund, der eine Übertragung dieses Schutzes auf das Recht der GmbH verbietet, ist nicht ersichtlich.¹¹⁹

e)

Ein **Eingriff** in das **Unternehmerpersönlichkeitsrecht** wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein kritisierendes Schreiben eines Mitgesellschafters an die übrigen Gesellschafter gerichtet ist und vorrangig Kritik an diesen enthält. So wie sich eine Kapitalgesellschaft gegen ehrverletzende Kritik an einem Gesellschafter wenden kann, die wenn – auch in der Person des kritisierten Gesellschafters – die Gesellschaft selbst betrifft, kann der sozialer Geltungsanspruch beeinträchtigt sein, wenn ihre Gesellschafter in dieser Eigenschaft oder wegen Tätigkeiten angegriffen werden, mit denen die Verkehrsauffassung auch die Gesellschaft selbst identifiziert.

¹¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 47.

¹¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 48.

¹¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 49.

So liegt ein Eingriff insbesondere dann, wenn die in einem Schreiben geäußerte Kritik an Mitgesellschaftern diese als Gesellschafter der GmbH betrifft und damit auch unmittelbar auf die Gesellschaft zurückwirkt.¹²⁰

4. Recht der Aktiengesellschaft

Zum Recht der Aktiengesellschaft (im Folgenden: AG) ist die nachfolgende Entscheidung ergangen.

Die **Vertretung** der **AG** richtet sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§ 51 Abs. 1 ZPO).¹²¹ Die AG wird in einem **Passivprozess** entsprechend der Regel des **§ 78 Abs. 1 Satz 1 AktG grundsätzlich** durch ihren **Vorstand** als dem zu ihrer Außenvertretung berufenen Organ vertreten. Dies gilt jedoch **nicht**, wenn und soweit das AktG die Vertretung der Gesellschaft einem anderen Organ zuweist. Dies ist in Bezug auf die mit der **Beauftragung** eines **Sachverständigen** nach **§ 111 Abs. 2 Satz 2 AktG** verbundenen Hilfsgeschäfte der Fall.¹²²

Ausgehend von dem auslegungsbedürftigen Wortlaut der Vorschrift ist im Hinblick auf ihre Stellung im Gefüge der aktienrechtlichen Organkompetenzen davon auszugehen, dass sich die Aufsichtsratszuständigkeit auch auf die Vertretung der Gesellschaft bei den mit der Beauftragung des Sachverständigen in Zusammenhang stehenden Hilfsgeschäften erstreckt. Dem widerspricht weder die allgemein dem Vorstand durch § 78 Abs. 1 Satz 1 AktG zu gewiesene Vertretungsbefugnis noch die Regelung des § 112 Satz 1 AktG über die Vertretung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat gegenüber Vorstandsmitgliedern.¹²³ Soweit **§ 112 Satz 1 AktG** eine explizite außergerichtliche und gerichtliche Vertretungsermächtigung für den Aufsichtsrat gegenüber Vorstandsmitgliedern vorsieht, lässt sich

¹²⁰ Urteil vom 16. Januar 2018 – [VI ZR 498/16](#) – juris, Rn. 30.

¹²¹ Urteil vom 20. März 2018 – [II ZR 359/16](#) – juris, Rn. 10.

¹²² a.a.O., juris, Rn. 11.

¹²³ a.a.O., juris, Rn. 13.

dem **nicht** entnehmen, dass es sich um eine **abschließende Regelung** zur Vertretung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat handelt.¹²⁴

Hat der Aufsichtsrat in Ausübung seiner Einsichts- und Prüfungsrechte gemäß § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG einen besonderen Sachverständigen im Namen der Gesellschaft beauftragt, hat er auch die Befugnis zur gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Sachverständigen in einem Erkenntnisverfahren, das im Hinblick auf eine Streitigkeit aus dem Auftragsverhältnis geführt wird.¹²⁵

5. Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung

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

a)

Die Beantwortung der **Frage**, ob sich aus einem **Gesellschafterbeschluss** für eine **Zahlungsverpflichtung** des jeweiligen Anlegers ein hinreichender Anhalt ergibt, hängt von den besonderen Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab und ist einer **Verallgemeinerung nicht zugänglich**.¹²⁶ Dies gilt auch für die Frage, ob sich bei der Annahme eines hinreichenden Anhalts durch Auslegung des Beschlusses diesem eine Zahlungspflicht des Anlegers entnehmen lässt. Der Umstand, dass eine **einheitliche Entscheidung** des Revisionsgerichts in mehreren denselben Sachverhalt betreffenden **Parallelverfahren** angestrebt wird, gibt der Sache **keine** allgemeine, mithin **grundsätzliche Bedeutung** i.S.d. §§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Dies gilt auch dann, wenn es sich zwar um eine große Anzahl denselben Fonds betreffende Einzelverfahren handelt, es aber nicht ersichtlich ist, dass deren tatsäch-

¹²⁴ a.a.O., juris, Rn. 15.

¹²⁵ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹²⁶ Beschlüsse vom 23. Januar 2018 – [II ZR 73/16](#) –, – [II ZR 75/16](#) – und – [II ZR 76/16](#) – juris, Rn. 13 ff.

liches oder wirtschaftliches Gewicht Allgemeininteressen in besonderem Maße berührt. Die Grundsätze, nach denen Gesellschafterbeschlüsse auszulegen sind, sind in Literatur und Rechtsprechung hinreichend geklärt.

b)

Die internationale Zuständigkeit, die ohne Einschränkung durch § 545 Abs. 2 ZPO auch im Revisionsrechtzug zu prüfen ist, richtet sich nach der EuGVVO.¹²⁷

Nach Art. 4 Abs. 1 EuGVVO n.F. bzw. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO a.F. sind **Personen**, die ihren **Wohnsitz** im **Hoheitsgebiet** eines **Mitgliedstaats** haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit grundsätzlich vor den **Gerichten dieses Mitgliedstaats zu verklagen**. Gemäß Art. 63 Abs. 1 EuGVVO n.F. bzw. Art. 60 Abs. 1 EuGVVO a.F. haben für die Anwendung der Verordnung **Gesellschaften** und **juristische Personen** ihren Wohnsitz an dem Ort, an dem sich ihr **satzungsmäßiger Sitz**, ihre **Hauptverwaltung** oder ihre **Hauptniederlassung** befindet.¹²⁸ Falls sich aus diesen Anknüpfungspunkten unterschiedliche Gerichtsstände ergeben, bestehen diese **alternativ** und eröffnen dem **Kläger** ein **Wahlrecht**.¹²⁹

Die Anknüpfungspunkte satzungsmäßiger Sitz, Hauptverwaltung und Hauptniederlassung sind verordnungsautonom in Anlehnung an die entsprechenden Begriffe in Art. 54 Abs. 1 AEUV bzw. Art. 48 Abs. 1 EGV auszulegen.¹³⁰ "**Satzungsmäßiger Sitz**" i.S.v. Art. 63 Abs. 1 lit. a) EuGVVO n.F. bzw. Art. 60 Abs. 1 lit. a) EuGVVO a.F. ist der in der **Gesellschaftssatzung** genannte. Geltung und zulässigen Inhalt der Gesellschaftssatzung regelt insoweit das nationale Recht.¹³¹

¹²⁷ Urteil vom 14. November 2017 – [VI ZR 73/17](#) – juris, Rn. 6 f., NZG 2018, 259.

¹²⁸ a.a.O., juris, Rn. 10.

¹²⁹ a.a.O., juris, Rn. 11.

¹³⁰ a.a.O., juris, Rn. 12.

¹³¹ a.a.O., juris, Rn. 13.

Für die Bestimmung des **satzungsmäßigen Sitzes** einer **GmbH** ist es **unerheblich**, ob der **Verwaltungssitz** in das Ausland verlegt wurde und ob diese Verlegung zulässig war. Es kann daher insbesondere offen bleiben, ob die Verlegung des Verwaltungssitzes in das Ausland und Trennung vom inländischen Satzungssitz seit der durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) erfolgten Neufassung des § 4a GmbHG und Streichung des bisherigen Absatzes 2 dieser Vorschrift zulässig ist.¹³² Unerheblich ist ferner, ob die Gesellschaft in Deutschland **unternehmerische Tätigkeit** ausübt, **Büroräume** oder einen in irgendeiner Weise eingerichteten **Gewerbebetrieb** unterhält. Art. 63 Abs. 1 lit. a) EuGVVO n.F. bzw. Art. 60 Abs. 1 lit. a) EuGVVO a.F. ist nicht einschränkend auszulegen.¹³³ Es ist unbedenklich, den Satzungssitz unabhängig von einer dort ausgeübten Verwaltungs- oder Geschäftstätigkeit zum Anknüpfungspunkt für einen Gerichtsstand zu machen. Es bedarf keines über den Registertatbestand hinausgehenden realwirtschaftlichen Bezugs.¹³⁴

c)

Der **Notar** muss als Ausfluss des durch **§ 17 Abs. 1 BeurkG** festgelegten **Pflichtenkreises** bei der **Beurkundung** von **Willenserklärungen** eines **Vertreters** die **Existenz des Vertretenen** und grundsätzlich auch die **Vertretungsmacht** des Vertreters zu prüfen. Materiell leitet sich diese Prüfungspflicht aus dem allgemein mit § 17 Abs. 1 BeurkG verfolgten Zweck ab. Die dort enthaltene Belehrungspflicht soll die Errichtung einer dem Willen der Beteiligten entsprechenden, **rechtswirksamen Urkunde** gewährleisten. Dies schließt die Verpflichtung ein, die Vertretungsmacht eines Beteiligten zu prüfen, der eine zu beurkundende Erklärung als Vertreter eines anderen abgeben will. Denn durch eine solche Erklärung wird der Vertretene grundsätzlich lediglich dann im Sinne von § 164 Abs. 1

¹³² a.a.O., juris, Rn. 15.

¹³³ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹³⁴ a.a.O., juris, Rn. 26.

BGB gebunden, wenn der Vertreter mit Vertretungsmacht handelt:¹³⁵ Das aus dem Zweck der Vorschrift abgeleitete Auslegungsergebnis wird durch die Gesetzesgeschichte bestätigt.¹³⁶

Die Erfüllung der auf die Existenz und die Vertretungsmacht als Vertreter handelnder Urkundsbeteiligter bezogenen Prüfungspflicht ist auch hinsichtlich **juristischer Personen ausländischen Rechts** nicht unzumutbar. Soweit eine rechtsgeschäftlich eingeräumte Vollmacht geltend gemacht wird, ist die Vorlage einer entsprechenden **Vollmachtsurkunde** (ggf. mit weiteren Nachweisen wie z.B. Apostille) grundsätzlich ebenso wie bei reinen Inlandssachverhalten möglich. Unterbleibt die Vorlage einer solchen Urkunde oder können die Voraussetzungen der gesetzlichen Vertretung ausländischer juristischer Personen vor der Vornahme der Beurkundung nicht geklärt werden und ergeben sich deshalb **Zweifel** am Bestehen der **Vertretungsmacht** bzw. der **Existenz** der Vertretenen, hat der **Notar** die sich daraus ergebenden **Bedenken** mit den Beteiligten zu **erörtern** (§ 17 Abs. 2 Satz 1 BeurkG). Verlangen diese dennoch die Beurkundung, kann der Notar das Geschäft trotz seiner Zweifel an dessen Wirksamkeit beurkunden, hat dann allerdings gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG einen darauf bezogenen **Vorbehalt** in die **Niederschrift** aufzunehmen.¹³⁷

d)

Die **Reisekosten** eines nicht im Bezirk des Prozessgerichts niedergelassenen Rechtsanwalts, der für einen Insolvenzverwalter Ansprüche gemäß § 172 Abs. 2 HGB gegenüber einer **Vielzahl** von **Kommanditisten** verfolgt, sind bis zur Höhe der Kosten, die im Falle der Beauftragung eines am Sitz des **Insolvenzverwalters** ansässigen Rechtsanwalts entstanden wären, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig.¹³⁸

¹³⁵ Beschluss vom 13. November 2017 – [NotSt \(Brfg\) 4/17](#) – juris, Rn. 8.

¹³⁶ a.a.O., juris, Rn. 9.

¹³⁷ a.a.O., juris, Rn. 12.

¹³⁸ Beschluss vom 27. Februar 2018 – [II ZB 23/16](#) – juris, LS. 1.

Es entspricht bei der gebotenen **typisierenden Betrachtung** einer **zweckentsprechenden Rechtsverfolgung**, die Geltendmachung rechtlich **gleichgelagerter Ansprüche** auf Rückzahlung von Ausschüttungen in einer Publikumskommanditgesellschaft vor verschiedenen Gerichten in die **Hände eines Rechtsanwalts** zu geben, damit dieser einen Gesamtüberblick über die Verfahren gewinnen und gegebenenfalls auf Entwicklungen in Parallelverfahren reagieren kann. Dies gilt in besonderem Maße für Fälle, in denen ein Insolvenzverwalter Ansprüche gemäß § 171 Abs. 2 HGB gegen Kommanditisten verfolgt, weil der jeweilige Anspruch des Insolvenzverwalters davon abhängt, dass die jeweilige Zahlung noch zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger benötigt wird, denen die Kommanditisten nach §§ 128, 171, 172 HGB haften. Eine vernünftig handelnde Partei wird um dieser Vorteile willen im wohlverstandenen eigenen Interesse etwaige durch die Beauftragung nur eines Rechtsanwalts entstehende Mehrkosten in Kauf nehmen.¹³⁹

e)

Nach **§ 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO** kann einer **juristischen Person**, mithin auch einer GmbH, **Prozesskostenhilfe** nur bewilligt werden, wenn die Kosten weder von ihr noch von den am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und wenn die Unterlassung der Rechtsverfolgung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde.¹⁴⁰ Die Unterlassung der Rechtsverfolgung läuft allgemeinen Interessen regelmäßig nur dann zuwider, wenn es sich um eine Entscheidung handelt, die größere Kreise der Bevölkerung oder des Wirtschaftslebens anspricht und soziale Wirkungen nach sich ziehen kann.¹⁴¹

Karlsruhe, den 06. August 2018

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

¹³⁹ a.a.O., juris, Rn. 13.

¹⁴⁰ Beschluss vom 21. März 2018 – [VII ZA 1/18](#) – juris, Rn. 1.

¹⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 2.